



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 9, SIRA SAYI : 36

YARGITAY DERGİSİ

Cilt : 9

Ekim 1983

Sayı : 4



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

Sahibi : **Yargıtay Adına Birinci Başkan Derviş TURHAN**

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

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

Derginin sayısı **175.—TL.**, abone bedeli **700.—TL.** dir.

Abone işleri için, Yargıtay İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

17 15 36

Tel : 17 15 63

18 21 90 / 386, 388, 389

YAYIN KURULU :

Başkan :	A. Bülent AKMANLAR	(8 inci Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	Yavuz İsmet AYER	(3 üncü Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	İhşan ÖZMEN	(8 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Hakkı YAŞAR	(7 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	İ. Teoman OZANOĞLU	(10 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

Sayfa

1 — GENEL KONULAR

- a) Derviş TURHAN : 1983-1984 Adalet Yılı Açış
Konuşması 417 - 430
- b) Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ : Hakemlik 431 - 435
- c) Süleyman KAZMAZ : Hak Ve Adalet Duygu-
su 436 - 457

2 — USUL HUKUKU

- a) Prof. Dr. Öztekin TOSUN : Memurların Suçlarında
Özel Muhakeme Kuralla-
rı (I) 458 - 469
- b) M. Muhtar ÇAĞLAYAN : Hazırlık Soruşturması Ya-
lırken Dikkate Alınacak
Önemli Noktalar Üzerinde
Bir İzah Denemesi (I) ... 470 - 484
- c) Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU : Ceza Yargılama Usulü ... 485 - 495

3 — CEZA HUKUKU

- a) Prof. Dr. Faruk EREM : Açığa İmzanın Kötüye Kul-
lanılması 496 - 509
- b) Dr. Sami SELÇUK : Kamu Güvencesine (Umu-
mun Tekâfülüne) Bırakıl-
mış Eşya Hırsızlığı 510 - 534

4 — BORÇLAR HUKUKU

- a) Dr. Suat DURA : Eser (İstisna) Sözleşme-
si (II) 535 - 550
- b) Bilâl KARTAL : Arsa Payı Karşılığı Bağımsız
Bölüm Yapma Sözleş-
mesi Ve Özellikle Biçi-
mi (III) 551 - 568
- c) Hilmi ÖNAL : Müvekkilin Ücret Ödeme
Borcu Ve Avukatlık Ücre-
ti (II) 569 - 578

5 — İCRA VE İFLAS HUKUKU

- a) O. Gökhan ANTALYA : İcranın İadesi 579 - 585

6 — KARA TAHLİLİ

- a) Prof. Dr. Nurullah KUNTER : Olağanüstü İtirazda Yargılama İle İlgili Sorunlar ... 586 - 598

7 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

- a) Bülent AKMANLAR Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler 599 - 601

8 — BİBLİYOGRAFYA

- a) Ali Rıza GENİŞ 1983 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası 602 - 606

9 — YAGITAY'DAN HABERLER

- a) Ali Rıza GENİŞ Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar 607 - 613
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler 614 - 616
- Yargıtay Yayınları 617 - 618

● A Ç I K L A M A

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi sayın Doç. Dr. Nisim İ. Franko, Yargıtay Dergisi, Temmuz - 1983 sayısının 290 - 307. sayfalarında yayımlanan «Sağ Kalan Eşin İntifa Hakkı Seçiminde Şekil Ve Müddet Problemi» başlıklı yazısının sonuna eklediğimiz «Sözlük» ile ilgili bir açıklama göndermiştir.

Sayın Yazarın gönderdiği açıklamada; «.....böyle bir sözlüğün ilavesi hususunda muvafakatı olmadığı durumunu derginin bir sonraki nüshasında tasrih edilmesi» istenmektedir.

Yazının ilk sayfasıyla (sayfa : 290), sözlüğün yer aldığı sayfanın (sayfa : 305) altlarına koyduğumuz dipnotlarda; «Bu sözlük, yazının daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla eklenmiştir.» açıklamasını yapmış, bunun tarafımızdan yapıldığını belirtmek için de dergimizin adının kısaltılmışı olan (YD) simgesini kullanmıştık.

Sayın okurlarımızın bilgilerine sunulur.

Yargıtay Dergisi

**DANIŞMA MECLİSİNİN SAYIN BAŞKANI,
YÜKSEK YARGI ORGANLARININ SAYIN BAŞKANLARI,
BAKANLAR KURULUNUN SAYIN ÜYELERİ,
SAYIN KONUKLAR VE DEĞERLİ MESLEKTAŞLARIM.**

**Yargıtay Başkanı Sayın
Derviş Turhan'ın 1983 - 1984
Adalet Yılına Açış Konuşması.
6.9.1983**

Büyük Türk Ulusu adına adalet dağıtma görevini yerine getirmekte olan mahkemelerimiz yasal tatil süresi bittiğinden bugün yeni çalışma dönemine girmiş bulunuyorlar. 1983 — 1984 Adalet Yılına Yüce Türk Ulusu'na hayırlı ve uğurlu olması dileğiyle açıyorum. Toplantımıza onur verdiğinizden dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Yeni Adalet Yılına girerken geçen yıl içinde sonsuzluğa göçen Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına ve diğer adalet görevlilerine Tanrıdan rahmet diler, aziz anıları önünde saygıyla eğilirim.

Her yıl birkaç seçkin arkadaşımızı topluluğumuzdan uzaklaşmak zorunda bırakan yaş sınırı hükümleri, bu yıl da bizi bir kısım meslektaşlarımızın çalışma ve yardımından yoksun bırakmıştır. Bazı arkadaşlarımız da kendi istekleriyle emekliye ayrılmışlardır. Gerek Yargıtay toplumundan, gerekse hâkimliğin çeşitli kademelerinden emekliye ayrılan bu arkadaşlarımız görevlerinin önemini ve büyüklüğünü bir an gözönünden ayırmaksızın, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalarak, tam bir özveri ve şaşmaz bir doğrulukla meslek hayatlarının sonuna erişmişlerdir. Bu hizmetten ayrılmaları doldurulması güç boşluklar meydana getirmiştir. Kendilerini takdir duyguları ve saygıyla selâmlar, bundan sonraki yaşamlarında sağlıklı, mutlu ve uzun ömürler dilerim.

ÇAĞDAŞ DEVLET'TE YARGI

İnsan topluluklarının devlet halinde oluşmağa başladığı ilk zamanlardan beri hakkın yerine getirilmesi, adalet dağıtma işi devletin en önemli görevi sayılmıştır. Adalet, toplum hayatının ve insan mutluluğunun vazgeçilmez koşuludur.

«Adalet mülkün Temelidir» ilkesi yüzyıllarca önce söylenmiş ve bugüne kadar gerçekliğinden hiç bir şey yitirmemiştir. Burada geçen «Mülk» sözcüğüne bazıları «mülkiyet, mal» anlamı vermişlerdir. Oysa «mülk»ten maksat devlet, vatanın bütünlüğü, toplumun mutluluğu, ülkenin bağımsızlığıdır. Gerçekten, bu ilke ile içinde adaletin egemen olmadığı bir devletin varlığını koruyamayacağı ifade edilmek istenmiştir.

Hukuk ve adalet temeline dayanmayan bir toplum teknik alanda ne kadar ileri giderse gitsin çökmeye mahkûmdur. Toplum içinde, kişiler arasındaki ve kişi ile devlet arasındaki ilişkilerinde, Hukuk ve adaletin temeli oluşturması, o toplumun varlığını sürdürmesi için şarttır.

Bir devlet yoksul olabilir. Yeterince kaynakları ve teknolojiyi bulunmayabilir. Bu zorlukların zamanla giderilmesi mümkündür. Yerine konulması en güç olan değer «adalet»tir, adalete olan güvendir.

Adalet duygularının gevşediği yerlerde, toplumların çöküntüye sürüklendikleri inkâr edilmez bir gerçektir. İnsanlığın en büyük ızdırabı daima haksızlıktan doğmuş, büyük yıkıntılara hemen daima haksızlık ve adaletin iyi dağıtılmamış olması neden olmuştur. Dünyanın bugün içinde bulunduğu huzursuzluğun gerçek nedenini, adaletli bir dünya düzeninin henüz kurulamamış olmasında aramak gerekir. Tarihin her döneminde, adaleti en üstün bir değer olarak tanıyan Ulusumuz'un bu asil duygusu, adalet hizmetinde görev alanların gönüllerinde yanan ve onlara rehberlik eden kutsal bir ışıktır.

Bilindiği gibi Ulu Önder Atatürk hukuk ve adalete büyük değer veren bir devlet adamıdır. «Yargı erki, devletin, Anayasanın ve insan onurunun koruyucusudur» sözü Atatürk'ündür.

Yine büyük Atatürk «Bir hükümet ancak adalete dayanabilir. Bağımsızlık, özgürlük ve her şey adaletle var olur... İnsanlar gönü rahatlığı içinde çalışmak ihtiyacındadır. Bu ise toplumu ve devleti yöneten hükümette adaletin salt egemen olmasıyla sağlanabilir. Bir ülkede adalet olmazsa o ülkede anarşi var demektir. Orada özgürlük yok demektir» sözleriyle adalet ve yargı kavramının önemini çarpıcı bir biçimde dile getirmiştir.

Gerçekten bir devlet adaletle yürür, adaletle güç kazanır. Yargı erkinin güçsüz olduğu ülkelerde devlet gücünden söz edilemez.

Ancak, unutmamak gerekir ki, yargının gücü bağımsızlığından gelir. Adaletin gereği gibi dağıtılabilmesi için yargının bağımsız olması zorunludur. Yargı bağımsızlığındaki amaç, hüküm veren hâkimin herhangi bir etki altında kalmadan görevini tarafsız olarak yapabilmesini sağlamaktır. Tarafsızlık yargının değişmez ilkesi ve kuralıdır.

Bağımsızlık ve güvence hâkimlerin kişisel rahatlık ve huzurlarını sağlamak, onları ayrıcalıklı kılmak için değil, toplumda yaşayan insanların haklarından emin olmaları, gelişmeleri ve demokrasiden gereği gibi yararlanmaları, diğer bir deyimle kamu yararı için çağdaş Anayasalarda kabul edilmiştir. Toplum için en büyük tehlike, yargı gücünün, yasama ya da yürütme gücüne ya da bu güçlerin her ikisine bağlı tutulmasıdır. Hâkimlerin güvence ve bağımsızlığı ilkesinden ayrılmak, toplum ve devlet için giderilemez zararların doğmasına neden olur.

Bugünün demokratik hukuk devleti, yasama, yürütme ve yargı erklerinin dengeli şekilde ayırımı esasına dayanır. Devletin üç ana temel organı olan bu güçlerin tam bir uyum içinde çalışmaları sistemin sağlıklı işleminin önde gelen koşuludur. Bu güçler birbirinin üstünde değil, birbirinin yanında olmalıdır.

Yargı organı uyuşmazlığı çözdükten sonra verdiği hükmün yerine getirilmesini sağlamak bakımından yürütme organının yardımına ihtiyaç duyacaktır. Bu yargı — yürütme dayanışması, ceza hukuku alanında ve ceza davalarında daha belirgin biçimde ortaya çıkar. Çünkü suçun tesbitinde, suçunun yakalanıp hâkim önüne getirilmesinde ve mahkemenin verdiği hükmün uygulanmasında yargı, yürütmenin yardımından yararlanır. İdare hukuku alanında da bu böyledir. Orada da yine hâkimin elinde kararlarını uygulatacak zorlayıcı bir güç bulunmamaktadır. Bunun gibi kişiler arasındaki hukuk davalarında da taraflardan biri mahkemece verilen karara uymazsa, o kararı uygulatabilmek için yine yürütmenin — idarenin yardım ve desteğine ihtiyaç vardır. O halde yargı ile yürütme — idare arasında dayanışma zorunluğu hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir.

YARGITAY VE MAHKEMELERİN ÇALIŞMASI

Her yıl nüfusumuzun hızla çoğalması, ekonomik ve sosyal ilişkilerin artması, hızlı kentleşme, toplumsal hayatın gittikçe karmaşık bir nitelik kazanması, anlaşmazlıkları çoğaltmakta ve hukuk açısından yeni iş ve davalara neden olmaktadır.

Bir önceki yıldan devredilen dosyalar ile birlikte 1982 yılında tüm hukuk ve ceza mahkemelerine gelen dava sayısı 2.640.093'e ulaşmıştır.

Ülkemizde hâkim ve C. Savcısı kadrosunun tamamı 6881'dir. Bu konuşmanın hazırlandığı tarihte, Adalet Bakanlığı'ndan alınan bilgiye göre, bu kadrolardan 1300'ü açık bulunmaktadır. Bunlardan toplam 510'una Yargıtay'da, Sıkıyönetim Mahkemelerinde, Askerî Yargıtay'da, Adalet Bakanlığı'nda görev verilmiştir. Böylece kürsüde çalışan ve yılda 2.640.093 davaya bakacak hâkim ve C. Savcısı sayısı 5071'dir.

Deneylerden elde edilen sonuca göre, normal olarak bir ağır ceza mahkemesi yılda ortalama 250, asliye ceza ve asliye hukuk mahkemeleri 500 - 750, sulh hukuk ve sulh ceza mahkemeleri de 1000 - 1200 davaya bakabilmektedir. Oysa mahkemelere gelen iş sayısı bu rakamların çok üstündedir. Bir günde 40 - 50 hattâ daha fazla davanın görüldüğü mahkemeler vardır. Mahkemelerin iş yoğunluğu, hâkimlerimizin altından kalkmaları zor bir düzeye varmıştır.

Toplumda iç barış ve güvenliğin sağlanabilmesi, yargı gücünün etkin ve hızlı bir işlerliğe kavuşturulmasına bağlıdır. Bunun için, kanunların âdî ve sür'atli bir biçimde uygulanması şarttır. Şayet suçluların yargılamaları uzar, hak ettikleri cezaya çarptırılmaları gecikirse adaletin etkinliği ve cezaların caydırıcılık niteliği kalmaz.

Öte yandan yargı organında makul bir sürede hakça bir çözüm olanağı bulamayan taraflar başka çözüm yollarına başvurmaktadır. Bunun da bedeli oldukça ağırdır. Yıllar sonra yargı organından bir karar çıktığında pek çok şey değiştiğinden kararın anlamı kalmaz. Geciken adalet toplumda huzursuzluk yaratır, adalet duygusunu zedeler.

Adalet hizmetinin ağır işlediği bir yakınma konusudur. Ve bu durum yargının saygınlığına gölge düşürmektedir.

İş ve davaların uzamasının, kararların gecikmesinin başlıca nedenlerinden biri mevcut hâkim ve C. Savcısı sayısının yetersiz olmasıdır. Son bir kaç yıl içinde hâkim ve savcı sayısında önemli miktarda azalmalar olmuştur. Bu boşalmalar gün geçtikçe artan boyutlara varmaktadır. Açık kadroların imtihanla yeni memur almak gibi usullerle doldurulması mümkün değildir. Çünkü hâkimler hâkimlik kürsülerinde yetişir ve tecrübe sahibi olurlar. Bugün

hâkimlik kürsülerinde yetişmiş tecrübeli hâkimlerimizin istifa veya emekliliklerini istemek suretiyle meslekten ayrıldıklarını görmekle büyük üzüntü duymaktayız. Hâkimlik mesleğine ilgi gidecek azalmaktadır. Hâkimlik mesleğine ilginin artırılması ve boşlukların doldurulması, bu mesleğin özenilir hale getirilmesine bağlıdır.

Ödenek yetersizliği nedeniyle keşiflerin zamanında yapılamaması, davetiyelerin postaya verilememesi ve benzeri işlemlerin yerine getirilememesi, kıt kırtasiye olanakları ile çalışılması da hizmetin aksamasına yol açmaktadır. Yeterli ödeneğin sağlanması halinde bundan doğan gecikmeler önlenmiş olacaktır.

Yargıtay'ın çalışmalarına gelince: 1982 yılında Yargıtay'a 151.976 hukuk, 62.259 ceza olmak üzere toplam 214.235 dava dosyası gelmiştir. Bir önceki yıldan kalan 11.712 dava ile birlikte 225.947'ye ulaşan işten, 210.000'i sonuçlandırılmış, geri kalan 15.947 dava 1983 yılına aktarılmıştır. Bu durumda yıllık iş günleri gözetilerek yapılan hesaba göre her bir hukuk ve ceza dairesinde bir günde ortalama 40 - 45 dosya incelenmektedir.

Yargıtay'ımıza her yıl gelen iş sayısı, nüfusu bizden çok olan Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa gibi ülkelerin yüksek mahkemelerine gelen işlerden 20 - 30 kat fazladır. Bu durum Yargıtay'ımızın ne kadar ağır bir iş yükü altında olduğunu göstermektedir.

Türk Medenî Kanunu birinci maddesiyle hâkime ne gibi kaynaklardan esinleneceğini belirtmek suretiyle kanun koyucu imiş gibi karar vermek yetkisini tanımış, Anayasamızın 10. maddesi de kanun önünde eşitlik ilkesini getirmiştir. Bu durumda hâkim, hukukun ve kanunların herkese aynı şekilde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.

Ancak mahkemelerin benzer davalarda verdikleri kararlar arasında uygunluk bulunması halinde kişilerin kanun önünde eşit olduklarından sözedilebilir.

Yüce mahkememiz az önce açıkladığımız bu kadar yoğun iş içinde Medenî Kanunun 1. ve Anayasamızın 10. maddelerini gözönünde tutarak bu görevini yerine getirmek için büyük bir çaba göstermekte ve başarılı olmaktadır. Bir çok bilimsel eserlerde Yargıtay içtihatlarının benimsenmesi ve bu içtihatlara atıflar yapılması da bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Öte yandan, Türk toplumunu, kısa zamanda çağdaş uygarlık düzeyine yükseltmek amacıyla; Cumhuriyetin başlangıç yıllarından itibaren, ana kanunlarımızın bir çoğu batı ülkeleri kanunlarından aynen alınmak suretiyle çıkarılmış ve yürürlüğe konmuştur. Türk hâkimlerinin, farklı sistemlere dayanan bu yeni kanunları, ülkemizin bünyesine uygun bir anlayış içinde uygulayarak modern bir millî hukuk meydana getirmiş olmaları büyük bir başarıdır. Bu durumun gerçekleştirilmesinde Yargıtay'ın payı çok büyüktür.

ÜST MAHKEMELER KURULMASI SORUNU

Adalet işlerinin gereği gibi görülmesinin ve kalkınma çabalarının başarıya ulaşmasının en önemli koşullarından birisi, yetenekli hâkim yetiştirmek, düzeninde ve verimli işleyecek mahkemeler kurmak için gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Aksi halde adalet işlerinden yakınmaların ardı arkası kesilmez ve kalkınma çabaları da sonuçsuz kalır.

Çağdaş devletlerde, ilk mahkeme tarafından verilen bir kararın yanlış olabileceği gözönünde tutularak davayı ilk mahkemenin incelediği gibi inceleyerek kararı doğru bulursa onamak, yanlış bulursa doğru kararı kendisi vermek üzere üst mahkemeler kurulmuş ve bu mahkemelerin kararlarını yalnız kanunun doğru uygulanmış olup olmadığı yönünden inceleme görevi Yargıtay'a verilmiştir.

Gerçekten Yargıtay bir prensip mahkemesidir. Asıl görevi hukuk yaratmak, kanunların yurdun her yerinde aynı biçimde uygulanmasını sağlamak ve yarattığı içtihatlarla hukuka yön vermektir. Bu nedenle Yargıtay hukukî yönlerin dışındaki hususlar, yani maddi olay ve delilleri takdir ile uğraşmamalıdır. Bu ise, ancak mahkemelerden verilen kararlara karşı vatandaşların doğrudan doğruya Yargıtay'a gelecek yerde, ilk mahkemeler ile Yargıtay arasında kurulacak üst mahkemelere başvurmaları suretiyle mümkün olabilir. Böyle bir derece mahkemesi kurulduğu takdirde Yargıtay'ın yükü hafifleyecek, asıl görevini gereği gibi yapmak olanağına kavuşmuş ve işlerin sür'atle çıkması sağlanmış olacaktır. Bir yandan bir kısım davalar üst mahkemelerde sonuçlanacağı için yurttaşların külfeti de hafifleyecektir.

İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında yer alacak bir yargı denetim mercinin varlığı bugün zorunlu hale gelmiştir.

Üst mahkemelerin kaldırılmasına neden olan koşullar bugün için —açık hâkim sayısı hariç— artık kalmamıştır. Gerçekten ülkemizde ulaşım imkânları çoğalmıştır. Vatandaşa hukukî güvence sağlayacak olan böylesine önemli bir iş için Devlet bütçesinden yeteri kadar ödenek ayrılması da mümkündür. O halde bu mahkemelerin yararları gözönünde tutularak yapılacak iş; bir hazırlık dönemine başlanarak hâkimlik mesleğini çok çekici bir hale getirmek, en kısa sürede yeterli ve yetenekli hâkim kadrosunu oluşturmak ve ondan sonra üst mahkemeleri kurmaktır.

HÂKİMDE BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

Devletin varlığı ve bütünlüğü adalet hizmetlerinin iyi işlemesine bağlıdır. Bu sistemin insan unsurunu ise hâkimler, savcılar ve yardımcı personel oluşturmaktadır. Mülkün temeli olan adaletin gerçekleşebilmesi için bu unsurun her yönden en mükemmel bir durumda olması gerekir.

Kuşkusuz her meslek saygıya lâyıktır. Ancak şu bir gerçektir ki, bazı görevlerin toplum içinde ayrı bir yeri ve önemi vardır. Hâkimlik mesleği de bunlardan biridir. Onun için hâkimlik mesleğindeki kişide bazı niteliklerin bulunması gereklidir.

Hâkim; doğru, kendisine güvenen, güçlü, üstün kişiliği ile nereden gelirse gelsin her türlü haksızlığın karşısına dikilen, bıkmadan usanmadan haksızlığa karşı savaşım veren, diğer bir deyişle hak yolunda kimseden korkmayan karakterde olmalıdır. Ayrıca tam bir üstün kişilik özelliği yanısıra, hukuk bilgisi ve anlayış yeteneği, hâkimlik mesleğindeki kişide yer alması gerekli niteliklerdir.

O halde hâkimin belirtilen bu nitelikleri taşıyacak biçimde yetiştirilmesi zorunludur ve ancak bu nitelikteki bir hâkim, hakkın ve adaletin gerçekleşmesine yönelik görevini gereği gibi yerine getirebilir.

Hâkim, Devlet güçlerinden birisini, bağımsız yargı gücünü temsil etmekte olduğunu asla gözden uzak tutmamalıdır. Hüküm veren hâkim, dosyadaki deliller, kendi hukuk ve kanun anlayışının ve vicdanının etkisinden başka hiç bir şeyin etkisi altında olmasızın karar vermelidir. Ancak bu takdirde mahkemelerin tarafsızlığından ve bağımsızlığından sözedilebilir.

Öte yandan, adalet erkinin, bir devlet içerisinde kendisine düşen görevleri gereği gibi yerine getirebilmesi, siyasî düşüncelerin

üstünde kalabilmesiyle mümkündür. Hâkim, siyasî akımları bilmek, fakat onlara seyirci kalmak zorundadır. Gerçek hâkim şu veya bu politika akımına eğilim göstermeyecek kadar kendi duyguları üstünde kalır. Kendisinde siyasal olayların üstüne çıkabilecek kudreti göremeyen kimse gerçek bir hâkim değildir. Siyasî bir olay karşısında haklıyı haksızdan ayıracak olan gücün adeta taraflardan biri imiş gibi davranması ortaya adalet değil, adaletsizlik çıkarır.

Şunu iftiharla söyleyebilirim ki, hâkimlerimiz demokrasinin en güçlü bir güvencesi olan adaleti, her türlü etkiden uzak olarak sarsılmaz bir vicdan ile yerine getirdiklerini ispat etmişler ve mahkemelerimiz şimdiye kadarki çalışmalarlarıyla Ulusun güvenini kazanmışlardır. Önümüzdeki yıllarda da Büyük Ulusumuzun huzur ve güveninin güvencesi olmakta devam edeceklerine inanıyoruz.

Geçen Adalet Yılı'nın açılışında, bugünkü yöntemle iyi hâkim yetiştirildiğini ileri sürmenin mümkün olmadığına, yargı denetimi yapan bir Yüksek Mahkeme olarak her gün karşılaştığımız mahkeme kararlarının bunu gösterdiğine, bilinen ve uygulanan biçimi ile bir veya iki yıllık staj süresinin artık hâkim ve Cumhuriyet Savcısı yetiştirmek için yeterli bulunmadığına, bu itibarla staj şekil ve süresinin alışılmış biçimden kurtarılarak örnekleri başka ülkelerde çok yıllar önce kurulmuş özel eğitim merkezlerinde sürdürülmesi ve çağın gerçeklerini, çeşitli bilim dallarını kapsayan uygu amalı bir eğitimden sonra hâkim olabilme hakkının verilmesi gerektiğine işaret etmiştim. Sayın Cumhurbaşkanı da yaptıkları konuşmada bu hususa değinerek hâkim yetiştirilmesi konusunda öneri getirmemizi buyurmuşlardı. Sayın Cumhurbaşkanının bu direktifleri üzerine «Türkiye Hâkimler Akademisi» taslağını hazırlayarak 6.10.1982 gün ve 3719 — 1541 sayılı yazımızla Millî Güvenlik Konseyi Genel Sekreterliği'ne, bir nüshasını da aynı gün ve 3719 — 1540 sayılı yazımızla Adalet Bakanlığı'na sunduk. Bu taslağın biran önce kanunlaşması büyük yararlar sağlayacaktır.

Hâkimde bulunması gereken niteliklerden sözettiğimiz Hâkim — Avukat ilişkisi üzerinde de durmak istiyorum :

Barolar, adalet kuruluşunun işleminde etkili birer organ, avukatlar adaletin meydana çıkarılmasında, bir hakkın yerine getirilmesinde adalete, hâkime yardımcı meslektaşlardır. Hâkim ve avukat arasındaki ilişkiler, daima adalete, hakka olumlu yönde etkili bir ilişki olmalıdır. Avukatın, bir hakkın yerine getirilmesi için çaba sarfeden ve savunma hakkının temsilcisi durumunda

olan bir meslektaş olduğu unutulmamalıdır. Öte yandan, Anayasa gereği yargı yetkisini kullanan ve mahkemeyi temsil eden hâkime karşı yurttaşların saygı ve güvenini sarsacak davranışlardan sakınmak ve hâkimin görevinin ağırlığını, insan gücünün üstünde çalışma durumunda bulunduğunu gözönünde tutmak da avukatın bir meslektaşlık borcudur.

ADLÎ ZABITA

Devletin en başta gelen görev ve işlevi toplumun ve toplumu meydana getiren fertlerin güvenliğinin sağlanmasıdır. Bu görevi yerine getirecek olan kuruluş ise zabıtabıdır.

Zabıtabının idarî ve adlî olmak üzere iki görevi vardır. Bu bakımdan kuruluş ve personel yönünden bir çok batı ülkelerinde, örneğin; Fransa, İtalya, Belçika ve İsviçre'de uzunca bir süreden beri idarî ve adlî zabıtaba kesin olarak ayrılmış ve bağımsız adlî hizmetleri yerine getirecek bir zabıtaba örgütü kurulmuştur. Oysa günümüz Türkiye'sinde, zabıtaba yalnızca görev bakımından ikiye ayrılmış, kuruluş ve personel yönünden bir ayrım yapılmamıştır. Güvenlik kuvvetleri vali ve kaymakamların emrindedir Bu ise büyük sakıncalar doğurmaktadır.

Ceza adaletinde yargının yetkisi hazırlık soruşturması ile başlar. Gereği gibi yapılmamış bir hazırlık soruşturması ile ceza adaletinin sağlanması mümkün değildir. Geçmiş dönemlerin deneyimlerinden elde edilen sonuca göre, yürütmeye ve yönetime doğrudan bağlı bir zabıtabanın bağımsız yargı ile sağlıklı işbirliği içinde bulunması ihtimali yoktur. Hâl böyle olunca, Adalet — Zabıtaba sürütüşmesi kaçınılmaz olur. Başka bir anlatımla Yargı — Yürütme çekişmesi başlar. Yakın geçmişte bunun örnekleri çok görülmüş ve belli olaylara sorumlu arama çabasına girildiğinde, zabıtabanın adaleti itham eden tutumuyla karşı karşıya kalınmıştır. Onun için C. Savcılarının görevlerini kolaylaştırmak, suç ve suçluyu en kısa zamanda tüm delilleriyle meydana çıkarmak, polis tarafından tuttuğu yolundaki söylentileri ve kuşkuları ortadan kaldırmak gibi büyük yararları bulunan C. Savcılıklarına bağlı «Adlî Zabıtaba» bir an önce kurulmalıdır.

Adlî — İdarî Zabıtabayı ayırmak için hiç bir güçlük de söz konusu değildir. Yeterli personel vardır. Adlî Zabıtabaya ilişkin olmak üzere Usul Kanunlarında bazı değişiklikler yapılması ve bazı hükümler eklenmesi suretiyle bu hususun sağlanması mümkün bulunmaktadır. Az önce de belirttiğimiz gibi, eğitilmiş Adlî Zabıtaba

örgütünün kurulmasıyla adaletin tam ve çabuklukla gerçekleştirilmesi sağlanmış olacaktır.

ADLİ TIP

Adli Tıp ve adli ekspertiz adaletin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Gelişen toplumumuzda adli tıbbın rolü büyük ölçüde artmış, Tıp ve Hukuk Biliminin bu dalındaki gelişmeler daha geniş laboratuvar ve daha çağdaş araç ve gereçlere ihtiyaç göstermiştir.

Adli Tıp Kurumu'nun yeni binalarının 25 Ekim 1982 günü yapılan açılış törenindeki konuşmalardan, bu Kurumun modern araç ve gereçlerle donatıldığını ve yeteri kadar öğretim üyesi, hekim, uzman ve teknisyene kavuşturulduğunu memnuniyetle öğrenmiş bulunuyoruz. Ancak bugün için bir çok yargı çevrelerinde adli tabip yoktur. Ceza davalarının uzamasının nedenlerinden birisi de yeteri kadar adli tabip bulunmamasıdır. Zira, Yargıtay'a gelen dosyaların bir kısmında, özellikle zamanında ve yeterli bilgileri içermeyen biçimde verilmiş raporlar yüzünden mahkeme kararları bozulmakta ve yetersiz raporlar davaların uzamasına neden olmaktadır. Onun için her ağır ceza merkezinde bir adli tabibin bulunması, bunun sağlanması için de adli tabipliğin çekici hale getirilmesi zorunluluğuna inanıyoruz.

YARGI DİLİ

Adalet işlerinde kullanılan terimlerin aynı zamanda kanunlarda kullanılan terimler oluşu, öte yandan mahkemelerin belli bir alışkanlığa göre yazılan evrak ve kararlarda hiç değişmeyen şekillere bağlı bulunuşu, adalete ilişkin terimlerin Türkçeleştirilmesini güçleştirmektedir. Ancak kanunlarda öz Türkçe olmayan terimler yer almış diye, bizim hiç bir çaba göstermeden elimizi kolumuzu bağlayıp beklememiz de doğru olmaz. Elbet yargı dilinin özleştirilmesi konusunda, adalet işleriyle uğraşanlarımıza düşen bazı ödevler vardır.

Eşitlik, kanun önünde eşitlik demek olduğuna göre, kanun hükümlerini uygulayacak mahkemelerle, mahkemelerde işi bulunan vatandaşların anlatım araçlarının birbirine uygun olması zorunludur. Böylece hukuk dilinde başarılmakta olan devrim, kanun önündeki eşitliği şekil bakımından da sağlamış olacaktır. Onun için hukuk dilinin bugünkü ve gelecekteki kuşakların anlayacağı biçimde sadeleştirilmesi gerekir.

Büyük Atatürk'ün yaşadığı dönemde yürürlüğe giren bazı kanunlarda dilin sadeleştirilmesi yönüne gidildiğini görmekteyiz. Nitekim o dönemde çıkarılan 2795, 2798 ve 2834 sayılı Kanunlarla öteki kanunlarda «araç, atamak, aracılık, bağışık, danışma, dilekçe, genel kurul, görüşme, işlem, tarım, tarımsal üretim, yönetim, yönetim kurulu, yetki, ilişik, çizelge, yetersizlik, önlem, istem, neden» gibi sözcükler yer almıştır.

Bugün de zaman zaman kanunlarımızda yapılan yenilemeler ve değişikliklerle dile de özen gösterilmekte olduğunu görmekteyiz.

Mahkemeler ve özellikle Yargıtay, arı Türkçe açısından övünce değer bir çaba içindedir. Bugün mahkemelerde ve Yargıtay'da; C. Savcısı, görev, yetki, tutanak, zamanaşımı, kazanılmış hak, savunma, suçüstü, erteleme, bilirkişi, tutuklama, eski eser, sıkıyönetim, yargılama giderleri, görevi savsama, görevi kötüye kullanma, gerekçe terimleri kullanılmakta ve bunların karşılığı olan eski terimlerden vazgeçilmiş bulunmaktadır. Bunlar gibi daha bir çok örnekler verilebilir.

Ancak, hemen şunu ifade etmeliyim ki, yargı dilini sadeleştiririm derken, sonradan içinden çıkılamayacak bir kargaşaya yol açmamalıyız. O halde, dil kargaşasını önlemek için, ilgili kuruluşlardan seçilecek uzman kişilerden kurulu bir komisyon oluşturularak tüm yargıda kullanılacak arı Türkçe terimler saptanmalı ve böylece hukuk dilinde tek biçimlilik sağlanmalıdır.

YAYIN ÇALIŞMALARI

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 1975 yılından beri çalışmalarını sürdürmektedir. Bu yayınlarla güdülen amaç Türk Hukukunun gelişmesi konusunda yargı organlarının katkıda bulunmasını sağlamaktır.

8 Şubat 1983 tarihinde yürürlüğe giren 4 Şubat 1983 gün ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 55. maddesiyle Yayın İşleri Müdürlüğümüzün döner sermayesi yirmi milyon liradan elli milyon liraya çıkarılmış ve böylece baskı ücretleri ve kâğıt fiyatlarında son yıllarda meydana gelen artışlar yüzünden doğabilecek aksaklıklar bir ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

Yargıtay'ın görüşlerini ve örnek kararlarını yansıtan aylık «Yargıtay Kararları Dergisi» ile meslekî konulardaki araştırma ve inceleme yazılarına yer veren üç aylık «Yargıtay Dergisi» düzenli olarak çıkarılmaktadır. Bu dergilerden yararlanılmasını kolaylaş-

tırmak için Kararlar Dergisinin 1981 yılı sonuna kadar çıkmış olan ciltlerinin çeşitli yöntemlerle düzenlenmiş fihristlerinin de «Yargıtay Kararları Dergisi Kılavuzu» adı ile kitap halinde basım çalışmaları sürdürülmektedir.

Bunlar dışında 1926 yılından 1980 yılı sonuna kadar Yargıtay'dan verilen ve kanun gücünde olan İçtihadı Birleştirme Kararları, tam metin halinde ve eksiksiz bir biçimde külliyat olarak yayınlanmıştır. Bu külliyatın özel hukukla ilgili olanları beş cilt, ceza hukuku ile ilgili olanları ise üç cilt olarak basılmış ve bütün hukukçuların yararlanmalarına sunulmuştur.

Majno'nun dört ciltlik «Ceza Kanunu Şerhi»nin eski harflerle Adalet Bakanlığı'na 1926 — 1928 yıllarında yayınlanmış bulunan Türkçe çevirisi, yeni harflerle Yargıtay'ca bastırılmış bulunmaktadır. Ayrıca, Andreas von Tuhr'un «Borçlar Hukuku» ile ilgili ve rahmetli Avukat Cevat Edege tarafından Türkçeye çevrilerek 1952 - 1953 yıllarında bastırılan ve mevcudu kalmayan ünlü eserinin Yargıtay'ca ikinci basımının yaptırılması için mirasçılar ile anlaşmaya varılmış ve bastırılarak yayımlanmıştır.

Bundan sonraki yıllarda da yayın çalışmalarımız buna benzer çalışmalarla ve daha verimli bir biçimde sürdürülecektir.

ADALETİN DİĞER SORUNLARI

Bugün hâkimlerimizin bir kısmı yaptıkları hizmetin kutsallığı ile bağdaşmayacak durumdaki konutlarda oturmak zorunda kalmaktadırlar. Özellikle bazı illerimize atanan hâkim ve savcılar oturacak ev bulmakta büyük güçlüklerle karşılaşmaktadırlar.

Hâkim huzur içinde olmalı, oturduğu ve çalıştığı yer onur ve saygınlığına uygun bulunmalıdır. Bu durumun sağlanması için, yurt düzeyinde hâkim ve savcılar için lojman yapımı ve bina satın alınması konusunda Adalet Bakanlığı'nın yürütmekte olduğunu bildiğimiz çalışmaları sevindiricidir. Bakanlığın bu çalışmalarını artırarak kısa bir zamanda sorunun çözümlenmesini beklemekteyiz.

Adalet binalarında, çok sayıda hâkim ve savcının bir odada oturduğu, hâkimin çalışma odasının duruşma salonu olarak kullanıldığı, sabahın erken saatlerinden akşama dek adliye salonlarını mevcut kapasitenin 5 - 10 kat kalabalık iş sahibinin doldurduğu, gürültü, uğultu, karanlık, havasızlık, toz içerisinde, nefes almanın dahi zor olduğu salonlarda yargıda görev yapanların ne

denli sıkıntılar çektiği ve bu hizmetlerini çok ağır koşullar altında yürüttüğü bir gerçektir.

Diğer deviet dairelerindeki lüks yanında adalet binalarının, mefruşatının, kırtasiye noksanının, kırık dökük masa ve sandalyelerinin Türk adaletine nasıl yakıştırılabildiğini anlamaya imkân yoktur.

Hâkimlerimizin çok kötü binalarda, kötü koşullar içinde çalışmak zorunda kalmalarının onlarda yarattığı ruhsal tepkiyi mutlaka gözetmek ve bir an önce çarelerini bulmak gerekir.

Geçen Adalet Yılı açılışında Sayın Cumhurbaşkanı da bu konuya değinerek sorunun kısa bir zamanda çözümlenmesi gerektiğine işaret buyurmuşlardı.

Adaletin önemli sorun ve konularından biri de kuşkusuz ceza infaz yerleri, cezaevleridir. Modern devlet anlayışında cezanın yerine getirilmesinde en başta gelen amaç hükümlülerin ıslah ve eğitilmesidir. Bugün cezaevlerinin büyük bir bölümünün, ne bina, ne personel bakımından bu amacı sağlayacak durumda bulunduğunu söyleyemeyiz. Sınırlı sayıdaki cezaevleri dışında hükümlülerin büyük bir bölümü hiç bir iş yapmadan günlerini doldurmayı beklemekte ve böylece yüksek derecede bir insan gücü, kendileri ve toplum zararına heder olmaktadır. Bugünkü infaz sistemi ve cezaevleri, cezaların yerine getirilmesi ilke ve amacını gerçekleştirilmeye yeterli sayılamaz. O halde, cezaevlerinde bulunan binlerce hükümlüyü yeniden topluma yararlı bir insan haline getirecek ve kendisini dışarda sosyal ve ekonomik yönden yetiştirecek, güçlendirecek önlemlerin alınmasında gecikilmemelidir.

Gelişmiş toplumlarda her yerde ve her işte bilgisayar kullanılmaktadır. Bu arada hukuk kurallarının kodlandırılması ve sınıflandırılmasında, adli sicillerin tutulmasında, içtihat ve mahkeme kararlarının tasnif ve özetlenmesinde bilgisayar sistemlerinin uygulanması bir çok ülkede gerçekleştirilmiştir. Ülkemizde de bu teknikkilimin hukukun hizmetinde, adalet dağıtımında uygulanması artık zorunlu hale gelmiştir. Bunun için bir merkez kurularak çağdaş bir araç olan bilgisayardan yararlanma olanakları sağlanmalıdır.

Mahkemelerde çalışan personele çok önemli görevler düşmektedir. Kararların yazılması, tebligat ve her türlü yazışmalar bu kişiler eliye yapılmaktadır. Ancak uygulamada bu görevlerin gereği gibi yerine getirildiğini ileri sürebilmek zordur ve bu yeter-

sizlikler davaların uzamasında etken olmaktadır. Bu bakımdan, adliye personelinin iyi yetiştirilmesi önem taşımaktadır. Bunun için meslek okulları açılmalı, gördükleri işin ağırlığı ve önemi gözetilerek adalet personeline farklı maddi olanaklar sağlanmalıdır.

Sayın Konuklar,

Değerli Meslektaşlarım,

Her Adalet Yılı'nın açılışında, bu kürsüden, geçen çalışma yılı hakkında açıklamalarda bulunulması, bazı sorunların dile getirilmesi, dilekler ifade edilmesi, kamu oyunun da adaletle ilişkin konularda bilgi sahibi olmasını sağlamaktadır. Bu yıl da gelecekteki çalışmaların daha iyi, daha kusursuz olmasını sağlama yolunda gerçekleştirilmesini arzuladığımız bazı önlem ve yenilikleri belirtmeye çalıştık.

Geçen yıl içinde; bütün kalplere güven veren bir dürüstlikle, vatanş hak ve özgürlüklerinin, lâik Cumhuriyetin, Atatürk ilke ve devrimlerinin koruyucusu ve en büyük güvencesi olarak, insan gücünün üstünde bir özveri ile adalet dağıtma görevini yerine getirmiş olan adalet kuruluşumuz, önümüzdeki yıllarda da aynı azim ve heyecanla kutsal görevini başaracak ve Ulusumuzun güvenine lâyık olmakta devam edecektir. Huzurunuzda bunu ifade etmekten derin bir zevk ve mutluluk duymaktayım.

Sözlerime son verirken değerli meslektaşlarımı yeni çalışma yılına girdiğimiz bugünde sevgi ve saygıyla selâmlar, yeni yılın hayırlı ve başarılı olmasını dilerim.

Toplantımıza onur verdiğinizden ve beni sabırla dinlemek zahmetinde bulunduğunuzdan dolayı teşekkür eder, saygılar sunarım.

HAKEMLİK

Çeviren : Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ (*)

PLÂN : 1 — Giriş. 2 — Muhasamat Ve Hasımlık Geleneği. 3 — Son Gelişmeler.

1 — Giriş

1981 - 1982 ders yılında Chicago Üniversitesi'nde ziyaretçi profesördüm. Amerikan Barolar Birliği'nin Chicago'daki 24 Ocak 1982 tarihli yarıyıl toplantısına gözlemci olarak katıldım. Konuşmacı A.B.D. Yüksek Mahkeme Başkanı Warren E. Burger'di. Hakemlik konusunda çok güzel ve ilgi çeken bir konuşma yaptı. Bu konuşmanın önemli yerlerini Türk Hukukçuları için çevirdim, sunuyorum :

A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesi Başkanı Warren E. Burger, 24 Ocak 1982'de Chicago'da Amerikan Barolar Birliği'ne verdiği «Daha iyi bir yol yok mu?» başlıklı konuşmasında şunları söylemiştir :

«Mesleğimizin vecibesi beşeri anlaşmazlıkları halletmek, yaraları sarmaktır. Veya uzun zamandır böyle olduğu düşünülmüştür. Bu geleneksel görevimizi yerine getirmek için mümkün olan en kısa zamanda, mümkün olan en az masrafla ve taraflar üzerinde, asgari bir gerginlikle kabul edilebilir sonuçlar elde edecek mekanizmalar sağlamalıyız.»

Hukuk bir âlettir, bir gaye, amaç değildir. Her âlet gibi usuller, özel adli mekanizmalar, kurallar da köhneleşebilir. Nasıl ki bir marangozun testeresi elektrikli testereye yerini bıraktı ise biz de gayemize hizmet edecek daha iyi âletler için gözümüzü açmalıyız.

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

Mesleğimizin içinde ve dışında birçok düşünen insanlar bu işin bugün yapılıp yapılmadığını sormaktadırlar. Acaba hukukçular çözüm yerine problemin bir parçasını mı oluşturmaktadırlar? Eleştiricilerimiz 15 veya 20 yıl öncesine nazaran daha haklı görülmektedirler.

2 — Muhasamat Ve Hasımlık Geleneği

Bugün hukuk davalarında adalet dağıtımından bahsedeceğim, bu dağıtım ceza davalarında adalet dağıtımında olduğu gibi gecikmeli olmakta ve çok kez kesin sonuç alınamamaktadır.

Abraham Lincoln bir zamanlar şöyle demişti : «Anlaşmazlığı teşvik etmeyin, komşularınızı taviz vermeye ikna edin. Onlara kazananın çok kez ücretlerle, giderlerle, vakit israfıyla gerçek bir kaybeden olduğuna işaret ediniz.» Aynı konuda Hâkim Learned Hand şu yorumda bulunmuştur : «Hastalık ve ölüm hariç bir davacı olarak bir dava açmaktan fazla korktuğum şey yoktur.»

Sizlerin pek çoğunuz gibi ben de bir avukatın müşterisine yapabileceği en büyük hizmetin onu mahkemelerden uzak tutmak olduğu öğretilerek eğitilen hukukçu neslindenim. Bu sözleri açıklamayacağım zira çok kere mahkemeler adalet için tek yoldur. «Daha iyi» yolları ararken bunu asla unutmamalıyız.

Hukuk Fakülteleri geleneksel olarak öğrencileri anlaşmazlıkları çözümlenmek hünerleri yerine onları hasımlık (davaaşmak) konusunda yetiştirirler. Son 20-25 yıl zarfında çeşitli faktörler bugün avukatı parlak zırrı içinde mahkeme mızrağı ile bütün engelleri deviren bir şövalye gibi göstermiştir. Günümüzde sadece birkaç Hukuk Fakültesi Tahkim (Hakemlik) üzerine ciddi olarak eğitmişlerdir. Daha az Hukuk Fakültesi de hakem kararını elde edecek müzakere ustalıklarını öğretmektedirler. Tatbikatçı avukata gerekli ustalıklar arasında müzakere ustalığı en başta gelenlerdendir.

Yeni bir Hukuk Fakültesinin Dekanının, fakültesinin avukatlara davaları mahkeme salonu dışında halletmeye hazırlamada yeni yaklaşımlar bulmakta lider bir yol oynayacağını ümit ettiğini söylemesi cesaret vericidir. City University of New York'un Hukuk Fakültesi'nin Dekanı Charles Halpern şöyle demiştir : «Hukukçuyu mahkemede kuvvetli bir hasım olarak eğitmek fikri kendi kendine çelişkilidir. Mahkemelerdeki dava izdihamı ve aşırı nizahlılık durumu artan eleştirilere sebep olurken, hukukçuların geie-

cekte adlî mahkemeler dışında anlaşmazlıkları hal yolları arayacak şekilde eğitilmeleri kesindir.»

1976'da Amerikan Barolar Birliği'nin ortak destekleyicisi olduğu Pound Konferansı'nda aynı sonuca varılmıştır. Adlî mahkemeler dışındaki yollardan ikisi aşikârdır ki hakemlik ve müzakeredir ve yeni bir Hukuk Fakültesinin bu yaklaşımla açılması ümit vericidir.

Yargı yolu pahalıdır, zaman alıcıdır. Çok kez gerginlik ve boşuna uğraşmaya yol açar. Bugün mahkemelerin mantar gibi artan dava yüklerine bir cevap olarak değil fakat «daha iyi bir yol» olarak hakemlik üzerinde durmak istiyorum.

Eğer mahkemeler halkın itimadını muhafaza edeceklerse şimdiki gibi anlaşmazlıkları hal için iki, üç veya beş yıl bekletemeyiz. Özel bağlayıcı hakemlik ihmal edilmiştir. Amerikan sistemine hayranlık duyan diğer ülkelerdeki hukukçular hakemliği çok az ve mahkemeleri çok fazla kullanmamız karşısında şaşırırmaktadırlar.

Anlaşmazlıkları hal için hakemlik yeni bir şey değildir. Hakemlik resmî ve organize adlî sistemlerin kurulması ve Hukuk Kanunnamelerinin tekvininden asırlarca önce vardı. Eski toplumlar 25 asır önce ihtilâfları hal için hakemliğe çok benzer resmî olmayan mekanizmalar geliştirmişlerdir.

Meselâ Homer zamanında toplumdaki yaşlılar özel taraflar arasındaki anlaşmazlıkları hal için hukukî hakemler olarak hizmet etmişlerdir. M.Ö. 4. yüzyılda bu husus Atina Hukukunun bir parçası olmuştur. Ticarî hakemlik Fenikeli tacirler arasında, Marko Polo'nun zamanında çöl kervanlarında ve daha sonra Almanya'da Hanseatikliğ'de ortak bir tatbikattı. Amerikan hakemliği 14. yüzyıl İngiltere'sine kadar geri götürülebilir. Bu tarihte ticarî loncalar ve ticaret panayırları tahkim nizamları kabul etmekte idiler. Ticarî tahkim yanında Ortak Hukuk (Common Law) tahkimi de vardı.

Amerika'da hakemliğin ilk kullanılması Hollanda menşeli idi. 1647'de şimdiki New York Şehri'nde bir emirname «Dokuzlar Heyetini» kurdu. Bu küçük Hukukî ve ticarî anlaşmazlıkları hakemlik yolu ile hallediyordu. Kolonilikten çıkmamış Connecticut, Pennsylvania, Massachusetts, Güney Carolina'da borç; başkasının mülküne haksız yere tecavüz ve sınır anlaşmazlıklarını hal için bir çok tahkim mekanizması kurulmuştur.

Mahkemelerin davalarla çok yüklü olmalarının bir sebebi de Amerikalıların bazı kişisel sıkıntıları ve endişelerini hal için artan bir şekilde mahkemelere başvurmalarıdır.

Bir zamanlar mahkemeler dışındaki müesseselerin sorumluluğu addedilen kişisel sorunların şimdi cüretli bir şekilde hukukî haksızlıklar oldukları iddia edilmektedir. Mahkemeler kilisenin ailenin ve komşuluk biriminin önem kaybetmeleri ile doğan yeri doldurmaktadırlar.

Mahkeme kalemlerinde artan dosyalarla dolu raflar mümkündür ki dünya çapındaki bir gelişmeyi aksettirmektedir. Basın, TV, radyo hergün saatlerce bize Asya'da, Afrika'da, Avrupa ve Latin Amerika'daki olayları anlatmaktalar. Buralarda siyasî, sosyal ve ekonomik kargaşa kaynayıp durmaktadır. Endişelerimizin artması sebepsiz değildir.

1975'de Stanford Üniversitesi'nden Prof. John Barton şunları söylemiştir : «21. yüzyılın başında federal istinaf mahkemelerinin her yıl bir milyon davaya bakacağı, son 10 yıldaki artışa göre hesaplanmıştır. Bu da federal istinaf mahkemelerinde 5 000'den fazla hâkim ve her yıl 1 000 ciltlik Federal mahkeme kararları dergisi (Federal Reporter) demektir.»

1940'dan 1981'e kadar Federal Hukuk Mahkemelerine yıllık müracaat her mahkeme için 35 000'den 180 000'e yükselmiştir. Hâkimler de yılda 190 dava dosyasından 350 davaya bakmaya başlamışlardır.

3 — Son Gelişmeler

Son 20 yıl içinde çok yavaşta olsa geleneksel yargılama usulünün çok ağır çok masraflı ve birçok mahzurlu olduğu farkına varılmaya başlanmıştır. İnsanlığa ait yeni gelişmeler oldukça kat'i zamanı bildirmek çok güçtür.

1976'da Roscoe Pound'un Amerikan adlî ve hukukî sistemlerini ithamınının 70. yılı dönümünde bu meseleleri ele aldık. 1976 Pound Konferansı, tahkimi şiddetle odak noktası olarak aldı. Pound Konferansı'nı açarken ben «Tahkim usulünün kıymetlerini yeniden bir değerlendirmesinde ısrar ettim. Barolar Birliği Pound Konferansı'na derhal cevap verdi. Şimdi komiteler ihtilâf halinde mahkemede yargılama yerine başka alternatifler üzerinde durmaktadırlar. Tahkime özel önem vermeliyiz. Şimdi aşıkârdır ne federal ne federe mahkeme sistemlerimiz üzerine düşen bütün yükleri kaldıramazlar. Gelecek çağ herkes için durumu daha kötü yapacaktır. Ben tahkimin mahkemelerin yerini almasını hiçbir şekilde telkin etmiyorum. Daha ziyade tahkim adlî sistemleri tamamlayacak bir şık olmalıdır.

Her zaman sadece adli yargılama usulü ile çözümlenecek ihtilâflar olacaktır. Geniş karmaşık ticarî ihtilâfları özel yolu ile tahkim çözümlenmesinde büyük avantajlar vardır:

Bunlar :

• 1 — Taraflar özel tecrübesi ve bilgisini hesaba katarak hakemi seçebilirler.

• 2 — Özel seçilmiş bir hakem bütün muameleleri taraflar üzerinde daha az gerginlikle yürütebilir. Ticarî sırları saklama hususunda geçerli bir zorunluluk bulunduğundan mahremiyet muhafaza edilebilir.

• 3 — Tahkim karmaşık ticarî sözleşmelerle, ekonomik ve muhasebe deliileriyle ve malî raporlarla başa çıkabilir. Usta bir hakem, delilleri adli usulün pahalı muhtesem koruyuculuğu olmaksızın da kendi başına inceleyebilir. Jürili bir Federal A.B.D. Mahkemesi'nin saati aşağı yukarı 350 Dojar'a mal olmaktadır.

• 4 — Tahkimde taraflar usulü de kendileri tesbit ederek, zaman kaybına mâni olurlar. Tahkime çok başvuru olan bir federe devlet Fennsylvania'dır. Burada Philadelphia'da 16 000 hukuk davasından 12 000'den fazlası tahkim yolu ile halledilmiştir.

Tahkim usullerini tesbit ederken dikkatli olmayınız. Aksi takdirde bunlar yargılamanın gerçekçi bir alternatifini olamazlar, serbest bir tahkim sisteminin hakikaten etkili olmasını istiyorsak bu kat'î ve bağlayıcı olmalı yeni bir yargılama veya temyize tâbi olmamalıdır Bu prensip asırlar önce Demosten tarafından Atina halkına şöyle anılatıldı :

«Taraflar karşılıklı olarak bir hakem seçtiklerinde artık onun kararına uymalıdır, bu kararı başka bir mahkemeye temyiz etmemelidirler, hakemin kararının son olması gereklidir, Kat'î ve bağlayıcı olmayan tahkim bir takım müeyyidelerle önlenmelidir.»

Meselâ davacı taraf kararı kabul etmezse davalının avukatlık ücretini ödemelidir. Michigan Federe devleti bunu yapmaktadır.

HAK VE ADALET DUYGUSU

Süleyman KAZMAZ (*)

Canlının özelliği, iç güçlerinin davranışlarla dışa yansımadır; maddî varlıkların başka bir etken olmadan yer değiştirmelerine imkân olmamasına karşılık canlılar, böyle bir desteğe ihtiyaç duymadan kendiliklerinden harekete geçebilirler. Eylemler, hayvanlarda içgüdü, insanlarda içgüdü ile birlikte, belki de daha çok, fikir ve duygu sayesinde meydana gelir.

İnsanın benliğinde yer eden, davranışların temelinde yatan duyguların başında sevgi, nefret intikam, hak ve adalet gelir. Bu duygular, insanın benliğinde sessiz durmazlar, birtakım hareketler yapmak ihtiyacını yaratırlar; yoksa iş dünyanın sükûnetini bozarlar. Başka bir deyimle duygular, bazı davranışların meydana getirilmesini zaruri kılarlar. Doyma ya da tatmin dediğimiz olay, insanın iç hayatı kadar bedeninin de sükûnete ermesini ifade eder. Bu sonuç duygu ve düşüncelerin gereği olan davranışların yerine getirilmesiyle sağlanır; böyle bir halin yaratılmaması, dolayısıyla duyguların, gerekli hareketlerin yapılmaması suretiyle doyurulmaması, iç dünyanın sükûnetini bozar, sıkıntı, huzursuzluk yaratır. Aslında huzursuzluk dediğimiz olay, duygu ve düşüncelerin gereği gibi tatmin edilmemesinden doğar ki yaşayış yönünden büyük bir önem taşır. Çünkü huzursuzluğa sürüklenen kişi, davranış düzeni bozulduğundan, zararlı ve yıkıcı olaylar yaratabilir. Onun içindir ki iç dünyasında huzur ve sükûn sağlanamıyan bu yüzden denge-sizliğe düşen kişi kendi yönünden olduğu kadar toplum yönünden de tehlikelidir. Bu bakımdan duyguların, özellikle hak ve adalet duygularının hayat üzerinde her zaman geniş etkileri görülmüştür.

Kültür tarihinde çok işlenen hak ve adalet, kavram olarak fikir dünyasında, duygu halinde de kişinin iç hayatında büyük bir yer tutar. Haksızlığa, adaletsizliğe uğradığını ileri süren insan, fi-

(*) Avukat.

kir plânında olduğu kadar duyguların tatmin edilmemesi dolayısıyla de iç hayatında derin kaynamaların varlığını duyar. Kendini ve dış dünyasını incelediği zaman karşılaştığı davranışların haklılığına, adaletin yerine geldiğine inanırsa huzur, aksi halde huzursuzluk hali yaşar. Hak ve adalet duygusu, öteki duygular gibi, tatmin edildiği zaman huzur ve mutluluk getirir. Hakkın yerine gelmesi şeklinde anlattığımız bu olay, insanoğlunun her yerde ve her zaman aradığı bir sonuçtur. O halde üzerinde durulması gereken konu, kişinin böyle bir huzura nasıl kavuştuğu meselesidir.

Hak ve adalet duygusunun mahiyetinin ve nasıl tatmin edildiğinin incelenmesinden önce her iki kavram için başlıca sözlüklerde yapılan açıklamaları gözden geçirmekte yarar görmekteyiz.

Şemsettin Sami, Kamus-u Türkî'de, hak kavramını «Doğruluk, doğru ve gerçek olan şey, olarak, bir fiil ve amel ve zahmetin ecri, bir adamın sebketmiş emeğine mukabil müstahak olduğu ecri madî ve manevî pay, hisse.»; adalet sözünü de «İhkakî hak; herkesin istihkakına tamamiyle riayet, muadelet» olarak açıklar.

1318 (1902) yılında yayımlanan bir sözlükte hak, «Adalet ve hikmete uygun olan nesne; adalet ve hikmet gereği olan nesne; inkârı uygun ve doğru olmayan, sabit ve mevcut olan nesne; bir nesnenin alınması ya da istenmesi konusunda adalet ve hikmet bakımından mevcut olan yetki; bir kimsenin sözünün ve isteğinin doğru ve sağlıklı olması, adalete, dine uygun olması», adalet kelimesi de «adl» olarak kaydedilmekte, herkesin hakkını teslim edip vermek şeklinde açıklanmaktadır.

Ahmet Vefik Paşa, Lehçe-i Osmanî'de hak ve adalet kelimeleri için şunları yazar : Hak, doğruluk, hak, adl, adalet, insanın selâhiyeti olan şey, ecir, istihkâk; adalet, hakkı teslim etme.

M. Bahaettin'in Türkçe Lûgati'nde hak kelimesi, bir insana ait olan şey, doğru ve gerçek olan şey, emek ve zahmet karşılığı, pay, hisse, adalete uygun; adalet kelimesi de «adl» şeklinde yazılmakta ve zulmetmiyerek herkesin hakkını teslim etme, adalet, doğruluk olarak anlatılmaktadır.

Bir de eski metinlere göz atalım :

Kutadgu Bilik'te, Yusuf Has Hacıp, adalet için şöyle der : Müsavat, doğruluk, suça ceza verme, hakkaniyet, mükâfat ve mücazat unsurlarından oluşur. Aynı kitapta adaletin önemi şöyle anlatılır : Göklerin yıkılmadan üzerimizde durması, yerde ot ve hububatın bitmesi hep adalet sayesinde.

Bazı eski metinlerde de hak kelimesine raslamaktayız, 14. yüzyıla ait Süheyl-ü Nevbahar'da bu söz, lâıyık veçh üzere, gereğince, iyice, hakkiyle anlamında olmak üzere «hakkınca» şeklinde geçer:

«Amı key hakınca eğer göredim,
Ol arada filhal can verdim.»

Aynı yüzyıla ait Işkname'de şu beyti okuyalım :

«Gemiği yudu iki gün hakınca,
Ki camı çıktı limandan çıkınca.»

Yeni sözlüklerden de iki örnek verelim :

İbrahim Alâettin Gövsa'nın, Yeni Talebe Lûğati'nde hak'kın karşılığı: doğruluk, adalet, kazanılan mal, ücret, pay, hisse; adaletin karşılığı: adillik, herkesin hakkını verme;

Mustafa Nihat Özön'ün Osmanlıca - Türkçe Sözlüğü'nde birincisi, doğruluk, doğru gerçek şey, adalet, insaf, bir kimseye ait olan şey, alacak, bir işin karşılığı verilen şey, pay; ikincisi de doğrudan ayrılmama, haktan yana olma, hakkı yerine getirme ve hakkı gözetme olarak geçer.

Eski hukukumuzun terimlerini iyi bir şekilde açıklıyan Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkâtipliği'nden emekli rahmetli Hilmi Ergüney'in Türk Hukukunda Lûgat ve İstilahlar adlı eserindeki açıklamaları kaydetmeden geçemeyeceğiz :

Hak : Gerçek, sabit, doğru, nasib, nefsel-emre mutabık manalarında ve Tanrı'ya izafe edilen isimlerden olarak mustameldir. Adaleti, mülkiyet ve selâhiyeti de ifade eder... İstilahta bir kimseye izafe olunan manevî kudrettir ki onunla tasarruf selâhiyetini veya mükiyet vasfını haiz ve bazı şeyleri icra ve mütalebeye selâhiyettar olur, diye tarif olunmuştur.

Adalet : Bütün faziletleri bir arada toplamış olan bir haslettir ki zulüm ve eziyet etmeyip maddeten ve aklen doğru yolu gösteren işleri ve halleri icra ve dâima her işte ve her şeyde ve herkes hakkında hakkı ve doğruyu iltizam etmek ve hakkı yerine getirmeğe çalışmak. Hakların yerine gelmesi ve gerçekleşmesi. Herkesin hakkını teslim etmek,

Türk Hukuk Lûğati'nde hak kelimesi hukukî terim olarak verilmiş, adaletin karşılığında haklılık ve hakka uygunluk sözleri kaydedilmiştir.

Başlıca sözlüklerden aldığımız bu açıklamalara göre konumuz bakımından su tarifi yapabiliriz. Hak, kişinin, istemesi ve alması mümkün ve gerekli maddî ve manevî varlık, ya da kendisi için, kendisi ya da başkası tarafından yapılmasını isteyebileceği ya da gerekliliğini ileri sürebileceği davranış, eylem.

İnsanın dünyasında önemli bir yer tutan hak, düşünce yönünden hak kavramını duygu yönünden de hak duygusunu oluşturur; biri fikir plânında öteki de iç varlıkta, heyecan dünyasında incelenir.

Hak duygusunu yukarıdaki açıklamanın ışığı altında başlıca iki yönden ele alabiliriz. Biri maddî ya da manevî varlık, öteki de eylem, davranış.

Maddî ve manevî varlık olarak hak kişinin benliğinin doyurulması, duyduğu ihtiyacın giderilmesi bakımından gereklidir. Kişi ona kavuştuğu, zaman tatmin edilmişliğin, doymuşluğun rahatlığını duyar. Buna hak huzuru diyoruz; kişi isteğine, gerekene erişmiştir: rahattır. İnsan hayatında mutluluk kadar belki ondan daha önemli ve etkili olan duygu budur. Bir de bunun aksi vardır: Hak huzursuzluğu.

İnsan istediğini ya da gerekeni almadığı, verilmesi gerekene kavuşmadığı zaman büyük bir acıya, ıstıraba sürüklenir; ezilmiş olmak, aşağılanmak üzünlüğüne, geniş anlamıyla, aşağılık duygusuna kapılır; başkalarının baskısı altında bulunduğu, hakkını alamamak için gerekli kudretten yoksun, âciz ve zavallı bir yaratık seviyesinde kaldığı anlamını taşıyan duyguların, iç varlığını kapladığını hisseder. Bitmeyen huzursuzluğun hak uğruna verilen sonu gelmez mücadelelerin kaynağı budur. Çünkü hakkın gerçekleşmesinin yarattığı huzursuzluk, iç varlıkta tepki yığınağı halini alır. Kişinin irade gücünü aşarak zaptedilemez bir dereceye ulaşır, çeşitli yollardan kendini açığa vurur. Hak duygusunun, hak inancının tatmin edilmemesi yüzünden kişinin iç hayatında meydana gelen bu kaynaşmaya hak huzursuzluğu diyoruz.

Hak huzursuzluğu, yukarıda da değindiğimiz gibi, insanın iç hayatında olduğu gibi kalmaz, imkân ve şartlara, kişinin ruhî yapısına göre türlü şekillere girer; bazan kendini kötülemeye, kendine güvenme duygusunun yitirilmesine, ruhî çöküntüye yol açar; kişi hakkının verilmediği inancına kapıldığı çevreye, topluma küser, içine kapanık bir hal alır. Fakat kaynaşma, bazı hallerde de, iç hayatın sınırlarını aşar, dışa dönük eylemler halini alır, başkal-

dırmadan cinayete kadar uzayan zararlı ve yıkıcı olayların meydana gelmesine yol açar. Bununla birlikte kişi hak huzursuzluğunu gidermek bakımından her zaman içine kapanmakla kalmaz, eyleme de başvuramaz, kanun yolunu, dava ve şikâyet yolunu tercih eder.

Dava, şikâyet, kişinin uğradığı hak huzursuzluğunun hukuk alanındaki görüntüsüdür, insan gerekeni alamamaktan doğan huzursuzluğu gidermek, alması gerekene kavuşmak suretiyle, kendini tatmin etmek amacıyla kanun yollarına baş vurur. Onun içindir ki hukuk, başka bir deyimle kanunlar, insanın hak huzursuzluğunu gidermek, hak huzurunu sağlamak bakımından uyulması gereken esasları kapsar. Davaların her zaman maddî yönden sağlanacak menfaat açısından değerlendirilmemesi bundandır; kişinin gerekeni alamamak sebebiyle bu bakımdan iç düzeni onarmak amacına yönelik olduğundan, davalar, daha çok manevî olarak önem taşırlar. Küçük rakamlı davalarda bu özellikle daha belirgin bir hal alır. Hakkı, istenebilecek maddî varlık kadar manevî varlık olarak tanımlamamız bundandır.

Şimdi eylem konusunu ele alalım :

Yukarıda hak duygusunun, kişinin kendisi için, kendisi ya da başkaları tarafından yapılmasını isteyebileceği ya da yapılması gerekli davranışları da kapsadığına değinmiştik. Gerçekten hak olarak maddî ve manevî varlık kadar davranışlar, eylemler de kastedilebilir; insan bazı eylemlerin kendisi ya da başkası tarafından kendine yönelik, daha doğrusu kendi yararına olarak yerine getirilmesini isteyebilir. Bunların da hak duygusu içinde incelenmesi gerektir. Bu eylemlerin yapılması hak duygusunun gerçekleşmesini, dolayısıyla doymuşluk, rahatlık sağlar. Akside olabilir; hak duygusu içinde bulunduğu inanılan davranışların yerine getirilmesi ya da engellenmesi tatmin edilmeme sonucunu doğurur ki bu da hak huzursuzluğuna yol açar. Daha çok gençlik çağlarında kullanılan bir deymi tekrarlamak suretiyle fikrimizi açıklamak istiyoruz.

Bazı gençlerin, çevrenin ya da büyüklerinin kendilerini anlamadıklarından yakındıkları görülür. Meseleyi derinliğine incelediğimiz zaman hak eylemlerinin kastedildiğini görürüz. Genç adam ya da genç kız, bazı eylemlerde bulunmalarını, bunların hoş karşılanmasını, engellenmemesini; çevrenin, büyüklerin de onlar için bazı eylemleri yerine getirmelerini isterler. Açığa vurulan bu yönelişler, hak kapsamı içinde ontaya atılır. Böylece genç, belirtilen

eylemlerin yapılmasını kendisi için gerekli görmektedir. Bunlar yapıldığı takdirde hak duygusu tatmin edilecek, hak huzuru gerçekleşecektir. Yoksa hak gerçekleşmeyecek, hak huzursuzluğu doğacaktır.

Düşüncemizi bir olaya uygulayalım :

Bir genç kız duygu hayatının uyanış çağlarını arkadaşına şöyle anlatır :

«Bizim kasabada parkta, caddede dolaşamazdık. Sadece pencereden dışarı seyreder, hoşumuza giden erkeklere bakardık. Bu kadarı da bir genç kızın hakkı.....»

Bu sözlerde hak olarak ileri sürülen husus bir davranış, bir eylemdir; genç kız, gönlüne giren delikanlıya pencereden bakacaktır. İmkân verilirse isteği gerçekleşecek, sevgi yönelişiyle birlikte hak duygunun gerçekleşmesinin huzurunu yaşayacaktır. Çevre, büyükler karşı çıkarsa gerekliliğine inanılan davranış yerine getirilmeyecek hak huzursuzluğu başlayacaktır. Şimdi bu acıyı yansıtan bir hatıra nakledeyim.

Olay 19. yüzyılın sonlarında geçer. Kız, evin penceresinden dışarı bakmaktadır. Babasının sokaktan geldiğini farkedince sevinç çığlığı atar :

— Babam geliyor :

Zamanın telâkkisi uyarınca davranıştan memnun olmayan baba, içeri girince kızı, bir hayli döver. Kız, hak saydığı eylem yüzünden cezalandırılmıştır; dolayısıyla hak huzursuzluğuna itilmiştir.

Bu açıklamalarla varmak istediğimiz sonuç şudur : kişi yönünden hak duygusu, istenmesi, alınması mümkün ve gerekli maddî ve manevî varlıklarla yapılması istenen ya da gerekli görülen davranışlardan, eylemlerden oluşmaktadır. Hayatın her döneminde insanın kendisi için, kendisi ya da başkaları tarafından yerine getirilmesini istediği ya da gerekli gördüğü davranışlar vardır. Bunların gerçekleşmesinden huzur, aksi durumdan huzursuzluk doğmaktadır. Hak olduğuna inanılan maddî ve manevî varlıkların alınması ya da alınmamasının sonucuda aynıdır. Ancak arada bazı farklar vardır.

Eylem yönünden kişinin içine düştüğü huzursuzlukla hak olarak bilinen maddî ve manevî varlıkların elde edilememesinden doğan huzursuzluğun görünüşü başka başkadır. Birincide kişi, eylemin

kendisi tarafından yerine getirilmemesi ya da başkaları tarafından önlenmesi halinde, çoğunlukla, eylemin gerçekleşmesine imkân bulunmaması yüzünden doğan huzursuzluğu içine gömmek zorunda kalacaktır. Bu takdirde kişinin benliği yığınak halini alacaktır; derin acılar, ıstıraplar, intihara kadar varan, bunalımlar, hak bilinen eylemlerin önlenmesinin yarattığı hak huzursuzluğunun sonucudur. İnsan ve toplum hayatının en çetin meselelerinden birinin hak sayılan eylemlerin gerçekleşmemesinden doğan ızdıraplar olması bundandır. Sanat eserlerinde en çok işlenen konular arasında yer alan bu mesele hukuk alanında da geniş bir yer tutar. Onun için hak sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi suretiyle hak huzurunun sağlanması için bir çok tedbirler alınır ki bunların en önemlisi hürriyet düzenidir.

Alınması istenen ya da gereken maddî ve manevî varlığa yönelen hak duygusunun tatmini için gösterilen yollar daha başkadır ki bunların başında dava gelir. Eyleme yönelik hakların gerçekleşmesinde davanın yerinin az almasına karşılık, maddî ve manevî varlığı kapsayan hak duygusunun tatmininde davanın çok daha geniş bir uygulama alanı vardır; kişi alınmasını istediğini ya da gerekli gördüğünü elde edemediği zaman dava yoluna başvurur; gerçekten gerekli olanı alır, hak huzuruna kavuşur. Burada meselenin bir başka yönü ile karşılaşmaktayız.

Kişinin hak saydığı maddî ve manevî varlığı alması her zaman yerinde ve gerekli midir? Eylem konusunda da istediklerinin hepsinin gerçekleşmesi şart mıdır?

Yukarıda da değindiğimiz gibi kişinin hak huzuruna erişebilmesi için istediği ya da gerekli saydığı eylemler, her zaman gerçekleşmeyebilir. O takdirde hak huzursuzluğu yerinde görülecek midir? Başka bir deyimle kişinin hak duygusu içinde gördüğü eylemleri önleyen engelleri doğru bulmamak mümkün müdür?

Bu soruya her zaman olumlu cevap verilemez, kişinin isteğine rağmen bütün davranışlar hak duygunun kapsamına alınamaz; bunların bir kısmının gerçekleşmemesi, kişinin iç hayatında huzursuzluk yaratsa bile, yinede yadırganamaz. Hak duygusuna dahil maddî ve manevî varlık konusunda da durum aynıdır.

Kabul etmek gerekir ki insan hayatında hak duygusunun kapsamını belirleyen yargılar her zaman isabetli olmamıştır; bazen kişinin istememesi ya da almaması gereken aldığı, yapılmayacak eylemi yerine getirdiği görülmüştür. Bu bakımdan hak huzursuzluğunu her zaman olağan karşılamak mümkün değildir. Onun için-

dir ki önemli konu hak duygusunun kapsamını belirlemektir; kişinin istemek, almak, yapmak ve yerine getirilmesini beklemek hakkının sınırını çizen etkenler, fikri esaslar, ilkeler ve organlar vardır ki bunların başında yine hak duygusu gelir.

Gerçek olan şudur ki kişi gerekeni alamadığı ya da yapamadığı zaman nasıl hak huzursuzluğu yaşıyorsa fazlasını aldığı ya da gerekmiyeni yaptığı, daha doğrusu sınırı aştığı takdirde de aynı şekilde acıya, ıstıraba sürüklenmektedir ki bunu haksızlık huzursuzluğu diyebiliriz. Başka türlü söylemek gerekirse şöyle ifade edebiliriz: Gerekinden fazlasını almanın gerekmiyeni yapmanın ilk tepkisi yine kişiden gelmektedir. Yaşanan olaylar göstermektedir ki fazlasını ya da gerekmiyeni alan ya da yapan kişi derin bir huzursuzluğa sürüklenmektedir. Bu da hak duygunun bir başka görüntüsüdür, kişi sınırı aştığını bildiği için asla huzur bulamamaktadır. Buna ahlâkta vicdan azabı denir. Biz, hukukî terimden yararlanarak haksızlık huzursuzluğu diyoruz, bu da hak huzursuzluğu gibi kişinin iç hayatını dolduran bir acı, bir ızdırap kaynağıdır.

Haksızlık huzursuzluğu, birçok olaylarda, özellikle suç eylemlerinde kendini gösterir. Gerekinden fazlasını, daha doğrusu gerekmiyeni aldığı bilen kişi bir türü huzur bulamaz; iç hayatında yerleşen ıstıraptan kurtulmasını, varlığının korunmasını ve yaşamasını sağlayacak çıkış yolları arar, durur; gerekenden fazlasını ya da gerekmiyeni almadığı, hak sınırını aşmadığı konusunda ilkin kendisini, sonra da çevresini inandırmak için çırpınır, doğru sayılabilecek açıklamalara başvurur gerekçeler uydurur.

Konuyu aydınlatacak birkaç olayı ele alalım:

Bir dişçi arkadaşımın dinlemiştim.

Muayenehaneye bir hasta gelir. Dış görünüşü göz doyurucu olmadığı için hastaları arasına girmesini istemeyen diş tabibi, yüksek bir fiyat ister. Hasta ücreti hemen kabul eder; önemli kısmını öder ve :

— Ağabey, hepsini öderdim ama, şimdi yanımda yok; gelecek sefere getiririm, diyerek ayrılır, ikinci gelişinde de tedavinin bitmesini beklemeden, kalan borcunu öder.

Diş tabibi merak içindedir; daha başlağıçta hatırı sayılır miktardaki ücretin tamamını ödeyen hasta kimdir ve ne iş yapar? Bu maksatla yöneltilen soruların birbirini izlemesi üzerine; hasta, açık kalplilikle şunları anlatır :

— Ağabey ben hırsızım, ama, namuslu hırsızım, «Hırsızlığın da namuslu olur mu?» diyeceksin. Bak nasıl olur. Birkaç arkadaşla birlikte çalışırız. Hep büyük tüccarların, varlıklı kişilerin mailarını çalarız. Beş lirası olanın parasının tamamını almak günahtır ama, ellibin lirası olanın beş lirasını çalmak günah sayılmaz; bu kadar para ona hiç dokunmaz. Biz böyle yaparız Geçenlerde dört radyo çaldık, satmaya götürdük Alıcı işi anladığı için çok az para verdi. «Adamın malını bu kadar ucuza satmak günah-tır» dedik, götürdük, yerine koyduk, ama çok da sıkıntı çektik.

Bir başka örnek verelim.

Ömür boyu hapis cezasına mahkûm olan ve Aktör Villi adıyla bilinen Amerikalı banka soyguncusu hatıralarında kendini şöyle savunur : «Kimseye zararım olmamıştır. Çünkü yalnız banka soydum. Bankalar sigortalıdır; çalınan parayı sigorta şirketinden alırlar. Onun için zararları olmaz, Sigorta şirketleri halktan o kadar çok para topluyor ki benim aldıklarım bunun yanında hiç kalır. Sonra benim çaldığım paralar Amerikan vatandaşlarına taksim edilse adam başına o kadar az düşer ki, anılmaya bile değmez.»

Aynı nitelikte suç işleyen iki kişi, kimseye kötülük yapmadıklarına, konumuz itibarıyla, gerekenden fazlasını almadıklarına hiç değilsen kendilerini inandırmak, böylece haksızlık huzursuzluğundan kurtulmak için bu şekilde gerekçeler ortaya atar. Yaptıklarının hiçbir zaman doğru olmadığını kendileri de bilir, ama, işlerinden uyanan hak sınırını aşmaktan doğan tepkiyi böylece bastırmaya çalışırlar.

Yeraltı dünyası insanların aynı sonucu elde edebilmek için başka yöntem uyguladıkları görülür. Bu gibiler iyilik yapmak, muhtaçlara yardım etmek suretiyle hak sınırını aşmadıklarını anlatmaya, kendilerini suç işlemiyen kişiler olarak tanıtıma çalışırlar. İstanbul'un ünlü kabadayılardan birisi bazı yerlerde eşya ve para dağıtmak suretiyle kendisini iyilikseven kişi olarak tanıtma yolunu seçmiştir. Böylece «Alıyor ama, fakirlere dağıtıyor, fıkara babası» dedirtmek suretiyle kendisini adeta zenginden fakire mal ve para aktarmak suretiyle sosyal adalet kahramanı gibi göstermeye çalışır. Aslında bu hareketlerin altında yatan etken hakkı olmayı almanın yarattığı tepkiden, haksızlık huzursuzluğundan kurtulma, huzura kavuşma çabası yatar. Aynı kabadayıya atfedilen başka bir olay da aynı özellik görülmektedir.

Bir vatandaş İstanbul'da kahve açar. Bir zaman sonra karşısına dikilen adam :

— Cumartesi günü geleceğim, beşbin lira alacağım,
diye haraç ister. Kahveci :

— Aman ağabey, ne kazanıyorum ki... Bu kadar parayı veremem ki,

diye dert yanarsa da karşısındakini yumuşatamaz.

Belirtilen Cumartesi günü adam gelir, parayı ister. Fakat kahveci yine yalvarır :

— Ağabey, nerden vereyim? Param yok, kazanamıyorum.

Kabadayı :

— Haftaya onbin lira..

der ve gider.

Kahveci durumu yakınlarına nakleder. Biri yukarıdaki olayda geçen kabadayı'nın adını söyleyerek şöyle bir yol gösterir :

— Ona git, anlat.

Kahveci tavsiye edilen kabadayıya gider, derdini dile getirir. Aldığı cevap şudur :

— Peki, sen git.

Gerçekten o günden sonra haraç isteyen adam bir daha görünmez.

İki olayda, konumuz bakımından dikkate değer özellik vardır. Hayatlarını başkalarının mallarını gasbetmek suretiyle sürdüren bu insanlar, yaptıklarının iyi olmadığını kendileri de bilirler; bu yüzden iç dünyalarında derin bir huzursuzluk vardır. İnsan olarak bu ızdıraptan kurtulmanın yolunu aramak zorundadırlar. İyiliksever görünmek suretiyle kötü kişilik damgasından sıyrılmaya çalışmak, alınan bir kısmını dağıtmak, elde kalanın hak sınırı içinde olduğunu belirterek meşrulaştırmak çabaları hep haksızlık huzursuzluğundan kurtulmak, hak huzuruna kavuşmak amacına yöneliktir. Bu durumu haklarında yazılan destanlarla folklorumuza giren eşkiyalarda da görmekteyiz.

Sandıkçı Şükrü 19. yüzyıl sonlarıyla 20. yüzyıl başlarında Rize dolaylarında yaşayan ünlü eşkiyalardandır. Hayatı, etrafındaki söylentilerden biri konumuz bakımından ilgi çekici niteliktedir. Anlatıldığına göre Şükrü, çevrenin fakirlerine mısır dağıtması için bir tacire haber gönderir. Tacir oralı olmayınca Şükrü, gece yarısı,

gemiye boşaltır. Mısırları, ayrıca 20 altını fakirlere dağıtır. Bununla da yetinmez, taciri ağaca bağlar, sakalını traş eder.

Şükrü için yazılan destanlardan birinde şu mısra yer almıştır :

«Haracını aldı çok ağnıyanın» (1)

Bu olayların hepsinde güdülen amaç kendini tatmin ihtiyacıdır; hırsızlık, soygunculuk, kabadayılık, eşkiyalık hiçbir zaman ve hiçbir yerde hak sınırları içinde görülmemiştir; bir malı sahibinin elinden gizlice ya da zorla almak hak sınırını aşan bir eylemdir. Bu suçu işleyen kişi, içine düştüğü haksızlık huzursuzluğunun acısından kurtulmanın, en az ölçüde kendini hak sınırlarını aşmadığını inandırmanın çarelerini arar. Suçlulardan daima şu sözler duyulur : «Bu işi yapan yalnız ben miyim? Herkes yapıyor, adamım olmadığı için beni yakaladılar.» Rüşvet suçundan mahkûm olan bir kişiyi yakınlarının şöyle savunduğu görülmüştür : «Rüşvet alan yalnız o mu? Herkes alıyor, ama, o acemi olduğu için beceremedi, mahkûm oldu.»

Kanun dışı davranışları için şu cümlenin kullanıldığı çok görülür : «Herkes böyle yapıyor» Suçluların çoğunlukla inkâr yoluna sapmaları, kesin delillere rağmen gerçekleri söylememeleri de, bir yönüyle, kendini ve çevresini suçsuzluğa inandırmak suretiyle haksızlık huzursuzluğundan kurtuluş çabası olarak nitelenebilir.

Suçun ve suçlunun gerek kendisi, gerek yakınları tarafından ileri sürülen gerekçelerin ve gerçekleştirilen iyiilik görüntüsündeki davranışların ahlâk yönünden olduğu kadar hukuk bakımından da değer taşımadığı aşikârdır. Onun içindir ki Mecelle'de köklü bir kural yer almıştır : Batıl makisunaleyh olamaz!

Eylem konusunda da aynı durumu görmekteyiz. Yalnız hak sınırını aşan eylemlerde bulunmak suretiyle haksızlık huzursuzluğuna sürüklenen kişilerin gerekçelerinde değişik nitelik görülür. Bu gibiler işledikleri fiillerin çok yaygın olduğunu ancak acemiliği ya da kimsesizliği yüzünden yakalandığını söylemek suretiyle kendilerini suçsuz olduklarına, konumuz itibarıyla hak sınırını aşmadıklarına inandırmaya çalışırlar. Öyle ya bu kadar kişinin yaptığı daha önemlisi cezasız kalan fiil onun için neden suç olsun? Ötekiler cezalandırılmamış böylece hak sınırını aşmış sayılmamıştır. O nedenle bu sınırı geçmiş olmakla itham ediliyor? Rüşvet aldı, doğ-

(1) Ağniya : Zenginler

Süleyman Kazmaz, Rize Halk Şairleri, Ankara, 1972, S. 104-106.

ru ama rüşvet alan yalnız o değil ki. O kadar kişi vardır ki..... Hemde elini kolunu sallayarak geziyorlar. Onlar cezalandırılmadı. O halde eylem hak sınırı dışında değil yalnız acemi olduğu için beceremedi, yakalandı. Demek ki mesele acemilikte. Acemilik hak sınırını aşma niteliğini taşımadığına göre haksızlık huzursuzluğu duymasına gerek yoktur. Çünkü yapılmaması gerekli olanı yapmış değildir. Bu gerekçede benzer eş aramak suretiyle tatmin yolunun bulunmasına toplumda cezasız kalan eylemler, bu eylemleri işleyenler örnek gösterilerek haksızlık huzursuzluğunun giderilmesine çaba harcamaktadır.

Kendini ve çevreyi inandırma yöntem ve gerekçesi hukuk davalarında ve günlük hayatta da görülür. Haksızlık huzursuzluğuna düşen kişi hak sınırını aşmadığını belirtmek amacıyla karşı tarafın dava ile ilgili olsun olmasın kötü saydığı davranışlarını çevrede yayar, lâyihalara geçirir. Yine karşı tarafın dava ile ilgisine bakılmaksızın olağan davranışlarını, işlemlerini kendi iddia ya da def'i doğrultusunda yorumlar, şahitleri tesir altında bırakmaya, delilleri ona göre değerlendirmeğe çalışır. Çevresini aynı doğrultuda etkilemek, yönlendirmek hususunda uğraşır durur. Bu yolda gerçeğe aykırı beyanlarda bulunduğu sık sık görülür. Dava dışında, günlük ilişkilerde de bazı kişilerin, çevrelerini dedikodu dediğimiz olay uydurma, ya da olayları belli biçimde yorumlama suretiyle istemedikleri hakkında olumsuz yargılara sürüklemeye çalıştıkları görülmüştür. Bütün bunlar, haksızlık huzursuzluğu içinde çırpınan insanın hak huzuruna kavuşmak bakımından başvurduğu çıkış yollarıdır.

Bu açıklamalardan sonra önemli bir noktayı belirtmekte yarar görmekteyiz. Hak duygusu insanın benliğine öylesine kökleşmiştir ki aksine davranmak, hak sınırını aşma halinde ilk tepki yine kişinin kendisinden gelmektedir. İster gerekçe, açıklama, eş, benzer, arama, ister yardım yapma, sosyal adalet kahramanı gibi görünme şeklinde olsun, hepsi tepkinin ilk aşamaları, haksızlık huzursuzluğunun yansımalarıdır. Nevar ki başvuru bu yöntemler her zaman istenen sonucu sağlamamakta, huzursuzluk, ızdırap, kişinin kendini yoketmesine, intihara kadar uzayan olaylar zincirine yolaçmaktadır. Katillerin cinayet işledikleri yerden ayrılmamaları, Şekspir'in bir piyesinde canlandırdığı gibi, ellerini kanlı görmeleri, suç niteliğindeki yıkıcı eylemlerin haksızlık huzursuzluğunun kişiyi nereçere kadar sürüklediğini göstermektedir. Bunların hepsi de hak duygusunun, insan benliğinin en köklü yönelişlerinden olduğunun delilleridir.

Buraya kadar hak duygusunu kişinin alabileceği, ya da alması gereken maddî ve manevî varlık; yerine getirilmesini istiyeceği ya da isteyebileceği davranışlar bakımından ele aldık. Bunların gerçekleşmemesinden doğan hak ve haksızlık huzursuzluğu üzerinde durduk. Bütün bunlar meselenin kişi yönünden, daha doğrusu tek yönlü incelenmesini kapsamaktadır. Oysaki hak duygusunun tek yanlı olarak ele alınması yeterli değildir. Kişinin alması kadar vermesi, başkalarından istediği kadar kendisinin de başkalarına vermesi hak kavramının, içindedir. Aksine düşünüş, hak duygusunun bütünlüğünün ortadan kalkmasına bencillığe dönüşmesine yol açar. Hak, hiçbir zaman bencil nitelikte düşünülemez. Ancak almak kadar vermek, kendi isteği kadar başkasının isteğini de yerine getirmek vazife kavramı içinde görülebilir. Fakat mesele bütün halinde ele alındığı zaman arada bazı farklılıkların bulunduğu görülecektir.

Gerçekten almak kadar vermek, kendi isteği kadar başkasının isteğini yerine getirmek hayatın köklü unsurlarındandır. İnsanların bir araya gelmeleri, varlıklarını ortak çabalarla sürdürbilmeleri böyle bir oluşun zaruri neticesidir. Bir anlamda yaşamak toplum halinde bulunan insanların el birliği ile gerçekleştirdikleri eserlere dayanır. Onun için almak kadar vermek de esastır, hak duygusunu iki yönlü olarak incelemek gereklidir; kişi, kendisi için gerekenler yerine getirilmediği zaman nasıl hak huzursuzluğuna sürükleniyorsa kendinden istenen ve başkaları için gerekli olanları vermediği, yapamadığı zaman da karşısındakinde aynı şekilde hak huzursuzluğunun doğmasına sebep olacaktır. Böylece kişi kendisinin hak huzuruna kavuşmasını istediği kadar başkalarının da hak huzuruna erişmesini sağlamak, çevresindekilerin hak huzursuzluğuna itilmesine meydan vermemek zorundadır. Buna riayet etmediği takdirde aynı duruma düşecek, huzursuzluğa uğrayacaktır. Çünkü hak ya da haksızlık huzursuzluğu kişide kalmaz, çevreye yayılır. Bu, toplum hayatının kaçınılmaz bir sonucudur; duygu ve düşüncelerin kapalı durmaması, bu yönden kişiler arasında karşılıklı ve sürekli akışlar olması psikolojik ve sosyal sebeplerden doğmaktadır.

Açığa vurulamayan duygular kişinin iç hayatında birikir, yığınak haline gelir, gün geçtikçe zorlayıcı nitelik kazanır. Kişi onları bir süre baskı altında tutar. Fakat bu, uzun sürmez, boşalmak ihtiyacı gittikçe artar; dayanılmaz bir durum hasıl olur. Nihayet bu duygular dolaylı ya da doğrudan dış hayata aktarılır. Ancak o zaman kişi rahata kavuşur. Hak ve haksızlık huzursuzluğu bunun

dışında tutulamaz; kişi yaşadığı huzursuzluğu çevreye aktarmak suretiyle acidan kurtulur. Sosyal bakımdan da durum aynıdır.

İnsanlar canlı varlık olarak, aralarında çeşitli ilişkiler, bağlantılar kurarlar; duygu alışverişi de bunlardan biridir, kişi içinden geçenleri yanındakine aktarır, onunkileri öğrenir. Bu suretle oluşan sürekli ilişkiler akıp gider. Hak duygusu yönünden huzursuzluk içinde bulunan kişi acılarını çevresine yayar, etrafını etkiler, hakkına erişen kişi huzura kavuşur, ama, kendisinden isteneni vermeyince karşısındakini huzursuzluğa sürükleyecek, sonunda onun düştüğü durum kendisine geçecek, soydaşının huzursuzluğu sebebiyle huzuru bozulacaktır. Onun için hak duygusunu iki yönlü olarak düşünmek gerekir. Kişi gerekeni aldığı kadar başkasına gerekli olanı da vermelidir. Bilmelidir ki hak huzuru ile hak huzursuzluğu bir arada olmaz, huzursuzluk, yanındakinin huzurunu bozar. Bu bakımdan hak huzurunun toplumu oluşturan kişilerde aynı ölçüde gerçekleştirilmesi gereklidir.

Hak duygusunun bir başka özelliği de sürekliliktir. Çoğu duygular hayatın belli dönemlerinde ya da bazı olaylar sırasında yaşadığı halde hak duygusu ömür boyu kendini gösterir. Çocuk, dünyaya ayak bastığı andan itibaren birçok maddî ve manevî varlıkların verilmesini, kendisi için bazı eylemlerin yapılmasını ister. Bunları ilkin davranışlarla sonra da kelimelerle anlatılır. İstekleri yerine gelmezse çeşitli tepkiler gösterir. Başlıca tepki olan ağlama, bir anlamda, hak huzursuzluğunun içgüdü biçimindeki yansımasıdır. İlk anda yadırganabilir nitelikte görülebilecek olan bu yargının, meselenin derinliğine incelenmesi halinde isabetsiz sayılamıyacağı kanısındayız. Çünkü çocuğun hiçbir beden ağrısı olmadığı halde yine de ağlaması isteğin yerine getirilmemesinden doğan iç huzursuzluğu, konumuz itibarıyla gerekenin verilmemesinin ya da yerine getirilmemesinin yarattığı hak huzursuzluğu olduğu aşıkârdır.

Hak duygusu ömür boyu sürüp gider. Çünkü insan yaşamak için her zaman birçok maddî ve manevî varlıklarla bazı eylemlerin yerine getirilmesini ister. Bunlar hak sayıldığına göre hak duygusu da yaşama ile başlar, onunla biter. Bunun gibi kişi başkalarının da varlıklarını sürdürmek için kendisinden istenen maddî ve manevî varlıkları verecek, eylemleri yerine getirecektir. Bu da halk duygusunun ikinci yönüdür. İki yönlü olan hak duygusunun bütünlük için de tatmini huzur, tatmin edilmemesi de huzursuzluk yaratacaktır.

Artık bir soru kaçınılmaz olmaktadır: Kişinin hak huzuruna kavuşması için istemesi mümkün ve gerekli olan varlıkların hepsi verilecek, eylemlerin de hepsi gerçekleştirilecek midir? Aksi halde gösterilecek tepkiler, yerinde ve isabetli sayılacak mıdır? Kısacası, kişinin bütün isteklerinin hak kabul edilerek yerine getirilmesi şart mıdır?

Bu soruya olumlu cevap verilemez. Çünkü hiçbir zamanda ve hiçbir yerde insanların kendi inanışlarına göre hak saydıkları bütün isteklerini yerine getirmenin çaresi bulunamamıştır. İlk güçlük imkânsızlıktan gelmektedir. Mevcut kaynaklar insanların bütün istek ve ihtiyaçlarının karşılanması için yeterli değildir. İster istemez imkân ve şartlarla istek ve ihtiyaçlar arasında bir denge kurmak, ihtiyaç ve istekleri kaynakların sağlayacağı imkânlar ölçüsünde sınırlamak zarurî olmuştur. Böyle insan, gücünü aşan yerde istek ve ihtiyaçlarını kısıtlamaya mecburdur. İkinci güçlük de çatışmadan gelmektedir.

Gerçekten hak olarak ortaya atılan istek ve ihtiyaçlar arasındaki çatışma, insan hayatının en çetin meselelerinden biridir; aynı varlık ve eylemlere karşı kişilerde ortak yönelişler görülmektedir; aynı varlığı ya da eyemi birden çok kişi hak olarak istemektedir. Bunlardan hangisinin dediği yerine getirilecektir? Birinin hak huzuruna erişmesi sağlanırken öteki, isteği gerçekleşmeyeceği için hak huzursuzluğuna itilmiş olacaktır. Çünkü ikisinin isteğinin aynı zamanda yerine gelmesi mümkün değildir, ister istemez biri geri çevrilecek, hukuki değimiyle, biri hak huzuruna kavuşturulurken öteki hak huzursuzluğuna itilmiş olacaktır. Bu güçlük ölçü ve sınır meselesini ortaya çıkarmaktadır. Hak konusunda ölçü ve sınır kişinin isteklerinin hangisinin gerçekten hak olduğunu, daha doğrusu hangi isteğin yerine getirilmesinin gerektiğini belirlemek ve çatışan haklar arasında denge kurmak işini ifade eder.

Hakla ilgili sınır ve ölçü konusunda en önemli mesele huzursuzluğa meydan vermemektir. Belirleme yapılırken kişi hak olarak düşündüğü varlık ya da eylemlerin bir kısmından yoksun kalmak yüzünden huzursuzluk duymamak, tersine hak duygusunun fatmin edilmesinden doğan huzuru yaşamalıdır. Adalet duygusu bu noktada belirlemektedir.

Adalet, en geniş anlamıyla, kişi hakkının sınırının belirlenmesi, haklar arasında denge kurulması, hak çatışmasının ortadan kaldırılması, hakkın tanınması ve hak duygusunun yaşanmasının sağlanmasıdır. Adaletin yerine gelmesi, ilk aşamada, kişinin istekle-

rinden ne kadarının verileceğinin, ne kadarının karşılanacağıının belirtilmesidir. Böylece ilk adımdan sonra ötekiler kendiliğinden gelecek haklar yerine getirilmiş, hak dengesi kurulmuş olacaktır. Aynı zamanda kişi, adaletin gerçekleşmesi sayesinde isteklerinin, kendine göre hak saydığı varlık ve eylemlerin bir kısmının yerine getirilmemesinden ötürü huzursuzluğa kapılmayacak, hakkının, verilen, yerine getirilen kadar olduğu inancına varmak suretiyle hak huzuruna erişecektir. Onun içindir ki kişinin benliğinde hak duygusundan sonra gelen en köklü yöneliş adalet duygusudur.

Adalet, kişi kadar toplum içinde büyük önem taşır; adaletin gerçekleşmesi, hakkın yerine gelmesi gibi toplumu huzura kavuşturur, adaletin gerçekleştiği inancının hakim olmadığı toplumlarda adalet huzursuzluğu meydana gelir ki bunalımların, çalkantıların başlıca etkeni budur. Onun içindir ki insanlıkla birlikte var olan adalet duygusunun tatmin edilmesi için kişinin ötesinde bazı fikirlerin, vasıta ve güçlerin oluşması gerekmiş, tarih boyunca adaleti gerçekleştirmekle görevli kuruluşlar meydana getirilmiştir. Bütün bu sonuçlara varılmasını zaruri kılan sebep kuşkusuz, adaletin insan ve toplum hayatında büyük bir önem taşımasıdır.

Şurası bir gerçektir ki insanların iç huzuru sağlanmadığı, özellikle hak ve adalet duyguları tatmin edilmediği taktirde toplumların değil yükselmesi, varlıkları bile tehlikeye düşer; hak ve adalet huzursuzluğunun toplumları çöküntüye götürebileceğini söylemek gerçeğin sade bir ifadesidir. Türk kültüründe «Adalet Mülkün Temelidir» vecizesinin yer alması bundandır. Milli tarihimiz boyunca bu fıkre bağlı kalınmış, Türk devletleri bu görevi yerine getirmekte büyük bir titizlik göstermişlerdir.

Tarihin kanunu şudur : Devlet, ancak, sağlam bir toplum bünyesi üzerinde yaşar; böyle bir temelden yoksun olan devlet, uzun ömürlü olamaz. Toplum bünyesinin sağlamlığının ilk şartı huzur, onu gerçekleştiren etkende adalettir. Bir toplumda kişiler, eğer hak ve adalet yönünden huzura kavuşturulmamış ise, vatandaşlar hakların yerine getirildiği, adaletin gerçekleştiği inancına sahip kılınmamış ise o toplumda huzur içinde yaşamak imkânı bulunamaz ve böyle bir ortamda da devletin sağlam temele dayandığı ileri sürülemez.

Kabul etmek gerektir ki devletin amacı, daha geniş deyişle varlığının sebebi adaleti gerçekleştirmektir. Güçlü devletlerin ve tarihe malolan büyük devlet adamlarının insanda ve toplumda hak ve adalet huzurunun yaşanmasına birinci derecede önem ver-

meleri bundandır. Burada Fatih'e atfedilen bir hikâyeyi nakletmek isteriz.

Fatih Sultan Mehmet, bir camii yapılmasını emreder. Fakat eser bütünüyle, isteğine uygun olmadığı için ustanın ellerini kesirir. Önemli organını yitiren adam İstanbul kadısına şikâyet eder. Kadı Fatih'i çağırır, tarafları karşısına alır, yanyana oturtur. Davacı davasını anlatır, arkasından hüküm açıklanır: Kısasa kısas Fatih'in de elleri kesilecektir.

Davacı verilen karara razı olmaz :

— Padişah'ın ellerinin kesilmesini istemiyorum. Çalışmıyorum. Onun için çoluk çocuğumun nafakası temin edilsin, der.

Bunun üzerine kadı kararı değiştirir, Fatih, ustaya nafaka ödeyecektir.

Duruşma bitince kadı ayağa kalkar, Padişah'ı başköşeye buyur eder.

Fatih, kadının adaleti yerine getirmesinden öylesine memnun olurki ustaya, mahkemenin takdir ettiği miktardan daha fazla bir nafaka bağlar, kadıya da İstanbul'un Kadıköy semtini bağışlar; Kadıköy adı buradan gelir.

Devlet hayatında, adalete önem verilmesi, kavramın kapsamından geismektedir. Sözlüklerde adaletin yerine getirilmemesinin zulüm olarak açıklandığını görmekteyiz. Devletleri ve iktidar adamlarını bekleyen tehlikelerin başında zulmün geldiği gerçeği tarihin kanunlarından biridir. Adaletin yerine gelmemesi, devletin anlamının, daha doğrusu varlığının, maddî bakımdan olsa bile hukuki yönden sona ermesi demektir.

Devletin, hak ve adaleti gerçekleştirmediği fikrinin yaygınlaşmasını topluma zulmün hakim olduğu inancı izlerki bu da devletin yokluğundan başka türlü nitelenemez. Onun içindir ki adaletin hakim kılınması, zulme meydan verilmemesi, göreve bağlı iktidar guruplarının baş meselesidir. Vatandaşa gerekenin verildiği inancı yanında gerekenden fazlasının alındığı duygusunun doğuşuna meydan vermemek, böylece hak huzurunu, bütün halinde sağlamak, devletin dayandığı temel fikirler arasında yer alır.

Bu konuda iki hikâye nakletmek istiyoruz.

Endülüs hükümdarı; bir kadından, isteğine bakılmaksızın, daha doğrusu, zorla alınan arazi üzerine saray yaptırır. Bu sebeple yerin sahibi Endülüs kadısına şikâyet eder. Açılış günü kadı tören yerine varır, eşeğinden iner, yanında getirdiği çuvalı uzatarak :

«Doğdur bunu» der.

Hükümdar, topluluğun hayret dolu bakışları arasında söylemeni yerine getirir. Kadı, çuvalı kaldırmasını ister. Fakat hükümdarın gücü yetmez; çuvalı yerinden oynatamaz. O zaman kadı şunları söyler :

— Bu dünyada bir çuval toprağı kaldıramıyorsun?

Eliyle sarayın çevresini işaret ederek sözlerini tamamlar :

— Öbür dünyada bu kadar arazinin vebalini nasıl taşıyacaksın?

Sonra eşeğine binerek geri döner.

Endülüs hükümdarı, kadının uyarısından öylesine duygulanır ki, sarayı, bütünüyle kadına bağışlar.

İkincisi Osmanlı Tarihinden :

Yıldırım Bayazıt, Niğbolu Savaşı'na giderken, zaferle döndüğü takdirde Bursa'da yirmi camii yaptırmayı vaadederek. Dileği yerine gelince söylediğini uygulamaya karar verir. Fakat çevresi kendisinden sonrakilere yer kalmayacağı gerekçesiyle bu düşünceye karşı çıkar. İleri sürülen sakıncayı yerinde bulan hükümdar, yöneticilerin teklifini uygun bularak 20 cami yerine yirmi kubbeli camide karar kılar. Bursa'da Yıldırım Bayazıt tarafından yaptırılan Ulucami'in bu fikrin eseri olduğu söylenir.

Yine anlatılanlara göre yapıya başlanınca bir kişi toprağını vermez. Bunun üzerine «Camii bitince onun evi ortada kalacak; o zaman duramaz.» derler. Gerçekten de öyle olur; adam yapının ortasında barınamayacağı anlar; evini bırakır, gider.

Önceden düşünüldüğü gibi olmuştur, ama, bu sefer de başka bir sakınca öne sürülür:

— Adam, malını gönül rızasıyla vermedi. Zorla el konulan yerde ibadet olmaz!

Ortaya atılan fikir, doğruluk ve haklılık taşıdığı için başka bir çıkış yolu bulunur; adamın evinin yerinde üstü açık bir havuz yapılır; dolayısıyla zorla alındığı ileri sürülen toprak üzerinde namaz kılınmamış olacaktır.

Gerçekten Bursa'daki (Ulu Cami'in 20 kubbesi vardır, havuz ve şadırvan da, bütün camilerde dışta yapıldığı halde Ulu Cami'de içerdedir ve üzeri de açıktır.

Bu hikâyelerin, ne dereceye kadar gerçeği yansıttığı hususunda kesin bir yargıda bulunulamayacağı tabiidir. Ancak Türk ve

İslâm Devletlerinde adaletin üstün değer olduğunu belirtmek bakımından önem taşırlar. Kişi vicdanında hak ve adaletin gerçekleştiği duygusunun hakim olmadığı yerde bir devletin bulunduğunu ileri sürmek çok güçtür. Onun içindir ki gerçek devleti kurmak ve yaşatmak amacıyla hareket eden iktidar sahipleri adaleti yerine getirmeyi hiçbir zaman ihmal etmemişlerdir.

Devlet hayatında, adaletin gerçekleşmesini sağlayan fikrî esaslar, monarşilerde hükümdar iradeleriyle fermanlarla; demokrasilerde de kanunlarla belirlenir. Kanunların bağlıca özelliği hak ve adaleti gerçekleştirmektir. Kanun, hak huzurunu sağlayacak nitelikte olmalıdır. Vatandaş, inanmalıdır ki kanunlar gerekenin alınmasını, verilmesini, gerekenin de yapılmasını sağlayacak niteliktedir. Kanunlar, kişide gerekeni aldığı, isteyebileceğine kavuştuğu inancını yaratabilmeli, hak dengesizliğinin doğmasına, başkaldırmaların meydana gelmesine ortam hazırlamaları, bu şekildeki oluşumları giderecek, teskin edecek nitelik taşımalıdır.

Hukuk düzenini başarısı vatandaşa hak duygusunun gerçekleştirilmesinde, hak çatışmasını önlemekte, hak dengesini kurmakta kendini gösterir. Vatandaş aldığıın alması gereken; yaptığının da yapılması gereken olduğu, herkesin de aynı ölçü ve sınırlar içinde, kısacası hak sınırları içinde bulunduğu inancına varmış, böylece hak huzuruna erişmiş ise kanunlar amacına ulaşmış demektir. Kanunların meydana getirdiği hukuk düzeninin bu sonucu sağlaması toplum yapısının güçlüğüünün işaretidir. Aksi durum tehlike demektir. Adaletin gerçekleşmemesi, hele adaletsizlik devlet hayatına birçok olumsuz sonuçlara yol açar.

Yukarıda da değinildiği gibi kanunlar toplumda hak duygusunun yaşanmasını, hak dengesinin gerçekleşmesini sağlamalıdır. Aksi halde hak ölçü ve sınırı toplumda bazı kişiler ya da kesimler için ötekilerden daha geniş ya da daha dar tutulursa, bir kısmına fazla ötekine az verilmiş ya da tersi olursa denge bozulur, kişiler huzursuzluğa, toplum çalkantılara sürüklenir. Ayrıca gerekeni alamadığına inanan, böylece hak huzursuzluğuna sürüklenenler devlete, topluma küser, içine kapanır, gücünü toplumun yükselmesi yolunda kullanmaz, gelişme ve ilerleme hızı azalır. Terside olur, hak huzursuzluğu yıkıcı biçimde kendini gösterir. Bu da birincisi kadar tehlikelidir.

Kanunların hak ve adaleti gerçekleştirememesinin en büyük sakıncası hukuk dışı hareketlere gerekçe yaratılmasıdır. Birçokları kanunların iyi hazırlanmaması ya da kötü uygulanması yüzünden meydana gelen olumsuz sonuçları örnek göstermek suretiyle

hukuka daha doğrusu hak ve adalete aykırı eylemleri korkusuzca ortaya koyarlar. Suçluların, başkalarının da aynı işleri yaptıklarını ileri sürerek kendilerini tatmin etmeleri; çevreye iyi görünmeleri nasıl haksızlık huzursuzluğu için gerekçe ise kanunların, kimlerin lehine, kimlerin aleyhine daraltılıp genişletilmeleri yüzünden hak ve adalet başka bir deyimle kişiler ve topluluklar arasındaki menfaat dengesinin bozulması da aynı sonucu doğurur. Bu durum hukuk düzeni için olduğu kadar devlet için de büyük tehlikeler yaratır.

Bir gerçeği değinmekte yarar vardır.

Bazı hallerde kişilerin kanunlardan geniş ölçüde yakınlıkları bu durumun zaman zaman, her türlü sınırı aştığı görülür. Bu gibileri arasında hak huzurunu kanun çerçevesinde arıyanların yakınlıkları daha çok önem kazanır. Bununla birlikte kanunların aranan huzuru sağlayarak nitelikleri her zaman taşımadıklarını kabul etmek gerektir. Bu bakımdan kanunların hak duygusunu tatmin, kişiyi huzura kavuşturma meselesi bitmeyen bir tartışma konusudur. Bu sakıncanın bazen kanunların yetersizliği, toplumun yapısına, şartlarına uygun olmaması kadar kişinin isteklerinin verilmemesinin de her zaman mümkün bulunmamasından doğduğunu kabul etmek gerektir. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi kişinin istediklerinin hepside hak duygusu için alınmaz. Bu noktada kanunlara karşı yöneltilecek bir kısım yakınmaların isabetsizliği aşıkardır. Ancak bunu belirtecek esaslar, sınır ve ölçüler adalet duygusu kadar uygulamaya ile belirlenecektir.

Kanunları uygulamak suretiyle adaleti gerçekleştiren güçlerin başında kuşkusuz hâkim gelir. Hukuk kurallarının ışığı altında hak çatışmalarını gidermek suretiyle hak duygusunu yaratan hâkimdir. Hâkimin her zaman ve her yerde en itibarlı kişi olması, islâm kültürüne göre peygamber postunda oturduğuna inanılması bundandır. İnsanların en çok muhtaç olduğu hak ve adalet duygusunu gerçekleştirmesi dolayısıyla ki, hâkimin devlet ve toplum hayatında büyük bir yeri vardır; yaptığı işin kutsallığından ötürü de kişilerin dikkat ve ilgilerini üzerinde toplar.

Hâkimin başarısı mahkemeden çıkan kişiyi hak huzuruna kavuşturmasında kendini gösterir. Davacı, davalı, müdahil olarak adlandırılan kişiler için en büyük bahtiyarlık hâkim huzurundan hak huzuruna erişmiş olarak ayrılabilmesidir. Karar, davayı kazananın böbürlenmesine, üstünleşmesine ya da yitirme ezikliğine, küçülmesini yol açmadan kişiyi adaletin yerine getirildiği sonucuna ulaştırabildiği ölçüde mahkeme yücelik kazanır. Bunun

yanında kişinin her türlü bencil duygulardan sıyrılarak hâkimin adalet gerçekleştirdiği inancına yükselebilecek seviye ve nitelikte olmasının, toplumun bu ortamı hazırlamasının da büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. Onun içindir ki hâkimin adaleti gerçekleştirmesini sağlayacak imkânları yaratmak bu yoldaki engelleri ortadan kaldırmak şarttır. Üstelik denebilir ki hâkim, karşısına gelen insanları hak ve adalet huzuruna erdirmeye görevinin yerine getirilmesinde güçlük yaratacak usul hükümleriyle bağlı kalmamak yetkisi tanınmalıdır.

Kişi yönünden hâkim öylesine büyük bir önem taşır ki bazı haller tarafların, yaşadıkları ıstıraptan kurtulmak için, içlerini kaplıyan hak huzursuzluğunu davayı yitirme bahasına da olsa, hâkim önünde olduğu gibi açığa vurdukları görülmüştür; kişi huzursuzluktan öylesine acı duymaktadır ki durumunu açıklamayı tek çıkış yolu olarak görmektedir. Bu davranış psikoloji bakımından boşalmak suretiyle rahatlama, hukuki bakımdan da hak huzuruna kavuşma yoludur. Sık sık işittiğimiz şu cümleyi bu yönden değerlendirmek mümkündür. «Hâkimin karşısına çıkacağım, hepsini bir bir söyleyeceğim.» Burada önemli olan davanın sonucu, kazanılması ya da yitirilmesi değil, iç varlıktaki huzursuzluğu hâkime açıklamak suretiyle rahata kavuşmaktır. Belirtilmesi gereken bir nokta daha var. Böylesine acı içinde kıvranan insanların gözünde kürsüde oturan hâkim üstün, yüce bir kişidir; derdin, acının ona söylenmesi, hak huzursuzluğunun derin acısından kurtulmanın tek çıkar yoludur. Duruşmalarda, bazı hallerde, tarafların uzun uzun konuşmak istemeleri, çoğunlukla davayı kazanmak gibi menfaatten çok, böylesine yüce bir kişiye derdini, acısını açıklamak suretiyle huzura kavuşmak ihtiyacından geldiğini belirtmekte yarar görmekteyiz. Buna canlı bir örnek verelim.

Kadın siyanet nafakası ve ayrı yaşama isteğiyle dava açmıştır. Koca, kadının vücudundaki kokuları yüzünden müşterek hayatın devamının imkânsız olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu defa ispat edilememiştir. Hâkim, davalıya karısını isteyip istemediğini sorar. Koca karısının eve gelmesi halinde ona bakabileceğini, ancak, dayanılmaz kokular sebebiyle kocalık görevini yerine getiremeyeceğini söyler. Mahkeme, kocalık görevinin tecezzi kabul etmediği, infak ve iâşe yanında biyolojik hayatın tatmininin de şart olduğu gerekçesiyle davayı kabul ederek ayrı yaşamaya ve nafakaya hükmetmiştir.

Olayın dikkate değer yönü şudur: Koca şartsız olarak karısını eve çağırabilirdi. O takdirde mahkeme belkide davayı reddede-

cekti. Çünkü kocanın koku def'ini ispat edememesi gibi kadının da kocalık görevinin, bütünüyle, yani biyolojik yönüyle birlikte yerine getirilmesini ispat etmesi mümkün olmayacaktır. Fakat koca, bu yola gitmedi davayı yitirme bahasına gerçeği söyledi. Sebebi sorulduğu zaman şu açıklamayı yaptı : «Hâkime içimi döktüm ya bu yeter.» Bu beyanda, hâkimin, yüce bir makam işgal ettiği, iç hayatı ona aktarmanın hak huzuruna kavuşma yolu olduğu inancının güzel bir ifadesi görülmektedir.

İnsan gücünün sınırlı olmasına karşılık hak ve adalet duygusu büyük bir enginlik içinde kişinin benliğini kaplar. Bu bakımdan, bütün çabalara rağmen, bu sınırlı güçlü sınırsız bir dünyanın tatmin edildiği hak ve adalet huzurunun her zaman tam olarak gerçekleştirildiği iddia edilemez. Böylesine yüce bir görevin yerine getirilmesi kendisinden beklenen hâkim de bir insandır; gücünün ulaşamayacağı yerler ve noktalar bulunabilir. Yine insanların meydana getirdiği devletin ve toplumun bu konuda gerekli bütün imkan ve şartları sağlaması mümkün olmayabilir. Bu yüzden hak ve adalet duygusu yönünden insanlarda bir boşluğun tatmin edilmeyen bir tarafın bulunduğu her zaman görülmüştür. Onun içindir ki insanoğlu Tanrı'nın yüce kudretine sığınmış, varlığını kemiren bu boşluğu gidermek, tam bir hak ve adalet huzuruna kavuşabilmek için ilâhi adalet kavramını yaratmış, hak ve adaleti tam olarak ancak Tanrı'nın gerçekleştirebileceği inancına bağlanmıştır. Hukukta beşeri adaletin yanında ilâhi adaletin yer alması, insan gücünün ilâhi güçle tamamlanması suretiyle özlenen hak ve adalet huzuruna kavuşmak ihtiyacından doğmuştur. Böyle de olsa hukukçu, görevinin, insanları hak ve adalet huzuruna kavuşturmak yolunda çalışmak olduğunu unutmamalıdır. Kaydedilecek ilerlemeler, amaca tam olarak varılması bile, yine de insanlık için büyük kazanç sayılmalıdır.

Birçok sözlükler adalet kelimesini, insanın varabileceği en yüce duygu, fazilet duygusu olarak açıklarlar. Bu bakımdan adaleti gerçekleştirecek olan varlık, yine kişinin kendisidir. İnsan kültür alanında öylesine geliştirilmeli ve yüceltilmeli ki adaleti benliğinde duymalı, dış etkenlere gerek kalmadan onu gerçekleştirebilmelidir. Ortaçağ kültürümüzde kemal, tasavvufta insan-ı kâmil olarak adlandırılan mertebe, olgunluk mertebesi, kanaatimizce budur. Hukukçu, daha doğrusu hukuk kültürü ve hukuk düzeni, insanı bu seviyeye ulaştırdığı, hak ve adaleti benliğinde duyar, yaşatır ve gerçekleştirir duruma getirdiği ölçüde görevini yapmış olacaktır.

MEMURLARIN SUÇLARINDA ÖZEL MUHAKEME KURALLARI

(I)

Prof. Dr. Öztekin TOSUN (*)

PLÂN : Giriş. §. 1 — Tarihteki durum. §. 2 — Fransa'daki gelişim. §. 3 — İtalya'daki gelişim. §. 4 — Osmanlı Devleti'ndeki gelişim. I — Başlardaki durum. a — 1855 (1271) Tarihli Men'i İrtikâp Kanunu. b — 1859 (1275) Tarihli Vülatı İzam Ve Mutasarrıfını Kiram İle Kaymakamların Vezaifini Mübeyyin Talimat. II — Fransız Mevzuatından Etkilenme Aşaması (1872 Memurin Muhakematı Nizamnamesi). III — Genel kurullara yaklaşma aşaması (1915 Memurin Muhakematı Kanunu Muvakkatı). a — Yabancı uzmanlar için 12 Temmuz 1889 Tarihli İradei Seniye. b — Sivil suç ortakları için 8 Ekim 1889 Tarihli ek madde. §. 5 — Türkiye Cumhuriyetindeki gelişim. I — Kanunun uygulama alanının genişletilmesi sorunu. II — Kanunun uygulama alanının daraltılması aşaması. A — Yasal çabalar. B — Yargısal çabalar. C — Öğreti alanındaki düşünceler. a — Memurin Muhakematı Kanununa taraftar olanlar : aa — Bünyemize uygundur. bb — Yersiz şikayetlerle memurun görevini yapamaz duruma düşmesini önler. cc — Başka devletlerde de böyle yasalar vardır. dd — Atatürk bu kanunu kaldırmamıştır. b — Memurin Muhakematı Kanununa taraftar olmayanlar : aa — İslah taraflısı olanlar. bb — Memurin Muhakematı Kanununun kalkmasını isteyenler. S o n u ç .

Giriş

Memurların suçlarında özel muhakeme kurallarının uygulanması sorunu üzerinde durmak istiyoruz.

Bunun nedeni, 1982 Anayasası'nın bu konuda özel bir hükme yer vermiş olması ve bu sıralarda bir kanun tasarısı yapıldığını haber almış bulunmamızdır (1).

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) Danışma Meclisi Üyesi Abbas GÖKÇE tasarısı.

Bugün artık bu konuda uygar ülkelerde özel düzenlemelere gidilmediği için, konu üzerinde önce tarihsel bakımdan durmayı uygun bulduk. Fransa ve İtalya'daki bugünkü düzenlemenin ne olduğunu da araştırdık. Özel hükümler bulunduğunu haber aldığımız İsviçre'deki durumu incelemedik; nedeni de bu ülkedeki özel düzenlemenin onun federal bünyesi ile ilgili olduğunu tahmin etmemiz oldu; ayrıca, acele kaleme aldığımız bu incelemeyi, İsviçre'deki durumu ortaya koymak için, geciktirmek istemedik. Elimizden geldiği kadar Osmanlı Devleti'ndeki durumu ortaya koymaya çalıştık. Türkiye Cumhuriyeti'ndeki gelişimi saptadıktan sonra, sonuç kısmı ile incelememize son verdik.

§ — 1. Tarihteki Durum

Memurların muhakemesinde özel hükümler uygulanması konusu ile ilgilenenler, Roma İmparatorluğu'ndaki gelişme üzerinde durmadan yapamamaktadırlar. Konu üzerinde oldukça geniş yaptığı incelemesinde Bonasi (2) Roma'daki durumu uzun uzun anlatmaktadır. Başlarda, Cumhuriyet zamanında memurların çok fazla suç işlemediklerini, örf ve adaletlerin çok sıkı olduğunu, Senatunun ve Tribunus denen memurların denetiminin devamlı olduğunu, memuriyetlerin kısa süreli olup hesap sorulması ihtimalinin kuvvetli olduğunu belirtmektedir. Konsüller ve Pretor'lar, yüce görevlerinde hükümdar gibi iken görevleri sona erer ermez en aşağı durumdaki vatandaşların bile bunlardan davacı olabildiğini, Comitium denen halk mahkemelerinde yargılanmalarının mümkün olduğunu söylemektedir. Buna rağmen, böyle davaların fazla olmadığını da vurgulamaktadır.

Cumhuriyet devrinde durum böyle iken, ülke genişledikçe, cezalandırmak gereği kendisini kuvvetle duyurmaya başlamıştır. Altıncı yüzyılda, Roma'nın sınırları İtalya dışına taşmış, askerî görevlerin süresi zorunlu olarak artık kısa değil, fakat uzun tutulmuştur. Romaya uzak ülkelerin halkları seslerini merkeze kolay kolay duyuramamaktadırlar. Maalesef, Senato, bu denetimi gereği gibi yapamamıştır.

Senato'nun denetimde başarılı olmamasının nedenleri üzerinde dururken, göze en çarpanı denetlediği kumandan ve idarecileri

(2) BONASÍ, Adeodato (Prof. Straordinario di diritto cdstituzionale e amministrativo nella Regia Università di Modena): Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggidel Regno e la giurisprudenza. Bologna, 1874, sh. IV.XI.

kendisinin seçmesi olayıdır. Senato, halkın ithamlarından onları korurken, kendisini de korumuş oluyordu.

Comitiumların (halk meclisleri) yerlerini yıllık komisyonlara (quaestiones perpetuae)'lere bırakmışlar, bunlar da kısa zamanda Senato'nun etkisi altına girmişlerdir. Artık Ordu Kumandanları ve Eyalet İdarecileri şikâyetlerden çekinmez olmuşlardır, her türlü yolsuzluğu yapar olmuşlardır. Roma'ya döndüklerinde halka yaranmak için muazzam tiyatro şenlikleri yapıyorlar, krala yaranmak için de ona hediyeler getiriyorlardı. Bu durumda, Roma dışındaki halkların şikâyetleri geçersiz kalıyordu.

Kumandan ve Eyalet İdarecilerinin gittikleri yerlerde topladıkları zenginlik, Senato'dan yeni görevler satın almalarını sağlıyordu. Bu görevler sayesinde de soyulacak yeni eyaletler elde ediliyordu. Cicero zamanında Verre adlı bir idareci, üç yıllık Sicilya Valiliği'nin bir yılını kendisi için, bir yılını avukatları için, bir yılını da kendisini muhakeme edecek hâkimler için gerekli parayı kazanmaya ayırdığı söylüyordu. Hırsızları, ortağı oldukları hırsızlar muhakeme ediyordu.

İmparatorluk zamanında, memurlar aleyhinde dava açmak yetkisi, imparatorda olduğundan, halk bu olanağı kullanamıyordu.

İdarecilerin yolsuzlukları ayyuka çıkmaya başlayınca, çeşitli kanunlar yapıldı. İdarecilerin görevleri sona erince 50 gün içinde şikâyeti olanların aleyhlerinde dava açma hakkı olduğu kabul edildi. Ama, sonuçta kararı İmparator'un Divanı (Concistorium) verdiğinden bu çeşit düzenlemeler de istenen sonucu vermedi.

Mahkûm memurun İmparatora başvurma yetkisi, bütün şikâyet edilen kimselerin bir hakkı olunca, durum yine düzelemedi; onu memnun etmiş olan idareci kurtuluyordu. Kovuşturma izninin imparatorda olması, hükümdarın mahkemesinde, valinin mahkemesinde (praefectus praetorio) yani özel mahkemelerde muhakeme edilmek durumu düzeltmek için yeterli değildi (3). Eski Fransa'da da benzer durumla karşılaşmıştı (4); memur suç işlediğinde, idare içinde yargılanırdı. Adliyeye güven yoktu (5).

(3) HELİE, M. Faustin : *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criménelle*. 2 éd. Tome deuxième, Paris, 1866, sh. 389; BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. XI.

(4) HELİE, M. Faustin : a.g.e. ve cilt, sh. 391.

(5) HELİE, M. Faustin : a.g.e. ve cilt, sh. 395.

Roma İmparatorluğu'nun yıkılması üzerine, yavaş yavaş Comune denilen belediyeler ortaya çıkmıştır. Ortaçağ, Comune'lerin devri olmuştur. Comunelerde memuriyetlerin kısa tutulduğu görülmektedir. (Bir yıl); yerliler bu memuriyete atanmazdı. Görevi sona eren memur, bulunduğu kentten 10 ilâ 50 gün arasında değişen bir süre kalmalıydı. Bu süre içinde, kentlilerin idareci aleyhinde davacı olmaları mümkündü. Bu yüzden, İdarecilerin hemen görev yaptıkları kenti terketmeleri istenmezdi; terkedenin, aleyhindeki isnatları kabul ettiği var sayılırdı. Bazı Comune'lerde, belediye başkanlarının maaşlarının bir kısmı kaçmalarını önlemek için, teminat olarak tutulurdu. Kralın, Komun idarecilerini af yetkisi bazı kent anayasalarında yer almıştı (6).

Görülüyor ki, bütün sorun, adliyenin, öteki erkler karşısında bağımsız olmamasında yatmaktadır. Devletin çok kuvvetli olduğu zamanlarda devletin adamları sayılan memurlar idare içinde muhakeme edilmişlerdir. (Roma'da), Devlet kuvvetinin zayıfladığı zamanlarda (Ortaçağ Komünlerinde), memurların muhakeme edilmesi için onların görevlerinin sona ermesi beklenmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda, yargılamanın tanrıya dayandığı kabul edildiği pek kısa sürelerde, davalara kadılar bakmışlar, fakat memur muhakemesinde bu iikeden kolaylıkla ayrıldığı görülmüştür. Dinin en etkili olduğu zamanlarda kadı yargılama işlerini tekeline bulundurmuş, fakat memur muhakemesinde ancak yargılama yetkisi olan kurullara bir üye olarak katılabilmiş (7), hatta bazan üye olarak bile katılması kabul edilmemiştir.

Osmanlılarda, ilk kuruluş tarihlerinde askerî bir idare görmektediriz. Padişah hakimiyetin yegane kaynağı durumundadır; ordu ile tek bir vücut teşkil etmektedir. Eyalet valileri ve sancak beyleri mahallî küt'aları sevk ve idare ederlerdi. Savaşta Padişah'ın ordusuna katılırlardı. Bugünkü anlamda askerî ve sivil iki ayrı memuriyet yoktu (8). Seferde bulunan askerlere varıncaya kadar bütün milletin hukuk ve ceza muhakemeleri kadılar tarafından görüldü (9). Devlet idaresi yeni fütûhatlarla genişledikçe, Padişahın

(6) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. XII-XV ve XXI.

(7) Örneğin, Tanzimat sırasında kadı'nın vilayet, kaza, liva idare heyetlerine katılması durumu kabul edilmişti. Bir hukukçu üye olarak onun katılmasının faydalı olduğu da düşünülmüştü; bu yüzden kadılar bu idare kurullarına alınmamaya başlandığı zaman, içinde hiç bir hukukçu bulunmayan kurulların karar vermeye kalktığına işaret edilmişti. Bu hususta, bk.

(8,9,10) ORHUN, Hayri : Türkiye'de Devlet memurlarının hukukî rejimi. Ank. 1946, sh. 3,4,5.

mutlak vekili olan ve seferde, Padişah bulunmadığı zaman orduya bizzat kumanda eden Veziri Azamın yanında «Kubbe altı vezirleri» çoğaldı.

Kubbe altı vezirlerinin ve öteki devlet ricalinin belli zamanlarda kurdukları DİVAN-I HUMAYUN'da herkes dinlenir ve oracıkta karar verilirdi. Karar Padişaha arzolanarak derhal infaz olunurdu (10).

Eyaletlerde Beylerbeyiler, Mirimanlar ve Sancakbeyleri hem askerî komutan, hem mülkî amir idiler. Her kazada bir kadı şer'i ve kısmen idarî ve beledî işleri görmekteydi. Bu taşra idaresinde, beylerbeyleri ve sancakbeyleri askerî kuvveti istediği şekilde kullanır, bir nevi hükümdarlık hukukuna sahipti. İstedğini idam bile ederdi.

İmparatorluğun işgal ettiği geniş alanda, nisbeten az miktarda memur ile işler yürütülürdü. Kamu işleri devletin resmî vazifeleri arasında sayılmazdı. Devlet ülkeyi genişletmekle görevliydi. İktisadî ve içtimâî amme işleri ulemanın, loncaların (esnaf kuruluşları), dinî kuruluşların ve iyiliksever özel kişilerin ilgi göstermesine bırakılmıştı. Padişah ve büyük memurlar bu işlere özel surette katılırlardı.

§ — 2. Fransa'daki Gelişim

Memurların işlediği suçlarda genel kurallardan ayrılmaları düzenleyen ilk yasalar Fransa'da görülmektedir. Bu alandaki önemli kanunlar Fransız Devrimi yıllarına rastlamaktadır; fakat, bu akımın daha eski kaynakları olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan, bu eski kaynaklara göz attıktan sonradır ki Devrim sırasındaki düzenlemeler üzerinde durmak bize uygun görünmüştür.

Ortaçağlarda derebeylerin mahkemeleri, Kilisenin mahkemeleri yanında onlardan ayrı Krala bağlı «Parlement» denilen mahkemeler de yavaş yavaş gelişmişti. Bunlarda yer alan üyeler kent temsilcileri idi. Önemli ceza davaları gitgide bu mahkemelerin tekeline geçmeye başlamıştı (11).

Zamanla bu mahkemeler öteki mahkemelerin üstüne çıkmaya, kralın etkisinden bile kurtulmaya başladı, olağan mahkemeler oldu, hükümetten bağımsız duruma girdiler.

(11) Les Cours de Parlement denilen mahkemelerin gelişmesi üzerine bilgi için, bk. HELIE, M. Fautin : a.g. traité, cilt I, sh. 285-292.

Bunlardan hoşlanmayan İktidar, bunların yetkilerini azaltacak hükümler aradı, ellerindeki işleri daha bağımlı mahkemelere aktarmanın yollarını aradı. Bunlar da idarenin içindeki idarî mahkemeler oldu. Kral Divanı, Parlement denilen mahkemelerde görülmekte olan davaları idarî mahkemenin yetkili olduğu gerekçeyle onlardan alabiliyordu; davada kamu faydası bulunduğu yahut idarenin bir işleminin yorumu söz konusu olduğu durumlarda idare mahkemesinin yetkili olduğu kabul ediliyordu (TOQUEVILLE : L'ancien régime, chap. 4). Böylece, idare ile ilişkin işlerde, prensin adamlarının karıştığı işlerde Danıştay davaları olağan mahkeme durumundaki Parlement'lerin elinden alıyordu; kararı da idare içindeki mahkemeler veriyordu. Memurun çıkarı ile idarenin çıkarı böylece birbirine karıştırıldı.

Fransız Devrimi, idarecileri bu eski mahkemelere karşı üstün tutma yolunu daha da geliştirdi. Bir çok kanunlar idarecilere dokunulmazlıklar sağladı, adliye yetkisiz kılmaya devam etti (12).

22 Aralık 1789 Kanunu ile yeni idarecilerin «adli kuvvetin hiç bir kararı ile idarî görevlerinin yerine getirilmesinde rahatsız edilemeyecekleri» (m. 7) kabul edildi.

16 - 24 Ağustos 1970 tarihli bir başka Kanun «Hâkimlerin, idarî kurulların işlerini her ne suretle olursa olsun rahatsız etmelerinin ve görevleri nedeniyle idarecileri huzurlarına davet etmelerinin görevi kötüye kullanma suçunu teşkil ettiği» kabul edildi (m. 13).

Bu da yetmedi; idareciler için daha geniş ve genel yetki isteniyordu. 7 ve 14 Ekim 1970 tarihli Yasa bunu sağladı : «Hiçbir idareci yüksek makamlarca kanunlara uygun olarak kendilerine gönderilmedikçe, kamu görevlerinden dolayı mahkeme önüne çıkarılmaz» dendi. 1971 tarihli Anayasa (m. 3) ile 1799 tarihli Anayasa (m. 75) bu hükümleri Anayasal düzeye aktardılar. Böylece, milletvekili dokunulmazlığı (garantie politique) yanında devlet memurları dokunulmazlığı (garantie administrative) kabul edilmişti; memurların görev suçlarında amir izin vermedikçe ve Danıştay kararı olmadıkça mahkemeler yargılayamazdı (13).

(12) BONASÍ, Adeodato : a.g.e., sh. 134-138.

(13) Bu hususta, bk. LEVI : Autorizzazione a procedere e garanzia amministrativa (Rivista Italiana di diritto e procedura penale. 1963, fas. 1, sh. 268). Ayrıca, HELIE, M. Faustin : a.g.e., cilt 2, sh. 395.

HELIE, idarenin adliye yetki altına alma çabasının cezaevlerinin idarenin adliyeden alınması (23 Aralık 1789 Kanunu) ile başladığını

1799 tarihli Anyasanın 75. maddesi hükmü şöyledir : «Hükûmet ajanları, Bakanlar dışında, görevlerine ilişkin fiillerden dolayı Danıştayın kararı olmadan, kovuşturulamazlar». Bu hükümle, sadece suçların muhakemesinde değil, fakat medenî davalarda bile izin gerektiği biçiminde bir ileri adım atıldığı iddia edilmiştir (14).

Fransada, «Memur muhakemesindeki bu özel düzenlemenin» «Özel kişilerin hınçlarına ve adli makamların girişimlerine karşı idarenin kalkanı» olarak bakılmıştı (15). Bu düzenleme lehinde ileri sürülen düşüncelerden bazıları şu biçimdeydi (16) :

• a) İdare yetkilerini kullanacak vatandaşlar için güvence olmalı, bunlar temelden yoksun davalarla uğraşmamalıdır. Davaların temelden yoksun olup olmadığını adliye saptamamalıdır. Hâkimler, idarede çalışanların içinde bulunduğu şartları doğru olarak değerlendiremezler; siyasî ve ahlakî bakımdan olayları göremezler.

• b) Hâkimler için, kanun ihlalleri ayındır. Küçük ihlaller önemsizdir; fakat hâkimlerin gözünde önemli sayılırlar.

• c) İdare - adliye ayırımı vardır. Memurun suçunu adliye muhakeme ederse, idare işine karışır, onu denetleme durumuna girer. Bir memur dava edildiğinde, zorunlu olarak idare de işin içine karışmaktadır. Memurun durumunu en iyi bilen idaredir, o yetkili olursa, idare yetkileri teminat altında olur. Bu memur için bir rüçhaniyet-sayılmamalıdır.

1789'larda hukuk alanına giren bu izin sistemi zamanla şikâyetlere neden olmaya başladı. Laferrière adlı bir incelemecinin yaptığı bir araştırmada 1852 - 1865 yılları arasındaki 12 yıl içinde dava izni kurumu üzerinde durulmuştur (17). Bu süre içindeki 264 dava izni isteğinin sadece 39'u kabul edilmiştir; bu da kabul oranının % 14 olduğunu göstermektedir. Kabul edilen izin istek-

ileri sürmektedir. Adliyenin cezaevlerinin idaresini geri alması için mücadele 1808'de başlamıştır, demektedir (Bu hususta, a.g.e., cilt 2, sh. 410).

(14) BONASI, Adeodato : a.g.e., sh. 138.

(15) GARRAUD, R. : *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Cilt I (Nouveau tirage), No. 170, sh. 375.

(16) 1835'de Fransız Millet Meclisinde, «İdare hukuku incelemeleri» adlı ünlü bir kitabın yazarı olan Vivien adlı bir milletvekilinin açıklamaları (Zikreden, BONASI : a.g.e., sh. 144/145).

(17) BONASI, Adeodato : a.g.e., sh. 158/not 1.

lerinin kır bekçileri, mahalle bekçileri gibi aşağı derecedeki memurlara ilişkin olduğu, buna karşılık yüksek dereceli memurların biri için bile izin verilmediği ortaya çıkmıştır. İzin isteklerinin reddedilmesi durumlarının çoğunlukla gerekçeli olmadığı yahut gerekçe olarak Bakan veya Başkanun sözcüsünün aksi görüşüne yer verilmekle yetinidiği görülmüştür. Bazı kararnamelerde «Memur derhal yanışını kabul ettiğine, kendisine vâki **ikaz yeterli bir ceza teşkil ettiğine göre**» yahut «Memur görevden **azledildiği ve bu felâket Bakana göre yeterli bir ceza teşkil ettiğine göre...**» biçiminde gerekçelere rastlanmıştır. Belirtelim ki, izin isteğine neden olan durumların çoğunda memurun kevfî alıkoymaları ve başka yetki tecavüzleri söz konusudur.

Şikâyetlerin artması üzerine, Napoléon III'ün düşmesinden sonra geçici hükümetin ilk işi, bu hükmü kaldırmak için bir kararname yapmak olmuştur. 19 Eylül 1870 tarihli bir kararname ile Anayasanın bu maddesi kaldırılmıştır (18). Böylece, hükmün anavatani sayılan Fransa'daki uygulamanın 80 yıl kadar devam ettiği anlaşılmaktadır.

Fransız hâkimiyeti altına giren Belçika'da ise bu hükmün daha 39 yıl önce, 7 Şubat 1831 tarihli liberal Belçika Anayasası'nın 24. maddesi ile kaldırılmış bulunduğuna işaret edilmiştir (19). Madde aynen şöyledir: «Nazırlara ait hükümler hariç olmak üzere, devlet memurları aleyhine takibat icrası için evvelden istihsal edilecek hiç bir müsaade lazım değildir» (20).

Bugün artık Fransa'da memurların muhakemesinde savcı Danıştaydan izin almak zorunda değildir. Ruhanîlerin işlediği suçlarda savcı dava açamazdı; Kilise ile Devletin ayrılmasına ilişkin 1905 Kanunu ile bu hüküm de zımnen kalkmıştır. Hâkimler ve bazı memurlar aleyhinde Başsavcı tarafından dava açılacağı yondaki Code d'instruction Criminelle m. 479 hükmü 24 Şubat 1934 Kanunu ile kaldırılmış bulunmaktadır (21).

(18) LEVİ : a.g. makale.

(19) Bu hususta, LEVİ : a.g. makale. Belçika 1795 yılında Fransız egemenliğine girdiğine göre ordaki uygulama 35 yıl kadar sürmüştür.

(20) DARESTE (Çeviren, Menemencioğlu) : Avrupa, Amerika, Afrika, Asya, Okyanusya Devletleri'nin Esas Teşkilat Kanunları, Ankara, 1939, cilt I, sh. 194.

(21) Bu konuda, Hélie, Faustin : Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 5. éd. (Par Brouhot) Paris, 1951, sh. 22.

Ceza mahkemeleri artık izin aramamaktadır (22).

§ — 3. İtalya'daki Gelişim

Yukarda tarihçe konusunda Roma İmparatorluğu'nda memurların muhakemesi konusu üzerinde durduktan sonra, Ortaçağlarda İtalyan Komünlerindeki düzenlemelere değinmiştik. Komünlerde belediye başkanlarının görevlerinin oldukça kısa süreli (1 yılı) olduğunu, görev sırası biten belediye başkanlarının 10 ilâ 50 gün kentten ayrılmamaları gerektiğini, bu süre içinde herhangi bir kentlinin onu şikayet edebileceğini; bu süre geçmeden belediye başkanının kenti terketmesi durumunda iddiaların sabit sayıldığını, bazı Komünlerde Belediye Başkanlarının ücretlerinin bir kısmının onların davranışlarının muhtemel yaptırımı olarak teminât teşkil ettiğini, Kralların bile Belediye Başkanlarının mahkûmiyeti halinde onları affetmelerinin mümkün olmadığı hakkında ken-Anayasalarına (statuti) hüküm konulduğunu görmüştük. Zamanla Barbar egemenliğinin bunları unutturduğu, artık halk egemenliğinin söz konusu olmadığını belirtmiştik.

İtalya'da, dava izni kurumunun Roma'nın düşme devrinde doğduğu, Bizans despotizmi altında genişlediği, serbest Komünler devrinde yok olduğu ileri sürülerek, bu kurumun korunmasına karşı çıkılmıştır (23).

Prof. Bonasi'nin 1874 tarihinde yayınladığı ve çok faydalandığımız kitabında İtalya'da Belediye ve eyalet kanununun (Legge comunale e provinciale) 8 ve 110'uncu maddelerine göre, Valiler, Vali Yardımcıları, Belediye Başkanları ve onların yerini tutanlar hakkında, görevlerine giren fiiller nedeniyle dava açılabilmesi, Danıştayın görüşü alınarak Kral tarafından izin verilmesine bağlıydı.

Bonasi, adigeçen m. 8 ve 110'un Fransız 1799 tarihli Anayasa'nın 75. maddesine dayandığını, oradaki hükmün uygulama alanının daraltılmışı olduğunu belirtmektedir (24). Yazar, bu kısacık

(22) Memur suçu idarî bir tasarrufa dayanarak işlemiş ise, bu konuda, yani idarî tasarrufun hukuka aykırılığı veya uygunluğu konusunda karar vermek yetkisi ceza mahkemesinde olmadığı için, mahkeme yetkisizlik kararı vermelidir, denilmektedir. Bu hususta, bk. GARRAUND, R.: *Traité*, cilt I, sh. 376, not 19. Bunu uyuşmazlık mahkemesi ele alıp, yetkili olup olmadığını kararlaştırır. Bu hususta, bk. GARRAUD, R.: a.g. *Traité*, cilt II, (Nouveau tirage 1932), sh. 469/470.

(23) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. 131/132.

(24) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. 133.

ve görünüşte mütevazî bir istisna hükmü ile 10.000 kadar insanın dava açılmasından korunduğunu ileri sürmektedir (25).

Bu kanuna dayanarak Danıştay hukuk davası açmak için de izin aramıştı (14 Aralık 1860 tarihli karar); adli mahkemeler ise hukuk davaları için izin almaya gerek olmadığı görüşünde olmuşlardı (26). Böylece, İtalya'daki uygulamanın Fransa'dakinden biraz farklı olduğu anlaşılıyordu. İzin kurumunun dayandığı kanun metni «fiil» dediği, «suç» demediği için Fransa'da hukuk davalarında izin aranırken, İtalyada adli mahkemeler izin aramadan açılan davaları reddetmiyorlardı (27).

Bonasi'nin 1874'de yayınlanan eserinde sözünü ettiği Belediye ve Eyalet Kanunu (Legge comunale o provinciale), çeşitli değişikliklerle de olsa İtalya'da hala varlığını sürdürmüştür. Bu kanunun 1915 ve 1934 tarihlerinde yapılmış değişikliklerle yürürlükte bulunduğu hükümlerine göre, yüksek memur sayabileceğimiz bazı memurlar için dava izni almadan dava açılması yasaklanmıştı.

Bonasi'nin, tâ 1874'de yazdığı kitapta dava izni aleyhinde tutum takındığını görmekteyiz. Ona göre, Bakanın bu izni verip vermemesi takdirine kaimmişti. Dava izni vermediğinde başvurulacak bir kanun yolu bulunmamaktaydı. Bakan aleyhine Parlamento'ya başvuran bir vatandaş buradan olumlu bir sonuç alamazdı; çünkü, Parlamentonun şikayetçiye hak verip bakanı haksız bulması olamazdı. Bakanın sorumluluğu pek ağır durumlarda söz konusu olabilirdi; günlük idarî işlerde Parlamenteoya başvurmakla Bakanın memur aleyhinde dava açılmasına izin vermesi sağlanamazdı (29).

Bu eleştirilere rağmen, adigeçen kanunların uygulaması zamanımıza kadar sürdü gitti.

Vali hakkında dava açılabilmesi için, Cumhurbaşkanının, Danıştayın uygun görüşünü aldıktan sonra, dava izni vermesi aranmaktaydı; böyle bir dava izni olmadan savcı ceza davası açamazdı (Testo Unico delle leggi comunali e provinciali del 1934, m. 22).

Eyalet Meclisi Başkanı (il presidente della Giunta Provinciale) hakkında da dava açılabilmesi için, dokunulmazlığının kaldırılma-

(25) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. 131.

(26) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. 152.

(27) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. 142.

(29) BONASİ, Adeodato : a.g.e., sh. 155.

sı gerekmektedir (Testo Unico della legge comunale e provinciale del 1934, m. 121).

Belediye Başkanlarının da, yalnız devlet memuru olarak aynı vaii gibi dokunulmazlığı olduğu kabul edilmişti (1915 tarihli, 148 No.lu Testo Unico della legge comunale e provinciale, m. 158).

Anayasanın 1948'deki hükümleri ile bu hükümler birbirine benzetiliyordu. 1948 Anayasası 68 ve 122. maddelerinde Parlamento üyelerinin ve Eyalet Meclisi üyelerinin dokunulmazlıklarını güvence altına almıştı. Bu kuruma benzeyen idarî güvence (garanzia amministrativa) de kanunlarla açık bir şekilde vali, Eyalet Meclisi Başkanları ve Belediye başkanları için kabul edilmiş bulunmaktaydı (30).

Ayrıca, İtalyan Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun 16 maddesinde suç kolluğunun amir ve memurları aleyhinde Adalet Bakanının izni olmaksızın dava açılmasını önleyen bir hüküm vardı. Bu hüküm, Anayasaya aykırı görülerek iptal edildi (31).

İtalyan Anayasa Mahkemesi, oldukça gecikmeli olarak, Belediye Başkanlarının ve Valilerin işledikleri suçlarda yukarıda gösterdiğimiz kanunlardaki dava izni hükmünü, aynen polislerin suçlarındaki dava izni gibi, Anayasanın 3. ve 28. maddelerine aykırı bulmuştur (32). Böylece, valiler için dava izninin aşağı yukarı 30 yıl, Belediye Başkanları için 50 yıl uygulandığını görmekteyiz. Bu-

(30) TESAURO, Alfonso: *Garanzia amministrativa* (Novissimo Digesto Italiano, vol. VII (Terza edizione). Torino, 1961, sh. 750.

(31) İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 6-18 Haziran 1963 tarihli, 94 sayılı kararı ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Dava Anayasanın 109. maddesine aykırılıktan açılmış, fakat mahkeme aykırılığı 28 maddeye göre iptal etmiştir. Madde aynen şöyledir: «Devlet ve kamu kurumlarının memurları ve hizmetlileri (dipendenti) hakları ihlâl eden fiillerinden dolayı, ceza kanunları, medenî kanunlar ve idarî kanunlar gereğince dolaysız olarak (direttamente) sorumludurlar. Bu durumlarda medenî sorumluluk Devlete ve kamu kurumlarına sirayet eder.» Anayasa Mahkemesi Kararının aslı için, bk. *Rivista Penale*, 1963, II, 673; *Archivio Penale*, 1963, II, 325. Karar hakkında, CONSO, Giovanni: *Autorità giudiziaria e polizia* (*Archivio Penale*, 1968, fas. III-IV, Parte I, sh. 169).

(32) Anayasa Mahkemesinin 4-19 Şubat 1965 tarihli ve 4 No.lu kararı için, bk. *Giustizia Penale*, 1965, fas. III, Parte I, col. 86-88. (Gösteren, GRİECO, Antonio: *Codice di procedura penale*. Roma, sh. 27, n. 8). Anayasa

nun nedeni, dava izni kurulu taraftarlarının da bulunmasıdır (33). Bu yüzden, sorun çeşitli defalar Anayasaya Mahkemesine gelmiş, Anayasaya aykırılık iddiaları reddedilmiştir.

(SÜRECEK)

Mahkemesi, dava açılması için Cumhurbaşkanının Danıştay'ın iznini alması şartının, savcıların Vali ve Belediye Başkanları aleyhine dava açmasını engellediğini kabul etmiştir. Bu ise, Anayasanın 28. maddesine aykırı bulunmuştur; çünkü, bu madde memurların dolaysız (direttamente) sorumluluğunu düzenlemektedir. İzin verilmediğinde memurun sorumluluğu söz konusu olmamakta, adliye etkisiz kalmaktadır. Bu ise, herkesin eşitliği kuralına aykırı düşmektedir (Anayasa, m. 3).

- (33) Bunların en başında çeşitli tarihlerdeki yazıları ile Tesaure gelmektedir. Bk. TESAURO, Alfonse: La garanzia amministrativa e responsabilità penale (FORO PENALE, 1954, c. 1); Garanzia amministrativa (Fore Penale, 1960, c. 409); Garanzia amministrativa (Novissimo Digesto Italiano, vol. VII (Terza edizione). 1961, sh. 750-753). Bu yazar, bazı devlet memurları için böyle bir imtiyazın (prerogativa) onların görevlerinden dolayı yüksek idare makamından başkasına hesap vermeye davet edilemeyeceği fikrindedir ve bunun AY. m.28'e aykırı olmadığı düşüncesinde olmuştur (son yazı, sh. 750).

**HAZIRLIK SORUŞTURMASI YAPILIRKEN DİKKATE
ALINACAK ÖNEMLİ NOKTALAR ÜZERİNDE BİR
İZAH DENEMESİ**

(I)

M. Muhtar ÇAĞLAYAN (*)

PLÂN : 1 — Suç duyurusunda bulunulması konusu : a — İhbar. b — Şikâyet. 2 — Şikâyetin hak düşürücü süre içinde yapılması. 3 — Şikâyetten vazgeçilmesi. 4 — Hazırlık soruşturmasının yapılması. 5 — Hazırlık soruşturmasında sanığın belirlenmesi zorunluluğu. 6 — Hazırlık soruşturmasında C. Savcısının sanığın sorgusunu yapıp yapamayacağı konusu. 7 — Cesedin adli muayenesi ve otopsi konusu. 8 — Ölünün adli muayenesi ve otopsi.

1 — SUÇ DUYURUSUNDA BULUNULMASI KONUSU

İhbar ya da şikâyet veya herhangi bir suretle bir suç işlendiğini haber alan C. Savcısı, kamu dâvası açmağa yer olup olmadığına karar vermek üzere, hemen işin hakikatini araştırmak zorundadır ki, buna «Hazırlık soruşturması» diyoruz.

Asıl olan, C. Savcısının, soruşturmayı bizzat yürütmesidir. Ancak C. Savcısı, bu soruşturmayı bizzat yapabileceği gibi, gereken emir ve talimatı vermek suretiyle, —yasal yünden yardımcısı durumunda bulunan— kolluk (Polis-Jandarma) makam ve memurlarına da yaptırabilir. Hattâ, C. Savcısı, kolluk makam ve memurlarının başlayıp sürdürmekte oldukları soruşturmaya, her an müdahale ederek, onu, kaldığı yerden itibaren ele alıp, noksanlarını tamamlamak yetkisine sahiptir.

C. Savcısının, bir suçun işlendiğini haber almadıkça, harekete geçerek, hazırlık soruşturmasına başlaması mümkün değildir.

(*) Adalet Bakanlığı Eğitim ve Sosyal İşler Daire Başkanlığı Yetkili Ankara Hâkimi.

CMUK. nun 151. maddesinde : (Suçlara dair ihbarların, şifahi veya yazılı olarak, C. Savcılığına, zabıta makam ve memurlarına ve sulh hâkimine yapılabileceği :

Bu ihbarların, kanunî mercilere tevdi edilmek üzere, vali, kaymakam ve bucak müdürlerine de yapılabileceği) öngörülmüştür.

Bilindiği üzere **ihbar** : İşlenen suç ile ilgisi olmayan, suçtan zarar görmeyen bir kimsenin bir suçun işlendiğini, «yetkili mercie» bildirmesi, haber vermesidir

Şikâyet ise : Suça hedef olan, ondan zarar gören bir kişinin, yetkili mercie başvurusu, yakınmasıdır

Maddenin ikinci fıkrasındaki «Kanunî merciler»den maksat : C. Savcısı, sulh ya da sorgu hâkimidir. Millî Savunma Bakanlığı, «keyfiyeti adliye tevdi mecbur bir makam»dır (1).

a) İhbar :

Kanun, hazırlık soruşturmasını yapmak ya da yaptırmak yetkisini C. Savcısına tanıdığı cihetle : Vali, kaymakam ve bucak müdürleri, kendilerine yapılan suç ihbarlarını, C. Savcısına haber vermeksizin —Hazırlık soruşturması yapılmak üzere— doğrudan kolluk makamlarına tevdi edemezler. Tevdi etmemeleri de lâzımdır. Kolluk makam ve memurları da, C. Savcısına haber vermek suretiyle, onun emir ve talimatını almadıkça, işlenen bir suçtan ötürü kendiliklerinden hazırlık soruşturması yapamazlar. Yapmamaları da gerekir.

Bir suç işlendiğini haber alan kolluk makamları, olaya derhal el koyarak, delillerin kaybolmasını, üzerine suç atılan kişinin kaçmasını önlemeyi sağlayıcı önlemleri almakla, durumu olduğu gibi muhafaza etmekle ve keyfiyeti en kısa yoldan C. Savcısına bildirmekle yükümlüdür.

Kanun, ihbar hak ve yetkisini; görevli olsun olmasın «Herkes»e tanımıştır. Ancak, kişilerin, genellikle ihbardan çekindiklerini de dikkate alan kanun; ihbarları, kural olarak, yapılması zorunlu bir görev suretinde saymamış olmakla birlikte; taşıdıkları özellik ve önem açısından, bazı suçların ihbar edilmemesini «suç» saymış ve cezalandırmıştır. Örneğin; TCK.nun 138/son, 151, 297 ve 476/2. maddelerinde olduğu gibi.

(1) C.U.H. 18.2.1974 4/397-115

«İhbar»ın şekli yoktur. Kimlik yazılmaksızın, imzasız ya da müstear nam kullanmak suretiyle yapılan suç ihbarlarının, kötü niyete dayandığı kadar, kendisine karşı taraftan ileride bir kötülük gelebileceği korkusu ile, bâzı hallerde, gerçekten işlenmiş bir suçu içtenlikle ve doğru olarak haber vermek için yapılmış olması ihtimali de bulunabilir.

Bu nedenle, imzasız ya da müstear nam kullanılarak yapılan ihbarların, CMUK.nun 153/1. maddesinde öngörülen unsur ve koşulların ışığı altında değerlendirilerek, bu kabil ihbar mektuplarının, gerçekten işlenmiş olan bir suçu, yetkili mercie haber verir nitelikte buldukları takdirde, işleme tabi kılınmalarının, maslahata daha uygun olacağı, düşünülmüştür (2).

Öte yandan, 7314 sayılı Kanununun 1. maddesine göre : Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz.

Su ciheti de önemle belirtelim ki : Anayasa Mahkemesi'nce, anılan maddenin bu fıkrası, Anayasa'ya aykırı görülmemiş ve yapılan itirazın reddine karar verilmiştir (3).

Kararın gerekçesinde özetle : (...İhbar, kanunî delillerin varlığı ile desteklenmedikçe, bir suçlamada hiç bir zaman ağırlık noktası, etki unsuru olamaz. İhbar doğru ise; bir olayı, bir eylemi duyurmuş olur. Ancak, olay veya eylemle sanık arasında ilişki kurmağa tek başına yeterli değildir. Nitekim, ...asliye ceza mahkemesinin bakmakta olduğu işde; ihbarın tuttuğu ışıkla, sanığın evinin yakınında, kaçak rakı çekme araçları ve kaçak çekilme rakı bulunmuş, fakat suçu sanığın işleyip işlemediği karanlık kalmıştır.

İhbarı yapanın kimliğinin belli olup olmaması, birinci derecede bir önem taşımaz. İmzasız veya düzme kimlikli bir kimsenin telefonla haber vermesi üzerine de, C. Savcısı, işi ilginç görürse, araştırmaya geçebilir ve belki, gerçekten yer almış bir olayı da ortaya çıkartır. İhbarı yapanın kimliğinin gizli tutulması durumu ile, ihbarı, kimliği bilinmeyen bir kimsenin yapmış olması arasında büyük fark yoktur Her iki halde de, ihbarı yapanın, delil kefesindeki ağırlığı sıfır olur. Böyle olunca da, artık iddia ve savunma hakkının kökünden engellenmesi, düşünülemez. Öte yandan, sa-

(2) Düşünce. Ce. İş. 9.3.1972 10738

(3) Anayasa Mahkemesi. 5.12.1968 49/60.

vunmada asıl önemli olan sanığın, isnadı tüm olarak ve zamanında öğrenmesidir. İptali istenen hükmün, bu hakkı zedeleyen bir yönü bulunmadığı, ortadadır.

Olayı ihbar edenin kimliği belli olmadığı yahut gizli tutulduğu takdirde, artık onun, mahkemenin toplayacağı ve takdir edeceği deliller arasında yeri yok, demektir. Mahkeme, tabiatıyla, elde olan veya ele geçebilen deliller üzerinde duracaktır. Burada, bir sınırlama iddiası belki ileri sürülebilir. Ancak, ne «meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde dâvacı ve dâvalı olarak iddia ve müdafaada bulunmak» hakkı, ne de hâkimin «kendisini vicdanî kanaate götüreceği bütün delilleri toplamak» yetkisi mutlak değildir... Ceza Usul Hukukunda belirli durumlarda, tanıklıktan kaçınmayı öngören ilkelere vardır... İptali istenen ve güttüğü erek, yukarıda açıklanan hüküm, en aşırı ve dar bir görüşle dahi hak arama hürriyetinin ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin özüne dokunduğu ileri sürülemez.

İptali istenen hükmün, kötü niyetli muhbirlerle kalkanlık ettiği, namuslu insanları huzursuz bıraktığı ve insan haklarının, hürriyetlerin, şeref ve haysiyetlerin koruyucusu olan Anayasa ile böyle bir tutumun bağdaştırılamıyacağı yolundaki iddiaya gelince : Bu iddiayı karşılamak için, hükmün metni dışında kanıt aramak gereksizdir.

İnceleme konusu fıkra : Kaçak olaylarını ihbar edenlerin kimliklerinin açıklanmamasını, ihbarın muhbirler hakkında suç teşkil edecek nitelikte olmaması şartına bağlamaktadır. İhbar muhbiri, suçlu bir duruma düşüyorsa, ihbarı yapanın rızası olmasa bile, kimliği gizlenemeyecektir. Böyle bir hükmün, kötü niyetli muhbirlerle kalkanlık edebileceği ve namuslu insanları huzursuz kılacağı, düşünülemez...) denmektedir.

Kaçakçılık suçlarına ilişkin ihbarlar konusunda, üzerinde önemle durulması gereken maddelerden birisi de : 1918 sayılı Yasanın 49. maddesidir. Filhakika bu maddeye göre : (Bu konuda yazılı suçlarda, kaçakçılık suçlarından birine iştirak etmiş olan bir şahıs, hükümet memurlarınca haber alınmadan evvel, gelip de kaçakçılığı ve faillerini ve kaçak eşyanın saklanmış veya satılmış olduğu yerleri, kaçakçılığı men ve takip ve tahkik ile mükellef memurlara haber verirse; fiiline terettüp eden cezadan muaftır ve muhbir ikramiyesine müstehaktır. Haber alındıktan son-

ra, fiilin etrafiyle meydana çıkmasına hizmet ve yardım eden Őeriklerin cezası, yarısına indirilir).

.....Kaçak sigara bulundurmaktan sanık...’ın sigaraların bulunduğu yeri, kendi ihbar ettiği gerekçesiyle, 1918 sayılı Kanunun 49/1. maddesi gereğince cezadan muaf bulunduğundan, beraetine ilişkin hüküm, özel dairece; (1918 sayılı Kanunun 49/1. maddesinin, toplu kaçakçılık suçlarında uygulama yeri olduğu gazetilmenden, sözü edilen maddeye dayanılarak, beraet hükmü tesisinin yasa aykırı bulunduğu) gerekçesiyle bozulmuş ise de; mahkemenin direnme kararı, ceza genel kurulunca kanuna uygun görülmekle onanmıştır (4).

Yine, 403. madde ile, bu maddede yazılı cürümlerden birine iştirak etmiş olan kimsenin, resmî makamlar tarafından haber alınmadan evvel, keyfiyeti ve cürüm ortaklarını ve uyuşturucu maddeleri sakladığı veya imâl eylediği yerleri, mercilerine haber vererek, bunların yakalanmalarını ve elde edilmelerini kolaylaştırırsa, fiiline terettüp eden cezadan muaf tutulacağı.

Bu cürümler haber alındıktan sonra, cürümün meydana çıkmasına veya Őeriklerinin yakalanmasına hizmet ve yardım eden kimseler hakkında, idam cezasının onbeş ve müebbet ağır hapis cezasının on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse çevrileceği ve diğer cezaların yarıya indirilebileceği, TCK.nun 404. maddesinin (3) sayılı bendinin birinci ve ikinci fıkralarında gösterilmiştir.

b) Şikâyet :

Şikâyet, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Esasen, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın «Hakların korunması ile ilgili hükümler»e tahsis olunan 36. maddesinde; «Herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip bulunduğu» öngörülmüştür.

Hangi suçların takibinin «Şikâyet»e bağlı olduğunu ve hangilerinin Şikâyet olunmaksızın, sadece bir haber alma ile kovuşturulabileceğini, kanun tayin etmiştir.

(4) C.U.H. 10.11.1975 7/269-283.

TCK.nun 425. maddesine göre; (421, 422, 423. maddelerde yazılı fiillerden dolayı takibat icrası, şahsî dâvaya bağlıdır).

Metindeki «şahsî dâva» terimini, 344 ve onu takip eden maddelerde usul hükümleri saptanmış bulunan «şahsî dâva yoluyla izlenmesi mümkün suçlar» ile karıştırmamalıdır. Buradaki «şahsî dâva»dan maksat; maddede tâdat olunan suçlardan dolayı, kovuşturma yapılmasının, suçtan zarar görenin ya da kanunî temsilcisinin yazılı şikâyetine bağlı olduğunu ifade etmekten ibarettir.

Esasen, «Ceza Kanununda yazılı şikâyet ve şahsî iddia tâbirlerinin bir olup, aynı hükümlere tâbi olduğu», CMUK.nun 151. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir.

Evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçundan dolayı, müştekinin babasının, şikâyete yetkisi olmadığı gibi, kendisinin de CMUK.nun 151. maddesinin (4) bendinde yazılı biçimde yapılmış bir başvurusu bulunmadığı ve hazırlık soruşturması sırasındaki ifadesinde ise; sanıktan dâvacı olmadığını bildirdiği gözönüne alınmadan «düşme» yerine, TCK.nun 423/2. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması, yasaya aykırı görülmüştür (5).

Suçtan zarar görenin, isteğinde mutlaka «şikâyet ediyorum» terimini kullanması gerekli olmayıp, şikâyetin, suçtan zarar gören kişinin, fail hakkında ceza kovuşturması isteğinde bulunma iradesini açığa vurması yeterlidir. Hazırlık soruşturması sırasında, mağdur tarafından... C. Savcılığına verilen dilekçedeki «...Hâdisede yararlanmışım. Hükümet doktorundan durumum hakkında muvakkat rapor almış isem de; vaziyetimi ağır gördüğümden, başka bir doktor tarafından muayene edilmem için, gereken işlemin yapılmasını müsaadelerine arz ederim» cümlesi, şikâyet niteliğinde kabul olunmuştur (6).

Bir başka olayda; ...Tetkik olunan ve takibe esas tutulan, mağdurun 29.7.1975 günlü dilekçesi ise; açık veya kapalı bir şikâyeti kapsamadığı, Almanya dönüşü, hâmile olduğunu anladığı eşinin, çocuğunu zâyi etmesi ihtimali ile, durumunun tesbitini istemekle yetinmesi, yasal ve usulüne uygun biçimde yapılmış bir şikâyet suretinde sayılmamıştır (7).

(5) 5. CD. 1.6.1982 2626/2109.

(6) 2. CD. 16.2.1971 901/1081.

(7) C.U.H. 31.1.1977 5/12-43.

2 — ŞİKÂYETİN HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE İÇİNDE YAPILMASI

Öte yandan, takibi ancak şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyete hakkı olan kişinin, bunu, TCK.nun 108. maddesinde yer alan altı aylık «hak düşürücü süre» içerisinde yapması gereklidir.

Zamanaşımı haddini geçmemek koşuluyla bu süre : Yasal açıdan kendisine şikâyette bulunmak hakkı tanınan kişinin, suçtan ve failin kim olduğundan haberdar olduğu günden başlar (TCK. m. 108).

Bu süre geçtikten sonra yapılan şikâyet, geçersiz sayılır ve C. Savcısı şikâyete dayanarak hazırlık soruşturmasını yürütemez.

...Mağdurlar tarafından müddeti içinde, usulüne uygun olarak verilmiş bir şikâyetname veya yapılmış bir şikâyet bulunmadığı gözetilmeden, takibi şikâyete bağlı mevaddan olan, TCK.nun 459/1. maddesi ile tesis olunan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir (8).

...Yine, şikâyetin, yasal açıdan şikâyete yetenekli (ehil) olan kişi tarafından yapılması gereklidir.

15.4.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; kanunî mümessillerinin rızası olsun olmasın, suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin, şahsa bağlı haklarından dolayı, dâva ve şikâyet hakkına sahip buldukları, izah ve kabul olunmuştur. Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü de bu yoldadır (9).

Genel kurul kararında gün ve sayısı işaret olunan İçtihadı Birleştirme Kararında da; (...Kanunu Medeni'nin 16. maddesinde, şahsa bağlı olan haklarından dolayı, mümeyyiz olan küçüklerin dâva hakkına mâlik buldukları tasrih edilmek suretiyle, suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin, kendi kendilerine dâva ve şikâyette bulunmaları kanunen tecviz edilmiş olmasına ve CMUK. nun 344. maddesi hükmüncé, kanunî mümessilere şahsî dâva açmak hakkının verilmesi, doğrudan doğruya suçtan zarar gören ve Kanunu Medeni hükmüncé, şahsa merbut haklardan dolayı dâva açmağa filesas selâhiyettar olan mümeyyiz küçüklerin, gerek 344.

(8) 9. CD. 4.12.1981 4166/4315.

(9) C.U.H. 15.2.1971 5/43-50.

maddede gösterilen ve gerek bu maddenin dışında kalan, şahsa karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı, dâva açmak hak ve selâhiyetini nez'etmiyeceğine ve temsil hakkına mâlik olan kimselerin, bu husustaki selâhiyetleri, mümeyyiz küçüklerin dâva ve şikâyet-te bulunmadıkları takdirde, onların yerine kâim olarak, menfaatlerini himaye etmekten ibaret bulunmasına nazaran, kanunî mümessillerinin rızası olsun olmasın, mümeyyiz küçüklerin, doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı, dâva ve şikâyet hakkına mâlik olduklarına karar verildi.) demektedir (10).

Uygulama da bu doğrultudadır. Nitekim, MK.nun 16. maddesinde, mümeyyiz küçüklerin, münhasıran şahsa bağlı haklarını kullanabilecekleri tasrih edilmiş bulunması karşısında; 15.4.1942 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı nazara alınarak, suçüstü zabıt varakasının tanzimini müteakip, C. Savcılığınca tesbit edilen ifade-sinde; dâva konusu fiilden ötürü, sanık hakkında şikâyetçi olduğunu açıklayan mağdur...'ın, mümeyyiz olup olmadığı hususu bil-muayene tesbit edildikten sonra, bir karara varılması gerekirken, yaşının küçüklüğü nedeniyle, şikâyet ehliyeti bulunmadığı kabul edilerek, ...hüküm kurulması, kanuna aykırı görülmüştür (11).

Yukarıda, şikâyetin, TCK.nun 108. maddesinde öngörülen altı aylık «hak düşürücü süre» içinde yapılması gereğine işaret etmiş-tik. Bu kurala ilişkin olmak üzere, Yargıtay'ın kararlarından bir-kaç örnek sunmak isteriz.

...Sanıklar savunmalarında; 1973 yılından beri, karı-koca ola-rak bir arada yaşadıklarını ve bu durumun, müdahil...ce de bi-lindiğini ileri sürmüşlerdir. Hernekadar müşteki, sanıkların eylem-lerinden, şikâyet tarihi olan 6.6.1977 gününde haberdar olduğunu beyan etmişse de; sanık... tarafından karısı aleyhine açılan boşan-ma dâvasına ilişkin 1971/461 esas sayılı dâva dosyasının incelen-mesinde; 1974 yılından beri muttali olduğu, anlaşılmaktadır.

Bu durumda, zinadan dolayı vâki şikâyetin, TCK.nun 108. maddesinde öngörülen altı aylık süre geçtikten sonra yapılmış bulunduğuna göre; sanıklar hakkındaki kamu dâvasının, CMUK. nun 253/2. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerek-ken, TCK.nun 441/1-2. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü te-sisi, yasaya aykırı görülmüştür (12).

(10) İçtihadı Birleştirme. 15.4.1942 14/9.

(11) 9. CD. 23.2.1982 867/920.

(12) 5. CD. 20.5.1982 1549/1885.

Mütemadi ve müteselsil suçlarda hukukî kesinti, iddianame- nin düzenlenmesi, kamu dâvasının açılması, mahkûmiyet veya fe- ragat nedeniyle verilen düşme kararlarının kesinleşmesiyle mey- dana gelir. Sanıkların işledikleri bu nevi suçlara, herhangi bir ne- denle ara vermeleri hâlinde de, fiili kesinti husule gelmiş olur.

Olayda, müştekiyenin feragati dolayısıyla verilen takipsizlik kararı, hüküm niteliğini taşımadığı cihetle, böyle bir sonuç mey- dana getiremeyeceğinden, suçun işleniş tarihine etkili değildir.

Şikâyetçi, ilk şikâyetini, suç tarihini 15.3.1981 göstererek, 8.7. 1981 tarihinde yapmış ve 16.7.1981 günlü dilekçesiyle, dâvadan vaz- geçtiğini bildirmiş ve bu nedenle de, C. Savcılığınca 12.10.1981 ta- rihinde takipsizlik kararı verilmiştir. Bu defa, şikâyetçi, suç tari- hini, Temmuz 1981 göstermek suretiyle, 14.10.1981 günlü ikinci şikâyet dilekçesini vermiştir.

Oysa sanıklar, ilk şikâyetten sonra, herhangi bir fiilî veya hu- kukî kesinti olmaksızın, yaşamlarını, erkeğin evinde sürdürmeye devam ettiklerine göre; şikâyetçinin ikinci şikâyeti geçerli bulun- mamaktadır.

Şöyleki; mütemadi bir suç olan karı-koca gibi yaşamak suçu, 15.3.1981 tarihinde işlenmeye başlanmış ve suç tarihi 15.3.1981 gösterilmek suretiyle, 8.7.1981 günlü ilk şikâyetten sonra, vâki fe- ragat üzerine, 12.10.1981 tarihli ve hukukî bir kesinti teşkil etmi- yen takipsizlik kararı ittihaz edilmiş olup, ikinci şikâyet dilekçesi ise; 14.10.1981 günü C. Savcılığına tevdi edilmiştir.

Bu durumda, suçun işlenmeye başlandığı 15.3.1981 ile, ikinci şikâyet tarihi olan 14.10.1981 arasında, herhangi bir hukukî veya fiilî kesintinin ileri sürülmediği gibi, mevcut da bulunmadığından, ve ikinci şikâyet dilekçesinin, TCK.nun 108. maddesindeki altı ay- lık süre geçtikten sonra verilmiş olduğu nazara alınmayarak, sa- nıkların TCK.nun 441/1-2. maddesi uyarınca mahkûmiyetlerine ka- rar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir (13).

...Yine, sanıklar, üç yıldan beri çeşitli zaman ve yerlerde zina- da bulduklarını, bundan müştekinin de bilgisi olduğunu savun-muşlar, müşteki...de, duruşmada, üç yıl önce, karısını diğer sanık-

la zina yaparken yakaladığımı, eylemlerinden haberdar olduğunu söylemek suretiyle, savunmayı doğrulamıştır.

Bu durumda, arada fiilî ya da hukukî kesinti olmaksızın, zinanın başladığı tarihten, şikâyetin yapıldığı 2.9.1981 gününe kadar, altı aylık hak düşümü süresi geçmiş bulunduğundan, kamu dâvasının düşmesine karar verilmesi gerekir (14).

...TCK.nun 108. maddesindeki altı aylık hak düşürücü süre; paranın, belli suretle kulianılmak veya geri verilmek üzere teslim edildiği tarihten değil; sanığın, kendi çıkarına mal edinmeye kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

Dâvaya katılanm, sanığa 25.500 liralık çek'i, ifraz harcı yatırmaması maksadıyla verdiğiinden, önceleri, buna ilişkin makbuzu istediği, sanığın, «makbuzun, düzenlenip verilecektir» demesi nedeniyle beklediği, verilen makbuzun 6.500 liralık olduğunu öğrenince, parasının iadesi için, çeşitli kez başvurduğu, sanığın «acele etme» diye yanıt verdiği ve en son «işin oldu, neden üzerinde duruyorsun, kapat o mevzuu, bu bizim hakkımız» diyerek, iadeyi reddetmesi karşısında, şikâyet ettiği biçimindeki sözleri gözönüne alındığında, şikâyetin süresinde yapıldığının kabulü gerekir; sanığın, çek karşılığını bankadan aldığı 29.1.1979 tarihi, suç başlangıç sayılarak, şikâyetin, yasal süre içinde yapılmadığından bahisle, düşme kararı verilmesi, yasaya aykırı görülmüştür (15).

TCK.nun 423. maddesinde yazılı suç; evlenmek vaadiyle kızlığın bozulması tarihinde, kanunî unsurları ile teşekkül eder. Müdahilin, bu tarihten itibaren altı ay içerisinde şikâyette bulunması gerekir (16).

Şu ciheti de önemle beirtelim ki : şikâyetin; onu yasal yünden yapmağa hakkı ve yetkisi olan kimse tarafından yapılması gerekir. Yetkisi bulunmayan kişi tarafından yapılan şikâyet geçersiz sayılır ve dinlenmez. Uygulama da bu doğrultudadır. Nitekim; sarkıntılık suçundan dolayı, mağdurenin, usulüne uygun şekilde yapılmış şikâyeti bulunmadığı ve kocasının dâva ikamesinde karısını temsile yetkisi olmadığı, yasal şikâyet süresinin de geçmiş bulunduğu gözönünde tutularak, CMUK.nun 253/4. maddesi gere-

(14) 5. CD. 18.5.1982 2384/1855.

(15) 5. CD. 28.12.1981 3803/4117.

(16) 5. CD. 6.3.1979 503/100.

ğince kamu dâvasının düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, TCK.nun 421. maddesi uyarınca kurulan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir (17).

...Mağdure, ortaokul ikinci sınıfta bulunup, hazırlık soruşturması sırasında 1967 doğumlu olduğunu beyan etmiş, son soruşturmada hüviyetinin saptanmasında, 1961 doğumlu olduğunu söylemiştir. Buna göre; mağdurenin, doğum kaydının getirtilip, hakiki yaşı saptandıktan sonra, mümeyyiz ve dolayısıyla şikâyet ehliyetini haiz olup olmadığı fennî şekilde tesbit edilerek, sonucuna göre kendisine yapılmış olan «söz atma» suçundan dolayı yapılan şikâyetin, yasal olup olmadığı araştırılıp, amcası olduğu anlaşılan...ın şikâyetinin geçerli olmadığı da düşünülmeden, TCK. nun 421/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir (18).

151. maddenin üçüncü fıkrasına göre; (şifahî ihbarlar üzerine, zabıt varakası tutulur.) (Takibi şikâyete bağlı suçlarda bu şikâyetin, yazı ile veyahut zabıt varakasına dercedilerek beyan ile, gerek mahkemeye ve gerek C. Savcılığına yapılabileceği gibi; yazı ile olmak şartıyla yukarıda gösterilen makamlara yapılabileceği) maddenin 4. fıkrasında tesbit olunmuştur.

Şikâyete hakkı olan kimsenin, C. Savcısı tarafından alınan ifadesi, «yazılı şikâyet» niteliğindedir ve yasal yönden geçerlidir. Uygulama da bu yoldadır. Müştekinin, C. Savcısı tarafından ifadelelerinin alınmasına rağmen, şikâyet dilekçelerinin yokluğundan bahisle, kamu dâvasının düşürülmesine karar verilmesi, aleyhte temyiz olmadığından, bozma sebebi sayılmamıştır (19).

...Yine, müessir fiil suçundan dolayı, müştekinin sözlü şikâyeti, C. Savcısı tarafından 4.6.1975 günlü tutanakla tesbit edilmiş olmakla, CMUK.nun 151. maddesinin öngördüğü şekilde yazılı şikâyet koşulunu yerine getirmiş bulunduğu nazara alınmadan, ... yokluğundan bahisle, kamu dâvasının geçici olarak tatiline karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir (20).

(17) 5. CD. 26.6.1979 1880/1932.

(18) 5. CD. 10.9.1979 2607/2333.

(19) 2. CD. 25.11.1981 7330/7678.

(20) 2. CD. 16.2.1976 1652/1309.

Mağdur, C. Savcılığında verdiği 17.8.1979 tarihli ifadesinde; şikâyetçi olduğunu belirttiği halde, CMUK.nun 151. maddesine aykırı olarak, yazılı şikâyet yokluğundan bahisle, dâvanın düşürülmesine karar verilmesi, yasaya aykırı görülmüştür (21).

CMUK.nun 151/4. maddesindeki, takibi şikâyete bağlı olan suçlarda, zabıta makam ve memurlarına yapılacak şikâyetin, yazılı olması şartıyla, muteber olacağı açıklanmış, bu husus, 17.12.1942 gün ve 20 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtilmiştir. Öte yandan, 19.11.1968 günü verilen müdahale dilekçesi, suç tarihine göre, şikâyet ve dâva açılması için gerekli süre içinde verilmediğinden, dâva dilekçesi olarak kabul edilmemiştir (22).

Hazırlık soruşturması yapılırken, dikkate alınacak olan bir başka nokta da; şikâyet hakkı kendisine tanınan kimsenin, dâvadan vazgeçmesi konusudur.

3 — ŞİKÂYETTEN VAZGEÇİLMESİ

TCK.nun 99. maddesine göre : Takibat yapılabilmesi, dâva veya şikâyete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi, kamu dâvasını düşürür. Ancak, kanunda hilâfı yazılı olmadıkça, cezanın infazına mâni olmaz.

Sanıklardan biri hakkındaki dâva veya şikâyetten vazgeçme, diğerlerine de sirayet eder.

Kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere, vazgeçme, onu kabul etmiyen sanığa tesir etmez.

Maddenin son fıkrasındaki (kanunda yazılı haller), TCK.nun 460 ve 489. madde hükümleridir.

TCK.nun 460. maddesinde; (456 ve 459. maddelerinin takibat icrası şikâyete bağlı bulunan fıkralarında muharrer ahvalde, müddeimin, hüküm kesinleşinceye kadar dâvasından feragatinin, kamu dâvasını ortadan kaldıracığı) ve 489 ncu maddesinde de; (Dâvacının, hüküm kat'ilesinceye kadar, dâvasından vazgeçmesi ile, kamu dâvasının sâkıt olacağı) öngörülmüştür.

Görülüyor ki; bu iki maddede, 99. maddenin son fıkrasında belirtildiği gibi, (Vazgeçmenin, onu kabul etmiyen sanığa tesir etmeyeceği) yolunda bir hüküm getirilmemiştir. Aynı fıkrada yer

(21) 4. CD. 2.12.1980 6979/6833.

(22) C.U.H. 1.2.1971 2/80-41.

alan «kanunda yazılı haller müstesna olmak üzere» ibaresiyle anlatılmak istenen de budur. Yâni, TCK.nun 460 ve 489. maddelerinde yazılı olan suçlardan dolayı, suçtan zarar gören kimsenin ya da kanunî temsilcisinin, dâvadan vazgeçmesinin geçerli olması için, sanığın, vazgeçmeyi kabul edip etmemesi, sonuca etkili değildir. Vazgeçme ile kamu dâvası düşer. Hazırlık soruşturması yapılırken, şikâyette bulunan kimsenin vazgeçmesi halinde, C. Savcısı soruşturmayı sürdüremez. Sanık hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi iktiza eder. Uygulama da bu yoldadır. Nitekim; etkili eylem suçundan, müştekinin şikâyetinden vazgeçmesi, sanığın kabulüne bağlı olmadığından ve dâva iddianame ile açılmış bulunduğundan, yerel C. Savcısının temyiz itirazları yerinde görülmemiştir (23).

...Yine, müessir fiil suçundan, müştekilerin vazgeçmesi üzerine, özel madde olan TCK.nun 460. maddesi yerine, 99. maddeye dayanılarak, dâvanın düşürülmesine karar verilmesi, sonuca etkili olmadığı gibi, sözü edilen maddeye göre, vazgeçmenin kabule bağlı bulunmadığı cihetle, üç sanığa vazgeçmeyi kabul edip etmedikleri sorulmadan, düşme kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir (24).

...Kabule göre; sanık savunmasında, müşteki ile barışıklığını, ısrarla beyan etmiş olması karşısında, müşteki çağrılarak, dâvasından vazgeçip geçmediği sorulduktan sonra, bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile TCK.nun 456/4. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir (25).

...Yine, C. Savcılığına verdiği, fakat kayda havale edilmediği anlaşılan 3.1.1980 tarihli feragat dilekçesinin, müşteki...ye ait olup olmadığı usulen araştırılıp, müşteki tarafından verildiğinin anlaşılması hâlinde, sanık... hakkında açılan dâvanın düşürülmesi gerekeceğinin düşünülmemesi, yasaya aykırı görülmüştür (26).

Bunun gibi, TCK.nun 489. maddesi hükmü de aynı nitelik taşımaktadır. Yâni, bu maddenin ihtiva eylediği maddelerde yazılı

(23) 2. CD. 31.3.1982 1786/1833.

(24) 2. CD. 26.1.1982 431/377.

(25) 2. CD. 11.5.1982 2989/3183.

(26) 2. CD. 23.12.1981 7723/8190.

hakaret suçlarında, sanığın vazgeçmeyi kabul edip etmediğinin saptanmasına gerek olmaksızın, hazırlık soruşturması aşamasında müştekinin dâvadan vazgeçmesi halinde, sanık hakkında kamu dâvası açılmaksızın, takipsizlik kararı verilmesi, vazgeçmenin, duruşma yapıldığı sırada vukuu takdirinde, kamu dâvasının düşürülmesine karar verilmesi gerekir.

Sanık, bozmadan sonraki savunmasında; büyük annesi olan müştekinin, dâvasından vazgeçtiğini bildirmiş olmasına nazaran; müşteki celbedilip, dâva ve şikâyetinden vazgeçip geçmediğinin sorulması ve bundan sonra bir hüküm kurulması gerekirken, bu cihet araştırılmadan, TCK.nun 482/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir (27).

...Müşteki ve sanıkların karşılıklı olarak şikâyetinden vazgeçtiği nazara alınarak, âdiyen müessir fiil ve hakaret suçlarından dolayı açılan dâvanın düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, hakareten verilen cezaların, hakaret karşılıklı olduğundan ıskatına, yaralamaktan mahkûmiyete karar verilmesi, yasaya aykırı görülmüştür (28).

...Yine, müşteki, talimatla alınan ifadesinde; sanık hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiğini söylediği halde, TCK.nun 489. maddesi hükmü nazara alınmadan, takibi şikâyete bağlı «hakaret» suçundan, TCK.nun 482/3. maddesi uyarınca verilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir (29).

...Sanığın, hakaret suçu sabit, ancak feragat vâki olduğundan, düşme kararı verilmesi gerekirken, beraet hükmü tesisi, yasaya uygun görülmemiştir (30).

Şu hususu önemle belirtelim ki; «vazgeçme»den, sonradan dönmek geçersizdir, hüküm ifade etmez. Uygulama da bu doğrultudadır.

Nitekim; müşteki, müdahil..., C. Savcılığına verdiği 18.8.1980 günlü dilekçesinde; evlenmek vaadiyle kızlığını bozmaktan sanık... hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiğini bildirmiş olmasına ve vazgeçmeden, sonradan dönmenin mümkün bulunmamasına göre; kamu dâvasının düşürülmesi gerekirken, TCK.nun 423/1. maddesi

(27) 2. CD. 3.2.1982 633/654.

(28) 2. CD. 30.9.1981 6200/6478.

(29) 2. CD. 24.9.1981 5446/5287.

(30) 2. CD. 17.9.1981 5236/6035.

uyarınca tesis olunan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir (31).

...Mağdure... 10.10.1980 günü, sulh hâkimine verdiği ifadesinde; sanıkla rızası ile kaçtığını, karı-koca olduklarını, evleneceklerini ve şikâyetçi olmadığını bildirmiş olmasına ve sonradan dönmenin mümkün bulunmamasına göre; evlenmek vaadiyle kızlık bozmak suçundan dolayı, kamu dâvasının CMUK.nun 253. maddesi gereğince düşmesi yerine, sanığın beraatine karar verilmesi, yasa ya aykırı görülmüştür (32).

Şikâyet konusuna son vermeden önce, zina suçlarında vazgeçmeye ilişkin bulunan TCK.nun 443 ve 444. maddelerine de temas etmeyi gerekli görmekteyiz.

Filhakika, 443. maddeye göre; (Geçen maddelerde yazılı olan cürümlerden dolayı takibat icrası, karı kocadan biri tarafından şahsî dâva ikamesine bağlıdır. Bu keyfiyet, cürümde şerik olanlar için de şarttır.) (Yukarıki maddeler)den maksat, hiç kuşkusuz 440, 441 ve 442. maddelerdir. Metindeki «şahsi dâva» tâbiriyle, anılan suçların takibinin, şikâyete hak ve yetkisi olan kişinin, yazılı şikâyetine bağlı olduğu, ifade edilmek istenmiştir.

444. maddede ise (Dâvadan vazgeçmenin, hükümden sonra dahi makbul olduğu, bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunacağı, karı kocadan birinin ölümünün, dâvayı ıskat edeceği) öngörülmüştür.

Görülüyor ki, bu hüküm, 460 ve 489. maddelere oranla daha özel nitelik arz etmektedir. Anılan maddelerde, hüküm kesinleşinceye kadar vukubulan vazgeçmeler, geçerli sayıldığı halde, 444. maddede, hükümden sonra vukubulan vazgeçme de geçerli sayılmış bulunmaktadır.

(SÜRECEK)

(31) 5. CD. 15.4.1982 1312/1314

(32) 5. CD. 3.3.1982 607/666.

CEZA YARGILAMA USULÜ (*)

Yazan :

Çeviren :

Raymond SCREVENS (**)

Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU (***)

PLÂN : 1 — Ceza Yargılama Usulü. 2 — Kaynaklar. 3 — Yargı Görevlileri. 4 — Kovuşturmalar Ve Takipsizlik Kararı. 5 — Hazırlık Soruşturması. 6 — Önleyici Tutukluluk. 7 — Konutta Aramalar. 8 — İlk Soruşturma, Yargısal Yetki Katlarının Payı. 9 — Savcılığın Soruşturması. 10 — Yargı Kararı.

1 — CEZA YARGILAMA USULÜ

Ceza yargılama usulünden, Ceza Yasasının doğru uygulanmasını ve bu konudaki yargısal kararların icrasını sağlamaya yönelik kuralların bütünü anlaşılır. Ceza yargılama usulü, polisin ilk araştırmalarından kanun yollarına ve bunları takiben ortaya çıkan kararlara kadar ceza davasının tüm yürüyüşünü ilgilendirir.

Profesör Bekaent'in yazdığı gibi, «ceza alanında usul, her ikisi de saygıya değer ve belli başlı iki menfaat arasında gidip gelmektedir : suçların çabuk ve dürüst cezalandırılmasını isteyen toplumsal menfaat ve tamamen güvence altına alınmış bir savunma icrasını isteyen kişisel menfaat» (1). Ceza usulü, hem toplumun suçluluğa karşı etkili bir biçimde korunmasını sağlamalı, hem de iktidarın birey üzerinde denetilmeyen bir egemenliğine engel olmalıdır.

Asıl anlamda ceza yargılama usulünü oluşturan biçim kurallarından başka, suçların araştırılmaları, kovuşturulmaları ve yargı-

(*) La procedure penale, in Bulletin de l'Universite Libre de Bruxelles et de l'Union des Anciens Etudiants, nos 22-23, sh. 62-65, Bruxelles, 1980.

(**) Hukuk Fakültesi Profesörü - Yargıtay Üyesi.

(***) Yardımcı Doçent.

(1) Rapport sur l'état d'avancement des travaux de réforme de la procédure pénale au 1^{er} octobre 1968, no. 44, sh. 40.

lanmaları ile yükümlü değişik uzuvların örgütlenme kuralları, yetki kuralları ve bu uzuvların yetkilerini belirleme kuralları da, geniş anlamda ceza yargılama usulünde sıralanır.

2 — KAYNAKLAR

1970 senesinde yürürlüğe girmiş olan Yargılama Yasasında açıklanılmış kurallar, — açıkça yürürlükten kaldırılmamış yasal hükümler veya uygulanması bu yasanın hükümlerinin uygulanması ile uyuşmayan hukuk ilkeleri tarafından düzenlenen yargılama usulleri hariç olmak üzere —, bütün yargılama usullerine uygulanan ortak hukuku oluştururlar.

Cezaî Soruşturma Yasası ceza alanına mahsus büyük sayıda kurallar ihtiva etmektedir : Bu sebeple, Yargılama Yasası kurallarına sadece Cezaî Soruşturma Yasasında açık hüküm bulunmadığında başvurulur. Önleyici tutukluluğa ilişkin yasa gibi özel yasalar da, ceza yargılama usulü hükümleri ihtiva etmektedirler. Fazladan olarak, savunma hakkı genel ilkesi gibi hukuk genel ilkeleri, ceza yargılama usulünde önemli bir yer işgal etmektedirler. Belçika hukukunun bir parçasını teşkil eden ve Belçika'da uygulanması zorunlu olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Antlaşması'nı da unutmayalım.

Cezaî Soruşturma Yasası 1808 tarihlidir. Bu, şüphesiz birbiri peşinden, fakat daima kısmi, değişikliklere uğramış bir Napolyon devri yasasıdır. Fransa'da, 1958 yılında başka bir yasaya yerini bırakmıştır. Belçika'da, ceza yargılama usulünün yenilenmesi, çalışmalarında Kraliyet görevlisi, Université Libre de Bruxelles'de onursal Profesör Bekaert tarafından hazırlanmış yeni bir Ceza Yargılama Usulü Yasası Öntasarısı Adalet Bakanlığında beklemektedir. Bununla birlikte, bir Yasama Meclisi sorusuna verilen cevaptan, Adalet Bakanının, ceza yargılama usulünün yenilenmesini ceza yasasının yenilenmesinin sonuçlanmasından sonra ele almayı düşündüğü anlaşılmaktadır. Oysa, 6 Nisan 1976 tarihli Krallık kararı ile kurulmuş olan Ceza Yasasını Gözden Geçirme Encümeni 1979 senesi Haziran ayında, yeniliğin başlıca eğilimleri üzerine bir inceleme yayımlamış olsa bile, bu encümenin çalışmaları henüz çok ilerlemiş değildir.

Ceza yargılama usulüne ilişkin yasal metinlerin bolluğuna ve ceza yargılama usulünün vazgeçilemez hakları güvence altına almak zorunda olmasına karşın, yine de bazı uygulamalar yer edindiler ve kendilerini açıkça düzenleyen metinler olmadığı halde

kazai içtihatlarca kabul edildiler. Bu uygulamalar genellikle tartışma ve eleştiri konusu olmamaktadırlar.

3 — YARGI GÖREVLİLERİ

Belçika ceza yargılama usulünün belli başlı niteliklerini ele almadan önce, Belçika'da üst ve alt mahkemelerin Devletin üç yetkisinden birisini, yargısal yetkiyi oluşturduğunu anımsatmak belki de yararsız değildir. Bu şekilde, Devletin yapısının kendisinin baştan aşağı yeniden sorun yapıldığı bir anda, mahkemelere korunulmasına özellikle dikkat gösterilmesi gereken tam bir bağımsızlık temin edilmiş olmaktadır.

Yargı görevlilerinin bu bağımsızlığı kamu özgürlüklerinin bir güvencesidir. Anayasanın 100. maddesinin yargıçların yaşam boyu atanacaklarını, görevlerinden yoksun edilemeyeceklerini, sadece bir hükümle görevlerinden alınabileceklerini ve bir yargıcın yer değiştirmesinin yalnızca yeni bir atanma ve kendi izni ile olabileceğini belirtmesinin nedeni budur.

Söz konusu yargı görevlileri, en alt yargı mercilerinde yargıç ve üst yargı mercilerinde üye diye isimlendirilen, karar veren yargıçlardır. Bunlar, savcılardan farklı, asıl yargı görevlilerini oluştururlar.

Yargıçlar Kral tarafından atanırlar. Sulh yargıçları, ilk mahkeme yargıçları, iş mahkemeleri yargıçları, ticaret mahkemeleri başkanları ve başkan yardımcılarının atanmaları doğrudan doğruya olur. Ama, ilk yargı mahkemeleri başkanları ve başkan yardımcılarının, ikinci derece mahkemeleri üyeleri ve Yargıtay üyelerinin atanmalarında, yargı gücü de aday göstererek pay sahibi olmaktadır. İkinci derece mahkemeleri ve Yargıtay, başkanlarını ve birinci başkanlarını kendi bünyelerinde kendileri seçerler.

Yargıçlıktan oluşan yargı görevinin yanında, üyelerinin toplumu temsil ve toplum haklarını ceza yargı makamları önünde savunmakla yükümlü Savcılık (Savcı dairesi diye de adlandırılan) yargı görevlilerinden oluşan Savcılık yargı görevi vardır. Görevlerinden alınabilen yargı görevlileri olan savcılar, cezaların uygulanması veya kamu yararı için dava açarlar. Bu sıfatla, suç işledikleri karine olan kişileri kovuştururlar, yazılı veya sözlü taleplerde bulunurlar, mahkeme kararlarını ve Yargıtay kararlarını icra ettirirler.

Kral tarafından atanmış ikinci derece ve birinci derece mahkemeleri katlarındaki savcılık yargı görevlileri kral tarafından gö-

revlerinden alınabilirler. Adalet Bakanı onlara kovuşturma emri verilebilir; ama, hemen hemen genellikle kabul edildiğine göre, onlara kovuşturmayı yasaklayamaz (2).

Savcı kovuşturma emri aldığıında, bu emir onu yalnızca yazılı taleplerinde bağlar. Duruşmada, görüşünü açıklamak ve böylece yargıcı vicdani yönden aydınlatarak yargı gücünün icrasına katılmak için bütün özgürlüğünü yeniden kazanır.

4 — KOVUŞTURMALAR VE TAKİPSİLİK KARARI

Bir tutanak aldığıında ve kendisini yeterli derecede bilgi edinmiş görmediğinde, savcı ek bilgi toplar. Bunu, hazırlık soruşturması yahut soruşturma yoluyla yapar.

Suçları kovuşturma hakkına sahip olduğundan, savcı kovuşturmağa yer olmadığına karar verebilir ve takip etmeğe devam etmeden meseleye son verebilir. Sadece olayların suç oluşturmadıkları, fail belli olmadığı, belirli bir kişi aleyhinde yeterli veriler olmadığı vakit değil, ve fakat kovuşturmanın uygun olmadığı kanısında olduğu zaman dahi böyle bir karar verir. Savcı, bu uygunluğu tam bir özgürlük içerisinde değerlendirir. Örneğin, kovuşturmanın sonuçlarının suçun işlenmesi ile doğmuş karışıklığı sakınca yönünden geride bırakacağını veya daha da korkulur hale getireceğini düşünerek, bir meseleye bitmiş gözü ile bakabilir.

Savcının bir sorunu bitmiş olarak görüp arkasını getirmeme kararı daima geçicidir. Ve kamu davasının zamanaşımına uğramış, yani özel hallerin dışında suçun nev'ine (cürüm, suç, kabahat) göre değişen belirli bir sürenin akıp gitmesinden ötürü yitmiş olmaması koşulu ile, savcıyı kovuşturmayı daha sonra yeniden ele alma hakkından yoksun bırakmaz.

Keyfiligi önlemek için, savcının takipsizlik kararı verebilme yetkisini değiştirip düzelebilen bazı olanaklar öngörülmüştür. Bunlardan, Başsavcının veya Adalet Bakanının emirlerini ve bir suç dolayısıyla zarar gördüğünü ileri süren kişinin kamu davasını başlatabilme olanağını belirtmek uygun düşer. Söz konusu kişi bunu, kural olarak, bir başka kişiyi suçladığı bir cürüm yahut suç nedeni ile sorgu yargıcının önünde kişisel hak davacısı olarak veya bir suçun yahut bir kabahatin sözde failini asliye ceza mahkemesi veya sulh ceza mahkemesine doğrudan doğruya celbettirerek yapabilir.

(2) Bu konuda bk., N. BERNS-LION, Le monde des magistrats en Belgique, CRISP, Centre de recherche et d'information socio-politiques, Bruxelles, Courrier Hebdomadaire, C.H. 852, 14 septembre 1979, sh. 5 vd.

5 — HAZIRLIK SORUŞTURMASI

Hazırlık soruşturması sadece Ceza Soruşturma Yasasınca düzenlenmiştir. Bir ilk mahkeme yargıcı, yani sorgu yargıçlığı görevine Kral tarafından özel olarak atanmış bağımsız bir yargıç tarafından yapılır. Bir mahkemedeki sorgu yargıçlarının sayısı, mahkeme ne denli önemli ise o nispette fazladır.

Suçüstü durumu hariç olmak üzere, sorgu yargıcı bir olaya kendiliğinden bakamaz. Savcı yahut kişisel hak davacısı tarafından kendisine başvurulması gerekir.

Bir hazırlık soruşturmasının gayesi, bir veya birden çok kişi aleyhine soruşturmaca toplanmış verilerin daha sonra karar yargı makamlarına yeterli olup olmadıklarına karar verme olanağını tanıyacak şekilde delillerin ve bir cürüm yahut bir suçun faillerinin aranmasıdır.

Sorgu yargıcının yalnızca dar anlamda araştırma ve soruşturma işlemlerini yapmak için sıfatı vardır. Özellikle fransız usulünde olup bitenin tersine, soruşturmasının sonuçlarını ve soruşturmasını nasıl geliştireceğini değerlendirmek ona düşmemektedir. Bu işlevi soruşturma yargı makamları görmektedirler: İlk derece mahkemesi kurulu dairesi, bu mahkemenin tek yargıçlı dairesi, ikinci derece mahkemesine başvurulduğunda suçlama dairesi, ve zorunlu olarak üç üyeden oluşan ikinci derece mahkemesi dairesi.

Belçika'da, sorgu yargıcı tarafından sürdürülen soruşturma araştırıcı biçimdedir: Yazılı, halk için olduğu kadar sanık için de gizli ve tartışmasızdır.

Gayesi nedeniyle, soruşturmanın yazılı niteliği kolaylıkla kavranmaktadır: Neticeleri soruşturma yargı makamlarınca değerlendirilmeli ve karar aşamasında olasılıkla işe yaramalıdır.

Kamu yönünden gizlilik, toplumsal gereksinimler yönünden — suçların verilerini toplamaya ve faillerini bulmaya yönelik araştırmaların başarılı olması — olduğu kadar, kişisel yönden düşünceler — davayı karara bağlayacak yargıç önüne çıkacakları kesin olmayan kişileri önceden gözden düşürmemek — bakımından da haklı gözükmektedir.

Bununla beraber, çok sayıda durum koşulları kamu yönünden gizlilik kuralının mutlak özelliğini iyiden iyiye sarsmışlardır: Halka açık bir yerde işlenmiş suçlar, bir yer değiştirme (keşif, konut ziyareti) içerdikleri için göze çarpan soruşturma işlemleri, söz

konusu kişilerin kişilikleri nedeniyle bazı soruşturmaların duyulup yayılmaları... Bu durum koşulları kalabalık kitleler haber iletim araçlarının dikkatini uyandırmaktadırlar. Bu haber örgenlerinin de, söz konusu durum koşullarına dair bilgileri ele geçirmek, halkı uyandırmak ve soruşturma özel bir nitelik gösterdiği ölçüde soruşturmanın gelişmesinden halkı haberdar etmek isteğinde oldukları bellidir.

Her ne olursa olsun, bazılarınca reddedilmiş halka gizlilik ilkesi varlığını sürdürmelidir. Bir soruşturma genel meydanda yapılamaz. Aksini savunmak için Anglosakson örnekleri ile sürülemez. Zihniyetler ve gelenekler haddinden fazla farklıdırlar.

Hazırlık soruşturması sanık ve muhtemel kişisel hak davacısı haklarında gizlidir. Şu anlamda ki, yanlar veya danışmanları, ancak soruşturma bittiğinde ve savcı yazılı taleplerinde bulunduktan sonra usulün düzenlenmesi maksadı ile dosya danışma dairesi kalemine gönderildiği vakit dosya hakkında bilgi edinebilirler. Bu kuralın istisnası, sadece, sanığın sorgu ayında önleyici tutukluluğu konusunda kurul dairesinin karar vermeye çağırılması halinde ve zihinsel durumu dısnomal bulunduğu karine olan bir sanığın görüme alınması istemi halinde vardır. İki halde de, yalnız sanığın danışmanı, dosyanın iki gün süre ile bırakıldığı kurul dairesi kalemünde, dosya içeriği hakkında bilgi edinebilir.

Bununla beraber, uygulamada, soruşturma sırasında, hiç olmazsa dosyanın verileri, örneğin bir bilirkişilik söz konusu olduğunda, hakkında bilgi verilmektedir.

Hazırlık soruşturmasının tartışmasız yapılmasına gelince, hazırlık soruşturması sanık ve kişisel hak davacısı yan yönünden tartışmasızdır. Şu anlamda ki, bu yanlar ve danışmanlarının soruşturma yargıcından bazı işlemleri tamamlamasını isteme konusunda hiçbir hakları yoktur. Yalnızca, soruşturma yargıcının hiçbir gerekçe göstermeden kabul edip etmeme hususunda özgür olduğu taleplerde bulunabilirler. Danışmanlar soruşturma işlemlerine katılamazlar da ve özellikle müşterilerinin dinlenmeleri sırasında soruşturma yargıcının çalışma odasında hazır bulunamazlar da.

Hazırlık soruşturmasının bu iki belirgin özelliği — savcıdan başka dava yanları, bilhassa sanığa gizli oluşu ve tartışmasız cereyan etmesi — en sert eleştirilere hedeftirler. Sorun aslında yeni değildir de. Yeni Ceza Yargılama Yasası Öntasarısından söz etmesek

bile, 1914 yılından önce Yasalar Kurulu (3), 1939 yılında Devlet'in Düzeltimi için Çalışmalar Merkezi (4) ve 1940-1945 savaşıdan sonra birçok kurul ve yazar tarafından (5) ele alınmıştır.

Bununla beraber, şimdiye değin hiçbir öneri bugünkü durumu değiştirebilecek tek kişi olan yasa koyucunun dikkatini çekmedi. Bu nedenle, bu alandaki bazı yeni tepkilere şaşmamak elde değildir.

Geçerli bir çözüm yolu, yalnızca toplumsal gereksinimler ve kişi hakları arasında uygun bir denge oluşturarak bulunabilir.

Sorgu yargıcı en geniş yetkilere sahiptir. Karara bağlaması için kendisine sunulan olaylar hakkında aydınlanmak gayesi ile yasanın kendisine yasaklamadığı her şeyi yapabilir: sanığın sorgusu, tanıkların dinlenmesi, yüzleştirmeler, keşif, bilirkişilerin tayini...

Vatandaşların anayasaca güvence altına alınmış iki hakkını zedeleyebilme yetkisini yasa koyucu ona tanımıştır: kişisel özgürlük ve konut dokunulmazlığı.

6 — ÖNLEYİCİ TUTUKLULUK

Bazı hallerde, kişiyi suçluluğu konusunda kesin hükümden evvel özgürlüğünden yoksun bırakmak gerekebilir.

Bir sanığı sakınım önlemi olarak tutuklamak isteyen soruşturma yargıcı, sanığı sorguya çektikten sonra bir tutuklama emri çıkartmalıdır. Tutuklama emri, kişinin suçlandığı fiil yasaya göre en az üç ay hapis cezası ile cezalandırılabilir cinsten ise çıkartılabilir.

Eğer fiil onbeş ile yirmi yıl arasında kürek cezasını yahut daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, yargıç sanığı yalnızca Krallık Savcısının uygun görüşü üzerine serbest bırakabilir.

Yasaca öngörülen ceza onbeş yıl kürek cezasından aşağı olduğunda, sanığın Belçika'da belirli bir oturma yeri olup olmamasına göre durum değişir. Belçika'da oturma yeri varsa, yargıç ancak ağır ve olağanüstü koşullar varsa ve bu önlem kamu güvenliği bakımından gerekiyorsa bir tutuklama emri çıkartabilir. Bu halde, tutuklama emri, meseleye yahut sanığın kişiliğine özgü verileri be-

(3) Revue de droit pénal et de criminologie, 1914, sh. 401.

(4) Ayn. Der., 1939, sh. 1070.

(5) Note R.S., ayn. Der., 1948-1949, sh. 575.

lirleyerek, tutukluluğu haklı gösteren kamu güvenliğine ilişkin ağır ve olağanüstü durum ve koşulları özellikle belirtmelidir. Belçika'da belirli oturma yeri olmayan bir sanık hakkında, oturma yeri yokluğu gerekçesinden başka gerekçeye lüzum yoktur.

Tutuklama kararı her halde en çok beş günlük bir süre için geçerlidir. Bu sürenin ötesinde sanığın tutuklu kalabilmesi kurul dairesinin onayına bağlıdır. Bu yargı kurulu gizli oturum yapar. Kendisini tutuklama müzekkeresi çıkarmaya iten nedenler hakkında yazanak hazırlayan sorgu yargıcını, savcıyı ve olasılıkla danışmanı ile birlikte bulunan sanığı dinler. Şu halde, yargılama usulü danışma kurulu dairesinde tartışmalı biçimdedir; fakat, savunma dosyadan haberdar olamaz.

Suçlama dairesi önünde daha üst bir mahkemeye başvurma hakkı sanığa da savcıya da tanınmıştır.

Tutukluluğun sürdürülebilmesi için, tutukluluğu doğrulayan yeni bir olayın sorgudan sonraki ay içerisinde ve aynı şekilde biri-biri ardından aydan aya arada başgöstermesi gerekir.

Sadece aylık ilk pekitten önce sanığın danışmanı (ve asla sanığın kendisi) dosyadan haberdar olabilir.

Önleyici tutuklamaya ilişkin yargılama usulü, özellikle 13 Mart 1973 tarihli Yasa ile değiştirilmiş, 30 Nisan 1874 tarihli Yasa ile düzenlenmiştir.

7 — KONUTTA ARAMALAR

Suçüstü hali gibi kural dışı haller bir yana bırakılırsa, yalnız sorgu yargıcı, sabah saat beşten önce ve akşam saat dokuzdan sonra halka açık olmayan bir yerde yapılamayan aramanın yapılması emrini verebilir. Eğer aramayı kendi yapmazsa, bunu gerçekleştirmek için sorgu yargıcı yalnızca bir adalet polisi görevlisini yetki kılabilir.

8 — İLK SORUŞTURMA YARGISAL YETKİ KATLARININ PAYI

Soruşturmanın bittiğine inandığında, sorgu yargıcı dosyayı Krallık Savcısına iletir. Bu da, kendisine uygun gelen yazılı istemlerde bulunur: özellikle, eğer suç kanıtları yani bir karar yargı yetki katının sorun konusunda karar vermeye çağrılabilmesi için yeterli veriler varsa, sorunu yetkili yargı katına göndermek; eğer

yeterli suç kanıtları yoksa veya suç işleyen bilinmemişse, kovuşturılmama kararı.

Kurul dairesi, halk yönünden soruşturmanın gizliliğini haklı gösteren nedenler dolayısıyla gizli oturumda, ve fakat tartışmalı bir yargulama usulünden sonra meseleyi karara bağlar.

Bu kurul, örneğin özellikle hafifletici nedenler kabul ederek en çok yirmi yıl kürek cezası ile cezalandırılabilir bir cürümü suça «dönüştürebilir» ve meseleyi asliye cezalık hale getirilmiş bu cürüm için en fazla on yıllık bir hapis cezası hükmedebilecek asliye ceza mahkemesine gönderebilir; ve de, bir suçu kabahate «dönüştürdükten» sonra meseleyi sulh ceza mahkemesine yollayabilir.

Asliye cezalık yapılmamış cürümler, suçlama dairesinin aracılığıyla ağır ceza mahkemesine gönderilirler.

9 — SAVCILIĞIN SORUŞTURMASI

Ceza Soruşturma Yasasınca açıkca öngörülmemiş olsa da, resmi olmayan soruşturma olağan uygulamadır. Kabahatler için var olan tek soruşturma yolu budur ve savcı diğer suçlar için, olaylar özel bir ağırlıkta olmadıkları ve kişisel hakları zedeleyen önlemler (önleyici tutuklama ve — suçüstü ve olayla ilgili yerlerden maddeten yararlanma hakkına sahip kişinin izni veya istemlerinin bulunması halleri dışında — konut aranması) gerekli olmadığında bu yola başvurur. Savcılık soruşturmayı idare eder: adalet polisi (bucak polisi, jandarma yahut savcılıklar katındaki adalet polisi) araştırmalar yapılmasını ve tanıklarla suçu işlediğinden kuşkulanan kişinin dinlenilmelerini savcılık emri ile sağlar ve böylelikle savcılık bir dosya düzenler. Savcılık kendisi ilgilileri dinleyebilirse de, bunu kural dışı yapar. Kovuşturma sanığa çağrı yolu ile yapılır. Ve sanık mahkeme odacısı veya yetkili bir görevli tarafından kendisine tebliğ edilen çağrı belgesinde belirtilmesi gereken bir yahut birden fazla suç nedeniyle yetkili mahkeme önüne çıkmaya çağrılır.

Bu uygulama, bir cürüm söz konusu olsa da izlenebilir. Bu halde, bilgi edinmesi bittiğinde, Kraliyet Savcısı, kurul dairesinin, hafifletici nedenleri kabul ederek, sanığı asliye ceza mahkemesine göndermesi için bir sorgu yargıcına başvurur.

10 — YARGI KARARI

Önsoruşturma yargulama usulünün tersine, karar yargılama usulü suçlayıcı cinstendir: sözlü, halka açık ve tartışmalıdır.

Yargılama usulü sözlü olarak olup biter: Tutuklu (6) sorguya çekilir; tanıklar, eğer varsa, dinlenirler; kişisel hak davacısı istemini ileri sürer; savcı istemde bulunur; sanık kendisi veya avukatı aracılığı ile savunmasını sunar. Savcı ve yanlar sözlü bildirimlerini istemler yahut yazılı sav yargılar ile destekleyebilirler. Duruşmaların ve yargı kararlarının halka açıklığı Anayasaca öngörülmüş temel bir ilkedir. Yargı kararlarının hüküm bölümü konusunda bu ilke asla çiğnenemezse de, duruşmaların halka açık oluşu kuralının ayrıkları da vardır. Belirli birkaç halde, özellikle, halka açıklık, kamu düzeni ile gelenekler bakımından tehlikeli olduğunda (Anayasanın 96. maddesi), küçüklerin çıkarları veya yanların özel yaşamlarının korunması bunu gerektirdiğinde (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Antlaşmasınının 6. maddesi) ve sanığın istemi üzerine ve savcının karşı koymasızın karar mahkemesi kapatma istemi hakkında karar verdiği (Toplumsal Korunma Yasasınının 9. maddesi) vakit gizli oturum kararlaştırılabilir. Sanığın, herhangi bir yan gibi, kendisine karşı ortaya çıkarılmış verileri bulunduran dosya içeriğini öğrenme ve bu verilerin doğru olmadıklarını ileri sürme hakkına sahip olması, soruşturma yargı makamları önünde olduğu gibi burada da çelişki meydana çıkmasına neden olur. Sanık yokluğunda yargılanmışsa, duruşmaya çıkmak için itiraz edebilir. Fakat, duruşmada yine bulunmazsa, itirazı hiç yapılmamış sayılır.

Kuşkudan tutuklu yararlanacağından, hüküm giymesi için suçluluğunun kanıtı gereklidir. Yargıç bu kanıtın varlığı konusunda karar verir ve kararını gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelendirme suçluluğun yargı savlarınca reddedildiği ölçüde ayrıntılı olmalıdır.

Ceza hukuku alanında, cezanın miktarı ne olursa olsun, kendisini mahkûm eden olağan mahkemelerce verilmiş kararlara karşı, tutuklu her zaman bir üst mahkemeye başvurabilir. Bu ilkenin, suçlama yazanağından veya oturumlardan ortaya çıkan ve başkanca sorulan sorulara 'evet' yahut 'hayır' şeklinde cevap vererek suçluluk konusunda yalnız başına karar veren oniki vatandaştan oluşmuş bir yargıcılar kurulunun varlığı ile özellik gösteren bir mahkeme olan ağır ceza mahkemesinin kararı vermiş olması halinde olduğu gibi, birkaç ayrığı vardır. Suçluluk hususunda olumlu ya-

(6) Kovuşturulan kişi, hüküm mahkemesi önüne gönderilmeden önce bir «inculpé»dir. Daha sonra, bir «prévenu» ve ağır ceza mahkemesi önünde de bir «accusé» söz konusudur.

nıt durumunda, mahkemenin üç üyesi (bir ikinci derece mahkeme üyesi ve iki ilk mahkeme yargıcı) verilecek ceza konusunda birlikte karar verirler.

Yargıtay yolu, en son yargı merciince verilmiş bütün kararlar, şu halde işin esasına bakan yargı mercileri (ağır ceza mahkemeleri kararları da dahil olmak üzere) nezdinde yasa yoluna başvurma olanağı artık bulunmayan kararlar hakkındaki olanaklıdır. Yargıtay bir üçüncü derece mahkemesi oluşturmaz. Meselenin özüne bakmaz, fakat yalnız yasanın çiğnenip çiğnenmediğini ve öze değgin yasal veya geçersizlik yaptırımını altında buyurulmuş biçim koşullarının yerine getirilip getirilmediğini araştırır. Eğer, bir yasa yoluna başvuruyu haklı bulursa, aleyhine başvuru kararı bozar ve bozma gereksiz bir kararın basitçe «ortadan kaldırılması» ile olmamışsa, meseleyi yeniden karara bağlayacak aynı derecede bir başka mahkemeye yollar.

Böylece, Belçika'da, ceza davası, yazılı, gizli, tartışmasız bir önsoruşturmadan başlayıp, yargılama usulünün sözlü, halka açık, tartışmalı olduğu hüküm duruşmasına değin sürmektedir. Ve eğer bir meselenin başlangıcında bir tutuklama emri çıkarabilmek veya bir sanığı karar mahkemesi önüne yollayabilmek için suçlamalar yeterli iseler, bu mahkeme önünde suçluluğun kanıtı ortada olmalıdır.

K I S A L T M A L A R

Ayn. Der.	: Aynı Dergi
bk.	: Bakınız
in	: İçinde
no.	: Numéro
sh.	: Sahife

ACAĞA İMZANIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

PLAN : 1 — Suçun mahiyeti. 2 — Suçun önşartı : a — İmzalı yazısız kağıt. b — Tevdi. 2 — Maddi unsur. 3 — Manevi unsur. 4 — Şikayet. 5 — Ceza. 6 — Sübut. 7 — Bedelsiz senedi kullanmak.

1 — SUÇUN MAHIYETİ

TCK.nun 509 maddesine göre «bir kimse iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi olunan imzalı ve yazısız bir kağıda sahibinin zararına hukukça hükmü haiz bir muamele yazar veya yazdırırsa» cezalandırılır.

Hususi hukuk hükümlerine göre «metin bilahare doldurulmak şartıyla sade imza da muteberdir. Metni imza sahibinin arzusu hilafına doldurulan şahsa rücu edilebilir. Bundan başka TCK. nun 509. maddesine göre ceza görür» (1). Esasen «beyaz imza» (açığa imza) imza edenin irade beyanı addolunur» (2). «Pratik ihtiyaçlar bu kabil senedin muteberliğini iktiza ettirir» (3). «TK. beyaz imza ile olan ciroyu muteber addettiği gibi TCK.da beyaz imza üzerine hukuken muteber bir yazı yazılabileceği noktasından yürüyerek bu imzanın suiistimalini cezalandırdığından suiistimal edildiğinden şüphe edilmeyen beyaz imza doldurularak tanzim olunan senet muteber tutulmak gerekir» (4).

Bir kimsenin diğer bir şahsa imzalı ve yazısız bir kağıt vermesi, kullanılması için kararlaştırılan şartlar tahakkuk etmediği takdirde iade edilmesi için olabileceği gibi muayyen bir yazının

(*) Avukat.

- (1) Arslanlı (Halil) Ticari senetler. (İst. 1950). s. 7.
- (2) Arsebük I, s. 512 nt 211.
- (3) Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, teoriler I. (İst. 1950) s. 136 n. 228.
- (4) Belgesay, n. 228.

yazılması için de olabilir. Yazısız bir kağıda imza büyük bir itimat muamelesi olduğuna göre Ceza Kanunu bunun suiistimallerini önlemek için bu hükmü vazietmiştir

«A ç ı ğ a i m z a» imzanın kötüye kullanılması TCK.da mala karşı işlenen suçlar babında ve «e m n i y e t i s u i i s t i m a l» hükümleri arasında hükme bağlanmıştır. Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun mala (mülkiyete) karşı suçlardan sayılması Fransız Ceza Kanununun tesirinden ileri gelir (5).

Alman Ceza Kanunu aksi telakkiyi kabul etmiştir. Alman kanununa göre açığa imzanın kötüye kullanılması «e v r a k t a s a h t e k â r l ı k» suçunun çeşitlerinden biridir (6). Yeni ceza kanunları Alman telakkisini benimsemişlerdir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu ve İsviçre Kanunu, açığa imzanın kötüye kullanılmasını sahtekarlık saymışlardır (7).

Erman, kanunumuzu haklı olarak tenkit eder. Bu müellife göre «bu suçun ihlal eylediği hak, mülkiyet hakkı olmayıp, isbat, vasıtalarının her türlü sahtelik ve tahrifattan masun olduklarına güvenmekten ibaret bulunan ammenin itimadıdır ve binnetice, açığa imzanın kötüye kullanılmasında teşrimle korunmak istenen menfaat de ammenin itimadıdır. Kaldı ki tevdi vâki olmaksızın açığa imzanın kötüye kullanılmasını bir sahtekarlık nev'i sayıp (TCK. 509, f.2), mücerret önceden böyle bir tevdiin mevcudiyeti halinde —maddi unsurda ve failin kasdında hiç bir tebeddül bulunmamasına rağmen— aynı mahiyet görmemek bir tenakuz ve tezadı ihtiva eder» (8). Esasen «beyaz bir varakanın suiistimalinde sahtekarlık cürümünden başka hiçbir cürüm yoktur» fikri Mehaz Kanununun hazırlık çalışmalarında ısrar ile müdafaa edilmiş ise de, fiilin müstakil cürüm sayılması fikri galip gelmiştir (9).

Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda, «e m n i y e t i s u i i s t i m a l» suçlarındaki temellük (mal edinmek vasfı) unsur olarak mevcut değildir. Mehaz Kanunun hazırlık çalışmalarında açığa imzanın kötüye kullanılmasının emniyeti suiistimal ve sahtekarlık suçları arasında yer aldığı fakat daha ziyade birinciye yaklaştığı, zira açığa imzanın kötüye kullanılmasında emniye-

(5) Fransız CK. 406, 407.

(6) Alman CK. § 270.

(7) Yeni İtalyan CK. 486, İsviçre CK. 251. Bk. Antolisei (F), uso di Folia in bianco (Enciclopedia del diritto, I) s. 183.

(8) Ermen § 179, n. 369, aynı kanaat, Bulutoğlu, n. 183.

(9) Majno, (tercüme), n. 1956.

tin suiistimal edilmiş olduğu fikri müdafaa edilmiştir (10). Bu fikirde kesinlik yoktur.

İmzanın kötüye kullanılması suçunda hem emniyeti suiistimal, hem de evrakta sahtekarlık suçlarından karma bir vasfın mevcut olduğu da ileri sürülmüştür. Bu fikre göre kanun vazı daha ziyade bir tercih ameliyesini çözebilmek için fiildeki «emniyetin ihlâli» vasfını daha hakim saymıştır. Bu fikirde vuzuh bulamamaktayız

Zannımıza göre açığa imzanın kötüye kullanılması ile sahtekarlığın ayrı iki suç sayılmasında isabet yoktur. Bir fikre göre imza sahibinin isabetsiz itimatı faile suçu işleme imkanını vermiştir. Diğer bir deyimle fail evvelden tasmim ettiği bir fiili, imza sahibinin ihtiyatsız emniyeti neticesinde işlemiştir. Böyle bir fiil, evvelden kararlaştırılmış, hazırlanmış fiiller kadar vahim sayılmaz (11).

Bu fikre katılmak güçtür. İmza sahibinin ihtiyatsızlığı fiilin mahiyetini değiştirmez. İtimatdaki isabetsizlik, hiç olmazsa, cezayı azaltıcı bir sebep sayılabilir mi? Bu da mümkün değildir. Bilakis kendisine itimat edilmiş olan kimsenin suçu işlemesi cezayı arttırmalıdır (12). Hatta bu itimat, failin cezasını azaltmak için sebep sayılsa dahi, suçun vasfı değişmez. O halde ortada yalnız sahtekarlık suçundan başka bir suç yoktur. Kağıdın faile tevdi edilmiş olmasında bir hususiyet görülüyorsa bu ancak sahtekarlıkta cezaya müessir bir hal telakki edilmeli idi.

2 — SUÇUN ÖN ŞARTI

Faile «i m z a v e y a y a z ı s ı z k a ğ ı t» (açığa imzalı kağıt) «tevdi» edilmiş olmalıdır.

a) İmzalı yazısız kağıt

Bir anlayışa göre, kağıt, imzalı ve yazılı ise tefrikte bulunmak lâzımdır. Eğer yazı hukuken hüküm ifade edecek kifayette ise ve yapılan ilavelerle bu hukukî muamelenin mahiyeti değiştirilmiş bulunuyorsa fiil «e v r a k t a s a h t e k a r l ı k»dır. Zira böyle bir kağıt «e v r a k» tabirine girer ve yapılan şey «t a ğ y i r»den ibarettir. Mesela imzalı ve aralıklı yazıyı muhtevi bir ka-

(10) Puglia, s. 386.

(11) Chauveau - Helia, V. n. 2254.

(12) Garraud, VI, s. 479, n. 5.

ğının aralıkları doldurulmuş veya kağıda mevcut beyaz bir boşluğa yazı ilave edilmiş ise suç «evrakta sahtekarlık» teşkil edecektir. (13). (TCK. 345, bazı hallerde TCK. 349, f.2). Buna mukabil imzalı ve bir muameleyi ifade bakımından eksik yazılı (bazı esaslı kısımları mesela rakam haneleri boş bırakılmış) kağıdın boş kısımlarının imza sahibinin rızasına aykırı olarak doldurulması halinde «açığa imzanın kötüye kullanılması suçu» işlenmiş olur (TCK. 509).

Diğer bir anlayışa göre kağıdın «imzalı yazısız kağıt» sayılması ve dolayısıyla suçun açığa imzanın kötüye kullanılması veya evrakta sahtekarlık sayılması için kağıt üzerinde boş kısmın niçin boş bırakıldığına bakmak lâzımdır. Boşluk imza sahibi tarafından, muayyen bir hususun yazılması maksadıyla bırakılmış ve o boşluğa fail tarafından yazılan ibare veya rakam imza sahibinin boşluğu bırakırken gösterdiği rızaya uygun değil ise suç açığa imzanın kötüye kullanılmasıdır. Bu ölçünün daha sarih olduğunu zannetmekteyiz. Yeni İtalyan Ceza Kanunu bu hususu açıkça ifade lüzumunu duymuş «müminin doldurmak için bıraktığı herhangi boş bir kısmı» muhtevi kağıdı «açığa imzalı kağıt» saymıştır (14). Bu suça ait hükümde, Fransız Ceza Kanunu sistemini (15) takip etmiş olan kanunumuzda bir tarif bulunmaması isabetli olmamıştır.

TCK.nun «imzalı, yazısız kağıt» tabiri yerinde değildir. Zira kağıdın tamamıyla boş olması gibi bir mâna verebilecek olan bu ibare maksadı ifade etmemektedir (16).

«Hukukca hükmü haiz muamele» geniş anlamlıdır, tek kelime veya tek bir rakkam yeterlidir (17).

Hukukca hükmü haiz bir muameleyi ihtiva eden bir kağıdın hile ile cebir veya tehdit ile imzalatırılması 509. maddenin tamamı dışında kalır. Böyle hallerde, yerine göre «yağma» (TCK. 496, 498, 499) veya «dolandırıcılık» (TCK. 503) hükümleri tatbik olunur (18).

(13) Aynı mahiyette, İtalyan Tem. Kar. (Manzini, VIII, s. 438 nt. 2); Majno m. 418, n. 1958.

(14) Yeni İtalyan K. 486; f. 2: Bu K. için bk. Valentino, 486, nt. Erman, § 178.

(15) Chauveau - Helle, V. n. 2254.

(15) bk. Erman, §. 178.

(17) Antolisei (Encielopedia...), s. 185.

(18) Manzini, VIII, n. 2665; bk. Erman, n. 372, s. 417, nt. 691; Majno, m. 418, 1958: Pessina, s. 390; kşz. Garraud, VI. n. 2609.

Açığa imzalı kağıdın kötüye kullanılması suçunun husule gelebilmesi için tevdiin serbestçe olması şarttır (19). Kağıt hile ve sania ile ele geçirilmiş ise (bir borcun ödendiği hakkındaki makbuz mağdura imzalatılırken kopya kağıdı ile açığa alınan bir imzanın üstünün daha büyük meblağlı bir borç senedi haline getirilmesi gibi) bu suç husule gelmiş olamaz. Açığa imzalı kağıdın hile ve sania ile ele geçirilmesi halinde ise fiilin dolandırıcılık mı yoksa sahtekarlık mı olduğunda tereddüt edilmektedir. İtalyan Temyiz Mahkemesinin her iki hususa dair kararları vardır. Zannımıza göre böyle hallerde «s a h t e k a r l ı k» suçunu kabul etmek doğru olur. Zira hile ve sania ile elde edilen açığa imzalı kağıt doldurmadıkça, menfaat temini mümkün değildir. Kağıt doldurulduktan sonra artık evrakta sahtekarlık suçunun sahasına girilmiş olur (20).

«R e s m i e v r a k»da açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun işlenip işlenemeyeceği hususunda yeni İtalyan Ceza Kanununda her türlü tereddüt giderilmiştir. Bu kanun açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun hususi evrakta ve resmi evrakta olmak üzere şeklini ayrı iki madde de göstermiştir (21). Memur, vazifesi dolayısıyla kendisine tevdi olunmuş ve doldurmak mecburiyet veya selahiyetini haiz bulunduğu resmi bir varakaya yazmağa mecbur ve selahiyetli bulunduğu muameleden başka bir muamele yazacak olursa resmi evrakta imzayı kötüye kullanmış olur (22). Böyle hallerde memur hakkında 509. maddenin tatbiki mümkün olabilecek midir? Yeni İtalyan Kanunundaki gibi bir hüküm kanunumuzda mevcut olmamasına rağmen aksi neticeye varmak doğru olmaz. Zira 509. maddenin ikinci fıkrasında resmi evrakta (altıncı bab, üçüncü fasıl) atıfta bulunmaktadır. Bu atıftan başka mana çıkarmağa imkan yoktur. Bununla beraber kanunumuzda sarîh bir hüküm bulunması daha doğru olurdu.

«Açığa paraf»ın açığa imza hükümlerine tabi olduğu zannındayız, yeterki paraf hukuki netice tevhit edecek mahiyette olsun. Bir senedin bir satırındaki bazı kelimelerin çizildiğini tasdik için satır boşluğuna atılan parafın üstüne hukukça hükmü haiz ilavenin yerine göre «sahtekarlık» veya «açığa imza» sayılması mümkündür (23).

(19) Majno (tercüme), m. 418, n. 1957.

(20) Bk. Pessina, s. 391: Garraud, VI, n. 2609.

(21) Yeni İtalyan K. 486, 487.

(22) Bu hususta bk. Chauveau - Helie.

(23) Paraf hakkında bk. Garraud, VI, s. 478, nt. 1.

Açığa imzalı, kağıdın faile «t e v d i» ediymiş olması lâzımdır. Kanun basit bir «teslim»den değil, daha ziyade bir emniyeti ifade eden «tevdi»den bahsetmektedir (24). Tevdiin imza sahibi tarafından bizzat yapılması şart değildir. Onun adına başkası tarafından da tevdiin yapılması mümkündür (25). Bu emniyetten dolayıdır ki fiil «e m n i y e t i s u i i s t i m a l» cürümlerine mahsus fasılda hükme bağlanmıştır. Kanunun kasdettiği maddi mânada «t e v d i» değil, bir itimat muamelesi olarak tevdir (26). Bu itibarla serbest bir irade mahsulü olmayan, mesela «hile» ile fesada uğramış bir rıza mahsulü tevdi, maddi bir evdi ise de açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun unsuru olan ve bir itimat muamelesi olması lâzım gelen tevdi bu değildir.

«T e v d i» böyle bir kast mevcut ise 509. maddenin tatbikini gerekli kılar. Bir kimse, mesela isminin doğru okunması veya adresinin bildirilmesi maksadile ismini bir kağıda yazıp verecek olur ve muhatabı bu imzayı kötüye kullanırsa suç «e v r a k t a s a h t e k a l ı k»dır. Zira böyle hasidelerde açığa imzalı kağıt «jade veya muayyen bir surette istimal» için (TCK. 509) verilmiş değildir (27).

Vadenin yazılacağı yer boş bırakılmak suretiyle faile tevdi olunan bir borç senedinin bu kısmının doldurulması halinde 509. madde tatbik olunamaz. Zira vade yerinin boş bırakılması faile doldurmak vekaletini vermek demektir. Buna mukabil bir dilekçe yazılması için verilmiş imzalı yazısız kağıdı borç senedi haline getirmek açığa imzanın kötüye kullanılmasıdır.

«Bu imzalı ve yazısız kağıt esasen kendisine tevdi ve teslim olunmayıp da bertartakip ele geçirerek» fail tarafından suç işlenmiş ise «altıncı babın üçüncü ve dördüncü fasıllarında beyan olunan ahkama göre ceza verilir» (TCK. 509, f.2). Yazısız bir poliçenin üçüncü bir şahıs tarafından ele geçirilerek doldurulması halinde 509 madde tatbik olunamaz (28).

b) Tevdi

Açığa imzalı kağıt, faile, imza sahibi tarafından değil, üçüncü bir şahıs tarafından imza sahibinin muvafakatı olmaksızın «t e v-

(24) Giuriati, s. 321.

(25) Bk. Garraud, VI, s. 482, nt. 9.

(26) Pessine, s. 392: bk. Chauveau-Helie, V. n. 2260.

(27) Bu hususta bk. Erman, n. 373.

(28) İtalyan Tem. Kar. (Manzini'den naklen VIII, ns. 439, nt. 3).

d i » edilmiş ise suç sahtekarlıktır (29). Diğer bir deyimle maddenin tabiki için açığa imzalı kağıda hukukca hükmü haiz muameleyi kendisine bu kağıt tevdi edilmiş olan yazmış olmalıdır, meğer ki üçüncü şahıs faile vekaleten yazmış olsun (30). Bu sebeble «y a z m a k ve y a z d ı r m a k» aynı hükme tabi tutulmuştur. Fail adına yazan üçüncü şahıs —şartları mevcut ise— «iştirak» hükümlerince cezalandırılır.

Fakat böyle düşünmeyen müellifler de vardır. Onların fikrine göre açığa imzalı kağıdın kendisine tevdi edildiği kimsenin durumu ile kağıdı bilerek dolduran üçüncü şahsın durumu aynı değildir. Kendisine kağıdın tevdi edildiği şahsın zilyetliği meşrudur. Zira tevdi rızaya müstenittir ve şahsına yapılmıştır. Üçüncü şahsın ise zilyetliği meşru değildir. Bu itibarla kendisine tevdi bulunmuş kimsenin suçu «açığa imzanın kötüye kullanılması», kağıdı dolduran üçüncü şahsın fiili ise «sahtekarlık» sayılmalıdır (31).

Bu düşüncenin doğru olmadığını zan etmekteyiz. Üçüncü şahsın «iştirak» hükümlerine göre cezalandırılmasını tabii görmekteyiz. Tevdiin asıl failin şahsına yapılmış olması, üçüncü şahsın durumunu değiştirmez. Tevdi hadisenin bütününe şamildir. Esasen «t e v d i» mevcut olmasa idi, kağıdın üçüncü şahıs tarafından doldurulmasına da imkan olmazdı. Şunu da itiraf etmek lâzımdır ki bu tereddüt açığa imzanın kötüye kullanılmasının sahtekarlığın değil de emniyeti suistimalin bir çeşidi sayılmasından ileri gelmektedir.

TCK. bakımından şöyle düşünmek doğru olur. Kanunun 509. maddesinde açığa imzalı kağıda hukukça hükmü haiz muameleyi «y a z m a k» ve «y a z d ı r m a k»dan bahsedilmektedir. Failin üçüncü şahsa bunu yazdırması, «a z m e t t i r m e» (TCK. 64) şekillerinden biri olan «s u ç t a v e k a l e t»den başka bir şey değildir. Bu itibarla eğer «F a i l» kendisine vekalet verenin suç kasdını biliyorsa, diğer bir deyimle, failde «i ş t i r a k» şartları mevcut ise açığa imzalı kağıdı kötüye kullanmaya iştirakten cezalandırılması icap eder.

Üçüncü şahıs açığa imzalı kağıdı doldurmamış, fail tarafından doldurulmuş kağıdı, fail lehine kullanmış ise hakkında 296. mad-

(29) Fransız Tem. Kar. (18 Juill, 952, bk. code penal, 51. bası m. 407, nt. 6).

(30) Suçta Vekalet için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku § 113, B. ç.

(31) Bk. Giuriati, s. 325.

denin tatbiki doğru olur. Açığa imzalı kağıdı kötüye kullanmayı ani değil, «m ü t e m a d i s u ç» sayanlara göre ise kağıt istimal edilinceye kadar suç temadi edeceğinden, üçüncü şahsın hareketi «c ü r m ü n e t i c e l e n d i r m e k t e y a r d ı m» (TCK. 296) sayılır ve iştirak hükümleri tatbik olunur (32).

Açığa imzalı kağıdı hukukça hükmü haiz olan muameleyi yazan üçüncü şahıs, kağıdın kendisine tevdi edildiği şahsın «y a k ı n a k r a b a s ı» (TCK. 524) ve hatta mirasçısı (33) olsa dahi 509. madde tatbik edilemez. Zira mirasçının ölüm ile nihayete eren ve şahsi itimada müstenit bulunan tevdi halef olması imkansızdır.

2 — MADDİ UNSUR

Failin açığa imzalı kağıda «hukukca hükmü haiz bir muamele» (TCK. 509) yazması veya yazdırması ile maddi unsur husule gelmiş olur. Bu muamelenin ne zaman hukukca hükmü haiz sayılacağı «e h l i y e t s i z l e r d e n f a y d a l a n m a s u ç u» dolayısıyla tetkik edilmişti (34). (TCK. 505) orada olduğu gibi burada da muamelenin tevhit ettiği hukuki neticenin mameleke müteallik olması lâzımdır (35). Esasen «s i s t e m a t i k y o r u m» kaideleri başka türlü düşünmeye imkân vermemektedir (36). Filhakika açığa imzalı kağıdın «m a n e v i z a r a r» tevhit edecek şekilde doldurulduğu hallerde ender rastlanır. Fakat imkansız değildir. Bir müessesese sahibinin açığa imzalı kağıdı, tevdi ettiği şahsın, bu kağıda o müessesede vaktile çalışmış diğer bir kimsenin çalıştığı müesseseye göndermesi halinde manevi zarar mevcuttur. Açığa imzalı kağıda imza sahibinin şeref ve haysiyetini kırıcı hususlar yazılması halinde hakaret veya sövme husule gelmiş olabilir. Fakat böyle düşünmeyen müellifler de vardır (37). Onların kanaatine göre, açığa imzanın kötüye kullanılması, esasında «s a h t e k a r l ı k» suçundan ibaret bulunduğu zararı mağdurun manevi mamelekine de matuf olabilir. Kanunun 509. maddesinde kullanılan «hukukca hükmü haiz muamele» ibaresi, manevi zararları hariç bırakacak mahiyette değildir. Bu düşüncenin

(32) Bk. Garraud, VI, n. 2611: Giuriati, s. 325.

(33) Bu hususta bk. Manzini, VIII, n. 2665.

(34) Bk. Erem, dolandırıcılık (Ankara 1956) s. 41.

(35) Kşz. Erman, n. 374: Bulutoğlu, n. 188: Puglia, s. 396.

(36) Sistematik yorum için bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, § 7. C.

(37) Bu hususta bk. Giuriati, s. 327.

«s i s t e m a t i k y o r u m»a uymadığı aşıkardır. Fransız müellifleri mağdurun şahsına müteallik zararları da (bilhassa manevi zararları) açığa imzanın kötüye kullanılması suçuna dahil saymaktadırlar. Fakat Fransız Ceza Kanunu (m.407) bu hususu açıkça tasrih etmiştir. Kanunumuzun 509. maddesinde ise böyle bir sarahat yoktur.

«H u k u k c a h ü k m ü h a i z» tabirini geniş anlamak doğru olur. «Bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil, teodit, ikrar, itfa, iskat» (CMUK 288) gibi hususların bu tabire dahil sayılması icap eder (38).

Muamelenin hukukca hükmü haiz olması kafidir. Diğer bir deyim ile muamelenin hukuki netice tevliidine elverişli olmasını (zararın vukua gelmesi ihtimalini) (39) kanun kafi saymıştır. İmza sahibinin zarar görmüş olması, zararın fiilen tahakkuku şart değildir.

Muamelenin esasen «b a t ı l» olduğu hallerde «h u k u k c a h ü k m ü h a i z» sayılamayacağından zarar ihtimali de mevcut olamaz. Fakat «k a t i b u t l a n s e b e p l e r i» dışındaki haller de zarar ihtimalini hadisesine göre tayin doğru olur.

Kanunumuzda zararın «imzalı ve yazısız kağıdın sahibi» ne matuf olması tasrih edilmiştir (40). «Kağıdın sahibi» tabiri «imza sahibi» manasınadır. Zarar imza sahibinden gayrisine, üçüncü şahıslara matuf ise başka suçlar (mesela dolandırıcılık) husule gelebilir (41). Mümziler birden ziyade ise bunlardan birinin zarar görmesi kafidir.

İmza sahibinin «m i r a s ç ı»ları üçüncü şahıslar sayılamaz. İtalyan Temyiz Mahkemesine göre suçun tekemmülünden sonra husule gelen bir hadise (imza sahibinin ölümü) suçun mahiyetini değiştirmez ve mirasçı küll halinde terekenin halefidir (42).

Suçun hukukca hükmü haiz muamelenin açığa imzalı kağıda yazılmasile tekemmül eder. «Bedelsiz kalmış senedi istimal etmek» suçuda (TCK. 345) kanun varakanın kullanılmasını şart koşmuş

(38) Bk. Bulutoğlu, n. 187: kşz. Dönmezer, n. 270

(39) Majno (tercüme), m. 418, n. 1961: Puglia, s. 397,

(40) Mehaz K.un hazırlık çalışmaları hakkında bk. Majno, m. 418, n. 1960

(41) Aynı mahiyette, Puglia, s. 398.

(42) İtalyan Temyiz içtihadı için bk. Puglia, 398, nt. 2

olmasına rağmen açığa imzanın kötüye kullanılmasında böyle bir şarta lüzum görmemiştir. Fakat Dönmezer şu kanaattedir: «suç mala karşı işlenen suçlardan olduğu için vücuda getirilen senedin kullanılmadığı hallerde mala tallük etmek üzere failde cürmi kasdın mevcut bulunduğu söylenemez (43).

Suçun meydana çıkması ve suç kasdının sübutu için çok defa kağıdın kullanılmasına ve kullanılmağa teşebbüs edilmesine ihtiyaç vardır. Fakat kaideten istimal şart değildir. Mehz Kanununun mer'i olduğu zamanda İtalyan Temyiz mahkemesi «suçun teşekkülü için istimalin şart olmadığına, imzalı kağıdın hukukca hükmü haiz olacak şekilde doldurulmasının kafi bulunduğu» (44) karar vermiştir. İstimal suçun unsuru değil, delili olabilir (45).

İmzalı, yazısız kağıda fail tarafından, hukukca hükmü haiz muamele yazıldıktan bir müddet sonra kağıdın kullanılmayarak sahibine «i a d e»si kaideten fiili suç olmaktan çıkamaz. Böyle hallerde 523. maddeye göre ceza indirilir.

Kağıdın kullanılması yeni bir suç vücut vermez. Kullanma, suçun tabii bir neticesidir, hırsızlıkta çalınan malın kullanılmasında olduğu gibi (46).

«Z a m a n a ş ı m ı» kağıdın kullanılmasından değil, doldurulduğu andan başlar (47). Bununla beraber kağıdın ne zaman doldurulduğu sabit olmayan hadiselerde, zamanaşımı istimalden hesaplamak mümkündür. Zira şüpheli kalan «m a d d i m e s e l e»nin fail lehinde kabulü doğru olur. Bununla beraber zamanaşımının kağıdın «son defa istimal edildiği tarihten» başlamasını uygun gören müellifler de vardır. Böyle düşününlere göre istimal, yazının yazılmasıyla tekemmül etmiş olan suçu tekrar ve devam ettirmiştir. Fransız mahkeme içtihadı da bu yoldadır (48).

Yeni İtalyan Ceza Kanununda açığa imzanın hususi ve resmi evraka göre tefrik edildiğini işaret etmiştik. Yeni İtalyan kanunu resmi evraktaki açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda

(43) Dönmezer, n. 270: Bu kanaatin teyidi için bk. Majno, m. 418 n. 1961 Puglia, s. 398

(44) İtalyan Tem. Kar. için bk. Lucchini, m. 418, n. 3

(45) Bk. Puglia, s. 398 Bulutoğlu, n. 189.

(46) Garraud, VI, n. 2611: Manzini, VIII, n. 2667: Majno, m. 418, n. 1961 Puglia, s. 399

(47) Kşz. D.P. 1929, 1. 71.

(48) Bk. Poittevin, s. 28: Garraud, VII, n. 2611. s. 488, nt. 23.

varakanın istimalini şart koşmamakta, varakanın tanzimini kâfi saymakta, buna mukabil hususi evrak için istimali şart kılma-
dır.

Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu «m ü t e m a d i» de-
ğil «a n i» suçlardandır (49). Tevhit ettiği neticelerin bir müd-
det devam etmiş olması onun «a n î s u ç» olmak vasfını kal-
dırmaz. Şartları mevcut ise (TCK. 80) «müteselsil suç» husule ge-
lebilir. Fakat açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu «m ü-
t e m a d i s u ç»lardan sayan müellifler de vardır (50). Böyle
düşünenlere göre «z a r a r i h t i m a l i» devam ettiği müd-
detçe suç temadi eder. Açığa imzalı kağıt zarar tevhit edemeyecek
hale gelinceye veya zarar fiilen tahakkuk edinceye kadar suç te-
madi etmiş olur. Bu itibarla açığa imzalı kağıdın doldurulmasıyla
suç işlenmiştir. İstimal şart değildir. Fakat kağıdın kullanılması
mütemadi suça nihayet vermiş olur.

Bu suçun «ş e k l i s u ç»lardan olduğunda ve dolayısıyla
«t a m t e ş e b b ü s»e müsait olmadığında birleşilmektedir (51).
Erman'a göre «faili kağıdı doldurur veya başkasına yazdırırken
mani bir sebebin haylûleti neticesinde icra hareketlerini tamam-
lamaktan alıkonursa nakıs teşebbüs vaziyeti tahaddüs eder» (52).

Açığa imzanın kötüye kullanılması ile «d o l a n d ı r ı c ı-
l ı k» içtima edebilir. Fakat bunun için her iki suçun mağduru-
nun aynı kimseler olması lâzım geldiği zannındayız (53). Kendi-
sine tevdi olunmuş açığa imzalı kağıdı bir borç senedi haline ge-
tiren ve bu senedi «sania» (TCK. 503) olarak kullanıp haksız men-
faat temin eden fail bu iki ayrı suçu işlemiş olur. Bu suçlardan
biri diğerinin unsuru veya cezayı ağırlatıcı sebebi olmadığından
«içtima» (TCK. 78) hali husule gelmiş sayılmalıdır.

3 — MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsuru «u m u m i k a s ı t»dan ibarettir.
Kanun bu suçta «h u s u s i k a s ı t» aramamaktadır. Mesela
hırsızlıkta aranan «f a y d a l a n m a n i y e t i» (TCK. 491)

(49) Manzini, VIII. n. 2667

(50) Bk. Giuriati, s. 324.

(51) Bu hususta bk. Manzini, VIII, n. 2667, Erman. n. 376.

(52) Erman, n. 376

(53) Kşz. Erman n. 376-378.

bu suç da kanunî bir şart değildir. Bu itibarla «i z r a r n i y e t i» ile bu suç işlenmiş olabilir.

Açığa imzalı kağıdı, kullanmak için değil de, sadece «t e h d i t» maksadıyla doldurmuş olan kimsede açığa imzayı kötüye kullanma kasdı mevcut sayılamaz. Nitekim sırf şaka maksadile hareket edilen hallerde de kast yoktur. Fakat bu, kağıdın kullanılmasının suçun unsuru olduğu manasına gelmez. Kasıt unsurunun bulunmadığına delalet eder.

4 — ŞİKAYET

Suçun basit halinin takibi «ş i k a y e t»e bağlıdır (TCK. 509, f.1). Açığa imzanın sahibinin talimatı hilâfına kağıdı dolduran kimseye bilahare verilen «i c a z e t» şikayet imkanının kalırır.

İcazetin aksi de mümkündür. Açığa imzanın kötüye kullanılması suçunda «t e v d i»in rızaya müstenid olması lâzım geldiği evvelce izah edilmişti. Rızaya müstenit bir tevdiiden sonra rızanın geri alınması halinde suçun vasfı değişecek midir? Mesele, açığa imzalı kağıt, kendisine rızaen tevdi edildiği kimse tarafından henüz doldurulmasından evvel, kağıdın geri istenmesine rağmen iade edilmemesi hadiselerinde ehemmiyet arzeder. Bazı müelliflere göre (54) açığa imzalı kağıdın tevdiinde «itimât» esas olduğuna göre rızanın sona ermesiyle artık itimattan ve dolayısıyla itimadın suiistimalinden bahsedilemez. Bu itibarla hadisede açığa imzanın kötüye kullanılması suçu değil, «s a h t e k a r l ı k» suçu mevcuttur. Aksi fikirde olan müellifler şöyle düşünmektedirler: tevdiide «v e k a l e t» vasfı görüldüğü takdirde rızanın geri alınmasıyla suçun vasfının değişeceğini kabul etmek mümkündür. Bir itimat muamelesi olan «t e v d i» ile «v e k a l e t»i aynı mefhum olarak kabul etmenin hukuki bir esası yoktur. Zira iki mefhumun mahiyetleri ayırır. Ceza hukuku daima hususi hukuk kaidelerini takip etmiş değildir. Ceza Kanunu, açığa imzayı kötüye kullanmayı müstakil suç sayarken, «t e v d i» vakiasını suçun işlenmesini kolaylaştıran bu vakıayı, nazara almıştır (55).

Suçun şiddet sebepli şeklinin takibi resen icra olunur. (TCK. 509, f.2). Böyle hallerde «i c a z e t»in tesiri yoktur.

(54) Nocito (Puglia'dan naklen, s. 392)

(55) Puglia, s. 393.

5 — CEZA

TCK. 509 maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, birinci fıkradaki suçun «ş i d d e t s e b e b i» değildir. Suçun vasfını değiştiren (CMUK. 258) bir sebeptir. Bununla beraber «o r t a k»lara sirayet eder (TCK. 67).

Mala karşı işlenen suçlara ait cezayı azaltıcı (TCK. 522, f.1) sebepler açığa imzanın kötüye kullanılmasında da tatbik olunur. «i k a e d i l e n z a r a r ı n f a h i ş v e y a h a f i f v e y a p e k h a f i f» olması (TCK. 522) ancak kağıdın kullanılması halinde nazara alınabilir. Hususi şiddet sebebi için bk. TCK. 510. «suçun temas ettiği TCK.nun 509/2. maddesinin Ceza Kanununun 10. babının 4. faslında gösterilen emniyeti suiistimal suçları arasında yer almasına, sadece müeyyide yönünden 342. maddeye atıf yapılmasının ve bu maddeye göre ceza tayin edilmesinin, dördüncü faslın tabii olduğu 8. fasıldaki müşterek hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmemesinin tabii bulunmasına göre, baba oğul arasındaki emniyeti suiistimal suçunun takibat konusu yapılmayacağını amir bulunan TCK.nun 524. maddesinin gözetilmesi» gerekmektedir (56).

6 — SÜBUT

Hususi hukukta kaideten açığa imza muteber olduğuna göre kağıt muhtevasının aksini, muayyen bir miktardan fazla meblağlarda (HMUK. 288) ceza davasında «ş a h i t» ile isbat mümkün sayılacak mıdır? Fransız mahkeme içtihadı bunu mümkün görmektedir (57).

Majno hadisede isbat edilmesi icap eden hususun taahhüt olmayıp açığa imzalı kağıdın teslim ve tevdi olduğuna muayyen bir meblağdan fazlasının yazılı delil ile isbatı kaidesinin, «t e v d i» hususunun şahitle isbatına mani bulunmadığı kanaatindedir (58). Diğer bazı müellifler ise aksi fikirdedir; açığa imzalı kağıdın kötüye kullanılması suçunda tevdi, maddi bir vakıa olarak şahit ile isbat edilebilirse de, aynı zamanda bir «vekalet»i de ihtiva eden tevdiddeki bu hususiyeti şahit ile isbat yoluna gitmek, yazılı delilin akitten evvel ihzarı yolundaki kaideyi bertaraf etmek olur (59).

(56) 6. CD, 23.3.1978, 1140/1996 (YKD, 1979/5, s. 748).

(57) Angers, 12 Juill, 1907 D.P. 1907, 2. 398 (Bk. Dalloz, code penal, 51. bası, 1954, m. 407, nt. 3)

(58) Majno, m. 418, n. 1963

(59) Garraud, VI, n. 2613.

Türk hukuku bakımından meselenin «yalan yere yemin» hakkındaki esaslara göre tayini doğru olsa gerekir (60). Hukuk Usulünde «senetle isbat kaidesinin istisnaları» (61) pek çok hadiselerde isbat kolaylığı sağlayabilmektedir. Bilhassa açığa imzanın kötüye kullanılması suçu bakımından yakın akraba arasındaki delil serbestisi, ticarî sahadaki aynı serbesti, akdin senede bağlanmasının adet olmadığı hallerdeki istisnalar, yalan yere yemin hakkında ceza ile hukuk sahasını birleştiren Tevhidi İçtihat kararına rağmen, ceza davalarında delil kolaylığı sağlayabilmektedir.

7 — BEDELSİZ SENEDİ KULLANMAK

TCK.nun 509 maddesi, kanun tekniğine pek uygun şekilde kalemle alınmamıştır. Bu maddede üç ayrı evsafıta fiil hükme bağlanmıştır. İmzalı, yazısız kağıt kendisine tevdi edilmiş olan tarafından kötüye kullanılırsa kanun bu fiilde «emniyeti suiistimal»ın bir çeşidini görmektedir. Fakat imzalı, yazısız kağıda hukukça hükmü haiz muameleyi yazan üçüncü şahsın fiilini ise kanun «sahtekarlık» saymaktadır. Maddede yer alan üçüncü fiil «bedelsiz senedi kullanmak»tır. Failin «elinde bedelsiz kalmış olan bir senedi istimal» etmesi halinde (TCK. 509) sahtekarlık cürümü ile alakası olmadığı gibi, borcun ödenmesine rağmen senedin bırakılması tevdi mahiyetinde bir emniyetin ifadesi de sayılmaz.

Bu hüküm mehzat kanununda mevcut değildir. 3038 sayılı Kanunla ilave edilmiştir. Bu kanunun gerekçesine göre «bedeli ödenip de istirdat edilmeyen senetlerin bedelsiz kaldıkları eshabı» aleyhine istimal edilerek ızrara kalkışıldığı pek çok hadis olan hallerden bulunduğu cihetle böyle bedelsiz elde kalan bir senedin istimalinin de cezayı müstelzim bir hareket olduğu tesbit edilmiş ve 509. madde bu maksada göre tadil olunmuştur» (62). Buna mukabil «Tüm olarak bedelsiz kalmamış olan senedin ciro edilerek tahsile konulmasında TCK.nun 509. maddesinde yazılı suç unsurlarının gerçekleşmediği ve hukuki nitelik gösteren olayda dolandırıcılık suçu unsurlarına da oluşmadığı gözetilmeden sanığın yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi» yolsuz sayılmıştır (63).

(60) Erem, Adliye aleyhine cürümler, s. 47, n. 4.

(61) Bk. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, (5. bası, 1953), n. 144

(62) 3038 sayılı K. hakkında Adalet Komisyonu raporu (Bk. Erem, Genelçeli TCK. 508, nt. 3)

(63) 6. CD, 24.9.1979, 5937/5939 (YKD, 1980/3, s. 442).

KAMU GÜVENCESİNE (UMUMUN TEKÂFÜLÜNE) BIRAKILMIŞ EŞYA HIRSIZLIĞI

Dr. Sami SELÇUK (*)

PLÂN : I — Terim Sorunu. II — Cezayı Ağırlaştırma Nedeni. III — Maddî Konu ve Özellikleri. A — Eşya : 1 — Şeyler (Nesneler : Ogetti) ve Kapsamı. 2 — Ağaçtaki Ürünler. B — Yer ve Zaman Koşulu : 1 — Kamu Güvencesine Bırakma. a — Yer Koşulu, b — Şey Doğrudan Doğruya Kamunun Güvencesine Bırakılmalıdır. 2 — Kamu Güvencesine Bırakma Nedenleri. a — Görenek (Âdet). b — Özgüleme (Tahsis). IV — Psikolojik Öge.

I — TERİM SORUNU

Türk Ceza Yasasının 491. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinde hırsızlık «âdet muktezası olarak yahut tahsis ve istimaleri itibariyle umumun tekâfülü altında bulunan eşya hakkında işlenirse» suçlunun cezası artırılacaktır (Kaynak İtalyan Ceza Yasası, md. 403/7).

Umumun tekâfülü terimindeki «tekâfül» sözcüğünün kefil, kefalet sözcükleriyle aynı aileden olduğu ve müteselsil kefalet, çıkar ortaklığı, dayanışma, birbirlerine bağlılık, güvence anlamlarını içerdiği açıktır. Bunu gözeterek, «umumun tekâfülünü» «herkesin kefilliği» (1) olarak karşılayanların yanı sıra, «herkesin bekçiliği» diye (2) Türkçeleştirenler de bulunmaktadır. Gerçekten buradaki tekâfülün, özel hukuktaki kefillik (caution, cauzione) kavramıyla ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim, kaynak yasada «kamu güvencesine bırakılmış şeylerden : oggetti esposti alla pubblica fede» söz edilmektedir. O yüzden yaşamızdaki çevirinin doğruluğu tar-

(*) Yargıtay Üyesi.

(1) Dönmezer, Ceza Hukuku, Özel kısım, kişilere ve mala karşı cürümler, İstanbul, 1981, s. 330.

(2) Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu açılması, Ankara, 1972, IV. s. 512.

tışma götürmektedir. Ayrıca Türkçemizde hemen hiç kullanılmayan «tekâfîl» sözcüğüne de yasada yer verilmesi, yasaların anlaşılır dille yazılmaları ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle biz, «kamunun güvencesi» terimini yeğlemekteyiz.

II — CEZAYI AĞIRLAŞTIRMA NEDENİ

İş ya da endüstri araçları, malik ya da elmeni (zilyet) tarafından maddede öngörülen koşullar içinde, çoğu kez koruma önlemleri alınmaksızın ve özel gözetim altında tutulmaksızın açık yerde bırakılabilirler. Böyle bir durum da, o eşyaların çalınmasını elbette kolaylaştıracaktır. O yüzden yasa koyucu, bu tür malları, daha etkili ve enerjik cezaî koruma altına almayı düşünmüş ve basit hırsızlık suçuna göre cezayı ağırlaştırmıştır (3). Gerçekten, uygar, bağdaşık ve dayanışmalı bir toplumda, Carrara'nın dediği gibi, bir yurttaş, kendi gözetiminde tutamadığı bir malı üzerinde, kamu savunmasının daha enerjik biçimde gerçekleşmesini beklemeye hakkına sahiptir. O bakımdan, bu maddede zamandan çok nesne (mal) ve yere bağlı bir ağırlaştırıcı neden öngörülmüştür (4). Nitekim, bu ağırlaştırıcı nedene, yalnızca 1889 tarihli kaynak İtalyan Ceza Yasasının 403/8. ve Türk Ceza Yasasının 491/2. madde ve bentlerinde değil, daha önceki mevzuatta da gereksinme duyulmuştur. Gerçekten 1859 tarihli Sardunya Yasasında (md. 624), kırlarda, yollarda, pazarlarda, çarşı ve benzeri herkese açık yerlerde, kamunun güvencesi altındaki mallar; 1853 tarihli Toskana Yasasında da (md. 377/9), tarım araçları, arı kovanları, taşınmak üzere akarsu kıyılarına bırakılan keresteler, zorunlu olarak yerlere serilen ürünler, yapı gereçleri, genellikle sergi ve pazar zamanlarında o yerlerde açıkta bırakılan ve sürekli gözetlenip korunmayan eşya, yasa koyucularınca ayrıca değerlendirilmişlerdir (5). Ancak, 1889 tarihli yasa, yargıca yorumda soluk aldırıcı genel bir formü-

(3) Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, Ankara, 1968. s. 1223; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1981, n. 1862; Şensoy, Basit Hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar, İstanbul, 1963, n. 143; Manzini, Trattato di Diritto Penale Italiano, Torino; 1922, VIII, s. 155, (Trattato di Diritto Penale Italiano Secondo il Codice del 1930, Torino, 1938, IX, s. 243 (Not: İlerideki sayfalarda Manzini'nin yapıtlarına yolama yapıldığında, kesik çizginin önündeki rakam VIII., ardındaki rakam daha sonra baskılı IX. ciltteki yeri gösterecektir.)

(4) Cerrara, Programma del Corso di Diritto Criminale, Firenze 1923, IV, n. 2223.

(5) Majno, Loc. cit; Manzini, s. 155/.

lü benimsemiş, saymaca (kazuistik) yöntemi bir yana itmiş, bu ise, yasanın yapılmasında tartışmalara yol açmıştır (6).

Yeni İtalyan Ceza Yasası, eski formülü biraz daha genişleterek olduğu gibi benimsemiştir. (md. 625/7.) Ne var ki, suçun işlenmesinde yer ve zamana koşullarını genel ağırlaştırıcı neden kabul eden madde (md. 61/5.) karşısında, kimi yazarlarca bu ağırlaştırıcı nedene ayrıca gerek olmadığı ileri sürülmüştür (7).

Ancak ne olursa olsun, dayanışmanın güçlü olduğu bir toplumda böyle bir ağırlaştırıcı nedenin benimsenmesi yerinde olmuştur. Bu tür hırsızlık ahlâk açısından ağır görülmebilir. Çünkü sanığın, cürüm öncesi bir sahnelemesi ve özel bir çabası yoktur. Yalnızca önüne çıkan fırsattan yararlanmaktadır. Buna karşılık, siyasal ve toplumsal açıdan, gelişen sanayinin ürünlerine yönelmesi bakımından tehlike büyüktür. İşte yasa koyucu bunu gözetmek zorunda kalmış; Toskana Yasasının basit hırsızlığa oranla yalnızca hapis cezasının süresini artıran ve Sardunya Yasasının Fransız yöntemini benimseyen formüllerinden büyük ölçüde ayrılmak gereğini duymuştur (7a).

III — MADDÎ KONU VE ÖZELLİKLERİ

Hırsızlık suçu, kamunun güvencesine bırakılmış eşya üzerinde işlenmelidir. Eğer eşya, kamu güvencesine bırakılmamış türdense, ister görenek (âdet), ister özgüleme (tahsis) var olsun, bu bent uygulanamayacaktır (8). Öyleyse bu tür malın nitelik ve özellikleri özenle saptanmak gerekir.

A — E ş y a

Kaynak yasada, şey (nesne) karşılığı «oggetto» terimi kullanılmasına karşılık, yeni İtalyan Yasasında daha geniş bir anlamı bulunan ve oggette kavramını da içeren «cosa» terimi kullanılmıştır. İlk tasarıda bu terimin yanında bulunan «emtia» gibi kimi sözcükler, 1883 tasarısında kaldırılmışlardır (9).

(6) Puglia, Dei Delitti Contro la Proprietà. Enciclopedia del Diritto penale Italiano (in Pessina), Milano, 1908, s. 139.

(7) De Marsico, Delitti Contro il Patrimonio, Napoli, 1951. s. 49.

(7a) Carrara, n. 2228.

(8) 6. CD. 25.6.1965; 4012/3926 (Özütürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1966, III, s. 125-126)

(9) Manzini, s. 155/243

1 — Şeyler (Nesneler : Oggetti) Ve Kapsamı

Hangi şeylerin bu maddeye gireceğini, kimi yazarlar, saymaca yöntemiyle belirtilmesini önermişlerdir. Ancak, asıl girmesi gerekenlerin yasaya girmemesini, girmemesi gerekenlerin de girmesini doğurabilecek bu yöntemi yasa koyucu benimsememekle bizce yerinde davranmıştır. Böylece, şeyi, tanımlanmasına göre değil, cezaî korumanın özüne göre yorumlamak olanağı doğmuştur. Nitekim 1889 Yasasında önceki Toscana Yasasının yorumunu yargısal içtihat bu anlayışla yapmış; kuş hırsızlığını bu maddeye sokmamış (22.11.1954), buna karşılık kaz, hindi, ağ hırsızlıklarını sokmuştur. Ancak açık ya da özel yerdeki balık hırsızlığı bu maddenin dışında tutulmuştur (28.2.1857) (10).

Kaynak yasada, şey karşılığı «oggetto» sözcüğü kullanıldığı ve bu da «cosa» sözcüğüne oranla daha dar anlamda olduğu için, bu hırsızlığın herşeyi kapsamadığı belirtilmiştir. Çukur kazmak üzere küreği isterken «oggetto» sözcüğünün kullanılacağı, buna karşılık bir piliç isterken kullanılamayacağı, ancak her ikisi için «cosa» sözcüğünün kullanılabilmesi gözetilerek, yasa koyucunun bu seçimi bilinçli olarak yaptığı ileri sürülmüştür. Nitekim basit hırsızlığın tanımının yapıldığı maddede «cosa mobile = taşınır şey» (md. 402, C.Y. md. 491/ilk); 403. maddenin ilk üç bendinde (TCY. md. 491/1, 492/4,5.) «cose-şeyler» dendiği halde, aynı maddenin 5. (TCY. md. 492/6) ve inceleme konumuz olan 8. bentlerinde «oggetti» denilmiştir ve yasa koyucunun bu tutumu elbette anlamlıdır. O nedenle «oggetto» sözcüğünün tüm şeyleri kapsadığı savı ve bu savdan yola çıkarak bu sözcüğün ağaçta bulunan meyveleri de içerdiği görüşü, yasa koyucunun amacını aşan geniş bir yorum olacaktır (11).

Burada kullanılan «şey» sözcüğünün sınırlarını çizmekte kaynak yasanın hazırlık çalışmaları da yardımcı olmaktadır. Gerçekten 1868 komisyonunun önerdiği «araçlar, ticarî eşya ve oggetti —ki buna tarım, sanayi, hizmete ilişkin şeyler giriyordu— niteliğinde olup görenek gereği kamu güvencesine bırakılan şeyler» anlatımı, 1883 ve 1887 tasarılarında değiştirilmiş ve bugünkü biçime sokulmuştur. Ayrıca İtalyan Yasa Koyucusu, Vico'nun belirttiği gibi, şeyin görenek (âdet) ya da özgülleme (tahsis) sonucu kamu güvencesine bırakılması koşulunu getirince, «oggetto-şey»

(10) Carrara, n. 2224

(11) Giurati, s. 188-189

sözcüğünün nitelik ve sınırlarını ayrıca belirtme gereğini duymamıştır. Bu düşünce yerindedir. O yüzden maddedeki «oggetto-şey» sözcüğü, 403. maddenin dörtte üçünde kullanılan «cosa» sözcüğünden daha dar anlamda olup, bilinçli bir yeğlemenin sonucudur ve bu düşünsel anlamı içinde yorumlanmak gerekir (12).

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bu sözcük, ontolojik olarak cansız şeyleri, hizmet ile endüstri araç ve gereçlerini (odun, taş, kireç, tuğla, kum, çakıl, kömür gibi) içermektedir. Buna karşılık, insan tarafından işlenmemiş sıvılar, gazlar ve hayvanlarla onların ürünleri (bal, yumurta gibi), bu sözcüğün kapsamı dışında kalmaktadırlar. İtalyan Yargıtay'ı bu sözcüğün kapsamını bir kararında (3.5.1897) bu doğrultuda çizmiştir (13).

Yeni İtalyan Yasasında «oggetto» sözcüğü yerine «cosa» denilerek bu kapsam genişletilmiştir. Türk Ceza Yasasında ise, bu iki sözcüğün karşılığı «şey=nesne» olduğundan, yasa koyucu ayırım yapmamış, ancak basit hırsızlıkta «taşınır mal = cosa mobile» denildiği halde, 492/2. madde ve bentte «eşya = oggetti» denilmiştir.

Bu son terimi, birincisine göre, kaynak yasa doğrultusunda sınırlamak ve taşınır mala oranla daha dar olarak yorumlamak, inancımıza göre yerinde olacaktır. Yeter ki, çağdaş gelişme gözden uzak tutulmasın.

2 — Ağaçtaki Ürünler

İtalya'da, öğreti ve yargısal görüşlerde çok tartışılan bir konuyla sözü bitirmek, bu sözcüğün anlamını çerçevelemekte bize yardımcı olacaktır. Bu da, ağaçta bulunan, henüz koparılmamış ürünlerin bu bent kapsamına giren şeylerden olup olmadıklarıdır.

Ağaçlarda koparılmamış meyvelerin bu bende girdiğini savunanların dayanakları şunlardır : Yasa koyucu, Yasanın 492/8. (İtalyan C.Y. md. 403/7) madde ve bendinde, koparılmış ya da biçilmiş ürünleri korumuştur. İhtiyatlı bir malik elbette ürününü toplar ve açığa bırakmaz. O nedenle, ağaçtaki meyve doğal zorunluluk gereği koparılmadıkça, bu bende girecektir. Olgunlaşmış ağaçtan ayrılmış bir ürün ağır hırsızlık sayılırken, ayrılmamış bir meyveyi basit hırsızlık görmek bir paradokstur. «Şey : oggetto» sözcüğü hayvanları içermese bile, bitkileri ve toprak ürünlerini

(12) Giurati, s. 189-190; Manzini, 155 (dipnot: 2)/—

(13) Giurati, s. 190; Manzini, s. 155/243

kapsar. Esasen bunlar kamunun güvencesine bırakılmak durumundadırlar. Özgüleme (tahsis), hem doğal ve hem de yapay alanı kapsar. Yasa koyucu bunları ayırmamıştır. Uygulayıcı ise hiç ayıramaz. İtalyan Yargıtayı kimi kararlarında (23.12.1892, 17.4.1893, 11.12.1893) bu görüşü benimsedi. Özellikle, 11.12.1893'te, ağaçtaki meyvelerin özgüleme açısından kamu güvencesine bırakılmış eşyadan (oggetti) olduğunu belirtti (14)

Karşı ve çoğunluk görüşünü savunanların dayanakları ise şöylece özetlenebilir: Her şeyden önce, bentteki «şey : oggetto» sözcüğü, belki tarla ürünlerini içerir, ama ağaçtaki meyveyi içeremez. İçerse bile, ağaca, toprağa bağlı ürünlerde, görenek ve özgüleme gibi insan iradesiyle ve hareketiyle oluşan olgular yoktur. Bunlar doğal olarak böyledirler. Yasa, koparılmış ürünü ağırlaştırıcı neden sayarken, gereklilikten söz etmiştir. Bentte ise böyle bir öge bulunmamaktadır. Üstelik, eski mevzuatta bunlar, basit hırsızlık bile sayılmamış, ondan çok daha hafif görülmüşlerdir. Gerçekten Sardunya Yasasının 625. maddesinde tarladaki meyve, ürün, odun ve bu türden şeylerin hırsızlığı hafif cezaları gerektiriyordu. Ancak, yeni yasada, bunların daha ağır düşünüldüğünü gösteren bir işaret yoktur. Kırsal hırsızlık da elbette bir suçtur. Yasa, meyve hırsızlığı için daha az bir ceza öngörmediği için belki eleştirilebilir. Ancak, açıkça düzenlenmedikçe o elbette basit hırsızlık sayılacaktır. Ayrıca, ağaçtaki ürünlerin, kamu güvencesine bırakılmış şey sayılması için, doğanın benzer şeylerde sunduğu gözetimi yok etmek amacıyla, önce koparılıp ayrılmaları gerekir (15).

Kaynak Yasanın hazırlık tartışmaları da çoğunluğun görüşünü desteklemektedir. Gerçekten, ikinci komisyon tasarısında, toprağa bağlı ürünlerin bu bende girmeyeceği belirtilmiş, Mancini'nin başkanlık ettiği komisyonda, 21.11.1877'de Paoli'nin Toscana Yasasından esinlenerek ayrılmış-ayrılmamış ürün önerisi, Başsavcı Oliva'nın görüşü doğrultusunda, ayrılmış kırsal ürünün daha çok korunması gerektiği ve tersi durumda ağırlaştırıcı nedenin kapsamının çok genişleyeceği gerekçesiyle benimsenmemiştir. Majno, Tuozzi, Crivellari-Suman, Altavilla, Puglia, Guriati, Micella, Manzini, Lollini, Vico, Stoppato, Vacchelli, Bertola, Carnevale, Tarantini, Bernardi, Razzati, Lucchini, Germano gibi hukukçuların desteklediği bu görüşü, 9.2.1893, 17.12.1894, 12.2.1895, 22.2.1895, 4.2.1895, 25.8.1896, 8.3.1897, 11.2.1898, 10.12.1899, 13.11.1901 tarihli

(14) Giurati, s. 192-193; Manzini, s. 156/—; Majno, n. 1863

(15) Giurati, s. 193; Majno, n. 1863; Manzini, s. 156/—; Puglia, s. 141, 142.

yargı kararları da paylaşmışlar ve daha sonraki yargı kararları bu konuda birlik gösterdiği için, yeniden yayımlanmak gereği duyulmamıştır (16).

Ancak bu konudaki tartışma daha sonraları da sürmüştür. 19. 3.1910'da Bakan Scialoja'nın tasarısında, bu bende bir sözcük eklenerek, çoğunluk görüşü ve bunu destekleyen yargı kararlarından söz ediliyor ve bu aşılma isteniyordu. Ancak bu tasarı kadük kaldı. Bu yerinde olmuştur. Çünkü, Ceza Hukuku bir ölçüde ahlâkın bir parçası olup, eylemin toplumsal ve ruhsal ağırlığı siyasal öğenin gerisinde düşünülemez ve böyle bir hırsızlık, toplumun değerlendirmesine karşın, ağır hırsızlık olarak benimsenemez (17).

Türk Hukukunda, bildiğimiz kadarıyla, böyle bir tartışma çıkmamıştır. Belki «görenek» açısından böyle bir düşünce akla gelebilir. Ancak özgüleme yanında, yasamız «ve kullanım» da dediğinden bu açıdan bir tartışma çıkmayacağı inancındayız. O yüzden bu konuda çoğunluk görüşüne katılmaktayız. Nitekim Yargıtayımız (köy mer'asında bulunan ceviz ağaçlarındaki cevizleri) bu bende sokmamıştır (18). Buna karşılık, tarialarda harman sonu küme halinde bırakılan ürünlerin, bu bende gireceği belirtilmiştir (19). Çünkü bunların açıkta kurutulan çamaşırlardan bir ayrılıkları yoktur (20). Nitekim Yargıtay'ımız, «görenek gereği köy dışındaki çukurlarda bırakılan zahireyi» (21) ve «köyün kenarında görenek gereği açıkta bırakılan samanı» (22) bu bende sokmuştur. Buna karşılık, «köy kıyısında bulunan kişilere ait ot yığınlarını» (23) ve «harman yerinde bırakılan samanı» (24) bu bendin dışında tutmuştur.

(16) Giurati, s. 194; Manzini, s. 156, dip not 2 ve 3, 157/—

(17) Giurati, s. 194, 195; Manzini, s. 157/—

(18) 6. CD. 30.12.1959, 2750/3088 (Şensoy, s. 114); 6.1.1960, 2839/31. (Akdoğan-Köseoğlu, Devlet ve Şahıs Mallarına karşı işlenen cürümlerle sahtecilik suçları, Ankara, 1963. s. 149).

(19) Dönmezer, s. 330.

(20) Manzini, —/s. 243.

(21) 2. CD. 23.2.1943, 753/1239, 1.2.1946, 706/939, 30.1.1954, 803/1294. (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149).

(22) 6. CD. 11.5.1965, 2738/2798, (Dönmezer, s. 331).

(23) 6. CD. 12.1.1963, 25/139. Ad. D. 1964, sayı 2, s. 217.

(24) 2. CD. 3.10.1952, 11590-11867, (Şensoy, s. 112).

B — Yer ve Zaman Koşulu

Ağırlaştırıcı neden, suç yukarıda özellikleri belirtilen şeyler hakkında, görenek ya da özgüleme ve kullanım gereği kamu güvencesine bırakıldıkları zaman işlenirse uygulanacaktır. Bu sürenin sürekli, uzun olması gerekmez. Yeter ki bu nedenlerle ve hukuken gözetilebilecek bir süre içinde suç işlensin. Şey; hırsızlık öncesi ve sonrası bu koşulları toplasa, ama hırsızlık anında bu koşullar içinde değilse, ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır (25). Sözelimi, fuar sırasında şey satış için bu koşullarda sergilendiği anda hırsızlık işlenirse, bu bent uygulanacak, ancak, satıcının tembelliği nedeni ile fuar dönemi bittiği halde şey orada bırakıldığı sırada çalınmışsa bu bent uygulanmayacaktır. Yine, bir bina yapımı için, yapım sırasında açığa konulan gereçler üzerinde hırsızlık işlenmişse bu bent uygulanabilecektir. Ancak yapım bittikten sonra, bu gereçler orada satmak ya da başka bir amaçla bırakılmışlarsa ve bu zaman içinde suç işlenmişse bu bent uygulanmayacaktır. Burada gözetilecek ölçü şudur: Cezaî koruma, o koşulların bulunduğu zaman dilimi içinde eşyayı korumayı sağlamak içindir. Rastlantılar, tutkular, savsaklamalar bu koşullara giremezler (26).

1 — Kamu Güvencesine Bırakma

Türk Yasa Koyucusunun, «umumun tekâfülüne bırakma» diye belirttiği bu koşul, kaynak yasadaki sahtecilik suçlarında o cürümün hukukî konusu olan ve bizde «kamunun güveni, âmmenin itimadı» olarak belirtilen terimlerin sözcük olarak aynıdır. Ancak sahtecilikte, belgelere karşı beslenen kamu güveni temel alınıp, suçun hukukî konusu ve cezaî konusu buna göre belirlendiği halde, hırsızlıkta durum değişiktir. Herşeyden önce hırsızlıkta suçun konusu malvarlığına ilişkin varlıklardır. «Kamu güvencesi» ise şeyin içinde bulunduğu özel durumu anlatmak içindir ve sahtecilikteki anlamından büsbütün ayrıdır. Ayrıca, «kamunun güvencesi» değil, böyle bir güvenceye bırakma söz konusudur. Yani, kamu güvencesi, bırakma sözcüğüne bağlıdır. Öyle ki, bu her tür gözetimden yoksun şeylerin başkasının mülkiyetine, zilyetliğine, bütünlüğüne karşı saygının kamusal dürüstlikle güvence altına alındığı varsayımını anlatmaktadır. Böyle bir saygı, toplumda varsayılmaktadır ve şeyler bu nedenle kamusal güvenceye

(25) Manzini, s. 157/244; 6. CD. 3.5.1983, 11953/—3944.

(26) Carrara, n. 2226, 2227.

birakılmaktadır. Bu tür hırsızlıkta, kolaylığı ve kamusal tehlikeyi de yaratan budur. İtalyan Yargıtayı bir kararında (17.3.1937) bu düşünceyi benimsemiştir (27).

Kamu güvencesine bırakma, insan iradesine bağlıdır. Bırakma eyleminde bu vardır. O yüzden doğal durumlar, bu eyleme girmezler. Tersini düşünce, bu kavramı çok genişletecek, örneğin, tarlada örgensel maddelerden oluşmuş çürümüş toprak gübresini de bu kavramın içine sokacaktır (28).

Kamu güvencesine bırakma olgusunun oluşması için yer ve doğrudanlık koşulları gerekmektedir.

a — Yer Koşulu

Kamu güvencesine bırakma koşulunun varlığı için, herşeyden önce, şey kamuya açık, herkesin özgürce görebileceği genel bir yerde olmalıdır. Hırsızlık eyleminde kolaylık ve tehlikeyi yaratan budur (29). Alman Ceza Yasası (md. 243) bunu «kamuya özgü bir yol ya da yerde, su yolunda yahut trenlerde, posta binalarında ve yahut bu binaların bahçelerinde» diyerek açıkça belirtmiştir.

Bu koşul açısından öğreti ve yargısal kararlarda görüş birliği bulunmaktadır. Yargıtayımızın kararlarında da bu koşul vurgulanmıştır (30).

Ancak, bir şeyin açık yerde olması demek, mutlaka herkese açık yerde, sözgelimi kırdada olmasını gerektirmez. Bunların özel koruma altında bulunmayan, herkese açık kesimlerinde de bu suç işlenebilir. Yeter ki, buralarda bulunan şeyler, sabitleştirilmemiş ya da gözetim altında tutulmamış olsunlar. Bir binada ya da binanın kapı sundurmasında bulunan bisiklet, paspaslar, tükürük hokkaları, çöp çanakları gibi eşya bu türdendir (31).

(27) Antolisei, Manuale di diritto penale, p. speciale, Milano, 1977, s. 248; Carrara, n. 2223; De Marsico, s. 50; Manzini, s. 157-158/244.

(28) Manzini, s. —/244.

(29) Antolisei, Manuale di diritto penale, p. speciale, Milano, 1977, s. 248; De Marsico, s. 50; Dönmezer, s. 331; Erem, s. 1224; Gözübüyük, s. 513; Manzini, s. 158/244; Puglia, s. 140; Şensoy, n. 143.

(30) 6. CD. 8.3.1960, 287/2359; 0.4.1963, 2235/2372 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146, 148); 6. CD. 8.7.1977, 693/692. (YKD. 1977/5, s. 731), CGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976/10, s. 1491).

(31) Manzini, s. 158/244.

b — Şey Doğrudan Doğruya Kamu Güvencesine Bırakılmış olmalıdır.

Şeyin çalınması için herhangi bir engelin aşılması gerekmemelidir. Böyle bir güçlük ya da gözetim, kamu güvencesine bırakma olgusuyla çatışacaktır. Ancak böyle bir gözetim, simgesel (sembolik) olmamalı, kişisel ya da fiilî bulunmalıdır. Sözelimi, bir çakıl yığınının gelişigüzel çevrilmesi, engel değildir (32). İtalyan Yargıtayı (23.11.1903), çitlerle çevrilmiş arı kovanını bu ben-de sokmuştur (33).

Görülüyor ki, şeyin kamunun güvencesine bırakılması yetmez. Şey küçük bir çabayla ve özgürce çalınabilmelidir. Eğer, hırsızlığı işlemek için güçlükleri de aşmayı kapsasaydı, bu ağırlaştırıcı neden gözaltında tutma haline de uygulanırdı ve kamu güvencesine bırakma ögesine de gerek kalmazdı (33a).

Kamu güvencesine bırakma olgusuna engeller, kişisel; yapay ya da doğal olmak üzere maddî bulunabilirler.

Şey herkese açık bir yerde olmakla birlikte malikin ya da onun adına bir başkasının gözetiminde ise, hırsızlığı yapmak için o şeyi almak yetmeyip, bu kişisel gözetim engelini de aşmak gerekeceğinden, böyle bir eşya kamunun güvencesinde değildir (34). Yargıtayımız sahibinin gözetimi altında tutulan bir bisikletin çalınmasında, herkese açık yaya kaldırımı üzerinde olsa bile, bu koşulun gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir (35). Yine aynı doğrultuda, üreticinin satmak üzere pazar yerine getirdiği buğdayın (36), okulun koruması altında olan okul bahçesindeki su musluklarının (36a), kamu güvencesinde olmadığına karar verilmiştir.

Bununla birlikte, İtalyan Yargıtayı bir kararında (13.11.1833), «kamu güvencesine bırakılmışlık olgusunu, gözetim altında tutmanın kaldırmayacağına» karar vermiştir. Manzini, bu kararı haklı olarak eleştirmiştir. Gerçekten, gözetim altında tutulan bir şey, aynı anda kamu güvencesinde olamaz. Kaldı ki, olayda ısrarla gözaltında ve saatlerce kapalı tutulan kilisedeki bir eşya söz ko-

(32) Manzini, s. 158/245; Şensoy, n. 146.

(33) Bu karar eleştirilmiştir. Giurati, s. 190.

(33a) Manzini, loc. cit; Şensoy, n. 147.

(34) Antolisei, s. 248; De Marsico, s. 50; Manzini, s. 159/246.

(35) 2. CD. 23.12.1952, 17055/16974 (Şensoy, n. 146).

(36) CGK. 8.11.1954, 149/149; 1.10.1962, 31/31 (Akdoğan, s. 146, 149).

(36a) 6. CD. 16.10.1962-4673/4713 (Özütürk, 127).

nusu idi. Rahîbenin gözaltında tutması gereken bir resim kiliseden çalınmış ve bunu 21.2.1834'te Yargıtay bu türden eşya saymıştır. Yine malikin gelenek gereği kiliseye bıraktığı sandalye (11.2.1929), bir kahvehanedeki elbise askısına asılı perdesü (22.11.1926) kamunun güvencesinde sayılmıştır (37). Ancak, bir yolda, yüksekçe bir yere konulan ve gözetim altında tutulan paket hırsızlığında bu bendi uygulayan İtalyan Yargıtay kararı haklı olarak eleştirilmiştir (38).

Gözaltında bulundurmanın aynı noktada ve sürekli olması da gerekmez. O yüzden, bir pazarda, çarşıda ya da mağaza dışında sergilenmiş ticari eşya, maddî olarak güvenlik araçlarıyla önlemler alınmasa da, tacir ya da görevli kıldığı kişinin gözetiminde olduğundan, kamu güvencesinde sayılamazlar. Ancak, bu eşya, maddî ya da kişisel olarak gözetimden görenek gereği yoksun kılınmışlar ve bu da kanıtlanmışsa, bu bent uygulanabilecektir. İtalyan Yargıtayının 21.11.1904 ve 14.8.1894 kararları bu yöndedir. Esasen 1859 Sardunya Yasasından farklı olarak, yer (fuar) koşulu, kamu güvencesine bırakmaya götürüyordu. Yürürlükteki yasa, bunu gerekli kıldı ve ayrıca bırakmanın iradeî olmasını, o şeyin iç özelliğinden ya da görenekten doğmasını istedi. O nedenle, malikin gözetimi de bulunmadığı takdirde, fuar tablaları üzerindeki eşya böyle sayılabilecektir (39).

Eşya, maddî engeller olduğu zamanda da kamu güvencesi altında bulunmaktan çıkabilir. Bu engeller, doğal, yapay olabilirler. Sözelimi, toprağa bağlı taşınmaz eşya, kamu güvencesine bırakılmamıştır. «Toprağa çivili masa, kazıklarla tutturulmuş bina, vıdayla henüz tutturulmuş direkler kamunun güvencesinde sayılmamış, elektrik telleri ise böyle kabul edilmiştir (40). Çengelle kapıya bağlı bisikletler de aynı biçimde kamu güvencesinde sayılmazlar. Ancak, mağazanın dış duvarına dayalı ve hiç bir önlem alınmamış bisikletin böyle sayılacağı belirtilmiştir (41).

(37) Manzini, s. —/246.

(38) Majno, n. 1862; Puglia, s. 140.

(39) Manzini, s. 159/247. İtalyan Yargıtayı, esasen bu durumlarda, yargıcın takdirine saygı göstermiş, ağırlaştırıcı nedeni benimseyen görüşlere destek olmuştur. Çünkü olaylar, bir türe sığmayacak ölçüde çeşitlidirler. 8.2.1904, 11.3.1904 tarihli kararlar ve 19.12.1904 tarihli olup karşı görüşü destekleyen karar için bkz. Giurati, s. 190.

(40) İctihatlar ve eleştirileri için bkz. Manzini, s. 158/245.

(41) De Marsico, s. 50; Manzini, s. 159/246.

Kamuya açık yerde olsalar da, boyutları, ağırlıkları nedeniyle güçlkle taşınabilen ve taşınır kılmak için teknik bilgi isteyen nesnelere vardır. Bunlar, şeyin yapısından gelen ve özbebekçiliği (autocustodia) sağlayan özelliklerdir. Örneğin, büyük mermer ve taş blokları, bir köprü yapımı için toplanılan metal direkler gibi şeyleri çalmak, kuşkusuz kasa kırmak ya da anahtarla kapı açmaktan daha çok çaba ister (42). Bu açıdan kamusal yol üzerine bırakılmış otomobillerin, bu bende girip girmediği tartışılmıştır. Manzini, önceleri (43) otomobili çalıştırmamanın teknik bilgi istediğini, onu herkesin çalamayacağını, bu bilgi yaygın olmadığı sürece de otomobilin kamunun güvencesine bırakılmış olamayacağını savunurken, daha sonra görüş değiştirerek, her ne kadar otomobil çalıştırmak için teknik bilgi gerekiyorsa da, bu bilginin yaygınlaşıp kurallaştığını, o yüzden herkese açık yerde, hırsızlığa karşı bir aygıtla donatılmamış otomobili çalmanın bu bende gireceğini ileri sürmüştür (44). Buna karşılık Antolisei, gelenek gereği kamuya açık yollara ve alanlara bırakılan bisiklet ve otomobillerin, kilit v.b. araçlarla korunsalar bile, bu bende gireceklerini, çünkü günümüzde trafik zorunluluklarının söz konusu araçların kamusal yerlere konmasını gerektirdiği gibi, failerin mekanik engelleri çokluk kolayca aştıklarını; o yüzden de bu tür hırsızlıklara karşı hoşgörüsüz davranılmak gerektiğini, başkasının mülkiyetine karşı saygı alışkanlığının ileri toplumlarda ancak bu yolla geliştirilebileceğini savunmaktadır (45). Geliştirici yorumla otomobillerin bu bende girebilecekleri de ileri sürülmüştür (46).

İtalyan Yargıtayı, herhangi bir ayırım yapmadan 2.6.1933'te otomobilleri ve 17.3.1937'de Venedik kanalındaki kayıkları bu bende sokmuştur (47). Daha sonra, gözetimsiz ve yola bırakılmış tüm otomobilleri kararlı bir biçimde bu bende soktu (48). Önceleri, bisiklet ve motosikletler için bu çözümü reddetti, ancak hırsızlık büyük merkezlerde olduğunda kabul etti (49). Daha sonraları bu

(42) Manzini, s. 159-160/246, 248.

(43) Manzini, s. 159/—.

(44) Manzini, s. -/246.

(45) Antolisei, s. 248.

(46) Erem, s. 1224.

(47) Manzini, s. —/246, dip not 1.

(48) 18.7.1975, 17.6.1975, 25.3.1969, 8.5.1964, 8.2.1963 (Antolisei, s. 248, not. 63).

(49) 22.11.1954, karşı görüş; 29.2.1957 (Antolisei, loc. cit.).

koşulu aramayarak benimsedi (50). Ancak, kamuya açık yerlerde de olsa, özel yerlere park edilmiş taşıtlarda bu görüş reddedildi (51).

Türk Yargıtayı, kamyonların park yaptıkları yerde bırakılan taşıt aracını (52), yazıhane önünde bırakılan kamyonu (53), bu bende sokmamıştır. Gözetim sözkonusu olabileceğinden, bu kararlar yerinde olabilir. Ancak, yol üzerinde bulunan otomobilleri ve sahile bağlanmış motoru da otomobile benzeterek bu bende sokmayan kararlar (54) yerinde değildir. Aynı konuda görenek olup olmadığını araştırmaya götüren kararsa bizce yerindedir (55). Son olarak bir kararında Yargıtayımız, çağdaş gelişim doğrultusunda, köyde görenek gereği yol üzerine konulmuş ve kolayca çalınabilen traktördeki aküyü bu bende sokmuştur (56).

Şey bir başka şeyin içinde ise, içerilenin (mazruf) değil, yalnızca içeren şeyin (zarfın) kamu güvencesinde olduğu belirtilmiştir. Hırsız, içerilerine çalmak için içerenin doğurduğu engeli aşmak zorunda olduğundan, bu durumda ağırlaştırıcı nedenin uygulanmayacağı, her ikisini birden çalmışsa eylemin bu bende gireceği ileri sürülmüştür (57). Sözelimi, arı kovanları, her zaman değilse bile, genellikle kamu güvencesine bırakılmış eşyadan olup, 1853 Toskana (md. 377/9) ve 1859 Sardunya (md. 624) yasalarında açıkça böyle sayılmışlardır. Kovanlar içlerine bakılmaksızın bu ağırlaştırıcı nedenin kapsamına girebilirler. Ancak hırsız, kovanın içindeki balı çalmışsa, bu bent uygulanamaz. Çünkü, arıların etkin savunmaları aşılsa bile, kovan, balı korumaktadır. Bu koruma kimileyin öylesine güçlüdür ki zor ya da dolanlı araç kullanılmadan bal çalınamaz, denilmiştir (58).

(50) 8.3.1958, 14.2.1962 (Antolisei, loc. cit).

(51) 24.2.1975 (Antolisei, loc. cit).

(52) 6. CD. 11.3.1963, 1380/1511 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).

(53) 6. CD. 13.1.1960, 3293/286 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

(54) 4. CD. 11.4.1946, 4273-4762 (iletlen ve eleştiren: Dönmezer, s. 331); 4. CD. 28.1.1947, 917/1104 (Şensoy, s. 114), 6. CD. 7.1.1960, 2827/78.

(55) 2. CD. 22.1.1948, 558/593 (Şensoy, n. 149).

(56) 6. CD. 3.5.1983, 11953/3944, 6. CD. 24.6.1983, 2781. 5909 (Yayımlanmışlardır.).

(57) Manzini, s. 159-160/247

(58) Manzini, s. 160/247. Manzini'nin iletğine göre Giurati de bir yazısında bu görüşü desteklemişse de, Yargıtay (17.4.1913) tersi düştüncededir. (Manzini. loc. cit.).

Balık ağlarının içindeki kapalı balıklar için de durum böyledir. İtalyan Yargıtayı (9.11.1934), bir ayırım yapmaksızın, balık akımı sırasında, kıyıya yakın yerdeki ağların içindeki istakozlara, tıpkı ağlar gibi (12.10.1916) bu hükmü uyguladı (59). Ancak, önceleri kiliselerde para konulan çanakları bu bende sokmazken (60), daha sonra görüş değiştirerek, kilise içindeki, dışındaki ya da sunaktaki kumbaraları bu maddenin içinde kabul etti. Ne var ki kilise duvarına gömülü sadaka kumbarasını hariç tuttu (16.4.1937). Bir başka kararında ise, (26.11.1934), kumbara kırılarak para alınmışsa, hırsızlığın hem şiddet kullanarak ve hem de kamu güvencesine bırakılmış eşyada hırsızlık olduğu görüşünü benimsedi (61).

Eşyanın, yalnızca kamuya sunulmasının yetmemesi, kamunun güvencesine bırakılmasının da gerektiği, bu nedenle de, kamunun güvencesine bırakıldığı halde, o eşyanın içindeki şeyi çalmanın engeli aşmak olup bunun kamu güvencesine bırakmayla çelişeceğinin bir örneğini de otomatik dağıtıcılar oluştururlar. Bu aygıtın kendisi, açık yerde ve kolayca taşınabilecek biçimdeyse kuşkusuz, kamunun güvencesinde bir eşya sayılabilecektir. Ancak, bu aygıtın içinde bulunan para, sigara gibi şeyler için aynı şey söylenemez. Onları çalmak için, çoğu kez sağlam olan aygıtı kırmak ya da anahtarla açmak gerekecektir. O zaman da, bu bent değil, T.C. Yasasının 493/1-2. maddesi bentleri söz konusu olacaktır (62).

Türk Yargıtayının da bu görüşü destekleyen kararları bulunmaktadır. «Telgraf hatları, demir yolları, umumî bahçelerdeki kanepe, yollardaki fener, lâmba ve çeşmeler için söz konusu olabilen «kamunun güvencesi altında bulunmak» kaydının, çuvalar içinde alana konmuş zahirelere teşmiline imkân yoktur» (63). Bu karardan anlaşılacağı üzere, çuval içinde açık yere konulmuş zahirenin çalınması için önce çuval engelini aşmak gerektiğinden, zahire kamunun güvencesinde sayılmamıştır. Buna karşılık çuvalın çalınmasında bu bent uygulanabilecektir (64). Yüksek Mahkeme aynı doğrultuda köy konuk ağırlama odasındaki eşyayı (65), okulun koruması altında bulunan okul bahçesindeki su muslukla-

(59) Manzini, s. -/247, dip not: 4.

(60) Majno, n. 1862; Puglia, s. 140.

(61) Manzini, s. -/248 dip not: 1.

(62) Manzini, s. 160/248.

(63) 4. CD. 5.4.1949, 4016/5262, (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149).

(64) Şensoy, s. 109, dip not: 203.

(65) CGK. 9.10.1933, 190 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 150).

rını (66), bilirkşi düşüncesine karşın kırlarda bulunan arı kovanlarının içindeki balı (67), kamu güvencesine bırakılmış eşyadan saymamıştır. Buna karşılık Yargıtay, tedavi için girdiği hastahane de kendisine verilen terlik ve gömleği çalmak suçunda T.C. Yasasının 491/son madde ve fıkrasının uygulanması gerektiğine, çünkü sanığın hem kendisine emanet edilen ve hem de kamunun güvencesine bırakılan eşya üzerinde suç işlediğine karar vermiştir (68). Oysa, hastahane gibi herkesin giremeyeceği kapalı bir bina dan bunları çalmak, bir çok engeli aşmağa bağlıdır. O yüzden bu kararın yerinde olmadığı açıktır (69). Bu tür eşya olsa olsa herkesin yararına özgülenmiştir (70), ama kamu güvencesine bırakılmamıştır. Çünkü bir başka kararda çok yerinde olarak belirtildiği gibi «bir şeyin kamunun güvencesi altında bulunduğunun kabulü için, umumî veya umuma açık bir yerde bırakılmış olmakla birlikte, korunması için ayrıca bir önleme başvurulmamış olması da gerekmesine ve olayda ise, suç konusu yerde bulunan telefon kumbarası olmayıp, kumbaranın içine atılmak suretiyle korunan paralar bulunmasına göre; çalıntı paraların kamunun güvencesine bırakıldığına kabulüne yasal olanak olmadığına ve paraların el ile vurulmak suretiyle kumbaradan çıkartılmış bulunduğu gözetilerek T.C. Yasasının 491/ilk madde ve fıkrasının uygulanması gerektiğine» değinilmiştir (71).

2 — Kamu Güvencesine Bırakma Nedenleri

Yukarıda sergilenen anlamda kamu güvencesine bırakılmış şeyler üzerinde hırsızlık işlendiğinde bu bendin uygulanması her zaman olanaklı değildir. O şeyin kamu güvencesine bırakılması görenek ve töre ya da özgüleme ve kullanım gereği olmalı, yani bu konudaki nedensellik bağı kurulmalıdır. Şey başka bir nedenle kamu güvencesine bırakılmışsa açık yerde de olsa bu hüküm uygulanamayacaktır (72). Tıpkı, görenek gereği bir yerde bulunan her-

(66) 6. CD. 16.10.1962, 4673/4713 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).

(67) 6. CD. 14.12.1972, 8402/8378 (Yayımlanmamıştır.).

(68) CGK. 4.10.1937, 142/152 (Şensoy, s. 109).

(69) Şensoy, s. 109).

(70) CGK. 18.11.1936, 26. (Şensoy, s. 109).

(71) 6. CD. 8.3.1960, 287/2359, (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

(72) Antolisei, s. 248; De Marsico, s. 50; Giurafi, s. 191; Puglia, s. 140; Manzini, s. 160/248; Erem, s. 1224; Şensoy, n. 144. Güneşlendirmek ve havalandırmak için tarlaya bırakılan ürün bu bende girmez. (4. CD. 18.2.1946, 1381/2537 (Özütürk, s. 129).

şeyin kamunun güvencesinde olmaması durumunda olduğu gibi (73), Yargıtayımız, bu nedensenlik bağıını çeşitli kararlarda aramıştır (74). Özellikle bir kararda «yasa koyucu eşyanın yeri ve durumu gereği korunması olanaksız durumlarda çalınmasını cezayı artırıcı bir neden olarak benimserken âdet (görenek) gereği ya da tahsis ve istimalleri (özüleme ve kullanımları) açısından eylemin kamunun güvencesi (umumun tekâfülü) altında bulunan eşyaya karşı işlenmesi koşullarını aramıştır. Şu halde eşyanın genele açık bir yerde olması ve özel korunma önlemleri alınmayıp, ancak görenek gereği özüleme veya kullanımları açısından kamunun güvencesi altında bulunması gerekmektedir.» denilmiştir (75). Son bir kararda (76) ise, bu nedensenlik açıkça vurgulanmıştır: «Söz konusu eşyanın, görenek ve töre gereği kamunun güvencesine bırakıldığı bilirkişi düşüncesiyle anlaşılmış ve mahkemece de bu fiilî sorun böylece takdir kılınmış bulunmasına göre, kamu güvencesine bırakma olgusu ile görenek olgusu arasında nedensenlik bağı da kurulmuş bulunmaktadır.»

Kamu güvencesine bırakma bu iki durumdan biri ile olmalıdır. Bu sayılı ve sınırlı durumlar da, herşeyden önce insan iradesiyle ortaya çıkmaktadır. O yüzden, açık yere ve kamu güvencesine bırakma, şeyin doğasından ileri gelmişse, kendi koşullarıyla taşınmaz ya da öyle kılınmış olduğundan, çalmaya karşı engelleri varsa (çok boyutlu, hacimli ve ağır şeyler gibi) veyahut yukarıda belirttiğimiz gibi şey kavramı dışında kalıyorlarsa (doğal durumdaki taş, toprak, çakıl gibi) bu bende elbette girmeyeceklerdir (77). O yüzden, köy merasında kurumuş ağaçlarla (78), köy tüzel kişiliğine ait koruluktaki ağaçlar (79) bu bende sokulmuşlardır. Buna karşılık, mezarlıktaki dikili ağaçların (80) ve örneğin söğütlerin (81) bu yerlere konulmuş süs eşyasından sayılmayıp ancak özüleme ve kullanımları nedeniyle kamu güvencesine bırakıldık-

(73) 6. CD. 25.6.1965, 4012/3926 (Özütürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 111. 1966, s. 125-126); CGK. 1.10.1962 31/31 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147).

(74) 6. CD. 23.5.1961, 1323/1335 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147), 6. CD. 8.2.1977, 693/692 (YKD. 1977, s. 731).

(75) CGK, 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976, 10, s. 1491-1493).

(76) 6. CD. 3.5.1983, 11953/3944. Aynı nitelikte: 6. CD. 24.6.1983, 2781. 5909.

(77) Manzinî, s. 160/248, Giurati, s. 190.

(78) 6. CD. 11.12.1962, 5905/5972 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).

(79) 6. CD. 19.11.1962, 5972/5948 (Ad. D. 1965/5.6, s. 679).

(80) 2. CD. 14.6.1955. 11045/10885 (Özütürk, s. 129).

(81) 2. CD. 21.12.1949, 12034/12775 (Özütürk, s. 129).

ları kabul edilmiştir. Bu son örneklerde, Yargıtay'ın, bu ağaçların insan eliyle açığa dikilmesi durumlarının doğal durumlarından önce geldiği düşüncesinden esinlendiği anlaşılmaktadır. Durum tartışma götürmekle birlikte, bu konuda kesin ölçüler getirmenin de olanaksızlığı açıktır. O yüzden, bu göreceli fiilî sorunun çözümünde, Yargıtayın da belirttiği gibi, yasal ölçüler içinde kalmak koşuluyla, yargıcın takdirine saygı göstermek gerekecektir (81a).

Kamu güvencesine bırakılabilen eşyadan olsa ve böyle bırakılsa bile maliklerin ya da elmenlerin savsamaları, umursamazlıkları, kaprisleri, deneyimsizlikleri gibi nedenlere, açık yerde çalınan şeyler üzerindeki hırsızlık bu bende giremez (82). Öte yandan umulmayan durum, kaza ve zorlayıcı nedenlerle (müobir sebep) bir şey açık yere bırakılsa kamunun güvencesinde sayılmamak gerekir (83). Ancak, İtalyan Yargıtayı alüvyonla başka yere taşınmış duvar taşının çalınmasını bu bende sokmuştur (84). Odun yapılmak üzere kesilip tarlada bırakılan ağaç (85), köy kıyısındaki kişilere ait ot yığınları (86), çayırdan biçilip taşımak üzere demet yapılan otlar (87), tarlada bırakılsa bile pulluk kapağı (88) kamu güvencesindeki eşyadan sayılmamış ve «ihmal ve tedbirsizlikle açıkta bırakılan eşya hakkında bu bent ile benimsenen şiddet nedeninin uygulanamayacağı» (89) belirtilmiştir.

Yeni İtalyan Ceza Yasası, 1889 Yasasından farklı olarak, zorunluluk nedeni ile kamu güvencesine bırakma durumunu da gözetmiştir. Ancak, zorunluluk nedeninin Kaynak ve Türk Ceza Yasalarına bütünüyle yabancı olduğu ileri sürülemez. Görenek ya da özgülmede zorunluluk gerekme (90) bile, zorunluluğun bu iki hali doğurabileceği ve nitekim, kaynak yasanın esinlendiği önceki yasaları yorumlayan mahkeme kararlarında kesin değil, ama yumuşak bir zorunluluk anlayışına başvurulduğu ileri sürülmüştür (91). Dahası, kimi yazarlar, kamu güvencesine bırakmanın gö-

(81a) 6. CD. 9.4.1963, 1380/2372 (Özütürk, s. 126)-6. CD. 3.5.1983, 11953/3944).

(82) Carrara, n. 2226; Roma Üst. Mah. 18.2.1918; İtalyan Yargıtayı, 17.3.1933 (Manzini, 161/248).

(83) Manzini, s. 161/248.

(85) 6. CD. 11.2.1960, 610/2592 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

(86) 6. CD. 12.1.1963, 25/139 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146).

(87) 6. CD. 8.2.1977, 693/692 (YKD. 1977, s. 731).

(88) 6. CD. 13.5.1960, 2706/4386 (Özütürk, s. 128).

(89) 6. CD. 9.4.1963, 2235/2372 (Özütürk, s. 126).

(90) Carrara, n. 223; (Manzini, s. 161/-; Erem, s. 1224; Giurati, s. 191).

(91) Manzini, s. 161/-.

renek ya da özgülleme zorunluluğundan doğması gerektiğine, ancak bu her iki zorunluluğun kesin ve katı olmayıp, doğa, aile gibi koşullarla sınırlı ve görece bulunduğuna değinmişlerdir (92). Kaldı ki, T. Ceza Yasasında «âdet muktezası» (görenek gereği) denilmiştir.

Görenek ya da özgüllemenin kamunun güvencesini gerektirip gerektirmediği herkese göre değişir ve bunun takdiri yargıca aittir. Yerel koşullar bu takdirde gözetilmelidir. Gerçekten ülkenin bir köşesinde kamu güvencesinde sayılan şeyler, bir başka kesiminde böyle sayılmayabilirler. Özellikle göreneğin bu konudaki rolü önemlidir (93).

a — Görenek (âdet)

Görenekler (âdetler), bir toplumda uyulagelen davranış örnekleridir.

Ancak, görenek, yasaya, kamu düzenine ve ahlâka aykırı olmamalıdır. O nedenle suça konu olmuş, edebe aykırı şeyler görenek kavramının dışında kalırlar (94).

Görenek genel ya da bir meslek veya sanata özgü olabilir (95). Ancak bu bireysel alışkanlık değildir. Genel nitelik kazanmıştır. Genellikten amaç, evrensellik değil, bir bölüm insanlar için yapılagelen ya da uygulanagelen alışkanlık olmasıdır. Göreneği yaratan ya da yaşatan kişiler çemberinin kapsamını belirlemek olanaksızdır. Bu küçük bir bölge ya da büyük bir bent olabilir. Yeter ki, görenek, uzun yıllar süren bireysel alışkanlıklar dizisinin sonucu ve birçok irade bunda birleşmiş olsun (96). O nedenle, balıkçıların satamadıkları balıkları kayıkta kamunun güvencesine bırakmalarını bilirkişinin görenek olarak değerlendirmesi yerinde bulunmuş (97), görenekte bireysel alışkanlığın değil, genellik niteliğinin temel olduğu belirtilmiştir (98).

(92) Carrara, n. 225; Puglia, s. 140).

(93) Dönmezer, s. 331; Erem, s. 1224.

(94) Manzini, s. 161/249.

(95) Manzini, loc. cit.

(96) Giurati, s. 191.

(97) 6. CD. 9.2.1960, 4343/1400 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

(98) 6. CD. 28.5.1961; 1323/1335 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147); 6. CD. 8.2.1961, 306/301 (Özütürk, s. 128); CGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976, 10, 1491).

Bundan başka, göreneğin, az çok sürekli olması, birçok yıllar birçok kuşaklarca benimsenip belli bir zaman denemesinden geçmesi ve böylece yasaca korunmaya değer görülmesi gerekir. Öyle ki, bu tür görenekler artık, bireylerin tekil davranışlarından etkilenmezler (99). Ancak, belli bir davranış, hırsızlığı doğuruyor ve bu sıklıkla görülüyorsa, görenekten söz edilemez. Örneğin, bir kentin belli bir yerinde sık sık bisiklet ya da otomobil hırsızlığı olduğunu deneyimler gösteriyorsa, orada kamu güvencesine bırakılmayı doğuran bir görenekten söz edilemez. Buna karşılık, bisiklet hırsızlarının rahatsız etmedikleri bir bölgede bundan konuşulabilecektir (100). O nedenle açıkta yapılmış geçici baraka üzerindeki saçlar, kamu güvencesinde sayılmamışlardır (101).

Bunlardan anlaşılacağı üzere, görenek, ülke çapında ya da yerel olabilir. Gerçekten, aynı tür eşyaların kamunun güvencesine bırakılmaları, bir yerde görenek olmasına karşılık, bir başka yerde olmayabilir (102). Örneğin, kimi bölgelerde, bir dükkâna, eve, büroya v.b. yerlere girildiğinde bisikleti bir süre sokakta bırakma görenek olduğu hâlde, başka yerlerde bisikleti kilitlemek ya da zincirle bağlamak yahut da bir kişinin gözetimine bırakmak alışkanlığı vardır. Bu sonuncu yerlerde açıkta bırakılan bir bisikletin çalınması, bu bendin uygulanmasını gerektirmeyecektir (103) Yarığtayımız, köy dışındaki çamlar altına arı kovanlarını (104), göl kıyısına kurmak üzere ağ (saka) (105), otobüsleri sokakta (106), satılamayan balıkları kayıkta (107) bırakmanın o yerde genel anlamda yerleşmiş bir görenek olup olmadığının araştırılmasını istemiştir.

Görenek konusunun güçlüklerle yol açtığı ileri sürülmüştür (108). Yukarıda belirttiğimiz gibi, yollara bırakılan taşıt araçlarının görenek gereği kamunun güvencesinde olduğu İtalyan Yargı-

(99) Carrara, n. 2225; Giurati, s. 191; Dönmezer, s. 333; Manzini, s. 250.

(100) Manzini, s. -/250.

(101) 6. CD. 13.5.1960, 4815/2917 (Özütürk, s. 128).

(102) Manzini, s. 161/250; Erem, s. 1224; Dönmezer, s. 331; Şensoy, n. 149; De Marsico, s. 50.

(103) Manzini, s. 161/250.

(104) 6. CD. 23.5.1961, 1323/1335, (Özütürk, s. 126).

(105) 6. CD. 2.9.1962, 4131/4130, (Özütürk, s. 127).

(106) 2. CD. 22.1.1948, 558/593 (Şensoy, n. 149).

(107) 6. CD. 9.2.1960, 4343/1400 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148).

(108) Antolisei, s. 248.

ta'yınca sürekli benimsenen bir görüş olmasına karşılık, taşıt araçlarının içlerine konulan ve fakat insanların yanlarında kolaylıkla taşıyabilecekleri eşya, böyle sayılmamıştır (109). Göreneğin görece bir kavram olduğu muhakkaktır (110). O nedenle göreneğin var olup olmadığı her türlü kanıt aracıyla saptanılabilecektir ve bunu suçlama makamı üstlenecektir (111).

İtalyan Yargıtayına ve öğretisine göre, kuruması için sokağa asılan çamaşırlar (112), saman ve kurumak üzere tariada kalan tahıl yığınları (113), deniz üzerindeki ağlar (114), nehir boyu kıyıda kalan keresteler (115), bir yere yığılmış kömür (116), bir duvar yapımı için açığa kümelenmiş taşlar (117), bağ çubukları, demir yolu boyunca döşeli raylar ve demir yolu gereçleri, yollarda sürücülerin geçici olarak bıraktıkları arabalardaki eşyalar, anıtlara bırakılan ağaçlar (çelenkler), pazar yerinde sergilenen eşya (118), mağaza dışına bırakılan eşya, kahvehane dışındaki sandalye (119), kırlardaki kovanlar (120) görenek gereği kamu güvencesine bırakılmış şeylerden sayılmışlardır. Kaynak yasadın önce, kaz, hindi, balık ağı v.s. bu hırsızlığa sokulmuşlardır (121).

Buna karşılık Türk Yargıtayı, daha önce belirtilenlerin dışında, köy mezarlığındaki söğütleri (122), köy dışında kuyularda korunan zahireyi (123), cami önünde setlere konulan ayakkabıları

(109) 27.2.1973, 4.3.1969, karşı içtihat; 12.7.1966 (Antolisei, s. 248).

(110) Erem, s. 1224.

(111) Giurati, s. 191; Manzini, s. /250.

(112) 18.11.1896, 19.6.1922 (Manzini, s. 161/250, Giurati, s. 191), Carrara, n. 2225.

(113) 7.5.1897, 5.3.1923, 9.11.1934, 9.12.1936, ve Catanzara Üst Mah. 23.4.1936. (Manzini, s. 161/250); De Marsico, s. 50; Carrara, n. 2225.

(114) 12.10.1916 (Manzini, s. 161/250).

(115) 13.12.1903 (Manzini, s. 161/-); Carrara, n. 2225.

(116) 21.6.1901 (Manzini, s. 161/-).

(117) 5.4.1900 (Manzini, s. 161/-).

(118) Majno, n. 1862.

(119) Puglia, s. 140.

(120) Carrara, n. 2226.

(121) Carrara, n. 2224.

(122) 2. CD. 21.12.1949, 12034/12755, (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149); karşı içtihat, not: n. 136.

(123) 2. CD. 23.2.1943, 753/1239, 1.2.1946, 706/939, 30.1.1954, 803/1294 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149), 17.9.1953, 803/1294 (Şensoy, s. 112).

(124), köy çeşmesine su getiren oluğu (125), içme suyu yapımında kullanılmak üzere kanal boyunca ve kırdaki bırakılan büzleri, (126) köy kıyısında açıktaki noda halindeki samanı (127), kış mevsiminde deniz kıyısına çekilip bırakılan küçük deniz araçlarını (128), bayındırlık idaresinin önünde ve açıktaki kamyonlardan çalınan lastiği (129), mescit enkazını (130), açıktaki balık ağını (131), cami binası malzemesini (131a), halkevine ait bahçede bulunan kuyudaki kireci (132), sefere hazır durumda işletme binası önündeki kamyonu (132a), cami dışındaki namaz kilimini (133), ve köyde yoldaki traktörün aküsünü (134), görenek gereği kamunun güvencesinde saymıştır.

Buna karşılık Yüksek Mahkeme, elektrik akımını (35), meradaki ağaçları (136), tarladaki su motorlarını (137), kişiye ait değirmen arkasındaki ağacı (38), kamyon park yerindeki aracı (139), inşaat yerindeki demirleri (140), köy kıyısındaki kişilere ait ot yığınlarını (141), PTT. İdaresine ait eski ve çürük olup söküldükten sonra yerde bırakılan direkleri (142), köy okulunda

-
- (124) 6. CD. 12.11.1963, 5973/5831 (Özütürk, s. 126); 6. CD. 5.5.1983, 3149/4056. 3149/4056.
 (125) 6. CD. 17.3.1969, 1365/1409, (Dönmezer, s. 332).
 (126) CGK. 29.3.1976, 139/163 (YKD. 1976. 10. s. 1491).
 (127) 2. CD. 25.11.1944 (Şensoy, s. 111); 6. CD. 11.5.1965, 2738/2798, (Dönmezer, s. 331) karşı içtihat, not: 141.
 (128) 6. CD. 15.5.1970, 2426/2462, (Dönmezer, s. 332).
 (129) 2. CD. 20.4.1941, 2427/3380 (Şensoy, s. 111).
 (130) 2. CD. 30.4.1948, 4439/4619 (Şensoy, s. 112).
 (131) 2. CD. 24.4.1952, 5417/5222 (Şensoy, s. 112).
 (131a) 4. CD. 9.5.1945, 5116/5108, (Şeysoy, s. 113), karşı içtihat, n. 140.
 (132) CGK. 11.10.1937, 201/156, (Şensoy, s. 113), karşı içtihat not: 143.
 (132a) CGK. 3.1.1944, 228/1 (Dönmezer, s. 331).
 (133) 2. CD. 15.3.1951, 2630/2670, (Şensoy, s. 113).
 (134) 6. CD. 3.5.1983, 11853/3944, karşı içtihat, not: 144.
 (135) 2. CD. 21.12.1949, 12034/12755, 10.1.1951, 40/49 (Erem, s. 1224):
 (136) 6. CD. 13.12.1965, 7401/7465; 11.12.1962, 5905/5972; 11.2.1960, 610/2592, (Özütürk, s. 125, 127, 128) karşı içtihat, dip not: 122.
 (137) 6. CD. 25.6.1965, 4012/3926 (Özütürk, s. 126).
 (138) 6. CD. 9.7.1963, 3956/3938 (Özütürk, s. 126).
 (139) 6. CD. 11.3.1963, 1380/151 (Özütürk, s. 126).
 (140) 6. CD. 29.1.1963, 584/613, (Akdoğan-Köseoğlu, s. 146) karşı içtihat not: 131a.
 (141) 6. CD. 12.1.1963, 25/139 (Özütürk, s. 127); 6. CD. 8.2.1977, 693/692 (Dönmezer, s. 330) karşı içtihat, n. 127.
 (142) 6. CD. 20.3.1962, 1188/1290 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 147).

kullanılmak üzere 5 kilometre uzaklıktaki kuyuda bulunan kireci (143), yoldaki otomobili (144), bina dışındaki boruları (145), üreticinin pazar yerine getirdiği buğdayı (146), bedesten kubbesindeki kurşunları (147), selektör makinası üzerindeki muşambayı (148), cami kenarındaki kurşunları (149), köy odası enkazını (150), PTT. idaresine ait yol kıyısına konulmuş boğaz saçını (151), tarlada bırakılan at arabasını (152), sokakta bırakılmış arabadan bir farkı olmayan deniz kıyısındaki motörü (153) görenek gereği kamu güvencesine bırakılan eşyadan saymamıştır.

Görülüyor ki, Yargıtayımız görenek gereği kamu güvencesine bırakılmış eşyanın sınırını oldukça dar tutmaktadır. Zaman zaman görülen ve dip notlarında değinmeye çalıştığımız çelişkiler de bu titizliğin sonucudur. Kanımızca, bu kavramı mekanik toplumdaki dayanışmalı bir toplum yapısına evrilmekte olan, çağını yakalamaya çalışan ve mülkiyete saygıyı uygarlaşmanın bir simgesi sayan Türkiye'mizde daha geniş tutmak ve cezaî korumayı yaygınlaştırmak zorunludur.

b — Özgüleme (tahsis)

Kamu güvencesine bırakmanın ikinci bir nedeni de «şeyin özgüleme ve kullanımudur». Görenek olmadığı takdirde, özgüleme ve kullanım olup olmadığına bakılacaktır.

Kaynak yasada, yalnızca özgülemeden söz edilmesine karşılık, yasamızda bunun yanına bir de «kullanım» sözcüğü eklenmiştir. Ancak, özgüleme zorunlu olarak bir şeyin kullanımına içkin

-
- (143) 6. CD. 30.1.1960, 3980/1048 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 148); karşı içtihat dip not: 132.
- (144) 6. CD. 7.1.1960, 2827/78 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149); karşı içtihat, dip not: 134, eleştiri: Dönmezer, s. 331.
- (145) 6. CD. 6.1.1960, 2839/31 (Özütürk, s. 129).
- (146) CGK. 8.11.1954, 149/149 (Özütürk, s. 129).
- (147) CGK. 20.3.1944, 63/64 (Akdoğan-Köseoğlu, s. 149).
- (148) 1. CD. 7.2.1961, 306/301 (Dönmezer, s. 331).
- (149) 4. CD. 9.4.1945, 6116/5109 (Dönmezer, s. 331); 2. CD. 14.5.1949, 5148/4923; 2. CD. 27.2.1951, 2217/2101 (Şensoy, s. 113).
- (150) 6. CD. 31.12.1963, 6696/6768 (Dönmezer, s. 332) karşı içtihat, not: 130
- (151) 6. CD. 28.6.1971, 4055/4102 (Dönmezer, s. 332) karşı içtihat, not: 126.
- (152) 4. CD. 11.4.1946, 4173/4762 (Şensoy, s. 113); 6. CD. 13.5.1960, 2707/4368, (Şensoy, s. 1114).
- (153) 4. CD. 28.1.1947, 917/1104 (Şensoy, s. 114).

bir nedenden doğar. Malik ya da elmenin iradesi de çokluk o şeyin bu kullanımı doğrultusunda gelişir. Çünkü, şey kullanımına göre özgülenecektir. Yani o kullanım olmadıkça o şey varlık nedenini, malik ya da elmenine olan hizmeti büyük ölçüde yitirecektir (154). Görülüyor ki, özgüleme, «kullanım» doğrultusunda olduğundan, bu sözcüğün maddeye eklenmesi, yeni bir öge getirmemiş, hırsızlığın bu türüne daraltıcı ya da genişletici bir etkide bulunmamıştır. Bir artık söz (tekrîr, pléonasme) olmasa bile belli bir oranda, anlamı açıklamaya ve güçlendirmeye yaramıştır, o kadar (155).

Ancak, malik ya da elmenin iradesinin özgülemeadaki işlevi konusunda tartışma çıkmıştır. Manzini «makul irade» ölçüsünü ortaya atmış, makul olmayan iradenin hukukça gözetilemeyeceğini, şeyin durumu, konumu ile kullanımı arasında olağan bir ilişki kurulması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yazara göre özgülemenin, şeyin doğal yapısında içkin olması gerekmez. 1889 tarihli yasa, «özgüleme amacı ile» bu durumda olan şeylerden söz ederek, belki salt nesnel biçimde bir özgülemeden söz etmeyi zorunlu kılan bir kuşkuya izin vermektedir. Ancak, yeni yasada elmente şeyin özgülenmesi ön plana çıkmıştır. Kısaca eski yasanın anlatımından nesnel bir ölçüye başvurmak zorunlu görünmektedir. 1910 tarihli Bakan Scialoja'nun tasarısında da bu vurgulanmıştır. Şeyin doğasından geldiği kadar, insanın ondan yapmayı tasarladığı kullanım nedeni de önemlidir. Bununla birlikte özgülemenin şeyin doğasında içkin olması zorunlu değildir. Elverişli ki, malikin ya da elmenin, o şeyi kullanırken kamunun güvencesine bırakmaktan başka çaresi olmasın (156).

Bir başka görüşe göre, Manzini'nin «makul irade» ölçüsü benimsenemez. Çünkü yasa, malikin basit iradesini yeterli görmüştür. Özgüleme, ya bir zorunluluk ya da evrensel olarak benimsenmiş bir yararlılıkla yönlendirilmiş olmalıdır. Ancak, bu ölçünün kesin ve katı olmayıp, görece bir objektiflik taşıdığı unutulmamalıdır. O nedenle ilkin şeyin özel bir özgülenmesi ve kullanımı olup olmadığı (örneğin, pulluk gibi) araştırılmalı; eğer birden çok kullanım olabiliyorsa, malikin elinde ve belli bir kullanımda

(154) Giurati, s. 192; Manzini, s. 162/250.

(155) Şensoy, n. 150.

(156) Manzini, s. 162/251 ve dip notlarındaki 11.4.1889, 21.6.1901 ve 14.7.1913 tarihli kararlar, Şensoy, n. 150, De Marsico, s. 50.

en yararlı olanı gözetilmelidir. Sözgelimi, malikin, müşterilerinin buyruğunda ve kahvehanenin dışına bir masa koyması gibi (157).

Bendin uygulanmasında ve yorumunda bu genel ölçü ve dü-
süncelerin yardımcı olduğuna kuşku yoktur. Ancak, yasa eski ya-
salar gibi örnekleme bir saymada bulunmadığına göre yargıcın ih-
tiyatlı ve özenli olması (158) ve bizce şeyin doğası ve konusu ka-
dar, malik ya da elmenin şeyin doğasına ters düşmeyen iradesini
de gözetmesi yerinde olacaktır. Örneğin, deniz banyosu yapılırken
kıyıya bırakılan giysiler böyle sayılmazlar (159). Ama anıtlara ko-
nulan ayçalar (çelenkler), balık avlamak için denize bırakılan ağ-
lar (160), bu bende girerler. Ayrıca, yol kıyısına yığılmış taş ve ça-
kılar, şişmesi için deniz, göl ya da nehirlerle bırakılmış fiçılar, as-
falt fiçileri, şantiye, bina yapımı için bırakılan gereçler, bir tarı-
da bırakılmış araçlar ve toplanmış gübre gibi şeyler, özgüleme
açısından kanunun güvencesine bırakılmışlardır (161).

Görülüyor ki, örneklerin sergilediği üzere, özgüleme ve göre-
nek kimileyin aynı şeyde birlikte bulunabilmektedir. Bu takdirde
o şeyin bu bende girmesi için, kuşkusuz bunlardan birinin bulun-
ması yeterli olacak, ancak bu durum ayrıca bir yasal artırma ne-
deni olmayacaktır. Kuşkusuz, cezanın takdirinde yargıcın bunu de-
ğerlendirmemesi için bir neden yoktur.

Yargıtayımız, PTT. idaresine ait telgraf direğini (162), tapı-
nağın dışındaki pencere demirlerini (163), telefon ve elektrik tel-
lerini (164), Devlet Demir Yolları yapımında kullanılmak üzere
hat boyunca bırakılan travels demirlerini (165), mezarlardaki diki-
li ağaçları (166) özgüleme nedeniyle kanunun güvencesine bira-
kılmış şeylerden saymıştır. Buna karşılık köy mezarlığındaki sö-
ğütleri, hem özgüleme ve hem de görenek gereği kamu güvence-

(157) Giurati, s. 192.

(158) Puglia, s. 140.

(159) Puglia, s. 140.

(160) 3.6.1893, 11.12.1893, 18.10.1916 (Manzini, s. 162/251).

(161) Antolisei, s. 248, De Marsico, s. 50; Manzini, s. 162/251; Şensoy, n. 150.

(162) 2. CD. 20.4.1941, 2427/3380 (Şensoy, s. 111).

(163) 4. CD. 15.1.1946, 13211/416 (Şensoy, s. 111).

(164) 6. CD. 9.7.1963, 3944/3916 (Özütürk, s. 126); 27.11.1962, 5637/5729 (Özü-
türk, s. 127); 6. CD. 26.9.1968, 4726/4871; 3. CD. 21.9.1968, 13690/17773
(Dönmezer, s. 332); 6. CD. 10.4.1961, 952/942 (Akdoğan - Köseoğlu,
s. 147).

(165) 6. CD. 19.3.1960, 4815/2917 (Şensoy, s. 114).

(166) 2. CD. 14.6.1955, 11045/10885 (Özütürk, s. 129).

sinde (167) kabul eden Yargıtay, söküldükten sonra o yerde bırakılan PTT. idaresine ait eski ve çürümüş direkleri (168) ve köy okulunda kullanılmak üzere beş kilometre ötede bulunan kuyudaki kireci (169), hem özgüleme ve hem de görenek gereği böyle saymamıştır.

IV — PSİKOLOJİK ÖĞE

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için özel ve genel kast birlikte olmalıdır. Ancak, failin görenek ya da özgüleme gereği kamunun güvencesine bırakılmış şeyleri çaldığını bilmesi zorunlu değildir. Çünkü bu bırakma, fiili bir durum olduğundan herşeyden önce bunda yanılma söz konusu olmaz. Yanılgı olsa bile, suçlu başkasına ait bir şeyi aldığını bildiğinden, suç kastı bundan etkilenmez. İkinci olarak da, özgüleme ve görenek, suçlanabilirliğin (isnadiyetin) öznel koşulu değil, daha enerjik olması istenilen cezaî korumanın nesnel koşuludur. Hırsız, bu suçu iradî olarak işlediğinde, yasaca korunan durumu çiğnediğinden, ağırlaştırıcı neden ona uygulanacaktır. Üstelik madde şeylerin belli türünü değil, kamunun ve dolayısıyla o kamunun içinde yaşayan failin güvencesine bırakılmış bir şeyi çalmayı cezalandırdığından, o şeyin türünde yanılmadan da söz edilemeyecektir (170).



-
- (167) 2. CD. 21.121949, 12034/12755 (Akdoğan - Köseoğlu, s. 149).
 (168) 6. CD. 20.3.1962, 1188/1290 (Akdoğan - Köseoğlu, s. 147).
 (169) 6. CD. 30.1.1960, 3980/1048 (Akdoğan - Köseoğlu, s. 148).
 (170) Manzini, s. 163.

ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİ (*)
(II)

Yazan : Dr. H. BECKER

Çeviren : Dr. Suat DURA ()**

Madde 367 (BK. 359)

4 — Ayıptan sorumluluk:

a — Ayıbın tesbiti :

İsmarlayan, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan gidişine göre imkânını bulur bulmaz eserin durumunu muayene etmek ve muhtemel ayıpları üstenciye bildirmekle yükümlüdür.

İki tarafın her biri, giderleri kendisine ait olmak üzere, eserin bilirkışı aracılığı ile muayene ettirilmesini ve durumun bir raporla tespitini istemeye yetkilidir.

Dayanaklar : aOR 37; E 05 ve 09 1412; BGB 633; HGB 381; Zü 1576.

I — Genel olarak

- 1 Satım sözleşmesindeki gibi, eser sözleşmesinde de genel, süreli bir ihbar borcu vardır. Yasa bir muayene borcundan söz etmektedir. Fakat, satımdaki gibi, muayene sadece ihbar borcunun yerine getirilmesi için bir araçtır ve bu nedenle ayıp ihbarının yapılması için uygun sürenin belirlenmesinde, işlerin olağan gidişine göre ne kadar süre içinde muayene işlemi yapılabileceği dikkate alınmalıdır. (karş. md. 201 açıkl. Nr. 1 vd., bilhassa Nr. 1, 3, 11, 15).

II — İhbar Süresi

- 2 1. **B a ş l a n g ı c ı :** İsmarlayan, eseri ilk defa teslimden sonra muayene ettirmek zorundadır : İhbar süresi teslim

(*) YD., Cilt : 9, Sayı : 3, Temmuz - 1983'den devam.

(**) **Yargıtay 13.HD. Başkanı.**

ile başlar. Teslim, sözleşmeyi ifa niyeti ile ısmarlayanın tasarruf selâhiyetine vermektedir. (Bern Fz 2 Nr. 37 = BJV 41 248 f). Şu hâlde önemli olan üstencide böyle bir niyetin hâkim olup olmadığı ve ısmarıyanın hâl ve şartlardan bu niyetin varlığını anlaması gerekir gerekmediğidir. Burada ifanın gerektiği gibi t a m (kusursuz) olup olmadığı bir rol oynamaz (Bern ZB JV 41 249). Yeni bir inşaat için anbalajlı olarak direkler teslim edilmiş ve bunların üstenci tarafından yerinde daha cilâlanması gerekli ise, ısmarıyan, tereddüt hâlinde üstencinin akdi ifa etmek istediğini kabul etmekle zorunlu değildir, ve bu nedenle direkler cilâlanmadan önce bir teslim yoktur (Bern JB JV 35 388). Aynı şekilde ısmarlayanın kendi arsası üzerine yapılmış bir eseri henüz tamamlamadan kullanmaya başlaması da keza teslim olayının yerine gelmesi demek değildir (BG in R 18 64 Nr. 38). Buna karşılık ifa olarak eserin tasarrufu altına bırakılması, ısmarlayan hazır olmasa da bir teslimdir : Onun yokluğu ihbar ödevinin başlangıcının sonraya bırakılması için yeterli değildir (karş. md. 201 Nr. 16). Müşterek bir deneme yapılması kararlaştırılmış ise, ihbar borcu ancak bu denemenin yapılması ile başlar (RG in R 15 60 Nr. 41). Yapılan eserin niteliğine göre şekli bir teslim mümkün değil ve bunun yerine geçecek iki tarafın birlikte bir eylemi de gerçekleşmiyor ise, (Örneğin, ısmarlayana ait bir arazide bir eser inşa etmede veya onarım yapmada «tesellüm» ile), üstencinin görülebilir şekilde işini tamamlanmış saydığı ve ısmarlayanın eseri kullanabileceği an teslim olarak kabul edilir (Zürich, BLZÜ R 19 290 Nr. 192).

- 3 2. S ü r e : İsmarlayan eseri «işlerin mutata gidişine göre imkân doğar doğmaz» muayene etmeli ve ayıplar bulunduğu anda bunları derhal üstenciye bildirmelidir. Satımdaki gibi, muhtemel mahallî âdetler burada esas olmaz. Aynı şekilde ısmarlayanın işletmesinin bireysel durumu da esas olarak alınmaz. Tüccarlardan ve sanayicilerden nisbeten küçük bir zümrenin, anlaşmalar veya benzeri şeklide üstenciye zarâra sokmamaları için mahallî âdetler dışta tutulmuştur (karş. Hafner, aOR md. 357 açıkl. 3). Bu itibarla önemli olan, işlerin mutata gidişine göre muayene yapılmasının hangi anda mümkün olacağıdır : Mutat iş gidişi düzenli ve özenli yönetilen bir işletmedeki gidiştir. Tabiiyle bu kural, bir tüccara veya fabrikatöre uygulanan sert ölçünün aynen özel bir kimseye veya ziraî bir işletmeye uygulanma-

masına engel olmaz (karş. Stockar, Zschw R 25 63; BG Nr. 36). Fakat tek bir ısmarlayanın özel alışkanlıklarının dikkate alınması imkânı da yoktur. Yukarıda evvelce işaret olunduğu gibi, esas itibariyle ihbar süresinin uzunluğu, muayene süresinin uzunluğuna bağlı olduğundan, her olayda dikkatli bir iş adamının yapmayı âdet edindiği muayene için zorunlu hazırlıkların dikkate alınması gereklidir. Boyama için iplik veya kumaş veren bir toptancının, eğer bu husus önemli ise, boyamanın yıkanma niteliğini muayene için, nümune üzerinde yıkama denemesine girişmesi beklenebilir. Buna mukabil, malın görünüşüne bu yüzden zarar gelecektse, örneğin, parlaklığını kaybederse ve ısmarlanan miktara göre nümune olacak parça iktisadî bakımdan önemli ölçüde değer arz ediyorsa, küçük bir tüccardan böyle bir denemede bulunması beklenebilir; böyle bir olayda ısmarlayan müşterilerinden şikâyetler gelinceye kadar ayıp ihbarı için beklemek hakkına sahiptir. Ayıpların anlaşılabilmesi için çok sayıda denemeler gerekiyorsa, ısmarlayana bunun için gerekli zaman verilmelidir. Örneğin, bir buhar kazanını deneme için. Bir kaç defa denemeden sonra anlaşılabilen ayıplar, bazı durumlarda kapların yetersiz kalınlığı gibi, gizli ayıp değildir ve bu yüzden ısmarlayan uygun bir süre içinde yeter sayıda deneme yapmak zorundadır. Diş tekniği ile ilgili işlerde kullanmaya alışmak ve sağlamlığını denemek için zorunlu olan zaman tanınmalıdır (Pra. 10 270 Nr. 124 - BGE 47² 215 vd.).

- 4 İhbar süresinin devamı hakkındaki yasa hükümleri, ayıp ihbarına ait bütün tanzim tarzı gibi, t a m a m l a y ı c ı h u k u k niteliğindedir. Bundan dolayı tarafların açık veya dolaylı anlaşmaları ile d e ğ i ş t i r i l e b i l i r. Dolaylı değiştirmeye örnek olarak, derhâl muayenenin ısmarlayan için özel ve önemli şekilde r i s k l i olması gösterilebilir: Bunun için, Örneğin, yeni bir inşaat için gerekli alçı kabartmalar teslim ile değil, âksine bu suretle bunlar gereksiz yere hasara maruz bırakılmamaları için, önce paketlerin açılıp çıkarılmasından sonra muayene edilmelidir. (Bern ZB JV 35 588). Diğer taraftan tek taraflı bir süre tayini yeterli değildir: Bu ancak karşı taraf açıkça veya zımnen onaylarsa bağlayıcı olur (karş. keza Stockar 65). G a r a n t i vermekle genellikle ihbar süresi uzatılamaz. Çünkü, tereddüt halinde, üstenci için daha az olan yükümlük kabul edilmelidir (somut dava durumuna göre değil, teorik olarak daha az). Bu yüzden ihbar sü-

resi için değil, zamanaşımı süresi için uzatma kabul edilmelidir: Garanti süresi içinde ortaya çıkan bütün ayıplar ihbar edilebilir. Fakat ihbar, ayıp bulunduktan sonra derhâl yapılmalıdır (BGE 24² 602; Pra. 1 168 Nr. 66; BG in R 17 8 Nr. 8; Zürich. BLZÜ R 5 98 vd. Nr. 85; Aagan in R 23 120 Nr. 49 ve JZ 10 89 Nr. BO; Bern JZ 6 46 Nr. 13; Başka, St. Gallen JZ 3 9 Nr. 10). Fakat münferit bir olayda tarafların iradesi değişik olabilir: Bu durumlarda söz konusu özellik (bir çatının sağlamlığı) yalnız devamlı gözlemler aracılığı ile tesbit edilebiliyorsa (böyle Thurgau JZ 10 308 Nr. 274) ve böyle gözlemler ısmarlayandan önemli ara vermelerle beklenebilirse durum böyledir. Ne varki bir ihbar süresi uzatması asla sağlam esasa dayanan bir sebep olmadan kabul edilemez. Çünkü aksi takdirde üstenci haksız olarak zarara uğratabilir.

- 5 Üstenci, ayıp ihbarının gecikmesi definden vazgeçebilir. Hatta dolaylı olarak, Örneğin, ayıpların giderileceğini kabul ederek: Fakat b a z ı ayıpları düzeltmeye söz vermek, henüz gecikmenin ileri sürülmesinden genel olarak vazgeçme niteliğinde değildir (karş. HG Zürich, BLZÜ R 5 132 Nr. 113).

6 III — Ayıp İhbarı

Satım sözleşmesindeki gibi, eserin ayıp dolayısıyla kusurlu olduğu beyanı ve ayıpların genel olarak bildirim zorunludur (BG Zürich, BL HE 18 287; Waadt JZ 15 245 Nr. 163 ve md. 201 düşünc. Nr. 17 vd.). Bununla birlikte satım sözleşmesi örneği gereğince, ısmarlayan tarafından muhakkak ayıpların nedenlerinin de belli edilmesi istenemez. Özellikle nedenlerin tesbiti için özel meslekî bilgiye ihtiyaç varsa ve ısmarlayan bunlara sahip değilse böyledir. Çünkü ısmarlayan muayene için bilhassa bir meslek adamını yanına almaya doğrudan zorunlu değildir (BGE 46² 37). Bununla birlikte bu yön istisna'î olarak somut durumlara göre zorunlu görülebilir. Örneğin, Meslekten olmayanların da yapabileceği mutad muayene usulünün icrası halen mümkün değilse veya eserin özel niteliğine göre (Örneğin, çok karışık bir makine) ya da eserin ekonomik önemine nazaran (Örneğin, bir Chalet karş. Pra. 1 168 Nr. 66) bir uzman getirilmesi usulden ise ya da eserin bir kısmı her ihtiyatlı iş adamında muhakkak şüphe uyandıran ve onun bir uzman getireceği derecede çok ağır ve meslekten olmayan bir kimse için de anlaşılabilir olan ayıplara sahip ise böyledir (BL HE 16 316 vd.).

7 İhbar için yasa özel bir şekil emretmemiştir. Bundan dolayı aksi kararlaştırılmamış ise, ayıp ihbarı, yazılı ya da sözlü (Waadt JZ 15 245 Nr. 163), olabileceği gibi dava açmak suretiyle de yapılabilir (St. Gallen JZ 39 Nr. 11).

8 IV — Bilirkişi Yolu İle Olayın Tesbiti

Her iki tarafın, eserin bilirkişi aracılığı ile muayenesini ve durumun bir raporla tespitini istemeye hakkı vardır. Bu hüküm bir ihusu sîh u k u k hükmüdür. Tespit özel yargılama usulü şartlarına bağlanmamıştır. Bundan ötürü bilirkişi aracılığı ile muayenenin yapılması için ne delil tehlikesinin ispatına, ne de iddia olunan hakların çekişmeli olmasına ihtiyaç vardır. Bu nedenle, bu suretle durumun tespiti, ayıp ihbarı ortaya atılmadan önce de istenebilir. Bu yön, Örneğin, kullanılması çok zor olan bir eserde önemlidir: Burada üstenci, esasında eserin niteliğine uymayan kullanmadan da doğan ayıplardan ileri gelen şikâyetlere karşı, kendisini teslim ile aynı zamanda bilir kişi incelemesi yaptırmakla koruyabilir.

9 Yasa sarahaten muayenenin r e s m î makam tarafından tayin edilmiş bir bilirkişi aracılığı ile olması gerektiğini söylemiyor. Fakat yasadan çıkan anlam, muayenenin yalnız resmen tayin edilmiş bilirkişi aracılığı ile yapılacağıdır: Eser sahibi sadece böylelerine girişe ve deneme yapılmasına izin vermeye zorunludur. «Talep etmek» kelimesi de nezdinde istekte bulunulacak tarafsız bir makamı işaret etmektedir.

10 Bilirkişi incelemesinin yapılması giderlerini istekte bulunan taraf öder. Çünkü bu onun kendi korunması için icra edilir. Bu yüzden eseri daha önce teslim eden üstenci, eserin muayenesi için el konulması dolayısıyla meydana gelen zararı ısmarlayana tanzim etmeye mecburdur.

11 Taraflardan birisinin, karşı tarafın zilyetliğinde bulunan bir eseri bilirkişi marifetiyle b i r d e n ç o k muayene ettirimiyeceği bir sorundur. Kanımca, bunun için önemli bir yarar bulunuyorsa buna olumlu cevap verilmelidir. Örneğin, ilk bilirkişi heyeti olay hakkında oy birliği hâlinde değilse veya ilk muayeneden sonra eserde düzeltmeler yapılmışsa böyledir.

12 Resmî bilirkişi aracılığı ile inceleme, ısmarlayanın ayıplara ilişkin muayenede noksan olan uzmanlığını karşılamayı

da sağlar. Bu yüzden resmî bir bilirkişi incelemesi isteyen ısmarlayan, ayıp ihbarında bulunmak zorunluğunda olmayıp, onun sonucunu bekleyebilir (Oser, Komm. md. 367 açıkl. 2 lit. b) : Resmî bilirkişiler, onun kusuru olmadan, olayın tespitini veya raporun tebliğini geciktirsek de, ısmarlayanın ayıp ihbarı geç kalmış değildir.

- 13 Resmî bilirkişi incelemesine y o l a ç m a bir taraf için b o r ç değil h a k t ı r, (Baselstadt JZ 6 271 Nr. 309; BGE 47² 217).

Madde : 368 (BK. 360)

b. Ayıp halinde ısmarlayanın hakkı

Eser, ısmarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa, ısmarlayan eseri red edebilir ve üstencinin kusuru varsa tazminat isteyebilir.

Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise, ısmarlayan ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirme yapabilir veya üstenciye aşırı masrafı mucip olmadığı takdirde, eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteyebilir.

ısmarlayanın arsasında inşa edilen ve niteliği gereğince ancak aşırı zararlı kaldırılacak eserlerde, ısmarlayan sadece bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen haklara sahiptir.

Dayanaklar : aOR E 05 ve 09 1413; BGE 633/37; Ö 1167; ZÜ 1579/82,

1. Genel olarak

Bu madde, üstencinin ayıp için tekeffül borcunu düzenler. Satımdaki gibi, ısmarlayan ayıp dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma (fesih) ve ücretin indirilmesi ve bundan başka düzeltilmesini talep hakkına sahiptir. Ayrıca kusur varsa tazminat da isteyebilir. İkinci fıkrada anılan talep hakları s e ç i m l i k olarak ısmarlayana aittir. Ne hâkim ve ne de üstenci onu seçim hakkı konusunda sınırlayamaz (Genf R 23 73 vd. Nr. 27). Bu nedenle üstenci ayıpların giderilmesi için eserin kendisine geri verilmesini isteyemez. Meğer ki bu isteğin reddi hakkın kötüye kullanılması olarak ortaya çıksın.

- 2 Bu talep haklarının ısmarlayana tanınması t a m a m l a y ı c ı hukuktur. Bundan dolayı ısmarlayan, hile ve ağır ihmâl dolayısıyla tazminattan vazgeçme durumu söz konusu değilse, önceden bu hakkından vazgeçebilir (BG in BLZÜ R 6 36

vd. bilhassa 40 Nr. 34). Diğer hakların hariç bırakılarak üstencinin ihtar olunan ayıbı düzeltmesi yükümüne ilişkin anlaşma, kısmî bir vazgeçmedir. Vazgeçme delâlet edici bir tavırla da meydana gelebilir: Örneğin, ısmarlayan, üstencinin emrine hazır bulundurduğunu açıkladığı eseri, buna rağmen kullanırsa veya eserde esaslı değişiklikler yaparsa veya bir başkasına devir ederse, bunlar fesihden vazgeçme demektir. Ne varki fesih hakkında vazgeçme henüz ücretten indirmeden veya tazminattan vazgeçmeyi kapsamaz (BG in 16 130 vd. Nr. 89).

3 II — Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı

Eser, ısmarlayan için ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle, kullanılamaz ise ya da bundan başka eseri kabul etmesi ondan beklenemez ise sözleşmeyi ortadan kaldırma (kabulden kaçınma) caizdir. Ayıpların tam olmayan, hatalı ifaya dayanması şarttır. Doğru sipariştten dolayı ısmarlayanın kendisi sorumludur (BG in R 19 17 Nr. 9). Fakat burada hâl ve şartlar gerektiriyorsa, üstencinin ısmarlayana uzmanca tavsiyesi ile yardım etmek ve onun uygun olmayan emirlerini önlemek mükelefiyeti hesaba katılmalıdır (karş. md. 364 düşünce. Nr. 2 ve md. 369 Nr. 1 vd.).

4 Eserin ayıplar nedeni ile, kararlaştırılmış amaç için kullanılabilir olup olmadığı sorunda, esas itibarıyla, satımdaki gibi, aynı düşünceler geçerlidir (karş. md. 205 düşünce. Nr. 5 vd.). Eğer ayıplar düzeltilebilir ise, kural olarak kullanılmazlıktan söz edilemez. Eserin yalnız bir kısmı, Örneğin, sözleşmenin konusunu oluşturan bir geminin buhar kazanı, kullanılmaz ise ve yerine başkası konulabiliyorsa, bu kural özellikle uygulanır. Burada kazanın kullanılmaz olması nedeni ile bütün geminin kabulünden kaçınılması imkânsızdır (BL HE 16 317).

5 Hakkaniyete göre kabulün ısmarlayandan beklenip beklenilemeyeceğine ilişkin sorunda, kısmin satımdaki aynı görüşler uygulanmalıdır. Buna göre önemli vadeler (garantiler) yerine getirilmemiş ise, Örneğin, bir buhar makinesinin vaad edilen su sarfiyatı önemli ölçüde aşıyorsa (karş. BLZÜ R 2 115 vd. Nr. 97 deki hâdise ve orada Wächter'in düşünceleri 118) kabulden kaçınma haklıdır. Keza üstenci ısmarlayanın önemli talimatlarına kabaca ehemmiyet vermiyor

ise, Örneğin, ilân sayfasındaki yeri kesinlikle tayin edilmiş bir iş ilânı değişik bir yere konmuş ise, (BLZÜ R 115 326 Nr. 196), üstenciden istenen düzeltme işi, Örneğin, matem elbisesi ismarlayanın artık ihtiyacı kalmadığı zamana kadar geciktirilirse (Waadt JZ 9 304 Nr. 282), ya da eserin önemli bir kısmının ayıplı olarak ifası ile ayıbın giderilmesi talebi hakkında üstencinin muhalefeti aynı zamanda olmuş ise (BL HE 317 vd.) hüküm aynıdır. Fakat satım sözleşmesinin âksine, eser sözleşmesinde, taşınır eser teslimi üstencisinin (Lieferant) iş şartları genellikle büyük rol oynamaktadır: Bir mobilya tüccarı, çatlama dolayısıyla kusurlu bulunan bir büro veya ev mobilya takımını başka suretle satmak için, bunu özellikle ismarlayan için imâl etmiş bir marangozdan daha müsaait durumda olur. Bu nedenle sözleşmeyi ortadan kaldırma marangoz için daha ağır sonuçlar yaratır ve sadece olağan üstü olaylarda uygundur (karş. Kaufvertrag und Werklieferungsvertrag im Arch f ziv - Pra. 109 334). Bununla birlikte, bu gibi durumların ayrı olarak satım âkdiinde de meydana geldiği ve göz önünde tutulduğu itiraf edilmelidir (karş. md. 205 düşünce Nr. 9).

6 Ayıbın henüz teslim esnasında veya ilkin daha sonra ortaya çıkması kabülden kaçınma hakkı için önemsizdir. Şu şartla ki zaman aşımı karşılanabilsin (BG in JZ 3 242 Nr. 737).

7 İsmarlayanın arsası üzerinde inşa edilen eserlerde kabülden kaçınma hakkı sınırlıdır. Ancak, kaldırılması üstenci için oranısız (aşırı) zarar getirmeyecekse, kabülden kaçınma caizdir. Neyin aşırı zarar olarak kabul edileceği konusunda, her iki tarafın çıkarları dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir makine fabrikası yanlış kuruluş dolayısıyla üstencinin onu işletmeye sokmaya cesaret edemeyeceği derecede tehlikeli ve ayıplar inanılır şekilde düzeltilemeyecek ise, bu takdirde kabülden kaçınmaya izin vardır. (kaldı ki, bu durumda ücretten indirme çok büyük olacağı için, üstenci yönünden de bu yol mâlî bakımdan uygun olamazdı. karş. BG in R 13 18 Nr. 19).

8 Satımdaki gibi burada da çok sayıda eserin ismarlanmasında, bir tek eserin ayıplı yapımının ismarlayana diğer eserlere ait sözleşmeden de dönme yetkisini verip vermeyeceği sorunu çözülmelidir: Bu konu hâl ve şartlar gereğince üstencinin, diğer eserleri doğru şekilde yerine getirme

iktidarına sahip olduğu ve bunu istediği kabul edilip edilmeyeceği esas alınarak çözülmelidir (BLZÜR 5 23 vd. Nr. 20).

9 III — Ücretin İndirilmesi

Ücretin indirilmesine ilişkin prensipler, satım sözleşmesindeki gibidir (karş. md. 205 düşünc. Nr. 15-18).

10 IV — İslaha (Düzeltilmeye) İlişkin Hak

Bu hak, gereği gibi ifaya dair özel bir talep hakkıdır. Bundan, üstencinin sorumlu olduğu halde, düzeltmeyi red ederse, ısmarlayanın ifa çıkarlarının tazmin edilmesini isteyebileceği sonucu çıkar (Pisko, *Gevährleistung — Nichtserfolungs— und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafterware*, Wien, 1921 26 vd.; karş. keza JZ 15 297 Nr. 198).

11 İsmarlayan, üstenciye eseri ıslah ettirmek hakkına düzeltme nisbetsiz masrafara sebebiyet vermeyecek ise, sahiptir. Bu istisna, Örneğin, yabancı memleketten çok önce getirilen makinede mahallin ustaları tarafından büyük masraf yapılmadan düzeltilebilen bir ayıbın çıkması halinde tahakkuk eder. Eser, ıslah (düzeltme) için geri verilirse beklenmeyen hallerden doğan tehlike ve zararlar tekrar üstenci üzerine geçer (Stockar, Zschw 25).

12 Ayıp kolaylıkla ortadan kaldırılamayacak ise, tabiatıyla düzeltme talebinde bulunmak imkânsızdır. Fakat eser kullanmaya elverişli değilse ısmarlayan, ayıp dolayısıyla sözleşmeyi kaldırmayı istemek yerine, ifa edilmesinde ısrarda edebilir. Ve bu hâlde ayıplı eseri ifa etmeme olarak geri verir ve akde uygun olan bir başka eserin teslimini ister.

13 V — Tazminat

Sözleşmeyi ortadan kaldırma, bedelin indirilmesi veya düzeltme talebi haklarının y a n ı n d a tazminat istenebilmesi için üstencinin kusurunun bulunması şarttır (kusur kavramı için md. 364/Bk. 356 açıkl. Nr. 2'ye). Burada aranan kusurun, ayıp veya sözleşmeye aykırılık ile illiyet bağı bulunmalıdır. Fakat kusurun varlığını (satım sözleşmesindeki aksine, md. 208/BK. 203) ısmarlayan ispatla yükümlüdür. Çünkü bir eserin ayıplı olmasından doğan ve yukarıda anılan hukukî sonuçlar eser sözleşmesine ait hükümlerde çok geniş ola-

rak düzenlenmiştir. Ve bu suretle burada 97. /BK. 96 madde-deki karine uygulama olanağı bulamaz (Bern JZ 10 Nr. 38; bunun için satımda da âksi açıkca tayin edilmek zorunluydu). Tazminat davasının şartı, zamanında yapılmış bir ayıp ihbardır. Çünkü aksi takdirde ayıplar onaylanmış sayılacaktır (Bern JZ 2 Nr. 39).

VI — İspat Yükü

Satımdaki gibi, eserin sözleşmeye uygunluğu kabul edii-medığı sürece bunu ispat yükü üstenciye aittir. Fakat kabul-den s o n r a, ayıpların mevcut olduğunu ısmarlayan ispat etmekle yükümlüdür. Bedelin ödenmesi için açılmış olan da-vada ısmarlayan kendisini ancak ayıpları ispat ile kurtarabilir, eserin sözleşmeye uygunluğuna sadece itiraz yeterli değildir (karş. Bern ZBJV 44 416 = JZ 5 200 Nr. 56; ayrıca md. 197 düşünc. Nr. 19 vd.).

Madde : 369 (BK. 361)

e. İsmarlayanın sorumluluğu.

Üstencinin açıkca bildirdiği uyarımlara rağmen, ısmarlayan ese-rin icrası hakkında verdiği emirler veya diğer yollarla ayıplara kusu-ru ile sebep olmuş ise, eserin ayıplı olması halinde ısmarlayana ver-i-len haklar düşer.

Dayanaklar : aOR 359; E 05 ve 09 1414; BGB 635

1. Genel olarak.

Genellikle üstenci eseri s ö z l e ş m e y e u y g u n s u r e t t e yerine getirirse sorumluluktan kurtulur. Ne var-ki ısmarlayan, uzman olmayan taraf olarak, amaca aykırı emirler verirse üstencinin uzman sıfatıya ısmarlayana ihtisası ile yardım etmesi (karşl. md. 365 açıkl. Nr. 11 vd.) ve onu uyar-ması gerektiği düşüncesi de önemlidir. Uyarma a ç ı k o l a r a k yapılmalıdır. Öyleki bundan, üstencinin korkulan za-rarlardan doğan sorumluluğu red ettiği kesinlikle anlaşılabil-melidir (karş. Genf JZ 10 333 Nr. 283; BGE 26² 586 = R 19 17 Nr. 9).

1. II — Alt Üstenci

Alt üstenci, üstenciye karşı, üstencinin ısmarlayana karşı olduğu gibi, aynı hukukî durumda bulunmaktadır. Alt üstenc-

ci, üstenciye karşı kendisi tarafından üzerine aldığı eser için aynı uyarma borcuna sahiptir. Bundan ötürü makina fabrikatöründen, belli makina parçalarının yapılması işini almış olan bir atölye, imâl ettiği parçaların makinenin diğer kısımları ile olan birleştirilmesinin doğru olup olmadığı ile ilgilenmek zorunda değildir. Ancak, Örneğin, emredilen malzemenin yumuşaklığı dolayısıyla imâl edilen parçalar tecrübe nazaran hatalı ise, ona aksini öğütlemekle yükümlüdür (Ham madde imaiâtçılarının saat fabrikatörlerine karşı yükümlerine ilişkin Neuenburg JZ 6 238 Nr. 296). Şu hâlde yeni bir binanın kalârifer tesisatını üzerine almış olan kimse, kalöriferin faydalı surette kurulmasından sorumludur ve ocak, kazan ve boruların belirli genişlikleri yetersiz ise, ısmarlayıcıyı uyarmak zorundadır. Ancak binanın, böyle bir ısıtma tesisatını elverişsiz yapan ayıplara sahip olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Madde : 370 (BK. 362)

d. Eserin onaylanması.

Teslim edilen eser ısmarlayan tarafından açıkça veya zımnen onaylanır ise, tesellüm esnasında ve usulüne göre yapılan muayenesinde tanınmayan yahut üstenci tarafından kasden saklanmış ayıplar söz konusu olmadıkça, üstenci sorumluluktan kurtulur.

ısmarlayıcının kanunen öngörülen muayene ve ihbarı yerine getirmemesi, zımni onaylama kabul edilir.

Eserdeki ayıplar ilk defa sonradan meydana çıkarsa, ihbar, bulunmadıkça derhal yapılmalıdır. Aksi takdirde eser bu ayıplar bakımından da onaylanmış sayılır.

Dayanaklar : aOR 360/61; E 05 ve 09 1415; Cc français 1791; Cc İtal. 1638; BGB 640; Zü 1577.

1 I — Genellikle

Eserin ayıpları için tekeffül borcu satım sözleşmesi hükümleri örnek alınarak düzenlendiğinden, söz konusu prensipler eserin onaylanması hakkında da uygulanır. Bu kurallar, bu maddede tekrar ediliyorlar.

2 II — Onaylama

Onaylama açık veya zımni olabilir. Açık onaylama, Örneğin, eserden kıvanç duyulduğunu açıklayan bir yazı ile, Zım-

nî onaylama, Örneğin, ayıpların bilinmesine rağmen eserin değişikliğe tâbi tutulması ile veya belirli ayıpların sonuçları üzerinde anlaşma (burada, tereddüt halinde, ısmarlayanca bilinen öteki ayıpların onaylanması vardır) ya da yasadaki özel hüküm dolayısıyla, zamanında ayıp ihbarı yapmamak sureti ile. Onaylamanın hukukî sonuçları, hâl ve şartlara göre muayene için bir uzmana baş vurulması gerekli idiyse söz konusu ayıpların yalnız bir uzmanca anlaşılabilir nitelikte olduğunda da meydana gelir (karş. md. 367 açıkl. Nr. 6; genel olarak Pra. 1 168 Nr. 66).

3 III — Gizli Ve Kasten Saklanan Ayıplar

Onaylama gizli ayıplara ilişkin değildir. Üstencinin kasten söylemediği açık ayıplar gizli ayıplara eşit tutulmuştur. Kasten saklamadan ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır: Saklama için özel hilelermi gereklidir (md. 210/BK. 207'deki gibi) veya satılan hakka ilişkin tekeffüldekine benzer bir tefsire mi gidilmelidir (md. 192/III BK. 189/III)? Mad. 192 III/BK. 189 III'deki durum kendine özei niteliktedir. (karş. md. 192 açıkl. Nr. 17) ve bu yüzden burada dikkate alınmaz. Kanımca md. 210/BK. 207 unsurları ile de burada esaslı fark mevcuttur: Orada zaman aşımı süresinin uzatılması, burada ise esasında kısa olan ihbar süresinin uzatılması söz konusudur. Bu nedenle uzun bir sürenin uzatılmasının, tamamen kısa bir sürenin uzatılmasına nazaran daha sert koşullara bağlanması işin niteliğine uygundur. Bundan dolayı 210. maddenin sert şartları öyle kolaylıkla 370. maddeye uygulanamaz. Bu yüzden «kasten aldatma» ile «kasten saklama» birbirine uygun gelmezler. 199. (BK. 196) madde ile bağdaşık olarak, üstenci kendisince bilinen ve öğrendiği takdirde ısmarlayanın ihbarsız bırakmayacağını kabul etmek zorunluğunda olduğu ayıpları saklarsa, «kasten saklama»nın unsurları tamamlanmış demektir (âksi görüş, Fick, Komm. md. 370 açıkl. 14 ve BL HE 15 165). Buna karşılık üstenci hâl ve şartlara göre (piyasa durumu, sıkı şahsî ilişkiler vs.) ısmarlayanın ayıpları öğrenmesi hâlinde dahî bunlara aldırmayacağını ümit edebilecek ise saklama kasten değildir. Üstenci kasten saklama ile yetinmez, âksine ısmarlayanı ayıpların varlığı üzerinde yanıtacak tedbirler almışsa, bu takdirde sadece ihbar süresi değil aynı zamanda OR 371/BK. 363'deki zamanaşımı süresi de uygulanmaz (karş. BL HE 16 216).

4 **Gizli ayıp** hâlinde ihbarın bulma dan sonra derhâl, yapılması zorunludur. Şu hâlde, Örneğin, ısmarlayanın ilk önce müşterilerin şikâyetleri ile nazarı dikkati çekildiği ayıplarda, söz konusu şikâyetlerin gelişinden hemen sonra (BL HE 18 288), azar azar ortaya çıkan ayıplar, Örneğin, yeter derecede kurumamış, tahtaların eğilmesi, henüz ilk izlerin ortaya çıkmasında değil, fakat ancak iş hayatında önemli sayılacak şekilde belirlenmiş ise ihbar edilmelidir (Schaffhausen JZ 10 14 vd. Nr. 3). Fakat bir ayıbın varlığının öğrenilmesi her zaman yeterli olmayabilir. Bazan ayıp çeşitli nedenlere dayanabilir. Öyle ki, bunlardan çeşitli sorumluluklar meydana gelir : Beyazlatılan bir el işi işleminin sararması, kumaşın ayıplarına (Örneğin, bazı renklerin ağarmaması) veya uygun olmayan makine yağının kullanılmasına, ya da beyazlatma işindeki kusurlara dayanması gibi. Böyle bir olayda ısmarlayana nedeni tespit ettirmesi için gerekli zaman bırakılmalıdır. Çünkü bu durumda düşüncesizce ilgililerden her hangi birine karşı harekete geçmesi kendisinden istenemez. İhbar süresinin, garanti verilmesi ile uzatılıp uzatılmayacağı sorunu hakkında, karş. md. 367/BK. 359 düşünce. Nr. 4.

Madde : 371 (BK. 363)

e. Zamanaşımı.

Eserin ayıpları nedeniyle ısmarlayanın haiz olduğu talep hakkı, alıcının benzer hakları gibi zamanaşımına uğrar

Bir taşınmaz inşaatının ısmarlayanının, eserin muhtemel ayıpları dolayısıyla talep hakkı ise, hem üstenciye ve hem de inşaat amacı ile hizmette bulunmuş mimar veya mühendislerle karşı teslim alma tarihinden itibaren beş senenin geçmesi ile zaman aşımına uğrar.

Dayanaklar : a OR 362; E 05 ve 09 1416; ExpK. 9 3 ff.; Botsch 05 41; Botsch 09 28; Sten Bull Nat R 1909 708 ve 714; St R 1910 228; Cc français 1792; Cc İtal. 1639; BGB 638/3.

1. Satımdaki gibi zamanaşımı.

Bu maddede, eserin ayıplarına dayanan hem sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ücret indirimi taleplerine hem de eserin düzeltilmesi ve tazminat haklarına ait zamanaşımı söz konusudur (Basalstadt R 26 115 f. Nr. 60; BGE 11 367 ff., 17 312 ff., BL HE 16 216). Şu hâlde bu taleplerin hepsi hakkında 210. madde uygulanır. Ayıp gizli olduğu halde dahi böyledir. Diğer taraftan başka sebeplerden doğan tazminat talepleri,

Örneğin, geç teslim veya ifa olunmamasından doğanlar, genel kısım zamanaşımı hükümlerine tabidir (OR. md. 127 vd. BK. 125 vd.). Satımdan doğan taleplerin zamanaşımında olduğu gibi, 371. maddedeki zamanaşımı, kesen ve durduran sebeplerin tesirine tabi, gerçek manada bir zamanaşımı olup, hak düşürücü süre değildir (değişik görüş Expk 9. 111 09 4). En geniş ölçüdeki taleplerin ileri sürülmesi suretiyle zamanaşımının kesilmesi, daha az olan talebe ait zamanaşımını da keser. Sözleşmeyi ortadan kaldırma isteğine ait kesilen zamanaşımı, ücreti indirme talep hakkına da şâmilidir. Fakat bir tazminat talebinin karşılık dava yoluyla ileri sürülmesi sadece zararın bir kısmı değil, bütün zarar karşılık dava ile dermeyen edildiği takdirdedir ki, düzeltmeye ilişkin talep hakkını da korur (RC in Ziv. 85 365 Nr. 80). Burada da zamanaşımı süresi sözleşme ile kısaltılabilir veya uzatılabilir.

2 Zamanaşımı süresi, 210. maddeye uygun olarak, eserin teslimi ile başlar. Bir eser sözleşmesinin konusunu bir çok tamiratlar oluşturuyor ise, tereddüt hâlinde, zamanaşımı süresi bütün tamiratların bitirilmesi ile başlar (BLZÜ R 5 99 Nr. 85). Uygulamada yasa metni hilâfına böyle hâllerde teslimine benzer bir eylem bulunmaması nedeniyle zamanaşımının ancak masraf hesabının bildirilmesi ile başlayacağı görüşü, savunuldu (BL HE 15 164). Bu yorumda doğru olan, zamanaşımının ilkin üstencinin belirlenen iradesine göre görevinin bitmiş sayılacağı anda başlayacağıdır. Bu irade şüphesiz hesabın tebliği ile de ifade edilebilir. Fakat bu daha önceki işlemlerden de anlaşılabilir. Örneğin, çalışma gereçlerinin kaldırılması gibi.

3 Bir garanti süresi anlaşması, satım sözleşmesindeki aynı önemde olabilir (karş. md. 210 açıkl. Nr. 2). Tereddüt halinde, bu anlaşma zamanaşımı süresinin uzaması anlamındadır (karş. md. 367 açıkl. Nr. 4). Garanti süresinden vazgeçilebilir. Üstelik ziraat de, Fakat zamanaşımı süresinin cereyanından önce ücretle ilgili hesaplama, tereddüt hâlinde, henüz bir vazgeçme yoktur (St. Gallen JZ 3 9 Nr. 12).

4 II — Bir Taşınmaz İnşaatının Ayıplarından Dolayı Zamanaşımı

1. Esasen satım sözleşmesi hükümlerine atıf, Borçlar Kanununun değiştirilmesinden beri (md. 219 gereğince)

bir binanın ayıplarından dolayı zamanaşımı süresinin beş yılla çıkması sonucunu yaratırdı. Fakat değiştirilen Borçlar Kanunu daha ileri gidiyor. Yalnız, eser sözleşmesinde doğan ayıplarla bağlantılı talepler değil, aynı zamanda vekâlet ve hizmet akitlerinden mimar ve mühendis karşı haklar da aynı zamanaşımı süresine bağlı kılındı. Bu suretle inşaat sahibine danışmanlık eden veya başkaca hizmet gören mühendis veya mimarın, artık üstenciye rücu etme haklarının zamanaşımına uğradığı bir tarihte inşaat sahibi tarafından kavuşturmaya uğramaları yasaklanmak istenmiştir: Örneğin, inşaat sahibinin hem üstenciye hem de mimara karşı tazminat talebinde bulunabileceği hallerde, inşaat denetimini kusurlu yaptığından veya imar mevzuatını dikkate almadığından dolayı mimar aleyhine dava açılmasında (Botsch 09 28).

5 İnşaat sahibinin, üstenciye ve mimara karşı talep hakları değişik hukukî sebeplere dayandığından aralarında teselsül mevcut değildir (Fransız ilmi eserlerinde hâkim görüş de böyle, Dalloz N Cc Art. 1792 Nr. 174 vd.). Bu yüzden ilk dava olunanın ikinci borçluya rucuan baş vurabilmesi için inşaat sahibinin talep haklarının temlikine ihtiyaç vardır (tıpkı ayıplı olduğu anlaşılan bir evin alıcısı, akde dayanarak üstenciye ya da mimara karşı harekete geçmek istediğinde de temlik gerektiği gibi: Genf, in R 20 79 Vd. Nr. 45).

6 2. Bir taşınmaz inşaatın varlığı gerekir. Toprağın içine doğru inşa edilen eserleri buraya girer: Toprağa girmiş belirli bir önemde taşınmaz yapılar (Bern JZ 4 132 Nr. 41) (Bern JZ 15 297 Nr. 198). Yüksek ve alçak yapılar, yani evler, köprüler, yollar, icabı halinde su tesisatları (aynı, Fick. md. 371 Nr. 19; söz konusu durumlar için menfi cevap: Bern in R 27 37 Vd. Nr. 14 = ZBJV 44 143 vd. = ZJ 4 132 Nr. 41). Büyük bir su tesisi de bir inşa eseri olabilir: Bunlar sadece bir taşınmaz üzerinde bir çalışma teşkil etmezler, aynı zamanda taşınmaz karşısında biraz bağımsız inşa eserleridir (Fransız Doktrini de böyle, Difon, 13 Mayıs 1962, Dalloz NCc Art. 1972 Nr. 53; değişik Kober, Staudinger, Komm. 638 açıkl. 5 lit e). Buna karşılık, ikinci derecede önemil yapılar (Örneğin, küçük bir bahçe evi, küçük bir duvar) yasanın bu hükmü içine girmezler: Bunlar günlük hayatın dil alışkanlığı anlamında «inşaat eseri» değildirler ve onlardaki ayıplar kaide-ten normal zaman aşımı süresi içinde meydana çıkabileceğin-

den 371. maddenin genişletici şekilde yorumuna ihtiyaç yoktur. Bu görüş, münferit işlerin (Örneğin, alt üstenci tarafından) veya bina şeklini değiştirmenin ya da tamiratların 371. maddeye girip girmeyeceğini tayinde de önem haizdir. **M ü n f e r i t i ş l e r** bakımından, bunlar binanın esaslı kısımlarına ilişkin Gros Ouvraga'e dahil iseler soru olumlu cevaplandırılmalıdır (karş. RG in Ziv. 57 380; Dalloz NCc md. 1792 Nr. 46 vd.). Örneğin, bütün duvar işleri, doğrama işleri, çilingir işleri, yeni bir binanın çatı kaplaması işi, bir sokağın kaldırılmanması (Dalloz NCc 1792 Nr. 94), bir su tesisatı inşaatının boru tesisatı (Dalloz, NCc 1792 Nr. 67). Esaslı bir değişiklik meydana getiren bina **t a d i l â t l a r ı** 371. maddeye tabidirler. Örneğin, bir evin iş yerine, bir ahırın garaja, hafif araçların geçmesi için kurulmuş bir köprünün tramvay için köprü haline değiştirilmesi gibi. Yeni kullanma tarzı dolayısıyla bu şekildeki her değişiklik inşa eserini yeni tehnelere uğratabilir ve yeni kurma veya yapmanın yeterli olup olmadığının incelenmesi yeni bir binada yapılan muayeneden daha kolay değildir. Diğer taraftan **t a m i r l e r** kural olarak daha kolay kontrol edilebilir. 371. maddedeki uzun zaman aşımı süresi yalnız «esaslı tamirat» denilen işlere, yani eski esaslı kısımların yenilenmesi söz konusu olan tamirlere uygulanır. Örneğin, yanmış bir çatının yerine yenisini yapma, fakat bir evin yeniden boyanması, inşaat eseri kavramına dahil değildir (karş. BL HE 14 331 keza).

(SÜRECEK)

**ARSA PAYI KARŞILIĞI BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA
SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLE BİÇİMİ (*)
(III)**

Bilâl KARTAL ()**

**D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M
SÖZLEŞMENİN BİÇİMİ**

Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinin konusu, taşınmaz mülkiyetinin devri veya devrinin vaadedilmesi olduğundan, biçimi önem taşımaktadır.

Sözleşmenin düzenlendiği çeşitler konusunu (25) incelerken, orada da açıkladığımız gibi, yapılacak bağımsız bölümlerin karşılığı olan arsa payları tapu ile yükleniciye devir edilmişse, biçimle ilgili fazla bir sorun söz konusu olmamaktadır. Eğer arsa üzerinde kat irtifakı kurulamamış veya kurulmuş olmasına karşın paylar veya bağımsız bölümler yükleniciye devir edilmemiş, inşaatın yapımına karşılık devredileceği koşulluna bağlanmış olması gibi durumlarda karşımıza biçim sorunu çıkmaktadır.

Bu bölümde, yüklenici ile iş sahibi arasında düzenlenen ve henüz üzerinde kat irtifakı veya mülkiyeti kurulmamış olan, kurulmuş olsa dahi tapu ile yükleniciye devredilmemiş paylarla ilgili sözleşmeler ve ayrıca, yüklenicinin henüz mülkiyetine geçirmediği paylarının üçüncü kişilere satışının vaadedilmesi halinde, biçimle ilgili ortaya çıkan sorunları inceliyeceğiz.

1 — Yüklenici İle İş Sahibi Arasındaki Sözleşmenin Biçimi

a) **Genel Olarak :** Arsanın taşınmaz olması nedeniyle, payların devrinin vaadedilmesi sözleşmesinin MK.nun 634, BK.nun 213,

(*) YD., Cilt: 9, Sayı: 3, Temmuz-1983'den devam.

(*) **Yargıtay 14.HD. Tetkik Hâkimi.**

(25) İkinci Bölüm. s. 9-14. (Bkz. YD. 1983/1-2, s. 103 vd.) (YD.).

Tapu K.nun 26 ve Noterlik K.nun 89. maddesinde öngörülen biçimde yapılması gerekir. Bu düzenleme biçimidir. Sözleşme belirtilen biçimde düzenlenmezse, geçerli sayılmamakta ve hukuki sonuç doğurmamaktadır. Düzenleme biçiminde tanzimi öngörülen bu sözleşme, tapu dairesi veya noterdeki yetkililerce düzenlenmediği takdirde geçerli olmayacaktır. Bu konuda fazla bilgi için daha önceki açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz (26).

Noterlik Kanununun 84. maddesinde, düzenleme biçiminde yapılması öngörülen işlemlerde uyulması gereken kurallar belirtilmiş, 89. maddesinde de düzenleme biçimine tabi sözleşmeler sayılmıştır. Bazıları maddede öngörülen biçimin değiştirilmediğini (27), bazıları da maddedeki biçimin geçerlilik koşulu olduğunu (28) belirtmektedirler. MK.nun 611/2. maddesinde, mirasın taksimi için normal yazılı biçim koşulu yeterli görülmüşken, Noterlik K.nun 89. maddesinde düzenleme biçiminde yapılması gerektiğinin belirtilmesi ile ilgili olarak yargıtay, MK.nun 611/2. maddesine göre, yapılan yazılı taksim sözleşmesinin geçerli olup, Noterlik K.nun 89. maddesinin MK.nun 611/2. maddesini değiştirmedeği sonucuna varmıştır (29).

Yargıtay'ın bu kararında, Noterlik K.nun 89. maddesi ile, MK. ve BK.daki biçimle ilgili hükümlerinin değiştirilmediğinin belirtilmek istendiği kanısındayız. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundaki hükümler ile Noterlik Yasasındaki kurallar arasında bir paralellik de sözkonusu olmaktadır. Konumuz olan sözleşmede genellikle satış vaadi şeklinde düzenlendiğinden, tekrardan kaçınmak için, satış vaadi ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz (30). Yargıtay kararlarında da (31) sözleşmenin düzenleme biçiminde yapılması kararlılık kazanmıştır.

Acaba, geçerliliği belli bir biçim koşuluna bağlı tutulan sözleşmenin kaldırılması yine aynı biçim koşuluna mı bağlı olacak? Sözleşmenin kaldırılmasında uygulanacak biçimle ilgili İsviçre BK.

(26) Birinci Bölüm. s. 7-9.

(27) Tandoğan H. Harahasan, Kocayusufoğlu : Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İst. s. 244.

(28) Aytekin, Postacıoğlu : A.g. Semp. s. 246.

(29) İBK. 26.11.1980 gün ve 1980/3-4 s.

(30) İkinci Bölüm : Satış Vaadi: s. 11 ve dv. (Bkz. YD. 1983/1-2, s. 105 vd.) (YD).

(31) Örnek olarak, Yrg. 15.HD.nin 26.4.1978 gün ve 978/82-893, 27.4.1981 gün ve 981/1739-2078 ile 24.4.1978 gün 978/3-4 sayılı İBK.

nun 115. maddesi Borçlar Kanunumuza alınmamıştır. BK.nun 12. maddesi, sözleşmenin değiştirilmesini düzenlenmesinde öngörülen aynı biçime bağlı tuttuğuna göre, ortadan kaldırılmasında biçime bağlı tuttuğuna göre, ortadan kaldırılmasında biçime bağlı olduğu belirtilmiştir (32).

Yargıtay konu ile ilgili bir kararında, bir işlemin yapıldığı sırada uyulan biçimden daha az güvenceli bir biçimle değiştirilemeyeceğini, bu nedenle sözleşmenin noterde yapılmasından sonra, tarafların satış parasını artırdıklarına dair yaptıkları ilave geçersizdir. Çünkü bu bir ispat biçimi değil, geçerlilik koşulu olduğu sonucuna varmıştır (33)

Aslında, belli bir biçime bağlılığı öngörülen sözleşmenin değiştirilmesi ile, kaldırılmasının biçime bağlılığı sorunu farklı şeylerdir. Bu tür bir sözleşmenin değiştirilmesi, yeni bir sözleşme niteliğinde olacağından, biçime bağlılığının zorunlu olacağını kabul etmek gerekirse de, sözleşmenin kaldırılması veya feshi, yasada öngörülmemiş durumlarda biçime bağlama zorunluğu olmayabilir. Bu durum çoğu kez, sözleşmenin çözüldüğü iradesinin karşı tarafa iletilmesi ve genelde bir ispat vasıtası olarak kendini gösterir.

b) Kapsam Ve Hükümleri : Sözleşme ile varılmak istenen en son hedef, kat mülkiyetine ulaşmadır. Başka bir deyişle, yerde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamışsa, sözleşme ifa edilebilir aşamasına gelmemiş olacaktır. Bundan dolayıdırki, Kat Mülkiyeti Yasasının yürürlüğünden sonra bu sözleşme ile büyük bir iş olanağı doğmuştur.

Henüz kat mülkiyeti yasası çıkarılmadan duyulan gereksinmelere cevap verebilmek için, 9 Ocak 1954 tarihinde 2644 sayılı Tapu K.nun 26. maddesi 6217 sayılı Yasa ile değiştirilerek MK.nun 753. maddesi de göz önünde tutularak, «... gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşaa edilecek binanın muayyane bir katından veya dairesinden yahut müstakilen istimale elverişli bir bölümünden münhasıran istifadesini temin gayesiyle... irtifak hakkı tesisine veya tesis vaadine mütedair resmî senetler tapu sicil muhafızları tarafından tanzim edilir...» kuralı getirilmişti. Bu hükümle, hukuki anlamda kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulabileceğini yahut da kurulmasının vaadedilebileceğini kabul etme olanağı yoktur.

(32) Tunçomağ, Kenan : Borçlar Hukuku Dersleri: Cilt: I, s. 171.

(33) HGK.nun 30.3.1974 gün ve E. 1969/1-1257, K. 308.

Çünkü, MK.nun 619. maddesi, bağımsız bölümler ve bu bölümler üzerinde ayrı mülkiyet hakkı tesisine engeldir. Zaten Tatbikat Kanununun 39. maddesinde MK.nun yürürlüğe girmesi ile bu tür hakların tesis edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Kat mülkiyeti yasası olarak da adlandırılan (34) söz konusu kanunun bu maddesi ile, MK.da yer almış olan irtifak haklarının kuruluşu ve tescili konusunda başvurulması gereken biçim koşulu düzenlenmiştir. Yoksa bağımsız bölüm mülkiyetinin kurulması veya vaadi öngörülmüş değildir. Maddede, «... müstakilen istimale elverişli bir bölümden münhasıran istifadesini temin gayesiyle...» derken, bu husus açıkça ifade edilmiştir. Bunun bağımsız bir mülkiyet hakkı veya bu hakkın tesisine yönelik vaad olmadığı yargı kararları ile de doğrulanmıştır (35). Bundan dolayıdır ki Kat Mülkiyeti Yasasının çıkarılması zorunluğu doğmuştur.

Konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için, kat mülkiyetinin niteliği ve kuruluş biçiminin kısaca açıklanmasında yarar vardır.

Bilindiği gibi, Kat Mülkiyeti Kanunu 23.6.1965 tarihinde kabul edilip, 2.1.1966 gününde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 3/1. maddesinde kat mülkiyeti, «arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerde bağlantılı özel bir mülkiyettir» biçiminde tanımlanmıştır. Bunun bağımsız gerçek bir mülkiyet olduğu belirtildiği gibi (36), paydaşların özel mülkiyetinin bağımsız bölümlere yerleştirilmiş kendine vergi bir egemenlik hakkı veren birlikte müşterek mülkiyet payı şeklinde de nitelendirilmiştir (37).

Bize göre kat mülkiyeti, mutlak manadaki mülkiyet hakkından ve tek başına sahip olunan veya paylı mülkiyetten daha farklı, kullanılması sınırlandırılmış, kendine özgü özel kurallara bağlı bir mülkiyet hakkıdır.

Kat Mülkiyeti Yasasında, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulmasında yakın bir benzerlik görülmektedir. Kat irtifakının, yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının bölümleri üzerinde kat mülkiyetine esas olmak koşulu ile, arsa sahibi veya sahipleri tarafından kurulabileceği Kat Mülkiyeti Yasasının 1/2. mad-

(34) Velidedeoğlu, H.V. - Esmer : Gayrimenkul Tasarrufları, İst. 1956, s. 634-635.

(35) Yargıtay İc. İflas D. 9.4.1954 tarih ve 1462-1858.

(36) Oğuzman, K. İst. H.F.M. Cilt. XXV, sayı: 1-4, s. 177-179, Reisoğlu, S: Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı: Ank. 1966, s. 23,32.

(37) Sungurbey, İ. Medeni Hukuk Eleştirileri: İst. 1970, s. 125,128.

desinde belirtildikten sonra, aynı yasanın 14. maddesinde kuruluş biçimi, 12. maddesinde ise kuruluş için gerekli olan belgeler tek tek sayılmıştır. Belgelerin ibrazı ve tapu memurunun resmi sözleşmeyi düzenlemesi ile kat irtifakı kurulmuş olmaktadır. Kanunun 13/1. maddesinde, «tapu memuru... resmi sözleşmeyi düzenler» hükmündeki «resmi» sözcüğünün fazla olduğu kanısındayız. Çünkü resmi sığfa haiz tapu sicil muhafızının res' en düzenlediği sözleşmenin adi bir sözleşme veya belge olması düşünülemez. Bundan da anlaşılacağı üzere, kat irtifakının kurulması, idarî nitelikte olup tapu dairelerince düzenlenecek, yargı yoluyla kat irtifakının kurulmasına karar verilemeyecektir (38).

Kat irtifakının kurulmasından sonra, arsa üzerindeki yapı kat mülkiyeti yasasında öngörülen kurllara uygun olarak tamamlanmışsa, kat irtifakı sahiplerinden birinin talebi ile, (KMK. 14/son md.) şayet önceden kat irtifakı kurulmamışsa tüm maliklerin yazılı istemi üzerine kat mülkiyeti kurulabilecektir (md. 12). Tabii ki taleplerine KMK.nun 12. maddesinde yer alan belgelerin eklenmesi zorunludur.

Kat mülkiyetinin kurulması da idari nitelikte olup, yargı yoluyla kurulmasına hükmedilemez. Ancak ortaklığın giderilmesine konu edilmiş yapı, kat mülkiyetine çevrilmeye elverişli ve ortaklardan biride bunu isterse mahkemece kat mülkiyetinin kurulmasına karar verilebilecektir. Bunun dışında yargının müdahalesi ancak yasanın 25 ve 26. maddelerinde öngörülen koşullarda söz konusu olabilecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, noterlerin ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleyip, irtifak hakkı tesisi veya bunun tesisine ilişkin vaadlerin tapu sicil muhafızları tarafından tanzim edileceği yani noterlerin irtifak hakkını veya tesisi vaadini düzenleyemeyecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır.

c) Yargıtay'ın 24.4.1978 Tarihli ve 1978/3-4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı : Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinin biçimi hakkında yeterli bilginin verilebilmesi için, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin nitelik ve kurulması ile ilgili kısa açıklamalardan sonra, konuya bilimsel bir açıdan çözüm getirmiş bulunan Yargıtayın, İBK'nın da eleştirilmesinde büyük yarar ve zorunluk vardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Tapu K.nun 6217 sayılı Yasa ile 26. maddesinde yapılan değişiklikte, irtifak hakkı

(38) Yargıtay 5. HD.nin 12.1.1981 gün ve E. 980/10227, K. 981/5.

veya bu tür hakların kuruluşuna yönelik vaadlere ilişkin sözleşmelerin ancak tapu memurlarınca düzenlenebileceğini, noterlerin bu tür haklarla ilgili sözleşmeleri yapamayacaklarını, bu madde yoluyla MK.nun 753. maddesine getirilenin kat mülkiyeti yasasında öngörülen anlamda bir kat irtifakı olmadığını belirtmiştik (39). Yasadaki bu açık anlama karşın, uygulamada farklı sonuçlar doğuracak yargı kararları ortaya çıkmıştır. Yargıtay bazı kararlarında (40), Kat Mülkiyeti Yasasının yürürlüğe girmesi ile, kat irtifakı veya kat mülkiyetine ilişkin olarak noterlerin satış vaadi sözleşmesi düzenleyemeyecekleri, bu yetkinin tapu sicil muhafızlarına ait bulunduğu, diğer bazı kararlarında ise (41) noterlerin bu tür sözleşmeleride yapabilecekleri belirtilmiştir. Bunun üzerine, özellikle konumuz olan sözleşmenin biçim ve niteliği ile ilgili geniş açıklamalar getiren İçtihadı Birleştirme Kararının verilmesi zorunluğu ortaya çıkmıştır.

Kararda, Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ana taşınmazda, henüz kat irtifakı yada mülkiyeti kurulmadan önce bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak noterlerce düzenlenen kat irtifakı veya kat mülkiyeti satış vaadi sözleşmesinin geçerli bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu sözcüklerden, noterlerinde kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kuruluşuna yönelik satış vaadi sözleşmelerini yapabilecekleri anlamı çıkarılmamalıdır.

Kararla iki konu açıklığa kavuşturulmuştur. Birincisi; sözleşmenin konusu, ikincisi sözleşmenin biçimi ile ilgilidir.

Sözleşmenin konusu ile ilgili olarak, yerde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş ise, Kat Mülkiyeti Kanununa göre, her bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanacağından, bu tür bir yerin satışı veya satışının vaadedilmesi taşınmazların tabi olduğu kurallar gereğince noterlerce yapılacak sözleşme geçerli olacaktır.

«Ana taşınmazda henüz kat mülkiyetinin yada kat irtifakının kurulmadığı bir evrede, bağımsız bölümün devri için, satış vaadi sözleşmesi yapılmasına eşya hukuku ve BK. yönünden engel bir hüküm bulunmamaktadır. Kuşkusuz kat mülkiyeti veya kat irti-

(39) Dördüncü Bölüm: Sözleşmenin Kapsam ve Hükümleri, s. 32-33.

(40) Örnek olarak, Yargıtay 14. HD.nin 11.4.1974 gün ve E. 966, K. 968, HGK.nun 2.2.1974 gün ve 1972/1-676 E. 85 K. sayılı.

(41) 13.HD.nin 22.3.1974 gün ve E. 701, K. 683, HGK.nun 13.10.976 gün ve 1975/13-108 E. 2617, 16.6.1977 gün ve 1976/4-1781 E. 200 K.

fakı tapu kütüğüne tescil edilmediğinden aynı hak olarak tapuda satım veya başkası adına tescili mümkün değildir. Fakat asıl satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak taraflar arasında borçlandırıcı bir ilişki kuran bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi bu halde de yapılabilir. Sözleşme yapma vaadi bir sözleşme olarak genellikle sözleşmeler hakkındaki hükümlere bağlıdır... Konumuzdaki bağımsız bölüm satış vaadi, yasalara aykırı olmadığı gibi, objektif anlamda imkansız da değildir... Satış konusunun ifa zamanında var olması veya satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir..Çünkü satışı vaadeden yüklenicinin inşaatı bitirmesi, taşınmaza tek başına malik ise kendisinin kat mülkiyetini kurması... taşınmazda ortak paydaşlar varsa onlarla anlaşarak kat mülkiyetini kurması bağımsız bölümü alıcıya satması olanağı bulunduğundan, objektif imkansızlık yoktur. Kat irtifakı içinde durum böyledir.»

«Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkışı görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan, bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir. Çünkü Kat Mülkiyeti Kanununun 3. maddesinin 2. bendi gereğince, arsa payı kat mülkiyetine konu olan ana yapının değerinin bağımsız bölümün değerine olan oranıyla belli edilmek gerekir. O nedenle bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi, başlangıçta arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak, eş değışle arsa payı gösterilerek veya gösterilmeksizin de yapılabilir.»

Yukarıya aktarılan paragraflardan da anlaşılacağı üzere, sözleşme konusunun belirli olması şart olmayıp, belirtilebilir durumda bulunması yeterli kabul edilmiş ve ifa sırasında ifa edilebiliyorsa, imkansızlık sözkonusu olmayacağından sözleşmenin geçerli olacağı sonucuna varılmıştır. Sözleşme ile vaadedilen, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulması olmayıp, bağımsız bölümlere özgü arsa paylarının satışdır. Hatta bu bölüm, bilirkışıye baş vurulmak suretiyle de saptanabilecektir. Bu konuda daha önce sözleşmenin unsurları ve satış vadinin niteliği bahsindeki açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz (42).

Bu kararın kabulünden sonra yargıtay, yerde kat mülkiyeti yada kat irtifakının kurulmadığı durumlarda bile arsa payına

(42) Birinci Bölüm : s. 3 ve dv. İkinci Bölüm : s. 16 ve dv. (Bkz. YD. 1983/1-2, sh: 98 vd., sh: 103 vd.) (YD.)

hükmedilmesinde sakınca olmadığını belirtmiştir (43). Ancak bu karar, arzu edilmediği halde satın alanın yerde müşterek pay sahibi kılındığı belirtilerek eleştirilmiştir (44).

Kararın, KMK.nun 10/son maddesi karşısında bir uyumsuzluk getirmediği ancak, ön alım hakkının kullanılması durumlarında ise doğacak sakıncaları gideremediğini belirtmekle yetinelim.

İkinci olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında sözleşmenin biçimi üzerinde durulmuştur.

«... Henüz kat mülkiyeti yada kat irtifakı kurulmadan bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesiyle satış vaadinde bulunan ileride kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulması sonucu malik olacağı bağımsız bir bölümün satım sözleşmesini yapmayı borçlanmaktadır. Burada bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sözkonusu olduğundan 1512 sayılı Noterlik K.nun 60. maddesinin 3. bendi gereğince bu işlemi noterler yapmaya yetkilidirler... Sözü edilen satış vaadi sözleşmesinin KMK.nun 10-14. maddelerinde düzenlenmiş olan kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurma işlemi sözleşmesiye bir ilgisi ve benzerliği yoktur. Bunlar şekil bakımından olduğu kadar esas ve konu yönündende farklı ve ayrı işlemlerdir... Şu halde satış vaadi sözleşmesi KMK.nun 10 ve onu izliyen maddelerinde düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden, bunun KMK.nun 10, 13 ve 14. maddelerindeki şekle bağlı olduğu hiçbir yönden kabul edilemez.»

Demek ki bazı Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, sözleşme kat irtifakı ya da kat mülkiyetinin kurulması vaadi olmayıp, bağımsız bölümün satışı vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyi noterlerde düzenleyebilirler. Sözleşme, 2644 sayılı Tapu K.nun 26. maddesinde belirtilen bir irtifak hakkı tesisi veya vaadi niteliğinde değildir. KMK.nun yürürlüğe girmesi ile bu maddede belirtilen ve 6217 sayılı Yasa ile getirilen MK.nun 753. maddesindeki uygulamaya yönelik bu değişikliğin etkisini yitirdiği kanısındayız. Bundan dolayıdır ki, sözleşmenin bağımsız bölümleri satışından ayrı bir anlama gelecek şekilde kat irtifakı yada kat mülkiyetinin kurulması vaadi olarak düzenlenmesi hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. Çünkü kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kuruluşu idarî bir işlem olup, bu vaadde dayanılarak kurulması da istenemeyecektir.

(43) Yargıtay 14.HD.nin 8.4.1980 gün ve 980/844-1970.

(44) Recai Saraç: Aynı karardaki muhalefet şerhi.

Bunun kuruluşuna yanaşmıyan hakkında ancak, MK.nun 25 ve 26. maddeleri uygulanabilecektir. Eğer sözleşmenin yorumundan bağımsız bölüm satışının vaadedildiği çıkarılabiliyorsa, yerde kat irtifakı veya mülkiyeti de henüz kurulmadığından arsa payının tes-ciline hükmedilecektir. Sözleşmeyi tapu sicil muhafızıda düzenle-se, bağımsız bölüm satışı vaadini içeren bir amaç yoksa, kat irti-fakı yada kat müelkiyeti kuruluşunun vaadedilmesi sonuç doğur-mayacaktır. Yargıtay'ın «noterlerin kat mülkiyeti ya da kat irti-fakı kurma vaadlerinde düzenlemeye yetkili buldukları sebe-biyle... düzenledikleri arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşme-si geçerlidir (45), sözlerinden bağımsız bölüm satışının vaadedildi-ğini anlamak gerekir.

2 — Yüklenici İle Üçüncü Kişi Arasında Düzenlenen Arsa Paylarının Devrine İlişkin Sözleşmenin Biçim Ve Hükümleri

Yükleniciye, konumuz olan sözleşme ile devri öngörülen arsa paylarının adına tescili yapılmadan üçüncü kişiye devrinde uygu-lanacak biçim koşulu üzerinde durmak gerekir. Bunun için BK.nun 163. maddesinde öngörülen yazılı biçimin yeterli olduğu ka-bul edilmektedir. Satış vaadi yoluyla satın alan tarafın hakkında, kişisel bir alacak olduğundan devrinin geçerliliği için yazılı biçim yeterlidir (46). Yargıtay'ın eski kararlarında da bu hakkın devri-nin resmi biçim koşuluna bağlı olmadığı belirtilmiştir (47).

Bu kararlı uygulamaya karşın, satış vaadi sonucu elde edilen alacak hakkının devrinin taşınmazla ilgili olması halinde MK.nun 634, BK.nun 213, 2644 sayılı Tapu K.nun 26. maddesinin bir gereği olarak resmi biçimde yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiş-tir (48).

Kanımızca, satış vaadi sözleşmesi ile doğan kişisel hak veya alacağın üçüncü kişiye devrinde yazılı biçim yeterlidir. Bu sözleş-menin geçerliliği, bu hakkı doğuran aşıl sözleşmenin varlığına bağ-lı olduğuna göre, yeniden resmi biçimde yapılmasına gerek yok-tur. Yine sözleşme ile elde edilen kişisel hak olduğundan, taşın-mazlarda ilgili olsa BK.nun 163. maddesinde belirtildiği üzere, ya-zılı biçim yeterlidir.

(45) Yargıtay 15.HD.nin 27.10.1981 gün ve 981/1739-2078.

(46) 14.HD.nin 27.11.1980 gün ve 1980/4060-5746.

(47) 1.HD.nin 7.7.1972 gün ve 1972/5518-5162, 26.12.196 gün ve 1969/9736-7733 ile 26.10.1972 gün ve 1972/8687-6986 sayılı kararları.

(48) 14.HD.nin 1. maddedeki kararında karşı oy açıklaması, Gürsel M.

Bu duruma göre yüklenicinin, iş sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesi sonucu, kendisine devri vaadedilen arsa paylarını üçüncü kişilere devrederden resmi biçime başvurmaya gerek yoktur. Normal yazılı biçim yeterlidir.

B E Ş İ N C İ B Ö L Ü M

BİÇİME UYULMAMASININ SONUÇLARI

Genel kural, sözleşmenin geçerliliği belli bir biçim koşuluna bağlanmışsa bu biçime uyulmadan yapılan sözleşmenin hukuki sonuç doğurmayıp geçersiz olacaktır. BK.nun 11/2. maddesinde bu kural açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna ilişkin yargı kararları da mevcuttur (49).

Biçime uymamanın yaptırımını, sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmakla beraber, derecesinin ne olduğu tartışmalıdır (50).

Klasik görüşe göre, biçime uymamanın yaptırımını mutlak butlandır.

Modern görüş ise, işlemin resmi biçime bağlı tutulmasının amacından hareket eder. Buna göre; tarafları daha dikkatli düşünmeye sevkedip çıkarlarının korunmasıdır. Bundan şu sonuçlar çıkmaktadır (51).

- Genel olarak biçime aykırılığı sadece taraflar veya onların külli halefleri ileri sürebilir.
- Hâkim biçim noksanlığını res'en gözönünde tutamaz. Üçüncü kişilerde bunu ileri süremezler.
- Biçim noksanlığı ileri sürünceye kadar sözleşmedeki hükümler, geçerli bir sözleşmede olduğu gibi sonuç doğururlar.
- Hükümsüzlüğü iyiniyet kurallarına aykırı olarak ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağından hâkim tarafından nazara alınmaz.
- Her iki tarafça sözleşmenin ifa edilmesinden uzun zaman sonra hükümsüzlük ileri sürülemez. Çünkü böyle bir iddia, iyini-

(49) 14.HD.nin 7/7/1981, 1981/978-5070, 6.4.1981, 1981/2227-2513.

(50) Akipek, G.J. Türk Eşya Hukuku: İkinci kitap, Ank. 1973, s. 107.

(51) Akipek : a.g.e., s. 107.

yet kurallarına aykırı olarak ileri sürülmesi sonucunu doğurur ve yasa hükmü karşısında dinlenme olanağından yoksun kalır (52).

Aslında biçim noksanlığına dayanmanın hangi hallerde, hakkın kötüye kullanıldığı sonucunu doğuracağını, yanların çıkarlarında gözönünde tutarak her olayın özelliğine göre hâkim tarafından değerlendirilecektir. Ancak şu hallerde böyle bir iddianın veya savunmanın objektif iyiniyet kuralına aykırı olacağı kabul edilmektedir (53).

a) Sözleşmede öngörülen edimler yerine getirildikten sonra, biçimle ilgili kurallara uyulmadığını nileri sürülmesi.

b) Sözleşmedeki biçim eksikliğini bilerek böyle bir tehlikeye katlanan, ya da bu eksikliği kendi yararı için istiyen sonradan bu noksanlığa dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi dinlenmez (54). Eğer biçim noksanlığı bulunan sözleşme ifa edilmiş, yani tescil yapılmışsa, bu eksikliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılacak ve dinlenmeyecektir. Ancak henüz tescil yapılmamışsa, Federal Mahkemenin önceki kararlarına göre, artık tescil istenemeyecek, sadece olumsuz zararın tazmini istenebilecek. Mahkemenin yeni kararlarında, biçim eksikliğine karşın sözleşmenin batıl sayılmasına ilişkin iddia dinlenilmezse, sözleşmenin ifası veya ifa etmemekten dolayı olumlu zararın tazmini istenebilecektir (55).

İlerdeki sayfalarda eleştirisini yapacağımız Hukuk Genel Kurulu'nun yeni bir kararı (56) dışında Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında belli ve kesin kurallar yerine, her olayın özelliği gözönünde tutularak biçim eksikliği iddiasının iyi niyete dayanması halinde dinlenmeyeceği kabul edilmektedir.

Eğer biçim eksikliğine karşın satın alan adına tescil yapılmış ve böylece sözleşme ile kararlaştırılan edimler karşılıklı ifa edilmişse, bunun biçim koşuluna uymadığı iddia edilerek terkinin istenmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmekte ve bu isteme geçerlilik tanınmamaktadır. Yine tescil işiemi yapılmadan edimlerin ifa edilmesi halinde, biçim noksanlığına rağmen tescil talebine karşılık ileri sürülen biçim eksikliği savunmasının iyi

(52) Karahasan: a.g.e., s. 312.

(53) Tandoğan : a.g.e., s. 176.

(54) Akipek : a.g.e., s. 108.

(55) Tandoğan, H.: a.g.e., s. 177.

(56) Yargıtay HGK.nun 9.6.1982 gün ve 1979/15-1613 E. 1982/565 K.

niyet kuralları ile bağdaşmaması nedeniyle dinlenmeyeceği hususu, olayın özelliğine göre sonuca bağlanmaktadır.

Konumuz olan sözleşmelerle ilgili bulunmayan alalade taşınmaz satış vaadinde, biçim eksikliğine ilişkin yapılan savunma, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmeyip, sözleşme geçersiz kabul edilerek taraflar verdiklerini geri isteyebilmektedirler (57). Ancak konumuz olan arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmelerinin, yasada öngörülen biçimde düzenlenmemiş oımlarına karşın taraflarca karşılıklı olarak sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek edimler ifa edilmişse, tescil istemine karşı biçim eksikliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilip kabul edilmemektedir. Konuya getirdiği açıklık nedeniyle, Yargıtay'ın kararlarını aktarmakta yarar vardır :

- Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin hükümleri tümüyle yerine getirilmiş ve söz konusu dairenin anahtarı satın alana teslim edildiğine göre, tescil istemine karşılık biçim noksanlığının ileri sürülmesi iyi niyet kurallarına aykırı düştüğünden dinlenemez (58).

- Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinin resmi biçimde yapılması, sözleşmenin geçerliliği için yasal bir zorunluluktur. Olayda sözleşme düzenleme biçiminde değilde imza onayı yoluyla yapılmıştır. Ancak taraflar bu sözleşmeye geçerlilik tanınarak borçlarının çok büyük bir kesimini karşılıklı olarak ifa ettikleri (yüklenici inşaatı tamamlayıp arsa sahibine düşen daireleri teslim etmiş, iş sahibide yükleniciye düşen beş bağımsız bölümden depo hariç, diğerlerinin arsa paylarını yüklenici ve satın alan üçüncü kişilere devretmiş) anlaşıldığına göre, tarafların sözleşme hükümleri ile bağlı olduklarının kabulü gerektiği, bu nedenle biçim noksanlığı savunmasının MK.nun 2. maddesinde düzenlenen objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından dinlenemeyeceği belirtilmiştir (59).

- Normal yazılı biçimde düzenlenen arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine uygun olarak yüklenicinin inşaatı tamamen yapması, böylece tarafların sözleşme ile kendilerine düşen edim-

(57) Yarg. 14.HD.nin 4.6.1981 gün ve 1981/2227-2513, 2.7.1981 gün ve 1981/4692-4644, sayılı kararları.

(58) 15.HD.nin 27.2.1980 gün ve 1980/333-462 sayılı.

(59) 15.HD.nin 11.12.1980 gün ve 1980/419-2649.

leri tamamen yerine getirmeleri nedeniyle, geçersiz olan sözleşmeye geçerlilik kazandırmış olacaklarından, arsa sahibinin sözleşmenin biçim eksikliğinden dolayı geçersiz olduğu yolundaki savunmasına değer verilmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz (60).

• İnanç sözleşmesi ile ilgili bir kararda, taraflar haricen anlaşarak taşınmazı ihaleden biri adına satın almışlar ve tapuda adına tescilde yapılmıştır. Harici sözleşmenin sonucu olarak normal yazılı bir sözleşme ile de, taşınmaz bedelini adına tescil edilen ödünecek, diğer tarafta bu taşınmaz üzerine inşaat yapacak, inşaat bedeli ve taşınmaz değeri saptanacak, borçlu-alacaklı durumunun saptanmasından sonra daireler taraflar arasında eşit olarak paylaşılacaktır. İnşaatın gecikmesi ile çıkan uyuşmazlık üzerine, inşaatın yapımını yüklenen aradaki sözleşme uyarınca taşınmazın 1/2 payının adına tescilini istemiştir. Yerel mahkeme, sözleşmenin yasada öngörülen biçim kurallarına uygun yapılmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Yargıtay, taraflar arasında düzenlenen anlaşmanın bir inanc sözleşmesi olduğunu varlık ve kapsamının inkar edilmediğini, bu nedenle istemin kabulüne hükmetmiştir (61).

Yargıtay'ın bu yerleşmiş olan uygulamasına karşın, Hukuk Genel Kurulu yeni bir kararında, sözleşmenin feshi halinde hükümlerinin ileriyemi-geriyemi etkili olması gerektiği sorununun çözümü tartışma konusu iken, «... davacının... fesih istiyebilmesi, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır.» diye öncelikle biçim sorunu üzerinde durulması gerektiği belirtilerek, «Gerçekten bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri, yada devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılması MK.nun 634, BK.nun 213 ve Tapu K.nun 26. maddeleri uyarınca, tapu sicil muhafızı tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Yasasının 60. maddesi buyruğuna göre noterlerce res'en düzenlenmesine bağlıdır. Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü burda öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlilik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedendirki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtay'ca doğrudan doğruya [res'en] gözönünde» tutulacağı sonucuna varmıştır (62). Bu karara konu olan olayda, taraflar arasında düzenlenen arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, noterlikçe res'en

(60) 15.HD.nin 28.4.1978 gün ve 1970/376-908 sayılı.

(61) Yargıtay 14.HD.nin 24.11.1981 gün ve 1981/5910-6806 sayılı ve yine aynı dairenin 7.4.1981 gün ve 1981/1336-2582 sayılı kararlar.

(62) HGK.nun 9.6.1982 gün ve E. 1979/15-1613, K. 1982/565 sayılı.

düzenlenmemiş, sözleşme dışarıda yazılıp noterlikçe imzalar onanmıştır.

Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararda ayrıca, «... olayımızda sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlarda, taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. Hal böyle olunca MK.nun 2. maddesinde ifadesini bulan, afakî iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir» şeklinde bir sonuca varılmıştır.

Yukarıdaki alıntılardan da anlaşılacağı üzere, kararlar varılan sonuçta dayanılan gerekçeler arasında çelişkiye düşüldüğü kanısındayım. Şöyleki; sözleşmenin yasada öngörülen biçimde yapılmamasından dolayı mutlak butlanla malûl olup yok sayıldığını, bu nedenlerle taraflarca ileri sürülmeden mahkemece hatta yargıtayca hatta yargıtayca dahi res'en gözönünde tutulabileceği, olaya iyiniyet kuralının uygulanamayacağı belirtildikten sonra, iyiniyet kuralının, «ancak sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerli» olacağı açıklanmıştır.

Mutlak butlanla malûl olan bir sözleşmenin veya işlemin sonradan şu veya bu şekilde geçerli olması olanağı yoktur. Doğmamış bir işleme sonradan şu ya da bu nedenle geçerlilik sağlanamaz. Hernekadar kararda mutlak butlandan sözedilmemiş isede, taraflar ileri sürmeseiler dahi res'en nazara alınacak ve hiç doğmayan işlem, mutlak butlanla malûl olan işlemlerdir. Hal böyle iken, sözleşmedeki edimlerin tamamen ifa edilmesi durumunda, biçime aykırılık iddia ve savunmasının MK.nun 2. maddesi gereğince dinlenemeyeceğinin belirtilmesi, kararın kendi içindeki bir çelişkisidir.

Kararın daha fazla eleştirisine girmeden şunuda belirtelimki, kararlar varılan sonuç, klasik görüştür. Bu görüş artık terkedilmiştir. Yeniden böyle bir sonuca varmak, eskiye dönmek ve yaşayan hukukun işlerliğini sınırlandırmaktır.

Konuyu kapatmadan önce sözleşmedeki biçim noksanlığı durumunda, MK.nun 650. maddesinin uygulama olanağı ile ilgili olarak tartışmalara neden olan bir Yargıtay kararı üzerinde durmakta yarar vardır :

• Olayda yüklenici, iş sahibine ait arsa üzerinde, arsa payları karşılığında kat yapımı sözleşmesi geerğince inşaat yaptığını, an-

cak bu sözleşmenin biçim koşullarına uygun olmaması nedeniyle geçersiz olduğunu belirterek, yaptığı inşaata karşılık arsanın 280/-960 payın MK.nun 650. maddesi gereğince adına tescilini istemiştir. Yerel mahkeme, bu istemi kabul etmiş, yargıtay (63) bina tüm arsa üzerine inşaa olunduğuna, 9 tam ve 1 teras katından ibaret olacağı sözleşmede yazılı bulunduğuna, böyle bir binadaki ortak yerler binanın tüm maliklerine ait olacağına göre, yüklenici belirli bir bağımsız bölümü inşaa ettiğinden sözederek ve ona özgü belirli bir arsa payının kendi adına tescilini istiyemez. Konuyu düzenleyen yasa hükümleri varken, olayda uygulama yeri olmıyan MK.nun 650. maddesine dayanılarak hüküm verilemez. Olayda hâkimin yasa koyucu gibi hareket etmesi doğru değildir, şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

• Yerel mahkemenin ilk hükümde direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu (64), yüklenicinin iddiasına göre, olayda MK.nun 650. maddesini uygulama olanağı yoktur. Ancak maddi olayları bildirmek taraflara, bu maddi olayların tavsifi ile uygulanacak hukuk kurallarını saptamak ise hâkime aittir. Yüklenicinin maddi vakıalara dayandırdığı istemi tescilden ibarettir. Bu istemin dava yoluyla yerine getirilmesine MK.nun 650. maddesi elverişli değilse de, arsa sahibinin uyandırdığı güvence nedeniyle yüklenici, tüm edimlerini yerine getirmiş bulunduğundan, biçime aykırılık savunması dinlenemez. Tescile ilişkin direnme kararı kararı sonucu itibariyle doğru olduğundan hükmün onanması yolu gidilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan ve kararların vardığı sonuçta anlaşılabacağı üzere, karma iki tipli bir sözleşme olan arsa paylarına karşılık bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinin arsa paylarının devrine ait kısmı, biçim yönünden geçersizse, sözleşmenin ifası istenememektedir. Ancak, ifa edilmiş veya ifa edileceğine güvenen taraf, edimlerinin önemli bir bölümünü ya da tamamını yerine getirmiş veya biçim eksikliğini kasıtlı olarak yaratan şimdide buna dayanıyorsa, böyle bir iddia, MK.nun 2. maddesine ters düştüğünden dinlenemeyecektir. Görüldüğü gibi, sözleşmenin geçerliliğine dayanılarak bir hak talebi yok. Sözleşmenin geçerli olduğuna inanarak ve karşı tarafada güvenerek kendi edimini yerine getirenin, karşı taraftanda yükümlülüğünü ifa etmesini istemesi üzerine ileri sürülen biçim noksanlığının, iyiniyetli tarafı zarara uğratmasına kar-

(63) 14.HD.nin 25.1.1977 gün ve E. 1976/6278, K. 1977/518 sayılı.

(64) HGK.nun 6.6.1979 gün ve E. 1978/14-190, K. 1979/799 sayılı.

şın, sözleşme ilk başta biçim koşullarına uygun yapılmış olsa idi bile, bu eksikliğe dayanan tarafa daha fazla ve farklı bir yarar sağlayamayacağı nedeniyle kabul edilmemektedir. Aslında, biçim noksanlığına dayananın bu savunmasının dinlenmemesine neden olarak, böyle bir iddiaya dayananın bir yararında bulunmadığıdır.

Buna karşı denmektedir ki, «mülkiyeti nakil borcu doğuran akitlerin resmi şekle bağlı tutulmasındaki amaç, akdin taraflarını iyice düşünmeye sevk ederek onları acele davranışlardan korumak ve tescilin sebebini teşkil edecek hukuki muameleye güvenilebilir açık bir duruma sağlamak olduğuna göre, şekil eksikliğinde kendi yararına sonuç çıkaran kimse kural olarak hakkını kötüye kullanmış olmaz. Aksi takdirde şekil şartı kuralı geniş ölçüde etkisini yitirir ve resmi şeklin güvenliği ikesi zedelenmiş olur (65).

Yasalarda öngörülen biçim koşulunun amacı, tarafları daha iyi düşünmeye ve konuyu açık bir şekilde belirtmeye dayanır. Sözleşmenin ilk yapıldığı sırada, bu amaç sağlanmış ve buna uygun olarak edim önemli bir ölçüde veya tamamen ifa edildikten sonra biçim eksikliği savı, biçimin konuluş amacına aykırı düştüğünden, borçların ifasında ve hakların kullanılmasında uyulması gereken MK.nun 2. maddesinde ki kural gereğince korunamaz ve dinlenmez.

S O N U Ç

İncelemeye çalıştığımız, arsa karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinin konusu henüz yenidir. Bu nedenle getirdiği sorunlar, açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere tüm yönleri ile çözümlenmiş ve istikrara kavuşmuş değildir. Çözümlenmiş gibi görünen yönlerinin yeni sorunlar yarattığı görülmüştür. Sözleşmenin adı dahi doğru kullanılmamıştır.

Biçim sorunu, belli bir yörüngeye oturtulmuş olmasına karşın, buna uyulmaması halinde uygulanacak hükümler bakımından belli ve tek çözüm olarak değerlendirilebilecek bir sonuca varılmamıştır.

Sözleşmenin feshi halinde hükümlerinin ileriyemi-geriyemi etkili olacağı sorunu ise henüz tartışma aşamasındadır. Konu teori ve uygulamada kesin bir sonuca kavuşturulamamıştır.

(65) Mesut, Akan : 14.HD.nin 16.10.1979 gün ve 1979/2954-4947 sayılı karar-daki karşı oy açıklaması.

Özellikle biçim noksanlığı halinde sözleşmenin geçersiz bulunması durumunda, olayda MK.nun 650. maddesinin uygulanması sorunu üzerinde mutlaka durulmalı ve bu husus açıklığa kavuşturulmalıdır. Söz konusu maddenin uygulanamayacağını içeren bugünkü uygulamanın gerekçeleri yeterli ve doyurucu olmamakta, hukuk kurallarının katı uygulamasından daha öteye gitmemektedir. Koşullar gerçekleştiği takdirde, sözleşmeye konu arsa payları için yüklenici lehine MK.nun 650. maddesinin uygulanmasında, mevcut hukuk kurallarını zorlayan fazla birşeyin bulunmadığı kanısındayım. Henüz yerde kat irtifakı veya mülkiyeti kurulmadan paya hükmeden yargı kararlarının varlığına karşın, yerde kat irtifakı veya mülkiyeti kurulduktan sonra MK.nun 650. maddesinin uygulanmayacağına ilişkin kararlarının, maddenin katı yorumu sonucu olduğunu kabul etmek gerekir.

Sözleşmenin getirdiği sorunların henüz çözümlenmemiş olmasını normal karşılamak gerekir. Çünkü, 15-20 yıl gibi kısa bir geçmiş olan karmaşık ve aynı zamanda hukuki, sosyal ve ekonomik yönleri bulunan konunun sorunlar yaratması doğaldır.

Konumuz olan bu sözleşmenin incelenmesi görevini üstlendiğimde, yetkili bir hukukça, niçin bu konuyu seçtiğimi, zira bunun getirdiği sorunların çözümlendiğini söylemişti. Ancak konuyu incelemeye başladığımda bu değerlendirmenin doğru olmadığını gördüm.

İşte bundan dolayıdır ki, sözleşmenin getirdiği sorunlar çözümlenirken taraf çıkarları gözönünde tutulmalı ve hukuk kurallarının katı bir şekilde uygulanması yoluna gidilmemelidir. Böyle bir çözüm yöntemi, Borçlar Kanunumuzun önemli bir özelliğini içeren, sözleşme yapmada konunun ve sınırlarının serbestçe tayini ilkesine de uygundur. Tersine bir yorum ve uygulama, hukuku katı kurallara haline getirir, ayrıca konunun gelişimini de önlemiş olur. Gelişmekte olan ülkelerin toplumu, nasıl hızlı bir gelişim içinde ise, hukuku da gelişmiş ülke hukuklarına göre daha hızlı bir gelişim içindedir. Hele yeni olan konumuzun daha çok gelişmeye gereksinmesi vardır.

↳ Tekrar edelimki, sorunların çözümünde baş vuracağımız ilkelere, tarafların iradeleri ile amaçladıkları sonuç ve çıkarları, iddia ve savunmalarında dayanmaları gereken iyiniyetleri, istenilen sonucun en az zamanda ve en az masrafla gerçekleştirilmesi esas alınmalıdır.

(BİTTİ)

BİBLİYOGRAFYA

- 1 — AKİPEK F. JALE : Türk Eşya Hukuku, —İkin icKitap—
Ankara 1973.
- 2 — ÇENBERCİ MUSTAFA : Satış Vaadi, Ankara 1973.
- 3 — KARAHASAN M. REŞİT : Eşya Hukuku, Ankara 1977.
- 4 — KARAHASAN M. REŞİT : İnşaat İmar İhale Hukuku, Ankara
1979.
- 5 — OĞUZMAN KEMAL : Kat Mülkiyeti Kanunu - İstanbul Hu-
kuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 25, Sa-
yı: 14.
- 6 — REİSOĞLU SEZA : Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat
İrtifakı - Ankara, 1966.
- 7 — SUNGURBEY İSMET : Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul, 1980.
- 8 — SUNBURBEY İSMET —
KANETİ : Topraktan Kat Satışı ve Arsa Payı Kar-
şılığında Kat Yapımı Sözleşmeleri.
- 9 — SUNGURBEY İSMET : Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1982.
- 10 — SAYMEN F. H. —
ELBİR H. K. : Eşya Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul,
1963.
- 11 — SELİÇİ ÖZER : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden
Doğan Sürekli İlişkilerinin Sona Erme-
si, İstanbul, 1977.
- 12 — SEROZAN RONA : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975
- 13 — TANDOĞAN HALUK : İmran Ökteme Armağan, Ankara, 1970.
- 14 — TANDOĞAN HALUK : Borçlar Hukuku — Özel Borç İlişkileri —
Cilt: I, Ank. 1974.
- 15 — TANDOĞAN HALUK : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt
XI, Haziran 1982.
- 16 — TANDOĞAN HALUK : Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1982
- 17 — VELEDEDEOĞLU H.V. —
ESMER G. : Gayrimenkul Tasarrufları, İstanbul, 1956.
- 18 — TANDOĞAN H. —
KARAHASAN M. —
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU —
AYTEKİN —
POSTACIOĞLU : — Noterlik Kanunu Hakkında Sempo-
zyum — İstanbul, 1976.
- 19 — Yargıtay Kararları Dergisi (YKD.)
- 20 — Yargıtay'ın Yayınlanmamış Kararları.
- 21 — Ankara Barosu Dergisi (ABD.).
- 22 — İstanbul Barosu Dergisi (İBD.)
- 23 — Türk Hukuk Ansiklopedisi.
- 24 — Meydan Larousse.
- 25 — Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.2.1954 tarihli Genelgesi.

**MÜVEKKİLİN ÜCRET ÖDEME BORCU VE
AVUKATLIK ÜCRETİ (*)
(II)**

Hilmi ÖNAL ()**

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

**3 — AVUKATLIK ÜCRETİNİN ÖZELLİKLERİ VE ÜCRET
ÖDENMEMESİNİN SONUÇLARI**

**A — Avukatın Hapis Hakkı Ve Avukatlık Ücretinin Rüçhanlı
Bulunması**

Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar kendi alacağı nisbetinde elinde tutabilir. Avukat sözleşmeyle kararlaştırılan ve hâkim tarafından tayin olunan ücretinden dolayı kendi çalışması sonunda müvekkilin muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para veya alınacak mallar üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkını haizdir. Rüçhan hakkı vekaletnamenin düzenlenme tarihine, vekaletname umumî ise, iş sahibi adına ücret konusu işten dolayı ilk yapılan başvurma tarihine göre sıra alır (37). Bir ilamın cebri icra yoluyla infazına girildiğinde icra dairesi takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına icra emriyle aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriyi gideri takip talebinde bulunandan alınmak suretiyle derhal teblig eder. Bu bildiri teblig edilmedikçe icranın sonraki safhalarına geçilemez. Avukata yapılacak tebliğin giderleri hakkında İcra ve İflas Kanununun 59. maddesi hükmü uygulanır. Avukatın

(*) YD., Cilt: 9, Sayı: 3, Temmuz-1983'den devam.

(**) Yargıtay 13. HD. Tetkik Hâkimi.

(37) 12. HD; 21.9.1973 tarih ve 973/882-8118 s. Müderrisoğlu sh: 506-507

ölümü halinde mirasçılara intikal eden avukatlık ücreti alacakları da avukat alacakları gibi rüçhanlıdır. Şu kadarki, 3. fıkrada yazılı bildirim zorunluğu bu kimseler hakkında uygulanmaz (Av. K. md. 166). Öğretide avukatın muaccel olmuş alacağı ile bu mal veya değerli evrak yahut belgeler arasında bir ilişki bulunması koşuluyla hapis hakkının kullanılacağı kabul edilmektedir. Bu madde hükmünce avukatın müvekkili adına aldığı para üzerindeki hapis hakkı şahsi bir hapis hakkı, diğer mallar ve kıymetler bakımından ise aynı nitelikte bir hapis hakkıdır (38). Müderrisoğlu bir dava nedeniyle gerçekleşmiş bir alacak için, öteki dava veya kovuşturma yahut işler nedeniyle avukatın elinde bulundurdukları üzerinde hapis hakkı sağlayacak genişlikte yorumlamanın doğru olmayacağı görüşündedir. Bu düşünce avukatın meslek nedenleri dışındaki alacakları yönünden öncelikle ve daha güçlü biçimde ileri sürülmek gerekir (38a). Hapis hakkı Av. K. md. 171/2'de açıklanan biçimde işi birinci avukatla birlikte yürüten veya iş tamamen kendisine devredilen ikinci avukata da tanımak gerekir. Bunların herbirinin yasa ve sözleşme koşullarına göre doğmuş olan alacağı düşünce, hapis hakları da sona erer. Hapis hakkının kullanılması avukatın muaccel olan alacakları içindir. Avukatın ücreti üzerinde bulunan hapis hakkına karşılık BK.da düzenlenmiş bazı borçları da vardır. Bunlardan birincisi BK. md. 392'de düzenlenmiş olan hesap verme borcudur. Vekil yaptığı iş nedeniyle 3. kişilerden aldığı şeyler ile vekaletin ifası nedeniyle müvekkilden alıp kullanmadığı ve elinde kalan para ve belgeleri müvekkile geri vermekle yükümlüdür. Vekilin alınanları verme borcu sadakat borcunun bir sonucudur. BK. md. 392/2'de vekilin zimmetinde kalan para için faizde vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buradaki faiz için niteliğine göre ticari veya adi faiz olacaktır. Vekil, vekaleti nedeniyle elinde bulundurduğu paranın kusuru olmadan kaybından da sorumludur. Alınanları geri verme borcu inançlı (dolaylı temsili gerektiren) vekalette, vekil vekaletin ifası için kendisine verilen veya ifa nedeniyle 3. kişilerden aldığı şeylerin maliki olduğundan bunları devir, teslim, temlik veya tescil yoluyla yerine getirir. Dolaysız temsil yoluyla yürütülen vekalette ise, vekilin 3. kişilerle yaptığı eylemlerden doğan haklar doğrudan doğruya müvekkilin olur. Onun için burada bir devir ve temlik

(38) Müderrisoğlu, Ank. 1974, sh: 144-145

(38a) 13. HD; 7.5.1981 tarih ve 1981/2695-3507 s. içt. Yayınlanmamıştır.

borcu kural olarak yoktur. Taşınır mallarda mülkiyetin temsilci aracılığıyla kazanılmasında vekilin o şeyi teslim almasıyla zilyetliği ve mülkiyeti kazanırsada, vekil bunun zilyetliğini müvekkile devir borcu altına girer. Vekilin iflası halinde müvekkil aynı istihkak talebine dayanarak bunu masadan ayırabilir. Vekil, müvekkil adına bir miktar para almışsa, vekilin iflası halinde müvekkil bunu masadan isteyebilir. Dolaysız temsil yoluyla yürütülen vekalette, vekilin aldıklarını verme borcunun konusu yalnız başına bir miktar para ile taşınır şeylerden ve kıymetli evraktan ibaret ise, vekil, karşıt para alacakları için tamamen ve kısmen takas itirazını öne süremez. Ancak, bu şeyler üzerinde MK. 864 anlamında aynı bir hapis hakkını kullanabilir. İnançlı vekalette vekil müvekkilinden aldığı veya onun hesabına kazandığı taşınır şeylerin inanca maliki olduğundan gerçek anlamda MK. md. 864 anlamında bir hapis hakkından söz edilemez. MK. md. 865'e göre mahiyetleri bakımından paraya çevrilmesi mümkün olmayan şeyler üzerinde hapis hakkı kullanılamaz. Halbuki Av. K. md. 39/2'de bu kurala bir istisna getirilmektedir. Buna göre avukat, ücreti ve yaptığı giderler ödenmedikçe elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir. Dolaysız temsil yoluyla yürütülen vekalette müvekkilin vekilden, vekalet dolayısıyla aldıklarını kendisine vermesine ilişkin alacak hakkı ile yarışan aynı istihkak talebi zamanaşımına uğramaz. Buna karşılık alınanların teslimine ilişkin şahsi nitelikteki talep hakkı vekalet sözleşmesinden doğan bütün alacaklar gibi BK. md. 126'da belirtilen 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Oysa Av. K. md. 49'da aınanların teslimine ilişkin olarak alacağın yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat alacağına dönüşmüşse 5 yıllık zamanaşımının yanında işin bitiminden itibaren bir yıllık daha kısa bir zamanaşımında kabul edilmiştir. İş sahibi tarafından öne sürülen tazminat istekleri hakkın doğumundan itibaren 5 yıl, işin bitiminden başlayarak 1 yıl sonra zamanaşımına uğrar. Buna karşılık avukatın müvekkiline karşı öne süreceği tazminat isteği 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Müvekkilin haklarından ikinciside kanuni temlik hakkıdır. Bu hak dolaylı temsili gerektiren vekalette vekilin, kendi adına müvekkil hesabına yaptığı işlemlerden doğan hakların sahibi geçici bir süre içinde olsa vekildir. BK. md. 393/1'de müvekkil vekiline karşı olan çeşitli borçlarını ifa edince vekilin kendi namına ve müvekkil hesabına 3. şahıstaki alacağı müvekkilin olur, hükmü getirilmiştir. Bu maddede açıklanmış olan kanuni temlik hakkı müvekkile herhangi bir kanuni yola başvurmadan vekilin 3. kişilerden elde ettiği alacaklara sahip olmak olanağı

vermektedir ve onu kanuni yollara başvurmadan kurtarmaktadır. BK. md. 393/2'de müvekkilin bu kanuni temlik hakkının, vekilin iflası halinde masaya karşı öne süreceği kuralı getirilmiştir. 3. fıkra da vekilin iflası halinde müvekkil vekilin kendi adına ve müvekkil hesabına iktisap etmiş olduğu menkul eşya hakkında istihkak iddiasında bulunabilir. Vekilin haiz olduğu hapis hakkını, masa dahi haizdir, hükmü yer almıştır. Kanuni temlikin gerçekleşmesi için müvekkilin bir ifa davası açmasına gerek yoktur. Bu temlikin şartlarının gerçekleştiğinin tesbitini bir tesbit davası ile isteyebilir. Müvekkil kanuni temlik hakkını vekilin mirasçılara vekille sözleşme yapan ve temlik kendilerine bildirilen 3. kişilere, alacağın kendilerine temlik edildiği 3. kişiye, alt vekile, vekilin haciz koyduran alacaklılarına karşı öne sürebilir. Hapis hakkı avukatla iş sahibi arasında sözleşme varsa, sözleşmede yazılı ücret için, yoksa tarifeye göre avukat yararına hükmedilecek ücret hakkında kullanılır. Avukatın elinde bulundurup üzerinde hapis hakkı tanınan müvekkil mal ve haklarını iktisap eden 3. kişilere karşı bu hakkı ileri sürüp süremeyeceği, 3. kişinin iktisabının iyiniyete dayanıp dayanmamasına bağlıdır. Öğretide tartışmalı olan bir konuda hapis hakkının bağlı bulunduğu alacakların birlikte temlikinde temellük eden kişiye geçip geçmeyeceğidir. Hapis hakkı nitelikce taşınır mal rehnine benzemesine rağmen bir alacağın inancası olarak temlik eden kişiye geçmez. Ancak, hapis hakkı rüçhan hakkı ile birlikte avukatın külli haleflerine geçer. Hapis hakkı avukatlık ücretini güvence altına almak için konulduğundan, bunu avukattan başkasına şumullendirmek bu kuralın amacı dışına taşmasına neden olur. Avukat hapis hakkını bu malları müvekkilinden temellük eden kişilere karşı da ileri sürebilir. Avukatın müvekkili adına 3. kişilerden aldığı mal, hak ve alacaklar üzerinde hapis hakkı ile haczi kabil olmama durumunun çatışmasında hangi hakkın üstün tutulacağı düşünülebilir. Müderrisoğlu bu durumda her iki yan yararına olan kuralların yasaya konuluş amacının incelenmesi ile sorunun çözümleneceğini bildirmektedir. Aynı yazar ayrıca bu konuda şu görüşleri savunmaktadır. Gerçekten borçlu (müvekkil) borcunu mal varlığında bulunan bütün aktifleriyle karşılamak zorundadır. Bunlardan borçlunun mesleğini yapması, geçimini sağlaması, yaşamını sürdürebilmesi için zorunlu olanlar her türlü icra kovuşturmasında, hacizden ayırık tutulmuştur. İcra ve İflas Yasasının 82. maddesinin dokunulmazlık sağladığı bu tür malların haczedilebilirliğinin önceden sözleşme ko-

şuluyla kararlaştırılması olanaksızdır. Aksi görüş geçersizdir. Bu haklardan sözleşme sırasında önceden tasarrufla vazgeçilemeyecektir. Wieland'da özel bir buyruk ve talimat olmasa bile sözleşmenin amacı eşyanın her zaman borçluya teslim edilmesi gerektiğini açıkça gösterdiği sürece alacaklı yine hapis hakkından yoksun olur, görüşünü ileri sürmektedir (39). Üzerinde hapis hakkı bulunan mallarda avukatın elinde bulunduğu sırada meydana gelen hasar sorunu bu hakkın kaynağı olan vekalet ilişkisine göre çözümlenmelidir. Avukatın ücret alacağı zamanaşımına uğrasa bile gördüğü iş nedeniyle elinde bulundurduğu mal, eşya ve değerli evrak üzerindeki hapis hakkı düşmez. İsviçre Federal Mahkemesi ve Becker, V. Tuhr, Siegwart, Leemann, Oftinger gibi yazarlar da bu görüştedir. Oser-Schönenberger ise aksi görüştedir (39a).

B — Ücret Davası Açacak Olan Avukatlar Önce Baro Yönetim Kuruluna Haber Vermek Zorundadır

Bu zorunluluk ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczi kapsamaz. (Av. K. md. 167).

C — Avukat Üzerine Aldığı İşi Kanun Hükümleri Ve Yazılı Sözleşme Şartlarına Göre Sonuna Kadar Takip Eder

Avukata verilen vekaletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Vekaletnamede bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekalet ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse, avukat bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekalet almaya lüzum kalmaksızın işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. İkinci fıkradaki hallerde avukatın müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zararlardan müvekkile karşı hem şahsen hemde diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Şu kadarki, bu hüküm, 12. maddede yazılı bir iş sebebiyle başka bir yerde çalışmak zorunluluğunda olduğu için, işi tamamen başkasına devreden avukatlar hakkında uygulanmaz. Avukat tarafından işe başka avukatlar teşrik edilmiş ise, avukat bundan dolayı

(39) Müderrisoğlu. Ank. 1974 Sh: 146-147

(39a) Müderrisoğlu. Ank. 1974 Sh: 148-149

ayrı bir ücret isteyemeyeceği gibi, işi birlikte takip eden avukatta müvekkilden herhangi bir ücret isteyemez. İş tamamen başka bir avukata bırakılmış ise tevkil eden ve tevkil olunan avukatlar ücret sözleşmesindeki miktarı aşmamak şartıyla harcadıkları mesaie karşılık olan ücreti müvekkilden isteyebilirler. Ancak, tevkil eden avukat müvekkilinden peşin ücret almışsa, harcadığı mesaie karşılık olan miktarın fazlasını tevkil ettiği avukata ödemekle yükümlüdür. (Av. K. md. 171). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında (40) müvekkilin tayin ettiği ilk vekilin avukat ve dava vekili olmaması ve bunlarında müvekkil adına işi bir avukat veya dava vekiline gördürmek için vekaletname vermeleri durumunda ikinci vekilin ücretini esas müvekkileden isteyebileceğine, ilk vekil avukat veya dava vekili ise, ikinci vekilin ücretini kendisini vekil tayin eden ilk vekilden isteyebileceğine, karar vermiştir.

D — İş Sahibinin İş Başka Avukata Vermesi

İş sahibi, ilk anlaşmayı yaptığı avukatının yazılı muvafakatı ile başka avukatlar da işin kovuşturma ve savunmasına katabilir. İş sahibi ilk avukatın muafakatını kendisine tevdi veya tebliğ edilecek bir yazı ile en az bir haftalık bir süre vererek talep eder. Avukat bu süre içinde cevap vermemişse, muafakat etmiş sayılır. İlk avukatın muafakat etmemesi halinde vekalet akti kendiliğinden sonra erer. İş sahibi muafakat etmeyen avukata ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür. İlk avukatın muvafakatı ile, işin başka avukatlar tarafından da takibi halinde iş sahibi ilk avukatın ücretinden kısıntı yapamaz. Bu halde avukatların müvekkile karşı sorumluluğu konusunda 171. maddenin 3. fıkrası hükmü uygulanır. (Av. K. md. 172) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 12.3.1974 tarihli kararında avukatın muvafakatını almadan başka bir avukata vekalet verilmesi durumunda vekaletten çekilmiş olan avukatın ücretin tamamını isteyebileceğine karar vermiştir (41). Aynı daire başka bir ilamında da, (41a) müvekkilin ilk avukatın muafakatını almadan davaya ikinci avukatın sokulması ve bu durumda ilk avukatın vekaletten çekilmeyerek ikinci avukatla birlikte davaya katılarak sonuçlandırmasında, ikinci avukatın davaya girmesine üstü kapalı olarak muvafakat ettiğiinden müvekkili yararına

(40) 4. HD. 28.11.1968 gün ve 968/4974-9524 s. İçt. Yayınlanmamıştır.

(41) 13. HD. 12.3.1974 gün ve 974/598-575 s. İçt. Yayınlanmamıştır.

(41a) 13. HD. 9.11.1981 gün ve 1981/6303-7034 s. içt. Yayınlanmamıştır.

karşı tarafa tarife uyarınca yükletilmiş olan ücreti vekaletin ancak yarısını isteyebileceğine karar vermiştir.

1 — AVUKATLIK ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİNİN SONUÇLARI

A — Anasözleşmede aksine bir hüküm yoksa kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup mukabil dava bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı ücrete tabidir. Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat yolculuğa zorlanamaz. Bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir (Av. K. md. 173). Kanunda yazılı olan bu giderler tersine sözleşme bulunmadıkça ödenmezse bundan doğacak sorumluluk müvekkile ait olur. Örneğin, harç ve giderler ödenmediği için, dava süresinde açılmaz ve bu yüzden açılan dava reddedilirse bunun sorumluluğu müvekkile aittir.

B — Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez, ve peşin aldığı ücretide geri vermek zorundadır (42). Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şukadarki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında davanın görev yönünden reddedilmesinde avukatın kusur olarak nitelendirilecek bir davranışı olmadığından ve taraflar arasında yazılı bir ücret sözleşmesi bulunmadığından, tarifeye göre ücret takdiri gerekeceğine karar vermiştir. Avukatın azline kusur veya ihmali neden olmamış ise iş sahibi sözleşmeye göre kararlaştırılan ücretin tamamını, sözleşme yoksa tarifeye göre hesaplanan ücretin tamamını ve mahkemece tarifeye göre karşı tarafa yükletilen ücretin tamamını ödemek zorundadır. (43) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nde müvekkiline karşı açılan kadastro tesbitinin iptali davasında avukatın müvekkilinin hasmını,

(42) Müderrisoğlu, Ank. 1974 Sh: 505

(43) 13. HD. 9.3.1981 gün ve 1981/636-1631 s. içt. Yayınlanmamıştır.

müvekkiline karşı temsil etmesini ve onun adına müvekkiline karşı ihtiyati tedbir alınmasını icra kovuşturmasında yolsuzluk yapması ve bir miktar parayı icradan çektiği halde, bunu müvekkiline vermeyip inkar etmesini avukatın müvekkilinin güvenini sarsacak tutum ve davranışlardan kaçınmamasını azli haklı kılan nedenlerden saymıştır (44). Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse avukat işe başlamakla zorunlu değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinindir. Yazılı sözleşmedeki diğer ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takip etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa, sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır (Av. K. md. 174). Örneğin, peşin verilmesi gereken ücret ödenmedikçe avukat dava açmaz, veya takip yapmaz ve bundan dolayı iş sahibinin bir hakkı kaybolursa bunun sorumluluğu iş sahibine aittir.

C — Avukat kendisine tevdi olunan evrakı vekaletin sona ermesinden itibaren 3 yıl süre ile saklamakla yükümlüdür. Şu kadarki evrakın geri alınması müvekkile yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde saklama yükümlülüğü bildirme tarihinden itibaren 3 ayın sonunda sona erer. Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir (Av. K. md. 39).

D — İş sahibi tarafından sözleşmeye dayanarak Avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri bu hakkın doğumundan sonra 5 yıl ve her halde o işin sona ermesinden başlayarak 1 yıl sonra zamanaşımına uğrar (Av. K. md. 40).

E — Vekalet aktinden doğan ücret alacakları 5 yıllık zamanaşımına tabidir (BK. md. 126/4). Bu sürenin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı vekille müvekkil arasında yazılı bir ücret sözleşmesi bulunup bulunmamasına ve bu sözleşmede ücret alacağı için bir süre konulup konulmamasına göre değişir. Vekil ile müvekkil arasında bir ücret sözleşmesi varsa ve bu sözleşmede de ücretin ödenmesi konusunda bir süre konulmuşsa bu sürenin gerçekleşmesiyle 5 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Kesin süre bulunmayan durumlarda kovuşturulan alacağın son taksidinin ödenmesi, veya hükmün kesinleşmesi yoluyla işin bitmesi ücret alacağını muaccel hale getirir. Zamanaşımının kesildiğini

(44) Müderrisoğlu. Ank. 1974 sh: 486-494, 504-505

ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür. Sulh, azil, ölüm, ehli-yetsizlik, iflas ve tüzel kişiliğin sona ermesi ile benzeri sona erme durumlarında da zamanaşımı işlemeye başlar (45).

(BİTTİ)

K I S A L T M A L A R

Av.K.	: Avukatlık Kanunu
Av.As.Üc.T.	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
B.K.	: Borçlar Kanunu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İS.K.	: İstimlak Kanunu
İİK.	: İcra İflas Kanunu
M.K.	: Medeni Kanunu
T.K.	: Ticaret Kanunu
TAP.K.	: Tapulama Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
4.HD.	: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi
13.HD.	: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi

B İ B L İ Y O G R A F Y A

TANDOĞAN, Haluk.	: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2; Ankara - 1977.
BERKİN, Necmettin.	: Avukatlar Hukukuna ve Dava Vekaletine İlişkin Yeni İçtihatlar. İHF. 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973, Sh: 358-359

(45) Müderrisoğlu. Ank. 1974 Sh: 525, 552, 559, 560 ve 498, 465, 466

- EREM, Faruk.** : Sosyal Ekonomi Açısından Avukatlık Ücreti, İBD. Kasım-Aralık 1972, Sh. 1079; İşi Reddetme Hakkı. Ankara - 1969, Nr. 3; Avukatlık Sırrı. Ankara, 1969, Nr. 2
- Avukat**
ERSOY, Rifat. : İzahlı - İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Genişletilmiş Yeni Bası. Ankara - 1976.
- ERDOĞAN, Celal.** : Açıklamalı Ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. Ankara - 1973.
- Avukat**
ERANIL, M. Akif. : Gerekçeli - Notlu - İçtihatlı Avukatlık Kanunu-
MÜDERRİSOĞLU, Feridun.: Avukatlıkta Vekalet Ve Ücret Sözleşmesi. Ankara - 1974
- OLGAÇ, Senai.** : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu. C. 3, Ankara, 1969.
- KURU, Baki.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü. 3. Bası, Ankara - 1974.
- POSTACIOĞLU, İlhan.** : Medeni Usul Hukuk Dersleri. 6. Bası, İstanbul - 1975.
- RENDA, Nihat,** Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin Emsal Kararları İle Borçlar Hukuku. C. 1-2, Ankara - 1972.

İCRANIN İADESİ

O. Gökhan ANTALYA (*)

PLAN : I — Genel olarak. II — Maddenin tatbik alanı. III — Yargıtay'ca hükmün bozulması hali : 1 — Genel olarak. 2 — İflas halinde. IV — Eski hale iade. 1 — Genel olarak. 2 — Kötü niyetle hareket eden üçüncü şahıslar hakkında. 3 — İcranın iadesi istenebilecek hallerde paranın dava yoluyla iadesi. V — İcranın iadesinde üçüncü şahısların iyiniyetle kazandıkları haklar.

I — GENEL OLARAK

İlamların icrasında, kesinleşmeden icra edilebilecek ilamların (HUMK. m. 443/son-f.) temyizi icrayı tehir etmez. İlama karşı temyize başvuran kimsenin Yargıtay'dan tehiri icra kararı alması lazımdır. Eğer Yargıtay'dan tehiri icra kararı getirilemezse, cebri icraya devam edilerek haczedilen malların satışı dahi yapılır (İİK. m. 36). Halbuki takip hukukunda tetkik merci kararlarına karşı temyize başvurulmuşsa, temyiz isteği, icranın yürütmesine engel olmazsa ise de satış ancak merci kararının kesinleşmesinden sonra yapılabilir.

İcraya konulmuş bir ilam aleyhine temyiz yoluna gidilmiş ve fakat icranın geri bırakılmasına karar verilmemiş olabilir. Bu halde, bir taraftan temyiz incelemesi yapılırken, diğer taraftan borçlu aleyhine cebri işlemleri yürürken, Yargıtay'ca hükmün bozulması halinde ne yapılacağı m. 40'da gösterilmiştir. Bu maddeye göre : «Bir ilâmın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durdurur. Bir ilâm hükmü icra edildikten sonra nakzedilip de aleyhine icra yapılmış olan kimsenin hiç veya okadar borcu olmadığı kat'i bir ilâmla tahakkuk ederse ayrıca hükme hacet olmaksızın icra tamamen veya kısmen eski hale iade olunur.

(*) J. Gn. K.hğı Hukuk İşl. Md.K.A.

Ancak üçüncü şahısların hüsnüniyetle kazandıkları haklara hâlel gelmez.»

Kanunumuz, tetkik merci tarafından verilen kararların hepsine temyiz imkanı tanımamıştır. Temyizi kabil kararları sayarak sınırlamıştır. İİK. m. 363/bent-1'de yazılı, olan tetkik merci kararlarının Yargıtay'ca bozulmaları halinde 40. madde hükmü kıyasen uygulanır (İİK. m. 366/son cümle).

İcra hâkimi ve yardımcıları hakkındaki red prosedürü m. 10'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, red talebinin reddi kararına karşı temyiz yolu açık tutulmuştur. Red talebinin reddi hakkındaki kararın bozulması halinde, reddedilen hakim tarafından verilen kararın yerine getirilmeyecek, eğer karar infaz edilmişse 40. madde kıyasen uygulanacaktır.

II — MADDENİN TATBİK ALANI

Kanunumuz, bir yandan, icra tamam olmamışsa icranın devamını caiz görmemekte, diğer yandan da icra edilen kısım üzerine hemen iadeye müsaade etmeyerek kat'i neticeye dayanılmasını istemektedir. Kanun, bu suretle mümkün olduğu kadar icranın iadesi ihtimallerini azaltmak gayesi gütmüştür (1).

Maddenin tatbiki açısından belirtildiği icra mefhumunu, icra takip muamelesinden ayırmak lazımdır. «İcra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesi, borçlunun tahliyesi icra takip muameleleri olmadığı halde bunların m. 40 mânasında» icra «mefhumuna dahil olduğu şüphe götürmez.» «Keza, mahcuz mal paraya çevrilmiş ve bu arada ilâm temyizce bozulmuş ise, icra veznesindeki para alacaklıya tediye olunamaz. Diğer cihetten, icra takip muamelelerinde m. 40 mânasında» icra «mefhumuna dâhildir. Bu itibarla nakzedilmiş bir ilâma müsteniden borçlunun mallarına haciz konulması veya mahcuz mallarının paraya çevrilmesi câiz değildir» (2).

«Bir ilâmın nakzı halinde İİK.nun 40. maddesinin bütün fıkraları tatbik olunur. Yani bozma halinde evvelâ icra durur, saniyen ikinci bir ilâmla borçlunun hiç veya okadar borcu olmadığı kat'i bir ilâmla anlaşıldığı takdirde icra kısmen veya tamamen iade olunur. Tetkik merciinin kararının bozulması halinde ise yalnız

(1) Postacıoğlu, No. 555

(2) Postacıoğlu, No. 555

mezkûr 40. maddenin birinci fıkrası tatbik olunur. Diğer fıkralar tatbik olunmaz» (3).

«Merci kararlarının nakzı halinde, İİK.nun 366. maddesinin son fıkrası delaletile ancak İİK.nun 40. maddesinin 1. fıkrasının tatbiki mümkün ve bu takdirde icranın olduğu yerde durması muktazi olup ikinci fıkranın tatbiki yani icranın iadesi mümkün değildir. Çünkü : 366. maddenin son fıkrası ile ancak ve münhasıran 40. maddenin birinci fıkrasına atıf etmiştir. İkinci fıkra atıf haricinde kalmıştır (4).

Tetkik merci kararlarına karşı iadeyi icra mevzu olamaz. İcranın iadesinden bahsedebilmek için mahkeme ilâmının bozulmuş ve yine mahkemedan alınmış ikinci bir kat'i ilâmla borçlunun o kadar borcunun olmadığına anlaşılması lâzımdır. Merci kararları için İİK.nun 72. maddesinde başka bir imkân tanınmıştır.

III — YARGITAY'CA HÜKMÜN BOZULMASI HALİ

1 — Genel Olarak

Yargıtayca hükmün bozulması halinde, icra muameleleri olduğu yerde durur (m. 40, I). Yalnız, icranın durması için bozulan ilâmın icra dairesine ibraz edilmesi gerekli olup, ilâmın ibrazına kadar yapılan muameleler muteberdir (5). Yani icranın durdurulabilmesi için nakız ilâmının icra dairesine ibrazı şarttır. Mahkemenin derkenar veya tezkeresi kâfi değildir. Harç veya tahrip edilen malın bedeli veya manevi tazminatın hesabı noktasından buna lüzum vardır (6).

Bozma, takibi sadece olduğu yerde durdurur. İcranın eski hale iadesi için kesinleşen bir hükmün varlığı gerekir. Bozmadan önce yapılmış icra muameleleri, ezcümle borçlunun malları üzerine konan haciz bozma hükmü kesinleşinceye kadar muteber ola-

(3) İİD. 18.2.1957 T., 1012 E., 1303 K., Olgaç/Köymen, No. 739

(4) İİD. 16.10.1956 T., 4760 E., 5035 K., Olgaç/Köymen, No. 740

(5) İİD. 8.10.1946 T., 2971 E., 3581 K., Olgaç/Köymen, No. 751

(6) «Aile hukukuna müteallik ilâmların infazı kesinleşmesine bağlı olduğu cihette babalık davasının reddi ve nafakanın kaldırılmasına müteallik karar temyiz edilmiş olduğu cihetle çocuk nafakasının borçludan tahsili yolsuzdur. «Olgaç/Köymen, No. 752 İİD. 17.6.1954 2828/2918

rak kalır. İcraya konulan ilâm hükmünün yargıtayca bozulması halinde İİK. m. 40 gereğince takibi olduğu yerde durduracağı ve borçlunun lehine kat'i bir hüküm mevcut olmadıkça icranın eski hale iadesi haczin hükümsüzlüğüne konu teşkil etmediğinden; temyizcinin bozma ilâmı tarihinden evvel yapılan haciz muteber olduğundan mücerret mahkeme ilâmının bozulması ile haciz kalkmaz (7). haciz sebebiyle yatırılan paralar hüküm kesinleşinceye kadar alacaklıya verilmeyip vevnede mahfuz tutulur (8) ve bir gayrimenkule konun ihtiyati haciz alacaklının ilama istinad eden talebi üzerine icrai hacze çevrildikten sonra yargıtay icranın tehirine karar vermiş, ilâmı bozmuş olsa bile bu gayrimenkulün kiraları borçlu lehine verilecek hüküm kesinleşinceye kadar haciz altında kalır ve icra dairesince tahsil olunur (9).

Bozma kararından önce konan haciz muamelesi ortadan kalkmadığı için, haciz gereğince borçlunun maaşından kesilen kısmının kesilmesine devam olunur. Ancak, icra vevnesine giren mahcuz para alacaklıya verilmeyerek vevnede muhafaza edilir (10). Temyiz mahkememizin bu yoldaki kararı isabetlidir. Gerçekten kesintiye devam edilebilmesi için, haczin kalkması icap eder «Halbuki, haczin kalkması için, yani icranın iade edilebilmesi için, ilâmın nakzı kafi olmayıp, borçlunun hiç borcu olmadığına kesinleşmiş bir ilâmla sübut bulunması lâzımdır. Bu itibarla, tevkifat devam olunması yerindedir. Tevkifat bir icra muamelesi olmaktan ziyade, bir muhafaza tedbiri olarak telâkki olunmalıdır» (11).

Hükümün kısmen bozulması kısmen tasdiki halinde, bozulan kısım için icra durur ve tasdik edilen kısım için ise icraya devam olunur. Meselâ, bir hüküm alacağın esas bakımından tasdik edilmiş, sadece faiz bakımından bozulmuş ise, alacağın esas hakkında icraya devam edilir, faiz hakkındaki icra ise m. 40'a göre durdurulur (12). Bunun gibi, «babalığa ve çocuğa nafaka takdirine müterair olan ilâmın babalığa ait kısmının temyizen bozulmasının, nafakanın icrasına mâni teşkil etmeyeceğine karar verilmiş

(7) İİD. 8.12.1955 T., 6060 E., 664 K., Olgaç/Köymen, No. 741

(8) İİD. 20.1.1953 T., 5795 E., 449 K., Olgaç/Köymen, No. 742

(9) İİD. 11.7.1949 T., 2109 E., 3310 K., Olgaç/Köymen, No. 743

(10) İİD. 31.12.1953 T., 2332 E., 2986 K., Sİ. 1953/68 s. 1765-1766 Olgaç/Köymen, No. 746

(11) Postacıoğlu, No. 556

Postacıoğlu, İHFM. 1954, No. 3-4 s. 1028

(12) İİD: 31.12.1956 T., 7127 E., 7322 K., Juriditio, 1957/7 s. 678

tir (13). Şu noktayı da belirtmeliyiz ki, bazen muhtelif sebep konuları hal ve hükme rapeden ilâm yalnız bir veya birkaç sebepten bozulur. Bazı sebeplerden açıkca tasdiğe uğrar, eğer ilâm açıkca tasdiğe uğramamışsa zımmen tasdik edilmiş sayılır (14).

2 — İflas Halinde

İflas talebinin dayandığı ilam, yargıtayca bozulduğu takdirde yeniden görülüp hükme bağlanıncaya kadar diğer icra işlemlerinde olduğu gibi, iflas talebinde geri bırakılması icap eder (15).

IV — ESKİ HALE İADE

1 — Genel Olarak

Bir ilâm hükmü tamamen icra edildikten sonra, hüküm yargıtayca bozulur ve aleyhine cebri icra yapılmış olan borçlunun hiç veya ilâmdaki kadar borcu olmadığı kesin bir hükümle tahakkuk ederse ayrıca bir mahkeme hükmüne hacet kalmaksızın, borçlunun hiç borcu olmadığına anlaşılması üzerine icra tamamen veya borçlunun ilâmdaki kadar borçlu olmadığına anlaşılması halinde kısmen eski haline iade olunur (m. 40/II).

«Borçlu icranın iadesini istemeye hak kazandıktan sonra bir yıl içinde alacaklı aleyhine icranın iadesini istemek zorundadır. Söz konusu olan bir yıllık süre haksız iktisaba dair zamanaşımı süresidir. Borçlu icranın iadesini istememekle beraber bir yıl içinde alacaklı aleyhine icranın iadesi için ayrıca bir icra takibi yapmış ise BK. m. 133 uyarınca zamanaşımını kesmiş olur (16).

Bir ilâm tamamen icra edildikten sonra hükmün temyizde bozulması halinde, icra hemen iade edilecek değildir. Mahkemenin icranın iadesine gidebilmesi için mahkemenin bozmaya uymuş ve bu kararın kesinleşmiş olması lâzımdır.

İcranın eski hale iade edilebilmesi için aleyhine icra yapılmış olan kimsenin yani borçlunun hiç veya o kadar borcu olmadığına kat'i bir ilâmla tahakkuk etmiş olması lâzımdır. Bu şartın mevcudiyeti halinde alacaklıya teslim veya tediye edilen menkul, gayrimenkul veya para kendisinden alınarak borçluya iade olunur.

(13) İİD. 13.12.1943 T., 3394 E., 3491 K., Kurucu, s. 58

(14) Olgaç/Köymen, s. 300

(15) İİD. 2.11.1951 T., 5461 E., 5365 K., Olgaç/Köymen No. 756

(16) İİD. 29.2.1964 T., 2728 E., 951 K., Kurucu s. 57-58

Alacaklı tarafından mal istihlâk edilmişse veya telef olmuşsa yani mal alacaklının yedinde bulunmazsa, malın ilâmda yazılı olan bedeli alacaklıdan alınarak borçluya verilir.

Kesinleşen bir hüküm ile, borçlunun hiç borcu olmadığı tespit edilirse icranın tamamen iadesi gerekecektir. O zaman alacaklıya ödenen para veya ona teslim edilen menkul veya gayrimenkul mal icra dairesince geri alınarak borçluya teslim olunur.

Kesinleşen hüküm ile, borçlunun ilk ilâmda yazılı olduğu kadar borçlu bulunmadığı tespit edilirse icranın kısmen iadesi yoluna gidilir. İcranın kısmen iadesi gerekiyorsa, sadece bu kısım alacaklıdan geri alınarak borçluya verilir.

İcranın iadesi için, ayrıca bir mahkeme hükmüne ihtiyaç yoktur.

2 — Kötüniyetle Hareket Eden Üçüncü Şahıslar Hakkında

Kötüniyetle hareket eden üçüncü şahsın yedine veya mülkiyetine geçen mallar hakkında dahi icranın iadesi yoluna gidilebilir.

3 — İcranın İadesi İstenebilecek Hallerde Paranın Dava Yoluyla İadesinin İstenmesi de Mümkündür

Henüz kesinleşmeyen ilâma dayanarak alınan paranın bu hükmün bozulması üzerine icranın eski haline iade edilmesi yerine bu paranın sebepsiz iktisap kuralları uyarınca geri verilmesinin istenmesi mümkündür. İİK.nun 40. maddesi emredici nitelikte değildir (17).

V — İCRANIN İADESİNDE ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN İYİNİYETLE KAZANDIKLARI HAKLAR

İcranın iadesinde, üçüncü şahısların, iyiniyetle kazandıkları haklara zarar gelmez (40, III). «Mesela borçluya geri verilmesi gereken menkul mal, alacaklı tarafından iyi niyetli bir üçüncü şahsa devredilmiştir. Bu halde, o malın iyi niyetli üçüncü şahıstan alınıp borçluya geri verilmesine imkân yoktur. Burada da, alacaklının malın bedelini borçluya ödemesi suretiyle icra iade edilmiştir (18).

(17) HGK. 5.10.1960 T., 3/12 E., 12 K., Olgaç s. 201

(18) Kuru, s. 369

Şayet malı alan üçüncü şahıs kötü niyetle hareket etmiş ve meselâ ilâmın bozulması için muhakkak olan sebepleri bile bile alacaklıdan malı almış olan üçüncü şahıs hakkında da icra iade olunur. Ancak üçüncü şahsın kötü niyet sahibi olup olmadığını tetkik ve mesuliyetinin tayini esas mahkemesine ait olduğundan memur veya merci tarafından bu cihet tetkik ve hal edilemez (19).

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- AKKAYAN**, Melih Nihat; (İcra muamelelerinin durması), Jurisdicto, 1957/7 s. 678
- BELGESAY**, M. Reşit; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. bası, İstanbul, 1954 (ilamların bozulmasının hacizlere tesiri), PHM. c. 1, 1949, s. 77-79
- BERKİN**, Necmettin; İcra Hukuku Dersleri İstanbul, 1969
- KURU**, Baki; İcra ve İflas Hukuku, Cilt 1, İcra, 1965
- KURUCU**/Nazif, **KURUCU**/Oğuz, Gerekçeli, notlu ve içtihatlı yeni İcra ve İflas Kanunu, ilgili diğer Kanunlar, Ankara, 1965
- OLGAÇ**, Senai; İçtihatlarla tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, Cilt I-II, İstanbul, 1974
- OLGAÇ**/Senai, **KÖYMEN**/Haydar, Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu ve ilgili mevzuat, İstanbul 1965
- POSTACIOĞLU**, İlhan E.; İcra Hukukunun Esasları İstanbul, 1973 (Nakızdan sonra mahcuz maaşta tefrikat) İHFM., 1953/3-4, c. XIX, s. 1028-1033
- UYAR**, Talib; Gerekçeli-İçtihatlı-İcra ve İflas Kanunu şerfi Cilt I, Manisa, 1974
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim; İcra Hukunun Esasları, İstanbul, 1975

K İ S A L T M A L A R

- BK.** : Borçlar Kanunu
- c.** : Cilt
- E.** : Esas
- f.** : Fıkra
- HD.** : Hukuk Dairesi
- HGK.** : Hukuk Genel Kurul
- İİD.** : İcra-İflas Dairesi
- İİK.** : İcra ve İflas Kanunu
- İHFM.** : İstanbul Hukuk Fakültesi **Mecmuası**
- K.** : Karar
- m.** : Madde
- PHM.** : Parti Hukuk Mecmuası
- T.** : Tarih
- s.** : Sayfa

OLAĞANÜSTÜ İTİRAZDA YARGILAMA İLE
İLGİLİ SORUNLAR (*)

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Esas hakkında oylamaya geçildikten sonra çıkan «talî sorun»un görüşülmesi sorunu. 2.1 — Sorunun ortaya çıkışı ve çözülüşü. 2.2 — Muhakeme hukukunda sorunlar ve önsorun. 3 — Olağanüstü itiraz yargılamasının sınırı sorunu. 3.1 — Sorunun ortaya çıkışı ve çözülmesi. 3.2 — Görüşümüz. 4 — Hukuk bakımından yokluk sorunu. 4.1 — Sorunun ortaya çıkışı ve çözülüşü. 4.2 — Hukuk bakımından yokluk kavramı. 4.3 — Görüşümüz. 5 — Dosyanın karar verilmek üzere geri gönderilmesi sorunu. 5.1 — Sorunun ortaya çıkışı ve çözülüşü. 5.2 — Muhakeme işlemlerindeki aykırılıkları giderme çareleri. 5.3 — Görüşümüz. 6 — Özet.

1 — GİRİŞ

Yargıtay Ceza Genelkurulu'nun 27/12/1982 tarihli ve 1-196/523 numaralı kararını (1) dağılan oyların toplanması ana sorunu bakımından geçen yazımızda incelemiştik (2). Bu yazımızda da bu kararı incelemeğe devam edeceğiz ve Ceza Genelkurulu'nun itiraz üzerine yaptığı yargılama ile ilgili dört sorunu çözüşünü değerlendirmeğe çalışacağız.

Bilindiği gibi, Başsavcılığın itirazı, kanunda kanunyolu adı altında gösterilenlerden olmadığından, ancak geniş anlamda kanunyoludur ve kesin olan (ve olması gereken) daire kararlarına karşı olduğu için de olağanüstü niteliktedir. Bu kanunyolunda da, bütün kanunyollarında olduğu gibi, iddia, müdafaa ve yargılama görevleri (fonksiyonları) vardır ve dolayısı ile bu üçünden oluşan bir «muhakeme» söz konusudur. Ceza Genelkurulu'nun olağanüs-

(*) YD., Cilt: 9, Sayı: 3, Temmuz - 1983'ten devam.

(1) Yargıtay Kararları Dergisi (YKD.), 1983, s. 581.

(2) KUNTER (Nurullah): Yargılama makamlarında dağılan oyların toplanması sorunu. Yargıtay Dergisi (YD.), 1983, sayı: 3, s. 354-366.

tü itiraz muhakemesinde yaptığı yargılama görevinin, olağan temyiz yolunda yaptığı yargılama görevinden farklı olacağı açıktır. Çünkü birindeki kanunyolu olağanüstü diğerindeki olağan olduğu gibi, birindeki itiraz diğerindeki temyizdir.

Ceza Genelkurulu sözü geçen kararı ile, talî nitelikte de olsa, olağanüstü itiraz yargılaması ile ilgili olarak, önemi hiç de azımsanamayacak şu dört sorunu çözmüştür :

● 1 — Esas hakkında oylamaya geçildikten sonra çıkan «talî sorun»un görüşülmesi sorunu : Genelkurul, esas hakkındaki oylamada çoğunluk sağlanamaması nedeniyle yaptığı ikinci toplantıda ilk defa ortaya çıkan bir talî sorunu görüşebilir mi?

● 2 — Yargılamanın sınırı sorunu : Genelkurul, itirazname-de ileri sürülmemiş bir noktayı ele alabilir mi?

● 3 — Hukuk bakımından yokluk sorunu : Genelkurul, daire kararını hukuk bakımından yok sayabilir mi?

● 4 — Dosyanın karar verilmek üzere geri gönderilmesi sorunu : Genelkurul, itirazı varit görüp kararı ortadan kaldırıncaya ne yapmalıdır?

2 — ESAS HAKKINDA OYLAMAYA GEÇİLDİKTEN SONRA ÇIKAN «TALÎ» SORUN»UN GÖRÜŞÜLMESİ SORUNU

2.2 — Sorunun Ortaya Çıkışı Ve Çözülüşü

Ceza Genelkurulu Başsavcılığın «suç sabittir, mahkûmiyet kararı bozulmamalıydı» diyerek yaptığı itirazı incelemektedir. İlk toplantıda, «itirazın varit olup olmadığı» biçiminde özetleyebileceğimiz esas sorun hakkında oylama yapılmış, fakat gerekli çoğunluk sağlanamamıştır. İkinci toplantıda bir üye, ilk defa olarak, «dairedeki oylamanın Ceza Muhakemesi Kanununun 384. ve 385. maddelerine aykırı yapılmış olduğu» yani dağılan oyların yanlış toplandığı tezini ileri sürmüştür. Azınlıkta kalan üyeler bu tezin ortaya bir önsorun çıkardığını, İç Yönetmeliğin 22. maddesine göre bu önsorunun artık görüşülemeyeceğini söylemişlerdir. Çoğunluk ise bunun bir önsorun değil, daire kararının esas ve usul yönünden var olup olmaması sorunu olduğuna ve her aşamada mutlaka ve öncelikle incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Daire kararına dağılan oyların toplanmasındaki aykırılık nedeniyle itiraz edilmediğine göre, kısaca «oylama sorunu» diyebilece-

ğimiz bu sorun, eibet, talî niteliktedir. Ceza Genelkurulu'nun burada karşılaştığı sorun, esas hakkında oylamaya geçildikten sonra yapılan ikinci toplantıda ilk defa ortaya çıkan talî bir sorunun görüşülüp görüşülemeyeceği sorunudur. Genelkurul bu görüşme sorununu, «önsorundur, değildir» tartışması yapmasından anladığımızı göre, oylama sorununun önsorunluğu sorunu olarak ele almıştır. Bu nedenle Muhakeme Hukukunda sorun konusuna göz atmak ve talî sorun ile önsorun arasındaki ilişkiyi araştırmak gereğini duyuyoruz.

2.2 — Muhakeme Hukukunda Sorunlar ve Önsorun

Bilindiği gibi, Muhakeme Hukukunda sorunlar önce aslî ve talî olarak ikiye ayrılmakta ve talî sorunlar da çeşitli yönlerden sınıflandırılmaktadır. İlk önce, asıl veya esas sorun da denilebilecek olan aslî sorun ile birlikte çözülüp çözülmemek, bir diğer söyleyişle esas sorundan önce çözülme gerekip gerekmemek bakımından bir ayırım yapılmakta ve esas sorunun çözülebilmesi ona bağlı olduğu için önce çözülmesi gereken talî sorunlara «önsorun» (ön-mesele) denilmektedir. Talî sorunlar bir başka bakımdan da «dar manada talî sorun» ve «kanunyolu sorunu» olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar manada talî sorunların da «hadise» ve «yerine getirme sorunu» olarak iki çeşidi vardır. Hadiseler, asıl muhakeme içinde olmalarına rağmen başlı başına bir çözüm gerektiren, Muhakeme Hukuku ile ilgili, özel ve ayrı sorunlardır. Hadiselerin bir kısmı da muhakeme boyunca belli zamanlarda ortaya konulmak zorundadırlar. Bunlara «ilksorun» denilir. Bu nitelikte olmayan hadiseler de «arızî sorun» adı verilir (3).

2.3 — Görüşümüz

2.3.1 — Esas oylamaya geçildikten sonraki ikinci toplantıda görüşülüp görüşülmiyeceği sorununu çözmek için, oylama sorununun Yargıtay İç Yönetmeliğinin 22. maddesine göre önsorun niteliğinde olup olmadığının tartışılmasını şu nedenlerle isabetli bulmamaktayız :

● a — 22. madde, esas oylamasına geçildikten sonra ileri sürülen önsorunun ilk defa görüşülmesini değil, daha önce karara

(3) Tafsilat için bkz. KUNTER (Nurullah): Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (CMH), 1981, Kazancı Yayınları, 7. bası, No. 27, s. 35

bağlanmış bir önsorunun esas oylamasına geçildikten sonraki toplantılarda yeniden görüşülmesini önlemektedir. Gerçekten bu madde aynen şöyledir :

Genelkurullarda işin esasına girmeden konu ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken bir önsorun ortaya çıksa, ilk önce o yönden oylama yapılır. Oylama sonucu önsorun karara bağlandığı takdirde, gerekiyorsa işin esasına geçilerek görüşmesi yapılır ve oylanır.»

«Önsorun oylaması sonucu bir üyenin düşüncesine aykırı düşmüş olsa dahi, o üye de işin esası hakkında oy vermek zorundadır. Oylar sorunu çözücü nitelikte kullanılır.»

«Bir toplantıda önsorun kurulun oyları ile karara bağlanmış ve ancak işin esası üzerindeki görüşmelerde yeterli oy sağlanamaması nedeniyle ikinci kez görüşme gerekmişse, bu takdirde önsorun oylaması ve kararı geçerli olup bu konuda yeniden görüşme yapılmaz. Bu durumda önsorun oylamasına katılan üyeler beili edilerek tutanakla saptanır ve son kararda bu yön açıklanır.»

Görülüyor ki bu madde ile güdülen amaç, önsoruşturma konusunda verilmiş olan kararın, esas oylamasına gelindikten sonra yapılan diğer toplantılarda değiştirilememesidir. Böylece belli aralıklarla farklı zamanlarda yapılmış olan görüşmeler adeta kesiksiz yapılmışçasına düzenlenmektedir. «Aynı konuda yeniden görüşme yapılamaz» dendiğine göre, ilk defa görüşmelerin madde dışında kaldığı açıktır.

● b — «İşin esasına girildikten sonra artık herhangi bir önsorun görüşülemez» diyenler, öyle sanıyoruz ki, işin esasına girmekle, akla gelebilecek bütün önsorunlar konusunda zımnen karar verildiği görüşündedirler. Tahminimiz doğru ise derhal ekliyelim ki biz bu görüşü de paylaşamıyoruz. 22. madde önsorunun kurulun oyları ile karara bağlanacağını ve bunun tutanağa geçirileceğini belirtmektedir. Zımnî veya mefruz bir karar elbet madde dışında kalacaktır.

● c — Tali sorunun önsorun oılması, esas sorunun çözümünün ona bağlı olması demek olduğuna göre, önsorunun çözülmeyen esas sorunun çözümlenmesine ve dolayısı ile oylamasına geçilmesine mantık yönünden imkân yoktur. İlk toplantıda esasa geçmeden ileri sürülseydi nasıl esas sorundan önce görüşülüp oylanacak idiyse, esasa geçildikten fakat henüz bir karar verilmeden önce ileri sürülmesi halinde de görüşülüp oylanıp bir karara varılması mantık yönünden zorunludur (zaruridir).

● ç — «Önsorun değildir ama ...her aşamada incelenmesi gerekir» görüşüne de katılmıyoruz. Gerçekten, daha önce incelenmesi gereken bir sorundan söz etmek, onun nitelik bakımından önsorun olduğunu kabul etmek demek olur ki, bu da hareket noktası olarak önsorun olmadığını ileri sürmekle bağdaşmaz. Bu görüşün gerekçesini oluşturan «daire kararının varlığı veya yokluğu» konusunu ilerde ele alacağız.

2.3.2 — Talî nitelikte olduğunu yukarıda belirttiğimiz «oylama sorunu», bizce, önsorun değildir. Zira asıl sorunun çözülmesi bu sorunun çözülmesine bağlı olmayıp asıl sorun, oylama sorunu çözülmeden de pekâlâ çözülebilir. Gerçekten asıl sorun «suç sabit iken bozma kararı verilmesinin aykırılığı iddiasının varit olup olmadığı» sorunudur. Oylama sorununa değinmeden «bozma kararı esasta doğrudur veya değildir» demek ise elbet mümkündür.

Görülüyor ki, oylama sorununun önsorun olup olmaması görüşme sorunumuzu çözmiyor. Bizce oylama sorununun ikinci toplantıda görüşülüp görüşülemeyeceği sorunu, önsorun olup olmamasına göre değil, itiraz yargılamasının sınırı içinde kalıp kalmadığına göre çözülmelidir. Zira, önsorun olmak başka şey, itiraz yargılamasının itiraz nedenleriyle sınırlı olması yine başka şeydir. Bununla beraber bir sorun önsorun ise, itiraznameden gösterilmemiş olsa da elbet zorunlu olarak nazara alınacaktır, çünkü esas sorunun çözülmesi buna bağlıdır. Ama önsorun değilse iş değişir ve itiraznamede gösterilmeyen nedenler dışına çıkılıp çıkılmayacağı sorunu incelememiz gerekir. Biz de öyle yapacağız.

3 — OLAĞANÜSTÜ İTİRAZ YARGILAMASININ SINIRI SORUNU

3.1 — Sorunun Ortaya Çıkış ve Çözülüşü

Bu sorun da Genelkurulun ikinci toplantısında bir üyenin «dairedeki oylamanın Ceza Muhakemesi Kanununun 384. ve 385. maddelerine aykırı yapılmış olduğu» tezini ileri sürmesiyle ortaya çıkmıştır. Bazı üyeler, itiraznamede bu noktaya değinilmemiş olduğunu, bu nedenle bu sorunun görüşülemeyeceğini söylemişler ve bu görüşlerini mehzaz kanunun Başsavcılığa böyle bir itiraz yetkisi tanımadığı ve dolayısıyla bizdeki durumun istisna olduğu, istisnaların geniş yorumlanmaması gerektiği gerekçelerine dayamışlardır. Çoğunluk ise, oylamanın kanuna uygunluğu sorununun önsorun ol-

madığı, incelenecek kararın «esas ve usul» yönünden varit olup olmadığının her aşamada ve mutlaka öncelikle çözülmesi gerektiği görüşünden hareket ederek bu konuyu ele almış ve Başsavcılığın itirazını «değişik gerekçe» ile kabul edip daire kararını kaldırmıştır.

3.2 — Görüşümüz

Bizce de Başsavcılığın itiraz adlı kanunyolu davasını açarken ileri sürmediği nedenleri Genelkurul ele almamalı, bir diğer söyleyişle yargılama ileri sürülmüş olan nedenlerle sınırlı olmalıdır. «İtiraz gerekçesini değiştirmek», dolayısı ile itiraz edilen noktayı değiştirmek olduğundan sınır kavramı ile bağdaşmaz.

Yargıtay'ımız da bir zamanlar bu görüşte idi (4). Hatta 9/5/1956 tarihli ve 6-4 numaralı İçtihat Birleştirme Kararında «heyet-i umumiye takikatının nokta-i itiraz ile mukayyet ve itiraznamede gösterilecek sebeplere maksur ve münhasır olarak icrası» zarurî kabul edilerek, itirazın kanunî süre içinde «nokta-i itiraz belirtilerek veya sebepleri zikrolunmak suretiyle yapılması mecburiyeti kendiliğinden tezahür eder» denilmiştir.

Biz itirazın ileri sürülen nedenlerle sınırlı olduğu görüşümüzü şu gerekçelere dayamaktayız :

3.2.1 — Ceza daireleri kararlarına itiraz gerçekten çok istisnaîdir ve istisnalar kıyas yolu ile genişlememelidir. Nitekim sözünü ettiğimiz İçtihat Birleştirme Kararında bu istisnaî oluş mehzarında bulunmamasına dayanılarak açıklanmış, 3006 numaralı Kanunla temyiz lâyihası verilmese de temyiz incelenmesi yapılmasını mümkün kılan 1936 değişikliğinden söz edilerek «normal bir kanun yoluna hasren ve kanunen vazolunan sarîh bir hüküm ile ihdas edilmiş bu usulün, fevkalâde ve istisnaî bir yol olan itiraz müessesesine kıyas yolu ile teşmil ve tatbiki hususundaki mütalaanın kabul ve tervicine cevaz görülememiştir» denilmiştir.

Dairelerin Yargıtay adına verdikleri karar, değil sadece Almanya'da, dünyanın her yerinde kesindir. Bu karar o davada o Devletin yargılama makamlarının son sözü sayılır. Bu kararlarda hukukî görüş hatası bizlere göre olabilir. Ancak hukukî görüş nisbî olduğundan, yargılama makamlarının görüşünü kabul etmekten başka

(4) Meselâ CG: 4/4/1938 257/160 (Yayımlanmamıştır).

gare yoktur (5). Kanunumuz ise, Başsavcılığa itiraz yetkisi tanımakla, daire ile Başsavcılık arasında çıktığını kabul ettiği bir uyumsuzlukta Ceza Genelkurulunu hakem yapmak istemiştir. Şu halde bu itiraz yolu, kesin olan ve olması gereken bir karara karşı tanındığından «olağanüstü» sayılmalıdır. Biz bu yola bu nedenle «olağanüstü itiraz» adını vermekte ve böylece bu istisnaîliği vurgulamak istemekteyiz (6).

Genelkurulun görüşünü öğrenmek elbette faydalıdır. Zira kararların daha çok kollektif olmasını sağlar. Ancak madalyonun öbür yönü de vardır. İşleri bu yüzden çok artan Yargıtay hâkimleri asıl işlerini hakkı ile yapamaz duruma düşmektedirler. Genelkurulun görüşünü alma ihtiyacı, bizce asıl, dairelerin farklı kararlar vermelerinde ortaya çıkar. Zaten bir daire kararı ile, Başsavcılığın değil, diğer bir dairenin farklı görüşte olmasıdır ki kesin olan bu kararların isabetinden şüphelenmek hakkını bize verir. Daire kararları arasındaki farkı gidermenin çaresi, İçtihat Birleştirme mekanizmasıdır, yani işi Genelkurula götürmektir. Bu yol varken ve onun aksayan taraflarını düzeltmek de pekâla mümkünken, olağanüstü itirazı haklı gösterecek bir ihtiyacın varlığını kabul edemiyoruz. Bu nedenle bu istisnaî yolun uygulama alanını daraltmak istiyor ve istisna olduğuna dayanarak, bu yola ancak sanık lehine gidilmesi, mahkemeye tanınan «uymama» (ısrar) yetkisi nedeniyle Ceza Genelkuruluna gidilebileceği nedeniyle de, bozma kararlarına itiraz edilememesi görüşünü savunuyoruz. En iyisi bu yolu bütünü ile kaldırmak olacaktır (7).

3.2.2 — Olağanüstü itiraz yargılamasının sınırlarını çizen «itiraz nedeni» (sebebi) üzerinde de durmakta yarar görmekteyiz. Biz buradaki neden'i sadece «nokta» olarak anlıyoruz. Gerçekten, mesele temyiz nedeni (sebebi) denildiğinde son kararın hangi noktalarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı görüldüğünün belirtilmesi anlaşılır (CMK. 313). Hangi nokta için temyiz yoluna gidildiğini söylemek, temyiz nedeninin tam gösterilmiş olması için yetmez. Bunun hukukî gerekçesinin de gösterilmesi gerekir. Çok defa gerekçeyi belirtmek ile nokta da gösterilmiş olur. Meselâ, CK.nun 81. maddesi yanlış uygulanmış denildiğinde mahkûmiyet kararının tekerrür noktasının temyiz edildiği anlaşılır.

(5) Tafsilât için bkz. KUNTER; CMH, 7. bası, No. 22, 565 II, s. 31, 901

(6) KUNTER; CMH, 7. sabı, No. 567, s. 904

(7) KUNTER; CMH, 7. bası, No. 567, 568; s. 905, 906

Bütün yargılama makamları gibi Yargıtay da, tarafların ile sürdükları mütalâalarla bağı tutulamayacağından, elbet, temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş olan hukukî gerekçeden başka bir gerekçe ile de belirtilmiş olan noktada hukuka aykırılık görebilecek ve bozma kararı verebilecektir. Hukuk Muhakemesi Kanununun 439. maddesinin «mahkeme-i Temyiz iki tarafın iddia ve müdafaaları ile mukayyet olmayıp kanunun sarîh hükmüne muhalif gördüğü diğer esbaptan dolayı da temyiz olunan kararı nakzedebilir» diyen 2. fıkrasındaki «esbap» (sebepler, nedenler) sözcüğünün nokta olarak değil, sadece gerekçe olarak anlaşılması Muhakeme Hukukunun esaslarına uygun olacaktır (8).

Ceza Muhakemesinde de yargılama makamlarının ve bu arada Yargıtayın ileri sürülmüş olan gerekçelerle (noktayı da belirtmiş olması dışında) bağı olamayacağı açıktır. O halde yargılamayı sınırlayan sadece nokta olacaktır. Bilimsel Hukukta da olağanüstü sınır konusunu ele almış olanların hepsi, bazan açıkça nokta diyerek, bazan noktayı kasedip neden sözcüğünü kullanarak, bizim de katıldığımız «sadece nokta bakımından sınırlılık» tezini savunmuşlardır (9).

3.2.3 — İtiraz nedenlerinin açıkça gösterilmesi kaideyi oluşturur. Ama zorunluluklar istisna kabulüne de bizi zorlayabilir. Nitekim birleştirilen muhakemelerde verilen son karara karşı temyiz yoluna gidilip gidilmeyeceği her muhakeme bakımından ayrıdır. Biri bakımından temyiz yolu kapalı ise onun hakkında temyiz yargılaması yapılmaması kaideyi oluşturur. Ancak birincisi hakkında temyiz yargılamasının yapılması, bazan ikincisinin de ele alınmasını zorunlu kılabilir. O zaman elbet bu zorunluk ölçüsünde bir

- (8) Tafsîlât için bkz. KUNTER: CMH, 7. bası, No. 540, s. 859. Keza ÜS-TÜNDAĞ (Saim): Medenî Yargılama Hukuku, c. 2, 3. bası, 1977, s. 74. POSTACIOĞLU (İlhan) da bu yönde sayılabilirse de (Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. bası, 1975, s. 736) nokta ve nedeni açıkça ayırdığı söylenemez. BİLGE (Necip) ve ÖNEN (Ergun) ise, resen nazara alma bakımından bir istisnaya taraftardır (Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, 1976, s. 666). KURU (Baki) de «Yargıtay hukukî sebeple bağı değildir» dediğine göre, 439. maddedeki sebebi «hukukî sebep» yani gerekçe anlamına alanlar arasında sayılabilir.
- (9) EREM (Faruk): Ceza Usul Hukuku, 5. bası, 1978, s. 632; KANTAR (Baha): Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. bası, 1957, s. 398; KUNTER: CMH, 7. bası, 1981, No. 569, s. 907; SEÇKİN (Recai): Yargıtay: Tarihçesi, kuruluşu ve işleyişi, 1967, s. 99; SERİM (Cevat): T.C. Temyiz Mahkemesi, Teşkilâtı ve Vazifeleri, AdD, 1943/8, s. 650; TOSUN (Öztek): Türk Suç Muhakemesi Hukuku, c. II, 1976, s. 255

istisna tanınacaktır (10). Bunun gibi, itiraz nedeninin incelenmesi için ele alınması zorunlu olan bir önsorun da, açıkça gösterilmese dahi, itiraz edilmiş noktanın bir parçası olarak, onunla birlikte belirtilmiş sayılabilecek, yani bu önsorunun itiraz yargılaması sınırlarının içinde kaldığı farz ve kabul edilebilecektir.

3.2.4 — Kaldı ki Başsavcılığın itirazı, olağan olmasa da itiraz olduğunda, Genel kurulun itiraz edilen nedenlerle yani ileri sürülen noktalarla bağlı olması gerekir. Gerçekten, temyiz muhakemesi dolayısı ile başvurulmasına rağmen bu yol, olay mahkemesinin kararının hukukî bakımdan denetimi için kabul edilmiş değildir ki temyiz yolu niteliğinde tanınsın. Bu noktaya ilerde döneceğiz (5.3.). Kanunyollarında yargılama oranlarının istekle bağlı olması, bir diğer söyleyişle istek-dışı karar verememesi Muhakeme Hukukunun esaslarındandır. Bir kararda bir aykırılık olduğu iddiası üzerine çıktığı kabul edilen uyuşmazlığı çözmek üzere yargılama makamlarının yaptıkları faaliyet söz konusu olduğuna göre, her davada olduğu gibi, hâkimlerin ancak dava konusu olan uyuşmazlıkları, yani uyuşulamayan noktaları ele almaları kaideyi oluşturur (11). Kanunumuz bu kaideye sadece olağan temyiz yolunda bir istisna kabul etmiştir (12). Bu istisnanın, değil olağanüstü itiraz yolunda, hatta olağan itirazda bile kıyas yolu ile uygulanmasına yorum kuralları elvermez. Bunun içindir ki âdi olsun, acele olsun, itirazı yargılayan makam, itirazı varit görüp görmediğine göre karar verir, yani itiraz dışına çıkamaz.

3.2.5 — Azınlıkta kalan bazı üyelerin «dairede de oylamanın kanuna aykırılığı sorunu ile ele alınmak isteniyorsa Başsavcılık tahrik edilmeli ve bu konuyu itiraz mevzuu yapması imkânı tanınmalı ve sonuca göre işlem yapılmalı» yollu görüşünü de kabul edemiyoruz. Buna benzer bir uygulamaya «yazılı emirle bozma» denile gelen ve bizim «olağanüstü temyiz» adını verdiğimiz yolda da rastlamakta ve eleştirmekmekteyiz (13). Gerçekten, Başsavcılığı harekete geçirmek, iddia görevine yardımcı olmak ve dolayısı ile yargılama görevi dışına çıkmak demek olur. Yargılama makamlarının görevi, dava ile önlerine getirilmiş olan uyuşmazlıkları, tarafların görevleri olan iddia ve müdafaayı da gözönünde tutarak çözmekten, bir di-

(10) 1. CD: 11/5/66 RKD 1968, s. 43; 15/1/76 RKD 1976, s. 745. Tafsilat için bkz. KUNTER: CMH, 7. bası, No. 155, s. 236

(11) KUNTER: CMH, No. 514. VI, s. 811

(12) KUNTER: CMH, 7. bası, No. 540, s. 859

(13) KUNTER: CMH, 7. bası No. 572, s. 912

ğer söyleyişle yargı ile yarmaktan ibarettir. Kanun istisna olarak, bu aslî görev dışında onlara, diğer kamu görevlileri veya belli meslek mensuplarında olduğu gibi bir suç işlendiğini öğrendikleri zaman, yetkili makamlara yazı ile bildirmek, bir diğer söyleyiş ile rapor etmek görevini de vermiştir (CMK. 184, 259) (14). Bu istisna da yorum yolu ile genişletilemez.

4 — HUKUK BAKIMINDAN YOKLUK SORUNU

4.1 — Sorunun Ortaya Çıkışı ve Çözülüşü

Ceza Genelkurulu, itiraz nedenini değiştirerek yargılama sınırlarını aşarken, dairedeki oylamanın kanuna aykırılığı sorununun daire kararının «esas ve usul» yönünden var olup olmaması sorunu olduğu tezine dayanmış ve oylamanın kanuna aykırılığı sonucuna varınca da daire kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Her şeyden önce «esas ve usul» yönünden sözlerini, maddî hukuk ve usul hukuku biçiminde eskiden yapılan ve bugün de süregelen ayırımı dayandığı için isabetli bulmadığımızı söylemek isteriz. Biz, maddî denilegelen hukukta da usul (procédure) normları olduğu ve bizim Muhakeme Hukuku adını verdiğimiz, usul hukuku denilegelen hukukun da, diğer maddî hukuk dallarınca düzenlenmeyen muhtevası bulunduğu görüşünden hareket ile bu ayırımı muhakeme hukuku ve muhakeme-dışı hukuk biçiminde yapmaktayız (5).

Karardaki «esas ve usul» sözcüklerini bir kelime ile hukuk diye ifade etmek ve söz konusu olan varlık veya yokluğu hukuk bakımından yokluk kavramı olarak ele almak sanırız yanlış olmayacaktır.

Hukuk bakımından yokluk, işlemlerin normlara aykırılığının en ağır müeyyidesidir ve o işlemin başka bir süje tarafından hiç yapılmamış sayılması demektir. Bu müeyyide, ancak işlemin tamamlanması için gerekli unsurlardan veya şartlardan birinin mevcut olmaması ve yapılmış olan aykırılığın giderilmesi için bir çarenin, meselâ kanunyolunun kabul edilmemesi halinde söz konusu olur. Gerçekten meselâ temyiz yolunun kabul edilmesi, o işlemi yok değil, var saymak demektir. Var olmayan bir kararın hukuka aykırı olduğu ve bozulması yani ortadan kaldırılması gerektiği söylenemeyeceğine göre temyiz yoluna gidilmesi onun varlığının kabul edildiğini gösterir.

(14) KUNTER: CMH, 7. bası, No. 419, s. 615

(15) KUNTER: CMH, 7. bası, No. 3, 6, 7, 300; s. 7, 11, 420

Yokluk ile butlan iki farklı müeyyidedir. Butlanda aykırı işlemin varlığı kabul edilmekte ve onun ortadan kaldırılmasına «iptal» denilmektedir.

Bugünkü hukukumuzdaki «butlan» ile eski hukukumuzdaki «butlanı» birbirine karıştırmamak gerekir. İslâm hukukunda Hanefilerin sistemindeki «butlan» (batıl olma), bugünkü sistemde «hukuk bakımından yokluk» anlamına gelmektedir. Bugünkü butlanın eski karşılığı ise «fesat» (fasit olma)tır (16).

4.3 — Görüşümüz

Dağılan oyları toplamadaki aykırılığın müeyyidesi, bizce, hukuk bakımından yokluk olamaz. Gerçekten, olayımızda dairenin kararına itiraz edilmiştir. Bu itiraz, onun aykırılıkla ma'ûl, eski tabirle fasit de olsa, varlığının kabulü anlamına gelir. Bu nedenle, çoğunluğun dairedeki oylama hatasını hukuk bakımından yokluk veya varlık sorunu diye kabul etmesini isabetli görmemekteyiz. Kaldı ki Genelkurul neticede daire kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Bu karar, hukuk bakımından yok sayma tezi ile bağdaşamamaktadır.

5 — DOSYANIN KARAR VERİLMEK ÜZERE GERİ GÖNDERİLMESİ SORUNU

5.1 — Sorunun Ortaya Çıkışı ve Çözülüü

Genelkurul, daire kararının ortadan kaldırılmasına karar verdikten sonra, Genelkurul kararı doğrultusunda oylama yapıp gerekli kararın verilmesi için dava dosyasının daireye gönderilmesine de karar vermiştir. Burada da dosyanın geri gönderilmesinin isabeti sorunu karşımıza çıkmaktadır. Nitekim azınlıkta kalan bir üye «oylamanın doğru yapılmadığı kabul edilse bile ortada yine bir daire kararı vardır... Bu karar, başka bir karar organının, eskisinin yerine geçerek karar vermesi suretiyle aykırılığın giderildiği islah ile çözülebilir türdendir. Bunu da elbet Genelkurulun yapması gerekir» demek suretiyle bu sorunu belirtmiş ve Genelkurulunkinden farklı bir çözüm ileri sürmüştür.

5.2 — Muhakeme işlemlerindeki aykırılıkları gidermenin çeşitli çareleri vardır. Bunlardan biri olan «aykırılığı kaldırmak için işlemin ortadan kaldırılması»nın da «gerialma», «bozma», is-

(16) KUNTER: CMH, 7. bası, No. 287, s. 404

lâh» ve «yenileme» adlı dört çeşidi vardır (17). Aykırılığı yapan süje kendi işlemini ortadan kaldırırsa, yerine bir diğerini koyup koymamasına göre «yenileme» veya «gerialma» söz konusu olur. «Bozma» ve «islâh» ise aykırılığı yapandan başkasının yaptığı işlemlerdir. İslahta işlemi ortadan kaldıran, işlemi ortadan kaldırdığının yerine geçerek hukuka uygun olarak yapılması gerekeni yaptığı halde, bozmada onu, işlemi ortadan kaldırıandan başkası yapar. Temyiz muhakemesinde temyiz davasının kabul edilmesinin sonucu, kaide olarak, bozmadır. İslah ancak istisna olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, adi olsun acele olsun, itiraz muhakemesinde kaide, istisnasız, islahtır. Kanun, «itiraz varit görülürse, bunu tetkik eden merci aynı zamanda itirazın mevzuu olan mesele hakkında da karar verir.» demekle bunu ifade etmiştir (CMK. 302/2).

5.3 — Görüşümüz

5.3.1 — Başsavcılığın itirazı üzerine Genelkurulun yaptığı yargılama, niteliği itibariyle «itiraz yargılaması»dır. Zira yukarda da belirttiğimiz gibi (3.2), temyiz muhakemesi dolayısı ile söz konusu olsa da, temyiz muhakemesi, dünyanın her yerinde olduğu gibi bizde de kesin olan ve olması gereken daire kararı ile sona ermiştir. Karar onanmışsa (daha doğrusu temyiz davası reddedilmişse) zaten mesele yoktur. Bozulmuşsa söz artık, o da yine sadece bizde, olay mahkemesinindir, zira dünyanın hiç bir yerinde bizdeki gibi kararı bozulan mahkemeye veya onun yerine geçene işin başında uymama kararı verilmesi kabul edilmemiştir (18). Temyiz yolu, olay mahkemelerinin kararlarının hukukî bakımdan denetimi için kabul edildiğine ve Yargıtay dairesi de temyiz muhakemesinde olay mahkemesi gibi hareket etmediğine göre Başsavılığa tanınan itiraz yolunu temyiz yolu saymamıza imkân yoktur. O halde Genelkurulun gerçek bir itiraz mercii olarak, itirazı varit görürse kararı ortadan kaldırmakla yetinmeyip «aynı zamanda itirazın mevzuu olan mesele hakkında da karar» vermesi gerekirdi. Bir diğer söyleyişle, daire yerine geçerek onun vereceği kararı (meselâ bozma veya onama kararını) vermeliydi.

5.3.2 — Genelkurul aykırılığın müeyyidesini hukuka aykırılık olarak kabul etseydi dahi durumda değişiklik olmayacak, yok saydığı, yapılmamış farzettığı işlem yerine gereken işlemi itiraz mercii olarak kendisi yapacaktı. Bildiğimiz kadarı ile uygulama

(17) KUNTER: CMH, 7. bası, No. 294, s. 411

(18) KUNTER: CMH, 7. bası, No. 548, s. 869

hep bu yöndendir. Ancak Genel kurulun dosyayı daireye gönderebileceği istisnai haller de elbet yok değildir. Mesela daire, esasa girmeden sadece «görevsizli» denilegelen «madde yönünden yetkisizlik» yüzünden bozmuş ve buna itiraz edilmişse, itiraz varit görülünce daire kararının kaldırılması ile itiraz davasının mevzuu olan mesele de çözülmüş olacak ve itiraz merciine yapacak iş kalmayacaktır. Bu demektir ki, Genelkurul temyiz davasının esasına karar vermeyecek ve dosyayı bu hususta karar vermesi için daireye iade edecektir. Nitekim uygulama da bu yoldadır (19).

6 — Ö Z E T

● 1 — Yargıtay İç Yönetmeliğinin 22. maddesi, sonradan ortaya çıkan önsorunların ilk defa görüşülmesini değil, karara bağlanmış önsorunların yeniden görüşülmesini engellemektedir,

● 2 — Esas hakkında oylamaya geçildikten sonra ortaya çıkan «dairedeki oylamanın aykırılığı sorunu» önsorun değildir, zira o çözülmeyen de «bozma yerine onama kararı verilmeliydi» diyen itirazın varit olup olmadığına karar verilebilir,

● 3 — Esas hakkında oylamaya geçildikten sonra ortaya çıkan oylama sorununun görüşülmesi sorunu, onun önsorun olup olmaması ile ilgili değildir,

● 4 — Oylama sorunu itiraz nedeni olarak ileri sürülmemiş olduğundan, itirazın her çeşidinin yargılaması da itiraz nedenleri ile sınırlı olduğundan, esas oylamasına geçtikten sonra da, geçmeden önce de görüşülemez,

● 5 — İtiraz etmesini sağlamak üzere Başsavcılığın tahriki, yargulama görevi dışına çıkmak olacağından ve bu yolda bir istisna açıkça kabul edilmemiş bulunduğundan, söz konusu olmamak gerekir,

● 6 — Bir karar aleyhine kanun yoluna gidilmesi onun varlığının kabulü anlamına geldiğinden, hukuk bakımından yokluğu da söz konusu olamaz.

● 7 — Genel kurul oylama konusunda görüşmeyi kabul edip dairedeki oylamayı hatalı bulduğunda daire kararını kaldırmakla yetinmeyip daire yerine geçerek bozma veya onama gibi gerekli kararı vermeliydi,

diye düşünüyoruz.

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN
ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER**

Bülent AKMANLAR (*)

(Hükümlülerin Aktarılmasına İlişkin Sözleşme) 21 Mart 1983 tarihinde imzaya açıldı. Ceza adaletinin sağlanmasında, infaz hukukunun önemli bir yerinin bulunduğunu bu konuya az da olsa ilgi gösterenler bilirler. Bu nedenle konunun önemini burada ayrıca açıklamak gereğini duymuyoruz. Uygar ülkelerin infaz hukukuna yönelik insancıl çalışmalarından bir örnek olması nedeniyle Türkiye tarafından da yakın bir zamanda imzalanacağına kuşku bulunmayan sözleşme'nin ana çizgilerine ilişkin bir tanıtma yazısı çevirisini okurlarımızın bilgilerine sunuyoruz.

HÜKÜMLÜLERİN AKTARILMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME

21 Mart 1983 tarihinde imzaya açılan, (Hükümlülerin Aktarılmasına ilişkin sözleşme), yabancı hükümlülerin yurtlarına geri gönderilmesini kolaylaştırmayı öngörüyor. Böylece suçluluk ve ceza politikasında yeni eğilimler de gözönüne alınmaktadır. Taşıma ve ulaşım araçlarındaki kolaylık, insanların yer değiştirmelerini artırmış ve bunun sonucunda suçluluğun uluslararası nitelik kazanmasının da nedeni olmuştur. Ceza adaletinin suçluların sosyalleştirilmesine önem verdiği ölçü içinde bir suçluya verilen cezanın suçun işlendiği veya hükmün verildiği Devlet'de değil, kendi ülkesinde yerine getirilmesi istenilmektedir. Yeni sözleşme yabancı tutuklu veya hükümlü üzerindeki dil ayrılığından doğan iletişim güçlüklerini, yerel gelenek ve kültürel uyumsuzluklarını, aile ilişkilerinden yoksun kalmanın kötü etkilerini ortadan kaldırmak gibi insancıl düşüncelerden kaynaklanmaktadır.

Yabancı tutuklu veya hükümlünün kendi ülkesine gönderilmesi olanağı, Avrupa Konseyince 1970 yılında kabul edilen (Mahkeme Kararlarının Uluslararası Değerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi) hükümleri ile sağlanmaktaydı. Ancak, bu sözleşmenin üç önemli sakıncası : çok az sayıda ülkece (Avusturya, Kıbrıs, Danimarka, Norveç, İsveç ve Türkiye) onaylanmış olması, öngörülen yöntemin

(*) Yargıtay 8. CD. Üyesi.

[usulün] yabancı tutuklunun en kısa sürede geri gönderilmesini sağlayacak nitelikte bulunmaması ve geri gönderme isteminde bulunmak hakkının yalnız hükmün verildiği Devlette bulunmasıdır.

Bu güçlükleri aşmak için yeni sözleşme daha basit ve çabuk bir yöntem önermektedir.

Geri gönderme yalnız hükmün verildiği Devlet (HÜKÜM DEVLETİ) tarafından değil, hükümlünün uyruğu bulunduğu Devlet (İNFAZ DEVLETİ) tarafından da istenebilecektir; böylece bir Devlet kendi uyruğunda bulunanların yurda dönmelerini sağlayabilecektir. Tutuklu veya hükümlü geri gönderilmesini kendisi istemez; ancak bu konuda gerek Hüküm Devletine ve gerekse İnfaz Devletine dileğini iletebilir; diğer yandan geri gönderme onun rızasına bağlıdır. Tutuklu veya hükümlünün rızası, geri göndermenin temel öğelerinden birini oluşturur. Bir hükümlüyü rızası olmadan geri göndermek suçluların topluma kazandırılmasına ilişkin sözleşme'nin temel amacına aykırıdır.

Diğer yandan, sözleşme'ye göre geri gönderme; tutuklu veya hükümlü İnfaz Devleti uyruğu değilse, hüküm kesinleşmemiş ise, verine getirilecek özgürlüğü bağlayıcı ceza altı aydan aşağı ise, hükümlülüğe neden olan eylem İnfaz Devleti açısından cezayı gerektirmiyorsa ve Hüküm Devleti ile İnfaz Devleti arasında bu konuda bir anlaşmaya varılamamışsa, gerçekleştirilemez.

Geri göndermeden sonra cezanın yerine getirilmesine gelince; İnfaz Devleti iki yöntemden birisini seçebilir. Ya cezanın hemen yerine getirilmesine başlayacak veya Hüküm Devleti Yasalarına göre verilmiş bir cezayı İnfaz Devleti Yasasında da öngörülen cezaya dönüştürecek adli veya idari bir karara dayanacaktır. Bu iki yöntem (İnfazın sürdürülmesi veya hükümlülüğün çevrilmesi) arasındaki temel fark; birincisinde İnfaz Devleti'nin Hüküm Devletinde verilen cezanın yerine getirilmesini, uyarlama [iktibas] yolu ile sürdürmek olup, ikincisinde ise yerine getirilen ceza artık Hüküm Devletinde verilmiş olan hükme doğrudan doğruya bağlı kalmamaktadır. Her iki yöntemde de hükümlülüğün yerine getirilmesi, örneğin koşullu salıvermeyi düzenleyen hükümlerin de uygulanmasını sağlayacak biçimde, İnfaz Devletinin yasalarına uygun olacaktır.

İnfaz Devleti (İnfazın sürdürülmesi) yöntemini seçerse, Hüküm Devletinde verilmiş olan cezanın hukuksal niteliği ve süresi ile bağlıdır. Eğer iki Devletin ceza sistemleri arasında ceza basamakları ile aşağı ve yukarı sınırlar açısından fark varsa, İnfaz Dev-

leti kendi öz yasında öngörülen cezaya en yakın cezayı daha şiddetli ve çok uzun süreli olmamak koşulu ile uyarlıyacaktır. İnfaz Devleti (Hükümlülüğün çevrilmesi) yöntemini seçerse, Hüküm Devletinde verilen Ceza yerine kendi yasalarında öngörülen bir ceza uyarlıyacaktır. Bu uyarılama İnfaz Devleti yasalarına göre yürütülmekle beraber bu durumda sözleşme dört koşul öngörmektedir. Birinci olarak, infazı yapacak olan yetkili merci, Hüküm Devletinde verilmiş olan kararda olayın açıkça veya zımni olarak saptanan biçimi ile bağlı olacak ve başka bir anlatımla kararın dayandığı olayları değişik bir biçimde değerlendiremeyecektir. İkinci olarak, özgürlüğü bağlayıcı ceza para cezasına çevrilemeyecektir. Üçüncü olarak, hükümlünün özgürlüğünü daha önce bağlamış olan tüm süreler İnfaz Devletince yerine getirilecek cezadan indirilecektir. Dördüncü olarak, hükümlünün cezası şiddetlendirilmeyecek, daha uzun ve daha ağır bir ceza verilemeyecektir.

Özel af, genel af veya yasal olarak cezayı hafifleten nedenler gerek Hüküm ve gerekse İnfaz Devletlerine düzenlenecektir. Nevar ki hükme karşı hertürlü karar düzeltme yetkisi Hüküm Devletine ait olacaktır.

Uluslararası işbirliği ölçüleri içinde infaza ilişkin olarak Avrupa Konseyi çerçevesinde düzenlenen sözleşmelerin tersine bu Sözleşme başlığında (Avrupa) sözcüğüne yer verilmemiştir. Böylece söz konusu belge, Avrupa dışındaki Demokratik Devletlere de açıktır. Bu ölçülere cevap veren iki Devlet (Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada) sözleşmenin hazırlanmasına da katılmışlar ve yürürlüğe girmeden önce Sözleşme'yi imzalama yetkisine Avrupa Konseyi Devletlerle birlikte sahip olmuşlardır. Buna karşılık üye olmayan diğer Devletler Sözleşmeye ancak Bakanlar Komitesi'nin çağrısından ve başka bir anlatımla yürürlüğe girmesinden sonra katılabileceklerdir. Sözleşme 21 Mart 1983 tarihinde imzaya açıldığı gün on üye Devlet (Avusturya, Belçika, Danimarka, Federal Almanya, Yunanistan, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsveç ve İsviçre) ile Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada tarafından imzalanmıştır.

27 Nisan 1983 tarihinde Fransa ve 3 Mayıs 1983 tarihinde Lihtenştayn tarafından imzalanan Sözleşme üç Devlet'in onayından sonra yürürlüğe girmiş olacaktır.



BİBLİYOGRAFYA

1983 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

● Konulara Göre (**):

I — GENEL HUKUK

ÖNDER, Ali Rıza. Ayrılırken. IX (1-2) 1983, 5-7.

ÖZDEMİR, Şükrü. Hazırlanmakta Olan Yeni Yargıtay Kanunu ve Yargıtay'ın Sorunları. IX (1-2) 1983, 8-18

LİVANELİOĞU, M. Sabri. Ayrılırken. (3) 1983, 233-238

TURHAN, Derviş. 1983-1984 Adalet Yılına Açış Konuşması. IX (4) 1983, 417-430

ALTUĞ, Prof. Dr. Yılmaz. Hakemlik. IX (4) 1983, 431-435

KAZMAZ, Süleyman. Hak Ve Adalet Duygusu. IX (4) 1983, 436-457

1 — KARAR TAHLİLİ

DOĞANAY, İsmail. Sigorta Poliçesi Genel Şartları İle Dava Zamanaşımı Süresinin Uzatılıp Kısaltılması Mümkün müdür? IX (1-2) 1983, 193-209

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu. IX (3) 1983, 354-366

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. Olağanüstü İtirazda Yargılama İle İlgili Sorunlar. IX (4) 1983, 586-598

1 — BİBLİYOGRAFYA

GENİŞ, Ali Rıza. 1983 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası. IX (4) 1983, 602-606

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

(**) Sıralamada, makalenin yayımlandığı dergi cilt sayısı ile sıra sayısı esas alınmıştır.

2 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

AKMANLAR, Bülent. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler. IX (1-2,3,4) 1983, 210-213; 338-391; 599-501

3 — KİTAP TANITMA

YAVUZ, Nihat. Andreas Von Tuhr ve Dilimize Çevrilen Ölümsüz Kalıcı Yapıtı Olan «Borçlar Hukuku»nun Tıpkı Basımı Hakkında Birkaç Söz IX (3) 1983, 367-387

GENİŞ, Ali Rıza. «Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi» IX (3) 1983, 392-393

4 — YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza. Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yitirdiklerimiz. IX (1-2,3,4) 1983, 216-222; 394-401; 607-613

5 — ANI

SELÇUK, Dr. Sami. Halil Hilmi Erdem'in Ardından. IX (1-2) 1983, 214-215

6 — DUYURULAR

Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler. IX (1-2,3,4) 1983, 223-226; 402-409; 614-616

II — USUL HUKUKU

AYKONU, Mustafa Sadrettin. Hukuk Mahkemelerinde Kısa Karar ve Gerekeçeli Karar Sorunu. IX (1-2) 1983, 19-30

YAVUZ, Dr. Cevdet. Fransa'da İspat Külfeti ile İlgili Son İçtihat Gelişmeleri. IX (1-2) 1983, 31-50

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (I). IX (4) 1983, 458-469

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar. Hazırlık Soruşturması Yapılırken Dikkate Alınacak Önemli Noktalar Üzerinde Bir İzah Denemesi (I). IX (4) 1983, 470-484

KOÇHİSARLIOĞLU, Dr. Cengiz. Ceza Yargılama Usulü. IX (4) 1983, 485-495

III — ANAYASA HUKUKU

ALİEFENDİOĞLU, Dr. Yılmaz. Anayasal Denetimin Kimi Sorunları. IX (1-2) 1983, 51-67

IV — MİLLETLERARASI HUKUK

ŞAKAR, Müjdat. Avrupa Konseyi Çerçevesinde Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliği. IX (3) 1983, 239-252

V — CEZA HUKUKU

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi.** IX (1-2) 1983, 68-74

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Kasdın Aşılması.** IX (3) 1983, 253-259

ERGÜN, Mevci. **Sahtekârlık.** IX (3) 1983, 260-271

BIYIKLI, Doç. Dr. Hasan. **Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetinden İndirilmesi.** IX (3) 1983, 272-289

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması.** IX (4) 1983, 496-509

SELÇUK, Dr. Sami. **Kamu Güvencesine (Umumun Tekâfülüne) Bırakılmış Eşya Hırsızlığı.** IX (4) 1983, 510-534

VI — MİRAS HUKUKU

FRANKO, Doç. Dr. İ. Nisim. **Sağ Kalan Eşin İntifa Hakkı Seçiminde Şekil Ve Müddet Problemi.** IX (3) 1983, 290-307

VII — BORÇLAR HUKUKU

DURA, Dr. Suat. **Tellâlık Sözleşmesi.** IX (1-2) 1983, 75-95

KARTAL, Bilâl. **Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi Ve Özellikle Biçimi (I, II, III).** IX (1-2,3,4) 1983, 96-113; 329-338; 551-568

DURA, Dr. Suat. **Eser (İstisna) Sözleşmesi (I, II).** IX (3,4) 1983, 308-328; 535-550

ÖNAL, Hilmi. **Müvekkilin Ücret Ödeme Borcu ve Avukatlık Ücreti (I, II).** IX (3,4) 1983, 339-353; 569-577

VIII — İCRA VE İFLÂS HUKUKU

KAYGANCIOĞLU, Mustafa, **İcra Hukukunda İstihkâk Davası (II).** IX (1-2) 1983, 114-136

UYAR, Talih. **Takip Hukukunda İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması (İİK. m. 68).** IX (1-2) 1983, 137-159

ANTALYA, O. Gökhan. **İcranın İadesi** IX (4) 1983, 579-585

IX — İŞ HUKUKU

ARICI, Kadir. **İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası.** IX (1-2) 1983, 160-176

X — KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

KOÇHİSARLITOĞLU, Dr. Cengiz. **Karşılaştırmalı Hukuk Açısından MK.nun 320. Maddesine Göre Sorumlu Kişi Kavramı.** IX (1-2) 1983, 177-192

● ● Yazar Soyadlarına Göre :

————— A —————

AKMANLAR, Bülent	IX (1-2,3,4) 1983, 210-213; 338-391;599-601
ALİEFENDİOĞLU, Dr. Yılmaz	IX (1-2) 1983, 51-67
ALTUĞ, Prof. Dr. Yılmaz	IX (4) 1983, 431-435
ANTALYA, O. Gökhan	IX (4) 1983, 579-585
ARICI, Kadir	IX (1-2) 1983, 160-176
AYKONU, Mustafa Sadrettin	IX (1-2) 1983, 19-30

————— B —————

BIYIKLI, Doç. Dr. Hasan	IX (3) 1983, 272-289
--------------------------------	----------------------

————— C —————

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar	IX (4) 1983, 470-484
----------------------------	----------------------

————— D —————

DOĞANAY, İsmail	IX (1-2) 1983, 193-209
DURA, Dr. Suat	IX (1-2,3,4) 1983, 75-90; 308-328; 535-550

————— E —————

EREM, Prof. Dr. Faruk	IX (1-2,3,4) 1983, 68-74; 253-259; 496-509
ERGÜN, Mevci	IX (3) 1983, 260-271

————— F —————

FRANKO, Doç. Dr. İ. Nisim	IX (3) 1983, 290-307
----------------------------------	----------------------

————— G —————

GENİŞ, Ali Rıza	IX (1-2,3,4) 1983, 216-222; 392-393; 394-401; 607-618
------------------------	----------------------------------------------------------

————— K —————

KARTAL, Bilâl	IX (1-2,3,4) 1983, 96-113; 329-338; 551-568
KAYGANACIOĞLU, Mustafa	IX (1-2) 1983, 114-136
KAZMAZ, Süleyman	IX (4) 1983, 436-457
KOÇHİSARLIOĞLU, Dr. Cengiz	IX (1-2,4) 1983, 177-192; 485-495
KUNTER, Prof. Dr. Nurullah	IX (3,4) 1983, 354-366; 586-598

L

LİVANELİOĞLU, M. Sabri IX (3) 1983, 233-238

Ö

ÖNAL, Hilmi IX (3,4) 1983, 339-353; 569-578

ÖNDER, Ali Rıza IX (1-2) 1983, 5-7

ÖZDEMİR, Şükrü IX (1-2) 1983, 8-18

S

SELÇUK, Dr. Sami IX (1-2,4) 1983, 214-215; 510-534

Ş

ŞAKAR, Müjdat IX (3) 1983, 239-252

T

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin IX (4) 1983, 458-469

TURHAN, Derviş IX (4) 1983, 417-430

U

UYAR, Talih IX (1-2) 1983, 137-159

Y

YAVUZ, Dr. Cevdet IX (1-2) 1983, 31-50

YAVUZ, Nihat IX (3) 1983, 367-387

YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

● ● YENİ SEÇİLENLER

● SEMİH KORKMAZ

1921 yılında İstanbul'da doğmuştur. 1942'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitiren Korkmaz, 1945 senesinde Sarıkamış Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini Ordu Sulh Hâkimliği, Erdek, Bandırma, Ankara C. Savcılığı, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, İstanbul Asliye Ceza Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Semih Korkmaz, Yargıtay Dokuzuncu ve Yedinci Ceza Dairelerinde üye olarak görev yaptıktan sonra, 4.7.1983 günü Yargıtay Birinci Başkanvekilliğine seçilmiştir.

● FARUK KIVANÇ

Niğde 1921 doğumlu Kıvanç, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, Mersin C. Savcı Yardımcısı olarak 1946'da göreve başlamıştır. Anamur, Tarsus C. Savcılığı da yapan Faruk Kıvanç, Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdür Yardımcılığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Birinci Bölüm Başkanlığı ile aynı Kuruluşun Genel Sekreterliği görevlerinde de bulunmuştur.

İngiltere'de birbuçuk yıl infaz üzerinde incelemelerde bulunduktan sonra, 8.1.1969 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve uzun zaman Yargıtay Genel Sekreterliği yapan Kıvanç, İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yaptığı bir sırada aynı dairenin Başkanlığına 4.7.1983 günü seçilmiştir.

● YAHYA SAİM GÖKÇEDAĞ (**)

Buldan 1921 doğumlu Gökçedağ, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 1946'da Sarayköy Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlamıştır. Sırasıyla; Keçiözü, Urla C. Savcılığı, İzmir C. Savcı Yardımcılığı ve Başyardımcılığı, İzmir Üçüncü Asliye Ceza Hâkimliği, İzmir Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ile İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde de bulunan Yahya Saim Gökçedağ, 28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Ortaklaşa yayımladığı «Kaçakçılık Mevzuatı ve Tatbikatı» adlı eseri bulunan ve halen Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi de olan Gökçedağ, Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Sekizinci Ceza Dairesi Başkanlığına 18.4.1983 günü seçilmiştir.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

(**) Temmuz-1983 sayımızda yayımlanan yaşam öyküsünde bazı yanlışlıklar olduğundan tekrar yayımlanmıştır.

● NİHAT SAYINALP

1921 yılında Giresun'da doğmuş, 1945'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1952 senesinde Tortum C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Sayinalp, bu mesleğini Çavdır Sulh Hâkimliği, Keskin Hukuk Hâkimliği, Ankara Sulh Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nihat Sayinalp, Birinci Hukuk Dairesi'nde Üye olarak görevini sürdürmektedir.

● İLHAN ÇALLI

1926'da Nallıhan'da dünyaya gelen Çallı, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1949 yılında bitirdikten sonra, 1953 senesinin 2 Şubatında Erzincan C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini, Kemah C. Savcılığı, Giresun C. Savcı Yardımcılığı, Keskin C. Savcılığı, Burhaniye C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Genel Müdür Yardımcılığı, Özlük İşleri Genel Müdürlüğü, Ceza ve Tevkif Ev'eri Genel Müdürlüğü, Çocuk Eğitim İslah ve İnfaz İşleri Genel Müdürlüğü, Donatım ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü, Daire Başkanlığı (Müsteşar Yardımcılığına vekalet) yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İlhan Çallı, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● ALPTEKİN ÖZHAN

1341 yılında Karadeniz Ereğlisi'nde doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1949 yılında bitiren Özhan, 15.3.1953 günü Elazığ C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Maden, Mudurnu, Bafra ve Samsun C. Savcı Yardımcılığı, Kastamonu, Rize C. Savcılığı, İstanbul C. Savcı Yardımcılığı, Adana C. Savcılığı ile Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Alptekin Özhan, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● M. ZEKİ BAYDAR

1926 yılında Suşehri'nde doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1950 senesinde bitirdikten sonra, 1953'de Sinop C. Savcı Yardımcısı olarak görevine başlamış ve bu görevini Şemdinli C. Savcı Yardımcılığı, Bolvadin, Erzincan C. Savcılığı, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Baydar, Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● HALİT KOÇULU

Kars 1930 doğum'u Koçulu, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1955'de bitirdikten sonra Tuzluca Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe 1958 yılında başlamıştır. Sarıkamış C. Savcı Yardımcısı, Kozan Sorgu Hâkimi, Şarkışla, Çıldır C. Savcısı, Bingöl Ceza Hâkimi, Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi Baş

kani, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, Ankara Hâkimi olarak görev sürdüren ve son olarak Altındağ Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı bulunduğu sırada 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Halit Koçulu, Beşinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● MÜNİR ONAN

1931 yılında Ankara'da doğmuş, 1957'de Ankara Hukuk Fakültesini bitirmiştir. Okul bitimini izleyen bir yıl sonra Çat Münferit Sulh Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Onan, bu mesleğini Sarız Hâkimliği, Seydişehir C. Savcı Yardımcılığı, Seydişehir C. Savcılığı, Afyon C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Müfettişliği, Başmüfettişliği, Müşavir Müfettişliği, Başmüsavir Müfettişliği yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Münir Onan, İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● Y. SERVET KİTİŞ

1930 yılında Dinarda doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitiren Kitiş, 28.6.1960 günü Bulanık Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Van Hâkim Yardımcısı, Akdağmadeni Asliye Hukuk Hâkimi, Aksaray Asliye Hukuk Hâkimi olarak sürdürmüştür.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi bulunduğu sırada, 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Y. Servet Kitiş, aynı dairede üye olarak göreve başlamıştır.

● M. SİRET ATALAY

1934'de Siirt'de doğmuş, 1958'de de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirerek, 1960 yılının Temmuz ayında Muradiye Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır. Sırasıyla Pazarcık Hâkimliği, Haymana Hukuk Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Ankara Hâkimliği ve Ankara Onüçüncü Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerinde de bulunan M. Siret Atalay, 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilerek Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak mesleğini sürdürmektedir.

● S. NECİP DEDA

1933 yılında Çal'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1958 tarihinde bitiren Deda, Van Savcı Yardımcısı olarak 1961'de mesleğe başlamış ve bu mesleğini Niğde C. Savcı Yardımcılığı, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

Fahrettin Kıyak-Cabbar Şenel'le birlikte ortaklaşa yayımladıkları «Ceza Hükümlerini Taşıyan Hususi Kanun ve Nizamnameler» adlı yayımlanmış eseri olan ve çeşitli adalet dergilerinde «1567 ve 3078 sayılı Yasalarla ilgili» yazıları çıkan S. Necip Deda, 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Yedinci Ceza Dairesinde Üyelik görevini sürdürmektedir.

● İBRAHİM HAZNEDAROĞLU

1932 yılında Ankara'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, 1962 senesinde Sivrice Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Haznedaroğlu, sırasıyla bu mesleğini Sungurlu Sulh Hâkimi, Sungurlu Asliye Hukuk Hâkimi olarak sürdürmüştür.

Yargıtay Birinci Başkanlığı (Hukuk Genel Kurulu) Tetkik Hâkimi olarak görev sürdürdüğü bir sırada, 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İbrahim Haznedaroğlu, İkinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● Y. METE GÜNEL

Sivas 1937 doğumlu Günel, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra Malazgirt C. Savcı Yardımcısı olarak 1962'de göreve başlamıştır. Çumra, Kuşadası C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Başmüsavirliği ve Tetkik Hâkimliği de yapan Günel'in Kemalettin Alikâşifoğlu ile birlikte yayımladıkları «Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» adlı eseri vardır.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Y. Mete Günel, Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● ÇETİN AŞÇIOĞLU

1936 yılında Antalya'da doğmuştur. 1961'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1962 senesinde Araban Münferit Sulh Hâkimi olarak göreve başlayan Aşçıoğlu, bu görevini Bucak Hukuk Hâkimliği, Boyabat Hukuk Hâkimliği ve Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

«Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu» adlı yayımlanmış eseri bulunan ve 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Çetin Aşçıoğlu, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● GÖNEN ERİŞ

1934 Pehlivan köyü doğumlu Eriş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1960 yılında bitirdikten sonra, Ardeşen Hâkim Yardımcısı olarak 1964'de mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla Çayeli Sorgu Hâkimliği, Çayeli Hâkimliği, Kırşehir Sulh Hâkimliği, Kırşehir Hukuk Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Ankara Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı bulunduğu sırada 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdüren Gönen Eriş'in çeşitli dergilerde yayımlanmış yazıları bulunmaktadır.

● RÜŞTÜ SÖNMEZ

Ermenek 1937 doğumlu Sönmez, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1965 yılının Ocak ayında Aşkale C. Savcı Yardımcısı olarak mes-

leğe başlamıştır. Daha sonra sırasıyla Şereflikoçhisar C. Savcı Yardımcılığı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı ve Adalet Müfettişliği de yapan Sönmez, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcısı olarak görev yaptığı bir sırada, 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● ERDOĞAN ÖZDENEROL

10.9.1935 günü Develi'de doğmuş, 1961'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. İlk mesleğe Yusufeli Hâkim Yardımcısı olarak 1966 yılında başlayan Özdenrol, bu mesleğini Eynesil Hâkim Yardımcılığı, Çerkeş Sulh ve Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken 21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Erdoğan Özdenrol, Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● M. ZEKÂİ TURAN

4.9.1932 günü Ankara'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1957'de bitirdikten sonra 1959 yılında Tuzluca Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlayan Turan, sırasıyla Elbistan C. Savcı Yardımcılığı, Beypazarı C. Savcılığı, Elmalı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi C. Savcı Başyardımcılığı, Sivas C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müşavirliği, Bursa C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcılığı ve Yüksek Müşavirlik ile Muğla C. Savcılığı görevlerinde de bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Zekai Turan, Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● M. CENGİZ KOSTAKOĞLU

10.4.1932 günü Alaşehir'de doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1951-1952 öğretim yılında bitirmiştir. Mesleğe Gelendost Hâkimi olarak 31.5.1961 yılında başlayan Kostakoğlu, bu mesleğini Manyas Hâkimliği, Akhisar Sorgu Hâkimliği ve Karşılaka Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Cengiz Kostakoğlu, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● MUALLÂ ERMAN

1931 yılında Sivas'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra 1957'de Horasan Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlayan Erman, bu görevini Divriği Hâkim Yardımcılığı, Çorum Sulh Hâkimliği, İnebolu Sulh Hâkimliği, Çankırı Sorgu Hâkimliği, Kırıkkale Hâkimliği ve Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Muallâ Erman, Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● YUSUF YILBAŞ

1929'da Tarsus'da doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1952'de bitirmiştir. 1955 yılında Koyulhisar Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Yılbaş, sırasıyla Osmaniye Hâkimliği, Erciş Tapulama Hâkimliği, Alanya Ceza Hâkimliği, Hatay Hukuk Hâkimliği ve Adana Hukuk Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Yusuf Yılbaş, Üçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● HÜSEYİN DENİZ

1942 yılında Gürün'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1966 yılında bitirdikten sonra, 1971'de Savşat Hâkimi olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini Yenipazar Hâkimliği, Şereflikoçhisar Ceza Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlık Tetkik Hâkimliği, Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Askeri Yargıtay Başkanlığı Daireler Kurulu Tetkik Hâkimliği yaptığı bir sırada Yargıtay Genel Sekreter Yardımcılığına getirilmiştir.

● ● EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● MUSTAFA SABRİ LİVANELİOĞLU

1918 Elazığ doğumludur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1940 yılında bitirdikten sonra, 26.11.1943 tarihinde Ilgın C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Livanelioğlu, bu mesleğini 1946'da Fethiye C. Savcılığı, 1950'de Silifke C. Savcı Yardımcılığı, 1951'de Amasya C. Savcılığı, 1954'de Muğla C. Savcılığı, 1956'da Adalet Müfettişliği, 1958'de Adalet Başmüfettişliği yaparak çeşitli Yurt köşelerinde sürdürmüştür.

26.5.1962 günü Yargıtay C. Savcılığına getirilmiş, daha sonrada İkinci Başsavcılığına seçilerek İkinci Bölüm Başkanı olmuştur.

Daha sonra Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Sabri Livanelioğlu, 29.9.1975'de Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Başkanlığına, 20.9.1977'de de Yargıtay Birinci Başkan Vekilliğine seçilmiş ve bu görevini sürdürürken 1.7.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● HALİL GÜRÇEL

1918 yılında Rodos'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941 yılında bitirdikten sonra, 1944'de Andırın C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, mesleğini Mersin, Bursa Sulh Hâkimliği, Bursa Ceza Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

1962 yılının Şubat ayında Yargıtay Üyeliğine seçilen Halil Gürçel, 1.7.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● FATİH KEÇİK

Kilis 1918 doğumlu Keçik, 1941'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1945 yılında Yusufeli Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, sırasıyla Yusufeli C. Savcı Yardımcılığı ile Ayvalık, Çekerek, Elbistan, Van, Silifke ve Malatya C. Savcılıklarında bulunmuştur.

1962 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Fatih Keçik, İkinci Ceza Dairesi Başkanlığından 1.7.1983 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● TURAN BİLGİN

20.12.1929 yılında Mersin'de doğmuştur. 1951-1952 öğretim yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 17.6.1954'de Kırşehir Hâkim Adayı olarak mesleğe başlamış ve bu adaylığını İstanbul, Baykan gibi yörelerde sürdürmüştür.

Daha sonraları, Alaçam C. Savcı Yardımcılığı ve C. Savcılığı, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği görevlerinde de bulunan Turan Bilgin, Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden 4.7.1983 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● ABDÜLMÜMİN KAVALALI

Gümüşhacıköy 1925 doğumlu Kavalalı, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1948 yılında bitirdikten sonra, 1953'de Tirebolu Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Trabzon Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Abdülmümin Kavalalı, Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi bulunduğu sırada Danışma Meclisi Üyeliğine seçilmiştir.

Yayın Kurulu Üyeliği de yapan ve yayımlanmış eserleri ile yazıları bulunan Kavalalı 25.8.1983 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilenlere görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle de aramızdan ayrılanlara yaşamlarında sağlık ve mutluluklar dileriz.

- YASALAR
- TÜZÜKLER
- YÖNETMELİKLER

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

- YASALAR

Tarih :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
7.5.1983	18040	1	Kanun No : 2821 Kabul Tarihi : 5.5.1983 Sendikalar Kanunu.
7.5.1983	18040	20	Kanun No : 2822 Kabul Tarihi : 5.5.1983 Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu.
24.5.1983	18056 (Mükerrer)	1	Kanun No : 2826 Kabul Tarihi : 24.5.1983 Abdülaziz Kılıç Hakkındaki Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesine Dair Kanun
27.5.1983	18059	1	Kanun No : 2823 Kabul Tarihi : 24.5.1983 Atatürk Orman Çiftliği Mülkiyetindeki Bir Kısım Arazinin Devredilmesine İzin Verilmesi Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	2	Kanun No : 2824 Kabul Tarihi : 24.5.1983 9.5.1960 Tarihli ve 7478 Sayılı Köy İçme Suları Hakkında Kanun 15 inci Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	2	Kanun No : 2825 Kabul Tarihi : 24.5.1983 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 uncu Maddesine Bir Bent Eklenmesi Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	3	Kanun No : 2827 Kabul Tarihi : 24.5.1983 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	6	Kanun No : 2828 Kabul Tarihi : 24.5.1983 Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu.
27.5.1983	18059	22	Kanun No : 2829 Kabul Tarihi : 24.5.1983 Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	25	Kanun No : 2830 Kabul Tarihi : 24.5.1983 13.3.1913 Tarihli, İdarei Umumiye Vilayet

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Kanunu Muvakkatının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.

27.5.1983	18059	25	Kanun No : 2831 Kabul Tarihi : 24.5.1983 79 Sayılı Millî Korunma Suçlarının Affına, Millî Korunma Teşkilât, Sermaye, Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanununun 10 uncu Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin 20 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	26	Kanun No : 2832 Kabul Tarihi : 24.5.1983 14 Temmuz 1970 Tarihli ve 1309 Sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesine Dair 22 Mart 1983 Tarihli 59 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
27.5.1983	18059	26	Kanun No : 2833 Kabul Tarihi : 24.5.1983 10 Haziran 1949 Tarihli ve 5441 Sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesine Dair 22 Mart 1983 Tarihli 58 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

● TÜZÜKLER

Resmî Gazete			
Tarih :	No :	Sayfa :	Tüzüğün Adı :
27.5.1983	18059	27	Karar Sayısı : 83/6456 Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğününün 14 üncü Maddesinin Değiştirilmesine ve Bu Tüzüğe Bir Geçici Madde Eklenmesine İlişkin Tüzük.
12.6.1983	18075	2	Karar Sayısı : 83/6540 Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü'nün Bazı Maddelerinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Tüzük.
29.7.1983	18119	1	Karar Sayısı : 83/6664 Türk Hava Kurumu Tüzüğünde Yapılan Değişiklikler.
20.7.1983	18110	1	Karar Sayısı : 83/6749 Hayvan Sağlık Zabıtası Tüzüğüne Koyun ve Keçilerde Yavru Atama (Brucella) Hastalığına İlişkin Ek Tüzük.

8.8.1983	18129	8	Karar Sayısı : 83/6777 Bayındırlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.
22.8.1983	18143	1	Karar Sayısı : 83/6861 Ticaret Bakanlığı Ölçüler Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.

● **YÖNETMELİKLER**

Resmî Gazete			Yönetmeliğin Adı :
Tarih :	No :	Sayfa :	
4.4.1983	18008	2	Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği.
9.4.1983	18013	17	Turizmi Teşvik Kanunu Gereğince Uygulanacak Para Cezalarının Tahsili ve Turizmi Geliştirme Fonuna Aktarılması Hakkında Yönetmelik.
19.4.1983	18023	14	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksekokulu Yönetmeliği.
28.4.1983	18031	33	Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik.
15.5.1983	18048	20	İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği.
17.5.1983	18050	8	Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği.
3.6.1983	18066	4	Belediyelerin İmar Yönetmeliklerindeki «İskan Hudutları Dışındaki Yerler» İle İlgili Maddenin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
5.6.1983	18068	6	Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Deniz Ticaret Odaları İle Ticaret Borsalarında Hakem ve Bilirkişi Listelerini Düzenleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

● YARGITAY YAYINLARI

● YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU 1

Cilt : 1-7, Yıl : 1975-1981, Sıra Sayı : 1-86
(Basılıyor)

● ANDREAS von TUHR «BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI» (Avukat CEVAT EDEGE çevirisi)

Cilt : 1-2 Lüks Ciltli 1127 Sayfa 1500,—Lira

✧ YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

Hukuk Bölümü Cilt : I Yıl : 1926-1941 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt : II Yıl : 1942-1944 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt : III Yıl : 1945-1947 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt : IV Yıl : 1948-1956 Lüks Ciltli Tükendi
Hukuk Bölümü Cilt : V Yıl : 1957-1980 Lüks Ciltli Tükendi
Ceza Bölümü Cilt : I Yıl : 1927-1940 Lüks Ciltli Tükendi
Ceza Bölümü Cilt : II Yıl : 1941-1946 Lüks Ciltli Tükendi
Ceza Bölümü Cilt : III Yıl : 1947-1980 Lüks Ciltli 1075.—Lira

✧ CEZA KANUNU ŞERHİ (MAJNO)

Cilt : I 615 Sayfa Lüks Ciltli 150.—Lira
Cilt : II 384 Sayfa Lüks Ciltli 175.—Lira
Cilt : III 412 Sayfa Lüks Ciltli 375.—Lira
Cilt : IV 496 Sayfa Lüks Ciltli 625.—Lira

● YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARINI (1943-1978)

375 Sayfa Üç Renkli Kapak 225.—Lira

✧ YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

Cilt : I Yıl : 1975 Sayı : 1-12 360.—Lira
Cilt : II Yıl : 1976 Sayı : 1-12 Tükendi
Cilt : III Yıl : 1977 Sayı : 1-12 Tükendi
Cilt : IV Yıl : 1978 Sayı : 3-12 400.—Lira
Cilt : V Yıl : 1979 Sayı : 2-12 550.—Lira
Cilt : VI Yıl : 1980 Sayı : 1-12 1080.—Lira
Cilt : VII Yıl : 1981 Sayı : 1-12 1800.—Lira
Cilt : VIII Yıl : 1982 Sayı : 1-12 2040.—Lira
Cilt : IX Yıl : 1983 Sayı : 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10
devam ediyor 2100.—Lira

✧ **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt : I	Yıl : 1975	Sayı : 1-4	140.— Lira
Cilt : II	Yıl : 1976	Sayı : 1-4	140.— Lira
Cilt : III	Yıl : 1977	Sayı : 1-4	Tükendi
Cilt : IV	Yıl : 1978	Sayı : 1-4	180.— Lira
Cilt : V	Yıl : 1979	Sayı : 1-4	200.— Lira
Cilt : VI	Yıl : 1980	Sayı : 1-4	360.— Lira
Cilt : VII	Yıl : 1981	Sayı : 1-4	600.— Lira
Cilt : VIII	Yıl : 1982	Sayı : 1-4	640.— Lira
Cilt : IX	Yıl : 1983	Sayı : 1-4	700.— Lira

● **İSTEME VE HABERLEŞME ADRESİ**

Aşağıdaki hesap numaralarımızdan birine bedel yatırılarak Müdürlüğü-müze başvurulmalıdır.

— Posta Çekleri Merkezi Hesap No : **92 93 2**

— T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi Hesap No : **640/110**

Adres : **YARGITAY YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ — ANKARA**

NOT : 1 — Ödemeli gönderilmez.

2 — Temsilcimiz yoktur.

3 — Gönderilen bedelin hangi yayına ve yıla ilişkin olduğu belir-melidir.

4 — 1975 yılı dergileri ile kitaplarımız için indirim yoktur.

5 — Diğer yıl dergileri için Hâkim ve C. Savcıları ile her dergi sayısından enaz 50 adet alana % 20 indirim uygulanır.

6 — Abone bedeli gönderilirken açık adres yazılmalı, adres de-ğişikliği hemen bildirilmelidir.