

ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA
AYDA BİR YAYINLANMAKTADIR

Yüksek Seçim Kurulu tarafından bastırılıp, Bakanlığımıza devredilmiş bulunan İlke Kararlarını havi kitapların, dönemleri ile satış fiyatları aşağıda gösterilmiştir.

Bu kitapların satışları ; Bakanlığımızca, diğer yayınların satışları gibi yapılmaktadır.

Sıra No.	Dönem veya yılı	Bedeli
1	Mayıs 1961 — Şubat 1962	2.90 TL.
2	Kasım 1962 — Şubat 1964	7.90 »
3	1964 — 1965	5.75 »
4	1966	2.90 »
5	1967	2.45 »
6	1968	8.00 »
7	1969	15.00 »

18 Eylül 1970

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl :: 61

Ağustos 1970

Sayı : 8

İ Ç İ N D E K İ L E R

İncelemeler :

Sayfa

M. Muhtar ÇAĞLAYAN : Tevkif Kararına Vukubulan İtiraza İlişkin Yargıtay Altıncı Ceza Dairesinin Bir Kararı Üzerinde Düşünceler	493
Erbay TAYLAN : Tapulama Giren Bölgelerde, Mahalli Mahkemelerde Görülen Taşınmaz Mal Dâva Dosyalarından Hangilerinin Tapulama Mahkemelerine Devri Gerekir,	499
Mehmet Handan SURLU : Ceza Dâvalarında Kişisel Hak İstemi ve Sonuçlandırılması	512
Hayrullah Fütuhi TÖRE' : Manevi Tazmirat Dâvaları	531
Talih UYAR : Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama (Tevkif) Yetkisi Var mıdır?	547

Kronik :

Avni ÖZENÇ : Hukuk Yayınları	553
------------------------------------	-----



521

A D A L E T D E R G İ S İ

ADALET BAKANLIĞINCA AYDA BİR YAYINLANIR

BASIN KANUNUNA BİR MADDE EKLENMESİNE DAİR 6026 SAYILI
KANUNA GÖRE İDARE EDEN :
AVNİ ÖZENÇ

ADALET DERGİSİNDE YAYINLANACAK TÜRK HUKUK UYGULAMASINDA YARARLI GÖRÜLEN İLMİ İNCELEMELERİN SAYFASINA 25, TERCÜME YAZILARIN SAYFASINA 20, TENKİT, TAHLİL, KRONİK, MESLEKİ VE DERLEME GİBİ YAZILARIN SAYFASINA 15 LİRA ÜCRET ÖDENİR.

ADALET DERGİSİNDE YAYINLANAN YAZILARDA BELİRTİLEN DÜŞÜNCELER YAZI SAHİPLERİNE AİTTİR.

ADALET DERGİSİNİN SAYISI 2 LİRA, YILLIK ABONESİ 24 LİRADIR.

ABONE OLMAK İSTEYENLER, ABONE BEDELİNİ, BULUNDUKLARI YER MALİYESİNE YATIRARAK KARŞILIĞINDA ALACAKLARI MAKBUZU, DOĞRUDAN DOĞRU BAKANLIK YAYIN MÜDÜRLÜĞÜNE GÖNDERMELİDİRLER.

İNCELEMELER

TEVKİF KARARINA VUKUBULAN İTİRAZA İLİŞKİN YARGI- TAY ALTINCI CEZA DAİRESİNİN BİR KARARI ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

Yazan : M. Muhtar ÇAĞLAYAN

1) Konu :

Dolandırıcılıktan sanık ...; hazırlık tahkikatı sırasında tevkifi isteğiyle sulh hâkimliğine sevk edilmiş, yapılan sorgusunu takiben, «Tevkifine yer olmadığına» karar verilmiştir. Bu karara C. Savcılığının vukubulan itirazı, Asliye Ceza Hâkimi tarafından kabul edilerek, Sulh Hâkiminin kararı kaldırılıp, sanığın tevkifine karar verilmiştir. Bu kerre, sözü geçen karara da sanık itiraz etmiş, evrakın gönderildiği Ağır Ceza Mahkemesi; kararın, «itiraz üzerine verilen bir karar» olduğundan, bu itibarla da kesin (C.M.U.K. Madde. 303) bulunduğu bahisle, esasın tetkikine girişmeksizin, itirazı usul noktasından reddeylemiştir.

Ağır Ceza Mahkemesinin kararı aleyhine Adalet Bakanlığınca yazılı emir yoluna gidilmiştir. Yazılı emirde; (Her ne kadar; itiraz üzerine verilen kararlar kesin ise de; adı geçen tevkifine mahal olmadığına dair Ankara İkinci Sulh Ceza Hâkimliğinin kararına vukubulan itiraza binaen Birinci Asliye Ceza Hâkimliğince ittihaz olunan 27/3/1970 günlü kararın, - kişi hürriyetini kısıtlayıcı niteliği itibariyle - itiraz üzerine verilen karardan ziyade, iptidaen verilmiş bir tevkif kararı suretinde mütalâası daha uygun olacağı gözetilmeden; itiraz üzerine, esasın tetkikine girileceği yerde, itirazın usul noktasından reddinde isabet görülmemiştir.) denilmiş ve kararın bozulması istenmiş ise de Yüksek Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi; (sanığın tevkifine mahal olmadığına dair sulh hâkimliğinden verilen karara karşı vaki itiraz üzerine, sanığın tevkifi hakkında Asliye Ceza Mahkemesince verilen kararın kesin olduğu C.M.U.K. nun 303. maddesinde tasrih edilmiş olmasına ve hilâfına kâunda bir hüküm bulunmamasına binaen ...) gerekçesiyle yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen bozma sebebinin yerinde bulunmayarak, reddetmiştir. (1)

(1) 6. CD. 9/4/1970 1597/1571

Yargıtay'ın diğer ceza dairelerinin hemen ekserisinin bu merkezde olan içtiihadı, öyle sanıyoruz ki; bütün tatbikatçı arkadaşları tereddüde sevkeylemektedir. Biz Ankara'daki temaslarımızda buna yakinen tanık olmuş bulunuyoruz.

Onun için bu yazıyı kaleme alarak, meseleyi meslekdaşların gözü önüne sermeyi uygun bulduk.

2) Burada çözülmesi gereken sorun; Asliye Ceza Hâkiminin «Sulh Hâkiminin kararının kaldırılmasına ve sanığın tevkifine» ilişkin verdiği kararın, niteliğinin tâyin ve tesbitidir. Yâni, bu karar, usulün 303. maddesinde yazılı şekilde «itiraz üzerine verilen bir karar» mıdır? Bu nitelikte bir karar ise, kesindir ve itiraz kaabiliyeti yoktur. Şayet karar, sanığın iptidaen tevkifine ilişkin bir karar ise; bu takdirde itiraza tabidir. İtiraz vukuu halinde merciin, esasın tetkikine girişmesi lâzımdır.

Bu sorunu çözebilmek için, her şeyden önce «itiraz» ile «tevkif» in mahiyetlerini kısaca incelemek gerekecektir.

A — İTİRAZ :

3) C.M.U.K. muzun 289 ve onu takip eden maddeleri «Kanun yolları» ndan bahseder.

Kanun yolları; yargı mercilerinden verilmiş olup da henüz kesinleşmemiş bulunan kararların, tekrar incelenmek üzere bir üst derecedeki mercilere sevkini sağlayan vasıtaadır, diye tanımlanabilir.

C.M.U.K. muza göre; «adli kararlar aleyhine gerek C. Savcısı ve gerek sanık için kanun yolları açıktır. C. Savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına müracaat edebilir. (C.M.U.K. Madde 289)

Kanun yollarının kabulü nedeni, gerekçede şu şekilde ifade olunmuştur :

(Hâkim ve mahkemelerden iptidaen verilen karar ve hükümlerin kâffesinin hatıadan sâlim ve tamamiyle muvafıkı kanun olacağı iddia edilemez. İcrayı kaza edenler de efradı beşer meyanında intihap ve tâyin edildğine göre; verdikleri hükümlerde yanılmaları mümkündür. Yanılmadıkları ahvalde dahi kendini haklı, hükmü haksız farzedener vicdanen tamamiyle tatmin edilmeye muhtaç olabilirler. Bu mütalâaya mebni, heyeti içtimaiyenin veya bu heyete mensup bir ferdin hukukuna müessir olabilecek mahiyetteki mukarreratı adliyenin, bunlara kanaat etmeyenler tarafından vaki talep ve müracaat üzerine, daha tec-

rübekâr olduğu farzedilen daha yüksek mercilerce tekrar haddi tetkikten geçirilmesine imkân verilmesi, bugün bilcümle usulü muhakemelerin kabul eylediği bir esası mühimdir.) (2)

Konuyu uzatmamak için biz, burada kanun yollarının bütün detaylarıyla izahına girişecek değiliz. Bilindiği üzere, usul kanunumuza göre olağan kanun yolları «itiraz» ve «Temyiz» olmak üzere, itiraz da biri «acele itiraz» ve diğeri «adi itiraz» diye ikiye ayrılmıştır. Biz burada, sadece «adi itiraz» üzerinde durmakla yetineceğiz.

İtiraz; kanunda yazılı mercilerden verilmiş olan kararlara karşı, yapılacak müracaat üzerine - prensip itibariyle - kanunda yazılı yüksek mercilerce o kararların mevzuu olan hususların yeniden tetkik ettirilmesini istihdaf eden bir kanun yoludur. İtiraz, işin maddî cihetlerine taallûk edebileceği gibi, hukukî kaidelerin ihlâl edilmiş olması sebebine de dayanabilir. Hattâ, kararına itiraz olunan hâkime dermeyan edilmemiş büsbütün yeni hususlara da taallûk edilebilir. (3)

4) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 297. maddesinin birinci fıkrasına göre; «Kanunda hilâfı yazılı olmadıkça Sorgu Hâkimi, mahkemenaiibi ve istinabe olunan hâkimin kararlariyle, Asliye Mahkemesi Reis veya Hâkimi ve Sulh Hâkiminin duruşmaya taallûk etmiyen kararları aleyhine itiraz olunabilir.»

Metinde «Kanunda hilâfı yazılı olmadıkça ...» ibaresi kullanılmıştır. Demek ki; Kanunda aksine bir hüküm yazılı olduğu ahvalde, o karar aleyhine itiraz yoluna gidilemez. Örneğin, C.M.U.K. nun 27. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı olan hüküm gibi, Filhakika bu fıkra; «hâkimi red talebinin esassız olduğuna dair verilecek karar aleyhine, ancak esas hüküm ile birlikte kanun yoluna müracaat olunabilir» denilmekte, bu nitelikteki bir kararın itiraza değil, temyize tâbi olduğu işaret edilmektedir. Yine Kanunun 43. maddesinin ikinci fıkrasında; «Eski hale getirme talebinin reddine dair olan karar aleyhine âdi değil,» acele itiraz yoluna başvurulabilir.

İtiraz olunabilen ve olunamıyan mahkeme kararları da kanunun 298. maddesinde; «Mahkeme kararları aleyhine itiraz edilemez. Tevkife, hacze ve üçüncü şahıslara taallûk eden kararlar bu hükümden müstesnadır» suretinde tesbit edilmiş bulunmaktadır.

(2) 1412 sayılı kanunun gerekçesi.

(3) Tahir Taner Ceza Muhakemeleri Usulü. 1955. Sh. 359

Metindeki «Mahkeme kararları» ndan maksat; mahkemenin, duruşma yaptığı sırada verdiği karardır. Duruşma yapılmaksızın, sadece evrak üzerinde yapılan inceleme sonucu verilen kararlar «Mahkeme kararı» değildir. Ve 298. maddenin kapsamı dışında kalır, 297. maddenin genel hükmüne tevfikân itiraza tâbidir.

Gerekçede bu hususta; (Mahkeme kararı aleyhine itiraz edilemez. Bunlar hakkında, ancak nihai hüküm ile beraber temyiz yoluna müracaat olunabilir. Şukadar ki; bu mukarrerat arasında bazıları vardır ki; hükme musil ve müessir değildir. Başlı başına ve müstakil bir mahiyeti haizdir. Meselâ; sanığın tevkifine, hacze, üçüncü şahıslara yâni şahit ve ehlihibreye veya bir malın sahibine ademi iadesine müteallik kararlar bu kabildendir ... Üçüncü şahıslardan maksat; dâvada doğrudan doğruya âlakadar olmayan kimselerdir. Bunlar, tarafeynden olmadıkları için, kendilerine müteallik kararlar aleyhine itiraz edebilmeleri kabul edilmiştir) denilmektedir. (4)

Bir de konumuzla ilgili olan C.M.U.K. nun 303. maddesi vardır. Filhakika bu maddeye göre; (itiraz üzerine verilen kararlar kat'idir.)

Gerekçede bu hususta; (itiraz üzerine verilecek kararlar aleyhine artık itiraz edilemez. Bu noktada komisyon, Alman Kanunundan cüz'i inhiraf etmiştir ... Alman Kanunu, bu kararlar aleyhine istinaf mahkemesi nezdinde tekrar itiraz olunabilmesini tecviz etmiştir. Bizde, istinaf mahkemesi bulunmadığı gibi, bu ikinci itiraz tetkikatının temyize itası da, zaman ve mesafe noktai nazarından bisûd olacağından, itiraz üzerine verilecek kararların bilâistisna artık kaabili taarruz olmaması tercih edilmiştir) denilmektedir. (5)

B — TEVKİF :

5) Tevkif; üzerine suç atılan kişinin, hem aleyhindeki delilleri ortadan kaldırmasını önlemek, hem de adliyenin eli altında bulundurulmasını sağlamak amacıyla başvuru ve sanığın kişi dokunulmazlığını kısıtlayan bir tedbirdir. Ceza değil, bir ihtiyatî tedbirden ibaret olan tevkif, şahsî hürriyeti kısıtlayıcı niteliği itibariyle çok ağır bir muameledir.

Onun içindir ki şahs hürriyeti «kişi özgürlüğü», her şeyden önce hemen bütün Anayasal metinlerde teminat altına alınmıştır.

(4) 1412 sayılı kanunun gerekçesi.

(5) 1412 sayılı kanunun gerekçesi.

İnsan hakları beyannamesinin 3. maddesine göre; «yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.» Magna Charta beratinin 9. maddesinde ve The petition of rights «haklar arzuhalı» nde, Virginia beyannamesinin 8. maddesinde; Cârî hukuk esaslarınca bir zaruret olmadıkça, hiç kimsenin tevkif edilemeyeceği tesbit edilmiştir.

1789 Fransız Hukuku Beşer beyannamesinin 7 nci maddesine göre; «Kanunla belli edilmiş haller ve usuller dışında hiç kimse itham, derdest veya tevkif edilemez ...», yine 1958 tarihli Fransa Cumhuriyeti Anayasası'nın 66. maddesinde; «hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz», İtalya Cumhuriyeti Anayasa'sının 13. maddesinde; «adli makamların gerekçeli kararlarına ve yalnız kanunlarda gösterilen hal ve şartlara istinat etmedikçe hiç kimse tevkif edilemeyeceği gibi, ne şahsen, ne de şahsî hürriyeti tahditlere tâbi tutulabilir ...» Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa'sının 104. maddesinde; «şahsın hürriyeti ancak şekli bir kanun ile, bu kanunun hükmettiği şekillere riayet olunarak tahdit edilebilir.» denilmiş ve nihayet 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 14. maddesinde; «Herkesin; yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahip olduğu, kişi dokunulmazlığının ve hürriyetinin, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamıyacağı ...» tesbit olunmuştur.

Tevkif, her ne kadar ceza olmayıp, bir tedbir ise de; kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı ağır bir işlem olması ve her zan altına alınan kişinin mutlaka mahkûm olmayıp, beraet eylemek ihtimali de mevcut bulunması dolayısıyla, usul kanunumuz, tevkifin, metninde tesbit eylediği usul ve şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabileceğini ve tevkife ancak hâkim tarafından karar verilebileceğini göstermiştir.

6) Özet halinde yapılan bu izahattan sonra konumuza dönebiliriz.

C. Savcılığı, hazırlık tahkikatı sırasında ele geçirdiği suç işleyen kişiyi, «tevkif» talebiyle Sulh Hâkimine sevketmiş, yapılan sorgusunu takiben, tevkifine yer olmadığına karar verilmiştir. Bu karar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 297. maddesinde yer alan «Hâkim kararı» olup, itiraza tabidir. Nitekim, Sulh Hâkiminin kararına C. Savcılığı itirazetmiş, Asliye Ceza Hâkimi de itirazı yerinde görerek, sözü geçen kararı kaldırarak, sanığın «tevkifine» karar vermiştir. İşte, tatbikattaki bütün yanlışlar ve Yargıtay Ceza Dairesiyle anlaşılmadığımız nokta, bu kararın niteliğinin tâyin ve tesbiti üzerinde toplanmaktadır. Yüksek Yargıtay Ceza Dairesi, bu kararın «itiraz üzerine verilmiş bir karar»

olduğu gerekçesiyle kesindir, diye aleyhine itiraz yoluna gidilemeyeceği sonucuna varmış bulunuyor. Biz, meseleyi başka nedenlerle şu tarzda mütalâa ediyoruz :

Diyoruz ki; Asliye Ceza Hâkimi kararını, Sulh Ceza Hâkiminin tevkiye yer olmadığına ilişkin kararına vukubulan itiraza binaen vermiş ise de; bu kararı, sadece C. Savcısı bakımından «itiraz üzerine verilmiş karar» suretinde ad ve kabul edebiliriz. Halbuki, sanık bakımından hiç bir zaman bu tarzda düşünmeye imkân yoktur. Zira, Asliye Ceza Hâkimi, ittihaz eylediği «tevkif kararı» ile sanığın en kutsal olan ve Anayasa'nın teminatı altında bulunan kişi özgürlüğünü, kişi dokunulmazlığını kısıtlamış, ortadan kaldırmış, onu cezaevinin bir köşesine atmıştır. O halde bu kararı, sanığın şahsî hürriyetini kısıtlamış olan «iptidaen verilmiş bir tevkif kararı» suretinde düşünmek niçin mümkün olmasın? Mücerret, 303. madde hükmünü öne sürerek, itirazı reddeylemekle, sanığın kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran bu karar aleyhine, onun itiraz hakkını bertaraf etmiş, onu eli kolu bağlı bir durumda bırakmış olmuyor muyuz?

Ayrıca, şu ciheti de peşinen belirtelim ki; Kanun, tevkifin, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliğini gözönünde tutarak, 298. maddede sevkilediği hükümle, «Mahkeme kararı» dahi olsa, «Tevkife» ilişkin karar aleyhine sanık için itiraz hak ve yetkisi tanımış iken; Asliye Ceza Hâkiminin «iptidaen tevkife» ilişkin kararına itiraz yolunu kapatmış olmakla, derin bir çelişye düşmekle birlikte, aynı zamanda sanığın mağduriyetine sebebiyet vermiş olmuyor muyuz?

Bütün bu nedenlere dayanarak biz, Yüksek Yargıtay Altıncı Ceza Dairesiyle aynı fikirde olmadığımızı beyan eylemek istiyoruz.

Şu ciheti de önemle belirtelim ki; inceleme konumuz olan Tevkif kararına ilişkin olan yazılı emre dayanan tebliğnamedeki düşünce, Yargıtay 7 nci Ceza Dairesinin 6/4/1965 gün ve 2387/3280 sayılı ilâmiyle kabul edilerek, Gaziantep 2 nci Ağır Ceza Mahkemesinin 7/12/1964 günlü kararı bozulmuştur. Bu karar, Asliye Ceza Hâkiminin kararının; itiraz üzerine verilen bir karar olup, kesin bulunduğu nedeniyle, aleyhine vukubulan itirazın usul noktasından reddine ilişkindir.

Bu durum karşısında, hem kararlar arasındaki aykırılığın halledilmesi için C. Başsavcılığınca içtihadı birleştirme yoluna gidilmek suretiyle meselenin kesin bir hal şekline konulmasını ümit, hem de meslekdaşların bu husustaki görüş ve düşüncelerini öğrenmek istiyoruz.

**TAPULAMA GİREN BÖLGELERDE, MAHALLİ MAHKEMELERDE
GÖRÜLEN TAŞINMAZ MAL DÂVA DOSYALARINDAN HANGİ-
LERİNİN TAPULAMA MAHKEMELERİNE DEVRİ GEREKİR.**

Yazan : Erbay TAYLAN
(Hâkim - Ulus)

Plân :

I — Konu

II — 766 sayılı yasa yönünden devir

1 — Devredilecek dâvalar

- a) Şey yönünden yetki bakımından
- b) Genel Görev bakımından
- c) Yer yönünden görev bakımından
- d) Çağ yönünden görev bakımından

2 — Devredilmeyecek dâvalar

- a) M.K. 648 ve 650 ye giren dâvalar
- b) Tenkis dâvaları
- c) Kamulaştırma dâvaları
- d) Faydalı masraf dâvaları
- e) Paylaştırma dâvaları
- f) Kurucu hak istemi dâvaları
- g) Ecrimisil dâvaları

III — Diğer yasalar yönünden devir

I — Devredilecek dâvalar

II — Devredilmeyecek dâvalar

- a) 4753 sayılı yasa dâvaları
- b) 5613 sayılı yasa dâvaları

IV — Sonuç

BİBLİYOGRAFYA :

Konu ile ilgili Yargıtay 7. H. D. nin kararları.

-Duguit, La propriété fonction sociale, le transformation générales du droit prive, Paris 1912, Wieland, Les droits réels dans le code civil Suisse -Albert Oesh. Essai dogmatique sur la prescription en droit Suisse. -Mazeaud, Leçons du droit civil. -Josserand, Cours de droit civil français, -Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation Judiciaire, de compétence et de procédure civile Paris 1936 -Garsonnet et Cezar -Bru, Traité théorique et pratique de procedure civile et commerciale, 1912 - 1925. -P. Cuche, Precis de procédure civile et commerciale, 1937. P. Hebraud, La réforme de la procédure le décret loi du octobre 1935, Paris 1936. -Rene Morel, Traité élémentaire du procédure civile, 1949. - Paul Roubier, Théorie générale du droit, 1951. -M. Gürsel, I. Dönmez, Tapulama Kanunu, İst. 1965. -Codice di procedure civile. -Colin et Capitant, Cours élémentaires de droit civile, 1921.

I — KONU :

Asliye ve Sulh Mahkemelerinin görev açısından, Türk Hukuku literatüründe bu konuda yayınlanmış bir etüd bulunmadığından, uygulamada çoğu zaman doğru işlem yapılmadığı ve buna bağlı olarak tapulama işlerinin aksaklığa uğratıldığı, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bu husustaki bozma kararları çokluğundan anlaşılmaktadır. İlk uygulayıcıyı bu sorun üzerinde hataya düşüren başlıca nedenin, görev kurallarının içiçeliği (concoars) ile 766 sayılı yasanın doğrudan doğruya tapulama mahkemesini gözönünde bulundurması, metodda bir taraftan mahalli mahkeme açısından tersine çıkarımın (argumentum a contrario'nun) kullanılması, öte yandan tapulama mahkemesinin görevini sınırlayıp doğru dan doğruya mahallî mahkemelere görev veren özel yasalar bulunması ve iki yönlü anlaşım ilê görev durumunun çözümlenmesi zorunda bırakılması olsa gerekir.

Şu hale göre, inceleme sistematığında konuyu iki ana bölüme ayırma durumu doğacaktır. Bunlardan ilki, mahallî mahkemelerin görevi açısından 766 sayılı yasanın göreve ilişkin hükümlerinin, ikincisi de mahallî mahkemelerin görevlerini düzenleyip, tapulama mahkemesinin görevini sınırlayan özel yasaların incelenmesi olacaktır. Çünkü, ancak tapulama giren bölgelerde, mahallî mahkemelerde görülen taşınmaz mal dâva dosyalarından hangilerinin tapulama mahkemesine devredileceği hususu bu suretle saptanabilecektir.

II — 766 SAYILI YASA YÖNÜNDEN DEVİR

I — Devredilecek dâvalar

Hangi dâva dosyalarının devredileceğini, yetki ayırımlarına göre tek tek inceleme zorunluğu vardır.

a) Şey yönünden yetki (1) bakımından

Bir mahkemenin madde veya şey yönünden yetkisi, yani görevi başka başka nevi mahkemelerden birinin bir işi halle izimli olması demektir. Bu, her şeyden önce Sulh ve Asliye Mahkemeleri arasında bahis konusu olur. (2) Bunun yanında konumuzu ilgilendiren tapulama mahkemesi ile mahallî mahkemeler diyeceğimiz Sulh ve Asliye Mahkemeleri arasındaki görev ayırımı önem kazanır. Mahkemelerin görevi, uygula-

(1) Compétence d'attribution materielle

(2) Ansay S. Ş. Hukuk Yargılama Usulleri, Ank. 1960, s. 77

yacakları yasalara göre ayrılmamıştır, yasalar arasındaki sıkı bağıllık ve içiçeliği böyle bir ayırımı zaten olanaksız kılacak niteliktedir. Özellikle tapulama mahkemeleri ile mahallî mahkemeler arasında bu bağıllık içiçeliğin çözümlenmesi önem kazanmıştır. Aynı durum bir zamanlar ticaret mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasında söz konusu idi. (3) Bu duruma yolaçan neden ise başlıca, ticaret dâvaları ile hukuk dâvalarının Yargıtaydaki tetkik yerlerinin ayrı ayrı olması ve bir de yargılama usullerinin başkalığı idi. (4) Hatta Yargıtay aynı yerde salt işbölümü bakımından ayrılan iki hukuk mahkemesi arasında bile bir görev ayrılığı aramakta idi. (5) Bugün de aynı içiçelik durumu daha başka bir yönden mahallî mahkemeler ile tapulama mahkemesi arasında görünmektedir. Öyle ki, Mahallî Mahkemelerin görev açısından konumuza bakıldığı zaman, mahkemelerin görevinin uygulanacak yasalara göre ayrılmamış bulunduğu ipotezi daha açık ve belirli bir biçimde gözlenir.

766 sayılı yasanın 50. maddesinde «Mahallî Hukuk Mahkemelerinde görülmekte olan tapulama ile ilgili bulunan ve kesinleşmemiş gayrimenkul dâvaları hakkında o gayrimenkul için tapulama tutanağı tanzim edildiği tarihte bu mahkemelerin vazifesi sona erer ve dâvalara ait dosyalar Tapulama Mahkemesine re'sen devrolunur» denilmektedir. Bu madde, 5602 sayılı yasanın 35. maddesinden değiştirilerek alınmıştır, 5602 sayılı yasa «birlikte» (köyde) tapulama işlerinin başladığı günde Mahallî Mahkemelerdeki dosyaların Tapulama Hâkimine devredileceğini kabul etmiştir. Bu madde ile ese, tapulamaya başlama anını açıkça belirtmek gerekli görülmüştür. Çünkü, belirtilen gün, Tapulama Mahkemesinin görevinin başlangıcını, diğer bir deyimle Mahalli Mahkemenin görevinin sonunu göstermektedir. Şu duruma göre, devredilecek an, bir birliğin ilk parseline ilişkin tapulama tutanağının düzenlenme günüdür. Bu maddenin uygulanmasında, Mahallî Mahkemelerde henüz açılmış, yazılı tebliğ aşamasında bulunan dâva dosyaları ile duruşmaları yapılmakta olan dâva dosyaları ve hükme bağlanmış olup da henüz kesinleşmemiş olanların sözü edilmiştir. Görülmekte olan dâvalar deyimiyle,

- (3) Yargıtay İçtihadı B. Kararları hukuk kısmı, Ad. Bak.lığı yayınları 1948, s. 148, 159 ve gene İçbk. s. 273.
- (4) Yargıtay Kararları 1931, s. 229, No. 143; 1933 kararları s. 84, No. 18 ve s. 217, No. 129.
- (5) Ad. Cer. 1937, S. 10, 307, Ad. Der. Yıl 40, S. 9, s. 1355.
Muhsin Tuğsavul, Büyük merkezlerde sulh mahkemelerinin vazife tefriki, Ank. Baro Der. 1954, S. 1, s. 20 Ansay, a. g. e. s. 77



Mahallî Mahkemelerde başvurmayla bırakılan dâva dosyaları dış tutulmaktadır. (6) Çünkü, bu dosyaların devredilmesi, tarafların zorla çekilmeye sevk edilmesi sonucunu doğurur. (7) Bu bakımdan, yalnızca eldeki dosyaların devri gerekecektir. (8)

Ne var ki, bu devir işleminde, 766 sayılı yasanın uygulama alanının gözönünden kaçırılmaması gerekir. Bu yasanın uygulama alanı, il ve ilçe merkez belediye sınırları dışındaki taşınmazlara ilişkindir. Bunun karşılığında bucak ve köylerde belediye kurulmuş olsa bile o birliklerde bulunan taşınmazlar 766 sayılı yasanın uygulama alanı içinde bırakılmıştır. Birlik genel sınırı içinde ilk parsel için tapulama tutanağı düzenlendikten sonra, birliğin tamamının veya bir bölümünün idarî örgütteki değişiklik nedeniyle, bu yasanın uygulama alanı dışına çıkması ya da başka bir birlik içinde tapulamayı gerektirmiş olması birlik içindeki tapulamayı durdurmaz.

Mahallî Mahkemenin devrine, tapulama örgütünün az da olsa yardımı öngörülmüştür. Şöyle ki, tapulama müdürünün, birlikte tapulama işine başlamadan önce, Mahallî Hukuk Mahkemelerinden o birlikteki taşınmaz mallar hakkında tapulama ile ilgili olup, görülmekte bulunan dâvalarla, hükme bağlanmış olup da henüz kesinleşmeyen dâvaların birer listesini alması zorunludur. Tapulama müdürü, bu listeyi tapu ve vergi kayıtları ile birlikte tesbitte gözönüne almak üzere, teknisyen ve yardımcısına verecektir. Dâvanın neliğine (mahiyetine) göre çekişme mülkiyete ilişkin ise mülki açık bırakılmak, sınıra ilişkin ise o kısım işaretlenmek suretiyle birlikte parsel sırasına göre ilgili taşınmazın tesbitini yaptırarak tutanakları ekleri ile birlikte hemen Tapulama Mahkemesine verecektir. Mahallî Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan dâvanın konusu taşınmaz hakkında, tapulama tutanağı düzenlenince durumun hemen dâvanın görülmekte olduğu mahkemeye bildirilmesi gerekir. Bu durum bir çeşit inceleme girişmek için uyarı niteliğinde kabul edilebilir.

Konu itibarıyla tapulama mahkemesinin görevi dışında kalan 766 sayılı yasanın 47. maddesinin son fıkrasında belirtilen dâva dosyaları devirden dış tutulmuştur. O halde, kısaca 47. maddenin devre ilişkin koşullarının genel olarak görev başlığı altında incelenmesi gereklidir.

(6) 766 sayılı yasanın 50. madde gerekçesi

(7) 7. H. D. nin 26/3/1959 gün ve 1688 - 3524 sayılı kararları

(8) 7. H. D. nin 15/5/1953 gün ve 7909 - 2835 sayılı, 25/2/1954 gün 7611 - 1397 sayılı, 21/4/1955 gün 1096 - 4559 sayılı kararları

b) Genel görev bakımından

766 sayılı yasanın 47. maddesinde aynen şöyle denilmektedir; Tapulama mahkemesi; gayrimenkul mülkiyetine ve mülkiyetin gayri aynı haklara, tapuya teşkil veya şerh edilecek veyahut beyanlar hanesinde gösterilecek sair haklara, sınır ve ölçü uyuşmazlıklarına, tapulamayan ve tapu sicilini ilgilendiren benzeri dâvalara bakar. Veraset uyuşmazlıklarını çözümleyebileceği gibi istek üzerine veraset belgesi verir. Velisiz ve vasisiz küçüklere ve kısıtlılara yalnız tapulama işlerinde yetkili olmak üzere kayyım tayin eder. Küçüklerin ve kısıtlıların menfaatlerini korumak amacile Türk Kanunu Medenisinin hâkimin iznini şart kıldığı hallerde bu izni verir.

«Tapulama mahkemesi; vazifesine giren işlerde ihtiyati tedbir kararı verebilir. Kararı hemen tapulama müdürü ile o yerin tapu idaresine bildirir. Tedbir kararı tarihinde gayrimenkûlün tapulama tutanağına henüz itiraz edilmemiş ise kararı alan taraf, karar tarihinden itibaren on gün içinde tutanağa itiraz etmekle zorunludur. Bu müddet içinde itiraz edilmezse tedbir hükümsüz kalır.

Tapulama tutanağının düzenlenmesi tarihinden ve tutanak sonradan tamamlanmış ve düzeltilmişse o tarihten sonra doğan haklara ilişkin uyuşmazlıklarla, taksim, izaleyi şuyu veya muhdesata tebaan temellük, muhdesatin kal'ı ve hedmi gibi mahkemeden ihdas edici nitelikte hüküm almayı gerektiren isteklerin incelenmesi tapulama mahkemesinin görevi dışındadır.» (9)

Bu maddeden açıkça anlaşılacağı üzere, konu itibariyle tapulama mahkemelerinin görevi belirtilmekte ve 5602 sayılı yasanın 34. maddesinin yerine geçmektedir. Şey açısından tapulama mahkemesince çözümlenecek çekişmeler bir taraftan açıkça belirtilirken diğer bir yönden de mahallî mahkemelerin görevi saptanmıştır. Tapulamadan amaç, tutanakların düzenleniş günündeki hukukî durumu belirtmek olduğuna göre o günden sonra doğan haklara ilişkin çekişmeler bu mahkemelerin görevi dışında bırakıldığı gibi mahkemeden kurucu (ihdas edici) nelikte hüküm almaya değgin çekişmeler de tutanağın düzenlendiği gündeki hukuki durumla ilgili olmadığı için görev dışında bırakılmıştır. Önceden konunun (10) ile ilgili güçanlaşımaları yoketmek için de fıkra konmuş-

(9) Bkz. Mustafa Çenberci, 509 sayılı Tapulama Kanununa göre görev, Ad. Der. Ekim 1965, Sayı 10, s. 1180

(10) Les mesure provisoires, provisionelle

tır. (11) Çünkü, büyük bir evrimin dayandığı donelerle gereksinimleri karşılamak için konulmuş bir yasanın uygulamadaki ağırlığını kaldırma ve hızlılığı sağlama öngörüsü kuvvetli basmıştır. (12)

c) Yer yönünden görev bakımından

Tapulama mahkemesinin yer bakımından görevini 766 sayılı yasanın 49. maddesi, mahallî mahkemelerin de bu konudaki yetkisini H.U.M.K. 13 düzenlemiştir. Konumuz açısından taşınmaza ilişkin mahallî mahkemenin yer yönünden yetkisi ile tapulama mahkemesinin yetkisinde gene bir içiçelik durumu ile karşılaşırız. Şöyle ki; mahalli; mahkeme yönünden, bu yetki yasada yazılı olmamakla beraber kesin bir yetkidir. (13) Ve usûlün 23. maddesinin 2. fıkrasında söylenen kuraldışı durumdur. (14) Taşınmaz mallara ilişkin dâvalarda yetkili mahkeme, o taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesidir. İkinci fıkrada, taşınmaz malın aynına, yanî üzerindeki bir aynî hakka ilişkin olan dâvanın bu nitelikte bir dâva bulunduğu açıklanmıştır. Geçici de olsa taşınmaz mal zilyedliğini ilgilendiren dâvalarda da bu kural uygulanır. Taşınmaz mallar birden çok ise, birinin olduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Burada söz konusu edilen yetki kamu düzenine ilişkindir. (15) Onun içindir ki, yetki sözleşmesi yapıp (16) tersi kararlaştırılmaz. (17) Aynla ilgili dâvalarda serbest irade söz konusu olamaz. (18) Ancak burada sözü edilen taşınmaz malların, tapulu oldukları gözden kaçırılmamalıdır. (19) Yer yönünden yetki bakımından, tapulama mahkemesinin de buna benzer bir yanı vardır : 766 sayılı yasanın 49. maddesinde aynen şöyle denilmektedir; «Tapulama mahkemesinin yer bakımından görevi, bulunduğu bölgedeki birliklerin genel sınır krokisinde belirtilen sınırları belli edilir.

(11) 766 sayılı yasanın 47. madde gerekçesi

(12) Bkz. E. Taylan. Tapulama Mahkemesinde ilk oturum, Ad. Der. Haziran 1968, Sayı 6, s. 369, 370

(13) Ansay, a. g. e. s. 93

(14) Fahri Örs, İpotekten kurtarma, s. 27, No. 83

(15) Prorogation légale

(16) Prorogation conventionnelle

(17) Mustafa Reşit Karahasan, Gayrimenkul hukuk dâvaları, İst. s. 77

(18) Bkz. Ad. Cer. 1937, Sayı 4, s. 96

(19) Bkz. Ad. Cer. 1951, Ş. 5, s. 762; Ad. Cer. 1952, s. 1362

Bülent Davran, Gayrimenkul hapis hakkı, İst. H. F. Mec. s. 302, 303

İdarî kuruluştaki değışiklik yüzünden, sonradan başka bir bölgeye bağlanan birliklere ait uyuşmazlıkları çözmeye o birliğin tapulamaya başlandığı tarihte bağlı bulunduğ u bölgenin tapulama hâkimi yetkilidir.» Görülüyor ki, bu mahkemeler bölge (ilçe) itibariyle kaza yetkisini kullanmaktadır. Eğer aynı bölgede birden çok tapulama mahkemesi kurulmuşsa işbölümü tesbiti yönüne gidilecektir. Yasada bu mahkemelerin yer yönünden yetkileri, bulundukları bölgenin içindeki birliklerin genel krokisi ile sınırlandırılmıştır. Birlik genel sınır krokisinin ise yasanın uygulanmasına özgü olmak üzere ve iş programı nelğinde düzenlenmesi gereklidir. Teknik zorunluklar dolayısıyla veya hataen idarî kuruluş bakımından başka bir ilçe sınırı içindeki taşınmaz, birlik genel krokisi içine alınmış ise o taşınmaza ilişkin çekişmenin o birliğin bağlı bulunduğu bölgede görev yapan hâkim tarafından çözüm lenmesi gerekecektir. Bunun yanında, birlik, orada tapulamaya başlandığı günde tapulama mahkemesinin bulunduğu bölgeye bağlı iken tapulamaya başlandıktan sonra idarî kuruluş bakımından başka bir bölgeye bağlandığı takdirde o birliğin içindeki taşınmazlara ilişkin uyuşmazlığın, önceden bağlı bulunduğu bölge hâkimi tarafından çözüm lenmesi öngörölmüş tür. (20)

766 sayılı yasa, türlü hükümleri bu konuya değinmekle beraber bir de zaman bakımından görev başlığı ile 48. maddesiyle çağ yönünden yetkiye yaklaşık bir biçimde hukukumuzda bir yetki türü getirmiştir. 48. maddede aynen şöyle denilmektedir; «Tapulama mahkemesinin görevi her gayrimenkul hakkında tapulama tutanağının düzenlendiği tarihte başlar.

Bu mahkeme :

a) Mahallî hukuk mahkemelerinden 50. madde uyarınca tapulama mahkemesine devredilen dâva dosyaları ile ilişkin uyuşmazlıkları,

b) 26. maddede belirtilen askı ilânı içinde açılacak veya tapulama müdürü tarafından verilecek itirazlı işlere ait dâvaları, 28. maddeye göre tapulama komisyonu aleyhine müddeti içinde açılacak dâvaları,

c) Tapulama mahkemesinde görülmekte olan dâva konusu gayrimenkuller hakkında dâvanın derdest bulunduğu süre içinde yapılacak diğer itirazları,

İnceler ve çözer.

Tapulama işlerinde 3533 sayılı kanun hükmü uygulanmaz.» Görülüyor ki, bu madde olayların özelliği bakımından tapulama mahkemesinin görevini düzenlemektedir. 5602 sayılı yasanın 35. maddesinde, bu mahkemenin görevinin başlangıcı, birlikte tapulama işlerinin başladığı gün olarak tarif olunmuştur. Birlikte tapulama işlerinin başlaması ile bütün taşınmazların tapulaması sırasında çoğu zaman yılları aşan bir zaman geçmekteydi. Tapulama mahkemesinin görevi başlayınca mahallî mahkemelerin görevi sona ermekteydi. Mahallî mahkemede görülmekte olan dâva konusu taşınmaza ilişkin tapulamanın, başladıktan birkaç yıl sonra yapılması halinde dosyayı devralan tapulama mahkemesinin bu süre içinde hareketsiz kalması ve dâvanın yürümemesi olanak içiydi. Bu nedenle 766 sayılı yasada, tapulama mahkemesinin görevi, her birlikte ilk parselin ilişkin tapulama tutanağının düzenlendiği günden başlatılması yöntemi kabul edilmiştir. Mahallî mahkemede görülmekte olan dâva konusu taşınmaz hakkında henüz o birlikte ilk parselin tapulama tutanağı düzenlenmemiş ise mahallî mahkemece o dâvanın görülmesi sürdürülecektir. Tapulamasına başlanan birliklerde yasanın 50. maddesi uyarınca mahallî mahkemedeki dâva dosyaları tapulama hâkimine devredilecektir. Bu nedenle yasa, mahallî mahkemenin görevinin son bulduğu anda tapulama mahkemesinin dâvaya hemen elkoyarak soruşturmayı sürdürmesi olanağını hazırlamış olmaktadır. (25)

(25) 766 sayılı yasanın 48. madde gerekçesi

2 — Devredilmeyecek dâvalar

Buraya kadar mahallî mahkemenin görev açısından 766 sayılı yasa ile tapulama mahkemesinin görev sınırlarını incelemiş bulunuyoruz. Başka bir deyimle, bu yasa ile tapulama mahkemesinin görev sınırları belirlenmiş bulunduğundan, koşulları gerçekleştiği takdirde, mahallî mahkemece elde bulunan taşınmaz mallara ilişkin dâva dosyaları tapulama mahkemesine devredilecektir. Bunun karşısında, koşulları gerçekleşmeyen dâva dosyalarının görülmesi sürdürülecektir. Büyük ölçüde uygulamadan yararlanmak suretiyle, hangi dosyaların devredilmemesi gerektiği hususunun başlıca dâva tiplerinin gözönüne alınarak incelenmesi gereklidir.

a) M.K. 648 ve 650 ye giren dâvalar

Medenî yasanın 650. maddesinde şöyle yazılıdır : «Binanın kıymeti açıkça arsanın değerinden ziyade ise hüsnüniyetle hareket eden levazım sahibi muhik bir tazminat mukabilinde mecmuunun mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir.» İşte bu maddeye ilişkin uyumsuzlukların çözüm yeri mahallî mahkemedir. (26)

b) Tenkis dâvaları

Saklı payın yokedilmesi amacı ile yapılan eldeğişiminin tenkisi dâvasının incelenmesi tapulama mahkemesinin görevi dışındadır. (27)

c) Kamulaştırma dâvaları

Kamulaştırmadan önceki mülkiyet ve aidiyet hususuna ilişkin uyumsuzluğun çözümlenmesi de gene tapulama mahkemesinin görevinin dışındadır. (28)

d) Faydalı masraf dâvaları

Taşınmaz mala yapılan yararlı harcama iddiasının incelenmesi de tapulama mahkemesinin görevine girmez. (29)

(26) Bkz. (Geniş bilgi için) İç. B. K. 15/5/1957 gün ve 11 - 9

(27) 7. H. D. 5/11/1964 gün ve 6811 - 6833 sayılı kararları

(28) 7. H. D. 21/9/1964 gün ve 4039 - 5288 sayılı ve 2/11/1964 gün ve 4657 - 6717 sayılı kararları

(29) 7. H. D. 10/7/1964 gün ve 6811 - 6833 sayılı kararları

e) Paylaştırma dâvaları

Uygulamada taksim ve izale-i şüyû denilen dâvaların da görülmesi tapulama mahkemesinin görevinin içine girmemektedir. (30)

f) Kurucu hak istemi dâvaları

Tapulama mahkemeleri, taşınmaz mal mülkiyetini araştırmak ve saptamak ile yükümlü olup arsa sahibi ve levazım sahibi istemleri hakkında ortaya çıkan ve mülkiyete etkili olmayan hedm ve kal istemleri hakkında da hüküm vermeye yetkili kılınmamıştır. (31)

g) Ecrimisil dâvaları

Tapulama mahkemeleri ecrimisil istemlerini incelemeye de yetkili değildirler. Çünkü, tapulama mahkemesinin görevi, taşınmazın özüne değgin uyumsuzluklara ilişkindir. (32)

İşte tapulama mahkemesinin görevine girmeyen başlıca dâva tipleri bunlardır. 766 sayılı yasanın göreve ilişkin kurallarına göre daha tapulama mahkemesinin görevine girmeyen dâva tiplerinin sayılması olanak içidir. Ne var ki, yazımızın giriş kısmında ayırımı sadece bu yasanın meydana getirmediğini de belirtmiştik. 766 sayılı yasa, tapulama mahkemesinin görevini düzenleyip aksine kanıt yolu ile devredilecek dâvalar sıralanırken bunun yanında, doğrudan doğruya mahallî mahkemenin görevini düzenleyip ters yönden tapulama mahkemesinin görevini sınırlayan yasaların da bulunmakta olduğunu belirtmiştik. (33)

III — DİĞER YASALAR YÖNÜNDEN DEVİR

1 — Devredilecek dâvalar

Bu konuda iş yönünden yetki (34) sorununa değinmek gerekir. Bu yetki, aynı dâvada başka başka işlerin ayrı ayrı organlara verilmesini ve bir organın yapacağı, işin, aynı sorun üzerinde eylemde bulunacak olan diğer organa ilişkin işten ayırt edilmesini ifade eder; başka bir deyimle

(30) Tapulama dâvalarının tatbik edildiği yerde taksim ve izale-i şüyû dâvalarının tetkiki T. M. nin görevi dışındadır. (7. H. D. 8/7/1960 gün 7075 - 6197)

(31) 7. H. D. 16/4/1953 gün ve 6418 - 2156 sayılı kararları

(32) Kadastro Mahkemelerinin vazifesi tapulama mevzuu olan gayrimenkullerin aynına taallük eden ve sicili ilgilendiren ihtilâfların halli olup ecrimisile ait ihtilâflara bakmak vazifesi haricinde bulunduğu düşünülmüyerek ecrimisil dâvasının tevhidten rüvet edilmesi yolsuzdur. (7. H. D. 10/12/1954 gün ve 9117 - 10171 sayılı kararları)

(33) E. Taylan, T. M. nin görevini sınırlayan özel yasalar, Ad. Der. 1969, S. 9, s. 597

(34) Compétence fonctionnelle

iş yönünden yetki, bir dâvadaki işlerden bir kesiminin bir ve öbür kesiminin de başka bir mahkemeye veya organa verilmesidir. (35) İşte 4753 ve onu değiştiren yasalar ile 5613 sayılı yasaların mahallî mahkemeler ile tapulama mahkemeleri arasında, tapulama konusunda bir yetki sorununa yolaçtığı görülür ki, yeri geldikçe aşağıda bu hususa dokunulacaktır.

2 — Devredilmeyecek dâvalar

a) 4753 sayılı yasa dâvaları

Çiftçiyi topraklandırmaya ilişkin 4753 sayılı yasanın 27. maddesinde «Bu kanunun uygulanması ile ilgili olup görülmesi sulh ve asliye hukuk mahkemelerine ait dâva ve işleri yerinde görmek üzere asliye mahkemesi yetkisinde, gerektiği kadar gezici mahkemeler kurulur. Bu mahkemelerde şifahî muhakeme usulü uygulanır» denilmektedir. Demek oluyor ki, 4753 sayılı yasanın uygulanması ile ilgili davaları görmek üzere gezici mahkemeler kurulmuştur. Şimdi bir de 5572 sayılı yasaya bakmak gerekiyor. 5572 sayılı yasanın 3. maddesinde, «4753 sayılı çiftçiyi topraklandırma kanunu ile kurulan gezici mahkemeler kaldırılmıştır. Bu kanunun uygulanması ile ilgili dâva ve işler, genel mahkemelerde 4753 sayılı kanuna göre şifahi muhakeme usulüne tabi tutularak görülür. Şu kadar ki, Tarım Bakanlığının lüzum göstermesi halinde Adalet Bakanlığı genel mahkemeler kadrosundaki yargıç, zabıt kâtibi ve mübaşirlerden gerektiği kadarını toprak komisyonlarının bulunduğu yerde gezici olarak çalışmak üzere görevlendirilebilir.» denilmektedir. Şu duruma göre bu yasa, 4753 sayılı yasa ile ilgili dâvaları genel mahkemelere vermiştir. 5618 ve 6603 sayılı yasalar ise 4753 ü değiştiren yasalar bulunduklarından bu yasalarla ilgili dâvaların da görev yeri genel mahkemelerdir.

Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay 7. H.D. nin 17/3/1967 gün E.1966/9550, K. 1967/2085 sayılı ilâmlarını inceleyelim. Bu kararda aynen şöyle yazılıdır : «1151 parsel sayılı 23 50 m² lik miktarındaki gayrimenkul tapu kaydına dayanılarak dâvalı hazine adına yapılan tapulama tesbitine dâvacılar zilyed olduklarını ileri sürerek itiraz etmişlerdir. Mahkemece itirazları kabul edilmiş, hüküm dâvalı hazine tarafından temyiz edilmiştir. Nizalı parsel 4753 sayılı kanuna göre hazine adına tapuya kaydedilmiştir. Bu duruma göre uyumsuzluk sözü edilen kanunun uygulanmasın-

(35) Ansay, a. g. e. s. 76

dan ileri gelmiştir. O halde uyuşmazlığın çözümlenmesi toprak mahkemesi görevini taşıyan asliye yada sulh hukuk mahkemelerine ait bir keyfiyettir. Mahkemece bu yön gözönünde tutularak uyuşmazlığın esası hakkında görevsizliğe karar verilip ilgiliye tefhim olunmak, görevli mahkemede uyuşmazlığın esasının çözümlenmesini beklemek ve o mahkemenin alınacak ilâma göre karar verilecektir.» denilmekle mahallî mahkemenin görevi açıkca belirtilmiştir.

Mahallî mahkemeden devredilen dosyalar, hangi parsel ile ilişkili ise o parsel ile dosya ile birleştirilmektedir. İşte bu durumda tarafların birbirleri hakkında mahallî mahkemelerde açtıkları dâvalar 4753 sayılı yasanın uygulanmasına ilişkin ise uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi o dosyayı tapulama mahkemesine gönderen mahkemeye aittir. Buna göre öncelikle yapılacak iş, birleştirilen dosyanın ayrılıp ilişkili bulunduğu mahkemeye geri verilmesidir. Bundan sonra verilecek kararla mahallî mahkemenin kesin hükme varması beklenecektir. Gelecek ilâma göre karara varılacaktır. Ters durum, daha açık bir deyimle yargılamayı sürdürmek tapulama mahkemesinin görevinin dışındadır. Ve açıklandığı gibi 4753 sayılı ve onu değiştiren yasalar bu bakımdan tapulama mahkemesinin görevini sınırlamaktadır. Aynı durum gene 7.H.D. nin 19/1/1967 gün ve E. 1966 - 7082, K. 1967 - 352 sayılı ilâmlarında da karar altına alınmıştır. Ve böylelikle sözünü ettiğimiz iş yönünden yetki ayırımına benzer bir durum yaratılmaktadır.

b) 5613 sayılı yasa dâvaları

Öte yandan, bir de 5613 sayılı yasa mahallî mahkemelere görev yüklemiştir. Bu yasanın adı, «Toprak ve İskân işleri genel müdürlüklerinin birleştirilmesi hakkında kanun»dur. Yasanın adı, göreve ilişkin kuralları düzenlemesi gereken yasalara yaklaşık bulunmaması nedeniyle ilk uygulayıcıyı çoğu zaman hataya düşürmektedir. Bu yasanın 6. maddesinde şöyle yazılıdır : «Toprak komisyonları bulundukları yerlerde toprak ve iskân mevzuatına göre dağıtılacak toprakların tesbit ve verilme işleri bu komisyonlar tarafından ve toprak komisyonlarının bulunmadıkları yerlerde toprak ve iskân müdürlükleri ve il ve ilçe tarım kuruluşları tarafından yapılır. Bu gibi dâvalarda 3667 sayılı kanunun 3. maddesi hükmü caridir. Gezici mahkemelerin bulunmadıkları yerlerde bunların görev yetkilerine giren işler genel mahkemelerce görülür ve 3667 sayılı kanunun 3. maddesi hükmü ile aynı yargılama usulü uygulanır.»

Görülüyor ki, iskân mevzuatının uygulanmasından doğan dâvaların görülmesi de tapulama mahkemesinin görevinin dışındadır. Söz gelimi, tesbite esas tutulan tapu kaydı hazinenin kişilere temlikinden kurulmuş olsun. Dâvacı da başka bir tapu kaydına dayanarak, iskân mevzuatına göre hazinece temlik edilmiş bulunan yerin kendisinin olduğunu iddia etsin. İşte bu durumda 5613 sayılı yasanın 6. maddesine göre eylemde bulunmak gerekecektir. Yapılacak iş, dâvacıya görevli mahkemede dâva açmak üzere önel vermektir. Bu önel üzerine dâvacının mahallî mahkemede açtığı dâva görülecektir.

III — SONUÇ

Görüldüğü gibi, bir yere tapulamanın girmiş olması, mahallî mahkemelerde görülen taşınmaz mallara ilişkin dâva dosyalarının tümünün birden tapulama mahkemesine devrini gerektirmemektedir. Öncelikle dâvanın tapulama ile ilgili bulunup bulunmadığı hususu incelenecek, sonra tapulama tutanağının düzenleniş günü araştırılacaktır. Bir dâvanın tapulama ile ilgili olup olmadığı açıklanan yöntemlere göre saptandıktan sonra, dâvanın doğrudan doğruya mahallî mahkemelere görev veren yasaların kapsamlarına da girip girmediği hususları tesbit edildikten sonra devir işlemlerine girişilecektir. Kıcasa ve ayrıntıları saklı kalmak koşulu ile konuyu özetleyecek olursak şunu diyeceğiz : Devir işlemlerinde, 766 sayılı yasada belirtilen göreve ilişkin kurallardan başka; iskân yasalarının uygulanmasına dayanan dâvalarda, 5613 sayılı; 4753, 5613 ve 6603 sayılı yasalara dayanan dâvalarda da 5572 sayılı yasaların gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

CEZA DÂVALARINDA KİŞİSEL HAK İSTEMİ VE SONUÇLANDIRILMASI (1)

Yazan : Mehmet Handan SURLU
(Afşin Sorgu Hâkimi)

Plân :

1 — Genel olarak kişisel hak

A — Kişisel hak ve ceza dâvası içindeki yeri

- a) «Kişisel hak» ve kapsamı
- b) Hukuk ayrımında ve ceza dâvası içinde «kişisel hak»

B — Kişisel hak isteminin TCY. ve CMUY. ndaki dayanakları

- a) TCY. yönünden
- b) CMUY. yönünden

C — TCY. ndaki hükümlerle Borçlar Yasasındaki genel hükümlerin ilişkisi

D — Kişisel hak ceza dâvasında kim tarafından ve nasıl istenir

- a) Kim ister
- b) İstem usulü
 - aa. Şahsi dâvada
 - bb. Kamu dâvasında

2 — Mânevi Tazminat

A — TCY. nda mânevi tazminat şartları

- a) Genel Kural
 - aa. Tanımı
 - bb. Niteliği
 - cc. TCY. ndaki yeri
 - dd. Takdiri ve miktarı
- b) Şartları
 - aa. İstemde bulunulması
 - bb. Eylemin niteliği
 - a') Genel olarak
 - b') TCY. ndaki özel hükümler
 - cc. Hükümlülükle sonuçlanma

B — Özel durumlarda mânevi tazminat

C — Mânevi tazminat tâyininde göz önünde tutulacak diğer hususlar

- a) İstem sonuştırılması zorunluluğu
- b) Tarafların durumlarının soruşturulması
- c) Birkaç kişinin sorumluluğu
- d) Harç ve ücreti vekâlet

3 — Maddî Tazminat

A — TCY. nda maddî tazminat ve şartları

- a) Genel olarak
 - aa. Tanımı
 - bb. Niteliği
 - cc. TCY. ndaki yeri

(1) Bu yazı, Adalet Dergisi'nin Ağustos : 1969-8 sayısında yayınlanan «Uygulamada Kamu Dâvalarına Katılma» isimli yazımızın devamı niteliğindedir.

- dd. Kapsamı, takdiri ve miktarı
- b) Şartları
 - aa. İstemde bulunulması
 - bb. Hükümlülükle sonuçlanma
 - cc. İspatlanmış olması
 - dd. Ceza dâvasını uzatmaması

B — Maddî Tazminat tâyininde göz önünde tutulacak diğer hususlar

Yararlanılan eser, yazı ve dergiler :

- 1 — Türk Ceza Hukuku, Prof. Dr. Faruk Erem (Ankara, 1960)
- 2 — Ceza Usulü Hukuku, Prof. Dr. Faruk Erem (Ankara, 1968)
- 3 — Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 1, Dr. iur. Abdullah Pulat Gözübüyük (Ankara, 1961)
- 4 — Türk Ceza Kanunu, Cilt 1 ve 2, M. Muhtar Çağlayan (Ankara, 1962)
- 5 — Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Cilt 1, Nejat Özütürk, (Ankara 1966)
- 6 — Türk Ceza Kanunu ve ilgili hususi kanunlar, A. Şahap Algan - İlhamî Bozkoyunlu, (Bilecik, 1968)
- 7 — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 3, M. Muhtar Çağlayan (Ankara, 1966)
- 8 — Orman Kanunu - ilgili mevzuat, Mustafa R. Kayganacıoğlu, Nihat Renda, Galip Onursan (Ankara, 1969)
- 9 — Yargıtay Emsal Kararları - Ceza Bölümü - Mustafa Sabri Livanelioğlu (Ankara, 1966)
- 10 — İçtihatlar 1960 - 1968, İsmet Bilgin (Kayseri, 1968)
- 11 — 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bu kanunu hazırlayan komisyon tarafından yazılan Esbabı Mucibesi (Ankara, 1937)
- 12 — Uygulamada Kamu Dâvalarına Katılma, Mehmet Handan Surlu (Adalet Dergisi, 1969 - Ağustos sayı : 8, sahife 528 vd.)
- 13 — Adalet Dergileri
- 14 — Resmî Kararlar Dergileri
- 15 — Ankara Barosu Dergileri
- 16 — İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergileri
- 17 — Özel içtihat kartonu

1 — GENEL OLARAK KİŞİSEL HAK

A — Kişisel Hak ve ceza dâvası içindeki yeri :

a) «Kişisel Hak» ve kapsamı : Yasaların suç olarak nitelendirip cezalandırdıkları eylemlerin işlenişi sırasında çeşitli zararlar doğabilir. Bu zararları «maddî» ve «mânevi» zarar olmak üzere ikiye ayırmak bugün hemen hemen yerleşmiş bir görüştür. Bununla beraber Ceza Yasamızın suçlardan doğacak zararları, «maddî zarar», «maddî olmayan zarar» ve «mânevi zarar» olmak üzere üç ayrı çeşit zarar olarak öngördüğü yolunda bazı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin, Prof. Erem, «Ceza

Kanunumuz bu üç çeşit tazminatı birbirinden ayrı mütalâa etmiştir.» demektedir. (2)

Biz bu incelememizde, zararları, uygulamayı da göz önünde tutup, maddi ve mânevi olmak üzere ikiye ayıran görüşü benimseyerek, uygulama yönünden kamu dâvasından ve şahsi dâvada bu zararların tazmininin sonuçlandırılmasını, bu ikili ayırıma göre belirtmeye çalışacağız. Bu nedenledir ki, bu yazıda «kişisel hak» kavramıyla maddi ve mânevi zararın ifade edildiğinde her hangi bir kuşku duyulmamalıdır. Zira, Usul Yasamızın «kişisel hak» deyimiyle sadece maddi ve mânevi tazminatı öngördüğünü kesin olarak belirten bir hüküm ne bu yasada, ne de başka bir yasada bulunmamakla beraber, bir ceza dâvasında kişisel hakkı daha geniş yorumlamaya da imkân yoktur. (3) Nitekim uygulama da bu yoldadır ve kişisel hak deyimiyle sadece maddi ve mânevi tazminat kavramları ifade edilmektedir. (4)

b) Hukuk ayırımında ve ceza dâvası içinde «kişisel hak» : Kişisel hakkın gerçek yeri özel hukuk olup, özellikle Borçlar Yasası içinde düzenlenmiştir. Medeni Yasa'nın 24. maddesinde çok geniş bir şekilde belirtilen bu hak, Borçlar Yasa'sının 41 ve izleyen maddelerinde ayrıntılı olarak hükme bağlanmış bulunmaktadır. Ceza hukukuyla her hangi bir ilişkisi yoktur.

Bu nedenledir ki, kamu ve şahsi dâvalar içindeki kişisel hak istemi, ceza dâvası içinde yer almış bir «özel hukuk dâvası» olarak tanımlamak mümkündür. «Şahsi hak dâvası» olarakta adlandırılmaktadır. (5) Bu dâva, ceza dâvası içinde bulunmakla beraber niteliğinde her hangi bir değişiklik söz konusu değildir. Özünde, tamamen, ayrıntılı olarak yer aldığı özel hukuk kurallarına tâbidir. Bu dâvanın sujeleri, «katılan veya şahsi dâvacı», «sanık» ve «hâkim»dir. Cumhuriyet savcısının sujeliği bu dâva için söz konusu değildir. (6) Bu yüzdendir ki, Cumhuriyet savcısı kişisel hak konusunda her hangi bir istemde bulunamaz. Örneğin, bu noktadan kanun yoluna baş vurma yetkisi yoktur. (7)

(2) Erem, Usul sh. 167 b

(3) Erem, Usul sh. 167 c

(4) Kayganacioğlu, Orman Kanunu sh. 375'deki (515 A) numaralı karar

(5) Erem, Usul sh. 561'deki 360 ve sh. 572'deki 369 numaralı paragrafların başlığı ve b bölümü

(6) Erem, Usul sh. 168'de n. 93

(7) CUH, 26/1/1942 3/12 - 13 s. ilâmı, Çağlayan, Usul C : 3 sh. 163

Kişisel hakkın kamu dâvası içinde yer alışı konusuna gelince; Kaynak Alman Usul Yasası'nda kişisel hakkın ceza dâvası içinde istenmesi kuralı yer almamıştır. Kişisel hakkın kamu dâvası veya şahsi dâvada istenmesini olumlu kılan düzenleme, halen yürürlükten kalkmış bulunan 1295 tarihli eski Usul Yasamızın kaynağı olan Fransız Sisteminde söz konusudur. Bu iki sistem ve gerekçeleriyle, bizdeki bu karma düzenlemenin nedenleri Usul Yasamızın gerekçesinde açıklanmış bulunmaktadır. (8)

Prof. Erem'in, düşündürücü bir konu olarak belirttiği bu durumun (9), yani kişisel hakkın, kamu dâvası içinde «katılan», şahsi dâvada da «dâvacı» tarafından istenmesinin nedeni Usul Yasamızın gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır : «... Komisyonumuz bu ahval ve esbabı nazari dikkate alarak bu mes'eleda Alman sisteminden esas itibarile inhirafa mecbur olmuş ve Fransız sistemini kabul etmek suretile cürümden mütevelli hukuku umumiye ve şahsiye dâvalarının ceza mahkemesinde rüyet olunabilmesini tecviz etmiştir. Bu noktai nazara teşkilatı adliyemizin hali hazırı dahi mühim surette tesir eylemiştir. O da şu suretledir ki, memleketimizde dahi hernekadar hukuk ve ceza mahkemeleri ihtisas itibarile tefrik olunmuş isede bu tefrik ancak büyük şehirlerde hakiki ve faal bir şekilde olup bilâkis ufak kasabalarda ekseriyetle nazari bir şekilde kalmıştır. Çok yerlerde yalnız bir mahkemeden ibaret olan ve hukuk dâvasını rüyet ederken hukuk mahkemesi ve ceza dâvasını rüyet ederken ceza mahkemesi şekil ve namını alan mahkemede cürüm dâvası rüyet edilip hükme rapt edildikten sonra bunun tevhit ettiği hukuku şahsiye dâvasını ayrıca yine o mahkemeye ve bu defa da hukuk mahkemesi şeklinde ikame edip rüyete başlamak bir dâvayı bilâlüzum bir mahkemede iki defa rüyet ettirmek gibi çok tehlikeli ve şayanı tenkit bir netice hasil eder ve bunda mahkemelerin işini iki kat çoğaltmak gibi bir neticeden başka hiç faide mutasavver değildir. İşte bu esbap o cürümden mütevelli hukuk ve ceza dâvalarının ceza mahkemesinde birlikte rüyet olunabilmesi usulünü kabul ve terciha saik olmuştur.» (10)

Bizce bu açıklama, bilimsel olmaktan çok fiili duruma dayandırılmış pratik anlamda bir gerekçe olup; bu hükümler, Ceza Yasamızın 37 ve 38. maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak konulmuş bulunmakla uygulamada doğabilecek tereddütlere imkân bırakmaması yönünden ayrıca yararlı da olmuştur denilebilir.

(8) Esbabı Mucibe, sh. 132 vd.

(9) Erem, Usul sh. 561'de n. 360

(10) Esbabı Mucibe, sh. 134 vd.

B — Kişisel hak isteminin TCY ve CMUY. ndaki dayanakları :

a) **TCY yönünden** : Ceza Yasamız, kişisel hakkı genel olarak 37, 38 ve 39. maddelerinde hükme bağlamış bulunmaktadır. Yasanın 37. maddesi «maddi tazminat» a ilişkindir. 38. madde ise «mânevi tazminat» konusunda cezaya ait genel hükmü taşımaktadır. Yasanın 39. maddesiyle de, kişisel hakta birkaç kişinin sorumluluğu hususu; 110, 111 ve 120. maddelerle de, kamu dâvasının düşmesi hallerinde kişisel hak sorununun ne olacağı konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

TCY. nda bunlar dışında kişisel hak konusunda bazı eylemler için ayrıca özel nitelikte hükümler de yer almıştır ki, bunlar Yasanın 424, 465 ve 467. maddeleri (mânevi tazminat yönünden) ile 202, 203, 230/3 ve 519. maddeleridir. (maddi tazminat yönünden)

b) **CMUY. yönünden** : Usul Yasamızda ise, kişisel hakkı ceza dâvası içinde usul yönünden düzenleyen hükümler 350 ve 365. maddelerde yer almaktadır.

Şahsi dâvada, dâvacının kişisel hakkı 350. maddenin ikinci fıkrasında; kamu dâvasında da, katılanın kişisel hakkı 365. maddenin ikinci fıkrasında ayrı ayrı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Usul Yasasının bu konudaki bir diğer hükmü de 358. maddede yer almıştır.

C — TCY. ndaki hükümlerle Borçlar Yasasındaki genel hükümlerin ilişkisi :

Ceza dâvası içinde istenebilen kişisel hakkın gerçek yerinin özel hukuk ve özellikle Borçlar Yasası olduğu, bu nedenle ceza dâvası içinde bulunmasına rağmen bu hakkın Borçlar Yasası'ndaki esaslar çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği yukarda belirtilmiştir. (11) Bu böyle olmakla beraber TCY. ndaki kişisel hak hükümleriyle, bu hakkın gerçek düzenlenme yeri olan Borçlar Yasası'ndaki tazminat hükümleri arasında nasıl bir ilişki bulunduğu ve birbirlerine üstün tutulması gereken noktalarının bulunup bulunmadığı hususu akla gelen bir konudur.

Bu durumda ilk önerilecek husus, her iki yasadaki kurallarında aynı amaca yönelmiş hükümler olmaları nedeniyle, beraberce düşünümlüp değerlendirilmeleri gerektiğidir. Ancak her hangi bir nedenle bir ceza dâvası içinde kişisel hak çözümlenirken, bu iki ayrı yasada yer almış hükümler beraberce değerlendirildiğinde, bunlardan birini daha üstün tutma zorunluluğu doğarsa ne yapmak gerekir? Böyle bir halde, bir konu-

(11) Bak bu yazı 1 A b

da genel ve özel hüküm çatışırsa özel hüküm üstün tutulur, temel hukuk ilkesi gereği, Ceza Yasası'ndaki tazminat hükümlerinin geçerli ve üstün sayılması en uygun çözüm yoludur. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen «... Ceza Yasasındaki mânevi tazminat hükümleri Borçlar Yasasındaki hükümlere göre özel nitelikte hükümler olduklarından bu özel hükümlerin Borçlar Kanunundaki genel hükümlere yeğ (müreccah) tutulmaları hukukun ilkelerindendir.» (12) demek suretiyle bu hususu kesinliğe kavuşturmuş; bir başka kararıyla da, bunun yanı sıra, TCY. ndaki genel tazminat hükümleriyle özel tazminat hükümleri (Örneğin 38. maddede ile 467. maddenin) arasındaki bir çatışmada, aynı ilke gereği, özel hükmün üstünlüğüne ve uygulamasının zorunluğuna işaret etmiştir. (13)

D — Kişisel hak ceza dâvasında kim tarafından ve nasıl istenir :

a) **Kim ister :** Kişisel hakkı kamu dâvasında «katılan» (müdahil), şahsi dâvada da «şahsi dâvacı» isteyebilir. Kamu dâvasının şikayetçi ve mağduru katılan sıfatını kazanmadığı sürece kişisel hak isteminde bulunamaz. Bulunsa bile istemi sonuçlandırılmaz. (14) Kimlerin katılan olabileceği daha evvelce incelenmiş bulunduğundan (15) bu konu burada tekrarlanmıyacaktır. Ancak bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30/11/1964 tarih ve 453/482 sayılı kararının bir çok noktalara ışık tuttuğunu belirtmek gerekir. (16)

b) **İstem usulü :** Kişisel hakkın bir kamu dâvasında veya şahsi dâvada istemi nasıl olacaktır? Bu hususa, kısaca da olsa, değinmek zorunludur.

aa) **Şahsi dâvada :** Usul yasası'nın 350. maddesinin ikinci fıkrası gereği, şahsî dâvada dâvacı varsa ve dilerse, kişisel hak istemini şahsi dâva dilekçesinde açıkça göstermek suretiyle isteyebilir. Eğer dilekçesinde bu yolda bir istem yoksa, yargılamadaki sözlü istemi üzerine kişisel hakta hükmedilemez. Buna rağmen hükmedilmişse, bu hal uygulamada bozma nedeni'dir. (17)

(12) CGK. 10/5/1965 190/188 s. ilâmı, Özütürk, Ceza C : 1 sh. 88 - 89

(13) CGK. 30/11/1964 453/482 s. ilâmı, Özütürk, Ceza C : 1 sh. 89 - 91

(14) 4.C.D. 25/11/1949 13347/15122 s. ilâmı, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 141/11

(15) Surlu, Adalet Dergisi Ağustos 1969 sh. 530 2 A

(16) Bu kararı tamamı için bak Çağlayan, Usul C : 3 sh. 394 - 396 veya Özütürk, Ceza C : 1 sh. 89 - 91

(17) İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1970 Sayı : 2'deki 4.C.D. nin 2/12/1969 t. 7219/9152 s. ilâmı (sh. 8362)

bb) **Kamu dâvasında :** Kamu dâvasında katılanın kişisel hakkını katılma dilekçesine yazmak suretiyle isteyebileceği konusunda her hangi bir tereddüt yoktur. Yerleşmiş uygulama da bu yoldadır. Fakat katılan sıfatını kazandıktan sonra yargılama sırasında, katılma dilekçesinde belirtilmemiş olan kişisel hakkı, sözlü olarak istemek olurlu mudur? Her ne kadar bir Yargıtay kararında, «Mağdurun tazminat talebi hakkında usulen verilmiş yazılı isteği olmadığı düşünülmeksizin şifahi talebe istinaden maddi tazminat hükmolunması yolsuzdur.» (18) denilmek suretiyle, sözlü istemde bulunulmayacağı belirtilmişse de; daha sonraki bir tarihi taşıyan bir başka Yargıtay kararında da, «Müdahil vekili tarafından sorgu hâkimliğine verilen, ...günlü dilekçede; (ileride şahsi tazminat isteği mahfuz kalmak üzere dâvaya müdahil olarak kabulüne) karar verilmesi istenmiş ve duruşmada da 10.000 lira mânevi tazminat talebinde bulunulmuş, bu husustaki isteğin ayrıca yazılı olarak yapılması kanunen gerekmemiş olmasına göre, müdahil lehine mânevi tazminat takdir ve tayini icabederken...» (19) denilerek karşı görüş olurlu kılınmıştır.

Bize göre de, katılan sıfatını kazanan bir kimse, kişisel hak istemediğini veya hukuk mahkemesinde isteyeceğini açıkça belirtmiş olmadıkça yargılama bitinceye kadar kişisel hakkı sözlü olarak her zaman isteyebilmelidir. Zira yasada, şahsi dâvada olduğu gibi, bunun mutlaka yazılı olarak istenileceğine ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen bu durumun bir içtihadı birleştirme, veya hiç değilse bir genel kurul kararıyla aydınlığa ve kesinliğe kavuşturulmasının uygulama yönünden son derece yararlı olacağını belirtmek yerinde olur.

Bu bölümde son olarak, faillerden bir kısmı hakkındaki kişisel haktan vuku bulan feragatin, diğerleri hakkında tazminat talep ve hükmolunmasına engel teşkil etmeyeceğini söylemek isteriz. (20)

2 — MÂNEVİ TAZMİNAT

A — TCY. nda mânevi tazminat ve şartları :

a) **Genel olarak :** Bir ceza dâvasında mânevi tazminatın şartlarını incelemeden önce, tanımı, niteliği ve takdiri konuları üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır.

(18) 2.C.D. 2/3/1951 2223/2247 s. ilâmı, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 142/16

(19) 1.C.D. 25/3/1964 503/622 s. ilâmı, Çağlayan, Usul C : 3 sh. 399

(20) 5.C.D. 5/12/1951 4051/4877 s. ilâmı, Özütürk, Ceza C : 1 sh. 86/13

aa) **Tanımı** : Mânevi tazminat, mânevi zararın karşılığı olarak düşünülüp bulunmuş bir tatmin yoludur. Mânevi zarar ise, bir kişinin veya ailesinin şeref ve haysiyetini ihlâl eden eylemin, o kişi veya ailede yarattığı derin acı ve üzüntü olarak tanımlanabilir. Yüksek Mahkeme bir kararında mânevi tazminatı «...işlenen haksız eylemlerin yarattığı, maddi ölçüsü bulunmayan mânevi üzüntülerin mahkemece para olarak belli edilen bu türlü karşılığıdır.» diye tarif etmiştir. (21)

bb) **Niteliği** : Mânevi tazminat ne asli, ne de fer'i bir cezadır. Zira TCY. nın 11. maddesinde sayılan cezalar arasında yer almamaktadır. Nitekim bir ceza olmadığı için miktarının en az ve en çok olarak sınırlandırılması söz konusu değildir. Yine bir ceza olmadığı içindir ki, bu hususta gerektiğinde zincirleme (müteselsil) kefalet hükmünün uygulanacağı TCY. nın 39. maddesiyle hükme bağlanmıştır. Yerine getirilmesi ancak hükmedilen miktarın ödenmesiyle mümkündür. Ödenmemesi halinde, yine bir ceza olmamasının doğal sonucu olarak, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi düşünülemez.

Mânevi tazminatın bu sıraladığımız nitelikleri konusunda, özellikle bir ceza olmadığı hususunda, doktrin ve uygulamanın görüşleri ittifak halindedir. Yargıtay yukarda sözünü ettiğimiz kararında, mânevi tazminat için açıkça «ceza hukuku tekniği bakımından bir ceza anlamını taşımayıp hukuk alanına ilişkin»dir, demektedir. (22)

cc) **TCY. ndaki yeri** : Mânevi tazminatın ceza yasamızda genel olarak 38. maddede düzenlenmiş olduğunu evvelce belirtmiştik. (23) Bunun yanı sıra aynı Yasanın 424, ve 467. maddeleri mânevi tazminat konusunda özel nitelikte hükümler taşımaktadır ki, bunlar ilerde etraflıca incelenecektir. (24)

dd) **Takdiri ve miktarı** : Mânevi tazminatın miktarını serbestce hâkim takdir eder. Bunun hükmedilmesi için de mânevi zararın ispatı zorunlu değildir. Bu hal mânevi zararın niteliği gereğidir. Zira, mânevi acının maddi delillerle saptanması imkânsızdır. Bir başka deyişle «mânevi zararın takdirinde, mağdur tarafından ispat edilmekten ziyade hâkim tarafından takdir olunması gerektiği kaidesini hatırdan çıkarmak lâzımdır.» (25)

(21) Dipnot 12'deki CGK. kararı

(22) Dipnot 12'deki CGK. kararı

(23) Bak : Bu yazı 1 B a

(24) Bak : Bu yazı 2 A b bb b'

(25) Özüttürk, Ceza C: 1 sh. 88'deki paragraf 159'un son cümlesi

Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken hukukun temel ilkelerini «hakkaniyet, nasafet ve adalet kaidelerini» (26) göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu arada tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, eylemin önem ve niteliğini, olayın özelliklerini, örneğin, kışkırtma (tahrik) ve kusur durumlarını da aynı şekilde dikkate alıp, mânevi tazminatı takdir ederken bunlardan da yararlanmalıdır. (27) Hâkimin bu takdiri hakkı genel olarak Yargıtay'ın denetimi dışındadır. Ancak takdirde «fahiş hata» halinde Yüksek Mahkeme bu konuyu da incelemekte kendini yetkili görmektedir. (28)

b) Şartları : Mânevi tazminat isteminin bir ceza dâvası içinde hüküm altına alınabilmesi için aşağıdaki şartların bulunması zorunludur.

aa) İstemde bulunulması : Mânevi tazminata hükmedebilmesi için her şeyden önce, kamu dâvasında katılanın, şahsi dâvada da dâvacının usulüne uygun olarak (29) istemde bulunmuş olması gereklidir. Böyle bir istem olmaksızın kendiliğinden (re'sen) mânevi tazminata hükmedilemez. (30) Bu hal mânevi tazminatın niteliği, yani özel hukuka ilişkin olmasının gereğidir. Yine bu nedenledir ki, istenilen miktardan fazla mânevi tazminatın karar altına alınması da mümkün değildir. (31)

İstek sahibi, isteminde sadece tazminattan söz etmiş, bunun maddi mi, yoksa mânevi mi olduğunu veya ne kadarının maddi, ne kadarının mânevi tazminat olarak istendiğini açıkça belirtmemişse, bu husus kendisinden sorulup açıklığa kavuşturulmalı ve ona göre sonuçlandırılmalıdır. (32) Aynı şekilde tazminat istediğini bildirmiş, fakat miktar göstermemişse bu eksiklikte sorularak giderilmelidir. (33)

İstek sahibi daha sonra bu isteminden vaz geçmişse, onun yararına artık kişisel hakka, dolayısıyla mânevi tazminata hükmedilemez. (34) Bu vaz geçmeden geri dönme de mümkün değildir. (35) Bunun yanı sıra

(26) Erem, Ceza sh. 309'daki dipnot 38'deki 2.C.D. kararı

(27) 2.C.D. 1/6/1961 4303/4688 s. ilâmı, Algan, Ceza sh. 28

(28) Dipnot 27'deki karar ve 4. HD. 31/1/1967 306/749 s. ilâmı (özel karton)

(29) Bak : Bu yazı 1 D b

(30) 4.C.D. 16/2/1960 12498/1699 s. ilâmı, Livanelioğlu sh. 163/23

(31) 1.C.D. 7/1/1953 275/65 s. ilâmı, Çağlayan, Ceza C : 1 sh. 143/27

(32) 2.C.D. 17/3/1965 1116/2106 s. ilâmı, Livanelioğlu sh. 161/9

(33) 1.C.D. 18/12/1963 1494/2528 s. ilâmı, ilmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1964 sh. 2690

(34) 4.C.D. 8/12/1956 11596/16267 s. ilâmı, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 151/29

(35) CGK. 29/4/1968 265/155 s. ilâmı, Ankara Barosu Dergisi 1968-3 sh. 563

istek sahibi, ilk isteminde belirttiği miktar ile bağlıdır ve bu miktarı daha sonra arttıramaz. (36)

bb) Eylemin niteliği : Mânevi tazminata hükmetmede eylemin niteliğinin, yani suç olan eylemin niteliğinin, özel bir yeri vardır.

a¹ — Genel kural : TCY. nın 38. maddesine göre, bu konuda genel ve zorunlu şart, eylemin «bir kişinin veya ailenin şeref ve haysiyetini ihlâl eder» nitelikte bir suç olmasıdır. Şeref ve haysiyeti ihlâl eden suçun «cürüm» veya «kabahat» olması önemli değildir. Zira madde açıkça her ikisinden de söz etmektedir. (37)

Eğer bir eylemde şeref ve haysiyeti ihlâl unsuru yoksa, bundan dolayı mağduruna mânevi tazminat hükmedilemeyecektir. Bu nedenledir ki, tehdit (38), hırsızlık (39), emniyeti suiistimal (40), 5917 sayılı yasa-ya aykırı davranış (41), bilâmucip hayvan öldürme (42) v.b. suçlarda mânevi tazminata hükmetmek mümkün değildir. Burada özelliği nedeniyle «konut dokunulmazlığını bozma suçu» üzerinde durmak yerinde olur. Zira her konut dokunulmazlığını bozmada, bir hakaret, bir ırza geçme suçunda olduğu gibi, kesin olarak şeref ve haysiyetin ihlâl edildiğini söylemek ve kabul etmek imkânsızdır. Bu yüzden ki, konut dokunulmazlığını bozma suçlarında mânevi tazminata hükmedebilmek için bu suçun işleniş nedenine eğilmek «aile şeref ve haysiyetini incitecek nitelikte olup olmadığını» araştırmak ve bu husus gerçekleşirse, mânevi tazminatı karar altına almak gereklidir. (43)

Taksirli suçlardaki duruma gelince; suçu doğuran eylem, istenmeden, yani kasıtsız olarak yapıldığından ve bir tecavüz de söz konusu edilemeyeceğinden, bu çeşit suçlarda mânevi tazminata hükmedilemez.

b¹ — TCY. ndaki özel hükümler : Ceza Yasamızda 38. maddedeki genel anlamdaki mânevi tazminat hükmünün dışında, ayrıca 424, 465 ve 467. maddelerde mânevi tazminata ilişkin özel hükümler bulunduğunu

(36) 1.C.D. 29/12/1966 3008/2945 s. ilâmi, İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1967 sh. 5438

(37) Bu konuda Ceza Yasamızın kabahatleri de kapsamına alarak kaynak (me'haz kanundan ayrılması doktrinde haklı bir ayrılma olarak değerlendirilmektedir. (Bak. Erem, Ceza 308 - 309'da b bölümü)

(38) 4.C.D. 22/4/1959 923/5564 s. ilâmi, Çağlayan, Ceza C: 1 sh. 141/16

(39) 6.C.D. 14/3/1961 608/639 s. ilâmi, Çağlayan, Ceza C: 1 sh. 138/3

(40) 4.C.D. 28/5/1956 2771/7614 s. ilâmi, Gözübüyük, Ceza C: 1 sh. 150/27

(41) 4.C.D. 31/1/1955 13800/1993 s. ilâmi, Gözübüyük, Ceza C: 1 sh. 149/21

(42) 4.C.D. 13/2/1956 16698/1459 s. ilâmi, Gözübüyük, Ceza C: 1 sh. 150/26

(43) Dipnot 12'deki CGK. kararı

yukarda belirtmiştik. Bu maddelerden 424. madde, genel hükmün özel olarak tekrarından ibarettir. Yasanın 38. maddesiyle çelişir bir durumu ve ayrıca bir özelliği bulunmadığından üzerinde durulmayı gerektirmez.

Esas özellik taşıyan 467. maddedir. Bu madde «İşbu iki fasılda yazılı cürümlerden dolayı zarar ve ziyan ve tazminat ve zararı mânevi, şahsi dâva ikamesi halinde ayrıca hükmolunur.» demek suretiyle, Ceza Yasamızın dokuzuncu babının (Adam öldürme cürümleri) başlıklı birinci ve (Şahıslara karşı müessir fiiller) başlıklı ikinci fasıllarında cezalandırılan eylemlerden dolayı mağdur tarafa mânevi tazminat verilebileceğini hükme bağlamış olmaktadır. Bu hüküm gereği adam öldürme (TCY. 448-455. m. ler) ve müessir fiil (TCY. 456-466. m. ler) suçlarında, istem ve diğer şartlar varsa, suçun kasdi veya taksirli olmasına bakılmaksızın ve 38. maddenin aradığı şeref ve haysiyet ihlâli unsuru da aranmaksızın, mânevi tazminata hükmetmek zorunludur. Ceza Yasamız «467. madde ile şahıslara karşı işlenen suçlarda mânevi zarara hükmedilebileceğini kabul etmek suretiyle Borçlar Kanunu'nun şumullu kaidesiyle (m. 47) ahenktar ...» bir durum yaratmış ve çelişikliği önlemiştir. (44)

Ceza Yasasının 465. maddesi ise, «taksirli adam öldürme (m.455)» ve «taksirli müessir fiil (m. 459)» suçlarında sorumluluk hükümlerini düzenlemektedir.

cc) **Hükümlülükle sonuçlanma** : Mânevi tazminatın karar altına alınabilmesi için zorunlu olan bir diğer şartta, dâvanın bitiminde sanığın hükümlendirilmiş olmasıdır. Çünkü «ceza mahkemesinde, kişisel hak dâvasına, ceza dâvasına teb'an, onun fer'i olarak bakıldığına göre, ceza dâvasının düşmesi veya bir nedenle ceza verme imkânının bulunmaması gibi hallerde, kişisel hak dâvasına devam edilemez.» (45)

Beraat halinde ortada bir hükümlendirme söz konusu olamayacağından mânevi tazminat istemi sonuçlandırılmaz.

Ceza dâvasının çeşitli nedenlerle ortadan kaldırılması, düşürülmesi hallerinde şahsi hakka, dolayısıyla mânevi tazminata hâlel gelmezse de (TCY. m. 110) ceza dâvası içinde sonuçlandırılması da mümkün değildir. (46) Bu gibi hallerde istem sahibinin «hukuk mahkemesine baş vurmakta bağımsızlığına» karar vermek gerekli ve zorunludur. (47) Böyle

(44) 4.C.D. 13/12/1952 13045/12036 s. ilâmı, Çağlayan, Ceza C : 1 sh. 143/28

(45) Kayganacıoğlu, Orman Kanunu sh. 277

(46) Surlu, Adalet Dergisi Ağustos 1969 sh. 540 4 B

(47) 6.C.D. 18/12/1962 6223/6390 s. ilâmı, Çağlayan, Usul C : 3 sh. 402

denilmeyerek «tazminat isteminin reddine» karar verilirse ve bu kararda katılan tarafından fark edilmeyip temyiz edilmemek suretiyle kesinleşirse, artık «kesin hüküm» nedeniyle hukuk mahkemesinden mânevi tazminat istenilemez. İstenirse dâva redde mahkûmdur. (48)

Takibi şikâyeteye bağlı suçlarda, mağdurun vaz geçmesi üzerine kamu dâvası düşmüşse ve mağdur şahsi hakkını saklı tutmamışsa, artık hukuk mahkemesinde tazminat dâvası açamıyacaktır. (TCY. m. 111) (49)

Ceza Yasamızın 54/ilk maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi halinde de, yine ortada bir ceza hükümlülüğü olmadığından, ceza dâvasında sanık ve kanuni temsilcisi aleyhine mânevi tazminata hükmedilemez. (50)

B — Özel durumlarda mânevi tazminat :

Bir eylemde kışkırtma bulunması, mağdurun kusurlu olması v.b. özellikler varsa, mânevi tazminata yine de hükmedilip edilmeyeceği, üzerinde durulması gereken bir sorundur.

Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüne göre, bir olayda -hafif veya ağır -kışkırtmanın bulunması, mânevi tazminatın karar altına alınmasına engel değildir. (51) «Ancak, hükmedilecek tazminat adalete uygun olacağından, tazminat miktarı belli edilirken eylemin kışkırtma yüzünden işlendiği de göz önünde tutulacaktır.» (52)

Aynı görüş takdiri hafifletici nedenin (TCY. m. 59) kabul edildiği haller içinde söz konusudur. Bu maddenin uygulanması halinde de yine mânevi tazminata hükmedilecektir. (53)

Taksirli suçlarda da, (pek tabii olarak TCY. nın 467. maddesine da-

(48) 3.H.D. 19/11/1965 6624/5086 s. ilâmı, Kayganacioğlu, Orman Kanunu sh. 290/373

(49) Kendiliğinden (re'sen) izlenen suçlarda bu konu için bak : Surlu, Adalet Dergisi Ağustos, 1969 sayısı sh. 541'de 5 bölüm

(50) 4 C.D. 18/10/1967 8717/5298 s. ilâmı, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1968 sh. 5894

(51) CGK. 26/10/1964 465/435 s. ilâmı, Çağlayan, Usul C: 3 sh. 396-397

(52) Dipnot 51'deki karar

(53) CGK. 25/5/1959 38/38 s. ilâmı, Çağlayan, Ceza 141/15

yanılarak verilen mânevi tazminat hallerinde söz konusu olmak üzere) eylemi tamamen ortadan kaldıracak bir kusur bulunmadığı sürece, mânevi tazminata hükmetmek zorunludur. (54)

C — Mânevi tazminat tayininde göz önünde tutulacak diğer hususlar :

a) **İstemın sonuçlandırılması zorunluluğu :** Mânevi tazminat istendiğinde buna mutlaka hükmetmek gerekmez. Başka bir deyişle, mutlaka hükümedilmesini emreden bir hüküm yoktur. Ancak istemin olumlu veya olumsuz bir sonuca bağlanması şarttır. Mânevi tazminatı, kanuni olmayan nedenlerle (55) veya kanuni nedenleri gösterilmeksizin (56) reddetmek mümkün değildir. Bunlara uyulmaması bozma nedenidir. (57)

Bu hususlar, ispatının zorunlu olmaması ve hâkimin takdirine bırakılmış olması gibi özellikleri göz önünde tutulduğunda, bir ceza dâvasında, istem halinde mânevi tazminata hükmetmek, uygulamanın yarattığı bir zorunluluk haline gelmiştir, denilebilir. Nitekim Yüksek Mahkeme, benimsediği bu uygulamaya mahalli mahkemelerce uyulmasını özellikle aramaktadır. (58)

b) **Tarafların durumlarının soruşturulması :** Yargıtay'ın birçok kararlarında mânevi tazminata hükmedilirken tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının soruşturulmasının gerektiği öngörülmektedir. (59) Bunun karşılığı kararlar da vardır. Özellikle bu yoldaki eksikliğe dayanan özel daire bozma kararlarına karşı direnilmesi hallerinde, bu direnme-leri onayan genel kurul kararları mevcuttur. (60)

Yüksek Mahkemenin bu kararları karşısında sonuç olarak şunu söylemek mümkündür : Takdir edilen mânevi tazminat miktarı pek kabarıklık olmadıkça Yargıtay tarafların sosyal ve ekonomik durumları soruşturulmaksızın yapılan takdire ilişmemektedir. Ancak tazminat miktarı yüksek olarak takdir edildiğinde, tarafların durumlarının araştırılmasını istemektedir. (61)

Bize göre en uygun yol, mânevi tazminatı adlî bir şekilde takdir edebilmek için, bilhassa ağır suçlarda, tarafların durumlarına ilişkin

(54) 4.C.D. 27/11/1959 74/82 s. ilâmı, Çağlayan Ceza C: 1 sh. 141/14 ve 142/22 1.C.D. 15/9/1954 2270/2702 s. ilâmı

(55) 2.C.D. 28/10/1965 7618/8787 s. ilâmı, Livanelioğlu sh. 160/4

(56) 2.C.D. 17/10/1946 8615/9508 s. ilâmı, Gözübüyük, Ceza C: 1 sh. 145/2

(57) Erem, Ceza sh. 309'daki dipnot 35'deki CGK. kararı

(58) 1.C.D. 16/4/1964 162/843 S. ilâmı, Erem, Usul sh. 572'deki dipnot 38

(59) 1.C.D. 5/11/1960 2749/2412 s. ilâmı, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1961/sh. 558

(60) CGK. 25/1/1960 11/10 s. ilâmı, Çağlayan, Usul C:3 sh. 407-408

(61) Dipnot 59'daki kararın altındaki Yargıtay Üye Y. İhsan Serim'in notuna bakınız.

bu soruşturmanın yapılmasıdır. Zira, her ne kadar sanığın yoksul olması manevi tazminat hükmedilmesine engel değilse de, ödeme gücünün çok üstünde tazminata hükmetmekte hukuk kurallarıyla bağdaşmaz. (62)

c) Birkaç kişinin sorumluluğu : Bu konu, TCY. nın 39. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre «bir cürüm veya kabahatten dolayı mahkûm olan şahıslar ... mânevi zarar mukabili olarak takdir olunan tazminattan ... birbirlerine kefil olarak mesuldürler.» Buradaki «bir cürüm veya kabahatten mahkûm olmak» deyimini, aynı suçtan dolayı hükümlendirilenler olarak kabul etmek gereklidir. (TCY. m. 39 f. 3) (63) Aynı suç ise, «suça katılmış olanların kasıtlarının üzerinde toplandığı fiilde vahdeti tazammun eder» (64) Bu nedenledir ki, zincirleme (müteselsil) sorumluluğu kabul edebilmek için birden fazla sanığın suç kasıtlarının toplandığı eylemde birlik şarttır. Yoksa aynı cins olmakla beraber ayrı ayrı eylemleri işleyen sanıkların da zincirleme sorumlu olmaları gerekirdi ki, bu da maddenin amacına ters düşen bir uygulama olurdu.

Burada önemli olan, bir suça katılanların katılma derecelerinin farklı olması, başka bir deyişle ceza sorumluluklarının değişik bulunması, zincirleme sorumluluk yönünden bir ayırımı gerektirecek midir? Klâsik örneğiyle, bir kavgaya katılanlardan bir kısmı öldürmekten, bir kısmı da sadece kavgaya katılmaktan (TCY. m. 464/3) hükümlendirilmiş olsalar, bu hal mânevi tazminattaki zincirleme sorumluluklarında bir ayırımı, bir derecelendirmeyi zorunlu kılacak mıdır? Bu kısım görüşler, böyle bir ayırımı, böyle bir derecelendirmenin söz konusu olamayacağı noktasında toplanmaktadır. (65) Yüksek Mahkeme ise karşı görüştedir ve «... tâyin olunan mânevi tazminata, sanıklardan her birinin neticeyi meydana getiren suçun ikai sırasındaki fiil ve hareketlerin vehamet derecesi ve sabit olan fiillerinin vasıf ve mahiyetleri nisbetinde iştirak etmeleri icap edeceği tabii ve şüphesiz bulunmasına nazaran sanıklardan her birinin suçlarının vasıfları göz önünde tutularak cezaî mesuliyetlerine müsavi derecede tesbit olunacak nisbetlere göre her birine ayrı ayrı tazminat tahmil edilmesi veya hükmolunacak tazminat miktarının mesuliyet dereceleri nisbetinde aralarında paylaştırılması»

(62) Bakz. aynı not

(63) Erem, Ceza sh. 310 parag. 62

(64) Erem, Ceza sh. 311

(65) Erem, Ceza sh. 311 Özütürk, Ceza C: 1 sh. 99'da 162 n. lu paragraf

nın gerektiğini, bu nedenle de «müşetereken ve müteselsilen tahsile karar verilmesinin yolsuz» olduğunu kabul etmektedir. (66)

d) Harç ve ücreti vekâlet : İstek sahibi yararına mânevi tazminata hükmedilmesi halinde, eğer dâva bir vekille izlenmişse, hükmedilen manevi tazminat için ayrıca «nisbi vekâlet ücreti» nin karar altına alınması zorunludur. (67) Ancak kamu dâvasında katılanın bu tazminatı ve dolayısıyla vekâlet ücretini alabilmesi için dâvayı sonuna kadar izlemesi şarttır. (68)

Mânevi tazminata karar verildiğinde Harçlar Yasası'na göre, ayrıca «nisbi harç» alınmasına karar verilmesi gerekir. Bu konudaki 20/5/1968 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca, dâvalı veya sanığın tek eyleminden doğan zarar dolayısıyla, müteaddit dâvacı veya müdahil yararına ayrı ayrı tazminata hükmedilmesi halinde nisbi harçın bu tazminatların toplamı üzerinden hesaplanması gerekecektir. (69)

Harç ve vekâlet ücreti konusundaki eksiklikler Yargıtay'ca bozma nedeni yapılmaktadır. (70)

3 — MADDİ TAZMİNAT

A — TCY. nda maddi tazminat ve şartları :

a) Genel olarak : Mânevi tazminatta olduğu gibi, şartlarından önce, maddi tazminatın tanımı, niteliği ve takdiri konuları üzerinde kısaca durmak yerinde olur.

aa) Tanımı : Maddî tazminat kısaca, maddî zararın karşılığı olarak tanımlanabilir. Maddî zarar ise suç sebebiyle fiilen ve maddeten uğranılan zarar ile suçun, tahakkukuna mani olduğu maddî kâr» şeklinde tarif edilmektedir. (71) Böylece maddî tazminat, suç olan eylemin doğurduğu asıl zararı ve onun yanı sıra da, bu nedenle yoksun kalınan kârı kapsamaktadır. Zararın tazmini için, suçtan zarar görene bunları karşılayan miktarda bir paranın ödenmesine karar verilir.

(66) 1.C.D. 15/5/1968 1238/1427 s. ilâmî İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1968 sh. 6278 sd.

(67) 4.C.D. 22/1/1951 359/359 s. ilâmî, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 142/14

(68) Bak : Suruç, Ad. Der. 1969 Ağustos sh. 540 4, B ve 5. bölüm

(69) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 20/5/1968 1967/3 1968/11 Ankara Barosu Dergisi 1968 - 4 sh. 706/707

(70) 22/1/1951 g. ve 359/359 s. 4.C.D. ilâmî, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 142/14

(71) Erem, Ceza sh. 307'de B bölümü

bb) **Niteliği** : Maddî tazminatta, tıpkı mânevi tazminat gibi, bir ceza değildir. Ceza olmaması nedeniyledir ki, aşağı ve yukarı sınırı yoktur; gerektiğinde zincirleme sorumluluk hükümleri uygulanır ve yerine getirilmesi ancak ödenmesiyle mümkün olduğundan, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi düşünülemez. Gerçek yeri özel hukuk alanıdır.

cc) **TCY. ndaki yeri** : Maddî tazminatı düzenleyen genel hüküm Ceza yasamızın 37. maddesidir. (72) Bu genel hüküm yanı sıra maddî tazminata yer veren özel maddeler de bulunmaktadır. Örneğin, TCY. nın 202, 203, 230/3 ve 519. maddeler gibi.

dd) **Kapsamı, takdiri ve miktarı** : Maddî tazminat olarak, bizzat suç olan eylemden doğan zararlar karar altına alınabilir. Bunlar da genellikle, bu eylem nedeniyle yokolan, hasara uğrayan eşyaların bedeli, yine bu eylem nedeniyle işten kalınan günlerin kazancı, gereken tedavi için yapılan giderler; ölüm söz konusu ise, defin giderleri ve ölenin desteğinde yoksun kalanların bundan doğan zararları gibi, tazmin konularıdır. Cismani zarara uğranılması halinde, mağdurun kısmen veya tamamen çalışma gücünü kaybetmesinden doğan zararları da maddî tazminatın kapsamına dahildir. (Bak. TCY. m. 37, 467, Borçlar Y. 45, 46)

Bir olaydan «mağdurun; maznunun yakalanması, şahitlerin getirilmesi, hazırlık tahkikatında şahitlerin celbi için verdiği vasıta parasıyla, kendisinin ihtiyar ettiği otel masrafının» (73) ve benzeri giderlerin; müessir fiil suçlarında da, işten kalma süresi yerine, yaranın iyileşme süresinin maddî tazminata esas alınması (74) mümkün değildir. Aynı şekilde, dâvacının duruşmayı takip için mahkemeye geldiği günlere ait kaybettiği ücret ve kazanç da maddî tazminat olarak istenemez. (75) Zira «talep olunan maddî tazminatın mevzuu ve mahiyetinin Ceza ve Borçlar Kanunlarındaki esas ve prensipler dairesinde tetkik ve mütalâa edilmesi» gerekir ve «suçtan doğrudan doğruya husule gelen bir netice yani maznunun fiili ile arada bir illiyet rabıtası mevcut olmaması» (76) nedeniyle bu çeşit giderlerin maddî tazminatla karşılanması düşünülemez.

Maddî tazminatı takdir yine hâkime aittir. Ancak hâkim bu çeşit tazminatı takdir ederken mânevi tazminattaki kadar serbest değildir.

(72) Bak : Bu yazı 1 B a

(73) 4.C.D. 20/11/1959 8955/3278 Çağlayan, Ceza C : 1 sh. 134/4

(74) 4.C.D. 26/4/1956 2457/5918 Çağlayan, Ceza C : 1 sh. 135/7

(75) 2.C.D. 2/10/1958 9541/14307 Çağlayan, Usul C : 3 sh. 356

(76) Dipnot 75'deki karar

Zira, hâkim takdir hakkını ispatlanan ve belgelendirilen miktar için kullanacaktır. Çünkü maddi tazminatın, mânevi tazminatın tersine, maddi delillerle saptanması olurludur.

b) Şartları : Maddi tazminatın ceza dâvası içinde karar altına alınabilmesi için şu şartların varlığı gerekli ve yeterlidir.

aa) İstemde bulunulması : Maddi tazminata hükmedebilmek için, mânevi tazminatta olduğu gibi, usulüne uygun şekilde istemde bulunulması gereklidir. Bu şart için mânevi tazminat bölümünde belirtilen hususlar, aynen maddi tazminat için de söz konusudur. (77)

bb) Hükümlülükle sonuçlanma : Usulünce istenen maddi tazminatın hükmedilmesi, dâvanın sonunda, sanığın hükümlendirilmesine bağlıdır. Bu konuda, mânevi tazminat bölümünde yazılan hususlar, tıpkı ilk şart için söylediğimiz gibi, yine bu şart için de geçerlidir. (78) Bu nedenle tekrardan kaçınıp gönderme (atıf) yapmakla yetiniyoruz.

cc) İspatlanmış olması : Maddi tazminatın sonuçlandırılması için yukarıdaki iki şartın yanı sıra, o eylemden doğan maddi zararların usulüne uygun şekilde belgelendirilip ispatlanmış olması zorunludur. Dayanağı gösterilmeden maddi tazminatın karar altına alınması olurlu değildir. (79) Bu nedenledir ki, maddi zarar ve miktarı usulünce saptanıp ispatlanmadıkça, bunun karşılığı maddi tazminata karar verilemez. Buna uyulmaması bozma nedenidir. (80)

dd) Ceza dâvasını uzatmaması : Usul Yasası'nın 358. maddesinin ikinci fıkrası «zararın vücudüne veya miktarına ait tetkiklerin duruşmanın uzamasını veya hükmün tehirini mucip olacağı anlaşılsa mahkeme bu cihet hakkında dâvacının hukuk mahkemesine müracaat edebileceğine karar vererek hükmünü yalnız ceza tayinine hasredebilir.» demek suretiyle, bu şartı öngörmüş olmaktadır. Bu duruma göre, tazminat «taayyün etmiş ve ayrıca bir tahkik muamelesine lüzum kalmamış» (81) ise, hüküm altına alınacak, ceza dâvasının bütün delilleri toplanmış, dâva karara bağlanacak bir duruma gelmiş, fakat maddi zarar henüz ispatlanmamışsa, mahkeme Usulün 358. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak, maddi tazminatın hukuk mahkemesinde istenmesine karar verecektir.

(77) Bak : Bu yazı 2 A b aa bölümü

(78) Bak : Bu yazı 2 A b cc bölümü

(79) 2.C.D. 24/2/1964 749/1237 Algan, Ceza sh. 26

(80) 2.C.D. 14/12/1946 11738/11925 Çağlayan, Ceza C : 2 sh. 423/3

(81) 9/3/1950 t. ve 1978/2961 s. 4.C.D. kararı, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 141/12

Burada özelliği nedeniyle, 6831 sayılı Orman Yasası'ndan doğan dâvalarda istenilen maddi tazminatın, Usulün bu maddesine dayanılarak hukuk mahkemesinde istenilmesine karar verilip verilemeyeceği konusu üzerinde durmak gereklidir. Orman İdaresi bir orman ceza dâvasına katılan olarak girmiş ve maddi tazminat istemişse, artık bu maddi tazminata hükmetmek zorunludur. Zira Orman Yasası'nın 112. maddesi bu konuda «emredici» nitelikte bir hüküm taşımaktadır. Bu nedenledir ki, istenilen «tazminata hükmetmek kamu dâvasını uzatacaktır, gibi bir görüşle kişisel hak için müdahil hukuk mahkemesine gönderilemez. Müdahil İdarenin hukuk mahkemesine baş vurmakta muhtariyetine şeklinde verilen karar bozulmaya mahkumdur. Halen yürürlükte bulunan Orman Kanunu hükümleri karşısında müdahil ancak kamu dâvasının düşmesi gibi hallerde hukuk mahkemesine gönderilebilir. (82) Burada son olarak şunu da belirtmek yerinde olur. Orman dâvalarında katılan bu sıfatı kazandıktan sonra dâvayı izlemese bile (83), dâvanın sonunda tazminata yine de hükmetmek gereklidir. Zira yine «112. maddenin açık hükmü karşısında istenen tazminata hükmedilmesi zorunluğu vardır.» (84)

B — Maddi tazminat tayininde göz önünde tutulacak diğer hususlar :

Bir olayda kışkırtmanın bulunması, takdiri hafifletici nedenin uygulanması ve kusurluluk hali, tıpkı mânevi tazminatta olduğu gibi, maddi tazminatın hükmedilmesine engel değildir. (85)

Maddi tazminat istenmiş olması halinde, hükmetmek zorunlu değilse de, (86) bu istem hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilme-
lidir.

Mânevi tazminatta olduğu gibi, ispatlanmış da olsa, istemden fazlaya hükmedilmesi olurlu değildir. Hükümlendirilen sanığın maddi imkânsızlığı, bu tazminatın karar altına alınmasına engel teşkil etmez. (87)

(82) Kayganacıoğlu, Orman Kanunu sh. 276'da tazminata hükmedebilmenin şartları bahsi

(83) Surlu, Adalet Der. Ağustos 1969 sh. 541'de 4 C bölümü

(84) CGK. 11/5/1964 228/224 s. ilâmı, Kayganacıoğlu, Orman Kanunu sh. 281/338

(85) CGK. 8/10/1945 239/241 s. ilâmı, Gözübüyük, Ceza C : 1 sh. 140/2

(86) Bak : Bu yazı 3 A b d'd bölümü

(87) 2.C.D. 4/2/1950 1004/1340 s. ilâmı, Gözübüyük, Ceza Cilt : 1 sh. 147/10

Birden fazla sanık varsa, maddi tazminattan sorumlulukları zincirlemedir. (TCY. m. 39) (88) Hükmedilmesi halinde ücreti vekâlet ve nisbi harç bunda da söz konusudur. (89)

Ölüm ve cismani zarardan doğan maddi tazminatlar hüküm altına alınırken, bilirkişi incelemesi yaptırılarak, Borçlar Yasası'nın hükümlerine göre, gereken tazminatın miktarının teknik olarak tesbiti zorunludur. (90)

(88) 2.C.D. 22/10/1964 6698/7340 S. ilâmı, Livanelioğlu sh. 161/12

(89) Bak : Bu yazı 2 C d bölümü

(90) Arkun Kudat'ın «Cismani Kazalardan Doğan Zararlara ilişkin değerlendirme prensipleri ve Türk - İsviçre İçtihatları» isimli kitabı ile Av. Muhsin Tuğsavul'un «Ölüm sebebiyle maddi tazminatın hesaplanmasında mahkemelerce yapılması gereken inceleme» isimli yazısı ve Av. Oktay Çubukgil'in «Destekten yoksun kalma tazminatının bilirkişiye baş vurmadan re'sen takdir olunacağına dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1/11/1967 tarihli içtihadı üzerine düşünceler» isimli yazıları (Ankara Barosu Dergisi 1967 yılı sayısı) bu konuda önem taşımaktadır.

MANEVÎ TAZMİNAT DAVALARI

Yazan : Hayrullah Fütuhi TÖRE
(Hâkim — Susurluk)

I — Giriş

Zamanımızda iş ve trafik kazalarının artması maddi ve mânevi tazminat dâvalarının büyük önem kazanmasına sebep olmuştur. Evvelce tereddütle kabul edilen ve kapsamı çok dar tutulan mânevi tazminat müessesesi iktisadî hayatın akışına ve çağımızın inkişafına uygun olarak bütün modern hukuk nizamlarında benimsenmiş ve şumülü genişletilerek uygulanarak çok önemli bir hukuki müessese haline gelmiştir. Bu yazımızda, mânevi tazminat dâvalarının şartları ve çeşitli yönleri ile ele alınmış ve tatbikatta uygulanması gereken esaslara temas edilmiştir.

II — Tarifi ve gayesi :

Kanunlarımızda mânevi tazminatın tam bir tarifi yapılmamıştır. Doktrinde, mânevi zarar, şahsiyet haklarına vaki haksız bir tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismanî ve mânevî acı ve ıstırap elem, bu kimsenin hayatıan kâm almasında, yaşama zevkinde bir azalma (1) olarak tarifi yapılmıştır. Bu tariftten de anlaşıldığı üzere, mânevî tazminata temel olan düşünce, bozulmuş olan ruhi ve bedenî kusurun kısmen ve imkân nisbetinde yeniden elde edilmesini temindir. (2) Manevî tazminatın kabulündeki gaye, faili cezalandırmak veya onu muzayaka haline düşürmek olmayıp, mağdurun mamelekinde bir çoğalma husule getirmek veya mağdurun istediği tazmin şekillerinden birini kabul etmek suretiyle onun acısını gidermek ve onu ruhen tatmin etmektir.

III — Manevî tazminatı düzenleyen kanunlar :

1 — Medenî Kanunda : Medenî kanunda şahsiyetin dış himayesini düzenleyen md. 24/II, isme tecavüze ait md. 25, nişan bozulmasından dolayı md. 85, evlenmenin butlanına ait md. 126, boşanma konusunda md. 143, Babalık dâvasında md. 305, de manevî tazminat talebinde bulunulabileceği kabul edilmiştir. Konuyu fazla dağıtmamak maksadı ile bu maddelerin üzerinde ayrı ayrı durulmamış, ancak genel prensipler hakkında inceleme yapılarak, özellik arzeden noktalara ait olduğu bölümlerde açıklama yapılmıştır.

(1) Dr.Hâluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku 1961, 215 vd.

(2) Oser/Schönenberger 1947 Recai Seçkin çevirisi sh 428

2 — Borçlar Kanununda : Manevî tazminat dâvalarında en çok uygulanan maddeler cismanî tamamiyetin ihlaline ve adam ölmesine ait B.K. nun 47 nci maddesi ile Şahsiyet haklarının ihlali ne ait B.K. nun 49 uncu maddeleridir.

3 — Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete müteallik 58 ve 65 inci maddelerinde manevî tazminat konusu düzenlenmiştir.

4 — Türk Ceza Kanununun 38, 424 ve 467 nci maddeleri ile Basın Kanununun 66, 67, 69 ve 70 inci maddelerinde manevi tazminat hakkında hükümler vaz edilmiştir.

IV — Manevî tazminat dâvasının tarafları

1 — Dâva açma bakımından : a) Manevi tazminat dâvası diğer tazminat dâvalarında olduğu gibi, önce bizzat zarara uğrayan kimse tarafından açılmalıdır. Zarara uğrayan şahsın küçük veya mahcur olması halinde bunların kanuni mümessilleri tarafından dâva açılabileceği gibi, temyiz kudretini haiz olan küçüklerin veya mahçurların dahi bizzat manevî tazminat talebinde bulunabilecekleri, böyle bir talepte bulunup bulunmamağa karar verme yetkisinin onlara ait olduğu Y.3.H.D. nin 29/12/1960 tarihli 8613/6973 sayılı kararında açıklanmıştır. Hakikî şahıslar gibi hükmî şahıslar da aynı şartlar altında manevî tazminat dâvası açabilirler.

b) Mirasçılarının manevî tazminat talep edebilmeleri manevî tazminat hakkının ölümden önce hak sahibi tarafından kullanılarak, bu konuda bir dâvanın açılması veya dâva açmak üzere bir avukata vekâlet verilmiş olması hallerinde mümkün olduğu İsviçre Federal Mahkemesinin ve Yargıtayımızın kökleşmiş içtihatları ile kabul edilmektedir. (3) Doktrinde bu konuda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre : Dâvalının nakdî edasından her nekadarmış mağdurun mamelekî istifade ederse de, edanın şahsî ve manevî bir elem olduğu, binaenaleyh nakdî edanın teskin etmesi icabeden manevî elem zail olunca mağdurun hakkının da sukut edeceği gerekçesi ile manevî tazminat hakkının mirasçılara intikal etmeyeceği esas savunulmuş ve federal Mahkemenin aksi yöndeki kararı tenkit edilmiştir. (4)

Waadt ise, manevi tazminat talebinin, bir kere dermeyeran edilince, mağdurun şahsına bağlı olmaktan çıkması fonksiyonunun bir sonucu

(3) F. M. Revü 21 No : 23, Y. H. G. K. nun 2/4/1963 tarihli 80/41 sayılı kararı ile Y. 4.H.D. nin 17/9/1962 tarihli 8846 sayılı kararı.

(4) V. Tuhr, Borçlar Hukuku Cevat Edege Ter. Cilt : 1, sh. 122 İst. 1952

olarak, miras yolu ile intikal edeceğini ve temlik edilebileceğini kabul etmiştir. (5) Medenî kanunun 85 inci maddesinde manevî tazminat dâvasının açılması yani bu konudaki iradenin ishar edilmesi halinde mirasçılara intikal edeceği sarahaten açıklanmış bulunduğundan, bu maddenin kıyas yolu bütün manevî tazminat dâvalarına uygulanarak, manevî tazminatın aynı şartlar altında mirasçılara intikal edeceğini kabul etmek mevzuatımıza uygun düşmektedir.

c) Ölüm halinde ölenin ailesinin dâva açma hakkı : Borçlar Kanunumuzun 47 nci maddesinde, ölüm halinde, ölenin ailesinin manevî tazminat dâvası açabileceği kabul edilmiştir. Aile kavramına : eş, ana, baba, çocuklar, evlatlık, nesebi gayri sahih çocuklar, kardeşler ve nişanlı gibi şahıslar girerler. (6)

Metresin manevî tazminat talep edip edemeyeceği konusunda doktrinde ve içtihatlarda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Brosset : Bir tefrik yaparak, metresin, hakiki bir müşterek yaşama halinin bulunması, hallerinde manevî tazminat talebine hakkı olduğunu, muvakkat ve ahlâka aykırı birleşmelerde ise metresin manevî tazminat talebinde hakkı bulunmadığını kabul etmektedir. (7) Ferit Hakkı Saymen, Ripert - Boulanger, ve Esmein gibi hukukçular ise : Metresin gayri ahlaki durumu itibariyle tazminat talebinde bulunamayacağı görüşünü savunmuşlardır. Fransız Temyiz Mahkemesinin de aynı konuda içtihatları mevcuttur. Y. 4.H.D. nin 22/1/1965 tarihli 8350/327 sayılı kararında, dâvacı dâvalının iş yerinde ölen şahısla evlenmek maksadı ile 5 - 6 sene bir arada karı koca gibi yaşamıştır. Dâvacının 18 yaşından küçük olması diğer şartlar varsa, maddi ve manevî tazminat istemesine engel değildir. B.K. nun 45 ve 47 nci maddelerine göre yardımdan istifade edecek kimseler içinde, bir şahsın beslemeğe mecbur olduğu kimseler de vardır, denilmek suretiyle Brosset'in görüşüne uygun olarak metrese manevî (8) tazminat hakkı tanınmıştır.

Küçüklerin mânevî tazminat hakları konusunda da birbirinden farklı içtihatlar mevcuttur. Y. 4. H. D. nin 22/6/1965 tarihli 8782/8326 sayılı kararında : Olay tarihinde ana rahminde bulunan ve dâva tarihinde 2 aylık bebek olan bir küçük için babasının ölümünden elem duyması mümkün ol-

(5) Dr. Becker İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Kemal Reisoğlu Ter. Cilt : VI Fasikül II Sh : 284.

(6) Dr. Hâlûk Tandoğan a. g. e.

(7) Ferit Hakkı Saymen Türk Borçlar Hukuku. Cilt : 1/1 Sh : 473 vdd.

(8) Mustafa Çemberci, İş Kanunu ve Şerhi: 1968 Sh : 427

madıgından lehine manevi tazminat hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir. Y. 4. H. D. si sonradan bu içhadını değiştirmiş ve Federal Mahkemenin kökleşmiş içtihatlarına uygun olarak 18/12/1967 tarihli 10197 sayılı kararında küçüklere de mânevi tazminat hükmedilmesi gerektiğini açıklamıştır. Hatta Y. 9. H. D. nin 5/12/1967 tarihli 8782/8326 sayılı kararında ölüm sırasında ana rahminde bulunan çocuklar için de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir. (9)

Ölüm sesebiyle mânevi tazminata hükmedebilmek için, tazminat isteyen kişilerin, ölenlere bağılıklarının, aralarındaki hakiki münasebetin, ölümü ika ettiği manevi ıstırap derecelerinin tâyin ve tesbit edilmesi gerekir. (10) Federal Mahkeme, 15/10/1963 tarihli kararında Birlikte yaşama gerçekleşmediği takdirde, kardeşlerin manevi tazminat istemelerini, ölümün ancak kuvvetli arkadaşlık ve sevgi bağlarını sona erdirerek, istisnâ yoğunlukla keder ve manevi acıya yol açması şartına bağılı kılmıştır. (Kaneti Ter. No : 140) Y. 4. H. D. nin 9/11/1965 tarihli 5648 sayılı kararında ise, kardeşler için, olayın özellikleri incelenerek, ölenle dâvacının ilişkilerinin niteliği üzerinde durularak bu iki şartın mânevi tazminatı gerektirmesi halinde duyulan ve duyulacak mânevi ezaya karşılık, uygun br manevi tazminat takdiri kabul etmiştir.

2 — Dâvaya taraf olma bakımından :

a) Mânevi tazminat dâvalarında husumet, maddi tazminat dâvalarında olduğu gibi, şahsi menfaatleri ihlâl eden faile tevcih edilir.

b) Failin ölümü halinde, onun mirasçıları aleyhine de mânevi tazminat dâvası açabilir. Mirasçılar aleyhine ikame olunan manevi tazminat dâvasının kabulü için, mirasçıların mirası reddetmemiş olmaları lâzımdır.

c) Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin tatbiki gereken hallerde mânevi tazminat dâvası, hem istihdam eden ve hem de müstahdem aleyhine müştereken açılabilceği gibi, bunlardan biri aleyhine müstakil olarak da açılabilir. (11)

(10) Y.T.D. nin 18/9/1962 tarihli 3173 sayılı içtihadında bu hususlar aynen kabul edilmiştir. (Arkun Kudat, Türk İsviçre İçtihatları Ankara 1969 Sh : 75)

(11) 6085 sayılı karayolları trafik kanununun 232 sayılı kanunla değişik 55 inci maddesinin son fıkrası gereğince sigorta şirketleri aleyhine manevi tazminata hükmedilemeyeceği Y.T.D. nin 30/3/1965 tarihli 1217 sayılı içtihadında tasrih edilmiştir.

V — Mânevi Tazminatın Şartları :

1 — Şahsî menfaatlerin hukuka aykırı bir surette ihlali :

Mânevi tazminatı gerektiren ilk şart, hukuka aykırı bir surette şahsî menfaatlerin ihlâl edilmesidir. Hukuka aykırılıktan maksat, zarara sebebiyet veren failin, müsbet hukuk kaidelerine muhalefet etmesidir. Hukuka aykırılık objektif bir mefhumdur. Haksız fiilin hukuka geldiği zamanda cari olan hukuk kaidelerinin düsturları nazara alınarak takdir edilir. (12) Hukuka aykırılığı kusurdan tefrik etmek lâzımdır. Bir kimsenin kusurlu sayılması mümkün olmayan hallerde dahi hareketin hukuka aykırı sayılması mümkündür. Bunun en açık misali gayrimüeyyizinin durumudur. Temyiz kudretini haiz olmayan bir kimsenin iradesi bulunmadığından kusurluluğundan bahsedilemez, ancak onun işlediği haksız fiil hukuka aykırıdır. Buna mukabil bir kimse hukuka aykırı olmadan başkasına zarar verirse mes'ul olmaz. (13)

Hukuka aykırı bir fiilin mânevi tazminatı gerektirmesi için, o fiilin bir şahsın şahsa bağlı haklarını, başka deyimle şahsî menfaatlerini ihlâl etmesi icabetmektedir. Şahsa bağlı hak mefhumunun umumî vasfı, şahıstan ayrılmamak ve başkasına devir ve ferağ olunamamaktır. (14) M.K. nun 24 üncü maddesinde himaye edilen şahsiyet hakkı da şahsa bağlı haklardanır. Şahsiyet hakları mutlak karakteri haizdir ve herkeşe karşı dermeyan edilebilir, yani herkesi rahatsız edici hareketleri yapmamak mükellefiyetini tahmil eder. (15) Resme, isme, şeref ve namusa, hususî hayata, meslekî sırra, iktisadî şahsiyete, bedii şahsiyete (Bir mimarın projesindeki telif hakkına ve diğer telif haklarına) yapılan tecavüzler şahsiyet haklarını ve o şahsın şahsî menfaatlerini ihlâl eden hareketler olarak kabul edilmektedir. B.K. nun 49 üncü maddesinde de bu gibi şahsî menfaatlerin ağır ihlâli halinde, kusurun da ağır olması kaydıyla mânevi tazminata hükmedilmesi kabul edilmiştir.

Türk Ceza Kanununun 38 inci maddesine göre manevî tazminat talep edebilmek için, suç teşkil eden hareketin aynı zamanda, bir şahsın şeref ve namusunun ihlâl edilmiş olması şartı aranmaktadır. Nitekim T. C. K. nun 193 üncü maddesinde düzenlenen mesken masuniyetini ihlâl suçunun şeref ve haysiyeti ihlâl edici bir maksatla işlenmiş olması ha-

(12) Darbe 11 ay'dan naklen F.H. Sayme n a. g. e. Sh : 444

(13) F. H. Saymen a. g. e. Sh. 445

(14) Ord. Prof. H. V. Velidedeoğlu, T. Medeni Hukukunun Umumi Esasları 1951 Sh : 248

(15) İ. F. M. nin 8/11/1926 tarihli kararı

linde manevî tazminata hükmedileceği Y.C.G.K. nun 10/5/1965 tarihli 190/188 sayılı kararında açıklanmıştır.

2 — İhlâlin kusurlu olması :

Maddî tazminat dâvalarında olduğu gibi manevî tazminat dâvalarında da, manevî tazminata hükmedebilmek için umumî olarak kusur şartı aranmakta ve hatta, B.K. nun 49 uncu maddesinde kusurun ağır olması tasrih edilmiş bulunmaktadır. Manevî tazminat taleplerini azaltmak gayesiyle, kanun kusurun ağır olmasını, ehemmiyetli veya şiddetli bulunmasını istemiştir. (16) Yani fail fiilini irtikâp ederken, husule gelecek zararı biliyorsa veya bilmesi lâzım geldiği belli olursa, kusur şiddetlidir. Bunun gibi, failin kasdı veya ağır ihmali varsa, şüphesiz kusuru ağırdır. (17)

Kanuna aykırı tevkif, sabit olan olayda şahsî menfaatlerin ihlâlinin ağırlığına rağmen, hafif bir kusura istinad edebilir ve bu takdirde manevî tazminat isteme hakkı husule gelmez, daima şu hususa dikkati çekmek lâzımdır ki, 49 uncu maddeye göre medeni hukuk sorumluluğu için de memur veya tevkife sebep olan muhbirin, kendi hareketinin doğruluğuna kani olup olmaması haizi ehemmiyet değildir, bilâkis hatayı anlaması gerekip gerekmediği ve bundan dolayı, ağır bir kusur, kasıt veya ağır ihmâl bulunup bulunmadığı önemlidir. (18) Y. 4. H. D. nin 27/2/1956 tarihli 464/794 sayılı kararında, muhbirin tazminatla sorumluluğuna için, suçu garez ve husumet saikiyle ve suçsuz olduğunu bildiği halde atıf ve isnat ettiğinin sabit olması şartı aranmıştır. Aynı 16/1/1953 tarihli 134/132 sayılı kararında ise, dâvalının hadisede kasdî hareketi de anlaşılmış olmasına, bu kabil cezaî takibatı müstelzim âr ve hayayı mucip bir fiilin isnadı, o şahsın içtimaî mevkii üzerinde ağır sarsıntı husule getireceği ve ticarî itibarını (haysiyetini) ihlâl edeceği tabii bulunmasına, hadisede zararın ve hatanın ağırlığı dolayısıyla dâvacının dâvalıdan manevî tazminat talep etmekte haklı olduğuna karar verilmiştir. Y.H.G.K. nun 20/5/1953 tarihli 202/4-69 sayılı kararında : dâvalının evlenmek maksadıyla, düğün dernek yaparak evine getirdiği dâvacıyı, çocuğu olmadığından dolayı, kovması hali ağır kusur olarak vasıflandırılmıştır. Esasen evlenmek vaadiyle kızlık bozmada kusurun

(16) Cırck'den naklen F. H. Saymen a. g. e. Sh : 461

(17) F. H. Saymen, Manevî zarar ve Tazmini, sureti, Doktora Tezi, İst. 1940 Sh : 136 vd

(18) Dr. H. Becker, Dr. Jur. Kemal Reisoğlu çevirisi a. g. e. sh : 304

ağır olduğu ve manevî tazminatı gerektirdiği Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarıyla kabul edilmiştir.

Gazetede yayınlanan bir haberin manevî tazminat isteğine konu olabilmesi için, hakaret kasdı ile yayın yapılmasının ve yayının ağır kusurlu bulunmasının şart olduğu Y. 4. H. D. nin 15/5/1963 tarihli ve 5098 sayılı kararında açıklanmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri nin meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, meclistekileri sürdükləri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamaktan ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamıyacakları konusundaki 334 sayılı Anayasa'nın 79 uncu maddesindeki hükmü, üyelerin böyle eylemlerden ötürü kovuşturma yapılması endişesine kapılmalarını engellemekte ve ulusal güvenliği tam olarak sağlamak amacıyla vazedilmiş bulunduğundan, T. B. M. M. üyelerinin görevlerinin dışına çıkılarak yasama ve meclis çalışmaları ile ilgili olmayan, kişisel kin ve garezin etkisiyle davranmaları halinde, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla manevî tazminat ile sorumlu tutulmamaktadırlar. Bir doktorun, ameliyat edilen hastanın uğradığı zararlı sonuçtan sorumluluğunun, tıp ilminin bilinmesi gereken kurallarına aykırı davranması, yahut bunları bilmez gibi davranışı veya bilmemesi halinde gerçekleşeceği, doktorun uymadığı bir tıp icabı bulunmadığı takdirde, zararlı sonuçtan sorumlu tutulamıyacağı zira bu gibi hallerde kusurluluktan söz edilemeyeceği esasları Y. 4. H. D. nin 29/6/1967 tarihli 2876/5612 sayılı kararı ile kabul edilmiş bulunmaktadır. (20)

Yargıtay 3. H. D. nin 12/5/1953 tarihli ve 4887/3395 sayılı kararında çok haklı olarak ve kusurun ağır olması şartına iyi bir misal olmak üzere, mutazarrır tarafından velevki hakikat bile olsa, bir tahrikin vukuu halinde, kusurun asla ağır olmayacağına, Atatürk gibi tarihe ve Millete mal olmuş bir şahsa vaki tecavüzlerin ve ağır hakaretlerin millî vicdanı rencide edeceğinden, bu tarz hakaretin ağır tahrik teşkil ettiği açıklanmıştır. (21)

Müterafik kusur manevî tazminat talebinde bulunmaya mani değildir. Müterafik kusur ancak tazminat miktarına tesir eden bir faktördür. Gerçekten, Y. 4. H. D. nin 19/2/1968 tarihli 1789 sayılı kararında : ölenin kusurunun % 80, dâvalının kusurunun % 10 olduğu bir hadise

(19) Aynı mahiyette, Y. 4. H. D. nin 2/7/1966 tarihli 3490/7440 sayılı kararı

(20) Y. 4. H. D. nin Seçilmiş İçtihatları Ank. Barosu Der. yayını 1968 sh : 136

(21) Reha T. Alpaslan Manevi Tazminat Konusuna Genel Bakış Adalet Der. 1967/7-10 Sh : 612

dolayısıyla kusurun ağır olması, manevî tazminatın mutlaka ağır olmasını gerektirmez, ise de manevi tazminata hükmedebilmek için, olayda bazı özel durumların gerçekleştiğinin araştırılması da şarttır. Mahkeme kararında, içtihamı birleştirme kararına dayanılmış bulunmakla, özel durumların gözetildiğinin belirlenmesi istendiği anlaşılmış ise de bu durumların nelerden ibaret olduğu kararda açıklanmıştır. Kusur derecesi tazminatın hükmedilmesinde etkili olmakla beraber, özel durumlar gözetilir manevi tazminat takdir edilirken kusur durumu da gözönünde tutulabilir. Ancak özel haller kararda açıklanmadan karar verilmesi bozmayı gerektirir denilmiştir. Y. 9. H. D. nin 16/11/1967 tarihli 8033/10550 sayılı kararında, iş kazasına % 90 kusurlu hareketi ile cismani zarara uğrayan dâvacıya B. K. nun 47 nci maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir. (22) Buna mukabil bir başka kararda ölenin, % 100 kusurlu bulunmasına göre, B. K. nun 55 inci maddesine dayanan sorumluluk şartlarından olan zarar ile eylem arasında uygun sebep sonuç bağı şartının gerçekleşmemiş olduğunun kabulüyle manevi tazminat isteğinin reddine karar verilmek gerektiği açıklanmıştır. (23)

İstihdam edenin B. K. nun 47 nci maddesine göre sorumluluğu hakkındaki içtihamı aykırılığı giderilmiş ve 22/6/1966 tarihli 7/7 sayılı içtihamı birleştirme kararı ile, istihdam edenin sözü edilen maddeye göre manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin ve ne de müstahdemin kusurunun şart olmadığı esası benimsenmiş, bu suretle Federal Mahkemenin tatbikatına uygun ve zamanımızın şartlarının gerektirdiği modern hukuk prensibinin tatbikatımıza yerleşmesi sağlanmıştır.

Bunun gibi Yargıtay 9. H.D. nin 11/4/1969 tarihli 13331/4030 sayılı içtihamında da : Manevi tazminat isteğinin kanuni dayanağı olan Borçlar Kanununun 47. inci maddesinde kusur şartı öngörülmemiştir. Gerçekten bu dâvada olduğu gibi maddi zarardan sorumlu tutulmuş kimse- nin anılan madde anlamında, manevi zarardan da, sorumlu tutulması mümkündür. Mağdurun kusurlu olduğu durumlarda dahi manevi tazmi-

(22) İlmî ve Kazâî İçt. Der. Aralık 1967 Sayı : 84 Sh : 5790

(23) Y. 9. H. D. nin 15/5/1969 tarihli 2196/5407 sayılı içtihamında : Tamamen kendi kusuru ile iş kazasına düşen olan ve yaralanan işçi, işverenden manevi tazminat talep edemez, aynı dairenin 27/1/1969 tarihli 12087/303 sayılı kararında dahi : Kazaya uğrayan kişinin yüzde yüz kusurlu olması halinde işveren aleyhine manevi tazminata hükmedilemez denilmiştir. (İş ve Hukuk dergisinin Mayıs ve Eylül 1969 sayıları)

nat istemine yer verilirken hiç kusuru olmadığı hallerde manevi zararın bütününe katlanmasını istemek, hukuki tutarlık ve adalet düşüncesi ile bağdaşmaz. Zira bir zararın kaçınılması mümkün olmayan bir olan şeklinde meydana gelişinde sonuca katlanması gerekli taraf, velevki o zarar manevi zarar diye adlandırılacak bir zarar olsun, o zararı husule getiren faaliyetten yararlanan taraf olmalıdır. Yaralanan tarafın huzursuzluğu, ancak takdir edilecek tazminatın miktarı bakımından önemlidir. denilerek içtihadı Birleştirme kararında benimsenen görüşe uygun bir görüş kabul edilmiştir. (24)

3 — Manevi bir zararın varlığı :

Yukarda da zikronulduğu üzere manevi zarar, bir şahsın manevi varlığına yöneltilen tecavüz dolayısı ile o şahsın duyduğu derin elem ve teessürdür. Burada yalnız ruhi ızdırap değil, fiziki muvazenenin önemli bir surette bozulması, huzurun bozulması, hayattaki saadetin azalması, hayattan istifadenin haleldar edilmesi hallerinde dahi manevi zararın varlığı ve bunun önemli olduğu kabul edilmektedir. (25) Borçlar K.nun 49 uncu maddesinde manevi tazminat için kusurun ağırlığı yanında manevi zarar ve ziyanında ağır olması şartı aranmıştır. Borçlar K.nun 47 nci maddesinde de manevi zararın yanında özel hal ve şartlarında manevi tazminat hükmedilmesini gerektirmesi öngörülmüştür. Özel hal ve şartlar takdir edilirken Medeni K.nun 4 üncü maddesine uygun olarak hak ve nesafet kuralları nazara alınacaktır. 22/6/1966 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında da belirtildiği üzere özel hal ve şartlar her olaya göre değişik bir mahiyet arzederler. Önemli olmayan bir manevi zarar için, özellikle eli çizilen bir kimse için, manevi tazminata hükmetmeye kanunun bu hükmü müsait değildir. Borçlar K.nun 47 nci maddesinin uygulanması için de cismani zarara uğrayan kimsenin veya ölenin yakınlarının önemli bir elem ve ızdırap duymaları ve onlarda manevi bir tatmin ihtiyacının husule gelmesi gerekmektedir. Başka bir deyimle manevi tazminata hükmedilmesini ortadan kaldıracak şekilde ölü ile dâvacılar arasında ruhi bağılılık ilişkisini sarsan ve davacıların ölüm olayı ile acıya düşmediğini gösteren vakıların iddia ve ispatı, özellikle, ölenle hiç ilgilenmeyen, ölene karşı gayet zalimce davranan veya ölene dargın ve küskün olan bir kimse lehine manevi tazminata hükmetmek mümkün değildir.

(24) İş ve Hukuk dergisi Ağustos 1969 sayfa 214.

(25) Dr. H. Becker a. g. e. sayfa 285

Yargıtay 4.H.D.nin 26/4/1966 tarihli 4887 sayılı kararında gereksiz şekilde atılan taşla genç yaşında kırılan 9 dişinin protezle onarılmasının ve böylece zararın giderilmesinin, çekilen maddi acılara karşılık uygun bir manevi tazminata hükmedilmesine engel olmadığına karar verilmiştir. Aynı Dairenin 4/11/1957 tarihli 6603 sayılı kararında ise dâvacının cismani zarardan dolayı uzun müddet ızdırap çekmiş ve halen âlil kalmış bulunmasına göre uğradığı ve uğrayacağı elemelere karşılık manevi tazminata hükmedilmek gerektiği açıklanmıştır.

4 — İhlâl ile manevi zarar arasında illiyet rabitasının bulunması :

Manevi tazminat için aranan dördüncü şart, zarar ile fiil arasında uygun sebep ve sonuç bağlantısının bulunmasıdır. Borçlar Kanunumuzda uygun sebep ve sonuç nazariyesi benimsenmiştir. Bu nazariyeye göre : Olayların hayat tecrübelerinden öğrenilen akışına göre bir olaydan sonra diğer bir olay meydana gelmekte ise, ikinci olay birincisinin sonucu ve ilk olay ise ikincisinin sebebi sayılır. Sebep sayılan olayla sonuç sayılan olay arasında başka olayların geçmiş olması, başka bir deyimle, sebep sayılan bir olayla diğer bir olayın birleşmesi halinde sonuç sayılan olayın meydana gelmesi, söz konusu iki olay arasında uygun sebep ve sonuç bağının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

A. Von Tuhra göre zarar dolayısıyla olan mesuliyet, bu mesuliyeti tevliid eden fiil ve muamelenin zararın mutlaka ve yegâne sebebi olmasını icabettirmez. Filhakika hayatta her hadise bir zararın beklenilmeksizin zuhulü dahi, müteaddit vaziyetlerin iştirâk ve telâhukundan doğar, binaenaleyh her hadisenin müteaddit sebepleri vardır. Failin diğer sebeplerle birlikte zararı tevliid eden tek bir sebep ihdas etmesi kâfidir. (25)

Prof. Dr. Halûk Tandoğan ise : Fiilin öyle bir neticeyi tevlide müsaait olup olmadığını, hâkim, fiilin ve neticenin vukuundan sonra (Export) objektif olarak mı takdir edecektir, yoksa failin böyle bir neticenin husule gelmesini önceden (Exante) görebilecek vaziyette olup olmadığına mı bakacaktır? başka bir deyimle, hâkim, fiilin neticeyi husule getirme ve salih olup olmadığını tayin ederken neticede fiilin birlikte müessir olan diğer şartlardan hangilerini nazara alacaktır? failin fiilini ika ederken bilebileceği diğer şartları mı, yoksa neticenin husulünden sonra bilinmesi kabil olan şartları mı gözönünde tutacaktır? meselâ failin bir kimseyi hafif şekilde yaralaması ve mağdurun kanın pıhtılaşmaması hastalığına (Hemophilie) müptelâ olması yüzünden fazla kan kaybetmeden ölmesi halinde, failin bilmediği bu hastalık, fiilin ölüm neticesini tevlide

salih olup olmadığını tayinde hesaba katacak mıdır? bu hususta muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Bazı müelliflere göre ancak, failin eylemi ikai anında bilebileceği şartlar (Subjektif ve önceden - Ex ante - mütalea tarzı); diğer bazılarına göre, vasat bir insanın eylemin ikai anında bilebileceği şartlar (Objektif ve Ex ante mütalea tarzı); bazılarına göre de, eylemin ikai anında azami dikkat ve itina ile malûm olabilecek şartlar (İdeal insan zaviyesinden, Ex ante mütalea tarzı); nihayet sonuncu bir görüş mucibince de, neticenin husulünden sonra bilinebilecek şartlar (Objektif ve Export mütalea tarzı) nazara alınmalıdır. Bu gün hâkim olan görüş Objektif ve export mütalea tarzının kabulüdür. Zira failin veya vasat veya ideal bir insanın neticeyi önceden derpiş edip etmemesi illiyet rabıtası ile değil, kusur mefhumu ile alâkalıdır. Bu itibarla ilk üç görüş tarzının kabulü illiyet rabıtası ile kusurun karıştırılmasına yol açar neticenin husule gelmesinden sonraki şartların objektif olarak tespiti ve tespite göre fiilin bu neticeyi tevlide salih olup olmadığının tayini, fail için onu önceden derpiş edemeyeceği neticelerden mes'ul kılmak suretiyle ağır olabilir, fakat neticede müşterek âmil rolünü oynayan fevkalâde halleri tazminatın tenkisi sebebi olarak nazara almak ex port mütalea tarzının fail için ağır neticelerini hafifletmek kabildir. (26) denilmektedir. Nitekim Y.H.G.K. nun 24/6/1964 tarihli 508/481 sayılı kararında da aynı esaslardan hareket edilerek bisiklet çarpması sonunda meydana gelen yara ve kırık sebebiyle gereken ve yapılan ameliyat sonunda ve kalbinde tümör bulunması yüzünden kan dolaşımı yetersizliği sonucunda vaki ölümde, ölümle fiil arasında objektif ve export düşünce tarzına göre illiyet rabıtası bulunduğu karar verilmiş, ancak failin öngörmeyeceği sonuçlardan sorumlu kılınmasının ağırlığı nazara alınarak Borçlar Kanununun 43 üncü maddesine göre tazminatın miktarından indirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

İllyet rabıtası bilhassa manevi tazminat için kusur şartının aranmadığı Borçlar Kanununun 47 nci maddesinin tatbik edileceği hallerde büyük önem kazanmaktadır. Kusursuz sorumluluk esasını kabul eden Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin ve 22/6/1966 tarihli 7/7 sayılı İçtihadı birleştirme kararının uygulanması için de illiyet rabıtasının gerçekleşmesi şarttır. Mağdurun yüzde yüz kusurlu olması hallerinde zarar ile eylem arasında uygun sebep ve sonuç bağı şartının gerçekleşmemiş sayılması gerektiğinden faili manevi tazminat ile sorumlu tutmak mümkün değildir. (27)

(26) Prof. Dr. Halûk Tandoğan a. g. e. sayfa 77 vdd.

(27) Y. D. H. D. nin 28/11/1967 tarihli 9347 sayılı kararı da aynı mahiyettedir.

VI — Hukuk ve Ceza İlişkileri

Borçlar Kanununun 53 üncü maddesinde açık olarak ifade edildiği gibi, hukuk hâkimi tazminat davalarında kusurun mevcudiyetini araştırırken veya failin temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığını yahut zararın miktarını tespit ederken ceza hukukunun sorumluluğa ait hükümleri ile bağlı değildir. Bunun gibi Ceza Hâkiminin beraet kararı dahi hukuk hâkimini bağlamaz. Y. 4. H. D. nin 16/6/1958 tarihli 5328/4142 sayılı kararında belirtildiği üzere Ceza Hâkimi sorumluluğu tayin ederken kuvvetli delillere istinad etmesi gerektiğinden, daha zayıf delillere istinaden hüküm verme yetkisini haiz bulunan Hukuk Hâkimi, ceza hâkiminin delil yetersizliği sebebiyle verdiği beraet kararı ilede bağlı değildir. Bu konuda Borçlar Kanunumuzda İstiklâl prensibi kabul edilmiştir.

Ceza hakimi tarafından mahkûmiyet kararı verildiği takdirde dahi, hukuk hâkimi, kusurun arandığını ve zararın miktarını tespit ederken bu kararla bağlı değildir. Ancak bu prensibin de istisnaları vardır. Ceza hakiminin kusurun varlığı konusundaki mahkûmiyet hükmü hukuk hakimini bağladığı gibi, Y. H. G. K. nun 22/9/1965 tarihli 172/319 sayılı kararında da açıklandığı üzere, ceza mahkemesinin kesinleşmiş bulunan kararında sabit sayılan olaylar da hukuk hakimini bağlar. Y. 9. H. D. nin 17/6/1966 tarihli 1916/5416 sayılı kararında, vakıanın pozitif olarak tespitine ilişkin ceza kararlarının hukuk hakimini bağladığı kabul edilmiştir.

Ceza mahkemesinden tazminat istenmemiş olmasının hukuk mahkemesinde talep edilmesine mani olmadığı Y. 3. H. D. nin 12/12/1961 tarihli 7134 sayılı kararında açıklanmıştır. Y. C. G. K. nun 21/11/1968 tarihli 326/1357 sayılı kararında, hazırlıkta dava ve şikayetten vaz geçen mağdurun şahsi hak istemesine mani olabilirse de mağdurun sonradan davaya müdahalesine kanuni bir mani bulunmadığına aynı Kurulun 29/4/1968 tarihli 264/155 sayılı kararında ise müdahilin tazminat istemediğini beyan ederek müdahale isteğinde bulunduğuna göre, bir daha bu talebini ileri sürerek tazminat isteyemeyeceği kabul edilmiştir.

VII — Tazminatın Takdiri.

Manevi tazminatın takdiri münhasıran hakime aittir. Manevi tazminatın miktarının tayini konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün değildir. Hakim, bu takdir hakkını kullanırken Medeni Kanunun 4 üncü maddesinde açıklandığı şekilde hak ve nesafet kaidelerini nazara

alacaktır. Hakim hak ve adalet kaidelerine uygun olarak takdir hakkını kullanabilmesi için tarafların içtimai ve iktisadi durumlarını, olaydaki kusur derecelerini, olay sebebiyle duyulacak acı ve elemin şiddetini, olaydaki özel hal ve şartları tahkik ve tespit edecektir. Bu hususlar aydınlandıktan sonra gerçeğe çok yakın bir manevi tazminata hükmetmek mümkün olacaktır.

Y. T. D. nin 27/2/1964 tarihli 5630/636 sayılı içtihadında tazminatın takdirinde nazara alınması gereken esaslar aşağıdaki şekilde açıklanmış bulunmaktadır : Mahkemenin maddi hukuka ilişkin takdir hakkı dahi Yargıtayın kontrolü altındadır. Bu itibarla hakimın takdir hakkını kullanırken bunun mesnetlerini Yargıtay bilmek zorundadır. Manevî tazminatın takdiri tamamen hâkime aittir ancak bütün hallerde hak ve nesafele hüküm vermek zorundadır. Bu da hukuk ilminden faydalanılarak, umumi olarak Türk Toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısının ve bu yönden tarafların gerçek durumlarının gerektirdiği hak ve adaletle uygun neticeyi bulmak demektir. Manevi tazminatın kanuni dayanağı Borçlar Kanunun 47 nci maddesidir. Bu maddede ise kesin sınır : Özel haller ve adalettir. Manevi tazminata temel olan düşünce, bozulmuş olan ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkân nispetinde yeniden elde edilmesini temindir. Manevi tazminatın takdirinde, olay fâilinin durumu da büyük rol oynar. Manevi tazminatın miktarı, davalıyı hiç bir suretle muzayeka haline düşürmemelidir. Manevi tazminatın takdirinde talep edilen durumu da önemlidir. Onun sosyal ve ailevi şartları, hatta tahassüs kudretide araştırılacaktır. Bu acı; vasfı ve süresi bakımından onun bütün varlığını kavrayan bir güçte olmalıdır. Ölünün yakınları olarak çok sayıda kişilerin manevi tazminat davası açmış olmaları halinde, manevi tazminatın, mümkün olduğu kadar tüm olarak tespiti ve bu miktarı acılarının muhtemel derecesine göre ölünün yakınları arasında dağıtılması gerekir. Ancak; davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmesini ortadan kaldıracak şekilde ölü ile davacılar arasında ruhi bağılılık ilişkisini sarsan ve onun acıya düşmediğini gösteren bir iddia ve bunun delili davalı tarafından ortaya konulmalıdır. Çünkü bir takım hadiseler subuta erdikten sonra onların tabii neticelerinin ayrıca ispatına ihtiyaç yoktur. Belki tabii neticelerin gerçekleşmediğini iddia ve ispat yükü di-

ger tarafa düşer. Medeni Kanunun 6 ncı maddesinin gereği budur denilmiştir. (28)

Manevi tazminat alacaklılarının birden çok olması halinde; bunlardan her birine talep ettikleri miktarı ve nev'inin açıklattırılması ve hükümde de davacılardan her biri için ne miktar manevi tazminata hükmedildiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

VIII — Fâiz

Manevi tazminat davalarında fâizin başlangıcı konusunda maddi tazminat davalarından farkı yoktur. Genel kaideye uygun olarak faizin olayın vuku bulduğu tarihten itibaren yürütülmesi ve bunun miktarının % 5 olarak takdiri gerekmektedir. Ancak bu genel kaidenin uygulanması için dava dilekçesinde faizin başlangıç tarihinin belirtilmesi gerekir. Fâizin başlangıç tarihi gösterilmeyen hallerde dava tarihinden itibaren yürütüleceği Y. 5. H. D. nin 21/11/1968 tarihli 6267/6525 sayılı kararında açıklanmıştır. Tazminat fâizi esas alacaktan ayrı olarak dava edilebilir.

- (28) Y.H.G.K. nun 27/9/1967 tarihli 966/9 - 1267 E. 420 K. sayılı kararında iş kazasından mütevellit manevî tazminat, tarafların ekonomik durumları, kusur oranı ve meslekten yoksun kalanın duyacakları ızdırabın şiddeti ve kesafeti dikkate alınıp hakkaniyet ve nesafet ölçülerine uygun olarak takdir edilmek gerekir denilmiştir. Y. 9. H. D. nin 27/2/1968 tarihli 13205/2292 sayılı kararında ise : Borçlar K. nun 47 ncı maddesinde manevî tazminatın takdirinde kabul edilen esaslara göre; dâvacıların bu ölüm sebebiyle çektikleri ve hayatları boyunca çekecekleri ızdırab ve ölen işçinin olayda yüzde elli kusurlu olması gibi haller gözönünde tutulmak suretiyle tespit edilecek manevî tazminat miktarının aynı zamanda adalete muafık olması gerekir. Mahkeme ise ölenin karısı ve çocukları için beşerbin lira gibi az bir manevî tazminat takdir etmiştir. Bu miktarın az önce belirtilen özel durumlar gözönünde tutulmak suretiyle tespit edildiğini ve adalete muafık bir tazminat olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Takdirde yapılan hata sebebiyle karar bu yönden bozularak eş için 10.000 lira çocuklar içinde 10.000 ner liradan 20.000 lira manevî tazminata hükmedilmiştir. Yargıtay 4. C. D. nin 6/11/1967 tarihli 8278 sayılı kararın da manevî tazminat bozulan ruh düzeyini sağlayacak tutarda bir para ödenmesinden ibaret olduğuna göre, eylem ile ödenecek para arasında uygun bir orantı bulunması gerekir. Takdir edilecek tutar, felâketi özenir bir şekle sokmayacak ve gereksiz zenginleşme sonucunu doğuracak nitelikte olmalıdır. Duyulan elem ve ızdırabın derecesi tarafların içtimai durumları, özellikle haksız eylem ile meydana gelen sonucun ağırlığı manevî tazminatın takdirinde göz önünde tutulması gereken unsurlardandır. Mahkemece bu ilkeler düşünülmeden ve ölenin birlikte kusuru dahi gözetilmeden (Kardeş için) 8000 liranın dâvalıdan tahsiline karar verilmesi bozmayı gerektirir denilmiştir.

IX — Zaman Aşımı.

Maddi ve manevi tazminat dâvalarında genel olarak Borçlar K. nun 60 ıncı maddesine göre zarara ve failine ıttıla tarihinden başlamak üzere bir yıllık ve fiilin vuku bulunduğu tarihten itibaren 10 yıllık zaman aşımı müddeti kabul edilmiştir. Haksız fiilin suç teşkil etmesi halinde bu suç için Ceza Kanununda daha uzun bir zaman aşımı müddeti kabul edilmiş ise Ceza Kanunundaki zaman aşımı müddetinin uygulanacağı aynı maddenin 2 nci fıkrasında belirtilmiştir.

Gerçek kişilerde mağdurun ıttıla tarihi zaman aşımı müddetinin başlangıç tarihi olarak kabul edildiği halde şirketlerde idare Meclisinin, diğer Tüzel Kişilerde ise, o tüzel kişi namına dâva açmaya yetkili olan organının olaya ve faile ıttıla tarihi zaman aşımı süresinin başlangıcı na esas alınmaktadır.

6085 sayılı Trafik Kanununun 50 inci maddesinin son fıkrasında kabul edilen 2 yıllık zaman aşımı müddeti, trafik kazalarından doğan maddî tazminat dâvaları hakkında vaz edilmiş olup aynı maddenin 5 inci fıkrası gereğince manevî tazminat dâvaları hakkında genel kaideye uygun olarak bir yıllık zaman aşımı müddeti tatbik edilecektir. (29)

Ceza zaman aşımının uygulanması için kanunda hukuk zaman aşımı süresinden fazla olması şartı aranmaktadır. Buna göre Ceza Kanununda daha kısa olarak kabul edilen hallerde hukuk zaman aşımı süresi uygulanacaktır. Y. 4. H. D. nin 7/3/1953 tarihli 1415/2164 sayılı kararında hakaret suçunun zaman aşımı süresi, hukuk dâvasına ait süreden daha kısadır, bununla beraber, böyle bir suç dolayısı ile ceza mahkemesinde şahsi dâva açılmış ve ceza dâvası af sebebiyle sukut etmişse tazminat dâvasına ait bir yıllık zaman aşımı sukuta dair kararla kesilmiş olup, bu tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar denilmiştir. Ayrıca ceza zaman aşımı müddetinin malen mes'ul olanlara uygulanmayacağı Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları ile kabul edilmektedir. (30) Af-tan sonra hukuk zaman aşımının uygulanacağı da 7/12/1965 tarihli 17/26 sayılı içtihadı Birleştirme kararında açıklanmıştır.

Dâvanın müracaata bırakılması halinde kesilmiş olan zaman aşımı süresinin yeniden işlemeye başlama tarihi, tarafların duruşmaya gelmemeleri sebebiyle H.U.M.K. nun 409 uncu maddesine göre dâvanın müracaata bırakılmasına karar verildiği tarihtir. (31)

(29) Y. 4. H. D. nin 17/6/1965 tarihli 3152 sayılı İçtihadı aynı mahiyettedir.

(30) Yargıtay Ticaret Dairesinin 11/3/1963 tarihli 1396 sayılı kararı.

(31) Yargıtay Ticaret dairesinin 22/6/1963 tarihli 2821 sayılı ilâmı aynı hususu teyit etmektedir.

Tazminat fâizinin esas alacağın zaman aşımına tabi olduğu ve tazminat için açılan dâvada onun faizi hakkındaki zaman aşımını kesmeyeceği, yine tazminat alacağına ilişkin zaman aşımının kesilmesi gerektirmesi Y. H. G. K. nun 15/11/1961 tarihli 36/38 sayılı kararı ile açıklanmış bulunmaktadır. Buna mukabil müteselsil sorumlulardan biri hakkında kesilmiş bulunan zaman aşımı diğer sorumlular hakkındaki zaman aşımının kesilmesini gerektirir.

İş kazalarından doğan manevi tazminat dâvalarında işçi yönünden Borçlar K. nun 125 inci maddesinde kabul edilen 10 yıllık zaman aşımı süresi, işçinin ölümü halinde tazminat isteme hakkını haiz bulunanlar yönünden 1/1/1957 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Türk Ticaret Kanununun mer'iyet ve tatbik şeklindeki kanunun 41 inci maddesinin f bendi ile Borçlar K. nun 332 inci maddesine eklenen 2 inci fıkrasında kabul edilen 10 yıllık zaman aşımı süresi uygulanacaktır.

Zaman aşımı itirazının iptidai itirazlardan olmadığı kanunda ve kökleşmiş Yargıtay İçtihatlarında kabul edilmiştir. Buna göre duruşmanın her safhasında zaman aşımı itirazı ileri sürülebilir. Yazılı usule tabi dâvalarda, cevap müddeti içinde, sözlü usule tabi dâvalarda ise ilk celsede ileri sürülmediği takdirde, karşı tarafın müddetinde ileri sürülmediğinden bahisle savunmanın genişletildiği itirazında bulunmak yetkisi vardır. Bu yetkisini zamanında kullanmayan tarafın diğer tarafın ileri sürdüğü zaman aşımı itirazını kabul etmiş ve savunmasını genişletmesine muvafakat etmiş sayılması gerekir.

X — Vekâlet Ücreti

Manevi tazminat dâvalarında tazminat alacaklısını korumak bakımından avukatlık ücret tarifelerinde özel hükümler vaz edilmiştir. 22/Nisan 1970 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak 30/Nisan/1970 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesinin 11 inci maddesine göre, hükmedilen mikdar üzerinden tarifenin 3 üncü kısmındaki nispetler dairesinde takdir edilir. Dâvanın kısmen reddedilmesi halinde, dâvalı için takdir edilecek vekâlet ücreti dâvacı vekili için takdir olunan ücreti geçemeyeceği gibi tarifenin 2 inci kısmının 3 üncü bölümünde dâvanın görüldüğü Mahkemeye göre tespit edilmiş maktu ücretlerden fazla olamayacaktır. Manevi tazminat dâvanın tümünün reddi halinde de 2 inci bölümdeki maktu ücret takdir edilmesi gerekir. Avukatlık Kanununun 168 inci maddesi uyarınca hazırlanan yeni tarifeler yayınlandığı tarihten itibaren yedi gün sonra yürürlüğe girerek 3/Nisan/1970 tarihinden sonra takdir edilecek bütün avukatlık ücretleri hakkında uygulanacaktır.

DISİPLİN MAHKEMELERİNİN TUTUKLAMA (TEVKİF) YET- KİSİ VAR MIDIR?

Yazan : Talih UYAR
(Avukat - Manisa)

Giriş :

Askerî Ceza Hukuku alanında disiplin hukuku, daha doğrusu askerî şahsın disiplin âmiri tarafından ve disiplin yolu ile cezalandırılması, çok önemli bir yer tutar ve askerî disiplin, emirlerin derhal yerine getirilmesinin temellerinden birini teşkil eder. Nitekim Anayasa'mızın 118. maddesi, bütün memurlar hakkında verilen disiplin cezalarının yargı organlarının denetimi dışında bırakılamayacağını tesbit ettikten sonra «asker kişilerin hakkındaki hükümler saklıdır» demek suretiyle, disiplin yolu ile askerî şahıslara verilecek cezalara karşı hiç bir yargı organına başvurulamayacağını belirtmiş bulunmaktadır. (1) Gerçekten, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan 118. Maddenin ilk şeklinde bu mealde bir hüküm yok iken, Temsilciler Meclisindeki birinci görüşme sırasında, «... Disiplin işleri kademelidir ... Buna karşı kademeli itiraz yolları vardır. Binnetice Devlet Şurasına kadar gidilecektir ... Askerî şahıslar bakımından, en basit disiplin cezası için dahi böyle olup olmadığının tazyihi lâzımdır ...» şeklindeki itiraz üzerine (2) «asker kişilerin hakkındaki hükümler saklıdır» tarzındaki hüküm, dördüncü fıkra olarak 118. maddeye eklenmiştir.

Hukukumuzda bugün, «askerî şahıslar hakkındaki disiplin hükümleri» - esas itibariyle - 16/6/1964 tarihli ve «Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları hakkında Kanun» ismini taşıyan 477 sayılı Kanunda yer almış bulunmaktadır. Bu Kanunun yanı sıra 22/5/1930 tarih ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununda da Disiplin Hukuku ile ilgili hükümlere rastlamaktayız.

Bu makalemizde incelemek istediğimiz husus, Anayasa'nın 138. maddesinin hükmü gereğince 477 sayılı DMK'na göre kurulmuş bulunan Disiplin Mahkemelerinin, yargılanmak üzere huzuruna çıkarılan kişileri tutuklamaya (tevkife) yetkileri olup olmadığıdır.

477 sayılı DMK. Disiplin Mahkemelerinin; biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulacağını, astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden birinin astsubaylardan seçileceğini tesbit etmiş-

(1) : Prof. Dr. Sahir ERMAN (Askerî Ceza Hukuku, 1967, 238)

(2) : Kâzım ÖZTÜRK (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası - İzahlı, Gerekçeli Anabelfgeli ve Maddelere göre tasnifli, bütün tutanakları ile - c. 3, 3201)

tir (DMK, md. 2) Görüldüğü gibi bu mahkemelerde hâkim niteliğini haiz - hukukçu olan - herhangi bir şahıs bulunmamaktadır. Disiplin Mahkemelerinde, Adli yargıdaki savcının görevini yapmak üzere bir de «disiplin subayı» bulunur. Bu suretle, hâkim - sanık - savcı üçlüsü gerçekleşmiş olur. Alay ve daha üst birliklerde bulunan (DMK. md. 1) bu mahkemeler; «asker kişilerin 477 sayılı DMK da yazılı disiplin suçlarına ait dâvalarına bakar. (DMK md. 7) Disiplin suçları, bu kanunun Oda hapsi veya Göz hapsi ile cezalandırdığı eylemlerdir. Bu kanuna göre verilecek Oda hapsi veya Göz hapsi cezaları üç günden iki aya kadardır. Disiplin mahkemeleri, bu kanunu uygularken maddede yazılı cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında, cezayı serbestçe takdir eder. (DMK md. 41)

Yukarıdaki hükümler gereğince, yargıladıkları askerî şahısları, «Üç günden iki aya kadar» **Göz hapsi** (Bu cezaya maruz kalanlar; resmî daire, kışla ve talimhanelerdeki hizmetlerini eskisi gibi yaparlar, ancak hizmetin bitmesinden sonra bu yerlerden ayrılamazlar, kışla veya resmî dairelerde kalırlar. Ayrıca, hizmete ilişkin hususlar dışında hiçbir ziyaret kabul edemezler.) veya **Oda Hapsi** (Subaylar : Cezayı tek başına bir odada çekerler, ceza müddetince astlarına emir veremez ve bu müddet zarfında umumî hizmetten mahrum kalırlar. Erat : bu cezayı muayyen bir hapis odasında topluca geçirir, kapısında bir nöbetçi bulunur. Erbaşlar hizmet göremezler, onbaşı veya erler ağır hizmetlerde kullanılabiliyorlar.) cezaları ile hürriyetlerinden mahrum bırakabilen bu mahkemeler, acaba yargılama sırasında lüzum hasıl olduğu takdirde, «tutuklama» müessesesinden faydalanabilecekler midir? Bu mesele ile, bir süre önce, Adli Müşavirlik görevine bakarken karşılaşmış ve «disiplin mahkemelerinin sanığı tutuklayabilme yetkisine sahip bulunduklarını» savunmuştum. Ancak bu fikrimiz muhtelif itirazları davet etmişti... Disiplin Mahkemesi kararlarına karşı, **Temyiz yolu** tanınmış olmayıp, ancak - üç gün içerisinde - üst disiplin mahkemesi nezdinde itirazda bulunabileceğine (DMK md. 31/1) ve Disiplin Mahkemelerinin kararları da sistematik bir şekilde yayınlanmadığı için bu konuda «içtihat yoluyla» bir prensip kararına varmanın güçlüğü karşısında, bu meselenin halledilmesi daha da önem kazanır.

Disiplin Mahkemelerinin **tutuklama (tevkif) yetkisi'ne** karşı ileri sürülecek en ciddi itiraz şudur :

«Anayasa'mıza göre kişi hürriyeti ancak **hâkim kararı ile** kayıtlanabilir. (Any. 14/2) ve kişiler ancak hâkim kararı ile tutuklanabilirler

(Any. 30/1) yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. (Any. 7)»

«Tutma kararına dayanılarak henüz yargı ile hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkûm olmadan bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılmasına başlanması» (3) olan Tutuklama (Tevkif); kişi hak ve hürriyetleri ile doğrudan doğruya ilgili bir müessese olarak, bugünün demokratik devlet anlayışına uygun bir şekilde kanunlarla sebepleri gösterilmek ve karar verecek makamı belirtmek suretiyle suiistimallerin önüne geçilmek yolu tutulmuştur. Bu eğilim, ilk ifadesini Anglosakson hukukunda 1679 da Habeas Korpus Act'de, Kara Avrupasında ise 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde bulmuştur. (4) Cezai bir nitelik arzetmeyen ve bir tedbir (5) olan bu müesseseyi meşru göstermek için pek çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. (6) Temel hak ve hürriyetlerin en başta geleni, bir şahsın kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hak ve fizik hürriyetidir. (7) Bu itibarla, kişi hürriyetinin tahdidini ifade eden tutuklamanın ancak «hâkim kararı» ile olabileceği ilkesinin benimsenmesi sebep-siz değildir. Nitekim, Anayasa'nın 7, 14, 30. maddelerinin Kurucu Mecliste müzakereleri sırasında bu meseleler üzerinde yeterince durulmuştur. Anayasa'nın 30. maddesinin Kurucu Meclisteki müzakeresi sırasında; «... Gerek 14 ve gerek 30. maddeler muvacehesinde hürriyeti bağlayıcı askerî disiplin cezalarında dahi hâkim kararını aramak iktiza edecekmidir?» şeklindeki soru üzerine, Anayasa Komisyonu sözcüsü şu mülahazayı serdetmişti. «... Disiplin cezası ile ilgili hususî hükümler olacaktır. Burada kastedilen, Askerî Ceza Mahkemeleri Kanununun 105. maddesine ve Umumî Ceza Muhakemeleri Kanunun 104. maddesine uygun olarak yapılan tevkiflerdir. Disiplin ayrı bir mevzudur, mesleğin icaplarına uygun olarak düzenlenmiştir, buraya (Yani 30. Maddeye) girmiyor.» (8)

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Disiplin Mahkemeleri, Anayasa'nın 138. maddesinin tesbit ettiği esaslar dahilinde 477 sayılı Kanunu ile ku-

(3) : Prof. Dr. Nurulah KUNTER (Ceza Muhakemesi Hukuku, 1964, 462)

(4) : Ayhan KÖKSAL (CMUK' da Tutuklama ve 1961 Anayasası. İst. Ün. Huk. Fak. Mec. c. 30, 1964/1 - 2, 99)

(5) : Anayasa Mahkemesi Kararı, 13/5/1963, 200/110 (RG. 18/9/1963, n. 11508)

(6) : Prof. Dr. Faruk EREM (Ceza Usulü Hukuku, 1964, 394)

(7) : Kâzım ÖZTÜRK (A. g. e. c. 2, 1273 «14. Madenin gerekçesinden»)

(8) : » » » 1625

rulmuştur. 138. Madde; 'Askerî Yargı' başladığı taşımakta ve «Askerî yargı, askerî mahkeme ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür ... Askerî Mahkemelerde üyeler çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır. Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı **hâkimlik teminatı** ve **askerlik hizmetlerinin gereklerine göre** özel kanun ile düzenlenir.» şeklindedir. Bu madde hakkında şu hususların aydınlatılmasında fayda vardır :

aa) «Askeri yargının, Askerî Mahkemeler yanında disiplin mahkemeleri tarafından da yürütülmesi» keyfiyeti, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun Tasarısında mevcut değil idi. (Keza Millî Birlik Komitesince görevlendirilen ilim heyetinin hazırlayıp MBK'ne sunduğu Ön-Tasarıda ve Siyasal Bilgiler Fakültesi Tasarısında da disiplin mahkemelerine yer verilmiş değildi. (9) Tasarı, Temsilciler Meclisinde görüşülüp MBK'ne sunulduktan sonra 138. madde burada değiştirilip, «Disiplin Mahkemeleri» maddeye eklenmiş ve bu değişiklik, Anayasa Komisyonu Raporunda «... Silahlı Kuvvetlerde disiplin süratle sağlanmak maksadıyla ve sadece asker kişileri yargılamak üzere ihdas edilen bu yeni yargı mercileri maddenin ruhuna aykırı düşmemektedir ve 118. maddenin son fıkrasında kabul edilmiş olan esasın tatbikatından ibaret tir. Bu sebeple, yapılan değişikliğe komisyonumuz katılmaktadır.» tarzında benimsenmiş ve Anayasa Komisyonu sözcüsü de, « ...filhakika Millî Birlik Komitesinde maddenin görüşülmesi sırasında **demokratik memleketlerde bile disiplin mahkemelerinin mevcut ve bunların yalnız askerlerden kurulu olduğu** izah edildi. Biz bu izahları haklı bulduk. Komite ile birlikte formüle edilen maddeye komisyonumuz da katıldı.» diyerek değişikliği savunmuştur. (10) Değişiklik bu suretle kabul edilip kanunlaşmıştır.

bb) Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı tasarıda; «Askerî Mahkemelerin kuruluşu, işleyişi, hâkimlerin özlük işleri **mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı** esaslarına göre kanun ile düzenlenir.» tarzında iken, Millî Birlik Komitesindeki görüşmeler sırasında son fıkraya «... **askerlik hizmetlerinin gereklerine göre...**» tabiri eklenmiştir. (11)

İşte Disiplin Mahkemeleri böyle bir tarihçeye sahiptir. Hâkim niteliğinde bulunmayan kişilerden meydana gelen Disiplin Mahkemelerinin

(9) : Rona AYBAY (Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, 1963, 230)

(10) : Ahmet KERSE (1961 Anayasasına göre Gerekçeli Notlu Askeri Yargı Mevzuatı, c. 2, 1965, sh : 2)

(11) : Kâzım ÖZTÜRK (A. g' e. c. 3, 3599 vd.)

yadırganmaması gerektiği de 477 sayılı kanunun gerekçelerinde ısrarla belirtilmek istenmiştir. «...Disiplin Mahkemelerinin kurulmasına Anayasa'ya göre lüzum bulunduğu âşikardır ... Şurasını da ilave edelim ki, Disiplin Mahkemelerinin kurulması Anayasa'nın 118. maddesinin bir tatbikatı olmayıp, belki bu maddede yer alan istisnanın bir tatbikatıdır ... (İst. Ün. Huk. Fak. de kurulan komisyonun raporundan) (12). «... Komisyonumuz bu incelemeleri sırasında, Anayasa'nın 138. maddesinde Askerî yargı organlarını, Askerî Mahkemeler ve Disiplin Mahkemeleri olarak mütalâa ettiğini ve aynı maddenin son fıkrasında askerî yargı organlarının kuruluş ve işleyişlerini mahkemelerin bağımsızlığı ve **askerlik hizmetinin gereklerine göre** özel kanun ile düzenleneceğine dair olan hükmü ve 118. maddenin son fıkrasında (Asker kişiler hakkındaki hükümlerin saklı) olduğuna dair mevcut kaideyi göz önünde tutmuştur. (Cumhuriyet Senatosu Geçici Komisyon Raporundan) (13) «Disiplin Mahkemelerinin mahkeme heyetleri **subaylardan müteşekkil** olacaktır. Böylece kıta ve kurumlarda esasen disiplini tesis ile görevli olan subayların yargı organlarında vazife alarak daha yakın bir alâka ve hassasiyetle neticeye bağlamaları sağlanmış olmaktadır (Kanunun Cumhuriyet Senatosundaki müzakerelerinden) (14)

Bu mahkemelerin-bünyelerinin arz ettiği orijinallik icabı-diğer mahkemelerin haiz olduğu bazı yetkilere sahip bulunup bulunmadığı tereddüt uyandırmış ve kanunun tümü üzerinde, Cumhuriyet Senatosunda yapılan müzakereler sırasında; «... kişiler tevkif edilecek mi edilmeyecek mi, bunun açıklanması lâzımdır. Benim bunda anladığıma göre, tevkif yapılmıyacaktır. Tevkif müessesesi Disiplin Mahkemelerinde işleyemeyecektir. Öyle mi değil mi? Bu hususun burada açıklanması gerekmektedir; ...» şeklindeki soru üzerine, Komisyon sözcüsü; «... Bu konuda, kanunun 63. maddesi, Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununa atıf yapmaktadır. Bu atıf ile, kanunda aksine hüküm bulunmadığı halde, Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunundaki hükümler uygulanacaktır ...» diyerek (15) meseleyi olumlu bir şekilde cevaplandırmıştır. Gerçekten, 477 sayılı Kanunun 63. maddesi; «Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde Askerî Ceza Kanunu ile Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu hükümleri Disiplin Mahkemelerinde de uygulanır.» tarzında bir hüküm

(12) : Ahmet KERSE (A. g. e. 4.)

(13) : » » (» » 6)

(14) : » » (» » 8)

(15) : » » (» » 13)

ihtiva etmektedir. Bu itibarla, tutuklama (Tevkif) konusunda, 477 sayılı Kanun'da hüküm bulunmadığından, bu konuda yukarıda zikredilen 63. maddedeki atıf gereğince, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunun tutuklama ile ilgili 69 ve müteakip maddeleri uygulanacaktır.

Şimdiye kadarki izahatımızdan da anlaşılacağı üzere, gerek 477 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları ve gerek «tutuklama ve kişi hürriyeti ile ilgili» Anayasa Maddelerinin Kurucu Meclisteki müzakereleri sırasında yapılan görüşme ve ileri sürülen mütalâalar Disiplin Mahkemelerinin tutuklama yetkisini haiz oldukları fikrini desteklemektedir ... Tefsirde kanun vazının iradesini istihraç için müracaat edilen metin dışı vasıtalar; hukukun umumî prensiplerini, hazırlık çalışmaları, mukayeseli hukuk, tarihçe, siyasî müesseseler ve sosyolojiden ibarettir. Bütün bu vasıtalarla yapılan tefsir halinde, manâsı tâyin edilen metnin daima gözönünde bulundurulması ve varılan neticelerden, «metinlerle kabili telif ve ahenkli olanın» tercih edilmesi lâzımdır. (16) Gerçi, tarihsel yorum ve onun dayandığı kanun destekleri bugün eski itibar ve saltanatlarını yitirmişlerdir, fakat kanunun düzenlenmesinde söylenmiş resmî sözlerin ve ileri sürülmüş düşüncelerin kapalı yönleri aydınlatan bir nitelik taşıdıkları da genellikle (17) kabul olunmaktadır.

- (16) : Ord. Prof. S. DÖNMEZER — Prof. S. ERMAN (Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1961, c. 1, sh : 181)
- (17) : Mustafa ÇEMBERCİ (İş Kanunu Şerhi, 1968, 145)

HUKUK YAYINLARI

Yazan : Avni ÖZENÇ

POLİS İÇİN, Meslekî Adli, İdarî Kanunlar ve Genel Bilgi ANSİKLOPEDİSİ.

Yazarı : Hüseyin ÖZCAN (Emniyet Müdürü), Yeni Desen Matbaası, 1969 Ankara, 255 Sayfa, Fiyatı 20 lira.

Kitap : müşterek bir görüşün tesiri ile hazırlanmış ve yayınlanmıştır. Zabitanın meslekî, adli idarî görevlerini yaparken her zaman bir kitap veya kanuna bakmak lüzumunu duyacağı izahtan vârestedir. İşte bu kitap, kanun maddeleri, maddenin başlığı gözönünde tutularak alfabetik bir sıra takibi suretiyle tanzim edilmiştir. Kitapta; Anayasa hak ve hürriyetleri, Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile ceza hükmümlü özel kanunlarda zabıtaya görev yükleyen hükümler, mevzuatta memurlara hak ve menfaat sağlayan hükümler, adli ve idarî organların kararlarına itiraz yolları, Yargıtay ve Danıştay kararlarından misaller, Kriminal polis tatbikatına ait örnekler, bilirkişi ekspertiz rapor örnekleri, tutanak örnekleri, Adli tıp raporlarında rastlanan ya da gazete, dergi, kitap, radyo, televizyon yayınlarında okunan ve duyulan deyimler, Trafik tarifeleri, Sivil Savunma, kaza ve tabii afetlerde ilk yardım, kaçakçılık, gümrük, içkili yerler ve diğer hükümler özetle Kriminalistik bilgisi ve zabıta terimlerine yer verilmiş bir çok suçların kanunî tavsifi gösterilmiştir.

Kitabın, alfabetik düzenlenişi ve yüzlerce kelimenin açıklamalarının yapılmış olması, günün konuları, sosyoloji ve psikoloji deyimleriyle bugüne kadar meslekte eşi yayınlanmamış bir ansiklopedinin meydana gelmesi sağlanmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ.

Cilt XLIV, Sayı 3 - 4, Yörük Matbaası, 1970 İstanbul, 342 Sayfa, Ffi-yatı 3 Lira.

İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından iki ayda bir yayınlanır.

İçindekiler :**Yazıları :**

Av. Faruk EREM : Avukatın Evrakı Hapis Hakkı.

Av. Fikret GÜVENÇ : Mirastan Feragat Mukavelesi.

Av. Osman KUNTMAN : Yargıtay Kararlarının Biçim ve Özü Nasıl Olmalıdır.

Av. Ülkü YÖNEY : Toplu İş Sözleşmesine Katılma ve Bir Mesele..

Av. Ayhan ÜNLER - Karar İncelemesi : İdarî Tasarrufların Makablle Şâmil Olamayacağı Konusunda Danıştay Dâva Daireleri Kurulunun Önemli Bir Kararı.

Av. Ömer KÖPRÜLÜ - Karar Derlemeleri : Kira Hukukunda Son İçtihatlar ve Kira Tesbiti Dâvalarıyla İlgili Son içtihatlar.

Kararlar :**Bibliyografya :**

Av. Süleyman NCHIP ULUKUT

Av. Ömer KÖPRÜLÜ

Mevzuat Kroniği :

Av. Süleyman NCHIP ULUKUT

Meslek Haberleri.

**

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARI

Zürih Şerhi Serisi

Fiyatı

Egger : (Çev : T. Çağa) Alle Hukuku, 1949, Mad : 241-345	3.00
Egger : (Çev : V. Černis) Vesayet, 1955, Cilt : 2, Mad : 382-483	4.50
Egger : (Çev : V. Černis) Vesayet, 1955, Cilt : 2, Mad : 382-438	4.50
Oser - Schönerberger : (Çev : Prof. Dr. İ. Sungurbey) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1964, Mad : 492-529	15.00
Oser - Schönerberger : (Çev : Prof. Dr. Fikret Arık) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1966, Birinci Fasikül; Madde : 184-215	5.00

Bern Şerhi Serisi

Becker : (Çev : Dr. Bülent Olcay) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül I : Madde 1-36. Ankara 1967	7.50
Becker : (Çev. Dr. Kemal Reisoğlu) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül II : Madde 37-63 Ankara 1968	7.50
Becker : (Çev. Dr. Osman Tolun) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül III : Madde 64-103 Ankara 1969	7.50

Yargıtay Kararları

İçtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk Kısmı, 1930-1947	6.00
» » » » » 1955	75
» » » » » 1956	50
» » » » » Ceza Kısmı 1952	10
» » » » » 1953	25
» » » » » 1954	25
» » » » » 1955	25
» » » » » 1956	25
» » » » » 1957	25

Yargıtay Kararları 1941-1942 Ceza Kısmı	3.00
» » » 1944 » »	3.00
» » » 1945 » »	3.00
» » » 1946 » »	2.50
» » » 1948 » »	3.00
» » » 1949 » »	2.00
» » » 1950 » »	2.00
» » » 1951 » »	3.00
» » » 1952 » »	3.00
» » » 1953 » »	3.00
» » » 1954 » »	2.50
» » » 1955 » »	2.50
» » » 1959 » »	1.00
» » » 1941-1942 Hukuk Kısmı	3.00
» » » 1944 » »	3.00
» » » 1945 » »	3.00
» » » 1946 » »	2.50
» » » 1948 » »	3.00
» » » 1949 » »	2.00
» » » 1951 » »	3.00
» » » 1952 » »	3.00
» » » 1953 » »	3.00
» » » 1954 » »	3.00
» » » 1955 » »	3.00
» » » 1959 » »	4.00

Diğer Yayınlar

Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı	30.00
» » » » » (Albüm)	60.00

585

Dr. Recai Seçkin : Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi.	10.00
İsviçre Federal Mahkeme Kararları 1945	1.00
» » » » 1946	1.00
» » » » 1947	1.00
Wieland : (Çev : İ. H. Karafakih) Aynı Haklar, İkinci baskı, 1949, Cilt : 2	7.50
Wahl : (Çev : K. Berker) Deniz Ticareti Hukuku, nazari ve ameli, 1948	3.00
Vidal-Magnol : (Çev : Ş. Devrin) Ceza Hukuku Cilt : 1. 1949	4.00
Dr. Recai Seçkin : 1961-1962 Adalet Yılı'nın Açılışı Dolayısıyla Söylev	50
Bustamente Sirven : Hukuku Hususiyel Düvel Kanunu Projesi, 1930	50
Vehbi Yekebaş : Suç ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirâk, 1952	1.50
Dr. Recai Seçkin : 1964-1965 Adalet Yılı'nı Açış Söylevi	50
Seçim İşlerinde İtiraz ve Şikâyetler Klavuzu. (T. C. Yüksek Seçim Kurulu Yayınlarından) 1964	2.50
Esbabı mucibeli Avukatlık Kanunu ve Talimatnamesi, 1939	50
İnhulsen : (Çeviren : Rifat Taşkın) İngiliz Ceza Muhakemeleri Usulü. 1938	1.00
Kerdaniel : (Çeviren : Rasih Yeğengil) Şahitlik ve Şahidin psikolojisi. 1937	50
Ceza Hukukunu tevhit birinci beynelmilel konferansı. Varşova, 1-6 İkinci-teşrin 1927. Konferans vesikaları. Çeviren : Mustafa Nuri Devres	8.00
Ceza Hukukunu tevhit üçüncü beynelmilel konferansı. Brüksel, 26 Haziran 1930 Konferans vesikaları, Çeviren : Mustafa Nuri Devres.	3.00
Ceza Hukukunu tevhit beşinci beynelmilel konferansı. Madrid, 14-20 Birinciteşrin 1934, Konferans vesikaları, Çeviren : Mustafa Nuri Devres	3.00

Adalet Dergisi'nin sayıları tamam olanlar yazılmıştır.

	Sayısı :
1938 »	» 30
1940 »	» 30
1941 »	» 30
1942 »	» 30
1943 »	» 30
1947 »	» 30
1948 »	» 30
1949 »	» 1.00
1950 »	» 1.00
1953 »	» 1.00
1954 »	» 1.00
1955 »	» 1.00
1956 »	» 1.00
1957 »	» 1.50
1958 »	» 1.50

Resmî Kararlar Dergisi'nin sayıları tamam olanlar yazılmıştır.

1966 Yılı (İlk sayısı mart ayında yayınlanmıştır)	Sayısı : 1.50
---	---------------