

ADALET DERGİSİ

**ADALET BAKANLIĞINCA
AYDA BİR YAYINLANMAKTADIR**

Yıl : 61

Eylül 1970

Sayı : 9

587

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 »

17 Eylül 1970

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl : 61

Eylül 1970

Sayı : 9

İ Ç İ N D E K İ L E R

İncelemeler :

	Sayfa
Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL : Araştırma Stratejisi ve Ceza İnfaz Siyasetinde Değişim	557
Dr. İskender TEPEBAŞILI : 647 Sayılı Kanunun Mesruten Tahliyeyle İlişkin 19 uncu Maddesinin Hükmen Tutuklulara Tatbik Olunup Olunamayacağı Hakkında Bir İnceleme	567
Mr. Mustafa Sadrettin AYKONU : Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Miras Sebebiyle İstihkak Dâvası Üzerinde Bir İnceleme	573

Tercüme ler :

Doç. Dr. Bilge UMAR : Fransız Hukukunda «Astreinte : İcbar Edici Ceza» Müessesesi	578
--	-----

Sait REZAKİ : Narkotik Maddelerin Tesirleri ve Şahsiyet ...	590
--	-----

Tenkitler :

Nihat FADILLIOĞLU : Tapulama Mahkemesinin Yer Bakımından Görevi ve Değişik Yargıtay İçtihatları ...	601
--	-----

Kronik :

Avni ÖZENGİ : Hukuk Yayınları	608
--	-----



589

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

ARAŞTIRMA STRATEJİSİ VE CEZA İNFAZ SİYASETİNDE DEĞİŞİM

Yazan : Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL

Giriş :

1 — Araştırma Stratejisi — İdareci, hakim ve diğer cemiyet idarecilerinin kriminolojik araştırmalardan neler beklediği.

Araştırma Stratejisi, suç sorunu ile ilgilenen herkes için ister idareci; eğitici veya araştırmacı olsun, ilginç bir konu olarak belirmekte olup; suçlulukla mücadeleden söz edildiğinde, bir araştırma stratejisinin gerekliliği tabii bir fonksiyon olarak görülmektedir.

Kriminolojinin zayıf noktalarından biri, suçlulukla mücadelede gösterilen çabaların dağınıklığı ve cemiyette mevcut olan diğer sorunlarla mücadeledeki çabaların yoğunluğu karşısındaki yetersizliği yanında, bu konuda yapılmış araştırma neticeleri hakkındaki bilgi noksanlığı neticesi kaydedilen gelişmenin oldukça yavaş yavaş olmasıdır. Bu arada, test edilebilecek hipotezlere yer veren kriminolojik teorilerin de fazla geliştirilmemiş olduğu da belirtilebilir.

Kriminolojik araştırmaların yararlılığı bakımından araştırmacılar ve suç sorunu ile ilgilenenleri, örneğin parlâmento, mahkemeler, cezaevleri, polis v.s. yi kapsamına alan cemiyet idarecileri arasında karşılıklı ilişkinin tesis edilmsi öngörülmelidir.

Cemiyet idarecileri ile araştırmacılar arasındaki fark, birincinin aksiyona, ikincinin ise etüde yönelmesidir. Cemiyet idarecilerinin karşılaştıkları problemler üzerine eğilmeden önce, tarih postası içerisindeki gelişime göz atmak suretiyle beliren kontrasta işaret etmek yerinde olacaktır.

Ceza teorileri ve cezaevi idaresinde görülen gelişim, başlangıçta, kişilerin ferdî çalışmaları neticesi olup; geçen iki asır süresinde, müesseselere etkili olan beş kişinin ismi burada kaydedilmeğe değerdir; Beccaria; eseriyle mevcut kavramların infaz sahasına intikalini sağhyarak zamanı-

nın Fransız ve diğer yasama faaliyetlerine direkt etkisi görülmüştür; astronom, istatistikçi ve fizikçi olan **Quetelet**, sosyal istatistiklerin yaratıcısı olup, sosyal olguların değerlendirilmesi için ortaya koyduğu metod, uzun süre bu sahada kullanılan bir vasıta olarak yer almıştır. **Lombroso**, zamanında mevcut olan birkaç ön yargının zihinlerden silinmesini, suç ve suçlunun farklı açıdan mütalâa edilmesini sağlamış ve bu durum daha sonraları kanunlaşan tasarılarla etkisini göstermiş: **Ferri**, ise sosyo - ekonomik sahadaki teorileri ile müesseseler üzerinde etkili olmuş ve **Saieilles'** de **Cezaların Şahsileştirilmesi** adlı eseri ile idareciler ve hâkimler için yeni bir görüş ortaya koymuştur.

Bütün bu çalışmalar, ferdî olarak yapılmış olup; durum bu gün için oldukça farklıdır. XX ncı asırda, ilk araştırma merkezlerinin kurulmasına şahit olunmuş ve bu merkezlerde araştırmacı - guruplar daha önceleri bilinmeyen ve gün geçtikçe gelişme kaydeden tekniklerle araştırma yapmaktadırlar. Bu durumda, ferdî araştırmacılar için yer olup olmadığı suali karşısında ise, tim çalışması neticesi tesbit edilen bulguların bu kişiler tarafından derlenip, yorumlanması bakımından kişisel çalışmaya yer olabileceği belirtilebilir.

Tarihi bakıştan sonra, suç kontrolünün her safhasında - yasama fonksiyonundan cezaların infazına kadar - sayısız problemlerle karşılaşmakta olan **cemiyet idarecilerinin görüşüne** bakmak gerekmektedir.

Cemiyet idarecileri silsilesinde, ilk sırayı **yasama organı** işgal etmektedir. Bu organ normal zamanlarda sükûnetle yeni yasalar hazırlarken, diğer zamanlarda, krizlerin baskısı altında örneğin toplum hareketleri veya mükerrir bir suçlunun işlediği vahşice bir adam öldürme neticesi halkın galeyane gelerek daha ağır cezalara ihtiyaç duyması durumlarında olduğu gibi, faaliyette bulunmaktadır.

Yaşamının iki yönü vardır:

a — **Siyasî**. Değer yargısı vererek veya parlâmento üyeleri tarafından temsil edilen halkın hissiyatını yorumluayarak;

b — **Teknik**. Değerlerin korunması için vasıtaların seçimiyle.

Araştırmacılar, **yaşama organının** siyasî yönünü etkileyemezler iscede, çeşitli suç şekilleriyle mücadelede bu organa en iyi vasıtayı seçebilmek konusunda yardımcı olabilirler.

Cemiyet idarecilerinin diğer bir gurubu da, normlara uyarlığı sağlamadan ön safhada yer alan **polistir**. Polisin durumu, suçun geçtiği ilk süzgeç olarak tanımlanabilir.

Savcılık ise, cemiyet idarecilerinin üçüncü gurubunu teşkil etmektedir. Bu gruptaki idarecilerin, ekseri memleketlerde (örneğin - Japonya ve Finlandiya'da), herhangi bir meselede soruşturma açmamak yetkisi mevcut olup, bazı suçlar yüksek menfaatlerin engellemesi neticesi kamu dâvası konusu olmamaktadır. Joponya'da savcılığa intikal eden suçların yarısı hakkında kamu dâvası açılmamaktadır. Türkiye'deki durum Japonya'dakine kemiyet yönünden yakınlık arz etmekte olup; 1963 - 1966 yıllarında delilsizlik v.s. sebeplerle kamu dâvası açılmıyanların ortalaması % 40 ı bulmaktadır. Ceza Usulü Kanununun 148. maddesi 2. fıkrası, «Kanunda hîlâfı yazılı olmıyan hallerde Cumhuriyet Savcısı ceza takibini istilzam edebilecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakıalar mevcut ise huku-ku amme dâvası açmakla mükelleftir», normu ile savcıların hangi hallerde kamu dâvası açmakla mükellef olduğu konusunda rehber olabilecek yegâne unsur olarak «kâfi emareler» deyiimi ile yetinilmiştir. Savcı, normal olarak dosyaya göz gezdirdikten sonra dâva açılıp açılmaması konusunda bir karara varacak ve dâva açmağa karar verdiğinde, bu kararını teyid edecek delilleri dosyada aramağa başlayacaktır. Bu sebepten, teorikman, norm x delil = karar olması lâzım gelirken norm x subjektif delil = karar şeklinde tatbikat söz konusu olmaktadır.

Hiç şüphesiz savcının dâva açmamak yolunu seçtiği zamanlarda bunun nedenleri üzerinde durmak oldukça ilginç olacaktır.

Dâva mahkemeye intikal ettiğinde diğer bir grup idareciler (hâkimler) sahneye girmektedir. Mahkemeler, usûl bakımından bazı delil vasıtalarına dayalı kalmakta ve bu vasıtalar, ilmî çevrelerde münakaşa konusu edilmesine rağmen, hükmün mesnedini teşkil etmektedir. Claparade ve diğer psikologların tecrübeleri, tanıklığın şüpheli değerini ortaya koymuş ise de, mahkemelerde ekseriyetle kullanılan delil vesitası (maddî delil sisteminin gelişmemiş olması nedeniyle) tanıklıktır. Bilirkişilerin ifadelerine de, münakaşa konusu olmasına rağmen, ekseriyetle müracaat olunmakta ve bu durum Türkiye'de yoğun bir nitelik arz etmektedir.

Hiç şüphesiz, ekseri dâvaların delil yetersizliği nedeniyle düşmesi de, tahkik metodların zayıflığına işaret etmektedir. 1963 - 1966 yılları arasında delilsizlik nedeniyle açılmayan kamu dâvalarının, açılmayan tüm dâvalara nispetinin ortalama olarak % 56,25 i bulması da oldukça ilginç görülmektedir.

Duruşma sonu mahkûmiyete hükmedilmesi halinde, seçilecek cezanın tâyini de bugün bir sorun olarak belirmekte ve hâkimlerin zorlu bir seçimle karşı karşıya geldikleri kabul edilmektedir. Bu vetirede tabiatıyla, hâkimlerin şahsiyeti önemli bir rol oynamaktadır. Bu duruma açıklık ver-

mek ve hâkimlerin nasıl karara vardıklarını şuurlaştırmak üzere Hollanda'da hâkimler için seminerler tertip edilmektedir.

Hâkim tarafından verilen hüküm temyiz sonrası mutlak bir değer kazanıyor gibi ise de, hiç şüphesiz, bu netice, unsurları oldukça izafî olan usulün mahsulü olarak belirmekte olup; araştırmacıların bu durumu göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Mahkeme sonrası, mesele, infazla görevli cemiyet idarecilerine intikal etmektedir. Mahkemeler ve cezaevi personeli, suç sorununu farklı açılarda görmekte olup; suçlu cezaevine hüküm (ve adlî sicil kaydını) ihtiva eden dosya ile gelmekte; cezaevi personeli ise, suçluya, onun kişisel ve ailevi problemleriyle meşgûl olmak durumunda bulunmaktadır.

Cezaevi idaresi için ana problem tretmanın tesirli bir nitelik kazanmasıdır. Bu ihtiyaç, İngiltere ve diğer memleketler araştırmacıları tarafından üzerinde ehemmiyetle durulan bir konu olarak belirmektedir.

Suç istatistikleri, yapılacak araştırmalar için en önemli bir unsur olarak belirtilmektedir. Suç istatistikleri ve özellikle çocuk suçluluğu konusunda Sellig ve Wolfgang tarafından yapılan çalışma neticesi, sıhhatli verilen polis raporlarına istinad ettiği yargısına varılmıştır. Polis, suç olgusuna en yakın durumda bulunmaktadır. hiç şüphesiz suç olgusunun erken bir safhada tetkikinin yapılması daha yararlı olabilecektir.

Özet olarak belirtmek gerekirse,

1. Cemiyet idarecileri ile ilmî araştırmacılar arasında yakın bir bağıllık mevcut olup; herbirinin diğerine ihtiyacı belirgindir. İdareci, metodların değerlendirilmesi ve araştırmacı da kendi materyalının toplanması için yardıma ihtiyaç duymaktadır. Bu mülâhazalar, her iki grup arasındaki işbirliğini gerekli kılmaktadır.

2. Kriminoloji araştırma örgütleri, idarenin direkt kontrolü altında fonksiyon gören servisleri de ihtiva etmeli ve ihtiyaç duyulan hallerde, kendi yetenekleri nisbetinde cevap temin edebilmelidir. Bu çerçevede, diğer bağımsız servislere de ihtiyaç duyulmakta olup; devlet veya üniversiteler tarafından finanse edilen bu hizmetlerle uzun devreli araştırmaların yapılması ve bu servislerin idarenin kontrolü altındaki servislerle devamlı temas halinde bulunması gerekmektedir; aksi takdirde, bilgi için lüzumlu olan kaynaklardan mahrum kalınılmış olacaktır.

II — Ceza ve İnfaz Siyasetinde Değişim

Sosyal düzeyin tabîî bir fonksiyonu olarak yer alan suç bu düzeyden silinmiyeceği gibi, cemiyetin kullanmakta olduğu infaz metodlarının ba-

zıları da uzun süre bizimle birlikte kalacaktır. Bununla beraber, plânlı kalkınmanın ve cemiyetteki gelişimin neticesi hangi hareketlerin suç olarak vasıflandırılacağı ve infaz sahasında hangi tedbirlerin kullanılacağı konusunda bugün mevcut olan durumdan belkide farklı bir durum yaratılacaktır. Gelecek 100 yıl içerisinde vâki olacak gelişimlerin XVIII asırdan bu zamana dek olanlarından daha az olacağı yolunda inandırıcı bir neden de bulunmamaktadır.

Ceza ve infaz siyasetindeki değişimlere değinmeden önce, kriminologlar ve hukukçular arasında yaygın olan bir temayülden söz etmek yerinde olacaktır. Bu temayül suçları iki ana gruba ayırarak, geleneksel suçlar ve yeni suç türleri olarak belirlemekte ve bazen de her ikisi arasındaki farklılık şu kelimelerle karakterize edilmektedir: gerçek suçluluk karşısında yer alan ehemmiyetsiz neviden olan suçlar, teknik suçlar ve beyaz yakalı suçluluk. Bu durum neticesi, kriminologların üzerinde fazla düşünmek-sizin, hukukçuların ahlâki ve doğmatik görüş tarzlarını benimsediği belirlemektedir. Kriminologlar daha ileri giderek, beyaz yakalı suçluluk bakımından, bunun gerçekten bir suç olup olmadığı konusunda münakaşa sürdürmüşlerdir.

Suçların ahlâktan yoksunluk derecesine göre yapılan yukarıdaki bu analitik ayırım, bazı suçları yasaklıyan normların uzun bir geçmişe dayalı olmaları neticesi halkın ahlâki şuurunda yer etmiş olması ve bu normlar menfaatlerinin korunduğunda inanmalarının fonksiyonudur. Yeni suç türlerine karşı beliren reaksiyon ve ahlâki mülâhazalar ise, aynı yoğunluğa ulaşamadığından halkın reaksiyonunda o derece olmamakta ise de, gerçekte her ikisi arasında aklı yönden pek fark bulunmamaktadır. Dikkat ve ihtiyatsızca vasıta kullanmak, (vergi kaçakçılığı, beyaz yakalı suçluluk neticesi meydana gelen zarar, ölüm, hırsızlık, usûl veya fûru tarafından işlenen cinsel suçların meydana getirdiği zarardan daha fazladır. Bu durum karşısında, sosyal refah ve pluralistik kavramlar çerçevesinde ceza ve infaz siyasetinin yeniden gözden geçirilmesi plânlı kalkınmanın tabî bir neticesi olarak belirlemektedir.

Bu münasebetle, bazı memleketlerde, mala karşı işlenen suçların yeniden değerlendirilmesine başlanılmıştır. Bunun ardında yatan mülâhazalar aşağıdaki durumlarda belirgindir :

- 1) Tüm hukuk sistemini tehdit eden mala karşı işlenen suçlardaki artış;
- 2) Şahısların kendi beyanlarına dayalı olarak yapılan amprik çalışmalar neticesi, hemen hemen her vatandaşın, bu neviden suçlar işlemiş olduğunun belirmesi;

3) Bu suçların; vergi kaçakçılığı ve beyaz yakalı suçluluk gibi suçların meydana getirdiği zararlarla mukayesesi yoluyla siyasal değerlendirilmeğe gidilmesi.

İsveç suçluluk istatistiklerinden alınan aşağıdaki tablo, İsveç'te 1950 - 1967 yıllarında mala karşı işlenen suçlardaki artışa işaret etmektedir;

Polisee Bilinen Suçlar

	Sayısı		Değişim
	1950	1967	1950 = 100
Otomobil hırsızlığı	3600	35 000	970
Bina veya müstemilâ- tında işlenen hırsızlıklar	20 000	90 000	450
Diğer hırsızlıklar	45 000	140 000	311
Gasp	190	800	421

Bugün 7,5 milyon nüfuslu İsveç'te mala karşı işlenen suç sayısı (polisee bilinen) 400 000 e ulaşmaktadır. Bununla beraber, çalınan mal (veya paranın) ekonomik değeri üzerinde yapılan bir çalışma, tüm hırsızlıkların % 80 ninde değerin 100 İsveç Kronun'dan az bir değerde olduğunu göstermiştir. Bu bulguların ışığında, büyük mağazalardan (bedelini vermeksizin) çalınan mallar nedeniyle işlenen suçlarda mahkeme vetiresinin terk edilmesi yolunda teşebbüsler yapılmıştır. Bu konuda çalışan Komitenin, bu suça, mala karşı işlenen diğer suç türlerinin de ithal edilmesini tavsiye edebileceği belirtilmektedir. Sorunun kamu seviyesinde yapılan tartışmasında, ilk defa suç işleyenler için polis tarafından verilecek bir ihtarla yetinilerek, cezaî yola gidilmemesi tavsiye edilmiştir.

Polis ve Jandarma istatistiklerimizden çıkarılan aşağıdaki tablo ise 1965 - 1969 yıllarında mala karşı işlenen cürümlerde bir azalma olduğunu göstermesi bakımından ilginçtir :

Polis ve Jandarmaca Bilinen

	Sayısı		Değişim
	1965	1969	1965 = 100
Otomobil hırsızlığı	1 205	511	42,5
Eşya hırsızlığı	20 554	15 783	77
Hayvan hırsızlığı	1 195	421	35,3
Gasp ve soygun	484	360	80

Suçlulukla mücadelede polis ve jandarmaca girilen çabaların daha yoğun bir nitelik arz ederek, önleme fonksiyonlarını gerçekleştirmeleri yanında, ileride yapılacak araştırmalar bakımından da çalınan eşya (veya paranın) değerinin de tesbiti yoluna gidilmesi arzu edilmektedir.

Ceza ve infaz siyasetinin tanziminde ele alınacak konulardan biri de, çocuk suçluların tretmanıdır. Bu grupta (11-18 yaşları) bulunanların cezaî yönden tretmanı yerine suç işlemekten alıkoyacak önleyici tedbirlere yönelilmesi; cezaî tretmanın gerektirdiği hallerde de hapis cezasına alternatif tedbirler söz konusu edilmelidir. Hiç şüphesiz, çocuklar ve erginlerin ekserisi biraz yaşlandıktan sonra suçu terk etmektedirler.

Bu gruptakiler için cezaî (ve müessesesevî tretman), arzu edilmemekle beraber, zararlı neticeler doğurmakta; cemiyetin suçluları etkilemesi neticesi kişinin sosyal intibakını zorlaştırmaktadır.

1969 Yılı Vilâyet hudutları ve polis bölgesinde 11 - 18 yaşları arasındakilerin işledikleri suçlardan dolayı yakalananların sayısı 36 405 i bulmaktadır; aynı yıl içerisinde cezaevlerine girenlerinin sayısının 3 147 olduğu göz önüne alındığında (x) tatbikatın sıhhatli bir veçheye sahip olduğu belirmektedir. Tatbikatta, bu durumun nasıl meydana geldiği tetkik edilmeğe değer bir konu olup; neticesi çocuklara yöneltilecek tedbirlerin tanziminde oldukça yararlılık arz edecektir.

Şunu kesinlikle belirtmek yerinde olur ki, çocukları genel önleme düşüncesi tahtında cezaevine göndererek harcamak yerine cemiyet içerisinde islahları yoluna gidilmek; ve bu cümleden olarak **gözetimli erteleme müessesesinin** Türk Ceza Sistemine ithal edilmesi gerekmektedir.

Sosyal hizmetlerin gelişmekte olduğu memleketimizde, il sosyal hizmet büroları ile polis arasındaki irtibat tesis edilerek; ilk defa suç işleyen çocukların suçları ciddiyet göstermediğinden polis tarafından yapılacak bir ihtarla yetinilerek adliye çarkının çalıştırılmaması yerinde bir tedbir olacak; ve ileride sosyal hizmetlerin memleketin tüm sathına yayılması halinde de, çocuk mevzuatını klâsik mahkemelerden alarak, ilgili sosyal hizmet bürolarına devretmek, çocuğun siyaneti yönünden rasyonel ve insancıl bir tedbir olarak belirecektir.

1969 Yılı adlî sicil kayıtlarından edinilen bilgiye göre Adlî Sicil Müdürlüğüne gelen Ceza Bildirme Fiş sayısı 409 030 u bulmaktadır; bu sa-

(X) Jandarma Genel Komutanlığınca yaş gruplarına göre suçlu sayısı tespit edilmemekle beraber, Jandarma Bölgesinde de en az Polisce tesbit edilen sayıda çocuk suçlusu olabileceği ileri sürülebilir.

yı, ceza mahkemelerinin yoğun olan faaliyetlerine yeterli bir delil olabilecek niteliktedir. Bu durumu nazara alarak, mahkemelerin yükünü azaltmak babında bazı suçların sosyolojik araştırmalar neticesi suç olmaktan çıkarılması veya idarî organlara terk edilmesi de söz konusu olabilecek tedbirler arasında yer almaktadır.

Yazarın kanısına göre, Türkiye'deki gelişimin **toleransı** amaç edinmesi gerekmektedir. 1961 Anayasasının getirdiği *esprî* içerisinde anlam ifade eden bu deyimle **laissez - faire** bir siyaset veya diğer bir deyimle **laissez - huppe**, **laissez - cuppe** siyaseti kastedilmediği; gerçekten zararlı olan suçluluk faaliyetleri üzerinde fazlasıyla durulması gerektiğini ifade ettiği; cemiyetin bunlarla mücadelede gerçekçi bir çaba göstermesi ve kişileri suç işlemeğe yönelten durumlara düşmesini önleyecek vasıta ve imkânları bulması ön görülmelidir.

İnfaz yönünden Türkiye'deki durum oldukça ümit verici olup, 1935 tarihli **Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunla**, modern infaz kavramlarına yer verilerek oldukça insanî ve akılcı bir yöntem takip edilmiştir. Bu çerçevede, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yararsızlığı nedeniyle, bu cezaya alternatif tedbirler konulmuştur. Bu tedbirler arasında yer alan para cezasının infazı tatbikatta infaz edilemeyen ilâmlardaki birikim nedeniyle meslek mensuplarının reaksiyonunu celp ederek, eski sistemin (para cezasının ödenmemesi halinde hapse tahvili) ikame edilmesi kabul görür olmuştur.

Bu yol takip edildiğinde, infaz kanununun *esprî*si zedeleneyeceği gibi anlamsız bir geriye dönüşümün vuku bulacağını da belirtmek yerinde olacaktır. Ceza siyasetinde amaç, cezaların şahsileştirilmesi yoluyla özel bir önleme fonksiyonu görmesini sağlamak olup; hâkim tarafından verilecek para cezasının tayininde bu hususun göz önünde tutulması ve cezanın hissedilebilir bir ceza olmasına itina gösterilmesi gerekmektedir. Bu sebepten, para cezalarının aşağı hadleri kanunlarda tesbit edilmekle beraber, *İsveç*'te olduğu gibi günlük para cezası (mahkemece işlenen suça göre kaç günlük para cezası olacağı tayin edildikten sonra, günlük para cezasının seviyesini hükümlünün mali durumuna göre tesbit edilmesi) adlandırılan ve şahsi mali durumunu göz önünde tutan nisbi para cezalarının prensip olarak tüm para cezalarına teşmili oldukça demokratik bir ceza siyaseti olacaktır. 647 Sayılı Cezaların İnfazı hakkındaki kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası'... para cezalarının miktarı, suçlunun iktisadi durumu, aile sorumluluğu meşgale ve meslekî yaş ve sağlık durumu cezanın sosyal etkisi ve uyarma amacı gibi hususlar göz önünde tutularak tespit edilir, normunu vaz etmek suretiyle de mevcut tatbika-

tın yukarıdaki amaca doğru yönelmesini normatif bakımından sağlamış bulunmaktadır.

Yukarıda kısa olarak belirtilen görüşler ve elde mevcut kriminolojik bulgular açısından aşağıda belirtilen hususlara eğinilmesi gerekmektedir.

1. Memleketin sosyolojik gerçeklerine, zamanımızın ceza ilmi esaslarına uyumlu bir Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulünün hazırlanması, ceza kanununda fiilin cemiyeti ve onun üyelerine olan zararının yegane nazım prensip olarak ele alınması;

2. Hapis cezası tatbikatının en asgari hadde indirilmesi;

3. İnfaz teşkilâtı, cezaevinin kişiliği yıpratıcı tesirini azaltmağa yönelmeli ve Cezaların infazı sırasında ve sonrası korunmaya ait tasarının kanunlaşarak ,suçluların cemiyete avdetlerinde intibaklarını sağlamak bakımından her türlü çabanın sarfedilmesi;

4. Suçlu çocuklar bakımından cezaî tretman yerine kaim olabilecek sosyal tedbirler söz konusu edilmeli ve geçiş dönemine şâmil olmak üzere, ilk defa suç işlemiş çocuklar bakımından gözetimli erteleme (probation) müessesesinin ceza sistemine ithali; çocuklar için ön görülecek bu müessesenin kamu oyununda yer etmesi neticesi yetişkin suçluları da kapsamına alması;

5. Cezanın şahsiliği prensibi ceza ve infaz sisteminde yer etmiş olmakla beraber, suçlu ailesinin etkilenmesi v.s. nedenlerle reel olarak yerine getirilemeyen bu prensip karşısında tutukluluk halinin asgariye indirilmesi ve 1964 - 1969 yıllarında ortalama olarak 75.000 tutuklunun cezaevlerine girdiği ve bunlardan ortalama olarak sadece 9.000 nin mahkûm olarak yıl içerisinde cezaevlerinde kaldığı (1969 yılı içerisinde cezaevine giren tutukluların aylık ortalama 7 329 olduğu) göz önüne alınarak tutukluluk siyasetinin yeniden gözden geçirilmesi.

6. Ceza hâkimlerinin fonksiyonları icabı, suçlunun gelecekteki hareketlerini etkilemek amaç edinildiğinden, özel bir formasyon sahibi olabilmelerini sağlamak üzere periyodik seminerler ihdas edilmesi; hâkimin, suçluya verilecek cezayı seçimde, genel önleme kavramını ihmal etmeksizin, cezanın sosyal intibakı temine hizmet eder nitelikte olmasına dikkat etmesi;

7. Plânlı kalkınma vetiresine uyumlu olarak sosyal savunma hizmetlerinde de plânlama yapılması ve bunun millî kalkınma programları içerisinde mülâhaza edilmesi;

8. Adli işlerde sürat sağlamak bakımından klasik ceza mahkemelelerinin görev sahasına giren bazı suçların ve sair hususların diğer mahkemelere, sosyal refah bürolarına veya idarî organlara havale edilir.

9. İstinaf mahkemelerinin kurularak Temyiz Mahkemesinin aslî hüviyetine kavuşmasının sağlanmasıdır.

Sonuç olarak, suç sorunu önleme, ceza siyaseti ve infaz zan edildiği gibi basit bir iş olmayıp; devamlı araştırmayı (araştırma örgütlerini) gerektirmekte; sağ duyu yerine ilmiliğin esas alınmasını zorunlu yapmak-tadır.

Bibliyografya

Devlet İstatistik Enstitüsü. Adalet İstatistikleri, 1960 - 67

H. Mannheim. Criminal Justice and Social Reconstruction, London, P. Kegan. 1946.

J. Van Parys. Convient-il de maintenir les sanctions de délits d'adultère et d'entretien de concubine dans notre droit pénal? Revue de droit pénal et de criminologie, 1950 - 51, pp. 505 - 512.

K. Gür. Ceza Adaletinde Yenileşme Üzerine (Tartışma Sütunu) Cumhuriyet Gazetesi, 20 Mayıs 1965, s. 2.

Mc Clintock. Aspects criminologique et penologiques du chiffre noir du crime et de la criminalité, Sixieme Conférence européenne des directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Conseil de L'Europe, Strasbourg, Novembre 1968.

M. Lopez - Rey. Türkiye'de Suçluların İslâhı Üzerine Rapor (Çev. M. T. Yücel) Adalet Bakanlığı Ankara, 1967.

N. Christie, J. Andenaes and S. Skirberkk. A Study of Self Reported Crime, in Scandinavian Studies in Criminology, Oslo, Universitetsforlaget; London, Tavistock publications, Vol. 1, 1965.

Royal Commission on Capital Punishment, H. M. Stationary Office, 1953.

T. Morris. The Social toleration of crime, in changing concepts of crime and its treatment, Oxford, Pergamon Press, 1967.

The Challenge of crime in a free society, Washington, 1967, United States, President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice.

The Penal Code of Sweden, Ministry of Justice, Stockholm, 1965.

T. Eriksson, Toplum, Suçlu ve İslâh (Çev. M. T. Yücel) Adalet Bakanlığı, Ankara, 1968.

Third U. N. Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders, A/CONF, 26/7, United Nations, New York, 1967.

Fourth U. N. Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders (Kyoto, Japan, 17 - 26 August 1970) Organization of Research for Policy Development in Social Defence, A/CONF. 43/4, United Nations, New York, 1970.

**647 SAYILI KANUNUN MEŞRUTEN TAHLİYEE İLİŞKİN 19 UNCU
MADDESİNİN HÜKMEN TUTUKLULARA TATBİK OLUNUP
OLUNAMIYACAĞI HAKKINDA BİR İNCELEME**

Yazan : Dr. İskender TEPEBAŞILI
(Adana Hâkim Mua. Yet. Ağ. C. Üyesi)

Giriş :

Tetkik etmek istediğimiz mesele şudur : bir şahıs hakkındaki ceza davası tutuklu olarak devam ederken hüküm verilip cezalandırılrsa ve henüz hüküm kat'iyet kesbetmeden (1) sanık verilen cezanın 2/3 nü tutuklu olarak geçirmiş ise 647 sayılı Kanunun 19. m. den istifade ettirilerek meşruten tahliye edilebilir mi?

Bir misâl verelim : A adındaki şahıs işlediği müessir fiil suçundan 6/1/1968 tarihinde tutuklanmış ve mahkemesi devam ederken 3/2/-1969 tarihinde TCK. nun 456/2, 457/1, 51/1 ve 59. cu maddeleri geçince bir yıl sekiz ay müddetle hapis cezası ile tecziye edilmiştir. Sanığın tutuklulukta geçen müddeti hesaplandığında 16/2/1969 tarihinde verilen cezanın 2/3 nü çekmiş ve meşruten tahliye hak kazanmış durumuna girmektedir. Ancak dosya kararın temyiz edilmesi sebebiyle yargıta ydadır. Karar kesinleşmediği halde meşruten tahliye mümkün olacak mıdır?

Bu suale ilk nazarda verilecek cevap «hayır» dır ve tatbikatta bu yöndedir. Nitekim tutuklu (hükümlü) hakkında henüz kesinleşmiş bir ilâm olmadığına göre, tutuklu hükümlü sıfatını iktisap etmemiştir, infaz başlamamış ve dolayısı ile meşruten tahliye mevzu bahis olamaz.

Meselenin tatbikatına dair Adalet Bakanlığı C. İş Ge. Müd. lüğünün 21/7/1935 tarih ve 24132 sayılı tamimini aşağıya alalım :

«647 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine tevfilan meşruten tahliye kararı verilebilmesi için ortada kesinleşmiş bir ilâmın bulunması gerektiğinden, mevku f sanıklar hakkında ki hükümlerin kesinleşmesini müteakip derhal yukarda yazılı kanun maddesi uyarınca işlem yapılması icabeder»

Tatbikatın bu seyrini C. M. U. K. nun 395. maddesi ve 647 sayılı Kanunun 19. maddesinin metni doğrular gözükmektedir. Ezcümle Usulün.

(1) Hüküm kat'iyet kesbetmemiş olması iki hale münhasırdır : 1 — Hüküm temyiz olunmuştur, bu halde C.M.U.K. nun 312/1 göre temyiz istidatı verilmesi hükümün kesinleşmesine mani olur.

2 — veya henüz temyiz için muayen müddet dolmamıştır ve ilâm kesinleşmemiştir.

61

395. maddesine göre «Mahkûmiyet hükümleri kat'ileşmedikçe icra olunamaz». Keza infaz Kanununun 19. maddesi «Muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanlardan bulundukları ceza evinde hükümlülük süresinin 2/3 nü iyi hal ile geçirenler talepleri olmaksızın şartla salıverilirler. «Kanunun metnine göre suçlunun mahkûm olması ve hükümlülük süresinin 2/3 nü iyi hal ile geçirmesi şarttır. Suçlunun iyi halle hükümlülük süresini geçirdiğini tesbit edecek cezaevi idaresidir.

Tatbikatta mahkemeler karar verince «hüküm özü» denilen ilâm hulasasını c. savcılığına vermekte, savcılıkta bunu hazırlık - esas defterine kaydedip ceza evine yollamaktadır. Ceza evi idaresi ise karar kesinleşmediğinden hüküm özünde yazılı müddet sonuna kadar infaza devam etmekte ve bu müddetin hitamında re'sen tahliye gitmektedir. (1)

İmdi, dosyası yargıtayda bulunan tutuklu (hükmen) sanığın durumunu tetkik edelim. Yargıtayın incelemesi sonunda iki neticeye varılabilir.

1 — **Yargıtay hükmü tasdik eder** ve dosyayı merciine sanığın meşruten tahliye icabettiren tarihten sonra iade ederse tabiatıyla tutuklu arada geçen müddet içinde fazlasıyla yatmış olacaktır. Dolayısıyla davasının uzaması sonucu 647 sayılı Kanunun hükümlerinden istifade edemeyecek ve belkide daha dosyası yargıtaydan dönmeden verilen cezayı tamamiyle çekerek tahliye olacaktır. Sanığın bu halde cezasını fazlasıyla çekmesinin sebebi elbette ki davaların uzamasıdır. Bu noktada amme efkarını çok yakından ilgilendiren bir hususa temas etmiş oluyoruz. Vatandaşın devletten süratli ve iyi adalet hizmeti beklemek hakkıdır. Uzun müddet davanın devam etmesi, işin uzaması ve suçlunun kendi kusuru dışında bir sebeple 647 sayılı Kanunun meşruten tahliyeyle ilişkin hükmünden istifade ettirilmemesi bizi bir takım haksız neticelere ulaştırabilecek- tir. (2)

2 — **Şayet Yargıtay hükmü bozup** mahkemesine iade ederse durum dahada karışıktır. Sanık tutukludur, eski hüküm yargıtayın bozması üzerine ortadan kalkmış ve yeniden muhakemeye başlanacaktır. Şayet mahkeme ısrar kararı verirse, bu kerre iş ceza genel kuruluna gidecektir, veya mahkeme temyiz bozma ilâmına uyarsa bir takım muamelelere yeniden başlanacaktır, iş uzayacaktır, dolayısı ile sanığın mağdur olması kuvvetle muhtemeldir.

(1) Bak, A. Rıza MENGÜÇ, Ceza infaz hukuku ve infaz müesseseleri, İst, 1968, s 36

(2) Burada devletin hizmet kusurundan bahis edilebilir. Keza 466 sayılı kanun hükümlerince tazminat hakkı doğar. Mezkûr kanunun 1 mad, göre «Anayasa ve diğer kanunlar dışında gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilenler tazminat alırlar.»

Tatbikatta bu durum mahkemelerce re'sen nazara alınmakta ve sanığın ilerde infaz kanunun meşruten tahliyeyle dair hükümlerinden istifadesi mümkün bulunduğu gerekçesi ile tahliyesine gidilmektedir. Tabiidir ki yerinde olan bu kararlara iki yönü ile itiraz edilebilir :

a) Şayet hüküm tarihinde cezanın 2/3 ü henüz tutuklu olarak geçirilmemiş ise hükümle birlikte tahliye mümkün olamayacaktır. Esas mahkemesi işi karara bağladıktan sonra artık tahliye kararı veremez. Bu halde denebilir ki durum yargıtayca incelenip tahliye cihetine gidilsin. Ancak yargıtay tetkikatı mahiyeti icabı böyle bir kararın alınmasını mümkün kılamaz. Yüksek mahkemenin fonksiyonları esas mahkemesinin rolünden bir çok noktalarda ayrılmaktadır.

b) Diğer yönden ilerde muhtemel bir meşruten tahliye kararı verilmesi mümkün olduğundan sanığın mağduriyetini önlemek için tahliyeyle gidilebilmesi için mahkemenin tutuklukta geçen müddet zarfında sanığın gidişatı hakkında bilgi sahibi olması icabeder. Aksi halde böyle bir karar hakiki durumlardan habersiz olarak alınacaktır. Maalesef tatbikatımızda tutuklu sanığın ceza evindeki gidişatı hakkında dosyasında hiç bir bilgi yoktur ve ceza evi idaresince de mevzuatta bir hüküm mevcut olmadığından mahkemeye bu yönden rapor verilmemektedir. (1)

Her ne hal ise mahkeme böyle bir tahliyeyle yanaşmadığı takdirde meşruten tahliye müddetini dolduran suçlu, kendi yönünden, C. Savcısının veya müdahilin kararı temyiz etmediği hallerde, kararı kesinleştirmek, geri kalan cezayı çekmemek ve tahliyeyle sağlamak için kendisinde temyiz hakkını kullanmamaktadır. Sanığın aleyhine olan bu durum doğrusu bizi tahlikeli bir noktaya getirmiştir. Tahliyeyle temin etmek için sanığı temyiz hakkından vazgeçirmeğe zorlayan kötü tatbikat onun en tabii hakkı olan hakikatin araştırılması dileği ile davasını bir üst mercilere götürmesine dair arzusuna mani olmaktadır ki asla tecviz edilemez.

Bu mahzurları bertaraf etmek ve ceza davasının seyyaliyetini temin ve infaz kanununu öngördüğü gayeler içinde tam olarak tatbik etmek için fikrimizce henüz hakkındaki hüküm kesinleşmeyen hükmen tutuklu

(1) Böyle bir rapor her üç veya dört ayda bir dosyasına konmak üzere mahkemesine yollanarak, suçlunun ceza evinde isyankar olup olmadığı veya yeni bir suç işleyip işlemediği, veya başka suçtan tutuklu olup olmadığı veya başka suçtan hüküm giyip giymediği hususunda bilgi verecektir ki mahkeme bu bilgilere istinaden ilerde hüküm tesis ederken 59. m. tatbiki veya muhtemel bir meşruten tahliye hakkında aydınlatılacak dolayısı ile tutukluluk durumu ona göre nazara alınacaktır. Fransız sisteminde tutuklu dosyasında böyle bir belgeyi görüyoruz, Bak, Ad. Der. say. 969 - Eylül, Fransız ceza infaz sisteminde suçluların müşahedesı, say, 589, İ. TEPEBAŞILI

sanığı şartları yerine getirildiği takdirde meşruten tahliyeden istifade ettirmek yerinde olacaktır. Bu neticeye varmamıza sebep olan gerekçeleri tesbit edelim :

1 — Mevzuatı tetkik ettiğimizde, bu neticeye varmamıza mani olan veya sarih olarak mevzuu tanzim eden bir kanun metni göremiyoruz. Kanun vazı işlerin normal müddeti içinde yürüyeceğini düşünmektedir. Ortaya çıkan problem daha ziyade pratikte davaların uzaması ile ilgilidir.

C. M. U. K. nun 395. m. göre «mahkûmiyet hükümleri katılesmedikçe icra olunamaz». Kanunun bu hükmünü daha ziyade tutuklu olmayan sanıklar için düşünmek yerinde olacaktır. Tutuklu sanıklar için infaz tutuk tarihinden itibaren zaten başlamıştır. Bu düşünce tarzını infaz kanunun 19. maddesinin 2. fıkrası ve temyiz mahkemesinin bir çok içtihatları (1) doğrulamaktadır. Mezkûr kanunun 19. m. 2, fık göre : «Bu nisbetin (hükümlülük süresi) tayininde hükümlünün tutuklu kaldığı günlerde hesaba katılır» Ayrıca 19. m. 1. fıkrasındaki «mahkûm olanlar» tabiri içerisinde, metni zorlamak ve geniş tesfir etmemek suretiyle hakkında mahkemece karar verilip dosyası yargıtaydan geçmeyen suçlu kategorisi de sokulabilir.

2 — Temyiz tetkikatı, esas mahkemelerinden verilen hüküm ile bu hükmün verilmesi için yapılmış muhakemenin kanuna uygun olup olmadığını diğer bir deyimle ceza davasının yalnız hukuki cihetlerini tetkik gayesiyle tesis edilmiş bir kanun yoludur.

Bu itibarla temyiz mahkemesi mahkeme derecelerinden değildir. Diğer mahkemeler gibi davanın esasını, fiili ve maddi cihetlerini tetkik edemez, esas mahkemelerinin takdir ve kanaatlerine karışamaz. (2)

Bu prensiplerin ışığı altında hareket edilirse denilebilir ki mademki Yargıtay tetkikatı davanın maddi vakıaları hakkında değildir o halde sanığın durumu infaz yönünden muvakkat bir süre için esas mahkemesinin kararına istinat etsin.

3 — Bu faraziye kabûl edildiği takdirde mahkemece verilen hüküm-özüne istinaden ceza evi idaresinin müddetin dolduran ve diğer şartlara uygun olarak tutukluluk müddetini geçiren sanık hakkında gerekli meş-

(1) C. G. K. 6/12/965 tarih, 430 s. İctihadı, bak. MENGÜÇ a. g. e, s. 135 «Şartla tahliye süresini tutuk bulunduğu sırada iyi hal ile geçirdiği cezaevi disiplin kurulu kararıyla anlaşılmaması halinde, hükmün kesinleşmesinden sonra hükümlünün yeniden ceza evine alınmadan şartla tahliyesine karar verilmesi uygundur.»

(2) Bu hususta bak. Tahir TANER, Ceza muhakemeleri usulü, İst. 1955, s. 367

ruten tahliye evraklarını hazırlayarak mahkemeden bu mevzuda kararı istemesi ve mahkemeninde meşruten tahliye kararı vermesi mümkündür. Elbette ki bu mahkeme sanık henüz tutuklu olduğuna ve başka bir mahalle nakledilmediğine göre hükmü veren mahkeme olacaktır.

Ancak infazcılar buna itiraz edecekler ve hükme ilişkin bazı meseleleri ortaya atacaktlardır.

İlk itiraz adli sabıkadır. Henüz ilâm kesinleşmediğine göre, meşruten tahliye üzerine adli sicil fişi doldurulmalı mıdır? İkinci olarak ilâmdaki para cezalarının infazı cihetine gidilecektir? Ayrıca tekerür hükümleri nasıl tatbik olunacaktır? vs.

Kanaatimizce bu meselelere ilişkin hususlar ilâmın kesinleşmesine bırakılmalı ve muvakkat bir dosya açılarak, bu dosyaya hükümzözü, ilâmın bir sureti konmalı ve ayrıca tutuklular ile hükümlüler arasında ayrı bir kategori teşkil eden tutuklu hükümlüler için bir defter tutulmalıdır. (1)

Yargıtay ilerde hükmü tasdik ederse mesele yoktur. Muvakkat dosyaya konan evraklar kesinleşen ilâm gereğince normal işlemlere tabi olacaktır.

Şayet hüküm nakzedilirse yeniden muhakeme sonunda evvelki cezadan daha fazla bir cezaya hükmedilir ve bu ceza kesinleşirse bu arada tahliye olan sanık yeniden ceza evie alınacaktır. Ancak yeniden hapsedme ilk ilâm gereğince geçirilmesi şart olan meşruten tahliye müddeti içinde olursa bu halde tahliye ile yeniden hapsedme arasında geçen müddet üzerine ikinci kere verilen cezanın infazında meşruten tahliye müddetinden tabiatıyla mahsup edilecektir.

4 — Tatbikatta yapıldığı gibi, gününü dolduran suçlunun meşruten tahliyeden istifade ettirilmeyerek dosyasının yargıtaydan dönmesini bekletmek fiilen 647 sayılı Kanunun tatbikini ileriye muzaf tutmak demektir. Yargıtay incelemesi meşkuktur. Meşruten tahliye adı üzerinde olduğu gibi kesin bir tahliye değildir. Sanığın meşruten tahliye müddeti içinde yeniden bir suç işlemesi halinde geri alınır, o halde fiilen bu tahliyeyi yargıtayın hükmü bozmaması şartına irtibatlayarak yapmanın, hiç bir kanunî mahzuru olmayacaktır. Kaldı ki, yeniden suç işlememe şartı gibi mühim bir verinin yanında hükmün yargıtaydan bozulmaması şartı sadece şekle vabestedir. Neticede mevzubahis olan fert hürriyetini kısıtlamak olduğuna göre evleviyetle böyle bir şekli şarta ferdin hürriyetini feda etmek yerinde olmayacaktır. Yargıtay incelemesinin sonuna kadar verilen

(1) Ezcümle büyük şehirlerde ki tatbikata hükmen tutuklular için ayrı bir defter tutulmaktadır. Bak, A. Rıza MENGÜÇ, a. g. e, s. 37

cezanın tümüyle infazı cihetine gidilmesi birazda infazcılarının bu mevzuda mes'uliyetleri deruhte etmemelerinin neticesi gibi görülmektedir. Oysa meşruten tahliye karar verecek makam mahkemedir. İnfazcının bu mevzuda mesuliyeti olmasa gerek. Ancak infaz kanununun 19. maddesi gereğince mahkeme böyle bir talebi reddederse bu karar aleyhine acele itiraz yolu açık olup acele itirazı tetkik eden mercii ise Usulün 299. maddesi gereğince sulh, ve asliye mahkemelerinin kararlarına karşı asliye veya ağır ceza mahkemesi ve ağır ceza mahkemesinin kararlarına karşı en yakın ağır ceza mahkemesi olup bu mercilerin kararlarında kesin olduğundan mesele yargıtaın tetkikinden geçmemektedir. Bu sebeple Yüksek Mahkemenin bu mevzudaki fikri bilinmemektedir. Ümit edelim ki suçlularından biri itiraz mercisinin verdiği kesin karar aleyhine tashihi karar cihetine gitsin ve Yüksek Mahkemenin bu mevzuda düşünceleri ortaya çıksın.

5 — Hükmen tutuklunun meşruten tahliyeden istifade ettiği halde, yukarda bahis ettiğimiz üzere devletin tazminat mükellefiyetide mevzu bahis olmayacaktır.

6 — İnfaz politası bakımından da, devlet suçluyu cezaevinde fazla tutmamakla masraftan tasarruf edilmiş olacak ve böylece sun'i bir şekil cezaevi halkında çoğalması önlenecektir.

7 — Keza hükmen tutuklu sanık, bu haktan istifade edince temyiz hakkını çekinmeksizin kullanacak ve dolayısı ile adalete olan inancıda sarsılmamış olacaktır.

8 — Ayrıca dâvası şu veya bu sebeple, gecikmeksizin cereyan ederek hakkında verilen hüküm kesinleşen ve meşruten tahliyeden normal süresi içinde istifade eden diğer hükümlüler tahliye edilirken onların yanında hükmen tutuklu psikolojik bir bunalım gösterecek, cemiyete karşı suçunun kefarecini iyi bir gidiş göstererek ödeyen suçlunun bir an önce tahliyeyi beklemek hakkı olacaktır. Bir takım karışık infaz muameleleri veya formalitelerden dolayı suçluyu bu haktan mahrum kılmak yerinde olmasa gerekir.

NETİCE

Yukardan beri izah ettiğimiz sebeplerle, hükmen tutuklunun hakkında verilen karar kesinleşmese dahi meşruten tahliyeden istifade ettirilebileceği ve bu mevzuda mevzuatta karşıt bir hükmün bulunmadığı kanaatindeyiz. Ne var ki tatbikat bizim bu düşüncelerimizin tamamen tersi nedir. Mesele aynı zamanda C47 sayılı İnfaz Kanunun bir gediği ve tatbikata bıraktığı açık kapı olarak gözüküyor. Kanunun esbabî mucibesi ve ruhuna hakim olan prensiplerin ışığı altında vardığımız neticenin doğru olduğuna inanıyoruz. Bununla beraber problemin halli cesur infazcılarının ve hâkimlerin yüksek vicdanlarına kalmaktadır.

606

YARGITAY KARARLARININ IŞIĞI ALTINDA MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Yazan : Mustafa Sadrettin AYKONU
(Bartın Sulh Hâkimi)

Plan :

- 1 — Konuya Giriş
- 2 — Dâvanın Hukukî Mahiyeti
- 3 — Dâvanın Hükmi
- 4 — Dâva Zamanlaşımı
- 5 — Görevli ve Yetkili Mahkeme ve İhtiyati Tedbirler
- 6 — Sonuç

1 — Konuya Giriş : Medeni Kanunun 577. maddesinde (Terekeye veya bir kısmına vaziyed edenlere karşı kanunî veya mansup mirasçı sifa veya bir kısmına vaziyed edenlere karşı kanunî veya mansup mirasçı sıfatiyle racih bir hakka malik olduğuna sahip olan kimse, miras sebebiyle istihkak davasında bulunabilir.) denilmiştir. Bu hüküm tatbikatta ve bilimsel içtihatlarda değişik yorumlara tabi tutulmuştur. Bu davanın şartları ve kapsamı konularında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Miras sebebiyle istihkak dâvasının paydaş mirasçılar arasında cereyan edip etmiyeceği ve terekeye vaziyed eden kimsenin sıfatı üzerine tereddütler belirmektedir. Bu yüzden uygulama alanında bu dâvanın diğer dâvalarla karıştırıldığına ve yanlış sonuçlara varıldığına tanık olduğumuz için Yargıtay kararlarının da ışığı altında konuyu inceleme gereğini duyduk.

2 — Dâvanın Hukukî Mahiyeti : Bir kere, bu dâvayı açacak olan kimsenin kanunî veya mansup mirasçı olması gerektiği Medeni Kanunun 577. maddesinde açıkça gösterilmiştir. Bir de, bu dâvanın mirastan doğan üstün hak iddiasına dayanılarak açılması gerektiği hususunda tereddüt yoktur. Terekeye veya bir kısmına vaziyed eden kimse şayet kendisinin mirasçı olduğunu ve terekeye bu sebeple elkoymuş olduğunu ve dâvacının mirasçı olmadığını bildiriyorsa bu takdirde dâvacının mirastan doğma üstün hakkı bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Dâvalının mirasçı sıfatiyle terekeye elkoymuş bulunması ve dâvacının mirastan doğma hakkına itiraz etmesi lâzımdır ki, dâva miras sebebiyle istihkak dâvası olsun. Dâvacı kandisinin mirasçı olduğunu, dâvalının mirasçı olmadığını iddia ve ispat edecektir. Gerçi, Medeni Kanunun 577 maddesinde bu dâvanın dâvalısının terekeye mirasçı sıfatiyle vaziyed eden kimse olacağı yolunda açık bir hüküm yok ise de, maddedeki (..... mirasçı sıfatiyle racih bir

hakka malik olduğuna sahip olan kimse ...) sözlerinden dâvalının da mirascı olduğunu iddia eden ve dâvacının mirastan doğan hakkına itiraz eden bir kimse olması gerektiği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde dâvacının üstün hak sağlayan mirascılık sıfatına dayanmasına lüzum ve mahal kalmaz. Tereke malına mirascı sıfatıyla elkoyduğunu ileri sürmeyen veya, dâvacının mirascılık sıfatına bir itirazda bulunmayan kimseye karşı açılan dâva miras sebebiyle istihkak dâvası değildir. Murisin malına haksız olarak elatan bir kimseye karşı muris sağlığında ne gibi dâvalar açabilecek idiyse, mirascılar da murisin külli halefi sıfatıyla aynı dâvaları açabilirler. Bu takdirde mirascılar murisin istinat edebileceği hukuki sebepleri ileri sürebilirler. Miras sebebiyle istihkak dâvasında ise dâvacı muristen geçen dâva hakkını kullanmağa hacet kalmadan mirascı sıfatıyla malın kendisine teslimini talep edebilir. Tereke malını elinde bulunduran kimse kendisinin mirascı olduğunu ve o malı mirascı sıfatıyla elinde bulundurduğunu iddia etmez veya dâvacının mirascılık sıfatına bir itirazda bulunmaz ve malı başka bir hukuki sebebe dayanarak elinde bulundurduğunu bildirirse ona karşı miras sebebiyle istihkak dâvası açılmaz. Bir akde müsteniden malı elinde bulundurduğunu bildiren kimseye veya gasıba karşı mirascı, muristen intikal eden geri isteme hakkına dayanarak malın kendisine teslimini talep edebilir. Bu takdirde akid veya haksız fiil hükümleri tatbik edilir. Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12/10/1960 gün ve esas 7 - 32, karar 66 sayılı ilâmında aynı görüş benimsenerek (... miras sebebiyle istihkak dâvasının malı elinde mirascı sıfatıyla bulundurduğunu iddia eden veya malı elinde bulundurmak için hiçbir sebep göstermeyen ve dâvacının mirastan doğan hakkına itiraz eden kimseye karşı açılabilmesi) kabul edilmiştir. (Adalet Dergisi, Şubat/1962, sayı 2, sahife 189 ve müteakip)

Paydaş mirascılardan bir kısmı diğer mirascıların haklarını inkâr ederek terekeye elkoysalar dahi, hakları inkâr edilen paydaşların terekeye elkoyan mirascılara karşı açacakları dâva miras sebebiyle istihkak dâvası değildir. Çünkü dâva sabit olduğunda tereke malları elkoyan mirascılardan alınarak dâvacılara teslim edilemez. Halbuki, Medeni Kanunun 578. maddesi gereğince miras sebebiyle istihkak dâvasının sonunda dâva sabit olduğunda, tereke zilyedlik hükümlerine göre dâvalıdan alınıp dâvacıya teslim edilir. Dâvalı da paydaş mirascı olduğu takdirde, onun da tereke üzerinde mirastan doğma hakkı mevcut olduğundan ve hisseleri fiilen ayrılmadığından terekenin ondan alınarak dâvacıya teslimine hukuken imkân yoktur. Ayrıca paydaş mirascıların birbirlerine karşı mirastan doğma üstün hakları da mevcut değildir. Ortak mirascılar arasındaki uyuşmazlık mirascılardan birinin açacağı taksim dâvası

ile halledilir. Taksime kadar terekeye bir mümessil tayin edilmesini ve mümessil marifetiyle terekenin idaresini : mirasçılardan herbiri talep edebilir. Şayet tereke malını mirasçılardan birisi sarf ve istihlâk etmiş yahut elden çıkartmış ise, bu takdirde hakkını alamayan mirasçı diğer mirasçı aleyhine bir alacak veya tazminat dâvası açabilir. Bu dâvalar miras sebebiyle istihkak dâvası niteliğinde değildir. Nitekim, Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda anılan kararında (... miras sebebiyle istihkak dâvasının teslimi istenilen terekeye veya mala mirasçı sıfatıyla malik olduğunu ileri süren kimseye karşı açılabilmesinin kabulü demek, bir mirasçının kendisiyle beraber paydaş olan diğer mirasçıya karşı miras sebebiyle istihkak dâvası açabileceğinin bu karar ile kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira, bu konu kurulca görüşülmüş değildir.) denilmiştir.

Miras sebebiyle istihkak dâvası, muristen intikal eden bir dâva hakkı olmayıp, mirasçının şahsından doğan bir dâvadır. Ancak, Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20/1/1965 gün ve esas 15 - D - 2, karar 32 sayılı kararına göre, mirasçı birden fazla ise Medeni Kanunun 581. maddesindeki iştirak halinde mülkiyet hükmü gereğince bu hakkın bütün mirasçılarca ve beraberce kullanılması, mirasçılar anlaşamazlarsa sözü edilen madde uyarınca temsilci atanması yoluna gidilmesi gerekir. Şayet mirasçılar arasında tereke paylaştırılmış ise ve paylaştırmaya dâva konusu mal dahi katılmış ise, o zaman tek mirasçı miras sebebiyle istihkak dâvası açabilir. (Ankara Barosu Dergisi, yıl 1966, sayı 2, sayfa 295)

Miras sebebiyle istihkak dâvası, küllî bir dâvadır. Terekeye giren bütün malların, hak ve alacakların tek bir dâva ile teslimi istenebilir. Terekeye giren her bir mal, hak ve alacak üzerindeki muristen intikal eden aynı veya şahsî hakların ayrı ayrı ileri sürülüp ispat edilmesine hacet kalmadan bunların teslimi talep edilebilir. Zaten dâvanın kanuna konuluş amacı da budur. Terekeye giren menkul, gayrimenkul mallar ve alacaklar hakkında ayrı ayrı dâva açmağa lüzum yoktur. Bir de, bunlar üzerindeki murisin aynı veya şahsî haklarını ayrı ayrı ispat etmeğe hacet yoktur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun biraz önce anılan kararına göre, miras sebebiyle istihkak dâvasında aynı ikâme prensibi uygulanır. Yâni terekeye dahil bir mal satılmış veya başka bir mal ile trampa edilmiş ise, satış bedeli veya yeni mal, ilk malın yerine geçer. Bu takdirde istihkak dâvası olarak kalacaktır.

3 — Dâvanın Hükmü : Medenî Kanunun 578. maddesi gereğince (Miras Sebebiyle İstihkak Dâvası sabit oldukça, hasım yedinde bulunan malı zilyedlik kaidelerine göre dâvacıya verir. Hasım bu davalarda ikti-

sap müruru zamanı def'inde bulunamaz.) Miras sebebiyle istihkak dâvası bir tesbit dâvası olmayıp, bir edâ dâvasıdır. Sadece mirascılık sıfatının ispatı için hasımlı veya hasımsız olarak açılan bir dâva, miras sebebiyle istihkak dâvası değildir. Bu dâvada tereke mallarının tamamının veya bir kısmının tesliminin talep edilmiş olması lâzımdır. Aynı zamanda dâvanın tereke mallarına vaziyet eden kimselere karşı açılması gerekir. Dâvacının üstün hak sahibi mirascı olduğu sabit olursa, dâva konusu malların zilyedlik hükümlerine göre dâvacıya teslimine karar verilir. Dâvalının iyi veya kötü niyetli zilyed olmasına göre iadenin şümülü değişecektir. Hasım bu dâvaya karşı malın mülkiyetini zamanasını sebebiyle iktisap ettiğini ileri süremeyecektir. Bu yasak kanuna konulmasa idi, aslında mirascı olmadığı anlaşılan dâvalı, istisabî zamanasını ileri sürerek icabında malı teslim etmekten imtina edebilirdi. Bu takdirde, miras sebebiyle istihkak dâvasının adı istihkak dâvasından bir farkı kalmazdı. Adı istihkak dâvasına karşı dâvalı iktisabî zamanasını def'ini ileri sürebilir. Çünkü dâvacı mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Mülkiyet hakkı ancak istisabî zamanasını ile ve kanunun gösterdiği diğer sebeplerle ortadan kalkar. Miras sebebiyle istihkak dâvasında ise uyumsuzluk üstün hak sağlayan mirascılık sıfatı üzerindedir. Bu dâvanın konusu mülkiyet ihtilâfı değildir. Dâvalı iktisabî zamanasına dayanmak istiyorsa, dâvacının mirascılık sıfatına itirazda bulunmaması ve mal üzerinde kendisinin mirascı sıfatıyla bir hak iddiasına kalkışmaması lâzımdır. Aksi takdirde, iktisab zamanasını def'ini ileri süremez. Menkullerde 5 ve gayrimenkullerde 10 ve 20 senelik iktisabî zamanasını süreleri, miras sebebiyle istihkak dâvasında uygulanamaz. Bu yasağın kanuna konuluşu sebebiyle, dâvadaki uyumsuzluğun sadece mirascılık sıfatına taallük etmesi ve bu dâvanın Medenî Kanunun 579. maddesinde ayrıca müruru zamana tabi tutulmuş olmasıdır. Mala mirascı sıfatıyla elkoyduğunu ileri süren ve dâvalının mirastan doğan hakkına itiraz eden kimse, aynı zamanda bu malı uzun süre elinde tuttuğundan bahisle mülkiyet iddiasında bulunamaz. 27/4/ - 1949 gün ve esas 7, karar 7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, Müsterek mirascılar arasında mirascılık hususunda bir ihtilâf bulunmadığı takdirde, bunlar arasındaki dâvanın adı istihkak davası olacağı ve iktisabî zamanasının cereyan edeceği kabul edilmiş idi. Ancak sonradan çıkan 26/5/1954 gün ve esas 7, karar 17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile yukarıda anılan içtihadın yürürlükten kalktığı ve artık mirascılar arasında iktisabî zamanasının işlemeyeceği kabul edilmiştir. Esasen evvelki içtihatla benimsenen görüş, Medenî Kanunun ruh ve maksadına uygun düşmemekte idi.

4 — Dâva Zamanasını : Medenî Kanunun 579. maddesine göre miras sebebiyle istihkak dâvası I. 10 ve 30 senelik zamanasına tâbi tutul-

6/10

muştur. Bu süreler ıskatî yâni dâva zamanasını süreleridir. Ancak mirascıya karşı ileri sürülebilir. Dâvanın reddini sağlar. Bu sebepten, miras sebebiyle istihkak dâvası, bir aynı hak dâvası değildir. Miras hakkından doğan bir istihkak dâvasıdır. Bu dâvanın, terekeye ancak mirascı sıfatıyla elkoyan kimseye karşı açılabilceğini yukarıda izah etmiştik.

İyi niyetli zilyede karşı açılacak miras sebebiyle istihkak dâvasının zamanasını süresi 10 yıldır. Bu süre, mirasın açıldığı günden başlar. Ancak, dâvacının hakkının racih olduğuna ve hasmının zilyed bulunduğuna ıttıladan itibaren bir yıl içinde dâva açmazsa, dâvası zamanasına uğrar. Kötü niyetli zilyede karşı zamanasını süresi 30 yıldır. Bu süre de, mirasın açıldığı tarihte işlemeğe başlar. Zilyed kendisinden başka üstün hak sahibi mirascı bulunduğunu bilmiyor ve bilecek durumda bulunmuyorsa, iyi niyetli sayılır. Aksi takdirde iyi niyet iddiasında bulunamaz.

5 — Görevli ve yetkili mahkeme ve ihtiyatî tedbirler : Medenî Kanunun 518. maddesi gereğince miras sebebiyle istihkak dâvası murisin son ikametgâhı mahkemesinde açılır. Terekeye dahil mallar, haklar ve alacaklarla bunlara elkoyan kimseler başka başka yerlerde bulunsalar da, hepsi hakkında miras sebebiyle istihkak dâvası, murisin son ikametgâhı mahkemesinde açılır. Ancak, tereke malları hakkında açılacak diğer dâvalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun selâhiyete dair hükümleri uygulanır. Görevli mahkeme, dâva edilen şeyin kıymetine göre Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Medenî Kanunun 577. maddesine göre Hâkim dâvacının talebi üzerine hakkının muhafazası için iktiza eden tedbirleri alır. Bu tedbirler teminat istenmesi veya tapu kaydına şerh verilmesi gibi şeylerdir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 101 ve müteakip maddeleri gereğince Hâkim, gerekli gördüğü diğer ihtiyatî tedbirlere de karar verebilir.

6 — Sonuç : Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, miras sebebiyle istihkak dâvası, tereke mallarına elatan herkese karşı açılacak bir dâva olmadığı gibi, bu dâva ortak mirascılar arasında da cereyan etmez. Ancak, tatbikatta bu kurala her zaman uyulduğu söylenemez. Çünkü bir kere kanun hükmü açık değildir. Bundan başka, Yargıtay içtihatları ile yeteri kadar işlenmemiştir. Bu konudaki bilimsel eserler ise tatbikata ışık tutacak zenginlikte değildir. Kaldı ki, bu konuda hukuk düşünürleri arasında henüz bir fikir birliği de yoktur. İleride Yargıtay'ın vereceği kararları ile bu husustaki tereddütlere son vereceğini ümit etmekteyiz.

TERCÜMELE R

FRANSIZ HUKUKUNDA «ASTREINTE : İCBAR EDİCİ CEZA» MÜESSESESİ

Yazan : Prof. Nicole CATALA

Çeviren : Doç. Dr. Bilge UMAR
(Yakın Doğu Özel Yüksek Okulları - İzmir)

Giriş :

Âşikâr olan pratik faydası dolayısıyla, astreinte'li prosedüre fransız tatbikatında geniş ölçüde yer verilmektedir. Bu prosedür, borcunu ifadan kaçınan mütemerrit bir borçluyu, temerrüdünün devam ettiği her gün için sâbit bir meblâğ ödemeye mahkûm eden bir karar ile işler (1).

Astreinte'li prosedürün tanınması hiç te yeni değildir. 1809 ve 1811 tarihli kararlarda bunun örnekleri vardır. Bu prosedür, 19 uncu yüzyılın ikinci yarısında iyice yerleşmiştir ve bugün de pek sık kullanılmaktadır. Gerçekten, İdare veya İcra Teşkilâtı, muayyen hükümlerin icabının yerine getirilmesi için fizikî cebir kullanmak hususunda olabildiğince isteksizlik gösterdiğinden, astreinte'li prosedür, icrayı sağlamak konusunda hâkimlere bırakılmış birkaç vasıttan birini teşkil ediyor.

Astreinte, belli bir fiili yapmak ya da yapmamak borcunun yerine getirilmesini temin için kullanıldıkta özellikle faydalıdır; mamafih bu, borç bir verme borcu olduğu takdirde de, hatta 1956'dan beri (2) mükâfat vaadleri gereğince ödeme yapılmasına zorlamak için dahi kullanılmaktadır. Astreinte, ancak borcun tamamen ya da kısmen icrası mümkün bulunduğu takdirde (imkânsızlaşma olmadıkça - çevirenin notu) kullanılabilir, çünkü bu, borcunu ifadan kaçınan bir borçluyu, isteksizliğini yenmesi için zorlama vasıtasıdır.

Bu zorlama aracı, mütemerrit borçluya, birkaç değişik tarzda (3) uygulanabilir. Çoğu kere hâkim, sırf zorlayıcı nitelikte bir astreinte'e

(1) Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, 97 (1954).

(2) Ville de Marseille contre d'Authier de Sisgau, Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi kararı, 17 Nisan 1956; *Semaine juridique* (bundan böyle JCP diye kısaltılacaktır) 1956 II 9330, Vellieux'nün notu; *Revue trimestrielle de Droit civil* (bundan böyle RT diye kısaltılacaktır) 1956, cilt 54, s. 539, No. 48.

(3) Fréjaville, *L'astreinte*. Dalloz *Jurisprudence* (bundan böyle D. diye kısaltılacaktır) 1949, chron. I.

karar verir. Buna karar verilirken zarar mes'elesi hiç nazara alınmaz; karar takdirî ve geçicidir. Hâkim buna karar verdiğinde, ifade gecikme yüzünden doğan gerçek zararlar ilgilenmez. O, daha ziyade, borçlunun temerrüdü ve inadı ile ilgilidir ve bu yüzden astreinte'i, onun isteksizliğini yenebilmesi için yetecek bir meblâğ olarak tâyin eder. Bu meblâğın aşırı telâkki edilebilmesi önemli değildir; hâkim sonradan astreinte'i «tasfiye» edecektir ve bu safhada onun, astreinte'i azaltma imkânı dâima bâkidir. Meselâ bir satıcı, sebep olmaksızın, satılan malı teslimden kaçınırsa hâkim onu çok yüksek bir astreinte'e mahkûm edebilir ve bu, borç ifa edildikten sonra, pek düşük bir miktara indirilebilir.

Bununla beraber, birkaç yıldan beri mahkemeler daha cür'etkâr davranmakta ve belli faraziyelerde, nihaî, yâni zorlayıcı nitelikte olmayan, kesin astreinte'lere karar vermektedirler (4). Bu astreinte'ler, bir kerede değiştirilmemek üzere, hâkim tarafından, kararın verildiği anda tesbit edilmektedir. Ancak, bunlar bakımından bir husus açıklanmalıdır: bazan astreinte sözü, mahkemeler tarafından, karar gerçekte sâdece devamlı gecikmenin yol açtığı gerçek zarardan beher güne düşeni, veya çoğu kere, devamlı günlük zararların dâvacıya yüklendiği bütün zarar toplamını tazmin ettirmek amacı güttüğü halde dahi, yanlış olarak kullanılmaktadır (5). Maamafih, başka faraziyelerde borçlu aleyhine verilen astreinte kararı, nihaî olmakla beraber, dâvacı tarafından katlanılmış zararın tam karşılığını teşkil etmez; yâni astreinte miktarı, «sâdece zarara karşılık olarak yükletilebilecek tazminat miktarı» dan daha yüksek bir meblâğ olur ve binaenaleyh, tazminat diye tavsife edilmek suretiyle haklı gösterilemeyecek nitelikte olabilir. Bu çeşit kararlar hâkim tarafından bir kerede ve değiştirilmemek üzere verildiğinden, teori bakımından bunları haklı göstermek, borç ifa edilince miktarı değiştirilebilecek olan «zorlayıcı astreinte» e nazaran daha da zordur. Böylece, bu sözde astreinte'ler esas itibarıyla bir önleyici tehditten ibaret bulunan astreinte'in gerçek niteliğine aykırı düşmektedir. Bunlar, hukuk teorisi bakımından, asla esasa dayandırılmaz nitelikte sayılamazlar.

(4) Fanet contre Cruchon, Pont - l'Evêque hukuk mahkemesi kararı, 10 Aralık 1942, 1943 DC 119. Laurent contre Le Meur, Quimper mahkemesi kararı, 5 Mart 1946, (1946 JCP II 3079. Société Cahen - Brisac contre Comité Central des Groupements interprofessionnelles laitiers, Seine hukuk mahkemesi kararı, 7 Kasım 1947, (1948) D. 135. Fabre contre Veuve Gubern, Montpellier mahkemesi kararı, 5 Şubat 1948, (1948) Recueil Sirey de doctrine et de jurisprudence (bundan böyle S. diye kısaltılacaktır) II 108. Société Louvroil, Montbard, Aulnoye contre Monnier, Référé Avenes, 29 Ocak 1948 ve Pruvet contre Sima, Référé, Vouziers, 16 Mart 1948, (1948) JCP II 4223.

(5) Fréjaville, a. g. e. ; Paris mahkemesi 13 Temmuz 1949, (1950) S. II 47.

Sonuç olarak, astreinte'in bir adli zorlama aracı sıfatı ile kapsamını kesin yolda tâyin etmek çok önemlidir. Değiştirilmemek üzere bir defada tâyin edilen astreinte (astreinte definitive) kabul edilmeli midir? Zorlayıcı nitelikte olan astreinte, borcun ifası üzerine, sebebiyet verilmiş zararın tam bir karşılığı olacak surette azaltılmalı mıdır; yoksa, onun cezaî niteliğini korumak için, takdirî bir miktar üzerinden devamına (zarar üzerindeki kısmının borçluya yüklenmiş kalmasına - çevirenin notu) cevaz vermek ve böylece alacaklıya munzam bir menfaat sağlamak yerinde olur mu? Başka bir ifade ile, «astreinte'in tasfiyesi» nde hangi kurallar uygulanacaktır?

Astreinte'in niteliği ve etkileri bu sorunun cevabına bağlıdır. Hâlen kesin bir cevap vermek pek zordur. Zorlayıcı nitelikteki astreinte, uzun zamandan beri her gün mahkemeler tarafından kullanılmakta ve onun asıl karakteri meşkûk kalmakla beraber nihaî olarak uygulamada yerleşmiş bulunmaktadır. Maamafih son yıllarda, bu meşkûkiyet, gerek zorlayıcı olan gerek olmayan astreinte bakımından, müellifler arasında olduğu kadar, mahkemelerde de büyük fikir ayrılıklarına yol açmıştır.

Bazılarına göre astreinte, nihaî etkisi bakımından tamamen tazmini bir fonksiyona sahiptir ve binaenaleyh, ifade gecikme tazminatı kavramına dâhildir. (Bu tazminat, akdin ifa edilmeyeceğinin anlaşılması hâlinde hükmedilebilen ve kaçırılan kârı karşılamak gayesi güden tazminattan tamamen farklıdır). Bu görüş bilhassa **Paul Esmein'in** görüşüdür ve onun tarafından şöyle ifade edilmektedir: «Mütalebe hakkı sâhibi tarafından fiilen elde edilen meblâğ, onun tahammül ettiği zararın karşılığı olarak telâkki edilmelidir ve sırf ona tazminat temin etme amacına yönelmiş bulunmaktadır. Astreinte'e karar verildikten sonraki nihaî tasfiye hesabında göz önünde tutulması gereken tazminat kavramı, hususî hukuka has bir ceza görüşünün kabulüne imkân bırakmaz» (6).

Diğerlerine göre (7), bil'akis, «hususî hukuka has bir ceza» görüşü, «sâdece tazminat» görüşüne üstün tutulmalıdır. Onlara göre astreinte, borçlunun borcunu ifadan kaçınmasını tecziye eden bir cezadır. Astreinte bu kaçınma ile mütenasip olmalı, fakat bu kaçınmanın sebep olduğu zararı göz önünde tutup astreinte'in miktarını ona göre tesbit etmekten geri durmalıdır. Astreinte'in, yargısal kararların tenfiz olunamayacağı faraziyelerde bir çözüm sağhyarak kamu düzenine yardımcı olduğu bile iddia edilebilir. Kanun koyucu bazan, belli edimlerin ifa edilmemesi hâli

(6) **Paul Esmein**, (Planiol/Ripert'de) a. g. e., s. 110, No. 793.

(7) **Henri et Léon Mazeaud**, *Traité de la responsabilité civile*, Na. 2497 ve sonrakiler (1948).

için cezalar öngörmüştür (8). Bunun gibi mahkemelerin de, genel olarak icra teşkilâtının tenfiz konusunda pek isteksiz davrandığı hükümlerin icrasını sağlamak için ihdas edilmiş mükemmel bir müeyyide buldukları söylenmektedir. Binaenaleyh astreinte, bir hususî hukuk cezası fonksiyonuna sâhiptir.

Bu görüş farklarının taşıdığı büyük önem açıktır. Eğer hukuk gözünde astreinte, gerek zorlayıcı olan gerek olmayan çeşitleri ile, sâdece zararın bir karşılığı olarak telâkki edilmek gerekiyorsa, bu takdirde hâkim hiçbir zaman onun miktarını, gerçekleşmiş veya gerçekleşecek zararın üzerinde bulunacak surette, nihaî olarak tesbit edemez. Öyleyse, mütemerrit olan taraf, ödemeğe mecbur kalabileceği astreinte miktarını önceden hesap edebilir; o zaman astreinte, etkililiğinden bir hayli kaybetmiş olur. Buna karşılık, onun sebebiyet verilen zararla sınırlı olacağı esasını reddedersek, mahkeme astreinte'i borçlunun inadı ile mütenasip bir meblâğ üzerinden tâyin edecek ve böylece astreinte bütün etkililiğini koruyacaktır.

Hâlen mahkeme içtihatları çeşitli çözümlere iltifat etmektedirler. 1953 yılında Temyiz Mahkemesinin 2. Hukuk Dairesi açıkça, astreinte'in zarar tazmini kavramı içinde mütalâa edilmesi gerektiğini belirtmiş ise de bu karar, alt mahkemeler ve hatta bizzat Temyiz Mahkemesinin diğer daireleri tarafından şiddetle muhalefete maruz kalmıştır. Bu muhalefet şimdiden, 2. Hukuk Dairesinin söz konusu görüşü kısmen, zorlayıcı olmayan astreinte bakımından, terketmesine yol açmış bulunuyor. Fikir ayrılıkları henüz çözülmüş değildir. Biz önce içtihadlarda belirtilen farklı görüşleri inceliyecek, sonra da doktrinin teklif ettiği çözüm tarzlarını gözden geçireceğiz.

İçtihadlardaki farklı görüşler

A) 27/Şubat/1953 tarihli karar : Astreinte'in zarar tazmini kavramı içinde mütalâa edilmesi gerektiği görüşü.

27/Şubat/1953'te, Rennes istinaf mahkemesinin 8/Haziran/1948 tarihli kararı Temyiz Mahkemesi önüne getirildi (9). İstinaf mahkemesi,

(8) Meselâ bir çocuğu görüp gözetme mükellefiyeti yükleyen karara riayet etmemek (6 Aralık 1901 tarihli kanun) ; ailenin geçimini sağlama mükellefiyetine uymak (7 Şubat 1924 tarihli kanun) vs. Karşılaştırınız : İngiliz hukukunda hükümlerin icrasına muhalefet hâlinde mahkemenin cezalandırma yetkisi. **Esmein**, a. g. e., s. 109, No. 973 - G ; **Ripert**, La règle morale dans les obligations civiles, No. 185.

(9) Renaud contre Fraval kararı, (1953) Sirey I 196.

bir gûna sıfatı olmadığı halde bazı ticarî iş yerlerini işgal etmekte bulunan birini 48 saat zarfında o yerleri tahliye mahkûm etmiş ve tahliye de vaki olabilecek gecikmenin her günü için 5.000 frank astreinte tâyin etmişti. Mahkeme, sebebiyet verilmesi muhtemel zarar miktarı ile ilgilenmeksizin kesin astreinte'ler tesbit etmek tarzındaki tatbikatı tâkib etmişti ve bu tatbikat o aralık tamamen yerleşmiş görünüyordu (10). Maa-fafih Temyiz Mahkemesi bunu tasvib etmedi ve şu gerekçeleri gösterdi: «Astreinte'in bu tarzda tâyini, bunların bâliğ olacağı tutarın dâva sonunda hükmedilecek tazminat miktarı ile toplandıkta, alacaklı aleyhine sebebiyet verilen ve ifadaki gecikmeden doğmuş bulunan zarar miktarını muhtemelen aşacaktır; buna istinaf mahkemesi hukukî bir dayanak gösterebilmiş değildir». Aynı kararında, Temyiz Mahkemesi, genel bir ifade kullanarak, zorlayıcı nitelikte olmayan astreinte'lere hükmedilmesini yasakladı ve hâkimin, zorlayıcı astreinte'e hükmederken, bunun ulaşacağı miktarın, gecikme yüzünden fiilen uğranılmış zarar miktarını aşmamak üzere tesbit edilmesi gerektiği esasını koydu.

Bu içtihadın getirdiği yenilik önemlidir: içtihad sâdece, zorlayıcı nitelikte olmayan astreinte'lere de hükmedilmesi yolundaki tatbikata sed çekmekle kalmamakta; keza, zorlayıcı astreinte'in niteliğini de değiştirmekte ve bunun, alacaklının gecikme yüzünden fiilen uğradığı zarara mutlaka intibak edecek bir miktara indirilmesi gereğini de kabullenmektedir. Bu görüş benimsenirse astreinte bütün önemini kaybedecektir, çünkü borçluyu tehdit eden hükmün ağırlık derecesi artık onun iyi ya da kötü niyeti ile değil, sâdece sebebiyet verilmiş zarar miktarı ile ilgili olacaktır. Böyle bir tehdit (astreinte'e mahkûm edilmek korkusu - çevirenin notu) ancak Temyiz Mahkemesi içtihadının kabul ettiği çözümü bilmeyen ve kendilerine astreinte yüklenirse, belki de ifadan kaçınmaları sebebiyle alacaklının uğrayacağı zararı dahi aşabilecek bir meblâğ ödeyeceklerinden korkan borçlulara karşı etkili olur (11).

B) Bazı mahkemelerin, Temyiz Mahkemesinin görüşüne karşı direnmesi.

Temyiz Mahkemesinin bu tevrının, diğer mahkemelerin tasvibini kazanmayacağı besbelli idi. Gerçekten, astreinte, yerine başka bir çâre bulunamayacak derecede faydalı olmaktadır ve onun faydası, mahkeme hükümlerini tenfiz konusunda İcra Teşkilâtının iş göremediği nisbette, gittikçe artmaktadır. Alt kademe mahkemeleri bu kadar etkili bir araçtan

(10) Dipnotu 4'de anılan içtihatlara bakınız.

(11) H. et Léon Mazeaud (1954 - 55) RT. cilt 52 - 53 s. 108, No. 43.

yoksun edilmeleri karşısında hareketsiz kalmadılar. Hatta bizzat Temyiz Mahkemesi dairesi arasında bile ciddî ihtilâflar belirdi. 14/Ekim/1953' de, Ticaret Dairesi (12), zorlayıcı nitelikte olmayan astreinte kararları verilmesinin doğru olmadığını belirtmekle beraber, İkinci Hukuk Dairesinin yasaklama konusundaki 27/Şubat tarihli içtihadındaki görüşü tekrarlamayıp, kiracıların tahliyesi işlerinde bu türlü astreinte'lere cevaz vermeyen 26/Temmuz/1949 tarihli kanuna atıf yapmakla yetindi. 5/Nisan/1954'de, Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümünün iş hukuku ihtilâflarına bakan dairesi aynı davranışı gösterdi ve kesin astreinte'leri 1949 kanununa aykırı gördüğünü, 1953 tarihli (İkinci Hukuk Dairesine ait - çevirenin notu) karara atıf yapmaksızın belirtti (13).

Bu aralık daha da açık bir direniş alt kademe mahkemelerinde görüldü. Agen mahkemesi 29/Haziran/1954 tarihli kararında, aynı senenin 2 Mart'ında vermiş olduğu bir kararda (14) kullandığı terimleri tekrarlayarak, astreinte ile ifadaki gecikmeden doğan zarara ilişkin tazminat arasındaki esaslı nitelik farkına işaret etti. Mahkeme, astreinte'in, «ifadaki gecikmenin diğer tarafa yükleyebileceği zararı tazmin ettirmeye yönelmiş» olmayıp, borçluyu ifaya zorlamak için başvurulmuş bir araçtan ibaret bulunduğunu ve bir «zorlayıcı usul» teşkil ettiğini özellikle belirtti. Mahkemenin görüşüne nazaran, hükmedilecek astreinte miktarı, gecikme yüzünden uğranılan zarara göre değil, borçlunun kötü niyetinin ciddiyet derecesine göre tesbit edilmeliydi. Böylece, astreinte hakkında savunulabilecek iki görüş arasında mevcut fakat açığa çıkmamış ihtilâf, aydınlığa çıkarılmış oldu : birinci görüş astreinte'i sırf gecikmeden doğan zararlarla ilgili görmekte, ikincisi ise bunu hâkimin elinde bulunacak bir zorlama aracı olarak telâkki etmektedir.

Bu görüş ihtilâfı, 17/Nisan/1956'da, zorlayıcı astreinte'i, «zarar mes'lesiyle hiç ilgisi olmayan bir geçici karar» olarak niteliyen Ticaret Dairesinin tâviz vermez tutumu ile daha da ciddileşti. Bu daire nazarında

- (12) Carrier contre consorts Cormier işinde Ticaret Dairesinin verdiği 14 Ekim 1953 tarihli karar. (1953) DJ. 695 ; (1953) Gazette du Palais (bundan sonra GP diye kısaltılacaktır) II 331 ; (1954 - 1955) RT., cilt 52 - 53, s. 108 No. 43.
- (13) Deshaux contre Thépaut işinde Temyiz Mahkemesini iş ihtilâflarına bakan Dairesinin verdiği 5 Nisan 1954 tarihli karar. (1954) GP. I, 395 ; (1954 - 1955) RT., s. 497, No. 36.
- (14) Galis ve diğerleri contre Delmouly işinde Agen mahkemesinin verdiği 2 Mart 1954 tarihli karar. (1954) GP. I 292 ; (1954 - 1955) RT., s. 498 N. 36 ; yine Agen Mahkemesinin 29 Haziran 1954 tarihli kararı : (1954) GP. II 119 ; (1954 - 1955) RT., s. 660, No. 37. Ayrıca bkz. Rabat Mahkemesinin 6 Aralık 1955 tarihli kararı : (1956) GP., table analytique, s. 27 ; Gaz. Trib. Maroc, 25 Şubat 1956.

617

astreinte, gecikme sebebiyle uğranılan zararı göz önünde tutarak değil; tersine, bertaraf etmek amacına yöneldiği, «borçlunun inadı» nazara alınarak hesaplanacak bir zorlama aracıdır (15). Riom mahkemesi de, Ticaret Dairesinin verdiği örneğe uydu ve 10/Aralık/1956 tarihli kararında (16), astreinte tutarının gecikme yüzünden alacaklının uğratıldığı gerçek zarar miktarına indirilmesi isteğini reddetti; karara göre, bu zarar, «nazara alınacak unsurlardan sadece biri» idi; astreinte, normal ölçüsünü, kusurun ağırlığında buluyordu.

C) Temyiz Mahkemesinin Tutumu :

Alt kademe mahkemelerinin bu direnişi karşısında Temyiz Mahkemesi, önce, ilk tutumunu muhafaza etti. İş İhtilâflarına bakan daire, 10/Mart/1955'te, gecikme dolayısıyla bir tazminata karar veren hâkimin, bu kararına gerekçe olarak, yüklediği tazminat miktarının ifada gecikme dolayısıyla sebebiyet verilen zarara intibak ettiğini belirtmesi gerektiği görüşünü tekrarladı (17). Aynı yılın 27 Ekim'inde de İkinci Hukuk Dairesi, bu prensibi, benzer sözlerle teyid etti (18).

Temyiz Mahkemesine karşı istinaf mahkemelerinin direnişi, nihayet, Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin çok dikkate değer bir gerilemesine yol açtı. 31 Ocak ve 1 Şubat 1957'de verilen iki kararında (19), bu Daire, astreinte ile gecikme zararı arasındaki ilişki bakımından eski görüşünde ısrar etmekle beraber, 1953'teki çözümünü değiştirerek, zorlayıcı nitelikte olmayan astreinte'in meşruiyetini kabul etti. Yeni içtihadı göre astreinte, daima, borçlunun ifada gecikmesi yüzünden sebebiyet verilmiş zararı tazmin gayesine yönelecekti. Hükmedeceği bu tazminatın tutarını tâyin etmek hâkimin yetkisi içinde idi ve hâkim, halen ortaya çıkmış zarar için olduğu gibi, eğer bunu kesinlikle tesbit etmek mümkünse, gelecekteki zarar için dahi tazminata hükmedebilirdi.

-
- (15) Ville de Marseille contre d'Authier de Sisgau işinde verilen karar, yukarıda dipnotu 2'ye bkz.
 - (16) Pradon contre Société de Production d'énergie électrique de la Sioule işinde Riom Mahkemesinin verdiği 10 Aralık 1956 tarihli karar : (1957) DJ. 101; (1957) JCP. II 10118 ; (1957) RT., cilt 55, s. 349, No. 41.
 - (17) Veuve Demogue et Cie contre Viot işinde Temyiz Mahkemesinin iş ihtilâflarına bakan Dairesi tarafından verilen 10 Mart 1955 tarihli karar : (1956) D. Somm. 2; (1955) Bulletin Civil IV s. 167 No. 225.
 - (18) Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin 27 Ekim 1955 tarihli kararı : (1957) GP. I 179.
 - (19) Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin 31 Ocak 1957 tarihli kararı : (1957) SJ. 92 ; (1957) RT. cilt 55, s. 539, No. 45 ; aynı Dairenin 1 Şubat 1957 tarihli kararı : (1957) SJ. 93 ; (1957) RT., aynı yerde ; (1957) GP. I 440.

Böylece, «gelecekte ortaya çıkacak olan ve miktarı şimdiden tesbit edilebilen zararın tazminatı» kisvesine büründürülerek, aynı mahkemenin 1953'de cevaz vermediği kesin astreinte'lere şimdi cevaz verilmekte idi. Bu, sadece kiracıların tahliyesi konusunda, 21/Temmuz/1949 tarihli kanun yüzünden, yasaklanmış kalıyordu.

Zorlayıcı nitelikte olmayan astreinte'lerin cevazı problemi böylece İkinci Hukuk Dairesi ile diğer mahkemeler arasında uzlaşma ile çözülmüş görünmektedir. Zorlayıcı astreinte konusunda içtihat aykırılıkları halâ bâkidir; bazı içtihatlarda İkinci Hukuk Dairesinin görüşüne katılınmamaktadır. Astreinte'in birçok taraftarı, her ne kadar pek muhtemel değil ise de, Dairenin bu tutumunu değiştirmesini istemektedirler. İhtilâfın hangi nihaî sonuca varacağı, bir Genel Kurul kararı verilmedikçe, meçhul kalacaktır (20).

Doktrinin Teklif Ettiği Çözümler

A) Astreinte'in «gecikmeden doğan zarar tazminatı» içinde müfâ-lâa edilmesi gerektiği görüşü.

Temyiz Mahkemesinin benimsediği görüş bazı müelliflerin kanaatine uygun bulunmaktadır. Bunlardan birçoğunun ifade ettiğine göre, astreinte gerçekte, zarara tamamen intibak etmesi gereken bir tazminattan başka birşey değildir. Eğer astreinte'e kesin olarak karar veriliyorsa, bunun miktarı, «fiilen vâki olmuş bulunan veya hâkimler tarafından güvenle tâyin edilebilecek olan müstakbel zarar miktarı» na tekabül etmelidir. Eğer astreinte zorlayıcı nitelikte ise, buna, tahkikat safhasında, fiilî zarardan daha yüksek bir miktar üzerinde karar verilebilir; fakat dâvanın hüküm safhasına gelindiğinde hâkim astreinte'i «tasfiye» etmeli ve onu ister eski miktarda bıraksın ister indirsın, herhalde zararın hesabındaki genel hükümlere uyarak karar vermelidir. Böylece astreinte etkililiğini kaybeder ve sadece «ifada gecikmeden doğan zararın tazmini çaresi» niteliğini alır. P a u l E s m e i n' e göre, «Bu değişiklik (yâni, dâva hüküm safhasına gelince hâkimin astreinte miktarında yapacağı değişiklik), yalnız alelade bir miktar değiştirmesinden ibaret değildir; bu, başlangıçtaki tehdidin yerine bir tazminatın ikame edilmesi anlamını taşır. Hatta miktar değiştirilmemiş kalsa bile kararın gayesinde bir değişiklik vâki olmuştur» (21).

(20) Genel Kurul (L'assemblée plénière), Temyiz Mahkemesinin unsurlarını bir arada ihtiva eden bir organdır. Görevi, Temyiz Mahkemesi içinde hukukun yeknesak surette uygulanmasını sağlamak ve bu amaçla, çeşitli dairelerden birbirine aykırı kararlar çıkmasına sebep olmuş bir mes'ele hakkında kesin çözümü tâyin etmektir.

(21) P. Esmein (Planiol/Ripert'de) No. 791, s. 106.

İkinci Hukuk Dairesinin görüşüne uyan bu çözümün elverişsiz tarafı ortadadır : eğer astreinte sadece tazmini nitelikte ve geçici ise, ve işin sonunda daima bir tazminat miktarı ile sınırlı bulunacaksa, bütün etkililiğini kaybedecektir. Eğer işin sonunda borçlunun direnmesi cezalandırılmıyacak ise astreinte artık etkililiğini koruyamaz (22). 27/Şubat/1953 kararını tahlil eden H e n r i ve L é o n M a z e a u d, «Bu, astreinte'in ve onun etkililiğinin ölümü demektir» - biraz ileride de «Eğer işin son safhasında astreinte, gecikmeden doğmuş zarar miktarına indirilecek ve böylece alelade bir tazminata dönüştürülecekse bu takdirde onun, doğru dürüst akıl hocası bulunmayan tarafları korkutmaktan başka faydası olamaz» diye yazmışlardır (23).

B) Astreinte'in bir hususî hukuk cezası olduğu görüşü :

Sonuç olarak, astreinte'in gerçek varlık sebebini korumak isteyen birçok müellif, astreinte'i gerçek bir ceza, borçlunun kötü niyetini tecziye edecek bir hususî hukuk cezası sayarak, fiilen sebebiyet verilmiş zarardan daha yüksek bir meblâğ üzerinden dahi astreinte'in tesbit edilebileceği görüşünü savunmaktadırlar (24). Fakat buna da karşı çıkanlar bulunmaktadır. Kanunun açık hükmü olmadan ceza ihdas edilemez; halbuki, istisnâî haller bir yana (25), medenî hukukta böyle bir müeyyide yoktur. Üstelik, eğer alacaklıya, kendi uğradığı zararın tam tazmininden daha yüksek bir meblâğ sağlanırsa o bir sebepsiz zenginleşmede bulunmuş olur. Bu zenginleşmenin sebebini borçlunun kusurunda bulundugu söylenmiştir (26). Fakat bu, tatmin edici bir gerekçe olarak görünmüyor. Bir hususî hukuk cezası sayıldıkta astreinte'in kanunî mesnedini bulmak mümkün olmamıştır.

C) F r é j a v i l l e'in teklif ettiği ortalama çözüm.

M. F r é j a v i l l e, iki zid görüşü uzlaştırmaya çalışarak, or-

-
- (22) H. ve Léon Mazneaud, a. g. e., No. 2500; P. Esmein, (1941) GP. I, Doctr. 81.
 (23) H. ve Léon Mazneaud, (1954 - 55) RT., cilt 52 - 53, s. 108, No. 43 ; s. 660, No. 37
 (24) Mazneaud, a. g. e., Traité, cilt III, No. 2500 - 2503 ; Meurisse (1948) GP. II Doctr. II; Laurent (1948) D. 145; a. g. e. de Pont ? l'Evêque mahkemesinin 10 Aralık 1942 tarihli kararı hakkında G. B.'nin tahlil notu.
 (25) Burada, kanunî astreinte'ler denilen astreinte,ler söz konusudur; mevzuat bazı faraziyelerde ademi ifayı, tecziyeyi gerektirir nitelikte saymıştır : 18 Mart 1919 kanunu, iş faaliyetlerinde bulunan kimselerin Ticaret Siciline kaydı bakımından bu hükmü koymuştur; 5 Aralık 1922 kanunu da aynı durumu bazı beledi yükümlülükler için tanımaktadır.
 (26) 10 Aralık 1956 tarihli Riom mahkemesi kararı altında Mazeaud' nun notu. (1957) JCP II 10118.

talama bir gözüm teklif etmektedir (27). Onun fikrince astreinte gecikmeden doğan zararın tazmini niteliğinde görülebilir, buna rağmen dahi etkililiğini kaybetmesi gerekmez. Astreinte konusunda mevcut kararsızlık, sorumluluk hukuku (responsabilité civile) sisteminin kendi içinde bulunan bir gelişmeden doğmaktadır. Belli başlı müelliflerin görüşünce bu hukuk branşı sadece «ikame edici» bir fonksiyona sahiptir ve tazminat, uğranılmış zararı tıpatıp karşılamalıdır. Halbuki gerçekte hâkimler borçlunun kusurunu, malî durumu ve kötü niyetini de göz önünde tutmaktadırlar. Zararın hesabına böyle sübjektif bir unsur eklemekle de sorumluluk hukukuna, onun ikame edici fonksiyonunu tamamlayan bir önleyici ve zorlayıcı nitelik vermektedirler (28). Hâkimlerin zararı tesbit ederken sahip bulundukları geniş takdir imkânı, astreinte'e etkililiğini sağlamaktadır (işaret etmeli ki Temyiz Mahkemesi, alt kademe mahkemelelerinin zararı tesbit ederken nazara aldıkları unsurları kontrol eder, fakat asla bizzat zararı tesbit etmez). M. F r é j a v i l l e'in yazdığına göre, «astreinte borçluya yapılan bir ikaz olarak telâkki edilebilir; bu ikaz ile borçluya, kararda gösterilen süre içinde ifade bulunmazsa sorumlu tutulabileceği zararın, her gecikme günü için belli bir meblâğ üzerinden ve geçici yolda tesbit edilmiş bir ölçü ile, kendisine pek ağır gelecek tarzda hesaplanacağı bildirilir» (29).

Bu ortalama görüş, astreinte'i kurtarmağa ve aynı zamanda İkinci Hukuk Dairesinin içtihadı ile uygunluk hâlinde bulunmağa çalışmakla beraber, problemi kesin surette çözebilmiş değildir. Borçlunun, kendi inadının sonuçlarından çekinmesi için, hâkimin takdir alanı, etkili bir tehdidi mümkün kılmağa yetecek derecede geniş olmalıdır. Halbuki bu takdir alanı, zararın nakdî karşılığı ile sınırlanmış bulunuyor. Eğer mesele satış sözleşmesinin alıcısı, teslimdeki gecikme yüzünden, sözleşmeye konu teşkil eden malları sözleşmedeki fiattan daha yükseğe satın almak zorunda kalırsa bu faraziyyede zarar, yâni fiat farkı kolayca tesbit edilebilir. Şu hale göre M. F r é j a v i l l e'in teklifi ancak sınırlı bir çözüm olabilmektedir.

(27) Fréjaville, D. 1949, a. g. e.; «La valeur pratique de l'astreinte : astreinte'in pratik değeri» makalesi, (1951) JCP I 910; Dalloz ansiklopedisinde Astreinte kelimesi; Vizioz (1948) JCP I 689.

(28) Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile (hususî hukuktan doğan sorumluluk hakkında genel bir teori denemesi), tez, Paris 1947, s. 397.

(29) Fréjaville, D. 1949, a. g. e.

Sonuç

Gerçekte, astreinte'in sonuçlarının ne olacağı problemi, astreinte'in meşruiyeti problemine bağlı olduğu içindir ki çözülemeyecek gibi görünüy-
yor. Klâsik müelliflerin büyük çoğunluğu astreinte'i kanunsuz bir pro-
sedür saymışlardır (30). Bunu haklı göstermek için hâkimin, Medenî
Yargılama Usulü Kanununun 1036 ncı maddesinden çıkarılan ve hâki-
me, taraflara emirler vermek yetkisi bahşeden bir i m p e r i u m ik-
tidarına sahip olduğu gerekçesi verilmiştir (31). Halbuki bu madde böyle
bir gerekçe teşkil edebilmek bakımından yetersizdir, çünkü o sadece cel-
selerdeki normal nezaret yetkisine ilişkindir ve hâkime, astreinte'e karar
verebilmek yetkisi bahşedecek kadar geniş bir kudret olduğu söylenemez.

Astreinte'in meşruluğu hakkındaki şüphe, İkinci Hukuk Dairesinin
münakaşa edilen tutumunu açıklar. Astreinte'i «gecikmeden doğan zarar»
sınırları içinde olmak üzere muhafaza etmek, prosedürü etkililikten he-
men hemen tamamiyle yoksun kılmak demektir. Buna karşılık, eğer hâ-
kim astreinte'i gerçekten uğranılmış zararın üstünde bir meblâğ olarak
tesbit edebilirse ki bunun takdirî niteliği şüphesiz olacaktır - prosedür
bütün pratik değerini muhafaza eder, fakat meşruluğun tam sınırı üye-
rinde bulunur (31/a). Şu hale göre, meşruluğu korumak isteyen İkinci
Hukuk Dairesinin birinci hal tarzını benimsemiş olması anlaşılabilir bir
şeydir.

Bununla beraber, teslim edilmelidir ki ikinci hal tarzı tercihe değer.
Astreinte tamamen meşruluk dışı bir prosedür değildir. Mütemerrit tara-
fın nihaî olarak ödeyeceği meblâğ iki unsura bölünebilir : bu, geniş öl-
güde, gecikme zararına karşılık olmalıdır; fakat ayrıca, bu zarara makûl
olarak bir munzam miktar eklenebilir ve o munzam miktar, mütemerrit
tarafın inadını tecziye eden bir ceza niteliğinde olur. Şimdiki ahvalın böy-
le bir ceza için arzettiği ihtiyaç, bazı mahkeme kararlarının - bilhassa ki-
racıların tahliyesine ilişkin olanların - icrasında rastlanan güçlüklerden

(30) Demolombe, Cours de Code Napoléon, I. Traité des contrats, No. 494 (1881);
Huc, Medenî Kanun Şerhi, s. 193 - 205 (1894); Aubry/Rau, Cours de Droit civil
français, N. 299, s. 64 dipnotu 12 üçüncü mükerrer ve dördüncü mükerrer (1902)

(31) Adémar Esmein, L'origine et la légalité de la jurisprudence en matière
d'astreintes : astreinte'ler mes'elesindeki mahkeme içtihatlarının kaynağı ve
meşruiyeti, makale, (1903) RT., s. 5 ; Vimont contre Cally işinde Temyiz Mah-
kemesi Dilekçe Dairesinin verdiği 22 Kasım -841 tarihli karar, (1842) D. I
29; (1842) S. I 170.

(31 a) Yazar bu ifade ile, «sınırın içindemi dışında mı olduğu şüpheli kalır» demek
istemiş olmalıdır - gevirenin notu.

doğmaktadır. İcra teşkilâtının bu kararları tenfizde gecikmesi, mahkemeleri, kendi kararlarının icrasını sağlama bağlamak için tedbir alma zorunda bırakmıştır. İtiraf edilmektedir ki, icra astreinte'den başka bir yol ile sağlanmadığı takdirde hâkimlerin bu prosedüre baş vurabilmeleri gerekir. Astreinte, meşruluğun sınırında olan bir müessese olabilir; fakat o, kanunun öngördüğü prosedürün apaçık yetersizliğin bir sonucudur. Mahkemeler tatbikatında sağlam surette yerleşmiş bir müessese olan astreinte, şimdiki halde, kanun hükmünün yerine getirilemediği faraziyeler için vazgeçilmez bir zorlama aracıdır. Bir gün kanun koyucunun, astreinte'in muteberliğini doğrulayacağı ve böylece, ortaya çıkmış bulunan problemlerin çoğunu çözeceği umulur. Maamafih bugün için kanun koyucunun dikkatini işgal eden problemler göz önünde tutuldukta anlaşılır ki, söylediğimiz konuda kanun koyucunun müdahalesi, yakın bir gelecekte vâki olacağı benzememektedir.

NARKOTİK MADDELERİN TESİRLERİ VE ŞAHSİYET (1)

Yazan : Daniel Glaser ve Vincent O'Leary

Çeviren : Sait REZAKİ

Giriş :

İçinde bulunduğumuz yüzyıl boyunca Avrupa'da ve 1940'lara kadar Amerika Birleşik Devletlerinde narkotik maddelere iptilâ orta yaşlılar ve yoksun olmayan kimseler arasında görülmüştür. Müptelâların büyük bir kısmının bu iptilâyâ tababet yoluyla başladıkları tesbit edilmiştir. Bu şahısların çoğu hemşire, eczacı, doktor yahut hastalıkları geçtikten sonra da verilen ilaçları içmeye devam eden hastalardır. Bundan başka, müstesna zevklere erişmek için tecrübeler yapan sanatkârlar da mevcuttur. Meşhur yazarlar, ressamalar ve müzisyenler bunlara dahildir.

İkinci Cihan Savaşının başlamasından sonra narkotik maddelerin kullanılmasında bazı belirli tezahürlere rastlanılmıştır. Bunlardan birincisi, narkotik maddelerin gençler ve yoksul kimseler arasında yaygın hale gelmesidir. İkincisi kullanılan maddelerin çeşitlerinin artması ve değişmesidir. 1930'lara kadar marihuana (esrar) en çok kullanılan madde iken, daha sonra tiryakilik eroine yöneltilmiştir. Bu maddeler halen yalnız kriminal yollardan elde edilmekte ise de 1930'lardan önce daha yaşlı ve yüksek sosyal seviyelerdeki kimseler tarafından kullanılan uyuşturucular, normal kanallarla piyasaya sürülmekte ise de gayri meşru bir şekilde temin edilmekte idi.

Savaştan sonra tezahür eden bir husus ta, narkotik maddelerin kullanılmasının diğer suçluluk halleriyle müterafık oluşudur. Bu maddelerin pahalı oluşu, müptelâları gereken parayı kriminal yollarla temin etmeye itmektedir. Narkotik maddelerin kullanılmasından dolayı yakalananların çoğunun başka suç sabıkalılarına rastlanmıştır.

Bilhassa 1960'lardan sonra piyasaya yeni maddelerin sürüldüğü görülmüştür. Bunlar çeşitli haplar, LSD ve hezeyanlar tevlit eden ilaçlarla bilhassa gençler arasında yaygın olan çam sakızı tütsüsüdür.

Narkotik maddelerin fizyolojik tesirleri :

Narkotik maddelerle ilgili en kesin bilgiler, bu maddelerin fizyolojik tesirleri konusundadır. Narkotik vasfına haiz olan maddeler, insan bünyesine icra ettikleri tesir bakımından iki ana katagoriye ayrılırlar. Gayrimeşru yollardan en çok elde edilen maddeler, «uyuşturucu» sınıfına dahil olanlardır. Bu maddeler yeter miktarda alındıkları takdirde vücut ısı-

-
- (1) Amerika Birleşik Devletleri Çocuk Suçluluğu ve Gençlik Dairesi tarafından yayınlanan İngilizce makaleden çevrilmiştir.)

sını düşürür ve organların fonksiyonlarını yavaşlatır. En belli başlı uyuşturucular afyon ve onun müstakatı (morfin, eroïn, codein) ile marihuana (esrar) dır. Alkol ve tütün de (uyuşturucu) maddelerdendir. Diğer katağoriye dahil olan maddeler münebbih narkotiklerdir. Bu maddeler, vücudun asabî ve adalî sistemlerini gerer, bünyeyi uyanık tutarlar, gayri kanunî yollarla elde edilenlerden kokain ve benzerleri bunların bellî başlılarıdır. Kahve ile çay dahi, çok daha az derecede olmakla beraber münebbih maddelerden sayılırlar.

Afyon, haşhaş bitkisinin tohumlarından elde edilen bir madde olup uyuşturucu tesirinden dolayı bilhassa doğu ülkelerinde çok eskiden beri içilen veya yenen bir maddedir. İlk defa 1804 yılında afyondan elde edilen morfin, tababette ağrı dindirici olarak geniş bir kullanma alanı bulmuştur. Son yıllarda daha az yan tesirleri olan «demerol» tababette morfinin yerini almıştır. Kodein morfinin müstekatından olup en çok öksürük şuruplarında kullanılır.

Eroïn, son yıllarda Amerika'da uyuşturucu madde kullanmaktan dolayı mahkûm olanlardan yüzde doksani tarafından kullanılan bir madde olup morfinin müstekatındandır. Eroïnin en çok kullanılan narkotik madde oluşu ve elde bulunan benzeri maddelerden herhangi biri üstünlüğünün bulunmaması sebebiyle imali ve tababet sahasında kullanılması yasaklanmıştır. Eroïn, müptelâları tarafından yüzde iki eroïn ve yüzde doksanseviz (lakdos) süt şekeri karışımı halinde kullanılır. Tiryakileri, bu karışımı bir kaşık dolusu suda ısıttıktan sonra damarlarına zerkederler. Bunu toz halinde burundan çekenler de vardır. Eroïn damar yoluyla alındığında süratli ve bariz tesiri vardır.

Marihuana, şarkta haşhiş olarak bilinen bir nebatın çiçek ve yapraklarından elde edilir. Bu madde tarihin başlangıcından beri içilir. İncil'de dahi bundan bahsedilmiştir. Bu madde genellikle sigara şeklinde içilir. Tesirinin alkolinkine benzediği söylenir. Tiryaki usulü derin nefeslerle çekilen bu maddenin bir sigarasının bir kadeh viskinin tesirinde olduğu bildirilmektedir.

Kokain, Güney Amerika'nın kakao ağacından elde edilir. İlk defa 1853 yılında imâl edilmiştir. 19 uncu yüzyılın sonuna doğru tababette kullanılışı çok yüksek bir seviyeye çıktı. Sinir sistemine icra ettiğî etkidenden dolayı münebbih veya heyecan verici katagoriye dahil olan bu madde, tababette anestetik olarak kullanılmıştır. Kokainin duygu sinirlerinin uçlarını uyuşturmasına karşılık devamlı olarak kullanıldığında manevî harabiyat, hazım bozukluğu, kusma, iştahsızlık uykusuzluk ve titreme gibi kötü yan tesirlerinden dolayı tababette terkedilmiş ve yerini prokain ile novokaine bırakmıştır.

625

Zehirli tesirinden dolayı kokain nadiren enjeksiyon yoluyla alınır. Genellikle, «kar» adıyla bilinen kokain, müptelâları tarafından toz halinde buruna çekilmek suretiyle alınır. Tiryakiler çok zaman, kokain ile eroinin karışımı olan ve «sürat topu» adlandırılan mahlutu tercih ederler. Bu suretle, kokainin çok etkisi ile eroinin cılâ veren devamlılığı, tecrübeli tiryakiye daha uzun bir keyif süresi sağlar. Bu maddenin kanun dışı bor-sada az miktarda olması sebebiyle kokain iptilâsı vakalarına nadiren rastlanmaktadır. Kokain yapraklarının uluslararası trafiği çok sıkı kontrollere tâbi olmakla beraber bu maddenin başta gelen kaynağı Peru, bütün kokain fabrikalarını kapatmış bulunmaktadır.

En son kimyevî buluşlar olan ve muhtelif ticarî isimler altında imâl edilen amfetamin, desoxyphedrin ve benzeri maddeler, tıp çevrelerince zararlı görülmüştür.

Amfetaminler, afyon ve müstahatı gibi hastalık tevhit etmemekle beraber, uzun bir süre kullanılmaları halinde daimî bir asabiyet ve helüsinasyon durumlarını doğurmaktadırlar.

Daha bir çok maddeler uyuşturucu olarak kullanılmaktadır. Bunlar o kadar çoğalmışlardır ki hepsini hukuken tarif edip kontrol altına almak imkânsız hale gelmiştir. Her zaman kullanılan ve faydalı bir ilâç olan aspirin dahi bazan tuhaf duyguları tevhit etmek için alınmaktadır. Bunun gibi ilâç sınıfına dahil olmayan zamk, boya, ot gibi maddeler, yenerek, burundan çekilerek veya sigara gibi tütürülerek keyif vermek için alınmaktadır.

İptilâ ve alışkanlık

Uyuşturucu maddelerin tesirlerini tarif ederken «iptilâ» ve «alışkanlık» terimlerinin kullanılmasında çok zaman karışıklık doğmaktadır. En dar psikolojik anlamda «iptilâ verici» deyimini yalnız afyon ve müstakatına izafe edilir. Bu manada «iptila verici» deyimini vücudun aşağıdaki hallerde bulunmasına yol açan uyuşturucu maddeler için kullanılır.

a) **Tolerans** : Müptelânın biyoşimik durumu, bu maddenin hastalık tevhit etmeksizin normalin üzerinde alınmasına yahut arzu edilen tesiri elde etmek için yüksek dozda kullanılmasına müsaittir. Bünye narkotiğe o kadar alışmıştır ki, madde alındığında alınmadığı zamankinden daha normal durumdadır. Çok zaman, müptelâ olmayan bir şahsı öldürecek doza kolaylıkla tahammül edebilir.

b) **Psikolojik tesiri** : Müptelâ bir bünyede narkotik madde yakıldığı veya tesirini kaybedip tazelenmediği takdirde ancak yeniden alınması

suretiyle izale edilebilen psikolojik muvazenesizlik ortaya çıkar. Muhite ilgisizlik tesirleri ve bu tesirlerin ancak narkotik maddelerin yeniden alınması suretiyle izalesi durumu «psikolojik teslimiyet» terimiyle ifade edilir.

Müptelâ olan şahıs narkotiklerin alınmamasından dolayı psikolojik yönden meydana gelen mahrumiyet arazına rağmen yaşamaya devam ederse sonunda bu maddeleri almadan da normal hayatını sürdürebilir. Dar anlamda şahıs, ancak yukarıda sözü edilen «tolerans» ve «psikolojik tesirler» tezahür ettiği sürece «müptelâ» sayılır.

İptilâ mefhumundaki vuzuhsuzluk, insan bünyesinde görülen tamamen organik tesirlerle psikolojik sonuçların birbirine karıştırılmasından ileri gelmektedir. Narkotik maddelerin alınmasıyla ilgili duyguların yalnız bu maddelerin icra ettikleri kimyevî tesirden değil aynı zamanda alıcının şuurlu veya şuursuz olarak icra etmelerini umduğu etkiden müteşekkildir.

Yenen, içilen, çiğnenen veya elle oynanan bir çok maddelerden mahrumiyet halinde, bu maddelere karşı herhangi bir psikolojik bağılılık olmasa dahi şahısta huzursuzluk başgösterir. Bu maddeler kahve, çay, tütün, sakız, şekerleme hatta kahvaltı yumurtası yahut portakal suyu olabilir. Bundan dolayı, «itiyat» ve «iptilâ» terimleri, genellikle karıştırılır. Bazı hallerde «iptilânın» geniş anlamda tarifi, «tolerans» ve «psikolojik tesir» e ilâveten «bağılılık» mefhumunu da içine almaktadır. Fizyolojik bağılılıktan tefrik edilmek istenildiğinde, «itiyada», psikolojik veya hissi bağılılık ta denebilir.

Marihuana (esrar), alkol, tütün, kahve, çay ve bazan şekerleme ve sakızı devamlı olarak kullanan şahıslar, bu maddelerden kullanmadıklarında mahrumiyet arazi duyduklarını iddia ederler. Bu duygu onları bu maddelerden çok miktarda almaya sevkeder. Bununla beraber aynı maddelerin verilmesiyle izale edilen psikolojik rahatsızlığa, bu maddelerin lâboratuvar hayvanlarına verilmesi halinde rastlanmıştır. Bu bulgu, itiyat tevhit ettiği bildirilen bir çok maddelerin afyonlu maddeler gibi psikolojik manada iptilâ tevhit etmediklerinin en büyük delilidir. Alkole karşı psikolojik bağılılığın mevcut olup olamayacağı konusu tıpta münakaşalıdır. Hayvanlar üzerinde yapılan denemelerde bu araza rastlanmamıştır. Bu psikolojik bağılılığın insanda mevcut olduğu kabul edilse bile bunun narkotik maddelerdeki kadar olmadığı muhakkaktır. Barbitürler, terimin tam anlamıyla iptilâ doğuran maddelerdir.

Narkotik maddelerin psikolojik ve fizyolojik tesirlerinin birine karıştırıldığına dair kesin bulguları son zamanlarda yapılan bir deney sonunda elde edilmiştir. Bu deneyle muayyen insanlara haberleri olmadan

önce afyonlu ilaçlar daha sonra da hiç bir tesiri olmayan mahlüller zerke-
dilmişdir. Zerkedilen maddelerin ne olduğunu bilmedikleri halde her sefe-
rinde de uyusturucu bir madde aldıkları kanısına varmışlardır. Bu su-
retle yapılan deneyde morfin zerkedildiğinde alıcıların çoğu ruhi bir dep-
rasyona maruz kaldıklarını ifade etmişlerdir. Diğer taraftan, bu deneyi
yapanlar, bir çok tıp kitaplarının, uyusturucu madde alıcılarının yanlış
beyanlarına dayanılarak morfin acı giderici hasasına ilâveten neşe ve
zindelik verdiğini yazdığını müşahade etmişlerdir.

Bu suretle, uyusturucu maddelerin bazı kimselerde teessür ve ruhi
deprasyon, diğerlerinde ise neş'e ve zindelik tevlit ettiği görülmektedir.
Alkol alanlarda da aynı etkilerin tezahür ettiği görülmüştür. Alkol, bazı
hallerde husumet hissi ve ruhi deprasyon tevlit ettiği halde bazılarında
neş'e ve sevgi doğurduğu bir vakiadır.

Narkotik maddelerin psikolojik ve sosyal tesirleri tedavi veya infaz
sonrası devre bakımından fizyolojik tesirlerden önemlidir. Uzun bir sü-
re tedavi edilen veya ceza evinde tutulan eski bir müptelânın yeniden nar-
kotik maddeleri almaya başlamasının fiziki bağıllıkla izah edilemeyeceği
meydandadır. Bu gibi şahısların narkotik maddelere dönmelerinin sebebi
fizyolojik değildir. Bunlar narkotik maddelere, başka sebeplerden ötürü
dönerler. Bunun gibi, bir çok kimselerin alkolü, sigarayı, kahveyi, veya
gayı bırakmak'a karşılaştıkları güçlükleri fizyolojik olmayışı, «itiyat
edinme» teriminin narkotik maddelerin kullanılmasında fizyolojik bağıl-
lık'ın başka faktörlerin mevcudiyetine işaret etmektedir. Narkotik mad-
de'nin kullanılmasında sosyal faktörler de bulunmaktadır. Bu husus ile
ilgili incelenecektir.

Narkotik maddelerin yüksek dozda alınması, hastalık ve ölüm tevlit
etmekle beraber, mahdut dozlarda ve devamlı olarak alınmalarının hastalık
doğurduğu yahut ömrü kısalttığı kesinlikle söylenemez. Bu husus alkol
ve tütün için de varittir. Devamlı alkol alan ve tütün içenlerden sıhhatli
ve uzun bir hayat sürenler olduğu gibi, hastalanan ve hayatı erken terke-
denler de mevcuttur. 84 yaşında olan bir doktorun 64 yıldan beri her gün
morfin aldığı bilinen vakalardan biridir.

Narkotik maddelerin kullanılmasına başlama

Narkotik maddelerin kullanılmasına ne suretle başlandığı birkaç
araştırmacı tarafından tarif edilmiştir. Becker'e göre, bir şahıs yalnız
aşağıdaki durumların mevcudiyeti halinde marihuana'yı (esrar) itiyat
edinebilir.

(1) Belirli fizyolojik tesirleri elde edebilmek için, sigara gibi içileceğine derin nefes almalarla içilmesini öğreten şahıslarla tanışması,

(2) Bazı hallerde kusma ve zihin bulanıklığı tevhit ettiği bilinmekle beraber fizyolojik tesirlerin içene derin bir haz ve saadet getirdiğine inanan kişilerin bulunduğu bir sosyal muhitte içmesi,

(3) Sosyal durum da dahil olmak üzere içme olayını genellikle zevk verici olarak nitelendirmesi,

Becker'in de dediği gibi, narkotik maddelerin alınmasının kanuna aykırı oluşunun bu maddelerin kullanılmasında ısrar edilmesi gibi sosyal sonuçları vardır. Evvelâ, bu maddeleri elde etmek için, kullanan şahsın bu maddeleri satanları veya kullananları tanıması ve itimatlarını kazanması gerekmektedir. Saniyen kullanılmaları cezayı müstelzim olduğu için bu maddelerin gizli ve yalnız kullananlar teşkil ettiği tecrit edilmiş bir muhitte alınmaları lâzımdır. Üçüncü olarak, genellikle bu maddelerin kullanılması ahlâka aykırı görüldüğünden, kullanan kendine göre dayanacağı bir mazeret yaratmalıdır.

Narkotik maddeleri kullananlar, bu maddelerin alınmasında herhangi bir kötülük olduğunu reddederek bu maddeleri almak suretiyle mütekâmil bir hale geldiklerini iddia eder ve kullanmayanları mürailikle itham ederler. Bunların diğer bir teselli de, istedikleri zaman bu maddeleri kullanmaktan vazgeçebileceklerine dair inançlarıdır. İçicilerin ilk kullandıkları narkotik madde genellikle bir arkadaşın hediyesidir. Bu suretle elde edilen ilk uyuşturucu maddenin gerisi, ya hediye veren ele teması devam etmek ya da yeni temasların kurulması suretiyle elde edilir.

Narkotik maddelerin olağanüstü hasasiyet ve zevk erdiği dair yaygın kanaat, bilhassa normal cemiyette tatmin olmamış olan büyüklük duygusunu taşıyan insanlara cazip gelmektedir. Daha önce herhangi bir suç işlemek suretiyle ergenlik hedeflerini şaşırmış bulunan gençlerin narkotik maddelere karşı duydukları cazibelerin sebebi bununla izah edilebilir. Bu suretle narkotik maddelerin müptelâları, bunların kullanılmasını yalnız başarısızlıktan kaçma değil, aynı zamanda muayyen bir hedefe varmak kabul ederler. Mahkûmiyet veya tedaviden sonra iyileştikleri halde bu maddelerin kullanılmasına dönüşün sebebi de bu olabilir.

Eroin müptelâları üzerinde yapılan bir araştırmada, iptilânın üç safhada teşekkül ettiği anlaşılmıştır. Birinci safhada, kullanan şahıs, zaman dan zamana bir doz almakta, fakat bu maddeyi almadığı zamanlarda mahrumiyet etkisini hissetmemektedir. İkinci safhada, şahıs, kesin mahrumiyet etkisi hissedecek kadar eroin almış olmakla beraber maddeyi temin ko-

629

nusunda devamlı bir yol tesis edememiştir. Uyuşturucu madde müptelâlarının maddeyi yahut onu satın alacak parayı temin etmek için en ağır suçları işleyebilecekleri safha budur.

Üçüncü safha, «müstekar iptilâ» safhasıdır. Bu safhada müptelâ, muntazaman uyuşturucu madde almakta ve bu maddeyi stok etmiş veya her zaman temin edebileceği yolları ayarlamış durumdadır. Bu durumdaki müptelâ, uyuşturucu madde için haftada 50 - 200 dolar arasında harcamakta olup, içinde bulunduğu uyuşukluk, sahip olabileceği meşru yollardan para kazanma kabiliyeti ve imkânını gittikçe zayıflamaktadır.

Müzişyen ve sanatkârlarla yüksek tabakaya mensup «müstakar müptelâlar», uyuşturucu maddeyi temin etmek için meşru kazançlara sahip iseler de bunların haricindekilerin gereken parayı temin etmek için profesyonel suçlu olmak zorunlulukları vardır. Bu gibilerin genellikle işledikleri suçlar ağır olmamakla beraber iptilâlarını finanse edecek kadar parayı temin edecek niteliktedir. Bunlar, yankesicilik, hırsızlık, fuhuş ve muhabbet simsarlığı gibi suçlardır. Narkotik maddelerin ticareti bazı hallerde ilerlemiş müptelâlar için bir gelir kaynağı teşkil eder. Bunlar iptilâdaki kademeleri sayesinde uyuşturucu maddeleri toptan ve ucuza alarak diğer müptelâlara satarlar. Bu suretle hem kendi ihtiyaçlarını karşılarlar hem de bir geçim vasıtasına kavuşmuş olurlar. Yapılan araştırmalara göre, uyuşturucu maddeleri ithâl edenler ile toptan satanlar genellikle müptelâ olmadıkları halde, bu maddeyi doğrudan doğruya kullananlara satan perakendicilerin üçte ikisi uyuşturucu maddenin müptelâsıdır.

Uyuşturucu madde istimali ve şahsiyet

Narkotik maddelere müptelâ olanların kifayetsiz, olgunlaşmamış, pasif ve zayıf bir şahsiyet tipini haiz oldukları genellikle kabul edilen bir husustur. Bu terimler maalesef kesin manalar ifade etmekten uzak olup, her birinin ifade ettikleri vasıflar diğerleriyle karışır mahiyettedir. Bu şahsiyet sahipleri müptelâlarda olduğu gibi diğer insanlarda da az çok mevcuttur. Vasat bir müptelâ, müptelâ olmayan vasat bir şahıstan daha çok pasif, yetersiz ve zayıf karakterli olabileceği gibi, bazı müptelâlarda bu vasıfların bulunmayışına karşılık müptelâ olmayan birçok kimselerde mevcuttur.

Psikolog David P. Ausubel, narkotik iptilâsını; **aslı, arızî ve reaktif** iptilâ olarak üç katagoriye ayırır. Aslı iptilâ, evhamlılarla yetersiz şahsiyetlilere özel destekler sağlar.

Yetersiz şahsiyet sahiplerinin kahil olmakla beraber çocuk davranışlarına sahip olduklarını belirten Ausubel, bu gibilerin tarifine şöyle devam eder :

«Yetersiz şahsiyet, kendini müstakil bir kahil görmediği gibi malî muhtariyet, meslek edinme ve bir aile kurma gibi normal kahillerin hedeflerini idrak etmekten yoksundur. Bu şahsiyet; zayıf, pasif itimada şayan olmayan bir kimse olduğu gibi ona zevk vereceğini umduğu her şeyi derhal yapmak ister. Muhitindeki güçlüklerle karşılaşmaktan veya hoş görmediği sorumlulukları yüklenmekten kaçınır. Zahmetsiz zevklere erime arzusu, kurtulamadığı çocukluk insiyaklarını ve kahillerin hedeflerinden zevk alma kabiliyetsizliğinin denklemeini ifade eder.

Son derece yetersiz ve olgunlaşmamış bir şahıs olduğu halde kendini bu şekilde görmesini temin edecek kendini bilme kabiliyetinden yoksundur. Hakikatte, bu kendini bilme kabiliyetinin fıkdanı, onun normal kimselerde şahsiyet krizleri yaratacak durumları sükûnetle karşılamasını sağlayan unsur olmaktadır. Bu durum aynı zamanda onu, samimî bir tekâmülü doğuracak gayret, plânlama ve kendi kendini kontrol zahmetlerine girmekten kurtarmaktadır.

Ausubel'e göre çocukluk döneminin yarılarında üç türlü terbiye usulü insiyaki olgunluğun teşekkülüne engel olmaktadır. Bunlar; (1) Çocuğun müstakillen hareket etmesine fırsat vermeyen aşırı koruyucu ebeveyn (2) Çocuğu tamamen serbest bırakan lâkayt ebeveyn. (3) Çocuğun kabiliyetini aşan isteklerde bulunan aşırı mütehakkim ebeveyn ki bu halde çocuk kendisinden istenen hiç bir şeyi yapmaya teşebbüs dahi etmeyerek bütün gayretlerini mütehakkim ebeveyninden kaçmaya yöneltir. Bu üç türlü terbiye usulüne maruz kalan çocuklar, uyuşturucu maddelerin tevlit ettiği duygular sayesinde kahillerin hedeflerine ulaşmak zahmetinden kurtularak kendilerini üstün görür ve açlık ile cinsiyet insiyaklarını bir enjeksiyonun basit hareketiyle tatmin ve telâfi ederler.

Evham ile reaktif deprasyonlar aslî iptilâda nadiren rastlanan şahsiyet tezahürleridir. Bunun gibi şahsiyet tezahürleri, aşırı ihtiras sahiplerinin izzeti nefis yoksunluğunun telâfisine yöneltilen reaksiyonlardır. Bu şahıslar, karşılaştıkları zorunluluklara aşırı aksülamel gösterirler. Aşırı hedefleri gaye edindikleri için daima kuşku ve emniyetsizlik hislerini taşırlar. Bu karakterdeki müptelâlar, iptilâlarını desteklemek için malî imkâna sahip oldukları için ceza evleri yerine genellikle hastanelerde görünürler. Bu gibi kimseler için iptilâ, intibakı sağlayıcı bir unsurdur. Sıkıntılı durumlar karşısında infiallerinin derecesini düşürür. Bunlar, uyuşturucu maddeleri hafif dozlarda alırlar, sorumluluk getiren mesleklerde bulunabilecekleri gibi diğer içtimâî sorumlulukları da deruhte ederler.

Aslî iptilânın bu iki türüne ilâveten aşırı antisosyal psikopatlarla görülen «arizi iptilâ» katagorisine dahil olan şahıslar, küçüklikten beri baş-

layan sabıka sicillerine sahip olup, uyuşturucu maddeleri cemiyete intibaklarını kolaylaştırmak hissi ile değil sadece cemiyete karşı duydukları nefreti belirtmek için kullanırlar. Bunlar atipik müptelâlardır.

«Reaktif iptilâ», Ausubel tarafından ortaya konulan üçüncü iptilâ kategorisidir. Bu iptilâ türü, gençlik gruplarında görülen ve genellikle ergenlere karşı muhtariyet iddiasının tezahürüdür. Bu müptelâlarda genellikle fizyolojik bağıllık teşekkül etmediği gibi bunlar uyuşturucu maddeleri bir çete faaliyeti olarak kullanırlar. Tabiatıyla narkotik maddeleri kullanan bütün gençler reaktif müptelâlar değildir. Bunların bazıları tarif edilen diğer katagorilerin başlangıç safhasında olabilirler.

Şahsiyetin tarifinde kullanılan terimlerin çeşitliliği ve bunların anlam genişliği, bazı psikologların benzer davranışları ifade etmek için diğerlerinden daha başka terimleri kullanmalarına yol açmaktadır. Donald Gerald ve Conan Kornetsky tarafından 30 müptelâ gençle 30 normal gencin karşılaştırılmasında aşağıdaki sonuçlar elde edilmiştir.

«Genç müptelâlarda, birçok kliniklerce teyid edilen bir araz sistemi mevcuttur : (1) disphoria, yani, başarısızlık bekleyen, her şeyi nafile telâkki eden bir ruhi deprasyon hali; (2) erkeklik davranışlarında karşılaşılan zorluluklarla tezahür eden seksüel problemler; (3) Akranlar yahut ergenlerle yakın ve daimi bir arkadaşlık kurulmasındaki kabiliyetsizlikle tezahür eden şahıslar arası münasebetlerdeki rahatsızlık. Buna ilâveten, müptelâların sıkıntıya karşı tahammülleri az olduğu için bu hissi gidermek maksadiyle ellerine geçen her türlü çareye başvuru.»

«Geniş manasiyle erkek müptelâ adayı, erkeklik fonksiyonunu yetersizliği ve zayıf bir benlik teşekkülâtından muzdarip bir kimsedir.»

«İncelenen 30 müptelânın hemen hemen hepsi de, ayrılık, boşanma, aşırı düşmanlık, sevgi ve alâka kıtlığı gibi tezahürlerle ifade edilen gayri müsait ailelerden gelmişlerdir. Buna ilâveten, ebeveynlerin çoğu, çocukları çok sıkımsı yahut tahakkümle büyütmişlerdir. Müptelâların çoğunun ebeveyni çocukları için çok yüksek veya çok zayıf hayallere sahiptirler. Çocuktan bir kahil olarak istedikleri, ya ailevi durumları ya da çocuğun kabiliyetiyle bağdaşmayacak emellerdir.»

İncelenen genç müptelâların ailevi geçmişlerinde çocuğun normal erkeklik duygusunun gelişmesini engelliyecek bir çok faktörler görülmüştür. İncelenenlerin yarısında, çocukluk devresinde babanın evde olmadığı evde olsa dahi çocuğa karşı davranışının soğuk veya düşmanca olduğu tesbit edilmiştir.

Müptelânın şahsiyetine ilişkin yukarıdaki görüşlerle Ausubel'in müşahadeleri bağdaşmaz gibi değildir. Her iki görüş, geniş bir davranışlar alanını bir kaç kategoriye indirme gayesini gütmektedir. İnsan şahsiyetinin her türlü sınıflandırılması, esesli noktaları tebarüz ettirmek için bir kaç ayrıntıyı feda etmek zorundadır. Ausubel bütün narkotik müptelâları katagorilerine sığdırmaya çalışırken Gerard ve Kornetsky sınıflandırmalarını genç müptelâlara hasretmekteydiler. Ausubel'in «yetersizlik» dediğiyle diğerlerinin zayıf benlik dedikleri aynı şeydir.

Her iki grup tarafından tarif edilen şahsiyet tiplerinin hepsinin narkotik müptelâları olmadığı keyfiyeti, iptilânın teessüsünde daha başka unsurların bulunduğu delâlet eder. Diğer taraftan narkotik iptilânın en yoğun bölgelerinde yetişen kimselerin çoğunun müptelâ olmadıkları keyfiyeti de bu konuda muhit unsurlarından başka faktörlerin de rol aldığı kanısını vermektedir. Görünüşe göre, iptilânın teşekkülünde hem şahsiyetin hem de muhitin tesiri mevcuttur. Fakat iptilâya en çok meyilli olanlar muayyen şahsiyetleri haiz olan kimselerdir. Chein, gecekondü bölgelerinde iptilânın teessüsünü şu şekilde anlatır :

«Gençlik safhasında (aşağı yukarı 18 in altındaki yaşlarda) sokak kültürü, çete esaslarına dayanır. Kavgalar, kıyamet koparmalar ve sportif müsabakalar bu yaştan gerekleridir. Endişeli ve yetersiz (müptelâ namzetleri olarak görülebilecek tipler) kimselerin çetede yer almasına rağmen çetenin faaliyetleri, ortaklaşa bir hayat durumu, emniyet ve mensubiyet duygusu temin eder. Çocukların hayatla tek olarak mücadeleleri söz konusu değildir. Grup onları korumaktadır. Zayıf şahsiyetlerin narkotik maddelerin tesirine iltica etmeleri henüz lüzumlu değildir.»

«Fakat grup yaşlandıkça iki şey meydana gelir. Spor, kıyamet koparmak ve çete kavgaları «çocuk işi» haline gelir ve terkedilir. Zamanla gençlik meşgaleleri yerini mesleki edinme kayguları istikbâl düşünceleri ve sevgili edinme gibi» ferdi konulara bırakır. Çete üyelerinin çoğunun bu yeni şahsî ve ferdî gayeleri benimseyecek kadar sıhhatli şahsiyetlere sahip olmaları halinde narkotik maddelerin cazibesine kapılmak onlar için söz konusu olmayacaktır.»

«Diğer taraftan, istikbâle ergenler gibi bakamayacak kadar ruhen rahatsız olan çete mensuplarının içinde, gençliğin kıyamet koparması, çete kavgalarının olmayışı yeri doldurulmayan bir boşluk ve hüsrân duygusu bırakır. Bu şekilde ruhî rahatsızlık geçirenlerin sayısının çok olduğu bir çetede, narkotik maddelere alışıp yalnız başına içen şahıs kısa zamanda kendine arkadaşlar edinecek ve bir «kullanıcılar» grubu teşekkül etmiş olacaktır. Uyuşturucu maddelerin elde edilmesi, satılması ve kullanılması

masına lüzumlu paranın suç yollarıyla temini faaliyetleriyle meşgul olan genç müptelâlar, sevgili, meslek edinme, sosyal mevki gibi mefhumları kolayca unuturlar. Seksüel dertleri yok olur ve kendilerini müptelânın mahdut dünyasının sadık mensubu görerek ebediyete kadar çocuk olarak kalırlar.»

Cloward ve Ohlin, genç müptelâları «çifte başarısız» olarak nitelendirirler. Bunlar, normal cemiyetteki okuma ve meslek edinme konularında olduğu gibi, suç gruplarında da bir mevki edinmede başarısızlığa uğramışlardır.

T E N K İ T L E R

TAPULAMA MAHKEMESİNİN YER BAKIMINDAN GÖREVİ VE DEĞİŞİK YARGITAY İÇTİHA TLARI

Yazan : Nihat FADİLLİOĞLU
(Ankara Tapulama Hâkimi)

Plân :

- 1 — Giriş
- 2 — 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesi ve gerekçesi.
- 3 — Yargıtay 7 nci ve 4 üncü Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulunun konu ile ilgili içtihatları.
- 4 — Yetki Sorunu ve İctihatların Analizi.
- 5 — Sonuç.

Bibliyografya :

- 1 — Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu : Medeni Usul Hukuku Dersleri (1962)
- 2 — Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay : Hukuk Yargılama Usulleri (1950)
- 3 — Doç. Dr. Baki Kuru : Hukuk Muhakemeleri Usulü (1964)
- 4 — Doç. Dr. Safa Reisoğlu : Yeni Tapulama Kanunu
- 5 — İmran Öktem : 7 nci Hukuk Dairesi Emsal Kararları
- 6 — İsmet Bilgin ve Arkadaşları : Tapulama Kanunu Şerhi
- 7 — Adalet, Ankara Barosu, İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi.

I — Giriş :

Türkiye'de il ve ilçe merkez belediyeleri sınırları dışında kalan, yani köylerdeki tarım toprağı ile arsa ve binalardan tapusuz olanlarının tapuya bağlanması ve tapulu olanlarının tapu kayıtlarının yenilenmesi işi, 22/Mart/1950 tarihinde yürürlüğe giren 5602 Sayılı Tapulama Kanunu ile ele alınmış, 766 Sayılı Tapulama Kanunu ile daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.

5602 Sayılı Kanunun yürürlüğe konulduğu tarihe kadar uygulanma imkânı bulan 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahrir Kanununun yetersizliği birtaraf, yaklaşık olarak yirmi yıldır uygulanan 5602 ve 766 Sayılı Tapulama Kanunları ile ilgili Yargıtay İctihatları, bir çok konulara yön



vermekle beraber, fikir uyuşmazlıkları ve maddelerin kavramını belirtme nedeni ile açıklığa kavuşturulamamış konular da mevcuttur.

Bu yazıda sadece, Tapulama Mahkemesinin yer itibariyle görevini belirten 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesi ile ilgili uygulamayı ve çelişik Yargıtay İçtihatlarını inceleyeceğiz.

2 — 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesi ve gerekçesi :

Tapulama Mahkemelerinin yer bakımından görevini, 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesi düzenlenmiştir. Tapulama Mahkemeleri bölge itibariyle kaza yetkisini haizdir. Her ilin merkez ilçesi ile diğer ilçeleri birer bölge, her bucak merkez ile her köy birer birlik sayılmıştır.

766 Sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin 2 nci fıkrası, idarî kuruluştaki değişiklik yüzünden sonradan başka bir bölgeye bağlanan birliklere ait uyuşmazlıkları çözmeye, o birliğin tapulamaya başladığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin tapulama hâkimi yetkili kılmıştır.

49 uncu maddenin gerekçesinde; Teknik zaruretler dolayısıyla veya hataen mülkî teşkilât bakımından diğer bir kaza hududu dahilindeki gayrimenkul, birlik genel krokisi içine alınmış ise, o gayrimenkule taallük eden ihtilâflar, o birliğin bağlı bulunduğu bölgede vazife gören hâkim tarafından halledilecektir. Birlik, orada tapulamaya başladığı tarihte tapulama mahkemesinin bulunduğu bölgeye bağlı iken, tapulamaya başladıktan sonra idarî teşkilât bakımından başka bir bölgeye bağlandığı takdirde, o birliğe dahil gayrimenkullere müteallik ihtilâfı, evvelce bağlı bulunduğu bölge hâkimi halleder. Tasarıda bu hüküm sevkedilmekle, dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine mani olmak istendiği açıklanmıştır.

Acaba, 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesi yürürlüğe girmeden önce, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine uygun şekilde görevli mahkemeye devredilmiş işler hakkında, 49 uncu maddenin uygulama şekli nasıl olacaktır. Yani, 49 uncu maddenin açıklığı karşısında yeniden yetkisizlik kararı verilip, dosya o birliğin tapulamaya başladığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin tapulama mahkemesine mi gönderilecek, yoksa Tapulama Kanununda, kanunun yürürlüğe girmesinden önce görevli mahkemeye devredilen işler hakkında ayrı bir hüküm bulunmadığı ve dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine meydan vermemek düşüncesi ile dâvayı görmeye devam edecek midir. Bu konu, uygulamada tereddütleri mucip olduğu gibi, Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesi ve 4 üncü Hukuk Dairesi

ile, Hukuk Genel Kurulunun içtihatları arasında da uyumsuzlukların doğmasına sebep olmuştur.

3 — Yargıtay 7 nci ve 4 üncü Hukuk Dairesi ile, Hukuk Genel Kurulunun konu ile ilgili içtihatları :

Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesi; 2/3/1970 Tarih ve Esas : 1077, Karar 1130 Sayılı ilâmlarında : «Dâva konusu gayrimenkul, 1957 yılında o zaman bağlı bulunduğu Haymana ilçesi Halaçlı bucağı içerisinde tapulamaya tabi tutulmuştur. İtiraz üzerine tutanak Haymana Tapulama Mahkemesine tevdi edilmiş, bu mahkemece tapulamadan sonra adı geçen Halaçlı köyünün Çankaya ilçesine bağlandığı gerekçesiyle 1961 yılında dosyanın Çankaya Tapulama Mahkemesine devrine karar verilmiştir. Bu karar gereğince dosyalar Çankaya Tapulama Mahkemesine gönderilmiş, bu mntıkanın tapulama işlerine bakan Ankara Tapulama Mahkemesi sonradan yürürlüğe giren 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49/2 nci maddesi uyarınca dâvanın tetkiki Haymana Tapulama Mahkemesine ait olduğundan bahisle yetkisizlik kararı vermiş, hüküm dâvacı tarafından temyiz edilmiştir. Haymana Mahkemesince dâvanın Çankaya Tapulama Mahkemesine tevdiine mütedair kararı, o tarihte yürürlükte bulunan 5602 Sayılı Tapulama Kanunu ile H. U. M. nun yetkiye taallük eden 13 üncü maddesi hükmüne uygun bulunmaktadır. Haymana Tapulama Mahkemesinin yetkisizlik kararından, Ankara Tapulama Mahkemesinin dâvaya el koymasından sonra yürürlüğe giren 509 ve 766 Sayılı Tapulama Kanunlarının 49/2 nci maddesi, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesinin istisnasını teşkil eder 509 ve 766 Sayılı Tapulama Kanunlarının 49 uncu maddesinin gerekçesinde, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine aykırı bulunan hükmün sevkine, dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine mani olunmak için zaruret bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Kanunların yorumlanması ve uygulanması gayesine uygun şekilde yapılmalıdır. Ankara Tapulama Mahkemesinin kararı bu gayeye aykırıdır. Anılan madde ve fıkraıy gayesine uygun şekilde kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, o tarihlerdeki kanunî hükümler uyarınca bir mahkemeye gelen işin o mahkemede çözümlenmesi gerektiği şeklinde mânalandırılması icabeder. Ancak bu şekilde mânalandırıldığı takdirde dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine meydan verilmemiş ve kanunun istediği gaye elde edilmiş olur. Kanun var'ı işlerin normal ceryanını göz önünde tutarak bahsi geçen maddeyi sevk etmiş bulunmaktadır. Buna göre bir birlikte tapulama başlaması ve sonradan o birliği kısmen veya tamamının başka bir ilçeye bağlanması ve dâvala-

637

ların daha önce birliğin bağlı bulunduğu bölgede ele alınıp tetkik edilmekte bulunması halinde, artık o bölgedeki tapulama mahkemesi vaki değişiklik dolayısıyla elindeki dâva dosyalarını birliğin tamamen veya kısmen yeniden bağlandığı bölge tapulama mahkemesine devredemez. Tapulama Kanunlarında, kanunun yürürlüğe girmesinden önce H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine uygun şekilde görevli mahkemeye devredilecek işler hakkında ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda bu gibi işlerin kanunun gayesine uygun şekilde yorumlanarak hal edilmesi lâzımdır. Binaenaleyh dâvanın görülmesi Ankara Tapulama Mahkemesinin görevi (yetkisi) içinde olduğundan temyiz itirazlarının kabulü ile Ankara Tapulama Mahkemesinin görevsizlik kararının (bozulmasına) karar verilmiştir.

Buna mukabil tamamen aksi bir görüşle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 21/4/1970 tarih ve 1970/4178-3412 sayılı ilâmları ile; H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine göre görevli mahkemeye devredilen dâva dosyalarının sonradan yürürlüğe giren 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49/2 nci maddesi hükmü gereğince, o birliği tapulamaya başladığı tarihte bağlı olduğu bölgenin tapulama mahkemesine yeniden devredileceğini kabul ederek bu yeri merci tâyin etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, tapulama kanunu ile ilgili usul hükümlerinin uygulanmasını gayet açık bir şekilde izah etmiş; örneğin, 23/9/1964 tarih 7/1139 - 575 sayılı ilâmları ile, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesinde söz edilen genel usul hükmünün, özel hükümleri kapsayan tapulama kanununun uygulanmadığı veya anılan kanunun açıkça yer vermesi halinde göz önünde tutulacağını, usul hükümlerinin Hukuk yargılama usulü yasasının 578 inci maddesi hükmünce geriye yürüyeceklerini ve önceki olayların süre gelen yargılamalarında da uygulanacağını, 99 uncu maddesi gereğince 4/8/1964 tarihinde yürürlüğe giren 17/7/1964 gün ve 509 sayılı Tapulama yasasının 49 uncu maddesi uyarınca, idarî kuruluştaki değişiklik yüzünden sonradan başka bir bölgeye bağlanan birliklere ait uyumsuzlukları çözmeye, o birliğin tapulamaya başladığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin tapulama hâkiminin yetkili olduğunu belirtmiştir.

4 — Yetki sorunu ve içtihatların analizi :

Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesinin görüşü 3 ana nokta üzerinde toplanmıştır. Şöyleki :

1. — Bir birlikte tapulama başlaması ve sonradan o birliğin kısmen veya tamamen başka bir ilçeye bağlanması ve dâvanın daha önce birliğin bağlı bulunduğu bölgede ele alınıp tetkik edilmekte bulunması halinde, ar-

tık o bölgedeki Tapulama Mahkemesi vaki değişiklik dolayısıyla dâva dosyalarını birliği yeniden bağlandığı bölge tapulama mahkemesine devredemez.

2 — 509 ve 766 Sayılı Tapulama Kanunlarının yürürlüğe girdiği tarihten önce, o tarihlerdeki kanun hükümleri uyarınca bir mahkemeye gelen iş, o mahkemede çözümlenmeli, bu suretle 49 uncu maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine mani olunmalıdır.

3 — Tapulama Kanunlarında, kanunun yürürlüğe girmesinden önce H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine uygun şekilde görevli mahkemeye devredilen işler hakkında ayrı bir hüküm bulunmamaktadır.

766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesi, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine aykırı olarak tapulama mahkemelerinin yer bakımından görevini belirten özel usul hükümleri getirmiş, idarî kuruluştaki vaki değişiklikleri de göz önünde tutup, bu halde o birliğin tapulamaya başladığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin tapulama hâkimini yetkili kılmıştır. 49 uncu maddenin 2 nci fıkrası, aynı kanunun 4 üncü maddesinde sevk edilen hükmü tamamlamaktadır. 4 üncü maddeye göre; birlik genel sınırı dahilinde ilk parsel için tapulama tutanağı düzenledikten sonra, birlik tamamının veya bir kısmının idarî teşkilâtındaki değişiklik sebebiyle, bu kanunun tatbik sahası dışına çıkmış veyahut başka bir birlik dahilinde tapulamayı icab ettirmiş olması, birlik dahilindeki tapulamayı nasıl durdurmazsa, yine idarî kuruluştaki değişiklik yüzünden sonradan başka bir bölgeye bağlanan birliklerdeki yargı yetkisi de değişmiyecek, o birliğin tapulamaya başladığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin tapulama hâkimi uyusmazlığı çözümlemekle yükümlü olacaktır.

Maddenin bu açıklığı karşısında Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesince yukarıda bir numarada özetlenen görüşüne aynen katılmak mümkündür. Zira madde her hangi bir endişeyi gerektirmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Ancak dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine mani olmak düşüncesi ile 509 ve 766 Sayılı Tapulama Kanunlarının yürürlüğe girmesinden önce, 5602 Sayılı Kanun ve H. U. M. K. nun 13 üncü maddesi uyarınca bir mahkemeye gelen işi, 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki açıklık karşısında çözümlemeye imkân yoktur. Çünkü bu madde kamu düzeni ile ilgili olup dâvanın her halinde mahkemece doğrudan doğruya (re'sen) nazara alınır.

Dosyaların mahkemeden mahkemeye devrine mani olmak için 49 uncu maddenin gerekçesinde gösterilen sebep, o birliğin tapulamaya başladığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin yetkili mahkemesi için düşünül-

lup sevkedilmiştir. Yoksa 5602 Sayılı Kanunda mevcut olmayan bu fikir ileri sürülmekle, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesi kuvvetinde olan 766 Sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin âmir hükümlerini ortadan kaldırmak amacı güdülmemiştir.

Nasıl, usulün 13 üncü maddesi hükmü uyarınca aynı hakka ilişkin taşınmaz mal dâvalarına bakılmakta iken, taşınmaz malın bulunduğu yerde, mahkeme teşkilâtı kurulur veya o yer başka bir kaza çevresine alınır, bu durum karşısında mahkeme doğrudan doğruya (re'sen) tarafların yetki itirazında bulunmalarını beklemeden dâva dosyasını taşınmaz mal'ın bulunduğu yer mahkemesine göndermek zorunluğunda ise, tapulama hâkimi de özel hükümleri kapsayan 49 uncu maddenin açıklığı karşısında aynı şekilde hareket etmek zorunluluğundadır.

Ayrıca 763 Sayılı Tapulama Kanununun, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce H. U. M. K. nun 13 üncü maddesine uygun şekilde görevli mahkemeye devredilen işler hakkında ayrı bir hüküm getirmesine de lüzum yoktur. Zira, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ilâmlarında da belirtildiği gibi, usul hükümleri H. U. M. K. nun 578 inci maddesi hükmünce geriye yürüyeceklerinden, önceki olayları süre gelen yargılamalarında da uygulanır. Eğer kanun koyucu, Tapulama Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, görevli mahkemeye devredilen işlerin de bu mahkemece yürütülmesini isteseydi, 49 uncu maddeye; devredilen işler hakkında eski kanuna göre verilen hükümler saklıdır veya bu madde görülmekte bulunan dâvalara uygulanmaz, şeklinde bir fıkra ilâve ederdi. Bu bakımdan kanaatimizce, Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin görüşü, 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesinin ruh ve gayesine daha uygundur.

5 — Sonuç :

Yetki; aynı nev'i ve mahiyetteki dâvaları çözümlemekle yükümlü kaza mercilerinden yer itibariyle dâvayı tetkik ve çözümlemeye memur olan merci'in haiz olduğu iktidardır. Kamu düzeni ile ilgili bu iktidara sahip olacak mahkemelerin herhangi bir kuşkuya kapılmaksızın kesinlikle hareket etmeleri zorunludur. İki mahkeme arasında görev (yetki) bakımından selbi uyumsuzluk halinde merci tâyinine, ancak son mahkeme kararının taraflara tebliği ile temyiz edilmiyerek kesinleşmesinin temini halinde gidilir. Bu nedenle, uyumsuzluğu çözümlemeye yetkili merci Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesidir. H. U. M. K. nun 25 inci maddesi hükmü gereğince verilen Yargıtay'ın merci tâyini hakkındaki kararlarına karşı, mahkemelerin ısrar yetkisi yoktur.

766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesinin yürürlüğe girmesinden önce, H. U. M. K. nun 13 üncü maddesi uyarınca görevli mahkemeye gelen iş için, bu mahkeme 49 uncu maddenin 2 nci fıkrasındaki açıklık karşısında yeniden yetkisizlik kararı verirse dosya, taraflardan birinin temyizi üzerine Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesine gidecek ve açıklanan gerekçelerle hüküm bozulacaktır. Örneğin; mahkeme eski kararında ısrar edip hüküm de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca onanırsa, merci tâyini için dosya 4 üncü Hukuk Dairesine gönderilecek, bu dairede beliren görüşü gereğince, birliğin tapulamaya başlandığı tarihte bağlı bulunduğu bölgenin tapulama mahkemesini merci tâyin edecektir. Yetkisizlik kararı, taraflardan biri tarafından temyiz edilmezse, kesinleşmiş iki karar mevcut olduğundan dosya yine merci tâyini için Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesine gönderilecektir. Hangi açıdan bakılırsa bakılsın, bütün bu işlemlerin tamamlanması için geçecek uzun sürede dâvalar askıda kalacak ve adaletten beklenen gaye ve çabukluk kaybolup gidecektir.

Her şeyden önce, izlenecek kanunî yolu kesinlikle tesbit etmek lâzımdır. Bunun için de 766 Sayılı Tapulama Kanununun 49 uncu maddesinin kavramını tâyin bakımından Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesi ile, 4 üncü Hukuk Dairesinin içtihatları arasında beliren uyumsuzluğun en kısa bir zamanda İctihadı Birleştirme yolu ile giderilmesi ve uygulamadaki kararsızlıkların ortadan kaldırılması gerekir.

HUKUK YAYINLARI

Yazan : Avni ÖZENÇ

**ÖZETLENMİŞ YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME VE HUKUK
GENEL KURUL KARARLARI NOTLU YARGITAY
TEŞKİLAT KANUNU**

**Yazarı : İlhan ARIKAN, Ulusoğlu Matbaası, 1970 Ankara, 332 Sayfa,
Fiyatı 30 Lira.**

Kitapta; evvelâ Yüksek Mahkeme olan Yargıtay'dan bahsedilmektedir. Bu Mahkeme, 1868 tarihine kadar Yüksek idarî ve kazai işlerde yetki ve görevler (Meclis - i Valay - ı Ahkâm - ı Adliye) ismi verilen yüksek bir kuruluştaki idi, 6/Mart/1868 de adlî işlerin Temyiz yolu ile incelenmesi, (Divân - ı Ahkâm - ı Adliye) adı verilen bir divâna verildi. İdarî işler de (Meclis - i Valâda) bırakıldı.

1/Nisan/1868 de göreve başlayan Divan - ı Ahkâm - Adliyesi yurdun çeşitli bölgelerinde vazife yaptıktan sonra, 1935 yılının Ağustos ayında Ankara'ya nakledilmiştir.

Bugün Yargıtay; Yüksek Mahkeme olarak, 9 Hukuk, 7 Ceza, 1 Ticaret, 1 İcra ve İflâs Daireleriyle bir Birinci Başkanlıktan ibarettir. Her dairede 1 Reis 4 Üye vardır. İlâve kadrolarla daireler takviye görmektedir.

Ayrıca Yargıtay'da; Yargıtay Başsavcılık teşkilâtı da mevcuttur. Bu teşkilâtta 1 C. Başsavcısı ve halen 7 Yargıtay Savcılık Bölümü bulunur. Bu bölümler bir ikinci C. Başsavcısı ve 4 Yargıtay C. Savcısı ile çalışır.

Yargıtay Organları :

- 1 — Yargıtay Genel Kurulu
- 2 — Hukuk Genel Kurulu
- 3 — Ceza Genel Kurulu
- 4 — Yargıtay Haysiyet Divânı

Kitapta; Özetlenmiş Yargıtay İçtihadı Birleştirme ve Hukuk Genel Kurul Kararları da, yer almıştır.

MODERN ÇEK VE ÇEK HUKUKUMUZ.

Yazarı : Fuat İLALAN, Emel Matbaası, 1969 Ankara, 178 Sayfa, Fiyatı 20 Lira.

Çağımızın tediye vasıtası olan çek hakkındaki bu kitap; gerekli hukukî açıklamaları içersine almaktadır. Şerh niteliğinde değildir. Bankacılık yönünden; çek'in para fonksiyonu, ekonomik ve ticarî değerine de ayrıca temas edilmiştir.

Kitap; dört bölümde anlatılmıştır.

Birinci Bölüm : Modern Çek Kavramı, Çek'in Para Fonksiyonu.

İkinci Bölüm : Çek'in Faydaları.

Üçüncü Bölüm : Çek Hukukumuz.

Dördüncü Bölüm : Çek Tatbikatı.

*
**

NÜFUS VE EVLENME İŞLERİ REHBERİ.

Yazarı : Sadrettin SÜRBEHAN (İçişleri Bak. Şube Müdürü), Güven Matbaası, 1968 Ankara, 414 Sayfa, Fiyatı 17,5 Lira.

Kitap; Bir ders kitabı mahiyetinde değildir. Nüfusla ilgili hizmet ve işlemler yapan görevlilere ve bunun yanında ilgi duyan kişilere yardımcı olmak gayesiyle hazırlanmıştır.

Gerçektir ki; halen nüfus mevzuatı, Türk hukuk mevzuatı içinde en eski ve uygulanması güç ve karışık bir durum gösterir. Nüfus Kanununun çıkmasından bu yana iki nesil değişmiş veya değişmek üzeredir. Bu zaman içinde nesiller arasında dil üzerinde büyük değişiklik olmuş ve eski dil, yeni dil diye bir ayırım ortaya çıkmıştır. Mevzuattaki güçlük ve karışıklığın neden ileri geldiğinin gerekçesini, bu durumlar karşısında, açıklamaya lüzum yoktur.

Bütün bunlara rağmen, nüfus mevzuatı Türkiye'de uygulanmaktadır.

Kitapta; nüfus hizmetlerini yapacak personele bazı hukuk bilgileri vermek, başlangıç hukukuna, şahsın hukukuna ve aileye ait hukuka dair konuların bazılarını, en çok rastlanacak ve yapılan işlemlerde kolaylık sağlanacak olanlarını ele almak yoluna gidilmiştir.

Kitap; dört bölümde açıklanmıştır.

643

Birinci Bölüm : Kısa Hukuk Bilgileri, Nüfus Mevzuat ve İşlemlerinde Geçen Bazı Terimler.

İkinci Bölüm : Nüfus İşleri İle İlgili Kanunlar.

Üçüncü Bölüm : İlk Bilgiler, Nüfus Vukuat İşlemleri.

Dördüncü Bölüm : Evlenme Hukuku.

TÜRKİYE'DE SAĞ VE SOL AKIMLAR VE TATBİKATI.

Yazarı : İsmet BİLGİN, Toker Matbaası 1969, 426 Sayfa, Fiyatı 20 Lira.

Kitap; son zamanlarda, aşırı sol ve aşırı sağ cereyanların gün geçtikçe artmakta olduğundan ve bariz bir şekilde müşahade edildiğinden bahseder.

Olaylar karşısında, Cumhuriyetin ve Demokrasinin varlığını korumak için vazifeli olan şahısların aşırı cereyanların önlenmesi hususunda oldukça titiz davranarak gerekli dikkat ve ihtimamı göstermeleri icap etmektedir.

Valiler, Kaymakamlar, Emniyet Teşkilâtı mensupları ve Cumhuriyet Savcılarının, bu sahada fikrî bakımdan yetişkin ve anında karar verebilecek durumda olmaları zarurî ve şarttır.

Kitap yazılırken, hem kültürel ve hem de hukukî yönleri ile aşırı akımlar aydınlığa kavuşturulmuştur.

Kitabın diğer bölümlerinde; Temyiz Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesinin hâdiselere vuzuh verici en yeni ve en geniş kararlarına yer verilmiştir.

Kitap, dört bölümde açıklanmıştır.

Birinci Bölüm : Tarif ve İzahı.

İkinci Bölüm : Türk Anayasası, Türk Ceza Hukukundaki Yerleri.

Üçüncü Bölüm : Temyiz Mahkemesi Kararları.

Dördüncü Bölüm : Anayasa Mahkemesi Kararları.

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARI

Zürih Şerhi Serisi

Fiyatı

Egger : (Çev : T. Çağa) Aile 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 - Schöenenberger : (Çev : Prof. Dr. İ. Sungurbey) İsviçre Borç- lar Kanunu Şerhi, 1964, Mad : 492-529	15.00
Oser - Schöenenberger : (Çev : Prof. Dr. Fikret Arık) İsviçre Borç- lar 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 Relsoğlu) 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

İctihadı 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

645

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 : Rıfat 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
---	---------------