ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA
AYDA BİR YAYINLANMAKTADIR

Yıl : 62 Eylül 1971 Sayı : 9

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 »

546

21 Eylül 1971

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl : 62 Eylûl 1971 Sayı : 9

İÇİNDEKİLER

İncelemeler : Sayfa

Dr. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat : Devlet Kuvvetlerine Karşı Cürümlerden Devletin Anayasa ve Temel Nizamlarını Yıkma 545

Dr. YÜCEL T. Mustafa : Amerikan Ceza Adaleti Ve İnfaz Sistemi İçin Şok Tedavisi 556

BENGÜ C. Selçuk : Yasa Ve Hukuk Dili Türkçeleşmelidir ... 566

ÇETİNKAYA Mehmet : Ceza Hukukunda Zamanaşımı (Dâva - Ceza Zamanaşımı) 577

KARACABEY Ö. Faruk : Medenî Kanun Hükümlerine Göre Kaynakların Hukukî Rejimi 600

547

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 SAYI
KANUNA GÖRE İDARE EDEN :
HÜSEYİN CAHİT ERGÜL

ADALET DERGİSİNDE YAYINLANACAK TÜRK HUKUK UYGULAM
SINDA YARARLI GÖRÜLEN İLMÎ İNCELEMELERİN SAYFASINA 3
TERCÜME YAZILARIN SAYFASINA 25, TENKİT, TAHLİL, KRONİ
MESLEKÎ VE DERLEME GİBİ YAZILARIN SAYFASINA 20 LİRA Ü
RET ÖDENİR.

ADALET DERGİSİNDE YAYINLANAN YAZILARDA BELİRTİLEN
DÜŞÜNCELER YAZI SAHİPLERİNE AİTTİR.

ADALET DERGİSİNİN SAYISI 2 LİRA, YILLIK ABONESİ 24 LİRADI

**ABONE OLMAK İSTEYENLER, ABONE BEDELİNİ, BULUNDUKLA
YER MALİYESİNE YATIRARAK KARŞILIĞINDA ALACAKLARI
MAKBUZU, DOĞRUDAN DOĞRUYA BAKANLIK YAYIN
MÜDÜRLÜĞÜNE GÖNDERMELİDİRLER.**

548

İNCELEMELER

340

DEVLET KUVVETLERİNE KARŞI CÜRÜMLERDEN DEVLETİN ANAYASA VE TEMEL NİZAMLARINI YIKMA (TCK. m. 146)

Yazan : Dr. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK

I — Devlet kuvvetlerine karşı cürümler

II — **Devletin Anayasa ve Temel Nizamlarını yıkma : TCK. 146**

a — Suçun faili

b — Suçun maddi unsuru

c — Suçun manevi unsuru

III — **Büyük Millet Meclisini devirme veya çalışmaz hale getirme :** TCK. 146

A — Suçun maddi unsuru

B — Suçun manevi unsuru

IV — Bu cürümlere fer'i ortaklık

V — Yüksek Adalet Divanı Kararı

Kaynaklar

CIVOLI, Trattato di Dirtto Penale, Milano, 1912

EREM, Türk Ceza Hukuku, II. Cilt, 1965

GARRAUD, Traité théorique et pratique, III, Paris

LOGOZ, Commentaire du Code pénal Suise, Cult II, Genève, 1955

Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açılaması, Cilt II, 1968 2 nci Bası

MAJNO, Commento al Codice Penale Italiano, Torino.

MANZINI, Trattato di Diritto Penale, Cilt IV, Roma

Yüksek Adalet Divanı Kararı, Yassıada, 15/9/1961.

549

I — Devlet kuvvetlerine karşı cürümler, devletin hukukî ve siyasî kuruluşuna, Anayasasına, siyasi kuvvetlerine, devletin hukuki, siyasi temel organlarına, devlet temel nizamlarına karşı işlenen suçlardır (m. 146 - 163).

a — Bu, Bölümde yer alan hükümlerin hedefi, devletin Anayasa ile meydana getirilmiş bulunan temel kuruluşuna, temel nizamlarına, temel organlarına ve siyasi kuvvetlerine **Hukuk Dışı** yapılacak **saldırıları** cezalandırarak devleti korumaktır.

b — Bu, Bölüm'de devletin Anayasa nizamının, siyasi temel kuruluşlarının, halkın halk tarafından idaresi anlamını taşıyan demokrasinin ve bu siyasi idarenin, hukukî olarak, yürüyecek faaliyetlerinin, meşru olmayan saldırılara karşı korunması bahse konudur. (1).

c — Bu, Bölüm'de yer alan cürümler, siyasi suçlardandır. Bu itibarla geriverilme (Extradition - suçluları geriverme) istenemez.

ç — Bu cürümlerin **failî** vatandaş veya yabancı olabilir.

d — Bu cürümlerden bazıları, yabancı memlekette işlenmiş de olsa Türkiye'de koğuşturma yapılır (m. 4).

Devletin Anayasa ve Temel Nizamlarını Bozma

Madde 146 — Türkiye Cumhuriyeti Teşkilâtı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini ıskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkûm olur.

65 inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek birkaç kişi ile birlikte kavlî veya tahrirî veya fiilî fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda veya nâsın toplandığı mahallerde nutuk irat veyahut yafta tâlik ve neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi idam cezası hükmolunur.

Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenlerden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur (Ağır ceza).

---

(1) LOGOZ, Commentaire du Code Pénal Suisse, II, P. 625 n. 3

(15 sayılı - 11/7/1960 - kanunla 3. fıkra eklenmiştir)

Alman CK. 80 Fransız CK. 86 (Eski, 87) İsviçre CK. 265, 275 İtalya YCK. 283 İtalya ECK. 118

ATIF : TCK. 4, 168, 169, 170, 171, 172, 173, F. 3.

II — Bu maddede, Devlet Anayasa ve temel nizamlarını bozmaya yönelen fiiller bahse konudur.

a — Bu cürmün faili her hangi bir kimse olabilir. Bir kimse veya fertler topluluğu, Yasama Meclisleri üyeleri, hükümet üyeleri veya devlet başkanı bu cürmü işleyebilir. (2)

b — Kişilerin resmi sıfatları, bu cürüm bakımından önemlidir.

Bu cürüm yalnız idare edenler tarafından değil, ayrıca kamu kudreti kendilerine emanet edilen kimselerce de işlenebilir. Gerçekte, bu cürmün yapısı bakımından, tek kişi tarafından işlenmesine hemen hemen imkân yoktur (3).

Devletin Anayasa ve Temel Nizamlarını Bozma

c — Bu cürüm, yabancı memlekette de işlenmiş olsa Türkiyede koğoşturulur (m. 4). 557 - 146. maddede Devletin Anayasa nizamına veya siyasi kuvvetlerine karşı işlenen cürümler bahse konudur. Bunları ayrı ayrı incelemek gerekmektedir : a) Anayasa nizamını bozma; b) Türkiye Büyük Millet Meclisi faaliyetini bozma.

A. Anayasa Nizamını Bozma

a — 146. maddenin ilk cümlesinde (Anayasa Nizamını Bozma) fiilleri yer almıştır. Bu maddedeki hükmün hedefi, Anayasa Nizamını, **meşru olmayan yollarla** tadil, tağyir ve ilga hareketlerine karşı korumaktır. Bu suretle haris bir takım kimselerin, devletin temel nizamlarını, hukuka aykırı, bir şekilde bozmalarını önlemek mümkün olacaktır (4).

Bu maddede suç olan fiiller, Anayasa nizamının (Hukuka aykırı), (Meşru olmayan) bir şekilde **değiştirilmesine** girişilmesidir. Şüphesiz-

(2) MANZINI, Trattato, IV, 1950, P. 432

(3) Türk Ceza Kanununda değişiklik yapan 11/7/1960 tarih ve 15 sayılı kanun gerekçesi - Bilim kurulu raporu.

(4) MANZINI, Trattato, IV, P. 432.

551

dirki, Anayasa nizamı, Anayasada gösterilen usullere uygun olarak de ğiştirilebilir (Anayasa, m. 155). Maddenin konusu, devletin temel niza mının, hukuki usuller dışında değiştirilmesine matuf hareketlerdir.

aa — **«Anayasa Nizamı»** kavramı :

Anayasa nizamı, devletin kuruluşunu (temel organlarını), egemenlik yetkilerinin (Yasama, yürütme ve yargı) niteliklerini ve kullanılma e sas ve usullerini, temel ve kamu haklarını düzenleyen hukuk, örf ve a det kuralları bütünüdür (5).

Bu maddenin, koruduğu yalnız Anayasa ve Anayasa ile kurulmuş olan kuvvetler değil fakat genel olarak devletin siyasî yapısı, kurumları demokrasi yönetimi ve bunların hukukî, olagan, faaliyetleri tümüdür (6)

bb — Anayasa nizamının, kaynakları, başta, Anayasa, Türkiye Bü yük Millet Meclisi - Meclisler - tüzüğü, meclislerin tatbikatı, kamu hak larını düzenleyen (seçim yasası gibi) yasalar, Anayasa Mahkemesi, Yar gıtay veya Danıştay içtihatlarıdır.

B — **Suçun maddi unsuru :**

Bu cürmün maddi unsuru, Anayasa nizamının, kısmen veya tama men değiştirilmesine - (tebdil -), bozuklaştırılmasına (tagyir) veya kal dırılmasına (ilga) **cebren girişme** (Teşebbüs - tentant) hareketleridir.

a — **Fiili işlemeye girişme** (Teşebbüs) : Bu maddedeki «Teşebbüs» (Fiili işlemeye girişme) suçun maddi unsurunu meydana getiren fiilleri işlemeye yönelme anlamına olup, yoksa 61, 62. maddelerdeki nitelikte bir suça teşebbüs (Fiili işlemeye kalkışma - tentative) demek değildir. Şu hale göre, maddedeki «Teşebbüs» yani fiili işlemeye girişmek veya yönelmekten maksat, cürmün işlenmesine (icrasına) başlanmış olmasıdır (7).

Gerçekte yasalar, genel olarak, suçların işlenmiş (yani icra edilmiş) olan veya işlenmeye başlanmış bulunan (yani teşebbüs) halinde kalan fiillerini cezalandırır. Yalnızca (Hazırlık hareketleri), işlemeye (icraya) başlanmamış olması ve bu itibarla toplum ve toplum menfaatlerini tehlikeye koyacak nitelikte bulunmaması sebepleri ile cezalandı-

(5) CIVOLI, Trattato, II, P. 95
(6) LOGOZ, Commentaire, II, P. 625 n. 3 a.
(7) MANJO, Commento, II, N. 775, 681.

552

rılmaz. Ancak toplum ve devletin yüksek menfaatleri için tehlike yaratan ve bu itibarla özelliği bulunan 146. maddedeki suç bakımından ayrı bir safhanın gözönünde tutulması gereklidir : Buda (Suçu işlemeye yönelten fiiller) dir. Şu hale göre 146. maddedeki cürmün özelliği bakımından, âdi suçlardan ayrı olarak, üç safha bahse konu olacaktır : 1) Suçun işlenmesi; 2) Suçun işlenmesine teşebbüs edilmesi; 3) Suçun işlenmesine yönelinmesi yani suçun işlenmesine yönelme veya girişme niteliğindeki fiillerdir. Mesela suçun işlenmesi için yardımcılar bulmaya çalışma, adam kaçırma aynı maksatla banka soyma, yağma, yol kesme gibi. Bu halde toplumu tehlikeye koyacak suçu işlemeye girişme başlamıştır (8).

Kısaca, suçun işlenmesine yönelmiş olup icrasına başlama niteliğindeki her hangi bir hareket 146. maddedeki «Teşebbüs» için gerekli ve yeterlidir (9).

b — Anayasa Nizamı Değiştirme; 146. maddede kullanılan (tağyir), (tebdil) ve (ilga) deyimleri maksadı anlatmak ve bir birini tamamlamak için kullanılmış olup gerçekte, unsur, ne şekil ve nitelikte olursa olsun Anayasa Nizamının, **hukuk - dışı** olarak **(Değiştirilmesi)** dir. Burada bahse konu olan, Anayasa nizamının, hukuk - dışı, meşru olmayan yollardan, tamamen veya kısmen hükümsüz, fiilen işlemez hale getirilmesi sonucunu meydana getiren bütün hareketlerdir (10).

Anayasa nizamının tebdil, tagyir veya ilgası demek, bazı fiil ve tasarruflarla bu nizamın fiilen tatbik edilmez hale getirilmesi, kısmen veya tamamen fiili surette ortadan kaldırılması yani fiilen ana hukuk (Esas Teşkilât hukuku) dışı bir idarenin yaratılması demektir. Yüksek Adalet Divanı bir kararında Anayasanın tebdil, tağyir veya ilgası fiillerini toptan (Anayasanın ihlali) olarak nitelendirmiş ve bunu «Devlet başkanının veya yasama meclislerinin yetkilerini genişletmeye veya daraltmaya, bu kuvvetlerden birini ortadan kaldırmaya yahut icra kuvvetinin hali hazır işleyiş tarzını değiştirmeye veya icra kuvvetile yargı kuvveti arasındaki münasebetleri tebdile matuf hareketler» şeklinde belirtmiştir (11).

c — Cebirin niteliği; 146. maddede bahse konu suçun **(Cebren** - violemment) işlenmiş olması gereklidir.

---

(8) GARRAUD, Traité, III, P. 560 - 563 N. 1211
(9) LOGOZ, Commentaire, II, P. 625, 3. c
(10) MANJO, Commento, II, N. 684, LOGOZ, II, P. 625 3. b.
(11) Yüksek Adalet Divanı Kararı, sayfa, 19,140.

553

aa — **Cebir kavramı** : Burada «**Cebir** - violence» maddi ve ma anlamdadır. «Cebir» den maksat failin gayelerinden (Anayasa nizaı tebdil, tağyir veya ilga) birini sağlamak üzere, hukuk dışı, meşru o yan vasıtaların kullanılmış olmasıdır (12), Bu vasıtalar, maddi c manevi cebir, baskı tehdit, hiyle ve benzeri şekillerde olabilir. Anayasa desine aykırı her değişiklik (Cebir) dir Burada (cebrilik) Anayasa ir sinin ihlali anlamını taşır. 146. maddedeki «Cebir» cürmî meydana ren fiile değil, meydana gelmesi istenilen değişikliğe ilişkin bulunma dır. Cebir, keyfi, meşru olmayan, hiyleli hareketlerle de olabilir.

bb — «**Cebir**», cürmün unsuru değil, **niteliği**'dir. Cebir, failin fi de değil, meydana gelen, hukuk dışı, değişikliktedir. Nitekim İtalya ceza kanunu 283. maddesinde Anayasa nizamına uygun olmayan vas larla yapılacak değişiklik suç sayılmıştır.

Cebir, failin faaliyetinde aranmaz, istediği değişiklikte aranır. saca, «Cebren» deyimi niteliği bakımından (Anayasaya aykırılık) a mını taşır. Değişiklik, meşru olmayan, hukuk - dışı bir faaliyet neti meydana gelmiş ise Anayasa nizamını «Cebren değiştirme» ye yöne fiil vardır (13). «Cebir» istenilen değişikliği gerçekleştirmek üzere rek maddi ve gerekse manevi her türlü vasıtanın kullanılmasını ifa eder (14).

Devletin Anayasa ve Temel Nizamlarını Bozma

C — Suçun**Manevi Unsuru**; Fiilin bilerek ve isteyerek (kasden) lenmiş olması gereklidir. Fiilin hedefi ve sebebi, anayasa nizamının ğiştirilmesi olması itibarile neticenin bilinmediği ve istenmemiş bulu duğu bahse konu olamaz (15).

Failin cezai mesuliyeti için, Anayasa nizamını değiştirmeye yönel len fiilleri bilerek ve isteyerek işlemiş olması yeter sayılır.

III — Büyük Millet Meclisini devirme veya çalışamaz hale getirm

a — 146. maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde (Büyük Mill Meclisini devirmeye veya çalışamaz hale getirmeye cebren teşebbüs) s çu bahse konudur.

---

(12) LOGOZ, II, P. 589 n. 4
(13) EREM, II, Sh. 80 - 82 MANJO, II, N. 684 MANZINI, IV, N. 973
(14) CIVOLI, Trattato, II, 1912 P. 101 - 104.
(15) MAZINI, IV, 1950, P. 438

554

aa — Bu fıkra ikinci cümlesinin metninden de anlaşılacağı üzere fiilin fedehi, Büyük Millet Meclisidir. Anayasanın 63. maddesine göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosundan kuruludur. Yeni Anayasa çift meclis esasını kabul etmiştir. Bu suçun, Meclislerden birine karşı veya her ikisine karşı işlenmiş olmasının neticeye tesiri yoktur. Zira maddenin amacı, yasama organlarını her türlü saldırıya karşı korumaktır. Yargıtay'ın içtihadı da böyledir (16).

b — Bu suçta bahse konu (Cebir) ve (Teşebbüs) deyi ve kavramlarının kapsamları önce açıklanmıştır (Bak, N. 559, a,c).

A — Suçun **Maddi Unsuru;** Büyük Millet Meclisini devirmeye (iskat - renverser) veya çalışamaz hale getirmeye (impossibilité) cebren teşebbüs hareketleridir.

a — Büyük Millet Meclisini **devirmeye cebren teşebbüs** etmek demek Meclisi dağıtmak ve yetkilerini ortadan kaldırmak, varlığına, faaliyetine son vermek demektir. Bu maksada matuf (Cebren teşebbüs) hareketleri çeşitli şekillerde olabilir. Meclisin dağıtılmış olduğunun ilânı, Meclis üyelerinin tutuklanmaları, meclisin işgal edilmesi gibi (17). Şüphesiz, bahse konu (Cebren teşebbüs) hareketlerinin meşru olmayan, hukuk - dışı nitelikte fiiller olması gereklidir.

b — Büyük Millet Meclisini **vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs** demek Meclisi, Anayasa ve iç tüzük çerçevesindeki nizamı faaliyetini yapamaz hale getirmek demektir. Meclislerin, Anayasada ve iç tüzükte gösterilen görevlerini ve yetkilerini kapsayan topyekûn faaliyeti, Anayasa ve iç tüzük hükümlerine göre yürütülür. Bu itibarla (Men'e cebren teşebbüs) edilen faaliyetin Anayasa ve iç tüzükte nitelikleri gösterilen görev ve yetkilerden olması gereklidir.

Burada (Men'e cebren teşebbüs) den maksat, meclislerden birinin faaliyetlerine veya faaliyetlerinden bir kısmına ait olan fiillerdir. Bu itibarla Meclis üyelerinden bir veya bir kaçının kendi görevlerine giren işleri yaptırmamak niteliğindeki fiiler bu maddenin değil, hadisesine göre 254 veya 255. maddelerden birinin kapsamına girer (18).

Devletin Anayasa ve Temel Nizamlarını Bozma

B — Suçun **Manevi unsuru;** Fiilin bilerek ve isteyerek işlenmiş olması yani «Kasıt» tır. Burada kasdın, fiile ve neticelerine yönelmiş olması gereklidir.

---

(16) Y. 1. CD. 22/2/1962 E. 439. K.
(17) LCGOZ, II, P. 588, n. 3. b.
(18) MANJO, II, N. 683

IV — Suça Fer'i ortaklık :

a — 146. maddenin 2, 3. fıkraları 65. maddeye atıf yapılarak, bu suça fer'i otraklığın şekil ve niteliklerini göstermiş, ancak konulan cezalar bakımından 65. maddeden ayrılmıştır. Nitekim 2. fıkradaki fer i ortaklık için ölüm cezası ve 3. fıkradaki şekli için ise beş yıldan on beş yıla kadar ağır hapis konulmuştur. Buradaki fer'i ortaklığın özelliği ve neticeleri bakımından önemi gözönünde tutularak cezalar daha ağır olarak kabul edilmiştir.

«146. maddedeki suç yalnız idare edenler tarafındn değil, kamu kudreti kendilerine emanet edilen kimselerce de işlenebilir. Fıkralarda sözü edilen derecelendirme ise, özellikle bu sonuncu halde ayrı bir anlam ve önem taşır. Gerçekte kamu kudretini ellerinde bulunduranların yaptıkları kamu hizmetlerinin değişik niteliği ve devlet cihazında sahip oldukları hukukî ve fiilî nüfuz ve kuvvetin farklılığı, böyle bir derecelendirmeyi büsbütün zaruri kılmıştır (19).

b — Suçun niteliği ve sonuçlarının ağırlığı gözönünde tutularak, bir emniyet tedbiri mahiyetinde beliren fer'i (Kamu hizmetlerinden yasaklılık) cezasının müebbed olması kabul edilmiştir (19).

İÇTİHATLAR

Yüksek Adalet Divanı Kararı

«İşaret edelim ki, kanun cebirden bahsederken maddi veya manevi Cebir arasında fark gözetmemektedir. Bu itibarla manevi cebir dahi suça vucut vermeğe kifayet eder. Kaideten cebir maddi olmak lâzımdır ve hassaten aşağıdan gelen bir ihtilâlin maddi cebirden âri olması tasavvur olunamaz. Fakat Berner'in dediği gibi ihtilâl yukardan geliyorsa, siyasî mercilerin ifa ettikleri vaziyet dolayısıyla maddi kuvvet sarf etmeksizin manevi baskı kullanmak suretiyle bu cebri tahakkuk ettirmeleri mümkündür. Bu halde cebir unsuru, resmî iktidarın suiistimali şeklinde gerçekleşir. Bu itibrla maddi cebir olmaksızın bir esas teşkilâtın bir Bakanlık kararnamesi ile gayrı meşru surette ortadan kaldırılması Vatana ihanet suçu sıfatı ile pekalâ cezalandırabilir.»

Civoli, Trattato di diritto penale, cilt II, Milano 1912 sahife 98 :

«Devlet reisinin veya teşriî Meclislerin selâhiyetlerini geliştirmeğe veya daraltmağa, bu kuvvetlerden birini ortadan kaldırmaya yahut icra

(19) 15 sayılı - 6/7/1960 tarihli - kanun gerekçesi.

kuvvetinin hali hazır işleyiş tarzını değiştirmeğe veyahut icra kuvvetiyle kaza kuvveti arasındaki münasebetleri tebdile matuf hareketlerdirki, Devletin Anayasasını tağyir ve tebdil şeklinde mütalâa edilebilir.»

Hareket, Hükümetten geldiğine göre maddi cebre lüzum yoktur. Esasen Devletin sahip olduğu bütün cebir vasıtaları Hükümetin elindedir. Hükümet Maddi cebri kime karşı kullanacaktır? Karşısında bertaraf edeceği mukavemet eden bir kuvvet yoktur. Anayasa'yı kanun yolu ile olduğu gibi kanun dışı ve keyfi hareketleri ile ve tutumu ile fiilen de tağyir, tebdil ve ilga etmiştir. Madde metnindeki cebrin maddi olacağı gibi manevi olabileceğinde de yukarıda da geçtiği veçhile müellifler arasında ittifak vardır.

Manzini, Trattato di diritto penale İtaliana IV, Torino 1926, No : 973 :

(«Cebren» kelimesi, muhteva itibarıyla «Anayasa'ya aykırı olarak» manasınadır.)

«Cebir herhangi bir vasıta ile işlenmiş olabilir. Maddi veya manevi veya tehdit yolu ile olabilir»

Aynı tetkikin 30 sahifesinde :

Florion Trattato di diritto penale II - 1, sahife 360 :

Burada bahis mevzuu olan cebir, maddi ve manevi cebirdir. Korkutma, sindirme ve tehdit ile manevi cebir kullanılmış olabilir»

Aynı müellifin eserinin 361 inci sahifesinde :

«Çok defa iktidarın suiistimali, hakiki bir manevi cebirdir. Bu cebir daima açık bir tehdit şeklinde olmaz. Keyfi gayrı meşru, hiyleli hareketlerle de olur. Bunlar, elinde siyasi iktidar bulunan kiseler tarafından yapılınca zaruri olarak bir korku tevlit eder, diğer kimselerin fikir ve hareketlerini felce uğratır.

Kanaatımıza göre, diğer kimseleri korkutmaya yarayan ve neticeyi doğuran, iradelerine aykırı bir değişikliği kabule mecbur tutan görevin suiistimali gayrı meşru veya hileli hareketler dolayısıyla iştiraki düşünülürse, iş bu tereddüdün zail olması icabeder»

Sahife 189 —

«Parlemantoyu faaliyetten men hususundaki hareketin şekli ehemmiyeti haiz değildir. Nereden geldiğinin de önemi yoktur. Yukarıdan gelebileceği gibi aşağıdan da gelebilir. Yani Meclis ve Hükümet azasından, memurlardan ve hususi şahıslardan da gelebilir»

Manzini V — Trattato di diritto penale. Tabı 1921 ve 1949 cilt -IV

Tabı 1921 paragraf 965.

Tabı 1949 paragraf 1114/11

«Suçun faili : Meclisi faaliyetten men suçunu herkes işleyebilir hatta Meclis Azaları ile müşterek mes'uliyetleri ceza hukuku bakımından ferdi mahiyet alan Nazırlar dahi mezkûr cürmü irtikab edebilirler»

«Men etmek» kelimesine ne mana vermek icabeder? Bunu G. Grivelleri, II codice penale peıil Regno d'İtalıa. Tabı 1894 cilt V. sahife 197. Bahis 172'de şu suretle izah etmektedir :

«Men etmek, bertaraf etmek olmayıp maniler çıkarmak zorluk ihdas etmek, karşı koymak demektir. Men keyfiyetinin ne şekillerle yapılacağını kanunun tek tek tadat etmesine imkân ve lüzum yoktur. Kanunun şamil ifadesi mekzûr fiilin müsbet veya menfi bir hareketle dahi işleniş şekillerinin hepsini ihtiva etmektedir. ...Men fiilin teşriî kuvvetin tümüne yönelebileceği gibi gayesi Meclis müzakerelerine mani olmak şartıyla meselâ nisabın teşekkülüne mani olarak bir kısmına da yönelebileceği» ifade edilmiştir ... veyahut yine yukarda temas edilen maddi hadiseler ve bu hadiseler karşısındaki Hükümetin tutumu ile Hükümet tarafından Anayasa hükümlerine ve kuvveî kazaiyesine karşı manevi cebir kullanılarak maddedeki suç işlenmiş, ayrıca Meclisi vazifesini yapmaktan men'e teşebbüs edilmiştir.

Sanıklar ve müdafileri [maddede teşebbüs tecziye edilmiştir. İthilâl muvaffak olunca iktidar olur. Binaenaleyh teşebbüs mevzubahs olmaz ve maddedeki bu unsur teşekkül edemez.] diye müdafaa etmişlerdir. Bu kabul tarzı, Devlet kuvvetlerine karşı Halk'tan gelen hareketler haline maksurdur. Halbuki Halktan geldiği gibi - ki buna ihtilâl denilmektedir - yukardan da, otoriteden de Devlet kuvvetlerine, yani yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerine karşı da gelebilir. Bu takdirde maddi cebir kullanmaya ihtiyaç yoktur.

III — Civoli C. — Trattato di diritto Penale 1912 tabı cilt 2, sahife 139, No. 321.

«Nazırlar ihmali bir hareket ile de Meclisleri faaaliyetten men cürmünü işleyebilirler ve mes'ul olurlar.

Meclisleri bir sene toplatı yapmaya davet etmemek 118 inci maddenin 2 nci fıkrasında yazılı cürümden dolayı Mes'uliyeti icabettiren ihmali bir hareket teşkil eder»

558

IV — G. Napodano. Passina E. nin «Enciclopedia del diritto penale italiana» sunda 1909 tabı.

Sahife 187 «Parlementonun esas vazifesi kanun tekliflerini müzakere ve kabul etmek ve gittikçe önem ve şumul kazanan murakaba vazifesini yerine getirmektir.

Bu murakabayı temin eden soru, gensoru ve Meclis tahkikatı gibi vasıta ve faaliyetlerin 118 inci maddenin 2 nci fıkrasında bahis konusu olan vazifeler arasına girer.

I — Francois Clerc - Cour èlèmentaire sure le code pènal suisse, cilt 2 sahife 222 satır 24 :

«265 inci madde mevcut rejimi hukuka aykırı yollardan ihlâle teşebbüsü men etmektedir. Bu teşebbüs ya halktan gelebilir» İhtilâl «veya idare edenler zorla ibram ederler» (Hükümet darbesi)

II. Cogliolo P. Tarttato di diritto Pènale. 1888 tabı cilt 2, kısım 1, sahife 195 Teşrii vazifelerin ihlâli (C.K. Mad. 118/2) :

«Suçun işlenmesi için vazifelerin fiilen men edilmiş olması şart değildir. Fiile matufiyetinde tereddüde mahal vermeyen elverişli icra hareketleri kâfidir»

Yukarda birer birer tetkik edilen Anayasa'ya aykırılığında şüphe olmadığı belirtilen kanunlar veya mevcut kanun hükümlerinin tadilleri ile Anayasanın temas edilen kısımları tağyir ve tebdil ve ilgaya maruz bırakılmıştır.

Yine Büyük Millet Meclisinin iç tüzüğünde yapılan değişikliklerle ve önerge ve gensoruların pek uzun müddetlerle muhalefetin haklı isteklerini ve itirazlarını Meclis kürsüsüne getirmemek siyasi maksadı ile gündeme almamakla Meclis vazifesini yapmaktan men'e teşebbüs edilmiştir. Bu maddedeki hareket, halktan otoriteye gelebileceği gibi, yukarıdan yani otoriteden Devlet Kuvvetlerine karşı da icra edilebilir. Nitekim hadisede yeniden tedvin edilen kanunlarla veya mevcut kanun hükümlerinin değiştirilmesi suretiyle,

Anayasa'yı tatbik etmemek, Anayasa'yı ihlâlin en güzel misalidir. Bu itibarla metin olarak Teşkilâtı Esasiye Kanununun muhafaza edilmiş olması, Anayasa'yı ihlâl eden fiilî durum karşısında bir kıymet ifade edememek icabeder.

(Yüksek Adalet Divanı Kararı, 15/9/1961 E : 960/1, K : 961/1)

559

AMERİKAN CEZA ADALETİ VE İNFAZ SİSTEMİ İÇİN ŞOK TEDAVİSİ

Yazan : Dr. Mustafa T. YÜCEL
(Ceza ve Tev. Ev. Gn. Md. Yrd.)

Kuvvetli bir biçimde muhteva değişikliğine değinen Karl Menninger'in Cezalandırma Suçu (**Crime of Punishment**) adlı eseri Amerikan infaz sisteminin patolojik yönlerini tedaviye yardımcı olabilecek bir reçete niteliğindedir.

Dr. Menninger, adlî sistem hakkında,

«Adalet kavramı tatbikat alanında oldukça karanlık, biçimselliğini yitirmiş ve genellikle insan varlığına oldukça ilgisiz; mevcut suç sorunu ile mücadelede yardımcı olmaktan yoksun ve tamamen aksi yönde netice vermektedir - adaletsizlik, herkese yönelen adaletsizlik (s. 11). Avukatlar, yargıçlar, ilim adamları ve editörler ... sistemin çürümüş olduğunu ve çalışmadığını bilmektedirler (s. 18).»

İnfaz müesseseleri hakkında da,

«Tutuk evleri (**jails**) ile cezaevleri (**prisons**) sefil, iğrenilecek fenalık yuvarlarıdır (s. 44). Şehir tutukevleri ve gayrî insanî islâhevleri ile sefil cezaevleri sağlıktan yoksun, pis, tehlikeli, gayrî ahlâkî, hayasız, suç doğurtan, fesat yuvası inler olarak bilinmektedir ... Onların bu şekilde olmasını **biz** istemekteyiz (s. 143) şeklinde yazmıştır.

Kapsam itibariyle oldukça ağır bir suçlama olmakla beraber, Dr. Menninger gibi bilgi ve tecrübe sahibi bir kişi tarafından yapılması karşısında halkın dogmatik mahmurluğundan uyanması, şoke edilmesi normal bir fonksiyon olarak belirmektedir.

Dr. Menninger'in cezaların karşıtı olarak ortaya koyduğu cezalandırma deyimi ile, suçlular için ön görülen cezalar haklı gösterilebilirse de, makul cezalar ötesine yönelen cezalandırmanın haklı olarak nitelendirilemiyeceği tezi savunulmaktadır. Çok az kişi bu teze itiraz etmekle beraber, ayrım sınırının nerede olduğu ve bunun nasıl tayin edilebileceği sorunu ortada kalmaktadır. Profesyonel kişiler arasında yer etmiş

olan prensip, hükümlünün cezaevine ceza olarak gönderildiği, yoksa cezalandırılmak için gönderilmediği merkezindedir. Tatbikatta, bu amaca ulaşılmadığı oldukça belirgindir. Hapis cezası, müşahade, problem çözümü ve ek olarak muhafazayı kapsamakta ise de, bu son öğe diğerlerini bertaraf ederek hapis cezasını haklı ve mazur görülemiyecek bir niteliğe büründürmektedir.

Dr. Menninger bu konuda haklı olup; rehber prensip olarak «cezalandırılmak için değil, ceza olarak hükümlünün cezaevine gönderildiği» yeterli olmamaktadır. Ek olarak, Dr. Menninger, müddetsiz hüküm, uygun tretman, salıverme zamanı ve koşullarını tayin edecek **teşhis merkezlerinin** bulunmasını ön görmektedir. Bugün hüküm öncesi raporlara (**pre - sentence reports**) verilen önem, bazı devletlerde kurulan teşhis merkezleri ve en azından yirmi devlet infaz sisteminde dışarda çalışma (**work - release**) ya doğru atılan adımlar, gelişmenin bu doğrultuda olduğunun işaretlerini teşkil etmektedir.

Mevcut ceza adaleti sisteminin «biçimselliğini yitirmiş, ilgisiz ve adaletsizliği» ve tutukevleri ile cezaevlerinin «sağlıktan yoksun pis, tehlikeli, gayrî ahlâkî hayasız, suç doğurtan fesat yuvası inler» olduğu kabul edildiğinde, Dr. Menninger'in tezi, bu şekilde olmasını Amerikan halkının istediği merkezinde olduğudur. Diğer bir deyişle, halk, saldırganlık ihtiyacını suçluyu cezalandırarak tatmin etmekte; suçlu vicdanının kefaretini sağlamaktadır. Suçluya verilen cezayı açıklar nitelikteki bu eski ve Freud'cü görüş karşısında, dolaylı yoldan şuur altında örtülü olarak yer alan ve adlî polis görevlerinden bazılarında açık olarak beliren cezalandırma arzusuna rağmen, tüm olarak halkı suçlamak zor görülmekte ve bu neviden toptan suçlamalar bir netice vermemektedir.

Değişim İçin Emeklemeler

Suçlu grubunun % 15 veya % 20 si tehlikeli veya islâh edilemiyecek kişiler olduğundan şimdilik cezaevlerinin kaldırılması mümkün olamıyacaktır. Bununla beraber, kriminologların ekserisi bugünkü hükümlü mevcudunun en azından yarısının cezaevi dışında trete edilmesinin daha iyi olacağı kanısındadırlar. Cumhurbaşkanı Johnson'ın Suç Komisyonu da cemiyete dayalı islâha doğru geniş ölçüde değişim yapılmasını savunmuş olup; cezaevi öncesi yer alacak alternatif tedbirlerle kişiyi mümkün olduğu kadar ailesine, işine ve normal hayatına yakın tutmak ve kişinin kendisine olan güvenini yitirmemesi için cezaevi, en son başvurulacak bir çare olarak düşünülmüştür.

İsveç sistemi bu konuda şahane bir model sağlamaktadır. Mahkûm olan suçluların % 80 ninin cezası her yıl ertelenmekte veya gözetimli erteleme müessesesinden (**probation**) yararlandırılmaktadır. Para cezası tatbikatıda günlük para cezası şeklinde geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur. Hükmedilen para cezası yüksek bir miktarda da olabiliyor. Flim yapımcısı Ingmar Bergman, iki yıl önce bir eleştiriciye atmış olduğu tokat neticesi kamusal nizam ve huzuru bozma suçundan mahkûm edilerek 1.000 dolar tutarında İsveç Kronu'na çarptırılmıştır.

İsveç'te suçlular cezaevlerine gönderildiğinde, müesseseye ekli fabrikalarda çalışarak normal ücret almakta; itimad edilir hükümlüler civardaki okul ve kolejlere gönderilmektedir. Son bir kaç yıldır, müebbet hapse mahkûm hükümlüler onar kişilik gruplar halinde ve iki gardiyanın nezaretinde üç haftalık yaz tatilinden istifade ettirilmektedir.

İsveç'te mevcut cezaevlerinden (90) ekserisinde 120 den az suçlu bulunmaktadır. Suçlu toplamının 1/3 ü cezalarını açık cezaevlerinde infaz etmektedir. Personel arasında kadınlarada geniş yer verilmekte; bazı cezaevlerinde hükümlüllerin mustakil odaları olup; oda anahtarları kendilerine verilmektedir. Cezaevlerinden firar nispeti (% 8) yüksek olmakla beraber, firariler hemen yakanlanmaktadır.

İsveç'te ortalama ceza süresi beş ay olup; mükerrirlik nispeti sadece % 15 dir.

İsveç'te nufüsun homojenliği ve azlığı nedeniyle beliren avantajların ırk çatışmaları olan yoğun nufüslu Amerikan şehirlerinde tekrarlanması mümkün olamazsa da İsveç yönünde emeklemeler görülmektedir.

New York şehrinde ileri bir program Vera Vakfı ile başlatılmış olup; suçlulardan düzenli bir iş hayatı veya aile bağları olduğunu gösterenlerin bihakkın salıverilmesi söz konusu olmaktadır. Şimdiye dek elde edilen neticeler, tutukluların belkide % 50 sinin bu şekilde salıverilebileceğini ve U.S.A. tutukevleri harcamalarının (her yıl 324 milyon dolar) yarı yarıya indirilebileceğine işaret etmektedir.

Kansas, psikiyatrist Karl Menninger'in yukarda belirtilen **Crime of Punishment** adlı eserine kulak vererek Topeka'daki Menninger Kliniği yakınında Suçlu Teşhis Merkezini kurdular. Kansas Devleti, cezaevinde cezasını çekecek hükümlüleri, ciddî bir tetkike tâbi tutmak için dört full-time psikiyatrist ile sayısız diğer uzmanların bulunduğu bu mer-

562

keze göndermektedir. Netice olarak, bu merkeze gelen hükümlülerin yarısı gözetimli erteleme müessesesinden (**probation**) yararlandırılmaktadır. Kansas'da probation'dan yararlananlardaki başarısızlık nispeti % 25 e düşmüş olup; diğer devletlerdeki başarısızlık nispeti ile mukayese edildiğinde oldukça düşük bir nispet olarak belirmektedir.

Kongre, Kansas benzeri 15 milyonluk bir merkezin federal suçluların tutklanma sonrası teşhis ve sınıflandırılması için New York'da kurulmasını onaylamıştır.

Kuzey Carolina, dışarda çalışma (**work - release**) programını uygulayarak (federal cezaevlerinde uygulanmakta olan program) 1000 kadar hükümlüyü fabrika ve hastane işçisi olarak çalışmak üzere her gün dışarıya göndermektedir. 45 kadar hükümlüde civardaki kolejlerde talebe olarak yer almakta olup; talebelerden birinin gösterdiği başarı neticesi kendisine fakülte üyeliği teklif edilmiştir.

Senatör Mike Mansfield, federal suçların mağdurlarına 2500 dolar kadar tazminat ödemeyi ön gören bir Tasarıyı Kongre'ye getirmiş olup; Tasarıda ödenen tazminatın suçludan geri alınması için Adalet Bakanlığına yetki verilmesi önerilmektedir. Devletlerde bu planı kopye etmek üzere federal tahsislerden yararlanacaktır.

Ceza adaleti ve infaz alanında en büyük zorluk, penolojinin (Latince kelime olan **poena** ceza anlamına gelmekte) halen gelişmemiş bir sanat olduğu ve 1920 yıllarındaki reformcuların kötü dişlerin suçluluğa ittiği teorisine dayalı olarak onbinlerce dişin hükümlülerden çekilmesinde olduğu gibi tahminlerden öteye gidememesidir. Bugün bile, penoloji sosyal bilimcilerin, suçluluğun öğrenilmiş bir hareket tarzı olduğu ve uygun ilmî metodlarla düzeltilebileceği yolundaki buluşlarından yararlanmağa yönelmemiştir.

İyi hareket karşılığı olan mükâfatın hemen gerçekleştirilmesi neticesi, kötü hareket tarzı ceza ile değiştirilebilir. Mükafatın gözetimli şartlı salıverme örneğinde olduğu gibi uzun süre geciktirilmesi halinde hükümlü kendisine ne için ceza verildiğini unutur ve tecavüzkâr olabilir. Hiç şüphesiz ekseri U. S. suçluları ve özellikle ilk defa suç işlemiş olanlar için tutuklanma ve mahkûmiyetin verdiği utançlık tekrar suç işlememeleri için yeterli gösterilmektedir.

Bazı psikologlar, cezanın suç ölçüsünde olmasını önermektedirler. Örneğin, sürat yapan bir sürücünün para cezası ile cezalandırılmak ye-

563

rine vasıtasının müsadere edilerek veya ehliyetinin alınarak evine yürü mesini zorlamak yerinde bir tedbir olacaktır. Suçlu hareketi değiştirme için diğer bir olanakta ikrah terapisidir. Bu metod yatağını ıslatan çocukların islâhı için kullanılmakta; çocuğu azarlamak veya okşamak yerine tedavi uzmanı çocuğu içerisinde irtibatsız teller bulunan bir battanye üzerine (battanye pil ve zile irtibatlı) yatırmaktadır. Elektrolitil olan idrar telleri irtibatlıyarak zili harekete geçirmekte ve çocuk uyanarak tuvalete gitmektedir. Bu metodla girişilen tedavi kısa zaman içerisinde gerçekleştirilmektedir.

Suç genellikle hissi yönden tatminkâr olduğundan, ana sorun suçun verdiği zevk ve heyecanı yok etmektir. Bu hususta önerilen metodlardan biri psikolog Ivar Lovaas'ın kendi kendini yaralayan hissen rahatsız çocuklar üzerinde yapmış olduğu çalışmalarda belirlenmektedir. Çocukların feveran etmesi halinde hemşirenin çocuğa sevgi ile sarılarak şuuraltından çocuğun yıkıcılığı mükafatlandırılmak yerine, Lovaas, çocuğu elektrikli bir çubukla sarsmakta ve hareketler ekseriya dakikalar veya saatler sonrası durmaktadır. Psikolog H. J. Eysenck, **Suç ve Şahsiyet** adlı eserinde bazı müsekkin veya tahrik edici ilâçların kullanılması ile hastanın antı - sosyal bir fiil işlediğinde kendisini hasta hissedeceği konusunda ilginç bir açıklamaya yer vermektedir. Psikolog Barry F. Singer, «zaman ve kaynaklar elverdiğinde, hareket tedavi programının bir banka soyguncusunu ne zaman bir banka gördüğünde kusturabileceğini silâhlı gasp soyguncusunu da bir silâh gördüğünde titretebileceğini» eklemektedir.

Bu metodların infaz alanında uygulanması oldukça uzak görülmekte ve bunun nedeni olarakta suç - kontrol bütçesinin sadece % 1 gibi ufak bir nispetinin araştırma ve geliştirme programlarına ayrılmasıdır. Fikirlerin ekserisi müesseseleştirilmemektedir. 1965'de psikolog J. Douglas Grant ve karısı California hükümlülerinden 18 itivadî suçluyu (yarısı silâhlı soyguncu) arkadaşlarını nasıl kurtarabilecekleri yolunda bir araştırmağa yöneltmiş ve neticede bu suçlular istattistik, mülâkat v.s. hususlarda etkili araştırıcı olarak ortaya çıkmışlardır. Bu suçlulardan sadece bir tanesi tekrar cezaevine döndü. Grant'a göre, bu netice, suçluların gösterecekleri çabalarla diğer suçluları iyileştirebileceğini göstermektedir.

Cezaevi personeli, sabık hükümlü gruplarının aynı gayeyi temin yolundaki çabalarını kabul etmedikleri gibi Grant'ın fikrini de red etmektedirler. Kendi kendine yardım esası yerine mükerrirlik nispeti üzerine çok

az veya hiç bir tesiri görülmeyen ve oldukça masraflı bir vetire olarak beliren eğitilmiş personelin çok az sayıda hükümlü veya gözetimli şartla salıverilmişlerle çalışması kabul görmektedir. Bu nedenle bazı kritikler, Federal Hükümetin 10.2 milyonluk Robert F. Kennedy Gençlik Merkezine (2/3 otomobil hırsızı olan 200 genç suçluya 180 personel) şüphe ile bakmaktadırlar. Bu merkezde yapılan ayrıntılı bir sınıflandırma sonrası kapitalizm benzeri bir duruma sokulmaktadır. Çocuklara yaptıkları işler ve çalışmalar için puan verilmekte ve kuruş ödenmektedir. Kuruşlar oda kirası ve diğer ihtiyaçlar için kullanılmakta; puanlarda imtiyaz kazanmak için esas alınmaktadır. Fikir olarak bu müessese oldukça ilginç olmakla beraber ,normal bir müessesede her çocuk için harcanan 6.000 dolara karşılık bu merkezde her çocuk için 9.000 dolar harcanmaktadır. Öteyandan, bu merkezin yararlılığı da açık, seçik olarak belirmiş değildir.

Kriminolog James Robinson, ceza alanındaki ekseri reform fonlarının bürokratların ücretleri için harcandığını belirtmekte ve ceza adaleti sistemi için harcanan her dolar için 1/4 değerinde suç kontrolü temin edildiğini eklemektedir.

Amerikan infaz sisteminde yer alan suçluların günlük ortalaması 1.3 milyonu ve bir yılda girenlerin sayısı da 2.5 milyonu bulmaktadır. Sistemin yıllık bütçesi 1 milyar dolar üzerinde olup; bu miktarın yarısı yiyecek, giyecek ve yetişkin suçluların ceza ve tevkiflerinde muhafazasına harcanmaktadır. İnfaz sisteminin tesis, program ve personeli oldukça yüklüdür. Mahkemeler ve ceza tayinindeki mevcut temayül devam ettiğinde, siyasetlerin esaslı bir biçimde değiştirilmesi bir gereksinme olarak belirmektedir. Aksi takdirde, sistem daha yoğun baskılar altında kalacaktır.

Tevkifevlerinin ana fonksiyonu duruşma için bekliyenlerin muhafazası olup; tevkifevleri nüfusunun büyük bir yüzdesini tutuklular meydana getirmektedir. Tutukluların ekserisi, % 40 - 60 arasında, hüküm giymeksizin salıverilmekte; beraat ederek salıverilenlere ilâve olarak, mahkûm olmalarına rağmen ceza süresi duruşma için tevkifevlerinde kaldıkları süreden az olanlar veya gözetimli erteleme müessesesinden yararlandırılanlar (probation) sayısı da oldukça kabarıktır. Bu sebepten, tutuklu bulunanların büyük bir yüzdesi kefalet parasını ödiyemiyenlerdir.

Adalet ve ekonomi ilkeleri, tutukluların bihakkın salıverilmesinde esaslı ölçüde bir artışı gerektirmektedir. Tutuklamalar neticesi, insanî

ezinti ve insan kaynaklarının kaybı neticesi beliren maliyet yanında parasal maliyette oldukça fazladır. Tutukluluk durumu, nakdî kefaletle salıverme sistemi kaldırılmak suretiyle minimuma indirilmeli ve kamu yararı yönünden gerekli tutukluluk durumları dışında kalan tüm sanıklar salıverilmelidir. Bu öneriye, tehlikelilik durumunu tahmine medar olabilecek sıhhatli metodlar geliştirilmemiş olduğundan yargıçların sadece tehlikeli sanıkları tutuklaması yerinde değildir, diye itiraz edilmiştir. Halıhazırda, yargıçlar sanıkların serbest bırakıldığında yeniden suç işliyebilecekleri tehlikesiyle nakdi teminatı çok yüksek tutarak sanığın duruşma için cezaevinde beklemesini ön görmekte ve duruşmaya çıkmasını sağlamaktadırlar. Yargıçlar, duruşmaya sanığın gelmiyeceğini tahmin etme bakımından tehlikelilik durumunu tahminden daha fazla yetenekli değilseler de, tüm kefaletle salıverme, yargıçların bu yetenekleri olduğu temeline dayalı bulunmaktadır. Tutuklama siyasetinde belirecek değişimler cezaevi nüfusunun yersiz yere kabarık olmasını önliyecektir. Bu bakımdan yukardaki metodu pekleştirmek bakımından duruşma öncesi kaçma riskine değgin araştırmalara devam edilmeli; duruşma için beklerken sanıkların çeşitli suçları işliyebilme ihtimaline ait faktörlerde tespit edilmelidir.

Kriminolojik literatürde yer alan ve açıklığa kavuşmamış konulardan biri de infazın fonksiyonu sorunudur. Bazı uzmanlar hapis cezasının tesirsiz olduğunu belirtirken, diğerleri, ihtiyatlı agnostik olup; sadece hapis cezasının tesirliliği konusunda bir şey bilmediklerini ifade etmiştir. Herşeyden önce, bu mevcut iyimserlik veya kötümserlik hakkında bir şey söylemek ve ne derece bu görünüşlerin haklı olabileceğini veya ne ölçüde abartılmış ümitlerin fiyasko bulması ve ideallerin hayal sukûtü ile neticelenmesi neticesi olduğunu belirtmek gerekir. Kötümserliğin bir kaynağını bulmak oldukça kolay olmaktadır. İnfazın nihaî amacı, hangi teori çerçevesinde olursa olsun, suç olgusunu azaltarak toplumda huzur ve güveni sağlamaktır. Suç olgularında beliren artış karşısında toplum kendisini güven içerisinde hissetmediğinde nihaî amaca yaklaşılmak yerine bu amaçtan uzaklaşma söz konusu olmaktadır. Bunun neticesi olarak, bazı kişiler, tüm infaz programlarının başarısızlığa uğradığını belirtmektedirler.

Herşeyden önce, suç olgusu sadece cezaî tatbikatın fonksiyonu olarak belirmemektedir. Suç miktarı veya yüzdesinin ceza siyasetine ilişkin olduğu ve infaz programları ve tatbikatındaki değişimlerle farklılıklar gösterdiği yolunda deliller mevcut değildir. Bununla beraber, suç

566

yüzdesinin, nufüs miktarı ve yoğunluğu, yaş, cinsiyet, nufusun ırksal kompozisyonu, polis kuvvetinin tesirliliği ve ceza adaletinin ötesinde ve dışında yer alan diğer bir çok faktöre bağlantılı olduğu yolunda yeterli delil vardır. Suç olgusundaki artışı ceza siyasetine bağlamak yağmurdan şemsiyeyi sorumlu tutmak gibidir.

Hiç şüphesiz, cezaevlerinin ana fonksiyonu hükümlülerin tretman ve tretmanın amacıda mükerrirliğin önlenmesidir. Bu bakımdan, bir hususta hapis cezasının tesirliliğinden anlamlı olarak konuşmak mümkündür. Cezaevi sisteminin suç kontrol vasıtası olarak tesirliliği de bir dereceye kadar ölçülebilir. Bu konuda ekseriyetle ve emin bir şekilde ifade edilen husus, bu konuda da başarısızlığa uğranıldığıdır. John Bartlow Martın. «cezaevini terk edenlerin %60 - 70 arasında yeni suçlar işliyerek cezaevine dönmektedir» diyor. Öteyandan, Daniel Glaser, **Cezaevi ve Gözetimli Şartlı Salıverme Sisteminin Tesirliliği** adlı eserinde, «2/3 ün cezaevine döndüğü konusundaki hikayenin nasıl ortaya çıktığı bilinmemektedir. Metodolojik bir hatadan ileri gelmiş olabilir. Cezaevlerinin ekserisi daha önce cezaevinde bulunan 2/3 leri bünyesinde bulundurmaktadır. Bu sebepten, cezaevlerinin başarısızlık nispetinin % 60 - 70 arasında olduğunu söylemek kolay ve fakat doğru değildir. Özellikle ilk defa suç işliyenlerin hapis cezasına alternatif tedbirlerinden yararlandıkları infaz sistemleri için bu ifade hiçte gerçeği yansıtmıyacaktır.»

Salıverilmiş hükümlülerin ne nispette cezaevine döndüklerini tayin için lüzumlu ciddi çalışmalar Amerika'da yapılmış değildir. Salıverilmiş suçluların takip edilmesi çerçevesinde yapılan çalışmalar ise 2/3 lerin cezaevine dönmediklerini göstermiştir. Glaser'in yaptığı çalışmanın ana sonuçlarından biri, «bir cezaevi sisteminden salıverilenlerin salıverme sonrası iki ilâ beş yıl içerisinde sadece 1/3 ü cezaevine dönmektedir.» Glaser'in bulguları cezaevlerini tüm başarısızlıkla kabullenmenin yerinde olamıyacağını belirtmektedir. Bununla beraber, cezaevlerinin tesirliliği kesin olarak belirmiş değildir.

Cezaî tedbirlerin tatbiki de ana bir konu olarak belirmektedir. Şimdiye dek yapılan araştırmalar hangi suçluya hangi cezaî tedbirin tatbik edilmesi gereği hususunda kesin sonuçları vermiş değildir. Bu konuda tıp alanında olduğu gibi bir tretman nosolojisinin tayin edilmesi bir gereksinme olarak meydandadır. İngiliz kriminologu Nigel Walker, «cezaî tedbirlerin ikame edilebileceği ipotezini» ortaya koymuştur. Bu ipoteze göre cezaevinden salıverilmiş olan suçluların ekserisi farklı bir cezaî tedbire tâbi tutulmuş olsalar da yeniden suç işlemiyeceklerdir. Bu ipo-

tez ve diğer bulgular karşısında, zamanımızın ana penolojik sorunlarından biri olan - fazla kalabalık cezaevleri nufüsu, yeterli malzeme ve personel noksanlığı ve ceza müesseselerini muhafaza etmenin sosyal ve ekonomik yönden maliyeti - mükerrirlik sayısında artış olmaksızın sadece çok az sayıda suçluya hapis cezası vermek suretiyle esaslı ölçüde azaltılabilir. Hapis cezasına alternatif tedbirler arasında özellikle erteleme, gözetimli erteleme müessesesi ve para cezası yer almaktadır. Gözetimli ertelemeden yararlananlarla cezaevi tretmanına tabi tutulanların mükerrirlik yüzdesi bakımından farklılık yaratmadığı üzerinde önemle durulması gerekli bir konu olarak belirmektedir.

Kriminoloji ve penoloji alanındaki sınırlı cehaletimiz karşısında mümkün olabilecek aklî stratejinin ne olabileceği sorununun cevaplandırılması gereklidir. Leslie Wilkins tarafından geliştirilmiş üç teklif bu konudaki siyaset yapımına doğrudan doğruya rabıtalıdır :

1. İnsanî tretman sistemleri (örneğin, gözetimli erteleme müessesesi) mükerrirlik ihtimalini azaltmak bakımından ağır ceza şekillerinden daha az etkili değildir.

2. Yeni tretman sistemleri, parasal yönden tasarruf sağlıyacaktır.

3. Ekseri memleketlerin infaz sistemlerindeki lüzumsuz emniyet tedbirleri ile çok para kaybedilmektedir.

Bu önerileri destekleyici delillerde oldukça yoğundur. Bu cümleden olarak açık ve yarı açık cezaevi müesseseleri kayde deger bir nitelik göstermektedir. Bu müesseselerin cemiyete dayalı ve çalışma esası üzerine kurulu olmaları suçlularda belirecek ruhsal ezinti ve çöküntüleri önlemekte ve mali portreside kapalı cezaevleri ile mukayese edilemiyecek ölçüde düşük olmaktadır.

3000 yılı aşkın bir zaman potasında suçlularla mücadelede beliren metodlardan en aşırı konservatif bir kişi memnuniyet ifade etmemekle beraber, cezaevleri şimdilik bir ihtiyaç olarakta belirmektedir. Bazı suçluların işlemiş olduğu suçların tabiatı icabı cevaevine gönderilmesi (cemiyet onların salıverilmesini kabullenemiyecek) daima söz konusu olabilecektir. Hiç şüphesiz, cemiyetin korunması gerektirmediğinde hapis cezasına baş vurulmamalıdır. Amerikan Hukuk Enstitüsünün hazırlamış olduğu **Model Ceza Kanunu**, «cürüm için bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza mahkeme tarafından tayin edilmiyecektir.» Bu normun dayanağı olan teori, eğer mahkeme suç veya suçlunun en az bir yıllık hapis cezasını gerektirmediği düşüncesinde ise, hapis cezasından gayrı

bir ceza verilmelidir, merkezindedir. İngiliz ceza adaleti tatbikatı bu norma yaklaşım içerisindedir. İngiltere'de mahkûm olan otuz kişiden biri cezaevine gönderilmekte; cürümler bakımından da her beş hükümlüden biri cezaevi tretmanına tâbi tutulmaktadır. İngiliz İç İşleri Bakanlığı tarafından mahkemeler için hazırlanmış bulunan el kitabın da : «Hapis cezası diğer tretman metodları başarısızlığa uğradığı veya uygun olmadığı düşünüldüğünde başvurulacak bir ceza olabileceği artan ölçüde kabul görmektedir», denilmiştir. Ekseri memleketler ceza ve infaz siyaseti, hapis cezası tatbikatını asgariye indirme çabasındadırlar.

Sonuç

Amerikan infaz sistemi bakımından memnuniyet verici yön, çok az Amerikalının mevcut sistemi savunduğu noktasındadır. Cumhurbaşkanı Nixon'dan en düşük seviyedeki suçluya kadar herkes suçu kontrol altına alacak insanî bir sistemi arzulamaktadır. 1971 yılının cezaevleri yılı, federal harcamaların iki katına çıkarılacağı (300 milyon dolara) ve nihayet bazı şeylerin yapılacağı bir yıl olacağı belirtilmektedir.

Kaynaklar

H. J. Eysenck. Crime and Personelity. Routledge and Kegan Pul, London, 1964

M. Lopez - Rey. Crime and the Penal System, **Australian and New Zealand Journal of Criminology** (March, 1971) : 4, 1

N. Morris and G. Hawkins. **The Honest Politician's Guide to Crime Control.** University of Chicago Press, 1970

R. A. Clowaıd and L. E. Ohlin. **Delinduency and Opportunity,** The Free Press, New York, 1969

The Shame of Prisons. **Time** Mecmuası (January 18, 1971)

The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Washington, 1967

M. T. Yücel. **Kriminolojik Notlar : Toplum, Suçlu ve Ötesi,** Ankara, 1971

İsveç'te Suçluların İslâhı Sistemi, **Adalet Dergisi 60 (2) 1969**

YASA VE HUKUK DİLİ TÜRKÇELEŞMELİDİR

340+T420

Yazan : Selçuk C. BENGÜ
(Kırklareli C. Savcı Yd.)

Konuyu Tanıtma :

1 — Giriş.

2 — Tarihçe.

3 — Dil devriminin hukuka giriş yavaşlığının nedenleri.

4 — Uygulamadaki durum.

5 — Sonuç.

Yararlanılan yazı ve kitaplar :

1 — Dil devrimimiz (Emin Özdemir, Türk Dil Kurumu yayınları 1969)

2 — Türk Hukuk dili nasıl özleştirildi. (Türk Dil Kurumu Yayınları 1967)

3 — Türk Hukuk hayatındaki dualizm ve şer'i hukuktan lâik hukuka geçiş (Ord. Prof. Dr. Veldet Velidedeoğlu)

4 — Bugünkü diliyle Atatürk'ün söylevleri (Türk Dil Kurumu Yayınları 1968)

5 — Türkler, Müslümanlar ve ötekiler (Voltaire)

1 — KONUYA GİRİŞ :

Atatürk devrimlerinin hukuk alanında benimsediği, tüm hukukcuların ona sonsuz inanç ve bağlılığı bir gerçek olmakla beraber bu güne değin dil devriminin hukuka girişi pek yavaş ve istenildiği kadar verimli olmamıştır.

Bu konunun nedenlerini inceleyip yapılmasını öngördüğümüz yenileşmeyi belirtmeden önce kısaca hukuk dilinin tarihçesi ve bugünkü uygulamadan örnekler'de vermek istiyoruz.

570

2 — TARİHÇE :

Kahraman ve cenkçi atalarımız anayurdumuz Ortaasyadan çeşitli doğal etkenlerle ayrılıp bir parçası doğu, büyük bir çoğunluğu'da Avrupa ve Önasyaya göç ettikten sonra, yüreği ve bileği kadar kuvvetli olmayan ekinçlerini, ele geçirdikleri topraklardan yaşayan ulusların uygarlık ve ekinçleri ile tamamlamışlar, onların etkileri altında kalmışlardır.

Bu tarihsel ve sosyal bir olaydır. Bizim Arapların etkisinde kalmamız gibi eski çağlarda Çinlilerin uygarlıklarını benimdemeyen Tatarlar, Batı Avrupayı ele geçiren Normanlar, Gotlar ve Fransızlar'da o Topraklarda yaşayanların gelenek ve ekinçlerine uymuşlardır.

Türklerin İslâmlaşması ile IX uncu asırdan bu yana her alanda olduğu gibi hukuk'da Türkçe Sözlükler yerlerini arapça karşılıklarına bırakmıştır. Önceleri din adamlarının yerleşmesinde yararlanılan ve kullanılması zorunlu olan arap dil ve yazısı medrese eğitiminin kabulünden sonra'da bilim dili olarak başa geçmiştir.

İslâm hukukunun benimsenmesi ve hukuk kuralları kaynaklarının arap yarımadasından gelmesi, hukuk dilinin arap dilinden ayrılmazlığı sonucunu doğurmuştur.

XI - XII Yüzyıllarda Selçuk Türkçesi özellikle resmi dili arapça, Türkçe karma bir dil niteliğindedir. Bununla beraber o Çağlarda Türk beyliklerinde her zaman olacağı gibi arapça ve Farsçaya fazla ilgi gösterilmemekte, hatta beyliklerin yöneticileri yabancı dile karşı görülmektedirler.

Bunun en güzel örneği 15 Mayıs 1277 yılında Karamanoğlu Mehmet bey vermiştir.

Mehmet bey günümüze dek önemini kaybetmeyen buyruntusunu yayınlayarak **«bu günden sonra dîvanda, dergâhta, bağrıgâhta, mecliste ve meydanda Türkçeden başa dil konuşulmayacaktır.»** Buyurmuştur.

Gerçi daha önceleride divan'ı Lügat-it Türk'te Kaşgarlı Mahmut Türkçenin Arapça ile boy ölçüşebileceğini Ali Şir Nevai de Muhakemat ül Lügateynde Farsçanın Türkçeden Üstün bir yanı olmadığını belirtmiş iseler de bunlar edebiyat yönünden birer uyarma niteliğinde sayılabilir. Karamanoğlu Mehmet Beyin Buyruğu ise daha çok devlet yönetimi ve hukuk yönünden konumuzdaki önemli yerini almaktadır.

Bir yandan medrese eğitimi, bir yandan büyük sanatçı ve şairlerin kendi öz dillerini kullanmamaları aydın ile halk çoğunluğu dil ayırımını o zamandan oluşturmuştur.

Karamanoğlunun açık ve sert buyruntusuna karşı çağının toplumu üzerinde büyük etkisi bulunan düşünür şair Mevlâna Celalettin Rumi şiir lerini Farsça yazmıştır. Uzun süre Karamanda kalan ve hatta buradan evlenen Mevlâna Karamanoğlundan başka düşünmüştür.

Yukarıda örneğini verdiğimiz akıncı Türk boyları elde ettikleri ülkelerde o toprakların insanlarının dil ve uygarlığını kabul ederken sağlam temeller üzerine koca bir imparatorluk kurduktan sonra egemenlikleri altına aldıkları ulusları serbest bırakmışlardır. Dil, din ve gelenekleri üzerinde hiçbir baskıda bulunmamışlardır.

Demek oluyor ki biz Türkler tarih çağlarının başından beri dil konusunda milliyetçi ve ırkçı bir düşünceye saplanmamışız.

Fatih devrine kadar hukuk dili yönünden eleştirebileceğimiz bir yasaya rastlamıyaruz.

Osmanlıların ilk yasası Fatih Kanunnamesidir. Bu kanunnâme (yasa) daha çok idari niteliktedir.

Kanunnamenin başındaki hatt-ı humayun **«Bu kanunname atam ve devam kanunudur»** diye Türkçe başlar. Gelgelelim aynı kanunnameden alacağımız başka bir örnekte Türkçe sözcüğe rastlamak zor olacaktır. **«Vaktâki saadetlü Padişahı Hurşit iştihar hazretleri teşrifi seriri saltanat ettikten eyya saltanatlarında bunca fütuhatı azime müyesser olup hususa halen darüssa tanat olan mahrusesi uzma ve medinei kübra olup matmahı enzarı seâtini cihan olan mahmiyei mer'iyeyi Kostantaniye fetih müyesser olduktan sabık ecdadı izamları zamanında olan kavanini mazbuta defteri olup eksik ol yerlerin dahi kendileri reyi müniri velayet tesirleri tekmil buyurup Divan-ı Humayunda ebedülabat mamulünbih olmak için bir kanunnâme tahrirolunmak lâzım gelmeğin bu abdi hakif fermanı celilleri üzerenazmü inşa edüp» gibi.**

Bu alanda araştırmalar yapan ve geniş konuşma yetkisi bulunan sayın hocamız Hıfzı Veldet Velidedeoğlu kanunnamenin o devre göre sade bir Türkçe ile yazıldığını belirtmektedirler ve **«kanunu kaleme alan zat'ın bu noktayı mukaddemede»** ..... **«ve herkes müstefit olmak için istilâh ve ibarattan ferakat olunup** .....» Dediğini belirtip; kendi fıkırlerini'de **«eğer o zamandan beri bu alanda aynı yol tutulmuş ve devam**

572

edilmiş olsaydı, bugün hukuk alanında her türlü ilmi kavramları tek başına ifade edebilen çok zengin bir hukuk dilimiz olurdu» şeklinde açıklamaktadırlar.

İkinci yasa Süleyman Kanunnamesidir. Dili ayni nitelikte olup ser'i bir kanunnamedir.

Tanzimat çağına kadar o zamanki diliyle kanunnameler ve nizamnameler adı altında çıkan yasalarda dil yönünden bir değişiklik olmamıştır. Gerçi o çağlarda şer'i ve nizami mahkemelerin ayırımı çok büyük bir hukuk devrimi olmuştur ama, Tanzimatla başlayan Türkçe akımı hukukun kapısını aralayamamıştır.

Tanzimat çağında yayınlanan gazetelerde **«halkın anlayabileceği dil ile yazılmıştır.** diyen başlıklar konulmasına, gazeteci Ali Suavi'nin **«haydi ittifak edelim Türkçe ile yazalım»** demesine, buna katılan Ahmet Mithat'ın **«Arapça ve Farsça'nın ne kadar izafetleri ve ne kadar sıfatları varsa kaldırabilirsek, yazdığımız şeyleri bugün yüz kişi anlayabilmekte ise yarın mutlaka yedi yüz kişi anlar»** demesine karşı, hukukçulardan günün dil ve fikir eylemlerine uyan bir kişi çıkmamıştır.

Tanzimat Çağının büyük hukuk yapıtı meselle halkın anlayabileceği dilde değildir. Mecelle'de 1916 yılında yapılması öngörülen değişiklik için kurulan vâcibat komisyonu 1923 yılında esas : **1 — Nusısı katıayı şer'iye ile sabit ahkamı şer'iyeye muhalif olmamak şartıyla beynelfukaha muhtelifünfih olan mesaili içtihadiylede akvali fukaha bilistikra tetkik olunarak hangi müştehidin kavli ihtiyacatı hazıraya tevaffuk ediyorsa onun reyi bittercih Mecellenin olbaptaki mevaddı mahsusası ona göre tadil olunacktır» esas : 2 — İhtiyacatı cedidenin vaz'ına lüzum gösterdiği ahkamda ahkamı mevzua ve fıkhiyemiz ile insicam ve tenazuru muhafaza suretiyle bilumum müessesatı hukukiyeden istifade edilecektir»** Şeklindeki sözcüklerle fikir açıklanmıştır.

Bu esasların yazıldığı günlerde doğan bugünün hukukcuları yazının dilini anlamamaktadır. Halkın anlayamıyacağı ise açıktır.

1920 Anayasası, onu izleyen Ulusal Egemenlik Savaşı günleriyle Cumhuriyetin ilk yıllarında çıkan yasalar incelendiğinde gün geçtikçe dilde sadeleşmeye gidildiğini görüyoruz, fakat bunun Türkçeleşme bilinçi ile tutulmuş bir yol olduğu kanısında değiliz.

Gene yasaların dili halkın anlayabileceği kadar açık Türkçe ile kaleme alınmıştır.

3 — DİL DEVRİMİNİN HUKUKA GİRİŞ YAVAŞLIĞININ NEDENLERİ :

Bunun nedenleri araştırılacak olursa devrim başında çıkarılan veya Avrupa devletleri yasalarından çevirme yapılarak kabul edilen kanunları hazırlayıp kabul eden komisyon ve meclis üyelerinin Arapça ve Frasça öğrenim yapmış ve dilleri hakkıyla bilen kişiler olması, dilde yenileşmeyi bir sorun olarak benimsememiş olmalarıdır.

Birbiri ardından kabul edilip yürürlüğe giren Medenî Kanun, Ceza Kanunu, Usul Kanunları, Ticaret Kanunu, O günün hukukcuları için belki kolay anlaşılabilen bir dilde ise de halkın anlayabileceği dil de sayılamaz. Bugün 40, 50 yaş arasında olan hukukcular bile bu ana kanunların dilini anlamakta güçlük çekmektedir. Hâlâ yürürlükte olan öyle (yasa) kanun ve nizamnâmelerimiz vardır ki genç kuşak hukukçular anlamak değil sözcüklere dilleri bile dönmemektedir.

Rastgele aldığımız birkaç örnek bunu gösterecektir :

«II Rebiülahir 1297 tarihli ihtira beratı kanununun» 36 ncı madde

MADDE : 36 : Evvela keşif ve ihtira olunan şey nevicat olmadığı saniyen üçüncü madde hükmünce berat itasına salih bulunmadığı salisen sırf nazariyat ve ameliyyattan ibaret olup sanaiye sureti sarfı gösterilmeyen usul ve kuvait ve keşfiyat ve tashihatı mücerrede üzerine berat verilmiş olduğu rabien emniyeti umumiyeyi ve nizam memleketi mubil ve âdap ve ahlâka ve kavainini mevzuaya muhalif bulunduğu hamisen asıl ihtira oğu beyan olunan şeyih gayri hakkında sahte bir nam ile hilekarâne berat istihsal kılındığı sadiser berata merbut tarifnâme ihtiramicrası için kâffi olmadığı veyahut sureti istimalini mükemmelen ve hakikaten mutazammın bulunmadığı salan 223 üncü madde ahkamına muhalif berat istihsal edildiği halde bu misllû beratlar münfesih ve keenlemyekûn addolunur ve işbu 36 ncı maddenin 4 üncü fıkrasıyla 3 üncü fıkrasında beyan olunan şeylerin imal ve füruhtundan terettüp edecek mücazat başkaca icra kılınır ve resen verilmiş olunan berataait olmayan tâdilât ve islâhat ve ilâvat tasdiknâmeleri dahi hükümsüz kalır.

Bu maddedeki bütün sözcükler bir tarafa; **evvelâ, sâniyen, sâlisen, râbian, hâmisen, sâdisen, sâbian** gibi Hacivat Türkçesiyle âdeta alay konusu oluyor.

Hemen her gün uygulanan bir yasamız daha var. **«Memurîn Muhakâmatı hakkında kanun.»**

574

Dördüncü maddesini okuyalım :

MADDE 4 — Kazalarda Kaza Kaymakamı ile şuabatı idarei kaza rüeşayı memurinden ve meclisi idarei kaza azasından maada bilcümle memurin ve müstahdemin ile nahiye müdür ve müstahdemini hakkındaki evrakı tahkikiye kaza idare meclisi idaresine ve sancaklarda mutasarrıf ile şuabatı idarei livarüesayı memurininden ve meclisi idarei liva azâsından maada bilümüm memurin ve müstahdemin liva ve mülhak kazalar kaymakamlarıyle şuabatı idarei kaza rüesayı memurini ve mecalisi idarei kaza azası hakkındaki evrakı tahkikiye meclisi idarei livaya ve vilâyet merkezlerinde vali ile ba iradei seniye mensup memurini merkeziyei vilâyetten ve meclisi idarei vilâyet âzasından maada bilcümle memurini merkeziyei vilâyet ve mülhak liva mutasarıflarıyle şuabatı idarei liva rüesayı memurini ve mecalisi idarei liva âzası ve merkezi vilâyete mülhak kazalar kaymakamlarile şuabatı idarei kaza rüesayı memurini ve mecalisi idarei kaza âzası hakkındaki evrakı tahkikiye meclisi idarei vilâyete ve bir vilâyetin ba iradei seniye mensup memurini merkeziyesile meclis idaresi âzası hakkındaki evrakı tahkikiye dahi Şûrayı Devlet Mülkiye dairesine tevdi edilerek işbu meclislerce mevaddı âtiye vechile memuru maznunun lüzum veya men'i muhakemesine karar verilir.

İçinde kaç sözcük Türkçe var? adı geçen «mutasarrıflıklar», «Livalar» nerede?

Örnekler çoktur. Çoğaltıp çeşitlentirebilmekle konuyu uzatırız. Ancak bir tanesini daha ele almadan geçmiyelim.

Asârı Atika Nizamnamesinin 9 uncu maddesi :

Madde 9— Her kim mutasarrıf olduğu arazi sathında veya zirinde atikai menkuleden bir şey keşfeylediği halde nihayet bir hafta zarfında asârı âtika maarif Memuruna ve memuru mezkûrun bulunmadığı mahalde en yakın memurini mülkiye veya askeriyeye ihbarı keyfiyete mecburdur. Bu hapta ahzı malûmat eden memurini mülkiye ve askeriye de bulundukları Vilâyetin âsarı atika memuru bulunan maarif Müdürüne beyânı malûmat etmek mecburiyetindedir.

Bâlâdaki nizama tamamiyle imtisal edenlere mükâfaten hükümetin istihap edeceği âsarı atikai menkule kıymetinin nısfına muadil bir meblâğ ifa edilir. Ve işbu kıymet Maarif nezaretiyle bilmuhabere Müzeler Müdüriyeti Umumisiyle müteharri beyninde bilittifak tayin olunur. Ta-

rafeynce ihtilâf husulünde ihtilâfı vâki Maarif nezaret canibinden fasledilir. Nezaretin işbu kararına da itiraz bulunduğu takdirde keyfiyet Babıaliden istizan olunur. Ve ledelhavale Şûrayı Devletçe verilecek karar kâbili itiraz olamaz. Müteharri müddeti muayyene zarfında ihbarı keyfiyet etmez ise âsarı mezkûre zaptolunur. Ve sahibi âraziden mükâfat talebi hakkı sükût ettikten maada kendisine yüz kuruştan bin kuruşa kadar cezayı nakdî dahi hükmedilebilir. Ahkâmı mesrude kendilerinin malı olmayan arazîde- işbu arazi ister arazii hususiyeden ve ister arazii miriyeden - âsarı atikai menkule keşfedenler hakkında dahi caridir.

Şimdi bunun dil bilmecesini mi çözeceğiz **"Bâbıâlileri.** " mi? " **nezaretleri mi,?"** " **Şûrayı devletleri** " mi?arayıp karşılığını bulacağız? yoksa «**Mah**» ile ceza veren II. maddesine bakıp dîvan şiirlerinde kalan «**Mah**» ile Apolloların komşu kapısı yaptığı ay'ı mı karşılaştıracağız?

4 — Uygulamadaki durum :

Yasalarımız eskimiştir. Çünkü doğum günleri tarihleştiştir. Eski hukukçular eski kurumlar tarafından yapıldıkları için dil o zaman öyle idi deyip bir avunma bulabiliriz. Yenilerini yapacak zaman mı bulamıyoruz? Türkçeye çevirmede sakınca mı görüyoruz? Halkın anlamasını mı istemiyoruz? Bir sürü cevaplandıramadığımız sorular var.

1945 yılında Anayasa dili Türkçeleştirilmişti. 1952 de gene eski biçimine getirilmek suretiyle hukuk dilinin Türkçeleştirlme atılımına büyük bir set çekilmiş oldu. Tekrar **Yargıtay** yerine **Temyiz, Cumhuriyet Savcısı** yerine **Müddeiumumi, Genel Kurmay** yerine **Erkânı Harbiyei Umumiye,** deyimleri kullanılarak geriye bidildi. Bakanlıklar da yazışmalarda buna ayak uydurmak zorunda kaldılar.

Nedense biz hukukçular kendi kendimize bir tutuculuğu yakıştırmışız. Bu tutuculuk giyisi içine bözülüp kalmışısz. Sel gibi akıp giden toplumun sorunları her çeşit yenilikler, bizi hiç ilgilendirmemektedir. Artık yaşantısını yitirmiş, günlük olaylara uygulama yeteneği kalmamış hukuk kurallarının toplumun gidişi hızına uydurulması lâzımdır.

1/Mart/1924 günü Büyük Atatürk Türkiye Büyük Millet Meclisi ikinci dönem birinci toplanma yılını açarken «..... **Adalet konusunda yeni kuruluşlara ve düzenleyişle verdiğimiz önemin üzerinde durmak gerekecektir. Gerçi bütçenin bugünkü halinde bile adliye için önemli kaynaklar ayrılmıştır. Ve bunlar gittikçe arttırılacaktır ama, daha önemli olan, adalet anlayışımızı, adalet kanunlarımızı, adalet kuruluşlarımızı bi**

zi bilinçli, bilinçsiz etkisi altında tutan ve çağdaş görüşlere hiçte uymayan bağlardan kurtarmaktır.

Ulusumuz, bu günlerde her uygar ülkede görülen ilerlemelerin bizim ihtiyaçlarımızı karşılayacak uygulamalarını, bizde de görmek istiyor. Ulusun isteklerine ve gereksemelerine uyarak adliyemizde her türlü eski etkiden korkusuzca silkinmekten ve hızlı ilerlemelere atılmaktan geri kalmamak zorundayız. Medenî hukukta, aile hukukunda yürüyeceğimiz yol ancak uygarlık yolu olacaktır. Hukukta işi oluruna bağlamak, eski masalımsı görenelere bağlı kalmak, ulusları uyanmaktan alıkoyan ağır bir kâbustur. Türk Milleti, üzerine kâbus çökmesine artık izin veremez.» diyor.

Biz ise alıştığımız dilden bile ayrılamıyoruz.

Alıştığımız dil deyimini kullanıyoruz. Bu alıştığımız dil tüm kurallarını bildiğimiz dil değildir. Belki yaş nedeni ile emeklilik çağına gelen Yargıç ve Cumhuriyet Savcıları ile aynı çağda bulunan avukatlar eski dilin kurallarını bilir, sözcükleri yerli yerine kullanabilirler. Onlardan dışta kalanlar ise kulaktan dolma, kalıplar halinde Osmanlıcayı zoraki bir özenti olarak sürdürmektedirler. Devamlı olarak bunun çeşitli uygulamalarına tanık olmaktayız.

Bundan birkaç yıl önce bir Ağır Ceza Başkanı (o zaman yaşı 45 idi) **«Mühâlefeti hava, şiddeti şitâ sebebile .....»** diye keşfe gidilemediği gerekçesini tutanağa geçirirken sanık hiç bir şey anlamamış, sanığın genç avukatı ise dudak bükerek gülümsemişti.

Geçen yıl bulunduğum İlde genel gözetim cezasını çeken Hukuk Fakültesi ve Harpokulu mezunu bir Arap sık sık Cumhuriyet Savcılığına uğrardı.

Bir gün kendisine Türkçeyi ne zaman ve nasıl öğrendiğini sordum. **«Bunu bana beni mahkûm eden hey'etin Reisi de sordu. Çünkü ilk celsede Arapça konuştuğum için tercüman kullanmışlardı. İkinci celsede Türkçe konuşunca şaştı ve bu suali sordu. Ben ona «Türkçeyi Arapça istilâ etmiştir. Türkçe diye bir lisan yoktur» dedim. Reis Kızdı - o nasıl şey dedi. Ben de «Misal mi istiyorsunuz, etrafımıza bakalım» deyip müddeiumumiden başladım. Aza, reis, zabıt kâtibi, kanun, madde, fıkra, maznun, arapçadır. Kalıyor makine ile salon Bunlarda Fransızcadır. Dedim.»** Arabın karşısında konuyu değiştirmeden önce «peki bizim dilimizdeki Arapçaları beğenmiyor musun» diye sordum. **«Siz Arapçayı da**

Türkçeye uydurmuşsunuz. Birçok kelimeler ancak Arapçayı hatırlatıyor» diye kendi şîvesiyle cevap verdi.

Demek istiyoruz ki artık bu Arapça sözcükler bir hukuk dili, bir bilim dili olmaktan çıktı. Alay Konusu oldu.

Rahmetli Hocamız Ord. Prof. Ebulhûlâ Mardin bir dersinde mümeyyiz olmayan kişi **«Gabni fahiş olan bir gabini, gabni yesirden temyiz ve tefrik eylemeyen sabidir»** şeklinde tarif etmişti. O zamanlar bu şekildeki kalıpları hukukçuluk böyle olur kanısı ve öğrencilik havası içinde ezberlerdik.

İçimizde gene aynı düşüncede olanlarımız bulunduğu gibi Kur'ânı Kerim'in Türkçeleştirilmesi günahtır şeklinde, hukuk dili Türkçe olmaz yüzeyinde düşünenlerimiz de vardır.

Kanımızca hukuk dilinin Türkçeleştirilmesi ve sâdeleştirilmesi artık kaçınılmaz bir zorunluktur.

Herşeyden önce bu bir Anayasa kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 3. Maddesinde **«Resmî dil Türkçedir»** der. Demek oluyor ki resmî yazışmalarımız, yasalarımız, kararlarımız Türkçe olmalıdır.

İkincisi adalet dairelerinde çalışan memurlar gerek yaşları, gerek eğitim derecelerine göre eski dili anlayamadıkları gibi okurken dilleri de dönmemektedir. Dikkat edilecek olursa Türkiyenin her yerinde bu sınıf adliyeciler **istinkâf, müddeiumumi, vasî, kâffe, tarîk ihkak-ı hak** gibi bir çok hukuk terimlerini söyleyememekte ve okuyamamaktadırlar.

5 — Sonuç :

Hukuk; devrimlerden ve devrimlerin bir parçası olan dil devriminden ayrı düşünülemiyeceğine göre, artık paslanmış kapılarını büyük gıcırtılar çıkacağı gözönüne alınarak - aydınlık, temiz Türkçeye açmalıdır.

Hukuk dilinin bu günkü dile çevrisi kolay bir iş değildir. Fakat yaşayan hukukçular bir parça tutuculuklarından vazgeçecek olurlarsa sıkıntıyı kendileri çekmekle beraber gelecek kuşaklar sadeleşen bir dil ile hem hukuk öğrenimini ana babalarından belledikleri dille yaparlar, hem de halkın anlayabileceği dil ile onların karşısına çıkarlar.

Türkçe olmayan yasalardan Türk Vatandaşını sorumlu tutmak (**Kanunu bilmemek mazeret değildir**) kuralına da aykırıdır.

İnsan anladığı şeyi bilebilir, Anlamadığını bilmemek elbette mazerettir. Şu halde yasalarımızın dilinin Türkçe olması bu bakımdan da zorunludur.

Büyük bir hukukçu çoğunluğu yasa ve hukuk dilinin Türkçeleştirilmesini istediği halde çeşitli nedenlerle tüm olarak dil arılaşması yapılamamaktadır. Hatta bu alanda genel bir istek olsa bile ereğe erişilememekte, bilgisizlik ve olanaksızlıklar içinde kıvranılmaktadır.

Ayrıca dil konusuda uygulamada çelişkiler de vardır. Bunun en büyük örneğini Anayasamızdan alabiliriz. Kendi adına Anayasa diyen bu büyük yapıt; **yasa** yerine **«kanun»** **yargıç** yerine **«Hâkim»** sözcüklerini kullanmıştır.

Türkçeleşelim diye çırpınarak yazdığımız bu yazıda biz de aynı çelişkiler içindeyiz.

Yazışmalarımızda, kararlarımızda anlamını bilmediğimiz küflü Arapça yanında ışıl ışıl Türkçemizi de kullanıyoruz. Ne eskiyi tüm olarak atabiliyoruz, ne yeniye uyabiliyoruz. Bu çıkmazdan çıkış yolunu aramamız gerekiyor.

Biz hukukçular dilci olmadığımıza, dilmizin de halkın anlayabileceği nitelikte olmasını istediğimize göre bunun nasıl yapılacağını düşünmemiz gerekiyor.

Yargıtay bu işte çok etkili olmaktadır. İlâmlarında kullanılan yeni sözcükler özellikle genç hukukçular arasında beğenilip hızla yayılmaktadır.

Yurdun en uzak köşelerinde görev yapan hukukçularımız halk arasında buldukları terimleri bir kurula gönderirlerse toplanan bu sözcükler bir bilgi süzgecinden geçtikten sonra tutunmuş terimler halinde yayınlanabilir.

Yukarıda konusunu ettiğimiz kurul; Türk Dil Kurumu, Hukuk Fakülteleri, Edebiyat Fakülteleri, Dil Tarih ve Hukuk uygulayıcılarından seçilmiş bir kurul olmalı. Ciddî bir şekilde çalışan böyle bir kurulun elde edip yayınladığı sözcükler eski yasaların çevirisinde kullanıldığı gibi yeni yasalar da bu dil ile yapılır. Bu şekilde hukuktaki keyfi dil kullanma karışıklığı da ortadan kalkar.

Devrimler ve dilin tutulması bir parça zorlama ve istekle olur. Yargıç ve Cumhuriyet Savcılarının Yargıtaydan aldığı Notlarda kullandığı dilin de etkisi bulunmalıdır.

Bu iş sağlam tutulmaz, başı bozukluk devam ederse her hukukçu kendine göre beğendiği kavramları kullanır, şu sözcük hoşuma gitti, bu tutundu öteki tutunmadı diyerek öznel ölçüler verirse işin içinden çıkılamaz.

CEZA HUKUKUNDA ZAMAN AŞIMI

(Dâva - Ceza Zamanaşımı)

340

Yazan : Mehmet ÇETİNKAYA
(Hâkim - Çelikhan)

Bibliyoğrafya :

— Türk Ceza Kanunu C. I — Muhtar Çağlayan
— Türk Ceza Kanunu C.I
— Türk eCza Kanunu C. I — Nejat Özütürk
— Türk Ceza Hukuku C. I — Prof. Faruk Erem
— Yargıtay Ceza Kararları — Necati Bayraktaroğlu
— Kabahat fiilleri ve Usul hükümleri — Y. Akıncı - T. Atakan
— Yargıtay emsal kararları — M. Sabri Livanelioğlu
— Devlet ve Şahıs mallarına karşı işlenen cürümlerle Sahtecilik suçları — K. Akdoğan - C. Köseoğlu
— Ceza Hukukundaki müruru zaman müddetlerini muhtevi kanunların zaman itibariyle sureti tatbiki ile iki çeşit cezayi müstelzim suçlarda müruru zaman müddeti (Adalet Dergisi 960, sayı 2 - 6) — Atilla Çoşkun
— Adalet Dergileri
— Son içtihatlar dergilerinin muhtelif sayıları

Plân :

1 — Genel olarak
I — Mahiyeti

581

II — Çeşitleri
a) Dâva zamanaşımı
b) Ceza zamanaşımı
III — Hukuk düzenindeki yeri
IV — Dayandığı esas

2 — Ceza Kanunumuzdaki yeri
I — Müddetlerin tayini
II — Müddetlerin uygulanması
III — Kanun değişikliğinde lehe kanunun tesbiti
1 — Sistemler
2 — Türk Ceza Kanunun sistemi

3 — Dâva zamanaşımı
A) Genel olarak
I — Dâva zamanaşımının başlaması
a) Tekemmül etmiş suçlar
aa) Şekli suçlar.
bb) Şarta bağlı suçlar
cc) İştirak halinde işlenen suçlar
dd) Selbi suçlar
b) Teşebbüs halinde kalmış suçlar
c) Mütemadi ve müteselsil suçlar
II — Suç Gününün zamanaşımı müddetinden sayılıyp sayılmayacağı
III — Zamanaşımının engelleri
a) Zamanaşımının durması
I — Mezüniyet
II — Karar.
III — Ön mesele
b) Zamanaşımının kesilmesi
aa) Müddeti 1 seneden az olmayan zamanaşımı (T.C.K. 104/1)
bb) Müddeti 1 seneden az olan zamanaşımı (T.C.K. 109)
(T.C.K. 105)

582

aa) I — Mahkûmiyet hükmü
»») II — Yakalama, Tevkif, Celp,İhzar
»») III — Sanığın sorgusu
»») IV — Son Tahkikatın açılması kararı
»») V — C. Savcısı tarafından yazılan iddianame

IV — Kesilme dolayısiyle zamanaşımının uzaması

a) Müddeti 1 seneden az olmayan zamanaşımı (T. C. K. 104/2)

b) Müddeti 1 Seneden az olan zamanaşımı (T.C.K. 105/2)

c) T. C. K. nun 105/1 ile 105/2 fıkraları arasındaki münasebet

d) T. C. K. nun 102/6 ile 105/2 fıkraları arasındaki münasebet

e) T. C. K. nun 105. maddesi ile ilgili örnekler

V — Zamanaşımı olmayan suçlar

VI — Zamanaşımının kesilmesinin suç ortaklarına sirayeti

VII — Kamu dâvasının zamanaşımı sebebiyle düşmesinin neticeleri

B) Zamanaşımı müddetlerinin tesbit ve tayini

4 — Sükutu hak müddeti (= Hak düşümü süresi) (T. C. K. 108)

5 — Ceza Zamanaşımı

A) Genel olarak

I — Ceza zamanaşımının başlaması

a) Hükmün kesinleştiği gün

b) İnfazın inkitaa uğradığı gün

II — Başlangıç günü

III — Ceza zamanaşımının engelleri

a) Zamanaşımının durması

b) Zamanaşımının kesilmesi

aa) İnfaz muamelesi

bb) Hükümlünün yakalanması

cc) Aynı cinsten yeni bir suç işlenmiş olması

6 — Zamanaşımı ile ilgili, önemli bir kaç içtihat

1 — Genel olarak

I — Mahiyeti

Devletin, suçluya «Ceza vermek hakkı» vardır. Bu hak sanık aleyhine kamu davası açmak ve dava sonunda verilen cezayi çektirme şeklinde tecelli eder. Hak kullanılmamak suretiyle düşebilen haklardan değildir. Fakat Devlet muayyen bir zaman geçtikten sonra bu hakkını kullanmaktan bazı mülahazalarla feraget edebilir zaman aşımı bu ferağetin bir ifadesidir.

Açıklanan duruma göre kısaca zamanaşımı tarif edilirse! Kanunda yazı müddetlerin geçmesiyle cezalandırmak hakkının düşmesi şeklinde tanımlanabilir.

II — Çeşitleri; İki türlü zamanaşımı vardır :

a) Dâva zamanaşımı

b) Ceza zamanaşımı

İki zamanaşımı arasında mahiyet farkı yoktur.

III — Hukuk düzenindeki yeri : Zamanaşımı usul hukukunda değil maddi ceza hukukunda tanzim edilmiştir.

IV — Dayandığı esas : Zamanaşımı müessesinin dayandığı esas oldukça karışık ve münakaşalıdır. Zaman geçince Devletin ceza vermek hakkından hangi gerekçe ile fereğat ettiği üzerinde çeşitli görüşler mevcuttur.

a) Lehte görüşler

b)Aleyhte görüşler vardır (Nazariyet üzerinde durulmamıştır).

Ceza Kanunumuzda (Sosyal faydanın azalması) (Delillerin bozulması) (İslahı nefs) mütelealariyle zamanaşımı kabul edilmiştir muayyen zamandan sonra suç işleyenin cezalandırılmasında içtimai fayda kalmadığı, suçun unutulduğu, fertlerden ziyade cemiyetin faydası ile kabul ve ön görülmüştür. Bu sebeplerle ve T.C.K. nun 117. maddesi gereğince :

a)Sanık Zamanaşımından vaz geçemez, istifadeden vareste tutulmasını isteyemez.

b)Zamanaşımı talep üzerine veya resen nazara alınır.

c)Dâvanın her safhasında zamanaşımı uygulanabilir.

2 — Ceza Kanunumuzdaki yeri :

584

TürkCeza Kanununda zamanaşımı genel hükümler arasında yer alır. Bu sebeple hilafına sarahat bulunmayan diğer özel Kanunların tatbikinde de bu hükümler uygulanır. (T.C.K.10) Zamanaşımı ile ilgili hükümler T.C.K. nun 102- 120 maddelerinde yer almıştır.

1 — Müddetlerin tayini :

Zamanaşımı müddetlerini Kanun tayin etmiştir. Suçların cezalarının ağırlıkları ile zamanaşımı süreleri nisbetlendirilmiştir. diğer deyimle, suçlar ağırlaşıp cezalar arttıkça süreler artmıştır. Ceza zamanaşımı müddeti dâva zamanaşımı müddetinden uzundur. Gerekçesi ise ceza zamanaşımı bir mahkeme hükmü ile kesin olarak tesbit edilmiş, bir suçluluk, dâva zamanaşımı ise müphem bir suçluluk hakkında olmasındandır. Buda sosyal fayda esasına dayanır. Müddetler tesbit edilirken iki hat arasında değil sabit usul ile tesbiti ön görülmüştür.

II — Müddetlerin uygulanması :

Kanunun mücerret zamanaşımı müddetlerini tesbit etmiş olması kafi değildir. Her hadisede müşahhas suçu veya cezaya uygulanması gerekir. Ceza zamanaşımının uygulanmasında güçlük yoktur, kesin bir hükümle suçluya ceza verilmiştir. Ceza miktarına göre kanunda tesbit edilmiş zamanaşımı müddeti tatbik olunur. (T.C.K.112)

Dâva zamanaşımının uygulanmasında bazı güçlükler ortaya çıkmaktadır. Zira sanığa verilecek kesin mahkümiyet hükmü henüz elde mevcut değildir. Bu hususta iki görüş vardır.

a)Mücerret ceza; Suçun kanundaki cezasıdır.

b)Müşahhas ceza; Sanık muhakeme edilip ceza verilmiş olsaidi ne kadar ceza verilecek idiyse o cezaya göre tayin sistemidir. Doktrindeki fikre göre müşahhas ceza sistemi uygun olmakla beraber Yargıtay mücerret ceza sistemini uygulamaktadır. Yargıtaya göre bir hadisede dâva zamanaşımı müddetini tayin ve binnetice bu müddetin dolmuş olup olmadığını araştırmada esas tutulacak ceza o suça Kanunla tayin edilmiş olan asıl cezanın yukarı haddidir. (Tevhidi içtihat 3/6/1942, 36/15) Bu durumu itibariyle kanunumuz mehaz konundan ayrılmış bulunmaktadır. Mehazdaki «sanığa verilmesi gereken ceza» tabiri yerine T.C.K. nun 102 maddesinde «... cezalarını müstelzim cürümler» terimi kullanılmıştır.

III — Kanun değişikliğinde lehe kanunun tesbiti :

1 — Sistemler :

Zamanaşımına müteallik kanun hükümleri değişince eski kanunmu yeni kanunmu tatbik edilecektir? Meselesinde muhtelif görüşler mevcuttur. Kısaca görüşleri özetlersek :

a) Suçun işlendiği zaman mer'i olan kanundaki müddetlerin ve hükümlerin tatbiki gerekir. Bu fikre göre suçlunun, zamanaşımı müddetlerini nazara alarak suç işlediği esasına dayanmıştır.

b) Diğer görüş birinci görüşün zıddı ve daima yeni kanunun uygulaması gerektiğini müdafaa eden görüştür.

c) Hangi kanun hükmü sanık lehinde ise o kanunun tatbiki gerekir görüşüdür. Fakat hangi kanunun lehte olduğunun tayin ve tesbiti önemli konu olmaktadır.

d) Son görüş her kanun hükmüde nazara alınır görüşüdür. Fransız yargıtayının benimsediği riyazi bir usuldür.

2 — Türk Ceza Kanununun sistemi :

825 Sayılı T. C. K. nun mevkii meriyete vazına dair kanunun 22. maddesinde bu husus tanzim edilmiştir 22/I. maddesine göre eski ve yeni ceza kanunları hükümleri müddetçe tearüz ettiği yerlerde sanık ve hükümlüye daha müsait olan hükümlerin tatbik edilmesi ön görülmüştür. Fakat bu madde de hususi olarak tanzim edilmeseydi T. C. K. nun 2. maddesinin ışığı altında aynı neticeye varmak mümkün olacaktı, nitekim Y. C .G. K. nun 6/2/1943 tarih ve 23/292 sayılı kararında bunu sarih olarak açıklamıştır (1).

Kanunumuzun sistemine göre sürenin lehte olması kafidir. Kesme ve durma sebeplerinin lehe tatbiki mümkün değildir. Aynı kanunun 22/2. maddesine göre kesme ve durma sebeplerini gösteren hükümlerde mutlak surette yeni kanun hükümleri tatbik edilecektir.

3 — DAVA ZAMANAŞIMI :

Muayyen müddetin dolmasından sonra suç işleyen kimseyi cezalandırmakta artık içtimai fayda kalmadığı düşüncesiyle kabul edilen dâ

(1) Dr. Nurullah Kunter, Ceza hukukunda zamanaşımı, Doçentlik tezi Atilla Çoşkundan naklen.

586

va zamanaşımı hakkında T. C. K. nun da geniş ve tafsilatlı hükümler bulunmaktadır.

I — Dâva zamanaşımının başlaması : Bu hususta 3 sistem vardır.

a) Suçun meydana çıktığı gün,

b) Takip muamelesinin yapıldığı gün

c) Suçun işlendiği gün,

Devletin dâva hakkı hangi anda doğmuş ise, zaman aşımının da o andan itibaren başlaması icap eder. Bu sistem T. C. K nunda da kabul edilmiştir. (T.C.K. nun 103) Tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatlarda fiilin vuku gününden başlamasına mukabil teşebbüs olunan veya icra ve ikmal olunmayan mütemadi ve müteselsil suçlardaki durum yine T. C. K. nun 103. maddesinde tanzim edilmiştir. Kanunun tanzim tarzına göre suçlar :

a) Tekemmül etmiş suçlar

b) Teşebbüs halinde kalmış suçlar

c) Mütemadi ve müteselsil suçlar olarak tasnif edilerek düzenlenmiştir.

Tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatler tekemmül etmiş suçlardır. Bunlarda fiilin vuku gününden itibaren başlar. Ceza hukukunda fiil; I — Hareket, II — İlliyet, III — Netice olduğuna göre fiilin vukuundan maksat neticenin gerçekleşmesidir. Diğer ifade ile objektif ve sübjektif unsurlar tekemmül edince suç tamam olmuş olur, yabancı vakalar sonuca müessir değildir. Örneğin zimmet suçunda olay sonradan çıksada zamanaşımı paranın zimmete geçirildiği günden başlar.

aa) Şekli suçlarda, suçun tekemmülü için neticenin tahakkuku zaruri değildir. Fiilin harice çıkarılması kafidir. Örneğin Yalan şahadetten başka biri hakkında hükmün verilme tarihi değil şahadet edilme tarihinden başlar.

bb) Şarta başlı suçlarda şartın husule geldiği gün suç tamamlanmış sayılır. Kılasik örnek gebe sanılan kadına çocuk düşürtmek için vasıta tedarikinde zaman aşımı, vasıtanın tedarik edildiği tarihten değil, kadının ölüm veya zarara uğradığı tarihten başlar (T. C. K. nun 470).

cc) İştirak halinde suçlar : Gerek maddi ve asli, gerek manevi ve gerekse fer'i iştirakte suçun tekemmül ettiği gün başlar azmettirme veya müzaharet ve muavenette bulunmak suçtan evvel vuku bulursada bunların cezayi müstelzim olması suçun ilkaı ile olduğundan, neticesi değişmemekte ve suçun tekemmül ettiği gün başlamaktadır.

dd) Selbi suçlar : Bunlarda da durum değişmemektedir.

b) Teşebbüs halinde kalmış suçlar : Teşebbüs olunan veya icra ve ikmal olunamayan cürümler hakkında son fiilin işlendiği tarihten başlar suç nakıs veya tam teşebbüs halinde de kalsa son fiilin işlendiği tarihten başlar. Diğer deyimle son icra fiilinin yapıldığı günden başlar. Kanun sadece cürümlerden bahsetmektedir. Zira kabahatlere teşebbüs cezayi müstelzim değildir.

c) Mütemadi ve müteselsil suçlarda zamanaşımı, temadi ve teselsülün bittiği günden başlar. Kanunumuzda mütemadi ve müteselsil cürümlerden bahsedilmekte, kabahatler hariç bırakılmaktadır. Doktrindeki fikre göre (cürümler) tabirini genişletici yoruma tabi tutmak ve kabahatlerde de kabul etmek gerekir. Buna mukabil yargıtay aksi görüşle kabahatlerde temadi ve teselsülün bittiği tarihten değil fiilin vukuu tarihinden başladığını kabul etmektedir. (Yargıtay 2. C. D. 29/5/1948, 5295/5830 - 4. C. D. 14/5/1948, 56/61/5958)

Şikâyet, izin, talep, karar gibi bir takip şartını muhtevi olan suçlarda zamanaşımı müddeti 103. maddede gösterilen tarihlerde başlar, yoksa takip şartının gerçekleştiği güne bakılmaz.

Cezaların içtimai halinde her suç müstakil varlığını muhafaza eder. Ve her suç için zamanaşımı ayrı ayrı cereyan eder bir suçun zamanaşımına uğraması diğerine tesir etmez.

II — Suç gününün zamanaşımı müddetinden sayılıyp sayılmayacağı, tamamlanmış suçlarda neticenin gerçekleştiği, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı, temadi veya teselsülün sona erdiği günün zamanaşımı müddetinin ilk gün olarak hesaba katılıp katılmayacağı, yani zamanaşımının o günden itibaren mi yoksa ertesi günden itibaren mi cereyan edeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Buna göre :

a) Suçun işlendiği gün hesaba katılmaz,

b) Suçun işlendiği gün hesaba katılır görüşleri mevcuttur.

Mehaz kanun ve İtalyan Yargıtayına göre suçun işlendiği gün yirmi dört saatin dolmasiyle biter bu sebeple zamanaşımı bakımından hesaba katılmasına imkân bulunup mebde, 24 saatı yani suçun işlendiği günü takip eden gündür. Kanunumuzun sisteminde ise 3038 sayılı kanunla 1936 yılında yapılan tadilata kadar başlangıç gününün zamanaşımına dahil olmadığı kabul edilmekte iken bu kanunun gerekçesinde de tasrih

edildiği veçhile tadil ile suçun işlendiği günün zamanaşımına dahil olması yoluna gidilmiştir.

Suçun işlendiği günün belli olmaması halinde failin lehine olan gün, suçun işlendiği gün olarak kabul edilir.

III — Zamanaşımının engelleri :

T. C. K. nu zamanaşımını engelleyen halleri tahdidi olarak göstermiştir. Kanunda yazılı olanların dışında bir sebep kabul edilemez. T.C.K. na göre zamanışımı engelleri iki nevidir.

a) Zamanaşımının durması (T. C. K. nun 107)

b) Zamanaşımının kesilmesi (T. C. K. nun 104)

Zamanaşımının durması :

Durduran sebep ortadan kalktıktan sonra zamanaşımı kaldığı yerden itibaren işlemeye başlar, durduran sebepler ortadan kalkmadıkça zamanaşımı tekrar işlemeye başlayamaz. Zamanaşımı ne kadar müddet durmuş olursa olsun bu kaide tatbik olunur. Durduran sebepler üç çeşittir.

aa) Mezuniyet : Bazı hallerde kamu dâvasının açılması mezuniyet alınmasına bağlıdır. Örneğin Cumhurbaşkanına hakaret gibi T. C. K. 158, 160/2. bu çeşit suçlar hakkında suçun işlendiği gün zamanaşımı başlar zira bir şeyin durması için başlaması gerekir. Hâkimler kanununa göre Hâkimlerle Savcıların vazifelerinden doğan veya vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri suçlardan dolayı takibat yapılabilmesi Yüksek Hâkimler Kurulu veya Adalet Bakanlığından, mezuniyet verilmesine bağlıdır.

15/Mayıs/ 1930 Tarih ve 1609 sayılı kanuna göre irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet gibi suçlardan C. Savcılarının takibat yapabilmesi, Millî irade ile mansup olanlar için Bakanın, diğerleri için Valinin iznine bağlıdır.

Bunun dışında diğer önemli bir konu Hâkim ve Savcıların dışındaki memurların vazifelerine müteallik veya vazifeleri sırasında hadis olan suçlardan dolayı memurin muhakemat kanunu hükmüne göre (Mad. 13.) muayyen merciler tarafından lüzumu muhakeme kararı verilmedikçe, C. Savcısı, takibat yapamaz. Bu halde zamanaşımı dururmu mevzuu ortaya çıkmaktadır. Prof. Tahir Taner'e göre burada başkaca bir vaziyet mevcuttur. Sözü geçen kanuna göre yapılacak olan tahkikatta zamanaşımının durması değil kesilmesi mevzubahis olabilir.

bb) Karar : Bazı hallerde kamu dâvasının açılması karar alınmasına bağlıdır. Örneğin Milletvekili dokunulmazlığı böyledir. 1961 Anayasa'sının 79. maddesi gereğince Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar, meclisce Milletvekili hakkında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmedikçe bunlar hakkında takibat yapılamaz.

cc) Ön mesele : Hukuku amme dâvasının ikamesi, diğer bir mercide halli lâzım gelen bir meselenin neticesine bağlı bulunduğu takdirde, meselenin halline kadar zamanaşımı durur.

Ceza Mahkemeleri ile hukuk ve Ticaret mahkemelerinin görevleri kanunen ayrılmıştır. Ceza dâvasının rüiyeti sırasında önce halli gereken bir mesele ile karşılaşıldığında ceza mahkemesi kendi görevi dahilinde halledemediği husus hakkında, hukuk mahkemesinde halli için mehil verebilir. Hukuk Mahkemesinde karar verilinceye kadar ceza dâvası bekler ve bunun neticesi olarak zamanaşımı durur. Örneğin hırsızlık fiilinde sanık çalınan eşyanın kendisine aidiyetine iddia eder ve kolaylıkla bu hususta karar verilmezse, mülkiyet ihtilafının halli için mehil verilmesi gibi.

C. M. U. K. nun 255/son maddesi bu hususta istinai bir hüküm koymuştur. Sanığın veya mağdurun yaşlarında ceza hükümleri bakımından tashihleri lüzum görüldüğü takdirde ceza mahkemesi bunu bekletici mesele olarak hukuk mahkemesine göndermeyip nüfus kanunu hükümlerine göre kendisi yapar.

Diğer bir hususta C. M. U. K. nun 299 ve müteakip maddelerinde tanzim edilen itiraz konusudur. Her ne kadar itiraz halinde bir başka mercide tetkikat yapılmakta isede, ortada tek dâva vardır. Bu sebeple itiraz zamanaşımını durdurmaz. Dâvanın vahdeti içinde kalan meselelerde örneğin halli bilirkişi tetkikatına bırakılmış meselelerde zamanaşımını durdurmaz.

Zamanaşımının kesilmesi :

Kesen sebep ortadan kalkınca zamanaşımı kesildiği günden itibaren yeniden işlemeye başlar. Kesilme sebeplerinin incelenebilmesi için dâva zamanaşımı, müddetlerine göre tefrik edilmek gerekir.

aa) Müddeti bir seneden az olmayıp zamanaşımı (T. C. K. 104/1)

bb) Müddeti bir seneden az olan zamanaşımı (T.C.K. 105)

590

Müddeti bir seneden az olmayan zamanaşımını kesen sebepler kanunda sarahaten ve tahdidi bir şekilde gösterilmiştir.

I — Mahkûmiyet hükmü : Dâva zamanaşımına kesici tesir icra etmesi için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmemiş olması şarttır. Hüküm kesinleştiği takdirde dâva zamanaşımı değil ceza zamanaşımı işlemeğe başlar. Mahkûmiyet hükmünün gıyabi veya vicahi olması duruma tesir icra etmez. Ceza kararnameleri de zamanaşımını keser.

Kanunun lafzı itibariyle sadece mahkûmiyet hükmü zamanaşımını kesmekte, beraet hükümleri zamanaşımını kesmemektedir. Kanunumuz mahkûmiyet hükmünden başka sebeplerle de dâva zamanaşımının kesilebileceğini kabul etmiştir. Kanunda sayılan bu sebeplerin bazısı Savcının yaptığı muamelelerdendir. Mehaz kanunda sadece Hâkim tarafından yapılması mümkün muamelelere kesici tesir tanınmıştır.

II — Yakalama, Tevkif, Celp, İhzar müzekekreleri : Bu gibi müzekkerelerin kesilmesiyle zamanaşımı kesilmektedir. Bu müzekkerelerden her hangi birinin kesilmesi kafi olup sanığa tebliği şart değildir. (Yargıtay C. U. H. 7/12/959 72/72) Bu müzekkereler hangi suç hakkında kesilmiş ise sadece o suça münhasır olarak zamanaşımını keser.

Kesilen müzekkerelerin yetkili mercilerce verilmediği takdirde zamanaşımını kesip kesmeyeceği hususu ihtilaflıdır. Doktrinde bazıları keceğini, bazıları batıl bir tasarrufun, hukuki netice doğurmayacağından, kesmeyeceğini ileri sürerler.

Yakalama (C. M. U. K. 131), Tevkif (C. M. U. K. 106), Celp (C.U.M.K. 132), İhzar (C. M. U. K. 133) müzekkerelerinin bizatihi kesilmiş olmasiyle mürurü zaman kesilmiş olur.

Yargıtay C. U. H. nin 3/10/960 gün 25/28 sayılı kararında celp tanımlanmış ve usul kanununun 132. maddesinde sorgu için çağrılacak sanığa yollanan belge mahiyetindeki bir belgedir, bununla sanığa belli bir yerde bulunması gerektiği bildirilir, denmiştir. Bu hale göre keşif yerinde hazır olması için çıkarılan celp mürurü zamanı kesmez. (T.C.U.H. 10/3/1969 668/107)

Yargıtay C.U.H. 27/6/966 gün ve 426/200 sayılı kararında suç işledikten sonra yurt dışına kaçan sanık hakkında verilmiş bulunan tevkif müzekkeresine dayanılarak Sorgu Hâkimliğince çıkarılan (derdest ve teslim) müzekkeresi, zamanaşımını kesen sebeplerden sayılmıştır.

III — Adlî Makamlar huzurunda sanığın sorguya çekilmesi : Adlî zabıta ve hazırlık tahkikatı safhasında yapılan sorgular zamanaşımını kesmez, kanun münhasıran Adlî makamlardan bahsetmiştir. Sorgu Hâkimi ile Sorgu Hâkiminin kullandığı yetkileri hususi kanunlarla istimal edebilen organlar Adlî makam sayılır. Sanığın sanık sıfatiyle sorgusunun yapılması da ön şarttır. Sanığın sorguya çekilmesi C. M. U. K. 135. maddesinde tanzim edilmiştir. Yargıtay C. U. H. nin 3/10/1960 gün ve 25/28 sayılı önemli ve yol gösterici kararına göre, usul kanununun 135. maddesinde gösterilen şekilde Hâkim huzurunda yapılan sorgudan bahsedilmiştir. Bu duruma göre sanığa ek savunma (C.M.U.K. 258) hakkının tanınması ve sanığın bu konuda beyanda bulunması sorgu niteliğinde kabul edilmemiştir. (C. U. H. nin 25/9/1967 146/216). Yine Yargıtay 5. C. D. nin 14/5/1960 gün 2215/2487 sayılı kararına göre yurt dışında sanığın diplomasi tarikiyle sorgusunun yapılması için istinabe yazılmış, talimat gönderilmiş mahkemece sanık adına celp ve ihzar müzekkereleri çıkarılmış olmasına göre Türk Mahkemesine niyabeten vazife gören Ecnebi Mahkemece, yapılan usuli muamelenin mürur zamanı kesmeyeceği hakkında kanunda hilafına bir sarahat bulunmamasına göre T. C. K. nun 104. maddesine göre dâva mürurü zamanının kesileceği bildirilmiştir.

IV — Son tahkikatın açılması kararı : Sorgu Hâkimi tarafından açılıp bitirilen ve son tahkikatın ilgili mahkemede açılmasına dair verilen son tahkikat kararı, zamanaşımını keser. Kararın sanığa tebliği şart değildir.

V — C. Savcısı tarafından yazılan iddianame : C. Savcısı tarafından ilk tahkikata tabi tutulmayan işlerde doğrudan doğruya mahkemeye yazılan ve son tahkikatın açılmasını tazammun ve temin eden iddianamedir. C. Savcılığınca mahkemeye tevdii kafi olup, sanığa tebliği şart değildir.

Müdeti bir seneden az olan zamanaşımı : (T.C.K. 105)

Müddeti bir seneden az olan zamaanşımını her türlü usulü muamele kesmektedir. Sebebi bazı suçların, zamanaşımının çok kısa olmasıdır. Bu gibi hallerde tahkikat ve muhakemenin, zamanaşımının dolmasından evvel bitirilmesinin her zaman, mümkün olmamasındandır.

Her türlü usulü muamele ile kesilerek nihayi bir uzamaya sebebiyet vermemek için kanun koyucu aynı maddenin ikinci fıkrasında bir seneden aşağı zamanaşımına tabi suçlarda bir sene içinde mahkûmiyet kara-

rı verilmemiş olursa kamu dâvası zamanaşımına uğrar, şeklinde hüküm getirmiştir. Usulü muamelelerin adli makamlarca yapılması söz konusudur. Örneğin şahit celbi, tebliğat, istinabe talimatı gibi. Yargıtay 1. C. D. nin 22/3/1960 gün 60/670 sayılı kararında vekille kendisini savunacağını bildirip duruşmadan vareste tutulmasını isteyen sanığın verilen mehle rağmen kendisinin ve müdafinin duruşmaya gelmemesi sebebiyle sanık müdafiine celp çıkarılması kesen sebep olarak kabul edilmiştir. İkinci C. D. nin 4/12/1965 günlü kararında ise suçun işlenmesini müteakip kaçan sanığın C. Savcısının emri ile aranması ve yakalanarak zabıtaca ifadesinin alınması zamanaşımını kesen usulü bir muameledir.

İdari muameleler suça taallûk etse dahi adli muamele sayılmazlar. Yargıtay Tevhidi içtihat kararına göre (9/3/939 22/31) bir sene içinde mahkûmiyet kararının verilmiş olması kafidir. Aynı sene içinde kesinleşmiş olması şart değildir.

IV — Kesilme dolayısiyle zamanaşımının uzaması :

a) Müddeti bir seneden az olmayan zamanaşımı (T. C. K. 104/2) dâva zamanaşımı kesildiği gün yeniden işlemeye başlar. Kesilme günü müddete dahildir. Zamanaşımı birden çok kesilmiş olabilir. Her kesilişten sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar, kanun zamanaşımını hudutsuz bir şekilde uzayıp gitmesine mani olmak istemiş ve bu sebeple T. C. K. nun 104/2. maddesini ön görmüştür. Maddeye göre eğer zamanaşımını kesen muameleler müteaddit ise zamanaşımı bunların en sonuncusundan itibaren işlemeye başlar, ancak bu sebeple zamanaşımı müddetinin 102. maddede ayrı ayrı muayyen olan müddetlerin yarısının ilavesiyle baliğ olacağı müddetten fazla uzatamaz, denilmiştir. Şu hale göre yirmi senelik zamanaşımı otuz seneye, 5 senelik zamanaşımı 7.5 seneye çıkmış olmaktadır. Ancak kesme sebepleri ne kadar tevali ederse etsin asli zamanaşımı müddetine bu müddetin yarısını eklenmesiyle elde edilecek müddeti aşamaz. Bu sebeple iki kesme tarihi arasında zamanaşımı müddeti dolmuş olabilir.

b) Müddeti bir seneden az olan zamanaşımı : (T. C. K. 105/2)

Bir seneden az olmayan zamanamını kesen sebeplerin müddeti yarıdan fazla uzatamıyacağı yolundaki hükme (T.C.K.104/2) mütenazır olarak kanun bir seneden kısa zamanaşımını kesen muameleler hakkında 105/2. maddesini koymuştur. Bir seneden aşağı zamanaşımına tabi suçlarda bir sene içerisinde mahkümiyet kararı verilmemiş olursa, kamu dâvası zamanaşımına uğrar.

Prof. Kunter'e göre bir sene içinde hüküm verilmesi kaidesi zamanaşımını uzatan değil, kısaltan bir hükümdür. Bu hükmün birbuçuk misli kaidesiyle bir alakası yoktur. Altı aylık süresi olan suç ister cürüm, ister kabahat olsun 9 ayda zamanaşımına uğrar fikrindedir.

T.C.K.nun 105/2. maddesi kabahatlar hakkındadır, kabahatın kanundaki zamanaşımı süresine bakılır. Eğer süre bir yıldan az ise bir yıl içinde mahkümiyet kararı verilmek gerekir, aksi takdirde zamanaşımına uğrar. Ceza kararnameside, mahkümiyet kararı mahiyetindedir.

c) T.C.K.nun 105/1. maddesiyle 105/2. madde ve fıkraları, arasındaki münasebet : 105. maddenin tümü yukarıda izah edildiği gibi müddeti bir seneden az olan zamanaşımına aittir. Ancak bu zamanaşımını her türlü usulü muamelenin keseceğini bildren birinci fıkra cürüm ve kabahatlere şamildir. Bir sene içerisinde mahkümiyet hükmünün verilmesini ön gören ikinci fıkra ise sadece kabahatlere aittir. Doktirinde örneğin Prof. Dönmezer 105. maddenin birinci fıkrasının cürümleride şumulüne aldığını gerçi ceza kanunumuza göre cürümlere taalluk eden zamanaşımı süreleri istisnasız olarak bir yıldan fazla isede hususi kanunlarda bazı cürümler hakkında bir yıldan az zamanaşımı süresinin tesbitide mümkün bulunduğu, nitekim 102. maddede (Kanunda başka türlü yazılmış olan ahvalin maddesinde) denmek suretiyle istisnaların saklı tutulduğunu böyle bir halde kesilme sebepleri olsada 104. madde ile asli zamanaşımı süresine bunun yarısının eklenmesi süretiyle zamanaşımının gerçekleşeceğini bildirmiştir.

d) T.C.K.nun 102/6. maddesiyle 105/2. maddeleri arasındaki münasebet : T.C.K.nun 102/6. maddesi bundan evvelki bentlerde beyan olunan miktarlarından aşağı cezaları müstelzim kabahatlerde altı ay geçmesiyle ortadan kalkacağını bildirmektedir. Buna göre 103. madde ile zamanaşımının ceryana başladığı tarihten altı ay sonra suça el konulmuş ise bu arada hiç bir muamele yapılmamış olması yüzünden, zamanaşımı gerçekleşmiş olmakta ve takibat yapılmamaktadır. Bu süreden daha evvel C. Savcılığınca işe el konularak adli muamelelere girişilmişse zaman aşımı kesilmiş ve muamelelerden itibaren yeniden işleme başlamış olacaktır. Ancak suç tarihinden itibaren bir yıl içinde mahkümiyet kararı verilmesi gerekmektedir. Mahkemece iki duruşma günü arasında altı aydan fazla zaman bırakılıp ve bu arada hiç bir muamele yapılmazsa zamanaşımı tahakkuk eder.

e) T.C.K.nun 105. maddesi ile ilgili örnekler :

I — Suç tarihi	1/ 1/1966
Mahkümiyet tarihi	2/ 1/1966
Yargıtay incelemesi	2/ 8/1966

Mahkûmiyet hükmünden sonra altı ay geçtiğinden kamu dâvası düşer.

2 — Suç tarihi	1/ 1/1966
Mahkûmiyet tarihi	1/ 2/1966
Yargıtay incelemesi	1/ 4/1967

Bir yıl içinde mahkûmiyet kararı verilmiş ve karadan, temyiz incelemesine kadar altı aylık zamanaşımı geçmiş olmasına göre temyiz tetkikatı yapılacaktır.

3 — Suç tarihi	1/ 1/1966
Beraet kararı	3/ 1/1966
Yargıyat incelemesi	3/ 8/1966 (Bozma)
Mahkûmiyet tarihi	30/12/1966

Beraet hükümlerinden sonra altı aylık asli zamanaşımı ceryan etmeyeceğinden yargıtay incelemesinde hüküm aleyhte bozulmuş ise aynı yıl (suç tarihinden itibaren) içinde mahkûmiyet hükmü verilmek gerekir.

4 — Yılı içinde verilen ilk mahkûmiyet kararı yargıtayca bozulduğu takdirde mahkemece aynı yıl içinde ikinci bir mahkûmiyet kararı verilse dahi birinci ve ikinci mahkûmiyet kararları arasında altı aylık asli zamanaşımı geçmiş ise dâva ortadan kalkar.

Suç tarihi	20/10/1966
İlk mahkûmiyet tarihi	19/ 1/1967
Yargıtay bozması	5/ 6/1967
İkinci mahkûmiyet tarihi	18/10/1967

19/1/1967 Tarihi ile 18/10/1967 tarihleri arasında altı ay geçtiğinden dâvada zamanaşımı vardır.

V — Zamanaşımı olmayan şuçlar :

Çok şenî suçlarla, çok ağır cezalar cemiyette hiç bir zaman unutulamazlar, bu çeşit suç ve cezalar zamanaşımına tabi değildirler T. C. K. nun 102/son fıkrasında ölüm veya müebbed veya muvakkat ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerin yurt dışında işlenmesi halinde zamanaşımı yoktur. Bu hüküm mehaz kanunda yoktur. Kanunumuz istisnai bir hüküm getirmiştir. Bu mühim istisna Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş cürümlere münhasırdır. Bunun tatbiki için iki şart aranmaktadır. Cürümlerin ölüm, müebbed veya muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim bulunması ve cürümlerin Türk ülkesi dışında işlenmiş olması gerekmektedir.

VI — Zamanaşımının kesilmesinin suç ortaklarına sirayeti :

Bir suçtan dolayı yapılan ve zamanaşımını kesen muameleler o suçlarda her ne suretle olursa olsun iştiraki olupta aleyhlerinde takibat veya tahkikat yapılmamış olan kimseler hakkında dahi, zamanaşımını keser. Bu suretle dâva zamanaşımını kesen sebep suç ortaklarından yalnız biri hakkında husule gelmiş ise zamanaşımı diğeleri hakkında da kesilmiş sayılacaktır. Bu hüküm Adaletli davranmak ve sanıklara eşit muamele de bulunmak mülahazalariyle konulmuştur. Sirayet için aynı suça iştirak etmiş olmak gerekir. İstirakin asli veya fer'i olması arasında fark yoktur. İştirakçinin kesilme sırasında sanık hüviyetini almış olması şart değildir. Bilinmeyen ortak hakkında da sirayet hükmü ceryan eder. Sirayetle ilgili 106. madde her türlü zamanaşımına uygulanabilir. Müddete bakılmaz bu husus maddenin esbabı mucibesinde sarahaten gösterilmiştir.

VII — Kamu dâvasının zamanaşımı sebebiyle düşmesinin neticeleri :

Kamu dâvasının düşmesi emval istirdadı ve uğranılan zararın tazmini için ikame olunan şahsi hak dâvalarını engel olmaz, ceza dâvası ortadan kalksa bile hukuk dâvası baki kalır fakat sanığın ölümü halinde şahsi hak, ceza mahkemesinde değil hukuk mahkemesine ikame edilmek gerekir. (3. C. D. 15/6/1938 387/4218) T. C.K. nun 110. maddesi dâvaya müdahalenin kabulü halinde münhasırdır. T. C. K. nun 111. maddesine göre ise kamu dâvasının düşmesiyle ceza hakiminin hukuku şahsiye hakkında karar verme yetkisi de kalkar. Suçtan zarar gören vazgeçerken hukuku şahsiyesini muhafaza etmiş ise hukuk mahkemesinde dâva açabilir. T. C. K. nun 109. maddesi üzerinde durulmamıştır.

596

B) Zamanaşımı müddetlerini tesbit ve tâyini :

Zamanaşımı müddetlerini kanun tesbit etmiştir. Müddetlerin nasıl tayin olunacağı hususunda yine kanun koyucu tafsilen göstermiştir. Yukarıda izah olunduğu gibi suçların cezalarına göre, ağırlıkları ile zamanaşımı müddetleri arasında nisbet gözetilmiştir. Suçlar ağırlaştıkça zamanaşımı müddetleri uzamaktadır.

Y.C.K. nu dâva zamanaşımı müddetleri için cürüm ve kabahatleri ayırmıştır.

a) Cürümler için 20, 15, 10, 5 ve 2 senelik,

b) Kabahatler için 2 sene ve 6 aylık zamanaşımı müddetleri koymuştur.

T. C. K. nun 102. maddesinin 1 den 4. bendine kadar müddetler cürümler 5 ve 6. bendler kabahatlere aittir. 6. benddeki «Bundan evvelki bendler» ibaresi doğru değildir. Zira 6. bendten evvel kabahatlerle ilgili yalnız 5. bend mevcuttur.

Cürümler hakkındaki zamanaşımı müddetlerini tesbit ve uygulamada bir güçlük yoktur, kabahatlerle ilgili müddetlerin uygulanmasında bazı tereddüt ve güçlükler mevcuttur. Tereddütler daha ziyade mütenavip cezaların tatbikinde ortaya çıkmaktadır. Bazı hallerde kanun suçluya iki ayrı ceza tertip etmektedir. Bu takdirde suça ait zamanaşımı müddetinin tesbitinde esas alınacak ceza hangi ceza olacaktır?

Bu konuda yargıtay içtihatları birleştirme kurulunun 18/11/1936 gün 26/35 sayılı ve 7/5/1947 gün 3/15 sayılı kararları vardır. Umumi Hıfzı sıhha kanununun 291. maddesinin atıf yaptığı T.C.K. nun 526. maddesinde yazılı bulunan hafif hapis ve hafif para cezalarından hangisinin, zamanaşımı müddetini tesbitte nazara ve esasa alınması gerektiği hakkındadır. Hafif hapis cezası esas alındığından 102/6. maddesine göre zamanaşımı 6 ay, Hafif para cezası esas alındığından 102/5. maddesine göre iki sene olarak hesaplanmak gerekir. Kanunumuzun sistemine göre mücerret ceza esas alınmaktadır. Yargıtay gösterdiği gerekçeye istinatla 102/6. maddenin tatbikiyle 6 aylık zamanaşımını kabul etmiştir. Tatbikattaki çeşitli uygulamalara mütenazır olarak yargıtay ceza daireleri de bu mevzuda çeşitli kararlar vermişlerdir. Örneğin 5617 S.K. nun 11. maddesinin T. C. K. nun 526. maddeye yaptığı atıfla ilgili olarak yargıtay 2.C.D. 19/3/1954 günlü kararında zamanaşımını 2 sene aynı daire 14/10/1958 tarihli kararında T.C.K. nun 104. maddesini de katarak üç

sene, 6.C.D. si 20/2/1962 günlü kararında 102/6 ve 105/2 maddelerine göre 6 aylık zamanaşımını tatbik etmişlerdir.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararı doktrinde eleştirilmiş ve aksi kanaat savunulmuş, T.C.K. nun 102/5. maddesinin tatbikiyle 2 senelik zamanaşımının tatbik edilmesi uygun bulunmuştur. Bu fikre 4.C.D. nin 11/12/1945 tarihli kararı mesnet yapılmıştır. Bu kararda T.C.K. nun 102/5. maddesi tatbik edilmiştir.

Prof. Kunter bu mevzu ile ilgili geniş araştırma ve etüdler yapmış netice itibariyle 102/5. maddesinin uygulanmasını uygun bulmuştur. Ezcümle hangi cezanın daha ağır olduğu peşinen tesbit edilmek ve araştırılmak icap eder bu cihet kanun iktizasındandır demektedir. Neticede birleşip gerekçede ayrılan yazar Atilla Çoşkun'a göre ise iki cezadan birinin verilmesi hâkimin takdirine bırakılmış olmasına ve böyle bir ahvalde de hâkimin hafif para cezasını hükmetmesine hiç bir mani bulunmamasına göre tevhidi içtihat kararı değil 4.C.D. nin 11/12/1945 günlü kararı isabetlidir. Ve zamanaşımı 102/5. maddesine göre iki sene olmalıdır, demektedir. Tevhidi içtihat kararlarındaki görüşlere karşı meriyet kanunun 20. maddesinin kaide olmayıp intikali bir hüküm olduğu, cezalandırılan kimsenin maddi veya sosyal durumuna göre cezasının ağırlığının değişebileceği ve yalnız hafif para cezasının tayin edildiği haller ile mütenavip cezalarda ahenksizlik yaratacağı öngörülmüş ve müddeti uzun olan cezanın ele alınması gerektiği kabul edilmiştir.

Bu karışık durumun sebebi ise kanunumuzun mehazdan ayrılmış olmasıdır. Mehaz kanununa göre 526. maddenin para cezasının miktarı 30. liraya kadar şeklindedir. Kanunumuzda miktar 150. liraya yükseltilince zamanaşımı müddetinin tatbiki karışmıştır. Bu konuda kesin bi hal tarzının bulunmasına zaruret vardır. Halen tatbikat ile nazariyatın görüşleri arasındaki zıdlık giderilememiştir.

5617 S.K. 11. maddesinin T.C.K. nun 526/1. maddesindeki cezaların iki misline çıkarılmasiyle ceza umumi heyetinin 2/7/1956 gün ve 160/152 sayılı karariyle bu husus açıklık kazanmış 102/5. maddenin tatbiki ön görülmüştür.

T.C.K. nun 568. maddesindek kumar oynamak suçuna da T. C. K. nun 102/5. maddesi tatbik edilmiştir. (4.C.D. nin 10/5/1958 - 25/9/1953)

T.C.K. nun 565. maddesindeki hafif hapis cezasının azami haddi itibariyle zamanaşımı T.C.K. nun 102/6. maddesine göre 6 ay olarak kabul edilmiştir. (C.U.H. 11/1/1960 gün 101/2)

Karayolları trafik kanunun (6085 SK.) değişik 58/B. maddesi uyarınca verilen hafif para cezasının zamanışımı 102/5 ve 104. maddelere göre hesaplanır (7.C.D. 15/5/1968 4387/4002).

T. C. K. nun 551. maddesindeki asli ceza 50. liraya kadar hafif para cezası olmasına göre 102/5. maddeye göre zamanaşımı kabul edilmiştir. (C.U.H. nin 10/1/1955 2/2.)

4 — Sukutu hak müddeti : (= hak düşümü suresi) (T.C.K. 108)

T. C. K. nun zamanışımı ile ilgili faslında yer almakla beraber zamanaşımından tamamiyle ayrı sukutu hak müddetini ayrı paragrafda incelemekte fayda mülahaza ettik.

T.C.K. nun 108. maddesi kanunun tayin ettiği müddeti içinde gerekli muamelenin yapılmaması yüzünden muayyen bir hakkın düşeceğini tanzim etmiştir. Sukutu hak müddeti zamanaşımından farklı şartlara tabi tutulmuş ve neticede de sonuçlarının değişik olması ön görülmüştür.

Bazı suçlar vardırki, bunlardan dolayı takibat yapılması zarar gören kimsenin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Şikâyete tabi tutulmanın bir çok gerekçeleri vardır. Örneğin fiilin haysiyet ve namusu rencide etmesi, aile huzurunun bozulması ves. gibi. Zina, kızlık bozmak, hakaret, müessir fiil, ırzar gibi suçlar bu cümledendir. Suçtan zarar gören kimse kanunda yazılı müddet içinde şikâyet etmediği takdirde Devletin ceza verme hakkı düşer kısaca takip hakkı murura uğrar, bu müddet T.C.K. 108. maddesine göre altı aydır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre bu müddet zamanaşımı haddini geçmemek şartiyle şikâyete hakkı olan kimsenin fiil ve failin kim olduğunu öğrendiği günden başlar. Başlama tarihleri bakımından zamanaşımı ile sukutu hak müddeti ayrılır. Zamanaşımı suç tarihinden, sukutu hak müddeti fiil ve failden haberdar olma tarihinden başlar. Saniyen sukutu hakta durma ve kesilme mevzubahis olamaz.

Maddenin son fıkrasında ise dâvaya hakkı olan bir kaç kimseden birisi altı aylık müddeti geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakkı sakıt olmaz denilmiştir. (aynı mealde Y. 3. C. D. 31/5/1949)

Yargıtay 5.C.D. nin 12/7/1967 günlü içtihadında dâvaya hakkı olan kişinin dâva kanusu yapabilecek delilleri haiz bir zina suçunu haber aldığı tarihten itibaren T. C. K. nun 108. maddesinde yazılı hak düşme süresinin işlemeye başlayacağını bildirmiştir. Birinci C.D. nin 21/9/1954

tarihli kararında sukutu hak müddeti suçun işlendiği tarihten başlayacağını, yoksa zamanaşımı gibi teselsülün bitiminden başlamıyacağını bildirmiş, 4.C.D. 26/6/1951 tarihli kararında dâvaya müdahale için verilen dilekçe T.C.K. nun 108. maddesinde yazılı süre içinde olursa şikâyet yokluğunu telafi edeceğini bildirmiştir. 5.C.D. nin 21/5/1968 günlü kararında C.M.U.K. nun 151. maddesine tevfikan C. Savcılığında ve Sulh Hâkimi huzurunda sanıktan şikâyetçi olduğunu bildiren mağdurun ifadeleri kanunen şikâyetname mahiyetinde kabul edilmiştir. Yargıtay içtihadı birleştirme kurulunun 23/5/1966 gün ve 3/5 sayılı kararında kocasının başkası ile evli olmayan kadınla zina yapmasına önceden müsaade veya muvafakat eden bir kadının fiilin işlenmesinden sonra altı ay içinde yapmış olduğu şikâyetini kanuna uygun bulmuştur.

5 — CEZA ZAMANAŞIMI :

A — Genel olarak :

Bir suçtan dolayı kesin bir hükme bağlanmış olan bir ceza, kanunda yazılı müddet zarfında infaz edilmediği takdirde zamanaşımına uğrayarak düşer. Cezaların nev'i ve ağırlıklarına göre zamanaşımı müddetleri değişiktir. T.C.K. nun 112. maddesine göre 30, 24, 20, 10 sene olarak cürümlere, 4 sene ve 18 ay olarak kabahatlere ait zamanaşımı kabul edilmiştir. Dâva zamanaşımına göre müddetler daha uzun tutulmuştur.

Mehaz kanunda müebbed cezaların zamanaşımına uğramıyacağı kaoul edilmiş, kanunumuz ise ileri bir görüşle bunlar hakkında da zamanaşımını kabul etmiştir. Kanunumuz ki halde ceza zamanaşımını kabul etmemiştir :

a) Müebbeten amme hizmetlerinden memnuiyettir. (Muvakkaten verilen T.C.K. nun 112/4. maddesinde zamanaşımına tabi tutulmuştur.)

b) Yurt dışında Devletin harici emniyetine karşı işlenilen cürümlerden dolayı verilen ölüm, müebbed veya muvakkat ağır hapis cezalarıdır.

Ceza zamanaşımı hükümde yazılı cezaya göre hesaplanır. Ceza umumi veya hususi af ile başka ve hafif bir cezaya tahvil edilirse, tahvilden sonraki durum nazara alınır. Hükmedilen ceza kısmen infaz edilmiş ise örneğin mevkufiyetin mahkûmiyete mahsubu halinde olduğu gibi ceza zamanaşımı kalan ceza miktarına yani infaz edilmemiş kısma göre hesaplanır.

Asli cezada zamanaşımının tahakkuku, feri cezanın da zamanaşımına uğramasını gerektirmez. Emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmanın önleyici mahiyeti dolayısiyle asli ceza zamanaşımına uğradığında artık bu tedbire lüzum kalmaz (T.C.K. 112/Son).

Hafif hapis ve hafif para cezalarının birlikte hükmedildiği hallerde zamanışımı hafif hapis cezasına göre hesaplanır. (6.C.D. nin 3/11/1962)

I — Ceza zamanaşımının başlaması : (T.C.K. nun 113)

a) Hükmün kesinleştiği gün : Mahkûmiyet hükmünün ne zaman kesinleşeceği usul hükümlerine göre tayin olunur. Hükmün kesinleşmesinden önce Ceza değil dâva zamanaşımı mevcuttur. Bu sebeple mahkûmiyet hükmünün verilmesiyle kesinleşmesi arasında geçen müddet ceza zamanaşımına dahil değildir. Kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü dâva zamanaşımını keser (T.C.K. 104). Tecil edilmiş mahkûmiyetlerde mahkemenin varlığı şarta bağlanmış hükmü olduğundan zamanaşımı tecil kararının düştüğü günden başlar.

b) İnfazın inkitaa uğradığı gün : Mahkûmiyetin infazı inkitaa uğramış ise zamanaşımı inkita gününden itibaren yeni baştan işlemeye başlar bu infazına başlanmış mahkûmiyetler hakkındadır. Şayet hükümlünün hükmü kesinleştikten sonra kaçması yüzünden veya kanuni sebeplerle infaza başlanmamış ise zamanaşımı hükmün kesinleştiği günden işlemeye başlar. Örneğin akıl malüliyeti (C.M.U.K. 399/1) veya diğer bir hastalık sebebiyle (C.M.U.K. nun 399/2) infazın başlamaması gibi.

Meşruten tahliye infazda vuku bulan bir inkita değildir.

II — Başlangıç günü : Gerek dâva ve gerekse ceza zamanaşımında başlangıç günü müddete dahildir. Kanunun bu husustaki gerekçesi sarihtir.

III — Ceza zamanaşımının engelleri :

a) Zamanaşımının durması : T.C.K. nunda ceza zamanaşımını durduran sebep kabul edilmemiştir. Cezanın infazını tehir eden sebepler zamanaşımını durdurmaz. Tek istisnası Milletvekili diğer ifadeyle yasama dokunulmazlığıdır. Anayasa'ya göre hem dâva ve hemde ceza zamanaşımını durdurur.

b) Zamanaşımının kesilmesi :

aa) İnfaz muamelesi,

bb) Hükümlünün yakalanması,

cc) Aynı cinsten yeni bir suç işlenmiş olması.

Bir şeyin kesilebilmesi için işlemeye başlamış olması lâzım gelir ceza infaz edildiği müddetçe ceza zamanaşımı bahis konusu olamaz.

aa)İnfaz muamelesi : İlamın infazına müteallik mahküma, selahiyetli bir merci tarafından kanun dairesinde usulüne uygun tebliğ yapılması iktiza eder. İnfazda selahiyetli merci Savcılıktır. (C.M.U.K. nun 396)) Savcılığın muameleleri hükmün infazına matuf bulunmalıdır. Tebliğatın savcılıkça çıkarılması gereklidir. Tebliğatın mahkûme tebliği şarttır. Mahkümden gayrısına vaki tebliğat zamanaşımını kesmez, tebliğat muhakeme masrafı veya şahsi hakların tediyesi zımnında ise yine zamanaşımını kesmez. Mahkûm aynı suçtan dolayı, iki cezaya maruz kalmış olup bunlardan sadece birisinin infazı için örneğin para cezası hakkında tebliğat çıkartılmış ise diğeri yani hapis cezasında zamanaşımını keser.

bb) Mahkûmun yakalanması : Mahkûmun bilfiil infaza selahiyetli merciin eline geçmesi demektir. Bu merci C.M.U.K. 401. maddesinde yazılı olduğu üzere cezanın infazını temini zımmında tevkif, ihzar veya yakalama müzekkerelerini vermeye selahiyetli C. Savcılığıdır. Yakalanmanın mahkûmiyet hükmüne konu teşkil etmiş suçun cezasını infazına taalluk etmesi icap eder.

c) Başka bir suçun işlenmesi : Suçların aynı neviden olup olmadıkları T.C.K.nun 86. maddesine göre tayin olunur. Sonraki suçun evvelkinin zamanaşımı müddeti içinde işlenmiş olması zamanaşımını kesilmesi için kafidir. İki suç arasında tekerrür bağının bulunması şart değildir.

Yeni suçun zamanaşımını kesebilmesi için bu suçun hükmen sabit olması gerekir. Fakat zamanaşımını kesici tesiri ikinci suç hakkındaki hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren değil bu suçun ika olunduğu tarihten itibaren ceryan eder.

Dâva zamanaşımında kesilme sebepleri ne kadar taaddüt ederse etsin zamanaşımı müddetinin muayyen bir sınırı aşamıyacağı kabul edilmiş olduğu halde ceza zamanaşımında böyle bir azami had konulmuş değildir. Ve daime tekerrür edebilir.

Ceza zamanaşımı aynı suçun diğer şeriklerine sirayet etmez,

Amme hizmetlerinden memnuiyet, bir meslek veya sanatın tatili icrası, veya ehliyetsizliği mucip diğer bir ceza tek başına yani başka bir

cezaya eklenmeksizin veya bir ceza mahkûmiyetinin neticesi olarak tereddüp etmeksizin hüküm altına alınmış ise 112. maddenin 4,5 ve 6. bendlerinde yazılı müddetlerin geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Buna karşılık aynı cezalar diğer asli bir cezaya eklenmiş veya asli ceza mahkûmiyetinin kanuni bir neticesi olduklarında 112. maddenin 4,5, 6. bendlerinde yazılı müddetlerin iki mislisini geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Asli ceza, zamanaşımı ile ortadan kalkacak olursa fer'i ceza 112. maddenin muhtelif bendlerinde yazılı zamanaşımı müddetinin iki mislisini geçmesiyle sukut eder .

Ceza zamanaşımı ancak cezanın infazına engel olur. Cezadan madut olmayan müeyyidelerin ezcümle müsadere, tazminat ve muhakeme masraflarının infazı baki kalır (T.C.K. 120).

Ancak umumi aftan hazinenin talep hakkı kalkar, Fakat medeni hukuka müteallik neticelere tesir icra etmez. (T.C.K.120/2)

6 — Zamanaşımı ile ilgili önemli bir kaç içtihat :

I — Zamanaşımı var iken beraet kararı verilemez, (Y.C.G.K. 13/10/947 gün 104/89 sayılı kararı)

II — Zamanaşımı sevke göre değil, mahkemece kabul edilen suçun vasfına nazaran hesaplanır. Kabahat olarak sevk edilen fiilin cürüm olduğu duruşmada tahakkuk ederse dâva cürüm zamanaşımına tabi olur. (4.C.D.nin 3/6/947 gün ve 7122/8359 S.K.)

III — Kamu dâvasında zamanaşımı tahakkuk ettikten sonra şahsi hak dâvasına ceza mahkemelerinde devam olunamaz. (C.G.K. nun 13/12/937 gün ve 282/333)

IV — Mahkemelerden zamanaşımı sebebine dayanılarak verilen kararlar dâvanın esasını halleden kararlardandır. (Y.içt. Birleştirme kurulunun 3/6/936 gün 129/11 sayılı kararı)

MEDENÎ KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE KAYNAKLARIN HUKUKÎ REJİMİ

340

Yazan : Ö. Faruk KARACABEY
(Sorgu Hâkimi - Derinkuyu)

YARARLANILAN KAYNAKLAR (Bibliyoğrafya)

I — G İ R İ Ş

II — KAYNAKLARIN TANIMI

III — KAYNAKLARIN KONU OLDUĞU HAKLAR

A — GENEL OLARAK

B — KAYNAK MÜLKİYETİ VE DİĞER HAKLAR

1 — Suyun akıtılması ve ihraz hakkı

2 — Tasarruf hakkı

3 — Su kuvveti üzerinde hak

IV — KAYNAKLARIN KORUNMASI

A — GENEL OLARAK

B — MK. md. 680'e GÖRE KORUNMA

1 — Korunmanın Şartları

2 — Korunmanın Hükümleri

C — MK. md. 680'e GÖRE KORUNMA

1 — Zorunlu derecede gereklilik

2 — Kesilme ve kirletilme

3 — Eski halin iadesi mümkün olmalıdır

604

V — S O N U Ç

YARARLANILAN KAYNAKLAR

SUAT AKSOY — Su Hukukunun tarihi gelişimi ve Bugünkü durumu, AÜHF, Sular Hukuku Semineri tebliği (çoğaltılmış) Ankara - 1968

İRFAN YAZMAN — Kaynakların Türk Medenî Hukukunda tabi olduğu Rejim, AÜHF. yay. NO : 258, Sevinç mat., Ankara - 1970

M. REŞİT KARAHASAN — Gayrimenkul Hukuk Dâvaları, İstanbul mat., İst. - 1968

DSİ — Su Haklarının kullanılması hakkında kanun tasarısı gerekçesi, Anakara - 1968.

EBUL'ULÂ MARDİN — Vakıf Katma Suları, Cemil Bilsel'e armağan, İst. - 1939

ZAHİT İMRE — Kaynak - Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İst. - 1951

ZERRİN AKGÜN — Sular Hukuku ve Sularla İlgili Arazi Dâvaları, Ankara - 1959.

A. H. BERKİ - S. ÇUMRALI — Su Hakları (eski ve yeni hükümlere göre), Yeni ma., Ankara - 1959.

M. REŞİT BELGESAY — Türk Kanuni Medenisi Şerhi, IV, Ayni Haklar, 4 üncü tabı Sıralar mat., İstanbul - 1956.

JALE AKİPEK — Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar birinci kitap, Zilyetlik ve tapu sicili, AÜHF yayını, Ajans - Türk mat., Ankara - 1965

JALE AKİPEK — Türk Eşya Hukuku, Ayni haklar, Mülkiyet, AÜHF yayını NO : 282, Sevinç mat., Ankara - 1971,

F. H. SAYMEN - H. K. ELBİR — Türk Eşya Hukuku Desrleri (Filiz kitabevi) Fakülteler mat., İstanbul - 1963.

GALİP ESMER — Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 2 nci baskı Doğuş mat., Ankarar - 1969.

605

GALİP ESMER — Su Haklarının Kullanılması hakkında Kanun tasarısı, AÜHF Sular Hukuku semineri tebliği (çoğaltılmış), Ankara - 1968.

SENAİ OLGAÇ — Medeni Hukuk Mevzuatı, İ. Akgün mat., İstanbul - 1968.

TURHAN ESENER — Eşya Hukuku (Zilyetlik - Tapu sicil - Mülkiyet - Sınırlı ayni haklar - Rehin), Sevinç mat., Ankara - 1970.

SAFA REİSOĞLU — Türk Eşya Hukuku, cilt I SBF yayını No : 190 - 172, Sevinç mat., Ankara - 1965.

ERGUN ÖZSUNAY — Türk Hukukunda Zaruri su hakkı, AÜHF Sular Hukuku semineri tebliği, Ankara - 1968.

BAKİ KURU — Su kaynaklarının kullanılması hakkında kanun tasarısındaki usul hükümleri, AÜHF Sular Hukuku semineri tebliği (çoğaltılmış), Ankara - 1968.

K. TAHİR GÜRSOY — Tapu sicili ile alakası yönünden Su kaynaklarının kullanılması hakkında kanun tasarısı, AÜHF Sular Hukuku semineri tebliği (çoğaltılmış), Ankara - 1968.

I — G İ R İ Ş

«Su hayattır» deyişi suyun önemini en iyi yansıtan bir sözdür. Bütün canlı varlıkların yapısında bulunduğu gibi, birçok canlı varlıklarında yaşama ortamıdır (1). Su insanların ve canlıların yaşamasını doğrudan doğruya sağladığı gibi onunda yaşamını ayrıca etkilemektedir. Suyun ekonomik hayatta büyük bir yeri ve önemi vardır. Su, beslenme, hammadde ve bir üretim aracıdır (2). Suyun yararlanma alanı sayılamıyacak kadar çoktur. Örneğin, içme, kullanma, endüstri, sulama, enerji üretimi, ulaşım, su ürünleri, turizm ve dinlenme, kum, çakıl ve tuz elde etme, maden suları, kaplıcalar gibi ... birçok maddeler ve faaliyetler su tarafından sağlanmaktadır.

---

(1) SUAT AKSOY, Su Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Bugünkü Durumu, AÜHF., Sular Hukuku Semineri (çoğalmış), Ankara - 1968

(2) İRFAN YAZMAN, Kaynakların Türk Medenî Hukukunda Tabi Olduğu Rejim AÜHF., yayını NO : 258, Sevinç matbaası, Ankara - 1970, s : 9 - 10.

Suyun bu açıklanan önemi insan - su ilişkisini toplum hayatının varlığı ile birlikte düzenleme zorunluğunu doğurmuştur. Türk Hukukunda ise, insan - su ilişkisini düzenliyen kurallar hangi hukuk disiplini içinde yer alacaktır ve buna görede bu ilişkilerde genel prensipler neler olacaktır sorularına bir çözüm yolu henüz bulunmuş değildir. Sular üzerinde ki mülkiyet nev'ilerinin çeşitliliğini ve bu çeşitlilikten ötürü de birçok yasaların değişik hükümler taşıdığını görmekteyiz.

İnsan - su ilişkilerini tek bir prensibe dayalı ve tek bir yasa içinde toplama zorunluluğu yanında, sulardan yararlanma koşullarını da kalkınmayı etkileyecek ve sosyal adalet ilkelerini gerçekleştirecek bir hukuki rejime tabi tutmak gerekmektedir.

Bu yazıda, «Kaynakların» Medenî Kanun hükümlerine göre ne şekilde kurallaştırıldığı incelenmektedir.

II — KAYNAKLARIN TANIMI

Kaynakları MK. nun 679 - 685 inci maddeleri hükme bağlamış olup, bu hükümlerde kaynakların tanımı yoktur. Keza doktrinde ve uygulamada da kaynakların tanımına raslamak mümkün değildir. Doğal bilimlerin ışığı altında ve onlara göre «Kaynağa, yeraltı suyunun yerüstü suyuna geçiş yeri, başka bir deyişle yeraltı suyu üst düzeyinin yeryüzeyini kestiği yer olarak» tanımlayabiliriz (3).

Ancak, kaynakların hukuki özelliklerini yansıtan ve kapsıyan bir tanım yapmak mümkün olmuyacağından ve bir açıklık getirmiyeceğinden, bilakis çeşitli uyuşmazlıklar doğuracağından kaynak kavramının unsurlarını incelemek gerekli ve doğru yol olacaktır.

---

(3) YAZMAN, a. g. e., s : 70; M. ZERRİN AKGÜN, Sular Hukuku ve Sularla ilgili Arazi dâvaları, Ankara - 1959, s : 36 (Kaynak, yeraltı suyunun toprak sathına çıkmasıdır. Suyun gerek tabii olarak çıkmasında ve gerek insan emeği ile çıkmasında bir fark yoktur.); A. HİMMET BERKİ - S. ÇUMRALI, Su Hakları - eski ve yeni hükümlere göre -, Yeni mat., Ankara - 1959, s : 58 (Kaynak, yeraltında bulunan su damarları ve tabakalarından hasıl olup tabii olarak arzın sathına çıkan sular vey su kanallarıdır); M. R. KARAHASAN, Gayrimenkul Hukuk Dâvaları, İstanbul mat., İstanbul - 1967 s : 466 (Kaynak yeraltı suyunun toprak yüzeyine çıkmasıdır.); M. REŞİT BELGESAY, T. Kanunî Medenisi Şerhi, IV, Ayni Haklar, 4 üncü tabı, Sıralar mat., İstanbul - 1956, s : 163 (Kaynak yeraltında durgun veya akarsuyun tabii olarak, yahut sun'i vasıtalarla yeryüzüne çıkması veya çıkarılmasıdır.); JALE AKİPEK, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar, İkinci kitap, Mülkiyet) AÜHF. yayını NO : 282, Seşinç mat., Ankara - 1971, s : 187 (Kaynak yeraltı suyunun tabii ve sürekli olarak kendi kendine bir noktaya yerüstüne çıkmasıdır.)

Kaynak kavramının unsurlarını şöyle sıralayabiliriz.

a) Kaynağın kökeni yeraltı suyu olacaktır. Bu yeraltı suyu durgun veya akarsu olabilir. Böylece kaynağın kökeninin yeraltı suyu oluşu onu göllerden ayırır (4).

b) Kaknak devamlı olmalıdır. Mevsime göre doğal kesilme bu devamlılık unsurunu bozmaz.

c) Kaynak doğal olmalıdır. Doktrinde müellifler arasında en büyük ayrılık bu unsurda olmaktadır (3). numaralı dipnotta görüldüğü gibi birçok tanımlar, sun'i olarak yeraltı suyunun yerüstüne çıkarılmasını da kaynak saymışlardır. Kaynak ile yeraltı suyunu çıkarma arasında fark vardır. Kaynağın kökeni yeraltı suyu olduğu halde sun'i çıkan suyun kendisi yeraltı suyudur. Halbuki, yeraltı suyu Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Fertlerin bazı şartlar altında bundan yararlanma (kullanma) hakları vardır. Aksi takdirde kaynak ve yeraltı suyu ayırımı yersiz olur. Bu ayırımı 167 sayılı yasa getirmiştir. Ayrıca 138 sayılı yasa ile MK. md. 679'a eklenen 2 nci fıkra, bu doğal ve sun'i ayrılığını apaçık ortaya koymaktadır. Buna göre 167 ve 138 sayılı yasalar, yeraltı suyunun sun'i olarak çıkarılmasının kaynak sayılmasına olanak tanımamaktadır. Nitekim Yargıtay 1. HD. 31/1/1949 gün ve 121/575 sayılı kararında yeraltı sularını sun'i olarak çıkarmada MK. 680 ve 681 inci maddelerinin uygulanmıyacağını belirtmiştir (5). Böylece kaynak kavramının bir unsuru olarak doğallığı saptamak gerekir. Burada bir noktayı belirtmekte yarar vardır : Kaynağın verimini artırmaya yönelmiş ancak kökende bir değişiklik yapmayan kaynağın tutulmasına dair tesisatlar doğallık unsurunu bozmaz.

d) Suyun fiziki ve kimyevi niteliğinin kaynak kavramına etkisi yoktur. Ancak, kaplıcalar ile maden suları hakkında özel yasa vardır. Bunlara bu bakımdan Medenî Kanun hükümleri uygulanmaz.

e) Kaynaktan çıkan suyun miktarı bir akarsu ve nehir yaratacak kadar olmamalıdır. Eğer, kaynaktan çıkan su, bir akarsu veya nehir meydana getirecek miktarda ise, bu durumda Medenî Kanun hükümleri bunlara uygulanamaz. Burada suyun miktarında ölçü ne olacaktır sorunu ortaya çıkmaktadır. Miktar esasen nisbî bir kavram olup bunu mücerret olarak tâyin etmek mümkün değildir. Bu bakımdan açık bir öl-

(4) JALE AKİPEK. Türk Eşya Hukuku (ayni haklar) Birinci kitap, Zilyetlik ve tapu sicili, AÜHF. yayını, Ajans - Türk mat., Ankara - 65 s : 187.

(5) YAZMAN, a. g. e., s : 84.

çü getirilemez. Bazı müellifler suyun zaptedilmesi veya edilmemesi gibi (6), bazı müellifler kamu yararı gibi (7) kriterler ileri sürmekte iselerde bunlarda nisbî birer kavram olduğu için bu zamanda da objektiflikten sözedilemez. Kanımızca en uygun kriter yine kamu yararı esaslarına dayalı olarak her özel duruma göre Hâkim tarafından tâyin ve takdir edilmelidir.

III — KAYNAKLARIN KONU OLDUĞU HAKLAR

A — GENEL OLARAK

M.K. nun 679 uncu maddesinin birinci cümlesi kaynağı, içinde bulunduğu arzın mütemmin cüz'i sayarak, arzın malikinin, kaynak üzerinde bir mülkiyet hakkının olduğunu belirtmşitir. Aynı maddenin ikinci cümlesi, başkasının mülkiyetinde bulunan arzdan çıkan kaynaktan, başkasının tapu siciline kayıt ile irtifak hakkının olabileceğini kurallaştırarak bir kaynağın ayrıca irtifak hakkına konu olabileceğini belirtmiştir. Bunların yanında MK. nun 752 nci maddesinde kurallaştırılan ayrı bir kaynak hakkı vardır.

Kaynak birtakım ayni haklara konu olduğuna göre bir eşyamıdır? Kaynağın eşya olup olmadığı yolunda doktrinde tartışmaların bir sonuca bağlanamadığını görmekteyiz. Hukuki eşyadaki - maddi olma - Belli sınırlara sahip olma - üzerinde hakimiyet kurma - kişisel olmama - özelliklerini tam olarak kaynakta bulmak mümkün değildir. Kaynakta eşyanın bu hukuki unsurları olmadığı halde, burada özel bir durumla karşı karşıyayız. Kaynaklara kanun eşya niteliğini kazandırmış ve buna dayanarakta kaynağı eşya saymak gerekmektedir. Böylece kaynak üzerindeki hakları ayrı ayrı inceliyelim.

B — KAYNAK MÜLKİYETİ VE DİĞER AYNİ HAKLAR

MK. md. 679/1'e göre kaynak, arzın mütemmin cüz'idir. Ve arz malikinin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kaynağı veren yeraltı suyunun, kaynak noktasının içinde bulunduğu gayrımenkulün sınırları içinde kalacak kadar küçük ve önemsiz olması gerekeceğinden hangi arzın mütemmin cüzü olacağı çözümlenmiş olmaktadır. Bunun yanında kaynağın

(6) BELGESAY, a.g.e., s : 164.

(7) AD., 1951. s : 924. Y.1.1HD. 22/12/1950 gün ve 2480/4964 sayılı kararı (... umum için zararlı olacağı .....) cümlesi ile kamu yararından sözetmiştir. Ayrıca KARAHASAN, a.g.e., s : 516 da Y.1.HD. 31/1/1949 gün ve 121/575 sayılı kararı.

MK. md. 619'da kurallaştırılan mütemmin cüz özellikleri taşıyıp taşımadığı tartışılabilir. Önce, asıl ile tamamlayıcı parça (mütemmin cüz) arasında sıkı rabıta olacaktır. Tamamlayıcı parça bulunmaksızın, bütün tamamlanamıyorsa, eksik bir görünüş arzediyorsa, iktisadi amaca cevap veriyorsa, bu aslın tamamlayıcı parçasıdır. Ancak kaynakta bu özellikleri göremiyoruz (9). Bir arz, kaynak olmaksızın, tam eksik olmayan ve bir iktisadi amaca cevap veren bir maldır. Öyle ise arz ile kaynak arasında sıkı rabıta yoktur. İkincisi, asıl ile tamamlayıcı parça arasında maddi rabıta olacaktır. Teknik anlamda arz kaynak arasında maddi rabıta sayılabilecek böyle bir birleşme şartı yoktur. Teknik yönden arz telef ve tahrip edilmeden kaynak ondan ayrılabilir (10).

Üçüncü özellik olan devamlı bağlılıkta maddi rabıtada öne sürdüğümüz düşünceye dayalı olarak arz ve kaynak arasında olmayabilir. Bu açıklamalar ve mahalli örfün tamamlayıcı parça sayması karşısında kaynak ile arz arasındaki ilişkide tamamlayıcı parça (mütemmin cüz) özellikleri yoktur. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi kaynakların eşya sayıldığı şekilde yine kanun tarafından özel olarak kaynağa tamamlayıcı parça özelliği kazandırılmıştır (11). Burada tamamlayıcı parça prensibinin özel bir uygulama şeklini görmekteyiz (12).

Kaynaklar prensip olarak topraktan bağımsız hakların ve hukuki ilişkilerin konusunu teşkil edemez. Ancak ekonomik yarar, kaynaktan başkalarının da faydalanması zorunluluğunu doğurmuştur (13). MK. md. 679 «Mülkiyet ve İrtifak hakkı» başlığını taşımaktadır. Keza, MK. md. 752'de Kaynak hakkından sözetmektedir. Bu iki madde birbirini tamamlar niteliktedir. Kaynak üzerinde anılan maddelere göre tesis edilen irtifak hakkı, kaynakların kaynadığı araziden ayrı olarak sadece kaynak üzerindedir. Bu hak, sahibine başkasının taşınmazındaki suyu ihraz etmek ve başka yere akıtmak hakkını bahşetder. Ayrıca irtifak hakkı sahibi, kaynağın içinde bulunduğu araziye de girmek yetkisine sahiptir. Bu irtifak hakkı ayni olabilir. Yani bir taşınmaz lehine de tesis olunabilir ve her iki taşınmazın siciline kaydedilir. Bu irtifak hakkı kişisel

---

(9) F. HAKKI SAYMEN - H. K. ELBİR, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz kitabevi İstanbul - 1963, s : 217.

(10) DSİ., Su Haklarının Kullanılması Hakkında Kanun Tasarısı Gerekçesi, Ankara - 1968.

(11) YAZMAN, a.g.e., s : 36

(12) TURHAN SENER, Eşya Hukuku, Sevinç mat., Ankara - 1970, s : 190.

(13) Esener, a.g.e., s : 190.

olabilir ve kaynağın bulunduğu taşınmazın siciline kayıt edilmelidir. Aynı zamanda bu irtifak hakkı hem ayni hem de kişisel olabilir.

MK. md. 752'de kurallaştırılan kaynak hakkı, bu madde kişisel irtifak haklarını kurallaştırılan ikinci fasılda yer aldığından bu kategoriye girmektedir. O zaman kaynak üzerinde yukarıda açıklanan kişisel irtifak hakkı sözkonusudur. Ancak, anılan maddenin ikinci fıkrasına göre bunun tapu kütüğüne gayrımenkul olarak kaydı için bu hak müstakil ve daimi olmalıdır. Hakkın müstakil olması, bu irtifak hakkının ne başka bir gayrımenkul lehine ne de belirli bir kişi lehine tesis edilmemiş olmasıdır. Onun içindirki buradaki irtifak hakkının karışık olması gerekir. Hakkın daimi olması, kısa bir süre için tesis edilmemiş olmasıdır. Bu bizim mevzuatımızda tayin olunmamış, hâkimin takdirine bırakılmıştır (14), (15).

Kaynak hakkı açıkladığımız şekilde müstakil ve daimi bir mahiyet taşıyorsa, yükümlü gayrımenkulün sahifesine gerekli tescil yapıldıkdan sonra, hak sahibinin yazılı talebi üzerine (yükümlü gayrimenkul malikinin muvafakatı aranmaksızın) bu haklar ıapu kütüğüne ayrı bir sahifeye kaydolunur.

Bu açıklanan haklar malike bazı yetkiler vermektedir. Bu yetkileri sırasıyle incelemeye başlayalım. Ancak kaynak üzerinde hakkı olan tabiri açıklanan hakları kapsamaktadır, gerekli görüldüğü yerde ise hakkın mahiyeti daha açık olarak belirtilmiştir.

1 — Suyun Akıtılması ve İhraz Hakkı

Malik, mülkiyeti altında bulunan kaynaktan çıkan suyu tutarak yararlanabilir. Tabiiki, bu tutma malikin daha iyi yararlanabilmesi amacını taşır. Malik bu tutma işlemi için gerekli tesisatı kurabilir. Bu hak mutlaktır. Malik kaynaktan çıkan suyun tamamının malikidir ve son damlasına kadar alabilir. Ancak malikin bu mutlak hakkı kamu yararı ve komşuluk hukuku ile sınırlandırılmıştır. Bu arada bu tutma işleminin yeraltı suyunu elatma şekline döüüşmesi gerekir. Diğer bir deyişle daha yararlı şekle sokma işlemi, yeraltı suyuna el atarak verimi bu yolla artırma şeklinde olamaz. Bu işleme girişebilmek için 167 sayılı yasaya göre

(14) AKİPEK, Mülkiyet, s : 94.
(15) SAFA REİSOĞLU, Türk Eşya Hukuku, cilt : I, SBF yayını NO : 190-172. Sevinç mat., Ankara - 1965, s : 160.

611

DSİ. Genel müdürlüğünden belge ve izin almak zorunluğu vardır (16).

Suyu akıtma hakkı ile MK. md. 666'da ki ilişkiye de dokunmak gerekir. MK. md. 666'ın ilk fıkrası «... bir gayrımenkul maliki üst tarafdaki gayrımenkulden kendi kendine akan sular, hususile kar, yağmur ve tutulmamış kaynak sularını kendi mülküne kabule mecburdur.» Demektedir. Maddenin başlığı kendi kendine akan sular demekte ve aynı kavram metin içindede yer almaktadır. Bu durumda kaynağı bu madde hükûmlerine tabi tutamayız. Bu ancak tutulan kaynaklar için sözkonusudur. Yargıtay« ...her komşu kendi mülkünde suları ilgilendiren bir takım yapılar yaparken diğerine zarar vermiyecek tedbirleri almakla yükümlüdür» (17). demektedir ve tutulma esnasında da tutulmuş kaynak suları gibi işlem yapılacağını göstermektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrası üst taraftaki gayrımenkul malikinin, kendisine lâzım olandan fazlasını ve alttaki gayrımenkule lâzım ve ona akan suyu tutamıyacağını kurallaştırmıştır.

Türk Hukuk Doktrininde 666 ıncı maddenin bu fıkrasının, aynı maddenin birinci fıkrası ışığı altında değerlendirerek bu fıkranın yerüstü suları ile tutulmamış kaynak sularına uygulanabileceği benimsenmiştir. Neden olarak 666 ıncı maddenin genel 679/1 inci maddeninde özel hüküm olduğu ve özel hüküm varken genel hükmün uygulamıyacağı ileri sürülmüştür (18). Federal Mahkemede aynı görüşü benimsemiştir (19). Bazı müellifler ise bu yolda tutulmuş, ya da tutulmamış ayrımı yapmaksızın sadece MK. nun 666 ıncı maddesi ikinci fıkrası kaynaklara uygulanmaz demektedirler (20). Yargıtay önce hersuya MK. nun 666 ncı maddesinin 2 inci fıkrasının uygulanabileceği görüşünde iken (21), sonradan bu görüşünden vazgeçerek 666 ıncı maddenin ikinci fıkrasının tabii kaynaklara uygulanmıyacağı görüşünü benimsemiştir (22). Ancak I inci fıkradaki «tutulmamış kaynak» sözünü gözönüne almıyarak tabii kaynak kavramını tutulmuş tutulmamış ayrımına tabi tutmaması yerinde değildir.

Bu yöndeki kanımız, 666 ncı maddenin ikinci fıkrasının sadece tutulmuş kaynaklara uygulanamıyacağıdır.

---

(16) KARAHASAN, a. g. e.. s : 469; YAZMAN, a. g. e., s : 99 - 100.

(17) YARGITAY 4. HD. 8/10/1950 gün ve E : 5569, K : 7066. Kak. KARAHASAN, a. g. e.. s : 496.

(18) SAYMEN - ELBİR, a. g. e., s : 333. YAZMAN, a. g. e., s : 101. AKİPEK, a.g.e., s : 225.

(19) YAZMAN a. g. e., s : 101 den naklen.

(20) KARAHASAN, a. g. e., s : 469 - 470.

(21) YARGITAY 26/10/1939 gün ve 221 say. karar, Bak : Yazman, a. g. e. s : 102

(22) Yargıtay. 20/1/1950 gün ve 1889/187 say. kar. AD. 1960 sayı : 11

612

2 — Tasarruf Hakkı

Bu tasarruf hakkı da kaynak mülkiyetinin bir sonucudur. Kaynak maliki hem su, hem de kaynak üzerinde tasarruf edebilir. Malik kaynağın mülkiyetini arzla birlikte devredebilir, ayrıca kaynak üzerinde başkası lehine irtifak ve kaynak hakkı tesisine izin verebilir. Bu bir açıdan suyun satılmasıdır. Suyun satılması dedik, tabiki kullanılmakla tüketilen bir mal olan suyun kiralanması söz konusu olamaz. Kaynak maliki, arz üzerinde bir toplu mülkiyetle kaynak üzerinde de bir toplu mülkiyet tesis edebildiği gibi, sadece kaynağın bir toplu mülkiyete konu olmasını da sağlayabilir.

3 — Su kuvveti Üzerinde Hak

Burada suyun enerji yaratması sözkonusudur. Bu bir değirmenin işletilmesi veya elektrik enerjisi elde edilmesi şeklinde olabilir. Medenî Kanun bu yönde bir kural taşımamaktadır. Esasında kaynak suyunun enerji üretecek güce ulaşması, onun akarsu veya nehir niteliğini kazanmış olduğunu gösterir, o zaman kişinin kaynak üzerindeki mülkiyet hakkından sözedilemez. Bu durumda kamu mallarından yararlanma sözkonusudur ve buda bazı izin ve belgelere bağlıdır (23). Yargıtay bir kararında su kuvveti üzerindeki hakkın bir tesisata bağlı olmadığını belirtmiştir (24).

IV — KAYNAKLARIN KORUNMASI

A — GENEL OLARAK

Kaynakların korunması MK. md. 680 ve 681'de kurallaştırılmıştır. Bu maddeler arasında yakın bir bağlantı vardır. Ancak, Medenî Kanunun düzenlenmesine uygun olarak önce 680 inci maddeyi, sonrada 681 inci maddeyi incelemek yerinde olur. Önce korunma şartlarını belirtmek sonrada korunma hükümlerine dokunmak konuyu daha açık ve anlaşılır şekilde ortaya koymaya yardımcı olur.

---

(23) YAZMAN, a. g. e., s : 104
(24) KARAHASAN, a. g. e., s : 495

B — MK. md. 680'e GÖRE KORUNMA

1 — Korunmanın Şartları

a) **Önemli Derecede Kullanma**

Bu şart 680 inci maddede «Ehemmiyetli bir surette intifa edilmekte ... olan kaynakları .....» cümleceği ile belirtilmiştir. Buna göre önemli olarak kullanılan ve yararlanılan kaynaklar bu maddedeki korunma hükümlerinden faydalanacaktır. Kaynağın önemli olma niteliği ve bu niteliğin ölçüsü, derecesi nedir? Sorusu karşımıza çıkıyor. Bu ölçü, derece ve niteliği kanunda bulmak mümkün değildir. Bunu objektif olarak tayin etmek imkânsızdır. Çünkü önemli olma kavramı subjektiftir. Her somut olayda bunu saptamak ve tayin etmek gerekmektedir.

Doktrinde de bu kavram üzerinde anlaşılmış bir görüş yoktur. Bir görüş, suyun, kaynağın, karşıladığı ihtiyacın önemi bu «Ehemmiyet» unsurunu tayin eder, kıstas ihtiyaçtır demektedir (25). Diğer bir görüş ihtiyaç yanında su miktarının ve kullanma zamanının ehemmiyet unsurunu tayin edeceğini ileri sürmektedir (26). Bir kısım müellifler ise ihtiyaç ve kullanma zamanının önemi tayin edeceğini, su miktarının az veya çok olması durumunun ise korumanın kapsamının sınırlanması açısından değer taşıdığını ileri sürmektedirler (27). Yargıtayda muhtelif kararlarında ihtiyaç unsurunu gözönüne almıştır (28). Bu çeşitli düşüncelerin ışığı altında önemli olma kavramını, her olaydaki ihtiyaç oran ve yoğunluğuna, suyun miktarı ve kaynağın verimliliğine ve diğer özel şartlara göre takdir ve tayin etmek gerekir. Ancak, bu önemin tayini mümkün olmazsa kıdemli hak sahibi, kıdemsize üstün tutulacaktır (29).

b) **Kullanma amacıyla su tutulmuş olmalıdır**

MK. 680 inci madde «... veya intifa maksadıyle suyu biriktirilmekte olan kaynakları ...» korunmadan yararlandırılmıştır. «Veya» sözcüğünün varlığı (a) bendindeki durumla, bu incelenen durumun alternatif şart meydana getirdiklerini gösteriyor. Yani (a) ve (b) bendindeki koşulların birlikte bulunmaları gerekmemektedir. Bu şarttaki kasıt değerlen-

---

(25) KARAHASAN, a. g. e., s : 481.
(26) BELGESAY, a. g. e., s : 165.
(27) YAZMAN, a. g. e., s : 111 - 112.
(28) YARGITAY, 4. HD. 19/8/1951, 8243/3750; 5. HD. 30/11/1950, 4270. Karahasan, a. g. e., s : 481 e bak.
(29) KARAHASAN, a. g. e., s : 481; SAYMAN - ELBİR, a. g. e., s : 364.

614

dirme amacı ile kaynağın tutulmasıdır. Tutma için yapılan veya yapılacak olan tesisatın nasıl olacağının önemi yoktur.

c) Suyun kesilmesi, eksilmesi veya kirletilmesi gerekir

Suyun kesilmesi, kaynağın hiç su vermeyecek hale getirilmiş olması; suyun eksilmesi, kaynağın suyunun azalması veya yararlanılamıyacak bir orana düşmesidir. Kirletilme ise suyun niteliğini değiştirecek yabancı maddelerin karıştırılmasıdır.

d) Zarar veren eylem ve eylem sahibi olmalıdır

MK. md. 680 Hafriyat inşaat ve ameliyat terimlerini kullanarak eylemlerin neler olduğunu saymıştır. Bu eylemler sadece kirlenmeyi doğuracak eylemler olarak tesbit olunmuş, maddeye göre kesilme ve eksilmeyi bu eylemlerle sınırlandırmak mümkün değildir. Bu eylem belirten terimler arasında kanun (ve) bağını kullanmış ve buna göre sayılan eylemlerin hepsinin bir arada bulunması gerekir gibi bir düşünce doğurmuş ise de bu eylemlerden biri tek başına kirletmeyi doğuruyorsa bu korunma hükümleri uygulanır. Buna göre terimler arasındaki (ve) bağlacını (veya) olarak kabul etmek gerekir. Esasen çok geniş anlamlı bu terimlerin kesilme ve eksilme içinde geçerli olduğu tabiidir.

Fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı (illiyet rabıtası) her olaya göre değişebilecek ve tayini teknik bir iş hidrolojik bir konu olup bunun her olaya göre tayin ve tesbit ettirilmesi gerekmektedir.

2 — Korunmanın Hükümleri

Madde de «..... zarar iras eden kimse tazminat itasıyle mahkûm edilebilir» denilerek korunmanın hükmünün ne olduğu saptanmıştır. Ancak buna ilâveten malikin genel hakkı olan zararın ve müdahalenin giderimlesini istemek hakkını kaynak malikine de tanımak gerekir (30).

a) Tazminat : Tazminat isteme hakkı, kaynak malikine, irtifak hakkı sahibine ve kaynak hakkı sahibine tanınmıştır. Buna göre ayni hak sahipleri tazminat isteyebilirler. Kişisel hak sahipleri kiracı, hasılat kiracısı tazminat isteyebilecekmidir? Bazı müellifler kişisel hak sahiplerinin de tazminat isteyebileceğini (31), bazı müelliflerde isteyemiyece-

(30) KARAHASAN, a. g. e., s : 483; İMRE, a. g. e., s : 92.
(31) KARAHASAN, a. g. e., s : 482. SAYMEû - ELBİR, a. g. e., s : 366. İMRE, a. g. e., s : 87

ğini savunmuşlardır (32). Kanımızca kaynak üzerinde ayni hakkı olan lar tazminat isteyebilmelidirler. Zira, kişisel hak sahipleri uğradıkları zararları başka bir yoldan giderme imkanlarına sahiptirler. Örneğin, kiracı uğradığı zararı kira ücretinden mahsup ederek zararını giderebilir. Diğer yandan kirletme ve kesilme devamlı olarak ayni hak sahibinin zararına devam edecektir.

Dâvalı zarar veren eylem sahibidir. Bu komşu mülk maliki olabildiği gibi o mülk üzerinde kişisel hakları olan kiracı gibi şahıslarda olabilir (33). Bunun yanında komşu mülkte inşaat ameliyat ve hafriyat yapan müteahhide sorumluluk yüklenemez, çünkü o kişi malikin emri üzerine işlem yapan kişidir (34). Zarar verenin kastı ve ihmalinin yokluğu veya zarar görenin müterafık kusurunun varlığı halinde Hâkim tazminata hükmetmiyeceği gibi tazminat miktarını da indirebilir.

Tazminat miktarı uğranılan zarara eşit olacaktır. Buna göre zararın hesabında ise önemli derecede kullanma, ilerideki ihtiyaçlar gözönüne alınmadan suyun miktarı, kullanma amacıyle suyun tutulmuş olduğu hallerde tutma tesusatının en yüksek kapasitesini sınır olarak kabul etmek ve ona göre hesaplamak gerekir (35).

b) Zarar ve müdahalenin önlenmesi

Kaynağın kesilme, eksilme veya kirletilme ihtimali belirdiği zaman malik veya kaynak üzerindeki ayni hak sahibi, zarar doğuracak eylemin durdurulmasını isteyebilir. Eğer zarar doğmuşsa bu talebini tazminat talebi ile birlikte isteyebilir.

C — MK. md. 681'e GÖRE KORUNMA (Eski hale getirme)

MK. 681 inci maddesi kaynak malikinin veya kaynak üzerindeki hak sahibinin eski hale getirme isteminin koşullarını açıklamış ve kurallaştırmıştır. Esasında tazminat istemi için öngörülen koşullar eski halin iadesi istemi içinde geçerlidir. Ancak, bunlara ek özel şart ve koşullarda eski hale getirme için aranmıştır.

---

(32) YAZMAN, a.g.e., s : 117 de 185 no.lu dipnot.

(33) SAYMEN - ELBİR, a.g.e., s : 366. KARAHASAN, a.g.e., s : 482.

(34) KARAHASAN, a.g.e., s : 482.

(35) YAZMAN, a.g.e., s : 120.

616

1 — Zorunlu Derecede Gereklilik

M.K. md. 681 «.....lâzım olan kaynaklar...» ifadesini kullanmıştır. Doktrinde bu lâzım sözcüğü yerine - zorunlu derecede gerekli - elzem - zaruri - pek gerekli - sözcükleri kullanılmıştır. Zorunlu derecede gereklilik kanunun genel esaslarına en çok uygun olan kavram olmaktadır. Bu zorunlu derecede gerekliliği anyı maddede bahsedilen taşınmazın işletilmesi, oturulması veya su tedariki kavramları ile birlikte düşünmek ve ona dayandırmak gerekir.

2 — Kesilme ve Kirletilme

Kaynağın kesilmesi veya kirletilmesi halinde eski halin iadesi istenebilecektir. Kesilme ve kirletilme hakkında 680 inci maddenin incelenmesi sırasında bilgi verilmişti. Burada eksilme (kısmi kesilme) halinde eski halin iadesinin istenip istenemiyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönde doktrinde bir anlaşma yoktur. Bir kısım müellifler eski halin iadesi esasında fail için ağır bir yük olup kısmi kesilme halinde bunun istenmesi hakseverlikle bağdaşmaz demektedirler (36). Bir kısım müellifler ve bu arada Federal Mahkeme ve Yargıtay, eksilmede tazminat isteme hakkı tanınmış olupta, imkan olduğu zaman eski halin iadesinin istenememesi nedeni yoktur, esasında bu durum hakseverlik ilkesinin bir sonucudur ve diğer koşulların varlığı halinde eksilmede de eski halin iadesinin istenmesi gerekmektedir demektedirler (37). Kanımıza göre ikinci görüş yerindedir.

3 — Eski Halin İadesi Mümkün Olmalıdır

MK. md. «..... mümkün olduğu kadar» diyerek, mümkün olmazsa eski halin iadesinin istenemiyeciğinin ve bunun zaten madden imkan olmadığının tekrarını ortaya getirmiştir. Eski halin iadesi mümkün olmazsa o zaman md. 680 de ki korunma hükümlerini uygulamak gerekir. Eski halin iadesinin mümkün olup olmadığının tesbiti işlemi teknik bir [illegible]tir. Ancak, teknik açıdan mümkün olma yanında, eski halin iadesi için yapılacak masraf ile bundan sağlanacak yarar arasında açın bir oransızlık varsa bu zaman bir iktisadi imkansızlık ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı teknik ve iktisadi açıdan mümkün olup olmıyacağının tesbiti gerekmektedir.

---

(36) İMRE, a.g.e., s : 96; (Leeman, 706/707, NO : 39; Blass, 91. Yazman, a.g.e. s : 129, 239 nolu dipnot)

(37) YAZMAN, a.g.e., s : 129 - 130.

617

V — SONUÇ

Suyun, giriş bölümünde belirttiğimiz önemi onun sosyal, ekonomik hayatın vazgeçilmez unsuru olması, toplum yararına işleyecek şekilde kurallaştırılmasını zorunlu kılmıştır. Bu zorunluluk onu kamu hukuku alanında düzenlenmesi sonucunu doğurmaktadır ve bu gereklidir de. Ancak, kaynakların halen mutlak mülkiyet ve bireyci anlayışa dayalı eski Roma Hukukundan esinlenen Medeni Kanunda hüküm ve kurallara uygun düzenlenmesine devam, toplumun yararına sunmayı engellemektedir.

Hidrolojik bakımdan su varlığının bir bütün teşkil etmesi, hukuksal düzenlemelerinde bir bütün teşkil etmesi ve benzer kurallara tabi tutulması zorunluğunu yaratmıştır. Medenî Kanunun da değişikliklerinin sözkonusu olduğu bugünlerde açıklanan prensiplere uygun ve uygulamada açıklık getirmiyen kuralların yerine yeni kuralların getirilmesi bir ihtiyaç durumuna girmiştir.

Bu yolda en uygun yol, teknik, ekonomik, sosyal, hidrolojik ve hukuksal nedenler gözönüne alınarak bütün su varlıklarının tek bir kurallar manzumesi içinde, su çeşitleri arasında ahengi bozmayacak ve çeşitliliğin zorunlu kıldığı özel hükümleri de kapsayacak tek bir sular yasasının çıkarılması ve getirilmesidir.

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARI

Zürih Şerhi Serisi	Fiyatı
Egger : (Çev : V. Çernis) Vesayet, 1952, Cilt : 1, Mad : 346 - 381	4.50
Egger : (Çev : V. Çernis) Vesayet, 1955, Cilt : 2, Mad : 382 - 438	4.50
Oser - Schönenberger (Çev : Prof. Dr. İ. Sungurbey) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1964, Mad : 492 - 529	15.00
Oser - Schönenberger : (Çev : Prof. Dr. Fikret Arık) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1966, Birinci Fasikül; Madde : 184 - 215	5.00
Bern Şerhi Serisi	
Becker : (Çev : Dr. Bülent Olcay) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül I : Madde 1 - 36. Ankara 1967	7.50
Becker : (Çev. Dr. Kemal Reisoğlu) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül II : Madde 37 - 63 Ankara 1968	7.50
Becker : (Çev. Dr. Osman Tolun) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül III : Madde 64 - 103 Ankara 1969	7.50
Yargıtay Kararları	
İçtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk Kısmı, 1930 - 1947	6.00
» » » » » 1955	75
» » » » » 1956	50
» » » Ceza Kısmı 1952	10
» » » » » 1953	25
» » » » » 1954	25
» » » » » 1955	25
» » » » » 1956	25
» » » » » 1957	25
Yargıtay Kararları 1941 - 1942 Ceza Kısmı	3.00
» » 1944 » »	3.00
» » 1945 » »	3.00
» » 1946 » »	2.50
» » 1948 » »	3.00
» » 1949 » »	2.00
» » 1950 » »	2.00
» » 1951 » »	3.00
» » 1952 » »	3.00
» » 1953 » »	3.00
» » 1954 » »	2.50
» » 1955 » »	2.50
» » 1959 » »	1.00
» » 1941 - 1942 Hukuk Kısmı	3.00
» » 1944 » »	3.00
» » 1945 » »	3.00
» » 1946 » »	2.50
» » 1948 » »	3.00
» » 1949 » »	2.00
» » 1951 » »	3.00
» » 1952 » »	3.00
» » 1953 » »	1.00
» » 1954 » »	3.00
» » 1955 » »	3.00
» » 1959 » »	4.00
Diğer Yayınlar	
Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı	30.00
» » » » » (Albüm)	60.00

619

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. Karafakıh) Aynî Haklar, İkinci baskı, 1949, Cilt : 2	7.50
Wahl : (Çev : K. Berker) Deniz Ticareti Hukuku, nazarî ve amelî, 1948	3.00
Bustamente Sirven : Hukuku Hususiyei Düvel Kanunu Projesi, 1930	50
Vehbi Yekebaş : Suç ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirâk, 1952	1.50
Dr. Recai Seçkin : 1964 - 1965 Adalet Yılını 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 tevhid birinci beynelmilel konferansı. Varşova, 1 - 6 İkinciteşrin 1927. Konferans vesikaları. Çeviren : Mustafa Nuri Devres	8.00
Ceza Hukukunu tevhit üçüncü beynelmilel konferansı. Bürksel, 26 Haziran 1930 Konferans vesikaları, Çeviren : Mustafa Nuri Devres.	3.00
Ceza Hukukunu tevhit beşinci beynelmilel konferansı. Madrit, 14 - 20 Birinciteşrin 1934, Konferans vesikaları, Çeviren : Mustafa Nuri Devres	3.00

Adalet Dergisi

1937	Yılı	(1 - 7 sayılar kalmamıştır)	Sayısı	30
1938	»		»	30
1939	»	(9, 10, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır)	»	30
1940	»		»	30
1941	»		»	30
1942	»	(1, 3, 12)	»	30
1943	»	(7)	»	30
1944	»	(1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır	»	30
1945	»	(1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12. sayılar kalmamıştır)	»	30
1946	»	(2, 3, 12. sayılar kalmamıştır)	»	30
1947	»		»	30
1948	»		»	30
1949	»		»	1.00
1950	»	9, 12	»	1.00
1951	»	(1, 2, 3, 5, 9, 12. sayılar kalmamıştır)	»	1.90
1952	»	(1, 2, 3, 4. sayılar kalmamıştır)	»	1.00
1953	»		»	1.00
1954	»		»	1.00
1955	»		»	1.00
1956	»		»	1.00
1957	»		»	1.50
1958	»		»	1.00
1959		(üç ayda bir olarak 4 sayı çıkmıştır 1, 2, 4 üncü sayı kalmamıştır)	»	4.50
1961	»	(9 - 10 sayılar kalmamıştır)	»	2.50
1962	»	(3 - 12. sayılar kalmamıştır)	»	2.50
1964	»	(1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8. sayılar kalmamıştır)	»	2.50
1965	»	(1, 5 - 6, 10 - 12. sayılar kalmamıştır)	»	2.50
1966	»	(5 - 6 12. sayılar kalmamıştır, 1 ve 2. sayılar 250 kuruştur)	»	
1967	»	(1 - 10 12. sayılar kalmamıştır)	»	2.00
1968	»	(3 - 4. sayılar kalmamıştır)	»	2.00
1969	»		»	2.00
1970	»		»	2.00

Resmi Kararlar Dergisi

1966	Yılı	(İlk sayısı mart ayında yayınlanmıştır 11, 12)	Sayısı :	1.50
1968	»	1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır	»	1.50
1969	»	1, 2, 3, 5, 6, 10 sayılar kalmamıştır		1.50
1970	»		»	1.50

Ankara Yarıaçık Cezaevi Matbaası