ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIGINCA
AYDA BIR YAYINLANMAKTADIR

Yıl : 63 Haziran - Temmuz 1972 Sayı : 6 - 7

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 »

438

15 Temmuz 1372

Devlet Kütüphanesi

ADALET DERGİSİ

Yıl : 63 Haziran - Temmuz 1972 Sayı : 6-7

İÇİNDEKİLER

İncelemeler: Sayfa

BİERKİ ALİ Himmet : 28/6/1966 Tarih ve 766 Sayılı Tapulama Kanunu'nun 33. üncü maddesinde yazılı vesikaların mahiyeti ve vüsuku 419

KIYAK Fahrettin : Birinci Türk Hukuk Kongresi ve Hukuk Adalet Reformu 427

EDİS T. Refik : Gıda Maddelerinin Türk Ceza Kanununa Göre Suç olarak Nitelenen Şekilleri 434

ÖZBEK Prof. Dr. Abdulkadir : Psiko - Biyolojik Açıdan, Ceza Sistemlerinde Suçlu Çocuk ve Ergenlerin Durumu ve Bilirkişilik Sorunu 446

YÜCEL Dr. Jur. T. Mustafa : Gözetimli Erteleme Müessesesi (Probation) 459

SAĞMEN Dr. Vakur : Adlî Tıbta Yaş Tayini 469

OZANOĞLU İlhan Teoman : Ücretin Yasal Gecikme Tazminatı İle Korunması 474

HADİMİOĞLU M. Haluk : Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısı ve Gerekçesi Üzerinde Bir İnceleme 488

YAZICI A. Alpay : Gayrimenkul Satış Vadi İle İlgili Bir İnceleme 504

ÖZŞAHİN Ali Şahin : Haksız Fiilden Doğan Trafik Kazalarında Ölüm Halinde Sorumluluk 513

MOLLAMUSTAFAOĞLU M. Zeki : Dâva Takipçileri ve Vekâlet Ücreti 526

Kronik :

ERGÜL Hüseyin Cahit : Hukuk Yayınları 533

439

A D A L E T D E R G İ S İ

ADALET BAKANLIĞINCA AYDA BİR YAYINLANIR

BASIN KANUNUNA BİR MADDE EKLENMESİNE DAİR 6026 SAYILI KANUNA GÖRE İDARE EDEN :
HÜSEYİN CAHİT ERGÜL

ADALET DERGİSİNDE YAYINLANACAK TÜRK HUKUK UYGULAMASINDA YARARLI GÖRÜLEN İLMÎ İNCELEMELERİN SAYFASINA 30, TERCÜME YAZILARIN SAYFASINA 25, TENKİT, TAHLİL, KRONİK, MESLEKÎ VE DERLEME GİBİ YAZILARIN SAYFASINA 20 LİRA ÜCRET ÖDENİR.

ADALET DERGİSİNDE YAYINLANAN YAZILARDA BELİRTİLEN DÜŞÜNCELER YAZI SAHİPLERİNE AİTTİR.

BU DERGİDE YAYINLANAN YAZILAR KAYNAK GÖSTERİLSİN VEYA GÖSTERİLMESİN ADALET BAKANLIĞINDAN GEREKLİ MÜSAADE ALINMADAN BAŞKA DERGİDE YAYINLANAMAZ.

ADALET DERGİSİNİN SAYISI 2 LİRA, YILLIK ABONESİ 24 LİRADIR.

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

MİLLİ EĞİTİM BKANLIĞI YAYINEVLERİNDEDE BAKANLIĞIMIZ YAYINLARI SATIŞA ARZEDİLMİŞTİR.

440

İNCELEMELER

28/6/1966 TARİH VE 766 SAYILI TAPULAMA KANUNUNUN 33. MADDESİNDE YAZILI VESİKALARIN MAHİYET VE VÜSUKU

Ali Himmet BERKİ

Bu maddede yazılı vesikaların varlığı halinde miktarı ne olursa olsun gayri menkulün 20 senedenberi zilliyed namına tesbit olunacağı yazılıdır.

Bu vesikaların çoğu geçmişin derinliklerinde kaldığından genç ve hattâ yaşlı hukukçularca bilinmemektedir. Avukatlarımızdan bazıları, yaşlı ve senelerdenberi hukuk mevzuatı ile meşgul olmam dolayısiyle vesikaların mahiyet, hüküm ve vüsuku hakkında bir yazı yazmaklığımı istediler. Faideli olur ümidi ile bu arzuyu red etmedim.

Mütalâamı sırası ile takib edebilmek için maddenin konuya ait fıkrasını buraya geçiriyorum. Bunların yüzdönümü geçen kısmının ziliyedi adına tesbit edilebilmesi için zilyetliğin ayrıca aşağıda yazılı belge ve kayıtlardan biri ile tevsiki lâzımdır.

1) **10 yıl veya daha önceki vergi kaydı,**
2) **Ziliyed lehine kat'iyet kesbetmiş olan ilâmlar,**
3) **Tasdikli irade suretleri ve fermanlar,**
4) **Muteber mutevelli, sipahi mültezim temesük veya senedi,**
5) **Kayıtları bulunmayan tapu ve mülga Hazinei Hassa senedi veya muvakkat tasarruf ilmühaberi,**
6) **Gayri musaddak tapu yoklama kayıtları,**
7) **Mülkname, muhasebatı atika kalemi kayıtları,**
8) **Mübayaa istihkâm ve ihbar hüccetleri,**
9) **Evkaf idaresinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları,**

İşte üzerlerinde duracağımız vesikalar bunlar. Sırası ile bunları izaha çalışalım.

Evvelâ mahiyetleri :

1 — On yıl ve daha evvelki vergi kaydı :

Vergi kayıtları malûmdur. Ancak şu noktalara dikkat lâzımdır. Zilyedi iddia olunan gayrimenkulün miktarı vergideki miktara müsavi veya noksandır. Fazla ise bakılır, sınırlar sabit ise zilyetliği iddia olunan miktar, değilse vergideki miktar muteberdir.

Bir de bir gayrimenkul hakkında evvel ve sonra tarihli mükerrer vergi kayıtları olabilir. Kanun koyucu, bir yere ait iki vergi kaydı olamıyacağından veya nadir olduğundan bu ihtimale temas etmemiştir.

2 — **İlâmlar** : Burada ilâmdan maksad, zilyed lehine şer'i veya adli bir mahkemeden bir dâva sonunda herhangi münazaalı gayrimenkule dair zilyed veya murisi lehine verilip kesinleşen ilâmdır. Şer'i mahkemelerden sadır olan ilâmlar, mülga dairei meşihatda müteşekkil fetvahanei âlî ve meclis tetkikatı şer'iyeden tasdik edilmek suretiyle adliye mahkemelerinden çıkan ilâmlar temyiz mahkemesinde tasdik olunmak veya temyiz süresi içinde temyiz edilmemekle kesinleşir. Şeer'iye mahkemelerinden verilen ilâmlar müddet geçmekle kesinleşmez. Şer'i hükümlere muvafık ise mülga Mecellenin 1821. maddesinde de beyan olunduğu üzere kat'ileşmiş ilâm gibi muteber olur. (1) Bir men'i müdahale veya muaraza dâvası sonunda zilliyed veya murusi lehine sadır olan ilâmlar gibi. Kezalık - bir münazaa esnasında sulh olarak zilyed veya murisine verilen ve tescil olunan sulh ilâmları da ayni hükümdedir.

3 — Tasdikli idare suretleri ve fermanlar : Padişahlar tarafından sadır olan iradeler bazen bir fermanla ve bazen ferman şeklinde olmayıp mabeyni hümayundan (Saraydan) sadaret, malive, vakıf ve defterhane gibi nezaret ve dairelere ve buralardan alâkalı şahıs ve memurlara tebliğ olunurdu. Beyana hacet yoktur ki, burada sözü geçen irade ve fermanlar zilyedliği iddia olunan gayrimenkule ait irade ve fermanlardır. Arazii emirriyeden bir mahallin tapu misli ile zilyet veya murisine tefvizi hakkında musaddak bir irade veya devlet ve millete pekbüyük hizmetde bulunan bir zata bir arazinin tasarruf hakkının tefvizine dair fermanlar bu kabildendir.

4 — Muteber mütevelli, sipahi, mültezim temessük ve senedi : Mülga arazi kanunun 3. maddesinde de beyan olunduğu üzere tanzimattan sonra yani hicri 1255 tarihinden sonra mültezim muhasıllar 1263 tari-

(1) Netekim sicillerinde kayıtlı olan şeriye ilâmları temyiz mahkemesince muteber sayılmaktadır.

462

hine kadar erbabı timar ve zeamete - teşrik olunmuş ve bu tarihten sonra arazi memurluğu müstakilen mültezim ve muhasıllar tarafından ifa olunmuş ve araziye müteallik ferağ ve intikal ve tefvizi bunların izin ve muvafakatleri ile icra ve mutasarrıflarına, imza ve mühürleri ile sened verilirdi. (2) Tanzimatdan evvel araziye müteallik muamelât sipahiler tarafından ifa olunmakta idi. Mültezim ve muhasılların yetkisi 1274 tarihinde nihayete erdikten sonra 1275 tarihli tapu nizamnamesinin (3) 1. maddesinde beyan olunduğu üzere tapu memuru ve kâtipleri tayin kılınıncaya kadar taşralarda arazii emiriyenin tefviz ve ihalesine malmemurları yani defterdar ve malmüdürleri ve kaza müdürleri mezun kılınmış ve bunlar sahibi arz hükmünde bulunmuştur. Nihayet 1291 tarihinde her tarafa defterhanei hakani memurları ve tapu kâtipleri tayin olunmuş ve mütevellilerin vakıf gayrimenkullerdeki selâhiyeti sona ererek tapu memurları bunların yerine geçmiştir. (4)

Maddede sevk olunan muteber kaydından da anlaşıldığı üzere mütevelli, sipahi ve mültezimlerin verdikleri temessük ve senetler yetkileri hitama erdikten sonra verilmiş veya bu temessük ve senetler o tarihte mer'i kanunlara muhalif bulunmuş ise tesbite esas olmaz.

Mütevelli senetlerinde ferağ edilen veya intikal eden vakıf gayrimenkullerin mahal, mevki, cins, ve nev'i ve muhassasat ve mutasarrifları beyan olunarak mütevelli ve evkaf memurları tarafından imza ve mühürlenmiştir. Vakıflar arşivinde bu senetlere ait örnekler vardır.

Görebildiğimiz vesikalara nazaran sipahi senet ve temessükleri hayli karışıktır. Bunlarda da mahal, mevki, cins ve nev'i gösterilmekle beraber bir şahsın bir yerde tasarrufu ferağ veya intikal veya bir iradeye ve kadim bir kayda dayanmaktadır. Bu hususda muhasebatı atika kalem kaydından bahsederken izahat verilecektir.

5 — Kayıtları bulunmayan tapu ve mülga hazinei hassa senet veya muvakkat tasarruf ilmühaberleri (5) : Bu fıkra gereğince kayıtları bu-

---

(2) Birinci tertip düstur, cilt 1, Sahife 200

(3) Temmuz 1291 tarihine kadar arazii mevkufenin ferâğ ve intikali mütevellilerin izin ve muvafakatleri ile icra olunurdu.

(4) Mültezim bir kasaba ve köyün a'şar ve rüsûmatını deruhde edip, buna mukabil Hazineye maktuan para veren ve muhassıl bir kaza veya sancak veya Vilâyetin emvali emriyesini tahsil ve memleketin zaptı raptına memur olan kimsedir. Mültezim memur değildir; fakat mukassî memurdur.

(5) Hazinei hassa, saltanat makamının gelir ve giderleri ile alacaklı teşkilâtınki sonradan maliye hazinesine devrolunmuştur. Zeki Pakalının (Osmanlı deyim ve terimleri) isimli eserinde bu teşkilâta ait tafsilat vardır. Okunmasını tavsiye ederim.

443

lunmayan tapu ve hazinei hassa senetlerinde de 33. madde hükmü uygulanır. yani zilyed böyle bir tapu ve senede istinad ediyorsa, elinde bulunan yer adına tesbit olunur. Ancak bu tapu ve senette tahrif ve tasnî şaibesi ve şüphesi olmamalıdır. Böyle şüphe ile muallel olan tapu ve senet tesbite esas olamaz.

Muvakkat tasarruf ilmühaberlerine gelince, sekiz cemaziülevvel 1275 tarihli tapu nizamnamesinin (1) 21. maddesinde beyan olunduğu üzere miri arazinin ferağ ve intikal ve ihalesinde harcı ferağ ve intikal ve ihalede peşin alınması lazımgelen bedel alındıktan sonra senetleri defterhanei amireden gelmesine intizaren o arazi yeni mutasarrıfı tarafından ziraat ve tasarruf olunmak ve senedi gelinceye kadar muteber bulunmak üzere eline meclis mührü ile mühürlenmiş bir ilmühaber verilmesi usûl iddihaz olunmuştu. İşte muvakkat tasarruf ilmühaberleri bunlardır. Yedi şevvâl 1276 tarihli tapu senetleri talimatnamesinde bu hususta tafsilât vardır (2).

6 — Gayri musaddak tapu yoklama kayıtları : Hicri 1288 tarihinden itibaren çeşitli tarihlerde arazi ve emlâk hakkında yoklamalar yapılmıştı. Bu yoklamalardan sonra tanzim kılınan defterler meclisi idarelerce tasdik edilmek emir iktizası idi. Meclis idarelerce tasdik olunan yoklamalara musaddak yoklama, olunmayanlara da gayrimusaddak yoklama denir. Gayrimusaddak yoklama kaydına itibar edilmeyip senetsiz tasarruf muamelesine tabi tutulurdu.

7 — Mülkname ve muhasebatı atika kalem kaydı :

Mülkname padişahlar tarafından verilen temliknamelerdir ki, muhtevaları itibariyle bunlar iki nev'e ayrılır, birincisi bir arazinin âşarı ferağ ve intikal harcı gibi menafii emirriyesinin (devlet menfaati) temlikine ve ikinci nev'i, bir kıt'a arazinin mülkiyetinin veya tasarruf hakkının temlikine dairdi.

Benim gördüğüm mülknameler hep birinci nev'idendir. Hazinenin müzayakası gibi müsevvigatı şer'iyeden biri ile bedel mukabilinde satılan yerin mülkiyetinin ve devlet ve cemiyete olağan üstü hizmetinden dolayı bir zata mükâfaat olarak bazı arazinin rakabe veya tasarruf hakkının temlik olunduğu da vardır. Yukarıdaki mülknameden maksat ikinci nev'i mülknamedir. Çünkü birinci nev'i mülknamenin mülkiyet ve tasarruf hakkı ile alakâsı yoktur.

---

(1) **Birinci tertip düstur cilt 1, sahife 200.**
(2) **Birinci tertip düstur cilt 1, sahife 208.**

444

Mülknameler hakkında daha fazla malûmat için Adalet dergisinin nisan 1971 tarihli dördüncü sayısında neşreddiğimiz (padişahlar tarafından verilen mülknamelerin mahiyet ve hükümleri) isimli yazımıza bakınız. Muhasebatı atika kalem kaydı, mülga defterhane senedatı umumiye müdürü merhum H. Selahattin bey (Muamelâtı tasarrufiye rehberi) adlı eserinde bu hususda hûlasaten şu bilgiyi vermektedir : (Sipahi ve mültezim ve muhassiller tarafından verilmiş olan tapu kayıtları mülga maliiye hazinesi muhasebatı atika kaleminde mahfuz olup ancak sipahi senedlerinin kısmi küllisi muhasebatı atika kaleminde kayıtlı olmadığı cihetle emanet dairesinde kuyudu hakani kaleminde bulunan ruznamece defterinde sipahilerin isimleriyle vazife gördükleri tarihler kayıtlı olmakla senedlerinin mevsukiyeti için buraya müracaat olunur. Sipahi, mültezim ve muhassillerin senedlerinin kayıtları bulunmadığı takdirde senedsiz tasarrufa kıyasen muamele olunur). Selahaddin beyin verdiği bilgi bu kadar. Ancak bu kadar bilgi sipahi, mültezim ve muhassillerin senedlerinin nevini anlamak için yeterli değildir. Bu husus da biraz sonra izahat verilecektir.

8 — **Mübayaa, istihkâm ve itibar hüccedleri** : mübayaa, satmak ve almak demekdir. Menkul ve gayrımenkul mallarda mubayaa hücceti verilebilir. Buradaki mübayaadan maksat gayrimenkule dair mahkemei şeriyeden verilen hüccet demektir. Meselâ, A ve B: şeriye mahkemesine müracaatla A.. mahalde .. mevkıde .. hududlarla mahdut malik olduğum arsayı hazır bilmeclis B: ye .. bedel mukabilinde sattım der ve B de kabul ediyorum derse vaki talep üzerine ledelicab ihticaç olunmak üzere hücced yazılıp tescil olunur; B hazır olmaksızın A bu yeri B ye .. semen mukabilinde sattım benim bu yerde alakâm kalmamış B nin mülkü olmuşdur der ve bir hüccet yazılmasını isterse bu ikrarı da yazılarak tescil olunur. Bu da mübayaa hücceti hükmündedir; yani B adına tesbite esas olur.

Mübayaa hüccedi ancak mülk gayrımenkullere verilir. Çünki miri arazi satılamayıp ferağ olunur. ferağ, arazi memurunun izniyle olur. Mahkeme arazi memurunun izni olmadıkça arazinin ferağı hakkında hüccet veremez.

443

İstihkâm hücceti : Haricen yapılan bir muteber yer akdi, tevsik ve takviye için şeriye hâkiminden alınan hücceddir. Daha ziyade bu tabir icareteynli vakıfların ferağında kullanılır. Meselâ, bir kimse icareteynle tasarrufunda olan bir akarı mütevellinin izniyle bir şahsa ferağ edip sonra huzuru hâkime gelerek (Şeri hâkim) ben o akarı mütevellinin izniyle filâna sahih ferağ ile ferağ ettim diye ikrar eder ve hâkim de bu ikrarı tevsık ve takviye için kendisine ferağ edilen kimseye hüccet verirse bu hüccete istihkâm hücceti denir. Farig bundan sonra cayıp benim ferağım şu sebeble sahih değildi diye dâva etse dinlenmez. Böyle bir hüccet alan için bu hüccet tesbite esas olur. (1)

İhbar Hücceti : Müşterinin talebi üzerine haricen yapılan muteber bir akdin dinlenecek kimselerin şahadet suretiyle vâki ihbarları ile tevsiki için verilen hüccetdir. Meselâ, bir kimse şer'i hâkime müracaat ile.. mahalde .. mevkide .. sınırlarla mahdut ve kâin bütün müştemilâtı ile sahibi filândan, ödediğim., kuruş mukabilinde satın aldım ve tesellüm ettim. Bu cihetle mülküm olmakla yedimde tarafı şer'iden hüccet ve senedim olmamakla hakikat halin bilirkişilerden tahkiki ile bir hüccet verilmesini talep ederim der ve bu beyanı iki kimsenin şahadet yolu ile vâki ihbarları ile sabit olursa müşteri eline hakikat hali mübeyyin bir hüccet verilir ve bu hüccete ihbar hücceti denir.

Meseleye dâir neşrolunan eserlerde bu hüccetlere ait bir hayli nümuneler vardır. verdiğimiz misallerden bunların mahiyetleri anlaşılacağından bu örnekleri buraya geçirmeye lüzum görmüyorum.

Buraya kadar zikri geçen maddede yazılı vesikaların mahiyetini izaha çalıştım. Şimdi bunların sıhhat ve vüsuku hakkında ne gibi tahkikata lüzum olduğunu arz edeceğim.

Yine vergi kaydından başlayalım :

Bu kayıtlara itiraz olunur, veya herhangi bir sebeple mahiyet ve tarihinden şüpheyi gerektirir bir hâl görülürse vergi dairesinden keyfiyet sorulur ve icabı halinde bu kayda esas olan vesika tetkik edilir.

İlâmlara gelince : Mahkemesi itibariyle ilâmlar iki çeşide ayrılır. Şer'i ilâmlar, adli ilâmlar. Şer'i ilâmlar, mülga şer'iye mahkemelerinden ve adli ilâmlar tanzimattan sonra teşkil olunan adliye mahkemelerinden verilen ilâmlardır.

Şer'i ilâmlar müddei ve müddei aleyhin iddia ve müdafaaları ve muhakeme sonunda verilen hüküm ve sebebi zapta yazılıp imza olun-

(1) Vaktiyle bu gibi ferağlar haricen ve mütevelli izniyle yapılabilirdi.

duktan sonra lüzumsuz, hükme müessir olmayan ifadeler zabıtnamede bırakılarak muntazam bir tarzda tanzim olunarak sicile kaydolunur. Ve altı hâkim tarafından mühürlendikten sonra bir sureti, lehine hüküm verilene ve bir sureti de aleyhine hükmedilene verilir. Ve siciller özel bir itina ile emin bir yerde muhafaza edilir. Şer'iye mahkemeleri kaldırıldıktan sonra bu mahkemeler sicilleri muhtelif yerlere konulmuştur. İstanbul ve diğer vilâyet, sancak ve kaza şer'iye mahkemelerinin sicillerinin nerelerde olduğunu birkaç ay evvel adalet dergisinde (Arşivler) başlıklı yazıda yazdım. Adlî ilâmlar Tarafların iddia ve müdafaaları ve muhakeme safahatı ve hüküm zapta geçirildikten sonra bir sureti taraflara tebliğ olunur ve dosyası da evrak mahzeninde hıfzolunur. Şer'iye ve adliye mahkemelerinden verilen ilâmların nerelerde olduğunu mukaddime olarak beyandan sonra tesbite medar olacak ilâmlar ile diğer vesikaların sıhhat ve vüsukunun ne suretle tahkik olunacağı meselelerini tetkik edelim :

İlâmlar hangi mahkemeden verilmiş ise o mahkemenin sicillerinin veya dosyasının bulunduğu yerden bunların sicil veya dosyada kaydı olup olmadığı sorulur. Mahkeme, sicil ve dosyası bulunmazsa ilâmı mühürlü yerek imza eden hâkimin ilâm tarihinde o yerde hâkim olup olmadığını fetvahane ve alakâlı merciden tahkik olunur.

Tasdikli ırade, hangi makamdan tasdikli ise, oradan ve gayrimenkülün tasarrufu ile alâkası olmak itibariyle Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğünden ve fermanlar Baş vekâlet arşivinden ve Tapu Kadastro Umum Müdürlüğünden ve mütevelli senetleri vakıflar umum müdürlüğünden ve sipahi ve mültezim senet ve temessükleri muhasebatı atika kalem kayıtları nereye devrolmuş ise o daireden ve sipahi ve mültezimlerin isimleri ile vazife gördükleri yer kuyudu hakanide bulunan ruznamçelerden tahkik olunur.

Mülkname Başvekâlet arşivinde olabileceği gibi tapu ve kadastro ve vakıflar umum müdürlüklerinde de olabilir.

Mübayâa ve istihkâm ve ihbar hüccetleri hangi şer'iye mahkemesinden verilmiş ve o mahkemenin sicilleri nerede saklanmakta ise oradan ve herhangi bir sebeple bu siciller kaybolmuş ise bu hüccetlerde mührü bulunan kimse hüccet tarihinde o mahkemede hâkim olup olmadığı İstanbul Fetfahanesinden sorulur; (1) bu hüccetlerin vusuku hakkında ka-

(1) **Şer'i hâkimler o vilâyet veya sancak veya kaza şer'iye hâkimliğine tâyin olundukları zaman kullanacakları mühürler fetvahanei âlîde defteri mahsusa bastırılır tetkik için ilâm ve hüccetleri fetvahaneye geldiğinde bu ilâm ve hüccetdeki mühür defterdeki mühre uygun olup olmadığına bakılır. Uyuyorsa tetkik olunan ilâm veya hüccetin icabı yazılırken mührün mutabık olduğu kayıt olunurdu.**

442

naat hasil olup olmadığına göre muamele ve hükmolunur. Maddede hibe hüccetleri ile muhassılların senet ve temessükleri yazılmamıştır. Ya unutulmuş veya tatbikatta tesadüf edilmediğinden süküt olunmuştur.

Buraya kadar 33. maddede yazılı vesikaları tetebbu edebildiğim kadar belirtmeye çalıştım. Hâkimlerimize ve avukatlarımıza ve tapu memurlarımıza faideli olursa maksat hâsil olmuş demektir.

448

1. TÜRK HUKUK KONGRESİ HUKUK VE ADALET REFORMU

Yazan : Fahrettin KIYAK
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Geçtiğimiz Nisan ayının 23 - 25. günleri, başkent Ankara'da müstesna bir hukuk kongresi toplandı. Türkiye Barolar Birliğinin yerinde bir kararı ve birlik başkanının olumlu teşebbüsü ve çalışmaları ile gerçekleşen bu kongre, Türk Hukuk ve Adalet hayatında önemli bir aşama olmuştur.

Türkiyemizin bir çok seçkin hukukçusunu "Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay başkan ve üyelerini, Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarını, Hukuk Fakültelerimizin öğretim üyelerini ve bir kısım Baroların başkanları ile avukatları» bir araya getiren ve aynı amaçla birlikte çalışmaları olanağını sağlayan bu Birinci Türk Hukuk Kongresi, başarılı mesaisi ile, hukuk ve adalet reformu alanında atılacak adımlara yardımcı olacak kararlara varmıştır.

Kongrenin Genel Kurul ve Komisyonlar olarak çalışmalarını kapsayan dönemi, üç gün gibi kısa sürmesine rağmen, sayın delegelerin candan ve gönülden çalışmaları olumlu sonucun alınmasında etken oldu.

Kongrenin amacını «Türk Hukukunun eleştirisini yapmak, en çabuk ve en gerçek adaletin sağlanması için kanunlarımızdaki boşlukları, çelişen hükümleri saptamak, bunların ne yolda düzeltilmesi gerektiğine ışık tutmak ve Türk Adalet Örgütünün ideal düzeye ulaştırılması konusundaki nedenleri yansıtmak» biçiminde özetlemek mümkündür.

Gerçekten Türk Hukuk ve Adalet reformunun yapılabilmesi için, tüm hukukumuzun ve Adalet örgütümüzün ele alınması gerekmektedir. Yasalarımızın toplumumuza uymayan yönleri, birbiriyle çelişen hükümleri, uygulamalarda görülen aksaklıkları ve boşlukları dile getirilme-

li (1), ayrıca, yasaları uygulayan Adalet Organları ile Adalete Yardımcı Organların sorunları üzerinde de gereken önemle durulmalıdır. Bu amaçlarla Kongreye 70 kadar tebliğ verilmişti. Bunların her birinde yer alan konuların tümünü inceleyip tartışmanın, bir sonuca ve karara bağlamanın, üç günlük bir çalışma süresi içinde elbette olanağı yoktu. Kongrede verilen kararlar, dilek ve uyarı niteliğinde olup bir bildiri ile kamu oyuna sunulmuştur. Bunlar, yasalarımızdaki çelişen noktaların ve boşlukların ancak bir kısmıdır ve onların özetleridir. Kongrece (Ana Kanunların Hazırlanması Hakkında Kanun Tasarısı) olarak da bir öneride bulunulmuştur.

Yürürlükteki yasalarımızın büyük bir kısmı çok eski doğumludur. Toplumun ana problemlerini düzenleyen yasalarımızdan 40 yaşını dolduranlar vardır. Halbuki toplum hayatı devamlı gelişmekte ve ilerlemektedir. Buna paralel olarak zaman zaman yasalarımızda değişiklikler yapılmakta ise de, bu çabalar yetersiz kalmakta, yasalarda eksik yönler ve çelişen hükümlerle yine karşılaşılmaktadır. Bunun da başlıca nedenleri :

1 — Modern çağın sosyal yapılarda getirdiği değişik hak ve yüküm anlayışları, teknik ilerlemelerin ortaya çıkardığı yeni hukukî problemler ve değişik tipte karşılaşılan olayların hukuk kurallarına bağlanmasının zorunluluğu, diğer bir deyimle (yeni tür hukuk anlaşmazlıkları, dâva konuları ve yeni suç çeşitleri) ile karşılaşılması,

2 — Toplumumuzda hukuk düzenini sağlayan geniş kapsamlı ana kanunların (Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu ... gibi) çeviri yolu ile yabancı yasalardan alınmış bulunması,

3 — Yasalarda değişikliklikler öngörüldüğü zaman, Yönetim'in ve Yasama'nın sınırlarını aşarak, uygulayıcı kurul, kurum ve uzmanların deneylere dayanan görüş ve bilgilerine yeteri ölçüde başvurulmaması,

olarak özetlenebilir.

Şu halde yasalarımızın reformsit bir açıdan eleştirilip gözden geçirilmesinde zorunluluk ve yararlar vardır. (2)

---

(1) **Bu konularda karşılaştığımız problemler bizi daha önce harekete geçirmiş ve 1953 yılında Adalet Dergisinde yayımlanan bir incelememizde, bir ölçüde konu üzerine eğilmiştik : (Ceza Hâkimi Fahrettin Kıyak - Türk Ceza Kanununun ve Ceza Yargılamaları Usulü Kanununun tâdilini lüzumlu gördüğümüz hükümleri - Adalet Dergisi, 1953, Sayı : 1.)**

(2) **Yasa dili koyu Osmanlıcanın etkisinden kurtarılarak, her kişinin anlayabileceği biçimde Türkçeleştirilmeli, Yasa sayısı da asıl yasa sayısına indirilmelidir.**

Toplantılarına ve komisyon çalışmalarına bir tebliğ ile katıldığımız 1. Türk Hukuk Kongresinde, zaman darlığı nedeniyle deyinilemiyen ya da deyinilip de detaylarına ve açıklamalarına inilemiyen bir kısım konuları, biz burada dile getirmeye çalışacak, uygulamalarda karşılaşılan zorlukları, bâzı çelişik ve adaletsiz hükümleri, yasa boşluklarını ve bunların ne yolda doldurulması ya da düzeltilmesi gerektiğini belirtmeye çaba gösterecek, Türk Hukuk ve Adaletinde yapılacak reforma katkıda bulunmak ve yardımcı olabilmek umudu ile, ilgililere ve kamu oyuna sunuşlarda bulunacağız. (3)

Plânımız, önce yasalarımızı, sonra da yargı organlarımızın sorunlarını ele almak olacaktır.

Yasalarımızı da, Özel Yasalar, Ceza Yargılamaları Usulü Kanunu ve Türk Ceza Kanunu sırasına göre eleştireceğiz :

A — ÖZEL YASALAR

Bu bölümde Basın Kanununu, Cezaların infazı hakkındaki kanunu, Karayolları Trafik kanunu ve Memurin Muhakemat Kanunu ile Çiftçi Mallarını Koruma Kanununu inceleyecegiz.

BASIN KANUNU

GİRİŞ : 15/7/1950 günlü ve 5680 sayılı Basın Kanununun, uygulamalarda haksız ve adaletsiz sonuçlar doğuran, ya da dâvanın uzun süre bitmesini engelleyen biçimdeki bir kaç hükmüne dokunacağız : I — Basın Mahkemelerinin kuruluşu ile ilgili 36. maddesi, II - Basın dâvalarının açılma süresine ilişkin 35. maddesi, III - «Basında mesuliyet» başlığını taşıyan 16. maddenin son fıkrası.

I — **Basın Mahkemelerinin Kuruluşu :**

5680 sayılı Basın Kanununun (9/3/1954 — 6337) sayılı kanunla değişik 36. maddesine göre; Basın yolu ile işlenen ağır cezalı dâvalar Ağır Ceza Mahkemelerinde, diğerleri Asliye Ceza Mahkemelerinde görülür. Bu kural genel hükümlere uygun ve normaldir. Üzerinde durmak istediğimiz sorun, 36. maddenin, bu hükmünden sonra gelen ve Toplu Mahkeme kurulmasını öngören kesimidir. Şöyle ki; maddenin 2-4. fıkralarına göre, bir yerde üç ya da daha fazla Asliye Ceza Hâkimi varsa, Asliye

(3) **Biz burada yalnız Ceza Hukukumuzun ve Türk Adaletinin genel sorunları üzerinde duracağız. Kamu hukukunun diğer bölümleri ile özel hukuk kesimi, konumuzun dışında kırakılmıştır.**

451

Ceza Mahkemelerinin görevine giren dâvalar, en yüksek ceza hâkimlerinin katılmasiyle kurulacak toplu mahkemede görülür, Eğer ceza hâkimi sayısı üçten az ise, en kıdemli hukuk hâkimleriyle, toplu mahkemenin üç hâkimlik kadrosu tamamlanır ve dâvaya bakılır.

Yasanın bu hükmü, ilk bakışta bir sakınca doğurabileceğini hatıra getirmemekte ise de, uygulamalarda, mahkeme kararlarının bu nedenle çok sayıda bozma ile sonuçlandığı ve hatta bazen ayni dâvanın, mahkemenin kuruluşundaki yanlışlıklar dolayısiyle üç kez bozulduğu görülmüştür. Bu durum, dâvaların uzamasına ve adaletin gecikmesine yol açmaktadır, bunun da sakıncaları bellidir. Durumu bir örnekle canlandıralım :

Bir yerde üçten çok hâkim vardır. Bunlar, ceza hâkimi, hukuk hâkimi ve o yer hâkimi'dirler. (Ankara, Konya, Kars hâkimi gibi). Ayrıca orada Sulh ve sorgu hâkimlerinin de bulunduğunu düşünelim. Gerek o yer hâkimi gerekse sulh ve sorgu hâkimi, Asliye Ceza Mahkemesine ve Asliye Hukuk mahkemesine katılmaya yetkili kılınmışlardır.

Orada bir basın dâvası görülecektir. Bu hâkimlerin cümlesi Asliye Cezaya yetkili olduklarından o gün başka duruşması olmayan kıdemli hâkimlerden toplu mahkeme kurulur, dâvaya bakılır ve sonunda bir hüküm verilir. Bu hüküm ilgililerce temyiz edilir.

Yüksek Yargıtay bakıyor : dosyada, hâkimlerin görevlerini, kıdem ve derecelerini gösteren yetkili mercice verilmiş bir liste yok. Mahkemenin 36. maddeye uygun biçimde kurulup kurulmadığının anlaşılabilmesi için, böyle bir listenin dosyada bulundurulmamasından dolayı, haklı olarak, hükmü bozuyor.

Ya da, Yargıtay inceliyor, bakıyor ki, Asliye Ceza Mahkemesine yetkili bulunan sulh hâkimi duruşmaya çıkmış. Sulh ve Sorgu hâkimlerinin, bu çeşit bir yetkileri varsa da Toplu Basın Makemesine katılmalarına yer olup olmadığı konusunda 36. maddede bir açıklama yok. Yargıtay bu nedenle, Sulh hâkiminin katılmasiyle duruşmanın yürütülmesini yasaya aykırı sayarak hükmü bozuyor. Kimi yerde, duruşmaya o yer hâkimi çıkmış «Manisa, Rize hâkimi gibi». Yetkileri bulunup bulunmadığı saptanmamış. Bu da bozma sebebi. Mahkeme duruşma tutanağında, hâkim deyimini kullanmış, görevini yazmamış, bozma sebebi. Bunları yazmış, amma o yerde daha kıdemli ve daha yüksek dereceli hâkim yok mu acaba? Bunun araştırılıp gösterilmemesi de bozma sebebi. (4)

---

(4) Naip mahkeme yönünden de (C. Y. U. Kanunu mad. 216) aynı nedenlerle bozma yapılmaktadır. (Y. 4. C. D. 30/3/1971, Es. 1579, K. 2428)

Bu nedenlerden biri ya da bir kaçı ile hüküm bozuluyor. Gidiyor, mahkeme bozmaya uyuyor, Yüksek Hâkimler Kurulundan oradaki hâkimlerin kıdem ve derecelerini gösterir listeyi getirtiyor, yeniden hüküm veriyor. Bu kez Yargıtay bakıyor ki, bozmadan önceki duruşmalarda, listeye aykırı olarak mahkemenin kurulduğu bir veya bir kaç oturumdaki işlemler, listeye ve yasaya uygun biçimde kurulmuş yeni mahkeme kurulu önünde tekrarlanmamış. Yine hükmü bozuyor. Bu bozmalardan sonra aynı yerdeki hakimler değişiyor; biri başka yere atanıyor, ya da oraya başka iki hâkim görevlendiriliyor. Bu durumlada, toplu mahkemenin başkanı ve üyeleri, bakmakta oldukları basın dâvası sırasında, yeni gelenlerin, görev, yetki, kıdem ve derecelerini inceleyip, 36. maddeye uyarcasına mahkemenin kurulmasını sağlamak zorundadırlar ve yeni listeye ihtiyaç olacaktır. Çok çeşitli, çok yönlü bir problem. Bir onktası unutulursa, yasaya aykırılık olur ve hükmün yine bozulması sonucunu doğurur.

Yüksek yargıtay 4. Ceza Dairesinin kökleşmiş içtihadı ile Ceza Genel Kurulunun görüşleri birleşmektedir : **Bu kararlara göre, «Ceza ve** Hukuk hâkimleri ile bu cümleden sayılan Asliye Ceza ve Asliye hukuka yetkili o yer hâkimlerinin dışında, tâyinleri itibariyle sulh hâkimi veya sorgu hâkimi olanların Asliye Ceza veya Asliye Hukuka yetkili bulunsalar dahi mahkeme kuruluna iştirakleri mümkün bulunmamaktadır (5). 36 maddenin yazılış biçimine bu kararları uygun görmemenin olanağı yoktur. Ancak, Asliye Mahkemesinin görevine girenlerden çok daha ağır nitelikte bulunan ağır cezalı Basın dâvalarına Ağır Ceza Mahkemelerinde bakılırken, o mahkemeye üye olarak katılabilen yetkili sulh ve sorgu hâkimleriyle ağır cezalı dâvalar görülebiliyor, daha hafif sonuçları olabilecek dâvalara bu hâkimler katılamıyor. Bu konu da tartışmalıdır.

Sorunu bir sonuca bağlamak istersek, önce şuna deyinelim ki, basın dâvaları, Basın Kanununun 39 ve 40. maddelerine göre acele işlerden sayılır: gerek mahkemelerde, gerekse Yargıtayda diğer işlerden önce görülür. Yasanın bu emri, yine yasanın 36. maddesinin mahkemelerin kuruluşu ile ilgili hükmünün yerine getirilmesi çabasiyle gerçekleşememek

(5) **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/5/1970, Es. 4/469, K. 205 ve Y. 4. C. D. 19/9/1969, Es. 5465, K. 6092 (Not : 1 — Bu kararların tam metni için Fahrettin KIYAK ve arkadaşları - Ceza Hükümlerini Taşıyan Hususî Kanun ve Nizamnameler, Cilt : V, sayfa : 840/5, 840/4 e bakınız.**
2 — Aynı yapıtın 838. ve 840/3 - 840/9. sayfalarında, Toplu Basın Mahkemesinin kurulmasiyle ilgili bozma nedenlerini açıklayan Yargıtay kararlarından çeşitli örnekler görülebilir.)

453

te ve basın dâvaları yıllarca uzamakta, bundan uzun süre sanık durumunda kalan basın mensupları tedirgin olmakta, kamu oyu da aynı tedirginliği duymaktadır.

Şu halde bu sakıncaları ortadan kaldırmak için sorunu ne yolda çözümlemeli? sorusuna cevap bulmak gerekir. Bu konuda, bizce üç ana yol vardır:

1 — Toplu Basın Mahkemelerinin kurulması yöntemi tamamiyle terk edilmelidir. Diğer bir deyimle 36. madde kaldırılmalıdır. Nasıl ki bu gün dahi Toplu Basın Asliye Ceza Mahkemesi kurulamiyan yerlerde, asliyenin görevine giren basın dâvaları tek hâkimli Asliye Ceza Mahkemelerinde yürütülmektedir. Onun gibi, üçten fazla ceza hâkimi bulunan yerlerde de, bu dâvalar, yine diğer asliye cezalık dâvalarda olduğu üzere, tek hâkimli Asliye Ceza Mahkemelerinde görülmelidir. Bu halde, yukarıda belirtmeye çalıştığımız sakıncalar ortadan kalkmış olur.

2 — Yalnız belli yerlerde, başkan ve üyeleri önceden belirtilen daimî Toplu Basın Asliye Ceza Mahkemeleri Kurulmalıdır. Ağır Ceza, ya da Ticaret Mahkemeleri gibi.

Yukarıda 1. de deyindiğimiz yol, yâni 36. maddenin tüm olarak kaldırılması önerisi benimsenmeyebilir. Gerçekten, Basın Mahkemelerinin toplu olarak kurulması, basın suçu sanıkları için bir güvence (teminat) dive düşünülmüştür. Bu güvenceden onları, olanaklar ölçüsünde yararlandırmak görüşü ileri sürülebilir. İşte bu nedenledir ki, madde kaldırılmak istenmezse. İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük basın merkezlerinde, basın hâkimliğine atanan belli hâkimlerle (yedekleri de adlarivle belli edilerek) sürekli toplu basın Asliye Ceza Mahkemeleri kurulur. Diğer yerlerdeki basın dâvalarının tek hâkimli Asliye Ceza Mahkemelerinde görüleceği yasada açıklanır. Böylece, mahkemenin kurluşu nedeniyle hükümlerin defalarca bozulması ve dâvaların uzaması önlenmiş olur. Zaten bu gün de, hâkim sayısı toplu mahkeme kurulmasına yetmeyen sayısız yerlerde, bu dâvalara tek hâkimli Aslliye Ceza Mahkemeleri bakmaktadır.

3 — Bölge Toplu Basın Asliye Ceza Mahkemeleri kurulmalıdır. Basın dâvalarının Türkiye çapında tümünün her halde toplu mahkemede yürütülmesi tezi üstün gelirse, o zaman bu üçüncü yolu seçmek gerekir. Yurdumuz, jeografik ve jeopolitik durumu göz önüne alınarak bölgelere ayrılır (Adana, Antalya, Erzurum, Trabzon... gibi) ve bu bölgelerin sınırları içindeki bütün asliye cezalık basın dâvaları bu bölge merkez-

lerinde kurulacak sürekli, başkan ve üyeleri belli, toplu Asliye Ceza Mahkemesinde bakılır, karara bağlanır. Yine böylece, bu günkü düzenin yarattığı karışıklık ve sakıncalar ortadan kalkmış olur.

SONUÇ : Özel Kanunlar alanındaki önerilerimizden birincisi, böylece, Toplu Basın Asliye Ceza Mahkemelerinin kurulmasındaki bu günkü yöntemin değiştirilmesidir. 1. Türk Hukuk Kongresinde de benimsenmiş ve Kongrenin Ceza ve Ceza Usul Hukuku Komisyonunda, aynen (özel usul kanunları arasında dâvaların uzaması ile ilgili şikâyetlere en çok muhatap olan Basın Kanunu açısından, Toplu Basın Mahkemelerinin bugünkü işleyiş tarzlarına son vermek için, en kıdemli asliye ceza yargıçlardan kurulu olacak ve işleri çok olan merkezlerde sadece basın dâvalarına bakmakla görevli ayrı toplu basın asliye ceza mahkemelerinin teşkili temenni olunur.) biçiminde ve özet olarak kamu oyuna duyurulmuş olan bu düşüncenin, dayanaklarına, nedenlerine ve ayrıntılarına yukarıda yeterince değindiğimizi sanıyoruz.

Yasalarımızdaki genel değişiklik ve reform konularının uzun sürebileceği göz önüne alınarak, bu sorun'un, bir an önce bir çözüme bağlanmasını dilemekteyiz.

GIDA MADDELERİNİN TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE SUÇ OLARAK NİTELENEN ŞEKİLLERİ

Yazan : **T. Refik EDİS**
Yargıtay C. Baş Savcı Yardımcısı

I — GİRİŞ :

Gıda maddeleri toplumun beslenmesinde büyük bir hizmet gören önemli ve zaruri ihtiyaç maddeleri bulunması itibariyle konunun önemini nazara alan kanun vazı, gıda maddelerimizin imalini, terkibini, piyasaya arzını belirli kaidelerle düzenlenmiş, bu emredici prensiplere aykırı davranışları cezai müeyyidelerle düzenlenmiş bulunmaktadır.

II — GIDA MADDELERİNİN TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE SUÇ OLARAK NİTELENEN ŞEKİLLERİ

Türk ceza kanununun "Ammenin selameti aleyhinde sürümler" adını taşiyan yedinci bâbın üçüncü faslı, yenilecek ve içilecek şeylere müteallik bir çok cürümleri açıklanmaktadır.

Konumuz, bu cürümlerden sadece 398, 396 ve 395 maddelerde belirtilen suçları içine almaktadır. Çünkü; Bu maddeleri kapsamına giren cürümler tatbikatda en çok işlenen ve ihtiva ettikleri unsurlar anlaşılması güç olmaları itibariyle tatbikatda mahkemelerce yapılan uygulamalarda ençok hatalı hükümlere varılmasını intaç etmekte olması sebebiyledir. CK nun 363 maddesine noksan gramajlı ekmek satmak suçu ile daha önce bir nebze girmiştim. (1)

TCK. nunun 398. 396, ve 395 maddelerinde bahsedilen suçların unsurlarını araştırırken, sadece bu maddeler üzerinde durmak hatalı sonuçlara vardırır. Zira, bu maddeler ceza kanunu bakımından genel kaideler durumundadırlar. Gıda maddelerinin arzettiği suçlar üzerinde incelemelerimizde umumi hıfzıssıha kanununu, gıda maddeleri tüzüğünde

---

(1) **Bak. TCK. nun 363. Ekmeklerde vezin noksanlığının tesbiti Adalet Dergisi Temmuz/1969**

mutlak surette nazara alarak olay hakkında bir hükme varmak doğru ve isabetli olur.

Gıda maddeleri tüzüğü, bütün gıda maddelerinin ünvanını, terkibini vasıflarını, müstakil başlıklar altında belirterek, bunlara ait kaideler vazetmekte, hangi hallerde bir gıda maddesinin bu tüzük hükümlerine aykırı olduğunu açıkça göstermekte 709 maddesiylede" İş bu tüzük hükümlerine muhalif hal ve hareketlerde bulunanlar işledikleri fiil ve hareketlerine göre TCK. nuna ve hususi kanunlarına nazaran daha ağır bir cezayı gerektirmediği taktirde umumi hıfzıssıha kanununun 296. 297 maddeleri delaletiyle TCK. nun 398, 396, 363 maddeleri ve hıfzıssıha kanununun 282 maddesi ile cezalandırılacağını açıklar.

Bu itibarla TCK nunun 398. 396. 395 maddeleri hükümlerini gıda maddeleri üzerinde işlenen suçların unsurlarını müstakilen belirten hükümler mahiyetinde anlamak hatalı olur. Bu maddeleri uygularken Hıfzıssıha kanunu ile gıda maddeleri tüzüğü hükümleriyle birlikte bir kül olarak mütalaa etmek doğru bir hareket olur.

1 -- TCK. nunun 398 maddesi ve bu madde kapsamına giren fiiller.

Ceza kanununun bu maddesi «sıhhat için mazarradı olmayıp ancak tabii olmayan bir madei gıdayiyeyi tabi diye satılığa çıkarılmasını suç olarak nitelendirmiştir.

a. Tabii gıda maddesi nedir ve bu vasfı nereden alır?

Gıda maddeleri tüzüğü, hemen hemen bütün gıda maddeleri çeşitlerini kapsamına alarak her birini ayrı ayrı bölümler ve başlıklar altıda adlarınıda açıklamak suretiyle belirtmiş ve ve bunların vasıflarını, terkiplerini lezzetlerini, harici ve dahili görünüşlerini muhtevalarını teşkil eden maddelerin gramajlarını ve sair özelliklerini açık ve belirli kaidelerle düzenlenmiş insan sağlığı için yararlı, saf temiz gıda maddesinin bu kaidelere uygun olarak imal ve izahını emretmiş aksi eylemlerin suç teşkil edeceğini açıklamış bulunmaktadır. (2)

İşte gıda maddeleri bu tüzük hükümlerine harfiyen uyularak yapılmışsa bunlara tabii gıda maddesi olarak tanımlanıyoruz.

Gıda maddesinin tabii vasıfta olup olmadığı yapılan kimyevi tahlil sonucunda elde edilen bulguların, o gıda maddesinin tüzüğünün kendisinden bahsedilen hükümleriyle karşılaştırılması sonucunda anlaşılır.

(2) Bak. Gıda maddeleri tüzüğü Madde 3, 709

452

Bu itibarla her gıda maddesi saflığını diğer tabirle tabiilik vasfını gıda tüzüğünden almaktadır.

TCK. nunun 398 maddesinin birinci maddi unsuru gıda maddesinin tabii evsafta bulunmaması teşkil etmektedir.

Maddenin ikinci maddi unsuru ise dâva konusu gıda maddesinin insan sağlığı için bir mazarratı ihtiva etmemesi lâzımdır.

Kanun vazının 398 maddesinde kullandığı mazarrat tabirlerini kanunun 396 maddesine Sıhhat için tehlikeli ve 395 maddesindede sıhhata muıız sıhhatı ihlal tabirleriyle karıştırmamak gerekir. Bunların ayrı mana ve lnlamı vardır.

TCK. nun 398 maddesinde belirtilen tabii vasıfta olmayan gıda maddeleri insan sağllığı için bir tehlike arzetmezler. Kötü bir beslenmeyi ve gelişmeyi intaç ederek dolayısıyle insan sağlığı için zararlıdırlar. Halbuki; TCK. nun 396 ve 395 maddeleri şümulüne giren gıda maddeleri, insan sağlığına doğrudan doğruya tehlike tevlit eden tehlikeye düşüren gıda maddeleri dahil olmaktadır.

TCK. nun 398 maddesinin tabii olarak nitelendirdiği gıda maddeleri bu iyi vasfı, hazırlandığı sırada veya imalatı esnasında bunları yapanlar tarafından tağşiş, tağyir, taklit ameliyelerine baş vurulmak suretiyle giderilmektedir.

TAĞŞİŞ : Gıda maddelerinin asılları içerisine yabancı bazı maddeler karıştırılarak saflığını bozmak tüzük hükümlerine uymayacak şekilde gıda maddesi husule getirmektedir.

Mesela : Tüzük çekilmiş kahveyi tarif ederek çiğ çekirdek kahvesini usulüne uygun şekilde kavrulmasından sonra çekilmesinden veya dövülmesinden hasıl olan toza denir ve zararsızda olsa hiç bir yabancı madde ihtiva etmeyeceğinde ayrıca açıklamış bulunmaktadır. Bu saf ve tabii vasıfta bir kahvedir. Kahve imalatçısı bu tabii vasıftaki kahve içerisine kavrulmuş nohut, arpa, vesair yabancı madde katarsa kahvenin saflığını gidermiş ve tüzük hükümlerine uymavan ve tağsis edimis kahve imal ve ihzar etmiştir. Bunun satışı ceza kanununa göre suç teşkil eder. (3)

TAĞYİR : Gıda maddelerinin asıllarını şeklen muhafaza etmek suretiyle muhtevalarını değiştirmektir.

---

(3) Bak. Gıda maddeleri tüzüğü Madde 550, 552

458

Sucuklar tüzük hükmüne göre kasaplık ismi altında anılan insan gıdası olarak yenilmesine müsade edilen hayvanların deri, baş, ayak ve ahşa kısımlarından ayrılmış etlerden yapılan bir gıda maddesi olarak tanımlanmaktadır. (4)

Buna göre sucuğun asıl maddesi muayyen et dir. sucuk imalathanesi sucuğun asıl maddesi etdir diye muayyen etten ayrılarak deri, baş, ahşa etleriyle sucuk imal ederek muhtevasını değiştirirse tüzük hükmü dışına çıkmış olur ve tağyir edilmiş sucuk imal ederki bu hareket ceza kannununa göre suç arz eder.

TAKLİT : Gıda maddelerinin madde ve muhtevaları ayrı şeklen ayniyet ifade eden ve halka aldatıcı vasıfta benzerliğini yapmaktır.

Tüzük çikolatayı kakao tozu ve şeker mahlutunun karışımından mürekkep müstahzar olarak tanımlamıştır. İmalatçı çikolata süsü veren bir anbalaj içinde muhtevası kakao ve şekeri ihtiva etmiyen bir mamulu imal edip piyasaya sürmesi taklitdir. (5)

Gıda maddeleri tüzüğü hangi hallerde bir gıda maddesinin taklit, tağyir ve tağşiş edilmiş olacağını açıklamış bulunduğundan gıda maddesinin kimyahane laborutuvarlarında tahlil sonucunda elde edilen bulguların gıda maddesinin tüzükte kendisinden bahsedilen hükümlerinyle kıyaslanmak suretiyle açıkça anlaşılır.

TCK. nun 398 maddesi şumuluna giren gıda maddelerinde; İmalatı sırasında sağlığa doğrudan doğruya zarar verecek tehlikeli bir madde yoktur. Konulmuşta değildir. Ancak, gıda maddeleri tüzüğünün emredici hükümlerine riayet edilmeksizin ve tağşiş, tağyir ve taklit ameliyelerine baş vurularak saflığı giderilmiş tabii olmayan gıda maddeleri girmektedir.

Bu itibarla Sayın ve değerli hocamız Ord. Prof. Faruk Eren 398 maddedeki suça zarar suçu, 396 maddedeki suçada tehlike suçu olarak tanımlayarak aradaki farkı belirtmek istemiştir. (6)

Bu madde şumuluna giren gıda maddeleri satılığa çıkarılmasıyle teşekkül eder ve mütemadi suçlardandır. Yalnızca kapsamına gıda maddelerini alır. ilaçları sair tıbbi müstahzarları alınmaz. Suçun mağnevi unsuru taklit, tağyir ve tağşiş ameliyeleridir. Bu madde hükmünü uygu-

(4) Bak. Gıda maddeleri tüzüğü Mad. 137. 171. 179
(5) Bak. Gıda tüzüğü madde 584, 596, 597.
(6) Bak. Ord. Prof. Faruk Eren Ceza hukuku

459

larken bununla ilgili 400, 402, ve 407 maddelerinde gözönüne almak gerekir.

Fail insan sağlığını koruyacak meslek ve sanat sahibi ise TCK. nun 400. maddesi, yiyenin içenin hastalanmasını veya sıhhatında bir arızanın vukua gelmesi halinde TCK. nun 407 veya bu meslek ve sanat icra eden şahıs ise cürme vasıta kıldığı meslek ve sanatın tatili içinde TCK. nun 402 maddelerinin ayrıca tatbiki iktiza eder. Ancak; Sanığa hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza 647 sayılı Kanunun 4 maddesi gereğince paraya çevrilmesi halinde TCK. nun 402 maddesi uygulanacakmı?

Yargıtay 4 ceza dairesi bir kararında, 647 sayılı Kanunun 4 maddesi uyarınca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine temel ceza olarak ve takdir edilen cezanın ağır para cezası olmasını ve TCK. nun 402 maddesi hükmünün ise ancak cezanın ağır hapis cezası tertibi halinde mahzur bulunması itibariyle bu madde hükmünün olayda tatbik kabiliyeti yoktur demektedir. (7)

Yargıtay 2 ceza daireside ayni konu üzerinde bir içtihadı ile aksi görüşte bir kararıyle uygulanmasında 4. ceza dairesinin tatbikatından ayrılmaktadır. Y. 2. C. D. görüşüne göre hürriyeti bağlayıcı ceza 647 sayılı Kanunun 4 maddesi gereğince paraya çevrilmesi halinde dahi TCK. nun 402 maddesinin uygulanması gerekmektedir. (8)

Hali hazır Y. 2. C. D. nin tatbikatı bu yöndedir. Şahsi görüşüm itibariyle yargıtay yüksek 2 ceza dairesinin bu görüşü ve uygulaması Yargıtay ceza genel kurulunun ve Yargıtay 7. ceza dairesinin görüş ve içtihatlarına aykırı düşmektedir.

Yargıtay ceza genel kurulu içtihatlarında «647 sayılı Kanunun 4. maddesinde (kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine) denmiş olmasına göre sanık hakkında bu madde ile tayin edilen ağır para cezası esas cezayı teşkil etmektedir. Esas Ceza artık ağır para cezasıdır. (9)

Yargıtay 7. ceza dairesi de, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine 647 sayılı Kanunun 4. maddesi birinci fıkrasına tevfikan hapis cezası yerine verilen para cezası temel cezadır. Tekerrürde, tecilde, zaman aşımında nazara alınacak ceza 647 sk. 4/1 maddesiyle tayın olunan para cezasıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın verildiği para cezası onun yerine geçer. Bu içtihatlara göre 647 sk. 4/1 maddesi gereğince hapis cezası paraya çev-

(7) Bak. Y. 4.C.D. 14/2/1970 E. 9626 K. 1425 4.B/8718
(8) Bak. Y.2.C.D. 8/11/1971 E. 9588 K. 10283
(9) Bak. Y.C.GK. 10/3/1969 E. İt. 4B/545 K. 969/101
YCGK. 14/10/1968 E. İt. 4B/484 K. 309

460

rildiğinde temel ceza artık para cezası olduğuna göre TCK. 402 maddesi uygulanmaması geerkir. (10)

2 — TCK. nunun 396 maddesi ve bu madde kapsamına giren fiiller.

Gıda maddeleri tüzüğüne giren uygun evsafta imal ve ihzar edilen ve kanunun tabii olarak nitelendirdiği saf gıda maddeleri, bir çok hallerde kimyevi fiziki kanunların neticesi, bakım ve muhafazasındaki ihmali fiiller, istihlak müddetinin miadının geçmiş olması gibi çeşitli nedenlerle bozulur, küflenir, kokar, acır, ekşir veya ayrışımlarla değişiklere uğrayarak umumun sıhhatı için doğrudan doğruya tehlikeli hale gelirler.

İşte, TCK. nun 398 maddesi bu gibi gıda maddelerini kapsamına almaktadır. Burada gıda maddelerinin insan sağlığı için tehlikeli olma durumu, imalatı sırasında tağşiş, tağyir ve taklit eylemlerinin bir neticesinden neşet etmeyip, bidayette tabii evsafda, saf olarak meydana getirilen gıda maddesi bilahare fiziki ve kimyevi kanunlar etkisiyle insan sağlığı için tehlikeli bir hal almıştır. Gıda maddesinin sonradan bozularak insan hayatı için tehlikeli olma durumu bunların kimyahane laboratuvarlarında tahlili sonucunda elde edilen bulguların o gıda maddesinin tüzükte kendisinden bahsedilen hükümleriyle kıyaslanmasıyla anlaşılabilir. Gıda maddeleri tüzüğü hagi hallerde sıhhat için tehlikeli bulunduğu, hangi hallerde de tağşiş, tağyir ve taklit edilmiş bulunduğunun açık olarak kaidelerle belirtmiş bulunmaktadır. Suçun tekevvünü için saf tabii gıda maddesinin kendiliğinden, sonradan tahlikeli olması kafidir. sağlığa bir zararın tevlit edilmiş olması şart değildir. Zararın husulu Tck. nun 407 maddesi gereğince cezai artırıcı bir sebepdir.

Suça mevzu olan, yenilecek ve içilecek maddelerdir. Failin mahkümiyeti halinde, sanık sağlık koruyucu mesleklerden birine mensup olması halinde TCK. nun 400 ve mağdurun hastalanması veya sıhhatca bir zarara uğraması, ölümü halinde Tck. 407 maddeleriyle cezanın artırılması, sanık meslek ve sanat sahibi ise, cürme vasıta kıldığı meslek ve sanattan men cezası TCK. nun 402 maddesi gereğince ayrıca verilmesi gerekmektedir.

3 — Türk Ceza K. nun 395. maddesi ve bu madde kapsamına giren fiiller...

Bu madde umumun sıhhatı için tehlikeli olan tağşiş, tağyir ve taklit edilmiş her çeşit yenilecek, içilecek gıda maddeleri ile ilaçları kap-

(10) Bak. Y. 7.C.D. 10/5/1967 E. 3081 K. 3223

samı içerisine almış bulunmaktadır. Dikkat edilecek olursa burada üç mühim unsur vardır. Ve bu üç unsurun teşekkül ve tekevvün halinde sanığa bu madde gereğince ceza verilecektir.

1. Unsur :

Gıda maddeleri ve ilaçlar, imal ve ihzarları sırasında imalatçıları tarafından tağşiş, tağyir ve taklit ameliyeleriyle muhtevaları üzerinde değişiklikler yaparak tüzük hükümlerine mugayir tabii nitelikte bulunmayan bir vasıfta olmalıdır.

2 — Unsur ;

Gıda maddeleri ve ilaçlar, imalatçısı tarafından imali sırasında terkibine kasten, sağlığa zararlı ve tehlikeli bir madde konularak umumun sağlığını hafif veya ağır bir şekilde tehlikeye düşürecek mahiyette olmalıdır. insan sağlığını tehlikeye düşürme aranmaz. Zira bu hal TCK. nun 407. maddesine göre cezayı artıracak bir sebeptir.

Bir gıda maddesi, umumun sıhatı için tehlikeli veya mazaratlı oluşu Her zaman imalatı sırasında kasten yaratılmış olmayabilir. Tabiî vasıfta olan bir gıda maddesi sonradan kimyevi ve hiziki kanunlar nedeniyle ayrışimlara uğrayabilir. Kokma, küflenme gibi nedenlerle sonradan tehlikeli ve zararlı hale gelmiş olabilir. TCK. nun 395 maddesi, bu çeşit sonradan tehlikeli ve zararlı mahiyet kazanmış gıda maddelerini şumulüne almaz.

3 — Unsur :

Tağyir, tağşiş, taklit edilmiş ve umumun sıhhatı için tehlikeli olmayı, kapsayan her iki unsur, gıda meddelerinin imali esnasında yabancı ve zararlı bir madde kullanılmak suretiyle husule geldiği yllunda bir tesbiti ihtiva etmeli ve bu durum gıda maddesinin imal eden kişinin iradesiyle bilerek kasten yaratılmış olduğu delillendirilmiş olmalıdır.

Tahlil raporunda bu hususta bir açıklama yoksa bu cihet mutlaka araştırılması gerekir. Bu konuyu yargıtay 4 ceza dairesinin tetkikinden geçmiş bir olayla aydınlatılarak konuya dahada iyi anlamış oluruz. (11)

Sanık b. Çorumda yağ pazarında tezgahında tereyağı satarken Belediye memurları tarafından alınan numunelerini tahlilinde tereyağın

(11) Bak. Y. 4CD. 27/1/1970 gün E. 9670 K. 1527
14/2/1970 gün E. 9626 K. 1425

462

tüzüğün 78 maddesinin aradığı nisbette süt yağını ihtiva etmeyişi sebebiyle tüzüğün 85/b gereğince taklit ve tağşiş edilmiş sayıldığı, ayrıca asidesi (4, 7) yüksek olduğundan tüzüğün 86/a maddesi gereğince sağlığa azçok zarar verecek derecede bozulmuş olduğu raporda açıklanmış bulunmaktadır.

Sanık B., hakkında TCK. nun 395 maddesini ihlal ettiğinden bahisle açılan amme dâvası sonunda, sanık TCK. nun 395 maddesi gereğince mahkumiyetine karar verilmiş bulunmaktadır. Sanığın temyizi üzerine Yargıtay 4 ceza dairesi aşağıdaki gerekçe ile hükmü bozmuş bulunmaktadır.

Sanık B, ye ait tahlil raporunda gösterilen, tüzüğün 85/b maddesine uymakla taklit ve tağşiş ve 86/a maddesi gereğince de sağlığa az çok zarar verecek derecede bozulmuş olduğu raporla belirtilen sözü geçen her iki halin sanık tarafından yabancı ve zararlı bu madde kullanılmak suretiyle husule geldiği yolunda bir tesbiti ihtiva etmemiş bulunmasına göre sanığın eylemi TCK. nun 396 ve 398 maddeleri hükümlerine temas etmekle beraber bu iki madde de yazılı hapis cezalarının yukarı hadleri bir ve TCK. 398 mevcut cezanın aşağı haddi 396 maddedeki cezadan daha ağır olmakla ceza kanununun 79 maddesi uyarınca 398 maddesine uyar ve bu madde gereğince ceza tayinigerekirken suç unsurları ihtiva etmediği gözetilmeden sanığın TCK. nun 395 madde ile ceza tayini kanuna aykırı görmüş ve hükmü bozmuş bulunmaktadır.

III — CEZAİ SORUMLULUK :

A — İçine konulan orijinal anbalaj hiç bozulmamış ve muayyen istihlak müddeti geçmemiş her iki gıda maddelerinin hile ve bozukluklarından dolayı Cezai mesuliyet, ancak bunları yapanlar hakkında tatbik olunur.

Orijinal anbalaj, kısmen bozulmuş veya anbalajı olmaksızızn açıktan sanılan gıda maddelerinin bozukluk ve hilelenden mesuliyet, bunun mahiyetine evvelden veya sonradan olma hallerine göre takdir edilerek, yapan veya satan veya her ikisine ait olarak kabul edilir. (12)

B — Gıda maddelerinin tahlil raporlarına göre yalnızca tağşiş, tağyir, taklit suretiyle dolaylı olarak sağlık için mazaratlı olması nedeniyle TCK. nun 398 maddesine veya sadece insan sağlığı için tehlikeli olma durumundan TCK. nun 396 maddesine yahutta taklit, tağyir, tağşiş veya

(12) Bak. Gıda maddeleri tüzüğü Madde 4

sağlık için tehlikeli olma yönünden ihtiva ettiği unsur sebebiylede TCK. nun 395 maddesini ihlal etmeleri halinde fiillerin iddianamede iyice tavsifi yapılmadığı bir çok durumlarda ceza mahkemeleri usulü kanunun 257. 258, 259 maddeleriyle ilgilenmemiz gerektiğinden konuya bu yöndende değinmek yerinde bir hareket olacaktır. Çünkü tatbikatta bu noktadan mahkemelerce uygulamalar görülmektedir. TCK. nun 398, 396, 395 maddelerini ihlal fiillerinden açılacak amme dâvalarında Cumhuriyet savcıları dikkatli olmaları düzenlenecek iddianamelerde fiil veya fiilleri çok açık bir şekilde icap ederse madde madde belirtmeleri ve suça tavsif etmeleri gerekmektedir.

Tahlil raporunda suç konusu gıda maddesi sadece tağşiş, tağyir, taklit edilmiş olarak belirtiliyorsa fiili tağşiş, tağyir, taklit edilmiş tabii olmayan gıda maddesi satmak olarak niteliyerek TCK. nun 398 maddesine muhalefetten veya gıda maddesi sadece umumun sıhhatı için bir tehlikeli olma durumu arzediyorsa ve bu durum taklit, tağyir, tağşiş eyleminden ileri gelmediğide anlaşılıyorsa fiili umumun sıhhatı için tehlikeli gıda maddesi satmak olarak niteliyerek TCK. nun 396 maddesine muhalefetten, veyahutda suç konusu gıda maddesi hem taklit, tağyir, tağşiş edilmiş yani magşuş olmakla beraber gıda maddesine yaratıcı tarafından imalatı sırasında bile bile kasten zararlı veya tehlikeli bir madde konularak insan sağlığı için tehlikeli bir durum arzediyorsa ve bu ikinci unsur bir tesbitle bulguyla meydana çıkmış ve delillendirilmişse bu takdirde fiil, taklit, tağşiş, tağyir edilmis ve umumun sıhhatı için tehlikelli gıda maddesi satmak olarak tavsif ederek. TCK. nun 395 maddesine tevfikan dâva açılması gerekmektedir. Fiilin veya fiillerin iddianamede açıkça gösterilmemesi ve tasvif edilmemesi yönünden mahkemelerce yapılan uygulamalarda bazı tereddütler husule gelmekte bu ise birçok yanlış uygulamaların yapılmasına bazende C. M. U. K. nun 258, 259 maddeler gereğinin ifasına çok defada ek iddianame tanzimi yoluna gidilmesine bu davranışlarında mahkemenin suratle seyrine tesir etmektedir.

Şöyleki; Sanık hakkında sağlığa zararlı sucuk satmak fiilinden dâva açıldığı, mahkeme duruşma sonunda da fiilin sağlığa zararlı sucuk satmak olmayıp mağşuş sucuk satmak olarak takdir ettiğinde. Bu hale göre CMUK. nun 258 maddesi hükmüne göre ek savunma vererek TCK. 79 maddesine tevfikan 398 maddesi gereğince mahkumiyet kararı verilebilecekmi? yoksa CMUK. 259 maddesi hükmünümü yerine getirecektir? Veya ayrı bir suç olarak niteliyerek, mağşuş sucuk satmakdan ayrıca

bir dâvamı açılması düşünülecektir. Bunu tatbikatta geçen vakıalardan biriyle açıklamaya çalışalım.

Sureti ekli tahlil raporuna dayanılarak sanık M. S. hakkında iddianamede suçun tavsifi (Bozuk gazoz satmak) olarak yapılarak) TCK. 396, 402 maddeleri gereğince tecziyesi talep ve dâva edilmiştir.

Sanık Sandıklıda gazoz imalatçısıdır. Dosyada mevcut 16/6/1967 tarihli lbaratuvar raporu münderecatına göre sanığın imal ettiği ve usulune göre numunesi alınıp tahlil edilen gazozun gıda maddeleri nizamnamesinin 457/b - d maddesine göre taklit veya tağyir edilmiş sayılacağı ve ayni nizamnamenin 458/b maddesine göre de sağlığa az veya çok zarar verecek derecede bozuk olduğu belirtilmiştir. Her nekadar iddianamede sanığın fiiline uyan TCK. nun 396 maddesi gereğince tecziyesine karar verilmesi talep edilmiş isede, tahlil konusu gazozun bilerek veya kasten tehlikeli veya mazaratlı hale getirildiği yolunda raporda bir tesbit bulunmadığı cihetle TCK. nun 395 maddesinin tatbiki mümkün görülmemiş ve TCK. nun 79 maddesi nazara alınarak sanığın subuta eren fiili sebebiyle CMUK. nun 258 maddesi hükmü gereğince ek savunma hakkı verilerek sanığın TCK. nun 398 maddesi gereğince 1 ay hapis 10 lira ağır para cezasıyle mahkümiyetine 647 S.K.4. maddesi gereğince hapis cezası paraya çevrilerek binnetice sanığın 310 lira ağır para cezasıyle tecziyesine, temel ceza ağır para cezası olmuş olmakla ayrıca TCK, 402 maddesi hükmününde uygulanmamasına karar verilmiştir.

Sandıklı Sulh Ceza Mahkemesinin 25/6/1971 tarihli bu kararı aleyhine mahalli C. Savcılığınca TCK. nun 402 maddesinin tatbik edilmemesi yönünden münhasıran bu sebepten temyiz olunmuştur.

Yargıtay C. Baş Savcılığı 2 Bölümü tarafından kaleme alınan 21/9/-1971 gün ve 8434 sayılı tebliname ile, mağşuş veya ayni zamanda sağlığa zararlı olarak satışa arz edilen gazoz hakkında TCK. nun 396 maddesiyle dâva açıldığına göre bu dâvaya inhisar ettirilmek üzere hüküm tesis gerekirken usulun 259 maddesine tevfikan işlem yapılmasından TCK. nun 398 maddesiyle ceza tayini ve 402 maddesinin uygulanmaması hususlarından hükmün bozulması talep edilmiştir.

Yargıtay ikinci ceza dairesi 13/10/1971 gün 7944/9177 sayılı ilamı ile" dosyadaki tahlil raporuna göre sanığın imalettiği gazozun şekeri az, ve etketsiz olması sebebiyle mağşuş bulunduğu ve her ne kadar tüzüğün 458/b maddesi itibariyle sağlığa zararlı olduğuda raporda kaydedilmiş isede sözü geçen madde bendinde gazozun küf, maya, patojen, bakteri, zararlı ve iğrendirici maddeleri havi olması takdirinde sağlığa

465

zararlı sayılacağı tesbit edilmiş ve halbuki tahlili yapılan gazozun bu bakımlardan normal evsafı taşımakta olduğu zikredilmiş bulunmasına nazaran TCK. nun 398 maddesiyle mahkumiyetine dair ittihaz olunan kararda aykırılık görülmemiştir» denilmekle beraber yalnızca TCK. nun 402 maddesinin uygulanmaması yönünden hükmü bozulmuştur.

Buna karşı C. Baş Savcılığı 2. bölümle 26/10/1971 gün ve 39 sayı ile karar tashihi yoluna gidilerek evvelki görüşte israr edilmiştir.

Dosyayı karar tashihi sebebiyle yeniden ele alan Yargıtay 2. C. D. 8/11/1971 gün ve 9588/10283 sayılı ilâmıyle bu defa görüşünü değiştirmiş ve «Mağşuş ve ayni zamanda sağlığa zararlı olarak satışa arzedilen suç konusu gazozun yalnızca sağlığa zararlı olması bakımından kamu dâvası açılmış bulunmasına nazaran usulün 257 maddesi uyarınca hükmün bu konuya inhisar ettirilmesi gerekirken fiillerin değişk olduğu gözetilmeksizin usulün 258 maddesiyle ek savunma hakkı verilerek ve bu kanunun 259 maddesi hükmü de ihmal edilmek suretiyle yazılı madde ile mahkumiyetine karar verilmesi ve TCK. 402 maddesinin uygulanmaması» geerkçesiyle hükmü bozmuştur.

Yukarıda cereyan etmiş olayda görüldüğü üzere tahlil raporunda gösterilen bulgular iddianamede gösterilerek fiil bu şekilde tavsif edilseydi bu durum bahis konusu olmıyacaktı.

C — Gıda Maddeler üzerinde işlenen suçlarda karşılaştığımız problemlerden biride TCK. nun 71 ve 80 maddelerinin uygulanma şekilleridir.

Gıda maddesi ayni imalat cümlesinden ise ve bir kazan veya depo mahsulu olupta muhtelif şahıslara bir zamanda satılmışsa fiilin teaddütü halinde TCK. nun 80 maddesi uygulanması gereklidir. Aksi halde ve muhtelif tarihlerde dağıtılması halinde TCK. nun 71 maddesi bahis konusudur.

IV — NETİCE :

Gıda maddeleri üzerinde işlenipte Türk ceza kanununa göre suç olan fiillerden tatbikatta ençok işlenen şekillerinden TCK. nun 398, 396, 395 maddeleri şumulüne girenleri izah etmiş bulunmaktadır. Bu izah tarzına göre hareket edildiğinde isabetli hükümlere varılacağını kuvvetle inanmaktayım.

466

Bu itibarla, TCK. nun 398 maddesi hükmü taklit, tağşiş, tağyir eylemleriyle tabii vasfı giderilmiş, İnsan sağlığı bakımından tehlikeli olmayan ancak kötü beslenmeyi intaç bakımından insan sağlığı yönünden dolaylı olarak mazaratlı olan (zarar veren) gıda maddeleri şumulüne alır. TCK. nun 398 maddesi taklit, tağşiş, tağyir edilmeyen ve tabii evsafta yaratılmış ancak fiziki kimyevi kanunlar nedeniyle tabiilik vasfı kaybolarak insan sağlılğı için tehlikeli olan gıda maddelerini şumulüne alır. TCK. 395 maddeside hem mağşuş hemde kasten insan için tehlikeli vasıfta yaratılan gıda maddelerini kapsamına almaktadır.

467

PSİKO — BİYOLOJİK AÇIDAN, CEZA SİSTEMLERİNDE SUÇLU ÇOCUK VE ERGENLERİN DURUMU VE BİLİRKİŞİLİK SORUNU

Prof. Dr. Abdulkadir ÖZBEK (+)

Suçlu çocuk ve ergenlerle ilgili ceza sistemimizde yıllardan beri reform zorunluğu duyulmasına rağmen her nedense bu konuda problemi çözücü hiç bir şey yapılmamıştır. Bu konuşmamızda konuyu belirli yönleriyle sunup, problemleri psiko - biyolojik açıdan tartışmak istiyorum. Ancak asıl konuya girmeden önce bazı noktaları açıklamak yararlı olacaktır sanırım.

Genellikle ceza sistemlerinin kabul ettiği yaş sınırları ile biyoloji, psikoloji, psikopatolojinin kendi kriterlerine göre çocukluk, ergenlik için kabul ettiği dönemler ve sınırlar her zaman uyuşmaz.

Bilindiği gibi insan gelişme süresinin erişkinlik çağına kadar olan farklı dönemleri için kullanılan sözcük ve deyimlerde de farklılıklar, karışıklıklar vardır. Bu durum çeşitli dillerde ve disiplinler arasında tam aktarımları ve anlaşmayı güçleştirmektedir. Örneğin, psiko - biyolojik açıdan yukarıda belirttiğimiz doğumlu erişkinlik çağı arası dönemler için genel olarak üç aşama esas alınmaktadır.

Çocukluk (birkaç ayrı dönem halinde), ergenlik (ergenlik önü ve ergenlik olarak) ve erişmedelik («geçit yaşı», HeranWachsenden, Adolescence) çağları. Halbuki çoğu kez çocukluk deyimi ile, ergenlik önü döneminin sonuna kadar olan dilim de ifade edilmek istemekte ve asıl ergenlik ile erişmedilik dönemi için de ergenlik deyimi kullanılmaktadır.

Biz konuyu işlerken sözkonusu ceza sistemlerinin sorumluluk sınırı dışında bıraktıkları ilk dönemdekiler için çocuk, sorumluluğun başlaması dönemindekiler için ergen ve 18 - 21 yaşlar arasına giren geçit dönemi için ise erişmede deyimlerini kullanmağa çalışacağız.

İki bölümde sunacağım kanunun birinci kısmında bazı ileri ülkelerin ceza sistemlerinde küçük yaştaki suçlulara yapılan uygulamanın dayandığı esas ilkeleri ve ortak uygulama özelliklerini sunmak; ikinci kı-

(+) A. Ü. Tıp Fakültesi Psikiyatri Kl. Öğretim Üyesi

sımda ise Türk Ceza sistemindeki durumu ele alıp, hakim olan yaklaşım tarzını psiko-biyolojik bilirkişilik açısından eleştirmek istiyorum. Çok doğal olarak sorunun Psikoloji ve biyoloji açısında yapılacak değerlendirmelerin diğer disiplin mensuplarının görüşleri ile her yönden uyuşma beklenemez. Bununla beraber örnek aldığımız memleketlerde aynı alanda değişik disiplinlerin ortaklaştığı ilkeler, farklı olanlardan daha çoktur ve bunların uzun yıllara varan verimli uygulamalarının da bizim için büyük bir anlam taşıması gerekir.

BATI DÜNYASINDAKİ GELİŞMELER

Ceza sisteminde küçük yaştakilere tam olarak ayrı bir yer verilmesinin tarihi çok eski değildir. Çocukların ayrı mahkemelerde ve kendilerine özgü bir kanunla yargılanmasının ilk örneği batıda Amerika'nın Illinois eyaleti (1899) olarak gösterilir (12, 17).

Bu tarihten sonra Birleşik Devletlerin diğer eyaletlerinde ve Avrupa'da benzer uygulamaların hızla yayıldığına tanık oluyoruz.

Örneğin, Fransa "Biraz gecikerek" 1912'de (12), Almanya 1923'de (13), kuzey, batı ve orta Avrupa memleketlerinin çoğu yüzyılımızın başlarında yeni yaklaşım tarzının içine girmişlerdir. (1, 10, 11, 16). İleri bir ekonomik ve sosyal gelişme içinde bulunan memleketleri, ceza sistemlerinde bu yönelmeye iten ortak nedenler şöyle özetlenebilir:

1 — Daha önce gelişen «Hümanist» düşüncelerin etkisiyle, 19. yüzyıldan, ceza hukukunda «ilkel nitelikli misilleme» prensibinin yerine, «suçlunun ıslahı için çareler sağlanması» düşüncesinin yerleşmesi;

2 — Biyoloji ve psikoloji bilimlerinde çocuk ve ergenlerin gelişme özelliklerinin daha iyi bilinmesini sağlayan bir düzeye ulaşılabilmesi; buna dayanılarak çocuğu olumlu veya olumsuz yönde etkileyen kalıtımsal, yapısal, çevresel etkenlerin varlığının kabul edilmesi;

3 — Bunlarla az çok ilgili olan sosyal ve siyasal gelişmeler ve bunların etkisiyle çocuk ve ergenlik suçlarının değişik açıdan değerlendirebilmeleri. İşte bu esas ve bunlarla ilgili diğer etkilerle son 40 - 50 yıl içinde, batıda ulusal ve uluslararası gelişmelere paralel olarak geniş kapsamlı reform uygulamaları gerçekleştirilmiştir.

Özellikle 2. Dünya Savaşı ve ondan sonra başlayıp devameden dünya koşulları, soruna katılıktan uzak, yeni gerekleri karşılayacak, gelişmelere açık bir açıdan bakılması zorunluğunu yaratmıştır. Böylece bir-

469

çok memleket, çocuk ve ergenlere ait ceza kanunlarında kısa sürelerle değişiklikler yapmak ihtiyacını duymuşlardır.

Örneğin Fransa 1912 'den sonra 1945 ve 1951 'de (17), Almanya 1923 'den sonra 1943 ve 1953'de (13) Avusturya 1928, 1949 ve 1950'de (16) gittikçe daha liberal nitelikli reformlar yapmışlardır. Ayni tür yönelmeleri İsviçre, Norveç, Danimarka, Fillandiya ve diğer bazı batı ülkelerinde de görmek mümkündür (1, 3, 11, 15).

Söz konusu reformist memleketlerde yapılan değişikliklerde kendi sosyal yapı, ihtiyaç ve olanaklarına göre bazı farklar olmakla beraber, önemli ilkelerde ortak noktalar daha fazladır.

Reformlara Hakim Olan Ortak İlkeler :

a) Ceza sisteminde «Eğitim» düzeltme, suça karşı koruma» tedbirlerinin ön plâna alınması;

b) Ceza tedbirlerinin geri plâna alınması ve olanakların el verdiği kadar silik, esnek karekterde olması;

Bu iki ilkeye bağlı olarak devletin ceza ile tehdit eden, ceza veren bir otorite olmaktan çıkarak, daha çok eğiten, yön veren ve koruyan rol ve fonksiyonları üzerine alması (1, 5, 8, 15, 17, 18).

c) Yukarıdaki iki önemli prensibi gerçekleştirmek için çocuk ve ergenler için özel yargı organlarının kurulması, çocuklarla ilgili suçların özel bir, kovuşturma sisteminde ve özel yöntemlere göre yapılması, buna parelel olarak devletin kanunla kendisine verilmiş görevleri yerine getirmesi için özel eğitim, koruma, tedavi kurumları kurması.

Bu memleketlerde suç işleyen çocukların sosyal uyumlarını sağlayacak çeşitli disiplin mensuplarının (özellikle psikolog, pedagog, psikiyatr ve hatta psikoanalist, sosyal yardımcılar) yargıçlara yardımcı olacak tarzda geniş bir örgüt içinde birleşmeleri gerçekleştirilmiştir. Böyle bir sistem içinde devletin eğitici ve koruyucu görevinin cezalandırmaya oranla ne kadar baskın olduğuna, 1958 yılında Norveç'te 14 - 18 yaşlar arasındaki suçluların ancak % 5'inin cezalandırılması (1), belirgin bir örnektir.

d) Çocuk ve ergenlerin ceza sorumluluğu dışında kalmasını sağlayan üst yaş sınırları yükseltilmiş ve koşullu sorumluluk yeteneği için yaş dönemi sınırı geniş tutulmuştur. Örneğin ceza verilebilmenin üst yaş sınırının Norveç, İsviçre, Avusturya, İngiltere, Almanya'da 14'den (1, 3, 5, 10, 18); Fillandiya'da 15 'den (11); Fransa'da 13 'den (17) sonra başladığını görüyoruz.

470

Koşullu cezalandırılma ise genellikle 14 - 18 (14 hariç) yaş dilimini kapsamaktadır. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi bunlarda da dar anlam içinde ceza çok seyrek olarak uygulanmaktadır. Söz konusu reformist sistemlerde diğer önemli bir gelişmede psiko - biyolojik bazı «gelişme gecikmesi» kriterlerinin (bunların da dar anlam içinde ruh hastalığı sınırları içine girmesi zorunlu değildir). 18 - 20 yaş dilimindeki suçlularda da bulunması halinde, bunların 14 - 18 yaş dilimindekiler gibi muamele görmeleridir (5, 8, 18).

e) Yukarıda belirtilen reformcu uygulamaların zorunlu bir sonucu da çocuk ve ergenlik suçlarında uzman bilirkişilerin yardımına gittikçe daha çok yer verilmesidir. Bu tutum daha modern bazı kanunlarda bilirkişinin yardımına başvurmayı yargıcın takdirinden çıkarıp, kanun zorunluğu haline getirme eğilimi tarzında görülmektedir.

Alınan Bellibaşlı Tedbir Alternatifleri :

Uygulamada genel prensipler elden geldiğince çocuğun kişiliğini zedelememe, ileride tekrar suça yönelmesine olanak hazırlamama, cezada hafiften ağıra gitme ve çeşitli alternatifler arasında gereğinde birinden diğerine geçişi sağlayacak açılabilir kapılar bırakma. Bu prensipler çerçevesi içinde alınan tedbirler şu gruplarda toplanabilir.

a) Yargıcın suç işleyen küçüğe hiçbir özel tedbir uygulamaya gerek duymaması : Arâzî suçlarla, çocuk ve ergenlerin psikolojik gerginlikler sonucu ve çocuksu (Infantil) tepkisel suçlarında daha çok bu yola gidiş eğilimi vardır (5, 8).

b) Ceza karakteri olmayan uyarıcı tedbirler :

Koşullu olarak serbest bırakma; çocuğu eğitim ve ıslah yetkisiyle tanınmış bir şahsa veya bir kuruma verme; psikopedagojik eğitim ve meslek eğitimi olanakları olan özel kurum ve örgütlere yerleştirme. Belirli sürelerde devlet bu kurumlarda çocuğun istenilen amaçları gerçekleştirir tarzda bir gelişme gösterip göstermediğini kontrol olanaklarını hazırlamıştır.

c) Ceza Tedbirleri :

Bunlar da ergenin kişilik gelişmesi niteliği, yaşı ve suçun ağırlık derecesine göre, gözaltına alma, bazı yükümlülükler yükleme, ıslah ev-

42/

lerine yerleştirme ve eğitim esası üzerinde kurulmuş çocuk ceza evlerine kapatma gibi çeşitli alternatifler tarzındadırlar.

Çocuk Suçlarında Bilirkişinin Görev ve Yetkisi :

Daha önce belirttiğimiz ilke ve uygulama özelliklerinden de anlaşılacağı gibi suçlu çocuğun ruhsal durumu, kişiliği ile ilgili bazı yeteneklerinin gelişme düzeyleri, tepki özellikleri ve bunların suç koşulları, bizzat suç ile ilişki derecelerini tayin ve nihayet çocuğu düzeltme açısından uygulanacak en yerinde tedbirin bulunmasında, yargıca yardımcı olmak bilirkişiye düşer.

Bu yönlerde yeterli bir değerlendirme yapmak için çoğunlukla bilirkişinin şu sorun alanlarını incelemesi gerekir : Suçlu çocuğun kalıtımsal özellikleri, iç salgı bezlerinin durumu, organsel beyin hastalıkları, diğer beden hastalıkları, psikolojik özellikleri, sosyal öyküsü (Doğumdan başlayarak o güne kadarki aile ve çevre durumu), suçun gelişme koşulları, kişinin o andaki durumu (5, 8).

Bilirkişinin Formasyonu :

Yukarıda belirtilen çesitli alanlardan en az eksikle bir karara varabilmek genellikle bir disiplinin sınırlarını aşar. Hiç şüphesiz bu yönde eğitim yolu değişik dallardaki uzmanlardan meydana gelmiş bir «takım» (tim) calışmasından yararlanmaktadır. Günümüzde böyle bir takımın vazgeçilmez elemanları arasında psikoyatrlar (özellikle çocuk psikoyatrları), kriminolojik tecrübeleri olan psikologlar, pedagoglar ayrıca eğitim görmüş sosyal yardımlar gelir. Yerine göre bunlar bazen genetik uzmanları ve diğer tıp dalları uzmanlarının (iç salgı bezleri v. s.) bilgi, tecrübelerinden de yararlanırlar. Bu nedenledir ki birçok memleketlerde çocuk ergenler üzerinde yeterli bir kanaata varmak için, özel «gözlem ve inceleme merkezleri» kurulmuştur. Gerektiğinde suçlu küçükler buralarda belirli bir süre her yönden incelendikten sonra bir karara varılır. Hiç kuşkusuz her vak'ada bütün bu saydığım disiplin uzmanlarına ayni derecede söz düşmeyebilir. Örneğin, ruh hastalıkları sınırı içine giren haller daha çok psikiyatr'ın «gelişme ahenksizlikleri» ise daha çok psikolog'un yetki alanı içine girebilir. Ancak pratikte baştan itibaren bu sınırları çizebilmek çoğu kez güç ve hatta sakıncalıdır.

Bilirkişinin Yetki Sınırları :

Bilirkişinin genel ana ilke olarak kendisini bir takım duygusal benimseme (idantifikasyon) ve aktarımlar (transfer) dan sakınması zo-

472

runludur. Ayrıca yargıcın rolünde görünmemeli, belirli alanlarda onu aydınlatan, yardımcısı olduğunu unutmamalıdır. Değerlendirmelerini soyutlama ve genellemelerle değil, her vak'a ve herbir suç için ayrı ayrı yapmalıdır. Psikoloji, psikiyatri ve diğer bilim dallarının, bazı alanladaki kesin olanaklarına karşılık henüz her sorunu çözecek bir gelişme düzeyinde olmadıkları da bilirkişi tarafından kabul edilmek gerekir. Nihayet çok önemli bir nokta da araştırma ve bulguların değerlendirilmesinde bilimsel sağlam zeminin dışına çıkmamalı, kamu heyecan ve sansosyonlarına kendisini kaptırmaktan sakınmalıdır.

TÜRK CEZA SİSTEMİNDE ÇOCUK VE ERGENLERİN SORUMLULUĞU VE BİLİRKİŞİLİK UYGULAMASI

Birinci bölümde örnek verdiğimiz memleketlerden en büyük farkımız çocuk ve ergenlik suçlarının genel ceza kanunu çerçevesi içinde ele alınmasıdır. Cumhuriyetin ilânından hemen sonra sistemimiz kaynak olarak İtalyan Ceza Kanununu almış ve aradan geçen 50 yıla yakın bir süre içinde dünyada ve bizde devam eden bilimsel ve sosyo - kültürel gelişmeler, siyasal, ekonomik değişmeler bu yönde hemen hiç olumlu bir etki göstermemiştir. Gerçi zaman zaman değişik kişi veya kurumlarda veya hükümetlerde ümit uyandırıcı bazı kımıldamalar görülmüş ise de bunların hiçbiri uygulama alınına çıkmamıştır. Halbuki, bugün mevcut olan, çocuk suçları ile doğrudan ve dolaylı olarak ilgili gerçekler, yaklaşım açısı ve uygulama tarzındaki eksiklikler, yakın bir gelecekte başka memleketlerde çoktan beri örneklerini gördüğümüz toplumsal koşullar, vakit geçirmeden çocuk ve ergenler için yepyeni bir anlayış içinde örgütlenmeye gitmemizi zorunlu kılmaktadırlar. Bu zorunluğun, ceza alanında zaman zaman ortaya atılan bazı platonik görünüşlü sloganlardan herhalde daha geniş kapsamlı, hümanist, toplumsal ve bilimsel destekleri mevcuttur.

Yaş Sınırı Sorun'u :

Kanunumuzda ceza sorumluluğu bakımından yaş küçüklüğü üç derecede ele alınmıştır :

1 — «Ehliyetsizlik» (T. C. K. Md. 53);

2 — «Tam olmayan ehliyet» (T. C. K. Md. 54, 55);

3 — «Ehliyet Safhası» (F. Erem);

1 — Tam ehliyetsizliği ifade eden T. C. K. 53. maddesinde : «Fiili işlendiği zaman onbir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat» yapıl-

mayacağı belirtilmiştir. Tedbirlerle ilgili olarak kanun şu iki yolu göstermiştir : Çocuğun yaptığı iş bir yıldan fazla hapsi; yahut daha ağır cezayı gerektiriyorsa mahkeme çocuğu ya bir ıslah evine, yahutta anne - baba veya vasisine teslim eder. Görüldüğü gibi maddede suç niteliğindeki davranışta bulunan çocuk için iki tür tedbir öngörülmüştür. Aileye veya ıslah kurumuna vermek. Kanunun uygulamasında söz konusu iki çözüm yolundan hangisinin çocuk için daha yararlı olacağını tespit etmeyi amaç tutan kiriterler mevcut değildir. 10 - 11 yaşındaki çocuklar ve daha küçükler için ayni yollara, yöntemlere başvurulur. Ayrıca tesadüfler, en fantil tepki ve eğilimler, kriminal karakter gelişmesi ve uygunsuz çevre etkisiyle kanun dışı suç işleyenlere de ayni tedbirler uygulanır. Söz konusu maddenin kapsamına giren çocuklar için psikolojik yetenek ve sosyal «prognoz» tespiti yönünden bilirkişi müdahalesine açık bir kapı yoktur.

Kanunda belirtilen «Eğitim ve düzeltme» amaçlı kurumların da mevcut örnekleri ile çocuğa iyi bir kişilik gelişmesi sağlamaktan yoksun oldukları bir gerçektir. Söz konusu kurumların kosulları, tüm atmosferleri ile, çocukta cezalandırılmış; toplumdan uzaklaştırılmış olma duygularını kuvvetlendirdikleri, çeşitli olumsuz etkilerde bulundukları daha çok beklenir.

2 — Tam olamayan sorumluluk dereceleri kanunda 2 safhada ele alınmıştır.

a) 11 yaşını bitirip 15 yaşını bitirmemiş olanlar (Md. 54);

b) 15 yaşını bitirip 18 yaşını bitirmemiş olanlar (Md. 55);

T. C. K. Md. 54 şöyle der : «Fiili işlediği zaman 11 yaşını bitirmiş olup da 15 yaşını doldurmamış olanlar, farik ve mümeyyiz olmadıkları suretle haklarında hiçbir ceza tertip olunamaz. Ancak işlenilen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim cürümlerden ise bundan evvelki madde ahkâmı tatbik olunur». (Yani 53. madde uygulanır). «Eğer çocuk işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş ise» ceza verilir; fakat bu belirli suçlarda belirli oranlarda indirme ile yapılır. Yine kanuna göre çocuk ve ergenlik çağındaki küçüklerin cezalarının çektirilmesine başlarken 18 yaşını bitirmemiş iseler, cezalar mutlaka ıslah evlerinde çektirilir; bunlara kamu hizmetlerinden yoksunluk ve kamu güvenliği için gözaltına alınma cezası uygulanamaz (A. P. Gözübüyük).

54. maddede kapsam ve yaklaşım tarzı olarak psiko - biyolojik bilirkişi açısından şu önemli eleştiri noktaları dikkati çekmektedir : Ka-

474

nunun şartlı olsa bile ceza sorumluluğu yeteneği için kabul ettiği yaş sınırı insan kişiliğinin psiko-biyolojik gelişme dönemleri ve özellikleri ile uyuşmazlık içindedir. Çünkü normal olarak biyolojik ergenliğin başlangıcı erkekler için ilk meni akması, kızlar için ise ilk adet kanaması kabul edildiğine göre (19), 11 yaşın sonu henüz olgunlaşmış bir erginlik dönemi değildir. Psikologlar bu dönemi ergenlik önü (prepüberte) diye adlandırılır ve çocukluk çağından ergenliğe geçiş safhası olarak alırlar. Gerçekten de «küçük» bu dönemde henüz çocukluk döneminin ruhsal ve biyolojik özelliklerinden kurtulmamıştır (4, 7, 19). Kanun için sorumluluk yaş sınırını tayindeki sosyal kriterler ne olursa olsun, bunlar günümüz psikoloji bilimi gerçekleri ve yukarıda örneklerle verdiğimiz modern ceza anlayışıyla da bağdaşmamaktadırlar.

Diğer taraftan C. Kanunumuzda söz konusu yaş sınırları içindeki küçükler «farik ve mümeyyiz olmadıkları surette» haklarında «ceza tertip olunamaz" demekle bu dönemi esas olarak sorumluluğa yetenekli görmekte ve bu kaidenin dışında kalmayı şarta (fark ve temyiz yeteneğinin olmaması şartına) bağlamaktadır. Halbuki örnek verdiğimiz memleketlerin çoğunda 12-14 yaş tam olarak ceza sarumluluğu yeteneği sınırının dışına atılmakta, 14 'den sonra ve 18 yaşa (dahil) kadarki dönemde ise cezalandırılmayı şarta bağlamaktadır.

Örneğin 1953 tarihli Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu 14-18 yaş arası ergenler için «ancak işlenen fiilin uygunsuz olduğunu zekâ ve moral gelişme yeteneği yönünden anlayabilecek ve buna göre hareket edebilecek bir olgunlaşma seviyesine gelmiş ise" sorumludur, deyimi ile, farklı bir açı ile durumu değerlendirmektedir. T. C. Kanunundaki farklı tutum ve uygulama tarzının suç işlemiş çocuk ve ergenlerin kişilik gelişmesi ve sosyal prognostikleri üzerinde sakıncalı etkilerle olanak yarattığı kabul edilmek gerekir.

54. maddenin önemli bir özelliği «fark ve temyiz kavramlarıyla bilirkişinin işe karışması yolunu açmasıdır. Çünkü «fark ve temyiz» kavramı psikolojik bir görüşle kanuna girmiştir. Anlamak ve istemek, yeteneğini ifade eder (6,9,) yani kanun bununla, yapılan işin sosyal ahlâk ve mevcut düzen yönünden uygunsuz, müsaade edilmeyen nitelikte olduğunun fail tarafından bilinmemesi halinde, ceza verilmemesini emretmektedir. Bu ise küçüğün bilgi ve duygusal yönden ruhsal olgunlaşma düzeyinin tesbitini gerektirir. Ancak burada da kanunumuzla kaynak kanun arasında ifade ve anlam bakımından fark vardır.

Şöyleki : kaynak kanunda «fark ve temyiz ile hareket etmiş küçükler» deyimi kullanılır ve işlenen suçun genel olarak uygunsuz olduğunun

425

bilinmesi tarzında alınır. Halbuki kanunumuzda «işlediği fiilin suç olduğunu fark ve temyizle hareket etmiş ise" deyimi kullanılmaktadır. O halde kanunumuz çocuğun işlediği fiilin yalnız genel anlamda değil, kanunla suç olarak kabul edilmiş bir iş olduğunu anlayacak (6,9,) ruhsal gelişme seviyesinde olmasını istemektedir.

Böylece T.C.K. md. 54 kaynak kanuna oranla cezalandırılabilmek için daha ileri safhada bir bilgi seviyesi ve etik gelişme yeteneğini istemiş olmaktadır. Zira bir fiilin genel olarak uygunsuz olduğunu bilmeye oranla, kanunla yasaklanmış bir suç olduğunu bilmek daha yüksek seviyede bir ruhsal farklılaşmayı ve bilgiyi gerektirir. Sosyo - kültürel koşullarımız açısından kanunun kaynak kanundan böyle farklı bir tutum gütmesini izah etmek güç olmakla beraber, bunun psikolojik açıdan çocuğun yararına çözümler için olanak yarattığı da meydandadır.

54. maddede bilirkişinin bilgisine başvurması için özel bir kayıt konulmamıştır. Her ne kadar uygulamada genellikle vak'alarda bir bilirkişi raporuna başvurulmakta ise de, buna karar verme tamamen yargıca bırakılmıştır. Çünkü «küçükte anlama ve isteme kudretinin bulunup bulunmadığını yargıç takdir eder». Ancak «gerek görürse bilirkişinin düşüncesini alır». (9).

Gerçek şudur ki : ergenlik dönemi, genel çerçevesiyle biyolojik, hormonal ve psikolojik sorunlarıyla çok karmaşık, kritik özellikler gösterir. Etki - tepki tarzları ve nedenleri her şahıs için olduğu kadar, ayni şahıs için de çok değişiktir. Böyle bir insanın işlediği suçtaki biyo - psikososyal dinamiği çözmek ancak onun «kişiliğinin tümü ile» iyice bilinmesi ile mümkündür. Bu bilgi ayni zamanda onun suçtan sonra topluma bir daha suç işlemiyecek tarzda kazandırılması için, uygulanacak en iyi tedbiri tayin için de şarttır. Bütün bunları ancak belirli eğitim ve tecrübe döneminden geçmiş kimseler gerçeğe yakın olarak tespit edebilirler.

Böylesine özel ve farklı bir yetkiyi değişik bir disiplin içinde yetişen ve çalışan yargıçtan beklemenin sakıncalı sonuçlar vereceği tartışma götürmez. Onun içindir ki kanun, hakimi uzman bilirkişinin kanaatını almaya zorlamalıdır. Ayni nedenle küçüğün suç işlediğinden sonra başlayan bütün yürütmelerin de kişiliği zedelemeyecek psikolojik yöntem ve taktik içinde yapılmasını (birçok memleketlerdeki örneklere uyarak) sağlayacak olanakların yaratılması zorunluğu da vardır.

54. maddenin ceza tedbirleri yönünde de 53. madde için belirttiğimiz sakıncalar devam etmektedir. 55. madde 15 yaşını bitirmiş 18 'ini bitirmeyen ergenleri kapsamaktadır. Bu dönemde suç işlemiş ergenler

476

için kanunumuz cezadan başka bir alternatif tanımamakta, ancak cezaları belirli bir oranda azaltmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi ergenlik döneminin bir insandan diğerine görülebilir değişmeleri, 15 - 18 yaş dönemini bundan önceki dönemden ceza sorumluluğu yönünden böylesine kesin olarak ayırmaya olanak vermez. Ayni şeyi her iki dönemin bağımlı olduğu çok farklı cezalar için de söylemek gerekir. Nitekim reformist sistemler, bu nedenle 14 - 18 yaş dönemini aşağı yukarı ayni ceza rejimine ve uygulama tarzına bağlamışlardır (1, 5, 8, 12, 13, 15, 16). 18 - 20 yaşları için ceza kanunumuz özel bir durum tanımamaktadır. Bunun da özellikle bazı kişilik yapıları ile, belirli bazı suçlar için psikolojik yönden tartışılabilir tarafları vardır.

Bizde Çocuk Suçlarında Bilirkişilik Uygulaması

Çocuk suçlarında da bilirkişilik ceza mahkemeleri usulü kanunu çerçevesi içinde yapılır (14).

Kimler Bilirkişi Olur : Çocuk ve ergenlik suçlarında kimlerin bilirkişi olabileceği kanunda açıklanmamıştır. İstenen bilirkişinin mutlaka hekim olması gerekmez (9). Ancak uygulamada büyük çoğunlukla resmi görevli hekimler tayin edilmektedir. Bilirkişi olarak seçilen hekimin çalışma alanlarında da bir seçim yoktur. «Pratisyen hekimler» (Uzman olmayanlar), sinir ve ruh hastalıkları uzmanları, adli tabibler ve diğer uzmanlar olabilir. Hernekadar bazı yargıtay kararlarında küçük sanığın «fark ve temyiz» durumu hakkında hükümet tabibinin verdiği raporun yetersiz olduğuna işaret edilerek kararın yolsuz olduğu sonucuna varılmakta ise de (2, 9) bu tür bozma kararları raporu verenin formasyonundan daha çok raporun hazırlanış tarzına yönelmektedirler. Bilirkişilik için başvurulanlar bazan da tek hekim yerine sağlık kurulları olmaktadır. Burada da kurulu teşkil eden üyelerin uzmanlıklarının ne olması gerektiği yönünde bir açıklama yoktur.

Yukarıda sık sık değindiğimiz nedenlerden de kolayca anlaşılır ki, çocuk ve ergenliğin kendine özgü durumu dolayısiyla, bilirkişiye yetkililik için yalnız başına genel bir medikal formasyon yeterli değildir. Bunun için ayrıca özel bir psikoloji ve psikopatoloji eğitimine ve tecrübesine de ihtiyaç vardır. Bilindiği gibi ergenlik dönemi her insanın yaşayıp geçtiği normal psiko - biyolojik bir süreci kapsar.

Suçlu çocukların büyük bir kısmı bu sürecin normal değişme sınırları içindedirler. Bazı vak'alarda da normal sınırların dışına taşan pato-

lojik (hastalık) durum söz konusu olabilir. Suçlunun normal ergenlik gelişmesi içerisinde olduğu hallerde kriminolojik tecrübesi olan psikologları, önemli söz sahipleri olarak kabul etmek gerekir. Ancak yukarıda da işaret ettiğimiz gibi hangi vak'aların normal sınırları içinde olduğunu, hangilerinin hastalık sınırları içinde bulunduğunu önceden bilip ona göre bilirkişiyi seçmek her zaman mümkün olmaz, bu nedenle başlangıçtan itibaren suçlunun, gerekli disiplin mensuplarından kurulu bir çalışma takımı tarafından incelettirilmesi en uygun yol olarak görülmektedir. Böyle bir takımda (inceleme kurulunda) bulunması en zorunlu olan disiplin mensupları psikiyatr (özellikle çocuk psikiyatr'ları), kriminoloji ile uğraşan psikolog, sosyal hizmet uzmanları ve pedagoglardır. Bunlara vak'asına göre iç salgı bezleri ve genellikle uğraşanlarla diğer uzmanların da katılması gerekebilir.

Yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız gibi uygulamada çoğu kez bilirkişi olarak başvurulanlar söz konusu dalların dışındakilerdir. Tıp Fakültelerimizin öğrenci eğitim programları, Üniversite sonrası uzmanlık olanakları yakından incelendiği zaman, psikiyatri uzmanlık eğitimi hariç, diğer dalların çocuğun gelişme psikolojisi ve psikopatolojisi yönünde yeterli bir bilgi vermediği görülür. Bu durum pratik hayatımızda, adlî bilirkişilik uygulamalarında örnekleri çok olan sayısız sakıncalı sonuçlar doğurabilmektedir. Ayni durum ilgili diğer Fakülte, Akademi veya Yüksek Okullar içinde kolayca kabul edilebilir.

Çözüm Yolu Ne Olmalıdır? Kuşkusuz memleketimiz Üniversiteler ve akademik seviye yönünden bundan 10 yıl öncesi ile bile karşılaştırılamayacak olanaklara sahiptir. Her geçen yıl artan ve memleket yüzeyine yayılan yeni öğretim kurumları ile bu olanaklar gittikçe artmaktadır. Böyle bir durumda, gecikmenin doğuracağı bireysel ve sosyal çok yönlü sakıncaları da önlemek amacı ile bir an önce çocuk yargı organlarının özel kanun ve koşulları içinde kurulmasında zorunluk vardır. Çocukların tüm hukuki sorunları içine alan ayrı bir örgütlemeye gidilmelidir. Bugün için Üniversite merkezleri etrafında belirli bölgelendirmeler yapılmalı; bu merkezlerde kurulacak özel adlî, sosyal ve medikal - psikolojik örgütleme ve buna bağlı eğitim, düzeltme tedavi kurumları ile o bölgenin ihtiyaçları karşılanmalıdır. Bu kuruluşa parelel olarak ilgili konularda bilirkişi yetiştiren bütün kurumların eğitim programlarında, söz konusu alanda yetkili uzman yetiştirecek tarzda geliştirmeler yapılmalıdır. Halen görev yapmakta olan adlî tabip, hükümet tabibi ve diğer resmi bilirkişiler için özel geliştirme kursları ile eksiklerinin tamamlanmasına gidilmelidir. Hizmetin iyi yürütülebilmesi ve önemine uygun benim-

senmesi için tıbbi ve psikolojik bilirkişilik ücret statüsünün zamanın ve sarfedilen gayretin gereklerine uygun bir rejime bağlanması şarttır.

Bu arada yargı organlarının genellikle uyguladıkları, kollektif yetki ve sorumluluğun hakim olduğu kurum bilirkişiliği (Sağlık Kurulu gibi) yerine, kişisel tasrihlerle bilirkişileri tayin tarafına yönelmelerinde çeşitli yönlerden yararlar görmekteyiz.

LİTERATÜR

1 — Adenaes, J. : Das norwegische Strafrecht. E. Mezger, A. Schönke'nin Das Auslandische Strafrcht der GegenWart, Band 4, S. 263, Dunker - Humbolt, Berlin 1962.

2 — Alicanoğlu, M. : «Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Kararları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu» Cilt 1. İstanbul Halk Basımevi 1951.

3 — Bleuler, E. : Lehrbuch der Psychiatrie. Umgearbeitet V. M. Bleuler. 10. Auflage, Berlin, N. Y., Heidelberg, 1966.

4 — Bühler, Ch. : Psychologie im leben unserer Zeit. Droemer Knaur, München, Zürich, 1962.

5 — Ehrhardt, H. ; Villinger, W : Forensische und administrative Psychiatrie. Psycihatrie der Gegenwart Band III, S. 299, Springer V, Berlin, N. Y., Heidelberg, 1961

6 — Erdem, F. ; Ümanist doktrin açısından «Türk Ceza Hukuku» Cilt 1, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları

7 — Ey, H. ; Bernard, P. ; Brisset, Ch. : Manuel de Psychiatrie. Masson, Paris 1967.

8 — Gerchow, J. : Beurteilung der Jugentlichen und Heranwachsenden. A. Ponsald'ın Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, 3. Auflage, S. 90, G. thieme V., Stuttgart, 1967.

9 — Gözübüyük, Polat, A. : «Türk Ceza Kanunu Şerhi» Cilt 1, Ajans Türk Matbaası - Ankara - 1960

10 — Grünhut. M. : Das Englische Strafrecht. E. Mezger, A. Schönke'nin ayni eseri. Cilt 3, S. 133

11 — Honkasalo, B. : Das Finische Strafreicht. Ayni eser. Band 2, S. 7

12 — Honig, R. M. : E Mezger, A. Schönke'nin ayni eseri. Cilt 4, S. 7

13 — IIIchmann, Christ, A. : Die forensische - medizinische Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden. A. Ponsold'un Lehrbuch der Gerichtlichen medizin, zweite Auflage, G. thieme V., Stuttgart, 1957.

489

14 — Kumrulu, Z. ; Betil, Z.; «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu» Yeni Cezaevi Matbaası - Ankara - 1945

15 — Marcus, F. : Das Strafrecht Danemarks. E. Mezger, A. Schönke'nin ayni eseri.

16 — Nowakowski, F. : Das Östreichische Strafrecht. E. Mezger, A. Schönke'nin ayni eseri. Cilt 3, S. 415.

17 — Porot, A. : Berdenat, Ch. : Psychiatrie Medico - Legale Librairie Maloine S. A., Paris 1959.

18 — Reisner, H. : Zurechnungesfähigkeit. Bleuler'in Lehrbush der Psychiatrie, sinden. S. 554.

19 — Remplein, H. : Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes und Jugendalter. Ernst Reinhardt V. München - Basel; 1969

20 — Wetbrecht, H. F. : Psychiatrie'in Grundriss. 2. Auflage, Springer V., Berlin, N. Y. Heidelberg, 1968.

480

GÖZETİMLİ ERTELEME MÜESSESESİ (PROBATİON)

Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL

I. Giriş

Probation, ceza mahkemelerinde görülen bir hizmet olup; suçluluğu saptanan sanık hakkında psiko - sosyal bir anket yapılmasını ve bu müesseseden yararlandırıldığında hükümlünün cemiyette gözetimi ile tâbi olacağı hürriyet rejiminin koşularını içermektedir.

Suçlu hakkında yapılan anket, suçlunun öz geçmişi ile karakterine değgin bilgi toplamayı amaç edinmektedir. Sosyal hizmet uzmanının anket sonucu vardığı teşhis yargısı, yargıca vereceği cezanın seçiminde yararlı olacağı gibi, sonradan girişilecek iyileştirme (treatment) vetiresinde katkıda bulunabilir.

Suçluların cemiyette gözetimi, sosyal yardım yöntemlerinin uygulanmasını; suçlunun sorunlarının olumlu bir biçimde çözümlenmesine engel olan zorlukların giderilmesini, şahsın çevresine uyumunu sağlamayı ve suçluyu, sosyal ve hukuksal sorumluluklarını yerine getirmeğe yöneltmeyi kapsamaktadır.

Ekseri ceza sistemlerinin temel bir ögesi olan ve bu yüzyılın başlangıcında bilinmeyen **probation** müessesesi, suçlulara daha insanî ve etkili muamele yapma arzusu sonucu belirmiş ve bu suretle ihtiyarlamış geleneksel infaz tatbikatında ciddi bir aşama kaydedilmiştir.

Probation müessesesi, dinamik psikolojideki gelişmeler ile çevrenin insan hareketine olan etkisi konusunda beliren bilgiler sonucu anlamlı bir nitelik kazanmış ve sosyal hizmet uzmanları yeni yöntemler ile bilgileri uygulamağa başlamışlardır.

Suçluların bu müesseseden yararlanması bir hak olmadığı gibi adlî bir lütûfda değildir. Probation, yargıcın suçlu ve cemiyet yönünden yararı göz önüne alarak kullandığı bir takdir hakkıdır. Bu müessese ile, hapis cezasından daha iyi bir biçimde ceza adaleti ve halka hizmet edildiği belirmiştir. Probation, suçluların ekserisi için ümit verici, etkili ve parasal tasarrufu içeren bir infaz müessesesidir.

Probation'un etkili bir uygulamaya kavuşabilmesi amacıyla aşağıdaki ögelerin gerçekleşmesi zorunludur.

1. Sıhhatli ve rasyonel hukuki bir çerçeve;
2. Ceza yaptırımının ankete dayalı olarak saptanması;
3. Suçluların gözetimi konusunda rasyonel ilkeler;
4. Yetenekli personel
5. Sıhhatli bir organizasyon.

II. Hukuksal Çerçeve

Probation müessesesi, rasyonel hukuki bir çevçeve içinde olmadıkça etkili olamaz. Her mahkeme, kanun gereği, erteleme ve probation müessesesini kullanma yetkisine sahip olmalı; muayyen suç veya suçluların bu müesseseden yararlanması konusunda kanuni istisnalara yer verilmemelidir. Muayyen bir cezanın suçluya verilmesi yasama organı tarafından değil, yargıç tarafında yapılmalıdır.

Müessesenin yararlı olabilmesi ve yargıcın sıhhatli bir ceza saptayabilmesi bakımından suçlu hakkında yapılan anket oldukça önemlidir. Bu anketin fonksiyonel olması içinde yargıcın hüküm öncesi anketi inceliyebilmesine gerekseme vardır.

Hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi halinde hazırlanan anket raporunun bir nüshasının cezaevine gönderilmesi, müessesevi tretman ile infaz sonrası bakım (**after-care**) yönlerinden yararlı olacaktır.

Suçlu hakkında hazırlanan anketin gizliliği konusunda kanuni yasaklar yer almalı ve rapor muhtevasının sadece yargıcın takdiriyle, ilgili kişilere verilebileceği ilke olarak kabul edilmelidir.

Probation'dan yararlanacak şahısların gözetim süresinde bağımlı olacakları koşulların kanun tarafından genel hatlarıyla saptanması veya tercihan bu koşulların kanunla belirtilmemesi yerinde olacaktır. Aksi takdirde, yargıçlar, kanunda yer alan koşulları otomatik bir biçimde uygulamaya yönelebilirler.

Bu müesseseden yararlanmak için muayyen bir süre cezaevinde kalmak bir şart olarak yer almamalıdır. Bu yoldaki uygulama probation kavramına uyarlı değildir. Probation'un amaçlarından biri, suçluyu cezaevinin yıkıcı etkilemelerinden korumak ve normal hayatın kesintiye uğramasını önlemektir. Bu bakımdan, probation müessesesi, hapis cezasını bir ön şart olarak kabule yer vermeyecek biçimde tanımlanmalıdır.

Müesseseden yararlanacak şahsın gözetim altında bulunacağı sürenin önceden bir kaç hafta veya bir kaç ay olarak saptanması uygun görülemez. Suçlunun iyileştirilmesi ve cemiyete uyumluluğu bu kadar kısa süre içersinde gerçekleştirilemiyeceğinden, kanun koyucu, gözetim süresinin bir yıldan az ve beş yıldan da fazla olamıyacağını belirtmelidir. Kanun koyucu, yargıca, lüzüm gördüğü takdirde, süre bitiminden önce suçluyu gözetimden çıkarabilme yetkisi tanımalıdır. Probation kararının geri alınması ise, yargıç tarafından ön görülen koşulların ihlâl edilmesi veya yeni bir suç işlenmesi halinde söz konusu olmalı ve geri almaya, yargıç tarafından yapılan duruşmada suçluya isnad edilen koşulların ihlâli veya yeniden bir suç işlendiğinin subûtu halinde karar verilmelidir.

III. Hüküm Öncesi Yapılan Anket

Probation müessesesi, insana saygı göstermenin esas olduğu, insan kişiliğinin sonsuz derecede değişme potansiyeline sahip bulunduğu ve suçluluğun komplike faktörler sonucu olması nedeniyle suçluların bireysel işlem görmesi temeline dayanmaktadır. Ceza yaptırımının sap tanması ve özellikle bu müessesenin uygulanabilmesi için hüküm - öncesi anket yapımı bir gereksinme olarak belirtmektedir. İyileştirme (**treatment**) vetiresi, sosyal hizmet uzmanının suçluya yapacağı ilk görüşme ile başlamaktadır.

Uzmanın yapacağı anket incelenmesi için yeterli zaman ayrılmalıdır. Bu zamanın önceden kesinlikle belirtilmesi mümkün olmamakla beraber iki haftalık bir sürenin yeterli olduğu görülmüştür. Tabiatıyla, ekseri hallerde, bu süreden daha kısa bir zamanda gerekli incelemeler yapılabilecektir. İnceleme sonucu hazırlanan anket raporu mahkemeye hüküm - öncesi verilerek yargıcın inceleyebilmesi sağlanmalıdır.

Sosyal hizmet uzmanının yapacağı inceleme sanıkla başlamalı ve bu yolda gerekli işbirliğini temin etmek için suçluda motivasyon yaratılmalıdır.

Sosyal hizmet uzmanı sanık hakkında bilgi toplamak amacıyla polis, ailevi ve sosyal çevre, iş yeri ve diğer kaynaklarla ilişki kurmalı; bilgi toplama sonrası teşhis koyabilme amacıyla, gerektiğinde klinik servislerinden de yararlanılmalıdır.

Elde edilen bilgilerin, olanak elverdiği ölçüde, doğruluğunun kontrol edilmesi; doğruluğu saptanmayan bilgininde ancak suçlunun anlaşılmasına yardımcı olması halinde rapora kaydedilmesi ve fakat doğruluğunu saptamak yolunda inceleme yapılmadığınında belirtilmesi yerinde olacaktır.

483

Hüküm - öncesi yapılan inceleme sonucu sanığın öz geçmişi hakkında elde edilen bilgiler tahlil ve organize edilmelidir. Geniş ve ayrıntılı bilgi, sanığın dinamik psikolojisini aydınlatmak bakımından esaslı bir kaynak fonksiyonu görecektir. Bu incelemenin amacı, sanığın kişiliğinde yer alan olumlu ve olumsuz faktörleri belirterek, yargıcın, suçlunun gelecekteki tabiatını tahmin ve ona uyarlı ceza yaptırımı verebilmesini sağlamaktır.

Anket raporunun kapsam ve biçimi değişik olmakla beraber, aşağıdaki ilkelerin göz önünde tutulması yerinde olacaktır:

Sanığın tanınması için gerekli bilgi raporun baş tarafına yazılmalı; sonra, işlemiş olduğu suç; bu konuda polisce verilen bilgi; savcılık ve diğer seviyelerde elde edilen bulgular, suçun işlenişi hakkında sanığın ifadesi, sanığın kendisini nasıl gördüğü; otoriteye karşı olan tutum ve tepkisi; ve işlemiş olduğu suç karşışındaki hissiyat ve tutumu yer almalıdır. Gerektiğinde, mağdurun suçluya karşı olan tepkiside raporda belirtilmelidir.

Suçun tasviri sırasında, kişinin daha önce işlemiş olduğu suçların kayıtlarına değinilerek değerlendirilmesi ve kişinin uyumsuzluğu hakkında bir yargıya varılması yerinde olacaktır.

Raporun geri kalan kısmı sanığın şahsiyetine ayrılmalıdır; öz geçmişi, mesken, komşuluk, tahsil, iş hayatı, aklî ve bedeni sağlık durumu, din ve geçim kaynağı. Bu bilgilerin bir araya getirilmesi yeterli olmayıp; bunlar arasında bir ilginin saptanması zorunludur. Örneğin, sanığın içkiye başlamasının babasının ölümünden sonra olması veya kadınla ilişki kurması sonucu belirmesi gibi.

Rapor, hüküm konusunda bir öneri ve iyileştirme planı ile son bulmalıdır: suçlunun probation'dan yararlandırılması düşünüldüğünde, ihtiyacı olduğu yardım ile sosyal uzmanın bu yardımı ne biçimde gerçekleştirebileceği? Bu amaçla başvurulacak sosyal örgütler? Suçlunun aile, iş hayatı ve yaşama adetlerinde ne gibi değişimlerin zorunlu olduğu? Suçluya yardımcı olabilecek kişilerin kimler olduğu? Suçlunun bağımlı olacağı özel koşullar ve suçlu cezaevine gönderildiğinde, cezaevinde girişilecek tretman nevi ile özel yardımların neler olabileceği?

IV. Anket Raporunun Aleni Olmaması

Sosyal uzmanın sanık hakkında hazırlamış olduğu anket raporu yargıcın takdiri dışında açığa vurulmamalı ve suçlunun kendisi de yargıcın

izni olmadıkça rapor muhtevasını görmemelidir. Suçlunun hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumuyeti halinde cezaevine gönderilecek rapor nüshasının da ifşa edilmesini önleyici tedbirler alınmalıdır.

Yargıç tarafından sosyal hizmet uzmanına ek sorular sorulduğunda, rapor muhtevasının kapalı celsede açığa vurulması ön görülmelidir. Sosyal uzmanın şifahi beyanda bulunması, raporun saptanan günde hazırlanıp yargıca sunulmaması halinde söz konusu olabilir. Kabahat neviden suçların niceliği ve yeterli zamanın el vermemesi karşısında sosyal uzmanın şifahi bilgi vermesi kabul görmelidir. Yanlız, kabahatın ciddi bir hareket problemi göstermesi halinde cürümlerde takip edilmesi gerekli yukarıdaki yöntemin bunlar için de uygulanması yerinde olacaktır.

V. Probation'dan Yararlanacakların Seçimi

Yargıcın, hüküm - öncesi hazırlanan rapora dayalı olmaksızın hüküm vermesi beklenilmemelidir. Yargıç, ancak ankette yer alan bilgi ve değerlendirmelere dayalı olarak sıhhatli bir hüküm verebilme olanağına kavuşmaktadır.

Probation müessesesinin etkin bir uygulamaya kavuşabilmesi için suçluların iyi bir seçime tâbi tutulması ön görülmelidir. Müessesenin amacı, suçlunun ve kamunun yararına hizmet etmektedir. Yerinde olmayan yargılar sonucu her iki gruptakininde zarar görmesi doğal bir sonuçtur.

Probation'un yararlı bir çok yanları vardır : ekseri suçlular için ümit verici bir kontrol ve iyileştirme yöntemidir; aile birliğinin devamını sağlar; kişinin ekonomik yönden bağımsızlığını garanti eder; ve cemiyete yeniden intibakını geliştirmek konusunda yardımcı olur. Bu müesseseden yararlanan şahsın devlete tahmil ettiği parasal değerin hapis cezası ile mukayesesinde bu metodun oldukça tutarlı olduğu saptanmıştır.

Probation müessesesinden yararlandırılacak suçluların seçimi, kişinin potansiyel intibak ve uyum yetenekleri ile bu müessesede başarı gösterebilme derecesine dayattırılmalıdır. Bu konuda aşağıda yer alan faktörler göz önünde tutulmalıdır.

1 — Suç olgusu failde var olan hareket biçiminin bir tezahürümü, yoksa tesadüfi bir durum sonucumu? Suç, mala karşı mı işlenmiş? Şahsa karşı işlenmiş ise, yaralama veya şiddet kullanımı varmıdır?

485

2 — Suçluda yerleşik olan hareket biçimi; hissi ve psişik temayüller; suçlunun kendisi ve içinde bulunduğu durum hakkındaki fikri; kendisinde bir değişiklik gereğine sahip olup olmadığı, değişme konusundaki iradesi; yardımdan yararlanma yoluyla kendisi değiştirebilme yeteneği.

3 — Suçun ilk defa işlenip işlenmediği ve bu gibi hareketin tabiat ve devamlılık derecesi;

4 — Tahsil, çalışma, askerlik hizmeti ve boş zamanları değerlendirmesi incelenerek, suçlunun dengesi, saikleri ve yetenekleri konusunda bilgi;

5 — Suçlunun kamusal otoritelere ve sosyal kısıtlamalara karşı olan fikri tutumu ile değişmeye olan arzusu.

VI. Probation'a Tâbi Suçluların Gözetimi

Sosyal hizmet uzmanlarının gözetim devresindeki sorumluluğu, suçluların cemiyet ve yargıç tarafından konulmuş kayıtlar çerçevesinde yaşamasını sağlamak; suçluların olumlu bir biçimde cemiyete uyumlarını temin etmek üzere özel iyileştirme yöntem ve servislerden yararlanmasını ön görmektir. İyileştirme vetiresi, yargıç tarafından konulan çerçeve içerisinde yürütülmelidir.

İyileştirme felsefesi, suçluların değişme yeteneğine sahip olduğu ve bu değişmenin serbest çevrede cezaevindekinden daha iyi bir biçimde sağlanabileceği ilkesine dayalı bulunmaktadır. Sosyal uzman, suçlu ile olan ilişkilerinde, kendisinin kontrol konusundaki sorumluluğu ile iyileştirmedeki sorumluluğunu dengeli bir biçimde bulundurmalıdır. Kontrol ve iyileştirme vetiresinin temel ilkeleri, genel hatları ile, aşağıda belirtilmiştir :

— Değişiklik şahsın ruhundan geleceğinden, probation'dan yararnacak şahsın iyileştirme vetiresine katılması ön görülmeli ;

— Suçlu için hazırlanacak iyileştirme programında suçlunun ihtiyaçları, sorunları ve yetenekleri göz önüne alınmalı ;

— Probation'dan yararlanacak şahsın bağımlı olacağı koşullar hukuken bağlayıcı nitelikte olup; suclu ve cemiyet yararı yönünden bu koşullara uyumluluk sağlanmalı ;

— İyileştirme programının amacı, suçlunun sorunlarını tanıması, anlaması ve bunları yeterî derecede çözümleyebilmesidir.

486

Probation müessesesinin başarısı, gözetim altında bulunan suçlunun kontrolünden çok suçlunun kendi hareketlerini kendisinin kontrol etmesi ile sağlanabilecektir. Probation çerçevesinde, hüküm - öncesi inceleme ile başlavan iyileştirme vetiresi iyileştirme programı ile devam etmelidir. Düzenlenen plan ve program, mümkün olduğu ölçüde, suçlu ile sosyal uzmanın işbirliği sonucu olmalıdır. Sosyal uzmanın iyileştirme vetiresinde başvuracağı kaynaklar ise, sırasıyla, suçlu ile olan ilişkileri ve sosyal kaynaklardır.

Sosyal uzmanın suçlu ile olan ilişkisi, temaslarla belirmekte olup; bu temasların temeli, hüküm - öncesi yapılan inceleme sırasında atılmaktadır. Anketi yapan uzmanın gözetim görevinide üzerine alması halinde bu ilişikler aralıksız olarak devam etmektedir. Uzman, başlangıçta, kendi durum ve sorumluluğunu suçluya açıklamalı; suçlunun kendi durumu hakkında ne düşündüğünü bilmelidir. Başarılı ilişkiler ise, herşeyden önce, karşılıklı saygı ve emnivet ile her iki tarafta sorumluluk duygusunun varlığını gerektirmektedir.

Sosyal uzmanın suçlu ile yapacağı temasların sayısı ve sıklığı kendisi tarafından saptanmalıdır. Yapılacak her temasın bir plân çerçevesinde ver alması ve iyileştirme amacına yönelik olması gerekmektedir. Gözetim devresinin başlangıcında yapılacak temaslar sık olabilirse de, zamanla suçlunun yardım ve kontrole daha az ihtiyaç göstermesiyle temaslar azalmalıdır. Lüzumundan fazla yapılan temaslar suçluda gerilim ve gerilemelere sebebivet verebilir. Sosyal uzman, suçlunun kontrol ve rehberliğe ihtiyacı olmadığını anladığında, suçlunun bu statüden çıkarılmasını da önermelidir.

Suçlu ile yapılacak temaslar, probation müessesesinin idare edildiği büroda, suçlunun evinde veya iyileştirme amacına en uygun bir yerde yer alabilir.

Sosyal uzmanın gözetim devresindeki rolü, yardım, rehberlik ve öğretmenlik yanında bir örnek olmaktır: suçlunun olumlu bir yaşantı sürmesini sağlayacak potansiyelin harekete geçirilmesi; suçluluk nedenlerinin suclunun kendisi ile birlikte tahlil edilmesi: suclunun kendi sorunları ile karşıkarşıya gelebilmesinin sağlanması; kendisinde, bir değer olduğu duygusunun yaratılması; cemiyetin kendisine düşman olmadığı nın anlatılması; cemiyetin bir üyesi olarak bireysel sorumluluğu olduğunun bildirilmesi; ve kendisinde bağımsızlık, kendi kendine saygı duymak ve emniyet içerisinde olma duygusunun yaratılması yer almaktadır.

487

Sosyal uzmanın, suçlunun içinde bulunduğu koşulları göz önüne alması, bunların suçlu üzerindeki etkileme derecesini saptaması gerektiğinden, aile, arkadaş çevresi, sosyal çevre ile malî sorunlar üzerine önemle eğinilmesi gerekli ögelerdir. Sosyal uzman, suçlunun çevresinde yer alan kişilerle konuşarak suçluyu anlamağa yönelmeli ve bu kişilerin suçluyu kabullenmesine çaba harcamalıdır. Sosyal uzman, suçluya yardımcı olabilecek sosyal yardım örgütleri ve iş alanları konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olmalı ve bunlarla yakın ilişkiler kurarak gerektiğinde bu kaynaklara başvurabilmelidir.

VII. Probation Örgütü

Probation Merkezi bir örgüt tarafından organize edilmelidr. Bu merkezi örgütün Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü yapısı içersinde yer alması iyileştirme hizmetlerinde birlik sağlanması; suçluların bazen cezaevi ve bazen de cezaevi dışında tretmana tabi tutulması nedeniyle, takiplerinin temini yönlerinden yararlı olacaktır. Merkezi örgüte bağlı olarak da her ağır ceza teşkilâtında mahall bürolar bulunmalıdır. Merkezi örgütün fonksiyonu, mahalli büroları denetlemek, gerekli tavsiyelerde bulunmak, devletin her yanında yer alan probation hizmeti hakkında yıllık raporlar hazırlamak; her kaza dairesinin ihtiyacı olan personeli saptamak; probation müessesesinin kavram ve uygulaması hakkında broşürler yayınlamak ve halkı aydınlatmaktır. Merkezi örgüt, ayrıca hizmet - öncesi ve hizmet - içi eğitimleri planlar ve yürütür; ilkelerde birlik ve ahenk sağlar; araştırmanın, istatistiki raporların ve malî kontrolün daha iyi yürütülmesini kolaylaştırır.

VIII. Sonuç

Gözetimli erteleme müessesesi (probation) iyileştirme yönünden yararlı olduğu gibi oldukça da ekonomiktir. Bu müessese, en azından cezaevi tretmanı kadar etkin bir uygulama göstermektedir. Nisan 1971 tarihindeki verilere göre, İsveç'te probation'dan yararlanan suçlu sayısı 23.000 iken cezavinde bulunanlar sayısı 5.000 cıvarındadır. 1966 - 1967 yılında İngiliz cezaevlerinde bulunan hükümlü sayısı 33.000 iken, probation'dan yararlananlar sayısı yaklaşık olarak 80.000 i bulmuştur. İngiliz cezaevleri personel sayısı 10.000 ve cezaevi malî portesi 23 milyon sterling olmasına karşılık probation hizmetlerinde çalışan personel sayısı 2.000 e yakın olup: malî portesi de 6 milyon sterlingtir. Bu verilerde, probation hizmetinin ekonomik yönden tutarlı olduğunu pekiştirmektedir.

488

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 22 ocak 1965 tarihinde almış olduğu bir kararla üye memleketlerin probation müessesesini ceza sistemlerine almalarını veya sistemlerinde var ise, uygulama alanının genişletmelerini önermiştir. **Kararın** temelinde yatan ilkeler şunlardır :

— Hürriyeti bağlayıcı ceza etkili olmadığı gibi zararlı yanları da olabilen bir cezadır (suçlunun cemiyetten itilmesi, aile ve iş yeri ile ilişkilerinin kaybı, itiyadî suçlularla birlikte cezaevinde kalınma sonucu etkilenme ve yüksek maliyet). Cezaevi tretmanı konusundaki gelişimler ise bu zararlı yanları gidereememektedir.

— Şartlı tedbirler, örneğin probation, bu sakıncalardan kaçınmaya olanak vermektedir. Özellikle, rehberlik ve gözetimle birlikte suçlunun cemiyette kalarak uygun ve bireyselleştirilmiş tretman ile suçlunun normlara uyarlığını sağlamasında yardımcı olmaktadır. Sonuç olarak, probation ve benzeri tedbirler, hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif tedbirler arasında önemli bir yer almaktadır.

Bakanlar Komitesi Kararında, özellikle ile defa suç işleyenlerin işlediği suçun özel ciddiyet göstermemesi halinde yargıca bu tedbirleri uygulayabilme yetkisinin verilmesi önerilmektedir. **İlk defa sucluluk ve özel ciddiyet** kavramları yasalara göre değişiklik göstermektedir. Bu kavramların, probation uygulaması için kesin kriter kabul edilmesi yerinde değildir. Probation tatbikatı yönünden ilk defa suç işleyenler veya suçlu çocuklara öncelik verilmesi yolunda bazı devletlerde beliren temavüle rağmen, mükerrirler ile iyi seçilmiş aklen abnormal suçluların cemiyete tehlike arzetmeksizin probation'a olumlu cevap verdikleri görülmüştür.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kararı ve probation'un şimdiye dek uygulandığı memleketlerdeki olumlu sonuçlar karşısında, probation'un ilk aşamada suçlu çocuklar için uygulama olanağına kavuşturulması ve müessesenin kamu oyunda yer etmesi sonucu yetişkin suçluları da içermesi Türk Ceza Sistemi için yararlı olacak; sisteme dinamiklik kazandıracaktır.

"Bugün ekser Dünya memleketlerinde olduğu gibi Türkiye'de de cezaevleri nüfusunun kabarık ve cezaevleri personelinin de az oluşu bir sorun olarak belirmektedir. Bu sorunu çözümlemek için alınması gerekli tedbirler ise, 1. **Hürriyeti bağlayıcı cezaların sürelerini kısaltmak** - Kriminologlar ve infaz uzmanlarının belirttiği üzere, dokuz yıllık bir hapis cezası bir yıllık cezadan daha fazla önleyici bir tesire sahip değildir. Önemli olan cezanın uzun süreli oluşundan ziyade suçluya gösterilen tepki ve

489

antipatinin kesinliğidir; 2. **Gözetimli erteleme** müessesesinin **(probation)** uygulaması - bu müessese cezaevlerindeki nüfus kabarıklığını gidermek için Türkiye'nin ilerde baş vurması gereği olan en esaslı tedbir olacaktır."

Torsten Eriksson İsveç İnfaz İdaresi eski Genel Müdürü, Birleşmiş Milletler Sosyal Savunma Uzmanı
Cezaevlerimiz Gazetesi (22/11/1968)

Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararı. Esas Sayısı : 1970/42, Karar Sayısı : 1970/30. **T. C. Resmi Gazete** (23 Kasım 1971)

Council of Europe. **Practical Organisation of Measures for the Supervision and After - Care of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders.** Strasbourg, 1970

Dautricourt, J. Y. «Le role de la défense dans l'application de la loi du 29 juin 1969, concernant la suspension, le sursis et la probation,» **Journal des Tribunaux,** Belçika, 1966, p. 217

Genonceaux, D. La guidance probatiore. **Bulletin de L'Administration Pénitentiaire no. 5 Sept. -Oct. Belçika, 1971**

Kazuk, K. Tecil ve probasyon. **Adalet Dergisi, 1959, s. 153**

Önder. A. **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler - Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda, İst., 1963**

Pons, M. L. «Le Traitement en Milieu Ouvert» **Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal** (Janvier - Mars 1969) France, pp. 127 - 172

Uma, H. Probation rejimi hakkında rapor. **Adalet Dergisi,** 1953, s. 565

Tesal, R. Probasyon müessesesinde yeni inkişaflara doğru. **Adalet Dergisi,** 1953, s. 678

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

490

ADLÎ TIPTA YAŞ TAYİNİ

Başkan: :Dr. Muzaffer GÜLDOĞAN Yazan : Vakur SAĞMEN

Adlî Tıpta yaş tayini ve tesbiti muayenelerini icap ettirecek haller : genel olarak nüfus tezkeresinin mevcut olmaması veya şahsın nüfustaki doğum kaydının, gelişme (neşvünema) derecesine ve görünümüne (nasiyei haline) uygun düşmemesi gibi hallerdir.

Özellikle bazı yaşların tayin ve tesbitinde de kanunlarımıza göre kesin zorunluluk vardır. Örneğin T. C. K. nun 53 - 54 - 55 - 57 - 58 - 414 - 415 nci maddeleri uyarınca bir şahsın 11 - 15 - 18 - 24 yaşını bitirmiş olup olmadığının tesbiti gibi, Memleketimizde ebe ve hastane olmayan yerlerde yeni doğan bir çocuğun nüfusa kaydı, çoğunlukla zamanında yapılamamaktadır. Bu nedenle böyle bir şahsın elindeki nüfus cüzdanında yazılı doğum tarihi de gerçeğe uygun düşmemektedir.

Eskiden yapılan yaş tesbit muayeneleri daha ziyade tahminî ve takdirî idi, örneğin kılların, yüz ve vücut yapısının gelişimine, gençlik, kâhillik veya ihtiyarlık karakterlerine, sakal ve bıyığın ve sair koltuk altı ve ane kıllarının durumuna, göz kenarlarındaki kırışıklıkların mevcudiyetine, sayısına, ağızdaki bazı dişlerin çıkıp çıkmadığına göre yapılmakta idi.

İskelet kemiklerindeki kemikleşme yerlerinin araştırılarak yaş tayin ve tesbiti usulleri daha evvelleri de bilinmekte idi. İnsanda doğum sırasında iskelet sistemine 450 kadar kemikleşme odağı mevcuttur, bunlar doğumdan 25 yaşa kadar birer ikişer gelişerek değişik zamanlarda kemikleşmeyi tamamlarlar.

Uzun ve yassı kemiklerde doğumda; henüz kıkırdak halinde olan epifiz ve diafizler arasında bulunan açıklık, epifiz hattı, kemikleşme odakları doğumdan sonra değişik aylar ve değişik yıllarda kireç birikmesi ile kalsifikasyon ve kemikleşme ile ossifikasyon göstermeleri ve Röntgen ile bu gelişme düzeni, kemikleşmenin ay ve yıl olarak tesbiti, iskelet sisteminde yaş tayin ve tesbit konusunun detaylı olarak incelenmesine yol açmıştır. Adlî Tıp Meclisinde 1955 yılından beri insan vücudundaki bazı uzun ve yassı kemiklerin röntgen filmleri çektirilip epifiz hatlarının açık oluşuna kemikleşerek kapanma durumlarına göre yaş tayini cihetine gidilmiştir; devamlı inceleme ve çalışmalarla bu konu genelleştirilmiş ve bugün yurt sathında önemi elde etmiştir.

Yaş tayini yapılırken, yaşı tayin edilecek kimseyi görmek, boyunu ağırlığını ölçmek, dişlerini muayene etmek, saymak, görünüşüne göre de bir yaş tahmini yapmak ve özellikle kemikleşme durumunu etkiliyecek patolojik bir düzensizlik, her hangi bir hormon yokluğu, eksikliği veya fazlalığı veya bir kemik hastalığı mevcut olup olmadığının araştırılması, ayrıca nüfus kütüğündeki aile nüfus kayıtlarının bilinmesi de zorunludur.

Kemiklerle yaş tayini bu gün için oldukça yeterli ve isabetli sonuçlar veren muayene usulüdür. İskeletteki uzun ve yassı kemiklerin birleştirme kıkırdaklarının (epifiz hatlarının) kemikleşme durumlarına dayanılarak radyolojik olarak, hakikate en yakın bir şekilde yaş tayini yapılabilmektedir. Ancak yaş tayini için çekilecek röntgen filmlerinin kemiklerdeki epifiz hatlarını en iyi gösterecek şekilde usulüne uygun bir teknikle çekilmesi lâzımdır; bu da röntgen mütehassıslarının ihtisaslarını ilgilendiren bir husustur.

Burada şunu da belirtmek yerinde olur ki, iyi çekilmemiş bir röntgen filmi bazen en yetkili ve tecrübeli mütehassısları bile şaşırtabilecek nitelikte olabilir.

Epifiz hatlarının kapanması erkek ve kadına göre zaman farkları göstermektedir. Keza iklim ve ırk bakımından da ufak tefek değişiklikler mevcuttur. Adlî Tıp Meclisindeki yaş tayini vakaları üzerinde ki çalışmalar sonucu, mevcut yabancı Adlî Tıp Literatüründeki gelişme ve bilgilerden de faydalanılmak ve memleketimizdeki ırk ve iklim faktörleri dikkate alınmak suretiyle erkek kemik yaşına göre kadının kemik yaşını bir sene kadar indirerek yaş tayini yapılmaktadır. Buna göre her yaş için iskeletteki bazı kemiklerde kemikleşme durumları tesbit edilmiştir. Konunun Adlî Tıp'taki özelliği bakımından sadece adlî yönden en kritik yaşlara ait olanlardan söz edeceğiz:

7 yaşı içinde bilek kemikleri hudutları birbirine yaklaşmağa ve satıhlaşıp köşeleşmeğe ve Ulna alt epifiz nüvesi görülmeğe başlar.

12 yaşı içinde; sonuna doğru erkek çocukta stiloid çıkıntısı daha fazla uzayarak form tutmaya başlar ve küçük trohanter nüvesi belli olur. Kız çocukta: Olekranon nüvesi fasulye cesametindedir. Stilbid çıkıntısının tekâmülü tamamlanmıştır. Humerus alt epifizi nüve şeklindedir.

16 yaşında erkekte: Olekranon, Humerus epikondil ve epitroklea epifiz hatları kapanır. İliak üst kenar epifiz nüvesi görmeğe başlar.

Kadında: El parmak kemikleri epifiz hatları kapanır. Akromiyon nüvesi kaynar. Radius ve Ulna alt epifiz hatları kısmen kapanır. İlyak üst kenar epifiz nüvesi kısmen teşekkül eder.

492

19 yaşında erkekte: Radius ve Ulna alt epifiz hatları kapanmıştır. Humerus diyafiz hattı kenar çentiği şeklinde olarak epifiz hattı daha kapanmamıştır. İliak üst kenar ve iskium alt kenar epifiz hatları açıktır.

Kadında: İliak üst kenar ve iskium alt kenar epifiz hatları açık ve fakat Humerus diyafiz hattı tamamen kapalıdır.

Kadın ve erkekte bütün uzun kemikler epifiz efizleri 22 yaştan itibaren artık tamamen kapanmış olup, koksiks alt fıkralar arası mesafelerde de kalsifikasyon ve kaynaşma başlamıştır.

40 yaşı civarında: Sternum korpusu ve ksifoid çıkıntısı arasında kalsifikasyon ve kaynaşma başlar.

45 yaşı civarında kot kartilajlarında kemikleşme başlar.

50 yaş civarında kot katilajlarındaki kalsifikasyon ve manibrium-sternum arası kapanmağa başlar.

Kritik yaşlara ait Adlî Tıp Meclisi kararlarından bazı örnekler veriyoruz:

Adlî Tıp Meclis Mütalâası :

Rapor : Esas No : 32700 Karar No : 20986 Tarih : 15/12/1971

11 yaş

ÇERKEŞ — C. Savcılığının 24/10/1971 tarih ve 971/2157 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında :

Ankara Nümûne Hastanesi Sağlık Kurulunun 25/4/1969 tarihli, 2261 sayılı raporunda : halen 11 yaşında olduğu bildirilmiştir.

21/4/1969 tarihli, 5071 sayılı grafilerde : el bilek kemikleri 7 adet parme, ulna stiloidi tam teşekkül etmiş, havsala birleşmemiş, olekranon epifizi mercimek cesametinde olduğundan : filim çekilme ve suç tarihi 10/2/1969 da 11 yaşı içinde bulunduğu mütalâasına varıldı.

Rapor : Esas No : 34806 Karar No : 21213 Tarih : 20/12/1971

15 yaş (1)

VEZİRKÖPRÜ — C. Savcılığının 26/11/1971 tarih ve 3528 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında :

Samsun Devlet Hast. Sağlık Kurulunun 16/11/1971 tarihli, 6576 sayılı raporunda : 28 dişi mevcut, 15 yaşında olduğu bildirilmiştir.

12/11/1971 tarihli, 6841 sayılı grafilerde : olekranon epifizi, küçük fasulye tanesi cesametinde havsala kemikleri birleşmeye başlamış, el parmak tarak kemikleri epifizi, radius, ulna alt epifizi, humerus üst epifizi açık olduğundan filim çekilme ve suç tarihi 14/6/1971 de 15 yaşı içinde bulunduğu mütalâasına varıldı.

Rapor : Esas No : 25032 Karar No : 16071 Tarih : 15/9/1972

15 yaş (2)

DİYARBAKIR — C. Savcılığının 17/8/1971 tarih ve 1220 sayılı yazısıyle gönderilen kadın hakkında :

Diyarbakır Nümûne Hast. Sağlık Kurulunun 15/6/1971 tarihli, 1687/17 sayılı rapor suretinde : 17 yaşında olduğu bildirilmiştir.

14/6/1971 tarihli, 6456 sayılı grafilerde : el parmak tarak kemikleri epifizi kapanmış, radius alt epifizi yeni kapanmış, humerus üst epifizi ve krista iliaka açık olduğundan : filim çekilme tarihinde 17 yaşını yeni bitirmiş, 18, suç tarihi 1/1/1969 da 15 yaşı içinde bulunduğu mütalâasına varıldı.

Adlî Tıp Meclis Mütalâası :

Rapor : Esas No : 30416 Karar No : 20186 Tarihi : 1/12/1971

18 yaş (1)

NİĞDE — Asliye 2. Hukuk Hâkimliğinin 16/9/1971 tarih ve 971/354 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında :

Niğde Devlet Hst. Sağlık Kurulunun 11/6/1971 tarihli, 414 sayılı raporunda; 17 yaşında olduğu bildirilmiştir.

8/6/1971 tarihli, 1161 sayılı grafilerde : olekranon epifizi, el parmak tarak kemikleri epifizi kapanmış, radius, ulna alt epifizi, humerus üst epifizi ve krista iliaka epifizi açık olduğundan, filim çekilme tarihinde 18 yaşı içinde bulunduğu ve doğum kaydının 1/9/1953 e tashihinin uygun olduğu mütalâasına varıldı.

Rapor : Esas No : 33312 Karar No : 20508 Tarih : 6/12/1971

18 yaş (2)

SAMSUN — C. Savcılığının 11/11/1971 tarih ve 24636 sayılı yazısıyle gönderilen kadın hakkında :

Samsun Dev. Hst. Sağlık Kurulunun 14/9/1971 tarihli, 4623 sayılı rapor suretinde : 28 dişi mevcut, 19 yaşında olduğu bildirilmiştir.

13/9/1971 tarihli, 5357 sayılı grafilerde : olekranon epifizi, el parmak tarak kemikleri epifizi, radius, ulna alt epifizi kapanmış, humerus üst epifizi ve krista iliaka epifizi açık olduğundan : filim çekilme tarihinde 18, suç tarihi 15/11/1970 te onyedi yaşı içinde bulunduğu mütalâasına varıldı.

Rapor : Esas No : 178 Karar No : 2687 Tarih : 28/2/1972

24 yaş

HATAY — C. Savcılığının 28/12/1971 tarih ve 2/6797 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında:

Hatay Hükûmet Tabibinin 9/3/968 tarihli, 46 sayılı raporunda ; 19-20 yaşlarından olduğu, 25/2/968 tarihinde işlediği hırsızlık suçunun farik ve mümeyyiz bulunduğu bildirilmektedir.

8/4/969 tarihli 849 sayılı grafide ; el parmak tarak kemikleri, radiusulna epifizi kapanmış, 10/12/969 tarihli grafide; krista iliaka kısmen kapanmış, 27/12/971 tarihli, 3797 sayılı grafilerde ; humerus üst epifizi kapanmış, krista iliaka epifizi kapanmış, sakrum ve koksiks eklemleri kapanmak üzere olduğundan filim çekilme tarihinde 24 yaşında, suç tarih 25/2/968 de 21 yaşı içinde bulunduğu mütalâasına varıldı.

494

Rapor : Esas No : 2174 Karar No : 3333 Tarih : 13/3/1972

40 yaş

SİVAS — 2. Asliye Hukuk Hâkimliğinin 12/1/1972 tarihli, 971/400 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında :

Sivas Nümûne Hastanesi Sağlık Kurulunun 28/4/1971 tarihli, 649 sayılı raporunda : 168 cm. boyda, 70 kg. ağırlıkta, 35 yaşından küçük olduğu bildirilmiştir.

12/1/1972 tarihli, 201 sayılı grafide sternum üst eklemi açık, alt eklemi kapalı olduğundan, filim çekilme tarihinde 40 yaşı civarında olduğu mütalâasına varıldı.

Rapor : Esas No : 26572 Karar No : 16546 Tarih : 27/9/1971

40 — 50 yaş

SİVEREK — Asliye Ceza Hâkimliğinin 18/9/1971 tarih ve 971/127 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında :

Diyarbakır Nümûne Hast. Sağlık Kurulunun 21/5/1971 tarihli, 1478 sayılı raporunda : 45 yaşlarında olduğu bildirilmiştir.

20/5/1971 tarihli, 5296 sayılı grafilerde : Uzun kemiklerin epifiz hatları kapanmış, sternum alt eklemi kapanmış, üst eklemi açık olduğundan filim çekilme tarihinde 40 - 50 yaş arasında bulunduğu mütalâasına varıldı.

Rapor : Esas No : 35700 Karar No : 21290 Tarih : 22/12/1971

50 yaş

SELÇUK — Asliye Hukuk Hâkimliğinin 22/10/1971 tarih ve 969/200 sayılı yazısıyle gönderilen erkek şahıs hakkında :

İzmir Devlet Hst. Sağlık Kurulunun 24/7/1970 tarihli, 3417 sayılı rapor suretinde : 45 yaşından yukarı olduğu bildirilmiştir.

13/9/1971 tarihli, 14565 sayılı grafilerde : sternum alt ve üst eklemleri kapanmış olduğundan, filim çekilme tarihinde 50 yaşının üstünde bulunduğu mütalâasına varıldı.

ÜCRETİN YASAL GECİKME TAZMİNATI İLE KORUNMASI

Yazan : **İlham Teoman OZANOĞLU**
Anayasa Mahkemesi Raportörü

PLÂN :

I — Ücretin Tanımı :

A) Yasal Tanımlar :
B) Bilimsel Tanımlar :
C) Yargısal Tanımlar :

II — Ücretin işçinin hizmetinin karşılığı olmasının anlamı :
III — Ücreti korumanın genel gerekçelerine ilişkin düşünceler :
IV — Ücreti koruyucu genel tedbirler :
V — Ücreti yasal geikme tazminatı ile korunmanın gerekçesi :
VI — Ücreti yasal gecikme tazminatı ile korunmuş işçiler :

A) Gazeteciler :
B) Özel öğretim kurumları yönetici ve öğretmenleri:

VII — Ücreti yasal gecikme tazminatı ile koruma tedbirinden bütün çalışanların yararlandırılması :

BİBLİYOĞRAFYA :

1 — Dr. Rüçhan Işık, Türk İş Hukukunun Milletlerarası Kaynakları, Ankara 1967.
2 — Dr. F. H. Saymen, Türk İş Hukuku,
3 — Dr. A. İzveren, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar.
4 — S. Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, cilt : 2.
5 — Dr. Sabahaddin Zaim, Çalışma Ekonomisi, İstanbul 1968.
6 — Arthur Nikisch, Arbeitsrecht.
7 — Türk Hukuk Lügatı.
8 — W. Kaskel - H. Dersch, Arbeitsrecht, Berlin 1937.
9 — Hueck - Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1963.
10 — C. H. Camerlynck, Contrat de Travail, Paris 1968.
11 — Encyclopedié Juridique, Repertoire de Droit Social et du Travail, Dalloz 1961.
12 — Dr. T. Esener, İş Hukuku, Cilt : 1.
13 — Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. Edege çevirisi.
14 — Dr. Sulhi Dönmezer, Basın Hukuku, 1968.
15 — Dr. Ç. Özek, Basın Hukukumuza göre fikir işçileri ile işverenler arasındaki Hukuki münasebet, İstanbul Hukuk F. Mecmuası, Cilt : 28

16 — Dr. Kemal Oğuzman, Gazetecilerin mesleki ve sosyal hakları ve bunların korunması, İst. H. F. M.
17 — Oser - Schönenberger, Borçlar Hukuku Şerhi, Dr. Recai Seçkin çevirisi
18 — Dr. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, İstanbul 1969.
19 — Dr. F. H. Saymen, Borçlar Hukuku.

I — ÜCRETİN TANIMI :

A) Yasal Tanım'lar :

Ücret, çeşitli Yasalarda tanımlanmıştır. 1475 sayılı İş Yasasının birinci maddesinde: «... çalışmanın karşılığı» 26 ncı maddenin birinci fıkrasında ise, genel anlamda: «... bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakten ödenen meblağ...) (1) ve 854 sayılı Deniz İş Kanununun 29/1 nci maddesinde: «... Gemi adamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından nakten ödenen meblağ...» (2) ve 109 sayılı Yasayla katılmış ve onamış bulunduğumuz «ücretin korunması hakkında 95 sayılı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi» nin birinci maddesinde: «... ücret tabiri, yapılan veya yapılacak olan bir iş veyahut görülen veya görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akti gereğince, bir işveren tarafından bir işçiye, herne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun, ödenmesi gereken ve nakten değerlendirilmesi kabil olup, karşılıklı anlaşma veya millî mevzuatla tesbit edilen bedel veya kazançları ifade eder» (3) biçiminde tanımlanmıştır.

193 sayılı Gelir Vergisi Yasasının 61/1 nci maddesi de, vergi hukuku yönünden: «..... ücret işverene tabi ve muayyen bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlarla sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir...» (4) şeklinde bir tanım yapmış ve sıraladığı bazı ödemeleri de ücret saymıştır.

B) Bilimsel tanım'lar :

Arthur Nikisch ücreti şöyle tanımlıyor: «... İşçiler arasında maaş - aylık olarak isimlendirilen ücret, çalışanın gördüğü iş - hizmet için yapılan ödemedir. Kanunların iş ücreti - yevmiyesi, çalışma kazancı - kârı

(1) 1/Eylûl/1971 Tarih ve 13943 Sayılı Resmî Gazete
(2) 29/4/1967 Tarih ve 12586 Sayılı Resmî Gazete
(3) 28/10/1960 Tarih ve 11641 Sayılı Resmî Gazete ve Dr. R. Işık, Türk İş Hukukunun Milletlerarası Kaynakları, Ankara 1967, Shf : 124
(4) T. C. Mer'i Kanunları, Cilt : 4, Shf : 163

497

veya ödeme - tazmin olarakta tavsif ve gösterdikleri ücret, evvelâ işçi tarafından borçlanılan ve meydana getirilen iş için - işe karşılık, mukabil bir edadır...» (5).

Saymen: «... ücret, işveren için, ödenmesi gereken bir para borcu... işçi için, emeğinin mahsulü olduktan başka, kendisi ve ailesinin geçimini sağlayan başlıca gelir kaynağıdır...» (6) ve İzveren: «... Ücret, emeğin karşılığıdır... ekonomi yönünden, emeğin kıymet ve fiatı... çalıştıranlar yönünden ise ... işletme ve maliyet masraflarıdır...» (7) ve Olgaç: «... işverenin işçiye işi yaptırmasının karşılığıdır.....» (8) ve S. Zaim: «... Ücret, bedeni veya zihni emeğe, istihsal ameliyesindeki faaliyeti karşılığı ödenen bedel veya diğer bir ifadeyle, prensip itibariyle, teşebbüsün kâr ve zararına bağlı olmayan ve müteşebbis tarafından emek sahibine, istihsal olunan malın satışı beklenmeden ödenen müemmen gelirdir...» (9) şeklinde tarif etmişlerdir.

Türk Hukuk Lügati de şu yolda bir tanım veriyor: «... Bir hizmet veya vekâlet akti dolayısıyla ifa edilen hizmet veya yapılan fikri mesai mukabilinde, hizmeti veya fikri mesaiyi yapan şahsa verilen bedel yahut tazminattır...» (10) .

C) Yargısal Tanım'lar :

Ücret, bazı yargısal kararlarda da tanımlanmıştır. Örneğin, bir kararında Yargıtay Özel Dairesi, ücreti şöyle tanımlamıştır: «... Ücret, iş karşılığı olarak, taraflar arasında kararlaştırılmış olan ve işçiye verilmesi gereken belli bir para miktarıdır...» (11).

Görülüyorki, bu konuda yapılmış tanımların bir bölümünü teşkil eden, bütün bu tanımlardaki ortak yön, ücretin işçinin ediminin karşılığı olmasıdır.

II — ÜCRETİN İŞÇİNİN HİZMETİNİN KARŞILIĞI OLMASININ ANLAMI :

İşçinin, emeğinin karşılığı olarak sağladığı ücret, çoğu zaman, onun ve ailesinin yegane geçim aracıdır.

---

(5) Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, Shf : 323 - 324
(6) Dr. F. H. Sayman, Türk İş Hukuku, Shf : 487.
(7) Dr. A. İzveren, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Shf : 12 - 13
(8) S. Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, Cilt : 2, Shf : 568
(9) Dr. Sabahattin Zaim, Çalışma Ekonomisi, İstanbul 1968, Shf : 153.
(10) Türk Hukuk Lügati, Shf : 350.
(11) Yargıtay 9. H. D. 23/11/1964 T. ve 7977/7625 S. Kararı. Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Shf : 211.

498

Bu bakımdan, işçinin ve ailesinin zarurete düşmemesi ve insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşantı temin edebilmeleri ve kamu düzeninin sağlanması için, ücretin korunması gereklidir.

Ücret korunmazsa, işçi ve ailesi yoksul düşer, işçinin morali, sağlığı bozulur, verimliliği ve satınalma gücü azalır ve bütün bunlar kamu düzenini sarsar.

O halde, ücretin korunması, bireysel değil ekonomik ve toplumsal bir sorundur.

III — ÜCRETİ KORUMANIN GENEL GEREKÇELERİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER :

Bu konu doktrinde epeyce işlenmiştir. Konunun anlaşılabilmesi yönünden bazı bilimsel görüşleri nakletmekte fayda vardır.

Alman Hukukçularından W. Kaskel - H. Dersch : «... Hizmet ilişkisi işçiyi, işverene tabi bir durum içine soktuğu için ücret, işçinin yaşama aracı olarak görünür. Bu sebeple her halkükârda, işçiye ücretinin ödenmesi ve bu ödemenin teminat altına alınması zorunluğu doğmuştur. Bu, esasen sosyal hukukun yarattığı bir himaye prensibidir. Ve ücretin teminatını çeşitli hukuki şekiller içine almıştır. Bu himaye üç yönlüdür. İşverene, üçüncü şahısların ihlâline ve işçiye karşı.....» (12) diyorlar.

Alman Hukukçularından Hueck - Nipperdey'lara göre : «...Ücret işçilerinin büyük çoğunluğu için yegane geçim aracıdır. Bu sebeple kanun koyucu işçilere, ücretleri hakkında belirli noktalarda bir garanti sağlamak zorunluğunu duymuştur. Zira aksi halde işçi ve ailesi zarurete düçar olabilir. Devlet yardımına muhtaç hale gelebilirdi. Bu kamu düzeninin bozulması anlamını taşırdı. Bu düşünceye uygun olarak Yasakoyucu birçok kanuni hükümler derpiş etmek lüzumunu duymuştur. Bu lüzum, işçi ücretinin korunması amacına matuftur. Bu hükümler üç yönlü koruma amacı taşır : Önce işverene karşı, sonra üçüncü şahısların müdahalelerine karşı ve nihayet bizzat işçinin hafifliğine karşı. Bununla beraber, bu hükümler, muhtelif işçi gurupları hakkında muhtelif derecede çıkarılmıştır. Buna rağmen gönül bütün işçiler hakkında yeknesak ve mütecanis bir düzenlemenin yapılmasını arzu ederdi...» (13) diyerek düşüncelerini açıklıyorlar.

Arthur Nikisch'de ücret ve korunması konusunda tamamen Hueck - Nipperdey'lere paralel görüşler ileri sürüyor. (14)

(12) W. Kaskel - H. Dersch, Arbeitsrecht, 5 nci baskı, Berlin 1957, Shf : 176.
(13) Hueck - Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7 nci bası, Cilt : 1 Shf : 355
(14) Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, Cilt : 1, 3 ncü bası, Tubingen 1961, Shf : 416

Fransız Hukukçularından C. H. Camerlynck : «... Bizzat akti durumun analizinden ve taraflar arasında yaratılmış olan münasebetlerden haraket etmek suretiyle Fransız yargıtayı, hukukî tabiiyet kavramını şu şekilde açıklamıştır: Hizmet akti, işçiyi, kendisine hizmetin ifasına ilişkin emirler veren ve bunun ifasını ve neticelerini kontrol eden, işverenin tabiiyeti altına koyan bir hukukî ilişkidir.

Bu suretle kapitalist rejimde, işletme sahibine tanınmış olan bu hakimiyette, hizmetinde bulunduğu şahsa karşı işçi, her türlü iktisadi riskin dışında tutulmalıdır. Bu açık teknik kriter, iş münasebetleri konusunda kanuni bir düzenlemenin yapılmasını meşru kılmaktadır. Bunun temelinde tabiiyet kavramı gerçek olarak yeterli bir esas teşkil etmektedir. Bu işçinin yararlanması gereken zaruri himaye tedbirlerini de açıklamaktadır. Çünkü hizmet aktinin bizatihi konusu ve bizatihi gerçek varlığı, bir tabiiyet münasebeti yaratmaktadır. İşte bütün bu tabiiyet münasebeti, hizmet aktinin inikadını, feshini, hizmet rejimini ve ücretin ve ödenme garantilerini kapsamakta ve gerekli kılmaktadır...» (15) diyor.

Encyclopedie Juridique de, ücretin korunması hakkında aşağıdaki görüşe yer verilmiştir : «... ücretin infak, iaşe ve geçimi temin etme vasfı alacaklıya ödeme garantısı tanımayı gerektirmektedir. Bu gerek işverenin borç ödemekten aczinin kötü sonuçlarından işçiyi korumak amacını taşımaktadır...»(16).

F. H. Saymen : «... İş Hukukunun başlıca gayeleri arasında iktisaden zayıfı kuvvetliye karşı korumak ve milli menfaatleri teminat altında bulundurmak...» (17) vardır ve bu amaçla amme intizamına taallük eden emredici yasa hükümleri koymak lazımdır. «... İş hukukunun gayesi iktisadi bakımdan emekçiyi kuvvetli olan sermayedara karşı korumaktır... Bu sayede sermaye temerküzü ile bozulan iktisadi muvazeneyi iade etmek ve bu suretle eşitliği tesis etmek, emeğin istismarını önlemektir...» (18).

Modern devlet, iş ve işveren münasebetlerini müdahale etmek zorunda kalmıştır. Bu müdahale üzerine iş münasebetleri aktî ve iradî olmaktan çıkmış, kanuni bir mahiyet almıştır. (19) Devlet bu gün, asgari ücreti, ücretin kesintilerini, ödeme şeklini ve ücretin ne zaman ödeneceğni ta-

(15) C. H. Camerlynck, Contrat de Travail, Dalloz - Paris 1968, Shf : 50.
(16) Encylopedie Juridque, Repertoire de Droit Social et du Travail, Dalloz 1961, Shf : 546.
(17) Saymen, Trük İş Hukuku, 1954, Shf : 33.
(18) A. g. e., Shf : 3
(19) Saymen, Türk İş Hukuku, Shf : 5

500

yin ediyor, (20)... işçinin mülkiyet ile, miras ile, mal rejimleri ile alakası pek zayıftır. Onun başlıca gailesi ... ücretini vaktinde elde etmek... dir. Patron, başıboş bırakılırsa, işçiyi istismara kalkar. Meselâ ücreti zamanında vermez, işçi perişan olur. İşçinin ücretini zamanında alamamasının iktisadi mahzurlarıda olur. Çünkü işçinin satın alma gücü kalmaz, istihlâk azalır. İşçinin ücretinin ödenmemesi suretiyle istismarı ayrıca memnuniyetsizlik yaratarak cemiyetin huzurunun bozulmasına ve bazı siyasi sonuçlara yol açar. Aksine ücret zamanında ödenirse, işçi daha randumanlı çalışır. İstihlâkin artması istihsalin artmasına yol açar...» (21) «... Yasa koyucu sosyal bakımdan... işçilerin mevcut olduğunu, bunların ayrı ayrı ihtiyaçlara sahip bulunduklarını, ayrı ayrı sosyal rolleri olduğunu bilmemezlik edemez. Bu itibarla bütün sınıfları teşkil eden fertleri birtek kaideye bağlayamaz. Aynı mefhum içine sokamaz. Müşterek noktalar için böyle bir birleştirici mefhum düşünülebilirsede, bunların biribirinden ayrı olan ihtiyaçlarına ayrı birer kılık vermek lâzımdır. (22) İşçilerin bünyelerine uygun kanunlar yapılmasının antidemokratik olmayıp objektif ve realist bir tutum olduğu doktrinde kabul edilmektedir...» (23) yolunda öneride bulunuyor.

Turhan Esener : «... İş Hukukunun işçiyle işverenin hukuki ilişkisini sosyal adalet ölçülerine göre düzenlediğini..... işçinin korunmasının bu düzenlemeye dahil olduğunu... başkasına bağlı olarak çalışanların hukukunu koruduğunu ... iş hukuku alanında hizmet aktinin taraflarından işçinin, iktisaden daha zayıf durumda olması gibi sosyal mülâhazalarla akit serbestisi prensibinin Borçlar hukukuna nazaran çok geniş ölçüde sınırlandığını ...» (24) yazıyor.

IV — ÜCRETİ KORUYUCU GENEL TEDBİRLER :

Bunlar, ücretin ticari senet, kupon, yabancı para (25), ispirtolu içki veya zararlı kimyasal maddeler (26), V.S... ile değil, yurtta geçmesi zorunlu para ile (27) ve haftada bir, toplu sözleşme veya hizmet akti ile kararlaştırılmışsa engeç ayda bir ve düzgün aralıklarla ve iş akti sona

(20) A. G. e. Shf : 19.
(21) A. g. e. Shf : 23.
(22) A. g. e. Shf : 26.
(23) A. g. e. Shf : 27.
(24) Dr. T. Esener, İş Hukuku, Cilt: 1, Shf : 1, 3, 8, 31.
(25) 109 Sayılı Kanun delaletiyle 95 numaralı sözleşme m : 3
(26) A. g. Sözleşme m : 4
(27) A. G. Sözleşme m : 3 ve 1475 Sayılı İş Kanunu m : 26/3

erince toptan (28) ve doğrudan doğruya ilgili işçiye (29) ve kötü kullanılmasını önlemek amacıyla parakende içki ve eşya satan kuruluşlar ve eylence yerleri dışında işyeri veya yakınında (30) ödenmesi, ayni olarak verilen şeylerin işçi ve ailesine yarayışlı ve kıymetlerinin adil ve makûl olması (31), kanun veya toplu sözleşme, yada hakem kararının saptadıkları dışında kesinti yapılamaması ve kesinti ve ödemelerin hesap pusulasıyla işçiye bildirilmesi (32), işçinin işverene verdiği zarar karşılığı kesintinin dondurulması (33), ücretin bir bölümünün hacz ve devir ve temlikten bağışık tutulması (34), ücret alacağının imtiyazlı alacak sayılması (35), ve bu kurallara aykırı davranışların cezalandırılması (36) gibi tedbirlerdir.

V — ÜCRETİ YASAL GECİKME TAZMİNATI İLE KORUMANIN GEREKÇELERİ :

Yukarıda anılan ücreti koruyucu tedbirler, yararlı olmakla beraber, işçiler için yeterli bir güvence sağlamaktan uzaktır.

İşverenin ücreti ödememesi durumu için, 1475 sayılı İş Kanununun saptadığı yaptırım (m : 16/II - d) de ve (99/A) da yazılıdır.

İş K. m : 16/II - d'ye göre, «işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya iş sözleşmesi şartları gereğince hesap edilmez ve ödenmezse» işçi dilerse akti sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksiz fesh edebilecektir. Yani ücretin ödenmemesi işçiye bildirimsiz olarak akti feshetmek yetkisini vermektedir.

İş K. m : 99/A ise «işçinin bu kanundan veya toplu iş sözleşmesinden yahut hizmet aktinden doğan ve 26 ncı maddede tarif edilen ücretini süresi içinde kasden tam olarak ödemeyen veya noksan ödeyen işveren veya işveren vekili hakkında, bu durumda olan her işçiye karşılık 50 T. L. den az olmamak üzere nisbi para cezası hükmolunur.» kuralını taşımaktadır.

Ücretini zamanında alamayan işçi, bundan başka Borçlar Yasası hükümlerinden yararlanabilir.

---

(28) A. g. Sözleşme m : 12 ve A. g. Kanun m : 26/3
(29) A. g. Sözleşme m : 5 ve A. g. K. m : 10 ve 30
(30) A. g. Sözleşme m : 13.
(31) A. g. Sözleşme m : 4/2
(32) A. g. Sözleşme m : 8, 1475 nolu K. m : 30, 32.
(33) A. g. Sözleşme m : 14, A. g. K. m : 31.
(34) A. g. Sözleşme m : 10, A. g. K. m : 28.
( ) A. g. Sözleşme m : 11
(36) A. g. Sözleşme m : 15, A. g. K. m : 99.

Fakat, gerek İş Yasası ve gerekse klâsik Borçlar Hukuku kuralları ücretini zamanında almak konusunda işçiye tam bir garanti sağlamaz ve tam bir güven hissi vermez.

Ücretin zamanında ödenmemesi halinde, Borçlar Yasasına göre işçinin sahip olduğu haklar şöyledir :

Hizmet ilişkisi iki taraflı bir akit olup ücretin muayyen bir zamanda ödenmesi gerektiğinden, ödenmemesi halinde B. K. m : 107 uyarınca aktin derhal feshi mümkündür. İşçi bu yolu seçerse, ayrıca aktin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini B. K. m : 108/2 ye göre dava edebilir. Böyle bir dâvada, borçlu işveren, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini isbat ederek mesuliyetten kurtulabilir.

Bu imkân, dikkat edilirse işçi yönünden tatmin edici olmaktan uzaktır. Çünkü sosyal yapının özellikle bugünkü durumunda iş bulmak ve işini kavbetmemek işçinin en büyük endişelerinden birisidir. Hizmet ilişkisini feshederek, işçinin işini kaybetmesi pratikte pek mümkün değildir.

O halde bu yol, işçi icin sakıncalıdır. Üstelik işveren için sorumluluktan kurtulmak olanağıda vardır.

Yada işçi, B. K. m : 106/2 uyarınca ücretin ödenmesini ve gecikme sebebiyle uğradığı zarar ve ziyanı (37) ister. Buradada gecikme nedeniyle uğranılan zarar ve ziyanın isbatı ve böyle bir isbatlamadaki ve hakkın alınmasındaki zorluklar, işçi için dezavantaj olarak görünür.

Yada, ücretin ödenmesi ve gecikme sebebiyle uğradığı zarar ziyan talebinden derhal vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zarar ziyanı (38) ister. Bu halde de yukarıdaki sakıncalar vardır.

Bu suretle borçlu işverenin temerrüdü sebebiyle işçinin sahip olduğu bu üç seçimlik hak (39), işçinin ve ücretin korunması yönünden, tatmin edici değildir.

Öteyandan, işçi yönünden bir işsizlik tazminatı niteliğinde ve iş aktinin feshi halinde bahse konu olan ihbar tazminatı ve işverenin kıdemli işçisine aktin belirli sebeblerle feshi halinde, yıpranma karşılığı olarak ödemekle yükümlü bulunduğu kıdem tazminatı, iş aktinin devamını arzulayan bir işçi için uygulama olanağı bulunan yaptırımlardan sayılamaz.

---

(37) Dommages et interets moratoirs : geçikme tazminatı

(38) Dommages et interets Compesatoires : taviz tazminatı

(39) Borçlar kanununun Umumi kısmı, Von Tuhr, C. Edege çevirisi, Shf : 671 vd. Oser-Schönenberger, Borçlar Hukuku Şerhi shf : 776 vd. Dr. R. Seçkin çevirisi. Dr. F. H. Saymen, Borçlar Hukuku, shf : 503 vd.

Ayrıca, işverenin işçiye ücretini zamanında ödememiş olmasının, 1435 sayılı yasanın 99 ncu maddesinde olduğu gibi, ceza müeyyidesi ile karşılanmasıda, işçi açısından önemli değildir. Bir defa cezanın hafifliği işvereni yıldırıcı nitelikte olmadığı gibi, ödememenin kasta dayanması gereklidir. Ayrıca işçi için önemli olan, işverenin ceza alması olmayıp, geç ödemeden doğan zararının karşılanmasıdır. Bu ceza işçiyi yararlandırmaz.

O halde öyle bir yol bulunmalı ki, işveren üzerinde önemli bir baskı niteliği taşısın, onu zamanında ifaya mecbur etsin ve şayet aksi olursa gecikmeden ötürü yapmaya mecbur kalacağı edim, işçinin zararlarını kolaylıkla karşılasın ve işçiyi kazandırsın.

Bunu yasal bir gecikme tazminatı sağlayabilir.

Şüphesiz bu ödemenin işçinin zararlarını karşılayamaması halinde, bahsedilen umumi hükümler dairesinde dava hakkı saklıdır.

VI — ÜCRETİ YASAL GECİKME TAZMİNATI İLE KORUNMUŞ İŞÇİLER :

A) Gazeteciler :

212 sayılı olup «basın mesleğinde çalışanlarla çalıştıranlar arasındaki münasebetlerin tanzimi hakkındaki 5953 sayılı Kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesine dair kanun» ismini taşıyan Yasanın 14 ncü maddesi «kararlaştırılan ücret heray peşin olarak ödenir... Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri geçecek her gün için % 5 fazlasıyla ödemeye mecburdurlar...» (40) hükmünü taşımaktadır.

Bu maddenin değiştirdiği 5953 sayılı yasanın konu ile ilgili 14 ncü maddesinin gerekçesinde «... Cumhuriyet Hükümeti fikren çalışan zümrelerin sosyal ihtiyaçlarını karşılayacak kanuni tedbirleri itina ile incelemiş... memleketimizde şimdiye kadar Borçlar Kanunu ve meslek teamülleri ve mukavelelerin tanzimi sahasına terkedilmiş bulunan basın mensuplarının çalışma şartlarını kanuni esaslara bağlamak üzere, bu mevzuu yıllarca önce hususi kanunlarla İş Hukuku nizamı içine almış olan diğer memleketlerin mevzuatı etüt edilmiş, Milletler - arası Çalışma Bürosu neşriyatından istifade edilerek tasarı vücuda getirilmiş, Alman, Fransız, Yugoslav, Çekoslavak, Küba, Tunus, İtalya kanunlarından faydalanılmıştır,... gazeteci ile işveren arasındaki akti münasebetlerin gerek teşekkülünde, gerek sona ermesinde istikrar sağlayıcı ve hi-

(40) Dördüncü tertip Düstur, Cilt : 1, Shf : 1032

mayekâr hükümler konulmuş... nihayet kanunun yazılı mukavele mecburiyetine, mukavelenin feshine müteallik usullere ücretin korunmasına, tazminat verilmesine ... dair esaslı prensiplere ait hükümlerin gereği gibi tatbikini sağlamak gayesi ile, bu mevzularla ilgili hükümlere riayet etmeyen işverenler hakkında..... ceza hükümleri derpiş edilmiştir.» denilmiştir.

Çalışma komisyonu raporunda bu düşünceler tekrarlandıktan sonra «... gazeteci tabirinin, iş kanununun tarifindeki işçi mukabili olarak kabul edildiği ve gazete sahibininde işveren durumunda bulunduğu... tesbit edilmiştir.» (41) diye yazılıdır.

Kanunun Büyük Millet Meclisinde ki müzakeresi sırasında, bu madde üzerinde görüşme cereyan etmemiş ve komisyondan geldiği gibi kabul edilmiştir. (42)

212 sayılı kanunun gerekçesinde ise «... gazetecilerinde hiçdeyilse işçilere paralel haklara kavuşturulması zamanı geldiği, 5953 sayılı kanun bu ihtiyacı karşılayamadığı için teklifin hazırlandığı...» (43) belirtilmiştir. Tasarı Milli Birlik Komitesi üyesi Ahmet Yıldız tarafından teklif edilmiştir. Bu komitenin 4/1/1961 tarihli toplantısında kabul edilmiş, 212 numaralı kanun olarak Devlet Başkanlığına gönderilmiştir. 7/1/1961 tarihinde Devlet Başkanığınca ilan edilmek üzere Başbakanlığa sevk edilmiş, 10/1/1961 tarih ve 10703 sayılı resmi gazete ile de ilân edilerek kanuniyet kazanmış ise de, müzakere cereyan ettiğine dair bir kayda rastlanmamıştır. (44)

Anılan Yasadaki «her gün % 5 fazlasıyla ödeme» hükmünün nitelikçe gecikme tazminatı olduğu ve B. K. m : 43 e göre indirime tabi tutulamayacağı ve tamamına hükmedilmesi gerektiği (45) ve faiz ve cezaî şart ve takdirî bir tazminat olmadığı, kanunun tesbit etiği bir kamu düzeni hükmü bulunduğu ve B. K. m : 44 e göre takdirî bir indirimede tabi tutulamayacağı (46), ücretlerini zamanında alabilmeleri için işvereni zorlayıcı bir hüküm olduğu (47) yargıtay kararlarında belirtilmiştir.

Gazetecilerin bu tür korunmaları konusunda, Prof. Sulhi Dönmezer şu öneride bulunmaktadır: «... Çağdaş toplumlarda mevkutelerde çalı-

(41) T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Cilt : 16, S. Sayısı : 214, Shf : 1-4
(42) Aynı Dergi, Shf : 213
(43) 212 Nolu Kanuna ilişkin Millet Meclisi arşivindeki dosya.
(44) A. g. Dosya.
(45) Y. 9. H. D. 28/12/1967 T. ve 11604/13087 S. Kararı. Orhaner, A. g. e, 1969, Shf :183
(46) Y. Hukuk Genel Kurulunun 11/3/1970 T. ve 351/120 S. Kararı.
(47) Y. 9. H. D. 26/4/1968 T. ve 1283/6489 S. Kararı.

505

şan fikir işçileri bir takım özel haklardan ve imtiyazlardan istifade ettirilmektedirler. Bu haklar ve imtiyazlar, mevkutelerde çalışanlara kamu yararı ile ilgili görevlerini uygun bir şekilde yerine getirmeleri için verilmiştir. Mevkuteler özel teşebbüs çerçevesinde kamu hizmeti gören ticarî ve sınaî teşebbüs niteliğinde olduğundan, bunlarda çalışan fikir işçilerinin, diğer işçilere nazaran istisnaî nitelikte meslekî ve sosyal haklardan yararlandırılmalı bizatihî basın hürriyetinide temin eder. Bu sebepten bütün yabancı memleketlerde basın mesleğinde çalışanlarla çalıştırılanlar arasındaki münasebet, diğer çalışma münasebetlerinden ayrı olarak daha itinalı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Meselâ Fransa böyledir. Gazeteci orada diğer işçilere kıyasen daha dikkatle korunmuştur...» (48)

Dr. Çetin Özek; fikir işçilerinin gazete sahibi sermayedara karşı korunması gerektiğini, bunların iktisaden zayıf olduğunu, korumada toplum yararı bulunduğunu, gazetecinin ücretinin zamanında ödenmemesi halinde, hergeçen gün % 5 fazlasıyla ödeneceğini, 5953 sayılı kanunuda % 2 olan cezaî şartın, 212 numaralı K. m : 14 ile % 5 e çıkarılmasının fahiş olmadığını yazmaktadır. (49)

Dr. Kemal Oguzman, Fransız Basın Kanununun Fransız Meclisindeki müzakeresi sırasında raportörün söylediği : «Basının hür ve namuslu olması sadece onu idare edenin hür ve namuslu olmasına bağlı değildir. Aynı derecede yazarın vicdanınada dayanır. Binaenaleyh gazeteci diğer ücretle çalışanlara nazaran hususiyet arzeder ve binnetice ona çalıştığı gazetenin tutumunda ve vukua gelecek değişikliklere karşı muhakeme ve karar hürriyetine sahip olmasını mümkün kılacak bir durum sağlamak gerekir...» yolundaki sözleri naklederek ücreti zamanında ödemeyen işverenin, cezai müeyyide altında bulunmasının yeterli görülmediğini, % 5 zamlı ödemenin getirildiğini ifade eder. (50)

B) Özel Öğretim Kurumları Yönetici ve Öğretmenleri :

625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasasının 35 nci maddesi «Yazılı sözleşmede kararlaştırılan ücret, bordro ile her ay sonunda verilir. Yönetici ve öğretmenlere ücretlerini zamanında ödemeyen kurumlar bu ücretleri geçen hergün için % 3 zammı ile öderler...» (51) hükmünü taşımaktadır.

---

(48) S. Dönmezer, Basın Hukuku 1968, Shf : 304.

(49) Ç. Özek, Basın Hukukumuza göre fikir işçileri ile işverenler arasındaki hukuki münasebet, İst. H.F.M. Cilt : 28, Shf : 73.

(50) Prof. T. Oğuzman, Gazetecilerin mesleki ve sosyal hakları ve bunların korunması. A. g. Dergi. Shf : 859.

(51) 5 nci Tertip Düstur, Shf : 2853.

506

Yasama belgelerinden anlaşıldığına göre madde, özel okul öğretmenlerinin kurumlarına karşı bağlılıklarını artırmak, kurumlarınında onlara karşı ilgilerini temin için, İş Kanunu esaslarına göre konulmuştur. (52)

Öğretmenleri, hak almakçün mahkemelere gidip gelmekten kurtarmak ve menfaatlerini korumak düşünülmüştür.. (53)

İşvereni sıkı surette kayıtlamak gayesi takip edilmiştir. (54)

Yasama belgelerinde, açıkça ifade edilmemekle beraber, yasa koyucunun anılan madde ile güttüğü amaç, yönetici ve öğretmenlerin gördükleri iş karşılığında özel öğretim kurumu işvereninden alacakları ücretlerini işverene karşı korumak, ücretin zamanında ödenmesini sağlamak, ücreti teminat altına almaktır. Zira böylesine yasal bir gecikme tazminatı varolursa, işveren ücreti zamanında ödemeye azami şekilde itina edecek, ücretin zamanında ödenmesi ise yönetici ve öğretmenleri memnun ederek kurumlarına bağlılıklarını artıracak, bu gibi kurumlar, kendi çaplarında kamu hizmeti gördüklerinden sonuçta hizmet yararlanacaktır.

Maddedeki «..... ücretleri her geçen gün için % 3 zammı ile öderler...» (55) kuralının nitelikçe bir gecikme tazminatı olduğu Yargıtayca kabul edilmiştir.

Yüksek Anayasa Mahkemeside 19/10/1971 gün ve 1971/34 esas ve 72 numaralı kararında bunun «..... faiz deyil, yasal bir gecikme tazminatı...» olduğunu saptamıştır. (56)

Demekki işçilerin bir kesiminin ücretleri, işverenin zamanında ödememe eylemine karşı, yasal bir gecikme tazminatı ile korunmuş olmaktadır.

Buna karşılık gazeteciler ve özel öğretim kurumu yönetici ve öğretmenleri dışında kalan işçiler, böylesine bir korumadan yoksundurlar.

---

(52) **Hükümet Gerekçesi, M. Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt : 34, S. Sayısı : 495, Shf : 4.**

(53) **Komisyon Başkanı Muhlis Eti'nin konuşmasından, A. g. Dergi, cilt : 33, Shf : 473**

(54) **Komisyon Sözüsü Fethi Ülkü'nün beyanatından, A. g. Dergi, cilt : 34, Shf : 88.**

(55) **Y. 9. H. D. 21/6/1971 T. ve 9784/14872 S. Kararı.**

(56) **5/Ocak/1972 Tarih ve 14063 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan özel öğretim kurumları yönetici ve öğretmenlerinin ücretlerini yasal gecikme tazminatı ile koruyan 625 Nolu K. m : 35 in Anayasaya aykırı olmadığını tesbit eden Anayasa Mahkemesi Kararı.**

502

VII — ÜCRETİ YASAL GECİKME TAZMİNATI İLE KORUMA TEDBİRİNDEN BÜTÜN ÇALIŞANLARIN YARARLANDIRILMASI :

Bu korumanın bütün işçilere teşmili gereklidir.

İşçilerin kurumlarına bağlılıklarını artırmak, kurumlarının onlara daha fazla ilgi göstermelerini sağlamak, işçileri hak almak için mahkemelere gidip gelmekten kurtarmak, ücretlerinin zamanında ödenmesini temin etmek, bu amaçla işverenleri götürü bir tazminat tehdidi altında bulundurmak, ve yukarıda sözü edilen yüksek Anayasa Mahkemesi kararında ifade edildiği gibi «... ücretin gününde ödenmemesi halinde, gecikme süresince ücret alacaklısının uğrayacağı zararların, çalışan için zararını tanıtlama, yükümü olmak sızın ve işveren bakımından tazminat ödemekten sıyrılma yollarını kapatarak ... genel hükümlerin elverişsizliği karşısında ... çalışanların ücretlerinin gününde ödenmesini özel bir inanca altına almak» biçiminde özetlenen gerekçeler, gazeteciler ve özel öğretim kurumu yönetici ve öğretmenleri dışında kalan işçi kesimi içinde, aynen ve belki bazı işçi gurupları hakkında fazlasıyla varit ve geçerlidir.

Öteyandan, ifa edilen işin kamu yararı ile ilgili olması, konuya bir ayrıcalık temin edecek nitelikte değildir. Zira bugün her iş kolu, oranı değişikte olsa kamu yararı ile bağlantılı sayılabilir.

Üstelik, gazetecileri imtiyazlı hükümlerle korumanın basın hürriyetini sağlayacağı yollu düşüncelerde, abartılmış görüşlerdir. Anılan korumanın gazetecilere ve basın hürriyetine yararı olmakla beraber, bu durum korumanın bunlara inhisar ettirilmesini gerektirmez.

Esefle kaydetmek lâzımdırki yeni İş Kanunu da, ücreti götürü bir gecikme tazminatı ile koruyucu bir hüküm taşımamaktadır. Bu, büyük bir eksikliktir.

Kuşkusuz, bu tür korumayı gerçekleştirmek Devletin görevleri arasındadır.

Devletin bu görevi Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararında veciz bir şekilde ifade edilmiştir. Bu kararda : «unutulmamalıdır ki çalışanların yaptıkları işe uygun ve insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlamalarına elverişli adaletli bir ücret elde etmeleri için Devletin Anayasanın 45 nci maddesi uyarınca almakla yükümlü bulunduğu ed-

birler içinde böyle bir ücretin korunmasına yönelecek tedbirlerinde yeri ve gereği vardır. Ve itiraz konusu hüküm bu niteliği ile Anayasanın 45 nci maddesine aykırı olmak şöyle dursun bu madde ile öngörülenlerden bir bölümünün, bir bölüm çalışanlar yönünden yerine getirilmesi anlamını taşır» denilmiştir.

Ayrıca aynı kararda : «... Benzeri tedbirlerin başka alanlarda çalışanlar içinde alınmasını engeller bir yön...» bulunmadığına da işaret edilmiştir.

O halde, Devletin bu görevini tezelden yerine getirmesi ve sözü edilen eksiğin kısa zamanda giderilmesi için, çalışanların haklarını korumakla görevli kuruluşların uygun ve başarılı bir şekilde mücadele etmeleri gereklidir.

Bütün bu çabalar sonunda, emeğiyle geçinenlerin tümünün ücretlerinin geç ödenmesi, götürü ve Yasal bir gecikme tazminatıyla karşılanabilirse, ücretin çalıştıranlara karşı korunmasında, önemli bir aşamaya ulaşılmış ve Anayasanın 12, 40 ve 45 nci maddelerinde ki buyruklara uyulmuş olacaktır.

Sag

HUKUK YARGILAMA USULÜ KANUN TASARISI VE GEREKÇESİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME

M. Haluk HADİMİOĞLU
Denizli Yargıcı

GİRİŞ

45. uygulama yılında bulunduğumuz HUMK.nın, Türk toplumunun yasanın özüne, amacına ve devrim ilkelerine aykırı olmayan isterlerine ve toplum yapısına, uygulama sonuçlarına, Türk dilindeki gelişmelere ve özellikle, gerekçede de önemle üzerinde durulan bir neden olarak, dâvaların sür'atle sonuçlanmasını sağlama amacına uygun bir biçimde değiştirme gereği belirgin, bu konuda harcanan çabalar övgüye değerdir.

Biz incelememizde, olabildiği kadar, tasarının hazırlanmasında tutulan yolu izleyerek, her kelime üstünde; gerek anlam ve kavram olarak amacı belirtme niteliğini, gerekse madde bütünü içindeki görevi yönünden, durduk. Başlıkların yasanın sistematiğine göre maddeyi kavrama ve belirtme gücünden başlayıp her maddenin, olabildiği kadar halk tarafından da anlaşılır duruma gelmesi amacına göre, kavranma kolaylığını sağlama yönünden de durarak tasarı metnindeki, çok belirgin baskı - dizgi yanlışlıkları dışındaki anlam ve kavrayışa etkili hataları bile saptamaya çalıştık.

Ayrıca yasanın sistem, felsefe ve bütünlüğüne zarar vermeyeceğine ve özellikle, HUMK.nın en çok yakınma konusu olduğu belirgin bulunan, davaların bir an evvel sonuçlanmasını sağlama amacına uygun olduğuna inandığımız kural ve hüküm değişikliği ve ekleme önerilerimizi sunuyoruz.

MADDELER HAKKINDA GÖRÜŞLER

1 — 30/1. fıkrasının 2. cümlesi özel yasalara göre kurulmuş olanlar dışındaki genel mahkemeler arası görev ve yetki uyuşmazlıklarını bir an evvel sonuçlayıcı bir niteliktedir. Ancak bir de genel mahkemelerle özel yasalara göre kurulan mahkemelerin birbirlerini görevli ve yetkili kılması durumunda, bu 2. cümlenin uygulanması halinde, uzak ihtimalle olsa da bir alacak dâvasına tapulama mahkemesinin ya da bir taşınmaza elatmanın önlenmesi dâvasına icra tetkik merciinin bakması zorunluğu gibi garip durumlar önlenemez. Bu durum tasarının 9/4. fık-

rası 3. cümlesinde görev yönünden ve 26. ve 27. maddelerinde yetki yönünden özel yasalarla kurulan mahkemelerin görev ve yetki sınırını saklı tutmak zorunluluğu ile ve bizzat bu maddelerle çelişik, hatta bu maddeleri uygulamasız bırakmak gibi bir sonuç yaratır.

Hernekadar bu sorun; 30/2. fıkrasında görevsizlikle veya yetkisizlikle dâva kendisine gelen mahkemenin dâvanın niteliğine göre gereken usul ve kanun hükümlerini uygulaması suretiyle çözüme bağlanmak istenmişse de bu fıkra, asliye mahkemesine görevsizlikle gelen bir dâvayı bu mahkemenin kendi yargılama usulüne göre yürütülmesi biçiminde genel mahkemeler arası görev ve yetkisizlik hallerinde geçerli sayılabilecek bir nitelikte olup, yukardaki örneğimize göre, tapulama mahkemesinin kendisine görevsizlikle gelen bir alacak dâvasını sulh veya asliye hukuk yargılama usulüyle yürütmesi ve karara bağlaması zorunluğu biçiminde anlaşılıp uygulanamaz. Bu bakımdan 30/I. fıkra 2. cümlesi, tasarının sözü edilen 9. 26. 27. maddelerine paralel biçimde :

(Bu kararın kesinleşmesi, özel yasalarla kurulan mahkemelerin görev ve yetki hükümleri saklı olmak üzere, dâvaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlar.) biçiminde düzenlenmelidir. Böylece 31/4. bendi daha da bir tutarlı uygulama alanı bulur.

2 — 79/2. fıkra sonundaki (yetersiz) kelimesi (veya) dan sonraki (olmadığı) sözüne bağlı olmasına göre (yetersiz olmadığı) gibi ters bir anlama götürmektedir. Bunu gidermek için fıkra sonu :

(... bunun yetersizliği veya usulüne uygun olmadığı da ileri sürülebilir.) biçiminde düzenlenmelidir.

3 — 99. maddenin 4. bendi başındaki (usul işlemleri olarak yapılan) sözleri, devamındaki örnekler veçhile düzeltme konusu olmayacak beyanların dâva sırasında bir usulî yolla yapılan beyanlar olduğunu belirlemeye yönelmiştir. Ancak, bent bütünüyle düşünüldükte, baştaki (usul işlemleri) sözleriyle sondaki (maddî hukuk bakımından) sözlerini tarife olanak yoktur. Burada amaç, dâva öncesi veya dışında yapılacak bu kabil beyanların bent çerçevesine girmiyeceğinin belirlenmesi olmakla bu hususu açık bir biçimde anlatmak için sözü geçen (usul işlemleri olarak yapılan) sözleri yerine , (Dâva sırasında,...) sözleri konulmalıdır.

4 — 100/2, fıkra sonundaki (yeniden dâva açmazsa sözleri madde gerekçesini yansıtan nitelikte olmayıp devamındaki (önceki dâva açılmamış sayılır) sözleri ile çelişir durumda sayılarak duraksamaları sonuçlar. Uygulamada (yeniden dâva) sözleri ayrı bir esas numarası, harç

511

ve masraf verilmesini gerektirir biçimde yorumlanır. Buna göre gerekçedeki (ayrı esas numarası verilmeden, harç ve masraf alınmadan) sözlerini maddede yansıtmak için (yeniden dâva) sözlerini (aynı dosya üzerinden) kelimeleri ile belirlemek gerekir. Buna göre 100/2. fıkra ilgili bölümü :

(... üç ay içinde aynı dosya üzerinde yeniden dâva açmışsa önceki dâva,,,) biçiminde düzeltilmelidir.

5 — 106/. maddenin sonuncu fıkrası sonunda, herhalde bir dizgi hatası sonucu, karışıklık doğmuştur. Belirtilmek istenen, hükümden sonra vazgeçme veya kabul durumunda mahkemece ya da dosya yargıtaya gitmişse Yargıtayca bu yolda karar verileceği olmakla fıkra sonu :

(...kabul ederse hüküm temyiz edilmiş olsa bile Yargıtaya gönderilmeden mahkemece, dosya Yargıtaya gönderilmişse Yargıtayca, duruma göre yeniden bir hüküm verilir.) biçiminde düzenlenmelidir.

6 — 114/I. fıkra ilk satırında virgüllerle ayrılmış (aksine hüküm olmadıkça) sözleri fıkranın bütününde belirli teminatın şekli hükümlerine ilişkin durumdadır. Buna göre bu ibare ile maddenin son fıkrası tamamen aynı amaç ve niteliktedir. Birisinin kaldırılması gerekir. Bu noktada; HUMK. gibi temel yasalarda, MK. ön tasarısında izlendiği gibi, önce genel hükümlerin, ardından özel ayrıcalık hükümlerinin bulunması gerekmekle, maddenin I. ve 2. fıkralarını kapsamına alan 3. fıkraya göre gereksiz olan bu I. fıkradaki (aksine hüküm olmadıkça) ibaresi kaldırılmalıdır.

Aynı fıkra 4. satırındaki (geçerli) kelimesi (kefalet mektubu) sözlerini değil, (bankayı) niteler durumdadır. Bu durumda mahkemelerin, kefalet mektubunun verildiği bankanın (geçerli) olup olmadığı gibi yersiz duraksamalarını önlemek için bu bölüm :

(...gibi, bir bankanın geçerli kefalet mektubu,...) biçiminde düzenlenmelidir.

Aynı fıkra 5. satırdaki (taşınmaz mal rehni) sözleri gerekçeye göre sadece ipotekli borç senedi ve irat senedine matuf olmasına nazaran bu bölümü gerekçeye uygun biçimde açıklığa kavuşturmak için :

(... veya ipotekli borç senedi ya da irat senedi biçiminde taşınmaz mal rehni...) biçiminde düzeltilmelidir.

Aynı madde 2. fıkrası 2. cümlesindeki devlet tahvili dışındaki hisse senedi ve tahvillerinin borsa değerlerinin, gerekçeye göre, en fazla 2/3 si oranında bir miktar için teminat sayılacağı konusunda konulan (ancak) kelimesi yerine (en fazla) sözleri konulmalıdır. Bu haliyle sanki mahkeme borsa değerinin 2/3 ünü teminat saymakla yükümlü olacağı gibi bir anlam çıkmaktadır.

512

7 — Uygulamada, özellikle 5917 sayılı Kanuna göre idarî makamların verdiği zilyetliğin korunmasını amaçlayan kararlara dayanılarak açılan dâvalar nedeniyle bu idarî kararları yok sayıcı nitelikte ihtiyatî tedbir kararları verilmekte, hatta bu durumda ihtiyatî tedbir kararı verilmemesi gerektiği Adalet Bakanlığı ve diğer kurulların genelge ve uyarılarında belirtilmektedir. İlçe ve il idare kurulları, Danıştay, Sayıştay gibi idarî kurul ve mahkemelerin görev alanına giren konular ya da bu mercilerin kararlarını hükümden düşürecek istekler de çeşitli biçimlerde adlî mahkemelere ihtiyatî tedbir talebi ile getirilebilir. İdarî makam ve mahkemelerin görev alanına giren konularda ihtiyatî tedbire karar verilmemesi, özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesine göre, belirtilmesi gereksiz görülen bir gerçek ise de, biz bu durumun, mahkemeleri, en azından daha dikkatli davranmaya yöneltmesi bakımından, maddede bir fıkra halinde belirlenmesinde yarar görüyor ve buna göre 124. maddeye :

(İdarî, mali ve askerî makam ve mahkemelerin görev alanına giren konularda veya bu kuruluşların verdiği kararları **hükümden düşürücü** nitelikte ihtiyatî tedbir kararı verilemez.) biçiminde bir fıkra eklenmesini öneriyoruz.

8 — 130 maddeye göre isteğin reddi kararına tedbir isteyenin itiraz hakkını kullanmasını sağlamanın başlangıcı olarak ve aleyhine tedbir istenenin de (isteğin sonucu ve karar) hakkında bilgi sahibi olması için isteğin reddi kararının da taraflara tebliği gerekmekle 129/1. fıkraya:

(Gıyapta yerilen tedbir isteğinin reddi kararı da yasal yolla tebliğ olunur.) biçiminde bir cümle eklenmelidir.

129. madde gerekçesinde vicahî kararın hazır bulunanlara tebliğ edilmeyeceği belirtilmekte, maddede (sadece gıyabî kararın tebliğ edileceğinin) açıklanışının mefhumu muhalifinden de bu anlam çıkmaktadır ki çok yerindedir. Ancak 130. maddede de, bu açıdan sadece gıyapta verilen ihtiyatî tedbir kararına, karşı tarafın ve önerdiğimiz fıkraya göre de isteğin reddi halinde tedbir isteyenin itiraz edebileceği belirtilmiş olmakla vicahta verilen karara tarafların itiraz hakkının süre ve biçimi duraksamayı doğurabilir. Bu bakımdan her iki türlü vicahî karara tarafların itiraz hakkını açıklığa kavuşturmak için 129. maddeye 2.fıkra olarak:

(Vicahta verilen kararlara tarafların itiraz hakkı yönünden tefhim tarihi esastır.) biçimde fıkra eklenmelidir.

9 — Uygulamada, özellikle 1086 sayılı Kanunun 107. maddesin de de açıklık olmamakla, ihtiyatî tedbir isteğinin reddine dair karara tedbir isteyenin itiraz hakkı olup olmadığı duraksama konusudur. Tasarının 130.

513

maddesinde de (...karşı taraf ... itiraz edebilir) sözleriyle, açıkça, sadece tedbir kararına itiraz edilebileceği belirtilmiş, isteğin reddine dair karara da itiraz edilebileceği bu maddede açıklanmamış, ancak tasarının 434/1. bendinde bu husus dolaylı biçimde sözkonusu edilmiştir. Bizce mahkemenin gözünden kaçan bir hususun açıklanması, ya da yeni bir incelemenin yararı yönünden uygun bulunan itiraz hakkının, mahkemeleri red kararı verirken de daha dikkatli olmaya yöneltme ve maddeler arası bağlantıyı sağlama amacıyla, açık ve seçik bir biçimde, 130. maddede de belirtilmesinde yarar bulunmakla 130. maddeye:

(İsteğin reddi kararına da aynı süre ve biçimde itiraz edilebilir.) biçiminde bir fıkra eklenmelidir.

10) — 129. madde ve gerekçesinde vicahî hükmün kararın tefhim edildiği tarafa tebliğ edilmiyeceği esası konduğu halde 132. maddede, dâva açma süresi başlangıcı olarak, (tebliğ edildiği günden) diye belirtilmiştir. Bu durumda vicahında tedbir kararı tefhim edilen tedbir isteyenin açacağı dâva için 10 günlük süreye başlangıç olarak vicahî kararın ayrıca ona tebliği gerekeceği gibi bir anlam çıkarılıp yanlış uygulama yapılabilir. Bunu önlemek için 132. madde 1. fıkra 2. satır ilgili bölümü:

(...olsun olmasın tebliğ veya teflim edildiği günden...) biçiminde düzenlenmelidir.

11 — 137. madde 3. satırdaki (gerektirdiği) kelimesi anlam ve amaca göre bir dizgi hatası olarak, (gerektirmediği) biçiminde düzeltilmelidir.

12 — 158. madde 3. cümlesinde belirli (türkçe bilmeyenlerin beyanını kendi dilinde yazıp ek tutanak olarak dosyaya konması) durumu sanki tercüman aracılığıyla beyanı saptanan kişilere özgü gibi görünmekte : madde gerekçesinde belirtildiği gibi, yeterli tercüman bulunmaması halinde de bu biçim işlem yapılacağı halini yansıtmamaktadır. Gerçekte yeterli tercüman bulunmaması durumu uygulamada çok rastlanan bir keyfiyettir ve belirtilen 3. cümle bu bakımdan büyük rahatlık sağlayacaktır. Bu yönden maddeye 4. cümle olarak :

(Yeterli tercüman bulunmaması halinde de aynı işlem yapılır) biçiminde bir cümle eklenerek maddeye gerekçeye uygun bir açıklık getirilmeli, duraksama önlenmelidir.

13 — 200/2. fıkra son bölümündeki (Yargıtay) kelimesi, anlama göre, (Yargıtaya) olarak düzeltilmelidir.

14 — Bugün hukuk dâvalarının, tasarı gerekçesinin çeşitli yerlerinde belirtildiği gibi, başlıca uzama nedeni tarafların, iddia ve savunma zımnında, karşılıklı ve birbirini izleyen önel (mehil) istemlerinden

514

doğmaktadır. Bu bakımdan tasarının; dâvacı yönünden 196. madde ile cevaptan sonraki en geç 3 günlük kesin süre sonunda, dâvalı yönünden ise 204. madde ile en geç tarafların teşkil olunduğu ilk oturumda ya da verilecek 3 günlük süre sonunda iddia ve savunmanın yapılması gereği ile sınırlaması çok yerindedir. Bu sürelerden sonra, tarafların öne sürdüğü iddia ve savunmanın çekişmeli yönlerinin saptanması ile bu yönlerin delillerle tahkikine geçilecek, artık taraflar yeni iddia ve savunmada, dâvayı düzeltme hakkı dışında, bulunamayacaklardır.

Ancak 214. maddenin I. cümlesi genel yazılış biçimiyle belirtilen uygulamayı çürütecek, yeni önel isteklerine set çekmeyecek niteliktedir. Bizce bu I. cümledeki (...iki taraf ve vekillerine diyeceklerini sorar) sözleri; tarafların en geç 196. ve 204. maddelerdeki kesin sürelerde öne sürdükleri vakıaların karşılaştırılması sonucu, 2. cümleye göre anlaşamadıkları vakıaların saptanması için, iddia ve savunmanın açıklığa kavuşturulması amacına yönelmiş olarak yorumlanıp uygulanmak ereğine göre konulmuş olmalıdır. Ancak bu ilk cümlede bu yoruma elverişli sınırlı bir anlatım olmadığından, örneğin, 206. maddeye göre cevap ve def'i hakkını yitirmiş bulunan dâvalıya diyeceğini sorma gibi diğer maddelerle çelişik bir uygulamaya götürür ve yeni önel istekleriyle dâvanın uzama kapısı açılır. Bu bakımdan sözü geçen 214. maddenin, belirttiğimiz maddelere uygun bir yorum ve uygulamaya kavuşması için :

(Mahkeme, gerekirse tarafların yasaya uygun sürelerde öne sürdükleri vakıaları taraflar veya vekillerinin sorgusuyla açıklığa kavuşturarak, üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları vakıaları tesbit eder, anlaşmalarını sağlamaya çalışır ve sadece anlaşmazlık konusu vakıaların soruşturmasını yapar.) biçiminde düzenlenmesini öneriyoruz. Bu önerdiğimiz biçimde (sadece anlaşmazlık konusu vakıaların soruşturması) çoğu kez dikkatsizlikten doğan yersiz soruşturma ve zaman kaybını önleyici nitelikte olur.

15 — Dâvalıların bir başka büyük uzatma nedeni de özellikle taraf vekillerinin öne sürülen bir delile, gelen bir karşılık yazı veya belgeye, dinlenen bir tanık beyanına vb. diyeceğini beyan etmek için önel istemelerinden doğmaktadır.

Tasarının 216/2. fıkrasında (yazılı açıklama için duruşmanın başka güne bırakılması istenemez.) beyanı bu isteklere set çekici gibi görünmekte ise de bu ibarenin bağlı olduğu fıkranın I. cümlesi (iddia ve savunma) sözleriyle belirlenmiş olmasına göre belirttiğimiz örneklere nazaran, delillerin soruşturması döneminde uygulanması olanaksız olacak, bir büyük uzatma nedeni kaldırılmayacaktır. Bu bakımdan bu 216.

maddeyi delil soruşturması döneminde de uygulanabilecek bir genişliğe ulaştırmak için 216/2. fıkranın :

(Taraflardan her biri iddia ve savunmalarını, delillere, tanık, bilirkişi sözlerine, karşılık yazı veya kayıt ve belgelere diyeceğini aynı oturumda ayrıca...) biçiminde düzenlenmesini öneriyoruz.

16 — Tasarının 214. maddesine göre, tarafların da soruşturmasıyla, anlaşmazlık konusu vakıalar saptanıp sadece anlaşmazlık konusu olanlar soruşturma konusu olması gerekirken 219. madde cümlesiyle (.. bütün iddia ve savunmalar birlikte soruşturulur) beyanı yine dâvaları uzatacak ya da duraksama ve yanlış uygulamaları sonuçlayacak niteliktedir. Sanki tarafların anlaştıkları vakıaların da soruşturmasını yapmayı buyurucu durumdadır. Bu bakımdan 219. madde I. cümlesi ilgili bölümü :

(... öne sürdükleri ve anlaşamadıkları bütün iddia ve savunmalar...) biçiminde düzenlenirse maddeler arası bağlantı ve açıklık sağlanır.

17 — 220/3. fıkrasında verilen süre içinde açıldığı takdirde bir önmesele sayılacak dâva için «başka bir mahkemenin görevi içindeki» diye bir belirtme ve niteleme yapılmıştır. Buna göre «aynı mahkemenin görevine giren «bir husus için bu maddeden yararlanılamayacaktır. Örneğin, sulh hukuk mahkemesinde görülen bir elatmanın önlenmesi dâvasında bir tarafın dayandığı murisin mirasçısı olduğunu tanıtlayacağı mirasçılık belgesi, tasarıya göre, yine aynı mahkemeye açacağı bir dâva sonucu sağlanabileceğine, bu durum taşınmaz dâvalarının büyük çoğunluğunda varit olan şekilde dâvaların bugünkü uzama nedenlerinin başlıcasını oluşturmasına göre sulh yargıcı, kendi mahkemesine, vereceği belirli süre içinde, mirasçılık belgesi dâvası açılmasını sağlayıcı biçimde bu 220/3. fıkradan yararlanamayacaktır. Bu bakımdan biz bu 220/3. fıkra I. satırındaki (başka bir mahkemenin görevi içindeki) sözlerinin tasarıdan çıkarılmasını öneriyoruz. Zaten bu sınırlayıcı ibarenin tasarıya konması için inandırıcı hiçbir neden yoktur. Böylece fıkranın 2. satırındaki (görevli mahkemeye) sözleriyle fıkra geniş bir uygulama alanı kazanmaktadır.

18 — Uygulamada yallardır bizzat denediğimiz bir husus da özellikle taraf vekillerinin şu veya bu nedenle açıklamaktan kaçındıkları noktaları tarafların sorgusuyla açıklığa kavuşturmanın, dâvanın kısa sürede hallinde çok büyük bir etken olduğudur. Bazen bir husus üzerinde bir tarafın beyanı dâvanın hemen çözümünü bile sağlayabilir. Bu bakımdan tarafların bizzat sorgusu bizce hukuk dâvalarının bel kemiğidir.

516

Buna karşın, taraf vekilleri şu ya da bu nedenle müvekkillerini hazır etmeyebilirler, hatta sorgu için çağrı giderini de yatırmaktan kaçınabilirler. Özellikle dâvalının gıyabında yürüyen bir dâvada dâvacı vekilinin dâvacının çağrı giderini yatırmaması halinde bu durum doğabilir. Tasarının böyle önemli durumlarda giderlerin önce hazinece ödenmesi biçimindeki eyilimine göre 229. maddeye:

(Mahkemenin vereceği kesin sürede yatırılmazsa çağrı gideri, ilerde haksız çıkacak taraftan alınmak üzere, hazinece ödenerek çağrı sağlanır.) biçiminde bir fıkra eklenmesini öneriyoruz.

19 — Uygulamada tanık dinletmek isteyen taraf, özellikle 247/1. fıkra 2. cümlesindeki sözlü gösterme olanağından yararlanarak tanıklarını belirttiği oturumda onları hazır bulundurmakta, böylece tanıklar da dinlenerek birkaç oturum kazanılmaktadır. Buna karşın, tasarının 251/sonuncu fıkrasında böyle hazır edilerek (çağrısız gelen) tanıkların dinlenmesinin (karşı tarafın itirazı olmadıkça) koşuluna bağlanması bu yolu kapayıcı olacak, hem alışılmış oldukça sür'at sağlayan bir usul kapanacak, özellikle kötü niyetli olarak dâvayı uzatmak isteyen dâvalının eline bir koz verilecektir. Çağrısız olarak gelip dinlense de zaten, karşı tarafın, tanığın gerek kişiliğine, gerekse beyanına karşı diyeceği saklı olmasına göre bu ibarenin hiçbir anlam ve gereği yoktur. Tanık ismi ya tanık listesiyle bildirilmiş, ya da sözlü olarak yazdırılıp zapta geçirilmiş olmakla, karşı tarafın, tanığın beyanından önce tanığın kişiliğine diyeceğini söylemesi olanaklı olmakla bu koşula bu yönden de yer yoktur. O halde sözü geçen (karşı tarafın itirazı bulunmadıkça) sözleri kaldırılmalıdır.

20 — 280/1. fıkra 1. cümlesi düzensiz ve düşük anlatım içindedir. Bu cümlede hem 278/2. fıkrada yazılı kimselerin bilirkişilikten kaçınamayacakları, hem de aksi halde bunlar hakkında uygulanacak müeyyide belirtilmek istenmiştir. Bu iki hususu kısa cümleler halinde belirtmede hem anlama kolaylığa, hem de yasa tekniği yönünden yarar vardır.

Ayrıca bu madde gerekçesinde belirtildiği gibi bilirkişilerin 255, 256. maddelerde belirli ya da kabul edilebilir bir neden dışında görevi kabul ve yerine getirmeden kaçınamayacağının maddede açık ve ayrı bir hükümle saptanmasında büyük bir yarar vardır. Bugün uygulamada en basit ve olağan bir bilirkişilik için dahi kaçınılır. Bu nedenle yargıç olarak çok zor duruma düşülür, bazı kez keşif yapılamadan dönülür. Bilirkişinin, önceden saptanarak dinleneceği yer için çağrı tebliğ edilmesine, hatta izhar yazısına rağmen, tarafların da telkiniyle, görevden kaçındığı durumlar çoktur. Bu durum dâvaların başlıca uzama nedenlerinden biridir.

517

Diğer yandan, maddede sadece 278/2. fıkrada belirli kimselerin bilir kişilikten kaçınamayacağı belirtilmiş, bunun dışındaki kişiler için böyle bir zorunluluk konmamıştır. Bu durumun kabul edilebilir hiçbir nedeni yoktur. 278/2. fıkra dışındaki kimselerin yeter bilgi sahibi olmayabileceklerinden yersiz yere tedirgin edilmemeleri gerekçe olarak düşünüldükte bilirkişi gider ve ücreti peşin olarak yatırılıp karşılanacağına göre inandırıcı bir neden olamaz, bugünkü gibi keşiflerin yapılamadığı, dâvaların uzadığı bir ortam yaratılır. O halde belirttiğimiz nedenlerle 280/I. fıkra I. cümlesi yerine :

(255 ve 256. maddelerde belirli veya kabul edilebilir başka bir neden olmadıkça bilirkişilikten kaçınılamaz. Görevini yapmaktan çekinen bilirkişi hakkında, tanıklıktan çekinenlere dair hükümler kıyasen uygulanır.) cümleleri konmalıdır.

21 — 304. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarına göre imza edemeyenlerin senedi; muhtar ya da noter huzurunda tanzim edilecek veya dışarda hazırlanan senet bu kişilerin huzurunda özel işaret ya da parmak izi başılıp okunarak durum onama şerhinde belirtilmek suretiyle onanacaktır. Noter veya muhtarın onaması, kısacası, 304/1,2 ve 4. fıkralarında açıkça belirtildiği şekilde, (özel işaret veya parmak izini onamaktır.) Diğer deyişle bu onamalar bu özel işaret veya parmak izinin, hüviyeti belirli kişiye ait olduğunun kabulü, tevsiki durumundadır.

Buna karşılık uygulamada imza inkârı gibi, mühür - parmak izi vb. de inkâra konu olmaktadır. 304/1 ve 2. fıkralarına göre usule uygun onanlı senedin (imza hükmünde) ve (imza hükmünü alır) durumuna göre imza inkârında yapılacak işlemlere dair 306 ilâ 315. maddeler hükümlerini de özel işaret veya parmak izinin inkârı halinde de uygulamak gerekecek, özellikle bu durumda beyyine külfeti münkire değil senedi verene ait olacaktır. Halbuki özellikle 304/4. fıkradaki şekil şartlarına göre özel işaret veya parmak izinin o şahsa aidiyetinin belirtilmesi şeklinde onanması durumunda senedi verene böyle bir ispat külfeti yüklemeye cevaz verilemez. Zaten senede dayanan, yasadaki kamu düzenine ilişkin şekil şartlarına uyup yerine getirmekle ispat külfetinden kurtulmuş olmaktadır. O halde belirli vasıl koşullara uygun, onanmış senetteki parmak izi veya işaretin matufu olduğu kişiye aidiyetini, aksi sabit oluncaya kadar, sahih kabul etmek, böylece, inkârında ispat külfetini münkire yüklemek, bu yolda aşağıdaki fıkra 304. maddeye 6. fıkra olarak eklenmek gerekir:

(Bu şartlara uygun senetteki işaret veya parmak izinin, aksi sabit oluncaya kadar, sahih olması esastır.)

518

22) — 307. maddede yazı ve imza karşılaştırılmasına esas olarak (senedi mahkemeye veren tarafın göstereceği uygulamaya yarayacak kâğıtlar) belirtilmiştir. Uygulamada da böyle olmakta, esasen imzasını inkâreden tarafın bu konuda imzasını kabul edeceği belge göstermesi ender bulunmaktadır. Zaten inkâra göre imzanın münkire ait olduğunu iddia edenin bu hususu ispatı gerekmekle delil sistemi yönünden de böylesi doğrudur. Ancak bazı durumda taraflar istiktaba esas belge veya imzada anlaşabileceklerine göre 308/1. fıkra 1. satırdaki (tarafların 'anlaştıkları' özel kâğıt) sözleri de yerindedir. Bununla birlikte bu 308/1. fıkrada uygulamaya esas belgeler arasında 307/. maddedeki (senedi verenin göstereceği belgeler) belirtilmemiş, böylece her iki 307, 308. maddeler arasında uyuşmazlık da doğmuştur. Gerçekte, çoğu zaman senede dayanan tarafın göstereceği, ya da yargıcın münkirin sıfat ve durumuna göre, diyelim, çiftçi ise ziraat bankasından kredi alması olanaklı olmasına nazaran kredi belgelerindeki imzalı kâğıtların bu konuda belge olabileceğini kabulüle celbedeceği belgelerin uygulamaya esas alınması gerekecektir. Zaten uygulamada da çoğu kez böyle olmaktadır. Halbuki 308/I. fıkrada, belirtilen belgeler sayılmadığından tarafların anlaşması sağlanmaz, hele münkirin ölümü halinde uygulamaya esas imzası alınamazsa (istiktabın) yapılamıyacağı gibi bir sonuç doğabilir. Bu bakımdan 308/I. fıkraya bu çeşit belgenin uygulamaya esas olabileceği yolunda ve 307. maddeyle uyuşmayı sağlayan bir ibare eklenerek 308/I. fıkra ilgili bölümü :

(... her çeşit özel kâğıt, sanede dayananın gestereceği veya mahkemenin duruma göre resmî kuruluşlardan getirteceği inkâr edenin imzasını taşıyan belgeler, mahkeme önünde yazılmış...) biçiminde düzenlenmelidir.

23 — 358/2. fıkra 2. satır başındaki (andiçen) kelimesi (and için) olarak düzeltilmelidir.

24 — 362/5. fıkra I. satır 2. kelimesi olan (kendi) sözü (karşı) olarak düzeltilmelidir. Aynı madde 4. fıkraya bağlı olan bu fıkradaki (kendi) kelimesi 4. fıkradaki ispat yükü olmadığı halde ant teklif edeni belirtir görüniimündedir. Halbuki bu 5. fıkrada söz konusu olan ispat yükü kendisine ait olan (karşı) taraftır.

25 — 437/I. fıkrada belirli itiraz dilekçesinin birer örneğinin 438. maddeye göre karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekliliğine nazaran itiraz dilekçesinin karşı taraf sayısı kadar örneğinin dilekçeye ekli olması gereğinin 437/I. fıkrada belirtilmesi gerekir. Gerçekten tasarıda, benzeri du-

519

rumlar yönünden bu zorunluluk, zaman kaybını ve duraksamayı önlemek için, açıkça belirtilmiştir. Aksi halde 438. maddeye göre tebliğ için mahkeme kalemince örnek çıkartılmak gibi bir sonuç doğar. Bu nedenlerle 437/I. fıkraya (... verilir) sözüyle biten 2. cümleden sonra 3. cümle olarak :

(Dilekçeye karşı taraf sayısı kadar örneği eklenir.) sözleri konmalıdır.

26) — Uygulamada temyiz dilekçesinin başka yerdeki mahkemeye hele temyiz süresinin son gününde verilmesi durumunda hükmü veren mahkemeye hemen gönderilmemekte; hükmü veren mahkeme süresinde temyiz edildiğinden bilgili olmadığından hükmün kesinleştiğini kabul ile bunun sonuçu işlemleri yapmakta, daha sonra temyiz dilekçesinin gelmesiyle kesinleşme ve sonrası için duraksamayı, zaman ve emek kaybını, en azından hükmün kesinleşmesini geciktirme sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, tasarının 452. maddesinde belirli giderleri, özellikle dilekçenin hükmü veren mahkemeye gönderilmesi için gerekli posta giderinin verilmemesi veya geç verilmesi de bu sonucu yaratmaktadır. Bu bakımdan 449/5. fıkraya, gerekli giderlerin dilekçe ile birlikte yatırılmasını sağlamak için 2. cümle olarak:

(Gereken giderleri temyiz isteyen, dilekçeyi verdiği gün yatırmazsa dilekçe kabul olunmaz.) sözleri eklenmeli ve 449/3. fıkra I. cümlesi ikinci satırı ilgili bölümü :

(...mahkemeye örnekleri ile birlikte dilekçenin verildiği günden başlayarak üç gün içinde gönderilir.) biçiminde düzenlenmelidir.

27 — 452/I. fıkrada belirli uyarma için süre belirtilmemiştir. Kanımızca bu durum, özellikle tasarının benzeri durumları kesin ve belirli sürelere bağlama tutum ve ilkesine aykırı olduğu kadar, farklı uygulama hatta kötüye kullanmaları sonuçlayacak niteliktedir. Örneğin, mahkeme 3 ay gibi anormal bir süre verebilecek, temyiz isteğini bile 15 günle sınırlayan yasaya belirgin bir çelişki doğacaktır. Biz bu yönden 5 gün gibi bir sürenin belirlenmesini yeterli ve gerekli görüyor ve 452/I. fıkra 3. satır ilgili bölümünün :

(...verilecek 5 günlük süre içinde...) biçiminde düzenlenmesini ve uyarma tebliğ giderinin, zabıtayı aracı kılmak gibi gereksiz yollara başvurmak gereği biçimindeki bugünkü yolsuz uygulamayı önlemek üzere dilekçe ile birlikte alınmasını sağlamak için 452/I. fıkraya 3. cümle olarak.

(Gereken gideri dilekçe ile birlikte yatırmayan temyiz isteyen, uyarma giderini yatırmadıkça dilekçe kabul olunmaz.) biçiminde bir cümle eklenmesini öneriyoruz.

520

28 — 453. maddede de, 452/I. fıkra için belirttiğimiz süre belirlemesi ve uyarma gideri hükmü kıyasen uygulamak gerekmekle, 453. madde 2. satır ilgili bölümü :

(... noksan gider alınmazsa 452. maddenin 1. fıkrası uyarınca tamamlanması için...) biçiminde düzenlenmelidir.

29 — 458/I. fıkrada, sonundaki (onayabilir) sözünde belirlenen şekilde, seçimlik bir hüküm konmuştur. Biz bu hükmün bir buyurucu hüküm biçiminde düzenlenmesini gerekli görüyoruz. Çünkü çoğu kez hiçbir yargılamayı gerektirmeyen nedenler bozma konusu yapılmakta, mahkemenin tarafları çağırması, bozma hakkında kararı, hatta tarafların bozma kapsamı dışındaki istekleri konusunda karar vermesi gibi anlamsız, gereksiz, sonuçsuz işlemleri gerektirmektedir. Hernekadar Yargıtayın (düzelterek onama) biçiminde beliren yargısal yetkisi tartışmalı görülebilir, hatta bu yolla mahkemenin direnme hakkını kapatması yönünden sakıncalı düşünülebilir. Ancak ülkemiz koşulları içinde zaman ve emek kaybını önlemenin de bu sakıncalar kadar önemli olduğu kabul edilmeli, tarafların karar düzeltilmesini isteme haklarının bulunmasının bu sakıncaları önemli ölçüde kaldıran niteliği göz önüne alınmalıdır.

Zaten Yargıtayın birçok hukuk daireleri de bu düzelterek onama yolundan yararlanmaktadır. Ancak bir buyurucu hüküm olmadığından bir kısım daireler bu yola gitmemekte, böylece daireler arası çeşitli uygulamalar doğmaktadır. Buyurucu hüküm bu farklılığı da giderecektir.

Bu nedenlerle 458/I. fıkra sonundaki (onayabilir) sözü (onar) olarak düzeltilirse Yargıtay, yeniden soruşturma ve yargılamayı gerektirecek herhangibir neden bulunmadığı takdirde hükmü düzelterek onama zorunluluğunda kalacaktır. Diğer yandan 458/3. fıkra sonunda gerekçe için (onanır) biçiminde buyurucu bir hüküm konulması da bu görüşü doğrular. Gerekçenin temel hukuk düzeni yönünden; belki hüküm sonucundan da üstün niteliği de bunu haklı kılar.

Ayrıca bu buyurucu hüküm Yargıtayın işlerini de etkiler. Zira hüküm düzeltilerek onanabileceği halde bozulursa, normal karar düzeltilmesi yolu dışında, mahkemenin vereceği yeni hükme karşı yeniden temyiz, hatta diğer tarafın karar düzeltilmesini istemesi gibi yargıtayın gereksiz yere fazladan iki kez daha dosyayı incelemesi ve karar verme zorunluğu da kaldırılmış olacaktır. Böylece Yargıtay, çok gereksinme duyulan istinaf mahkemelerinin görevini de yerine getirmiş olacaktır.

30) — 461/2. fıkradaki (idare) sözü (daire) olarak düzeltilmelidir.

521

31 — 464. maddenin son fıkrası 1086 sayılı yasanın 442/1. fıkrasının ilk bölümünü kısa bir biçimde hükme bağlamışsa da bu fıkradaki (birden çok sözleri anlam karşılığı ve duraksama doğurucu niteliktedir. (Birden çok) sözleriyle sınırlama yapılmakla sanki ancak bir taraf bir yargıtay ilâmına karşı karar düzeltimesi istemişse davada taraf olan bir başkasının, ya da karşı tarafın karar düzeltilmesini istemeye hakkı olmadığı gibi bir anlam çıkarılabilir. Halbuki bir Yargıtay kararı, nasıl bir mahkeme hükmünü her iki taraf da temyiz edebiliyorsa, çeşitli yönleriyle her iki tarafın da düzeltilmesini isteyebileceği bir nitelikte olabilir. Sözü geçen fıkra ile konulmak istenen hüküm, aynı Yargıtay kararına karşı (tarafların bir defadan fazla) düzeltilmesini isteyemeyeceği olduğuna göre, bu anlam, fıkraya parantez içindeki sözlerin eklenmesiyle, açıklığa kavuşturulması gerekmekle 464/sonuncu fıkra :

(Aynı Yargıtay kararı hakkında taraflar bir defadan fazla karar düzeltilmesini isteyemezler.) biçiminde düzenlenmelidir.

32 — 464/1. fıkra 2. cümlesi ile aynı maddenin 3. fıkrası çelişik ve uygulamada her iki hükme göre çeşitli uygulamaları sonuçlayacak niteliktedir. Gerçekten mahkeme 496/1. fıkra 2. cümlesine göre, tasarının 9 ve 220. maddelerine nazaran tarafların ayni haklarını etkileyen anlaşmazlıkları çözme veya (ön mesele) kabulle dava sonucunu bekleme zorunda olduğu halde; 3. fıkraya göre davalının aynı hakkını kısmen ya da tamamen veya davacının belirli aynî hakkını kısmen ortadan kaldırmayı hedef tutan anlaşmazlıkları çözmeyecek veya ilgili davayı beklemeyecek, böylece bu durumlarda, iki hüküm arasında belirgin bir çelişki doğacaktır. Gerçekten, bir ayni hakkı kısmen ortadan kaldırmayı amaçlayan anlaşmazlık çıkabilir. Örneğin bir tarafın tapuda toplam 20/32 hissesi olsa, bunun 15/32 payı irsen intikale, 5/32 payı da bir mirasçıdan hibe, satınalma vb. yollarla edinmeye dayansa ve karşı taraf bu 5/32 hisseye dayanak hukukî işlemin yolsuzluğunu öne sürse bu anlaşmazlık çözümlenmeden paylaştırma yapılması, hele bu kararın tarafları ve küllî haleflerini bağlayıcı niteliğine ve MK. nın iyi niyetli edinmeden doğan hükümlerine göre giderilmesi olanaksız sonuçlar doğurur. Bu bakımdan 3. fıkra ile amaçlanan yersiz anlaşmazlıkların davayı durdurmasını önleme amacına uygun ve bu olanakları da kapsayan biçimde 496/3. fıkra, I. satırı :

(Dâva konusu şeyde pay sahibi kişilerin aynî hakkını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmayı...) şeklinde düzenlemelidir.

522

33) — 514/2. fıkra 1. satırındaki (yükümlü) kelimesi, anlama kolaylığını sağlamak için, (yükümlünün) olarak düzeltilmelidir.

34) — 517. maddede düzenlenen vasiyeti tenfiz memuruna bu sıfatı hakkında verilecek belge HUMK. na yeni olarak getirilen bir hüküm olduğu gibi MK. da da bu yolda bir hüküm yoktur. Hukuki kuruluşların incelenmesinde olan medeni kanun değiştirme tasarısında da bu belgeden söz edilmemiştir.

Maddenin 1 fıkra 1. satırında bu belgeyi vermeye görevli kuruluş için sadece (mahkeme) diye söz edilmiş, görevli mahkeme belirtilmemiştir. Sulh yargıcının görevini belirten 10. maddede de bu belge belirtilmemiştir. Benzer yönleri olsa da bu belge mirasçılık belgesi niteliğinde sayılıp 10. madde 7. bendi hükmüne bağlanamaz. Buna karşılık, aynı maddenin III. bölümünde belirtildiği gibi, açıkça sulh yargıcının görevi içinde olarak belirtilmeyen işler asliye hukuk mahkemesine ait sayılır, uygulamada da sadece (mahkeme) sözü bu asliye mahkemesini belirtir. Halbuki MK. nın gerek halen gerekse değiştirme tasarısındaki durumuna göre bütün miras hukukunun özellikle çekişmesiz yargı ile ilgili bölümlerinde sulh yargısı görevlidir. Vesiyet hükümleri de bu meyanda olmasına, mirasçılık belgesiyle benzer yönlerine göre vasiyeti tenfiz belgesi verme görevinin de sulh yargıcına verilmesi, belirttiğimiz nedenle bu hususun maddede belirtilmesi gerekmekle 517/I. fıkra I. satır ilgili bölümü :

(...bu sıfatı hakkında sulh mahkemesinden bir belge...) biçiminde düzenlenmelidir.

35 — 540. maddede, gerekçesindeki açıklama veçhile, kesin hüküm kuralının bir ayrıcalığı olarak tescil dâvasında yasal taraf olan hazine için tescil kararının kesin hüküm sonucu doğurmayacağı belirtilmiştir. Bu şekilde hiçbir süre tahdidi olmadan hazine, tescil edilenler aleyhine iptal, meni müdahale vb. dâvaları açabilecek, tescil dâvasında yasal taraf olmasına rağmen, def'i olarak da tescil dâvasına konu vakıalara karşı iddialarını öne sürebilecektir. Biz hazineye böyle bir ayrıcalık ve üstünlüğün tanınması için hiçbir inandırıcı neden bulamıyoruz. Diyelim, tescilin yolsuzluğunu ortaya koyacak mübadilden yasal biçimde hazineye geçen bir tapunun hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumu gibi bir olanak bu hükme dayanak olarak akla geliyor ki davadaki diğer taraflar için de böyle bir olanak olabilir. Hazine, bu durumuyla, yasal taraf sıfatına, hele mahkemenin resen araştırma görevine ve hazine hukukunu koruyan tasarıdaki çeşitli hükümlere göre, diğer taraflardan üstün tutulamaz.

523

Ayrıca, bu hüküm, nasıl olsa aleyhe kesin hüküm yaratmıyor düşüncesiyle hazine temsilcilerini görevlerini savsaklamaya dahi götürebilir. Bu nedenlerle 540/I. fıkra I. satırdaki (Hazine dışındaki) sözlerinin tasarıdan çıkarılmasını öneriyoruz.

36 — 551/5. bente, HUMK. nın 540/3. fıkrasındaki ibarenin Türk diline uygun tarzı olarak, (Türk kanunlarının esas kuralları) biçiminde kullanılan kelimeler yersiz ve anlamsızdır. Çünkü, bir kez, bu deyişle bütün Türk yasalarının söz konusu olması yanında, yasaların «esas olan» ve «olmayan» kuralları gibi bir ayırım gerekmekle ve bunun bir yasa için bile saptanmasını sağlayacak temel ilke üzerinde anlaşma olanaksızlığına göre, bu anlatım zihin bulandırıcı niteliktedir. Bütün yasalarımızın ona aykırılığı düşünülemeyecek temeli, özü, çıkış kaynağı, temel ilkeleri durumunda anayasamız, bu yönden, «kanunlarımızın esas kurallarını» da oluşturur. Bu nedenlerle 551/5. bent I. satırdaki (Türk kanunlarının esas kuralları) sözleri yerine (Türk Anayasasına) kelimeleri konmalıdır.

37 — 573/I. fıkra 2. cümlesinde bir anlatım düşüklüğü yapıldığından düzelmesi için cümlenin :

(Hâkimin dâvaya bakmaktan yasaklı olduğu haller hakem için de ret sebebi sayılır.) biçiminde düzenlenmesi gerekir.

38 — 588/3. fıkra I. cümlesinde hakemlerin, bozma kararına karşı ilk toplantı tarihinden altı ay içinde yeniden hüküm verecekleri yolunda buyurucu bir hüküm konmuş, ancak bu hükme uyulmamasının müeyyidesi, sonucu belirtilmemiştir. Müeyyidesi, aksi hale göre çözüm şekli belirtilmeyen bir hükmün anlam ve değeri yoktur. Bu bakımdan tasarının 581. maddesinde belirli tahkim süresine ek olarak verilen bu süre için de aynı maddenin 4. fıkrası kıyasen uygulanabileceğinden 588/3. fıkranın (... hüküm verirler) sözleriyle biten ilk cümlesinden sonra :

(Bu süre içinde hüküm verilmezse bozmadan sonraki işlemler yönünden 581/4. fıkrası kıyasen uygulanır.) biçimde bir cümle 2. cümle olarak eklenmeli, (570 ve 571...) kelimeleri ile başlayan cümle de 3. cümle olmalıdır.

39 — 593. madde gerekçesinde, 594. madde konusu hakem ücretinin de yargılama gideri niteliğinde olduğu belirtilmiş, ancak her iki maddede de bu husus açıklanmamıştır. Duraksamaları önlemek, her iki madde arasında bağlantıyı kurmak ve özellikle taraflarca belli edilen hakem

524

ücretinin taraflardan ne oranda tahsil edileceği ya da teminatlardan ne oranda istifa edileceği hususunun hakem kararında belirtilmesi yönlerinden bunu belirtmekte yarar bulunmakla 593. maddeye 5. fıkra olarak :

(Hakem ücreti de yargılama giderinden sayılır.) biçiminde bir fıkra eklenmelidir.

40) — Geçici madde 4. ün 3. fıkrasındaki (387.) madde numarası (384.) olarak düzeltilmelidir.

SONUÇ

Uzun çabalar sonunda hazırlandığı belirgin bulunan tasarının giriş bölümünde belirttiğimiz amaçlarına göre olabildiği kadar mükemmele ulaşması niyetiyle ortaya koyduğumuz öneri ve düşüncelerin göz önüne alınması ümidiyle, tüm halinde ele alınıp bir an evvel yasalaşmasının, böyle temel yasaların gereği olarak ve adalete güven duygusunun sarsıntısız devamı yönünden, gerekli olduğunu belirtmeliyiz.

325

GAYRİMENKUL SATIŞ VAADİ İLE İLGİLİ BİR İNCELEME

Yazan : **A. Alpay YAZICI**
Gümüşhane Sulh Hâkimi

PLÂN

1 — Giriş ve tanım
2 — İlgili Kanun Maddeleri
3 — Satış vaadinin esasa ilişkin şartları
4 — Satış vaadinin şekle ilişkin şartları
5 — Muteber satış vaadinin hukuki sonuçları :
a — Vaadeden yönünden hak ve mükellefiyetleri
b — Vaadedilen yönünden hak ve mükellefiyetler
c — Üçüncü şahıslara karşı geçerlilik durumları
d — Mirascılara intikal
6 — Satış vaadinin muteber şekilde yapılmamasından doğan hukuki sonuçlar.
7 — Muteber olan ve olmayan satış vaatleri ile ilgili dâvalar ve neticeleri.
8 — Satış vaadiyle ilgili hakkın düşüşü.
9 — Kat mülkiyeti kanunu muvacehesinde bu vaadlerin durumu.
10 — Sonuç

BİBLİYOGRAFYA :

1 — İlhan Postacıoğlu gayrimenkullerin ferağına müteallik şekle riayet mecburiyeti 1945.
2 — İlhan Postacıoğlu, Medeni usul Hukuku 1959
3 — Mustafa Çenberci Gayrimenkul satış vaadi. 1966
4 — Sanai Olgaç Türk Medeni Kanunun 1967
5 — Kamil Tepeci Borçlar Kanunu 1954
6 — İlmi ve kazayı içtihatlar dergisi 1971
7 — Noterlik Kanunu
8 — Celal Erdoğan kat mülkiyeti ve bundan doğan dâvalar 1972

GİRİŞ VE TANIM :

Gayrimenkul satış vaadleri tapu muamelelerinin girift bir hal arzetmesi ve muamelelerin ikmali uzun zaman alması ve tapu harç ve masraflarının gün geçtikce artış kaydetmesi sebepleriyle tatbikatımızda ehemmiyet kazanmaktadır. Ancak uygulamada satış vaadlerinin uzun süredir memleketimizde baş vurulan bir müessese olmasına rağmen noterlik

vazifesini icra eden memurların kiyafetsizliği ve vatandaşın arzusunu gereği veçhile ifade edememesi yüzünden hatalı bir şekilde yapılagelmekte ve bu suretle gayeye vasıl olacak taahhüdün yapılamadığı sık sık görülmektedir. Bu hususta bir çok eserler yazılmış olmasına rağmen nedense ilgililer bu müesseseyi öğrenmek ve doğrusunu yapmak çapasını göstermemektedirler. Fakat eskiye nazaran hataların azalma kaydettiği ve bu müessesenin memleketimizde yerleşmeye başladığı müşahede edilmektedir. Şöyleki kanunlarımızdaki bu hususla ilgili maddeler sık sık tadile uğramamakta ve eski katı düşüncenin terk etme temayülü gösterdiği görülmektedir. Hukukumuzda bu müessesenin yerleşmesinde yukarda kısaca arz ettiğimiz pratik kolaylıklar ve iktisadi nedenlerle zaruret vardır. Bu izahattan sonra gayrimenkul satış vaadinin kısaca tarifini yapacak olursak : Devir işlemi yapılmaksızın kanunlarımızda gösterilen şekle uygun yapılmış borç doğuran bir ön akittir. Bu umumi tarifin yanı sıra tapuda kayıtlı gayrimenkullerin tapuda ferağ işlemini yapmaksızın noterce re'sen tanzim edilen borç doğuran ön akit şeklinde tapulu gayrımenkullerle ilgili satış vaadini tarif edebiliriz. Meseleyi karıştırmamak için tapusuz gayrimenkullerle ilgili satış vaadlerini inceleme dışı bırakmayı sırası geldikçe bunlardan da kısada bahsetmeyi daha uygun buldum. Kısa giriş ve tanım kısmından sonra gayri menkul satış vaadleri ile ilgili Kanun maddeleri ve bunlar muvacehesindeki muteber ilk şartları ve bu vaadlerin doğuracağı hukuki sonuçları izah edeceğiz.

2 — Gayrimenkul Satış Vaadiyle İlgili Kanun Maddeleri :

Borçlar Kanunu 22, 213 Noterlik Kanunu 44 Tapu Kanunu 26 maddesi Medeni Kanunun 633 ve 642 maddeleri Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunun senetlerle ilgili hükümleri ve kat mülkiyeti kanunu.

3 — Gayrimenkul satış vaadinin esasa ilişkin Şartları :

Borçlar kanunundaki gibi satım aktinin bütün şartlarını ihtiva etmesi ve karşılıklı rizaların bir birine uygun bir şekilde bildirilmesidir. Bunun yazılı akitte açık ve seçik bir şekilde bir birine uygun olmaması ve yani icap ve kabulün vazılı bir şekilde belirtilmesidir. Tatbikatta bu yönden bir çok aksaklıklar zuhur ettiği ve bu yüzden yapılan akitler muteberiyetliklerini kaybettiği ve istenilen gayeye ulaşılamadığı görülmektedir. Bu nedenle meseleyi bir misalle aydınlatmada pratik fayda vardır. Misal : A (Vaad eden) : Tapunun mayıs 1945 tarih, Cilt 10, sayfa 105, ve no 10 da kayıtlı Gümüşhane İnönü mahallesinde doğusu yol, Batısı. Ahmet Tarlası, Kuzeyi Hüseyin tarlası ve Güneyi Dere ile çevrili 645 M2 lik tarlanın On bin lira bedelle B (Vaadedilene) satmayı vaad ediyorum

527

kendisinden bedelini (pey akçesi olan Bin lirayı) tamamen aldım..... müddeti içinde tapu memuru huzurunda takrir vereceğim.

B (Vaadedilen) Tapunun mayıs 1945 tarih cilt 10, Sayfa 105, No : 10 da kayıtlı Gümüşhane İnönü mahallesinde Doğusu Yol, Batısı Ahmet Tarlası, Kuzeyi Hüseyin tarlası ve Güneyi Dere ile çevrili 645 M2 lik tarlayı aynı bedelle satın almayı kabul ettim bedeli olan On bin lirayı (Bedele mukabil bin lira pey akçesini ödedim) Geri kalan borcumu..... tarihinde ödeyeceğim. Şeklinde senette beyanlarının yazılması gerekir. Bu şekilde satış vaadinin esasa ilişkin şartı gerçekleşir. Tabiiki bu beyanlar alıcı ve satıcının irade izharı olup bu senette bunu imzalariyle tevsik etmeleri gerekir ki bu hususu şekil şartlarında teferruatıyle izah edeceğiz.

4 — Gayrimenkul satış vadenin Şekil Şartları :

Bu nevi akitlerin noter huzurunda ve noterlikce resen tanzim edilen senet mahiyetinde olması şarttır. Bundan kasit tarafların iki şahitle birlikte notere gidip şahitler huzurunda üçüncü madde altında izah edilen şekilde iradelerini izhar etmelerinden ibarettir. Noter evvelce başlık kısmından sonra tarafların hüviyetini tesbitle tarafların isteğini yazar ve ehil olduklarınıda senede geçirir. Şahitlerin hüviyetlerini ve şahadete engel hallerinin olmadığını tesbitle bundan sonra yukarda izah edildiği gibi tarafların beyanlarını senede geçer. Geçtikten sonra bu beyanları okur ve beyanlarının doğruluğunu kabul ettiklerini senede geçirir ayrıca tarafların şahitlerin ve noterin kendisinin senete birlikte imza koyduklarınıda senede geçirdikten sonra senette bahsi geçen şahitlerin tarafların imzalarını alır ve kendi imza ve mühürü ilede senedi imzalayarak senet tamamlanmış olur.

Bu şekle uygun bulunmayan satış vaadleri muteber değildir. Ve yokluk ifade ederler. Bu yüzden bu sıkı şekle riayete tarafların ve noterin azemi dikkat göstermesi gerekir.

5 — Muteber satış vaadinin hukuki Neticeleri :

Bu kısmı vaad eden, vaad edilen üçüncü şahıslar yüzünden ve mirascılara intikal bakımından ayrı ayrı incelemek daha uygun ve daha faydalı netice verir. Bu nedenle ayrı ayrı başlıklar altından izaha çalışalım.

a — Vaad eden yönünden hak ve mükellefiyetler :

Semenin ödenmesinden doğan hakkını istemek ve karşı tarafın temerrüdünden dolayı aktin feshini ve uğradığı zararın tazminin istemek şeklinde hakları tecelli eder. Ayrıca cezayi şart, cayma akçesi vesaire

528

konulmuşsa onlarıda istemek hakkına haizdir. Burada ki tazminattan kasit karşı tarafın sebep olduğu zararın tazminidir. Mükellefiyeti ise tapuda ferağ verme ve akte muhalefet halinde karşı tarafın zararını tazmin ve konulmuşsa cezayi şart çayma akçesi vesaire ödemektir.

b — Vaad edilen yönünden hak ve mükellefiyetleri :

Vaad edenin vade konulmamışsa her zaman tapuda takrir vermeye davete hakkı olup vaadedenin rizaen takrir vermemesi halinde Medeni K. nun 642 inci maddesine göre mahkemeden dava yoluyla senette bahsi geçen gayrimenkulün namına tescilini yaptırmak hakkına haizdir. Mahkemece vaad edilen yönünden senetteki mükellefiyetler yerine getirilmişse karşı tarafın rızasına bakılmaksızın resen vaad edilen adına tescile karar verilir. Ayrıca akti temerrüd sebebiyle fesh edebileceği gibi senette zikredilmişse cezayı şart, çayma akçasini ve vesaireyi alabilir ve uğradığı zararın tazmininide isteyebilir. Mükellefiyeti ise semeni ödemektir. Semenin ödenmesi dava açıldıktan sonra dahi mümkündür ançak bu davanın neticelenmesine kadar mümkündür. Bu hususta Yargıtay 1 inci H. D. sinin 15/6/1964 tarih ve 4399/3600 sayılı kararı ve 4 üncü Hukuk D. sinin 18 inci 1960 tarih ve 3444/2068 sayılı kararlarını zikredebiliriz.

c — Gayrimenkül Satış vadinin üçüncü Şahıslara karşı geçerlilik durumları :

Bu tip ön akitler taraflar arasında yapıldığı ve herkes tarafından görülmesini gerektiren bir durum arzetmediklerinden üçüncü şahısları bağlayıcı nitelikleri yoktur. Ançak üçüncü şahsın suiniyetinin ısbatı halinde hüküm ifade edebilirki bunun tahakkuku ise çok kere mümkün değildir. Vaadedenden tapuda senette bahsi geçen gayrimenkulü satın alan şahıs üçüncü şahıs durumundadırki buda tapudaki takyitlere karşı sorumludur aksi halde husnüniyetli olduğu karine olarak kabul edebilir. Suiniyetli olduğunun isbatı gerekir. Üçüncü şahısların bu durumlarını bir nebze önleyebilmek için tapu kanunun 26 ıncı maddesi değişikliğe tabi tutulmuş ve bu maddeye göre yapılan satış vaadlerinin karşı tarafın rızasına bakılmaksızın tek tarafın talebi ile tapuya şerh vermeyı sağlamıştır. Bu halde suiniyetin isbatında vaadedilene büyük bir kolaylık sağlanmıştır. Ve isbat külfeti bu durumda üçüncü şahsa geçmiştir. Yani artık üçüncü şahıs hüsnüniyetle satın aldığını isbatlamak mecburiyetindedir. Yoksa tapudaki bu şerhe binaen satın almasının geçerliliği kabul edilemez. Temliki vaad edilen gayrimenkulun üçüncü şahsa satılması halinde Şayet böyle bir şerh verme durumu mevcut değilse vadedilenin artık tescil isteme hakkı sakıt olur ve böyle bir dâva dinlenemez.

529

Zira burada üçüncü şahıs tapuda böyle bir takyit olmadığı için husnüniyetlidir ve iktisabı müteberdir. Bu halde vaadedilen ancak tazminat ve aktin feshini isteyebilir. Tabiiki varsa cezayı şart, cayma akçesi vesaire de ister.

Gayrimenkul üzerinde ihtiyadi haciz, ihtiyati tedbir ve ipotek olması halinde vaad edilen temlik isteyebilecekmidir? bu soruyada olumlu cevap vermek gerekecektir. Çünkü aynı hak bahşeden ve bunu temin zımmında yapılan ön akit'in vaad eden tarafından bu gibi kolayca sağlama imkanı olan takyitlerle daima önlenmesi mümkündür.

Bu imkanı tanımamakla bu hukuki müessesenin varlığını yok etme gibi bir durum zuhur etmiş olur. Buda hak ve adalet hükmüne uygun düşmez yani demek istiyoruzki bu tip takyitlerle birlikte vaddedilenin tescil isteme hakkı vardır. Gerçi doktrin ve uygulamada bu hususta istikrar yoktur. ancak tatbikat bu yönde gelişme kaydetmektedir. Ve bu durumun tatbikatta istikrar kazanması şayanı arzudur. Esasen M. K. nunun 920 inci maddesi ve İ.İ.K. nunun 91 inci maddesinin metinlerindende bunu anlamak mümkündür.

d — Satış Vaadlerinin Mirascılara İntikali :

Vaadeden veya vaadedilenin ölümü halinde bunların hak ve mükellefiyetleride mirascılarına intikal eder. gayrimenkulle ilgili hususların yerine getirilmesinde iştirak halindeki mülkiyet ve müşterek mülkiyetle ilgili M.K. hükümlerine göre muamele yapılmaktadır. Bunun izalına geçilecek olursak mevzuun dağılma ihtimali olabileceği gibi zamanın imkansızlığına buna imkan vermemektedir. Bu sebeple izaha geniş yer vermekten vaz geçerek M.K. nunun iştirak hali ve müşterek halindeki duruma göre dâva açma halinde mirascıların muvafakatını almak veyahutta onlarıda dâvaya ithal etmek gerekir bu yapılmadığı takdirde dâvanın görülmesi mümkün değildir.

Satış vaadinin muteber şekilde yapılmamasından doğan hukuki sonuçlar :

Satış vaadinin usulüne uygun yapılmayışına örnek olarak tatbikatta ençok rastlanan imza tasdiki yapılan noter senetleri, devri özel vekâletnameler ve satıcı beyanını tesbit eden noter senetleri verebiliriz. Bu tip senetler hernekadar satış vaadi gayesiyle yapılmışlarsada kanuni şekle uygun bulunmadıklarından yokluk ifade ederler. Kanuni şekle uygun olmıyan akidden ve vaadden rucu hiçbir hukuki mesuliyet doğurmaz. Akidi bu şekilde yapmayı arzulayıp karşısındakini aldatan taraf bunu yaptırmaktan dolayı uğranılan zararı tazmin etmesi gerekir. mute-

ber olmıyan satış vaadlerinin icazetle tamiri mümkün olmadığı gibi mahkeme önünde ikrarlarda akde sıhhat kazandırmaz. Yukarda bahsedilen tazminattan kasit akdin icrası ile ilgili zararların tazmini olup akdin yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan zararın tazmini değildir. Bu hal akdin sıhhat kazandığı manasına gelmez. Bu tip akidlerde ancak ödenenin iadesi istenebilir. Birde vaad edilen ayni gayrimenkule zilyetse verdiği ödeninceye kadar hapis hakkını kullanabilir. Muteber olmıyan satış vaadlerinde konan cezai şart, çayma akçesi ve ecrimisil bedelleri istenemez. Çünkü akid geçerli değildir. Geçerli olmıyan akde bağlı şartlarda geçerli olmaz ve hüküm ifade etmez. Bu hususta yargıtayın H.G.K. nun 4-10-1961 tarih ve 41 sayılı, 1-7-1963 tarih ve 3/39 - 37 sayılı H.G.K. un Kararı ve yargıtay 3.H.D. nin 12/12/1961 tarih ve 9069/7145 sayılı kararlarını zikredebiliriz. Mamelekte artma husule getiren faydalı ve zaruri masraflar istenir. artma husule getirmeyen giderler istenemez. Bu hususta Yargıtayın 3.H.D. 13/10/1962 tarih ve 392/6553 sayılı ve yargıtay 4.H.D. 28/4/1958 tarih ve 4917/2900 sayılı kararlarını gösterebiliriz. Vaad olunan şayet senetteki yere bina yapmışsa ve vaad edende tek malikse M.K. nun 650 maddesine göre şartlar tahakkuk ettiğinde arsa bedelini ödemek şartıyle gayrimenkulun kendisine verilmesini ister ve bunada hakkı vardır. Aksi durumda yanı vaad eden tek malik değilse bu hususu her an öğrenmesi vaad edilen için mümkün bulunduğundan bu halde iyiniyet iddiasında bulunamaz ve iddiası dinlenmez. Yukarda bahsedilen durumdan faydalanamaz. Uygulamada bu yöndedir. Noter huzurunda yapılmayıp haricen yapılan bu tip senetler için de durum aynıdır bu haldede haksız iktisap hükümlerine göre verilenin iadesi gerekir, çünkü akit varlığından bahsedilemez burada da karşı tarafın memalekinde haksız bir artma husule gelmekte bu artma diğer tarafın zararına karşılık olmakta ve zararla artma arasında illiyet doğmaktadır o halde bunu iade mükellefiyetindedir.

7 — Muteber olan ve olmayan gayrimenkul satış vaadleri ile ilgili dâvalar ve neticeler :

Bu tip akitlerin hukukumuzda tapulu gayrimenkul satım akitlerini gerçekleştiren ön akitler mahiyetinde olduklarını daha öncede belirtmiştik esasen tapulu gayrimenkulün satımının tapu memuru huzurunda resmi şekilde yapılması ile vücut bulduğunu izaha lüzum yoktur bu kanun icabıdır. Bu tip akitlerde usule uygun yapılmadığında muteber olmazlar yine satış vaadlerine dönecek olursak bunlar gayrimenkul satımını sağlayan vasıta durumundadır yani vaad edilene tapuda takrir vermeği vaad edenden istemeği ve rizai takrir verme mümkün olmadığında vaad edi-

S31

lenin mahkemeye müracaatla namına tescil isteme hakkı doğurur. Mahkeme kanalı ile tescilde senetteki kıymete göre Asliye Hukuk veya Sulh Hukuk mahkemesine müracaat yapmak gerekir bu halde hakim senedin muteber olup olmadığını resen araştıracak ve senedin ödenip ödenmediğini tahkik edecek tahakkuku halinde vaad edilenin adına tescile karar verecektir. Senette cayma akcesi ve cezai şart konulmuş ve bunları vaad eden ödemiş bulunursa artık mahkeme resen tescile karar veremiyecektir. Çünkü vaaddeki tarafların icap ve kabule riayetsizliğinin hukuki neticesi elde edilmiş omaktadır artık akdin ifasından taraflar rızalariyle vazgeçmiş olmaktadırlar. İradelerini bu şekilde değerlendirmişlerdir. Aynı durum vaad edilen içinde söylenebilir. Artık aktin ifasından dolayı ödenen bu cezai şart ve cayma akçesi nedeni ile kendisine bir mesuliyet tereddüp etmek imkanı kalmayacaktır. Bu nevi akitler 10 senelik müruru zamana tabi olup bu müddet geçince akit müruru zamana uğrar ve taraflar artık bir birlerine karşı sorumlu tutulamazlar. Müruru zaman haricinde cezai şart cayma akcesi ve ödemezlik def'i gibi hususların isbatında H.U.M.K. nun senetlerle ilgili 288 ve müteakip maddeleri gereğince şahit ikamesine cevaz yoktur. Ancak kanuni delillerle isbat mümkündür, hata, hile ve cebir ve ikrah hususlarında şahit ikamesi mümkündür. Bu tip senetlerin sahteliği iddiası hususunu ise iki şekilde mütalaa etmek gerekir. Birinci de noterin takdirine taalluk eden hususlar ve muvazaa iddiaları aynı dâva içinde ileri sürülebilir bunlarda ancak kanunu delillerle ispat edilebilir. Takdire taalluk eden hususa taraflardan birinin temyiz kudretine sahip olmadığını misal olarak verebiliriz, ikincisi ise senedin sahteliği hususudur ki bu takdirde müstakil dâva açmak gerekecektir bu iddianın aynı dâva içinde incelenmesi mümkün değildir. Yukarda izah ettiğimiz bu hususların incelenmesi ve neticeye bağlanması ve buna göre tescile karar verilmesi yahutta dâvanın reddi gerekir. Vaad edilen tescil imkanı varken dâvayı tazminat şekline sokması mümkün değildir, ancak kendisine ait olmayan gayrimenkulle ilgili tescil dâvalarında imkansızlık nedeni ile tescil talebi kabul edilmeyecek vaad edilenin tazminat isteme hakkı dogacaktır. Vaad edilen tapulama tesbiti sırasında bu vaade istinaden tapulama K. nun 32/C maddesine göre adına tesbiti isteyebilecek ve tesbit adına yapılacaktır kanun hükmü buna amirdir, tescil ve temlik meselesini hallettikten sonra akdin yerine getirilmemesi halinde temerrüdde bulunana karşı borçlar K. nun 108 maddesince akdin feshini ve zararın tazminini isteme hakkı doğar. Bu hususta Yargıtay 2 nci Hukuk Dairesinin 25/2/1964 tarih ve 985/1274 sayılı kararı ve yine 3 ncü Hukuk Dairesinin 22/2/1965 tarih ve 2/857 sayılı kararlarını zikredebiliriz, bu izahattan sonra vaad edenin şuf'a hakkını

532

kullanabilip kullanamıyacağına gelecek olursak bu soruyada müsbet cevap vermek gerekir, ancak 6217 sayılı kanuna göre tapuya şerh verilmiş vaadin vaad edilenin bu hakkı kullanıp kullanamıyacağı hususunda tereddüt mevcut olup tatbikatta kullanamıyacağını gösteren yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür. Esasen vaadler istikbale muzaf icap ve kabul mahiyetinde olduğundan bu hakkın düşüşü sebepleri, akdin feshedilebilme keyfiyeti ve tazminat şekline bürünme hallerinde akit ana gayesini kaybetmiş olacağından bu hakkı aynı hak niteliğine sokmada kanuni dayanak yoktur. O halde şuf'a hakkı kullanmasından bahse imkân yoktur doğrusuda budur.

8 — Gayrimenkul satış vaadindeki hakkın düşüşü :

Akdin ifa edilmesiyle son bulacağı gibi taraflar arasında yapılan ikinci bir anlaşma ilede akde son verilebilir. Bundan başka vaad edenle vaad edilen sıfatlarının bir şahısta birleşmesi, istimlak gibi nedenlerle de satış vaadi hakkı düşer, istimlakten kasıt satış vaadindeki gayrimenkulü istimlak edilmesidir. İstimlak la satış vaadindeki gayrimenkulün vaad edilene tescili mümkün değildir.

9 — Kat mülkiyeti kanunu muvacehesinde bu vaadlerin durumu :

Kat mülkiyetinin tapudaki kat mülkiyeti kütüğüne kayıt edilmesi halinde yapılan satış vaadlerinin geçerli bulundukları hususunda şüphe yoktur ancak henüz böyle bir durum sağlanmadan yani kat ve daire inşaası yapılmadan arsa üzerinde yapılacak daire ve katlara ait satış vaadlerinin geçerli olmadığı zira bu kanun çıkmadan bu şekilde yapılan satış vaadlerini yargıtay bir çok kararında geçerli saymamıştır. Misal kabilinden yargıtay 3 ncü Hukuk Dairesinin 20/1/1964 tarih 178/118 sayılı ve yine aynı dairesin 3/2/1960 tarih ve 6745/6643 sayılı kararlarını gösterebiliriz. Kat mülkiyeti kanunundan sonrada irtifak tesisi sağlayan bu akitlerin tapu memuru huzurunda yapılması gerektiğini kanun kabul etmiş bulunması sebebiyle yargıtay kabul etmemektedir. Hukuki açıdan meseleye bakacak olursak yargıtayın bu görüşünde isabet yoktur çünkü temliki tasarrufa hedef olan hususta bunu kabul edip bunun bir takyidi olan irtifakta kabul edilmemesinde hukuki dayanak yoktur. Kanun koyucu bu haldede satış vaadinin kabulünün zaruretini kabul etmiş fakat izaha lüzum görmemiştir. Zira irtifak tesisi satımın mütemmimi olduğu uzun zamandır kabul edilmiştir, sonradan zaruretin zoru ile doğan ve halende irtifak hakkı gibi kabul edilen kat mülkiyeti tesisini tanımamakta hukuki dayanak yoktur, bu düşünce ile kanun vaazı bundan bahsetmeyi uygun görmemiş olabilir, kanaatımız bu merkezdedir, Yargıtay

son kararlarında da bu temayülü benimser görünmektedir, misal olarak Yargıtay H.G.K. nun 10/7/1971 tarih ve 1968/1-770 esas 450 karar sayılı ilamını gösterebiliriz. Yargıtay bu kararında durumu izahla mülkiyet devir vaadi, mülkiyetin irtifakla sınırlandırılması vaadine göre hukuki sonuçlar bakımından daha önemli bir akittir, böyle bir akdi noterin tanzim edeceğini kabul eden kanun vaazının bundan daha az önemli olan irtifak tesisi vaadine ilişkin sözleşmenin noterce düzenlenemiyeceği kabul etmesi düşünülemez o halde de noterlerin irtifak tesisi vaadi senetlerini düzenlemeleri hukukî sonucunu doğurur denmekte ve artık irtifak tesisi vaadlerininde noterce düzenleneceğini kabulle bu tür akitlerin artık kabul edileceği izaha çalıştığımız yargıtayın bu kararı ile benimsenmiş bulunmaktadır. Bu da bu hukukî müessese için arzuya şayaan bir sonuçtur.

10 — S O N U Ç :

Gayrimenkul satış vaadlerinin tapulu gayrimenkullere hasren izaha çalıştığımız esasa, şekle ilişkin şartları, muteber olan ve olmayan akitlerin neticeleri ve sonradan çıkan kanunlardaki durumlarına ve yargıtayın bu hususdaki kararlarından derleyebildiğim kadarı ile bu nev'i akitlerin fazlası ile hukuk tatbikatını meşgul ettiğini ortaya koymaktadır. Bu mesele hukuk tatbikatımızda nazik durumunu halen muhafaza etmektedir. Temennimiz hiçbir yanlışlığa meydan vermeden tatbikatımızda kabul edilmesi ve artık bu müessesenin memleketimizde geçerli bir hal alması ve mahkemeleri uzun uzadıya işgal eden bir durumdan kurtulmasıdır. Bu vesile ile tapusuz gayrimenkullerdeki satış vaadlerinede bir nebze değinmekten kendimi alamadım. Bu nevi vaadlerin şekle tabii bulunmadığı, yazılı yapılmak şartına vabeste olduğu, yani H. M. U. K. nun 288 ve müteakip maddelerindeki şekle tabii bulunduğudur. Ayrıca iştirak halindeki mülkiyet hükümlerine tabi tapulu gayrimenkullerle ilgili satış vaadlerininde geçerli bulunduğu çünkü bunlar ön akit mahiyetinde olup borç doğurur ve aynı hak bahşetmezler, bu sebeple gayrimenkul satış vaadi bu haldede mümkündür, ancak feraga icbar iştirakın çözümü ile mümkün olur, Yargıtay H. G. K. nun 16/1/1971 tarih ve 1969/1-429 esas ve 17 karar sayılı ilamında bu hususu açık ve seçik bir şekilde izah etmiştir. 3/3/1972

534

HAKSIZ FİİLDEN DAĞAN TRAFİK KAZALARINDA ÖLÜM HALİNDE SORUMLULUK.

Av. Alişahin ÖZŞAHİN

«Keyfi harekete ve gemsiz hukuk yaratışına kapılmak istenilmezse çok boşlukları olan bir kanun üzerinde çalışan nazariyat ve tatbikat, ilmin meydana getirdiği ve inkişaf ettirdiği umumi prensiplere rucu etmek mecburiyetinde kalır»

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz.

Bu yazımızda, yaşadığımız cemiyet içinde ki günlük yaşantımızda tesirini büyük bir ağırlıkla hissettiren ve bir afet halin de devam eden trafik kazalarının ölüm halinde ki sorumluluğunu tetkik etmeye çalışacağız.

Olayın tatbikatta ki devamlılığı ve büyük zararlarına rağmen, hukukun tatbikinde hala bir tesirlilik ve düzen taşınmaması kazaların hızla artmasına ve hakların kaybolmasına yol açmaktadır.

Geniş bir mevzuatla karşıkarşıya olduğumuzdan bu yazımızda daha ziyade hukuki sorumluluk üzerinde durulmuştur.

SORUMLULUK.

a — Umumi Surette Sorumluluk :

Cemiyet halinde yaşayan insanlar daimi olarak bir şey yapmak, vermek veya yapmamak mecburiyetindedirler, bu mecburiyetlere riayet edilmediği zaman sorumluluk mefhumu doğar. Sorumluluk çeşitli sebeplerle cezai müeyyideye bağlandığı gibi bir zarar vukuunda hukuken tazmin mükellefiyetide doğurur. Sorumlulukta bazan (adam öldürme) her ikiside bulunduğu gibi, bazan (Gabin, hatta v. s.) yalnız hukuki so-

rumluluk tevlit eder, cezai sorumluluk olmaz. Bazanda (Suça teşebbüs, ihkakı hak gibi) yalnız cezai soruluk tevlit edip hukuki sorumluluk tevlit etmez. Trafik kazalarında ölüm halinde her iki sorumlulukta mevcuttur. Geniş bir yer kaplayacak hukuki sorumluluktan evvel kısaca cezai sorumluluğu tetkik edelim.

b — **Cezai Sorumluluk :**

Umumi olarak, Ceza : bir kimsenin kusurlu, yanlış v. s. davranışlarından dolayı o kimseye uygulanan müeyyideye denir.

Hukuken Ceza : Kanunun topluma zarar verdiği kabul ettiği fiilleri işleyenlere, fiilin ağırlığı ve failin sorumluluğu ile orantılı olarak yargılama mercilerinin verdiği ve suçluyu bir takım mahrumiyetlere tabi kılıcı ve korkutucu nitelikteki müeyyide diye tarif olunur.

Kanaatimize göre tarifte ki korkutucu kelimesine, bugün tatbikatta görülen ve modern infaz sisteminin gayesi olan (ıslah edici) ve ölüm cezasınıda içine alacak şekilde (tasfiye edici) kelimelerinin de eklenmesi lazımdır. Esasen cezalar şöyle sınıflandırılmıştır :

1 — Bedeni cezalar; ölüm, dayak, katıksız hapis.
2 — Hürriyeti bağlayıcı ceza : hapis.
3 — Hürriyeti kısıtlayıcı ceza : sürgün.
4 — Hakları kısıtlayıcı ceza : Kamu H. Mahrumiyet, ticaretten men.
5 — Mala ilişkin ceza : Para cezası, müsadere.
6 — Terzil edici ceza : hükmün ilanı gibi.

Memleketimizde 16 temmuz 1965 tarihinde çıkan 647 sayılı cezaların infazı hakkında ki kanun, Türk Ceza Kanununun ceza sistemini değiştirmiş sürgün cezasını kaldırmış bazı yenilikler getirerek cezaları infaz yönünden üç kısma ayırmıştır.

1 — Ölüm

2 — Uzun veya kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza,

3 — Para cezası.

Bugün yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu 1889 tarihli İtalyan Zanardelli kanunundan kısmen değiştirilerek ve tercüme edilerek alınmıştır. 1930 da İtalya ceza kanununa konulan otoriter hükümlerde bazı değişikliklerle bizede alınmıştır. 1926 danberi bu kanun son çıkan 1490 sayılı Kanunla beraber 29 defa değiştirilerek kanunun sisteminde aksamalar yaratmıştır.

536

Genel kod olan Türk Ceza kanunundan başka bir çok özel kanunlarda ceza hükmü taşımaktadır. 6136 sayılı ateşli silahlar ve bıçaklar H. K., 1918 sayılı kaçakçılığın men ve takibi ile ilgili K. 213 sayılı vergi usul K. basın K. ve sair ile konumuza yakından ilgilendiren 6085 sayılı karayolları trafiği ile ilgili kanunlar ceza hükmü taşımaktadır.

Trafik kazalarında ölüm halinde ki cezai sorumluluk bu günün şartlarına katiyyen uygunluk göstermemek, Türk Ceza kanununda hala trafik kazalarının bir mesele olarak ele alınmadığı ve korkunçluğunun bu kadar ilerlemediği bir zaman olan 1953 de ki değişiklikle kaldığı bundan sonra konuya dokunan kanun maddelerinin ise zaten kifayetsiz olan bu cezayı dahada hafifleştirerek kazaların artmasına sebep olmaktadır. Meriyette bulunan mevzuata bir göz atarsak :

1 — T. C. K. (1/8/1953 - 6123 değişik) Madde 455- Tedbirsizlik ve dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamat ve emavir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

(16/7/1964 - 501 ile ek fıkra) Yukarıki fıkralarda beyan olunan cezalar kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.

Görülüyor ki iyi bir bilirkişi raporu elde edilince trafik kazasında adam öldürmenin cezası üç aya kadar inebiliyor.

11 — Yukarıda bahsolunan 647 sayılı Kanunun 4 maddesinin son fıkrasına göre (Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli olsa hakkında bu madde hükmü uygulanabilir) demekte yani ceza ne olursa olsun paraya çevrilebilmektedir.

Ayni kanunun 6 ncı maddesine göre, bir yıla kadar olan hapis cezası tecil olunabiliyor.

Görülüyor ki 501 sayılı ve 647 sayılı Kanunlar zaten ihtiyaca cevap vermeyen T. C. K. nun eski maddesini iyice müessiriyetten çıkarmıştır. Trafik kazasından dolayı adam öldürme halinde hüküm giyipte hapsedilmek tam bir mucize olmuştur.

111 — 6085 sayılı Kanunda ki cezalar ise konumuza endirek olarak tesir etmektedir. esasen bu kanunda ki cezalarda günün şartları ile mukayese edilirse bir müeyyide olmaktan çok uzak olduğu görülecektir. Bu cezalar ağırlaştırılmadıkca önleyicilik vasfını koruyamıyacaktır. Araç sahibinin menfaati karşısında ceza o kadar basit kalmaktadır ki, aracın

muayenesi, sigortası v. s. gibi ödevlerin cezası bu ödevin ifasının masrafından daha az olduğu için zahmete girmeye bile değmiyor.

Cezai sorumlulukta hakkın kaybolmaması için savcılar tarafından derhal hadiseye müdahale edilmekte fakat kovuşturma ve muameleler yalnız cezai bakımdan ele alınmaktadır. Halbu ki adalet kaybolan hakkın yerine getirilmesi, iade olunması olduğuna göre savcıların hukuki sorumluluk bakımında yardımcı olmaları icabedecektir. Taşıt sahibi tazmin borcunun ekseriyetle yegane karşılığı olan taşıtını hadiseyi müteakip daima kaçırmaktadır. Ölüm halinde hak sahiplerinin içinde bulunduğu haleti ruhiye ve biraz sonra göreceğimiz müşkülatlar yüzünden derhal müdahele edememekte ve hukuki hak kaybolmaktadır.

Taksiratlı suçlarda müsaderenin olmaması kötü niyetli mükelleflerin elinde koz olmamalıdır. Hadiseyi müteakip derhal vaziyete el koyan savcılar muvakkat bir zaman için taşıtın devrini önleyici tedbirleri alabilirler, kanaatimizce taşıt zapt olunabilir. Zabıt müsadere değildir her zaman konulup kaldırılabilir. Nihayet aracın kaçırılmasının önlenmesi için bir tedbirdir. Hatta bazı yabancı plakalı taşıtların yaptıkları kazalarda taşıtlarına el konulması tatbikata yerleşmiştir. Bu müdahalenin hukuki sorumluluğun tazmininde büyük ölçüde faydası olacaktır.

c) **Hukuki Sorumluluk :**

Hukuki bakımdan sorumluluk, başkalarının zararını ödeme yükümlülüğüdür.

Hukuki sorumluluk kanundan veya akitten doğar.

Kanundan doğan sorumluluğu Borçlar Kanunu 41 - 66 maddelerinde «Haksız muamelelerden neşet eden borçlar» başlığı altında tanzim etmiştir. Bu genel sorumluluğu borçlar kanunumuzun 41/1 maddesi: (Gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur) diye tanımlar. Bu genel sorumluluğun hususi hali olan «Ölüm takdirinde zarar ziyanı B. K. 45/2 (Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararında tazmin etmek lazım gelir) şeklinde tanzim etmiştir.

İşte bilhassa bu bendin bahsettiği tazminata biz DESTEKTEN YOKSUN KALMA tazminatı diyoruz.

538

Adı geçen maddelerin ışığı altında şimdi, Destekten yoksun kalanlar - zarar mefhumu - zararı ika eden fail'i tetkik edelim :

1 — Destekten yoksun kalanlar; Destekten yoksun kalma zararı :

Haksız bir eylem sonunda ölen bir şahsın, ölmeyipte yaşadığı farzolunduğu takdirde, kendilerine yardım yaptığı ve yapabileceği yakınlarının bu yardımdan yoksun olmaları sebebiyle, uğradıkları maddi ve manevi zararlarına «ölenin yardımından» destekten yoksun kalma zararı, bu zarara duçar olanlarada destekten yoksun kalanlar denir.

II — Zarar : Zarar, dokrinde mamelekte hasıl olan azalma şeklinde belirmiştir. Zarara uğrayanın halen mevcut mameleki ile zararlı hadise vaki olmasaydı, bu memleketin bulunacağı hal arasındaki fark zarar miktarını gösterir. Buna, «Mali Zarar» denilmektedir.

Zarar Kelimesi : Taraflar arasında bahis mevzu olan şey menfaat tabirinden «İdğuod interest» çıkarılmıştır.

Mamelekte azalma çeşitli şekillerde olur :

aa — Memlekette hissedilen azalma; (Damnum emergens), Buna müşahhas, mevcut zarar diyebiliriz.

bb — Mamelekte azalma olmamakla beraber ilerde artmasına mani olma halinde (lucrum cessans), Bunada müstakbel zarar, hesabi zarar diyebiliriz.

Konumuzda tazmini icabeden zarar, hastane cenaze masrafları gibi, olsa birinci zararla birlikte daha ziyade ikinci zarardır. mahiyet ve miktarının tesbitinde ki kat'i olmamak ve zorluk bakımından hesaplanmasında ekseriyetle bazı normlardan hareketle takdiri ve tahmini bir neticeye vasıl olunmaktadır. Bu bakımdan üzerinde ciddiyetle durulması icabeden bir hususdur.

Maddi Tazminatın Tesbiti : Umumiyetle tazminat, tazmin neticesini doğuran haksız fiilin, meydana getirdiği bütün zararları içine alır. Tazmin neticesini doğuran haksız fiil demekten kastımız, haksız fiil ile zarar arasında açık bir bağlantı (irtibat) olması kasdediliyor ki biz buna illiyet diyoruz. Kastolunan zarar şumulüne, haksız fiilden mütevellit dolaylı zararları almaz. Dolaylı zararlar haksız fiile direkt değil, endirekt illiyet rabıtası ile bağlıdır. Destekten yoksun kalma zararlarının talep edilebilmesi için haksız fiil ile tazmini istenen zarar arasında illiyet rabıtası bulunması şarttır. Yalnız bu illiyet araştırmasında haksız

fiilin muhakkak tek başına zarara sebep olduğu araştırılamaz. Zararın meydana gelmesinde bir çok sebeplerle birlikte haksız olan fiilde varsa illiyet kurulmuştur denilebilir. Bundan sonra zararı artıran tabii hadiseler v. s. nazara alınmadan haksız fiil faili mesul tutulmalıdır. Yaralanan bir şahsın kendi gayritabi hali dolayısiyle, ağırlaştığı hatta öldüğü zaman federal mahkeme hatta temyiz içtihatlarımız neticeyi faile yüklemektedir.

Yardım Müddeti : Kendisine Bakanı kaybedene - Destekten yoksun kalana - tanınacak haklar mahiyetce başlıbaşına haklar olduğundan bunlar ölenin kişiliğine bağlı değildir. Ancak bu kişinin ölmesiyle ne müddet yaşayacağı, tazminatın hesabında önemli rol onayacaktır. Tazminatın hesap edilmesinde kendisine bakanı kaybedenin, önceden kestirişe göre görmüş olduğu yardımın derecesi bu müddetle bir arada düşünülmelidir. Yaşama müddetinin tayini hiç bir zaman kat'i olmamakla beraber, muhtemel hayat ve faalliyet müddetleri, tecrübe, iş ve cemiyet şartları, coğrafi şartlar gibi birçok karinelerden istihraç olunabilir. Örneğin İsviçre'de (Barwertaffeln) denilen ölüm cetvellerine göre Hayatta kalınacak müddetler hesaplanmaktadır. Türkiye'de yukarıdaki şartlara göre bu şekilde bir cetvel henüz inkişaf etmemiştir. Ancak Yüksek Temyiz mahkemesi birçok içtihatlarla vasati ömrü 65 yaş olarak kabul etmiştir. Bilirkişi raporlarında bazı kereler bu yaşama müddeti hiçbir gerekçe olmaksızın sık sık yükseltilip indirilmekte gerek dâvacıda ve gerekse dâvalı da huzursuzluk yaratmakta ve hakka itimat prensibi sarsılmaktadır. Bu değiştirmeler maalesef tarafların itirazları ile de düzeltilmemekte ve hükme aynen esas teşkil etmektedir. Halbuki Temyiz Mahkemesinin içtihatları, eşitlik prensibinin verdiği bir hoşgörü ile memnuniyet verici bir istikrar unsuru olmaktadır. Istisnai durumlarda dahi bu prensibin bozulması için kuvvetli karineler ve makul bir gerekçe aranmalıdır. Tazminat hesabındaki en büyük etken olan müddetin keyfi olarak değiştirilmesi tatbikatta tarafları ençok şikayet ve serzenişe sürükleyen bir husus olmaktadır.

Bilirkişi : Biraz evvel konumuzda ki zararın pucrum cessans (kesabı zarar) olduğundan bahisle bu zararın hesabının tahmini ve takdiri olması bakımından üzerinde hassasiyet ve ciddiyetle durulması icabedeceğinden bahsolunmuştu. Bu zararın hesabının takdirinin bilirkişilere bırakılmayıp hatta hâkimin dahi bunu kendisi takdir ederken gerekli her türlü bilgiyi toplamalıdır. Bilirkişinin mütealası delil olmaktan ziyade hakimin şahsi kanaatini tamamlayan bir vasıtadır.

Bilirkişi mütealasını ancak hakimin sabit saydığı veya tarafların birlik oldukları bir olaya dayayabilir. Tetkikata esas tutulmak zaruretinde bulunulan olay nizalı ise hakimin talimatı ile hareket eder. Kısaca bilirkişi hükme değil, hadisede ilmi bilgisini beyana izinlidir. Hatta bilirkişi hisleri ile peşin hüküm altında mütela bildirmemesi için tam dosyaya vakıf olmaması lazımdır. Hadisemizde ki bilirkişilerin rollerinin genişletilmesi hukuk bilgisinden yoksunlukları sebebiyle adli hatalara sebebiyet verir.

Hakim hükmünü verirken bilirkişi ile şahit arasında fazla bir fark gözetmemesi lazımdır. Bilirkişinin hadiseyi bildiğine, bildiğini doğru söylediğine inanırsa o zaman müteleasını hükme esas almalıdır. şahadette de durum aynidir. Üstelik hadiseyi gören şahit mahdut olduğundan şahadete itibar bir nev'i zorunluktur. Halbu ki bilirkişi için durum böyle değildir. Hatta bilirkişilerin yeterli olmaması, ihmal ve lakaydi ile hataya düşmesi, iltizam ile mütelea beyanı ihtimalide vardır. Hernekadar Borçlar Kanunu 390, 322, 386 maddeleri gereğince bilirkişiler mesul tutulabilirsede, hatalı oy vermesinden dolayı mesuliyeti yoktur.

Bu kadar girift ve neticeye müessir olan bir meselede hakimin bilirkişiler üzerinde büyük bir dikkat ve itina ile durması gerekir. Evvela, bilirkişi seçiminde m. 276 daki listeye riayet etmesi lazımdır, sonra bilirkişiye kanunun öngördüğü talimatı ve 276/IV de göre yemininin icrası icabeder, rapor kafi görülmezse tereddüt etmeden başka bilirkişilerin müteleasına müracaat olunmalıdır. Bu hususta taraflara da bazı haklar tanımak icabeder. C.M.U.K. 188 maddesi, sanığa serbest seçtiği bir bilirkişinin, hakimin seçtiği bilirkişinin tetkikatına iştirak hakkı vermiştir. Kıyas yoliyle bu hükmün hukuka uygulanmasına mani bir hal olmasa gerek. Yine CMUK. nin 80 ve müt. maddelerinde bilirkişi tetkikatının (Baş, göğüs ve karnı şeklinde) nasıl yapılacağına dair hükümler sevketmiştir. Konumuzda biraz evvel temas edildiği veçhile tabir caizse her yiğidin kendine göre bir yoğurt yiyişi olmaktadır. Yargıtayın (bir vazonun 12 yıl evvel topraktan çıkarıldığına dair bilirkişi raporuna karşı, 30 yıl evvel çıkarıldığına dair şahadeti kabul etmemesi, raporun kuvvetini gösteren bir misaldir.

Haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararların hesabedilmesinde tarafların kusur derecelerinde ehemmiyetli surette rol oynar. Bu sebeple konumuzda iki hususta bilirkişi müteleasına ihtiyaç vardır :

Haksız fiilin meydana gelmesinde tarafların KUSUR derecesi; bu bilirkişiler trafik uzmanlarından seçilir. Hadisenin oluş tarzı, mahallin-

561

de yapılan kroki, tutulan zabıt, şahit beyanları, yol, hava, vasıta durumu v. s. göre tarafların kusurlu olup olmadıkları, kusurlu iseler ne miktar kusurlu oldukları tesbit olunur.

Trafik bilgilerine, adalet ve hakkaniyet duygularına hürmet ettiğimiz bazı bilirkişiler dahi ekseriyetle kusurun yüzde yüzünüde teşhis olunsun veya olunmasın taraflara yükleme mecburiyetini hissederler. Yüzde 80 sürücüde, yüzde 20 ölende - Yüzde 40 sürücüde, yüzde 60 ölende gibi.

Bilirkişilerin ağır hafif kusur gibi terimlerden vazgeçip kati mütelea beyanı imkansız olabilecek bu gibi hadiselerde katirakam bildirmeleri hakimin takdir hakkını ortadan kaldırmaktadır.

İkinci bir hususta, Kusurun hepsinin dainıa taraflara taksim edilmesidir. Halbuki hadiseler değişik olur ve hemen hemen her hadisede bazı özellikler bulunur. Bazan kusurun yüzde 40 bir tarafta olur diğer tarafta kusur olmaz. Yüzde kırk kusurlu olan tarafa yüzde yüz kusurlu denilmemelidir. Zira bu durumda maddi tazminat tamamen o tarafa yüklenebileceği gibi manevi tazminat bakımından da büyük rol oynar. Hatta bazan hiç bir tarafta kusur olmayabilir. Hakim bu takdirde umumi bilgisinin tahtında hak ve nesafet ile hükmedecektir. Bilirkişiler ekseriyetle arabanın durumu, gidiş v. s. şekillerden istifade ederek sürücünün kusurunu tesbit edip artan kısmı ölenin kusuru olarak kabul etmektedir. Tokyo şehrinin merkezinde bir kazaya sebep olan üç şöförde kusursuz bulunmuştur.

Bilirkişiler ekseriyetle bu faktörleri nazara almamakta ve muğlak bir şekilde neticeyi kanaatimizce deyip kesip atmaktadırlar yukarıdada bahsolunduğu gibi herhangi açık bir gerekçe olmadığından itirazlarda maalesef etkili olmamakta ve olduğu gibi hükme mesnet raporlar verilmektedir. Kısaca hükmü hakim değil bilirkişiler vermektedir.

III — Fail :

Fail, Cezai bakımdan (istisnai hükümler hariç) sadece haksız surette haksız fiili ifa eden şahıstır. Hukuki ve bilhassa konumuz bakımından fail, zarar ika eden şahıstır. Borçlar Kanunu 41 bu şahısta dikkatsizlik, tedbirsizlik, ihmal, kasıt gibi bir zarar ikasını arar yani failde bir kusur arar. Halbuki BK. 54/1, 56/1 ve 58/1 ile MK. 320 de görülen hallerde failin zararı ödemesi, zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusurunu aramaz. Demek ki birinci derecede fail haksız fiili ika eden şahıstır. Bu fail bazen bir şahıs olmaz da birkaç şahıs olabilir. Bu halde, Türk

542

Ceza Kanunu 64, 65, 66 ve 296, 297 maddelerinin aynı olmayıp uygun olarak BK. 50. maddesine göre müşevvik ile asıl fail ve fer'an zimedhal olanlar tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar.

Haksız surette, kasten veya ihmal ile bir kimseyi objektif bakımdan haksız bir fiil işlemeye teşfik eden herkes BK. 50 ye göre mesuldur. Aynı şekilde haksız fiili kolaylaştıranlar da feran zimedhal olarak kabul edilmişlerdir. Kanunumuzda açık bir madde olmamakla beraber, bazen müteaddit kimselerin haksız fiilleri neticesinde bir zarar husule gelip de bu zararın hangisinin fiili ile meydana geldiği tevsik edilemiyeceği hal de olabilir. Bu haller de yukarıda gördüğümüz illiyet rabıtası olmadığı için zararın tazmini imkansızmış gibi görülürse de bunu illiyetin bir istisnası kabul ederek Türk Ceza Kanununun 463 maddesine kıyasla hepsinin müteselsil mesul olması lazımdır.

Bu şekildeki mesuliyetlere Doğrudan doğruya mesuliyet denilmektedir.

Bir de nezaret vasifesinden doğan bir mesuliyet vardır ki Türk hukukçularının ekseriyetinin İstihdam edenin mesuliyeti dedikleri ve modern hukukun şumullendirdiği mesuliyetten ikinci sınıf bir fail daha ortaya çıkmaktadır. Bu fail, asıl faili mesleki veya ticari veya hususi işinde talimatı dahilinde, bir iş ile görevlendiren şahıstır. Bu failin cezai mesuliyeti olmamakla beraber BK. 55 ve sair maddelerde hukuki yükümlülüğü kabul edilmiştir. Trafik kazalarında hadisenin önemine binaen, bu umumi hükümlerden ayrı olarak taşıtın yaptığı zararlardan dolayı 6085 SK. nun 232 ile muaddel 50/1 maddesinde doğrudan doğruya taşıt sahibi sorumlu kabul edilmiştir. Bu açık hüküm karşısında yargıtay 4. hukuk dairesinin 959 tarih 12175/230 içtihadının aksine olarak BK nun 55. maddesinin tatbik yeri kalmadığı kanaatindeyiz. Zira:

a — Taşıt sahibi ile sürücü arasında akti rabıtayı ispata lüzum kalmamıştır.

b — BK. nun bir senelik zaman aşımı yerine iki senelik zaman aşımından istifade edilmektedir.

c — Taşıt sahibi başkası, istihdam eden başkası ise her ikisi birlikte mesul edilebilir.

Failin kanunen açıkca belirtilmesi ilk bakışta ferahlatıcı bir durumdur. Fakat bu açık hükme diğer mevzuatlar karıştırılınca taşıt sahibinin tesbiti tam bir muamma haline gelmekte, bilhassa tazmina-

543

tın tahsili çeşitli muvazaa ve temliklerle tamamen imkansız hale gelmektedir.

Karşımıza çıkan en büyük zorluk, Taşıt Sahibinin Teşhisidir. hernekadar 6085 sayılı kanun 17 maddesinde : Bir vasıta veya lastik tekerlekli traktöre sahip olan kimse bunları ikametgah veya işyerinin bulunduğu vilayet tarafik şube veya bürosuna kayıt ve tescil ettirmeden trafiğe çıkaramaz denilmekte ise bu hüküm tatbikatta taşıt sahibi olmağa kâfi görülmemektedir. Hatta 19 maddede: Trafiğe çıktıktan sonra bütün teknik ve HUKUKİ değişikliği gösteren trafik ruhsatnamesinden bahsetmektedir. Bu maddelerden çıkarılan anlama göre 50 nci maddede bahsolunan taşıt sahibi, trafik kaydından ve ruhsatnameden teşhis olunacaktır.

Muhterem yargıtay bir çok içtihatları ile taşıtı, bu maddeleri hiç nazarı itibara almadan, menkul kabul etmekte ve menkul mallara ait hükümler dairesinde iktisap eden şahsı sahip adetmektedir. İşte karışıklık ve daha ziyade sorumluluktan kurtulmak için yapılan muvazaaların yarattığı karışık durum bu vesile ile ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay H.G.K. 21/1/1958 T. 2/2 sayılı içtihadında : Trafik kanununun 21 madde hükmünün, Medeni kanun ve borçlar kanununun menkul bey'ine müteallik hükümlerini lâğvetmiş değildir. Kanun seyrüseferin intizam ve selametini emniyet altına almak gayesiyle hazırlanmış.. trafikte ki sicil hakiki maliki tayin bakımından değilmesulü tayin etmek bakımından kıymet ifade eder. demektedir. Buradan anlaşılan şudur. 6085 sayılı kanun yalnız seyriseferi alakadar edip, konumuzu ilgilendiren tazminatı alakadar etmemektedir. Şimdide şu hususlar karara aykırı oluyor. sigorta hükümleri seyrüsefer içinmi konulmuş, trafiğin selametle işlemesi için mi? yoksa bedeni ve maddi kazalarda tazminatın kısmen telafisi için mi? Müruruzaman hakkında ki hükümlerin tatbik olunması, v.s. gibi hükümlere ne denilecektir.

6085 S.K nun maddeleri sarihtir. Lafzı ruhu ve gayeside bellidir. Hususi bir kanun olması ve son çıkan kanun olması bakımından taşıt sahibinin teşhisinden de kullanılması, tatbik olunması lâzımdır. Nihayet Trafik sicilinin amme hukuku çerçevesinde düşünülmesi ile sicilin isbat kuvveti ve aleniyeti nazara alınarak, motorlu taşıtlar bakımından MK. 687 ve dev. maddelerinden inhiraf ile istisnai bir sistemin kabulü ile sicil kayıtlarının sahibin tayininde esas kabul edilmesi hukuka uygun olabilecektir.

544

IV — Sigorta : Yukarıda umumiyetle zarar hesap edilirken kusur derecesine göre indirilip artırıldığını gördük. Bazı hallerde işleticinin kusuru olmasa bile zararı ödeme yükümlülüğü vardır. Failin kusursuz olmasına ragmen tazminle mecbur tutulmasını hakkaniyet düşüncesi ortaya çıkarmıştır. Roma ve Japon hukukları bu hakkaniyet sorumluluğunu tamamen reddeder. Macar projesi ve Sovyet Rusya Medeni Kanunu (Md. 406) Hakkaniyet sorumluluğunu genel bir prensip olarak kabul eder. Üçüncü grup, Almanya, İtalya, Portekiz, İspanya, Meksika, Çin, Peru, Polonya gibi devletler bu sorumluluğu mahdut ölçüde kabul eder. Türk - İsviçre hukuku BK. 44/2 ve 54 maddelerinde, bu sorumluluğu hakkaniyet prensibinin tersine kabul etmiştir.

Medeniyetin ilerlemesi neticesi insanların ihtiyaçları artmış, bu ihtiyaçların karşılanması için büyük işletmeler ve fabrikalar gelişmiş, Bunun neticesi olarakta kasti olmayan adam öldürmeler (Kazalar) artmıştır. Sanayiinin bu affetmeyen tehlikesinin karşısında, çeşitli zorluklar altında yaşayan dalgın, dikkatsiz, bunalım içinde ki insanlar her an kazaya uğramaktadır Bu kazalara umumi hükümlerin tatbikinde ekseriyet le failde «işleticide» kusur bulunmamakta, kusur yukarıdada bahsolunduğu gibi medeniyette, toplumda, makinalaşma devrimindedir. İşletme tehlikesi denilen, ferdin maruz kaldığı bu kazalara karşı ancak işçinin işyerinde çalışması ile ilgili BK. nun 332 maddesi vardır. Trafik kazalarına tatbik olunacak böyle bir hükme raslamamaktayız. Halbuki bugün Karayolları işletmeciliğide büyük ölçüde gelişmiş olduğundan ve daimi bir tehlike arzettiğinden hakkaniyet düşüncesi ile, iş kazaları gibi zararın tazminini ön gören kanunlara ihtiyaç vardır.

Bu mesele bir çok devletlerde halledilmiştir : Mesela, Almanyada 19/12/1952 de Strassenverkehrsgesets (StVG) yürürlüğe konmuş trafik sorumluluğunun sebebini taşıtın işletme tehlikesi olarak kabul etmiş. 87/1 e göre; Zarar gören yalnız kazanın sebebinin işletmeye ait olduğunu isbat edecek. 7/II de aksi isbat olununcaya kadar yüzde yüz kusurlu işletmedir.

İsviçrede mevzuatımızın ayni olan kendi mevzuatlarının kifayetsiz olduğunu kabul ederek, 19/12/1958 tarihinde Strassenverkehrgesets (SVG) adı altında Karayolları Trafik kanununu yürürlüğe koyarak işletme tehlikesinden dolayı sorumluluğu kabul etmiştir. Md. 58/I e göre : Sorumlu şahsın kusurunu isbata lüzum yoktur. Sorumluluğu, objektif vakıalara, taşıt işletmesi ile meydana gelen zarar arasında ki uygun illiyet rabıtasına istinat ediyor.

545

Türkiyede 18/5/1953 tarih ve 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 50 maddesinde sorumsuzluk kabul edilmişsede Kurtarıcı beyyine ile sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmıştır. BK. 55 deki istihdam edenin şartları aranmakta ve bu kıstaslara istinatta ısrar edilmektedir. Hakkaniyet sorumluluğu prensibine ancak ve yalnız bu kanunun sigorta hükümlerinde raslamaktayız. Bu bakımdan şu an kifayetsizde olsa 6085 S. K. nun sigorta hükümleri ileriye yakılan bir ümit ışığıdır.

50/V maddeye göre : Bu kanun hükümleri gereğince yapılması mecburi olan asgari sigorta hadlerini aşan zararlar..... hususlarda UMUMİ HÜKÜMLER TATBİK OLUNUR denilmektedir. Demek ki asgari sigorta hadlerini aşmayan kısımlar için umumi hükümler uygulanamıyacaktır. Ayni kanunun 53 maddesi : Sigorta mukavelelerinden veya sigortaya ait kanuni hükümlerden doğan ve TAZMİNAT MİKTARININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI neticesini veren istisnai haller «Kanımızca kusur gibi» zarar görenlerin haklarına tesir etmez. Bu madde işletme tehlikesini kabul etmiş ve mutlak sorumluluğu trafik kazalarında, sigorta mevzuatına getirmiştir. Bu ferahlatıcı ve ümit verici durum ne yazık ki bugünkü haliyle pek kısır kalmakta ve tam olarak tatbik olunmamaktadır.

a — Kifayetsizlik: 6085 S. K. nun 52 maddesi (Motorlu taşıtlar.... mali mesuliyet sigortalarında, aracın cinsine, şahıs ve kaza başına maddi, ölüm dahil bedeni zararlara göre temini mecburi olan asgari sigorta meblağlarını tesbite ve gerektiği takdirde tadile Bakanlar Kurulu yetkilidir) demektedir.

Kanun vazıî, bu miktarların sık sık değişmesi icabedeceği düşüncesi ile isabetli olarak, miktara oynaklık vermiş ve kolaylığı temin bakımından bu yetkiyi Bakanlar Kuruluna vermiştir. Lüzum görülen ufak değişikliklerde bütün kararın değişmemesi için tadil yetkisinide koymuştur.

Bakanlar Kurulu 10/7/1961 tarihinde, Ticaret Bakanlığının 26/6/961 tarih ve 51/67 — 4/10516 sayılı yazısı üzerine 5/1447 sayılı kararla bu tesbiti bir cetvel halinde hazırlamıştır. Bu cetvele göz atıldığında görülecektir ki, şahıs başına kaza için 5.000 TL. mali mesuliyet sigortası kabul etmiştir.

Bu tesbit esasen o günün şartlarına da uygun olmadığı gibi aradan geçen on senelik müddet zarfında, trafik kazalarındaki artış ve hayat şartlarında ki değişiklikler sebebiyle bugün tamamen kıyafetsiz ve kısır kalmaktadır. Bu miktar bugün asgari ücret tarifesine göre vasıfsız bir işçinin sekiz aylık kazanç kaybı, yüksek dereceli bir memurun 15 günlük

546

kaybıdır. Aracın geliri, hayat şartları ve sosyal zorunlukların hesabı ile, kazaların artışı başka türlü tazminin zorluğu, karayolları işletmeciliğinin kârlı bir iş alması sebebiyle yaygınlaşması ve mevzuatımızda yegane mutlak sorumluluk kaidelerini kapsaması düşünülerek bu miktarın hakkaniyete uygun şekilde yükseltilmesi icabeder.

b — Tatbik şekli : Sigortacılık memleketimizde son zamanlarda kâr kastiyle ticari bir işletme olarak gelişme göstermektedir. Gaye kâr etmek olunca bu asgari sigorta hadlerinin dahi ödenmesinde sigorta şirketleri zarar görenlere büyük zorluklar çıkarmaktadırlar. Mevzuatı tam olarak bilmeyen kazazadelere kusur derecesine göre ödeme yapmak, çeşitli vesikalar istemek, uzun müddet bu vesikaları tetkik gibi bıktırıcı ve oyalayıcı taktikler kullanarak, ödememe, ödemeden kesinti yapmak veya dâva yoluna gidilerek bazı usuli hatalardan faydalanmak veya ödemeyi geciktirmek yollarına başvurmaktadırlar.

6085 S. K. nun 55 maddesine göre: Sigorta şirketleri bilirkişi raporlarının teşkilâtlarına tevdiini müteakip hak sahiplerine ödemekle mükellef bulundukları ve mecburi hadler dahilinde kalan zararları bir hafta zarfında öderler.

Yukarıda görülen 50/V maddenin aksine muhterem temyiz mahkemesi umumi hükümleri tatbik etmeyi öngörmekte ve muinden mahrumiyet v.s. hususların araştırılmasını istemektedir. 53 maddenin hilafında da kusur derecesine asgari sigorta hadleri dahilinde yer vermektedir ki murat edilen gaye, hakkaniyet sorumluluğu kanun hilafına ortadan kaldırılmakta, sigorta şirketleride mutlak mesuliyetten kurtulmaktadır.

V — Dâva Usulü :

Buraya kadar, tatbikatın ve çeşitli sebeplerin zorlukları altında zarar görenler haklarını tam olarak alamadıklarını gördük. Şu halde Usul kanunlarımızda dâvacıya tanınan bazı haklardan zarar görenlerin istifadesi kolaylaştırılmalıdır. Kısaca :

a) Zarar görenin adli müzaheretten istifadesi kolaylaştırılmalı.

b) İlk bilirkişi raporuna göre failde azda olsa kusur varsa derecesine göre ihtiyati tedbirin teminatsız olarak varilmesini prensip olarak kabul edilmelidir.

DÂVA TAKİPÇİLERİ VE VEKÂLET ÜCRETİ

Yazan . **M. Zeki MOLLAMUSTAFAOĞLU**
Şarköy Hakimi

Konu : Üç avukat ve dâva vekilinin bulunmadığı yargı çevresinde, yargı işinde görevli kişiler arasında dâva takipçilerinden söz edilmektedir. Halk arasında bunlara, avukat denildiğinede tanık olmaktayız. Halkın hukuk hayatına karışan ve bir avukatın bütün görev ve yetkilerini, hukuk mahkemeleri ve İcra İflâs Dairelerinde kullanan bu kişilerin görev, yetki ve sorumlulukları ve takip ettikleri dâva sebebiyle hak edecekleri vekâlet ücreti konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu yazımızda biz bu konuya değineceğiz.

Dâvaya Vekâlet : Dâvada taraf olanlar, Devletin hukuki himayesini isteyen kimselerdir. Ancak, usul hükümlerine göre, taraf ve dâva yeteneğini haiz kişiler dâvacı veya dâvalı olarak mahkemelerde bulunabilirler. Dâvada taraf ve dâva yeteneğine sahip bir kimse ise, dâvayı bizzat kendisi veya tayin edeceği vekili takip edebilir. (H. U. M. K. nu Madde 59)

Ne varki her meslekte olduğu gibi, yargı işininde kendine özgü dili ve işi yürütme usulü vardır. Bu hal bu konuda özel öğrenimi zorunlu kılmış ve böylece avukatlık mesleği doğmuştur.

Bizde dâvaların bir vekil ile takibi ve takipçiliğin bir meslek olarak kabulü Cumhuriyet Devri ile başlar. (1) 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu ise bu konuya açıklık getirmiştir. Fakat Baro kuruluşu olmayan, üç avukat ve dâva vekilinin bulunmadığı yargı çevrelerinde, vatandaşın mahkemelerde temsili önemli bir sorundur. Bu sebeple, H. U. M. K. nun 61/ son maddesi Yurdumuzda uygulama olanağını bulmuştur.

Dâva Takipçisi : Bilindiği gibi Yurdumuzun büyük bir yöresinde ve özellikle ilçe merkezlerinde, mahkemelerde vatandaşın işini takip edenler, belirli bir sınavdan geçmiş ve ruhsat almış dâva vekilleri ve hukuk öğrenimi yaparak Baro'ya kaydı işlenmiş avukatlar değildir. Ar-

(1) Sabri Şakir Ansay - Hukuk Yargılama Usulü.

zuhalcı, istidacı, dâva muakıbı ve dâva vekili gibi isimlerle tanınan kişilerin de bu işleri yürüttüğü görülmektedir. Bunların bu yolda görev yapmaları, 61. nci maddenin 1136 sayılı kanunla kaldırılmış olmasına rağmen önlenmiş değildir. Sözü edilen yasanın geçici 17. nci maddesi buna olanak tanımış ve sadece bunu değiştiren 1238 sayılı yasa, 61. nci maddeden yararlanan kişilerin bu işinin 7. Temmuz. 1977 gününde son bulacağını belirtmiştir. Bunun yanında, geçici 17. nci maddenin birinci bölümünde nitelikleri yazılı kişilerin, aynı şekilde bu tarihten sonrada dâva takipçiliğini yapabilecekleri belirtilmiştir. Bunlar, Yargı Mercileri, C. Savcılıkları, İcra İflas Memurlukları... nezdinde, başkâtipliği... görevlerinden birini en az on yıl süre ile yapmış olanlardır. Böylece Yargı Mercilerinde belirli süre çalışmayan ve sadece 61. nci maddeden yararlanan takipçiler, bu tarihten sonra işten alınmış olacak ve bunların yerini Avukatlık Kanunun geçici 17. nci maddesinin birinci bölümünde nitelikleri gösterilen kişiler alacaktır.

Görülüyorki en son yasa dahi takipçilik mesleğini kabul etme zorunluğunu duymuştur. Bunun yorumunu burada yapacak değiliz. Herhalde Yasa Koyucu'nun görüşü, Yurt gerçeklerine uygundur. Takipçilerin varlığı kabul edildiğine göre, bunların görev, yetki ve sorumluluklarından söz edilmelidir.

Görev ve Yetkileri : 1136 Sayılı Yasanın 1 ve 2 nci maddesinde, Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda Yargı Organları ve Mahkemelerle resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir... diye belirtilen hükmü ile, avukatlığın mahiyeti ve amacı gösterilmiştir. Avukatlığın mahiyeti ve amacı bu yolda saptandığına göre dâva takipçiliğinde aynı mahiyet ve amaçla nitelendirilmesi gerekmektedir. Çünkü, takipçi, bir avukatın bir dâvada yaptığı bütün işleri yapabilmektedir.

Sorumluluk : Bu görevin yerine getirilmemesi halinde takipçinin sorumluluğu ne olacaktır? Her görev bir sorumluluğu taşır. Avukatların sorumluluğu 1136 sayılı yasa ile düzenlenmiştir. Ya takipçilerin...

Avukatlık Kanunun geçici 17 nci maddesinin 7 nci bölümünde, bu maddede sözü edilenler hakkında, yasanın ikinci, dördüncü, beşinci, sekizinci, dokuzuncu, on birinci ve on ikinci kısmı ile, 49, 57, 58, 59, 60,

61, 62, ve 65 inci maddeleri dışında kalan hükümlerin kıyasen uygulanacağı gösterilmiştir. Atıf yapılan madde ve bölümler incelendiğinde bunların, yasak haller, avukatın hak ve ödevleri, baro levhası ve avukatlar listeli, disiplin işlem ve cezaları, başlıklı ve özellikle avukatlara özgü durumların hükme bağlandığı görülecektir.O halde takipçilerin sorumluluğunu da bu hükümlere göre düşünmek gerekecektir. Gerçekten, mademki avuktın bir dâvada yapacağı bütün işleri dâva takipçileride yapabiliyor, sorumluluğunuda bir avukat gibi yüklenmesi ve bunu müd[illegible] olması zorunlu olacaktır.

Ne varki, bir dâva takipçisinin, meslek düzen ve geleneklerine uymayan eylem ve davranışta bulunduğu, mesleki çalışmada görevini yapmadığı, görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmadığı ve başka hizmetler gördüğü... nün Baro'ca ne yolda tesbit edileceği açıklanmamıştır. Takipçinin yasa dışı davranışı nasıl bilinip saptanacak ve soruşturma açılacaktır. bu soruşturmayı hangi merci yapacaktır. Takipçilerin, sadece Baro'ca tutulan, takipçiler listesinde isminin bulunmasından başka, Baro ile meslek yönünden hiçbir ilişkisi ve teması yoktur. Bu halde Baro bunları nasıl denetleyecektir.

Bize göre bu denetleme, 1136 sayılı yasanın yürürlüğe konulmasından önceki uygulamaya göre yapılmalıdır. 61 nci maddeye göre dâvayı takip edenler mahalli Hakimin denetimi altında tutulurdu. Gerçekten, mahalli hakim, takipçilerin yukarıda sayılan yasak halleri bulunduğunu her zaman tesbit edebilir. Nitekim, takipçinin dâvayı takip yeteneğini taşımadığını ve bu yeteneği yitirdiğini tesbit halinde, mahalli hakim bunu mahkemelere sokmaz ve işine son verirdi. Uygulama bu yolda oluşmuştur.

Şu halde, 1136 sayılı yasadaki hükümlerin bu uygulamaya uygun şekilde yorumlanması yoluna gidilerek, mahalli hakimin mahkemelere kabul etmede sakınca gördüğü takipçiyi, Baro'nunda işten yasaklaması doğru olacaktır. Aksi halde, bu konuda çelişik uygulamaya gidilmiş olur. Herhalde mahalli hakimin bu konudaki kararı iltifat görmelidir. Hatta bu konuda, uygulamaya kolaylık getirecek ve açıklık kazandıracak yeni hükümler getirilmelidir.

Gerçek şudurki, bu gün takipçiler doğrudan doğruya olmasa bile dolaylı yollarla ticaretle iştigal etmekte, özel işlerini görmekte ve yine ücretli olarak başka işler yapmaktadırlar. Bunların görev ve yetkileri göz önünde tutularak, avukatların yasaklandığı bütün işlerden takipçilerinde yasaklanması ve bu konuda mahalli hakimin ve baronun denetimi daha açık hükümlerle sağlanmalıdır.

550

VEKALET ÜCRETİ

Vekâlet ücreti, avukatın vekâlet hizmetine karşılık hak ettiği ücrettir. Ücret ise, bir hizmet akdi veya vekâlet akdi sebebiyle görülen iş, yapılan fikri çalışma karşılığında bunu yapana verilen bedeldir. (2)

Vekâlet ücreti iki gurupta toplanır. (3). Birincisi yargılama giderlerinden sayılanı, ikinciside avukatla iş sahibi arasında serbestçe kararlaştırılan ve iş sahibinin avukata ödediği ücrettir. Bu ikincisi konumuzun dışındadır.

H.U.M.K. nun 423/6 maddesi yargılama giderleri arasında vekâlet ücretinide saymıştır. Bunun kapsamı 1136 sayılı yasada gösterilmiştir. Bu ücret, Her Baro'nun yönetim kurulunca üç senede bir hazırlanan ve Türkiye Barolar Birliğince Adalet Bakanlığına sunulan ve Bakanlığın onayından geçen, avukatlık asgari ücret tarifesine göre, mahkemece takdir edilir.

Usul kanunundaki bu açık hükme rağmen, vekâlet ücreti konusundaki önceki uygulama, nedense çelişik oluşmuştur. Bu gün dahi, dâva dilekçelerinde bu çeliskiye yer verildiği görülmektedir. Evvelce, vekâlet ücreti tayini için, bu isteğin Sulh Mahkemelerinde açıkça söylenmesi ve Asliye Mahkemelerindede yazı ile ifade edilmesi ön görülmüş ve Yargıtay kararlarıda bunu doğrulamıştı. Oysa, vekâlet ücreti, tarafların bu konuda isteklerine bakılmadan, mahkemece harç, posta gideri, keşif vesair giderler gibi resen ele alınmalıdır. Nitekim, 29/5/957 gün ve 4/6 sayılı inançları birleştirme kararı bu konuyu kesin olarak doğrulamıştır.

Söz buraya gelmişken vekâlet ücretinin kime ait olacağınıda belirtelim. 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu yürürlükte iken, mahkemenin takdir ettiği vekâlet ücreti asil'e ait oluyordu. Ancak 1136 savılı Avukatlık Kanunu açıkça.. Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme olmadıkça, tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.. (Madde 164). Hükmünü getirince, eski uygulamada bu şekilde değişmiştir. Bu konuda mahkemelerden verilen kararların, Yargıtayda onandığıda görülmektedir. (4). Yalnız, mahkeme kararlarında vekâ-

(2) 136 Sayılı Avukatlık Kanunu madde 163,
Türk Hukuk Lügatı - Sayfa 136.
(3) Cemil Saatçioğlu - Adalet Dergisi Ocak 972.
(4) Yar. 9 uncu H. D. 29/12/970 gün ve 13133/15218 Sayılı K.

551

lei ücretinin avukata verilmesi konusunda açık bir ifade kullanılması konusunda değişik görüşler vardır. (5). Bize göre, mahkeme kararında sadece.. masraf ve vekâlet ücretinin.. dâvalıya tahmiline, demekle yetinmelidir. Çünkü karar, taraflara muzaf olarak verilmektedir. Ve Mahkeme anlaşmazlığı çözmek görevini yapmaktadır. Anlaşmazlıkla ilgisi bulunmayan avukatlık ücreti konusunda tarafları bağlayıcı ibare kullanmak fazlalıktır. Kaldıki, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunup bulunmadığını tesbit etmenin, görülen dâva ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu konu avukatla iş sahibi arasında dâvadan sonra konuşulur ve (6) Yargıtay kararında görüldüğü gibi, iş sahibi tarafından avukata verilir.

Takipçilerin vekâlet Ücreti : Yukarıda takipçilerin görev ve yetkilerinden söz ederken, avukatın bir dâvada yüklendiği sorumluluk ve yetki ile takipçilerinde donatılmış olduğunu ve bunların bir avukkat gibi Yargı işine karışmakta olduğunu belirtmiştik. Acaba vekalet ücretinede bir avukat gibi hak kazanırmı?. Mahkemenin tarifeye göre resen takdir edeceği vekâlet ücreti, takipçi içinde aynı mı olacak?. Bunlar için avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanabilirmi?.

Bu konudaki uygulamaya göz atılırsa, bunlara çok kez avukatlar gibi ücret verildiği görülecektir. Nitekim, birçok ücret tarifelerinde... Bu tarife dâva vekilleri hakkında aynen uygulanır... ibaresine yer verilmiş ve buna kıyasen, tarife takipçilerede aynen uygulanmıştır. Bazı tarifelerde ise (7)... Bu tarife H. U. M. K. nun 61 nci maddesi gereğince vekâlet alan kimseler hakkında yüzde elli oranında tatbik olunur... ifadesine yer verilmiştir Tarifeye bu yolda bir açıklık verilmiş olması uygulamada kolaylık sağlanmıştır? Ancak, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunun geçici 17 nci maddesi, Onbirinci Kısımda belirtilen Avukatlık Ücreti ve avukatlık ücret tarifesinin, bu maddeden yararlanarak vekâlet görevi yapanlar hakkında uygulanmayacağını kesin olarak belirtilmiştir Bu halde takipçilere avukatlar için hazırlanan ve uygulanan ücret tarifesi uygulanmaz

Takipçilere ne yolda ücret takdir edileceği, 17/11/1948 gün ve 5/8 sayılı içtihadı birleştirme kararında kısmen gösterilmiştir. Buna göre ücret genel hükümlere göre verilecektir. Genel hükümden maksat, Borçlar Kanunudur. Gerçekten B. K. nun 386 ve sonraki maddeleri vekâlet

(5) Eyüp Sabri Erman - Adalet Dergisi - Mayıs 971.
(6) İ. İ. D. nin 9/4/971 gün ve 4114 Sayılı K.
(7) Trabzon Barosu Asgari Ücret Tarifesi - 22/6/1962 günlü Resmi Gazeteden.

552

konusunu işlemiştir. Takipçi dâvayı bu maddelerde yazılı genel prensiplere göre takip eder ve iş sahibinden, gördüğü hizmetin karşılığını alır. Mahkemenin takdir edeceği vekâlet ücreti ise, takipçinin dâvadaki emek ve mesaisi ve hizmetin kapsamı ile mütenasip olacaktır. Bu konuda Yargıtay 2 nci H. D. nin bir kararını örnek olarak verebiliriz. (8).

Bu açıklamamıza göre, dâva takipçileri avukatlar için düzenlenen asgari ücret tarifesine göre değil, Bk nun 386 ve sonraki maddelerine göre vekalet ücretine hak kazanacaklardır Bu ücretin herhalde iş sahibine ait olması gerekir. Ücretin dâva takipçisine ait olması söz konusu olamaz.

Bir Yargıtay Kararı : Bu açıklamadan sonra, Yargıtay T. D. nin 6/4/970 gün ve 969/4685 E. 970/1456 K. sayılı ve yine aynı dairenin 18/3/971 gün ve 71/570 E. 971/2103 K. sayılı kararlarından söz etmeden geçemiyeceğiz (9).

Aşağıya alınan kararda görüldüğü üzere, mahkeme kararı.. Tekirdağ Barosu ücret tarifesinin uygulanması gerekirken, yüz lira vekâlet ücretinin takdiri yolsuzdur.. ve yine aynı konuda ikinci kararında,.. dâvacı vekilinin 1136 sayılı avukatlık kanunun geçici 17. maddesinde öngörüldüğü şartları haiz olup olmadığı incelenerek ona göre ücreti vekâletin takdiri gerekirken, bu yönden bir inceleme yapılmadan ve mesnedide gösterilmeden dâvacı vekiline yüz lira vekâlet ücreti takdiri yolsuzdur.. görüşü ile bozulmuştur.

Oysa mahkeme, dâvacı vekilinin duruşmaya ne yolda kabul edildiğini belirtmiş ve ara kararında.. İlçede üç avukat ve dâva vekilinin bulunmadığı.. sozü ile dâvacı vekilinin usulun 61. nci maddesi uyarınca vekâletini kabul etmiştir. Birinci kararın bozulmasından sonra, işin uzamaması ve bozma sebebinin destekten yoksun olduğu Yüksek Mahkemece nasılsa anlaşılır düşüncesi ile, dâvacı vekiline yine aynı ücret takdir

(8) Yargıtay 2 nci H. D. nin 1/7/971 gün ve 4257/4263 Sayılı Kararı.

(9) (... Tekirdağ Barosu ücret tarifesinin uygulanması gerekirken, yüz lira vekâlet ücreti takdiri doğru değildir..), (.. Dâvacı vekilinin 1136 sayılı kanunun geçici 17 nci maddesinde öngördüğü şartları haiz olup olmadığı incelenerek ona göre ücreti vekâlet takdiri gerekirken, bu yönden bir inceleme yapılmaksızın ve mesnedide gösterilmeksizin dâvacı vekiline yüz lira vekâlet ücreti takdiri yolsuzdur..)

edilmiş ve fakat bu kez, aynı karar geçici 17. nci maddeden bahisle bozulmuştur.

Mahkeme ücret takdir ederken, dâvacı vekilinin sarf ettiği emek ve gayretini dikkate almış ve bunu kararında açıkça göstermiştir. H.U.M.K. nun 61. nci ve avukatlık kanununun geçici 17. nci maddesinden yararlanarak dâva takip edenlerin ne yolda vekâlet ücretine hak kazanacakları bellidir. Bunlar için avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanmaz. İçtihadı birleştirme ve Yargıtay Dairelerinin bu yoldaki kararlarına rağmen sözü edilen bozma yanlıştır. Bu kararın düzeltileceği ümidindeyiz.

SONUÇ : Üç avukat ve dâva vekilinin bulunmadığı yargı çevresinde, hukuk mahkemeleri ve icra iflas dairelerinde, bir avukat gibi avukatın bütün yetkilerini kullanarak dâva takip eden takipçilerin varlığı, en son yasa olan 1136 sayılı yasanın 17, maddesine göre kabul edildiğine göre, takıpçilik mesleğinin daha disiplinli, görev, yetki ve sorumluluk yönünden denetleyici, açık ve seçik hükümler getiirlmesi ve halkın yargı işine karışan bu kişiler hakkında, inandırıcı ve gönül rahatlığı ile iş verme ortamı sağlanmalı ve bunlara takdir edilecek vekâlet ücreti konusunda dahi, takdirde yanılmalar olabileceği düşünülerek ayrı bir düzenlenme yoluna gidilmelidir.

554

KRONİK

HUKUK YAYINLARI

Derleyen : **Hüseyin Cahit ERGÜL**
C. Savcı Yard.

ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU.

Doç.Dr. Ersin Çamoğlu. İ.Ü. Hukuk Fakültesi Kara Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enistitüsü Yayınları 251. Sahife, fiatı 41. lira

Kitap, yazarın 1965 senesi doktora tezinin doktrindeki yeni gelişmelerin ve yargıtay kararlarının işlenmesi ile hazırlanmıştır.

Eserde, Giriş bölümünden sonra, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna hâkim olan prensipler, yönetim kurulu üyelerinin Sorumluluğunu gerektiren haller, Sorumluluk dâvasının tarafları, müeyyide, usul, Özel durumda sorumluluk ve sorumluluğun sona ermesi konuları ile birlikte geniş bir bibliyoğrafyaya yer verilmiştir.

Eser gerek Türkiye de ve gerekse Avrupadaki Sermaye piyasası kurma ve geliştirme teşebbüsünün arttığı dönemde bu alandaki boşluğu doldurucu niteliktedir.

NOTERLİK KANUNU. Açıklamalar, Genelgeler - Mütalâalar ilgili diğer, Kanunlar.

Ruhi Özüarı. Adalet Müfettişi Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1972. Ankara. 126 sahife. Fiatı. 30. lira.

Eser, iki kitap halindedir. Birinci kitapta, 1512. Sayılı Noterlik kanunu, ve bu kanunla ilgili genelgeler, mütalâalara yer verilmiştir. İkinci Kitapta Noterlik Kanunu ile ilgili Harçlar Damga vergisi, sair ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına, Noterlik İşlemlerine harç ve damga

vergisi muafiyeti tanıyan özel kanunlara yer verilmiştir. Eser tatbikatçılar için hazırlanmıştır.

TÜRK CEZA YASASININ BAZI BÖLÜMLERİ VE 5917 SAYILI YASA

Yazan : Mustafa Nafiz Elâgöz. (Polatlı yargıcı). 155 sahife fiatı 25 Lira. Eser Matbaası. Ankara — 1972

Tehdit, Konut dokunulmazlığı, kendiliğinden hakalma İcra ile teslim olunan taşınmazlara tekrar elatma, etkili eylem ve yaralama suçları, kavgada korkutmak için silah çekme ve boşaltma, Hakaret ve Söğme suçları, hakkı olmıyan yerlere elatma, başkasına zarar verme, Sebepsiz Hayvan öldürmek ve yaralamak, 5917 sayılı yasaya aykırı eylemlerde bulunmak konularına kitapta yer verilmiştir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

Dergide yer alan yazılar :

Av. Kemal Sarıbrahimoğlu : Hukukun Üstünlüğü İlkesi Medeni bir Millet ve itibarlı bir Devlet olmanın vazgeçilmez şartıdır.

Maurice Duverger. Çeviren : Recai Seçkin : Anayasa Mahkemesi Üyesi Yasa ve Hâkimler

M. Haluk Hadimioğlu : Hâkim Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi

Şakir Kaleli : (Hâkim) 4753 Sayılı Yasanın Tatbikatında Yeni Gelişmeler

Av. Halil Makaracı : Fuhuş ve Zührevi Hastalıklar.

Av. Talih Uyar : Takip Hukukunda İcranın geri bırakılması.

İsmet Kemal Karadayı : (C. Savcı) Çocuk mahkemeleri kurulmalıdır.

Abdullah Polat Gözübüyük : (Yargıtay 1. Ceza Dairesi Üyesi) Kendiliğinden Hak Alma cürümleri

Dergide ayrıca mesleki yazılara, mahkeme kararlarına ve yayınlara yer verilmiştir.

556

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARI

Zürih Şerhi Serisi	Fiyatı
Egger : (Çev : V. Çerniş) 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. I. 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 Medeni 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) Isviçre 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 Kısım, 1930 - 1947	6.00
» » » » » 1955	75
» » » » » 1956	50
» » » Ceza Kısmı 1952	10
» » » » » 1953	25
» » » » » 1954	25
» » » » » 1955	25
» » » » » 1956	25
» » » » » 1957	25
Yargıtay Kararları 1941 - 1942 Ceza Kısmı	3.00
» » 1944 » »	3.00
» » 1945 » »	3.00
» » 1946 » »	2.50
» » 1948 » »	3.00
» » 1949 » »	2.00
» » 1950 » »	2.00
» » 1951 » »	3.00
» » 1952 » »	3.00
» » 1953 » »	3.00
» » 1954 » »	2.50
» » 1955 » »	2.50
» » 1959 » »	1.00
» » 1941 - 1942 Hukuk Kısmı	3.00
» » 1944 » »	3.00
» » 1945 » »	3.00
» » 1946 » »	2.50
» » 1948 » »	3.00
» » 1949 » »	2.00
» » 1951 » »	3.00
» » 1952 » »	3.00
» » 1953 » »	3.00
» » 1954 » »	3.00
» » 1955 » »	3.00
» » 1959 » »	4.00
Diğer Yayınlar	
Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı	30.00
» » » » » (Albüm)	60.00

559

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 İkinci teşrin 1927. Konferans vesikaları. Çeviren : Mustafa Nuri Devres	8.00
Ceza Hukukunu tevhid üçüncü beynelmilel konferansı. Bürüksel, 26 Haziran 1930 Konferans vesikaları, Çeviren : Mustafa Nuri Devres.	3.00
Ceza Hukukunu tevhid beşinci beynelmilel konferansı. Madrit, 14 - 20 Birinci teşrin 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)	»	1.00
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	»		»	1.50
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

Resmî 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

560