ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA
AYDA BİR YAYINLANMAKTADIR

Yıl : 63 Ağustos — Eylül 1972 Sayı : 8 - 9

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

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

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

-5 Eylül 1975
Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl : 63 Ağustos — Eylûl 1972 Sayı : 8-9

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ALPASLAN Fehmi : Sayın Yargıtay Başkanı Ferruh ADALI'nın emekliye ayrılması sebebiyle verilen mesaj 539

ERMAN Eyüp Sabri : Sayın Yargıtay Başkanı Ferruh ADALI'nın emekliye ayrılması sebebiyle, Başkan Vekili sıfatiyle Yargıtay adına verilen mesaj 541

İncelemeler :

BERKİ Ali Himmet : Vakıflardan Galle ve Galle Fazlasından İstihkak Dâvaları 544

GÖZÜBÜYÜK, Dr. Jur. Abdullah Pulat : Bilimsel ve Yargısal Açıdan Adam Öldürmeye Teşebbüs ve Müessir Fiil'i Bir Birinden Ayıran Kıstaslar 547

OZANOĞLU İlham Teoman : İşyeri Kaza ve Hastalıkları Sonucu Ölüm ve Malûliyete İlişkin Artık Zararların İrat Şeklinde Tazmini 552

YÜCEL Dr. Jur. Mustafa T. : Hürriyeti Kısıtlayıcı Yeni İnfaz Tedbirleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme 572

ÖKTEMER Semih : Menfi Tesbit Dâvası 579

ÖLMEZ Dr. Sevim : Babalığın Tâyini (Kan Gurup ve Faktörleri) 589

SURLU Mehmet Handan : Uygulamanın Işığında Haksız Tutuklamanın Tazmini 596

TARMAN M. Şekip : Fransa'da Refere Sistemine Umumî Bir Bakış 633

Tercümeler :

REZAKİ Sait : Amerika Birleşik Devletleri Hukuku Ve Adalet Sistemi 647

Kronik :

ERGÜL Hüseyin Cahit : Hukuk Yayınları 654

563

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.

564

SAYIN ADALET BAKANI FEHMİ ALPASLAN'IN, YARGITAY BAŞKANI SAYIN FERRUH ADALI'NIN EMEKLİYE AYRILIŞI SEBEBİYLE MESAJI.

Sayın Ferruh ADALI
Yüksek Yargıtay Birinci
Başkanlığından Emekli

Uzun yıllar şerefle hizmet verdiğiniz Adalet cihazının en yüksek mevkiinden emekli olmanız, pek muhterem şahsınız bakımından tebrike şayan bir ulaşım; hizmetinizden mahrum kalacak millet ve meslek hesabına bir kayıptır.

Ancak, karakter, bilgi ve tecrübe hazinesine sahip Yüksek Yargıtay'ca yerinize getirilecek Zatın da, kendilerinden evvelkiler gibi, tamamlayıcı yeni hizmetlerle Adalet tarihindeki yerini bulacağına ve Zatıâlinizden devralacağı adalet meşâlesi ile yüce milletimizin muhtaç ve müstehak olduğu hak, hukuk, ve adaletine ışık tutacağına beslediğimiz inanç, tesellimizdir.

Geride bıraktığınız kutsal, hizmetlerinizin, bundan sonrası için huzur ve sükûn kaynağınız olmasını, mutlu ve sıhhatli uzun yıllar geçirmenizi diliyoruz.

Yüksek Yargıtay'a duyduğumuz sonsuz hürmet ve bağlılık hislerinin de gereği olarak, Adalet Bakanlığına teveccüh edecek her konuda hizmetinizde olmanın bizlere müstesna şeref ve bahtiyarlık vereceğine itimat buyurmanızı, şahsım ve Bakanlık mensupları adına içten gelen derin saygılarımla arzederim.

Adalet Bakanı
Fehmi ALPASLAN

565

YARGITAY BAŞKANI SAYIN FERRUH ADALI'NIN EMEKLİYE AYRILMASI NEDENİYLE BAŞKAN VEKİLİ VE İCRA VE İFLÂS DAİRESİ BAŞKANI EYÜP SABRİ ERMAN'IN YARGITAY ADINA MESAJI.

Adalet; mülkün temeli, Sosyal düzenin, ferdi münasebetlerin, insan haklarının, bir garantisidir. Adaletli Hukuk Nizamının hâkim olduğu bir ülkede insanlar daha rahat, daha huzurlu, atilerinden daha emin olarak yaşarlar. Sosyal, Ekonomik ve hatta Politik hareketler böyle bir ortam içinde cemiyetin ve fertlerin çıkarlarına daha uygun, daha olumlu şekilde gelişir, serpilir. Daha ileri giderek diyebilirim ki; Medeniyetin terakkisi, bilim ve fen dallarında yeni buluşlar, keşifler; iyi bir hukuk nizamını, adaletli şekilde uygulayan ülkelerin her türlü kuşkudan azade, mesut insanlarının fikri ve bedeni çalışmaları ile mümkündür.

Cemiyete hakim olmak isteyen şer kuvvetlerine karşı korunmakta kendisini tek başına pek zayıf, pek aciz hisseden fertlere güven telkin eden, yaşama zevkini aşılayan en nüfuzlu imparatorlara karşı bile «benim de Berlin'de Hâkimim var» dedirtebilen tek kuvvet işte budur.

Hukuk nizamını Adaletli bir şekilde uygulamak, sosyal düzeni, ahengini bozmadan korumak vazifesi, «Millet adına Yargı erkini kullanan» bağımsız hâkimlere verilmiştir. Hâkimlik cemiyet düzeni, ferdin maddi ve manevi her türlü hakları ve hatta bedeni üzerinde söz söylemek, hüküm vermek gibi hükümranlık hakkı ile tevem geniş yetkiler sağlayan bu kudretli nüfuza rağmen insanlık zaaf ve ihtiraslarının üstünde kalmayı, insan üstü çalışma ve didinmelerinin mükâfatını maddi imkânlar temininde ve herhangi bir şöhretin debdebesinde değil vicdanının huzuru içinde bulmayı gerektiren mukaddes bir vazifedir.

Bir mimar, bir heykeltraş, bir ressam, bir müzisyenin yaratıcı kuvvetinin ürünü, elle tutulur, gözle görülür, maddi varlığı haiz bir eserdir. Yüzyıllar boyu kendini gösterir, yaratıcısının adını ebedileştirir.

Bir hâkimin; hukuk ve kanun bilgilerini, hayat tecrübelerini katarak sağlığını yıpratırcasına yaptığı uğraşılarının ürünü olan örnek bir karar hiç kuşkusuz bir abidedir. Fakat maddi varlığı olmayan, zamanın nisan bulutları arasına karışmağa mahkum manevi bir abide ... işte, gördükleri vazifenin bu yönünü gözönünde tutarak hâkimleri, Adaletin Adsız kahramanları, cemiyet düzeninin koruyucusu (meçhul asker) diye

vasıflandıracağım. Bugün, bu adsız kahramanlardan, bu meçhul askerlerden biri daha, manevi kıymetler, eserlerle dolu, haysiyet ve şerefle geçen 43 yılı arkada bırakarak faal meslek hayatından çekilmiş bulunuyor. Vazifesinin kudsiyetini, büyüklüğünü müdrik ve o nisbette mütevazı, arkadaşlarına müdahakim bir başkan değil bir arkadaş gibi muamele eden bir ağabey sevgisi gösteren Ferruh Adalı, devlet hizmetinin mukadder bir sonucu olan emeklilik hayatına geçmiş bulunuyor.

Diğer bütün Türk Hâkimleri gibi Adalı da, vazife başında bulunduğu sürece, maddi sıkıntılar içinde kıvranmasına rağmen (bir hakim gibi) davrandı. Çalışmalarının mükâfatını; maddede ve bir şöhretin debdebesinde değil vicdanının huzuru içinde aradı. Maaşının yetersizliğinden hiç bir zaman hiç bir kimseye yakınmadı. Fakat, emekli hayatına ilk adımını attığı bu gün biz, onun hiç bir zaman anmadığı ve yine de anmayacağı bir durumu dile getirmeğe, hiç olmassa emekliliğini namerde muhtaç olmadan, titrek ayaklarını adliye koridorlarından sürtmeden geçirtecek, hakettiği emekli maaşını almasına yardım etmeğe mecburuz. Bunu kendisine ve diğer emekli hâkimlere karşı bir vicdan borcu, bir vazife biliyoruz.

Sizlerce de bilindiği gibi; Türk Anayasası ve Anayasa Mahkemesinin bir kararı Hâkimlere, memurlardan farklı olarak, hâkimlik maaşları üzerinden emekli maaşı bağlanmasını tanımıştır. Kanunî durumu inceleyen Sayıştay, birinci sınıfın son kademesi olan 1000 + 200 üzerinden maaş alan hâkimlere, emekli kanununda gösterge bulunduğu için, ayrı bir kanun tedvinine lüzum kalmadan, aldıkları maaşa göre emekli maaşı bağlanacağını, ikramiyelerinin de bu suretle ödeneceğini karar altına almıştır. Kanunların teminatı altındaki bu açık ve seçik duruma rağmen Maliye Bakanlığı kendi teşkilatına ve diğer bakanlıklara yaptığı bir tamimle, generaller ve amiraller müstesna, ikramiye ödenmemesini emretmiş bulunmaktadır. Kanunların her yönden hakim kılınmasını, Adaletin korunmasını 43 yıllık meslek hayatı boyunca kendisine şiar edilen değerli Başkanımızda bu tamim neticesi, hakettiği maaşı alamamak durumundadır. Sayın Maliye Vekilinden ve bilhassa Hükümetten, Anayasaya ve Anayasa Mahkemesi kararına karşı bir direnme niteliği arzeden, kanun hükümleriyle bağdaşmayan bu tutumu bir an evvel düzeltmelerini istemek hakkımızdır.

Ferruh Adalı, Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra ilk Adalet hizmetine 1929 yılında, Bolu Aza Mülazimi olarak başladı. Sonra sırasıyle Manisa da Sulh Hâkimliği, Muğla da Savcı yardımcılığı, İzmir de Sulh Hâkimliği, C. Savcılığı Baş Yardımcılığı, Ceza Hâkimliği, Ankara da As. Ce-

568

za Hâkimliği yaptı. İzmir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı iken 1953 yılında Yargıtay üyeliğine atandı. Kısa bir zaman sonra 4. Ceza Dairesi Başkanlığına, daha sonra da Yargıtay Birinci Başkanlığına getirildi.

21/3/1953 tarihli kararname ile, Sayın Adalı ile birlikte Yargıtay üyeliğine geldiğim için kendisini yakından tanımak, mesai arkadaşlığı yapmak fırsatını buldum. Edindiğim intiba; bilgili, haysiyetli hiçbir tesir altında kalmayan ,arkadaşlarına ve herkese karşı müşfik, dürüst bir hâkim olduğudur.

43 yıl Hâkimlik hizmeti, insan yaşantısı için küçümsenmeyecek bir zamandır. Hayatının en verimli devresini hâkimliğe adayan ve şerefli bir sonuca ulaşan sayın Adalı'ya bundan sonraki yaşantısında neşe, ve sağlık içinde, ailesi ile birlikte iyi günler diler, Tanrı dan, mukadder sonuca bizleri de aynı haysiyetli durum içinde ulaştırmasını niyaz ederim.

369

340

VAKIFLARDAN GALLE VE GALLE FAZLASINDAN İSTİHKAK DAVALARI

Ali Himmet BERKİ

Eski vakıflarda şahıslarla mütevelliler ve Vakıflar Umum Müdürlüğü aralarında en çok tesadüf edilen galle veya galle fazlasından istihkak iddialarıdır. Bu ihtilâflara vakfiyelerdeki bazı şartlarda görülen vuzuhsuzluk ve şartları anlayışdaki isâbetsizlikler sebeb olmaktadır. Ekseri vakıflarda vakfın galle veya fazlai gallesi (geliri) evlâda veya evlâdı evlâda şart edilmiştir. Galle fazlası meşrutunleyh hayır işleriyle zarurî sarfiyatdan artan vâridattır. Bunlar vâkfın evlâdına şart edilmiş olacağı gibi, evlâdı evlâda şart edilmiş olabilir. Bu sonuncu ihtimalde evlâdı evlâd batın (nesil: kuşak) kaydiyle takyid edilmiş olabileceği gibi mutlak bırakılmış da olabilir. Meselâ vâkıf, vakfımın gallesi veya fazlai gallesi erkek veya kız sulbü evlâdıma veya erkek ve kız evlâdıma verilecektir veya vakfımın gallesi veya fazlai gallesi evlâdı evlâdı zükûruma ve evlâdı evlâdı zükûrum münkariz olduğu takdirde kız evlâdıma âit olacaktır demiş ve batın kaydiyle takyid etmiş veya etmemiştir. Vakfiyede bunlardan başka daha bir çok beyan ve şartlar mevcut olabilir. Tesadüf edilecek kayıt ve şartları anlamak için evlâd ve evlâdı evlâd kelimelerinin ve batın takyidinin manâ ve şumulünü bilmek lâzımdır. Bunlar bilinmediği takdirde vâkfın maksadının ne olduğunu anlamak mümkün olmaz ve çeşitli ihtilâflara yol açılır.

Şimdi bu lafızların manâ ve şumulünü birer zâbıta halinde gözden geçirelim :

I — Evlâd, erkek ve kız çocuklar manâsına cemidir. Fakat halk arasında bir tek çocuğa da evlâd denmektedir.

Evlâd lafzı bir defa zikrolunmuş ise, erkek ve kız sulbü evlâd anlaşılır. Meselâ vâkıf vakfiyesinde vakfımın gallesini veya fazlai gallesini

570

evlâdıma şart ettim diyerek evlâd lafzını bir kere zikretmiş ise, evlâd lafzı ahfada (toruna) şâmil olmaz. Ancak vakfiyede bu lafzın ahfada şumulüne dela'let edecek bir kayıt ve karine varsa, lafız ahfada da şâmil olur. Yani lafzın yalınız bir kere zikredilmiş olmasına bakılarak ahfadın galleden veya galle fazlasından faydalandırılmaması cihetine gidilemez. Meselâ vâkıf, vakfımın gallesini veya fazlai gallesini «neslen bade neslin evlâdıma şartettim» demiş ise, «neslen bade nesl» karinesiyle evlâd lafzı ahfada da şâmil olur. Çünki neslim devam ettikçe demekten, vâkıfın evlâd lafzından maksadı nesli devam ettiği müddetçe evlâdı ve ahfadı olduğu anlaşılır.

Keza vâkıf, vefatımdan sonra vakfımın gallesi veya galle fazlası erkek sulbü evlâdıma veya kız evlâdıma veya sulbü erkek ve kız evlâdıma demiş ise, galle veya galle fazlası birinci misalde erkek sulbü evlâdına, ikinci misalde kız evlâdına ve üçüncü misalde erkek ve kız evlâdına mütesaviyen verilir. Üçüncü misalde erkek evlâdıma iki ve kız evlâda bir hisse verilsin diye şart etmiş ise, bu şarta uyularak taksim yapılır.

Verilen misallerden her birinde yalınız bir evlâd kalmış ise, gallenin tamamını o alır.

II — Evlâd lafzı iki defa zikrolunmuş ise, yakın ve uzak batındaki evlâda şâmil olup iki batındaki evlâda münhasır olmaz, Evlâdı evlâda meşrut olan bir vakfın gallesi veya galle fazlası evvelki ve ikinci batında bulunan evlâda verilir. Bilâhare üçüncü batında bir evlâd dünyaya gelse, o da birinci ve ikinci batında evlâdı evlâda müşareket eder.

III — Evlâd ve evlâdı evlâda meşrut olan vakıfda batna ve tertibe delâlet eder bir lafız bulunursa, evvelki batında evlâd varken sonraki batında bulunan evlâda hisse verilmez .Ancak evelki batında bulunan evlâdı evlâddan biri vefat etmiş olursa hayatda olsa idi galleden kendisine düşecek olan hisse evlâdına verilecektir, demiş ise, evvelki batında birden ziyade kimse hisse alırken bunlardan biri bir kaç çocuk bırakarak vefat etse, vefat edene hayatda iken isâbet eden hisse çocuklarına taksim olunur. Diğerlerinin vefatında da keyfiyet aynıdır. Ancak evvelki batında bulunan ve hisse alan evlâd tamamen münkariz olduğu takdirde, mezkûr taksim yok sayılarak sonraki batındaki evlâdın cümlesine ve bu batında bir evlâd varsa tamamen ona verilir.

IV — Evlâd ve evlâdı evlâd mutlak olarak zikrolunmuş ise, yukarıda da işeret edildiği veçhile, erkek ve kadına şâmil olur. Ancak bir vasıf ile tavsif olunmuş ise, evvela bu vasfa itibar olunur. Meselâ vâkıf vakfiyede vakfının gallesinin veya galle fazlasının evlâdı zûkruna

verilmesini istemiş ise, erkek çocuklarına, evlâdı inasına verilmesini arzulamış ise, kız çocuklarına; «evlâdı zükûr ve inasına», yani erkek ve kız çocuklarına intikali arzulamış ise, galle veya galle fazlası erkek ve kız çocuklarına mütesaviyen; erkeğe iki ve kıza bir demiş ise, ikili birli taksime göre verilir. İrs veçhile denmiş ise hüküm yine böyledir; yani ikili birli taksim esası ceryan eder. Keza vâkıf, vakıf senedinde vakfın gallesinin veya galle fazlasının yüksek tahsilli olan evlâdına veya evlâdı evlâdına verilmesini istemiş ise, yüksek tahsilli olmayan evlâd ve evlâdı evlâdlar galleye müstehak olmazlar. Keza vakıf senedinde gallenin veya galle fazlasının fakir evlâda ve evlâdı evlâda verilmesi murad olunmuş ise, zengin evlâd ve ahfâd galleden bir şey talep edemez. Burada da batın kaydı varsa, evvelki batında fakir evlâd bulunduğu takdirde sonraki batındaki fakir evlâda bir şey verilmez.

V — Vakıf senedinde evlâd evlâdı evlâda verilecek galle miktarı tâyin edilmiş ise, o suretle taksim yapılır. Meselâ vâkıf vakıf senedinde galleden sulbü evlâdından A ya şu kadar ve B ye şu miktar verilecek veya ilk batında olanlara şu nisbet dahilinde ve muahhar batında olan evlâda şu miktar taksim ve tevzî olunacak demiş ise, bu suretle amel olunur.

Burada bilmünasebe şu mühim beyan kaidesini ilâve edelim ki, hilâfına karine olmadıkça sıfatlar dâima muzafın sıfatıdır. Meselâ evlâdı evlâdı zükûr terkibinde «Zükûr» vasfı erkek ve kız evlâdın erkek evlâdı demektir. Nitekim «Büyük Millet Meclisi» terkibinde «Büyük» sıfatı, Milletin değil, Meclisin sıfatıdır.

Son olarak bir kaç meseleye temas faydalı olacaktır: Vakfiyelerde mütevellîler için vazife yani ücret tâyin olunmuş veya olunmamıştır. Tâyin olunmuş ise, O suretle muamele olunur; yani mütevellî ücretini alır. Tâyin olunan ücret eşya ve para kıymetlerine göre yeter miktarda değil ise, vakfın gelirinin müsadesine göre mahkemece zam yapılır. Bu ücret akçe gibi bir vahidi kıyasî olarak tâyin olunmuş olup da para ve eşya kıymetlerindeki değişiklik sebebiyle ayarlanmak lâzım geliyorsa, ayarlanır.

Vâkıf veya hâkim tarafından tevliyet hizmeti için ücret tâyin olunmamış ise, mütevellînin talebi ile vakfın mâli durumuna göre münasib miktarda ücret tâyin olunur. Ücrete müstehak mütevellî, vâkıf tarafından galle veya galle fazlasından şart edilmiş olmadıkça, ücretle birlikde galle veya galle fazlasından faydalanamaz.

572

340

BİLİMSEL VE YARGISAL AÇIDAN ADAM ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS VE MÜESSİR FİİL'İ BİRBİRİNDEN AYIRAN KISTASLAR

Dr. Abdullah Pulat Gözübüyük
Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi

Türk Hukukunda ve özellikle hukukumuzun uygulanmasında en önemli konulardan biri öldürmeye teşebbüs ile müessir fiil arasındaki ayrılığı gösteren kıstasların belirtilmesidir. Esefle işaret edelimki gerek bilimsel çalışmalarda ve gerekse yargı görüşlerinde bu mesele üzerinde gereği gibi durulmamış, uygulamada bir birine aykırı, çelişmeli görüşlerin belirmesine sebebiyet verilmiştir. Yargıtay'da on beş yıla yaklaşan çalışmalarımız sırasında bu konu üzerinde önemle durmayı ve kıstasların başlıcalarını göstermeyi kutsal görev sayanlardanız.

Adam öldürme - öldürmeye tesebbüs - ve müessir fiiller (Şahıslara karşı işlenen Cürümler) dendir. Burada, şahısların bedeni bütünlüğe karşı işlenen fiiller bahse konudur. TCK. 448 - 460

A — **Adam öldürme** bir insan tarafından diğer bir insanın hayatına karşı işlenen her türlü saldırıdır. Bu cürüm (Maddi suç) lardandır. Fiilin tamam olması için mağdurun ölmüş bulunması lâzımdır. Ancak fail bütün icrai hareketleri tamamlamış olmasına rağmen, iradesi dışında, cürüm meydana gelmemiş ise, öldürmeye tam teşebbüs edilmiş olur.

B — Müessir fiil - basit şekli -, bir kimseye cismen eza vermek, sağlığını bozma, akli melekelerinde düzensizliğe sebebiyet vermektir. Bu cürüm de (Maddi suç) lardandır. Neticenin meydana gelmesile suç tamam olur. (1). Neticeyi gösteren bahse konu müessir fiiller için çağdaş ceza kanunlarında kullanılan deyimler tam anlamile izafi nitelik taşımaktadır (2).

Adam öldürme ve müessir fiil cürümlerinde (fail) ve (mağdur) unsurları aynıdır. Her iki cürüm bakımından suçun mağduru ancak (insan) olabilir.

---

1) **Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açılaması, Cilt, IV, 1972 No. 1597, 1599 sh. 1601 C, d, aa**

2) **LOGOZ, Commentaire du Code Pénal Suisse, Cilt, 11, Sayfa 41 Genel giriş.**

523

II

Adam öldürmeye teşebbüs ile müessir fiilleri bir birinden ayıran başlıca kıstaslar şunlardır :

I — Fail ile mağdur arasında düşmanlık olup olmadığı, varsa **sebebi** ve **mahiyeti;** Bu nokta üzerinde önemli durulması gerekir. Her hadisenin mutlaka bir sebebi olması lâzım gelir. Araştırma ile tesbit edilecek sebep fiilin hangi maksatla işlendiğini ortaya koyar. Buna göre failin öldürmek maksadile mi yoksa müessir fiil kasdile mi hareket ettiği anlaşılır. Hadise sebebini ve mahiyetini soruşturma (manevi unsuru) takdir bakımından zaruridir.

II — Failin **cürmün işlenmesinde kullandığı vasıtanın** ateşli silâh veya saldırıya elverişli kesici, delici bir alet olup olmadığı, bunların kuvvetleri ve tesir mesafeleri;

A — Ateşli silâhlar :

a — Ateşli silâhlar, biri (Uzun namlulu - Harp tüfekleri ve av tüfekleri) diğeri (Kısa namlulu - Revolverler, âdi tabancalar ve otomatik tabancalar) olmak üzere iki kısımdır. Bunlardan her birinin tesir kuvveti ve tesir mesafeleri başka başkadır.

1 — **Harp tüfekleri** 9 ila 25 mm. çapında tesir gücü ve mesafesi en fazla olan silâhlardır. Hedef üzerinde mermisi en çok tahribat yapar.

2 — **Av tüfekleri** de (Namluları setsiz) ve (Namluları tesli) olmak üzere iki türlüdür. Tesir kuvvetleri mesafeye, fişenğinin barut sıkı ve yapısına göre değişir. En çok tesir kuvveti ve mesafesi 95 santim, dağılma dairesi 50 - 60 santim arasında olan tesir mesafesi ise 12 metredir (3).

b — Fiilin işlenmesinde kullanılan ateşli silâhın kuvvet ve tesir mesafesi kasdın takdirine ışık tutabilir.

B — Bıçaklar, **kesici, delici veya ezici âletler**'in çeşidi o kadar çokturki bunları birer birer saymak mümkün değildir. Kama, ustura, kılıç, balta, keser, jilet birer kesici vasıtadır. Delici aletler, meselâ iğne, şişi, tığ, biz, çivi. Ezici olanlar ise meselâ değnek, sopa, çekiç, kamçı, taş, demir, tokmak gibi (3).

Bu âletlerden fiilin işlenmesinde kullanılanının tesir kuvveti ve kullanma adedi manevi unsurun takdirinde en önemli dayanaklardandır.

---

3) **KAMAY (Behçet) Adli Tıp, Ankara, C. I. üçüncü Bası, Sayfa, 414, 418, 423-425, 485**

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında (Kendisine kürekle hücum eden mağdura sanığın korunmak için savurduğu küreğin onun başına isabetle kafada kırık hattı meydana getirecek şekilde yaralamasında, netice olan ölümün meydana gelmesine mani sebepler gösterilmeden fiilin öldürmeye teşebbüs niteliğinde kabulü) yerinde görülmemiştir (4).

Yargıtay bir başka kararında da (Geceleyin yatak odasını gözetleyen mağdura sanığın silâh ile ateş edip yaraladığı anlaşılmasına göre, hadise gün ve saati ile hava ve ışık durumuna uygun bir günde, kamu tanıkları, hekim ve silâh uzmanı bilirkişi ile hadise yerinde yapılacak temsili keşif sonucuna göre suç vasfının tayın edilmemesi kanuna aykırı görülmüştür (5).

III — **Fail** ile **mağdur arasındaki mesafe,** her birinin bulunduğu yerin durumu, açık veya kapalı, karanlık veya aydınlık, tepe, düzlük, yokuş, iniş olması gibi hususlarda fiilin vasfını tayin bakımından önemlidir.

Nitekim Yargıtay bir kararında (Sanığın mağdura üç metre gibi yakın mesafeden üç el ateş ederek onu sadece sol uyluğundan yaralamış olmasına ve mesafeye göre mağdurun vücudunun hayati yerlerine, istendiği takdirde isabet ettirmesinin mümkün bulunmasına ve araya öldürmeye mani sebep de girmemesine göre fiilin öldürmeye teşebbüs niteliğinde kabulü) kanuna aykırı görülmüştür (6).

IV — Mağdurun vücudunda meydana getirilen yara veya **yaraların yerleri** ve **mahiyetleri** fiilin vasfını tayinde özel önem taşır.

Bu konuda mağdurun ilk tıbbi muayenesi neticeleri son derece mühimdir. Gerçekte ilk muayenede yara veya yaraların yerleri ve her yaranın derinliği, iç organlara zarar verilmiş olup olmadığı, bir zarar verilmiş ise derecesi ve özellikle hayati tehlike meydana getirmiş olup olmadığı dikkat ve ihtimamla uzman hekim yani adli tabib tarafından tesbit edilmelidir. Vücudun en mühim ve tehlikeli yerleri (Baş), (göğüs) ve (Karın) bölgeleridir. Zira hayat için en mühim organlar bu sayılan bölgelerde faaliyette bulunurlar.

a — Kasdi takdirde dayanılan en önemli hususlar, yara adedi, yerleri ve her yaranın derinliği, hayati organlara zarar verilmiş olup olmadığıdır.

4) Y. 1. CD. 24/2/1971 E. 971 - 434 K. 971 - 559
5) Y. 1. CD. 25/4/1970 E. 969 - 2723 K. 970 - 1308
6) Y. 1. CD. 25/3/1970 E. 69 - 2445 K. 70 - 965

525

b — **Hayati Tehlikeye koymaktan** maksat, mağdurun vücudundaki önemli organlarından birine, her hangi bir şekilde verilecek zararla, o organın görevini yapamaz hale getirilmesi veya görevinde düzensizliğe sebebiyet verilmesidir. **Bu bakımdan önemli organlar mesela baş, karaciğer** kalb, mide, atar damarlar, bağırsaklar, böbrek gibi(7).

c — **Hayati tehlikenin varolması** demek, mağdur için ölüm imkân ve ihtimalinin bulunması demektir. (8) Bu tehlikenin uzun veya kısa sürmesinin önemi yoktur. (9)

d — Mağdurun hayatının tehlikeye konulması başlı başına fiilin vasfını tayin bakımından yeter sayılamaz. Nitekim müessir fiilin mevsuf şekillerinden birisi (Müessir fiil ile mağdurun hayatının tehlikeye konulması) dır. TCK. 456-2 Hayati tehlikeye koyacak her zararlı fiil bir mevsuf müessir fiildir. Fakat bu öteki şartları olduğu takdirde ancak öldürmeye teşebbüs niteliğini alabilir. Bu şartlardan en önemli ölümun meydana gelmesine manı bir sebebin araya girmiş olmasıdır. Nitekim Yargıtayın bir kararında (Sanığın fiilin mağdurun hayatını tehlikeye koymuş olması başlı başına öldürmeye teşebbüs fiilinin vasfını tayine yeter olmayıp, failin iradesi dışında cürmün, meydana gelmesine mani olan sebeplerin de gösterilmesi zaruridir.) denilmiştir(10).

e — Mağdurdaki yaranın vasıfları tıbbi bakımdan doğru olarak tesbit edilmeli ve meydana gelen arızalar tam surette tavsıf ve tarif olunmalıdır. Yani adli tabib yaranın gerçek mahiyetini, böylece vücuda verilen zararı, varsa hayati tehlikeyi gerekçelerile belirtmelidir. Nitekim Yargıtayın bir kararında bu noktaya değinilmiş ve (kurşunun göğüsde her hangi bir uzva zarar verip vermediği ve hangi arızadan dolayı mağdurun hayatının tehlikeye uğradığı ve bunun ne suretle iyileştiği hususlarının mağduru tedavi eden hekimden sorularak neticesine göre suç vasfının tayini lâzımdır) denilmiştir. (12). Vasıf ancak gerekçeli tıbbi rapora göre tayin ve takdir olunabilir.

V — Failin işlemeği kasdettiği cürmün icrasına ilişkin bütün fiilleri tamamlamış olmasına rağmen, failin iradesi dışında, cürmün meydana gelmesine **mani bir sebebin** bulunup bulunmaması, teşebbüsün kanuni şartları bakımından araştırılması zaruri bir husustur.

---

7) **LOGOZ, Commentaire, C. I, sayfa, 47**
8) **LOGOZ, Op. Cilt, Art, 122, sayfa 46 N. 2. A**
9) **MaJNO, Commento al odice Penale Italiono, Torino, III, N. 1641**
10) **Y. 1. CD. 13/11/1970 E. 970 - 4825 K. 970 - 3136**
11) **Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açılaması Cilt, IV, No. 1601, C, d.**
12) **Y. 1. CD. 27/1/1971 E. 970 - 695 K. 971 - 294 971 - 294**

a — Burada müessir fiilden ayıran kıstaslarını tesbite çalıştığımız adam öldürmeye teşebbüs (Tam teşebbüs) tür. Zira adam öldürmeye eksik teşebbüs ile müessir fiilin bir birile karıştırılması söz konusu değildir.

b — Tam teşebbüs'ün TCK. nun 62. maddesine göre şartları; 1) Kasıt, 2) icra hareketinin tamamlanmış olması, 3) fakat failin iradesi dışındaki mani sebeple neticenin meydana gelmemiş bulunması'dır.

Tam teşebbüsü, tam cürümden ayıran nokta, teşebbüsün bütün icra hareketlerinin bitirilmiş olmasına rağmen, kasdedilen neticenin meydana gelmemiş olmasıdır (13). Her türlü cürme ve bu arada adam öldürmeye teşebbüsde, TCK. nun 62. maddesindeki (Tam teşebbüs) şartlarının gözönünde tutulması kanuni bir mecburiyettir. Aksi halde (Kanunsuz suç olmaz - Nullum Crimen Sine lege) kuralı çiğnenmiş olur. Bu şartlardan en önemlisi (Mani sebep) unsurudur. Her hadisede, kasdedilen cürmün meydana gelmesine mani olan bir sebep mevcut olup olmadığı ihtimam ve dikkatle aranmalıdır. Mani sebebin bulunmaması halinde fiilin öldürmeye teşebbüs değil ve fakat müessir fiil (TCK. 456) olarak kabulü gerekir. Nitekim Ceza Genel kurulu bir kararında bu hususu açık olarak belirtmiştir (14). Gerek ilk mahkemeler hükümlerinde ve gerekse Yargıtay kararlarında, öldürmeye teşebbüsün kabulü halinde (mani sebep) in ne olduğunu göstermek mecburiyetindedir. Bu itibarla (Yaralanan mağdurun yere düşmesi üzerine, sanığın öldü zannile kaçmasının mani sebep olarak kabulü) yolundaki Yargıtay görüşünde isabet yoktur.

c — Adam öldürmeye teşebbüsün kabul edilebilmesi için mağdurun vücudunun nazik organları kapsayan bölgenin hedef alınması yeter olmayıp, saldırının mani sebep yüzünden devam edememiş ve böylece neticenin meydana gelememiş olması da lâzımdır. Yargıtayın görüşü de böyledir (15).

VI — Yukarıdanberi yaptığımız açıklamalarla öldürmeye teşebbüs ile müessir fiil'i bir birinden ayıran kıstasları belirtmeye çalıştık. Bu konu üzerinde ne kadar durulsa yerindedir. Zira uygulamada gördüğümüz çelişkiler büyük adaletsizliklere ve haksızlıklara yol açabilecek mahiyettedir. Bunun tam olarak düzeltilmesi ve önlenmesi Yargıtayın denetiminde göstereceği dikkat ve büyük ihtimama bağlıdır. Yargıtay bu görevini bütün gücü ile yerine getirmeye çalışmaktadır.

---

13) **Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açılaması, Cilt, I, İkinci Bası, N. 220, B.**

14) **Y. CGK. 19/1/1970 E. 68 - 596 K. 970 - 19**

15) **Y. 1. CD. 2/7/1970 E. 69 - 3264 K. 970 - 2209.**

577

İŞYERİ KAZA VE HASTALIKLARI SONUCU ÖLÜM VE MALÛLİYETE İLİŞKİN ARTIK ZARARLARIN İRAT ŞEKLİNDE TAZMİNİ

Yazan : İlham Teoman Ozanoğlu
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Plân :

I — KONUNUN ÖNEMİ
II — MUKAYESELİ MEVZUAT
III — TÜRK HUKUKUNDAKİ SİSTEM
IV — BİLİMSEL GÖRÜŞLER
V — İRAT ŞEKLİNDE TAZMİNATI TÜM REDDEDEN GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİLMESİ
VI — TÜRK HUKUK UYGULAMASINDA İRAT ŞEKLİNDE TAZMİNAT

I — KONUNUN ÖNEMİ :

Yurdumuzun kalkınması ve geri kalmışlıktan kurtulması ve çağdaş uygarlık düzeyine erişmesinin sanayileşmekle gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.

Sanayileşmek, gerekli alanlarda yeteri kadar fabrika kurmak ve bunları yaşatmakla mümkündür. Bu ise yatırımlara ve yatırımlar sermayeye muhtaçtır. Karma ekonomi düzenimize göre sermaye, ya kamu yada özel sektörden sağlanmaktadır.

Nevarki, sanayileşme hareketinin ve bu alanda kullanılan alet, makine ve maddelerin beraberinde getirdiği tehlikeler, işçi sağlığı ve güvenliğine, dolayısıyla yurt sağlığı ve işgücüne ve bizzat sanayileşme hareketine yönelmiş bulunmaktadır.

Bu sebeple işyeri kaza ve hastalıkları bir kamu düzeni problemi sayılmakta ve bunların önlenmesi için, mevzuata buyurucu kurallar konmaktadır.

Şuvarki, gerek işveren ve gerekse işçiler, bu kurallara tam manasıyla uyacak bilince erişmedikçe, Devlet denetim ve gözetim görevini ge-

rektiği gibi yerine getiremedikçe, kaçınılmaz bazı olaylardan bahsedilebildikçe, işyeri kaza ve hastalıklarına sık olarak rastlanacaktır.

Bu durumun olasılığı gözönünde tutularak, iş kazası ve meslek hastalığının yol açtığı ölüm ve malûliyetlerden doğan kazanç kaybı ve destekten yoksunluk zararlarının bir bölümü Sosyal Sigortalar tarafından karşılanmaktadır.

Sosyal Sigortalar Kurumu, bu zararları 506 Nolu K. m : 22 deki şartlar gerçekleştiğinde peşin sermaye, bunun dışında o kanunun 20, 23, 24 üncü maddelerine göre yıllık gelir bağlayıp üç ayda bir irat şeklinde ödemektedir. 22 nci maddeye nazaran, sadece işkazasından doğan ve oranı % 25 den az ve üç yıl içinde değişmeyecek nitelikteki malûliyetlerde, sigortalının isteği üzerine, peşin sermaye ödenebilir. Meslek hastalığından doğan malûliyetler ile oranı % 25 i geçen meslekte kazanma gücü kayıplarında peşin sermaye ödenemez.

Oysa, 4772 sayılı Yasanın 6917 sayılı Yasayla değişik 16 ncı maddesinde iş kazası ve meslek hastalığı ayırımı gözetilmeksizin % 50 yi geçmeyen işgörmezlik hallerinde, Kurumun peşin sermaye ödemesi mümkün idi. 506 Nolu K. m : 22 ile, meslek hastalığı ayırımı gözetilmesi eleştirilebilirsede, peşin sermaye ödemenin sınırlandırılması, modern eyilimlere uygun düşmektedir.

Bizde, sigorta tahsislerinin zararın tümünü karşılamadığı, artık zararların söz konusu olduğu ve olayın işverenin herçeşit kusurundan veya kaçınılmaz nedenlerden ileri geldiği hallerde, ileri sanayi ülkelerinde yapıldığı gibi hiçbir sınırlama söz konusu olmadığından, anılan zararlar, işverenden istenebildiği için, kazanç kaybı ve destekten yoksunluk dâvaları pek çoktur.

Öteyandan, bu tür dâvalarda tazminatın hep peşin sermaye şeklinde hükmedilmesi, bir alışkanlık ve adet olmuştur.

Türk Hukuk tatbikatında işyeri kaza ve hastalıklarından doğan zararların hep peşin sermaye şeklinde karşılanması biçiminde ortaya çıkan fiili durum, ülkenin kalkınması, sanayileşmesi, gerçekleştirilmiş sınai kuruluşların bekası'nı tehdit eder hale gelmiştir.

Halbuki Borçlar Yasasının 43 üncü maddesinde tazminatın şeklini tayin için hâkime geniş bir yetki verilmiş olup, bu yetkinin, memleket gerçekleri, Anayasadaki çağdaş uygarlığa erişmek, milli tasarrufu artırmak, çalışma hayatında kararlılık sağlamak, işsizliği önlemek, teşeb-

579

büslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını, milli dayanışma ve fert ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmek ilkeleri açısından yorumlanıp uygulanması, bütün bu durumların, sözü edilen maddedeki «hal ve mevkiin icabı», «Hatanın ağırlığı» sözcükleri içinde düşünülmesi olanağı vardır.

Bu itibarla, sözü geçen tazminatın irat şeklinde tayini sorunu, büyük önem taşımaktadır.

II — MUKAYESELİ MEVZUAT :

Alman Medenî Kanununun 843 üncü maddesine göre : «Vücut bütünlüğü veya sağlık durumunun bozulması dolayısıyla mağdurun kazanma gücü ortadan kalkmış veya azalmış, yada ihtiyaçlarında bir artış ortaya çıkmışsa, mağdura irat şeklinde bir tazminat ödenmelidir..... Mağdur önemli bir sebebin varlığı halinde irat yerine sermaye şeklinde bir tazminatın verilmesini isteyebilir». Görülüyor ki bu kanuna göre kural, irat şeklinde tazminata hükmetmektedir. İstisna olarak, mağdurun mühim sebepler ileri sürmesi halinde, sermayeye hükmetmek olanağı vardır (1).

Avusturya Medenî Kanununun 1325, 1327 nci maddelerinde, Türk B. K. m : 43 e benzer bir şekilde irat veya sermayeye hükmetmek hâkimin takdirine bırakılmıştır. Nevarki uygulamada, Alman sisteminin etkisiyle kaide olarak irada ve istisnaen ve özellikle sorumlunun ekonomik durumu elverişli ise sermayeye hükmedilmektedir. Ayrıca Demiryolu işletmeleri, Atom işletmesi, motorlu taşıt araçlarından doğan kazalarda da kural olarak irat şeklinde tazminat ödenmesi kabul edilmiştir (2).

Fransız Medenî Kanununun 1382 nci maddesinde, tazminin irat mı, sermaye mi şeklinde hükmedilmesi gerektiği, yargıcın takdirine bırakılmıştır. Orada özellikle yaşı küçük dul ve çocuklar için irada hükmedilmektedir (3).

Bizim Borçlar Yasasının kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanununun 43 üncü maddesi, irat ve sermayeden biri lehine kesin bir tavır takın-

---

(1) **Dr. Paul Szöllösy, Die Berechnung des invaliditaetsschadens im Haftpflicht Eurapaeischer Laender, 1970, Shf : 116**
— Prof. S. Tekinay, Ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı, Shf : 216.

(2) **Szöllösy, A. g. e. Shf : 131**

(3) **Szöllösy, A. g. e. Shf : 150 ve Tekinay A. g. e. Shf : 216**

mıyarak «hal ve mevkiin icabı ve kusurun ağırlığına» göre uygun olanını seçmek hakkını hâkime bırakmıştır (4).

Yunan Medenî K. m : 930, anılan tazminatların kural olarak aylık irat şeklinde, önemli bir sebep varsa peşin sermaye şeklinde ödenmesini öngörmüştür (5).

Görülüyor ki, yabancı hukuklarda, özellikle konumuzu teşkil eden zararların irat biçiminde ödenmesi için yasal olanaklar vardır ve irat şeklinde tazmin uygulaması mevcuttur.

III — TÜRK HUKUKUNDAKİ SİSTEM :

Türk Hukukunda tazminatın irat biçiminde saptanmasına imkân veren Yasa hükmü T. Borçlar Kanununun 43 üncü maddesidir. Madde şöyledir :

«Madde 43 — Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyler.

Zarar ve ziyan irat şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icap eden teminat alınır.

Görülüyorki, maddenin açık hükmüne göre bizde de İsviçredeki gibi irada veya sermayeye hükmetmek hakimin takdirine bırakılmıştır. Hal ve mevkiin icabına ve kusurun derecesine göre, gerektiğinde irada, gerektiğinde sermayeye hükmedebilir. Bunun gibi gerekiyorsa, kısmen sermaye ve kısmende irada karar verilebilir. Bu olanaklar vardır.

IV — BİLİMSEL GÖRÜŞLER :

A) Oser - Schönenberger'in düşünceleri :

Yazarlar İsviçre Borçlar K. m : 43 ü şerhederken şunları yazıyorlar :

«..... Para tazminatı ya bir defada para ödeme veya irat bağlama şeklinde olabilir. İrada hükmetme, bilhassa zararın sürekli ve muntazam bir gelir kaynağından mahrum kalmadan ibaret bulunduğu yerlerde, yani çalışma gücünün azalması veya büsbütün kalmaması, yahut bir kimsenin kendisine bakan kimsenin yardımından mahrum kalması hallerinde uygun düşer.....) (6).

(4) Tekinay, A. g. e. Shf : 216
(5) Tekinay, A. g. e. Shf : 216
(6) Oser - Schönenberger, Borçlar Hukuku Şerhi, Dr. Recai Seçkin çevirisi, Shf : 400

587

B) Becker'in düşüncesi :

Anılan yazarda bu konuda şunları yazıyor : «..... Kural olarak tazminat bir para ödenmesi şeklinde olur : Bir para yekûnu=sermaye veya irat. İrat, malûliyet veya yardımcıdan yoksun kalma gibi devamlı olan zarar için bir karşılıktır. İrat tahsisi zararın giderilmesini sağlamayacaksa, karşılık olarak bir sermaye tediyesine hükmedilebilir. Mutazarrır bir sermayeyi kazanç getiren bir işte kullanabileceğinden bundan özel menfaatler sağlayabilir. Böylece temin edilen kazançların tarh ve tenzili yoluyla nazara alınması gerekir. Mamafih bu hususta dikkatli olmalıdır. Zira bir işletmeye yatırılan sermaye özellikle iş bakımından henüz tecrübeli olmayan birinin elinde ekseriya tehlikeye maruz bırakmış olur» (7).

C) Andreas B : Schwarz'ın düşüncesi :

Profesöre göre: «..... nakdi irat tahsisi yoluyla tazmin bilhassa iki halde bahis mevzuudur : 1 — Bir şahıs öldüğünde bu yüzden başka şahıslar muinlerini kaybettikleri takdirde (B. K. m. : 45/2) 2 — Küllîyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten dolayı bir kimsenin uğrayacağı cismani zarar halinde (B. K. m : 46/1) .....» (8).

D) Von Turh ' un düşüncesi :

Büyük hukukcuya göre : «... Müstakbel bir zarar için hâkim serbest takdirine istinaden (m : 43/1) ya bir defada ödenecek bir tazminata hükmeder — Bu takdirde bir sermaye tahsisinin temin ettiği menfaat nazara alınarak, kaideten %20 bir tenzilat kabul olunur — veya umumiyetle çalışma kabiliyetinin azalması halinde yapıldığı gibi, zaman zaman ödenecek nakdi bir edeya (irada) karar verilir. Hakim irat şeklinde bir tazminat hükmederse 43/1 madde mucibince borçluyu teminat göstermeye mecbur tutmakla mükelleftir» (9).

E) Prof. Henry Richardson'un düşünceleri :

Sayın sosyal günvenlik uzmanı şu önerilerde bulunuyor : «..... İş kazaları ve meslek hastalıkları tazminatı konusunda ... tatmin edici bir sistem için gerekli olan başlıca hususlar : işçi temsilcilerininde katıldığı işgüvenliği ve koruyucu tedbirler. kaza geçiren bir işçi iyi bir taz-

(7) Dr. Becker, İsviçrl Borçlar Hukuku Şerhi, K. Reisoğlu Çevirisi, Shf : 263
(8) A. B. Schwarz, Borçlar H. D, B. Davran çevirisi, Shf : 136
(9) Von Turh. Borçlar Hukukunun U. K. C. Edege çevirisi, Shf :120

582

minat ve onu modern tıp ve tedavi vasıtalarının mümkün kıldığı en yüksek prodüktif müessiriyet derecesine, mümkün olan en çabuk şekilde ulaştırmayı garanti edecek, müessir bir rehabilitasyondur. Dâva ve diğer masraflar asgari dereceye kadar azaltılmalı ve iştiraklerin büyük bir miktarının doğrudan doğruya kazazedeye gitmesi sağlanmalıdır. Kısmi veya tam bir sakatlık veya geçindirenin ölümüyle neticelenen kazalarda tazminat halâ adet olan toptan ödeme şeklinde değil, sürekli aylık şeklinde olmalıdır. Sadece çalışma gücünün % 10 nunun veya en çok % 20 sinin kaybına yol açan küçük daimî sakatlıklarda, özel şartlardan doğan bir istisna kabul edilebilir. Ve tazminat bu hallerde toptan sermayeye çevrilerek ödenebilir. ..... İşverenler ve sigorta şirketleri, daimî işgörmezlik hallerinde yıllarca devam edecek aylık gelir ödemeleri için kaynak bulma güçlüğünü düşünerek toptan ödemeyi tercih edebilirler. Halbuki bu ödemeler, kendisi meselâ 3 yıllık kazançları toplamına eşit olan bir toptan ödemenin cazibesine kapılmış olsa bile işçi için adaletsiz bir uygulamadır. Kendisine büyük bir para olarak gözükebilir ve bu parayı parekende ticarete başlamak için sermaye olarak kullanabilir. 20 - 30 yaşındadır. Yeni kurulmuş bir ailesi vardır. Toptan ödeme tam ve ciddî bir daimî malûliyetin tazminatı olarak 3 - 4 yıl içinde gittikçe yetersiz bir hale gelir. İstikbal ancak temel ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli bir aylık gelir bağlanması ile garanti altına alınabilir ve hatta para değerinde enflâsyonun tesiri ile zamanla meydana gelecek düşmeyi önleyecek şekilde bu aylığın artırılması zaruridir.....» (10)

F) Prof. Safa Reisoğlu'nun düşünceleri:

Anılan yazar bu konuda şunları söylüyor : «..... Çalışma kabiliyetinin tamamen veya kısmen kaybedilmesi, ölüm sebebile yardımdan yoksun kalma hallerinde olduğu gibi zarar devamlı bir nitelik arzediyorsa gelir (irat) tahsisi suretiyle tazmin yolu daha yararlı gözükebilir. Zararın bir miktar paranın ödenmesi ve ilâveten gelir tahsisi şeklinde tazminide mümkündür. B. K. m : 43/2 uyarınca zarar ziyan, gelir şeklinde tayin olunduğu zaman, borçludan icap eden teminat alınır. ..... Tazminatın şeklini yani zararın aynen mi yoksa nakdenmi tazmin edileceğini, nakten tazmin edilecekse paranın sermaye şeklindemi, yoksa gelir tahsisi suretiylemi ödeneceğini tayin yetkisi hakime aittir. B. K. m : 43/1 uyarınca hakim «durumun gereğine ve kusurun ağırlığına» göre tazminatın şeklini (türünü) tayin eder ...» (11)

---

10) Prof. H. Richardson, İktisadî ve malî yönüyle sosyal güvenlik, İst. 1970, Dr. T. Yazgan çevirisi, Shf : 197, 202

(11) Dr. Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Shf : 195

G) Prof. S. S. Tekinay'ın düşünceleri :

Sayın Profesör ise şunları öneriyor : «..... Nakdi tazminat ya bir defada toptan verilecek bir miktar para şeklinde, yada aylık, üç aylık Vs. gibi iratlar şeklinde olur. İrat şeklinde tazminat özellikle çalışma gücünün yitirilmesi veya azalması, yada ölen kişinin desteğinden yoksun kalma hallerinde, kısaca geleceğe ait zararların bugünden tazmini gereken hallerde söz konusu olur. Eğer yargıç, irat şeklinde tazminata karar verirse, sorumlu kişinin teminat göstermesinide emredecektir. B. K. m : 43 e göre bu zorunludur. Teminatın amacı iratların zamanında ödenmesini sağlamaktır. Teminat G. Menkul ipoteği, menkul rehni, banka teminat mektubu gibi şeylerdir. Şahsî kefalet şeklindeki teminattan çekinmelidir. Devlet ve kamu kuruluşları için teminattan vazgeçilebilir. .....

Uygulamalarımızda ne yazıkki irat şeklinde tazminata pek rağbet edilmiyor... işçi ve geride bıraktıkları ... kendilerine toptan verilen parayı bilgisizlik ve tecrübesizlik yüzünden kısa zamanda elden çıkardıkları için yeniden sefalete düşüyorlar. Oysa tazminat irat şeklinde hükmedilse bu tehlike ortadan kalkar. Gerçi irat şeklinde tazminatın para kıymetindeki azalmalar yüzünden sakıncalı olabileceği akla gelmektedir. Fakat yargıcın bu sakıncayı gidermesi, meselâ altın fiatlarındaki değişmelere göre irat miktarlarınında artacağını karar altına alması kanaatimizce mümkündür..... Yargıç hakkaniyet emrettiği özel tedbirleri almaktada m : 43 deki yetkiden yararlanmalıdır.....» (12)

H) S. Birkan'ın düşüncesi :

Yazara'a göre : «..... İlkel rejimlerde, tazminat sermaye şeklinde ve işgörmezliğin tam olduğu hallerde, 3 yıllık ücrete eşit olarak ödenir. Kısmi işgörmezlikte, orantılı bir indirim yapılır. Bu usul iş görmezliğin devam ettiği devrelerde, ödeme ve kontrolleri yapabilecek bir kurulun bulunmadığı zaman tatbik edilir. Sosyal bakımdan bu tarz önemli bir malüllük halinde ciddî mahzurlar gösterir. Sermayenin yıllık gelire çevrilmesi, miktarının yetersizliği sebebiyle maksadı sağlamaz ve sermaye tecrübe ile sabit olduğu gibi bir iki yılda işçinin elinden çıkar. Malûl işçi sonunda gene muhtaç duruma düşer. Buna karşı şayet işgörmezlik pek cüzi ise, aylık bağlama bir mana ifade etmeyeceğinden, bu takdirde sermaye şeklinde ödeme lüzumlu olabilir. Bu hareket tarzı asgari normlar sözleşmesindede tavsiye edilmiştir.....» (13)

---

(12) Dr. S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku, İstanbul 1971, Shf : 397, Aynı yazarın Destekten Y. K. Tazminatı adlı kitabımı Shf : 215 - 219 daki izahatıyla Karşılaştırınız.

(13) S. Birkan, Dünyada Sosyal Güvenlik Ekonomisi, İstanbul 1969, Shf : 141 - 142

584

İ) Prof. F. Saymen'in düşüncesi :

Profesöre göre : «..... Nakti tazminat, mamelekte husule gelen eksilmeyi bir para tediyesi ile gidermektir. Esas itibariyle paranın kıymeti ile zararın kıymeti birbirine eşit olmalıdır..... Hâkim, a) Aynen tazmine, b) Nakten tazmine hükmedebilir. Bu takdirdede muhtelif şekillere başvurabilir. Ya defaten tazmine hükmeder veya zararın bir irat şeklinde ödeneceğini emreder. Fakat irat şeklinde tediye alacaklı için tehlikeler arzettiğinden hakim borçlunun bir teminat göstermesini isteyecektir. Bu teminat gösterilmedikçe irat şeklinde tazmine hükmedilemez.....» (14)

J) Dr. F. Eren'in düşüncesi :

Sayın yazara göre «..... B. K, m : 43 ün kaleme alınış ve ifade tarzına bakılırsa kanun koyucu sermaye şeklini esas istisnaende iradı gözönüne almıştır..... Ülkemizde paranın, değeri enflâsyon ve devalüasyon sebebiyle her geçen gün biraz daha düşmektedir..... Mağdurun irat şeklinde alacağı para ihtiyacına yetersiz hale gelecektir. ..... Mağdurun tahrip edilmiş ekonomik varlığını kurması veya bunu düzeltebilmesi tazminatın sermaye şeklinde ödenmesine bağlıdır..... Böylece mağdur hayatını yeniden kuracaktır. ....Borçlu ileri de borç ödemekten aciz bir hale düşebilir. Teminat güven verici değildir. Sermaye şeklinde tazminat mağdurun ruhî ve asabî tansiyonunun giderilmesine yarar. İrat dâvalı için bir külfet olur. Uygulamada mahkeme içtihatlarında sermaye uygulaması kökleşmiştir.» (15)

K) A. Kudat'ın düşüncesi :

Yazara göre : «Genel olarak zararın sürekli ve muntazam bir gelir kaynağından mahrum kalma şeklinde kendini gösterdiği hallerde tazminatın irat şeklinde hükmedilmesinin muvafık olacağı düşünülmüştür. İrat, geçici işgörmezlik zararlarında şifa ve iyileşme tarihine kadar, sürekli işgörmezlikte kaydı hayat şartıyle, destekten yoksunluk zararlarında ise dâvacı ile destekten hangisi muhtemel olarak daha erken ölecekse o tarihe kadar geçecek süre için bağlanır. Alacaklılar tahmin olunan süreyi yaşamadan öldükleri takdirde bu iratlar kesilir mirasçı lehine intikal etmez. Tazminatın irat şeklinde hükmedilmesi için borçlunun te-

---

(14) Prof. F. Saymen, Borçlar Hukuku, Shf : 335 - 336

(15) Dr. F. Eren, Destekten Yoksun kalma ve vücut bütünlüğünün ihlali hallerinde ödenecek tazminatın şekli.

585

minat vermesi şarttır. Bu teminat irat taksitlerinin vaktinde verilmesini sağlamak maksadına dayanır.» (16)

V) İRAT ŞEKLİNDE TAZMİNATI TÜM REDDEDEN GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİLMESİ :

Tazminatın, daima sermaye şeklinde ödenmesini savunanlar, enflâsyon ve develüasyon sebebiyle para değerindeki düşmelerin iradı manasız hale getireceği, sermaye şeklinde ödemenin mağdura yeni bir iş yapma ve hayatını yeniden kurma olanağı sağlayacağı, borçlunun ileride iradı ödemekten aciz hale gelmesinin sakıncalarını gidereceği, meslek değiştirmesini finanse edeceği, malül kalmanın psikolojik etkilerini tasfiye eyleyeceği, tarafların ilişkilerinin hemen kesilmesini sağlayacağını ileri sürmektedirler.

Bu düşünceler irat şeklinde tazminatın tamamen red ve terk edilmesine yeterli değildir.

Bir defa malûl kalmanın psikolojik etkilerini gidermek, manevi tazminat konusudur. Bu Psikolojik etkiler açılacak manevi tazminat dâvası sonucunda giderilebilir. Anılan etkilerin maddi tazminat ile ve dolayısıyla giderilmesi, hukuk sistemlerinde manevi tazminatı kabul etmeyen ülkeler için savunulabilir.

Borçlunun ileride iradı ödemekten aciz hale gelmesi olasılığından doğan sakıncalar, irada hükmetmeden önce Borçlar Yasasının 43 üncü maddesinde öngörülen biçimde alınacak kuvvetli bir teminatla giderilecektir. Şahsi nitelikteki zayıf teminat'tan kaçınılarak, aksine, taşınır ve taşınmaz malların rehni, güvenilir bankaların teminat mektupları gibi, teminat türleri seçilerek, bu sakıncalar giderilebilir. Böylesine kuvvetli bir teminatın irat taksitlerinin zamanında ödenmesini sağlayacağıda aşikardır. Malî durumu ve teminatı zayıf borçlular için irat yolu seçilmeyecektir. Aksine Devletin veya Devlet iktisadi kuruluşlarının, yada güçlü özel teşebbüslerin dâvalı oldukları hallerde, açıklanan biçimde bir teminatta sağlandıktan sonra, irat taksitlerinin zamanında ödenmemesi veya borçlunun ileride aciz haline düşeceği kuşkusundan söz edilemez.

Sermaye şeklinde ödemenin, mağdurun meslek değiştirmesini finanse edeceği, ona yeni bir iş yapma ve hayatını yeniden kurma olanağı sağlayacağı garanti değildir. Sosyal güvenlik uzmanlarından Richardson ve Birkan'ın yukardaki düşüncelerinde açıkladıkları gibi, tecrübesizlik yüzünden, toptan alınan paraların verimsiz alanlarda kolayca elden çıka-

(16) A. Kudat, C. Kayalardan doğan yararlar nasıl değerlendirilir. Shf : 134-135

586

rılması her zaman mümkündür ve sık sartlanan olaylardandır. Şayet bu ihtimal gerçekleşse, sınai müesselerin bünyesinden koparılan paralar,ölü bir takım alanlarda israf edilmiş olacaktır. Sermaye şeklinde ödenen para, bir iki yılda işçinin veya geçindirdiklerinin elinden çıkacak ve bunlar sonunda muhtaç duruma düşeceklerdir. Bu ise Richardson'un dediği gibi «işçi için adaletsiz bir uygulamadır.» Tarafların münasebetlerinin bir an önce kesilmesini sağlamayı amaçlarken, öbür yandan işçi zarurete düşürülecektir. Yukarda açıklandığı gibi sayın Tekinay'da bu sakıncayı, güzel bir şekilde belirtmiş bulunmaktadır. Modern yöntemde, mağdurun hayatını yeniden kurması ve gerekiyorsa meslek değiştirmesi, sermaye şeklinde tazminat ödenerek değil, etkili bir rehabilitasyon'la sağlanmaktadır. İşçi kendi haline bırakılmamakta, bu iş bir kamu intizamı tedbiri olarak düşünülmektedir. Örneğin 506 sayılı Yasanın 122 nci ve Sosyal Sigortalar Sağlık işlemleri genelgesinin 11 - 28 inci maddeleri rehabilitasyondan bahsetmektedir. Bu belgelere göre bizdeki rehabilitasyon, tedavi, işe yöneltme, eğitim, işe yerleştirmeyi sağlamak amacındadır.

Enflâsyon ve devalüasyonun iradı zamanla gülünç hale düşüreceği tezi varittir. Ancak bunun çaresi, sermaye şeklinde tazminat hükmetmek değildir. Çünkü, aynı tesirlere peşin sermaye şeklinde hükmedilmiş nakdi tazminatta maruzdur. Bunun çaresi, para değerinin düşmesine paralel olarak irat taksitlerinin revalorize edilebilmesidir. Tazminata nakti olarak hükmedildiğine göre esasen bu ayarlama kolaydır. Saymenin düşüncelerinde nakledildiği üzere burada paranın kıymeti ile zararın kıymetinin biribirine eşit olması esastır. Zararla nakti tazminat denkleştirilmiş olmalıdır. Zararla tazminat arasında bir denge bulunmalı ve kurulmalıdır. Hükümden sonra paranın satın alma gücünde meydana gelen değişiklikler hükümle kurulmuş dengeyi bozar ve irat taksitlerini anlamsız hali getirirse, irat alacaklısının yoksulluğa düşmesini önlemek ve sözü geçen dengeyi yeniden kurmak için irat taksitlerinin yeni duruma göre ayarlanması gerekir. Bunun içinde paranın satınalma gücündeki düşme oranında irat taksitlerinin artırılması yoluna gidilmelidir. Bu sonuç nasıl sağlanacaktır? Tekinay, yukarda açıklandığı üzere, Yargıcın altın fiatlarındaki değişmelere göre irat miktarlarınında artacağını ,karar altına almasını tavsiye ediyor. Altın fiatları, spekülâtif bir takım etkenlerinde tesiriyle paranın satınalma gücündeki değişmeye paralel olmayabileceğine, ayrıca sonradan meydana gelen değişiklik oran ve tutarının saptanması Yargıcın görevine gireceğine göre bu tavsiyenin tatbikatta güçlükler yaratacağını sanıyoruz. Öteyandan hükümden önce zararın ve tazminatın tesbitine çalışılırken, hesap raporunda bilirkişi mütaleasıyla gelecekte paranın satınalma gücündeki değişiklik-

587

lerin tesbit ettirilmesi yoluna gidilmeside, istikbalin iktisadi koşullarının keşfini kapsayan iddialı bir girişim sayılabilir. Adli hatalara yol açabilir.

Paranın irat ödeme süresince müstekar farzedilmesi, yada değerinin, korunması düşüncesinin ekonomik hayatın akışı ve gerçeklerine uymamasına, Enflâsyon ve devalüasyondan doğan riski, para değerini korumakla ödevli Devlete yüklemeyi düşünmenin de pratik bir değeri olmasına nazaran, irat uygulamasında zorunlu olan bu ayarlamayı, kanaatimizce B. K. m : 46/2 den yararlanarak ve bu maddeyi geniş şekilde yorumlayarak yapmak icabeder.

Bilindiği üzere B.K.m: 46/2 kesin hüküm kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir. Prof. Tekinay bu ayrıcalığı önemli ve adalete uygun bulmaktadır. (17)

Prof. S.Ş. Ansay «...Kanunun, halin değişmesi üzerine hükmü tekrar tetkike müsaade ettiği yerlerde (ex: M.K.m: 145, 149, 164, 307), yahut genel prensiplere göre bir daha tetkik caiz olan ahvalde (ex: M.K.m: 310, B.K.m: 46/2) ki hükümlerde, kesinlik mutlak değildir...» diyerek bu tür hükümleri mutlak anlamda bir kesin hüküm saymamaktadır. (18) Gerçekten gelecekte ceste ceste gerçekleşecek zararları, bugünden tazmin etmeğe çalışırken, cismani zararın neticelerinin, yani yol açtığı zararların gerektirdiği tazminat tutarının, irat taksidinin, ödeneceği zamandaki satınalma gücüne kıyasen, ne miktar para ile denkleştirilebileceğinin, hüküm verirken kestirilmesi, mümkün olmayabilir. Para değerinin hükümden sonraki değişmeleri söz konusu olduğuna göre hâkim karar verirken hükmü tetkik yetkisini saklı tutmalıdır. Bunu resen yapabilir. (19) Mağdurun para değerindeki düşmeden doğacak zararı da cismani tamamiyetin ihlalinin bir sonucu sayılmalıdır. Çağın, yurt gerçeklerinin, sosyal ve ekonomik koşulların ve hukuki ihtiyaçların gerektirmesine binaen, cismani zarar sözcüğü destekten yoksunluk zararlarınıda kapsayacak anlamda kabuledilmelidir. İlk hükümden iki sene sonra yapılacak inceleme sonunda verilecek karar dahi bir hüküm olduğundan, bu son hüküm içinde iki sene zarfında tetkik yetkisi saklı tutulmalı ve bu davranış her tetkik sonucu verilecek hüküme ilişkin olmak üzere, en son irat taksidine kadar sürdürülmelidir. Bu suretle bizzat hakim tarafından güvenilir bir inceleme ile, paranın satınalma gücündeki değiş-

(17) Tekinay, Borçlar Hukuku, Shf : 409
(18) Ansay, H. Y. Usulleri, 4 ncü bası, Shf : 304
(19) S. Olgaç, T. Borçlar Kanunu, Cilt : 1, Shf : 446

meler ve irat taksitlerinin ne oranda artırılması gerektiği saptanır ve revalorize işlemi gerçekleştirilmiş ve enflâsyon ve devalüasyonun irada etkisi giderilmiş olur. Bu sakıncada ortadan kalkar.

Ayrıca iradı tümüyle reddedenleri,» henüz sanayileşme çabasında olan ve sermaye piyasası gereği gibi teşekkül etmemiş ve az gelişmiş ülkelerde, tazminatın hep peşin sermaye şeklinde hükmedilmesi memleketin ilerleme ve sanayileşme çabalarını baltalar, zorlukla kurulmuş müesseseler iflâsa sürüklenebilir, ayrıca bu durum işçi ve işveren arasına giren bazı kişilerce istismar edilme ve işçiden çok, bu gibilerin yararına olma, gibi bir özellikte taşımaktadır, sermaye şeklinde sınaî müesseselerin bünyesinden koparılan paralar ölü bir takım alanlarda kullanılarak israf edilebilir» düşüncesiyle karşılamakta yararlı ve gerekli olacaktır.

Bazılarıda iş riskinden doğan tazminat dâvalarında B. K. m : 43 ün uygulama olanağı bulunmadığını, aksini kabul etmenin iş hayatının istisnai özelliklerine, İş Hukukunun işçiyi koruyucu kurallarına aykırı düştüğünü önermektedirler.

Oysa, bütün İş Yasalarında işverenin işçi sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı dâvranması nedeniyle sorumlu tutulacağı tazminatın, şekil ve kapsamını düzenleyen bir hüküm, mevcut değildir. İş yasaları, iş hayatını düzenlemişler idarî ve cezai yaptırımları saptamışlarsada, hukuki sorumluluğu genel hükümlere ve özellikle Borçlar Yasasına bırakmışlardır. Bu nedenle işverenin sorumlu tutulacağı tazminatın şekil ve kapsamının B. K. m : 43 ile saptanması zorunludur. Bu itibarla iş riskinden doğan dâvalarda, B. K. m : 43 ün uygulama olanağı bulunmadığı yolundaki görüş isabetli sayılamaz. Bundan başka, B. K. m : 43 ün işçiyi koruyucu İş hukuku kurallarına aykırı düştüğü yolundaki görüşte, gerçeğe uymamaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi dâva konusu olaydaki özellik - halin icabı, irat şeklinde belirlenecek bir tazminatın işçi için daha adil olacağını gerektirebiliyorsa, işçinin korunmadığından söz etmek mümkün olmaz. İradın daima işçi aleyhine olduğunu önermek, gerçeğe aykırı düşer. Kaldıki tazminatın şeklinin tayininde, yargıcın gözönünde tutacağı diğer kanuni unsurlarıda hatırdan çıkarmamak gerekir.

Gene bazı hukukçular peşin sermaye tazminatının medenî ceza olduğu ve yıldırıcı niteliğinden dolayı, irada iltifat edememesini ileri sürüyorlar.

Kanaatimizce bu görüşte klâsık, muhafazakar ve hatalıdır. Tazminin, bir tarafın yıkılmasına yol açmaması hukukun belirgin kuralların-

589

dandır. İşverenleri işgüvenliği ve işçi sağlığına ilişkin kurallara uymağa mecbur edecek, kamu düzenine ilişkin idarî ve cezaî tedbirler vardır. Bunlar çeşitli iş yasalarında saptanmıştır. Hukukî sorumluluğun kendi koşulları içerisinde ve yukarda açıklanan gerekçelerin ışığı altında düşünülmesi, lâzımdır.

Öteyandan irat şeklinde tazminat, cismani zarar ve destekten yoksunluk zararlarının mahiyetine tamamen uyduğundan iradın kazanılmış hak ve mal varlığını ihlâl edeceği görüşü de gerçeği yansıtmamaktadır. Aksine irat, haksız iktisapları önler.

Bütün bu eleştirilerden şu sonuca varılmaktadır ki B.K.m: 43 deki koşullar gerçekleştiğinde irat şeklinde tazminata hükmetmek mümkündür. Hiçbir şekilde irada hükmedilemiyeceği, hep peşin sermaye şeklinde tazminata karar verilmesi gerektiği yolundaki görüşler tutarlı değildir.

VI) TÜRK HUKUK UYGULAMASINDA İRAT ŞEKLİNDE TAZMİNAT:

Türk hukuk tatbikatında irad şeklinde tazminat uygulamasına malesef çok ender rastlanmaktadır.

Bir olayda kısmen peşin sermaye ve kısmende iradı öngören mahkeme kararını, Yargıtay Özel Dairesi : «65 yaşına kadar kendisine maddi tazminat takdir edilen ölünün babasının bu yaştan sonra kaç sene yaşayacağı malûm bulunmamış ve maddi zararın tazmin ve telâfi şeklinin tayini, yargıcın takdirine ait bulunmuş olduğundan, baba için 65 yaşına kadar nakten ve bu yaştan sonra irat şeklinde maddi tazminat tayin ve hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.....» gerekçesi ile onamıştır. (20).

Askeri birliğin yemekhanesinin, idarenin gerekli kontrol, bakım ve onarımı zamanında yapmamak suretiyle gösterdiği ağır hizmet kusuru yüzünden çökmesi sonucu ölen erin geçindirdiklerinin açtığı dâvada, Danıştay 12 nci Dairesi : «..... ve 25/12/1967 tarihinden itibaren yıllık peşin iratlar halinde ödenmek üzere karısı Ş.....'ye evleninceye kadar yılda 1500 TL., kızı K.....'ye 18 yaşını dolduracağı 27/6/1980 tarihine kadar yılda 900 TL. ve oğlu H.....'ye 18 yaşını dolduracağı 26/7/1982 tarihine kadar yılda 900 TL. ve annesi M.....'ye de ölünceye kadar yılda 600TL. dâvalıdan alınarak verilmesine .....» karar verilmiştir (21).

(20) Y. 4. H. D. 30/11/1948 T. ve 5653/5083, Tekinay, Destekten Y. T. Shf : 218
(21) Danıştay 12 ni D. 31/1/1968 T. ve 186 S. Kararı, Kudat D. Prensipleri, Shf : 225

Bir olayda mahalli mahkeme, B. K. m : 46/2 deki 2 senelik hükmü tetkik süresinin kifayetsiz olduğunu ileri sürerek, kararın tefhiminden itibaren 10 senelik zaman içinde tazminatın artırılması veya indirilmesi için bir defaya mahsus olmak üzere, taraflara mahkemeye başvurma hakkı tanımış, hükmü tetkik yetkisini mahfuz tutmuş, bu karar Yargıtay özel dairesince onanmıştır (22).

Bu örnekler dışında, irat uygulaması saptayamadık.

Nevarki sayın Yargıç Mehmet Kılıç, Zonguldak İş Mahkemesi Hâkimi iken yurtsever düşüncelerle, bazı dosyalarda irat şeklinde tazmine karar verdi. Bu dosyaların Yargıtay özel Dairesinde tarafların temyizi üzerine duruşmalı olarak incelenmesi sonunda, çoğunlukla, önemli bir karar verildi. Özel Daire ilâmı ve muhalefet şerhi şöyledir : (23) «1 — .....Dâvalının bütün dâvacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2 — Türk Kanun koyucusu B. K. m : 43 de öngördüğü bir temel kural gereğince, tazminatın türünü ve kapsamını belirleme yetkisini hâkime vermiştir. Gerçekten anılan maddenin birinci fıkrasında hâkimin «hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin» eyleyeceği yazılıdır. Bu bakımdan hâkimin gerektiğinde gelir - irat tahsisi yoluyla tazmin biçimini seçmiş olması, bu belirleme yetkisinin doğal sonucudur. Sözü edilen yetki temelinde yatan sosyal düşünce açısından kesindir ve varlığı taraf isteğinin bulunuşu şartına bağlı değildir. Bu nedenle burada hâkimin taraf iradeleriyle bağlı bulunması kuralının geçerli olmadığı açık ve seçiktir. Esasen H. U. M. K. m : 74 bu kuralı Medenî Kanunun belli hükümleriyle belirgin olarak sınırlamıştır. M. K. nun bir bölümünden ibaret olan B. K. m : 43 ün ise bu belli hükümler çevresine girdiği yönü şüphe dışıdır.

Öbüryandan, bu olayda olduğu gibi zararın geleceğe yöneldiği ve sürekli bir nitelik taşıdığı durumlarda gelir tahsisi yoluyla tazmin biçiminin çokluk tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesine karşı, belli bir üstünlüğü haiz bulunduğu ve bu tür tazminata daha uygun düştüğü ortadadır. Bu yön baskın düşünce olarak Türk doktrininde de belirtilmiştir.

Bu nedenlerle mahkemenin tazminatı gelir - irat biçiminde karara bağlamasında yasaca bir engel bulunmamaktadır. Nevarki Kanun, hâki-

(22) Y. 4. H. D. 17/7/1961 T. 10565/6737 S. Kararı. Kudat. C. K. D. Z, N, D, Shf : 161 - 167

(23) Y. 9. H. D. 15/5/1972 T. ve 13876/8985 S. Kararı. Özel Kartondan.

591

min taraf istekleri ile bağlı bulunmaması anlamında kesin bulunan bu yetkinin, birtakım esaslara uygun biçimde kullanılmasını öngörmüştür. Bunlar B. K. m : 43 ün anlatımı ile «hal ve mevkiin icabı ve hatanın ağırlığı» dır. Değişik söyleyişle hâkim tazminatın kapsamını olduğu kadar, tazminatın türünü de belirlerken durumun gereğini ve kusurun ağırlığını gözönünde tutmakla yükümlüdür. Hâkim herhalde durum gerektirmiyorsa ve kusurun ağırlığı elverişli bulunmuyorsa, örneğin gelir biçiminde tazmin yolunu seçemez. Hiç şüphesiz tazminatın sermaye şeklinde belirlenmesi durumu içinde bu böyledir. Bu konuda hâkimin özellikle iş Hukukunun işçiyi koruyucu amacından gelen gerekleri ve istekleri gözönünde tutacağı tartışmasızdır. Bu yoldaki bir uygulamada ise, soyut (mücerret) ve genel düşünceler değil dâva konusu olaya ait somut (müşahhas) durumlar ve özellikler hâkim olmalıdır. Bu yönden, aynı konudaki dâvalar, sanki bunlar aynı dâva ve herbirinde durum aynı imişcesine aynı ölçü ve esaslara tabi tutmaktan kaçınmalı, tersine her dâvanın bağımsız bulunduğu esasından hareket olunarak dâvalar olabildiğince ferdileştirilmeli, her dâvanın özelliğine meydana getirdiği durumun gereğine göre sermaye şeklinde tazmin, ya da gelir şeklinde tazmin yollarından biri seçilmelidir. Gelir biçiminde tazmin yolunun kabul edilmesi takdirinde de, para değerinin düşmesi gibi nedenlerle tazmin alacaklısının ileride yoksulluğa düşmemesini sağlayacak açık ve gerçekçi tedbirler alınmalıdır. Bu dâvada mahkeme açıklanan esaslar içinde gerekli ve yeterli inceleme yapmamış daha çok soyut ve genel nitelikteki düşünce ve asaslara göre hareket etmiş, aynı konudaki çok sayıdaki dâvada hiçbir ayırım gereği gözetmeksizin, aynı tazmin biçimini benimsemiş ve özellikle gelirin ileride o zamanki zararı karşılayamaması, hatta tazmin alacaklısını yoksulluğa mahkûm etmesi tehlikesine karşı, etkin bir esasa yer vermemiştir. Tazminata gelir biçiminde karar verilmesi takdirinde borçludan gerekli teminatın alınacağı yönü m : 43 nin açık hükmü gereğidir. Kanun bu konuda Devlet ve Devlete ait kuruluşlar için bir ayrık hüküm ön görmemiştir. Tersine Türk Kanun koyucusu Devleti ve ona ait kuruluşları teminattan bağışık tuttuğu durumlarda, bu yönü açık hükümlerle göstermiştir. Bundan başka teminat alınması sadece gelirin garanti altına alınması düşüncesini izlemez. Aynı zamanda ve muhakkak surette gelirin zamanında verilmesini sağlama düşüncesini de kapsar. Aynı koruyucu düşünce, hiç şüphesiz Devlet ve Devlete ait kuruluşların tazmin borçlusu oldukları durumlarda da söz konusudur ve Devlet kuruluşlarının, azda olsa örneğin muhasebe ve işlemlerdeki gecikmeden ötürü, geliri geç ödemesi ihtimal içidir.

5 12

B.K. m: 43 ün hakime tanıdığı yetki gayet belirgin olarak hasren tazmin alacaklısına ödenecek tazminatla ilgilidir. Vekâlet ücretinin ise yargılama giderlerinden olup, tazminat kavramı çevresi dışında kaldığı açıktır. Bu bakımdan vekalet ücretinin dahi gelire bağlı olarak hüküm altına alınmasına cevaz verilemez. Ohalde dâvacının bu halde yönleri hedef tutan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın ..... gösterilen sebeplerden bozulmasına ..... oy çokluğu ile karar verildi.

Başkan Üye Üye Üye Üye

(Muhalif) .....»

KARŞI OY YAZISI : Dâva İş Kanununun öngördüğü anlamda bir tazminat dâvasıdır. Dâvacı işveren işçi sağlığı ve işgüvenliği tedbirlerine aykırı hareketi nedeni ile, belli bir oranda kaybettiği sağlığının bedelini istemekte ve bu isteğinin tutarında dâva dilekçesinde tam bir tazminat olarak belirlemiş bulunmaktadır. Gerçi, B. K. m : 43 de irat şeklinden söz edilmekte isede, bu maddenin iş riskinden doğan tazminat dâvalarında uygulama olanağı yoktur ve olmamıştır. Aksinin kabulü iş hayatının istisnai özelliklerine ve iş Hukukunun işçiyi koruyucu olan temel prensiplerine aykırı düşer. B. K. m : 43 ün anılan bendinin mağdur mevkiinde olanın isteği veya M.K. da öngörülen vesayet veya velâyet hallerinin kötüye kullanılmasının subutu dışında uygulama görmüş birtek örneğide yoktur. Kaldıki tazminat deyiminin diğer bir alternatifide medenî ceza bulunmasıdır. Anılan bendin resen uygulanması kastî, ihmali ve suç sayılır davranışlara taviz vermek, mağduru dahada mağdur bir duruma itmek olur. Örneğin bu dâvada olduğu ğibi, dâvalı işverenin işyerinde sağlık ve güvenlik tedbirlerini almamış olması ile, dâvacı meslek hastalığına tutulmuş ve bir oranda işgücünü kaybetmiştir. İşverenin güçsüz işçisini işinden çıkarması veya sakat kalan işçinin işinden ayrılması hallerinde kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için başka tarzda bir iş yapma mevkiinde olacağı doğal bir sonuçtur. Bu takdirde müsebbibinden toplu bir tazminat alması, onun yaşama ve yaşatabilme çabasına büyük bir destek olurken, müsebbibinide tekrarından sakınma gayretine itecek bir etki yaratacağı şüphe dışıdır. İradın ekonomik yönüende sakıncası açıktır. Gerek dünya gerek ülkemizde evamlı enflâsyon ve devalüasyonlarla para değerinin hergeçen gün düşmekte olduğu bir gerçektir. Bunun yanında hayat pahalılığının bu ortamda devamlı artış kaydettiği bilinmektedir. Konjonktür dairesinin yayınladığı toptan ve parekende eşya fiat endeksleri bunun bir delilidir. Bu nedenle Yasakoyucu memur ve emekliler için ayrık hükümler getirirken

işçininde mağdur olmaması için gerekli tedbirleri almış, örneğin 1475 sayılı K. m : 33 ile işçi ücretlerinin engeç iki senede bir tesbit edilmesi ve 506 sayılı S. S. K. ilede, zaman zaman gelir ve aylıklarının artırılması öngörülmüştür. Ohalde tazminatın irada bağlanmasında nasıl bir tedbir öngörülecektir? Aylık veya üç aylık taksitlere bağlanan irat parasının değerinin, zamanla yetersiz, hatta manasız kalmasıyla dâvacı ekonomik ve sosyal varlığını sürdürmek olanağından yoksun kalmayacakmıdır? Tazminatın irada bağlanması kazanılmış hak ve mal varlığınıda ihlâl eder. Zira tazminatın tamamı dâvacının belli bir yaşa kadar sağlıkla çalışacağı düşünülerek hesaplanmıştır. İş kazasıyla veya yakalandığı meslek hastalığı sebebiyle işçinin daha önce ölmesi mukadderdir. Bu takdirde tahakkuk eden toplu tazminatın taksitli iratlara bağlanması halinde, dâvacının ve mirasçılarının kazanılmış bir hak ve mal varlığından mahrum edilmiş olacağı şüphesizdir. İşte bu nedenlerle, tam tazminat isteği yerine, şartları mevcut olursa hakimin resen hareketle tazminatı irada bağlayabileceği yolundaki çoğunluk görüşüne muhalifim...»

Tazminatın irat şeklinde tayini konusunda, ileri bir adım teşkil eden bu karar aşağıdaki ilkelere yer vermiş bulunmaktadır.

A) B. K. m : 43 uyarınca konumuzu teşkil eden dâvalarda da tazminatın irat biçiminde saptanması mümkündür. Hâkimin takdir hakkı vardır.

Gerçekten Yüksek Dairenin bu yorum ve kabulü Yasanın açık hükmüne ve yukarda nakledilen bilimsel görüşlere tamamen uygundur.

B) Hâkim tazminatı irat şeklinde tayin ederken, «hal ve mevkiin icabı» ve «hatanın - kusurun ağırlığı» nı gözönünde tutacaktır. Takdir yetkisi bu iki koşula ilişkin olarak denetlenecektir.

Gerçekten dâva dosyasında, kusur raporuyla, tazminat sorumlusunun kastı, ve ağır kusuru saptanmış ise, irada hükmedilmeyecek, aksine hafif kusur, yada kaçınılmaz nedenlerin zarara yol açtığı hallerde, «hatanın ağırlığı» ndan doğan bir engel kalmayacaktır. Ohalde, bu tür dâvalarda tazminatın irat şeklinde tayini ihtimaline binaen, hatanın ağırlığının anlaşılabilmesi için de, kusur tetkikatı gerekli olacaktır. Mağdurun malûliyetinin düşük olması, zararın ve irat taksitlerinin önemsiz miktarlara ulaşması gibi durumlarda irada hükmetmek, «hal ve mevkiin icabına» aykırı, aksine malûliyetin ve hesaplanan zararın yüksek, irat taksitlerinin tatmin edici bulunduğu ve işçi veya geçindirdiklerinin tecrübesizliği ve sosyal şartlar ve memleket gerçekleri itibariyle peşin sermaye şeklinde alacağı tazminatı heder etmesi olanağının söz konu-

su olduğu, yada dâvaların tazminat sorumlusunun mahvına yol açması ihtimalinin düşünüldüğü durumlarda, irada karar vermek «hal ve mevkiin icabına» uygun düşer.

Yüksek dairenin belirttiği gibi, bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği olaydaki özelliklere göre düşünülmeli, her dâvada müstakil olarak incelenmelidir. Şüphesiz hal ve mevkiin iradı icabettirdiği durumların, peşin olarak tadadına imkân yoktur. Örnekleri, tatbikat yaratacak ve çoğaltacaktır. Şu varki, Yasal bir değişiklikle bu konudaki hükümlere açıklık kazandırılması ve artık zararlar içinde 506 nolu K. m : 22 ye paralel bir sistem kurulması temenniye değer.

C) İrada hükmetmek için taraflardan birinin talepte bulunması gerekmez. Hâkim resen karar verir.

Bu öneride bilimsel görüşlere uygundur. Gerçekten Prof. Postacıoğlu bu konuda şunları yazıyor : «..... Hâkim kaideten neticei taleple mukayyettir. Bunun dışına çıkamaz. H. U. M. K. m : 74 bu esası tespit etmiştir ..... Bu maddedeki Kanunu Medeniden maksat, hukuk kaideleridir. Hâkimin talep dışı bir şeye karar vermesi için maddî hukuk bakımından selâhiyetli kılınmış olması lâzımdır. Meselâ : ..... haksız fiil mevzuunda B.K. m: 43 tazminatın şeklini tayin hususunda hakimi zarar gören dâvacının talebi ile takyit etmeyerek buhususta hakime takdir salahiyeti bahşetmiştir.....» (24) Demekki sayın Profesör irat şekilinde tazmine karar verme yetkisini, yargıcın taleple bağlı olmayarak, talep dışında karar verebileceği hallerin örneği olarak gösteriyor.

Bu bakımdan, kararda gerek Borçlar Hukuku ve gerekse Usul Hukuku bakımından irada karar vermek için talebe lüzum olmadığına işaret edilmesi yerindedir.

E) Para değerinin düşmesi gibi nedenlerle tazmin alacaklısının ileride yoksulluğa düşmesini sağlayacak açık ve gerçekçi tedbirler alınmalıdır. Bu temenniye katılmamak imkânsızdır.

Ne varki ilâmda bu tedbirlerin neler olabileceği, bu amacın nasıl sağlanacağına işaret edilmesi yararlı olur ve tatbikatçıya ışık tutardı. Bu yapılmamıştır. Bizce bu eksiğin yukarıda (V) numaralı bentte açıkladığımız irat taksitlerinin revalorize edilmesi yöntemiyle giderilmesi mümkün olacaktır.

---

(24) Prof. İ. Postacıoğlu, M.U.H. Dersleri, 4 ncü bası, İst. 1968, Shf : 208 - 210

F) Sağlam teminat alınmadıkça irada karar verilemez. Borçlu devlette olsa teminat alınmalıdır.

Bugünkü mevzuat muvacehesinde bu görüşte doğrudur. Gerçekten Devlet ve Kuruluşları, B. K. m : 43 deki teminattan açık bir yasa hükmü ile bağışık tutulmamıştır. Fakat Yasal bir değişiklikle Devletin teminat külfetinden bağışık tutulmasının uygun olacağına kaniyiz.

G) Mevcut Yasalara, B. K. m : 43 ün yargılama giderlerini kapsamamasına, özellikle yeni avukatlık yasasında ücreti vekâletin avukata ait olacağının önerilmesine binaen, avukatlık parasınında irada bağlı olarak, irat şeklinde tayininin isabetsizliğine değinen bozma sebebi varit isede, irat taksitlerinin toplamı peşin sermaye tazminatının tutarından çok fazla olup, irat taksitleri toplamı üzerinden avukatlık parası hesaplanmasının haksız iktisaba yol açacağı, adalet ve nesafete uygun düşmeyeceği, irat uygulamasına yol açan amaç ve gereklerlede çelişeceğini düşünmekteyiz. Bugün için hiçbir Yasada ve Avukatlık ücret tarifesinde, tazminatın irat şeklinde hükmedilmesi halinde, ne şekil ve miktarda avukatlık parası saptanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bu boşluğun tezelden doldurulmasını dilemekteyiz.

F) Yargıtayın düzenli bir şekilde kabul ettiği kazanç kaybı ve destenten yoksunluk zararlarının hesabına ilişkin olarak benimsediği kurallar gözönünde tutularak, muayyen fasılarlarla gerçekleşen kazançların malûliyete isabet eden kısmından varsa müterafik kusur payı düşüldükten sonra, kalan bölümünden sigorta kurumunca yapılan tahsislerin faal ömürden yaşama yaşı sonuna kadarki sigorta iratlarını da kapsayacak şekilde indirilmesi yoluyla irat taksitlerinin hesaplanması ve cismanî zarara uğrayanın veya desteğin faal ömrünün 3/4 ünde kazançlarının % 5 artacağı benimsendiği için bu süreye ilişkin yıllara ait irat taksitlerinin eşit olmayıp, gittikçe artan bir değişme göstermesi, aksi halde mütekaip yıllarda gerçekleşebilecek fazlalığın öne alınması zorunluğunun, bir çeşit kapitalizasyon işlemine yol açacağı ve buna lüzum bulunmadığı hususlarına işaret edilmesi gerekirdi.

Bunlara rağmen çoğunluğun görüşü bilimsel düşüncelere ve memleket gerçeklerine uygundur.

Muhalif Üyenin görüşü yukarıda (V) numarada arzedilen eleştirilerin ışığı altında değerlendirilmelidir.

596

İşyeri kaza ve hastalıkları sonucu ölüm ve malûliyete ilişkin artık zararların tazmini için açılan herbir dâvanın, bağımsız olarak, ferdileştirilerek ve özelliğine göre mahkemelerde ve Yargıtayda incelenebilmesi ve sonuçta yukarda açıklanan görüşlere göre durumun düşünülmesi, iradı hiç uygulamama biçimindeki tutucu alışkanlığın terkedilmesi, kuşkusuz adaletin ve yurdun yararına olacaktır.

597

HÜRRİYETİ KISITLAYICI YENİ İNFAZ TEDBİRLERİ ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR İNCELEME

Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL

Giriş

Geleneksel hapis cezasından farklı olan hürriyeti kısıtlayıcı yeni tedbirler (geceleri infaz, hafta sonu infaz ve yarı hürriyet rejimi) cezanın bireyselleştirilmesine daha geniş olanaklar sağlayan müesseseler olarak gün geçtikçe önem kazanmaktadırlar. Bu tedbirler suçluların tretmanını içeren modern sistemlerede uyumluluk göstermektedir.

Suçluların yeniden sosyalleşmesini kolaylaştırmak amacıyla gerekli hazırlıkları yapmak üzere kişiliklerinde olumlu etkilemeler yapabilmek isteği, geleneksel cezaevi yaşamının yetersizlik ve sakıncaları ile karşılaşmaktadır:

— Yalnızca cezasal olan hapis cezasının genellikle kısa süreli ve olumsuz nitelikte oluşu;

— Cezaevi koşullarında sosyal terapi uygulamanın zorluğu;

— Personel tarafından uygulanan norm ve standartlara, kurumda var olan suçlu kültürü nedeniyle, hükümlülerin uyum göstermek konusundaki direnişi;

yer almaktadır.

Bu sakıncaları gidermek amacıyla infaz sistemlerinde değişim yapılmış ve hükümlülerin iyileştirilmesine kendi katkı ve işbirlikçi çabalarını elde etmek isteği ile oldukça insancıl ve ileri bir görüş biçimi kazanılmıştır.

Para cezaları, erteleme ve gözetimli erteleme müessesesi (probation) ile kurumlardaki kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü olanlar sayısında önemli bir azalma sağlanılmıştır. Bu müesseselere karşın, hükümlünün hürriyet rejimi içerisinde tretmanı her zaman sosyal ve teknik yönden olanaklı olmadığı gibi bazen psikolojik nedenle salık verilmesi yerinde görülmemektedir. Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı ceza

ile hürriyet rejimi kutuplarında yer alan tedbirlerin uygun görülmediği suçlular yönünden aşağıdaki tedbirler üzerinde düşünülmesi yararlı görülmüştür :

a) Tamamen salıverilmesi olanaklı olmayan hükümlüye ailevi, fiziki veya iş arama sebebiyle verilen izin;

b) Hürriyeti bağlayıcı cezanın sonunda hükümlünün normal yaşamına doğru bir sıçrama taşı fonksiyonunu görmek üzere tanınan cezaevi dışı çalışma sistemi;

c) Son zamanlarda infaz sistemlerine getirilmiş ve hükmün başlangıcından itibaren hükümlünün cemiyetle olan ilişkilerinin devamını sağlayan hafta sonu ve geceleri infaz tedbirleri.

Yukardaki ilkelere benzerlik gösteren temeller üzerine kurulu diğer tretman metodları da vardır : hükümlünün serbesti içerisinde olmakla beraber muayyen bir süre kişisel veya sosyal tedavinin uygulandığı bir müessesede kalmak, gözetimli erteleme müessesesinden yararlanan problemli kişilerin kalacakları yurtlar ile hükümlünün muayyen zamanlarda ziyaret etme gereği olan külüpler.

Yeni infaz tedbirlerinin önemini belgeleyen iki seminer tertip edilmiş olup; birincisi **Milletlerarası Ceza ve Cezaevleri Örgütünce** hazırlanarak Nisan 1967 tarihinde Ulm'da yer almış; ikincisi ise, Avrupa Konseyi çerçevesinde, Nisan 1970 tarihinde Belçika'da düzenlenmiştir.

Hafta Sonu, Geceleri İnfaz ve Cezaevi Dışı Çalıştırmanın Hukuksal Yönü

Hürriyeti bağlayıcı ceza ile hürriyet rejimi uçları arasında yer alan yeni kısıtlayıcı tedbirler, yukarda belirtildiği gibi, hafta sonu infaz, geceleri infaz ve yarı hürriyet rejimidir.

Hafta sonu infaz, normal olarak, haftanın dinlenme günlerinde hürriyetten yoksunluğu içermektedir. Geceleri infaz ise, hürriyetin kısmı olarak kısıtlanmasını ön gören ve geceleri (hafta sonu ve tatil günlerinde) infaz edilmesi nedeniyle devamlılık gösteren bir tedbirdir.

Dışarda çalışma sistemi, iyi halli hükümlülerin sabahları müesseseyi terk ederek iş yerine gitmesi ve geceleride müesseseye dönmesi şeklinde belirmektedir. Geceleri infaza karşılık bu sistemden yararlanma olanağı ancak hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın muayyen bir kısmının infazından sonra söz konusu olabilmektedir.

509

Belçika infaz sisteminde 1963 yılından itibaren uygulanan hafta sonu ve geceleri infaz uygulamasına Türk infaz sisteminde 1965 yılında başlanılmıştır. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların zararlı sonuçlarını azaltmak amacına yönelik bulunan bu tedbirler, kuşkusuz, birer ceza olarak belirmektedir.

İnfaz sistemlerine getirilen bu yenilikler çerçevesinde hükümlünün iyileştirilmesine temel olabilecek bireyselleştirme süreci için olumlu alternatifler sağlanmış; yargıcın geniş bir seçim olanağı belirmiştir.

Hafta sonu ve geceleri infazda, cezanın bu biçimde infaz edilebilecek maksimum süresinin saptanması; hafta sonu infazda, hafta sonu sürenin kesinlikle belirtilmesi zorunlu görülmektedir. Bu tedbirlerin uygulanmasında hükümlünün şahsi durumu (gerçekte çalışır olması veya eğitime devamı, ailesi veya sosyal çevresi gibi) göz önünde bulundurulmalıdır.

İnfaz modalitesi olan bu tedbirler ancak hükümlünün talebi veya onun isteğine dayalı olarak uygulanabilmeli ve hükümlü, infaz sırasında, uygulanan tedbir yerine hapis cezasının normal devamını istiyebilmelidir.

Hafta sonu infaz ve geceleri infaz ile cezaevi dışında çalışma sisteminden yararlanan hükümlünün şartları bozması halinde hükümlüye ayrı bir ceza verilmesi gerekli görülmemelidir. Bu tedbirler, infaz modalitesi olarak hükümlünün yararı için uygulandığından, şartlara uymama durumunda, uygulanmış tedbir yerine cezanın klâsik infazına karar verilmesi yerinde olacaktır.

Türk ve Belçika Sistemlerindeki Yeni Tedbirlerin Tanımı

Her iki infaz sisteminde de, hafta sonu infaz, cezası bir ayı geçmeyen hükümlüler için uygulanmaktadır. Hükümlü hafta içerisinde serbest olup; hafta sonunu cezaevinde geçirmekte ve yalnızca hafta sonu, her gece bir gün hesabiyla, ceza süresine sayılmaktadır. Belçika'da hükümlünün Cumartesi saat 14' de cezaevine gelerek Pazartesi saat 6'da çıkması şeklindeki tanzim Türk sisteminde Cuma günleri saat 17'de girmek ve Pazar günleri aynı saatte çıkmak olarak düzenlenmiştir.

Geceleri infaz uygulamasına her iki sistemde üç aya kadar olan hükümlüler için başlanılmış iken, Belçika'da bu süre altı aya kadar uzatılmıştır. Bu tedbirlerde hürriyetten yoksunluk geceleri söz konusu olmakta ve ceza süresi yönünden devamlılık görülmektedir.

606

Belçika'da hafta sonu ve geceleri infaz tedbirlerinin uygulanması savcılığa bırakılmış ise de, sistemimizde, bu tedbirlerin uygulanmasına mahkeme karar vermektedir. Tedbirlerin uygulanmasına karar vermek yetkisine sahip olan Belçika Savcısı, bu tedbirlere son verebilmek (hükümlülünün isteği üzerine veya şartların ciddi şekilde ihlâli halinde) yetkisine sahip bulunmaktadır. Sistemimizde son verebilme de mahkemeye bırakılmıştır.

Tedbirlerde ön görülen şartların ihlâli halinde ayrı bir cezalandırma Belçika sisteminde ön görülmemiş iken, infaz sistemimizde, tedbirlerden birinin uygulanmasına ilişkin karara hükümlü tarafından kasten evya ihmal sonucu uyulmaması halinde bir aya kadar hapis cezası ile cezalandırılması yanında geri kalan cezasıda infaz edilmektedir.

Belçika' da hafta sonu infaz gün geçtikçe ağır bir tedbir olarak (bir ay = on beş hafta) belirdiğinden hükümlüler geceleri infaz tedbirinin uygulanmasını istemektedirler. Aynı durumun sistemimizde de belirdiği elde mevcut istatistiki veriler kanıtlamaktadır.

Yeni infaz tedbirlerinin Türk ve Belçika sistemlerinde uygulanmasına değgin verilere aşağıda yer verilmiştir :

Türkiye'ye ait veriler

Yıl	Hafta Sonu İnfaz	Geceleri İnfaz
1967	2	165
1968	4	347
1969	2	408
1970	—	549

Not : Yukardaki veriler 110 Ağır Ceza Bölgesini içermektedir.

Belçika'ya ait veriler

Yıl	Hafta Sonu İnfaz	Geceleri İnfaz
1965	416	670
1966	505	1117
1967	391	1103
1968	352	810
1969	327	955

Yukarıdaki verilerin incelenmesi sonucu, tedbirlerin Belçika'da daha yoğun bir ölçüde uygulandığı ve bunu etkileyen nedenler arasında geceleri infaz tedbirlerinin altı aya kadar olan cezalar için de uygulanabilmesi yanında savcıların infazın bireyselleştirilmesini benimse-

60

miş olmaları yer almaktadır. Türkiye'deki uygulamanında ümit verici olduğu belirmiş olup; kısa süreli hapis cezalarının iyileştirme yönünden yararsızlığı karşısında bu yeni tedbirlerin daha geniş ölçüde uygulanmasının sağlayacağı parasal tasarrufta belirtilmeğe değer bir nitelikdir. Kuşkusuz, Cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı Kanunla yargıca cezalandırma konusunda tanınan alternatifler sonucu, kısa süreli cezaya hükümlü olanların oranında bir azalma sağlanmıştır: 1962 yılında kısa süreli cezaya hükümlü olanların cezaevlerindeki toplam hükümlü sayısına oranı % 91 iken, 1970 yılında bu oran %72. 8 e düşmüştür.

Belçika cezaevlerindeki kısa süreli ceza hükümlülerinin oranı ise yaklaşık olarak 1/3 oranında olup; cezaevindeki kısa süreli hükümlülerin ekserisi de mükerrir suçlulardır.

Belçika'da yeni infaz tedbirlerinin uygulanması sonucu bazı güçlükler belirmiş olup; ceza sürelerinin az oluşu ve hafta sonu infazın müessese personelinin az olduğu zamana denk gelmesi nedeniyle tretman yönünden etkili olunmadığı; hükümlülerin diğerleri ile teması engellendiğinden bahçede dolaşma ve dini servislere katılma dışında diğer boş zamanları değerlendirme olanaklarından yararlanamadıkları ve zamanlarını hücrelerinde geçirdikleri saptanmıştır. Bu durumu gidermek ve hükümlüdeki ezintiyi azaltmak amacıyla anılan tedbirlerin infaz edileceği açık müesseseler düşünülmektedir.

Türk ve Belçika sistemlerinde hükümlülerin cezaevi dışında çalışmasına izin verilmektedir. Hükümlünün ferden çalışması yanında çalışma partileri kurulmasına olanak vardır. Bu olanaklar genellikle, geçiş dönemi tedbiri niteliğinde olup; hürriyetten yoksunluk cezasının son kesiminde söz konusu olmaktadır.

Sistemimizde, açık kuruma ayrılanlardan veya hükümlülük süresinin 1/4 ünü iyi halle geçirenlerden dışarda çalışma ekipleri kurulabileceği gibi şartla salıverilmesine en fazla bir yıl kalanların ceza infaz kanunları tüzükünün 200. maddesindeki ilkelere uyanların kamu veya özel sektörde çalıştırılabileceği kabul edilmiştir.

Belçika'da kısmi hürriyet biçimindeki dışırda çalıştırma birkaç yıldır bazı cezaevlerinde uygulanmaktadır. Tesiri azaltılmış bir mahkûmiyet şekli olarak bu uygulamanın iki nevi vardır:

1. Uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü olanları cemiyete hazırlamak amacıyla bir geçiş tedbiri olarak;

602

2. Kısa süreli hükümlülerin ailevi geçimlerini sağlamak amacıyla tekrar işde çalışması şeklinde.

İkinci Dünya Harbi sonrası Devletin dış emniyetine karşı işlenen siyasî suçların failleri için ön görülen çalışma partileri sistemi son zamanlarda tekrar uygulamağa başlanılmıştır : seçilmiş ve güven veren hükümlü grubunun özel sektörde çalışması veya adalet binalarının bakım ve onarımında görevlendirilmesi söz konusu olmaktadır.

Sonuç

İnfaz sistemlerine getirilen bu yeni tedbirlerle kısa süreli cezaya çarptırılan hükümlülerin dış dünya ile temaslarının devamı sağlanmakta; cezaevi yaşamının olumsuz etkilemeleri nötralize edilmektedir. Bu yeniliklerle, geleneksel cezaevi rejiminde değişimlere doğru ciddi atılımlar yapılmıştır. Bu nevi atılmaların rasyonel ve etkili olabilmesi için ön görülecek cezaevi rejimindeki reformların ceza kanununun tümü üzerinde yapılacak geniş kapsamlı reformla birlikte ele alınması gereklidir. Bu çerçevede, ünlü Alman Ceza Hukuku Profesöru Frans Von LİSZT'in «Mahkeme hükmüne muhteva ve önemi verdirecek yargıç olmayıp cezaevi müdürüdür. Kanunda tanımlanan platonik ceza tehditlerine kuvvet ve hayatiyet verecek kanun yapıcı değil, cezaevi müessesi müdürüdür» deyişini hatırlamak yararlı olacaktır.

Ceza kanunlarının eskimişliği karşısında ekser devletler temel ceza kanunlarının revizyonuna gitmişlerdir. Bu devletler arasında Federal Almanya Cumhuriyeti, İtalya, İsveç, İngiltere ve Avusturya kayde değer özellikler taşımaktadır. Aktüelliği nedeniyle bu devletlerden yalnızca Avusturya ve İngiltere'ye değinilecektir.

1972 tarihli Avusturya Ceza Kanunu Tasarısı, 1852 yılında yürürlüğe giren ve 1803 tarihli Kanunun değişikliği niteliğindeki Temel Kanununun çağdaş sosyal ve ahlâk düşüncesine uyumunu sağlamak ve ceza kanununun sistematizasyonuna yönelik bulunmaktadır. Bu Tasarı ile getirilen özelliklerin başlıcaları şunlardır :

— günlük para cezası sistemi;

— hürriyetten yoksunluğu içeren tek tip bir ceza;

— Yargıca geniş bir çerçeve sağlayan maksimum ve ninimum hadler;

— para cezasının ödenmemesi halinde ikame edilebilecek hapis cezası için daha esnek kaideler;

— ilâç müptelâlarının tretmanı, geri zekâlıların özel müesseselerde muhafazası gibi önleyici nitelikteki yeni tedbirler;

— bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması (de - criminalisation);

İngiltere'de, 1972 tarihli Ceza Adaleti Tasarısında ön görülen ceza siyaseti ile mahkemeye cezalandırma konusunda geniş yetkiler verilmekte; cezanın bireyselleştirilmesine daha fazla olanak sağlamak amacıyla âmir nitelikteki cezalandırma sistemine son verilmektedir.

Yukarıda belirtilen reform tasarılarında göze çarpan temel öğe, ceza adaletinin bir sistem olarak ele alındığı ve temel kanun üzerinde yapılan değişikliklerle cezaevlerine gelecek hükümlü sayısında azalma sağlamanın amaç edinildiğidir.

Kuşkusuz, 1965 'de yürürlüğe giren **Cezaların İnfazı Hakkındaki** Kanunla infaz sistemimizde cesur adımlar atılmış ve bunların yararlı olduğuda 1967 - 1970 yıllarını kapsayan araştırma sonuçları ile saptanmıştır. Bu Kanunla infaz rejimimiz değişim potasına girmiştir. Yetkililerce, hapis cezasının en son başvurulabilecek bir tedbir olarak düşünülmesi de oldukça ümit verici bir ilke olup; bu ilkenin tam anlamıyla hayatiyet kazanması sonucu cezaevlerimiz konuğu olacak az sayıdaki hükümlüler üzerinde etkili iyileştirme çabalarına girişmek mümkün olabilecektir.

Kaynaklar

Council of Europe. European Committee on Crime Problems Sub - Committee No. XI, **Short - Term Treatment of Adult Offenders**, Interm Report by Mr. G. Picca (DPC/CEPC, 71, 9)

————————. Resolution (65) 1 Adopted by the Ministers' Deputies on 22 nd January 1965. Suspended Sentence, Probation and Other Alternatives to Imprisonment.

————————. Resolution (67) 5 Adopted by the Ministers' Deputies on 4 th March 1967. Research on Prisoners Considered from the Individual Angle, and on the Prison Community.

E. Dantinme. Les nouvelles mesures restricitives de liberté, **Bulletin de L'Administration Pénitentiaire**, No 6, Nov. - Dec. 1970, Bruxelles, pp. 441 - 457.

International Penal and Penitentiary Foundation. **The New Methods of Restriction of Liberty in the Penitentiary System** (Proceedings of the Second International Colloquium of the I.P.P.F. Ulm - 17/22 April 1967) Nivelles, 1968

M. T. Yücel. Suçluluğun Önlenmesi ve Suçluların İyileştirilmesi, **Adalet Dergisi**, 63 (3 - 4) 1972, ss. 332 - 342.

604

MENFİ TESBİT DAVASI

Y. Semih ÖKTEMER
Ankara Hakimi

Plân :

1 — Konu
11 — Yargılama usulü
111 — Menfi tesbit dâvası ile ilgili ihtiyati tedbirler
1V — Menfi tesbit dâvasının sonucu

Bibliyoğrafya : Sıtkı Akyazan : İcra ve İflâs Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar (1965), Prof. Necip Bilge - Doç. Burhan Gürdoğan: Son Değişikliklere göre Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu (1965), Prof. Baki Kuru: İcra ve İflâs Hukuku Cilt 1. İcra Hukuku (1965), Resmi Kararlar Dergisi, Ankara Barosu Dergisi.

1 — K O N U : Menfi Tesbit Dâvasına geçmeden önce, tesbit dâvasının mahiyetine genel olarak temas etmek konunun aydınlanmasına yardımcı olacaktır.

Menfi Tesbit dâvalarının niteliği hakkında mevzuatımızda 538 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar açık bir hüküm yoktu. Ancak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 6/3/1965 tarihinde değişikliğe uğraması sırasında, menfi tesbit dâvası 72. ci maddede yer almıştır. HMUK. da, tesbit dâvasının mahiyet ve şartlarının ne olacağına dair genel anlamda bir dayanak yok ise de, tesbit dâvası sayılabilecek bir takım dâvalar Türk Kanunu Medenisince, 6570 sayılı Gayrimenkûl kiraları hakkındaki kanun gibi bazı özel kanunlara dayanılarak uygulamada açılagelmekte ve Yargıtay içtihatları ile bu nev'i dâvaların vucudu kabul olunmaktadır. Böylece tesbit dâvasına ait usul hükümleri tedvin dilmediğinden dolayı, uygulamada değişik sonuçları ve bazı tereddütleri önlemek amacı ile «Hukuk Yargılama Usulü Kanunu» tasarısında 231. madde olarak, doktirindeki görüşe ve Yargıtay içtihatlarına paralel şekilde kısa ve öz halinde, genel hüküm niteliğinde tesbit dâvasına yer verilmiştir. (1)

(1) : Tasarının 231. maddesi : **Bir hukuki ilişki bulunup bulunmadığının yahut bir senedin sahih veya sahte olduğunun mahkeme kararı ile hemen tesbitinde** hukuki bir yararı olan kişi, bu hususun tesbitini dâva edebilir. Hakkın **tamamı belli ve bu hususta eda dâvası açılması mümkün olan hallerde tesbit dâvası açılamaz.**

Tesbit dâvasını, hukukî münasebetin mevcut olup olmadığını tesbitte hukukî faydası olan kişi açabilecektir. Böylece, tesbit dâvasının menfi şekli niteliğinde görülen İ. İf. K. nun 72. maddesindeki kabul tarzının tam zıddı şeklinde yani müsbet yönde tesbit dâvası açılması mümkündür. Bu nev'i dâvaların ön şartı, dâvacının hukuki münasebeti hemen tesbit ettirmekte hukuki faydası bulunmasıdır. Dâvacının bir hakkı veya hukukî durumu, zararına yol açabilecek nitelikte veya ciddi bir tehlikeye maruz durumda olupta, tesbit hükmü bu zarar veya tehlikeyi bertaraf edebilecek ise, tesbit dâvası dinlenir. Hukuki fayda, hukuki münasebetin varlığının hemen tesbitini gerektirecek derecede olmalıdır. Hukuki faydanın sonradan doğacağından bahisle tesbit dâvası açılamaz, bu fayda dâvanın açıldığı tarihte mevcut bulunmalıdır. O halde, gelecek veya gelmesi muhtemel hukuki menfaat tesbit dâvasına konu yapılamaz. Keza, maddi bir vakıanın hemen tesbitindeki «hukuki faydaya» dayanılarak tesbit dâvası açılamaz. Kaldı ki, genellikle bir eda dâvası ile maddi vakıanın tesbiti mümkündür. Eda dâvası açılması kabil olan hallerde, genel olarak tesbit dâvası açılması caiz değildir. Ancak, eda dâvası açılabilmekle beraber, hakkın tamamı belli değilse yine tesbit dâvası dinlenmelidir. Keza, eda dâvası ile tesbit dâvasının birlikte açılabileceği haller de bulunabilir. Tam miktarı tayin olunamayan hukuki münasebetin bir kısmı hakkında eda dâvası açılması imkânı var ise, hukuki münasebetin tamamını kapsar nitelikte tesbit dâvası açılabilir. Kısmi eda dâvası ile beraber diğer kısımla ilgili olarak tesbit dâvası ikame edilebilir. Tesbit dâvası sonunda verilen hüküm, cebrî icraya konu olamaz. Ancak, hüküm dâvanın konusunu teşkil eden hukuki menfaat açısından tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır.

Böylece, menfi tesbit dâvasının selbi yönden bir tesbit dâvası olduğu ortaya çıkmaktadır. Bugün, uygulamada bu nev'i dâva oldukça büyük bir yekûn tutmakta, özellikle, ticari senetlerle ilgili olarak, ticaret mahkemelerinde yılda gelen dâvaların takriben % 25 - 30 unu menfi tesbit dâvaları teşkil etmektedir. Bu dâva, dâvacının «borçlu bulunmadığını» hükmen tesbit ettirme amacına yönelmiştir. Uygulamada bu istek ile beraber genellikle, borç münasebetini izhar eden belgenin, senedin iptali talebini de birlikte taşımaktadır.

72. maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere (2), İcra ve İflâs Kanununda 538 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu kanunun 68. maddesine çok daha sert ve genellikle borçlu durumundaki kişi aleyhine hükümler getirilmiştir. Alacaklı ve borçlu arasındaki ve alacaklı leyhine

(2) **Prof. N. Bilge - Doç. B. Gürdoğan : Gerekçeli İcra ve İflas Kanunu - Sh. 67**

606

bozulan dengeyi, menfi tesbit dâvası ile sağlamaya çalışan kanun vazıı, aslında verilmemesi veya ödenmemesi gereken bir şeyi ödemek veya vermek tehlikesi ve zararı ile karşı karşıya kalan, takip hukuku bakımından savunmasına ait def'ileri tevsik edemeyen borçlunun belli şartlar içinde kurtulabilmesini temin bakımından kanunda 72. maddeye yer vermiştir. Böylece borçlu, takip konusu alacağın haddizatında mevcut olmadığına dair, para alacaklıya ödeninceye kadar her zaman menfi tesbit dâvası açabilecektir. Şu hale göre esasında mükellefiyeti olmayan kişi, açılan icraî takip sırasında özellikle, ödeme emrine süresinde itiraz etmemesi, yahut itirazının sonuç vermemesi, yani takibin kesinleşmesi sebebiyle borcu eda eyleme tehlikesi ile karşılaşmış ise, yahut henüz aleyhinde böyle bir takip açılmamış olmakla beraber, diğer tarafın harekete geçebileceği için menfaati muhtel olabilecek ise, icra takibinden evvel dahi menfi tesbit dâvası açabilecektir. Birkaç örnek vermek gerekirse, (Özellikle uygulamada çok görüldüğünden ticarî senetler seçilmiştir.) Diğer tarafın elinde bulunan bononun altındaki imzanın kendisine ait bulunmaması, bir hukukî münasebet zımmında verilen senedin, o münasebetin gerçekleşmemesi yahut tabi tutulduğu şartın tahakkuk eylememesi, karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir akit zımmında tanzim edilmiş ve diğer tarafa verilmiş senedin, taahhüdün ifa edilmemesi, meselâ malın verilmemesi nedeniyle karşılıksız kalması, (Bedelin nakten alındığı) ibaresini taşımasına rağmen, böyle bir para alınmadan senedin verilmiş olması gibi hallerde ve İ. İf. K. nun 89. maddesi uyarınca ihmali sebebiyle borcu ödeme durumuna giren üçüncü kişinin borçlu olmadığının tesbiti zımmında açacakları dâvalar birer menfi tesbit dâvası niteliğini taşımaktadır.

Kanun menfi tesbit dâvasını tarif etmemekle beraber konusunu belirtmiştir. Borçlu, «borçlu bulunmadığını isbat için» menfi tesbit dâvasını açabilir denilmektedir. (Md. 72/1). Şu halde, bir şahsın borçlu bulunmadığını isbat ederek bu konuda hüküm almasına matuf ve her zaman açılabilen dâva türüdür. Tesbit dâvalarında olduğu gibi, borçlunun bu dâvayı ikâmesinde hukukî faydası bulunmalıdır. Borçlu aleyhinde icraî takibin varlığı veya böyle bir takibe maruz kalacağı ihtimalinin mevcudiyeti halinde hukukî fayda mevcut demektir. Ancak, alacaklının elinde yazılı belge bulunmadığı ahvalde, yapılacak icra takibinin mücerret itiraz ile duracağı ve alacaklının mahkemeye baş vurması gerekeceğinden, böyle bir dâvanın menfi tesbit dâvası şeklinde mahkeme huzuruna getirmekte fayda bulunmadığından bu tarzdaki dâvanın bu sebep-

ten reddi gerektiği yolundaki görüşe (3), genel olarak mantık açısından katılmamak pek zordur. Ancak, öyle menfi tesbit dâvası türü ortaya çıkabilir ki, alacaklının elinde yazılı belge bulunmadığı halde, açılan takip meselâ itirazın süresinde yapılmaması nedeniyle kesinleşmiş ise, henüz parayı tediye etmemiş borçlunun menfi tesbit dâvası açabileceği kabul olunmalıdır. Keza, İc. İf. K. nun 89. maddesi uyarınca kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ olunan üçüncü şahıs, yedi gün içinde itirazda ihmal gösterir ise borç zimmetinde veya mal yedinde sayılacağından, bu duruma düşen kişi karşı tarafın elinde yazılı bir belge bulunup bulunmadığı görüşüne saplanılmaksızın, menfi tesbit dâvası açarak borçlu bulunmadığının tecbitini isteyebilir. Bu misaller çoğaltılabilir. Özel Kanunlarda da, menfi tesbit dâvasının konusu olabilecek haller mevcuttur. Meselâ : 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği gibi, pirim itiraz komisyonu kararı üzerine, bunun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde yetkili İş Mahkemesinde dâva açılabilir. Bu dâva, ihtiyati tedbir kararı alınmadıkça, pirim borcunun takibini ve tahsilâtı durdurmaz ise de, mahiyeti itibarı ile, İ. İf. K nun 72. maddesinde yer alan bir çeşit menfi tesbit dâvası olduğunda şüphe yoktur. (İ. İf. D. 14/1/1971 T. — 83/88 sayılı İçtihatı) (4).

İstirdat dâvasında da, dâvacı tıpkı menfi tesbit dâvasında olduğu üzere, takip konusu yapılan alacağın borçlusu bulunmadığını yani «Paranın verilmesi lâzım gelmediğini» isbat ile yükümlüdür. Ancak, menfi tesbit dâvası, genellikle borç henüz ödenmeden açılması gerektiği halde borcun tediyesinden sonra takip edilecek yol ise istirdat dâvasıdır. (Md. 72/7). Bu dâvada ayrıca, borçlu olmadığının tesbiti talebi ile birlikte ödenen paranın geri verilmesi de istenir. Menfi tesbit ve istirdat dâvalarının esası böylece aynı nitelikte olduğu cihetle, borçlu menfi tesbit dâvasını açtıktan sonra borcu ödemek durumuna girmiş ise, artık menfi tesbit dâvasını istirdat dâvası olarak devam ettirebilir. (Md. 72/6). Böyle bir durumda, dâvacının dâvasını islâh etmesine lüzum yoktur, bu konuda usul hükümlerine uygun şekilde istekte bulunması yeterlidir.

Borçtan kurtulma dâvasının da konusu borçlunun genel hükümlere göre dâva açarak «borçlu olmadığını tesbit ettirmesi» keyfiyetidir ki, bu hali ile menfi tesbit dâvası niteliğini göstermektedir. Aleyhindeki icra takibinin devamını önlemek için, itirazı muvakkaten kaldırılan borçlu, geçici kaldırma kararının kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde genel hükümlere göre açacağı dâvaya borçtan kurtulma

(3) Sıtkı Akyazan : İc. İf. K. da Yeni ve Değişik Hükümler üzerinde İncelemeler Sh. 61

(4) Resmi Kararlar Dergisi Mayıs 1971.

608

dâvası denir. İtiraz kesin olarak kaldırılmış ise borçlunun gideceği yol menfi tesbit dâvasıdır. Demekki, borçtan kurtulma dâvası, itirazın muvakkaten kaldırılması sebebiyle kanunî süre içinde açılan ve İcra Hukukuna has bir dâva şeklidir. Bu süre geçtikten sonra borçlunun borçlu olmadığını isbat sadedinde açacağı dâva artık menfi tesbit dâvası sayılmalıdır. Sonuç olarak, borçtan kurtulma dâvası, hukukî mahiyeti itibariyle bir menfi tesbit dâvasıdır (5).

Borçlunun üçüncü şahıslar elindeki mal ve alacaklarının haczi işleminde İ. İf. K. 89 maddesi uygulanmaktadır. Kendisine bu konuda haciz ihbarnamesi tebliğ edilmiş üçüncü şahıs, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde keyfiyeti İcra Dairesine bildirmek zorundadır. Bu süre içinde ses çıkarmamış ise, o mal yedinde veya borç zimmetinde sayılır ve kendisine bu durum ikinci bir ihbarname ile duyurulur. Bu ihbarname, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, üçüncü şahıs, icra takibinin yapıldığı yerdeki görevli Mahkeme nezdinde menfi tesbit dâvası açarak, takip borçlusuna borçlu bulunmadığının veya malın takip borçlusuna ait olmadığının hükme bağlanmasını isteyebilir (İ. İf. K. 89/2, 3).

II — YARGILAMA USULÜ : Tesbit dâvası türüne dahil olan menfi tesbit dâvası, genel yargılama usulüne tabidir. Görevli mahkeme müddeabihin kıymetine göre taayyün eder. Eğer kambiyo senetlerine dayanılıyor ise, iş alanı itibariyle, bu tesbit dâvasının Ticaret Mahkemelerinde veya Ticaret Mahkemesi sıfatı ile Asliye veya Sulh Mahkemesinde görülmesi gerekir.

Kanun yetki yönünden özel hüküm getirmiştir. (Md. 72/son). Menfi tesbit davası, davalının ikâmetgâhı mahkemesinde yahut takibin yürütüldüğü icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır. İ. İ.İ.K. 89/3 maddesinde dâvanın, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde ikâme edileceği yazılı ise de, bunu tahdidi manada almamak ve dâvalının ikametgâhı mahkemesinde de açılabileceğini kabul etmek daha mantıkî ve kanunun sistemine uygun düşer.

Menfi tesbit dâvası yönünden tahkim yolu mümkün müdür? Bu konuda, yani menfi tesbit davasının hakeme götürülmesini engelleyen bir usul hükmü yoktu. Davaya konu olan anlaşmazlık kamu düzeni ile ilgili değil ise menfi tesbit davasının hakeme götürülmesi caizdir. (6)

Davanın konusunun ne olacağına ve dayanağına yukarıda (I) nolu bölümde temas edilmiştir. Menfi tesbit davasında isbat külfeti genel

(5) Prof. Baki Kuru : İcra Hukuku : Sh. 160.
(6) Yargıtay Tic. D. 11/10/1971 t. 1971/4685 - 6189 sayılı içtihatı

olarak dâvacıya düşer. Dâvacı, «Borçlu bulunmadığını» yahut 89. maddedeki durum var ise, üçüncü şahıs durumunda bulunduğu cihetle, «takip borçlusuna borçlu bulunmadığını veya malın takip borçlusuna ait olmadığını», dava istirdat davası şeklinde ise veya sonradan bu hale dönüşmüş ise «paranın verilmesi lâzım gelmediğini», dâva borçtan kurtulma dâvası şeklinde ise «borçlu bulunmadığını» isbat etmek zorundadır. Tabiiki, davanın görülmesi sırasında davalının, savunmasının mahiyetine göre, isbat külfetinin yer değiştirmesi mümkün hale gelebilir. Meselâ : (Bedeli malen alınmıştır) ibaresini muhtevi bir bonoya istinaden menfi tesbit davası açıldığında, bu iddiaya karşı davalı bono bedelinin senetde yazılı bu ibareye rağmen» nakten» verildiğini savunursa, metindeki yazılı vakıanın hilafındaki bu beyanını isbat yükü artık kendisine teveccüh edecektir.

Davacı, menfi tesbit davasında, diğer tarafın alacaklı olduğunu belirten belgedeki alacağı daha önce kabul durumuna girmiş ise, özellikle, borçlu görünen dâvacı, açıkca borcu kabullendiğini ifade ve imza etmiş olur, bu beyan ve imzayı inkâr ile sahteliğini iddia etmediği müddetçe, artık menfi tesbit dâvası dinlenmez. Yargıtay, açık ikrar karşısında, sonradan borçlu bulunmadığı yolunda açılan dava bakımından İ. İf. K. nun 72. maddesinin uygulanmasının caiz olmadığına karar vermiştir. (7)

III — MENFİ TESBİT DAVASI İLE İLGİLİ İHTİYATİ TEDBİRLER : a) Menfi tesbit davası henüz ortada yok iken ve alacaklı durumunda bulunan kişi henüz harekete geçmemiş olmasına rağmen ihtiyati tedbir kararı ittihazi mümkünmüdür ? İ. İf. K. nun 72. maddesinde bu konuda bir açıklık yoktur. Anılan maddede icra takibinden bahsolunarak, menfi tesbit davasının icra takibi ile kıyaslanıp önce veya sonra açılma durumları gözetilerek düzenleme yapılmıştır. Halbuki HMUK. 101. ve onu takip eden maddelerinde ihtiyati tedbirle ilgili genel hükümler mevcuttur ve özellikle 103. maddede gösterilen hallerin dışında «tehirinde tehlike olan ve mühim bir zarar olacağı hallerde» bu tehlike ve zararı defi için hakimin icap eden ihtiyati tedbir kararını verebileceğini belirtmiştir.

Uygulamada, çoğunlukla kambiyo senetleri ile ilgili olarak, henüz icra takibi ve menfi tesbit dâvası mevcut değil iken, mahkemelere ihtiyati tedbir istekleri intikâl etmektedir. Özellikle, bankaya tahsil cirosu

---

(7) Yargıtay T. D. 4/10/1971 t. 971/4312 - 6004 sayılı içtihatı

610

ile verilmiş bononun protestoya tabi tutulmaması yahut tedavülünün önlenmesi veya tahsil edilen paranın bankada bloke edilmesi, hattâ açılacak icra takibinin durdurulması istekleri bunlar arasında sayılabilir. Fikrimizce, taleb sahibi bu konuda isteğini haklı gösterecek delil ve belgelere dayanıyor ise, genellikle HMUK. 103. maddesi hükmü uygulanabilir. Ancak, bu tedbir kararı, bahis konusu ticarî senedin tedavülünün önlenmesi ve bankada muhafaza edilmesi, bedeli tahsil edilmiş ise paranın bankada bloke edilmesi, bazı sonuçlar doğurduğundan protesto keyfiyetine engel olunmayarak, protesto vaki olmuşsa T. C. Merkez Bankasına duyurulmaması şeklinde verilebilir. Fakat, açılacak icra takibinin durdurulması yolunda ihtiyati tedbir kararı ittihazı hatalı olur. Zira, hem henüz olmayan bir şeyin durdurulması mantıkî değildir, hem de İ. İf. K. 72. maddesine aykırı düşer görüşündeyiz.

b) Menfi tesbit dâvası icra takibinden önce açılmış ise, dâva sonucunun bu takibi etkileyeceği şüphesizdir. Bu itibarla, icra dairesinin mahkemenin kararını beklemesi gerektiği görüşü yerindedir. Ancak, icra takibini icra memuru kendiliğinden durduramaz. Zira bu takdirde kötü niyetli borçlular himaye görmüş olurdu. Bu itibarla, mahkemeden bu yönde bir karar getirilmedikçe takip devam etmelidir. Nitekim kanun, taleb üzerine menfi tesbit dâvasına bakan mahkemenin, alacağın % 15 inden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında ihtiyati tedbir yolu ile, belli bir süre ile veya dâva sonuna kadar icra takibinin durdurulmasına karar verebileceğini hükme başlamıştır. (Md. 72/2). Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, mahkeme menfi tesbit dâvasını bu konudaki delilleri inceleyip ihtiyati tedbir yolu ile icra takibinin durdurulması gerekip gerekmiyeceğini kararlaştıracaktır. Yoksa, teminat verilmiş olması başlı başına ihtiyati tedbir kararı ittihazını gerektirmez. Özellikle, borçlunun sırf icra takibini geciktirmek maksadıyla senedin vadesinin gelmesinden veya icra takibinden çok kısa bir zaman önce menfi tesbit dâvası açılması hallerinde, konu üzerinde titizlikle durulmalıdır (8).

c) İcra takibi menfi tesbit dâvasından önce açılmış ise : Mahkemeler kural olarak icra takibinin seyrine tesir edebilecek veya durduracak nitelikte ihtiyati tedbir kararı veremezler. İ. İf. K. nun 72/2. maddesi bu kuralın kanunda yer almış bir istisnasıdır. İcra takibinden sonra açılmış menfi tesbit dâvası sırasında, en sağlam teminat karşılığında

(8) **Prof. N. Bilge - B. Gürdoğan : Gerekçeli İ. ve İf. K. Sh. 68**

61

dahi İcra takibinin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilemez (Md. 72/3). Bu davanın mevcudiyetine rağmen icrai takip normal seyrini takip ile devam edecektir. Bu safhada ancak, icra dairesine intikal eylemiş paranın alacaklısına verilmeyerek dâva sonuna kadar icra veznesinde tutulması keyfiyeti ihtiyati tedbir kararına konu olabilir. Bir görüşe göre icra takibinden önce açılmış menfi tesbit dâvasında, icranın geri bırakılmasında takdir hakkına sahip olan mahkeme, burada yeni yatırılan paranın teminat karşılığında alacaklıya verilmeyerek icra veznesinde alıkonulması isteği karşısında böyle bir takdir hakkına sahip değildir, hâkim bu isteği kabul zorundadır (9). Biz, bu yönden dahi mahkemenin takdir hakkı bulunduğu fikrindeyiz. Alacaklı yeterli teminatı gösterdiği takdirde, mahkeme paranın teminat mukabilinde alacaklısına ödenmesine dair ihtiyati tedbir kararı verebilir. Aksi düşünce tarzı, hatta borçlunun dahi alacaklısına onun göstereceği teminat karşısında paranın ödenmesi yolunda ihtiyati tedbir istiyebileceğine dair kanunun gerekçesine aykırı düşer (10). Eğer bu ahvalde alacaklı teminat gösteremiyeceğini beyan ederse, mahkeme, borçlunun irae edeceği teminat uyarınca, paranın icra veznesinde alıkonulmasına dair ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkilidir. Nitekim, takdir hakkının mevcudiyeti gerekçede yer alan (alacaklısına ödenmemesine karar verilebilecektir.) ibaresinden de anlaşılmaktadır (11).

İ. İf. Kanununun 89. maddesinde durum bir parça daha farklıdır. Üçüncü kişi süresinde menfi tesbit dâvası açarsa, ayrıca ihtiyati tedbir kararı almasına hacet kalmadan, dâva açtığını usulüne uygun şekilde icra dairesi nezdinde beyan ve tevsik eder ise, artık menfi tesbit dâvası sonucuna kadar, zimmetinde sayılan borcu ödemeye veya yedinde sayılan malı teslime zorlanamaz.

Kanunda ihtiyati tedbir kararı almak için gösterilecek teminatın asgari haddi belirtilmiştir. Teminatın nevi ve kimlerden teminat aranmıyacağı konusunda genel hükümlerin uygulanacağı tabiidir.

IV — MENFİ TEVİT DÂVASININ SONUCU : a) Dâva alacaklı leyhine sonuçlanırsa, dâva reddedilir. Bu halin neticeleri İ. İf. K. 72/3 maddesinde yer almıştır. Bu takdirde dâvacı borçlu, «borçlu bulunmadığını» isbat edememiş olmakla maddi hukuk açısından borcun mevcudiyeti tesbit edilmiş olur ki, artık ileride istirdat dâvası açılması yolu

(9) Sıtkı Akyazan Age - Sh. 62
(10) Prof. N. Bilge - B. Gürdoğan - Age Sh. 67, 68, 69
(11) Prof. N. Bilge - B. Gürdoğan . Age sh. 67, 68, 69

612

dahi kapanır. İcra takibi kaldığı noktadan itibaren yürütülür. İhtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar. İcra veznesinde bloke edilmiş para var ise alacaklıya tediye edilir. Hüküm yerinde, hükmün kesinleşmesi ile birlikte, alacaklının ihtiyati tedbir dolayısıyle alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarının teminattan alınmasına dair karar verilir. Alacaklı leyhine ayrıca uğradığı zarara karşılık % 15 den aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilmesi mümkündür, ancak talep gerekir. Bir görüşe göre bu konuda talepte bulunmaya lüzum yoktur (12). Ancak biz bu fikre katılamıyoruz. Hukukta hâkimin hüküm verirken taleple bağlı olması ve talebin dışına çıkılmaması kuralının, tazminata hükmedilmesi bakımından da geçerli olduğunu sanıyoruz. Gerçi, 72. maddenin 5. fıkrasında «talepten» bahsedildiği halde 4. fıkrada «talep» kelimesinin yer almayışı sayın Prof. Baki Kuru'nun fikrini teyit ediyor ise de, yukarıda zikredilen usul kuralı karşısında ve alacaklı borçlu arasında eşitliği bozmanın yeri ve sebebi olmamasına, dördüncü fıkrada talep olmaksızın hükmedileceğine dair açık bir hüküm bulunmamasına binaen, alacaklı leyhine % 15 den aşağı olmayacak tarzda tazminata ancak talep varsa karar verilmelidir.

b) Menfi tesbit davası borçlu leyhine sonuçlanırsa : Kanun bu hale 72. maddenin 5. bendinde yer vermiştir. Dâvacı borçlu bulunmadığını isbat etmekle maddi hukuk yönünden artık o borcu ifa eylemek yükümlülüğünden kurtulmuş olur. Bu itibarla, borçlu bulunmadığının tesbiti ile birlikte eğer talep var ise, borcu belirleyen belgenin iptaline karar verilir. Bu belge özellikle bir ticari senet olur ve mahkeme veya belli bir merci nezdinde bulunuyor ise tamamen, yok eğer ciro görmüş veya nerede bulunduğu belirli değilse sadece davalı yönünden iptal kararı ittihaz olunmalıdır. Bazen icra takibinin de iptali istenmektedir. İcra takibinin iptali şartları mevcut ise icra tetkik merciinden talep olunması gerekir. Bu sebeble bu yöne matuf istek kabul olunmamalıdır.

Esasen, davanın borçlu lehine sonuçlanması ile icra takibi durur ve hüküm kesinleşmekle icra takibinin iptali gerçekleşir. Dava kısmen borçlu lehine hükme bağlanmış ise, o kısma taalluk eden bölüm eski hale iade olunur. İcranın kısmen veya tamamen eski hale iadesi, hükümde bu konuda bir açıklığa mahal olmaksızın icra memurluğunca kendiliğinden yapılmak lâzımdır. Borçlunun malları haczedilmiş ise haciz kalkar, bunlar üzerinde borçlunun tasarruf yetkisi avdet eder. Borçludan tahsil edilmiş para mevcut ise kendisine geri verilir. Eğer alacaklının icra takibini haksız ve kötü niyetle yaptığı neticesine ulaşılır ve borçlu-

(12) Prof. Baki Kuru - Age sh. 178

nun da bu konuda isteği var ise, borçlunun dâva sebebiyle uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Mahkemenin bu konuda takdir edeceği zarar miktarı, haksızlığı sonucuna ulaşmış takip konusu alacağın % 15 inden aşağı olamaz. Borçlu leyhine depo edilmiş bir teminat ekseriya mevcut olamayacağından, borçlu dâvacı, tazminatla ilgili hüküm fıkrasının yerine getirilmesini cebri icra yolu ile isteyebilir.

Eğer borçlu, açtığı ve neticede haklı çıktığı menfi tesbit dâvası zımmında tazminat isteğinde bulunmamış ise, sonradan bu isteğini ayrı ve müstakil şekilde açacağı yeni bir dâvada dermeyan edebilir mi? Yahut menfi tesbit dâvası dâvalı alacaklı leyhine sonuçlanmakla beraber, alacaklı İ. İf. Kanununun 72/4. maddesi uyarınca, uğradığı zarar ziyan karşılığı olarak tazminat istemediği halde, sonradan bu isteğini yeni bir dâva şeklinde isteyebilir mi?

İ. İf. Kanununun 72/4. maddesinde, açıkça alacaklının uğradığı zararın aynı dâvada takdir olunarak karara bağlanacağı yazılıdır. Borçlu leyhine tazminata hükmedilmesinin başlıca şartı menfi tesbit dâvasının açılmasına yol açan takibin haksız ve kötü niyetle ikame edildiğinin anlaşılmasıdır. Haksız ve kötü niyeti en iyi takdir edecek mahkeme, menfi tesbit dâvasına bakan mahkemedir. Aksi halde menfi tesbit dâvasının yeni baştan görülmesi ve delillerin yeniden takdiri mütevali dâvaların ortaya çıkması gibi bir sonuç doğacaktır ki bu hal kesin hükmün varlığı ile dahi tezat teşkil edecek yeni kararların ortaya çıkmasını tevlit edebilir. Bu itibarla, fikrimizce 72. maddeye istinat eden tazminat istekleri, asıl dâvada dermeyan olunmamış ise, artık müstakil bir dâva halinde öne sürülemez.

538 sayılı Kanunla 72. maddeye getirilmiş yeni hüviyet, taraflar arasındaki menfaat mücadelesinde, mümkün mertebe her iki tarafın menfaatlerini gözeterek telif etme cihetine gidilmesi bakımından faydalı bir tedvin faaliyeti olarak vasıflandırılmalıdır.

616

BABALIĞIN TÂYİNİ

(Kan gurubu ve faktörleri)

Yazan : Dr. Sevim ÖLMEZ
(Adlî Tıp Meclisi Yedek Üyesi)

Kan guruplarının tıp'ta kan ve organ naklindeki ehemmiyeti kadar Adlî meselelerin çözülmesinde; bilhassa şüpheli bir suçlunun elbisesinde veya suç aletindeki lekelerin hüviyetinin tesbiti ve kalıtım karakterlerinin tâyini ile münakaşalı ebeveynin reddinde büyük önemi vardır.

Kan guruplarından adlî tıpta ilk defa V. Dungern ve Hirszfelt istifade etmişlerdir. 1926 da ilk olarak Almanya'da babalığın tayininde delil olarak kabul edilmiştir. 1924 - 1929 yılları arasında Almanya'da BEŞ-BİN duruşmada kan guruplarından istifade edildiğini (Schiff) bildirmiştir. Memleketimizde de ilk defa 1932 de babalık dâvasında kan gurup tayininden faydalanılmıştır.

Kan gurubu nedir :

1900 yılında Dr. Karl Landsteiner bir kimsenin eritrositlerinin diğer bazı kimselerin kan serumu ile aglütine olduğunu görerek, kanda (A B. O) gurup sistemini meydana çıkarmıştır. Bir şahsın eritrositlerinde (al küreler) bulunan sübstansın işareti, o şahsın gurup işareti kabul edilir. Meselâ : Kanun kırmızı hücrelerin (A) reseptörü bulunan kimse, (A) grubundandır, denir. Her şahsın eritrositlerinde bulunan bu vasfa karşılık, kanın serum kısmında kendisinde bulunmayan eritrosit vasfına karşı, antikor dediğimiz ağlütine edici maddeler bulunur. Bu maddelere de, antikor - isoaglütinin denir. (A ve B) grublarının serum ve kırmızı hücreleri karşılıklı olarak birbirlerini aglütine ederler.

Bir grup insan da, eritrositlerinde ne (A) ne de (B) reseptörü taşımazlar. Bunların (O) işaretiyle isimlendiririz. Ancak, muayeneler göstermiştir ki, (O) grubundan olanlarda da muayyen bir vasıf vardır. (O) demek, (A ve B) vasıflarının bulunmaması demek değil, (O) vasfı, muayyen bir sübstansın mevcudiyeti demektir. Aglütinongenlerin yokluğu, dağınık bulunması veya kudretsiz olması ile (O) vasfının aglütine olmaması düşüncesi mevcuttur. (Von Dungern, Hirszfelt)

Yine 1911 de (A ve B) Subgrubları'nın varlığı anlaşıldı. Buna göre A grubunda : A_1, A_2 Subgrubları (A_1 : 4/5, A_2 : 1/5) nisbetinde bulunmuştur. Bundan sonra zayıf aglütinasyon kabiliyeti olan A_3, A_4, A_5, Subgrubları da tarif edilmiştir.

Bir de, kırmızı kan hücrelerinde hem A, hem de B reseptörü bulunan, serumlarında hiç isoaglütinin olmayan bir grup vardır. Bunlara da (AB) grubu denir.

Bu sebeble insanlar taşıdıkları grub sübstanslarına göre; (A, B, O, AB) olmak üzere DÖRT gruba ayrılırlar. Bu isimlendirme, 1927 de Milletler Cemiyeti Sağlık Komitesince, enternasyonal nomenklatür olarak kabul edilmiştir.

Kan serumunda bulunan eritrositleri aglütine eden maddeler (isoaglütininler) protein tabiatındadır. Serumun gama globülinfraksiyonunda bulunurlar. Kendilerine ait antizenlerle özel olarak birleşirler. Kan grubu maddeleri (reseptörler) ise, poli sakkarit olarak asit aminlerle birleşmiş politozitlerden ibarettir.

(A B O) sistemine ait, kan grub karakterleri, aglütinojenler, çocuk doğmadan evvel, rahim içi hayatta, fetus üç aylık iken dahi mevcuttur. Fakat alfa (anti A), beta (anti B) aglütininleri, doğumdan hemen sonra ilk aylarda gelişmeye başlar. Doğumdan ALTI ay sonra mutlak olarak tesbit edilebilirler. İleri ihtiyarlık yaşlarında da isoaglütininler bulunmayabilirler.

Grup vasıfları hücrevi bir karakterdir. Yalnız kan hücrelerine mahsus bir karakter değildir. İnsanların bütün vücut yapısındaki hücre siromasında miktarları farklı olmak üzere mevcuttur. Dolayısı ile (A B O) sistemi özel maddeleri vücut salgıları ile çıkarılırlar. Şu halde şahsın grub işareti bütün salgılarında aynıdır. İstinaî olarak grub maddelerini çıkarmayanlar vardır. Bunlara (nonsekretor) denir. Bu günkü araştırmalar (A B O) sistemi gibi grub karakteri olan Levvis (Le) grubu pozitif kimselerin, nonsekretor olduklarını meydana çıkarmıştır. İhtimal ki Levvis grub sübtansı, diğer grub sübstanslarını inhibe etmektedir. Şahsın nonsekretor olup olmadığının araştırılması, adlî hemetolojide lekelerden grub tayin edilirken, yanlışlığa meydan verilmemesi bakımından lüzumludur.

Şu halde; ter, idrar, gözyaşı, süt, safra, sperma, gibi vücut salgılarında da özel grup işaretlerinin mevcudiyeti tesbit edilmiştir.

İnsan kırmızı kan hücrelerinde bir çeşit reseptör daha bulunur ki, bunlara karşı (A B O) sisteminde olduğu gibi, kan serumunda normal

616

olarak aglütinin bulunmaz, bu vasıflara karşı, antikorlar kan nakli ve gebelikte teşekkül edebilir. Bunlara (faktör) diyoruz. Vücut salgılarıyla çıkarılamazlar. Kimyevî olarak, lipoid tabiatındadırlar.

Grub ve faktör vasfı, Mendel kanunlarına göre, kalıtım ile geçer ve sabittir. Çocuk daima, anne ve babasında bulunan İKİŞER veraset istidadından BİRER tane alır. Bu veraset (kalıtım) istidadına (GEN) denir. Gen biyolojik bir heredite ünitesidir. Heredite organı olan hücrenin kromozonları ile intikal eder. Genler kromozonların belli lojlarında lokalize olmuştur. Dişi ve erkek jerm hücresinin birleşmesi ile oluşan (zygote) dedeğimiz hücrede anne ve babadan geçen kromozonlar bulunur.

Çocuğun kan grubu, ebeveyinin taşıdığı kan grub işaretlerile aynı olması şart değildir. Şahısların grub karakterlerini, anne ve babadan aldıkları birer genin birleşmesinden meydana gelen işaret teşkil eder. Ve her şahıs iki geninden birisini tesadüfî olarak evladına intikal ettirir. Buna göre, Bir anne-babadan, farklı grublarda çocuklar meydana gelebilir. Ancak, çocuğun taşıdığı grub işaretini teşkil eden genlerden biri ebeveyndeki mevcut genlere uymazsa o zaman çocuğun bu anne-babadan olmasına imkan bulunmadığı kat'i olarak söylenebilinir. Çünkü anne ve babada bulunmayan veraset istidadı çocukta teşekkül etmez.

A ve B vasıfları doninant (biyolojik olarak galip gelen) vasıflardır. (O) karakteri ise resessif (örtülü) vasıftır.

A grubundan bir insan İKİ gen taşıdığına göre, genotipi (AA veya AO) olacaktır. Her iki genotip şekli de, serolojik muayene ile A fenotipi olarak tespit edilir. Şu halde A ve B grubundan tayin edilen şahısların (O) grubundan çocuğu mümkündür. Genotipleri AO ve BO ise, her ikisi de (O) olan genleri evda intikal ettirmişler ise, çocuk. (OO) genotipinde olup, serolojik olarak (O) fenotipinden tespit edilir.

Yapıtta bulunan görünmez kalıtım işareti, çift genli veraset formülüne (GENOTİP), serolojik olarak tesbit edilen şahsın grubuna (FENOTİP) diyoruz. (Johannsen)

Şu halde babalığın tayininde yalnız baba ile çocuk değil, anne, baba çocuk olmak üzere her üç şahsında kan grub ve faktör muayeneleri lüzumludur.

Şimdi (ABO) sistemine göre babalığı muhtemel bir aile ile, babalığı mümkün olmayan aileye ait birer misal verelim.

Anne : A (AA veya AO)
Baba : B (BB veya BO)
Çocuk : AB veya AO veya BO veya OO olabilir.
Anne : A (AA veya AO)
Baba : A (AA veya AO)

Çocuk : B (BB veya BO) olduğu takdirde, bu aile de, A ve O grubundan çocuklar olabilir. Şu halde B grubundan olan çocuğun bu ebeveynden olması mümkün değildir. Çünki, ne annede ne de babada B kalıtım vasfı bulunmuyor. Çoçuğun annesi doğum ile sabit ise, o zaman A grubundan baba, reddedilir. Çocuk, ancak B veya AB grubundan bir babanın çocuğu olabilir.

Anne : O (OO)
Baba : O (OO)
Çocuk : A veya B

Bu ailede de anne ve babada A ve B vasıfları bulunmadığına göre, burada da şübheli babalık REDDEDİLİR.

Bazı hallerde, anne ve babadan birinin hayatta olmaması halinde, yalnız diğerinin kan grubunun bilinmesi babalığın reddine kifayet edebilir. Bu haller, çocuğun (O) grubundan, hayattaki anne veya babanın (AB) grubundan olması, veya bunun aksine çocuğun (AB) grubu, anne veya babanın (O) grubundan tesbit edilmesidir.

Misal :
Baba : OO
Anne : ölmüş, bulunamamış.
Çocuk : AB

Bu ailede babada bulunmayan, AB vasıfları çocuğa ancak, o vasıfları taşıyan başka bir babadan intikal etmiş olabileceğinden, misaldeki şübheli baba reddedilir.

(ABO) Sistemi yanında bir de Rh faktörler sistemi araştırılır. Rh faktörü Rhesus maymunlarıuda bulunan bir kan vasfıdır. İşaretini de bu kelimeden almıştır. (Wienner) Araştırmalar insanların % 85 inde bu faktörün bulunduğunu, % 15 inde bulunmadığını ortaya koymuştur. Bu gün bu faktörler sistemi için kullanılan işaretler bakımından bazı zorluklar mevcuttur. Bu zorluklar halen İKİ nomenklatürün mevcudiyetinden ileri gelmektedir. Bunlardan biri Wiener tarafından diğeri Fisher'in temsil ettiği işaretlerdir.

618

Wiener, tek mevki teorisine uyarak dört muhtelif anti Rh serumuna göre Rh - pozitif Rh - negatif kan nevilerini, tekrar dörder gruba ayırır. Pozitif olan kan gruplarının sub - grubları : Rh°, Rh1, Rh_2, ve Rhz, negatif olanların sub - gruplarını da : rh, rh; rh", rhy diye adlandırır.

Fisher ise, Sekiz sub - grubu ÜÇ Allelemorf gen çifttiyle tesbit edilmesi neticesi D C E ve e c d işaretleriyle kombinasyon teşkil etmiştir.

Genlerin her iki nomenklatüre göre münasebetleri ikiye bölünmüş olarak cedvelde gösterilmiştir.

Ro	cDe
r	cde
R1. 1	CDe
r!	Cde
R_2	cDE
r	cdE
Rz	CDE
ry	CdE
Wiener	Fisher

Burada da çocuk anne ve babasından birer gen alacağına göre Rh ve Rh sub - grubları dediğimiz ve her iki isimlendirmede de gösterilebilen işaretli genotiplerinin serolojik olarak tayin edilen fenotiplerini bularak münakaşalı ebeveyni reddetme imkanımız genişler.

İstatistiklere göre yalnız Rh faktör tayininin babalığın reddinde % 2 nisbetinde şans ilave ettiği anlaşılmıştır.

ABO sisteminde mümkün olabilen bir babalık, Rh faktör tayini neticesi reddedilebilir.

Misal :

Anne : Rh negatif
Baba : Rh negatif
Çocuk : Rh pozitif

ise, çocuk Rh pozitif (Rz= CDE) işaretini, pozitif bir babadan almıştır. Bu ailedeki (r=cde) Rh negatif baba, kat'i olarak reddedilir.

Diğer Misal :

Anne : Rh pozitif (Rh rh)
Baba : Rh pozitif (Rh rh)
Çocuk : negatif (rh rh)

619

Anne ve baba fenotip olarak Rh pozitif tesbit ediliyorlarsa da, genotiplerinde Rh negatif vasfını resessif olarak taşıdıkları ve evlatlarına Rh negatif genlerini intikal ettirdiklerinden, hem anadan hem de babadan Rh negatif geni alan çocuk, serolojik muayene ile, Rh negatif fenotipinden bulunur.

Ve çocuk, bu ebeveynin evladı olabilir.

Rh nın her sub - grubuna göre de münakaşalı babalığı reddetme imkanımız genişler.

İnsanlarda 1927 senesinde Land Steiner ve Levine, A ve B aglütinogenlerinden başka M ve N aglütinogenlerini bulmuşlardır. Fakat plazmada M ve N ağlütininlerinin mevcut olmadığı da anlaşılmıştır. Labaratuvarlarda muayene için kullanılan anti - serumlar bağışık kılınan tavşanlardan sağlanır. Walsh ve Montgomery 1947 de yeni bir antijen - antikor keşfetmişler, S ve s ile işaretlemişlerdir. Çok kere S faktörü, MN grupları ile birlikte olduğu için, MNSs sistemi olarak anılır.

P grubuna göre de insanlar P - pozitif ve P - negatif olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Anne ve babada P - pozitif ise, P - negatif çocuk, bu ebeveynin olamaz denir.

Bir de Kell sistemi vardır. Kell (pozitif) K, Kell (negatif) k ile gösterilir. Buna göre KK, Kk, kk genotipleri tesbit edilir.

Bundan başka yeni yeni grub vasıfları bulunmuş ve aşağıda sıralandığı gibi isimlendirilmiştir.

Lu (Lutheran), Fy (Duffy), Di (Diego)
Jk (Kidd, Le (Lewis, Au (Auberger)
Du (Dombrock) 0„
Faktörleri gibi.

Bugün kan grublarına ait daha bir çok yeni sistemlerin bulunması neticesi babalığın veya analığın reddi ihtimalleri de çok artmıştır.

Netice olarak, kan grubları tayininde adli hematolojide kanaatimizce uyulması gereken hususlar şunlar olabilir :

1 — Babalık tayinlerinde en evvel, doğumdan bir ay sonra bebeğin kanına grub ve faktör aranması en emin yoldur.

2 — Lüzumunda müteadit defa muayeneyi tekrarlamalıdır.

3 — Mahallinde yapılamayan kan muayenleri, usulüne uygun olarak anti - koagülan (Pıhtılaşmaya mani) madde içinde steril şartlarda

620

alınarak en kısa zamanda, muayene yapılacak laboratuvara gönderilmelidir.

4 — ABO sisteminden başka faktör ve grub tayinleri için, şahısların bizzat laboratuvara gönderilmelerinin temini ile, muayenelerinin taze kan ile yaptırılmasının uygun olduğu bilinmelidir.

Hulasa, şüpheli bir babalık veya analığın, hatta hakiki baba ve anne de olsalar, grubu belli bir çocuğun ebeveyni olduklarına dair kan grubu esası üzerine hiç bir zaman pozitif bir karar verilemez; yani kesin olarak, bir çocuğun, muayyen bir ebeveyne ait olduğunu ortaya koymak mümkün değildir. Zira, işaretler şahsa özgü kararkteristik değil, bilakis büyük bir insan kitlesinin özelliğidir.

Adlî tıpta, ancak, kan grub muayenelerine ilişkin sorulabilecek şu tarz bir soruyu cevablandırmak mümkündür :

«Babalığı iddia edilen şahsın, bu çocuğun babası olabilmesi aşikâr surette imkansız mıdır? »

Eğer kan grub ve faktör muayenesi ile, münakaşalı ebeveynin reddi mümkün oluyorsa, bu, fennin bir ifadesi olup, tıbbî şahadet babalığı reddediyor, demektir. Bu da kesin bir neticedir.

62

UYGULAMANIN IŞIĞINDA HAKSIZ TUTUKLAMANIN TAZMİNİ

Yazan : **Mehmet Handan SURLU**
Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı

Plân :

1. Bölüm : Genel olarak haksız tutuklama ve tazmini
   1 — Doktrinde haksız tutuklamanın tazmini
      A — Konu üzerindeki düşünceler
      B — Mahiyetini açıklayan görüşler
   2 — Türk Mevzuatında haksız tutuklamanın tazmini
      A — Anayasa yönünden
      B — 466 sayılı Yasa
2. Bölüm : 466 sayılı Yasanın incelenmesi
   1 — Tazminat nedenleri ve engelleri
      A — Tazminat nedenleri ve beliren sorunlar
         a — Kesin tazminat nedenleri
         b — Kesin olmayan tazminat nedenleri
         c — Bu konuda beliren sorunlar
         d — TCY. nın 40. maddesi karşısında 7. bendin hükmü
      B — Tazminat istemine engel nedenler
         a — Aynı cins suçtan hükümlü olmak
         b — Suç işlemeyi meslek haline getirmek
         c — Kendi kusur veya ihmali sonucu tutuklanmak
         d — Tutukluluğun başka hükümlülüğe sayılması
   2 — Tazminatın istenilmesi ve incelenmesi usulü
      A — İstem Usulü
         a — Başvurma şekli
         b — Mercii
            aa. Genel olarak
            bb. Örneklerde uygulama
            cc. Tazminat istemine esas olan işlemden ne anlaşılmalıdır
         c — Süre
      B — İnceleme Usulü
         a — Bir üyenin görevlendirilmesi
         b — Raportör üyenin görevi
            aa. Yetki ve süre incelemesi
            bb. Esasın incelenmesi
            cc. Raportör üyenin incelemeyi tamamlaması
         c — İstemin mahkemece incelenmesi

C — Sonuçta verilecek kararlar

a — Dilekçenin reddi kararları

b — Esastan verilecek kararlar

c — Kararı izleyen işlemler

D — Kararlara karşı kanunyolları

a — Esastan verilen kararlarda

b — Dilekçenin reddi kararlarında

3 — Tazmini istenilecek zararlar

A — Genel olarak

B — Maddi zarar

C — Mânevi zarar

4 — Tazminat dâvalarında harç ve vekalet ücreti

A — Harç sorunu

B — Vekâlet ücreti sorunu

5 — Yasanın yürürlük sorunu

6 — Yasanın diğer hükümleri

3. Bölüm : 466 sayılı Yasadan doğan diğer sorunlar ve eleştiriler

1 — Uygulamada beliren sorunlar

A — Af'la kalkan bir suçun varlığı

B — Askeri yargıdaki tutuklamalarda tazminat

2 — Yasa üzerine genel eleştiriler ve sonuç

YARARLANILAN ESER, YAZI VE DERGİLER İLE KISALTMALARI :

1 — Ceza Usulü Hukuku, Prof. Dr. Faruk Erem (Ankara, 1968) (Kıs : Erem, Usul.)

2 — Haksız Tevkifte Devletçe Verilecek Tazminat, Selâhattin Kemaloğlu, 1969 (Kıs : Kemaloğlu, age.....)

3 — Haksız Tevkifte Devletçe Verilecek Tazminat Yasası ve Ceza İnfaz Kanunu Şerhi, Cevdet Çatalkaya - Adnan Kükner - Abdurrahman Tarıkoğulları - Hamdi Özcan, Ankara 1966 (Kıs : Çatalkaya, age.....)

4 — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt 1, M. Muhtar Çağlayan, Ankara 1966 (Kıs : Çağlayan, Usul...)

5 — Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Cilt 3, Nejat Özütürk, İstanbul 1970 (Kıs : Özütürk, Ceza...)

6 — Türk Ceza Kanunu ve ilgili Hususi Kanunlar, A. Şahap Algan - İlhami Bozkoyunlu, Bilecik 1968 (Kıs : Algan, Ceza...)

7 — Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Cilt 2, Av. Kâzım Öztürk, Ankara 1966 (Kıs : Öztürk, Anayasa...)

627

8 — Suçsuz olarak çekilen mevkufiyetin tazmini meselesi, Fahrettin Kıyak İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi Ağustos 1961 sh : 545-551 (Kıs : Kıyak agm...)

9 — Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere verilecek Tazminat Dolayısiyle Takdir edilecek Ücreti Vekalet Dolayısiyle bir İnceleme Cemil Saatçioğlu, Adalet Dergisi Ocak 1971 sh : 52 (Kıs : Saatçioğlu, AD 1971-1)

10 — Yargıtay İçtihatlarının İncelenmesi, Cemil Saatçioğlu, Adalet Dergisi Temmuz 1971 sh : 474-475 (Kıs : Saatçioğlu, AD 1971-7.)

11 — Yargıtay İçtihatlarının Eleştirilmesi, Cemil Saatçioğlu, Adalet Dergisi Kasım 1971 sh : 732-734 (Kıs : Saatçioğlu, AD 1971 - 11)

12 — Ceza Hükmünü Taşıyan Kanun ve Nizamnameler, Cilt 4, Fahrettin Kıyak ve arkadaşları, Ankara 1964 (Kıs : CHTK...)

13 — Resmi Kararlar Dergisi 1966-1971 (Kıs : RKD...)

14 — İlmi ve kazaî İçtihatlar Dergileri 1964 - 1971 (KIS : İKD...)

15 — Ankara Barosu Dergileri 1965-1971 (Kıs : ABD...)

16 — Özel İçtihatlar Derlemeleri Kartonumuz (Kıs : Özel Dosya)

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HAKSIZ TUTUKLAMA VE TAZMİNİ

1 — DOKTRİNDE HAKSIZ TUTUKLAMANIN TAZMİNİ

A — Konu üzerindeki düşünceler :

Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 104. maddesine göre, hakkında «suçu işlediğine dair kuvvetli emareler elde edilen» sanık bir usul tedbiri olarak tutuklanabilir. Bu tedbire başvurulması için nelerin gözönünde tutulması gerektiği de, yine aynı maddede hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Bu yolla özgürlükleri kısıtlanan kişiler, yargı mercilerince sonuçta bereat ettirilebilecekleri gibi, haklarında daha bu aşamaya gelinmeden önce de, hazırlık soruşturması sonunda «kovuşturmaya yer olmadığı»na (CMUY. m. 164) ve ilk soruşturma sonunda da «yargılamanın önlenmesi»ne (CMUY. m. 197) karar verilebilir.

İşte tutuklandıktan sonra haklarında adli mercilerce yukarda belirtilen sonuçlara ulaşılan kişilerin bu tutuklamadan doğan zararlarının

624

giderimi, üzerinde önemle durulması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk Devleti ilkesine bağlı düzenlerde bu haksızlığın tazmini çok daha önemli bir konudur. Zira «Yaptığı haksızlığı kabul etmek (somut hukuk devleti) nin başta gelen vasfıdır.» (1) Başka bir deyişle, bu mesele anayasal bir hak olan kişi dokunulmazlığının doğal bir sonucudur. Çünkü yakalama ve tutuklama her ne kadar yasal koşullar altında bir zaruret olarak düşünülüp kabul edilmişse de, sonuçta her soruşturma her zaman muhakkak bir hükümlülükle neticelenecek demek değildir. O halde bir usul tedbiri olarak yasada yer alan yakalama ve tutuklanmaya maruz kalan kişinin, sonuçta suçsuz görülmesi halinde, bundan doğan zararlarının karşılanmasını da, tıpkı özgürlüğünün kısıtlanmasında duyulan zaruret gibi, hukuki bir zorunluluk olarak düşünüp değerlendirmek gerekir.

Ulaşılan bu sonuçlara rağmen, doktrinde haksız yakalanan ve tutuklananlara tazminat verilmesinin uygun olmayacağını savunan düşüncelere de rastlanılmaktadır. (2) Bizce muhalif görüş sahiplerinin bu yoldaki fikirleri şekli bir direnişten öte bir anlam taşımamaktadır. Zira bu düşünce sahipleri, tazminat yerine bu meselenin daha başka tedbirlerle telâfisini önermekte; böylece sorunun özünde bir haksızlığın gerçekten var olduğunu, dolayısiyla da olsa, kabul etmiş bulunmaktadırlar ki, bizce bu da haksız tutuklamanın tazmini konusunda, temelde bütün görüşlerin birleştiğinin bariz ve kesin bir işaretidir.

B — Mahiyetini açıklayan görüşler :

Her hukuki kurumun olduğu gibi, doktrinde haksız tutuklamanın da mahiyetini açıklayan çeşitli görüşler mevcuttur. Biz burada bu görüşlerin sadece isimlerini belirtmekle yetineceğiz.

Prof. Erem'in, «Şahsi kusur», «Yardım», «İstimlâk», «Kusursuz mes'uliyet» ve «Hak esası» şeklinde bir ayrıma tâbi tuttuğu bu bilimsel görüşlere, 466 sayılı Yasanın Hükûmet Gerekçesinde de değinilmiş ve ayrıca bir de «Hukuka bağlı devlet telâkkisinden söz edilmiştir.

---

(1) Erem, Usul sh. 413
(2) Bak. Erem, Usul sh. 411

625

Yine gerekçede, Anayasanın bu konuya ilişkin 30. maddesinin Kurucu Meclis'teki görüşmelerine dayanılarak, bizde «... tazminat ilkesinin dayanağını Hukuk Devleti kavramı ile adalet duygusunun teşkil ettiği ...» belirtilmiş, fakat hemen ardından ayrıca «Bu tazminatın hukuki mesnedinin objektif mes'uliyet esasına istinat ettiği netice ve kanaatine varılmıştır.» şeklinde bir ikinci hukuki görüşten de söz edilmiştir. (3)

Buna rağmen yasa bütünüyle değerlendirilecek olursa, «Hak esası»nın benimsendiğini kabul yerinde olur. (4)

2 — TÜRK MEVZUATINDA HAKSIZ TUTUKLAMANIN TAZMİNİ

A — Anayasa yönünden :

Türk Mevzuatında haksız tutuklamanın giderimini açıkça kabul eden ilk hüküm, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer almıştır. Anayasamızın «Kişi güvenliği» kenar başlığını taşıyan 30. maddesinin son fıkrası aynen «Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir.» demektedir.

Yürürlükteki 30. maddenin Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu'nca hazırlanan metninde bu konuda şu fıkra önerilmişti : «Bu kuralların dışına çıkılmasından doğan ceza ve hukuk sorumluluğu kanunla düzenlenir.» (5) Ancak Temsilciler Meclisi'nde bu maddenin görüşülmesi sırasında üyeler, haksız tutuklamaya ilişkin bu fıkra üzerinde özellikle durmuşlar ve teklifin bu şekliyle kanunlaşması halinde, hâkimler arasında huzursuzluk yaratacağını ve bir nevi sorumluluk tehdidi altında kalacaklarını ileri sürmüşler; ayrıca konunun daha açık bir şekilde anayasada yer almasını da savunarak bu günkü şeklini teklif ve kabul etmişlerdir. (6) Bövlece Türk Mevzuatına bu konu önce bir anayasa buyruğu olarak girmiştir.

B — 466 sayılı Yasa :

Haksız tutuklananlara tazminat verilmesini öngören hükmün böylece Anayasa'da yer alması sonucu, konuyu ayrıntılı olarak bir yasa ile düzenlemek zorunluluğu belirmiş ve mesele, «Bu anayasa ile konulma-

(3) Çağlayan, Usul sh. 598
(4) Erem, Usul sh. 416
(5) Öztürk, Anayasa Cilt 2 sh. 1615 vd.
(6) Öztürk, Anayasa sh. 1615 vd.

sı emredilen diğer kanunlar da en geç iki yıl içinde çıkarılır.» hükmünü koyan Anayasanın geçici 7. maddesi çerçevesinde düşünülerek Hükûmetçe hazırlanan tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülerek «Kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesi hakkında Kanun» olarak 7 Mayıs 1964 tarihinde kabul edilmiştir. 466 kanun numarasını taşıyan ve 10 maddeden oluşan bu yasa, Resmî Gazete'nin 15 Mayıs 1964 tarihli nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. (7)

Yazımızın ikinci bölümünde, Yüksek Mahkemenin içtihatlarını da göz önünde tutarak, 466 sayılı Yasayı incelemeye çalışacağız. (8)

İKİNCİ BÖLÜM

466 SAYILI YASANIN İNCELENMESİ

1 — TAZMİNAT NEDENLERİ VE ENGELLERİ

A — Tazminat nedenleri ve beliren sorunlar :

Kimlere tazminat verileceği Tazminat Yasasının 1. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddenin 1 ilâ 7. bentlerinde sıralanan bu nedenleri biz, «Kesin tazminat sebepleri» ve «Kesin olmayan tazminat sebepleri» olmak üzere, iki kısımda incelemeye ve ayrıca bu konuda beliren bâzı sorunlara da değinmeye çalışacağız.

a) Kesin tazminat nedenleri : Bu nedenler 1. maddenin 1 ilâ 5: bentlerinde yer almaktadır. Buna göre, «Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahutta tutukluluklarının devamına karar verilen'ler (Bent 1), «Yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen»ler (Bent 2), «Yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süre içinde hâkim önüne çıkarılmayan»lar (Bent 3), «Hâkim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan»lar (Bent 4) ve «Yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen»lerin (Bent 5) her türlü zararları Devletçe ödenir.

(7) Çağlayan, Usul sh. 603'deki Millet Melisi Geçici Komisyon raporunun 8. maddesinden naklen

(8) Yazının bundan sonraki bölümlerinde 466 sayılı Yasayı kısaca Tazminat Yasası olarak anacağız.

627

Doktrinde birinci bentteki sebep «K a n u n s u z» tutuklama, iki ilâ beşinci bentlerdeki sebepler de «U s u l s ü z» tutuklama olarak nitelendirilmektedir. (9)

Bu sebeplerden biri veya birkaçı tahtında yakalanan veya tutuklananlara tazminat verilmesi için bir başkaca hiçbir sebep ve şart gerekli değildir. Bize göre, bu hallerde yasalara kesin bir karşı koyma, başka bir deyişle, kişi dokunulmazlığına bir anlamda tamamen «keyfi» bir el atma söz konusu olduğundan, uygulayıcıların kişisel sorumlulukları mevcuttur. Devletin bir kişiye bu nedenlerle tazminat ödemesi halinde uygulayıcılara rücu hakkı, üzerinde düşünülüp tartışılacak önemli bir konudur. Ayrıca belirtilen şekilde kişileri hürriyetlerinden yoksun bırakan bu kimselerin, cezai sorumluluk altında bulundukları da unutulmamalıdır.

b) Kesin olmayan tazminat nedenleri : Tazminat Yasasının 1. maddesinin altıncı bendine göre, «Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahutta beraetlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen»ler ile aynı maddenin yedinci bendi uyarınca «Mahkûm olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkûm edilen kimselerin uğrayacakları her türlü zarar Devletçe ödenecektir.» (10)

Ancak bir kimsenin bu nedenlerle tazminat isteyebilmesi için, belirtilen şartların söz konusu olması yeterli değildir. Ayrıca o kişinin «Aynı cins suçtan mahkûm olan, itiyadi suçlu ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getiren» bir kimse olmaması (Tazminat Y. m. 1 bent 8) ve «Tazminat talebine esas olan işlemlere tamamiyle kendi ihmali veya kusurlu hareketleri ile sebep...» olmamış bulunması da (Tazminat Y. m. 4, f 2) zorunludur. Bu iki olumsuz şartın mevcudiyeti halin-

(9) Erem, Usul sh. 419

(10) Ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesi halinde tazminata hükmedileceğine örnek olarak şu kararı zikredebiliriz : «Dâvacı R. B. nin M. Y. i meşru müdafaa zaruretiyle öldürdüğü sabit görülerek hakkında T.C.K. nun 49. maddesi gereğince ceza tayinine mahal olmadığına karar verilmiş ve 466 sayılı Kanunun 1. maddesinin 6 sayılı fıkrasında (tutuklandıktan sonra ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilmesi) hali de tazminat sebebi olarak kabul edilmiş olduğu halde, isabet görülmeyen bazı mütalaalarla tazminat isteğinin reddine karar verilmesi, yolsuzdur. «1. CD. 22/4/1971 1520/1465 (Özel Dosya) TCY. nın 461/1. maddesine göre ceza tayinine mahal olmadığına karar verilmesi halinde de tazminata hükmedileceğine iliskin karar için bak. RKD - 66/III - 2/114'deki 1. CD. nin 5/5/1966 810/1071 s. ilâmı

628

de, bir kimseye 1. maddenin altı ve yedinci bentlerindeki ahvalde tazminat verilmesi olurlu değildir. İşte bu sebeplerledir ki, biz bu iki bent hükmünü «Kesin olmayan tazminat nedenleri» olarak nitelendirdik.

Prof. Erem bu sebepleri «H a k s ı z» tutuklama olarak ifade etmekte, ancak «bu hallerde tevkifin (kanun dışı) olduğu iddia edilemez. Bunlar kanuni sebeplerle verilmiş olan tevkif kararlarının bilahere haksız görüldüğü hallerdir.» demektedir. (11)

c) Bu konuda beliren sorunlar : 466 sayılı Yasa «erteleme», «afla düşme», «zamanaşımı nedeniyle kamu dâvasının ortadan kaldırılması» ve «tatil» kararlarında tazminat istenip istenmeyeceği konularında bir hüküm getirmemiştir. Uygulamada bu durumlarda nasıl davranılacaktır.

Erteleme halinde ortadabir hükümlendirme söz konusu olduğuna ve yasada bu durumda tazminat verileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığına göre, tazminat verilmesi düşünülemez. Ancak bir kimse ertelenen cezadan daha fazla bir süre tutuklu kalmışsa artan müddet için kendisine tazminat ödenmesi bize göre olurludur. Zira yasakoyucu açıkça «mahkûm olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan»lara dahi hükümlülük müddetinden arta kalan günler için tazminat verilmesini öngördüğüne göre, cezası ertelenmeye değer görülen bir kişinin, ertelenen hükümlülük süresinden artan müddet için tazminat isteyemeyeceğini düşünmek yasasının konuluş amacına tamamen ters düşen bir yorum olur. (12)

Afla düşme halinde ise, doktrinin görüşü, af yasasının affı red hakkı verip vermemesine göre, durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği şekildedir. Buna göre «Af kanunu, affı red hakkını veriyorsa bu hakkını kullanmış olanın tazminat istemesi haklı değildir. Fakat af kanunu böyle bir imkân vermiyorsa tazminat istemini haksız bulmağa imkân yoktur. (13)

Sikâvetten vazgecme hallerinde de, şikâvetin kabule bağlı olup olmadığına göre bir ayrım yapıp, her iki durum için konunun ayrı ayrı düsünülmesi mümkünse de: ve zamanasımı nedeniyle düsme hallerinde de, sanığın beraet etme imkânı kanunla ortadan kaldırılmış olduğundan tazminat istenilmesinin olurlu kabulü gerekirse de, 466 sayılı Yasada «Düsme Kararları» dikkate alınmadığından tazminata hükmedilemiye-

(11) Erem, Usul sh. 420
(12) Erem, Usul sh. 420
(13) Erem, Usul sh. 420

ceği inancındayız. Zira Yüksek Mahkeme bir kararında, yasa koyucunun hangi hallerde tazminat verilebileceğini tahdidi olarak hükme bağladığını dolaylı olarak kabul etmektedir. (14) Tatil kararlarının da bu nedenlerle tazminat istemini gerektirmediğini belirtmek yerinde olur.

d) TCY. nın 40. maddesi karşısında 7. bendin hükmü : Burada üzerinde durmak istediğimiz husus, tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkûm edilen kimselerin de uğrayacakları her türlü zararların ödenmesinden ne anlaşılması gerektiğidir.

TCY. nın 40. maddesine göre, «Hüküm kat'iyet kesbetmeden evvel vukubulan mevkufiyet ceza mahkûmiyetlerinden indirilir... Eğer cezayi nakdi tertip olunmuş ise, tenzil 19. maddede gösterilen hesaba göre yapılır.»

Bu iki madde birlikte düşünüldüğünde, acaba ilk bakışta, 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin yedinci bendinde yer alan bu hükmün, TCY.nin 40. maddesi hükmünü, neticede sadece para cezası verilmesi hallerine münhasır olmak üzere, zımnen ilga ettiği söylenebilir mi? Başka bir ifadeyle, yedinci bendin hükmü karşısında, artık tutuklandıktan sonra sadece para cezasına çarptırılan bir kimsenin tutukluluk süresinin TCY. nın anılan 40. maddesine göre cezasından mahsubu hâlâ mümkün müdür?

Bu sorunu çözebilmek için herşeyden önce haksız tevkifin tazmini müessesesinin vazediliş amacının değerlendirilmesi gerekir. Kısa ve genel bir tanımlamayla, bu müessese, yakalama veya tutuklamanın haksızlığını telâfi nedenine dayanmaktadır.

Sonuçta para cezası verilmesi hallerinde de ortada yine hukuki anlamda bir «hükümlülük» söz konusudur. O halde bir usul tedbiri olan tutuklamanın haksızlığından artık hiçbir şekilde bahsedilemiyecektir. Olsa olsa, bir tedbir mahiyetinde başvurulan tutuklamanın, sonuçta verilen cezadan daha ağır uygulama olduğuna dayanan şeklî bir haksızlıktan söz edilebilir ki, bunu da cezaların ferdileştirilmesinin doğal bir neticesi olarak kabul etmek zorunludur.

Bu nedenledir ki, tutuklandıktan sonra sonuçta para cezasına mahkûm olanların tutuklulukta geçen süreleri, TCY. nın 40. maddesi hükmü uyarınca ve maddenin son fıkrasında belirtilen esasa göre, (15) pa-

(14) 1. CD. nin dipnot 10'daki kararı

(15) 647 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra bu mahsupta bir günün 19. maddeye göre üç lira üzerinden mi, yoksa 647 sayılı Yasada yer alan miktarlara göre mi dikkate alınacağı konusunda ihtilaf mevcuttur ve Yargıtay içtihatları da birbirine mübayindir.

ra cezasına mahsup edilecek ve buna rağmen artan tutuklulukları varsa, bu günler için uğradıkları zararların tazmini gerekecektir. Bize göre yedinci bendin bu hususa ilişkin hükmünü böyle anlamak gerekir. Nitekim 466 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra verilen ve sadece para cezasının muhtevi kararlarda, tutukluluk süresi para cezasına mahsup edilmekte ve Yüksek Mahkemede bu kararlara bu yönden her hangi bir şekilde dokunmamaktadır. (16)

B — Tazminat istemine engel nedenler :

a) Aynı cins suçtan hükümlü olmak : Tazminat Kanununun 1. maddesinin sekizinci bendine göre, «aynı cins suçtan mahkûm olanlar» aynı maddenin altı ve yedinci bentler hükümlerinden yararlanamazlar. (17) Bu olumsuz şartın yasada yer alışını açıklayacak inandırıcı ve hukuki bir neden bulmak güçtür. Bunun yanısıra maddede, «aynı cins suçtan mahkûm olmak»tan ne anlaşılması gerektiği konusunda da her hangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda TCY. nın 81. maddesinin ikinci fıkrası hükmü ile 86. maddesinden kıyasen yararlanmaktan başka bir çıkar yol göremiyoruz. Bu çözüm yolu benimsendiği takdirde şunu da belirtmekte fayda vardır :Tazminat istemine dayanak dosyada bir hükümlendirme söz konusu olmadığına göre, evvelki mahkûmiyetle, tazminata konu dosyadaki eylemi, belirttiğimiz şekilde «aynı cins bir suç» sayıp saymama açısından TCY. nın 81/2 ve 86. maddeleri uyarınca değerlendirirken, tazminat istemine esas işlemin yapıldığı dosyadaki iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki «tavsifi» esas almak bizce en uygun ve pratik çözüm yoludur.

Aynı cins suçtan vaki hükümlülük ertelenmiş ve TCY. nın 95. maddesinde yazılı süre de geçmişse artık «Cezası tecil edilmiş olan mahkû-

---

(16) 4. CD. 6/6/1968 2820/3331 s. ilamı, Öztürk Ceza C : 1 sh. 108/2 n. içt.

(17) **«Her ne kadar Davacı A.Ş., A. adındaki şahsı öldürmek suçundan dolayı hakkında kamu davası açılıp bir sene tutuk kaldıktan sonra, beraetine karar verilerek kesinleşmiş ise de; Bolu Ağır Ceza Mahkemesi'nin... kararı ile ve 1949 yılının ağustos ayı içinde Y. A. adındaki şahsı öldürmesinden dolayı 448, 55, ve 5677 sayılı (af) kanun hükümlerine tevfikan mahkum olup, bu cezasının infaz edildiği anlaşılmasına ve 466 sayılı Kanunun 1. maddesinin 8. bendinde aynı cinsten suçtan mahkum olanların bu kanun hükmünden faydalanamıyacakları açıklanmasına göre, mahkemece tazminat isteğinin reddine dair verilen karar doğrudur.» 1. CD. 4/11/1965 2225/2238 Çağlayan, Usul sh. 608 vd.**

631

miyeti, esasen vaki olmamış» sayılacağından (TCY. m. 95) tazminat istemine engel sayılmamalıdır. (18)

İlk hükümlülük ertelenmemiş olmakla beraber, 647 sayılı Yasanın değişik 7. maddesindeki şartları taşımaktaysa, sildirilmemiş olsa dahi, yine tazminat talebine engel bir neden olarak kabul edilmemelidir. (19)

Genel af da «hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracağından» (TCY. m. 97) bu konuda yine aynı şeyleri söylemek mümkündür.

b) Suç işlemeyi meslek haline getirmek : 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin sekizinci bendinde öngörülen bir diğer tazminat ergeli de, «itiyadi suçlu ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getirmiş» olmaktır.

Yasada hangi hallerde bir kimsenin «itiyadi suçlu ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getiren» bir kişi sayılacağı konusunda her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. 466 sayılı Yasa dışındaki yasalarda da bu hususa ışık tutacak bir kural yer almamıştır. Yasakoyucunun bu konuda bir tarif vermemiş olması büyük bir eksikliktir. Bu durumda bu hükmü Yüksek Mahkeme kararlarının vuzuha kavuşturmasını temenni etmekten başka bir çıkar yol göremiyoruz.

Ancak bu hükmünde, tıpkı aynı suçtan mahkûm olanlar engeli gibi, yasada yer alış amaç ve nedenini anlamak ve açıklamak oldukça güçtür. Zira itiyadi suçlu ve suç işlemeyi meslek haline getiren bir kimsenin tamamen haksız olarak yakalanması veya tutuklanması her zaman mümkündür. Evvelki özel durumunu bu konuda bir engelleyici neden olarak kabul etmek inancımıza göre, hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayacağı gibi, haksız tevkifin tazmini müessesesinin mahiyetine de ters düşer.

Yargıtay, hırsızlık suçundan dolayı tutuklayıp beraet eden bir şahsın bu nedenle istediği tazminatı; beraet kararından sonra işlediği diğer bir hırsızlıktan dolayı mahkûm edildiği ve bu suretle hırsızlık suçunu işlemeyi itiyat haline getirmiş bulunduğu gerekçesiyle reddeden mahalli mahkeme kararını, «Sanığın 19/2/1965 tarihinde (yani tazminata konu suçtan beraet edip, bu karar kesinleştikten sonra) diğer bir

---

(18) **Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'nden bu düşünceye uygun olarak verilen karar, hazinenin temyizi üzerine, 1. CD. nce, 29/9/1971 gün ve 2962/3119 sayılı ilamla onanmak suretiyle Yargıtay denetiminden de geçmiştir. (Özel Dosya)**

(19) **1. CD. 29/9/1971 2962/3119 s. ilamı (Ozel Dosya)**

suç işlemiş bulunması, daha önce tahakkuk etmiş bulunan tazminat hakkından yoksun tutulmasını gerektirmez. » (20) diyerek bozmuş ve böylece belirtilen durumun bir itiyadi suçluluk sayılmayacağını kabul etmiştir.

c) Kendi kusur veya ihmali sonucu tutuklanmak : Bir kimse tamamen kendi kusurlu veya ihmali davranışı sonucu yakalanmış veya tutuklanmışsa, ortada bir haksızlık söz konusu olmayacağına göre, tazminat istemine de hakkı olmamak gerekir. Yasanın 4. maddesi bu hususu hükme bağlamıştır. Kastî ve adlî mercileri yanıltıcı davranışları da kusur olarak kabul etmek gerekir.

Kusur ve ihmal kısmi ise, bu yön tazminat miktarının tesbitinde dikkate alınacaktır. (Tazminat Y. m. 4. f. 1) «Eğer kusur ve ihmal, tutukluluk halinin bir kısmına taalluk ediyorsa takdir yalnız bu kısma etkili olacaktır.» (21) Kısmî kusur ve ihmalde tazminattan yapılacak indirimin miktarını tâyin ve takdir tamamen mahkemeye aittir. (22) Mahkeme bu miktarı saptarken, genel hukuk ilkelerini, hak ve adâlet kurallarını ve özellikle o olaydaki ihmal ve kusurun derece ve ağırlığını göz önünde tutmak ve kararında bu hususları ayrı ayrı tartışıp gerekçelerini göstermek zorundadır. (23)

Yüksek Mahkemenin bu konudaki görüşlerine gelince; Yargıtay'ımız, ilgilinin kusur veya ihmali değerlendirilirken, tazminata konu kesinleşmiş beraet kararının gerekçesinin, yani beraetle sonuçlanmış dâvadaki delillerin yeniden tartışılmasına geçilerek, dâvacının bunlara dayanılarak kusurlu veya ihmali davranışta bulunduğunun kabulünü yasaya aykırı bulmakta ve 466 sayılı Yasanın 4. maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen «ihmal» ve «kusur» dan, asıl dâvaya konu olan fiillerden baska olarak, tevkife sebep olan hareketlerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. (24)

İlgili kendi açık ikrarıyla, özellikle bizzat Cumhuriyet savcısı ve sulh hâkimine verdiği savunmalarıyla suçu işlediğini bildirmiş ve bu

---

(20) 6. CD. 17/11/1965 6789/6889 s. ilamı CHTK sh. 6/2
(21) Erem, Usul sh. 424
(22) 6. CD. 17/11/1969 6461/6522 s. ilamı CHTK. sh. 6/3
(23) «... Davacıların tutuklanmalarına ne gibi ihmallerin veya kusurlu hareketlerin sebebiyet verdiği kanuni gerekçeleriyle açıklanmadan bazı düşüncelerle yazılı şekilde tazminat isteğinin reddine karar verilmesi yolsuzdur.» 1. CD. 2/5/1967 940/1134 Algan, Ceza sh. 747
(24) CGK. 13/4/1970 414/164 CHTK 6/4, ayrıca 1,5 ve 6. Ceza Dairelerininde aynı mahiyette müteaddit kararları mevcuttur.

633

nedenle tutuklanmış ve tutukluluğu sürdürülmüşse, kendisini kusurlu saymak gerekecektir. (25) Ancak, istem sahibinin ceza kovuşturması ve dâvası sırasında sanık sıfatıyla verdiği değişik ve tutarsız sözleri tutuklanmasından sonraya taallûk ediyorsa, bunu tutuklanmasında ve bu tutukluluğun devamında kusur olarak kabul etmemek lâzımdır. (26)

Burada önemle üzerinde durulması gereken bir konu da, istem sahibinin ceza dâvası sırasında «firar etmiş olması» ve bu nedenle hakkında «gıyabi tutuklama çıkarılması» halinin, kusur veya ihmal olarak kabul edilip edilemiyeceği sorunudur.

Yargıtay, firar ve bu nedene dayanan gıyabi tutuklamanın, ilgilinin kusur veya ihmali olarak düşünülemiyeceği görüşündedir. Bu konudaki içtihatların yerleşmiş bir durum arzettiğini de söylemek mümkündür. Firar ve buna dayanan gıyabi tutuklamanın kusur veya ihmal sayılmamasının nedenini Birinci Ceza Dairesi bir ilâmında, «Dâvacının öldürme suçundan kıyaben tevkifine karar verilmiş olması usuli bir muamele gereği olup, dâvanın beraetle sonuçlanmış bulunmasına ve olaydan sonra bulunmamasının aleyhine bir karine teşkil edecek nitelikte olmamasına göre lehine tazminata hükmedilmesi gerekir.» (27) şeklinde açıklarken, bir başka ilâmında da «Olaydan sonra sanığın kaçmış olması mahalli koşullara göre adaletten değil aşiret geleneklerine göre intikam alınmasından ileri gelen korkudan da olabileceği» sebebine dayandırmıştır. (28) Altıncı Ceza Dairesi ise, bu konuda «Kaçması sebebiyle gıyabında çıkarılan tevkif müzekkeresi üzerine yakalanıp tutuklanmasında kusurlu sayılmaması gerektiği halde yazılı şekilde ku-

---

(25) **«Sanık AÖ hazırlık soruşturmasında... günlü ifadesinde CA'la birlikte olay yerine giderek CA'nın tüfenkle, kendisinin de sopa ile mağdurları tehdit edip para ve eşyalarını aldıklarını beyan ve... tarihinde sorgusu sırasında sulh hakimi huzurunda suçunu aynen ikrar etmiş, aleyhe olan diğer delliler muvacehesinde bu ikrarı gözetilerek tutuklanmış, sorgu hakimliğindeki ve duruşmadaki ifadeleri de eski ifadelerini tekrar niteliğinde bulunması itibariyle tutukluluk hali devam ettirilmiştir. - 466 sayılı kanunun 4. maddesi tazminat talebine esas olan işlemlere tamamiyle kendi ihmali veya kusurlu hareketleri ile sebep olanlara tazminat verilemiyeceğini öngörmüştür. - Yukarıda açıklanın kusurlu hareketleriyle AÖ. tutuklanmasına bizzat kendisi sebebiyet vermiş olması itibariyle tazminat isteğinin reddedilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.» 6. CD. 14/4/1966 1030/1518 s. ilamı RKD - 67/III - 2/13**

(26) **«Davacı S'nin değişik ifadeleri tevkifinden sonra meydana gelmiş olduğu gözetilmeden tazminat miktarında indirme yapılmış olması yasaya aykırıdır.» 1. CD. 28/1/1971 211/318 s. ilamı (Özel Dosya)**

(27) **1. CD. 13/1/1971 3895/31 s. ilamı (Özel Dosya)**

(28) **1. CD 4/2/1971 340/399 s. ilamı (Özel Dosya)**

surlu sayılması yasaya aykırıdır.» (29) demek suretiyle aynı görüşü benimsemekte, fakat bunun nedenini açıklamamaktadır.

d) Tutukluluğun başka hükümlülüğe sayılması : İstem sahibinin haksız tutuklanmasının, bir başka suçtan vaki hükümlülüğüne sayılması (=mahsubu) olurlu ise, (30) artık haksız tutuklama tazminatı istemeye hakkı olmamak gerekir. «İlgilinin mahsubu reddetmeğe, tazminatı tercihe hakkı yoktur.» (31) Ancak mahsuba rağmen artan tutukluluk varsa buna karşılık tazminat istenmesi mümkündür. (32)

Bir şahsın tazminata konu suçtan beraet edip, bu beraet kararı kesinleştikten sonra yeni bir suç işleyip hükümlendirilmiş olması halinde ise, 6/3/1940 gün ve 5/68 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, ilk tutukluluk ikinci suça ilişkin hükümlülüğe mahsup edilemiyeceğinden haksızlığı bertaraf edilememiştir ve tazmini gerekir. Nitekim Yargıtay'da bir kararında aynı sonuca varmış bulunmaktadır. (33)

2 — TAZMİNATIN İSTENİLMESİ VE İNCELENMESİ USULÜ

A — İstem Usulü :

a) Başvurma şekli : 466 sayılı Yasanın 1. maddesinde yazılı nedenlerle zarara uğrayan kişi, müracaatını bir (D i l e k ç e» ile yapacaktır. Zarar gören bu dilekçesinde, açık adresini, zarara sebebiyet verdiği ileri sürülen işlemlerin özetini, zararın dayandığı sebepleri, sübut delillerini ve tazminini istediği zararın neden ibaret olduğunu göstermek zorundadır. (Tazminat Y.m.2)

Zarar gören dilerse istemi bir vekil aracılığıyla da yapabilir. 466 sayılı Yasada bizzat istemde bulunacak olanın ölümü halinde, tazminat hakkının mirasçılarına intikal edip etmeyeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak «tazminat talebi şahsa bağlı bir hak olup, devir ve temlik edilemiyeceği gibi mirasçılara da intikal etmez» şeklindeki Hükûmet Tasarısında yer alan hüküm yasadan çıkarılmış olduğuna göre, mirasçıların tazminat isteminde bulunabileceklerini kabul, hukuk ilkelerine uygun bir düşünüş olacaktır. «Yalnız mirasçılar için ayrı bir (dâva süresi) düşünülemez.» (34)

---

(29) 6. CD. 24/11/1970 6032/6020 s. ilamı (Özel Dosya)
(30) Bak. 6/3/1940 gün ve 5/68 sayılı İçtihadı Birlertirme Kararı, Algan, Ceza sh. 31
(31) Erem, Usul sh. 424
(32) Aynı görüşte Kemaloğlu, age sh. 23
(33) 6. CD. 17/11/1965 6789/6889 s. ilamı CHTK. sh. 6/2
(34) Erem, Usul sh. 427

Dilekçeye «sübut delilleri» nin de bağlanması zorunludur. (Tazminat Y. m. 2) Yasanın bağlanmasını istediği sübut delillerinden «zararı ispat sadedinde gösterilecek» olan delilleri anlamak gerekir. (35) Tazminata konu işlemi taşıyan ceza kovuşturmasına ait belge ve dosyanın, dilekçeye bağlanması gereken sübut delilleri arasında düşünülmesi **mümkün değildir.**

Yukarıda belirtilen hususları taşımayan veya sübut delillerinin bağlanmadığı dilekçe «mahkeme kararı ile red olunur.» (Tazminat Y. m. 2 f.3) (36) Süre henüz dolmamışsa noksanları bulunan veya sübut delilleri bağlanmayan dilekçe bu eksikler giderilmek suretiyle tekrar verilebilir. (37)

b) Mercii : Burada mercii sorununu genel olarak ve örneklerle uygulama olmak üzere iki kısımda açıklamaya çalışacak ve bir de «tazminata esas işlem» deyiminden ne anlaşılması gerektiği hususuna eğileceğiz.

aa) Genel olarak : 466 sayılı Yasa, haksız tutuklama tazminatı için zarara uğrayanların, «ikametgâhları ağır ceza mahkemesine» başvurmalarını genel kural olarak koymuştur. (Tazminat Y. m. 2. f. 1) Ancak «Tazminat istemine esas olan işlem işi hükme bağlıyan ağır ceza mahkemesince yapılmışsa bu istemi incelemeye yetkili mahkeme, en yakın ağır ceza mahkemesidir.» (Tazminat Y. m. 2 f. 4)

Böylece yasakoyucu haksız tutuklama tazminatını inceleyip sonuçlandırmak için, idari yargının adli yargı üzerinde bir çeşit denetleme yetkisine ulaşabilecek bir uygulamasına meydan vermemek amacıyla, idari yargı yerine adli yargıyı (38), adli yargı içinde de, «tazminatın bir ceza takibi ile ilgili unsurlara dayanması, ceza takiplerinde hususi hukuk konuları hakkında da ceza mahkemelerinin karar verdikleri ve esasen ceza takiplerinde kanunsuzluk, usulsüzlük ve haksızlık hallerini ceza hâkiminin daha iyi takdir edeceği» (39) gerekçesiyle «ceza mahkemesi» ni tercih etmiş tazminata esas alınan işlemi yapan mercile-

---

(35) Kemaloğlu, age sh. 20

(36) «466 sayılı kanunun 2. maddesine tevfikan tazminat davası açan davacı dilekçesinde bu hususiaki delillerini göstermesi ve vesikalarını iliştirmesi iktiza eder. Hiç bir vesikaya ve delile dayanmayan dilekçelerin bu madde uyarınca reddi gerekir. İddiasının bir kırmının subutuna ait delillerini ve vesikalarını göstermeyen veya ibraz etmeyen davacı iddiasının bu kısmından feragat etmiş sayılır.» 5. CD. 22/4/1967 788/1261 s. ilamı RKD - 68/III - 2/2

(37) Erem, Usul sh. 427

(38) Erem, Usul sh. 423

(39) Erem, Usul sh. 423

rin eski kararın etkisinde kalabileceği endişesi ile de, ceza mahkemesi içinde de, tazminata esas işlemi yapan mahkeme dışında tarafsız bir diğer ceza mahkemesini yetkili kılmayı uygun bulmuştur. Bütün bu tercihlerin uygun ve yerinde olmadığını ileri sürmek oldukça güçtür.

bb) Örneklerle uygulama : Burada 466 sayılı Yasanın merci konusundaki genel kuralı ile ayrığı olan son fıkrası hükmü ışığında, çeşitli ihtimallere göre tazminat istemini çözümleyecek mercii tâyin ve tesbite çalışacağız.

a') Dâvacının ikametgâhı Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'ne bağlı bir yer olsa ve tazminata esas olan işlemi, bu ağır cezaya bağlı sulh ve asliye ceza mahkemelerinden her hangi biri yapmış bulunsa, dâvacı haksız tutuklama tazminatı için 2. maddenin ilk fıkrası gereği ikametgâhı ağır ceza mahkemesi olan Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvuracaktır.

b) Davacının ikametgâhı yine Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'ne bağlı bir yer olsa ve tazminata esas olan işlemi de bu ağır ceza mahkemesi yapmış bulunsa, dâvacı haksız tutuklama tazminatı için 2. maddenin son fıkrasına göre «ikametgâhı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi» olarak Muş Ağır Ceza Mahkemesi'ne müracaat edecektir.

c) Dâvacının ikametgâhı Erciş veya Erciş Ağır Ceza Mahkemesi'ne bağlı bir yerse, hakkındaki tazminata esas olan işlemi Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi yapmışsa, dâvacı tazminat için ikametgâhı ağır ceza mahkemesi olan Erciş Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvuracaktır. Yoksa Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'ne en yakın ağır ceza mahkemesi olması sebebiyle Muş Ağır Ceza Mahkemesi'ne gitmeyecektir. 466 sayılı Yasanın 2. maddesinin son fıkrasının böyle yorumlamak gereklidir. Nitekim Yargıtay içtihatları da bu yorum tarzımızı doğrulamaktadır. (40)

cc) Tazminat istemine esas olan işlemden ne anlaşılmalıdır : Bu konuda yasada açık bir hüküm yer almamıştır. İstem sahibinin ceza dâvası meyanında «tutuklanmasına» ve «tutukluluğunun devamına» karar

---

(40) **«466 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrası gereğince davanın, davacının ikametgâhına en yakın ağır ceza mahkemesi olan Erciş'te bakılması icap etmekte ise de, karar mahiyeti itibariyle temyiz kabiliyeti olmadığından dosyanın mahalline gönderilmesi...» (Bu karara konu ceza davası Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmüştür. Davacı ağır ceza yönünden Erciş'e bağlı Ahlat İlcesinde ikamet etmektedir. Buna rağmen tazminatı, Bitlis'e en yakın ağır ceza olan Muş Ağır Ceza Mahkemesi'nden istemiş fakat bu mahkemece yetkisizlik kararı verilmiştir. 6. Ceza Dairesi yukarıdaki kararı yetkisizlik kararının davacı tarafından temyizi üzerine vermiştir.) 6. CD. 18/10/1971 5646/5683 s. ilamı (Özel Dosya)**

622

verilmiş olması hallerinin, tazminat istemine esas olan işlem olarak kabulünde her hangi bir tereddüt olmamak gerekir.

Tutukluluk kararının kaldırılmasına ilişkin itirazın reddi kararlarının da bu şekilde kabulü gerektiği inancındayız. (41) Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu görüşü aynen benimseyen bir kararı mevcuttur. (42)

Evvelki aşamalarda tutuklanıp salıverilen bir sanığın dâvasını tutuksuz ollarak görüp, beraetle sonuçlandıran mahkemeyi, tazminata esas olan işlemi yapmış sayıp saymamak konusuna gelince; Birinci Ceza Dairesi bu hali esas işlem olarak nitelindirirken (43) Ceza Genel Kurulu ise, «Haksız tutmanın doğurduğu zararların tazmini için konulmuş bulunan yasaya göre, tazmine esas işlem tutuklama kararı veya bunun kaldırılması isteminin reddi kararı gibi tutuklama ile ilgili işlemlerdir. Yoksa esas hakkında verilen beraet kararı değildir.» (44) demek suretiyle karşı görüşü benimsemiş ve esas işlem olarak beraet kararı verilmesini kabul etmemiştir. Tazminat Yasası ile haksız tutuklama tazminatı istemlerini ceza mahkemelerinin ve bunlardan da, tazminata esas olan işlemle her hangi bir ilgisi bulunmayan tarafsız mahkemenin inceleyip sonuçlandırması ilkesi kabul edildiğine göre, beraet kararını da tazminata esas işlem olarak değerlendiren Birinci Ceza Dairesi'nin görüşü bize daha uygun gelmektedir.

Bu Konudaki bir diğer mesele de, salıverme kararı veren mahkemenin tazminata esas işlem yapmamış sayılıp, tazminat istemini incelemeye yetkili olup olamıyacağı konusudur. Ceza Genel Kurulu'nun yukarıya aldığımız ilâmının mefhumu muhalifinden, bu halin de tazminata esas işlem sayılamıyacağı sonucuna ulaşmak olurludur. Bu konuda Birinci Ceza Dairesi de aynı görüştedir. (45) Buna karşılık Altıncı Ceza Dairesi ise, salıvermeyi esaslı işlem saymaktadır. (46)

Biz, yine tarafsız mahkeme ilkesi nedeniyle, tıpkı beraet kararının değerlendirilmesinde olduğu gibi, salıvermeye karar veren mahkemenin de tazminat istemini incelememesi gerektiği inancındayız. (47)

---

(41) Aynı görüş, Kemaloğlu age sh. 19

(42) CGK. 26/10/1964 461/431 s. ilamı Çağlayan, Usul sh. 609 vd.

(43) 1. CD. 7/4/1966 774/837 ve 26/1/1966 14/119 s. ilamları Çağlayan, Usul sh. 605 ve 607

(44) Dipnot 42'deki karar

(45) 1. CD. 2/6/1970 1661/1760 s. ilamı Adalet Dergisi 1971-7 sh. 474

(46) 6. CD. 19/4/1971 2079/2198 s. ilamı Adalet Dergisi 1971-7 sh. 474

(47) Bu konuda geniş bilgi için bak. Saatçioğlu AD 1971-7'deki makale

638

c) Süre : 466 sayılı Yasanın 2. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, zarar gören kimseler, kendilerine «... zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan dâvalar sonunda verilen kararların kesinleştiği veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren ü ç a y içinde...» uğradıkları zararların tazminini isteyebilirler.

İstemin hukuki niteliği bir «d â v a» olduğundan yasanın bu konuda öngördüğü bu müddet de «Maddi hukuk» a ilişkin bir süre sayılmak gerekir. (48) Bu bakımdan bu süre kesindir, geçirilmesi halinde hak düşer. Zira bir «usul süresi» olmadığından «süre kaçırılmış ise (eski hale getirme) mümkün olmaz.» (49)

Bu konuda Yüksek Mahkeme de aynı görüştedir. Ve yasadaki üç aylık sürenin - hangi nedenle olursa olsun - geçirilmiş olması halinde tazminata hükmedilemiyeceğini kabul etmektedir. Hattâ Yargıtay bu meselede daha da ileri gitmekte ve aynen «beraet kararlarının sanığa tebliğini emreden kanuni bir hüküm mevcut olmadığı gibi, sözü edilen üç aylık müddetin t e b l i ğ veya ı t t ı l a tarihinden başlıyacağına dair olarak ileri sürülen itiraz dahi 466 sayılı kanunun 2. maddesinin açık hükmü karşısında kanuni hiçbir kıymet taşımamaktadır.» (50) demek suretiyle, yoklukta verilen beraet kararlarının sanığa tebliğine gerek olmadığını ve bu nedenle üç aylık sürenin geçirilmiş olması halinde de, tazminata hükmolunamıyacağını öngörmüş bulunmaktadır. Bunun nedenini bir başka kararında, «sanıkların beraet hükmünü temyize hakları olmadığı» (51) gerekçesine bağlayan Yargıtay'ın, gıyapta verilen kararların sanıklara tebliğine lüzum olmadığı yolundaki bu görüşünü paylaşmak bir bakıma oldukça güçtür. Zira ağır cezalı cürümler dışında, duruşmadan vareste tutulmanın kabul olunduğu ve sorguya çekildikten sonra yargılamanın diğer aşamalarını izlemenin zorunlu kılınmadığı gözönünde tutulacak ve ayrıca bir sanığın, hakkındaki suçlamayı ve bu nedenle yapılan soruşturmanın sonucunu öğrenme hakkının varlığını kabul eden usul ilkesi dikkate alınacak olursa, (Bak : CMUY. m. 163/son fıkra) inancımıza göre, beraet kararlarının da sanığa tebliği gerektiğini kabul etmenin zaruriliği ortaya çıkar.

---

(48) Aynı görüş için bak, Erem, Usul sh. 427

(49) Erem, Usul sh. 427

(50) 1. CD. 20/2/1969 361/541 İKD-69/7722 vd.

(51) 1. CD. 24/12/1970 3814/3642 s. ilamı (Özel Dosya)

B — İnceleme Usulü :

a) Bir üyenin görevlendirilmesi : 466 sayılı Yasanın 3. madlesi, tazminat istemini havi bir dilekçenin yetkili mahkemeye verilmesi halinde, istemin ne şekilde incelenip sonuçlandırılacağını hükme bağlamış bulunmaktadır. Anılan 3. maddenin birinci fıkrasına göre, yetkili mahkeme tazminat istemi üzerine, «üyelerinden birisini işin incelenmesiyle» görevlendirecektir. Bu şekilde görevlendirilen üyeye uygulamada bazı yerlerde «n a i p ü y e», bâzı yerlerde ise, «r a p o r t ö r ü y e» denilmektedir ki, bu üyenin aşağıda açıklanacak olan fonksiyonuna göre, her iki deyim de, görevin mahiyetine uygun düşen pratik bir nitelendirmedir. Biz bundan sonra, görevlendirilen bu üyeden kısalık ve sadelik sağlamak amacıyla «raportör üye» şeklinde bahsedeceğiz.

b) Raportör Üyenin görevi : 466 sayılı Yasa raportör üyenin görevlerini 3. maddesinde açıkça göstermiştir.

aa) Yetki ve süre incelemesi : 3. maddenin emredici hükmüne göre, raportör üye ilk olarak, istemin 2. maddede öngörülen üç aylık süre içinde yapılıp yapılmadığını araştıracaktır.

Madde, inceleme usulünü yetkili mahkeme yönünden hükme bağlamış ve görevlendirilen üyenin ilk işinin «süre incelemesi» olmasını öngörmüştür. Burada bize göre bir boşluk söz konusudur ki oda, mahkemenin yetkili olup olmadığının süreden de önce araştırılması gerektiğinin maddede yer almamış olması hususudur.

Genel usul kuralına göre, bir dâvanın usul ve esasını incelemek ve sonuçlandırmak hakkı görevli ve yetkili mahkemeye aittir. Bu nedenledir ki, bir tazminat isteminde raportör üyenin önce «y e t k i» konusunu araştırması gerekir. Eğer istem hakkında mahkemenin yetkili olduğunu saptarsa, ikinci olarak «s ü r e» hususunu incelemelidir. Zira istenin süresinde olup olmadığını değerlendirmek yetkili mahkemeye aittir.

bb) Esasın incelenmesi : Raportör üye istem süresi içinde yapılmışsa, «hüküm ve karar dosyasını altdırtmak, her türlü incelemeleri yapmak ve gerekiyorsa, tazminat isteminde bulunan kimseyi de dinlemek

640

suretiyle delilleri «toplar. (Tazminat Y. m. 3 f. 1) (52) Uygulamada raportör üyenin, bu topladığı bilgi ve delillerin sonucunu bir rapor haline getirmesi usulü benimsenmiştir ki, bunun, istemin kurulca incelenmesi sırasında çok yararı olduğunu müşahede ettiğimizi belirtmek isteriz.

a') Belgelerin doğruluğunun araştırılması : Yukarıda belirttiğimiz üzere, (53) istem sahibi dilekçesine «sübut delileri» ni bağlamak zorundadır. Raportör üye «her türlü incelemeyi» yaparken eklenen bu sübut delillerinin ve belgelerin, yani «maddi tazminata dayanak tutulan, dosyada mevcut vesika muhteviyatının gerçeğe uygunluk derecesini tahkik» (54) zorundadır. Bu konuda sadece dilekçeye ekli belgelerle yetinmek olurlu değildir. Ve bunların re'sen doğruluğunun araştırılmamasını Yargıtay bozma nedeni yapmaktadır. (55)

Aynı şekilde istem sahibinin sabıka kaydını da özellikle re'sen incelemek ve ilgili mahkeme dosyasını da bu yönden tetkik etmek gerekir. (56)

---

(52) «466 sayılı Kanunun 3. maddesi hükmüne göre, 2. maddede yazılı yetkili mahkemenin zarar istemine dair dilekçe üzerine, üyelerinden birisini işin incelenmesi ile görevlendireceği ve görevlendirilen üyenin istemin süresi içinde yapıldığını tesbit ettiği takdirde hüküm ve karar dosyasını aldırtmak, her türlü incelemeyi yapmak ve gerekiyorsa tazminat isteminde bulunan kimseyi de dinlemek suretiyle delilleri toplaması icap etmekte olup, halbuki hükmedilen maddi tazminata dayanak tutulan dosyada mevcut vesika muhteviyatının gerçeğe uygunluk derecesinin tahkiki ve bu hususta vesikalarda bahsi geçen gayrimenkulün kaydı bulunup bulunmadığının sorulması veya sair delillerle gayrimenkule sahip olmadığının tesbiti gerekirken böyle bir inceleme ve soruşturma yapılmadan maddi tazminata hükmedilmesi... yolsuzdur. «1. CD. 15/2/1966 13/301 s. ilamı CHTK sh. 6/1 vd.

(53) Bak. yuk. 2. Böl. 2, A, a,

(55) «Dâvacını n tevkif ve tahliye tarihleri gösterilmek suretiyle o günlerde bir reçberin günlük kazancının ne olduğunun mahalli ticaret odası ile tarım müdürlüğünden sorularak alınacak bilgilere göre tazminatın hesaplanması gerekirken köy muhtarını ilmuhaberle dayanılarak hüküm verilmesi, kanuna aykırıdır.» 5. CD. 27/4/1966 1123/1357 s. ilamı (Özel Dosya) Aynı mahiyette 5. CD. 22/4/1967 788/1261 s. ilamı RKD - 68/III - 2/2, ve yuk. Dipnot 52'deki 1. CD. kararı

(56) «Her ne kadar ...C. Savcılığının yazılarında dilek sahibi RK. nin sabıkasına rastlanmadığı bildirilmekte ise de, RK. mahkemede iki aylık mahkumiyeti olduğunu bildirmiş bulunmasına göre, bu cihetin araştırılması ve sabıkası olduğu anlaşıldığı takdirde bunun 466 sayılı K. nun 1/8. maddesinde bahsedildiği üzere aynı cinsten olup olmadığının tesbiti gerekirken yapılmayarak tazminata hükmedilmesi...» 1. CD. 15/2/1966 13/301 s. ilamı CHTK. sh 6/1

64

b) Belgelendirilmeyen istemlerin incelenmemesi : İstem sahibinin istemini belgelendirmemesi halinde, dilekçesinde belirttiği işine göre, raportör üyenin re'sen araştırmaya girmesi gerekmez, böyle bir zorunluğu yoktur. Dâvacı hiçbir delil göstermemişse dilekçesinin reddi gerekecektir. (Tazminat Y. m. 2 f. 3) İsteminin bir kısmını belgelendirmişse, belgelendirdiği kısım için gerekli araştırmanın yapılması, belgelendirmediği kısmın ise, hiç bir araştırmaya ve incelemeye tâbi tutulmaksızın reddi gerekir. (57)

cc) Raportör üyenin incelemeyi tamamlaması : Raportör olarak görevlendirilen üye yasanın öngördüğü bu inceleme ve delil topalama işlemini tamamlayınca, bunlardan edindiği sonucu bir rapor halinde düzenler ve dosyayı «yazılı düşüncesini bildirmesi için Cumhuriyet Savcılığına gönderir.» (Tazminat Kanunu m. 3 f. 1)

Cumhuriyet Savcısı yazılı düşüncesinde istemin kabulü, reddi veya kısmen kabulü gerektiğini ileri sürebilir. Cumhuriyet Savcısı soruşturmanın derinleştirilmesini de isteyebilir. (58) Yasada buna engel bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme bize göre, bu yazılı düşünce ile bağlı değildir ve Cumhuriyet Savcısı düşüncesinin kabul edilmemesi halinde kanunyoluna başvurmak hakkını haizdir. (59)

Burada son olarak şu hususu da belirtmek gerekir : Dâva dilekçesinin «Hazine» ye izafeten kanuni temsilcisine tebliğine lüzum yoktur. (60) Bu yoldaki teklif «lüzumsuz ve faydasız olduğu» gerekçesiyle tasarıdan çıkarılmıştır. (61)

c) İstemin Mahkemece incelenmesi : Raportör üye tarafından her türlü delili toplanan, ilgili ceza dosyası getirtilerek gerekli soruşturması tamamlanan dosya, Cumhuriyet savcısının da yazılı düşüncesi alındıktan sonra Mahkeme Kurulunca ele alınır. Mahkeme kurulu incelemeyi «duruşmasız» olarak belgeler üzerinde yapacaktır. (Tazminat Y. m. 3 f. 2) Bunun nedeni gerekçede, «.. aleni duruşmalarda yerine göre bir mah-

---

(57) Bak. yuk. Dipnot 36'daki 5. CD. ilamı

(58) Aynı görüşte : Kemaloğlu, age sh. 22

(59) Bak. aşa. D - Kararlara karşı kanunyolları bölümü

(60) «... 466 sayılı kanunda tazminat talebine ait dilekçenin hazineye tebliğ edileceğine dair bir hüküm de mevcut bulunmamış... olmasına» 1. CD. 16/11/1965 2291/2358 s. ilamı CHTK. sh. 2

(61) Bak. Çağlayan, Usul sh. 604'deki C. Senatosu geçici komisyon raporunun 4. maddesi

642

keme kararının incelenmesi veya üzerinde tartışılmasının doğuracağı mahzurları önlemek gayesine matuf bulunmaktadır.» şeklinde açıklanmıştır. (26)

Burada bir soruna eğilmek istiyoruz. Acaba Mahkeme istemi adli araverme içinde inceleyip sonuçlandırabilecek midir? Bu konuyu çözebilmek için istemin niteliğini dikkate almak gerekir inancındayız. İstem bir «dâva» olduğuna (63) ve adli aravermede görülebilecek mevattan sayılması gerektiğini gösterir özel bir hüküm de söz konusu bulunmadığına göre, istemin adli araverme sırasında Mahkemece incelenip sonuçlandırılamıyacağını kabul zorunludur. Nitekim Yargıtay'da aynı doğrultuda karar vermiş bulunmaktadır. (64) Ancak raportör üyenin hazırlık çalışmalarını adli araverme de yürütmesine bir engel olmamak gerektiği düşüncesindeyiz.

C — Sonuçta verilecek kararlar :

Mahkemenin sonuçta vereceği kararları, «Dilekçenin reddine» ilişkin kararlar ve «Esastan» verilecek kararlar olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutmak olurludur.

a) Dilekçenin reddi kararları : Tazminat dilekçesi «Yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hususları kapsamıyorsa» veyahutta «sübut delilleri» dilekçeye bağlanmamışsa, Mahkeme bu dilekçenin reddine karar verecektir. (65) Bu iki hususta bu şekilde karar verileceği yasada açıkça hükme bağlanmıştır. (Tazminat Y. m. 2 f. 3)

Bir de Mahkemenin istemi incelemeye kendisini yetkili görmemesi halinde vereceği yetkisizlik kararının, «dilekçenin yetki yönünden reddine» şeklinde olması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira bu durumda işin esası incelenmemiş, evvelemirde yetki meselesi sonuçlandırılmıştır. Dilekçenin yetki yönünden reddine karar veren Mahkemenin kararında yetkili mahkemeyi de açıkça göstermesi gerekir. Hem ceza, hem de hukuk usulü kuralları bunu emreder.

Burada üzerinde durulması gereken konu; yetkisizlik kararı veren mahkemenin tazminat dosyasını bu karar gereği kendiliğinden mi, yok-

(62) Bak. Çağlayan, Usul sh. 599

(63) Bak. yuk. 2 Böl. 2, A, c

(64) «Dâvanın niteliğine göre acele sayılacak hallerden bulunmamakla, adli tatil süresi içinde işin karara bağlanması suretiyle usul ve hüküm]ere muhalefet edilmesi, yasaya aykırıdır.» 1. CD. 15/10/1970 2768/2846 s. ilamı (Özel Dosya)

(65) Bak. yuk. 2. Böl. 2, A, a

643

sa dâvacının istemi üzerine mi yetkili görülen mahkemeye göndereceği hususudur. Birçok konuda olduğu gibi, bu mesele hakkında da 466 sayılı Yasada bir hüküm bulunmamaktadır. Bize göre, ceza mahkemesinde görülmesine rağmen işin mahiyeti hukuki olduğundan, dosyanın yetkili görülen mahkemeye gönderilmesi yine istem sahibinin talebine bağlı tutulmalıdır.

b) Esastan verilecek kararlar : Mahkemenin kendisini yetkili görmesi halinde verebileceği kararlar ise, istemin «reddine» veya «kabulüne» veyahutta «Kısmen kabulüne» ilişkin olmak üzere üç çeşit olabilir.

Mahkeme çeşitli nedenlerle istemin reddine karar verebilir. Örneğin, «süre»nin geçirilmiş olması, ya da dâvacının «aynı cins suçtan mahkûm olanlar, itiyadi suçlular ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getiren»lerden bulunması hallerinde istemi reddedecektir. Tazminat istemine esas olan işlemlere tamamiyle kendi ihmali veya kusurlu hareketleri ile sebep olan dâvacıların da istemlerinin reddine karar verilecektir. Bu durumda istem sahibi sebep olduğu masrafları ödemekle yükümlüdür. (Tazminat Y.m.7)

İstem sahibinin isteminde tamamen haklı görülmesi halinde ise, talebinin «kabulüne» karar verilmesi gerekir. Burada da şu hususu belirtmek yerinde olur : Mahkeme zarar görenin istemiyle bağlıdır. İspatladığı ve yerinde görülen her türlü zararı kendisine ödenecektir. Ancak, istemi, inceleme sonunda bulunan miktardan daha az ise, istenilen miktar aşılamıyacaktır. Dâvacı tutuk kaldığı günleri eksik bildirmiş ve her gün için yevmiye istemişse, maddi tazminat hesaplanırken dâvacının dilekçesinde bildirdiği bu eksik tutukluluk müddeti dikkate alınacaktır. (66)

Zarar gören, isteminin bir kısmında haklı bulunmuş veyahutta bir kısmını ispatlayamamışsa, haklı bulunduğu ve ispatladığı kısmın kabulüne, kalan kısmın da reddine karar verilmesi gerekir.

Mahkemenin kararlarının her iki halde de «g e r e k ç e l i» olması şarttır. (67)

c) Kararı izleyen işlemler : Mahkeme kararını duruşmasız inceleme sonunda vermiş bulunduğundan, bunun «ilgililerine» duyurulması zorunludur. Başka bir deyişle, gıyapta verildiğinden tebliği gereklidir.

---

(66) Aynı görüşte : Kemaloğlu, age sh. 23
(67) Erem, Usul sh. 428

«İlgili» deyimine «İstem sahibi (= Dâvacı)» nin dahil olduğu tartışma götürmez bir gerçektir. Eğer iş vekille izlenmişse Tebligat Yasası'nın hükmü gereği, kararın vekile tebliği gerekir.

Kararın bir diğer ilgilisi de «Cumhuriyet Savcısı» olduğundan savcılığa da tebliği icabeder. (68) Uygulamada savcılığa tebliğat, genellikle karar dosyasının «Görülmek üzere» tevdii şeklinde yerine getirilmektedir.

Mahkeme kararının «Hazine» ye tebliği gerekip gerekmeyeceği konusunda Yasada her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Evvelce de belirttiğimiz üzere, istemin incelenmesi sırasında dâva dilekçesinin hazine temsilcisine tebliğini emreden hüküm, gereksiz bulunarak yasadan çıkarılmıştır. Prof. Erem de açıkça hazinenin «müdahil» dahi olamıyacağı görüşündedir. (69) Ancak uygulama bunun tam tersinedir. Ve karar hazineye de tebliğ edilmekte; hazinenin karara karşı temyiz istemi Yargıtay'ca kabul edilerek, karar bu temyiz nedeniyle incelemeye tâbi tutulmakta ve gerektiğinde bozulmasına dahi karar verilmektedir. Ancak hazinenin hangi sıfatla temyize hakkı olduğu konusunda Yargıtay Daireleri arasında da tutarlık bulunmamaktadır. Meselâ Beşinci ve Altıncı Ceza Daireleri bu tür kararlara ilişkin ilâmlarında aynen, «...hükmün Yargıtayca incelenmesi (Dâvalı Hazine) ... tarafından istenilmekle...» demek suretiyle, hazineye «D â v a l ı» vasfı vermektedirler. (70) Buna karşılık Birinci Ceza Dairesi ise, kararlarında sadece «Hükmün Yargıtayca incelenmesi (Hazineye izafeten).. tarafından istenilmiş olmakla...» diyerek, hazinenin temyiz yetkisini hangi nedene dayandırdığını belirtmeksizin kabul etmektedir. (71) Ceza Genel Kurulu ise bu konuda bir kararının başlık kısmında «... son hükmün temyiz yolu la incelenmesi (Dâvalı Devlet Hazinesi) ni temsilen... tarafından...» diyerek Beş ve Altıncı Ceza Daireleri görüşünü tekrarlamakta, aynı kararın sonuç kısmında ise, bu defa «Aleyhine tazminata hükmolunan Hazinenin temyiz itirazlarının reddine...» demek suretiyle başka bir ifade tarzını benimsemiş olmaktadır. (72)

Bu duruma göre, «Hazine», her ne sıfat ve isimle olursa olsun Yüksek Mahkemece «fiilen» (i l g i l i) deyimine dahil edilmiştir ve şu andaki uygulama budur.

---

(68) Erem, Usul sh. 428 ve Kemaloğlu, age sh. 22
(69) Erem, Usul sh. 429
(70) 5. CD. 19/10/1971 4308/4344 s. ilamı; 6. CD. 18/5/1971 2636/2850 s. ilamı (Özel dosya)
(71) 1. CD. 29/9/1971 3710/3126 s. ilamı (Özel Dosya)
(72) CGK. 4/11/1968 270/338 s. ilamı ABD - 69 - 1/130

645

Bizce de, aleyhine tazminata hükmolunduğundan ve bunu ödemekle yükümlü tutulduğundan dolayı, Hazineye, tazminat kararını hiç değilse Yargıtay denetiminden geçirmek yetkisinin tanınması zorunludur ve sanıyoruzki, Yüksek Mahkemede bu zorunluluğu duyarak bu yolu seçmiş bulunmaktadır. Zira, bir yargı merciince belirli bir «şey» i ödemeye mahkûm edilen bir kimseye, bu karara karşı her hangi bir kanunyolu ve kendini savunma imkânının tanınmaması, hukukun temel ilkelerine ters düşen bir tutum olur ve «Bağımsız Yargı» kavramıyla asla bağdaşamaz.

D — **Kararlara karşı kanunyolları :**

a) Esastan verilen kararlarda : Mahkemece istemin esası hakkında bir karar verilmesi halinde «Temyiz yolu»na başvurulabileceği, 466 sayılı Yasanın 3. maddesinin son fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır. «Duruşmaya taalluk etmeyen bir karar bahis konusu olduğuna göre temyiz değil, itiraz yolu düşünülebilirdi. Fakat kanunun gerekçesinde Yargıtaya bu suretle tatbikatta yeknesaklık sağlamak imkânının verildiği ve yargıca tazminat hakkına daha büyük bir teminat sağlandığı bildirilmektedir.» (73)

Yasaya göre temyiz yoluna tebliğden itibaren «b i r h a f t a» içinde başvurulabilecektir. (Tazminat Y. m. 3 f. son) Cumhuriyet savcısı dışındaki ilgililerin «depo parası» şartını da yerine getirmeleri gerekir.

Gerek yasa, gerekse gerekçesinde kimlerin temyiz yoluna gidebilecekleri konusunda açık bir hüküm ve izahat bulunmamaktadır. Bununla beraber «İstem sahibi (=Dâvacı)» ile «Cumhuriyet Savcısı»nın temyiz yoluna gitmeye hakları olduğunu kabul zorunludur. (74) Burada üzerinde durulması gereken konu «Hazine»nin bu kararı temyiz yetkisine sahip olup olmadığı sorunudur. Yukarda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi, (75) Yüksek Mahkeme hazinenin esastan verilen tazminat kararlarını temyiz yetkisini fiilen kabul etmiş bulunmaktadır. Bu nedenledirki, esastan verilen tazminat kararlarına karşı uygulamada istem sahibi ve Cumhuriyet savcısının yanısıra, hazinenin de temyiz yoluna başvurma hakkı vardır.

Burada son olarak temyiz yoluyla incelenmesi mümkün bu kararların Yargıtay'da hangi dairelerce inceleneceği konusunu belirtmek istiyoruz. Bunun bilinmesinde pratik yarar vardır.

---

(73) **Erem, Usul sh. 428 vd.**
(74) **Erem, Usul sh. 429; Kemaloğlu, age sh. 22**
(75) **Bak yuk. 2. Böl. 2, C, c**

646

Yargıtay'da tazminat istemleri, temyiz üzerine «Tazminat talebine esas tutulan ceza kovuşturmasının niteliğine» (76) göre ilgili dairece incelenmektedir. Yani tazminat istemine esas olan suçu hükümlülük halinde incelemek hangi ceza dairesinin görevine giriyorsa, tazminat kararını da o daire temyizen tetkik edecektir. Meselâ tazminata esas ceza kovuşturmasında suç adam öldürme olarak nitelendirilmişse, tazminat isteminin temyizi üzerine dosyayı, adam öldürme suçlarının temyizde inceleme mercii olması bakımından, Birinci Ceza Dairesi tetkik edecektir.

b) Dilekçenin reddi kararlarında: Mahkemece hangi hallerde dilekçenin reddine karar verilebileceğini yukarıda incelemiştik. (77). Bu tür kararlara karşı hangi kanun yoluna başvurulacaktır? Yasada bu konuda her hangi bir hüküm yer almamıştır. Şöyleki, dilekçenin reddine karar verilmesi gereken durumları 466 sayılı Yasanın 2. maddesi hükme bağlamış bulunmakta, fakat maddede, bu kararlara karşı konunyoluna gitme imkânının bulunup bulunmadığı ve bu imkân varsa başvurulacak kanunyolunun hangisi olduğu konularında her hangi bir kurala rastlanılmamaktadır. Gerekçede de bir açıklık yoktur. Yukarda incelediğimiz, esasa ilişkin kararlara karşı temyiz yolunu açan 3. madde hükmünü de kıyasen uygulamak bizce mümkün değildir. Zira 3. madde açıkça, gerekçede de belirtildiği üzere, tazminatın esasına ilişkin mahkeme kararlarında birlik, yasakoyucunun deyimiyle, yeknesaklık sağlamak amacıyla konulmuştur ve bu nedenle tazminat istemini esastan halleden kararlara mahsustur. Orada duruşmaya taalluk etmeyen bir karar söz konusu olduğuna ve temyiz yolunun açık bulunduğuna ilişkin sarih bir hüküm de mevcut olmadığına göre, dilekçenin reddi kararlarına karşı «itirazyolu» açıktır.

Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne gelince; kararlarının büyük bir kısmı dilekçenin reddi kararlarının kabili itiraz kararlardan olduğu doğrultusundadır. (78) Bununla beraber, arızi de olsa, dilekçenin reddi kararını temyiz yoluna tâbi kararlardan sayıp inceleyen içtihatlarada

---

(76) Yargıtay Ceza Başkanlar Kurulu'nun 3/7/1965 gün ve 1/1 s. kararı, CHTK. sh. 4

(77) Bak. yuk. 2. Böl. 2, C, a

(78) «466 sayılı Kanuna göre tazminat isteğini ihtiva eden dilekçenin (... kanuni şartları ihtiva etmemesinden dolayı...) reddine dair olan kararların temyiz kabiliyeti bulunmadığından dâvacı tarafından verilen temyiz dilekçesi olarak kabulü ile vazifeli itiraz merciine tevdi edilmek üzere dosyanın bilâtetkik mahalline iadesine...» 4. CD. 23/5/1970 3396/3879 CHTK. sh, 6/4; aynı mahiyette 6. CD. nin kararı için bak. Dipnot 40'taki karar

rastlanmaktadır.(79) Bu konudaki görüşlerin aynı noktada toplanması ve tek-tük de olsa, mevcut tutarsızlıkların giderilmesi uygulama yönünden büyük yarar sağlayacaktır.

Dilekçenin reddi kararlarına karşı itiraz yoluna istem sahibi başvurabileceği gibi, düşüncesinin benimsenmemesi halinde, Cumhuriyet savcısının da bu yola gitmesi mümkündür.

İtirazı inceleyecek merci ise, kararı veren ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesidir. (CMUY. m. 299/1-3)

3 — TAZMİNİ İSTENİLECEK ZARARLAR

A — Genel olarak :

466 sayılı Yasada (M. 1 bent 7) ve dayanağı, Anayasa'nın 30. maddenin son fıkrasında, haksız tutuklananların «uğrayacakları her türlü zararlar'ın Devletçe ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bu kavrama dâvacının her türlü «maddi zarar»ının dahil olduğunda şüphe yoktur. «Manevi zarar» ın da bu kavram içinde düşünülmesi gerekip gerekmediği konusunda, başlangıça uygulamada bir tereddüt geçirilmişse de, Yargıtay «her türlü zarar» deyimine mânevi zararın da girdiğini belirterek konuyu açıklığa kavuşturmuştur. (80)

Mahkeme, gerek maddi gerekse mânevi zarar istemleriyle bağlıdır. İşin mahiyeti hukuki olduğundan, genel bir hukuk usulü ilkesi olan «sistemin aşılamıyacağı» kuralı gereğince, hiçbir şekilde istemden fazlaya hükmedemiyecektir. Ayrıca mahkeme «ek bir taleple ilgilinin istediği miktarı arttıramaz.» (81)

---

(79) Nitekim Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'nden sübut delillerinin bağlanmaması nedeniyle dilekçenin reddine ilişkin olarak verilen kararı, dâvacının vaki temyizi üzerine 5. Ceza Dairesi incelemiş ve 19/2/1971 gün v 508/489 sayılı ilâmıyla «466 sayılı kanun hükümlerine göre yapılan inceleme sonunda ittihaz olunan karar kanuna uygun görüldüğünden dâvacının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğname gibi onanmasıa...» diyerek kararı temyize tabi bir karar sayarak tetkik ve tasdik etmiştir. (Özel Dosya)

(80) «... 466 sayılı Kanunda (her türlü zararlar) ibaresine mânevi zararın da dahil olduğu şüphesiz bulunduğu gibi, bu kanunun Büyük Millet Meclisi'ndeki müzakeresi sırasında bu hususa işaret edildiği de anlaşılmıştır...» 1. CD. 11/11/1965 2307/2333 s. ilamı RKD-67/III-2/101 vd. Aynı mahiyette : 5. CD. 27/4/1966 1123/1357 s. ilamı (Özel Dosya); 6. CD. 30/9/1965 5209/5342 s. ilamı (HTK. sh. 6/2) 7. CD. 5/5/1966 810/1071 (Algan, Ceza sh. 749)

(81) Erem, Usul sh. 424

Tazminatın verilmesinde, herkese, her hangi bir ayrım düşünmeksizin, tutuk kalınan her bir gün için belirli bir miktarın ödenmesi düşünülebileceği gibi, zarara uğrayanın gerçekten maruz kaldığı ve ispatladığı zararının ödenmesi de bir ilke olarak kabul edilebilir, Bizde yasakoyucu uğranılan ve ispatlanan her türlü zararın ödenmesi usulünü benimsemiştir hi, hak ve adalete en uygun düşen sistemde bizce budur. Bu arada 466 sayılı Yasa çıkarılmadan önce doktrinde «tazminatı belli sınırlar içinde kabul eden görüş» te önerilmiştir; ki bu sisteminde bir çok yararlı tarafları mevcuttur. (82)

B — **Maddi zarar :**

Tazmini istenebilecek maddi zarara, her şeyden evvel dâvacının tutuklanması nedeniyle uğradığı «kazanç kaybı» girer. Haksız tevkife uğrayanın belirli bir iş sahibi olması halinde uğranılan kazanç kaybının tesbiti oldukça kolaydır. Uygulamada genellikle çiftçilik ve hayvancılıkla uğraşan kimselerin uğradıkları zararın tazmini istenilmektedir. Memleketimizin nüfus ve ekonomik durumu göz önünde tutulacak olursa, bu yoldaki istemlerin çok büyük bir kısmının böyle olması olağan karşılanmalıdır.

Bu tür istemlerde, yani çiftçilik ve hayvancılıkla uğraşan kimselerin dâvalarında bizim uyguladığımız yöntem, o çevrenin tarıma elverişli olan ve olmayan yaz ve kış günlerini mahalli ziraat teşkilâtından, yaz ve kış yevmiyeleriyle birlikte sormak ve bir ziraatçi bilirkişi aracılığıyla, bir yıldaki yaz ve kış «tarım işgünlerini» saptayarak, tutuk kalınan süreyi bir tam yıla oranlayarak, istem sahibinin uğradığı kazanç kaybını belirlemek şeklindedir ve Yüksek Mahkemenin denetiminden de geçmiştir. (83)

Haksız tutuklamanın dayanağı olan ceza dâvası için avukata ödenen ücreti vekâletin de maddi zarar kapsamı içine girdiği Yargıtay içtihatlarıyla da benimsenmiş ve kesinlik kazanmış bir husustur. (84) Bize göre, Yargıtay mürafaa ücretini de, maddi zarar kapsamı içinde düşünmek gerekir.

---

(82) Alacakaptan, sh. 218 (Erem, Usul sh. 425'den naklen)

(83) Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi'nden bu şekilde verilen kararları onayan ilamlar : 1. CD. 29/9/191 2962/3119 s. ilamı; 6. CD. 19/10/1971 5552/5714 s. ilamı; (Özel Dosya)

(84) «... Beraetle neticelenen dâvada vekile ödenen vekâlet ücretinin hazineden tahsiline karar verilmemesi, bozmayı grektirmiştir.» 4. CD. 4660/6660 s. ilamı, CHTK. sh. 6/4; aynı mahiyette 6. CD. 16/10/1971 5659/5649 s. ilamı (Özel Dosya)

649

Haksız tutuklamaya esas olan ceza dâvası nedeniyle yapılan ve uğranılan diğer zararda maddi zarar kavramına dahildir ve belgelendirilmesi halinde tazmini zorunludur. (85)

C — **Mânevi zarar:**

Yukarda da belirttiğimiz üzere, haksız tutuklanan kimsenin bu nedenle uğradığı zarar sadece maddi kaybından ibaret değildir. Maddi zararının yanı sıra, bir de bu haksız tutuklama nedeniyle duyduğu üzüntü ve acı söz konusudur. Bu üzüntü ve acının bir ölçüde de olsa telâfisi için kendisine ayrıca mânevi tazminat da ödenmelidir.

Yüksek Mahkeme, gerek Anayasa'da gerekse 466 sayılı Yasada açık ve kesin bir şekilde «her türlü zarar» dan söz edilmiş olması nedeniyle, haksız tutuklananlara, istem halinde mânevi tazminat da verilmesi gerektiğine karar vermiştir. (86)

Mânevi zararın tâyin ve takdiri mahkemeye aittir. Mahkeme, bu takdir yetkisini kullanırken, genel hukuk ilkelerinden yararlanacağı gibi, ayrıca haksız tutuklamaya maruz kalanın sosyal ve ekonomik durumunu, üzerine yüklenen ve ceza kovuşturmasına konu olan suçun nitelik ve mahiyetini de göz önünde bulunduracaktır. Tutuk kalınan süre de mânevi tazminat takdirine etkili önemli bir diğer husustur.

«Mânevi tazminat eylem sonunda doğan mânevi zararla orantılı ve adil bir miktarda olması gerekir.» diyen Yargıtay, «Bu adil ölçüyü aşan tutara hükmedilmesi tazmin sınırlarını aşan bir sebepsiz zenginleşme meydana getirir ki bu da tazmin prensiplerine aykırı düşer. O halde... tevkifi sonunda meydana gelen ruhi elem ve acıya karşılık hüküm altına alınan mânevi tazminat fâhiş olduğundan hükmün bozulması gerekir.» demek suretiyle gerektiğinde mânevi tazminatı da denetlemek zorunda kalmıştır. (87)

---

(85) «... **Haiz olduğu vekaletnameye müsteniden müvekkili ile temas edip müvekkilinin tevkifine ait karara itirazda bulunmuş olan avukatın bu sebeple Pazaryeri kazasına ve deruhte ettiği dâva zımnında Bilecik'e ve mürafaa için Ankara'ya gitmiş olmasına göre, tazminat dilekçesine bağladığı vesikaların (makbuz ve faturanın sıhhatını araştıracak olan rapörtör üyenin raporu gözönünde tutulmak suretiyle) muhtevasının aynen kabulüne veya bunun muhik olmayan kısmının reddine karar vermesi mahkemenin görev ve yetkisine dahil olduğundan mübrez 1500 liralık makbuz ve faturanın sıhhati hakkında araştırma yapılması ve hükme bağlanması icabederken yerinde olmayan mülahazalarla reddine karar verilmesi, kanuna muhaliftir.» 5. CD. 22/4/1967 788/1261 s. ilamı RKD. 68/III - 2/2 vd.**

(86) **Bak. yuk. Dipnot 80'deki kararlar**

(87) **6. CD. 12/9/1968 3041/4706 s. ilâmı RKD - 68/III - 2/83**

Mahkeme yukarda belirttiğimiz neden ve şartları göz önünde tutarak mânevi tazminat olarak belirli bir miktara, istemi aşmamak kadıyla, hükmedecektir. (88) Tazminata esas olan ceza kovuşturmasındaki suçun «Taksirli Suçlar» dan olması mânevi tazminat tâyinine engel sayılmamalıdır. (89) Zira yasada öngörülen husus, bir suçtan dolayı haksız tutuklanmış olmaktır. Bunun kasti veya taksirli suçlardan doğması diye bir ayrım yapılmamıştır. Ancak mânevi tazminat miktarının tesbitinde, bize göre, suçun niteliği ve mahiyeti açısından, bu husus titizlikle göz önünde tutulmalıdır.

4 — TAZMİNAT DÂVALARINDA HARÇ VE VEKÂLET ÜCRETİ

A — Harç sorunu :

Mahkemece yapılan inceleme sonunda tazminata hükmedilmesi halinde, «başvurma ve nisbi harç» alınmasına da karar verilecek midir, yoksa verilmeyecek midir?

Bu konulardan ilkinde her hangi bir anlaşmazlık söz konusu değildir ve tazminat dâvalarında «başvurma harcı» alınmayacağı kesinlik kazanmıştır. (90)

Nisbi harç konusuna gelince, Yargıtay Özel Daireleri arasında bu meselede görüş ayrılığı mevcuttur. Birinci Ceza Dairesi başlangıçtan beri, tazminat dâvalarında nisbi harç alınmaması gerektiği görüşündedir ve bu tutumunu birçok kararında açıkça belirtmiştir. (91) Tazminata ilişkin olarak verilen ve nisbi harç alınmasına gerek görülmeyen mahalli mahkeme kararlarını onamak suretiyle Beşinci Ceza Dairesi de aynı görüşü benimsemektedir. (92)

Buna karşılık Altınca Ceza Dairesi ise, tazminat kararlarında nisbi harca hükmedilmesi gerektiğini kabul etmektedir. (93)

---

(88) **«Manevi tazminatın çekilen üzüntüyü karşılamak amacı güttüğü gözetilmeden kanuna uymayan gerekçelerle gündeliği beş lira üzerinden manevi tazminat hükmedilmek süretiyle hüküm kurulması, Yasaya aykırıdır.» 1.CD. 8/5/1968 1149/1350 s. ilamı (Özel Dosya)**

(89) **4. CD. 4660/6660 s. ilamı CHTK. sh. 6/4**

(90) **1. CD. 5/5/1966 810/1071 s. ilamı RKD - 66/III - 2/114 vd.**

(91) **1. CD. 15/2/1966 13/301 s. ilamı CHTK. sah. 6/1 vd. ve yine 1. CD. 14/11/1967 2701/2731 s. ilamı RKD - 68/III - 2/64 vd.**

(92) **5. CD. 19/10/1971 4308/4344 s. ilamı (Özel Dosya)**

(93) **6. CD. 18/5/1971 2636/2850 s. ilamı ile 16/10/1971 5659/5649 s. ilamı (Özel Dosya)**

Bize göre, işin özelliği ve niteliği göz önünde tutulacak olursa, tazminat dâvalarında nisbi harca hükmetmek mümkün değildir. Bu içtihat aykırılığının bir an önce giderilmesi uygulama yönünden zorunludur. (94)

B — **Vekâlet ücreti sorunu :**

Tazminat dâvalarında hâlâ kesinlik kazanamamış olan bir diğer hususta, bu dâvalarda hükmedilecek vekâlet ücretinin ne olacağı konusudur.

Bir işin yargı mercileri önünde vekille izlenmesi halinde, sonuçta tarifeye göre bir vekâlet ücretine hükmetmek zorundadır. Bu nedenledir ki, Yargıtay 466 sayılı Yasaya göre ileri sürülen tazminat istemlerinin bir vekille izlenmesi halinde vekâlet ücreti verilmesini ilke olarak kabul etmekte ve bu noktada daireler arasında her hangi bir anlaşmazlık bulunmamaktadır.

Anlaşmazlık, hükmedilecek vekâlet ücretinin niteliğini tâyin konusunda belirmektedir. 466 sayılı Yasanın uygulanmasına başlandığından beri bu konuda gerek daireler arasında, gerekse her hangi bir dairenin kendi kararları arasında büyük tutarsızlıklar vardır.

Meselâ, tazminata ilişkin bir kısım Yargıtay kararlarında «nisbi vekâlet ücreti» ne hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir. (95) Mahkemenin kararında hem nisbi hem de maktû vekâlet ücretini karar altına aldığı ve bunun Yargıtay'ca benimsendiği de görülmüştür. (96)

Son zamanlarda Birinci Ceza Dairesi bu çeşit dâvalarda ne maktû, ne de nisbi vekâlet ücretini kabul etmemekte ve vekil ücreti olarak asgari ücret tarifesindeki «Dileçke yazma ücreti»ne hükmedilmesini istenektedir. (97) Dilekçe yazma ücreti şeklinde hükmedilen vekâlet ücretini taşıyan mahkeme kararlarını onamak suretiyle Altıncı Ceza Dairesi de bu görüşü benimsemektedir. (98) Bunlara karşılık Beşinci Ceza Dairesi

---

(94) Bu konuda bak. Saatçioğlu, AD 1971 - 11 sh. 732 vd.

(95) 1. CD. 4/3/1970 625/643 s. ilamı, AD 1971 - 1 sh. 52

(96) 6. CD. 9/10/1969 5588/5631 s. ilamı AD. 1971 - 1 sh. 53

(97) «... Her ne kadar bu tazminat davası için 750 lira vekâlet ücreti tayin olunması yolsuz ve hazine vekilinin temyiz itirazları bu itibarla varit ise de, bu yolsuzluğun usul kanununun 322 maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün görülmüş olduğundan karar tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi 2. grup 1. kısmın 1. bölümünün 7 sayılı paragrafına göre mezkür vekâlet ücretinin 200 liraya indirilmesi suretiyle kararın onanmasına...» 1.CD. 16/12/1970 3780/3466 s. ilamı (Özel Dosya)

(98) 6. CD. 18/5/1971 2636/2850 s. ilamı (Özel Dosya)

652

ise, tazminat dâvalarında ağır ceza mahkemeleri maktû vekâlet ücretinin karar altına alınması gerektiği görüşündedir. (99)

Bir uygulamacı olan Saatçioğlu, bu dâvalarda nisbi avukatlık ücretinin takdiri gerektiği düşüncesindedir. Bize göre ise, işin evrak üzerinde duruşmasız incelenip çözümlenmesi göz önünde tutulacak olursa, vekilin de dilekçe yazmaktan öte bir hukuki mesaisi bulunmaması karşısında, pratik bir çözüm olarak dilekçe yazma ücretinin, vekâlet ücreti olarak kabulü doğru olur.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, bu içtihat aykırılıklarının bir an önce içtihatları birleştirme yoluyla giderilmesi uygulayıcılar yönünden zorunlu ve şarttır.

Burada son olarak, birkaç istem sahibinin işini tek dilekçe ile bir vekil izlemişse, her müvekkili için ayrı ayrı değil, hepsi için tek vekâlet ücretinin karar altına alınması gerektiğini belirtmek isteriz. (100)

5 — YASANIN YÜRÜRLÜK SORUNU

466 sayılı Yasanın yürürlüğe giriş tarihi olan 15/5/1964 tarihinden bu yana epey süre geçmiş olmakla beraber, uygulamada çeşitli nedenlerle henüz sonuçlanmamış ve içinde bu yasanın yürürlük tarihinden evvel vaki olmuş tutuklamalar bulunan dâvaların bulunabileceğini düşünerek, bu sorun üzerinde de, kısaca da olsa, durmak gerekmiştir.

İstem sahibinin 466 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce tutuklanıp salıverilmesi halinde, hakkındaki esas hüküm, yasanın yürürlük tarihinden sonra verilmişse «Tevkife ilişkin tazminat hakkı, yürürlük tarihinde doğmuş bulunduğundan» (101) tazminata hükmetmek

---

(99) «Avukatlık asgari ücret tarifesinin 2. grup, 2. kısım, 2. bölüm ve 6 numaralı paragrafına göre vekalet ücreti tayini icap ederken yazılı olduğu şekilde (yani dilekçe yazma ücreti olarak 200 lira) vekâlet ücretine hükmolunması davacı tarafından temyiz olunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.» 5. CD. 19/10/1971 4308/4344 s. ilamı (Özel Dosya)

(100) «... Her ne kadar iki davacı kendilerini bir tek vekil ile temsil ettirmiş olmalarına göre, yalnızca bir tek maktu avukatlık ücreti tayin edilip aralarında paylaştırılması icap ederken her iki davacı lehine ayrı ayrı avukatlık ücretleri takdir ve hükmedilmesi yolsuzdur.» 1.CD. 8/11/1967 2544/2688 s. ilamı, Algan, Ceza sh. 749 vd. Karşı görüş için bak Saatçioğlu AD 1971 - 1 sh. 55

(101) 4. CD. 23/6/1967 2347/3917 s. ilamı CHTK. sh. 6/1

gerekecektir. Yüksek Mahkemenin bu konudaki içtihatları aynı doğrultudadır. (102)

Nitekim bu görüşün ışığı altındadır ki, Yargıtay, 466 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce tutuklanıp, yürürlük tarihinden sonra salıverilen bir kişinin istemini; yürürlük tarihinden önceki devre için red, sonraki devre için kabul yoluna seçen mahalli mahkeme kararını, «mevkufiyet müddetinin kül halinde mütalâa edilmesi icap edip, muayyen noktada ikiye tefrik edilerek, bir kısım hakkın ziyaa uğratılmasının sözü edilen (466 sayılı) kanunun ruh ve maksadına aykırı düşeceği aşikâr bulunmasına göre, dâvacının mevkuf kaldığı günlerin tamamı nazara alınarak tazminat hükmedilmek gerekir.» diyerek bozmuş ve konuyu bir kere daha açıklığa kavuşturmuştur. (103)

6 — YASANIN DİĞER HÜKÜMLERİ

Yasanın 5. maddesi «Haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmesi sebebiyle tazminat alanlardan aynı işten dolayı haklarında yeniden dâva açılanlara ve beraet kararı sebebiyle tazminat alanlardan beraet hükmü aleyhine muhakemenin iadesi isteminin kabulü ile haklarında yeniden duruşma yapılmasına karar verilenlere» nasıl davranılacağını hükme bağlamaktadır. Bu maddeye göre, ilgilinin malları üzerine yukarıda belirtilen durumlarda hazinece ihtiyati haciz konulabilecektir. Prof. Erem, haciz kararını ağır ceza mahkemesinin verebileceği görüşündedir. (104) Madde açıkça «konulabilir» dediğine göre, durumun takdiri mahkemeye aittir. Yani mutlaka bu hallerde ihtiyati haciz konulacaktır denemez. Sonuçta dâvacı beraet ederse, konulmuşsa, ihtiyati haciz kalkar. Hükümlendirilirse kendisine ödenmiş olan tazminat her hangi bir hükme gerek olmaksızın hazinece geri alınır. İhtiyati haciz uygulanmışsa genel hükümler

(102) «466 sayılı kanun tutuklandığı suçtan beraet eden kimsenin tutuklanmasında ihmali veya kusurlu hareketi bulunmadığı takdirde tazminat hakkının hüküm altına alınmasını öngörmüş olup, sosyal adalet ilkesine dayanan bu hakkın önce Anayasa ile benimsiyerek yürürlüğe konmuş bulunması karşısında adı geçenin tutuk kaldığı günlerin 466 sayılı kanunun uygulanmasından önceki zamanlara tesadüf etmesi tazminat hakkından yoksun tutulmasını gerektirmediğinden... usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...» 6. CD. 10/2/1966 571/446 s. ilamı CHTK. sh. 6/2; aynı mahiyette CGK. 26/6/1967 157/174 s. ilamı IKD - 67/5697 vd.

(103) 6. CD. 17/11/1965 6576/6893 s. ilamı Özütürk, Ceza C : 3 sh. 851 vd.

(104) Erem, Usul sh. 429 ; Kemaloğlu, age sh. 25 vd.

654

tatbik olunur. (Tazminat Y. m. 5 f. son) Bu geri almada bize göre kamu alacakları hakkındaki yasa hükümleri uygulanmalıdır. (105)

Sonradan açılan dâva veya yargılamanın geri gelmesi dâvası sonunda, hükümlülüğe karar verilmekle birlikte mevcut tutukluluk hükümlülükten daha fazla ise, nasıl davranılacaktır? Yasada bu konuda bir açıklık yoktur. Mahkûmiyet sonucu tazminat geri alınacağından, ilgilinin tekrar başvurup fazla yattığı sürenin tazminini istemesi olurludur. (106)

Yasanın 6. maddesi «Bu kanun hükümleri disiplin yönünden yapılan tutuklamalar ve alınan tedbirlere uygulanmaz.» hükmünü taşımaktadır. Bu madde, 466 sayılı Yasanın dayanağı olan Anayasa'nın 30. maddesinin görüşülmesi sırasında ileri sürülen düşünceleri yansıtmaktadır. (107) Disiplin suçlarından açıkça söz edilmiş bulunduğundan ve çeşidi hakkında da her hangi bir ayrımda yapılmadığından her nevi disiplin suçu buraya dahildir.

Yasa, 8. maddesi ile, yabancı uyrukluların tazminat isteminde bulunabilmeleri için, «mütekabiliyet şartı»nın varlığını gerekli kılmıştır. Bu nedenledir ki, böyle bir imkân o kişinin uyruğunda olduğu devletçe Türk Vatandaşları için tanınmamışsa, o kimseye tazminat verilemiyecektir.

Yasanın 9. maddesi yürürlükle, 10. maddesi de yürütme ile ilgili hükümleri muhtevidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

466 SAYILI YASADAN DOĞAN DİĞER SORUNLAR VE ELEŞTİRİLER

1 — UYGULAMADA BELİREN SORUNLAR

A — Af'la kalkan bir suçun varlığı :

Uygulamada beliren ve hakkında yasada açık bir hüküm bulunmayan bir meselede, afla kalkan bir suçun varlığı halinde haksız tutuklama tazminatının nasıl halledileceği konusudur. Yargıtay kararları da bu noktada tutarlı ve kesin bir mahiyet arzetmemektedir.

---

(105) Bak. aynı görüşte : Kemaloğlu, age sh. 25
(106) Kemaloğlu age sh. 25 vd.
(107) Bak. Öztürk, Anayasa C : 2 sh. 1624 vd.

655

Birinci Ceza Dairesi'nin bir kararına göre, beraete konu suçun yanısıra affın kapsamına giren bir diğer suç varsa, meseleyi şu iki duruma göre ayrı ayrı değerlendirmek gereklidir: Eğer tutuklama ve bunun devamına ilişkin karar, affın kapsamı dışında kalan ve beraetle sonuçlanan suçun yanı sıra, afla kalkan suça da dayandırılmışsa; bu durumda tutukluluk süresi de afla kalkan suçun asgari haddinden daha aşağı ise - tazminata hükmetmek mümkün değildir. Yok tutuklama ve bunun devamına ilişkin karar, sadece affın kapsamı dışında kalan ve beraetle sonuçlanan suça inhisar ettirilmişse, afla kalkan suçun varlığı tazminat istemine engel sayılamaz. (108) Aynı Dairenin bir diğer kararında da yine aynı kıstasın esas alındığı anlaşılmaktadır. Bu karara göre, adam öldürmeye eksik kalkışma ve 6136 sayılı Yasaya aykırı davranıştan hakkında son soruşturma açılan dâvacının, öldürmeye kalkışmaktan beraetine karar verilmekle beraber, tutukluluğunun devamına, affın kapsamına giren 6136 sayılı Yasaya aykırı davranış suçu nedeniyle de karar verilmiş bulunması ve tutuklu kalınan süre de, 6136 sayılı Yasaya aykırı davranış sucunun asgari haddinden aşağı olması sebepleriyle istemin reddine ilişkin mahalli mahkeme görüşü doğru ve yerinde kabul edilerek onanmıştır. (109)

Beşinci Ceza Dairesi ise, benzer bir konuda af yasasının yürürlük tarihini esas almakta ve affın yürürlüğe girmesinden sonraki tutukluluğun tazmini gerektiğini benimsemiş bulunmaktadır. (110)

Bize göre, tutukluluk ve devamı kararı, afla kalkan suça da dayanıyorsa ve tutuk kalınan süre, affın kapsamına giren suçun cezasının asgari haddinden de az ise, tazminata hükmolunmaması; tutukluluk sadece beraet edilen suça ilişkin olarak verilmiş ve devam ettirilmişse, tazminat verilmesi yolundaki görüş, hukuk ilkelerine ve 466 sayılı Yasanın konuluş amacına uygun bir yorum tarzıdır.

B — **Askeri Yargıdaki tutuklamalarda tazminat :**

466 sayılı Yasada, askeri yargının tutuklamalarına uygulanıp uygulanmayacağı konusunda her hangi bir hüküm yer almamış bulunmaktadır. Geçici Komisyon gerekçesinde bu konuda, «Askeri yargıya tâbi kimseler için de bu kanun hükümlerinin uygulanacağı tabii»dir denilmiş olması, (111) ve tazminatın dayanağı Anayasa'nın 30. maddesinin

(108) 1. CD. 11/11/1965 2307/2333 s. ilamı RKD - 67/III - 2/101 vd.
(109) 1. CD. 8/3/1967 430/565 s. ilamı RKD - 68/III - 2/53 vd .
(110) 5. CD. 28/11/1967 3314/3598 s. ilamı RKD - 68/III - 2/10 vd.
(111) Erem, Usul sh. 426'da (ç) bölümünden naklen

656

Kurucu Meclis'te görüşülmesi sırasında, Anayasa Komisyonu Sözcüsünün açıklamaları (112) göz önünde tutulacak olursa, askeri yargıdaki haksız tutuklamalar nedeniyle de 466 sayılı Yasaya göre tazminat istenebileceğini kabul zorunludur. Nitekim Yüksek Mahkeme de bu hususu açıkça kabul ederek tereddütleri tamamen gidermiştir. (113)

Bu halde de görevli mahkeme yine ikametgâh Ağır ceza mahkemesidir. «Sıkı yönetim halinde yetkili mercilerin tutuklamaları için tazminat istenemiyeceğine dair teklif son metinde kabul edilmemiştir.» (114)

2 — YASA ÜZERİNE GENEL ELEŞTİRİLER VE SONUÇ

Hükümlerini incelemeye çalışırken de yer yer belirttiğimiz üzere, 466 sayılı Yasa, önemli bir çok konuda her hangi bir hüküm koymamış olmakla, yer yer boşluklar taşıyan ve bu nedenle de, uygulandıkça çözümü gereken güç sorunlar getiren bir kanundur. Yasanın, daha ayrıntılı, açık ve kesin hükümlerle donatılmış olması beklenirdi.

466 sayılı Yasa hakkındaki bu düşüncemizi, Yasayı uygulama durumunda olan tatbikatçılarımız ile, bu konuya eğilen ilim adamlarımızın paylaşacakları inancındayız.

Her ne kadar beliren sorunların yargılama yorumu ile doldurulması mümkün gibi görünürse de; gerek içtihat aykırılıklarının daima söz konusu olacağı, gerekse bir noktadan sonra da doğan sorunların ancak yasama organınca çözülebilecek nitelikte bulunması nedenleriyle, bu yolu da yeterli bulmak ve görmek olurlu değildir.

Tazminat istemlerinde hazinenin yer ve sıfatının tam olarak saptanması, meselenin hukuki niteliğinin açıkça belirlenmesi, bunun doğal bir sonucu olarakta hüküm bulunmayan hallerde hangi usul yasasının uygulanacağının açıklığa kavuşturulması; af, zamanaşımı ve vazgeçme ile düşme hallerinde durumun ne olacağının tesbiti, esas hüküm dışında dilekçenin reddine dair verilen kararlara karşı hangi kanunyolunun açık olduğunun ve özellikle bu başvurmanın süresinin ne olacağının bir kesinliğe kavuşturulması, aynı cins suçtan mahkûm olmak, itiyadi suçlu ve suç işlemeyi meslek veya geçinme aracı haline getirmek kavramlarının tam bir tanımının yapılması ve bunun gibi sorunlar, bir

(112) Bak. Öztürk, Anayasa C : 2 sh. 1625
(113) CGK. 26/10/1964 461/341 s. ilamı (ABD. 65/356 ile 26/6/1967 157/174 s. ilamı (IKD - 67/5697 vd.)
(114) Erem, Usul sh. 418

6572

an önce çözümlenmeye muhtaç hususlardır. Ve uygulama bunu beklemektedir.

Harç, vekâlet ücreti ve esas işlemi yapan mahkeme kavramından ne anlaşılması lâzım geldiği konularında da, Yüksek Mahkemenin bir an önce tek görüşe ulaşması; tutuklamada ve tutukluluğun devamında kusur ve ihmal kavramlarının açık, seçik ve ilke niteliğindeki içtihatlarla aydınlığa kavuşturulması, bir uygulayıcı olarak Yargıtay'dan en büyük dileğimizdir.

Sonuç olarak, bütün bu eleştirilere maruz kalmasına rağmen, haksız tutuklamanın tazmini müessesesinin kabulünün, Türk Hukuku için değeri inkâr edilemiyecek bir kazanç olduğunu söylemek isteriz.

658

FRANSA'DA REFERE SİSTEMİNE UMUMİ BİR BAKIŞ

M. Şekip TARMAN
Koçarlı Hâkimi

PLÂN

1 — GİRİŞ

2 — REFERE KELİMESİ (Terim ve Tarif)
3 — REFERENİN MENŞEİ
4 — REFEREDE Hâkimler, kâtipler, vazife, selâhiyet.
5 — REFEREDE müşterek hükümler.
6 — REFERE çeşitleri
7 — Referenin şartları ve şekilleri.
8 — Referede kanun yolları
9 — İdari Refere

BİBLİYOĞRAFYA

1 — Répertoire de procédure civile et commerciale. (Maurice Lemaire)
2 — Les procédures de Référé et d'ordonance sur requete, (jean Clémenceau)
3 — Les Référés (Henry Bonnechose)
4 — Procédure civile et voies d'exécution (André Joly)
5 — Des Référés (J. Seignolle)
6 — Le nouveau visage de la magistrature (Georges Verproet)
7 — La juridition des Référés (Albin Curet)
8 — Lexique de termes juridiques. (Raymond Qullien - Jean Vincent)

Medeni Usul Hukukumuzda Refere sistemi mevcut olmadığı gibi, hukuk literatürümüzde de Refere kelimesine hemen hemen hiç rastlanmaz. Türk hukukçularına tamamen yabancı olan bu kelime ve sistem, Fransız Usul Hukukunda geniş bir yer tutar. Buna rağmen Fransız kamu oyunda da bu kelime hakkında fazla bilgi sahibi kimselere rastlamak mümkün değildir. Paris Adliye sarayının (Salle des pas perdus - Kaybolan adımlar) diye isimlendirilen büyük salonun tam karşısında bulunan geniş odanın üzerindeki (REFERES) yazısı çok kimseler için meçhul bir terim olarak kalmıştır.

Hukuk usulümüzde bahsedilmeyen bu sistemin boşluğunu İhtiyadi tedbir veya İhtiyadi haciz hatta delil tesbiti müesseselerinin doldurduğu ilk nazarda düşünülse bile, bu sistem (sui generis) nev'i şahsına münhasır bir mahiyet arzeder.

Türk Hukuk Lügatinin 471. nci sahifesinde Refere kelimesi (Fransız hukukuna has bir nevi seri muhakeme usulü) diye tanımlanmış, bazı lügatlerde ise (Tesri davası) olarak isimlendirilmiştir.

Refere, Fransada da tam manasiyle açıklığa kavuşmuş bir sistem olarak görünmez. Bizdeki gibi birçok Fransızca lügatlerde de bu sistem, müstacel hallerde geçici bir karar almak için hakime baş vurmak usulü olarak tanımlanmıştır, oysa birçok ayrıntıları ve değişik kaideleri mevcuttur.

Çok zaman, Fransız basınında bir sinema, tiyatro artisinin veya meşhur bir şarkıcının, Refere hakimine müracaat ederek bir filim, bir plâk veya bir teyp bandının üzerindeki hakkının korunmasına dair haberler çıkar. Boşanmak için mahkeme müracaat eden karı kocanın, müşterek çocuklarının tedip ve terbiyesi, geçici velâyet hakkının kime tanınacağı, kira müddeti sona eren bir kiracının mecuru tahliyeden önce yeni bir konut bulmak için mehil istemesi halinde yine Refere hakimine müracaat edildiği çok olağan hallerdendir.

Bu sistemin bizatihi kendisi gibi, Refere mahkemelerinin çalışma tarz, çalışma saatleri, hakimlerin vazife ve selahiyetleri, hatta duruşmaların ceryan ettiği duruşma salonları dahi diğer normal mahkemelerden ayrı bir mahiyet arzeder.

Son zamanlarda memleketimizde mahkemelerin işyoğunluğunun azami hale çıktığı aşikârdır. İstatistiklere göre Yargıtayımıza intikal eden dâva adedi 1971 yılında 206.541 e baliğ olmuştur. İş hacmi bize nazaran en aşağı 3 misli olan Fransız adliyesinde gerek İstinaf ve gerekse Temyiz mahkemesinin işlerinin hafifletilmesinde yararlı olan, geçici kararalarla işin esasına geçmeden ihtilafları çözümleyen bu sistemin faydaları küçümsenemez.

İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerimizde bu seri sistemin tatbikini gerçekleştirebilecek bir kanunun çıkarılması ümidine kapılmak hiç de fanatizm olmaz kanaatindeyiz.

660

2. REFERE KELİMESİ

(Terim ve Tarif)

Refere, kelimesi ihtiva ettiği manaya göre dilimizde dahi kullanılan (Referans) kelimesiyle ilgilidir. Kanunen kendilerine bahşedilen hak mucibince acele hallerde dâvacılar hakimden geçici ve işin esasını çözmeyen bir karar almak için müracaat edebilirler, referans isteyebilirler. Referans kelimesinin ise hakiki manası müracaat anlamındadır. Refere kelimesinden türeyen Fransızca (Référé) fiili ise kararına, reyine bırakmak anlamını taşır ki, bu da doğrudan doğruya hakimin kararına bırakılacak demektedir.

Fransızca birçok sözlüklerde Refere kelimesi, müstacel hallerde geçici bir karar alabilmek için hakime müracaat edilmesi manasını taşır. Hukuk usulünde bu özel usule (Refere usulü) bu usulde çalışan mahkemeye de (Refere mahkemesi) ve Refere mahkemelerinin diğer mahkemelerden ayrı nitelikteki, geçici mahiyette olan kararlarına da (Ordonance) adı verilir. Bugün mevcut ihtiyaçlara göre Fransanın başkenti Paris şehrinde yüzlerce Ordonans verilmektedir.

Refere kelimesi, ihtiva ettiği manadan da anlaşıldığı veçhile basit, çabuk ve az masraflı bir usulün adıdır. Umumi olarak bir hukuk dâvasının kararının verilmesi, bu kararın İstinaf veya Temyiz mahkemesine gidilip gelmesi de bir iki yıllık bir süreye dayanır, mesela bir alacak dâvasında alacaklı bir garanti ister veya borçlu bir mehil talep ederse, Refere bunlara cevap verebilecek ve uzayan dâvada geçici de olsa ihtilaf halledilecektir.

Bu sistemin tarifine gelince ; Fransız Usul hukukunda Refere sistemi tam olarak tarif edilememiştir. Ancak adı geçen kanunun 806 - 811 maddeleri arasında Refere hükümlerini nizamlamıştır. Kanundaki bu hükümler muvacehesinde, Refere usulünü, dâvacıya tesri dâvası açmak ve hakimin bu itiraz dâvası karşısında müstacel bir hal görüldüğünde bir karar vermesini sağlıyan istisnai ve çabuk bir usuldür, diye tarif edebiliriz.

Kısaca ; REFERE, hukuki bir ihtilafın taraflarının Asliye Hukuk veya Asliye Ticaret Mahkemesine, bazı istisna şartlarda Sulh hakimine veya İdari bir mahkemeye, müstacel hallerde çabuk ve geçici bir karar alabilmek veya icrai bir kararın meydana getirdiği zorlukları çözümlemek maksadı ile başvurmasına sağlıyan özel ve istisnai bir usuldür.

661

Kanun hükmü gereğince esas başvurulacak Hâkim Hukuk mahkemesi reisidir. 11/Mart/1924 tarihli kanundan sonra ticari işlerde Ticaret Mahkemesi reisi de Refere işlerine bakmaktadır. Ancak Ticaret Mahkemesi bulunmayan yerlerde hukuk hakimi Refere işlerine bakabilir. Hukuk ve Ticaret reislerinin yokluğunda o işle görevlendirilen hakim Refereye bakabilecektir.

3 — REFERENİN MENŞEİ

Geçici ve icrai bir karar vermeyi sağlıyan, müstacel işleri mümkün olduğu kadar çabuk çözmeye çalışan bu istisnai sistemin menşei Fransız usul hukukunda çok eski tarihe dayanır.

Refere usulüne dair bazı hükümlerin (In jus vocatio obtordo collo) hükmü ile 12 levhe kanununda ve Normandiyaya ait örf ve adet kaidelerinde mevcut olduğu görüldüğü gibi, 22/Ocak/1685 tarihli kanunda da bazı refere hükümlerinden bahseden ve refere hakimleri ile ilgili 6 madde mevcuttur. 1806 tarihli ve halen mer'i olan Fransız Medeni Usul Kanununda Refere usulü 806 ilâ 811. nci maddeler arasında nizamlanmış vaziyettedir. Ayrıca Fransız Medeni kanununda 242 ve 1244. ncü maddeler bu sistemle ilgilidir. 242. madde, boşanma esnasında taraflardan birinin Refere usulüne baş vurarak gerekli tedbirleri hakimden talep etmesi ve 1244. ncü madde ise acele hallerde bazı mehillerin verilmesi ile ilgilidir.

Ayni şekilde Fransada bazı karma kanunlarda, ezcümle 17/Mart/1909 tarihli ticari müessesesler, 30/Eylül/1953 tarihli kiralayan ve kiracılar hakkındaki kanun, 11/Mart/1957 tarihli sanat ve edebiyat kanunun 26/Temmuz/1954 tarihli gayrimenkul krizi hakkında ve 11/Aralık/1963 tarihli kanunda da bazı maddeler Refere usulüne atıflar yapmıştır.

Fransada bulunduğumuz 1971 yılının Aralık ayının son günlerinde, müzakereleri takip imkanı da bulduğumuz Fransız usul kanununda mevcut Refereye ait hükümler üzerinde bir tadilat yapılması hakkında proje Millet Meclisine sunuldu ve bu kanun üzerindeki konuşmalar neticelenerek kanunlaşmıştır. Bizim Resmî gazeteye tekâbül eden (Journal Officiel de la République Française) in 9/Eylül/1971 sayısında yayınlanan bu tadilat, 15/Eylül/1972 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Usul kanununda yukarıda bahsedilen maddelerden ayrı 817. madde ticari Refereyi nizamladığı gibi, 12/Kasım/1955 tarihli kanunun 417. maddesi de keza ticari Refereden bahsetmektedir.

662

4. REFEREDE HÂKİMLER — KÂTİPLER

VAZİFE VE SELÂHİYET

Refere sistemi tamamen değişik bir usul olduğuna göre buna bağlı olarak Refere mahkemelerinin de istisnai ve özel kuruluşlu mahkemeler olduğu söylenebilir. Refere usulünde müracaat edilecek hakim selahiyetli Hukuk mahkemesi reisidir. Ticari işlerde Ticaret mahkemesi reisi,, köy ve arazi hukukunu alakalandıran işlerde bu işle ilgili hâkim, idare Refere işlerinde de idari mahkeme reisi görevlidir. Başkent Pariste özel surette kurulmuş Refere mahkemeleri ve buralarda vazife gören ihtisas sahibi hakim ve katipler mevcuttur. Diğer Refere mahkemesi bulunmayan şehir ve kasabalarda Refere işlerine o yerin Asliye Hukuk hakimi tarafından bakılır.

Refere mahkemelerine mahsus duruşma salonları dahi diğerlerine nazaran değişik vaziyet arzeder. Kürsünün önünde yarım daire şeklinde inşa edilmiş masaya taraflar ellerinde dosyaları açarak, hâkimin hemen yanına kadar gelip diyeceklerini bildirirler, diğer dâva şahipleri ve dinleyiciler daha geride bulunurlar. Kürsüde hakimin sağında (Greffier) denen zabıt katibi ve solunda ise (Huissier) denen mahkeme mübaşiri oturur. Bu iki şahsın giyimleri de ayni duruşma hakiminin ayni olup, siyah cüppe ve beyaz kıravatı ihtiva eder. Zabıt Kâtibi duruşma esnasında daktilo makinası kullanmaz, icap ettiğinde hakimin talimatı üzerine evraka bazı hususları kalem ile not eder, mahkeme masraflarını veya karar harçlarını duruşma devam ederken kendisi alabilir. Kâtip duruşmadan sonra hâkimin not ettiği bilgileri değerlendirerek (Ordonance) denen kararlar yazar. Paris adliyesinde Refere mahkemeleri için özel tahsil ve kurs görmüş diğer meslekdaşlarından ayrılabilen Refere kâtipleri mevcuttur.

Tarafların çağrılması, dosyaların sıralanması ve salonda sükunetin temini için görevli olan mübaşir ayni zamanda hakim tarafından bir keşif yapılması veya bir emrin icra edilmesi için görevlendirilebilir.

Refere mahkemelerinde çalışan kâtip ve mübaşirler diğer normal mahkemelerde çalışanlarla ayni statü ve haklara sahiptirler.

A — VAZİFE. :

Refere usulünde müracaat edilecek hakim Hukuk mahkemesi reisidir. 1924 tarihli kanundan itibaren ticari işlerde bu görev Ticaret mahkemesi reisine verilmiştir. Ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde Hukuk mahkemesi reisi bu görevi yüklenir.

663

Hakim kendine yapılan müracaatı tetkik eder ve kanunun kendisine verdiği hakka dayanıp dayanmadığını araştırır. Önce dâvada müstacel bir durum olup olmadığını araştırır, eğer böyle bir durum görmezse tarafları normal mahkemeye gönderir ve bu mahkeme esas hakkında bir karar verir ki buna usul hukukunda (renvoyer au principal) yani (esasa göndermek) denilir.

Aşağıdaki hallerde hakim vazifesizlik kararı verir :

a) Şayet ihtilaf bir mülkiyet meselesi ile ilgili ise,

b) Şayet anlasmazlık muvakkat bir karar vermeyi icap ettirmezse, dava yine esas mahkemeye gidecektir.

Sulh mahkemelerinde ve İş mahkemelerinde Refere usulü cari değildir, zira bu mahkemeler esasen basit ve seri usul hükümlerini tatbik etmektedirler. Usul kanununun istisnai olarak bazıan Sulh hakimlerine de Refere vazifesi vermiştir.

a) Eğer iş zırai bir varant ile ilgili ise, 18/Temmuz/1898 ve 30/Kasım/1906 tarihli kanunlarla Sulh hakimi bu işe bakabilir.

b) Eğer ücretler üzerinde bir ihtiyadi haciz varsa,

c) Cenaze merasimi hakkında 15/Kasım/1887 tarihli kanunla Sulh hakimi icabında 24 saat zarfında Refere hakimi gibi müracaat neticesi bir karar verecektir.

B — SELÂHİYET : Fransız Usul kanununda, umumi kaide bizde olduğu gibi, davacının; davalının ikametgâh mahkemesinde bakılacağı esasıdır. Refere usulünde sarih olarak davanın bakılacağı mahkeme gösterilmemiştir.

Usul Kanunun 59. maddesi kaideten davanın, davalının ikametgâhında görüleceği esasını koymuştur. (Ratione loci) ikametgâh terminden davalının esas yerleşmek niyeti ile oturduğu yer anlaşılır ve davalıya bizzat ikametgâhında tebligatın yapılması gerekir. Bununla beraber 59. ncu maddede ve bazı kanunlar da birçok istisnai hükümler mevcuttur, keza bazı haller de de müstaceliyet selahiyeti tayin eder.

1 — Kanundan doğan selahiyet : Usul kanunun 59. ncu maddesinin 2. fıkrası davalının ikametgâhı hakimini selahiyetli kılmıştır. Ancak ayni maddenin 8. nci fıkrası mirasla ilgili bir meselede mirasın açıldığı yerde, iflas halinde müflisin ikametgâhında davaya bakılacağını bildirmektedir.

664

2 — Mukaveleye göre : İş, yiyecek maddeleri, gayrimenkul ve işçi mukavelelerinde, mukavele hükümleri gereğince, şirketlerin davalarında şirketin merkezinin bulunduğu yerde ve sigorta mukavelelerinde keza gösterilen şekilde ve yerde davaya bakılacaktır.

3 — Gayrimenkuller hakkında : 59. ncu maddenin 5. nci fıkrası gereğince gayrimenkule ait ihtilaflarda, gayrimenkulün bulunduğu yer hakimine selahiyet tanınmıştır. Ayrıca bazı Yargıtay içtihatlarına göre, ihtilafın doğduğu yer hakimine veya icranın tatbik edileceği yerin hakimine de selahiyet verilebilmektedir. Mesela bir trafik kazasının vukua geldiği yerde, o yer hakimine Refere selahiyeti tanınmaktadır.

5 — REFEREDE MÜŞTEREK HÜKÜMLER

Fransız Hukuk Sisteminde, Refere usulü seri ve müstacel olaylarla ilgili bir usuldür. Refere sisteminde hakim hiçbir zaman işin esasına girmez, kararları geçici niteliktedir, hakim herşeyden önce müstaceliyeti ön planda inceler. Bu hallerde ilgililer Refere hâkimine müracaat edip bir karar alırlar, işlerin daima yoğun olduğu bir ortamda bu usulün meydana koyduğu fayda ve kolaylıklar aşikardır. Bu hususta birkaç misal verecek olursak :

a) Bir apartmanın, üstteki dairelerinden birinde bir su kaçağı mevcuttur, aşağısındaki kata ve bizzat suyun aktığı kata zarar vermektedir. Binanın sahibi veya zarar gören kiracı işin müstaceliyetine binaen alakalı Hukuk mahkemesi reisine müracaat ederek bir karar talep eder. Hakim bu iş için derhal bir bilirkişi (expert) seçer ve hemen o yere gönderir. Bilindiği gibi Fransız hukuk sisteminde, bizzat hakimlerinde iştirak ettiği bir heyetçe seçilen bilirkişi listesinden bilirkişiler intihap olunur. Mahkemelerde bütün işlerle ilgili bilirkişi listelerinden tensip edecekleri bilirkişi isimlerini seçerler. Bunun üzerine teknik bilirkişi gidip tetkikatını yapar, gerekli işlemlerin ne olması lazım geldiğini raporunda bildirir, hatta icap ederse bunları yaptırır ve raporunu mahkemeye ibraz eder, bütün bu işlerde masrafları refere talep eden dâvacı öder.

b) Mesela bir trafik kazası olmuştur, araçların zarar görmesi ve içinde bulunanların yaralanması ile neticelenmiştir. Refere talep edildiğinde hakim bilirkişi olarak bir doktor ve bir de mühendisi derhal hadise mahalline yollar, bu şahıslar mezkur kazayı tetkik edip raporlarını mahkemeye verirler. Eğer normal olarak bu olayla ilgilenecek mahkemeden taraflar bir karar bekleyecek olsalar çok zaman kaybedilecek, hatta olayın delilleri ortadan kalkmış olacaktır. Bilirkişilerin bu tetkikatı, ilerde kazanın esas sebep ve saiklerini belli edecek, dolayısiyle Refere burada da hükmünü yerine getirecektir.

665

c) Yine mesela bir karı koca halen mahkemede boşanmak üzere bulunmaktadırlar ve müşterek evlilikten olan küçük çocukları da annenin yanındadır. Çocuk ziyaret maksadiyle babasının evine gittiğinde, baba çocuğun hasta olduğunu görüp doktora götürür ve doktor bu hastalıktan dolayı çocuğun derhal ameliyet olması icap ettiğini tavsiye eder. Durum anneye bildirilince, anne buna razı olmaz ve çocuğun ameliyet edilmesine müsaade etmez. İşte bu durumda yine başvurulacak yer Referedir. Kendisine müracaat edilen hakim bilirkişi olarak bir mütehassıs doktor seçer ve çocuğun geciktirilmeden ameliyat edilip edilmemesini araştırır. Hakim bundan çocuğun kimde kalacağına dair nihai bir karar vermez ancak çocuğa ameliyatın yapılıp yapılmayacağına karar verilecektir.

6 — REFERE'DE USUL

REFERE ÇEŞİTLERİ

Fransız Medeni usul hukukunda mevcut, tamamen istisnai bir usul olan bu sistem çabuk az masraflı ve pratik bir sistemdir.

Bu sistemde hakimin verdiği kararlara (Ordonance) adı verilir. Bu kararlar işin esasına mütedair olmayıp geçici bir tedbir mahiyetini arzeder.

Refere usulündeki duruşmalarda taraflar kendileri hazır olabilecekleri gibi, bir avukat marifetiyle de temsil edilebilirler. Mahkeme safahati şifahi usule dayanır, zabıt katiplerinin Refere duruşmalarında daktilo makinası kullanmadıkları ve bazı önemli notları elle yazdıklarını belirtmiştik. Refere mahkemelerinde savcı bulunmadığı gibi (avocat général) denen amme temsilcisi de bulunmaz. Refere mahkemeleri alenidir, herkes dinleyici olarak bulunabilir, ancak kanunun tayin ettiği bazı ahvalde duruşma gizli yapılabilir.

Refere hakiminin verdiği (ordonace) adlı kararın taraflara tebliği ile icrası başlar, ancak birçok defa acele hallerde hakim kararını daha müsvette halinde iken verebilir. (Ordonance sur minute) denen bu karar daha temize çekilmeden ve hakim tarafından imzalanmadan icraya konabilir, yalnız kararın tefhimi icraya başvurmağa yetecektir.

666

Bugün Fransada, Rerefe usulünün ehemmiyetini rakkam olarak ifade edebilmek için, önemli birkaç şehre ait rakkamları elimizdeki istatistiklere göre 15 yıl öncesinden aldık. Bugün bu rakkamların 2 misline yükseldiğini iddia edebiliriz.

Şehir	1950	1951	1952	1953	1954	1955
Paris	16048	17012	18044	17969	18413	20205
Lyon	1557	1777	2176	2221	2538	2530
Versailles	1088	1168	1067	1230	1669	1817
Bordeaux	785	720	733	714	923	892

Fransada bugün mer'i olan Refere sistemi daha önce istiklallerini kazanmamış olan Fas, Tunus ve Cezayirde de aynen mer'i olup, bu ülkelerdeki Sulh hakimleri refere dâvalarına bakmaktaydı.

Refere çeşitlerine gelince ;

Fransız Medeni Usul sisteminde mevcut 3 çeşit Refere sisteminin izahı ve ayrıntıları çok geniş bir mevzu olup, bu yazımız münderecatında çok geniş yer tutacağından ancak bu 3 çeşit Referenin isimlerini zikretmekle yetiniyoruz.

1 — Dilekçe ile Refere (Les référés sur placet)

2 — İcraî Refereler veya şifahi dava Refereleri.

3 — Mühür ve müfredat defterleri üzerinde Refere.

7 — REFERENİN ŞARTLARI VE UNSURLARI

Refere usulü ancak aşağıdaki 3 şartın bir araya gelmesi nedeniyle işler :

1 — İhtilaf herşeyden önce hukuk mahkemesinin selahiyeti dahilinde olmalıdır. (Ticaret mahkemesi de buna dahildir.)

2 — İhtilaf müstacel olmalıdır.

3 — Refere hakimi işin esasına bakmadan karar verebilmelidir.

Ayrıca Refere usulünde yukarıda saydığımız bu şartlarla birlikte bazı hususlar daha aranır.

667

1 — Menfaat (Intéret)

a) Bu menfaat bir şahsın veya amme intazamını ilgilendirir şekilde görülebilir (Mesela bir şahıs kendi ile alakalı bir filimde veya bir kitapta isminin korunmasını isteyebilir)

b) Menfaat şahsi olmalıdır. Menfaat hakiki ve hükmi şahıslar için mevzubahis olabilir.

c) Herşeyden önce bu menfaat doğmuş olmalıdır.

2 — Temsil keyfiyeti :

Hakiki ve hükmi şahıslar menfaatleriyle ilgili olarak müracaatta bulunabilirler. Hakiki şahısların yanında şirketler,, sendikalar gibi hükmi şahıslar da kendilerini temsil ettirebilirler.

3 — Ehliyet :

İlgili şahsın medeni haklarını kullanmağa ehliyeti olmalıdır.

Referenin tatbik edilebilme şartlarına gelince :

Fransız usul kanunun 806. ncı maddesi bütün müstacel hallerde bir karar vermek veya icraî bir emrin karşısında geçici bir karar vermek lazım geldiği zaman aşağıdaki hükümlerin mevcudiyetini araştırır :

1 — Müstaceliyet : Müstaceliyet hali kanunen hakimin takdirine bırakılmıştır. (l'appréciation du magistrat) Mesela; komşunun yıkmak üzere bulunan bir duvar, boşanma halinde bulunan tarafların çocuklarının infak ve iaşe durumu gibi...

2 — Bir İcra emrinin veya bir kararın meydana getirdiği güçlük : Hakim bu sistemde meydana çıkan güçlüğün ortadan kaldırılması hakkında tedbir mahiyetinde geçici bir karar verecektir.

8 — REFEREDE KANUN YOLLARI

1 — İTİRAZ : Usul Kanununun 809. maddesinin 2. fıkrası Refere kararlarında itiraz yolu olmadığını açıkça kabul etmiştir. Kanun metni, burada referenin müstacel hallerde lüzumlu olduğunu, derhal icra edilmesi lazım geldiğini belirttiği gibi, Refere kararlarının esasa mütedair olmadığını da izah etmektedir.

Ayni şekilde Hukuk mahkemesinde vazifesizlik kararı verilerek dosya Refere hakimine gönderilirse buna karşı da itiraz yolu kapalıdır, Ak-

668

sine Refere hakimi bu işi esasa mütedair görüp, dosyayı Asliye Hukuk Mahkemesine yollarsa buna itiraz edilebilir.

2 — İSTİNAF : Fransız Medeni Usul Kanununun 809. maddesinin 3. fıkrası Refere kararlarının İstinaf mahkemesine (Cour d'Appel) gideceğini nizamlamıştır. Bu maddenin son fıkrası gelen davalara muhtasar olarak ve usul dışı bakabileceğini de belirtmiştir.

İstinaf edilebilen kararlara gelince :

a) İstinaf edilen Refere kararı 1500 Frank (Bir Frank takdiben 2, 82 T.L.) veya daha fazla bir meblağa ait olmalıdır. Davanın kıymeti bilirkişi raporlarından, mühürlenen eşya kıymetinden, ticari defterlerden vs. den çıkarılabilir.

b) Refere kararı münazaalı bir durum arzetmelidir.

c) Refere kararı daha önce bir muvafakat mevzuu veya feragati ihtiva etmemelidir. Daha önce taraflar rızaları ile anlaşıp davadan feragat etmişlerse artık istinaf yoluna gidilemez.

3 — İstinaf yoluna başvuracaklar ve istinaf müddeti :

Refere kararlarının İstinaf yoluna gitmesinde usulün umumi kaideleri tatbik olunur. Mesela küçük vasisi veya kanuni mümessili tarafından temsil edilir. Savcılığın Refere kararlarını İstinaf mahkemesine gönderilmesine yetkisi yoktur, ancak yegane hal, olayda amme menfaati görüldüğü zaman İstinaf'a başvurabilir.

Usul kanunun 809. maddesi Refere kararlarının istinaf müddetlerinin tebliğlerinden itibaren 15 günlük bir müddete bağlamıştır. Bu 15 günlük müddete tebligat günü dahil edilmez, bu müddet geçirildiğinden artık istinaf yoluna başvurulamıyacağı tabiidir.

Kanunun 1033. maddesinde belirtildiği üzere; bu müddetin bitimi bir bayram gününe veya Cumartesiye rastlarsa, onu takip eden iş gününde müddet sona erer. Hususi kanunlarda da belirtildiği gibi Fransada tatil günleri : Pazar, Noel, Ascension, Assomption, Toussain, 1 Ocak, 14 Temmuz, 1 Mayıs, 11 Kasım, Paques ve Pentecot'dur.

4 — İstinaf usulü :

a) Refere kararlarının istinafları (Cour d'Appel) denilen İstinaf mahkemesinde üç hakimli bir daireye gönderilir. Mahkeme heyeti bir reis, iki aza hakim, (Parquet Général) denilen ve iddia makamında bulunan bir savcı ve bir katipten ibarettir. İstinaf mahkemesince çalıştı-

669

ğımız 1971 yılında Refere davalarına müstakilen istinaf mahkemesinin 14. ncü daire bakmaktaydı. Usulün 809. maddesinde belirtildiği üzere bu daire (l'Appal sera jugé sourmairement et sans procédure) ilkesine uygun olarak istinafın muhtasar ve usul dışı bir yargılamayla davalara baktığını bildirmiştir. İstinaf mahkemesinde keza usulün 405. maddesine göre basit usulu mahkeme caridir.

İstinafa başvuracak şahıs tebliğatı alınca İstinaf mahkemesinin kalemine başvurarak dilekçesine 2 nüsha bidayet mahkemenin kararını ekler verir.

5 — İstinafın neticeleri :

a) İstinaf mahkemesi Refere kararını tasdik eder. Bu halde hükmün icrası için dosyayı derhal ait olduğu mahkemeye gönderir.

b) İstinaf mahkemesi Refere kararını nakzeder veya ortadan kaldırır. Kararın iptali halinde İstinaf mahkemesi Refere Refere istenilen talepleri böylece bozmuş olur. Bazı içtihatlara göre İstinaf mahkemesinin hükmün icrası için kararı veren mahkemeye dosyayı geri göndermek hakkı da vardır.

c) İstinaf mahkemesi kararı veren Refere hakiminin vazifesi dahilinde kalan lüzumlu hallere binaen icabında karar da verebilir.

6 — Temyiz :

Refere kararlarının ayrıca temyiz mahkemesine gidebilme şartları varsa, bu mahkemeye de başvurulabilir. Yukarıda izaha çalışan kaideler muvacehesinde İstinaf mahkemesi kararları Yargıtaya yine ayni müddetler içinde gönderilerek inceleme sonucu nihai bir karar alınabilir.

9 — İDARİ REFERE

Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku ve Toprak hukukuna mütedair ihtilaflarda Refere usulü mevcudiyetini kabul eden Fransız sistemi çok eski tarihlerden beri İdare hukukunda da Refere sisteminin varlığını kabul etmiştir. Danıştayın 6/Şubat/1903 tarihli meşhul (Terrier) kararı ile idare hukukunda Refere sistemi tatbikine başlanmıştır. Kanun koyucu idari Refereyi böylece birçok idari kanuna koymak zorunda kalmıştır.

Ancak bundan çok evvel 22/Temmuz/1889 tarihli kanunun 24. maddesi (Müstaceliyet halinde daire başkanının tarafların talebi üzerine bir bilirkişi tayin edeceğini ve ihtilafı inceleteceğini) bildirmekteydi, ayni

şekilde 31/Temmuz/1945 tarihli kanunun 34. maddesi (bir dilekçe ile müracaat edildiğinde Danıştay Daire Başkanları müstaceliyet halinde ihtilafı halletmek için her türlü tedbiri alabilirler, ancak işin esasını inemezler.) diyordu.

19. ncu asrın başından beri birçok idari ihtilaflarda idari Referenin mevcut olduğu görülmektedir. Yukarıda izah ettiğimiz 31/Temmuz/1945 tarihli kanunun 34. maddesi Danıştay idari Refere selahiyetini vermişse de bu Fransız Usul Kanunundaki 806. ncı maddedeki Refere selahiyeti kadar geniş değildir.

İdari mahkemelerde Refere :

22/Temmuz/1889 tarihli kanunun 24. ncü maddesi bütün müstacel hallerde, ihtilaflar amme intizamı ve amme emniyetini alakalandırıyorsa idari mahkeme Reisi veya onun yerine bakan hakim kendisine verilen dilekçe ile işin esasına inmeden her türlü tedbirleri alabilir diyerek eski zamandan beri bu hususta bir hüküm vazetmiştir.

24. ncü maddenin 1. nci fıkrası Refere selahiyetini İdari Mahkeme Reisi veya onun yerine bakan hakime vermiştir. İdari Refere dâvasına bakan hakim işin ehemmiyetine binaen lüzumunda ihtilafı esas idari mahekmeye gönderebilir.

İdari Refere kararları, idari bir karara karşı icrai bir mani teşkil etmezler.

İdari Refere usulü :

24. ncü maddenin 1. nci fıkrası gereğince idari Refere basit bir dilekçe ile talep edilebilir. Bu dilekçe derhal karşı tarafa tebliğ edilir ve bir cevap vermesi için ona mühlet verilir.

Bu dilekçenin mahkemeye veriliş tarzı ayni diğer taleplerin usulüne benzer.

Dilekçe neticesinde yapılan tahkikat sonunda daire reisi veya onun yerine bakan hakimin verdiği karar geçici olarak icraidir ve taraflara tebliğ edilir. Bu kararın itirazı kabil değildir, yalnız tebliğinden itibaren 15 gün içinde İstinaf edilebilir.

22/Temmuz/1889 tarihli kanunun 23. ncü maddesi idari mahkeme reisini veya onun yerine bakan hakime bir bilirkişi tayin etme selahiyetini tanımıştır. Bütün müstacel haller de bir bilirkişi tetkikatı yaptırılması talebi mahkemeden istenebilir. Bu talep icabında idari bir karar

olmadan dahi kabul edilebilir. Talebin yapılacağı idari mahkeme davalının ikametgâhı mahkemesidir. Görüldüğü gibi bütün dava işleri davacı tarafından verilen dilekçe ile yürümektedir.

Danıştayda Refere : Fransız Danıştayının 31/Temmuz/1945 tarihli bir kararında idari mahkemelerden başka Danıştaydan da Refere usulü ile bir talepte bulunulabileceğini kabul etmiştir. Danıştay bu kararında (verilen bir dilekçe ile pek müstacel hallerde daire başkanının bir ihtilafın halli babında alabileceği bütün tedbirleri derhal alabileceğini bildirmiştir ancak bu tedbir kararları işin esasına mütedair olmayacaktır.) Demek ki idari mahkemelerde olduğu gibi Danıştayda da bu Refere usulünün mevcudiyetini Fransız Hukuk sistemi kabul etmiştir.

672

TERCÜMELER

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUK VE ADALET SİSTEMİ (X)

Çeviren : Sait REZAKİ

I. AVUKATLAR VE BARO TEŞKİLÂTI

A. GENEL BİLGİLER

Amerika Birleşik Devletlerinde yaklaşık olarak 300.000 Avukat mevcuttur. Bir çok avukatın avukatlık görevi yanında kazanç sağlıyan başka faaliyetlerde de bulunmalarına rağmen bu rakam, kendini avukat olarak tanıtan bütün hukukçuları kapsar. Bu 300.000 avukatın üçte ikisinden çoğu özel ve müstakil çalışırlar. Geri kalanı, memuriyet, endüstri dalında çalışan ücretliler ve hukuk öğretmenleri gibi muhtelif hukuki faaliyetlere dağılmışlardır.

B. AVUKAT KATAGORİLERİ

Amerika Birleşik Devletlerinde, hukuki mesele ve işlemlerin her safhasında görev alabilen tek bir avukat katagorisi mevcuttur. Bir avukat, sırf avukatlık ruhsatını haiz olması nedeniyle avukatlıkla ilgili her türlü mesleki faaliyette bulunur.

C. AVUKATLIK İÇİN ARANAN ŞARTLAR

Birbirinden ayrı elli eyalet yargı çevresi bulunan Amerika Birleşik Devletlerinde avukatlık şartları eyaletlere göre, farklılık arzeder. Bununla beraber çoğu eyaletlerde genel kural olarak avukatığa kabul, eyaletin en yüksek yargı mercii olan eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde de avukatlık yapmayı tazammun eder ki bunun sonucu olarak bir avukat her çeşit mahkeme nezdinde mesleki faaliyette bulunabilir. Uygulamada, baroya kabul edilmek için gereken imtihanın hazırlanması ve ya-

---

(X) Bu yazı «Hukuk Yoluyla Dünya Sulhu Merkezi» nce yayımlanmış olan Milletlerin Hukuku ve Adalet Sistemleri adlı derlemenin 1968 tarihli baskısından çevrilmiştir.

pılması görevi her eyalette bir imtihan kuruluna verilmiş bulunmaktadır.

Eyaletlerin çoğunda, adayın baroya kabul edilebilmesi için şu niteliklere sahip olması lâzımdır: Devletçe kabul edilmiş bir hukuk fakültesinde üç yıllık bir hukuk eğitimini başarıyla bitirmiş olmak; iyi ahlâk sahibi bulunmak ve baro giriş imtihanını kazanmış olmak. Tipik bir baro imtihanı, yazılı ve kompozisyon şeklinde cevaplandırılması gereken 20 den 60 a kadar soruyu ihtiva eder.

D. DİĞER MAHKEMELERE KABUL

Bir eyaletin barosuna kabul, genellikle bu eyalette bulunan Federal Bölge Mahkemesi önünde avukatlık yapmaya yeterlidir. Bir eyalette baroya kabul edilmiş olup kesintisiz olarak en az beş yıl fiilen avukatlık yapmış olan bir avukat, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi önünde de avukatlık yapabilir. Bir eyaletin barosuna kabul edilmiş bir avukat, muayyen bir dâvada diğer bir eyaletin mahkemeleri nezdinde de avukatlığa kabul edilebilir fakat bunun dışında, barosuna kayıtlı olduğu eyaletia dışında mesleğini icraya yetkili değildir.

E. BARO TEŞKİLÂTI

İdari taksimatın her seviyesinde; kaza vilâyet, eyalet ve ulusal seviyelerde birer baro bulunur. Bazıları bir düzineden az, bazıları da 15.000 den fazla üyesi bulunan Amerika Birleşik Devletlerdeki baroların sayısı yaklaşık olarak 1500 dür.

Çoğu eyalet barolarına üye olmak zorunlu değildir. Yani baro üyeliği olmadan da diğer şartlar mevcutsa avukatlık yapılabilir. Diğer bazı barolar birleşmiş barolardır. Yani avukatlığa kabul edilen her avukatın baroya kayıtlı olması zorunluğu mevcuttur.

Milli seviyede Amerikan Barolar Birliği, avukatların belli başlı ulusal kuruluşudur. Birlik 1878 de kurulmuş olup 120.000 den fazla üyesi vardır. Zamanımız, Amerikan Barolar Birliği tarihinde en önemli devreye kapsamaktadır. Bütün ülkelerdeki avukatlarla birlikte Amerikan Baroları Birliği büyük bir kamu hizmeti programını uygulamaktadır. Bu program, hukuk ve adaletin uygulanması ile ilgili uluslararası, ulusal, eyalet ve mahalli programları kapsamaktadır. Teşkilâtlanmış baro, hu-

kuki yardımı temin etmekten yoksun bulunanların arkasında bir itici kuvvettir. Birçok büyük şehirde baro, ucuz hukuki hizmet sağlamak üzere bürolar kurmuştur. Colombiya Bölgesi Barosu bu faaliyetin iyi bir örneğini teşkil etmektedir. Bölge Barosu, mahkeme binalarının birinde, ücretsiz hukuki istişare isteyenlere yardım etmek üzere üye avukatların hergün bulunduğu bir büro temin etmiştir. Bir çok eyalet baroları, teşrii meclis üyelerine danışmanlık yapmak gayesi ile eyalet mekezlerinde bürolar tesis etmişlerdir.

F. AMERİKAN BAROLAR BİRLİĞİNİN YAPISI

Şikago' daki Amerikan Barolar Merkezi binası Amerikan Barolar Birliğinin faaliyetlerini yürüten personele 1954 te tahsis edilmiştir. Hukuk mesleğinin kardeş kuruluşları da, Amerikan Baroları Araştırma Vakfı ile birlikte aynı binada bulunmaktadır. Vakıf, Teşkilâtlanmış baroya temel bilgi ve yön verecek araştırmalarda bulunur.

Amerikan Barolar Birliğinin Tüzüğü Birliğin faaliyetlerini yönetir. Birliğin memurlarını tayin eden ve Birliğin Politikasını çizen, Temsilciler Kuruludur (The Hause of Delegates). Halen bu kurulda 238 üye mevcuttur. Bunların elli iki tanesi, 50 si eyaletlerin her birini, 2 si de Federal Hükümete bağlı bölgeleri temsil eden eyalet delegeleridir. Diğer delegeler; mahalli ve eyalet barolarını, Amerikan Barolar Birliği bölümlerini, bir hukuk okulu teşkilâtını, eski ve fiilen görevde bulunan hükümet avukatlarının kurmuş oldukları Federal Baro Birliğini ve meslekle özel ilgisi bulunan bir çok teşkilâtları temsil ederler.

Birlik, kurduğu bölüm ve komiteler vasıtasıyla mevcut hukuk ve usul meselelerini devamlı olarak inceleme konusu eder. Halen, ilgi toplıyan cari meselelerde uğraşan 34 komite mevcuttur. Bunlardan bazıları; Amerikan Vatandaşlığı, İçtihatlar ve Hukuk Reformu, ile Federal Adalet cihazı komiteleridir. Bundan başka, meselâ Boşanma, evlilik hukuku ve aile mahkemeleri, atom enejisi hukuku, trafik mahkemeleri ve hukuk yoluyla dünya sulhu gibi ilgi çeken konuları inceleyen 32 özel veya birleşik komite mevcuttur. Bölümler birliğin diğer inceleme gruplarıdır.

Bütün ilgililere çalışma imkânı vermek için genel bir konu hakkında inceleme yapmak üzere kurulca bölümler teşkil edilir. Meselâ, İdare

675

Hukuku, Vergi, Sigorta, Uluslararası Hukuk konularını inceleyen bölümler mevcuttur. Bunlardan ayrı olarak, her biri bir çok özel konularda incelemeler yapan komiteleri bulunan 19 bölüm mevcuttur.

Bu kuruluşların raporları, tavsiye kararları şeklinde temsilciler kuruluna sunulur. Bu raporlar üzerinde kurulda yapılan oylama sonucu Amerikan Barolar Birliğinin görüşü olarak belirir.

II. HUKUK EĞİTİMİ

A. OKULLAR

Amerika Birleşik Devletlerinde, 162 si Amerikan Barolar Birliğince makbul görülmüş 189 hukuk okulu mevcuttur. Bu okullar, Alaska, Hawaii, New Hampshire, Nevada ve Vermont eyaletleri hariç olmak üzere bütün eyaletlere dağılmışlardır.

B. ÖĞRETİM ÜYELERİ ÖĞRENCİLER VE MEZUNLAR

1964 Eylülü itibariyle hukuk öğretimi ile meşgul olan 2100 öğretim görevlisi mevcuttur. Genel toplamdan yaklaşık olarak bin kişi zamanlarının ancak bir bölümünü öğretime vermektedir. Halen Amerikan Hukuk Okullarında 54.000 öğrenci mevcut olup bunların yaklaşık olarak 50.000 i Amerikan Barolar Birliğince makul görülen okullarda okumaktadır. Toplamın üçte biri kısmi öğrenim programına tabi olup öğrenimlerini genellikle dört veya beş yıl içinde bitirirler. Her yıl, lisans diploması alan ve doktora veren 10.000 kişi mezun olmaktadır.

C. OKULA KABUL ŞARTLARI

Hukuk fakültelerine kabul, esas itibariyle akademik başarıya dayanan müsabaka usulüne tabidir. Bir çok fakülte, ise sonrası en az üç yıllık öğrenim ile giriş imtihanlarında başarıyı şart koçmaktadırlar.

III. MAHKEMELER

A. GENEL BİLGİ

Amerika Birleşik Devletleri, her biri kendi mahkeme sistemine sahip 50 eyaletin federasyonundan meydana gelmiştir. Her eyalete bidayet mahkemeleri ve bunların üzerinde en yüseği eyalet yüksek mahkemesi olmak üzere bir istinaf mahkeme kuruluşu mevcuttur.

Eyaletler, iki yazılı anayasaya uygun olarak yönetilirler. Bunlardan birincisi eyalet anayasası, diğeri ise Federal Anayasadır. Bu iki anayasa arasında çelişki olduğu takdirde Federal Anayasa hükümrandır. Elli eyaletin adliye cihazları arasındaki farklılık nedeniyle muhtelif eyaetlerin mahkeme sistemlerini ayrıntılı olarak incelemek mümkün değildir. Federal adalet sisteminin aşağıdaki incelemesi, Amerikan hukuk sistemi hakkında bir temel fikir vermeye yeterlidir. Çünkü bir çok hallerde eyalet adliye sistemleri ile Federal Sistem aynı hukuki teamül ve uygulamayı yansıtmaktadırlar. Eyalet Sisteminin mukavele, haksız fiil gibi eyalet hukukuyla ilgili ihtilâfları çözümlemeye yönelmiş olmasına karşılık Federal Sistem, Federal mevzuatı, Federal Anayasa çerçevesinde kendisine konu eder.

B. FEDERAL MAHKEMELER :

Federal Anayasaya göre:

«Amerika Birleşik Devletlerinin yargı erki bir yüksek mahkeme ile kongrenin zaman zaman göreceği lüzuma göre kurulmasını emredeceği daha alt seviyedeki mahkemelere mevdudur.»

1. Bölge Mahkemeleri (X)

Anayasanın verdiği bu yetkiye dayanan kongre, bidayet seviyesinde bölge mahkemeleri olarak adlandırılan mahkemeler kurmuştur. Bir bölge, bir eyalet ile hem hudut, yahut bir eyaletin muayyen bir bölümünü teşkil eden kaza çevresidir. Buna uygun olarak meselâ, New-York eyaletinde, Dogu, Batı, Kuzey ve Güney Bölgeleri Federal Mahkemeleri mevcuttur.

Bölge mahkemeleri, müddeabihi 10.000 dolardan fazla ve tarafları ayrı ayrı eyalet uyrukları olan dâvalarda kaza yetkisini haizdirler. Bölge mahkemeleri aynı zamanda, dâva dayanağının Birleşik Devletleri Anayasası, Kanunu yahut sözleşmesi bulunduğu ve yine müddeabih'in 10.000 dolardan fazla olması hallerinde görevli ve yetkilidirler.

Genellikle, bir eyalet mahkemesinde açılan dâva o eyaletin kanununa göre sonuçlandırılır. Ancak bir Bölge Mahkemesinin görevi dahilinde

---

Federal Mahkemeler, tarafların ayrı ayrı eyalet uyrukları olmaları ve ihtilaf konusu meblağın 10.000 doları geçmesi halinde kaza yetkisine sahiptirler. Aksi halde Federal Bölge Mahkemelerinin kaza yetkisi, federal kanunlardan doğan ihtilafların çözümlenmesi ile sınırlıdır.

627

bulunan bir dâvanın eyalet mahkemesinde açılması halinde dâvalı, görevsizlik itirazında bulunarak dâvanın görevli Federal Bölge Mahkemesine intikalini sağlayabilir.

Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemeleri Federal Mahkemeler olup ilgili hallerde kongrenin çıkarmış olduğu kanun ve sözleşme hükümleri karşısında Federal Kanunların uygulayıcısı olmalarına rağmen bu mahkemelerin kaza yetkilerinin tarafların ayrı ayrı eyaletlerin vatandaşları olmalarından doğduğu hallerde eyalet kanunlarını uygularlar. (X)

2. İstinaf Mahkemeleri

Federal Bölge Mahkemelerinin üzerinde, her biri bir kaç bölgeyi kapsamına alan onbir Federal İstinaf Mahkemesi mevcuttur. Bunlardan Colombiya Bölgesi İstinaf Mahkemesi yalnız bu bölgede yetkilidir. İstinaf mahkemelerinin asıl görevi, aleyhlerine itiraz olunan Bölge Mahkemeleri ile Fedral İdari Mercilerin kararlarını incelemektir.

3. Yüce Mahkeme

Birleşik Devletleri Anayasasının III. maddesinin Inci bölümüne göre; «Birleşik Devletlerin kaza kuvveti bir Yüksek Mahkemeye .... mevdudur.» Yüksek Mahkeme, büyük elçileri, bakanları ve yardımcılarını ilgilendiren ve devletin taraf olduğu bütün dâvalarda bidayet mahkemesi olarak görevlidir. Federal kanunlarla ilgili diğer bütün dâvalarda Yüksek Mahkeme bir temyiz merciidir.

4. Hâkimler

Bölge mahkemeleri seviyesinde mahkemeler tek hâkimlidir. Ancak kanunun öngördüğü ve önemli anayasal sorunların da çözümlenmesi gerektiği hallerde bu mahkemelerde üç hâkim bulunur. Bir istinaf mahkemesi heyeti genellikle üç hâkimden kuruludur. Ancak bu mahkemelerde on ikiye kadar üye bulunabilir. Yüksek Mahkeme heyeti dokuz hâkimden kuruludur.

5. Federal Mahkemelerle Eyalet Mahkemeleri Arasındaki İlişki

Dâvaların büyük çoğunluğu eyalet mahkemelerine açılır ve karara bağlanır. Ancak, kanunun tayin etmiş olduğu çok az hallerde eyalet

---

Genellikle davaya uygulanacak hukuk normu, eyaletin en yüksek mahkemesinin belirli konuda vermiş olduğu emsal kararıdır. Bölge Mahkemelerinde uygulanan usul kaideleri, Kongre tarafından yürürlüğe koyulmuş bulunan «Federal Hukuk ve Ceza Mahkemeleri Usulü Kaideleri» kanunudur.

678

mahkemesine açılan bir dâva bilhassa Yüksek Mahkeme gibi Federal Mahkemelerde itirazen incelenebilir. Muayyen bir dâvada karar verme yetkisini haiz bulunan bir eyaletin en yüksek mahkemesince verilen nihai hüküm şu hallerde Yüksek Mahkeme tarafından itirazen incelenebilir: (1) Federal Kanun veya Sözleşme yürürlükte bulunduğu halde onun hükümsüzlüğünü tazammun eden bir karar verilmiş olması; (2) kararın dayanağını teşkil eden eyalet kanununun Federal Anayasaya, kanunlara yahut sözleşmelere aykırı olması (3) Federal bir kanun veya sözleşmenin hükümsüzlüğünün veya eyalet kanununun federal anayasaya, kanunlara yahut sözleşmelere aykırılığının iddia edilmesi veya Federal anayasaya, kanuna yahut sözleşmeye dayanarak bir ünvanın, hakkın, imtiyazın, muafiyetin veya yetkinin tesisi yahut ileri sürülmesi.

IV. HUKUK SİSTEMİ

Amerikan hukuk sisteminin temeli, İngiliz teamül hukukudur. İngiliz Rönesans sonrasına ve Amerikanın kolonilestirilmesi öncesine rastlıyan devrede, teamül hukuku ile ingiliz geleneksel mahalli hukuku genel bir kanun ve usul külliyetı halinde birleştirilmişti. Bu haliyle kanun, Amerikan Kolonileri tarafından tevarüs edilmişti. Amerika Birleşik Devletleri Batıya doğru genişledikçe teamül hukuku sistemi hemen hemen bütün eyaletlerde uygulanmaya başladı. Eyaletlerin en bariz istisnası, Fransız Medeni Kanununa dayanan bir sistemi kabul eden ve hâla uygulamakta olan Luisiana eyaletidir. Buna ilâveten California eyaleti, İspanyol menşei nedeniyle başta iştirak halinde mülkiyet müessesesi olmak üzere Medeni Kanunun belli başlı unsurlarını hukukunda muhafaza etmektedir.

629

KRONİK

HUKUK YAYINLARI

Derleyen : Hüseyin Cahit ERGÜL
C. Savcısı Yardımcısı

BORÇLAR HUKUKU Genel Hükümler : Prof Dr. Ali Naim İnan. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No 296. Ankara - 1971 358 Sahife Fiatı 34 lira.

Kitap, Borçlar Kanununun 1 - 181 maddelerinde düzenlenen **«Borçlar Hukuku, Genel Hükümler»** adlı eserin Birinci Kitabını teşkil etmekte, bu kısımda giriş ve bir bölümden ibarettir.

Girişte; «Temel kavramlar» başlığı altında borçlar hukukunun ana kavramları ve ilkeleri incelenmiştir.

Birinci Bölümde ise; Akidden doğan borçlar ve tek taraflı hukuki muamelelerden doğan borçlar incelenmiştir. Eserde gerektiğinde şemalara, Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

MÜTESELSİL BORÇLULUK. Doç. Dr Turgut Akıntürk. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 295 Sevinç Matbaası - Ankara 1971. 250 Sahife, fiat. 32 lira.

Girişte «tek borçluluk» ve «birlikte borçluluk» kavramları incelenmiş birlikte borçluluğun meydana gelişi ve bu hususta genel bilgilere yer verilmiştir. Birinci Kısımda, Müteselsil borçluluğun tarifi, mahiyeti, müteselsil borçluluğa benzeyen münasebetlerden ayıran özelliklere yer verilmiştir.

İkinci kısımda, Müteselsil borçluluğun kaynaklarına, tam ve nakıs teselsül, müteselsil borçluluğun doğuşu konuları, incelenmiştir.

Üçüncü kısımda; Müteselsil borçluluğun hükümlerine yer verilmiştir. Borçlu ile alacaklı arasındaki iç ve dış münasebet konuları incelenmiştir.

Doktrin ve içtihatlara yer verilmiştir.

Müteselsil borçluluk konusunda ilim ve tatbikat bakımından hazırlanmış monografik bir eserdir.

KARIŞIK MUHTEVALI AKİT. Doç Dr Erden Kuntalp. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 291. Ankara Üniversitesi Basımevi 1971 — Ankara. 164 sahife, fiatı 26 lira.

Girişte: Karışık muhtevalı akit kavramı, sorunu ve terimi üzerinde durulmuş.

Birinci Bölümde; Karışık muhtevalı aktin tanımı ve Unsurları, genel olarak doktrindeki durum, Hoeniger, SCHREİBER'in kanuni akit tiplerinin niteliği ve özellikleri hakkındaki görüşler ve bu görüşlerin değerlendirilmesi, Doktrındeki karışık muhtevalı akit için verilen tanımların değerlendirilmesi, konuları işlenmiştir.

İkinci Bölümde; Karışık muhtevalı aktin benzeri müesseselerle karşılaştırılması yapılmış.

Üçüncü Bölümde ise hüküm ve neticeleri ve sıralanmasına yer verilmiştir.

Eser yazarın Doçentlik tezidir.

TÜRK TÂBİİYET HUKUKU : Prof Dr. Erdoğan Göğer. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 300 Sevinç Matbaası, Ankara 1972 - 238 Sahife, fiatı 31 lira.

Kitap, Türk Vatandaşlığının kazanılması ve Türk vatandaşlığının kaybedilmesi ve Tâbiiyet ihtilâfları, vatandaşlığın isbatı ve yargı yolu olarak üç kısımdır.

Birinci Kısımda; T. V. K. nunda yer alan vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümlerin düzenlenişi, 1) Türk vatandaşlığının Kanun yolu ile (asli tâbiiyet, muhtesep tâbiiyet halleri) kazanılması. 2) Vatandaşlığın yetkili makam (Telsik) kararı ile kazanılması. 3) Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığının kazanılması. (4) Türk vatandaşlığını kanunun dışındaki hukuk kurallarına dayanarak kazanılması (muhaceret, Arazi terk ve ilhâkı, ahali mübadelesi) olarak dört bölüme ayrılmıştır.

İkinci Kısımda; T.V.K.nın vatandaşlığın kaybına ilişkin sistemi, 1) Kanun yolu ile vatandaşlığın kaybı (Türk kadınının yabancı erkekle evlenmesi) 2) Yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kaybı (vatandaşlıktan, çıkarma, vatandaşlığa alınmanın iptali, vatana bağlılıkta bağdaşmayan eylemler nedeniyle vatandaşlığının kaybı). 3) Seçme hakkının kullanılması ile Türk vatandaşlığının kaybı (Türk vatandaşı olan küçüklerin seçme hakkını kullanmaları halinde vatandaşlığın kaybı, Türk erkeği ile evlenen yabancı kadının seçme hakkı,

Üçüncü kısım; 1) Tâbiiyet ihtilâfları (olumlu, olumsuz). 2) vatandaşlığın isbatı ve yargı yolu. 4) Tüzel kişilerin ve şeylerin Tâbiiyeti (Tüzel kişi, Gemi) olarak dört kısımda konular incelenmiştir. Ayrıca 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, Türk vatandaşlığı Kanununun uygulanmasına ilişkin yönetmelik kitabın sonuna eklenmiştir.

TÜRK HUKUK TARİHİ - Prof. Dr. Coşkun Üçok. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No : 297. Sevinç matbaası, Ankara - 1972. 238 Sahife, fiatı 31 lira.

Giriş : Hukuk tarihinin konusu ve bölümleri, Türk Tarihinin ve Türk Hukuk Tarihinin Dönemlerinin izahı yapılmış.

İslâmiyetten Önce Türk Hukuku : Kaynaklar, Türk Devletinin kurulduğu bölgenin Coğrafi durumu, Mete zamanında Hun devleti ve bu devletin hukuku hakkında bilinenler, Göktürk Devleti ve Hukuku, Uygurlar ve Hukuku, Türklerin İslâmiyetten önce kabul ettikleri dinler, Bibliyoğrafya.

İslâmiyetten sonra Türk Hukuku : İslâm hukuku, (a. İslâm hukukunun kaynakları b. İslâm hukukunda mezhepler. c. İslâm Kamu hukuku d. İslâm Özel Hukuku) Abbasi devletinin örgütleri, Anadolu Selçuklu Devletinin örgütü, bibliyoğraya, Osmanlı Devleti Örgütü. bibliyoğrafya.

Tanzimattan sonra Türk Hukuku : Avrupa hukukunun gelişmesi Tanzimattan sonra Türk hukukunun gelişmesi konularına yer verilmiştir. Ders kitabı olarak hazırlanan kitap, gözden geçirilmiş beşinci baskı dır.

TÜRK MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA SULH. Dr. Ergun Önen. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No : 299. Sevinç matbaası, Ankara - 1972. 199 Sahife, fiatı 29 lira.

Birinci Bölüm : Girişte, terminoloji ve konunun sınırlanması. 1 - Eski hukukta sulh (Roma hukukundan önce ve Sonra, İslâm Hukukunda Sulh). 2 - Bugünkü hukukta Sulh. (Alman, Fransız, İsviçre diğer memleketlerde).

İkinci Bölüm : Sulhun Yapılması. (Sulh kavramı, şartları ve unsurları, kapsamı, karekteri, çeşitleri, süreleri, Sulhun yapılacağı yer, yapılış şekilleri ve zamanı).

682

Üçüncü Bölüm : Sulhun Hüküm ve Neticeleri (Sulh ile dâvanın sonuçlanması, Sulh ile şekli anlamda kesinliğin doğması, icra edilmesi, masraflar sorunu).

Dördüncü Bölüm : Sulhtan vazgeçme. (Hükümsüzlük nedeni ile sulhtan vazgeçme, rücu ve taraf anlaşmasıyle sulhtan vezgeçme, sonuç ve De ege ferendo). konuları eleştirilmiştir. Eser yazarın Doçentlik tezi olarak hazırlanmıştır.

İKTİSAT İLMİNİN TEMEL İLKELERİ. Prof. Dr. Avni Zarakolu. Cilt. 1. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No : 293. Sevinç matbaası, Ankara - 1971.

Kitapta iktisat ilmindeki yeni gelişmelere uygun olarak bütün meseleler düzenlenmiş. Tüketim, üretim ve gelir bölüşümü teorilerinin izahında eş-fayda ve Eş ürün eğrilerinden yararlanılmış. Piyasalar hakkındaki izahlarda ve Üretim teorisinde memleketimizin tarım sektörünün özellikleri izahedilmiş. VI. fasılda Üretim ve tüketim imkânları) VIII fasılda; gelirler ve harcamlar mal ve para akımı çesitli iktisadi meselelere yer verilmiş, bir bütün içinde ele alınmasını kolaylaştıracak şekilde hazırlanmış. Eserde iktisadi tahlillere, bazı tasvir ve tahlillere iktisadi sistemlere geniş yer verilmiştir. 2 nci baskı birinci baskıya nazaran dil bakımından düzeltmeler yapılarak, içindekiler bazı çıkarma ve ilâveler yapılarak hazırlanmıştır. Eser öğrencilere ders kitabı olarak hazırlanmıştır.

TEMEL KANUNLARIMIZIN ADLÎ TIP YÖNÜNDEN UYGULANMASI Yazan : Dr. Muzaffer Güldoğan. Adlî Tıp Müessesesi Başkanı. Adalet Bakanlığı Yayınları Yeni Seri No. 11. Yarıaçık Cezaevi matbaası, Ankara 1972. 94, Sahife, fiatı 7,5 lira.

Eser, Adlî tıp meclis mütalâası ile tabib raporlarının parelelliğinin sağlanması, gayesi ile hazırlanmıştır. Adlî vakalar da tabib raporlarında mutat iştigal önemli bir konu olması sebebiyle, broşürde Travmatik vücüt yaraları sistematik bir sıraya konularak incelenmiş ve mutat iştigale engel olma süresi, mâluliyet (uzuv tatili, uzuv zaafı) Adlî Tıp meclis Raporlarına uygun şekilde gösterilmiştir.

Yara ve berelerin adlî önemi, kırık ve çıkıklar, sistematik vücüt yararları, yüz (çehre) yaraları, görme organının travmatik lezyonları, görme bozuklukları, burun kulak travmaları, Ağız boşluğu yaraları, travmatik boyun lezyonları, göğüs boşluğu yararları, karın boşluğu travma-

tik lezyonlar Pelvis (Havsala) nın travmatik lezyonları, livata, kadın jenital organlarının travmatik yaraları, iffete taarruz nedeniyle meydana gelen travmatik lezyonlar, kol ve bacakların travmatik lezyonları İnfaz tehiri, toksikomaniler, küçüklere karşı işlenen tecavüzler gibi konuların tıbbı izahları ile birlikte konular ile ilgili Adlî Tıp müessesesi meclis Raporlarına da yer verilmiştir.

FEDERAL ALMANYA ANAYASASI : Tercüme eden: Dr Şeref Ünal. Adalet Bakanlığı Yayınları Yeni Seri No : 12 Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara 1972. 70 Sahife, fiatı 7,5 lira.

Bir başlangıç ve 146 maddeden ibaret 23 Mayıs 1949 tarihli Alman Anayasası, ilki 1951 ve sonuncusu 1970 tarihinde olmak üzere 27 defa değişikliğe uğramış, yapılan ilâvelerle birlikte 83 maddesi değişmiştir. Tercüme, şimdiye kadarki tadilleride ihtiva etmektedir.

İTALYA CUMHURİYETİ ANAYASASI : Tercüme Eden: Prof. Dr Atıf Akgüç. Adalet Bakanlığı Yayınları Yeni Seri No: 13 Ankara Yarıaçık Cezaevi Matbaası. 1972. 38. Sahife, fiatı 5 lira.

139 maddeden ibaret 22 Aralık 1947 de Kurucu Meclis yeni İtalya Cumhuriyet Anayasasını kabul etmiş. 1 Ocak 1948 de yürürlüğe girmiştir. Bu Tercüme 1968 tabı olup şimdiye kadar yapılan anayasa tadillerini de kapsamaktadır.

TÜRK MEDENÎ KANUNUNA GÖRE KURULAN

VAKIFLAR HAKKINDA TÜZÜK. VE İLGİLİ HAZIRLIK ÇALIŞMALARI Derleyen : Dr Ahmet İşyeri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No : 294. Sevinç Matbaası Ankara - 1972. 86 Sahife fiatı 10 lira.

Türk Medeni Kanununa göre kurulan Vakıflar hakkında Tüzük ve ilgili hazırlık çalışmaları. Kitapta, tüzük Metni - Tüzük Tasarısı - Adalet, Maliye, Ticaret ve Millî Eğitim Bakanlıkları ile Sayıştay, Ankara ve İstanbul Hukuk Fakülteleri'nin mütalaaları - Vakıflar Genel Müdürlüğünün Muhtırası - Türkiye Bankalar birliği, Türkiye Sigorta ve Reasurans Şirketleri Birliği, Türkiye Ticaret odaları, Sanayi odaları ve Ticaret Borsaları Birliği ile Koç Holding Emekli ve yardım sandığı Vakfının görüşleri - Danıştay'ın incelemesine yer verilmiştir.

684

TİCARET HUKUKU. İşletme Hukuku Ticaret ortaklıkları Hukuku (Ortaklıklar hukukuna giriş - Genel hükümler - Kollektif ve Komandit Ortaklıklar). İkinci Cilt. Prof. Dr. Sait Kemal Mimaroğlu. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü - Hukuk Fakültesi, Cebeci - Ankara. 338 Sahife, Fiatı 35. lira

Kitapta, yasal ve doktriner izah ve yorumlar yanında, ayrıca bu sahalardaki Yargıtay kararlarınada yer verilmiştir. Her konuda örnekler verilmiş, gerektikçe, İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarına inilmiş ve Türk Hukuku yönünden, bunlarla karşılaştırmalar yapılmış, uygulayıcılar ve hukuk araştırmacılara yardımcı nitelikte hazırlanmıştır.

TARAFLARIN TEŞKİLİ. Hâkim Orhan Yılmaz. Erzurum - 1972. 129 Sahife Fiatı 15 lira.

Kitapta, Tarafların Teşkilinde ana kaide ve esaslar, Tarafların nasıl teşkil edileceği, Gıyabın yüze çevrilmesi ve gıyabın kaldırılması, gıyabı usulü muhakemenin hüküm ve neticeleri konularına yer verilmiş, Eser, tatbikatcılar için hazırlanmıştır.

685

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARI

Züirih Şerhi Serisi	Fiyatı
Eggger : (Çev : V. Çerniş) Vesayet, 1952, Cilt : 1, Mad : 346 - 381	4.50
Eggger : (Çev : V. Çernis) Vesayet, 1955, Cilt : 2, Mad : 382 - 438	4.50
Osser - Schönenberger (Çev : Prof. Dr. İ. Sungurbey) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1964, Mad : 492 - 529	15.00
Osser - Schönenberger : (Çev : Prof. Dr. Fikret Arık) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1966, Birinci Fasikül; Madde : 184 - 215	5.00
Beern Şerhı Serisi	
Beecker : (Çev : Dr. Bülent Olcay) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül I : Madde 1 - 36. Ankara 1967	7.50
Beecker : (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
Beecker : (Çev. Dr. Osman Tolun) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül III : Madde 64 - 103 Ankara 1969	7.50
Yargıtay Kararları	
İçtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk 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

687

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, nazari 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
İnaulsen : (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

Resmi Kararlar Dergisi

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

Ankara Yarıacık Cezaevi Matbaası