Devlet Nüshası
12 5 Eylül 1973

ADALET DERGİSİ

Yıl : 64 Eylül 1973 Sayı :9

İÇİNDEKİLER

İncelemeler :

Sayfa

GÖZÜBÜYÜK Dr. Abdullah Pulat : Dolandırıcılık ve İflâs Cürümleri 655

KANCAAL İbrahim Atalay : 1918 Sayılı Kanunun 33. Maddesi üzerinde bir inceleme 667

YÜCEL Dr. Jur. Mustafa T. : İlâç Alışkanlığının Hukuku ve Cezai Yönleri 672

AYKONU M. Sadrettin : Mirasta İade ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Bir İnceleme 698

ŞENGÜN Kemal Oğuz : Kadastro yada Tapulaması Yapılmış Yerlerin Tapu Düzeltim Dâvaları 706

Derlemeler :

REZAKİ Sait : Hukuk Usulüne Dair Sözleşme 725

Tenkitler :

ÇAĞLAYAN M. Muhtar : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 297. Maddesindeki Noksanlık Tamamlanmalı ve 305. Maddesinin Son Fıkrası Kaldırılmalıdır 740

TÜRKÇAPAR Tahsin : Yeni İlk Soruşturma Yöntemi ve Eleştirisi 747

DURSUNKAYA Orhan : Yargıtay Kararlarının Yayınlanması ile İlgili Yasama Girişimleri ve Yerleşmiş İçtihatlar ... 752

663

A D A L E T D E R G I 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 İLMİ İNCELEMELERİN SAYFASINA 40, TERCÜME YAZILARIN SAYFASINA 30 TENKİT, TAHLİL, KRONİK, MESLEKİ 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 1/1/1973 TARİHİNDEN İTİBAREN SAYISI 4 LİRA, YILLIK ABONESİ 48 LİRADIR.

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

MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞI YAYINEVLERİNDEDE BAKANLIĞIMIZ YAYINLARI SATIŞA ARZEDİLMİŞTİR.

664

340 P360

DOLANDIRICILIK VE İFLAS CÜRÜMLERİ (1)

Dr. Abdullah Pulat Gözübüyük
Yargıtay 1. Ceza Dairesi

DOLANDIRICILIK VE İFLAS

Dolandırıcılık ve İflas adını taşıyan bu bölümde, yalnız Dolandırıcılık ve iflas cürümleri değil, mal'a karşı hiyle ile işlenen başka suçlar da yer almıştır. Nitekim bu bölümün 503. maddesinde (Dolandırıcılık), 504. maddesinde (Haksız menfaat için kendi malını tahrip), 505. maddesinde (Ehliyetsizleri dolandırma), 506. maddesinde (Hiyleli iflas) ve 507. maddesinde (Basit iflas) cürümleri düzenleşmiştir. Görülüyorki bu bölümde, hiyle kullanmak suretile başkası zararına ve fakat kendisi veya başkası için haksız menfaat temini fiilleri söz konusudur. Başka deyimle burada hiyle, mal'a karşı işlenen suçlarda biricik vasıtadır. (1) Nitekim bu suçlar için İtalya yeni Ceza Kanununda (Hiyle yardımı ile Malvarlığına karşı Cürümler) deyimleri kullanılmıştır.

Bu bölümdeki hükümlerin hedefi, insanlar arasındaki iktisadi ve ticari münasebetleri hiyleye karşı korumaktır. İktisadi münasebetin emniyet içinde devamında ve karşılıklı itimadın korunmasında toplum menfaati vardır (2).

Bu bölümde yazılı cürümler, hiyle unsuru bakımından, hırsızlık ve emniyeti kötüye kullanmaktan ayrılır.

I — Dolandırıcılık

MADDE 503 — Her kim, bir kimseyi hulûs ve saffetinden bilistifade kandıracak mahiyette sanialar veya hile'ler yaparak hataya düşürüp o kimsenin veya âharın azrarına kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temin ederse üç aydan üç seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdî ile cezalandırılır.

Eğer bu cürüm :

---

1) GARRAUD, Traité théorique et Pratique, VI No. 2529 P. 305, 306
2) MANZINI, Trattato di Diritto Penale, VIII No. 2622 P. 313

1 — Meslek ve vazifeleri icabatını icra sırasında avukatlar ve dâva vekilleri ve alelûmum vekiller ile müessesat müdürleri tarafından;

2 — Resmî bir dairenin yahut menfaati âmmeye hâdim bir müessesei hayriyenin zararına olarak;

3 — Bir kimseyi askerlikten kurtarmak maksadiyle; işlemiş olursa ceza bir seneden beş seneye kadar hapistir.

Alman CK. 263 Fransız CK. 401 İsviçre CK. 148 İtalya ECK. 413 İtalya YCK. 640 ATIF : TCK. 522, 523, 524 5435 sayılı Kanun, 2

Dolandırıcılık — Escroquerie — , bir kimseyi hulûs ve saffetinden istifade ile kandıracak mahiyette sanılalar veya hiyleler yaparak hataya düşürüp o kimsenin veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız menfaat temin etmekdir. Dolandırıcılığı, hırsızlıktan ve emniyeti kötüye kullanmaktan ayıran önemli unsur, fiilin hiyle kullanılarak işlenmesidir. Hırsızlıkta, mal sahibinin rızası olmaksızın ve faydalanmak maksadile alınır. Emniyeti kötüye kullanmada ise mal sahibinin rızasile teslim edilmekte ve fakat teslim alan faydalanmak maksadile mal üzerinde haksız tasarruflarda bulunmaktadır. Halbuki dolandırıcılıkta mal sahibinden hiyle ile aşırılmaktadır.

Suçun unsurları, a) Bir kimsenin, b) bir şahsı hulû ve saffetinden istifade ile kandıracak mahiyette sanılalar veya hiyleler yaparak hataya düşürmesi, c) o şahsın veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temini ve d) fiili bu kasıt altında işlenmesidir.

A — Suçun faili, her hangi bir kimse olabilir. Ancak;

a — Kendileri için ayrılık kararı verilmemiş karı-koca'dan biri, b- usul ve furudan veya bu derece sıhri akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlatlığın, c - fail ile beraber bir da maltında yaşayan erkek veya kız kardeşi bu cürüm faili olamaz (m. 524).

B — Suçun maddi unsuru, bir kimseyi hulûs ve saffetinden faydalanarak kandıracak mahiyette sanılalar veya hiyleler yaparak hataya düşürmektir.

a) Hulûs ve saffet'den maksat, «iyi niyet-buona fede» dir. Nitekim Kanunumuzun alındığı İtalya eski Ceza Kanununda (m.413), sadece» iyi niyet» deyimi kullanılmıştır (3). Burada, iyi niyet, söylenen sözün, ya-

3) MANZINI, VIII No. 2621 P. 311

pılan vaadin doğruluğuna inanmak ve buna saygılı olmak anlamını taşır (4).

b — **Sanıa** - yapmacık-artifice-maddi nitelikte müsbet veya menfi hareketlerle başkasını yanıltmak için kullanılan «aldatıcı vasıta» lardır (5). Mesela yerli bir kumaşa bir alman fabrikasının markasını basarak alman kumaşı diye satmak maddi nitelikte bir «Yapmacık-sanıa» yani «Aldatıcı vasıta» dır (6). Sahte bir alacak senedi, bankada para varmış gibi sahte bir banka cari hesap cüzdanı göstererek borç para temini birer sanıa, yani maddi aldatıcı vasıtadır (7).

Kısaca, sanıa - yapmacık-dan maksat, söylenen yalanı maddi hareketlerle doğrulayıcı nitelikte «aldatıcı vasıtalar» dır (8).

c — **Hiyle**, maddi olmayan vasıtalar kullanarak, mağduru hataya düşüren, her türlü hareketlerdir. Hiyle bazen bir «gösteriş» bazen de bir «gizleyiş» hareketi olarak belirir.

aa — Gösteriş şeklinde hiyle, failin sahip olmadığı maddî imkân veya sıfata sahip olduğunu bildirmesidir. Meselâ bir kimsenin veresiye bir mal almak için zengin veya bir ticari işletmenin temsilcisi olduğunu söylemesi gibi.

bb — Gizleyiş şeklinde hiyle, failin maddi bir menfaat için kendi durumunu veya sıfatını gizlemesidir. Meselâ bir kimsenin, çalıştığı işletmeden çıkarılmış olmasına rağmen çıkarıldığını gizleyerek bu işletme hesabına para veya eşya alması gibi (9).

cc — Yalan, başlı başına hiyle sayılıp sayılmaması maddi hadiseye göre hâkim tarafından takdir olunur. Yalan magduru aldatıp hataya düşürmüş ise hiyle sayılmalıdır (10).

dd — Hatır bonosu-muvazaalı emre yazılı senet-ile de dolandırıcılık işlenebilir. Hatır bonosu para tedariki için kullanılan ve meşru olmıyan bir vasıtadır. Meselâ keşidecinin ortağı olduğu halde, kendisini ayrı bir tüccar gibi gösteren muhatap dolandırıcı sayılmıştır (11).

---

4) CAPITANT, Vocabulaire Juridique, P. 89
5) MANZINI, VIII No. 2623 I P. 324
6) Y. 6. CD. 30/11/1967
7) EREM, Cilt II S. 1116
8) Y. CGK. 14/1/1963 E. 9 K.6
9) MAJNO, III No. 1925
10) EREM, C. II S. 1120
11) Fransız Yargıtayı K. Erem, C. II. S. 1121 den naklen.

667

ee — Karşılıksız çek vermek de dolandırıcılıktır. Çekin Ticaret Kanununa göre (TCK. 692) şartları bulunmasa bile, bir hiyle mahiyetini taşıyacağından dolandırıcılığın doğmasına engel olmaz.

ff — Ceza veya Hukuk'da hiyle arasında fark yoktur. Gerçekte hiyle Medeni Hukuk'da ve Ceza Hukukunda mahiyetce aynıdır. Malik olmadığı bir malı, mal elinde imiş gibi gösterip satan ve böylece bir miktar peşin para alan kimsenin hareketi akitten doğan bir dolandırıcılıktır (12).

d — Kandırmaya Elverişlilik : Kullanılan maddi hiyle-sanıa-veya hiylenin kandıracak mahiyette olması lâzımdır. Eğer mağdura karşı kullanılan sanıa veya hiyle o'nu kandıracak mahiyette değilse, dolandırıcılık meydana gelmez. Hâkim sanıa veya hiylenin kandıracak mahiyette olup olmadığını takdir eder.

e — Mağdur Yanıltılmış olmalıdır. Mağdurun dolandırılmış olması için, iyi niyetinden faydalanılarak kandıracak mahiyette sanıa veya hiyle ile yanıltılmış-hataya düşürülmüş-olması lâzımdır. Buna göre iyi niyetinden faydalanılarak yanıltılmış olan mağdur için olağanüstü bir hal teşkil etmelidir. Gerçekte yanılma insan için istisnadır.

1 — Sanıa veya hiylenin kullanılması ile mağdurun yanıltılması arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

2 — Yanılma failin fiilinden önce bulunmalıdır.

3 — Belli bir kimse yanıltılmış olmalıdır. Belli kimsenin hedef tutulmadığı hallerde umumi veya umuma açık yerlerde halkı aldatmak (TCK. 548) suçu meydana gelebilir.

4 — Mağdurun, menfaatin temin edilmesinden evvel yanıltılmış olması gerektir. Aksi halde dolandırıcılık işlenmiş olmaz (13).

C — Haksız Menfaat temin edilmiş olmalıdır.

Fail, mağdurun veya başkasının zararına ve kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temin etmiş olmalıdır. Gerçekte dolandırıcılık cürmünün gayesi haksız menfaat teminidir.

1 — Burada, maddi menfaat veya şahsi hak söz konusudur. Mal, para, alacak, rehin, gibi. Mal taşınabilir veya taşınamaz da olabilir (14).

---

12) EREM, C. II S. 1123
13) EREM, C. II S. 1127
14) LOGOOZ, I P. 156

668

2 — Temin edilen menfaatin haksız olması lâzımdır. Aksi halde dolandırıcılık olmaz Meselâ satın alıp parasını ödediği malı kendisine teslim etmeyen satıcıdan o malı hiyle ile alan kimsenin **hareketi gibi.**

3 — **Menfaatin** mağdur veya başkasının zararına elde edilmiş olması da lâzımdır. Gerçekte dolandırıcılık bir (zarar suçu) dır. Zararın, fiilden sonra tanzim edilmiş olması, suçu ortadan kaldırmaz (15). Ancak cezayı azaltan sebep olur. (m. 523).

4 — Suç, haksız menfaatin temini-malın teslimi-ile tamam olur (16). Bu temin-teslim safhasına kadar fiile teşebbüs mümkündür. Meselâ mağdurun hiyle ile yanıltılarak malı teslim edeceği sırada dolandırıldığını bir suretle anlayıp malı vermemesi **gibi.**

D — **Suçun manevi unsuru**, kasıt ve menfaat temini hususi kasdıdır (17).

Cezayı Artıran haller; Fiilin, a) Avukatlar, vekiller veya müessese müdürleri tarafından işlenmesi, b) resmi daire veya hayır kurumu zararına işlenmesi, c) bir kimseyi askerlikten kurtarmak bahanesile işlenmesi, d) konusunun pek fahiş **olması'dır.**

a — Fiilin, meslek ve vazifelerini yaptıkları sırada avukatlar, dâva vekilleri, vekiller veya müesseseler müdürleri tarafından işlenmesi halinde ceza artırılır. m. 503 f. 2 bent 1. Bu bakımdan, fiilin, meslek mensupları tarafından sıfatlarından faydalanarak sanıa veya **hiyle yapmış** olmaları gerekir.

Müesseseden maksat, kamu veya hususi hukuk hükümlerine göre kurulmuş tüzel kişileri temsil, idare veya murakabe eden kimselerdir.

b — Fiilin resmi dairenin veya kamuya yararlı bir hayır kurumu zararına işlenmesi halinde de ceza artırılır. Meselâ Kızılay kurumu **gibi.**

c — Fiilin bir kimseyi askerlikten kurtarmak bahanesile işlenmesi, bent 3. Bu halde de kutsal askerlik görevi hiyleye vasıta yapıldığından ceza artırılmaktadır.

d — Fiilin konusunun pek fahiş olması (TCK. m. 522.) **Cezayı Azaltan Haller**, TCK. nun 522. maddesi 2. cümlesinde gösterilmiştir.

---

15) **EREM, C. II S. 1129**
16) **Y. CGK. 31/1/1966 E. 18 K. 14**
17) **LOGOZ, Commentaire, I P. 159**

669

İÇTİHATLAR

1) Sanık, bakiye borcunu eda ettiği sadedinde karşılıksız çek keşide ederek muhatabını kandıracak surette sanı'a tertip etmek suretiyle zarara sokmuş ve borcunu, çeki keşide sırasında ödediği şeklinde göstererek aynı zamanda bir yönden bu yolda menfaat temin eylemiştir. Zararın sonradan dâva veya başka suretle giderilmesinin mümkün bulunması diğer dolandırıcılık suçlarında da bahse konu olabilir. Bu cihet, müsnet suç unsuruna etkili bir keyfiyet teşkil etmez. Kaldı ki çekin karşılıksız bulunması dolayısiyle borcun ödenmemiş olmasından mütevellit muhatap zarara ducar olmuş, sanık da 2000 ilarayı uhdesinde tutmak suretiyle bu paradan faydalanmakta devam edegelmiştir. Esasen (karşılıksız çek keşidesi suretiyle vaki dolandırıcılık) suçunda (çekin keşidesi ve hamilinin Bankaya müracaatında karşılığı olmadığının tespiti) ile suç teşekkül etmiş olur. Karşılıksız çekin ticari hayata olan kötü tesiri nazara alınırsa bu yolda yapılan dolandırıcılık suçundaki zarar vermek ve menfaat temin eylemek hususunun geniş manada yorumlanması gerekir. Bu itibarla Özel Daire İlâmında gösterilen bozmaya uyulması gerekirken eski hükümde direnme kararı verilmesi Yasaya aykırıdır.

Y. CGK. 23/1/1967 E. 23 K. 13

II — Haksız Menfaat için Malını Tahrip

MADDE 504 — Bir kimse musibetlere karşı akdedilmiş bir sigorta bedelini kendisi almak veya başkasına aldırmak maksadiyle veya sair gayrımeşru bir menfaat elde etmek garaziyle her ne suretle olursa olsun kendisine ait malı tahrip veya imha eder yahut bozarsa bir seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur.

Eğer bu fiil ile maksadını elde etmiş olursa hakkında bundan evvelki madde hükmü tatbik olunur.

Alman CK. 265 İtalya ECK. 414 İtalya YCK. 642 ATIF : TCK. 381, 522, 524

Burada suç sayılan fiil, haksız menfaat temini maksadile bir kimsenin kendi malını tahrip eylemesidir. Bu niteliği itibarile bu fiil dolandırıcılığın özel bir şekli sayılmıştır. Nitekim failin kendi malını tahrip fiili, temini istenilen haksız menfaati sağlamada, aldatıcı vasıta mahiyetindedir. Ancak fiil, hedef ve maddi unsuru bakımından ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir (18).

18) **MANZINI, VIII No. 2631 P. 374**

Suçun unsurları; a) Bir kimsenin, b) musibetlere karşı yapılmış sigorta bedelini kendisi almak veya başkasına aldırmak maksadile veya meşru olmayan bir menfaat elde etmek gayesile, c) her ne suretle olursa olsun kendisine ait malı tahrip ve imha eylemesidir.

A — Suçun faili, ancak tahrip edilen malın sahibi olabilir. Şukadarki malın sahibi olmayan kimseler bu cürme ortak olabilirler.

B — Suçun maddi unsuru, bir kimsenin kendi malını tahrip veya imha eylemesidir.

a — Burada maldan maksat taşınabilir veya taşınamaz maldır.

b — **Fail, malın maliki olmalıdır.** Zilyet malik olmadığından, zilyedin eli altındaki malı tahrip eylemesi ile 504. maddedeki suç değil, fakat 503. maddedeki dolandırıcılık işlenmiş olur (19).

c — Malın tahrip veya imhası her hangi bir şekilde yapılabilir. 504. maddedeki her ne suretle olursa olsun, deyimlerinin anlamı budur.

d — Fail, kendi malını tahrip veya imha etmiş olmalıdır. Fail kendi malını tahrip eylediği sırada başkaları zarar görmüş ise, 504. madde değil, fakat 381. madde uygulanır.

C — Suçun manevi unsuru, kasıt ve özel kasıttır.

Fail, malını bilerek ve isteyerek tahrip ve imha eylemelidir. Hususi kasıt, umumi felâketlere karşı yapılmış sigorta bedelini almak veya aldırmak suretile haksız menfaat sağlamaktır.

Belli bir malın fiyatının artmasını temin için o çeşit malların bir kısmının imha edilmesi halinde TCK. nun 358 maddesi uygulanır (20). **Cezayı Artıran Haller,** a) Failin maksadını elde etmesi, b) elde edilen menfaatin pek fahiş olması (m. 522) dir. 504. maddenin 2. fıkrasında (evvelki madde hükmü) ne atıfta bulunulduğundan, dolandırıcılığın cezayı artıran hallerine ilişkin hükümler (m. 503, bent 1, 2), 504 maddenin 2. fıkrası için de uygulanır (21).

Cezayı Azaltan haller, TCK. nun 522. maddesinde gösterilmiştir.

III — Ehliyetsizleri Dolandırma

MADDE 505 — **Her kim, kendisinin yahut başkasının menfaatine olarak bir sabi veya mahcurun veya ehil olmayan kimsenin ihtiyaçla-**

19) **EREM, C. II S. 1145**
20) **MANZINI, VIII No. 2634 P. 381**
21) **EREM, C. II S. 1147**

571

rını veya heveslerini veya tecrübesizliğini suiistimal ile onlardan birinin veya aharın mazarratına hukukça hükmü havi bir senet alırsa veren şahsın hukuki ehliyeti haiz olmamasından dolayı bu senet hükümsüz sayılmakla beraber faili bir seneden beş seneye kadar hapsolunur ve yüz liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdî alınır.

Alman CK. 301 Fransız CK. 406 İtalya ECK. 415 İtalya YCK. 643
ATIF : TCK. 522, 523, 524 5435 sayılı Kanun, 2.

Burada, Medeni Kanun bakımından ehliyetsiz olan kimselerin, Medeni Kanun hükümlerinden ayrı olarak, ceza kanununca da korunmaları hedefi güdülmüştür. Böylece ehliyetsizler için bazen felâket olabilecek taahhütler ve bazen de ahlaki bakımdan sakıncalı anlaşmalar önlenmiş olacaktır (22).

A — Suçun unsurları, a) Bir kimsenin, b) bir küçük veya kısıtlının veya ehil olmayan bir kimsenin, c) ihtiyaçlarını, heveslerini veya tecrübesizliğini kötüye kullanarak, kendisine veya başkasının menfaatine, onlardan birinin veya başkasının zararına hukukça hükmü olan bir senedi alması ve d) fiili bu kasıt altında işlemesidir.

A — Suçun faili, her hangi bir kimse olabilir.

B — **Suçun mağduru,** küçük kısıtlı veya ehliyetsiz kimseler olabilir. 505 maddede, suçun mağduru olabilecek kimseler birer birer sayılarak gösterilmiştir. Bu itibarla maddede sayılanlar dışındaki bir kimse suçun magduru olamaz. Kanunumuzun magdurları sınırlaması yerinde olmamıştır. Nitekim İtalya yeni Ceza Kanununda (m. 643), yalnız küçükler veya ehliyetsizlere karşı değil, vesayet altına alınmamış da olsa, melekeleri bakımından yetersiz olanlara karşı da - mesala ihtiyarlara - suçun işlenebileceği kabul edilmiştir (23).

a — **Küçükler**, on sekiz yaşını bitirmemiş ve mahkemece erginliğine karar verilmemiş çocuklardır. (Medeni Kanun, 10,12).

b — **Kısıtlılar** - mahcurlar - vesayet altına alınmış olan kimselerdir.

1 — Vesayet altına alınma, hâkim taarıfndan vesayet altına alınma kararın kesinleştiği andan itibaren başlar. Kısıtlıya karşı 505. mâd-

22) GARÇON, Code Pénal, P. 586 n. 5
23) EREM, II S. 1148; CASABIANCA, S. 383

dede yazılı fiili işleyen kimse, iyi niyet sahibi üçüncü şahıs sayılamıyacağından, vesayet altına alınmasının ilânı önemli değildir. (24). TMK. 360.

c — Ehliyetsizler'den maksat temyiz kudreti olmıyan küçüklerdir. Medeni Kanunun 13. maddesine göre yaşının küçüklüğü sebebiyle makul surette hakaret etmek iktidarından yoksun kimse temyiz kudretine sahip değildir.

C — **Suçun maddi unsuru,** mağdurun ihtiyaçlarını, heveslerini veya tecrübesizliğini kötüye kullanarak, kendisinin veya başkasının menfaatine ve mağdurun veya başkasının zararına hukukça hükmü olan senedi almasıdır.

Kötüye kullanarak ihtiyaçların gerçek veya hayali, heveslerin iyi veya kötü olmasının neticeye tesiri yoktur (24).

b — Senedin, failin veya başkasının menfaatine ve mağdurun veya başkasının zararına olması lâzımdır.

1 — Ancak bir zararın meydana gelmesi şart değildir. Zira bu fiil (zarar suçu) değil, fakat (Tehlike suçu) dur. (25).

2 — Suç konusunun sadece hukukça hükmü olan senetten ibaret kabulü yerinde olmamıştır. Ehliyetsizlerin başka şekillerde de aldatılmaları mümkündür. Nitekim İtalya yeni Ceza Kanununda daha geniş olarak (Hukuki her hangi bir netice doğuran muamele yapmak) hükmü benimsenmiştir. (26).

c — Suç, senedin alınması ile **tamam** olur.

D — **Suçun manevi unsuru,** umumi kasıt ve hususi, menfaat edinme, kasdıdır.

Fail, kendisine veya başkasına haksız menfaat temin maksadile hareket etmiş olmalıdır. (27).

B — Sezayı Azaltan haller TCK. 522 - 1, 523 ve artıran haller 522 -1 de gösterilmiştir.

IV — Hiyleli İflas

MADDE 506 — Hileli müflisler hakkında iki seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.

---

24) **MANZINI, VIII No. 2640 P. 388**
25) **EREM, Cilt II S. 1153**
26) **CASABIANCA, Code Pénal, P. 384**
27) **MANZINI, Trattato, VIII No. 2642 P. 392**

673

3038 sayılı Kanunla ve İcra - İflas K. 239. maddesiyle değişik) Fransız CK. 402 İsviçre CK. 163

ATIF : TCK. 507, 522, 523, 524 İcra ve İflas Kanunu, 310, 311

Ceza Kanununda hiyleli iflas suçunun unsurları gösterilmemiştir. Hiyleli iflas özel nitelikte bir dolandırıcılıktır.

Hiyleli iflas'dan maksat, failin iflasından önce veya sonra **alacaklılarını** zarara sokmak maksadile her türlü hiyleli mumelerde bulunmasıdır.

A — **Suçun unsurları**, a) Bir tacirin, b) iflasından önce veya sonra alacaklılarını zarara sokmak için hiyleli muamelelerde bulunması ve c) fiili bu kasıt altında işlemesidir.

A — **Suçun faili**, ancak iflasına karar verilmiş tüccar olabilir. Zira tüccar sıfatını taşımıyan kimseler iflasa tabi değillerdir. Tüccar sıfatı Türk Ticaret Kanununda (m.14) gösteirlmiştir. Şukadarki tacirin iflasına dair karar kesinleşmiş olmalıdır.

B — **Suçun maddi unsuru**, hiyleli muamelelerde bulunmaktır.

Hiyleli muamele sayılacak haller İcra ve İflas Kanununun 311. maddesine göre :

a — Alacaklının ortak rehni mahiyetinde olan **malların kaçırılması**; gizlenmesi veya tahrip edilmesi;

Bu fiilerin malların bütünü veya bir kısmı üzerinde olmasının önemi yoktur. Bu fiilere katılan iflas eden tacirin ev halkından kimseler de aynı surette cezalandırılır.

b — **Alacaklıların zararına**, gerçeğe aykırı olarak makbuz vermek veya olmayan bir borcu kabul etmek; z z

c — **Muvazaalı muameleler** yapmak; her türlü taşınabilir ve taşınmaz mala ait muvazaalı muameleler, meselâ asılsız rehin koydurmak ferağ yapmak gibi.

d — **Evlenme** mukavelesinde gerçekte getirilmemiş bir **çeyizi getirmiş gibi** tanımak ve karının da bu mukaveleyi kocasının alacaklılarına karşı kullanmaya kalkışması;

Buradaki çeyizden maksat kadının şahsi malları (Medeni Kanun, m. 206, 220) dir

674

e — **Mevcudu israf etmek;** burada israftan maksat malı piyasa değerinden veya maliyetinden aşağı bir fiatla satmaktır. Mal'dan maksat ticari maldır. (28)

f — Alacaklılardan birine konkordato dışı menfaat temin etmek;

Kanun konkordato dışında yapılan vaatleri hükümsüz sayınıştır. İcra İf. K. 306. Bu çeşit vaatde bulunan borçlu ile vaadi kabul eden alacaklı cezalandırılır. İcra ve İflas K. 333.

c — **Suçun Manevi unsuru,** umumi kasıttır.

Basit iflas

Madde 507 — Taksiratlı müflüsler bir aydan iki seneye kadar hapsolunur. (Asliye).

(3038 sayılı kanunla değişik)

Fransız CK. 402 İsviçre CK. 165

ATIF: TCK. 506. 522 523, 524 İcra ve İflas kanunu, 306, 310, 333

Kanunumuzdaki (taksiratlı iflas) değimi yanlış olup doğrusu (Basit İflas Banqueroute simple) dir. Nitekim Alman Ceza Kanununun 282 — 283. maddeleri yerine kabul edilen (İflas Kanununda,m. 240), Fransız (m. 402), İsviçre (m. 165) Ceza Kanunlarında hep aynı fiil için (Basit İflas) deyimi kullanılmıştır (29).

A — **Suçun unsurları,** a) Bir tacirin, b) ticari doğruluk esaslarına aykırı haraket etmesi ve c) fiili bu kasıt altında işlemesidir.

A —**Suçun faili**, İflasına dair verilen karar kesinleşmiş bir tacir olabilir (30).

B — **Suçun maddi unsuru,** ticari doğruluk esaslarına aykırı haraket etmektir. Bu hareketler İcra ve İflas Kanununun 310. maddesine göre :

a — Ziyanlar iç nimakul sebeplerin gösterilmemesi,

b — Evinin masraflarının haddinden fazla olması

c — Kumar ve benzeri oyunlarda, borsa muamelelerinde bol miktarda para sarf etmesi

---

28) **EREM, Cilt II, S. 1160**
29) **RELİNGER, Code Pénal Allemand, P. 105**
30) **LOGOZ, Commentaire I P. 215**

675

d — Borcunun, mevcudu ile alacağından çok olduğunu bildiği halde bu durumundan haberi olmayan kimselerden ehemmiyetli miktarda veresiye mal satın veya borç alması;

e — Ticari defterlerin kanuna uygun olarak tutulmaması;

f — Mevcudu ile alacağından çok miktarlar için senetle rimza eylemesi,

g — Çağırıldığı mahkemeye veya iflas dairesine özürsüz gidilmemesi,

h — İşlerin terk edilerek kaçılması,

i — Evvelki konkordato şartlarını yerine getirmeden tacirin yeniden iflasına hüküm olunması,

j — Tacirin mecbur olduğu halde (İcra ve İflas K. 178) İflas için müracaat etmemiş olması'dır.

C — Suçun manevi unsuru, Kasıt veya ihmaldir (31).
Burada «ihmal» de iradi bir fiil olup «taksir» anlamına gelmez.

---

31) 31) **LOGOZ, I P. 216 n. 3 a.**
YARARLANILAN YAKITLAR :
ALGAN M. Reşit - TÜRKAY Yaşar. 766 Sayılı Tapulama Kanunu ve Uygulaması. 1960 GÜRSEL Mustafa. Şehir Kadasrosu Dâvaları. 1970

1918 SAYILI KANUNUN 33. MADDESİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME

İbrahim Atalay KANCAAL
Cumhuriyet Başsavcısı Yardımcısı

Konuyu şöyle vaz'etmek, kanaatimizce asıl meselenin ne olduğunu belirtmek bakımından yararlı olacaktır :

— 1918 sayılı kanunun 33. maddesi, Türk Ceza Kanununun 65. maddesi gibi bir iştirak halini mi, yoksa, müstakil bir ceza hükmünümüihtiva etmektedir?

T.C.K. 65. madesi, ceza hükümlerini muhtevi bütün kanunlardaki suçlara, hiç şüphesiz istisnalar mahfuz kalmak şartı ile uygulanan genel mahiyetteki bir indirim kuralını ifade etmektedir.

Diğer bir deyişle suça fer'an iştiraki söz konusu olanlar için asli ceza maddesinde gösterilen cezadan muayyen nisbette indirim yapılarak cezaya hükmolunacaktır. Yani, 65. maddenin uygulanabilmesi, asli mahiyetteki ceza maddesinin mevcûdiyetine vabestedir.

Bunun gibi, 1918 S.K. 33. maddesinin uygulanabilmesi de, ayni kanunun 25., 26., 27. maddelerinin mevcudiyetini gerektirmektedir. Kanundan bu 3 maddeyi bir an için çıkardığımızı farzedersek, 33. madde muallâkta kalır. Şu halde 33. madde de, T.C.K. 65. maddesi gibi fer'i iştirak hâlini tanzim etmektedir.

Ancak, 33. ile 65. maddelerde söz konusu olan eylemlerin vasıf ve mahiyetleri farklıdır. T.C.K. 65 maddesinde fer'i failliği oluşturduğu belirtilen eylemler, 1918 S.K. da asli failliği meydana getirmektedirler. Diğer bir ifadeyle T.C.K. da fer'i iştirake taallûk eden eylemler, 1918 S.K. da suçların asli unsurlarını teşkil etmektedirler. Bu suretle iki kanun arasındaki kuruluş farkı ortaya çıkıyor. Biri, bütün cezai suç şekillerini kapsayan genel bir kanun, diğeri, münhasıran kaçakçılık fiillerini kapsayan özel bir kanun ve özel kanunda aksine sarahat olmadıkça, genel mâhiyetteki kanun maddeledini (kaçakcılık suçlarında) uygulayacağız. Nitekim, T.C.K. 54, 55, 81. vesair maddelerini uvguluyoruz. Aksine sarahat bulunan T.C.K. 36, 89. maddelerini uygulayamıyoruz. Bu-

nun gibi T.C.K. 65. maddesini de uygulayamıyoruz. Çünkü, onun yerini 33. maddede almış—tır. T.C.K. 36. maddesini uygulayamıyoruz; çünkü, müsaderenin hususi şekilleri 25, 27, 29 ve 58. maddelerle tertip ve tanzim olunmuştur. 647 S.K. 6. maddesiyle değiştiirlen T.C.K. 89. maddesini uygulayamıyoruz. Çünkü 58. madde, tecili menetmiştir. T. C. K. 61. ve 62. maddelerini uygulayamıyoruz. Çünkü 1918 S.K. teşebbüsü, tam suç saymıştır.

Şu misaller de gösteriyorki, 1918 S.K. tanzim ettiği eylemlerin mahiyetleri icabı, ceza hukukunun genel prensiplerinden ayrılmış, tecil müessesesini reddetmiş, teşebbüs müessesesinin tamamını suçu tekevvün ettiren ana unsurlar meyanına katmış, müsadereye taalluk eden 36. maddeyi almamış fakat müsadere müessesesini daha geniş tutarak 4. maddede tanzim etmiştir. Bunun gibi iştirak müessesesine ait eylemlerin büyük çoğunluğunu alıp ihdas ettiği suçların unsurları arasına katmış ve 33. madde ile de, ehemmiyet derecelerini hafif gördüğü basit eylemleri, fer'i iştirak müessesesinin paraleline sokmuştur. Binnetice, tertip ve kuruluş tarzı ile tanzim ettiği münasebetlerin mûdil mahiyeti bakımından nevi şahsına münhasır özel bir kanun olan 1918 Sayılı kanunun bünvesinde 33. madde, müstakil bir suç ve ceza maddesi hüviyetinde mütalaa olunamıyacağı kendiliğinden anlaşılıyor.

İlgili Maddelerin Tahlili :

T.C.K. 65. maddesi, fer'i failler için «kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilir. «tarzında bir ifade kullandığı halde, 1918 S.K. 33. maddesi ayrıca söyle bir ifade tarzını ihtiyar etmiştir: «Yardım edenler hakkında asıl suçların o maddeler hükmünce görecekleri cezaların yarısı hükmolunur. Bu fiillere iştirak eden memur ise, asıl fail gibi ceza görür.»

«Asıl suçluların görecekleri ceza» dan maksat, aslî fâilleı için kanunen muayyen olan cezadır. Zira, burada asıl fâillerin «fiilen gördükleri» değil, «görecekleri, yani görmeleri icap eden ceza» anlamını çıkarmak lâzımdır. Aksi halde, asıl faillerin şahısları ile ilgili tahfif ve teşdidi mucip sebeplerin fer'i faillere de sirayeti sözkonusu olmak gerekir ki, o takdirde hukuku ilim yapan ilkelerin dışına çıkmak tecviz edilmiş olur ve böyle bir tefsir tarzı, hukuk ile bağdaşamaz. Şu halde, T.C.K. 65. maddesi ile 1918 S.K. 33. maddesinin yazılış tarzları farklı, fakat kapsadıkları anlam ve tevecciih ettikleri maksat birdir. Nitekim, 33. maddenin sonundaki «iştirak eden memur ise asil fail gibi ceza görür.» «ibaresinin mefhumu muhalifinden de, madde hükmündeki «yardımcı-

678

lar» deyiminin fer'i failliğe delâlet ettiğini istihraç etmek mümkündür. Kaldı ki fiilen verilecek ceza esasından hakaret edilseydi, asli faillerin firarları halinde fer'i faillere ceza tayini mümkün olamayacağı gibi garip ve mesnetsiz bir durumla karşılaşmak da mukadder olurdu.

Yargıtayın İçtihatları Bakımından Tahlil :

7. Ceza Dairesi 12/1/1973 tarih ve 13839/45 sayılı kararında aynen şöyle diyor :

« ..... 33. madde, 25, 26, 27. maddelere bağlıdır. Suç unsurunu da bu maddelerden almaktadır. Başka bir deyimle 33. madde, cezayı indirici bir neden olarak kabûl edilmiştir.

1918 sayılı kanun, T.C.K. 65. maddesine parelel, kendi bünyesi içinde iştirak hükümlerini getirmiş; 33. madde ile bu hususu halletmiştir.»

Bu açık görüşü ile 7. Daire, 33. maddeyi bir iştirak müessesesi olarak tavsif ve kabûl ettiği halde, aşağıda vereceğimiz daha önceki tarihlere ait iki ayrı içtihadında aksi görüşe yer vererek, bir müstakil ceza maddesi olarak tebarüz ettirmekte, iştirak hükmü vasıf ve mahiyetinde bulmadığını beyan ve ifade etmektedir.

Nitekim, 7. Ceza Dairesinin 20/12/1968 tarihli 66900/11291 sayılı içtihadı şöyledir :

« ..... 33. maddede, diğer maddeler hükümlerince suç sayılmayan eylemler esas alınmıştır. Aksi halde, 1. maddede müstakil kaçakçılık fiili sayılan kaçak eşyayı saklama suçu, 33. maddede yardım suçu olarak tavsif edilmiş olurki, bu da bir çelişme husûle getirir.»

Ayni Dairenin 12/7/1969 tarihli, 6577/7246 sayılı içtihadı da aynı görüşü müeyyit olup aynen şöyledir :

« ....33. maddede, diğer maddeler hükümlerince suç sayılmayan eylemler hedef tutulmuştur.»

Açıkça anlaşılıyorki, Dairenin son içtihadı ile önceki müteaddit ve yekdiğerini teyit ve itmam eden içtihatları arasında bir tenakûz husûle gelmiştir. Daire, yıllardanberi sürdürüp getirdiği görüşünden, bir zamanaşımı probleminin nasıl çözümleneceğini tartışırken dönmek mecburiyetinde kalmıştır. Ve demiştir ki, 33. madde, bir iştirak hükmünü ihtiva etmektedir. Müstakil bir ceza maddesi değildir. O halde, iştirak

679

hangi asli ceza maddesine taalluk ediyorsa zamanaşımı, o maddede gösterilen cezanın yukarı haddine göre hesap edilecektir.

Şimdi, Yukarıda belirttiğimiz düşüncelerin ışığı altında Dairenin içtihatlarını tetkike devam edelim.

Önce 1968 tarihli içtihada eğilelim. Çünkü burada görüşün dayanağı olan bir misale de yer veriliyor. Deniliyor ki :

« .....1. maddede müstakil kaçakçılık fiili sayılan kaçak eşyayı saklama suçu, 33. maddede yardım suçu olarak tavsif edilmiş olur ki. bu da bir çelişme husule getirir.»

Daire bu görüşü dile getirirken T.C.K. 65 maddesine yanlış açıdan bakmış ve 65. maddedeki fer'i iştiraki teşkil eden fiillerin 1918 sayılı kanundaki suçlara tatbikinin mümkün bulunmadığı sonucuna varmıştır. Elbette tatbiki mümkün değildir. esasen böyle bir tatbike 33. maddenin vücudu manidir. Kaldı ki, yukarıda etrafı ile açıklandığı gibi 1918 sayılı kanun 65. maddedeki eylemlerin hepsini kaçakçılık suçlarını terkip ve teşkil eden ceza maddelerinin bünyesine almış ve kaçakçılık suçlarının özelliği icabı birer suç unsuru olarak kabûl ve tesbit etmiştir. Meselâ: Suç işlemeyi teşvik etmek, suçu irtikâp kararını takviye etmek, fiil işlendikten sonra müzaharet ve muavenette bulunmayı vaâdetmek, suçun ne suretle işleneceğine dair talimat vermek, iş ve vasıtaları tedarik etmek, suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaharetve muavenetle icrasını kolaylaştırmak şeklinde tadadi ifadesini bulan eylemlerin cümlesi, bilhassa 1918 sayılı kanunun 26. ve 27. maddelerindeki teşekkül ve topluluğu oluşturan unsurlar arasında bulunmaktadır. Binaenaleyh, 1918 sayılı kanun tanzim ettiği konu ve münasebetler bakımından T.C. Kanununun iştirak müessesesini olduğu gibi alamaz; yani, iştirak yönünden T.C.K. na atıfta bulunamazdı. Böylesine kollektif mahiyetteki suçların ağır bastığı bir kanun için hususi bir iştirak şeklini öngören ayrı bir hükme yer vermekten başka çare bulunamazdı. İşte, 33. madde böyle bir zaruret ve ihtiyaçtan doğmuş fer'i iştirak maddesidir.

Mezkûr içtihatdaki «kaçak eşyayı saklama fiili» ile alâkalı misale gelince :

Kaçak eşyayı saklama eylemi, 1918 Sayılı kanunun 1. maddesinde müstakil suç sayıldığı için iştirak eylemi değildir. Fakat, Sırf 1. maddede sayılmadığı için «Kaçakçılık fâilini saklamak», o da saklayanın yapılan kaçakçılıkla bir ilgi ve menfaat bağı bulunması kaydı ile müs-

takil bir suç değil. 33. maddenin şumulüne giren bir fer'i iştirak eylemidir. Demekki, 1918 sayılı kanun saklamayı tecrim ederken saklanan şeyin mahiyetini nazari itibare alıyor. Oysa, T. C. K. nu suça taallûku olan herşeyin saklanmasını ayni ceza maddesi ile karşılar. Ve saklama fiillerini, iştirak hükümlerinin şümulünde de görmez; müstakil bir suç fiili olarak 296. maddeyle tecrim eder. Bu itibarla saklama fiilinin, mezkûr içtihadı ne suretle tarsın eden bir misal gibi gösterildiğini anlamak da güçtür.

Diğer taraftan, 1918 sayılı kanundaki toplu suç şekillerinin unsurlarındaki özellik de, 33. maddenin fer'i iştirak müessesesi olarak kabûl ve telâkki edilmesini gerektirir. Zirâ, toplu surette işlenen suçlar için mezkûr kanuna göre iştirak, unsur değildir. Diğer bir değişle birbirleriyle menfaat ve alakası olmaksızın da fertler, toplu kaçakçılık suçunu işlemiş sayılmaktadır. Elverir ki eylemleri ile menfaat ve alakada müşterek olmadıkları halde ayni maksadı istihdaf etmiş bulunsunlar.

Burada dikkat edilecek husus fer'i failler ile asli failler arasındaki farklılığın ortaya çıkış tarzıdır. Fer'i failin taaddüdü halinde asli fail tek kişiden ibaret oldukça kaçakçılık suçu münferit olmak vasfını muhafaza eder. toplu kaçakçılık suçu teşekkül edemez. Oysa, asli faillik iki kişiye taallûk etti mi toplu kaçakçılık suçu tekevvün eder.

Şu halde, bir bilgi ve menfaat bağı olmadan yardımı sebkeden kişileri, fiilleriyle vasfını değiştiremedikleri kaçakçılık suçlarından dolayı müstakil birer suç faili gibi görmek, hukuk tekniğine olduğu kadar hukuk mantığına da aykırıdır. 33. maddeyi kanunun diğer maddelerinde suç olarak gösterilen eylemlerin dışındaki eylemlere inhisar ettiren anlayış, kaçakçılık mevzuatında fer'i iştirake yer vermeyen bir görüş olarak tecelli edince, 33. madde kanunsuz suç olmaz ilkesine de ters düşürülmüş olur. Modern hukukun temel unsurunu teşkil eden bu ilkenin ihmal olunduğu hiçbir konuda adaletin gerçekleştirildiği söylenemez.

681

İLAÇ ALIŞKANLIĞININ HUKUKİ VE CEZAİ YÖNLERİ

Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL

Giriş :

İlaç (ve uyuşturucu maddenin) sinir sistemini etkiliyerek duyuları azaltan veya yok eden bir nitelikte olduğu belirgindir. İlaç kullanımı ne kadar uzun süreli ve alınan miktar ne derece fazla olursa, sinir sistemindeki etkide o derece derin olur. Bu konuda beyin sinirlerindeki duyarlık ve direncin önemi büyük olup; bazı kişilerde hızlı değişimler meydana gelebilmektedir.

Son yıllarda, Dünya üzerinde ilaç bağımlısı sayısında beliren artış sonucu bir epidemiden söz edilmeğe başlanılmıştır. İlaç - bağımlısı deyimine, uyuşturucu madde ile birlikte psikopatik maddelere (alkol ayrık) bağımlılığın her nevi girmektedir.

Hukuki Yaklaşım. Kişi ve toplum üzerinde tahrip edici etkileri bulunan ilâçlarla mücadeleye hukuki yönden yaklaşım tek yanlı olmayıp ; bu alanda çeşitli disiplinlerin katkılarına yoğun bir gereksinme duyulmaktadır. Belirli bir ilaçın hukuki ve cezasal kontrole tabi tutulması, esas itibariyle sağlık otoritelerinin bu ilacın belirli bir zamanda içerdiği özel risk konusundaki yargısına dayatırılması gerekmektedir. Gerçektente Türkiye'de olduğu gibi ekser devletler, kanuni kısıtlamalara tabi tutulması gereken ilaçların ayrıntılı bir tanımını yapmak yerine, belirli bir ilacın içerebileceği risk derecesine göre sağlık otoritelerinin değerlendirmelerine bırakmıştır.

İlaç konusunda getirilecek ceza yaptırımlarının yalnızca genel ceza ilkelerine (cezaların genel ve özel önleme niteliği) dayalı olarak düzenlenmesi yersiz olacaktır. Bu konuda söz konusu ilaç hakkında beslenen düşünce ile kullanımının yaygınlığına değgin sosyolojik verilere gereksinme duyulmalıdır. Örneğin 15 - 25 yaşları arasındaki gençliğin % 25 inin esrar kullandığı bir devlette esrar bulundurma veya kullanımının hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasından olumlu sonuçlar beklemek gerçeklikten yoksun kalacaktır. Kuşkusuz, bu tür bir uygulama genç neslin genel olarak cezalandırılmasını doğurabileceği gibi uzun

bir devrede adalet sistemine olan saygınında yetirilmesine sebep olacaktır.

Ceza yaptırımlarının förmüle edilmesi süresince, ilaç konusunda cezai normlarla sağlanması istenilen sosyal norm ile eğitimle yaptırılması istenilen düşünce arasında uyumun sağlanması göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, ceza normları ile eroin ve esrarın aynı risk grubunda bulunduğuna değgin yaratılmak istenilen sosyal norm, eğitim sürecinde eroinin risk yönünden esrardan oldukça farklı bir grupta bulunduğu yolundaki öğreti ile çelişki içerisinde olacaktır. Kuşkusuz, uyuşturucu ilaçlar arasında bir ayrım yapmak gerektir. Rahatlık, mutluluk duyuran, uyanık ve dinç tutan, uyuşturan, insanın eski zavallılığını avutan her şey bir bakıma uyuşturucu maddedir. Esrarı «sert uyuşturucu madde» diye tanımlanan ilaçlarla bir tutamayız.

Yasama organınca ilaç suistimalinin önlenmesi ve kontrolü için başvurulacak ceza yatırımlarının derecesi cemiyetin elinde bulundurduğu diğer tedbirlerin çeşitliliğine dayalı bulunmaktadır. Makro seviyede ilaç kontrolü, halk eğitimi, sosyal hizmetler ve diğer yapıtların geliştirilmiş olduğu bir cemiyette, ceza adaleti sistemi ile belirlenen türdeki aksiyona daha az dayalı kalacaktır.

İlaç kontrolü alanında ön görülecek aksiyonların olumlu bazı yanları yanında iyi olmayan sonuçlarıda olabilir. Örneğin, ilaç suistimali konusundaki eğitim ve propaganda aracı, bir terslik gibi görünse de, bazı kişileri ilaçı denemeye kışkırtabilir. Tehlikelerini yadsıdıklarından, ya da sakıncalarını bilmediklerinden dolayı ilaç kullanmağa kalkıştıkları düşünülemez. Ama onlar «Blanchette'in hastalık belirtileri» diyeceğimiz bir tutkunun kurbanlarıdır.

İlaç kontrolü alanında ön görülen cezasal norm, ilaç suistimalini kısıtlıyabilir isede, uygulanan özel bir yaptırım, örneğin hürriyeti bağlayıcı ceza, kişiye yarardan ziyade zarar yapabilir. Cemiyetin elinde bulunduracağı tedbirlerin çeşitliliği ölçüsünde tek bir tedbire dayalı kalmak ihtiyacı daha az duyulacaktır. Bu türden çeşitlilik, olumsuz sonuçların tümünün giderilmesini sağlıyamasa bile, bazılarının etkisini azaltmak yönünden yararlı bir çerçeve olacaktır. Bu nedenle, herşeyden önce uygulanacak yöntemlerin bir maliyet - kâr analizinin yapılması ön görülmelidir.

İlaç suistimalinin genel cezaî tedbirlerle kontrolünün etkinliğine değgin kesin bulgular milli ve milletlerarası seviyede şimdiye dek elde edilememiştir.

683

Amarika'daki daha önceki tecrübeler, ilaç suistimalinin yoğun bir hukuki kontrolü konusundaki zorluğa örnek olarak verilebilir. Anılan memlekette, afyon ve esrar suistimalinin ağır cezai yaptırımlarla başarılı bir biçimde giderilemediği ileri sürülebilir. Cezai normlara ilişkin olarak beliren sorular arasında; gerekli tedbirler alınmasa idi, eroin durumu ne olacaktı? Ceza sistemi, tretman, sosyal yardım ve genel sosyal kalkınma ile koordinasyon halinde daha iyi yapabileceği bu görev ile yalnız bırakılsa idi, ne olacaktı? Esrar konusundaki yasal düzenleme cemiyetteki önemli bir grubun desteğini sağlayıcı ve koruyucu bir biçimde formüle edilmiş ve uygulanmışmıdır? gibi sorular yer almaktadır.

Japonya 1950 lerde stimulanların geniş ölçüde suistimaline 1.000.-000 dan fazla devamlı kullanan ile tanık olmuştur. Bu ilaçla mücadele için öngörülen tedbirler, imalatı ile reçete kontrolünü, eğitim,tretman, ceza uygulanması ile koordinasyonu içermiştir. 1954 yılında 55.000 den fazla kişi tutuklanmış iken, 1958 yılında tutuklananlar sayısı 271 e inmiştir. Bu değişikliği meydana getiren, etkili bir ceza uygulaması mı? Genel İlaç kontrolümü? Tretmanmı? Yoksa tüm tedbirlerin koordineli bir biçimde uygulanışımı? Elde mevcut olan dökümanlar ışığında bu sorulara kesin cevap vermek mümkün olmuyor. Nagama'ya göre, stimulanlara bağımlı kişilerden tretmana tâbi tutulanlar sayısı 1954 yılında 4.000, 1955'de 1200; Morimoto'ya göre, amphetamine'lerin Kontrolü Hakkındaki Kanunu ihlâl edenlerden iki yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza görenlerin sayısı 1954 de 89 ve 1955'de 228 idi. Kuşkusuz, bu tedbirler yalnız olarak istenilen değişimi sağlamamıştır. Ayni durum 1936 -1937 yıllarında Türkiye'yi nezle tozu altında saran eroin iptilâsı karşısında açılan mücadele (ağırlaştırılmış cezai yaptırımlar) ile beliren değişim içinde söz konusudur. Bu değişimi sağlayan tedbir veya tedbirlerin kesinlikle neler olduğu araştırma ile saptanmış değildir. Bu nedenlerle farklı seviyedeki cezai kontrol konusunda değerlendirme yapılmasına gereksinme olup; mikro seviyede, uyuşturucu ilaç suçlusu için ön görülebilecek cezaevi tretmanı ile cezaevi dışı tretman arasındaki çatışma gibi özel sorunların çözümlenmesi; ve makro-seviyede de milli kalkınma planları çerçevesinde, yalnızca ceza uygulanmasına geniş ölçüde dayanılmasının giderilmesi gerekmektedir.

Cezai Tanzim ve Kontrol

Uyuşturucu madde (ve ilaçı) kullanan ve trafiğini yapanları aynı suçlu ailesinin üyeleri olarak görmek ve ceza yaptırımları açısından düşünmek hatalı bir siyasettir. Alışkanlık ve müptelâlık sorunu, sosyal bir tehlike ve kötülük olarak düşünülmelidir. Müptelâ kişilerin ekserisi sos-

684

yo—ekonomik yetersizlikler içersinde olduğundan, bu kişilere yöneltilecek tretman yöntem ve tedbirleride ilke olarak sosyo—ekonomik nitelikte olmalıdır.

Cezai düzenleme yönünden farklılaştırılmış ceza uygulaması yerinde bir siyaset olup; ağır cezalar profesyonel trafikçiler için; daha az ağır cezalar taşıyıcıları için; ufak çapta trafiğini yapanlara hafifletilmiş cezalar ve kendileride uyuşturucu maddeyi kullanmış ise, erteleme ile zorunlu tretmana alınması gibi hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif tedbirler ve kullananlar içinde sosyal bir yaptırım olarak zorunlu tretman biçimi (olanaklar elverdiğinde) söz konusu edilmelidir.

Türk Ceza Kanununda, farklılaştırılmış bir ceza sistemi var ise de, ön görülen cezalar her suç türü bakımından oldukça ağırlık göstermektedir. T. C. K. 403 maddenin (1) sayılı bendine göre, «uyuşturucu maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imâl, ithal veya ihraç veya hut bu fiillere teşebbüs edenler on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile... cezalandırırlar...»

Suç konusu olan**uyuşturucu maddelerin** nelerden ibaret olduğu kanun metninde saptanmadığı gibi bir tanımada yer verilmemiştir. Kuşkusuz, uyuşturucu maddelerin bazılarının uyuşturucu olduğu belirgin olup, bu durum, T. C. K. 403. maddesinin (2). bendinde «...uyuşturucu madde eroin, kokain, morfin veya esrar ise...» tümcesi ile pekiştirilmiştir. 3491 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kanununun bazı maddelerini değiştiren 7368 sayılı Kanunun Ek 1. Maddesinde «ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbı afyon ve bunların müstahzarlarında ... uyuşturucu maddelerden madut ...» olduğu gösterilmiştir. Bunların dışındaki bir maddenin uyuşturucu olup olmadığı Adli Tıp Müessesesinden sorulmak suretiyle saptanmaktadır. Bu konuda alınacak kararlar bakımından rehber olabilecek bir çerçeve tanımının yapılması yerinde olur kanısındayım. Dr. Zatı Dokuz tarafından verilen aşağıdaki çerçevenin bir başlangiç olarak yararı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tanıma göre bir maddenin uyuşturucu madde sayılabilmesi için,

1) zehirleyici bir etkisi olması;

2) müsekkin ve uyuşturucu etkisi bulunması;

3) keyif verici niteliği olması;

4) gittikçe artan miktarda kullanmaya gereksinme duyulması;

5) kullanılması halinde alışkanlık ve iptilâ doğurması yanında kesilmesi sonucu kriz (abstinans semptomu) belirmesi;

685

6) milletlerarası sözleşmelerde belirtilmesi veya uyuşturucu niteteliği içerdiği Bakanlar Kurulunca saptanması gerekmektedir.

3491 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasında, kullanılmasında mazarrat hasıl olduğu ve toxicomani yaptığı fenni surette tespit edilen 1. fıkrasında yer alan (**uyuşturucu maddelere benzer diğer**) tabii ve sentetik maddeleri Bakanlar Kurulu saptıyabileceği şeklindeki düzenlemede yerinde bir ilke olarak belirmektedir. Normatif düzenlemeye göre, önemli olan maddenin uyuşturucu olup; tabii veya mamul olması arasında bir fark yoktur. Yalnız, 1961 tek sözleşmesinde var olan tanım bu konuda temel direktif niteliğinde görülmelidir.

T. C. K. 403. maddesinin 2. bendinde yer alan uyuşturucu maddelerden birinin (eroin, kokain, morfin veya esrar) suç konusu olması halinde şiddet sebebi bir suç türü ortaya çıkarmaktadır. Bu konuda oldukça ilginç ve ilmilikten yoksun bulunan Yargıtayın bir Tevhidi İçtihat kararına değinmek yerinde olacaktır. Bu karara göre, «... 403. maddenin iki ve dördüncü bentlerinde sayılan uyuşturucu maddeler arasında anılmış olmayan baz morfin (bu bentlerde yazılı) morfin **sayılmaz** (Y. T. İ. 13/-1/1964, 963/2-964/2). Yargıtay'ı bu biçimde karara yönelten, Adli Tıp Kimyahane Müdürlüğü ve Adlı Tıp Meclisinin bazı raporlarında baz morfinin ilk kademede afyondan elde edilen madde olduğu ve ham afyon sayılması gerektiği ve bazı raporlarında ise, baz morfinin morfin olabilmesi için başkaca kimyevi ve fiziki işlemlere tabi tutulması gerekmekte olduğu ve Türk Ceza Kanununun 403. maddesinin 6123 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki metinde (morfin ve morfin müştakları) beraber yer aldığı halde yeni şekilde yalnız morfin kelimesi bırakılarak failin daha ağir bir cezaya tabi tutulduğu üzerinde durulup hukuki bakımdan bir sakınca bulunmadığı takdirde morfin sayılabileceği, ifadesi olmuştur. Kuşkusuz, baz morfinin morfin olup olmadığı bu konuda yetkili uzmanlara sorularak saptanacak yerde, bunun takdirinin mahkemelere bırakılması usul yönünden hatalı görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, normatif düzenlemede uyuşturucu madde tanımına yer verilmediği gibi nevileri itibariylede bir sıralama olmadığından uygulayıcıların elinde uyuşturucu maddeleri içeren bir listenin (periyodik olarak yenilenen) bulunmasına gereksinme olup; yalnızca bilirkişilerin mütalaası ile yetinilmesinin anılan Yargıtay kararında görülen sakıncasının giderilmesine olanak sağlayacaktır.

686

İlaçı Kullanan ve bu amaçla bulunduranlar

Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi'nde beliren mükellefiyette olduğu gibi T. C. Kanununun düzenlenmesinde de ilaçı bulunduran cezalandırıldığı gibi kullananda cezalandırılmaktadır. İlaç kullananlar için ceza yaptırımının uygun bir tedbir olmadığı konusunda beliren eğilime karşın, cezalandırmadan vaz geçilmesi karşısında, yukarda da belirtildiği üzere, kullanımın sosyal yönden kabul gördüğü gibi bir sonucun çıkarılması riski nedeniyle sakıncalı olabileceği belirtilmektedir. Ord. Prof. Dönmezer, kullanma yönünden kanunumuzun koyduğu cezanın çok ağır olmasına karşın cezayı azaltmanında aynı yönde bir etki yapabileceğinden sosyal menfaata aykırı olacağına değinmektedir. Bu tümce mevcut kriminolojik varsayımlarla çelişki içerisindedir Cezaların ağırlığı yalın olarak suçları önleyici bir nitelikte değildir. Herşeyden önce suçluların yakalanma riskinin yüksek olması gerekmektedir. Kullananlar bakımından 1953 yılında T. C. K. yapılan değişiklik ile 2 aydan 6 aya kadar olan hapis cezasının 3 yıldan 5 yıla kadar çıkarılmasının, Türkiye'de kullananlar sayısının ciddi ölçüde azaltılması sonucunu vermesi gerekirken, bugünkü durum hiçte bu tezi pekiştirmemektedir. Bu konuya aydınlık getirmek bakımından aşağıda yer alan veriler oldukça ilginç görülmüştür :

I. **Ceza Mahkemelerince Mahkûm Olanların Dağılışı**

Yıl	T. C. K. Madde 403	— 403	Toplam
1952	231	1939	2 170
1953	271	1901	2 172
1961	243	693	936
1962	260	830	1 090

II. 11-21 yaş grubunda bulunanlardan uyuşturucu madde kullanma suçlarından mahkum olanların dağılışı (1945 1958)

	Yaş Grubları								
	11 — 15		15 — 18		18 — 21		Toplam		
Yıllar	E	K	E	K	E	K	E	K	Toplam
1945	7	—	29	4	52	—	88	4	92
1946	7	—	24	—	63	2	94	2	896

687

1947	14	4	34	2	69	6	117	12	129
1948	8	—	24	—	106	1	138	1	139
1949	4	—	69	—	131	1	204	1	205
1950	4	—	75	3	116	2	195	5	200
1951	11	—	52	1	170	4	233	5	238
1952	20	—	73	8	251	8	344	16	360
1953	9	1	52	6	193	9	254	16	270
1954	15	—	48	6	88	1	151	7	158
1955	12	3	33	—	87	1	132	4	136
1956	9	—	38	—	83	—	130	—	130
1957	8	1	43	1	91	—	142	2	144
1958	16	—	32	—	83	1	131	1	132

III. Uyuşturucu madde suçlarından haklarında kamu dâvası açılanlar sayısı

T. C. K. maddeleri	Suç tanımı	1967	1968	1969	1971
403/1 —	Uyuşturucu maddeleri imal, ithal veya ihraç	311	357	395	468	427
403/1, 65 —	İştirak	1	—	—	—	—
403/2 —	Eroin, kokain, morfin veya esrar	18	42	45	71	39
403/3 —	Satanlar, satışa arzedenler, satın alanlar, yanında bulunduranlar	391	329	311	384	442
403/3, 65 —	İştirak	28	11	6	1	2
403/4 —	Eroin, kokain, morfin veya esrar	48	12	14	13	7
403/5 —	Teşekkül vücuda getirenler	10	16	4	—	2
404/1 —	Yer tedariki ile madde kullanımını kolaylaştıranlarla, küçüklere, aklen malûllere veya müptelâlara verenler	501	219	388	388	344

404/2 — Kullananlarla, bu maksatla, yanında bulunduranlar	929	1392	1565	1542	1454
404/3 — İhbar sonucu cezadan muaf tutulanlar	125	92	83	31	79
Toplam	2362	2470	2811	2893	2796

Yukarıdaki tablolarda yer alan varilerden ilk bakışta çıkarılacak sonuç, cezaların ağırlaştırılması ile uyuşturucu maddelerle mücadelede etkili bir yaklaşım sağlandığı ise de, bu sonuç oldukça basite indirgenmiş bir teşhis yargısı olacaktır. Bu durum özellikle uyuşturucu madde kullananlar yönünden daha belirgindir. Uyuşturucu madde kullananların kesin tretman yöntemlerinin var olmadığı (bugün bile var değil) 1953 yılı ve öncesi, cezaların az olması ve kullanların mükerrir duruma içerisinde bulundukları Sosyo-Kültürel çevre yanında polis tarafından damgalanmaları sonucu yöneldiklerinden istatistiklerde beliren nicelik yüksek olarak gözükmektedir. Bugün ise, cezaların nispeten ağır olması sonucu uyuşturucu madde suçlusu cemiyetten uzun bir süre tecrit edildiğinden yeniden suç-polis-mahkeme-cezaevi kısır döngüsünün işlemesi geçikmektedir. Kuşkusuz, istatisikler her zaman gerçek durumu yansıtmamaktadır. Özellikle suçluluk konusunda oldukça önem kazanan karanlık sayı (dark numbers) karşısında uyuşturucu madde suçlarına değgin verilere pek güvenilmemek gerekmektedir. İşlenen suçların büyük bir yüzdesi karanlıkta kalmaktadır. Bütün bu kayıtlara karşın 1969 yılında cezaevlerine uyuşturucu madde suçlusu olarak 1436 kişinin girmiş olmasıda küçünsenemiyecek bir niceliğe işaret etmektedir. Kuşkusuz, bunun dışında diğer suç türlerinden hüküm giyenler arasında uyuşturucu madde kullananlarında bulunması sonucu bu niceliğin dahada yüksek olacağı belirtilebilir.

Kullananların en fazla kullandığı uyuşturucu madde türü esrar olup; Adli Tıp Müessesesinin aşağıda yer alan 13 Mayıs 1970 gün ve 8093/A/7031 sayılı kararı ile esrarın iptila kabul edilmemesi sonucu esrar suçluları için sosyal bir tedavi biçimi olarak hastane yerine cezaevi tretmanı ön görüldüğünden, esrar kullanan suçlular cezaevi konuğu olmakta devam etmektedirler.

«Adli Tıp İşleri Umum Müdürlüğünün 4/4/1949 gün ve 3146 sayılı kararına ektir.

689

Adli Tıp Müessesesi Müşahedehane Müdürlüğünün 13/5/1970 gün ve 2 nolu yazılarında :

Kullanmaları halinde bazı uyuşturucu maddelerin o kimsede sadece ruhi bir bağlılık (yani itiyat) hali, bazılarının ise hem ruhi bağlılık ve hemde fiziki bağlılık (yani iptilâ) hali yarattıkları;

Diğer taraftan bir kimsenin bir maddeye karşı itiyat veya iptilâsı olduğuna, o kimsenin o maddeden tecrit edildiği takdirde birkaç gün zarfında göstereceği ruhi ve fiziki yani mahrumiyet arazı ismi verilen bir takım belirtilerle hükmedilebileceği;

Bunlara paralel olarak kullandığı maddeden tecrit edildiği zaman şahıs, şayet ruhi sahada kalan bir takım araz gösterirse bu takdirde bu maddeye karşı sadece itiyadı vardır denileceği, eğer ruhi araz yanında adete hayati tehlike teşkil edecek derecede fiziki arazda görülürse itiyadın iptila derecesinde olduğunun söyleneceği malumdur.

T. C. K. nun 403 ve 404. maddelerinde dolaylı olarak esrar'ı da iptila yaptığına işaret edilmesine ve hatta bazı tıp mensuplarınca da iddia edilmesine rağmen, senelerdenberi binlerce vaka üzerinde yaptığımız muayene ve müşahadeler sonunda uyuşturucu maddelerden sadece esrar kullananların bu maddeyi terk yahut bu maddeden tecrit edilmeleri halinde sadece ruhi mahrumiyet arazı gösterdikleri fakat fiziki mahrumiyet arazı göstermedikleri hususunda kati bir kanaate varmış bulunuyoruz. Bazı tıp mensuplarının esrarın iptila yaptığı yolundaki iddia ve neşriyatların ise, itiyat ve iptila şartlarının layıkı ile değerlendirilmemesinden ve bu iki tedbirin yerli yerinde kullanılmamasından ileri gelen bir anlaşmazlıktan ibaret olduğu düşüncesindeyim. Şu halde **esrar** sadece itiyat hali yaratan, ve fakat **hiç bir zaman iptilâ yapmayan** bir maddedir denilmektedir.

Netice

4/4/1949 tarih ve 3146 sayılı Adlı Tıp İşleri Umum Müdürlüğünün esrar hakkındaki tamimi Müşahedehane Müdürlüğünün temel fikrini ihtiva etmektedir.

Bugün dahi esrar alışkanlığının iptila yapmadığı tıbben kabul edildiğinden esrara olan alışkanlığında iptila olmıyacağı, bundan böyle yukarıda Adli Tıp Müşahedehanesince de yapılan inceleme muayene ve

müşahedelerde esrar alışkanlığında iptila görülmediğine göre ve dünya otoritelerince yapılan konferans ve neşriyatta; neticenin bu yolda olması dolayısiyle esrar alışkanlığına tutulan şahısların iptilası olup olmadığı bakımından müşahede altına alınmasına lüzüm olmadığı ve bu gibi iddialar müvacehesinde şahısları müşahede edilmek üzere Adli Tıp Müesesesine gönderilmemesi lâzım geldiği ilmi kanaatına varılmıştır.»

Adli Tıp Müessesesinin esrar kullanmanın iptila yaratmadığı konusundaki kararı kavramsal limbodan ileri gitmemektedir. Kuşkusuz, esrar kullananların tecrit edilmeleri halinde yalnızca ruhi mahrumiyet arazı göstermeleri yanında, şahsiyet ve sosyal yaşantı foksiyonunda beliren uyumsuzluklar sonucu iptilâ yarattığını söylemek gerçekçi bir tümce olacaktır. Uyuşturucu madde kullananlar yönünden önemli olan husus, kişinin sosyal hayatını etkileyip etkilemediğidir. Kanımızca Adli Tıp Müesesesesince bu husus göz önüne alınmamıştır. İngiliz Psikiyatristi P. H. Connell'in de belirttiği gibi iptilâ kavramına fazlaca önem verilmemesi gerekmektedir. Aşağıda yer alan 31 yıllık esrar bağımlısının feryadı tezimizi pekiştirici netiliktedir :

«Esrara 18 yaşında alıştım ve 31 yıldır kullanıyorum. Yaşamımın dörtte biri cezaevi yaşantısını içermektedir. Beni cezaevine gönderenlere kızmıyorum amma beni tedavi etmelerinide istiyorum. Başka türlü bu illetten kurtulmam mümkün değil. Allah kahretsin bu meredi.»

Bu feryaddanda anlaşılacağı üzere cezaevine gönderme salt olarak özel önlemeyi, kişiyi esrardan kurtarmağa yeterli bir etken olmamıştır. Cezaevinde bulundukları sürece esrar kullanmayan suçlular, terklerinde tekrar kullanmaya yöneldikleri görülmekte olup; yazarın 12 Mart 1972 tarihinde Ankara Kapalı Cezaevinde bulunan 70 esrar kullananla yaptığı kişisel mülakatlar sonucu hepsinin cezaevini terklerinde esrar kullanacaklarını belirtmeside oldukça ilginç görülmüştür. Kuşkusuz, esrar kullanma hali iptila yaratmaz biçiminde beliren Adli Tıp Müessesesinin kararı ile her esrar kullananın cezaevine gönderilmesinin yararı ve kullananlar için ön görülen cezanında ne derece adıl olduğu tartışılmalıdır.

Mevcut düzenlemede olduğu gibi yasak edilen uyuşturucu maddenin kullanma maksadı ile kişi üzerinde bulundurulması suç olarak kalmalıdır. Aksi takdirde, cemiyet müdahele olanağına sahip olmıyacağı gibi müptelâ kişileri tedaviyede sevk edemiyecektir. Kuşkusuz, uyuşturucu madde yaygınlığının cemiyet için içerdiği tehlike, özellikle kullanan kişi-

lerin değerlerini etkilemek suretiyle uyuşturucu madde kullanmaya yönelttikleridir. Bu durum Türkiye yönünden sosyolojik bir gerçek olarak belirmektedir. Kuşkusuz,, bu tür suçların sosyal tedbirlerle kontrol altına alınması yöntemi takip edilmeli; polis, adli organ ile yasama organı bu gereksinmenin yararına bilinçlendirilmelidir. Aksi takdirde, Beccaria'nın iki asır önce belirtildiği gibi «kanunlarla, zaman ve koşulların elverdiği en etkili tedbirlerle bir suçun önlenmesine çaba gösterilmemiş ise, o suçun cezalandırılması haklı (zorunlu) kabul edilemez.» Beccaria'nın bu tümcesinin önemi aşağıdaki açıklama ile daha belirgin olmaktadır.

Cezaevinde ve akıl hastanesinde uyuşturucu maddeden zaruri o larak tecrit edilmiş ve bu maddeyi uzun süre kullanmamış bir kişinin müesseseyi terkinde bu maddeyi kullanmasının nedenleri kesinlikle bilinmemekte ise de, salıverilen kişilerin cemiyete uyumlarını sağlamak yolunda organize bir sosyal yardım ve rehberliğin olmayışı memleketimiz yönünden yoğunluk kazanabilecek bir neden olduğu belirtilebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi, tarih potası içerisinde bu tür eylemin yalnızca ceza yaptırımları ile kontrol altına alınması yeteri ölçüde etkili olamamıştır. Uyuşturucu madde alışkanlığının veya müptelalığının otoritesi hukukun otoritesinden daha yoğun ve etkili olmakta; uyuşturucu madde için arzu duyulduğunda, bu arzunun cezai tedbirlerle giderilmesi kabil olmamakta; tehditle adam öldürme planını yürüten satıcı için, hiç bir ceza ve hatta ölüm cezası pek fazla ağır bir ceza yaptırımı olarak belirmemektedir. Bunun en belirgin örneğini yakın komşumuz olan İran'da bir yılı aşkın bir zaman içerisinde 100 kadar kişinin idam edilmesini teşkil etmektedir.

17 Mart 1972 tarihinde Ankara Kapalı Cezaevinde uyuşturucu madde suçlarından tutuklu bulunan 70 kişi ile yapılan görüşme sonucu elde edilen bilgilerin yukarıdaki önerilere ışık tutması bakımından belirtilmesinde yarar görülmüştür.

Tutuklu bulunanlardan 10'u hem kullanmakta ve hemde satıcı olarak yaşam sürmekte; geri kalan 60'i yalnızca esrar kullanmakta idi. Suçluların tümü arkadaş ve görenek etkisiyle uyuşturucu maddeyi (esrarı) kullanmaya başladıklarını; yalnızca bir müzisyenin konsantrasyon amacıyla çeşitli türde uyuşturucu madde kullandığı; tüm suçluların ihbar sonucu yakalandığı; sabıkalıların yakalanma riskinin ilk defa suç işleyenlere nazaran daha fazla olduğu; esrar içmenin (sigara, nargile, püf çekerek içildiği) cezasını bile bile içtikleri; bu tür eyleme yakalanma korkusu içerisinde olmadıklarından yöneldikleri; cezaevini terk ettik-

lerinde tekrar esrara yönelecekleri; kullanmayı terk etmelerine etkili olmak yönünden kendilerine iş sağlanması ve sosyal case-work yapılması belirtilmiştir. Bu arada oldukça ilginç olan bir yanda, kullananların esrar almak üzere satıcı ile temas sırasında duydukları heyecanada değinilmesi olmuştur. Üzerinde psikolojik yönden durulması gereği beliren soru, kullananlar esrara olan alışkanlık ihtiyacını gidermek içinmi yoksa satıcı ile yaptıkları alış verişin heyacanını tatmak için mi bu yola gitmektedirler.

70 tutukludan 69 u anılan uyuşturucu maddeyi iki veya daha fazla yıl kullanmakta olup; bunlardan 8 tanesinin kullanma süresi ise 10 ilâ 45 yıl arasında bir dağılım göstermekte idi. Esrar kullanma dışında (esrar kullanma öncesi) suç işleyenlerin sayısı 9; kullanma sonrası suç işleyenlerin sayısı ise 6 idi.

Yukarıda yer alan bilgilerin, dayanağı olan suçlu sayısının azlığı nedeni ile bilimsel değeri sınırlı olmakla beraber uyuşturucu madde sorununa bir ölçüde de olsa ışık tutar ümidi ile verildiği göz önünde tutulmalıdır.

Uyuşturucu İlâç suistimali ve Suçluluk.

Uyuşturucu madde ile diğer suçlar arasındaki ilişki yanlış anlaşılmıştır. Uyuşturucu madde bağımlısının arzusu, iptalâ ile suçluluk arasındaki ilişkide, narkotik ilâcın farmakolojik öğelerinden daha etkilidir. Fiziki itiyad önemli bir faktör niteliğinde olup; bağımlı olan kişi ihtiyaç duyduğu maddeyi sağlamak için her şeyi yapacaktır. Uyuşturucu madde bağımlısı olan kişiler, genellikle, anti - sosyal olmak yerine pasif ve asosyal karakterlidirler. Uyuşturucu madde sağlamak (fiziki ihtiyacını gidermek) amacına yönelik haller dışında tecavüze meyilli değildirler. Bu kişilerin çok azı heteroseksüel veya homoseksüel ilgi duyarlar. Bu nedenle, uyuşturucu madde bağımlısının **cinsel deli** olarak nitelendirilmesi uygun değildir.

Soruna her uyuşturucu madde türü yönünden yaklaşıldığında, afyon ve alkolâidlerinde (morfin, eroin vs.) suça iten bir nitelik olmadığı, bu ilâçların depresif etkisi ile pasif eylemi sonuçlandırdığı; hallusinojenler (LSD, ST. P vs.) veya esrar kullanmanın, suçlu hareket yerine kişiyi asosyalliğe yönelttiği görülmektedir. Yalnız, amphetamine suistimâli ile tecavüzkâr eylem, şiddet hareketleri ve suç arasında direkt bir ilişki olduğuna değgin kanıtlar vardır.

Kuşkusuz, ilâç suistimali ekseriye sosyal uyumsuzluğun bir belirtisi olup; suça etkili olan sosyal ve piskolojik karakteristikler ek-

693

seri ilâç kullanıcılar içinde geçerli bulunmaktadır. Bazı memleketlerde, bazı grup veya sosyal sınıfda bulunanların suçluluk ve ilâç suistimâlinde paralel bir artış olduğu da gözlenilmiştir.

Kriminolijik yönden önemli olan diğer bir yanda, uyuşturucu maddeyi sağlıyamıyan düşük gelirli kişilerin günlük dozları için mala karşı suç işlemeleri yanında satıcı rolünü de oynadıklarıdır.

Uyuşturucu madde ve suçluluk konusunda, kontrol siyasetinin ekonomisinede değinmek yerinde olacaktır : Arz ve talep analizine dayalı olarak uyuşturucu ilaç için beliren talebi etkilemek amacına yönelik polis siyaseti, ilâcın pazara akışını kısıtlamak veya gidermek için öngörülen siyasetten daha etkili ve yararlı olacaktır. Arzı kısıtlayan önleme siyaset ve tedbirleri ilâcın fiatını artıracağından, sonuç olarak belirebilecek suçluluk faaliyetlerini artıracaktır. Arzı kısıtlayan tedbirler gerçekte kullanılan ilâç miktarını azaltmıyacaktır. Talebi kısıtlayan tedbirler örneğin, rehabilitasyon ve ikame ilaçlar, kullanılacak ilaç miktarı ile fiatını düşürecektir. Bu nedenle, daha az oranda suçluluk söz konusu olabilecektir.

Uyuşturucu Madde Müptelâsı

Uyuşturucu madde müptelâsı hakkındaki kanuni düzenleme T.C.K. nunun 404. maddesinde «alışkanlığı iptalâ derecesinde ise salahı tıbben tebeyyün edinceye kadar hastanede muhafaza ve tedavisi ile 6 aydan 1 seneye kadar emniyeti umumiye nezarareti altında bulundurmak cezasına hükmolunur» biçimindedir.

Uyuşturucu madde müptelası sanıklar için ön görülen bu norm yeterli değildir. Herşeyden önce, alışkanlığın iptalâ derecesinde olup olmadığını saptamak için gerekli olan müşahedenin hangi kanuni norma dayalı olacağı belirgin değildir. Öğretide, Ceza Yargılama Usulu Kanununun 74. maddesinden söz edilirsede, 74. maddenin matlabı «Maznunun şuurunun tetkiki» olduğundan müptelâlık (toksikomani) şuuru bir hal midir? veya toksikomaninin bir şuur hastalığı olduğu kabul edilmişmidir? sorusu ile karşılaşılmaktadır. 1412 sayılı Ceza Yargılama Usulu Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesie ve bazı maddeler eklenmesine dair Kanunla (No. 1696, kabul tarihi 5 Mart 1973) 74. maddeye eklenen «tedavi ve muhafazaya hükmolunması» ibaresi ile müşahadeye dayanak olacak norm getirilmiş gibi isede, madde matlabının «sanığın şuurunun tetkiki» olarak kalması sonucu, toksikomaninin bir şuur hastalığı olup olmadığı sorusuna çözüm getirilmiş değildir.

404. maddede yer alan salah ve hastane deyimlerinden ne anlaşıldığı açıklanmamıştır. Kuşkusuz, uyuşturucu madde müptelâlarının kesin tedavi çarelerinin henüz saptanamadığı zamanımızda tretmana izafi bir yaklaşımla eğilmek gerekmektedir. Müptelâ kişinin cemiyete integrasyonun kısmî olarak gerçekleştirilmesi ile yetinilmeli ve kişinin cemiyete yeniden integrasyonu gibi gerçekçi olmayan amaçtan uzaklaşılmalıdır. Bu nedenle salah deyiminin bu çerçeve içerisinde manalandırılması gerekmektedir. Hastane deyimi de açık değilse de bu gün uygulamada söz konusu olan akıl hastanesidir.

Uyuşturucu madde müptelası suçlular hakkında hükmolunan emniyet tedbirlerinin geri alınmasını, Kanun'un 404. maddesinde yer alan salahı tıbben taayyün edinceye kadar olmak şartı ile karar verilmektedir, tümcesiyle izin vermekte ise de, salahın tıbbın nasıl saptanacağı gösterilmemiştir. Prof. N. Kunter'e göre, mahkeme bilirkişi incelemesi ile bu sorunu çözümleyebilir. Yalnız, dâvanın nerede ve kimin tarafından açılacağı, muhakemenin nasıl yapılacağı konusundada bir açıklık yoktur. Yine Prof. N. Kunter'in görüşüne göre, akıl hastası suçlular hakkındaki normlara kıyasla önce tedbire hangi makam karar vermiş ise, dâvada orada açılmalı; savcı gibi hükümlüde dâva açabilmelidir.

Yukarıda yer alan kısa açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, uyuşturucu madde müptelası sanıklar hakkındaki emniyet tedbir dâvası ve muhakemesine değgin hükümler çok eksik ve yetersiz olup; düzeltilmesi ve boşlukların giderilmesi gerekmektedir.

Adli Tıp Müessesesince 1962- 1970 yılları arasında müşahade altına alınan sanıklardan yalnızca 86 sının müptelâ olduğu saptanmış olup; buna ait dağılıma aşağıda yer verilmiştir;

Yıllar	Erkek	Kadın	Toplam
1962	29	—	29
1963	16	—	16
1964	6	—	6
1965	7	1	8
1966	2	—	2
1967	3	—	3

695

1968	9	—	9
1969	3	—	3
1970	10	—	10

Kuşkusuz, bu veriler Türkiye'de mevcut müptela sayısı hakkında bir fikir vermekten uzaktır. 1971 yılına değgin Elazığ, Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi ile Fransız Labe Hastanesinde tretman gören toksikomanların sayısının 358 olmasıda bu önermeyi vurgulamaktadır. Türkiye'de muayyen bir anda ne kadar müptelâ olduğunu saptamak olanaksız olduğu gibi, yıllık artışlarıda bulabilmek o derece olanaksızdır. Başardığımız şey yalnızca, müptelâlığı görünmezliğin içine sıkıştırıp daha güçlü yapmaktır.

Uyuşturucu maddenin kontrolü konusunda yer alan sorunlardan biri, uyuşturucu madde satışının serbest olup olmaması gelmektedir. Kuşkusuz, uyuşturucu madde düşkünü, bağımlısı alkolik gibi bir hastadır. Bununla birlikte alkol satışı gibi uyuşturucu maddenin de resmen ve açıkça satılmasına pek çoklar karşı çıkmışlardır. Yalnız, bugünkü düzenleme sonucu bağımlıların birer caniymişler gibi peşleri bırakılmamakta ve suç işlemeye itilmektedirler. Göz önünde tutulması gereken istatistikler bu baskının etkisini açıklar niteliktedir. 1914 yılına kadar uyuşturucu madde düşkünlüğünün suç sayılmadığı A.B.D. de her dört yüz Amarikalıdan biri kokain, afyon, eroin, morfin kullanıyordu. Bugün ise, her dört bin Amarikalıdan biri eroinmandır. Bu sonuç bir başarımıdır? Bu yolda bir yorum yaparak bu yargıya varmak endüstri ve farmakolojinin piyasaya sürdüğü sınırsız ilaç (zehir) türünü unutmak olacaktır. Kuşkusuz, yaşamın gerçeklerinden kaçmak isteyen, acılarını dindirmeğe, akıllarını uyuşturmağa yönelen karamsar ve zayıf karakterli kişiler her zaman çıkacaktır.

İngilterede ve Galler'de eroin bağımlılarının ilâç ihtiyacı içişleri Bakanlığınca belirlenmiş doktorların verdikleri reçete ile sağlanmaktadır. Diğer bir deyişle, durumları legal bir nitelik göstermektedir. Eroin bağımlılarına değgin veriler ise 1968 yılındakinin (2240) aynı olup; bir artış görülmemiştir. İngiltere'deki bu düzenlemenin ne derece etkin olduğu konusunda kesin yargılar belirmemiş ise de, ingilizler sistemlerinden memnun gözükmektedirler. Tabiatıyla, bu türden bir düzenlemeğe gitmek ve muayyen ilaç türünü legalleştirmek herşeyden önce her memleketteki kamuoyunun tutumuna, geliştirilmiş tretman olanaklarına bağımlı kalacağından bu konuda her memleket için geçerli bir ilke saptanması olanaksızdır. Yalnız, uyuşturucu madde suçlarını düzenleyen ceza yasası normları çerçevesinde, her kişisel dâvada

cezanın suçluya uyarlı hale getirilmesini sağlayacak esneklik mahke lere sağlanmalı; ceza yaptırımları ile emniyet tedbirleri (cezaevi dışı tretman tedbirleri) ni ayırabilme olanağı ile büyük ölçüde bir genişlik öngörülmelidir. İlaç bağımlısı kişiyi mümkün olduğu kadar bundan kurtarmak düşüncesiyle kendiliğinden tedaviye gelen veya salıverilinceye dek uygulanacak tretmanı kabullenen suçlu aleyhine takibata geçilmemelidir. Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesince **de facto** olarak yapılan uygulama (polis tarafından sokakta bulunarak hastaneye getirilen şahısların ailesi veya yakınları ile yapılan mülakat sonucu uyuşturucu madde kullandıkları anlaşıldığında durum Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirilmemekte) önerimizin yararlılığını pekiştirmektedir.

Bu çerçevede, sosyal ve tıbbı bakım ile cezai yasa ve kontrol faaliyetlerinin koordinasyon içerisinde olması; birbirlerini engellememesi ve cemiyetin ilaç bağımlılarına yöneltilen tretman çabalarını desteklemesi gerekir.

Adli vetire' bakımından savcı ve yargıçların suçlunun psiko - sosyal-biyolojik durumuna değgin bilgilere sahip olması arzu edilmektedir. Ceza yargılamasının tretman amacına yönelik olması gereği, her adli safhada alınacak kararlarda suçlunun kişisel durumunun göz önün alınması (bireyselleştirme ilkesi) gerekmektedir.

Uyuşturucu madde düşkünleri için cezaevi veya hastane sonrası bakım servislerininde geliştirilmesi oldukça önemlidir. Türkiye'deki mevcut olanaklar, uyuşturucu madde, örneğin esrar kullananların cezai ve tıbbı tretmanı için yeterli olmayıp; infaz sonrası bakım hizmetlerinin de geliştirilmemiş olması, suçluları kendi başlarına bırakarak, kendilerinin kabul gördüğü kültürde esrar almağa devam etmelerini etkilemektedir.

Milletlerarası Sözleşmeler

Uyuşturucu madde bağımlılığı, kişiler için ciddi bir tehlike olduğu gibi insanlık içinde ekonomik ve sosyal tehlikelerle doludur. Bu alanda girişilecek mücadelenin etkili olabilmesi için koordineli ve üniversel aksiyona girişmek gereği duyulduğundan milletlerarası sözleşmelerle soruna yaklaşım sağlanmıştır. Bu alanda yer alan sözleşmeler esas itibariyle 1912, 1925 ve 1931 tarihli afyon sözleşmeleri olup; bu sözleşmeler **Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözlesmesi** ile ikame edilmiştir. Tek Sözleşmenin, yürürlükte olan diğer milletlerarası sözleşmeleri, 1936 tarihli Tehlikeli İlaçların İl - Legal Trafiğinin Kontrolüne Dair Sözleşme ayrık, ikame etmeside kabul edilmiştir.

697

Tek Sözleşmenin Türkiye yönünden yürürlük tarihi 12 Mayıs 1967 dir. Anılan Sözleşme hükümlerine göre, ilaç istihsali, imalatı, ihraç, ithal, dağıtım, kullanma, bulundurma ve ticareti tamamiyle tıbbı ve ilmi amaçlara tahsis edilmiştir. Doğal narkotik maddeler olarak kullanılabilecek bitkilerin yetiştirildiği memleketlerde, ekimin kontrolü için milli tekellerin kurulması öngörülmüştür.

Tek Sözleşme, Taraflarca, Sözleşme hükümlerine uygun olmayan bir şekilde yapılacak ekim ve istihsalin, imalinin, istihracının, hazırlanmasının, elde bulundurulmasının, arzının, satışa arzının, dağılımının, satın alınmasının, satışının, herhangi bir maksatla tesliminin, simsarlığının, gönderilmesinin, transit olarak sevkinin, naklinin, ithal ve ihracının cezayı gerektiren yasak fiiller teşkil etmeleri ve ağır cürümlerin uygun bir cezaya ve özellikle hapis veya diğer hürriyetten yoksunluk cezasına çarptırılmalarını öngörmektedir. Sözleşmeye göre, narkotik suçlar için yabancı memleketlerde hükmolunan mahkumiyet kararları, mükerrirliğin saptanmasında göz önüne alınacaktır. Narkotik suçların, taraflar arasında imzalanmış veya imzalanacak olan suçluların geri verilmesi anlaşması hükümlerine göre geri vermeyi gerektiren suçlardan sayılması ve suçluların geri verilmesini bir anlaşmaya veya mütekabiliyet şartına bağlamayan Taraflar bakımından geri verilen suçlar olarak tanınması arzuya şayandır. Sözü geçen taraf yetkili makamları, suçu yeter derecede ağır saymadıkları takdirde, suçlunun tutuklanması veya geri verilmesini red etme hakkına sahip olacaktır.

Taraflar uyuşturucu madde müptelalarının tıbbı tretman, bakım ve rehabilitasyonu için gereken olanaklara özel dikkat göstereceklerdir.

Tek Sözleşme, yalnızca narkotik ilaçları içermekte olup; bu gruba afyon, esrar, koka yaprağı ve onların derivetivleri gibi doğal narkotiklerle sentetik narkotiklerde girmektedir. Tek Sözleşmenin kapsamına giren narkotikler listesi, Sözleşmeye ekli I ve II sayılı Cetvellerde yer almıştır. Uyuşturucu Maddeler Komisyonu, Dünya Sağlık Teşkilatının tavsiyesi üzerine bu listelere yeni narkotikler ekliyebilecektir.

Narkotikler dışındaki ilaçlar Tek Sözleşme tarafından ele alınmadığından, hallusinojen LSD, barbutürlerden amphatamineler (stimulan) ve trankilizanlar gibi tehlikeli ilaçlar henüz milletlerarası kontrol altında değildir. 1971 yılının başlangıcında psikopatrik maddeler üzeri-

ne yeni bir Sözleşme, Türkiye dahil birçok memleketlerce imzalanmışise de, imzalyan devletlerce kanunlaştırılmadığından yürürlüğe henüz girmemiştir.

Tek Sözleşmenin uyuşturucu madde suçlularının geri verilmesine ilişkin tavsiyesinin Avrupa'da gerçekleştirmek üzere, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi akdedilmiş ise de, bu sözleşme şimdiye değin yalnızca Danimarka ve İşveç tarafından kanunlaştırılmıştır. Bu Sözleşmenin Türkiye tarafından kanunlaştırılması konusunda gerekli olan yasal değişikliklerinin etüd konusu edilmesi gerekli görülmekte olup; yabancı uyruklu uyuşturucu madde suçlularının özellikle düşkünlerin kendi orijin memleketlerinde cezai tretmanlarının sağlanması yerinde bir uygulama olacaktır.

SONUÇ

Uyuşturucu madde ve ilaçla mücadele yönünden trafikçilerinin cezai tretmana tabi tutulmaları yerindedir. Bu kişilerin uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlülükleri sonucu zararlı faaliyetlerine devamlarının önlenmesi yönünden cemiyetin yararı oldukça büyüktür. Türkiye'deki mevcut normatif düzenlemeyi vurgulayıcı nitelikte olmak üzere, diğer memleketlerde profesyonel trafikçiler için ön görülen cezalarda artırılmıştır :

— Avrupa'nın Kuzeyindeki memleketlerde .....hürriyeti bağlayıcı ceza altı yıla,

— Fransa'da ..... hürriyeti bağlayıcı ceza on yıla ve bazı halerde yirmi yıla, maksimum para cezasıda 50.000.000 F. F. ına,

— Federal Almanya Cumhuriyetinde ..... hürriyeti bağlayıcı ceza on yıla,

— İngiltere'de ..... ön dört yıla çıkarılmıştır.

Trafikçiler dışında uyuşturucu madde kullananlar için öngörülen cezaî ve tıbbî tretman için yeterli olanaklar söz konusu değildir. Herşeyden önce, kullananları suçlu görmek yolunda yoğun bir eğilim vardır. Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Kanun (24 Haziran 1933 Kanun no. 2313) da uyuşturucu madde suçlularının 1918 sayılı kanun hükümlerine göre ihtisas mahkemelerinde muhakeme edilmesi biçimde yer alan emredici norma karşın, bu tür mahkemelerin şimdiye dek kurulmaması sonucu suçlulara gereken ciddiyetle eğilmek olanaksız kalmaktadır. Bu tür suçlular, ceza adaleti sisteminde mevcut olan iş yükünün kabarıklığı karşısında, uzun süre tutuklu kalmakta,

699

hükmedilen cezai tretmanlar suçlu hakkında yapılan psiko - sosyal - biyolojik bir ankete dayalı olmadığından suçlunun ihtiyacına cevap vermekten yoksun bulunmaktadır. Sistemdeki mevcut iş yükünün ağırlığı nedeniyle dâvalara mahkemlerce gereken önemin verilmemesi karşısında adalete olan saygının yitirilmesi riskide söz konusu olabilmektedir.

Kullananlar bakımından, esnek bir ceza siyasetinin gereğine yukarda değinilmiş olup; cemiyette mevcut olan tretman olanaklarından yararlanma söz konusu olduğunda ceza verme yoluna gidilmemesi yerinde bir uygulama olacaktır. Bunun gerçekleştirilmesi için cemiyetteki sınırlı kaynakların etkili hale getirilmesi yanında yeni kaynakların varlığına yoğun bir gereksinme vardır. Bu konuda ekseri memleketlerin karşılaştığı sorun, kaynakların sınırlı olması yanında eğitilmiş personelin yeter derecede veya hiç olmayışıdır.

İlaç suistimali sorununa yalnızca cezai yaptırımlar açısından bir yaklaşım, kontrol ve önleme için geçerli bir güvence olmaktan yoksun bulunmaktadır. Bu alanda diğer önleme tedbirlerine eğilmek ve her bir tedbirin faydalı olup olmadığı yolundada kültürümüz açısından ciddi değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Zira insan hayatına bazen suçtan çok, suç işlememek için öngörülen tedbirler zarar getirmiştir.

Memleketimizde, sosyo - ekonomik yetersizlik ve uyumsuzluk sonucu beliren bağımlılık hali, yukarıda belirtildiği gibi, ekseriya arkadaşın etkilemesi sonucu belirmekte; ve cemiyette bu tür kişileri esrarkeş, afyonkeş gibi deyimlerle etiketlemektedir. Psikolojik ve maddesel olarak cemiyetten tecrit edilmiş olan bu kişilerin tedavisi memleketimiz yönünden ciddi bir sorundur. Tedavi yönünden önemli olan husus, hastane veya cezaevinden salıverilen kişinin uzun süreli olarak sosyal tedavi ile birlikte gerektiğinde psikiyatrik tedaviye tabi tutulması gereğidir.

İlaç suistimali alanında eğinilmesi gereği olan bir sorunda bağımlılık yapan ilaçlar (uyku ilaçları, sedatif, trankilazan ve sıkıntıyı azaltan ilâçlar ve stimulanlar) konusundaki ilgisizliktir. Serbest ilâç piyasasında bulunan ve fakat tedavi amacı dışında kullanılan bu ilaçlar yönünden de gerekli tedbirler alınmalıdır.

Kuşkusuz, ilaç suistimali ile mücadele alanında açık ve gerçekçi amaçların saptanarak, bunlara erişmek için uygun görülecek siyaset ve uygulamalara girişmek ve soruna çok yönlü bir yaklaşımla eğilmek gerekmektedir.

YARGITAY İÇTİHATLARINDAN SEÇİLMİŞ ÖRNEKLER VE AÇIKLAMALAR

— 403. maddenin 2. bendinde yer alan morfin kavramına, morfin tuzları ile morfinden yapılan maddelerin dahi gireceği kuralı benimsenmelidir (C. G. K. 14/1/1963, 5/1 - 1).

— Türk Ceza Kanununun 403. maddesinin iki ve dürdüncü bentlerinde sayılan uyuşturucu maddeler arasında anılmış olmayan baz morfin (bu bentlerde yazılı) morfin sayılmaz.

(İ. B. G. K. K. 13/1/1964 E. 963/2 K. 964/2)

— Suç konusu maddeyi, maznun başkasına tedarik ederek bir mahalden diğer bir mahalle nakletmiş olmasına göre; fiil tam iken eksik teşebbüs olarak nitelendirilerek noksan ceza tayini ve uyuşturucu maddenin esrara ilişkin bulunması nedeniyle T. C. K. nun 403/4. maddesi gereğince ceza tayini icap ederken, 403/3 ile ceza verilmesi yerinde değildir (5 C. D. 24/10/1960, 3466/4573).

Uyuşturucu maddenin içerdiği ciddiyet ve tehlike gözönüne alınarak teşebbüs yönünden T. C. K. nunun 61 ve 62. maddelerinde yer alan düzenlemeden ayrılarak, uyuşturucu maddeleri imal, ithal ve ihraç eylemeleri ile bu eylemlere teşebbüs halleri aynı derece ve nitelikte görülerek, tamamlanmış cürüm halindeki ceza sorumluluğu teşebbüs halinde de söz konusu olmuştur.

— Yurt dışına esrar ihracına teşebbüs eyleminde miktar ile kullanma veya satma maksatları suçun niteliğini değiştirmez (T. C. K. 403/1 - 2).

(5 C. D. 23/10/1971, E. 3956 K. 4455)

Bu içtihatta, yoğun suçlandırma eğilimin belirgin bir örneğidir. Uyuşturucu maddeyi ihraç eden kişinin kullanma amacı olduğunda profesyonel bir trafikçi gibi cezai tretmana tabi tutulması genel adalet hissini zedelemek yanında suç işleyen kişideki isyankar duyguları vurgulayıcı, yoğunlaştırıcı bir nitelik kazanacakdır.

— 403. maddenin 3. bendinde yazılı uyuşturucu maddenin tedarikine vasıta olmalıktan amaç, uyuşturucu maddenin mülkiyetinin veya intifaının müstakilen devrolunmasıdır.

701

— Üzerindeki esrar maddesini çıkararak (ben bunu içerim, satmam) diyerek polise teslim eden sanığın T. C. K. nun 404/3. maddesi gereğince cezadan muaf tutulması gerekmektedir.

(5 C. D. 6/2/1968, E. 250, K. 353)

Soruna yalnızca ceza yönünden bakıldığından, esrar kullandığını belirten sanığa herhangi bir tretman uygulanması olanağına yer verilmemiştir. Yalnızca cezadan muaf tutulmak, cemiyet ve kişi yönünden soruna etkili bir çözüm olmak yerine zararlı bir uygulamadır.

KAYNAKLAR :

P. H. Connell. Amphetamine Misuse. **British Journal of Addiction** (1964) 60 pp. 9 - 27

and R. Gardner. «One Year's Experience ın a Drug - Dependence Clinic» **The Lancet,** August 29, 1970, pp. 455 - 459

Council of Europe. **Drugs ın Europe** (Fındings and Recommendations of the Council of Europe's Drug Conference) Strasbourg, 20 - 24 march 1972

M. Çağlayan. «Uyuşturucu Madde (Beyaz Zehir) ler Üzerinde Bir İnceleme» **Türk İdare Dergisi** 36 (Mayıs - Haziran 1966) Sayı 300

Doctors call for a ban on amphetamine. **Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland,** 10 April 1972.

Z. Dokuz. Adli Psikiyatri, **Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız.** İst., 1966.

S. Dönmezer. «Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile ilgili bazı Yönleri» **İst. Univ. Huk. Fak. Mec.** Cilt. XXXVI, Sayı 1 - 4, 1971 ss. 1 - 14

Uyuşturucu Maddeler ve Ötesi ... **Milliyet** Gazetesi, 8 Mart 1972 s. 2

European Committee on Crime Problems. **Draft Report on Penal Aspects of Drug Abuse** DPC/CEP X (71) 12 Revised, Strasbourg, 1 March 1972

F. K. Gökay. Uyuşturucu Zehirlerin Yıkıcı Etkileri. **Cumhuriyet** Gazetesi 13 Nisan 1969, s. 2

Hidden Criminality. Resolution (70) 13 Adopted by the Ministers Deputies on 13 April 1970, Council of Europe.

D. Jamet. Uyuşturucu Madde Salgını. **Varlık** Dergisi, Sayı 778, Temmuz 1972, ss. 20 - 21

Ö. Köknel. Türkiye'de Afyon, Esrar ve İlâç Alışkanlığı **Milliyet** Gazetesi 21 Şubat 1972, s. 2

N. Kunter. «Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi» **İst. Huk. Fak. Mec.** Cilt. XXXVI, Sayı 1 - 4, 1971, ss. 391 - 421

İstanbul Üniversitesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü. **121 Uyuşturucu Madde MüptelâsıHakkında Kriminolojik Anket**, İst., 1958

———————. **Suçlu Çocuklar Hakkında Kriminolojik Anket** (1945 - 1958) İst., 1964

Papers Presented at the Multidisiplinary Symposium on Drug Dependerce. Strasbourg, 20 - 24 March 1972 (Report nr. 1, 2, 3, 4)

A. Sanal ve E. Şimşek. **Uyuşturucu Maddeler Kaçakcılığı, Mevzuat ve Tatbikatı.** Ank., 1966

United Nations. **Bulletin on Narcotics.** Vol. XX, No. 3 (July - September 1968)

———————. **Bulletin on Narcotics.** Vol IX, No. 3 (July - September 1957)

———————. **Bulletin on Narcotics.** Vol. XXIV, No. 4 (October - December 1972)

Uyuşturucu Maddeler Sorunu. Hastürk Yayınları, Toplumsal Sorunlar Dizisi 1, İst., 1972

M. T. Yücel «İlaç Alışkalığının Çeşitli Yönleri Üzerine (Multi-Disipliner Sempozyum)» **Türk İdare Dergisi** 43 (Mayıs - Haziran 1972) Sayı 336.

———————. **Suç ve Ceza Anatomisi** Ank., 1973

703

AVRUPA KONSEYİ
BAKANLAR KOMİTESİ
KARAR (73) 6
İLAÇ SUİSTİMALİNİN CEZAİ YÖNLERİ ÜZERİNE

(19 Ocak 1973 tarihinde yapılan Bakanlar Temsilcilerinin 217. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.)

Bakanlar Komitesi,

Avrupa Konseyi'nin amacı Üyeleri arasında daha fazla birlik sağlamak olduğu göz önüne alınarak;

Dünyanın diğer taraflarında olduğu gibi Avrupa'da da ilâç (1) suistimalinin yoğunlaştığını göz önünde bulundurarak;

İlâç suistimalinin halk sağlığı ve sosyal refaha meydan okuyan karmaşık ve dinamik bir sorun olduğunu ve bu maddelerin tabiatı, derecesi, orijini ve etkili olarak idaresi vasıtalarının geniş ölçüde karanlıkta olduğu, bu konuda daha fazla araştırma yapılmasının zorunlu olduğu yargısına vararak;

Üye devletlerin bu tür suistimalle mücadelelerini yürürlükteki uluslararası anlaşmalar çerçevesinde koordine edip, kuvvetlendirmeyi arzu ederek;

Bu çabaların plânlı ve ayrıntılı bir siyaset ile yürütülmesine gereksinme olduğu pekiştirilerek

Böyle bir siyaset, önleyici ve iyileştirici aksiyon için gerekli kuvvet ve kaynakları içeren multi-disipliner bir çerçeve içinde uygulanması ve bu yöntemde, ceza hukukunun uygun bir biçimde uygulanmasının zorunlu bir öğe olduğu inancına vararak;

Uluslararası hukuki belgelerde ve özellikle Birleşmiş Milletlerin himayesi altında geliştirilen belgelerde yer alan hükümlerin uygulanması ve yeni hükümlerin eklenmesinin arzu edildiği göz önüne alınarak,

I. Avrupa Konseyi üyesi Devletler hükümetlerinin aşağıdaki ilkeleri uygulamaları tavsiye edilmektedir :

A. Genel siyaset yönünden

1. Genel amaç, halkın işbirliğini sağlıyarak, tehlikeye maruz kalanları koruyarak, bağımlılara yardım ederek ve ilâç tarifiğini önleyerek insanların izdirabını hafifletmek olmalıdır.

---

(1) Bu Kararın amacı için «ilâç» deyimi, psikoaktif ve diğer özellikleri dolayisiyle suistimale ve bazende bağımlılık durumuna sebebiyet veren maddeler anlamına gelmektedir.

2. İlâç suistimaline ilişkin ceza tedbirleri, önleyici ve iyileştirici öğeleri içeren daha kapsamlı ulusal tepkinin bir kısmı olmalı ve sosyal gelişmenin genel siyasetlerini de göz önünde bulundurmalıdır. Böyle bir görüş, uzun ve kısa vadeli amaçlar ile koordine edilmiş bir plânlamayı oluşturan ulusal bir programın formüle edilmesine ve koordineli plânlama ile böyle bir programın uygulanmasını sağlayacak elverişli tedbirlerin alınmasına yöneltmelidir.

3. İlâç suistimalinin kontrolü ile kullanma sonucu beliren halk sağlığı ve sosyal sorunlarla ilgili ulusal idarelere aşağıdaki hususlar sağlanmalıdır:

(a) Cezai ve cezai olmayan tedbirler hakkında multi-disipliner tavsiyeler için uzmana başvurabilmek;

(b) Özellikle gençler için etkili bir toplumsal aksiyon ve korumanın sağlanması için halk sağlığı, eğitim, sosyal, adli ve infaz servisleri ile bağlantılar;

(c) Girişimler için yeterli olanaklar ile zamanlı ve ölçülü tepkiler sağlamak ve bu amaç için uygun bir yasa ışığında esnek idari yetkiler;

(d) Yayın ve araştırma servisleri.

4. Özellikle gençlik yaş grubundakiler başta olmak üzere bu tür maddeleri kullanan kişilerin identifikasyonu, teşhisi, tretmanı ve iyileştirilmesi ile birlikte eğitimi ve yeniden topluma kazandırılması için gerekli olan hizmetlerin geliştirilmesinde mümkün olan tüm çabalar harcanmalıdır. Bu hizmetler mümkün olduğu kadar, çeşitli disiplinlerin yeteneklerinden yararlanmaya elverecek bütünleşmiş bir sistem olarak kavranılıp yürütülmelidir.

B. Yasama Yönünden

1. Bu alanda hukukun asli görevi ilâçların imalât, istihsâl ve dağıtılmasını düzenlemek, ilâç suistimaline yöneltici nitelikteki eylemleri tanımlayıp, cezalandırmaktır.

2. Yasalar, Anayasal kısıtlamalara tabi olarak ve uluslararası yükümlülükler elverdiği ölçüde, ulusal idarelere aşağıdaki olanakları sağlayacak şekilde gerçekleştirilmelidir:

(a) Yeni ilâçları mümkün olan en kısa zamanda kontrol altına almak;

(b) Özel ilâçların istihsal ve dağıtımına kısıtlamalar koymak;

(c) İlâçların güvenlikle saklanmasını düzenlemek;

(d) Seçilmiş bazı ilâçlara ait reçetelerin verilmesine değgin özel kayıtlar koymak için izin vermek;

(e) İlâcın temin edilebilirliğine ilişkin kayıtlamaları, şartların gerektirdiği gibi, azaltmak veya artırmak.

3. Kontrol altındaki maddeler yasada açıkça belirtilmelidir.

4. Ceza kanununda profesyonel kaçakçılar için ağır cezalar bulunmalıdır.

5. Yasalar, infaz kurumları içinde veya dışında tedavi ve iyileştirme olanağı ile infaz sonrası yardıma elverecek şekilde olmalıdır.

C. Polis ve Gümrük İdareleri Yönünden

1. Bu örgütlerin rolü, yukarda tasvir edilen genel siyaset amaçları ile koordinasyon içerisinde olmalıdır. Bu sonuca varabilmek için bu örgütlerin üyeleri gerekli eğitimden geçirilmeli ve bu konuya yönelik diğer toplum örgütleri ile işbirliği içerisinde olmalıdır.

2. Uluslararası andlaşmalar uyarınca il-legal trafiğe karşı önleyici ve bastırıcı aksiyon için ulusal düzeyde etkili tedbirler alınmalıdır. Her üye Devlet, henüz kurulmamış ise, tüm polis servislerinin il-legal trafik ile trafiğini yapanlar hakkında haber toplamak ve dağıtmak için işbirliği yapabileceği merkezi bir örgüt kurmalıdır.

3. Polis kuvvetine en çabuk ve etkili tedbiri alabilmesi için gerekli tüm kaynaklar sağlanmalıdır.

D. Yargılama Yönünden

1. Savcı ve yargıçların suçlunun kişiliği ve öz geçmişi hakkında bilgi sahibi olmaları arzu edilmektedir.

2. Ulusal durumlar göz önünde bulundurulmak kaydıyla, tretman ve tedavi sonrası yardım (after-care) ı kabul eden veya idari veya bir mahkeme kararı ile tretmana tabi tutulması öngörülen ilâç bağımlıları hakkında savcı ve yargıçların adli sürece devam etmemelerine izin verilmesi hususuna eğinilmelidir.

3. Alternatif tedbirlerin uygun görüldüğü hallerde, ilâç suistimal edenler, özellikle küçükler, ilk defa suç işleyenler ve suçu meslek edinmemiş suçlular hapsedilmemelidir.

E. Hapsedilme Yönünden

Uyuşturucu madde bağımlısı bir kişi hapsedildiğinde, tretman ve iyileştirme olanaklarına elveren bir kuruma konulmalıdır.

F. Bilgi Verme ve Eğitim Yönünden

Ceza hukukunun uygulayıcısı durumunda olan polis, savcılar, yargıçlar, cezaevi personeli, gözetimli erteleme (probation) memurları ile diğerleri, ilâç suistimalinin çeşitli yönleri hakkındaki bilgilerden yararlandırılıp, yerinde görüldüğünde, bu alanda özel bir eğitimden geçirilmelidirler.

G. Belgeler ve Araştırma Yönünden

1. Bulguların, ulusal ve uluslararası analizini kolaylaştırmak yolunda ilâç suistimali ve buna ilişkin halk sağlığı ve sosyal sorunlar hakkında istatistikler ile bilgilerin derlenmesi teşvik edilmelidir.

2. İlâç suistimalinin çeşitli yönleri ile ilgili araştırmalar teşvik edilirken, ceza hukukunun etkileri üzerine özel araştırmalar yapılmalıdır.

3. Denetlenen ilâçların suistimali hakkında yapılacak araştırmalar için yasalara emredici hükümler konulmalıdır.

706

H. Uluslararası İşbirliği Yönünden

Avrupa Konseyi'ne üye Devletler arasında yakın bir işbirliği özellikle aşağıda yazılı konularda sağlanmalıdır:

(a) **Bilgi verme yönünden** : Uluslararası andlaşmalar gereğince toplanan çeşitli bilgilere ek olarak üye Devletler, Avrupa Konseyi'nin himayesinde, hazırlanmakta olan yasa taslakları, ön görülen idari tedbirler, uygulanan veya üzerinde araştırma yapılan tretman yöntemleri, önleme tedbirleri ve halk eğitimi, araştırma sonuçları ve bu alanda edinilen pratik tecrübeler hakkında bilgi alış - verişinde bulunmalıdırlar.

(b) **Kanuni işlem yönünden** : Üye Devletler, Avrupa Konseyi'nin himayesinde geliştirilmiş bulunan andlaşmalarla olanaklı olan karşılıklı işbirliği ve yardım yoğunlaştırılmalıdır.

(c) **Polis örgütleri yönünden** : Merkezi servisler birlikte çalışmalı ve yetkili hükümetlerarası ve uluslararası organizasyonlarla işbirliği yapmadırlar. Özellikle ICPO (Interpol) çerçevesinde yer alan işbirliği teşvik edilmelidir. İl-legal ilâç trafiğinin bastırılmasında aktif rol oynayan diğer ulusal idareler de, mümkün olduğu kadar, bu uluslararası işbirliği sisteminin içine alınmalıdır.

II. Üye Devletlerin hükümetlerini, uygun görüldüğünde ve en geç iki yıl içinde bu Karar üzerine yapılan işler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bilgi vermeye davet eder.

MİRASTA İADE VE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Yazan : **M. Sadrettin AYKONU**
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

1 — KAVRAM VE AÇIKLAMA :

Mirasta iade Medeni Kanunun 603. den 610. maddeye kadar olan hükümleri içerisinde ve «mirasın taksimi» kısmında tanzim edilmiştir. Faslın başlığında hernekadar «mirasta iade» denilmiş isede, burada bir alacak veya istihkaktan dolayı iade söz konusu olmayıp, mirasın taksimi sırasında miras hisselerinin denkleştirilmesi maksadı ile yapılan bir iade söz konusudur. Muris hayatında bazı mirasçılarına teberruda bulunmakla beraber bununla mirasçılar arasındaki müsavaatı bozmak istememiş ise mirasın taksimi sırasında lehine teberru yapılan mirasçı aldığını terekeye aynen geri vermek veya miras hissesine mahsup etmek zorundadır. İadeden maksat miras hisselerini denkleştirmek ve mirasçıların eşit şartlar altında taksime iştiraklerini sağlamaktır.

İade ile ilgili hükümler emredici hukuk kuralları değildir. Çünkü muris yaptığı bir teberruun iadeye tabi olamayacağını kararlaştırabilir. Bu bakımdan tenkisten farklıdır. Çünkü muris yaptığı teberruun tenkise tabi olmayacağını kararlaştıramaz.

Mirasta iade Medeni Kanunda «mirasın taksimi» ile birlikte tanzim edilmiş isede, iade dâvası taksimden evvel açılabileceği gibi mirasın taksiminden sonra da açılabilir.

Bu kısa açıklamadan sonra hangi teberruların iadeye tabi olduğu, kimlerin iade ile mükellef tutulabileceği, iadeyi kimlerin isteyebileceği, iadenin icrası ve kapsamı, iade sebebiyle mirasçıların karşılıklı alacak ve borçları ile bunlara ilişkin diğer hukukî sorunları aşağıda sırası ile incelemeye çalışacağız.

II — İADENİn ŞARTLARI :

A — Mirasçılık sıfasına ilişkin şartlar :

1. İade kanunî mirasçılar arasında cerayan eder. İade ile mükellef olanlarla iadeyi talep edebilecek olanlar kanunî mirasçılardır. Mi-

rasçı olmayan bir kimse lehine murisin yapmış olduğu teberruun iadesi değil tenkisi talep edilebilir. Lehine muayyen mal vasiyet edilenlerle mirasçı naspolunan kimseler iade ile mükellef olmadıkları gibi, bunlar iade talebinde de bulunamazlar.

2. Medenî Kanunun 603/2. maddesi gereğince murisin füruğu lehine yaptığı teberrular kural olarak miras hissesine mahsuben yapılmış sayıldığından iadeye tabidir. Fürüğa yapılan teberruun iadeye tabi olmaması için murisin açık irade beyanına ihtiyaç vardır.

Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17/1/1962 tarih ve Esas : 2/61, Karar : 6 sayılı ilâmında «..... miras bırakanın, iade borcunu ortadan kaldırması için açık bir irade beyanına ihtiyaç olması demek, doğrudan doğruya iade borcunu ortadan kaldırmayı hedef tutan söz, yazı veya işarete ihtiyaç olması demektir. Fakat bunun için belli bir şekilde yapılmış beyana lüzum yoktur. Bu konuda, beyan sahibinin dilediği sözler ve hatta diğer meram anlatma vasıtaları kullanılabilir. Yeterki cümlenin bütününden (meselâ muhalif mefhum yolu ile) iadeyi bertaraf etmek niyeti kesin olarak anlaşılabilsin ... Beyanının açık olması demek onun anlamının derhal anlaşabilmesi demek değildir. Beyanın başkaca delillere ihtiyaç olmaksızın yorumu ile anlamının anlaşılabilmesi yeterlidir.... Bu sebeple teberruun bağışlama şeklinde yapılması iadeye tabi olmadığını kabul için yeterli değildir.... denilmiştir.

Bu irade beyanı teberru ile birlikte yapılabileceği gibi teberrudan ayrı olarak veya sonradan da yapılabilir. Belli bir şekle bağlı değildir.

3. Medenî Kanunun 603/1. maddesine göre füruğdan gayri diğer mirasçılar lehine yapılan teberrülar kural olarak iadeye tabi değildir. Muris tarafından bu teberruların miras hissesine mahsuben yapıldığının açıklanmış olması lâzımdır. Bu teberruların miras hissesine mahsuben yapıldığını ve binnetice iadeye tâbi olduğunu iddia eden tarafın isbat etmesi lâzımdır.

4. İade anında mirasçılık sıfatının sona ermemiş olmas lâzımdır. Medenî Kanunun 604/1. maddesine göre mirasçılardan biri mirasın açılmasından evvel veya sonra mirasçılık hakkını kaybettiği takdirde ona tereddüp eden iade mükellefiyeti hissesini alanlara geçer. Lehine teberru yapılan mirasçının ölümü, iskat, mahrumiyet veya mirasın reddi gibi hallerde mirasçılık sıfatı sona ereceğinden o kimse iade ile mükellef tutulamaz. Ona tereddüp eden iade borcu hissesini alanlara geçer. Hernekadar Medenî Kanunun 604/2. maddesinde

7094

füruğun kendi eline geçmemiş olsa bile aslına yapılan teberruları iade ile mükelleftir denilmiş isede bu mükellefiyet füruğdan gayri diğer mirasçıları da kapsar. Çünkü Medenî Kanunun 604/1. maddesi mutlaktır. Füruğdan gayri diğer mirasçılarda teberru ellerine geçmemiş olsa dahi iade ile mükelleftirler. Ayrıca lehine teberru yapılan mirasçıya rücu edemezler. Bu takdirde dahi mahfuz hisseli mirasçıların, lehine teberru yapılan kimseler hakkında tenkis dâvası açma hakları mahfuzdur.

B — Teberrua ilişkin şartlar :

1. Murisin hayatında iken hüküm ifade etmek üzere yaptığı teberrular iadeye tabidir. Murisin ölüme bağlı tasarrufları iadeye tabi değildir. Medenî Kanunun 603/1. maddesinde «..... müteveffanın sağlığında almış oldukları bütün teberrular .....» denilmek suretiyle bu cihet acıkca gösterilmiştir.

2. Tasarrufun teberru şeklinde yapılmış olması lâzımdır. Teberrudan maksat murisin ivazsız tasarruflarıdır. Murisin ivazlı tasarrufları iadeye tabi değildir. Çünkü Kanunda teberrudan bahsedilmektedir. Murisin aslında teberruda bulunduğu halde bunu ivazlı bir akit gibi gösterdiği tasarrufların iadeye tabi olup olmadığı meselesine gelince; Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 7/4/1970 tarih ve Esas : 4934, Karar : 2267 sayılı, 23/9/1966 tarih ve Esas : 4312, Karar 4643, 7/7/-1966 tarih ve Esas : 3865, Karar : 3391 sayılı, 29/6/1966 tarih ve Esas: 3677, Karar 3464 sayılı, 11/1/1965 tarih ve Esas: 7214, Karar 124 sayılı kararlarında «Medenî Kanunun iade müessesesini tanzim eden 603. maddesinde (teberru) tabiri kullanılmıştır. Murisin teberrua tabi tasarrufunu mirasçılarından saklamadan izhar etmiş olması lâzımdır. Ancak açık teberrularda iade dâvası kabul olunabilir. Teberru kastını gizlemek için yaptığı tasarrufu satış veya ölünceye kadar bakma akdi yahut sair suretlerle göstermiş ise ortada açık teberru bulunmadığından iade söz konusu olamaz. Bu suretle muris yaptığı teberruun terekeye iadesini istemediğini açıklamış sayılır. Bu durum karşısında ancak tasarrufun tenkisi talep olunabilir.» denilmistir. İkinci Hukuk Dairesinin bugün için yerleşmiş görüşü bu merkezdedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1/4/1959 tarih ve Esas: 2/14, Karar: 14 sayılı ilâmında da aynı görüş benimsenerek «... davacıların terekeye iadesini istedikleri malların muris tarafıdan dâvalılara satılmış olması (asıl maksadı hibe emek olsa dahi) malların iadeye tabi tutulmadıklarını açıkça göstermektedir. Bu itibarla iade dâvası a-

çılamaz. Ancak Medenî Kanunun 507/4. maddesine dayanarak tenkis dâvası açı'abilir....» denilmiştir.

Bu konuda İkinci Hukuk Dairesinin kararları ile Hukuk Genel Kurulunun kararları arasında İçtihat aykırılığı bulunmamaktadır. Ancak yukarıda açıklanan hallerde tarafların hakiki iradelerine uygun olan akdin resmî şekle bağlı olması halinde tasarrufun iptali mi yoksa tenkisi mi gerekeceği hususunda İkinci Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kuru'u Kararları arasında içtihat aykırılığı mevcut olup bu aykırılık el'an giderilmediği için uygulamada değişik kararlar verilmektedir. Bu konuya Mart - 1969 tarihli Adalet Dergisinde çıkan yazımızda değindiğimiz için burada ayrıca üzerinde durmayacağız. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki tenkis gibi iadeye tabi tasarruflarda aslında hukuken geçerli tasarruflardır. Şayet yapılan tasarruf muvazaa veya şekil noksanı gibi sebeplerle batıl ise bu tasarrufların tenkis veya iadesini istemek zorunluluğu yoktur. İptali talep edilebilir.

Hukuk Genel Kurulunun 12/6/1968 tarih ve esas: 966/2 - 476, Karar: 431 sayılı kararında «... tapusuz gayrimenkuller üzerindeki zilyetlikten ibaret olan hakkın devri hususundaki akit hiçbir şekil şartına tabi olmadığından noterlikçe düzenlenen belgede yazılı tapusuz gayrimenkuller üzerindeki zilliyetlik hakkının devrine ilişkin muvazaalı satış sözleşmesi altına gizlenerek yapılan bağışlama tasarrufu muteber olup, iadesi değil ancak tenkisi istenebilir...» denilmek suretiyle aynı görüş tekrarlanmıştır.

Bu kararlara rağmen Hukuk Genel Kurulunun 16/12/1970 tarih ve Esas: 968/2 - 230, Karar : 683 sayılı kararında «... miras bırakan tarafından mirasçılarından mal kaçırmak maksadı ile tapuda kayıtlı gayrımenkullerini aslında bağışladığı halde muvazaalı olarak tapuda satış şeklinde göstermesi halinde, satış muvazaa sebebiyle, bağışta resmi şekilde yapılmadığından muteber değildir. Bu durumda dâva konusu taşınmaz malların terekeye iadesi talep edilebilir.» denilmek suretiyle hukuken meteber olmayan ve murisin iadeye tabi tutmadığı tasarrufların da iadesinin istenebileceği gibi bir anlam çıkmakta isede bu karardaki «iade» sözünün yerinde kullanılmadığı, bundan maksat Medenî Kanunun 603 ve müteakip maddeleri gereğince yapılan bir iade olmayıp, tasarrufun muteber olmaması sebebiyle iptali yolu ile malın murisin terekesine avdet ettiğini anlatmaktadır. Bu takdirde bir iade dâvası söz konusu olmamaktadır.

Çünkü iadede teberruun tamamının terekeye aynen iadesine veya lehine teberru yapılan mirasçının miras hissesinden mahsubu ile fazlasının terekeye iadesine karar verildiği halde tasarrufun iptali halinde ancak dâvacının miras hissesi nisbetinde tasarrufun iptali ile bu hissenin dâvacıya verilmesine karar verilir. Ayrıca iptal dâvasında tasarrufun iadeye tabi olduğunu isbat etmeğe lüzum olmadığı gibi dâvalının tercih hakkı da yoktur. Bu sebeplerden dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda açıklanan kararındaki «iade» sözünün yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

3. İadeye tabi olmamak bakımından kanunda bazı teberrularda özel olarak bahsedilmiştir. Bu nevi teberrular hakkında Kanunun bu hususiaki özel hükümlerinin göz önünde tutulması lâzımdır. Bu cümleden olarak Medeni Kanunun 606. maddesinde füruğlara evlenirken mutad derecede verilen eşya ile yapılan sarfiyatın iadeye tabi olmaması asıldır denilmiştir. Yapılan sarfiyatın mutad derecede olup olmadığı tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre takdir edilir. Şayet mutad dereceyi aşıyorsa aşan kısım iadeye tabi olur.

4. Gene Medeni Kanunun 608/1. maddesine göre murisin aksini kararlaştırmadığı hallerde çocukları için yaptığı terbiye ve tahsil masraflarının ancak mutad olan miktardan fazlası iadeye tabidir. Mutad olarak yapılan terbiye ve tahsil masrafları iadeye tabi değildir. Bunun için aynı maddenin ikinci fıkrasında murisin vefatında henüz terbiye ve tahsilleri ikmal edilmemiş olan veya malül bulunan çocuklara taksim esnasında talep halinde münasip bir tazminat verileceği kabul edilmiştir.

5. Medenî Kanunun 609. maddesinde mutad olan hediyelerin mutlak olarak iadeye tabi olmadığı açıklanmıştır. Muris dahi bu nevi hediyelerin iadeye tabi olacağını kararlaştıramaz. Çünkü Kanunun bu maddesinde diğer maddelerde olduğu gibi (muris tarafından hilâfı kastedilmiş olmadıkça) sözü kullanılmamıştır. Şayet verilen hediyelerin mutad olan dereceyi açtığı iddia edilmekte ise bu hususiaki uyuşmazlık tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözönünde tutularak Mahkemece takdir edilip halledilir. Buradaki taraflar sözünden maksat hediyeyi veren muris ile kendisine hediye verilen mirasçının sosyal ve ekonomik durumlarıdır.

6. Medenî Kanunun 610. maddesinde Ana baba ile birlikte yaşayan ve ivazından sarahaten feragat etmeksizin kendi sâini veya varidatını aileye tahsis etmiş olan reşit evlâtın taksim esnasında münasip bir tazminat isteyebileceği bildirilmiştir.

712

Gerek 608/2. madede gerekse 610. maddede tersine bir iade söz konusu olmaktadır. Mirasta iade faslında yer alan diğer hükümlerle sağlığında kendilerine teberru yapılan mmirasçıların aldıklarını terekeye ne şekilde iade edecekleri tanzim edildiği halde 608/2 ve 610. maddelerde bir kısım mirasçıların taksim esnasında terekeden neler isteyebilecekleri gösterilmiştir. Bundan maksat mirasçılar arasında eşitliği sağlamak ve bir kısım mirasçıların sebepsiz zenginleşmesini önlemektedir.

III — İADENİN İCRASI VE KAPSAMI :

A — İdanenin icrası :

1. Aynen iade : Medenî Kanunun 605. maddesinde iade borçlusuna bir seçimlik hak tanınmıştır. Bir malın iadesi söz konusu olduğu takdirde iade borçlusu isterse aldığı malın aynını terekeye iade eder. Bu takdirde ayrıca malın kıymetinin tesbitine ve mirasçının miras hissesinden fazla olup olmadığını araştırmaya lüzum yoktur. Malın aynen ve tamamen terekeye iadesine karar verilir. Mirasçılar ikiden fazla olsa dahi bunlardan birisinin talebi üzerine malın tamamen terekeye iadesine karar verilmek gerekir. Dâva açan mirasçının hissesi nisbetinde iadeye karar verilemiyeceği gibi dâvacıya o maldan hisse tanınması suretiyle de iadeye karar verilmez. İadenin terekeye yapılması lâzımdır. Nitekim Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 20/5/1963 tarih ve esas: 3142, Karar: 3134 sayılı kararında «iadenin dâva mevzuu malların terekeye aynen ve tamamen geri verilmesi suretiyle tatbiki zarurîdir. Buna rağmen hisse olarak hüküm altına alınması ve dâvacıya bu hissenin aktarılmasına karar veilmesi Medenî Kanunun 603. maddesi hükmüne aykırıdır.» denilmiştir.

2. Mahsup: Muayyen mal teberrularında lehine teberru yapılan mirasçı her zaman aldığı malı aynen terekeye iade etmek zorunda değildir. Medenî Kanunun 605. maddesindeki seçimlik hakka dayanarak malı kendisinde alakoyup o malın kıymetini hissesinden mahsup ettirebilir. Bu takdirde malın kıymeti ile iade borçlusunun miras hissesinin kıymetinin takdiri gerekir. Medenî Kanunun 607. maddesi gereğince iadede teberru olunan şeylerin mirasın aıçldığı gündeki kıymetleri ve daha evvel satılmış olanların satış fiatları esas olur. Miras hissesinin kıymeti ise tereke mevcudunun mirasın açıldığı tarihteki kıymetine göre hesap edilir (Medenî Kanun madde 454 ve 517.) Buna göre teberru edilen malın kıymeti miras hissesinin kıymetine eşit olduğu anlaşılırsa iade borçlusu miras hissesini almış olacağından terekeden başka bir şey alamaz. Teberruun kıymeti miras hissesinin kıymetinden

az ise aradaki farkı terekeden alır. Teberru edilen şeyin kıymeti miras hissesinin kıymetinden fazla ise fazlalığı terekeye borçlanır.

B — İadenin kapsamı :

1. Tam iade: Kural olarak teberruun tamamı iadeye tabidir. Teberru gerek para gerekse mal olsun iade borçlusu bunların tamamını terekeye geri vermek zorundadır. Yapılan teberru kendi miras hissesinden fazla olsa dahi hüküm böyledir.

2. Kısmî iade: Teberrudan miras hissesine isabet eden kısmı iade etmek isteyen mirasçı Medenî Kanunun 606. maddesi gereğince fazlasının kendisine bırakılmasını miras bırakanın kastettiğini isbat etmesi lâzımdır. Burada isbat külfeti iade borçlusuna düşer. Bu hususta murisin açık bir irade beyanına ihtiyaç yoktur. Tasarruftan veya sair suretle murisin fazlalığı mirasçıya bırakmak istediği anlaşılırsa diğer mirasçıların tenkis dâvası açmak hakları mahfuz kalmak üzere fazlalığın iadesi gerekmez.

C — Mirasçıların karşılıklı borç ve alacakları :

Medenî Kanunun 607. maddesine göre iadesi gereken şeylerin geliri ve masrafları ile o şeyin aynına veya kıymetine gelen noksanlardan dolayı mirasçılar zilliyedin haklarına malik ve borçları ile yükümlüdürler. İade ile mükellef mirasçı o şeyi kullanma yönünden iyi niyetli zilliyet olarak kabul edilmek gerekir. Bu bakımdan hakkında Medenîî Kanunun 906 ve 907. maddelerinin uygulanması, karşılıklı borç ve alacakların bu hükümlere göre saptanması gerekir. Hüsnüniyet sahibi zilliyet o şeyi kullanmaktan ve istifade etmekten dolayı tazminat ile sorumlu olmadığı gibi elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereleri iade ilede mükellef değildir. Hüsnüniyet sahibi zilliyet gerek ziyadan gerekse hasardan mes'ul değildir. Kendi kusuru ile meydana gelen zararlardan sorumludur. Hüsnüniyet sahibi zilliyet yapmış olduğu zaruri ve faydalı masrafların iadesini talep edebilir. Bu takdirde zilliyedin elde ettiği semereler kendi sarfiyatı dolayısiyle olan alacaklarına mahsup edilir.

IV — DAVADA ZAMAN AŞIMI :

Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 11/11/1969 tarih ve Esas : 2862, Karar 5059 sayılı kararında «mirasta iade talebi taksim sonu mirastan her bir mirasçıya düşecek olan meblağın ne olacağını

belli edeceğinden, iade davası taksimin icrasına kadar zaman aşımına uğramaz. İade dâvaları taksimin kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıllık zaman aşımına tabidir.» denilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11/1/1969 tarih ve esas: 1969/2-252, Karar: 28 sayılı kararında «zaman aşımının tadili ve kesilmesi hakkında Medenî Kanunun 5. maddesi hükmü delâletiyle Borçlar Kanununun 136. maddesi hükmü uygulanır.» denilmiştir.

V — USULÜ MUHAKEME :

A — Görevli Mahkeme : Dâva konusu şeyin dâva tarihindeki kıymetine göre sulh veya Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 30/4/1973 tarih ve 1711 sayılı yasa ile değişik 8. maddesinin birinci bendi gereğince sulh dahkemelerinin görevi 500 liraya çıkarılmıştır. Dâva konusu şeyin kıymeti 5000 lirayı geçtiği takdirde dâva asliye Hukuk Mahkemesinin görevine girer. 1711 sayılı Yasanın geçici maddesi gereğince bu kanun ile değişik 8. madde Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak dâvalarda uygulanır. Aynı Kanunun 4. maddesi gereğince 1711 sayılı Kanun yayımı tarihi olan 8/5/1973 tarihden 30 gün sonra yani 7/6/1973 tarihinde yürürlüğe girecektir.

B — Yetkili mahkeme: Medenî Kanunun 518. maddesi gereğince mirasın taksimi dâvalarına müteveffanın son ikametgâhı mahkemesinde bakılır. Mirasta iade Medenî Kanunun mirasın taksimi kısmında tanzim edildiğinden ve taksim ile ilgili olup, sonucu itibariyle mirasın taksimini etkilediğinden iade dâvalarının da müteveffanın son ikametgâhı mahkemesinde açılabilmesi lâzımdır. Usulün selâhiyete ilişkin diğer hükümleri saklıdır.

C — Dâvada Islah : Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 2/12/1952 tarih ve Esas: 5918, Karar : 5898 sayılı kararında «iadenin dununda olan tenkis dâvasının islah suretiyle iadeye kalbi hususundaki vakî talep dâvayı tevsi ve mahiyetini tebdil niteliğindedir.» denilmek suretiyle tenkis dâvasının ıslah yolu ile iade dâvasına çevrilemiyeceği açıklanmıştır.

Gene Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 26/6/1962 tarih ve Esas: 3229, karar : 3841 sayılı kararında «iade olarak açılan bir dâva tenkis olarak ıslah edilebilir. Tenkis olarak açılan bir dâvanın iade olarak ıslahı müddeabihin tezyid niteliğinde olacağından dolayı hukuken mümkün değildir.» denilmiştir.

715

340+330

KADASTRO YA DA TAPULAMASI YAPILMIŞ YERLERİN TAPU DÜZELTİM DAVALARI

Kemal Oğuz ŞENGÜN
Çankırı Sulh Hâkimi

A: GİRİŞ

Arazi ve mülklerin teknik ve hukuksal değerlerini belirtip plâna bağlanması ve tapu sicillerinin düzenlenmesi kadastro ya da tapulamayı (1) gerektirmektedir. Toplumsal, ekonomik ve siyasal alanda büyük gelişmeler sağlayacak olan toprak ve tarım reformu uygulamasında da tapulama en başta yapılması gerekli işlem olarak dahada ağırlık ve önem kazanmaktadır. Bu nedenle, Tarım ve Toprak reformu hedefleri arasında, mahkemelere gelen hukuk dâvalarının yüzde 70 - 80 ini oluşturan arazi ve ona bağlı çekişmelerin azaltılması ve bunun doğuracağı sosyal yararla tapulama işlerinin kısa zamanda bitirilmesi zorunluluğu da sayılmıştır (2). Bu amaca ulaşabilmek için tapulaması yapılan taşınmaz mallara ilişkin mülkiyet sorunlarının hukuksal yönünde çözüme bağlanması ve durumun kesinleşmesi gerekir.

Türkiye'de tapulanması gerekli sahalar yürürlükteki mevzuata göre 430.000 Km² kadardır. Tapulanacak sahaların 410.000 km² sinin kırsal alanlarda olup 766 Sayılı Tapulama Yasasına, 20.000 km² sinin ise (5.000.000 parsel) 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Yasasına göre kadastrolanması gerekmektedir. Plânlı dönemde (1962 - 1972) tapulamada 179.500 km², şehir kadastrosunda 1.350.000 parsel öngörülmüş buna karşılık 64300 km². (% 35,8) tapulama, 684.000 parsel (% 50.7) şehir kadastrosu gerçekleştirilebilmiştir. Böylece, 1972 sonu itibariyle tapulama yapılacak bütün kırsal alanların % 28,8 si (118.000 km²), şe-

---

(1) Kadastro, terimiyle 2613 Sayılı Yasa kapsamına giren şehir kadastrosu, «tapulama» terimiyle, de 766 Sayılı Yasa kapsamına giren kırsal alanların tapulaması karşılığı olarak kullanılmıştır. Biz her iki terimi içeren tapulma terimini üstün tutacağız. Kalkınma planı üçüncü beş yıl (1973-1977) Tapu-kadostro sektörü, ilkeler ve tedbirler bölümünde : 766 sayılı tapulama kanunu ile 2613 sayılı **Kadastro ve Tapu tahriri kanunları birleştirilerek bir kanun çıkarılması** öngörülmüştür.

(2) **R. G. 27/11/1972 sayı : 14374 s. 202**

716

bir kadastro yapılacak alanların ise ancak, % 32,7 si (1.636.000 parsel) tamamlanabilmiştir (3).

Bizim incelemek istediğimiz konu, teknik ve hukuksal yönden tapulaması kesinleşmiş ve tapu sicilleri düzenlenmiş taşınmazların durumudur. Gerçekten tapulamadan sonra da azalan bir oranla mülkiyet uyuşmazlıkları sürmektedir. Oysa, tapulama yasalarının amacı hukuksal kararsızlıkları sona erdirmek, gerçek hukuksal durumu saptamak, tapulama üzerine kurulmuş bulunan kütüklerdeki kayıtların değiştirilmesini gerektirecek davaların önlenmesidir. Dâvaların önlenmesi için en uygun yol hakların belli bir süreyle sınırlandırılmasıdır. «Demekki, özel bir hak düşürücü süre kuralı zorunludur ve böyle bir tedbir kamu yararına dayanan ve bu niteliğiyle Anayasanın 36. madesinin2. fıkrası kuralına uygun bir sınırlandırma oluşturmaktadır» (4). Bu yazıda yasal sınırlandırmaya dayalı olarak açılan dâvaların yöntemi, niteliği ve sorunları üzerinde durulmaktadır.

B. YÖNTEM İŞLEMERİ

I — Dâvanın Tarafları

1 — Dâvacı Olmak

a) Tek Başına Dâva Açma Dâva, dâva konusu edilen taşınmazda hak isteyen herkes tarafından açılabilir. Yeter ki başlıbaşına ya da bağımsız bir isteme konu olsun. Eğer, miras bırakandan geçen bir hakka dayanılıyorsa miras bırakanın ölüm günüyle mirasçılarını gösteren mirasçılık belgesi ibraz ettirilmek gerekir.

b) Birlikte Dâva Açılması

aa) Paylı Mülkiyete : Miras bırakmanın Medeni Yasanın yürürlüğe girmesinden önce ölmesi halinde, mirası paylı mülkiyet hükümlerine bağlıdır. Paydaşlardan birinin payına özgü tapu iptal ve tescil kararı verilebileceğinden öbür paydaşların dâva açmalarına ve dâvaya katılmalarına gerek yoktur. Gerçekten paydaşların payları belli olduğundan, biri için örneğin, tapulama yazımızda hak kazandırıcı zamanaşımı koşulları gerçekleşebildiği halde öbürü yönünden bu hal olmayabilir. «Payların belli olması halinde her pay sahibi tapudaki pay oranında bu hakkı ortadan kaldıran bir tapu kaydının iptalini isteyebilir. Ancak, tapuda kayıtlı payından fazlası için tapu iptali dâvası açamaz»

(3) a. g. R. G. Tablo. 488 s. 202
(4) Anayasa Mah. 10/2/1970 G. 1969/60 E. 1970/8 K. R. G. 15/12/1970

717

(5). «Paylı mülkiyette mirasçılardan bir kısmı tescile muvafakat etmediklerinden dâvacılar ancak kendi paylarını dâva edebileceklerinden pay oranında tesciline karar verilmelidir.» (6). Ne var ki, bütün paydaşların birlikte taşınmazın tamamı hakkında düzeltim dâvası açmamaları herzaman olanaklıdır.

bb) Ortak Mülkiyette : Miras bırakanın Medeni Yasanın yürürlüğünden sonra öldüğü saptanırsa, mirası ortak mülkiyet biçiminde bulunduğundan mirascıların tümü birlikte dâva açmalıdır. Dâvanın tüm ortaklarca birlikte açılmadığı anlaşılırsa, öbürlerinin de dâvaya katılması ya da muvafakatının sağlanması gerekir. Ya da miras ortaklığına bir temsilci atanarak dâvanın onun tarafından yürütülmesi için ilgilisine önel verilmesi gerekmektedir (7). Bu yapılmadığı takdirde dâva, dâva açma yeteneğinin bulunmaması nedeniyle reddedilmelidir(8). Gerçekten tapu düzeltim dâvaları nitelikçe temliki bir tasarruftur.

Paylı mülkiyetle ortak mülkiyet durumunun aynı dâvada birleşmesi halinde, ortak mülkiyete konu pay yönünden kendi hükümlerinin gözönünde tutulması gereklidir(9).

c) Dâvada Temsil : Dâva hak sahibi ya da yetkili temsilcisi tarafından açılır. Küçükse velisi, kısıtlıysa yetkili kılınmış (M.K. m. 405-/8) vasisi dâvayı açması gerekir. Öbür yandan tüzel kişinin hakkına ilişkin dâvada yetkili organca açılır.

2 — Dâvalı Olmak

a) Gerçek Kişiler : Tapu kayıtlarının iptal ve tescil dâvalarında husumetin dâva gününde tapuda malik görülen kişilere, ölmüşlerse mirascılarına, varsa hazineye başka ilgili kamu tüzel kişilerine bütün bunların tümüne birden yöneltilmesi gerekir. Tapuda malik görünen kişiye ya da mirascılarının tamamına karşı açılmış bir tapu düzeltim dâvası var olmadıkça kayıtların iptali yönüne gidilemez. Bunun için, öncelikte tapu kaydı ve tapulama tutanakları getirilmeli, çekişmeli parselin kimin adına saptandığı incelenmeli, dâvalı olarak gösterilen kişiden başka kişi adına saptama yapılmışsa dâvanın onlara da yöneltilmesi ve

(5) Yargı. H. G. K. 21/4/1965 G. I/9I E. 184 K.
(6) Yargı 8. H. D. 15/3/1965 G. II97 E. II43 K.
(7) Fazla bilgi için, Şengün K. O. Miras Ortaklığı ve mirascıların Dâva Hakları — **Miras Ortaklığına Temsilci Atanması. A. D. 1971. sayı : 7, 6. s. 452, 335.**
(8) Yarg. 8. H. D. 29/1/1965 G. 263 E. 379 K.
(9) Yarg. 8. H. D. 8/3/1965 G. 1071 E. 1014 K.

718

«dahili dâvalı» olarak dâvaya katılmaları için dâvacıya uygun önel verilmelidir.

Kural olarak dâva esas malike karşı açılmalıdır. Malik olmaksızın geçici nedenlere dayanarak (vekil, kiracı, ortakcı niteliğiyle) taşınmazı elinde bulunduranlara dâva açılamaz. Keza, «satıcıya husumet yöneltilemez. Tapulu taşınmazın haricen satışı ve zilyetliğin devri geçerli olmadığı gibi tapu sahibinden satın alan kimse bu yönü bilse bile tapusu iptal edilemez» (10).

Dâvalı, dâva gününde tapuda adı yazılı en son malik olmalıdır. Bir kimsenin arazisi hangi parsele eklenilmişse, husumetin de o parselin malikine yöneltilmesi gerekir. Haksız tescili yaptıran kimse taşınmazı elden çıkarmışsa, artık ondan taşınmazın aynını geri almak olanağı kalmadığından iptal dâvasının ona yöneltilmesine gerek yoktur. Keza, bir taşınmazın haksız olarak birisi adına tesciline sebebiyet vermekte hasım olmak için yeterli bir neden değildir.

Tapuda kayıtlı taşınmazda kullanım, (intifa) hakkı sahibi olan kişiyede husumet yöneltilir. «İptali istenen tapu kaydında taşınmazın mülkiyeti köyü intifa hakkı Tarım Bakanlığına ait olduğu yazılı olmasına göre, dâvada intifa hakkı sahibi Tarım Bakanlığına da husumet yöneltilerek mülkiyet uyuşmazlığının giderilmesi gerekir» (11).

b) Tüzel Kişiler : Bazı tapu düzeltim dâvalarında, dâvanın niteliği gereği Hazine hasım durumundadır. Özellikle, mirasçı bırakmadan ölen kişinin mirası sulh mahkemesince gereken işlem yapıldıktan sonra son mirasçı olarak Hazineye kalır. Gerçekten sulh mahkemesi miras bırakanın ölüm gününü belgeledikten sonra mirascısı bulunup bulunmadığı bilinmez ya da mirascıların sayısı belli olmazsa, üç ay içinde hak sahiplerini miras haklarını bildirmeğe duyuru yoluyla çağırır. Duyuru süresi içerisinde kimse başvurmaz ve sulh mahkemesince hiçbir mirasçı saptanamazsa mirascılık dâvası hakkı saklı kalmak üzere miras hazineye geçer. Böyle bir taşınmazda hak isteyen kişinin öncelikle sulh mahkemesinden gerekli M.K. nun 531 vd. uygun kararı aldıktan sonra Hazineyi hasım göstererek dâva açması gerekir (12).

Bir paydaşın kendi pay oranını çoğaltma ve öbür paydaşların payının indirilmesine ilişkin dâva, o paydaşlara yöneltilmesi gerekip Hazineye yöneltilmesi gerek yoktur. Ancak, tapuda paydaş görünen kişi

(10) Yargı. 8.H.D. 12/5/1967 G. 2441 E. 2432 K.
(11) Yarg. 8. H. D. 27/4/1968 G. 2198 E. 2104 K.
(12) Yarg. 8. H. D. 23/5/1966 G. 2994 E. 2864 K.

bilinmeyen bir kişiyse bu adın ve payın düzeltilmesinde öbür paydaşların tescildeki yanılmadan dolayı Hazineye karşı dâva açmaları olanaklıdır (13). Dayanaksız düşürülen kaydın sahibi belli olmazsa yine kaydın silinmesi için Hazine hasım olacaktır (14). Çekişmeli yere uyduğu kabul edilen tapu kaydı (Tapulama Yasasından önceki eski tapu) yarı payın tapusu olup, öbür yarı pay tapusuz olduğundan Hazine hasım gösterilmek gerekir (15).

Tapulama Yasalarına göre yapılan saptama ve tescilden sonra zilyetlik ve zamanaşımı nedeniyle genel hukuk mahkemesinde açılacak dâvada ayrıca Hazine ve varsa ilgili kamu tüzel kişiliğine de husumet yönetilir. Bu konuda bir ayrım yapmak gerekmektedir.

aa) Taşınmazın Tapulamadan Önce Tapusuz olması Durumu : Taşınmaz tapulamadan önce tapuda kayıtlı olmadığı takdirde husumetin Hazineye de yöneltilmesi gerekir (16). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları da bu doğrultudadır. Örneğin: «Genel hükümler çerçevesinde M.K. un 639/1 m. sine dayanılarak açılan taşınmazın tesciline ilişkin dâvanın incelenmesinde, 6333 sayılı Yasanın gözönünde tutulması ve bu yasa uyarınca Hazineyle varsa ilgili kamu tüzel kişilerine yöneltilmesi gerekir. Taşınmazın tapulamada tesbitinin yapılmış olması ve tesbitinin kesinleşmesi dolayısiyle kütüğe tescil edilmiş bulunması anılan yasanın uygulanmamasını gerektirmez (17). «Dâva tapulama sırasında dâvacı adına tesis edilen tapu kaydına değil önceki zilyetlik nedeniyle M.K. nun 639. m. ne dayanmasına göre Hazinede husumet yöneltilmesi zorunludur. Yasada yazılı hazineye husumet yöneltilmesi zorunluğu yanlış bir tescile engel olmak ve kamu düzenini korumak amaciyle öngörülmüş olduğundan hazine tescil dâvalarında yasal hasım durumundadır (18).

bb) Taşınmazın Tapulama öncesi de Tapuda Kayıtlı Olması : Bu durumda, yani M.K. nun 639/II. m. ne dayanılarak açılan dâvalarda iki durumu ayırmak gerekir.

Tapulama sırasında taşınmaz hak kazandırıcı zamanaşımı nedeniyle mülkiyet savında bulunan zilyed adına değilde, tapu kütüğünde ki malik ya da mirascıları adına saptama ve tescil edilmiş olabilir. Bu

(13) Yarg. 1. H. D. 23/1/1954 G. 2280 E. 721 K.
(14) Yarg. 1. H. D. 9/3/1954 G. 4437 E. 2192 K.
(15) Yarg. 8. H. D. 21/4/1966 G. 1861 E. 2252 K.
(16) Yarg. 8. H. D. 13/4/1964 G. 1740 E. 1605 K. - 21/4/1966 G. 1861 E. 2252 K.
(17) Yarg. H. G. K. 21/2/1968 G. 354 E. 95 K. - 9/10/1968 G. 906 E. 669 K.
(18) Yarg. H. G. K. 13/3/1971 G. 347 E. 154 K.

durumda zilyed genel hukuk mahkemesinde M.K. m. 639/II e dayanarak düzeltim dâvası açmışsa, 6333 sayılı Yasayla eklenen fıkralar hükümleri uyarınca hazineyle ilgili kamu tüzel kişileri hasım gösterilmelidir. «Çekişmeli yerin dâvalı adına tapu sicilinde kayıtlı olması bu zorunluğu ortadan kaldırmaz. M.K. nun 639 uncu maddesine dayanan her tescil dâvasında bu madde koşulları yerine getirilmelidir» (19).

Buna karşın tapulama sırasında, 639/II deki koşullar zilyed lehine gerçekleştiğinden sözle taşınmaz zilyedi adına saptanmışsa, tapu kütüğündeki tapulamadan önceki malik ya da mirascıları genel mahkemeye başvurarak m. 639/II nin koşulları bulunmadığı savıyla dâva açtığında 6333 sayılı Yasa hükümleri uygulanamaz. Bunun gibi 766 sayılı Yasanın m. 32/d hükümlerine göre zilyed adına saptanma ve tescil yapılmışsa, malik ya da mirascıların genel mahkemelerde açacağı **düzeltim** dâvasında hazine ya da ilgili kamu tüzel kişilerine husumet yöneltilmesine gerek yoktur. M.K.m. 639/II, yöntem kuralı niteliği taşıdığı için geçmişe de yürür (20).

II — Görev ve Yetki

1 — Görev

a) Genel Olarak : Kesinleşen kadastro ya da tapulama saptaması üzerine meydana getirilecek tapuların düzeltimi hakkındaki dâvalara genel hükümler çerçevesinde genel mahkemelerde bakılmak gerekir. Bu yön kamu düzenine ilişkindir. Bu yüzden mahkemece doğrudan doğruya dâva konusu olan taşınmaz hakkındaki tapulama işleminin kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Duyuru süresinin hangi tarihten hangi tarihe değin tamam olduğu, komisyon kararının dâvacıya hangi tarihte tebliğ edildiği gereği gibi araştırılmalı ve ondan sonra tapulama işleminin kesinleşip kesinleşmediği saptanmalıdır. Soyut tapuya tescil, saptama işleminin kesinleştiği anlamını taşımaz (21).

Dâvanın hangi gün açılmış sayılacağı, Dâva dilekçesinin hakim tarafından havale edildiği günün esas alınması, hakimin havalesi yoksa dava dilekçesinin esas deftere kayıt gününe göre belli edilmesi gerekmektedir. Buna göre dâvanın yasada öngörülen süre geçtikten sonra açılıp açılmadığı yönü üzerinde durulmalıdır (22).

---

(19) » » » » »

(20) KARAHASAN Mustafa Reşit. a. g. e. S. 368

(21) Yarg. 7. H. D. 9/6/1969 G. 2998 E. 4566 K. — 8/10/1970 G. 6728 E. 5549 K.

(22) Yarg. 7. H. D. 19/12/1969 G. 7827 E. 8383 K. — 2/4/1970 G. 535 E. 2000 K.

Genel mahkemeler arasındaki görevse, dâva konusu taşınmazın dâva günündeki değerine göre H.U.M.K. m. 7 hükmü gözönünde tutularak belli edilir.

b) Saptama İşleminin Kesinleşmesi Zorunluğu:

aa) Tapulama Tutanağının Kesinleşmesi : Tapulama müdürü, tapulaması biten birliklerdeki taşınmazların tapulama tutanaklarını T. K. m. 26 da gösterilen kurallar çevresinde askı duyurusunu yapar Otuz günlük duyuru süresi geçtikten sonra itirazsız olan tutanaklara ilişkin saptamalar kesinleşir. Bu süre içinde ya da daha önce tutanağa itiraz edilmişse, kesinleşme gerçekleşmez. Tapulama müdürünün tutanakları onaylaması kesinleşme için koşul değildir.

bb) Komisyon Kararının Kesinleşmesi: Tapulama tutanaklarına ya doğrudan doğruya ya da duyuru süresi içinde itiraz üzerine tapulama komisyonu tarafından el konularak bir karar verilir. Bu karar tapulama tutanağının tarafları olan, adına saptama yapılanlarla itiraz edenlere tebliğ olunur. Komisyon kararına karşı tebliğ gününden başlamak üzere 30 gün (T. K. m. 28., 2613 Sayılı Yasanın 26 m. hükmünce 15 gün) içinde tapulama mahkemesine dâva açılmadığı takdirde karar kesinleşir. Süre geçince durumun kesinleştiğini gösterir bir tutanak düzenlenmesi gerekir (23). Bu kesinleşme tapulama mahkemesine başvurma yolunu kapamıştır. Yani kesinleşmiş komisyon kararına karşı açılacak dâvalar tapulama mahkemesinde görülemez.

Tapulama Komisyonu kararı kesinleşmediği halde, açılan bazı dâvayeterlidir. Ayrıca tapu kütüğüne işlenmesi koşul değildir(24).

Tapulama Komisyonu kararı kesinleşmediği halde, açılan bazı dâvaların genel mahkemede görülmesi gereklidir. Kural olarak tutanağa itiraz etmemiş olan kimse başkasının itirazı üzerine verilen komisyon kararına itiraz edemez. Bu durumda itiraz edilen tutanağa ilişkin komisyon kararı ilgilileri yönünden kesinleşmediği halde Tutanağa itiraz etmemiş 3. kişiler yönünden kesinleşmiştir. Bunların komisyon kararının taraflarından da olmadığı takdirde genel mahkemede dâva açmaları zorunludur(25). Örneğin: «Dâvacı tapulama tutanağına itiraz etmemiştir. Tutanağa başkası itiraz etmiş ve tapulama komisyonu bu itirazı inceleyerek karara bağlamıştır. Bu karara karşı ne adına tesbit edilen ne

(23) » » 12/9/1969 G. 4424 E. 5774 K.
(24) » » 8/10/1970 G. 6728 E. 5549 K. T. K. m. 48/b.
(25) OZANSOY Nusret a. g. e. s. 91.

de itiraz eden kişi dâva açmıştır. Sadece 3. kişi olan dâvacı, tapulama mahkemesine başvurarak bu dâvayı açmıştır. Bu durumda dâvacı T. K. m. 28 de sözü edilen ilgililerden sayılamaz» (26).

Tapulama işlemi kesinleşmiş olsa bile komisyonca sonradan bir karar alınmışsa bu karara karşı açılan dâvanın incelenmesi tapulama mahkemesine aittir (27).

cc) Tapulama Mahkemesinde Dâva Konusu Edilmesi : Tapulama komisyonunun kararına karşı belli süre geçtikten sonra açılan dâvalar hakkında tapulama mahkemesi görevsizlik kararı vererek dosyayı genel mahkemeye göndermek zorundadır. Örneğin: «Çekişmeli parselin tapulama tesbitine hazine tarafından süresinde itiraz edilmemiştir. Başka bir kişi tarafından yapılan itiraz tapulama komisyonunca reddedilmiş ve komisyon kararı aleyhine bu kişiler adına da herhangi bir dâva açılmamıştır. Bu itibarla süresinde tapulama tesbitine itiraz etmemiş bulunan hazinenin dâvanın görev noktasından reddine ve dosyanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesi hükmolunmalıdır (28).

Tapulama mahkemesince taraf yeteneğinin olmaması nedeniyle reddolunan dâva da genel mahkemede yeniden incelenebilir. Gerçekten, ortak mülkiyet hükümlerine bağlı bir taşınmazda miracılarından biri ya da birkaçının tapulama mahkemesinde dâva açması halinde, dâva koşullarından takip yetkisi yok diye dâva hemen reddedilmez. Mahkemece, dâvacı durumunda olmayan öbür mirascıların dâvaya katılmalarının sağlanması ya da terekeye temsilci atanması için dâvacıya uygun bir süre verilmelidir. Dâvacı verilen sürede işlemi yapmazsa dâva esasa girişilmeksizin «dâva yeteneğinin bulunmaması yönünden reddedilir. Böyle bir durumda dâvacı olmayan ortakların genel mahkemede dâva açmalarına engel bir durum yoktur. Ayrıca, başkabir kişinin itirazı üzerine karara bağlanıp kesinleşen taşınmaz hakkında, bu kez taraf olmayan yani kendisi yönünden kesin hüküm teşkil etmeyen kişi genel mahkemede dâva açabilir.

Taraflar arasında kesin hüküm konusu olan bir yön hakkında dâva açılamaz. Ancak, 19/7/1972 gün 1617 Sayılı Yasanın 21. madesiyle değişik 766 Sayılı Tapulama Yasası geçici 3. maddenin birinci fıkrasındaki: «5602 Sayılı Kanunun 13 üncü madesinin (D) fıkrasının değiştirilmesine dair olan 6335 Sayılı Kanun gereğince yapılan tesbitlerde

(26) Yarg. 7. H. D. 8/4/1969 G. 2452 E. 2875 K.
(27) » » 10/2/1956 G. 9408 E. 1392 K.
(28) Yarg. 7. H. D. 21/12/1972 G. 9098 E. 8474 K.

veya açılan tescil dâvalarında, zilyedliğe ilişkin diğer şartlar mevcut olduğu halde, vergi kaydı bulunmadığından tamamı Hazineye maledilen gayrimenkullerin 20 dönüme kadar olan kısmı (20 dönüm dahil) 33 üncü maddede öngörülen iktisap şartları mevcut olduğu takdirde zilyedleri adına tespit ve tescil olunur» hükmü saklıdır. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Örneğin : «Taraflar arasındaki mülkiyet çekişmesi tapulama mahkemesinde halledilerek, dâvalılar aleyhine verilen hüküm kesinleşmiştir. Kesinleşen bu yönün yeniden inceleme konusu yapılması olanaklı değildir. Ancak 766 Sayılı T. K. nun geçici 3 m. hükmüne göre, ancak vergi kaydı bulunmadığından sözle reddedilen dâvaların yeniden incelenmesi olanaklıdır (29).

İtirazdan vazgeçmek ya da vazgeçmiş sayılması : 2613 Sayılı Yasada dâvadan vazgeçmek genel hükümlere bağlanmıştır. H.U.M.K. 91 - 95 m. leri uygulanır. Oysa 766 Sayılı Yasada özel hükümler konulmuştur. itiraz edenin itirazından vazgeçmesi ya da m. 60/3 uyarınca itiraz etmemiş sayılması halinde, tapulama mahkemesi tapulamanın tamamlanması amacıyla tapulama tutanağı ve eklerini, kütükler, tapu yönetimine verilmemişse tapulama müdürüne, kütükler tapu yönetimine verilmişse tapu yönetimine geri çevrilmesine karar verir. Bu karar nitelikçe tapulama dâvasını sona erdiren ve hakimi dâvadan elini çektiren bir işlemdir. Ayrıca, Yasanın m. 63/son fıkrasına göre, m. 60/3 de düzenlenen itiraz edenin ilk duruşmada oturumuna gelmemesi ya da itiraz neden ve kanıtlarını bildirmemesine ilişkin itiraz etmemiş sayılması haline özgü olmak üzere genel mahkemeye dâva açma hakkı saklı tutulmuştur. Gerçekten bu durumda itirazın esası hakkında bir karar verilmiş değildir.

Dâvadan vazgeçme nedenine dayalı geri çevrilme kararından sonra genel mahkemede dâva açma olanağı yoktur. Bilimsel görüş bu doğrultudadır. T.K. m. 60/3. fıkrasındaki bildirim, artık genel mahkemeye dâva açılamıyacağını anlatmak istemiştir. «Kanun koyucu buradaki «vazgeçme» ile genel usul kurallarına göre dâvadan vazgeçmenin hüküm ve sonucunda bir ayrıcalık gözetmemiştir (30).

Yargısal görüşse başka yöndedir. «T.K. 63.m. 2.f. uyarınca itirazından vazgeçen muterizin beyanı zabıtla tesbit edilerek tapulama tutanağının fıkrada öngörülen idareye geri verilmesi gerekirken bu işin esasına girişilerek bu parsel hakkında dâvacıyı kesin hükme bağlayacak

(29) Yarg. 8. H. D. 3/7/1967 G. 3885 E. 3623 K.
(30) OZANALP Nusret a. g. e. s. 303

şekilde itirazın reddi cihetine gidilmesi» (31) yasaya aykırı görülmüştür. Bunun anlamı şudur : tapulama mahkemesinde dâvasından vazgeçen dâvacı ilerde genel mahkemede de dâva açabilecektir. Buna karşılık dâvalı, m. 63/2 ye göre verilen karar kesin hüküm niteliğinde olmadığından kesin hüküm itirazında (H.U.M.K. m. 95.1, 237) bulunamıyacaktır.

Genel yöntem kurallarına göre vazgeçmenin geçerliliği karşı tarafa ulaştırılmasına bağlıdır. Oysa, Tapulama Yasasının getirdiği yönteme göre, vazgeçmenin geçerliliği için karşı tarafa bildirilmesi ya da karşı tarafın önüne vazgeçmenin oluşması zorunluğu yoktur. Yasada böyle bir koşul yer almamıştır (32). Vazgeçme sözünün duruşma tutanağına geçirilmesi yeterli görülmüştür. Öteyandan, vazgeçme kesin bir hükmün hukuksal sonuçlarını ortaya koyar. Dâvacı vazgeçmede, hakkın özünden «neticei talebinden» vazgeçmektedir. Bu nedenle vazgeçme durumunda dâvanın reddine karar verilir (33). Vazgeçilen dâva yeniden açılamaz. Açılırsa kesin hüküm nedeniyle reddolunur.

Kanımızca burada da genel hüküm kurallarından ayrılmaya gerek yoktur. Esasen, Yasada sadece itiraz etmemiş sayılma durumu için özel ve ayrık hükümler getirmiştir. Dâvadan vazgeçmeyi, itiraz etmemiş sayılmanın hukuksal sonuçlarına bağlı tutmamıştır. Bu nedenle bu dâva genel mahkemede görülemez.

2 — Yetki : Taşınmaza ilişkin dâvalara taşınmazın bulunduğu yer makemesinde bakılması gerekir (H.U.M.K. m. 13). «Taşınmazın bulunduğu yer deyiminden amaç, o taşınmazın yargı sınırları bakımından fiilen bulunduğu yerdir. Yoksa taşınmazın tapuda kayıtlı olduğu yer değildir. Zira, yargı sınırları her zaman değişebilir ve tapu kaydı yanlış olabilir» (34).

C. DAVA NEDENİ VE TANITLAMA

1 — Dâva Nedeni : Dâvacı dâva dilekçesinde ileri sürdüğü hakkın nedenini bildirmek zorundadır. Dâva nedeni, hakkın özünün dayandığı olaylar dizisidir. Bu olaylar, gerçek hak sahibini saptamaya yarayan dâvanın gerçek nedeni ve temelidir. Hâkim dâva dilekçesinde gösterilmeyen olayları doğrudan doğruya gözönünde tutamadığı halde bu olayların hukuksal niteliğini doğrudan doğruya uygular.

(31) Yarg. H. G. K. 17/11/1971 G. 813 E. 688 K.
(32) Yarg. 7. H. D. 28/4/1970 G. 2627 E. 2557 K.
(33) Yarg. H. G. K. 16/5/1956 G. 47 E. 45 K.
(34) Yarg. 8. H. D. 5/6/1969 G. 3237 E. 2901 K.

Tapulamayla meydana getirilmiş tapu sicili hakkında, dâva açacak kimsenin, dâvasında başarıya ulaşabilmesi için tapulama gününde o taşınmazın mülkiyet hakkının kendisine çevrilmesini gerektirecek hukuksal bir nedene dayanmış olması gereklidir. T.K. m. 31, tapulamadan önceki nedenlerle dayanılarak açılan dâvalarda uygulanır. Başka bir deyişle, hukuksal durumu itibariyle yanlış tesbit edildiği yolundaki iddialarda uygulanır. Sonra doğan nedenlere dayanan hukuksal uyuşmazlıklarda bu hükmün uygulama yeri yoktur (35). «Kadastro tesbiti, taşınmazların hukuki durumlarını doğru olarak tesbitini hedef tuttuğu cihetle yanlış tesbit halinde hakkı halele uğrayanın lehine kadastro yapılmış olana karşı kaydın düzeltilmesini istemesine M.K. nun 638 m' hükmü engel olmaz. Zira, bu hüküm, malikten gelmiş gibi gözüken bir kaydın varlığını şart kılar ki burada dâvalı lehine düşürülen kayıt gerçek malik olduğunu iddia eden dâvacıdan gelmiş değildir (36). «Tapularda yapılmış olan değişiklikler, bir komisyon kararına dayanmış olsa bile, mahkemece yapılacak inceleme sırasında bu değişikliklerin haklı bir nedene dayanmadığı anlaşılırsa, bu durum karşısında M.K. nun/638. maddesine dayanılarak tapu sahibinin iyi niyetli olduğundan ve tescil hakkının doğmuş bulunduğundan sözedilemez (37)».

Tapulama saptaması sırasında var olupta saptanması ve sicile geçirilmesi gereken mülkiyetten başka bir ayni hakka dayanılması da olanaklıdır. Örneğin, eski geçit hakkı ya da saçak payı bulunduğu halde saptanmamış olması durumunda da dâva nedeni vardır.

T.K. nun 39 uncu maddesinde belirtilen nedenlerle hakkı saklı tutulması zorunlu bir kişi niteliği taşınması halinde de dâva nedeni doğmuştur. Maddede, üçüncü kişilerin saklı tutulacak hakları, taşınmazın takyidinden, mülkiyetten başka ayni haklardan, tedbirlerden ve hacizlerden doğan haklar biçiminde belirtilmiştir.

II — Tanıtlama : Kural olarak, genel mahkemelerin bağlı oldukları yargılama biçim ve aşamalarının temel kuralları bu dâvalarda da uygulanır. Dâva asliye hukuk mahkemesinde açılmışsa, yazılı yöntem, sulh mahkemesinde açılmışsa sözlü yöntem izlenir. Mahkeme tarafların iddia ve defileriyle bağlıdır. T.K. nun 54. m. de açıklandığı gibi, gerçek hak sahibini araştırmak amaciyle dâva dışı bir soruşturma yapılamaz. Ayrıca, tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin istemin, o taşınmazın kendi adına tescil istemiyle birlikte ileri sürülmesi gerekir. Çünkü,

(35) » » » 5/7/1968 G. 3515 E. 4176 K.
(36) Yarg. H. G. K. 8/2/1961 G. 45 E. 7 K.
(37) » » » 15/12/1965 G. 805 E. 458 K.

726

tapu kaydının silinmesi, yerine yeni bir kaydın kurulmasına bağlıdır. «Dâvacı, M.K. nun 639. m. gereğince, iktisap hakkının doğduğunu ispat edip tescil istemediği takdirde taşınmazın tapu maliki adına olan tapusu iptal edilemez. Bu bakımdan dâvacıya tescil dâvası açmak için mehil verilmek, dâva açıldığı takdirde bu dâva ile birleştirmek gerekir (38)».

1 — Tapulamaya Dayanan Sicillerin Hukuksal Niteliği : Tapulamaya bağlı tutulan yerlerdeki taşınmazlara ilişkin, tapulamadan önceki tapu kayıtları tapulama sırasında uygulanarak saptamaya dayanak olsun ya da olmasın tapu yöntemince işleme bağlı ve elde varolan kayıt niteliğini kaybederler (39). Sadece bir kanıt olarak gözönünde bulunur. Zira «kadastroca yapılan tahtid işlemi kesinleşip yeni kütükler tesis edildikten sonra eski tapu kayıtları başvurulması gereken sicil olmaktan çıkar. Eski kayıtlar artık tedavüle esas tutulamaz. Kadastroya dayanan sicil kaydının doğru olması ve önceki kayıtlara uygun bulunması asıldır. O yoldaki bir kayıt ve kadastro planları karşısında bu kayıtlara ve planlara dayanarak iktisapta bulunan kimseden daha eski kayıtları incelemesi beklenemez. Bu kimse eğer iyiniyet sahibiyse, yani o taşınmazın gerçek maliki ya da üzerinde başka ayni bir hak bulunduğunu bilmiyorsa ya da bilecek durumda bulunmuyorsa kasdastroda meydana getirilen tapu kaydına dayanarak yaptığı iktisaba dokunulamaz» (40).

2 — Dâvada Uygulanacak Maddi Hukuk Kuralları : 2613 Sayılı Yasaya göre kadastro saptaması yapılan kesinleşen yerler hakkında açılan dâvada, genel maddi hukuk kuralları uygulanır. Oysa, 766 Sayılı Yasanın 52. m. de yer alan açık hükme göre: «Tapulama tesbitleri alehine sonradan mahalli mahkemede açılacak dâvalarda bu kanunun beşinci bölümünde yazılı esaslar uygulanır.» Bu maddede yasa koyucunun amacı, maddi hukuk yönünden uygulanacak kuralları belirtmektir. Demek ki yasa koyucu, «Tapulama tesbitinin kesinleşmiş olmasını tesbitten doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde etkili görmemiştir 5. Bölümde yer alan hükümlerin karşılamadığı olaylarda kuşkusuz genel hükümler uygulanacaktır. Aslında bu durum, 41. m. de açıklanmıştır» (41). Gerçekten, m. 41 de: «Bu bölümde aksine hüküm

(38) Yarg. 8. H. D. 25/5/1962 G. 3093 E. 2930 K. 7/4/1967 G. 1780 E. 1684 K.
(39) Yarg. H. G. K. 23/6/1965 G. 120 E. 255 K. - 7. H. D. 30/7/1969 G. 7900 E. 674 K.
(40) » » » 8/6/1966 G. 110 E. 177 K.
(41) OZANALP Nusret. a. g. e. s. 93

727

bulunmayan hallerde, Türk Kanunu Medenisi ile diğer kanunların iktisap ve tescile ilişkin hükümleri uygulanır». Öncelikle Tapulama Yasasının konuya ilişkin çözüm yolları aranacak, bulunmazsa genel hükümler uygulanacaktır. Yargısal görüşler de bu yöndedir. «Tapulamaya bağlı tutulmuş bir taşınmaz hakkında tapulama işlemi kesinleştikten sonra genel hükümler çerçevesinde açılacak dâvalar Tapulama Yasası hükümleri gereğince çözümlenir (42).

Tapulama Yasasının beşinci bölümünde mülkiyet hakkının saptanmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. 31 inci madde hükmünce açılan tapulama dâvalarında bu bölüm kuralları uygulanır. Bunlar tanıt yükümlülüğü ve kanıtlarla ilgili hükümleri düzenleyen 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 ıncı maddelerdir. Örneğin, tapulu yerin malik ya da mirascılarından saptamadan 10 yıl önce alındığı, herhangi bir belge ya da bilirkişi yahut tanık sözleriyle doğrulandığı ve zilyedde en az 10 yıl zilyed bulunduğunu tanıtladığı takdirde, taşınmazın zilyed adına tescil olunacağına ilişkin mülkiyet hakkını saptayan T. K. m. 32 B ve C bendi uygulanacaktır. Yine, tapulu taşınmazın harıcen satışı zilyed lehine geçerlidir. Bu nedenle, 2510 Sayılı Yasanın 30. m. de konulan sınırlama süresinin dâva gününde değil, saptama gününde geçip geçmediğinin aranması hakkında Tapulama Yasası hükümleri uygulanacaktır (43).

3 —Sicillerin tersini Tanıtlama : Özel yasada bir olayın ya da hukuksal işlemin ne suretle tanıtlanacağını buyuran açık bir hüküm olmadıkça genel yasada yer alan hükümlerin gözönünde tutulacağı hukukun kurallarındandır (44). 766 Sayılı T. K. 31/1 m. hükmünce, tapulamaya dayanarak kuralın tapu sicilleri, tevsi hükmen belli oluncaya değin geçerlidir. Maddede açıkca, «tapu sicilinin tersinin tanıtı «söz konusu edilmiştir. Bu nedenle, dâvacı, tapu sicilinin belirtildiği hukuksal durumun tersini, yani aynı hakkın maddi hukuk yönünden sahibi olduğunu ve tescilin yolsuz bulunduğunu tanıtlamakla yükümlüdür. Bunun için, dâvacıya iddiasını tanıtlamaya yarar kanıtlarını ikamesi için önel verilmelidir. Anılan madde gereğince dâvacının kanıt ikamesi zorunlu dur (45).

D. DAVADA HAK DÜŞÜREN SÜRE :

(42) Yarg. 7. H. D. 11/6/1965 G. 3900 E. 6684 K.
(43) » 8. H. D. 24/6/1966 G. 3930 E. 3554 K.
(44) Yarg. H. G. K. 22/12/1965 G. 983 E. 468 K.
(45) » 1.H.D. 25/4/1968 G. 2965 E. 2912 K.

1 — Genel Olarak : Tapulama Yasaları, tapulamadan gözetilen amacın yıllarca elde edilememesini önlemek ve tapu sicillerini tutarlılığa kavuşturmak için düzenleyici hükümler koymuştur. Gerek şehir kadastrosu hakkındaki 2613 Sayılı ve gerekse 766 Sayılı Yasa tapulamayla meydana getirilmiş sicillere karşı açılacak tapu düzeltim dâvalarında 10 yıllık bir bir hak düşürücü süre kabul etmiştir. Şu ayrımla ki, bu süre 766 Sayılı Yasa yönünden sınırsız olduğu halde, 2613 Sayılı Yasanın uygulamasında tapusuzdan hazine adına geçirilmesi haline özgü olmak üzere sınırlıdır. 2613 Sayılı Yasanın 22. m. nin H bendindeki kurala göre bir taşınmaz malın Devlet adına yazılması için onun sahibi bulunduğunun saptanmaması gerekir. Böyle sahibi bulunmadığı için Devlet adına tapuya geçirilen taşınmazların 10 yıla değin sahibi çıkar ve hakkını mahkemede tanıtlarsa tapu kaydı onun adına düzeltilir. Eğer taşınmaz tapuda kayıtlıysa sahibi tapu kütüğünde gösterilmiş olacağından başka bir deyişle, sahipsiz mal niteliğinde olmadığından bu kuralı uygulama olanağı yoktur. Bu nedenle Devlet adına kaydedilmiş mal, kadastrodan önce tapu kütüğüne yazılmamış olmak koşuluyla, sahibi sonradan ortaya çıktığında, on yıllık süre içinde dâva açmamışsa artık bunun dâvası dinlenmeyecektir. Zira, hak düşüren sürenin konmasıyle güdülen erek, Hazine adına tapu kütüğüne geçirilmiş bulunan bir malın hangi nedene dayanıyorsa dayanılsın, on yıldan sonra geri alınmasını önlemektedir (46).

766 S. T. K. nun 31. m. sindeki sürenin 2613 S.K. nun uygulanmasında yeri yoktur (47). Zira, 766 S. T. K. özel bir yasadır. Ancak 766 Sayılı Yasanın 97. m. gereğince, aynı yasanın 33 ve 42. maddeleri 2613 Sayılı Yasanın uygulamasında genel hüküm niteliğindedir (48).

Medeni Yasa Ön Tasarısında, hak düşüren süreyi genelleştirmek amacıyla tescile dayanmayan zamanaşımını düzenleyen 639. m. ye bir fıkra eklenmesi öngörülmüştür. Buna göre : «Tescil yapıldıktan sonra, dâvada taraf olmayan kişiler bu maddede zamanaşımı için konulmuş olan şartların elmen yararına olarak gerçekleşmemiş bulunduğunu ve kendilerinin hak sahibi olduklarını, tescili öğrendikleri günden başlıyarak bir yıl ve her halde tescil tarihinden başlıyarak on yıl içinde açmak suretiyle ispat ederlerse, tapu kaydının onlar adına düzeltilmesine karar verilir.»

---

(46) Anayasa Mah. 10/2/1970 G. 1969/60 E. 1970/8 K. 2613 sayılı Yasanın 22/H bendindeki «on seneye kadar» deyiminin yalnız tapulu taşınmazlar yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.

(47) Yarg. 1. H. D. 10/10/1969 G. 7030 E. 5801 K.

(48) » 7. H. D. 23/6/1969 G. 2174 E. 5044 K.

On yıllık süre, zamanaşımı olmayıp, hak düşüren süredir (49). Gerçek malikin bu süre içinde hakkını ileri sürmemiş olması halinde, hakkın kendisi sona ermektedir. Hâkim, hak düşüren süreleri kendiliğinden gözününde tutmak ve ilk önce incelemek zorundadır. Zamanaşımı için durma ve kesilme söz konusu olabilirse de hak düşüren süre için durma ve kesilme yoktur. Hak düşürücü süreler kamu düzenine ilişkindir. Yasada tersine bir hüküm bulunmadıkça, yasanın yürürlüğünden önceki olaylarda da gözönünde tutulur (50).

II — Uygulama Koşulları

1 — Başlangıç Gününün Saptanması : Sürenin hesabında başlangıç günü olarak tescil günü esas tutulmuştur (51). Yasanın 30. m. hükmüne göre, tapulama müdürü tarafından onaylanan tutanaklarla, tapulama komisyonunun kesinleşen kararlarına ait tutanaklar, tutanakların onaylama günü, tescil günü olarak gösterilmek suretiyle tapu kütüklerine geçirilir.

2 — Sürenin Dâva Gününe Göre Hesaplanması : T.K. nun 31. m. deki 10 yıllık hak düşürücü sürenin, tapulamadan önceki kazandırıcı zamanaşımına dayanarak açılan ve mülkiyet çekişmesi niteliğinde olan dâvanın açılış gününe göre hesaplanması gerekir. Ayrık durumda olabilir. Örneğin : Dâvacı, tapulamadan önce lehine gerçekleşen kazandırıcı zamanaşımı nedeniyle 10 yıllık hak düşüren süre geçmeden mülkiyet hakkını belirtecek tescil dâvası açmıştır. Tapulama sonucu tescil olunduğunu öğrenince, tapu iptal dâvası açmış ve dâvalar birlikte görülmüştür. On yıllık hak düşürenin ilk açılan tescil dâvasından hesaplanması gerekir (52).

3 — Tapulamadan Önce Varolan Nedenlere Dayalı Dâvalarda Uygulanması : T.K. 31 son fıkrası hükmüne belirtildiği gibi, tapulamadan önce varolan nedenlere dayanılarak açılan dâvalarda, hak düşüren süreden söz edilebilir. Tapulama saptamasından sonra doğan hukuksal uyuşmazlıklarda uygulanamaz. Tapulama saptaması yapılan taşınmazların tapulu sayılması tescile olanaklıdır. T. K. nun 81. m. son fıkrasında, tapusuz taşınmazların saptamaları kesinleşmedikçe tapu yönetiminin bir işlem yapılamıyacağı yazılıdır. Bu açıklığa göre tapusuz olarak

(49) » H. G. K. 2/6/1965 G. 689 E. 232 K. - 8. H. D. 28/9/1971 G. 2842 E. 4398 K.
(50) » H. G. K. 2/11/1968 G. 341 E. 722 K.
(51) » İnanç. Bir. K. 7/2/1955 G. 7 E. 23 K.
(52) » 8. H. D. 10/4/1967 G. 1767 E. 1783 K.

saptanan taşınmazın tapulu sayılabilmesi için tescil koşuldur. Tescilden önce, saptamadan sonra yapılan işlem (Örneğin, harici satış) yasaca geçerlidir (53).

Hak düşüren süreye bağlı tutulmayan dâvalar da vardır. Özel mülkiyet konusu olmayan ve tapuya tescili gerekmeyen kamu mallarına ilişkin dâvalar hak düşüren süreye bağlı deyildir. Eğer, kamu malı özel hukuk hükümlerine bağlı kılınarak, tapulama sırasında bir kişinin özel mülkiyetine geçirilerek tapu kaydı kurulmuş ve durum kesinleşmişse, o sicil hukuksal değerden yoksundur. Zira, tapulama yasasının amaç ve kapsamı dışı kayıt meydana getirilmiştir. Taşınmaz, tapuya tescil edilmekle kamu malı olma niteliğini yitirmez. Bu nedenlerle, tapulamadan sonrada kamu malları hakkında, kamu malı nedenine dayanılarak, hak düşüren süreye bağlı kalmaksızın her zaman dâva açılabilir. Bu yönler Yargıtay kararlarıyla da belirlenmiştir. Örneğin : «Deniz kenarında tarıma elverişli olmayan kumsal yerler, bataklıklar, aynen kayalar, tepeler ve taş ocakları gibi özel mülkiyet konusu olamaz. Bunlar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Özel mülkiyet konusu olmayan yerler tapu siciline tescil edilemez. Tapulama dışı bırakılır (54). «Tapulamaya bağlı olmayan yerler (orman sayılan yerler tapulamaya bağlı tutulamaz) hakkında Tapulama Yasasının uygulama olanağı yoktur. Ormanlar özel mülkiyet konusuna girmeyeceğinden herhangi bir nedenle gerek eldenlik gerek süre geçmesi gibi bir dayanağa tutunularak mülkiyet kazanılamaz (55)». «T.K. nun 31. m. si tapuya tescil edilecek taşınmazlar hakkında uygulanır. Mera olarak sınırlandırılıp tesbit edilen taşınmaz tapuya tescil edilmemiş ve yalnız tesbit halinde kalmış olduğundan sözü geçen 31. m. son fıkrasının uygulama yeteneği yoktur (56).» «Tapulamada paftaya girip, parsel numarası verilmeyen ve tapuya tescil edilemeyen taşınmazlar hakkında 31. m. uygulanamaz (57).»

E. DUYURU SORUNU :

1 — Genel Olarak : Duyuru, bir dâva nedeniyle ortaya çıkacabilecek ilgilileri, yani beklenir hak sahiplerini uyarmak ve yanlış bir tescile engel olmak amacına dayanır. Duyuru, herkesin kolaylıkla göre-

(53) Yarg. 8. H. D. 12/2/1968 G. 6605 E. 440 K.
(54) » H. G. K. 4/11/1967 G. 396 E. 505 K.
(55) » 1. H. D. 22/12/1969 G. 9424 E. 7551 K.
(56) » 8. H. D. 28/9/1971 G. 2842 E. 4398 K.
(57) » » 16/1/1970 G. 6924 E. 122 K.

bileceği ya da duyabileceği bir biçimde yapılmalı, dâvada hak ve yararları olanların zamanında davranmalarını sağlamalıdır. Yasada duyurunun, gazeteyle bir kez ve taşınmazın bulunduğu yerde kullanılan uygun araçlarla ve yeterli aralıklarla üç kez yapılması gerekli görülmüştür. Uygun araçların seçimi çevrenin özelliklerine göre hakimin takdirine bırakılmıştır. Duyurunun, taşınmazın bulunduğu yer köy muhtarının odasına yapıştırılması yada hoparlörle vb. halka duyurulması önerilebilir. Elverişli aralıklar da takdir olunarak kararda açıklanmalıdır. Duyuruda, tescili istenen yerin, keşfen saptanan bilgilere göre, yeri, sınırları, nitelikleri bütün ayrıntılarıyla gösterilmelidir. Gerekli giderler önceden saptanıp ilgilisinden uygun önel süresinde istenmesi ve duyurunun mahkemece saptanıp ilgisinden yerinde olur. Ayrıca, duyurunun hangi günler arasında ve hangi araçlarla yapıldığı düzenlenecek tutanakla belgelenmelidir. Tapulama sonrası genel hukuk mahkemelerinde görülen dâvalardaki duyuruların yapılması konusunda bir ayrım yapılması gerekmektedir.

II — Taşınmazın Tapulamadan Önce Tapusuz Olma Durumu : Taşınmaz tapuda kayıtlı olmadığından ve hak kazandırıcı zamanaşımı nedenileri gerçekleştiğinden sözle yapılan tapulamanın kesinleşmesinden sonra, zilyedliğe dayanarak M.K. nun 639. m. ne göre açılan dâvalarda 6333 Sayılı Yasada yazılı duyuruların yapılmasında zorunluluk vardır. Yargısal inançlarda bu doğrultudadır. Örneğin: « Sahipsiz sayılarak Hazine adına yapılan tapulama kesinleşmiştir. Bu kez, dâvacılar ziltedliğe dayanarak tapu iptali ve tescil istemişlerdir. Dâva, M.K. 639. m. ne dayanmakta ve genel hükümler çerçevesinde hukuk mahkemesinde açılmıştır. 639. m. de yazılı şekillere bu arada ilanlara uymak zorunludur. Tapulama sırasında yapılan ilânlar, 639. m. de yazılı ilânların yerine geçemez 766 S.T.K. 52. m. de o kanunun 5 inci bölümünde yazılı kurallara atıf yapılmıştır. T.K.' nun şekle ait maddelerine hiç bir atıf yapılmış değildir. Aynı K.nun 31. m. ise tapulamaya dayanan sicillerin değerleriyle hak düşürücü süre bakımından hükümler sevketmiş bulunmaktadır. Bu maddelerin hiç biri M.K. 639. m. de yazılı ilânların tapulamaya dayanan kütüklere karşı zilyedliğe dayanılarak genel hükümler çerçevesinde açılacak tescil dâvalarında bertaraf edilmiş olduğunu gösteremez (58).» Bu dâva nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel hak sahipleri, tapulama sırasındaki ilgililerden ayrı kişiler olabilir (59)». «Kadastro sırasında 2613 S.K. uyarınca yapılmış olan ilân-

(58) Yarg. H. G. K. 12/6/1968 G. 555 E. 435 K.
(59) » » 13/3/1971 G. 347 E. 154 K.

lar 639 uncu m. de yazılı ilân yerine geçemez. Genel mahkemede açılan dâvada genel hükümlerin uygulanması zorunluğu vardır (60).

Bilimsel görüş başka yöndedir. Buna göre, «Bu tür dâvalar iktisap zamanaşımına dayanılarak M.K. nun 639 m. si çerçevesinde açılan dâvalardan çok ayrımlı bir nitelik taşımakdadır. Herşeyden önce işin tapulama hükümleri içinde düşünülmesi gerekir. Tapulama tesbiti kesinleştiği içindirki, bu dâvanın genel mahkemede açılmak zorunluğu doğmuştur. T.K., 6333 S.K. da sözü edilen ilâna lüzum görmemişir. Bundan başka dâva, niteliği bakımından sicil hakkında ve belli bir hak sahibine karşı açılmış bir dâvadır. 6333 S.K. da ilândan güdülen amaç burada söz konusu olamaz. İlân zorunluğu yoktur (61)».

III — Taşınmazın Tapulama Öncesi de Tapuda Kayıtlı Olması:

1 — Tapuya Dayalı Saptama İşleminin Yapılmasında: Tapulama sırasında taşınmaz mal tapu kütüğünde malik olarak gözüken kişi ya da mirascıları adına saptanarak tescil edilmiş olabilir. Bu durumda dâvacı, zilyedliğe dayanarak ve tapulama öncesi eski tapunun hukuksal değeri olmadığını ileri sürerek tapu düzeltimi dâvası açarsa, 6333 Sayılı Yasa uyarınca zorunlu duyuruların yapılması gerektiğinde görüş birliği yoktur. Yargıtay böyle bir olay nedeniyle, bu durumda duyuruya gerek olmadığını bildirmiştir. Ayrımlı bu açıklamaya göre: «Tapulama tesbitinin tapuya dayanılarak yapılması sebebiyle bu iptal ve tescil dâvasında 6333 Sayılı Yasa gereğince ilan yapılması gerekmez. Senetsizden yapılan tapulama tesbiti üzerine zilyedliğe dayanılarak tapu iptal ve tescil isteğinde bulunulması halinde ilan konusu gözönünde tutulur, ancak bir dâvanın reddi gereğtiği takdirde ilanların yapılıp yapılmadığını araştırmak da gerekmez» (62).

Bilimsel görüşse başkadır. Buna göre: «Dâvacı, M.K. m. 639/II de ki koşulların lehine gerçekleştiğini ileri sürerek genel mahkemede dâva açmış olacağına göre, 6333 Sayılı Yasayla eklenen hükümlerin uygulanmaması düşünülemez» (63).

Kanımızca, bu konuda bir ayrım yapaŕak sonuca ulaşmak olanaklıdır. Tapuya dayalı saptama yapıldıktan sonra, başka bir tapuya dayanarak dâva açılmışsa, duyuru yapılmasındaki amaç var olmadığından

(60) » » 12/6/1968 G. 564 E. 436 K.

(61) OZANALP Nusret. a. g. e. s. 93

(62) Yarg. H. G. K. 9/12/1965 G. 298 E. 701 K. Oysa, buna dayanak 8. H. D. K. da dâvacı zilyetliğe dayandığına göre 6333 S. K. gereğince duyuru yapılmamış olması nedeniyle» hüküm bozulmuşu.

(63) KARAHASAN M. Reşit. a. g. e. s. 370, 368.

duyuru zorunlu değildir. Ancak dâvacı zilyedliğe dayanmaktaysa, gerçek hak sahibinin belirmesi ve başka hak sahiplerinin de uyarılması yönünden duyuru gereklidir.

2 — Tapuya Dayalı Dava Açılması : Tapulama sırasında, tapuda kayıtlı taşınmaz mal hakkında, hak kazandırıcı zamanaşımı ve zilyedlik koşulları gerçekleştiğinden (M. K. m. 639/II, ya da 766 S. T. K. m. 32/d. ye göre) zilyed adına yapılan tapulama kesinleştikten sonra tapulamadan önceki tapu maliki ya da mirascılarının, tapuya dayanarak dava açmaları halinde duyuru yapılmasına gerek görülmemektedir (64).

Duyurulardan sonra 6333 Sayılı Yasada öngörülen üç aylık süre sonunun beklenmesi gerekir. Bu süre hak düşüren süre olmayıp hakimin tescil kararını verebilmesi için beklemek zorunda olduğu bir süredir.

(64) **KARAHASAN M. Reşit. a. g. e. s. : 368**

HUKUK USULÜNE DAİR SÖZLEŞME İLE İLGİLİ BİR İNCELEME

Yazan : Sait REZAKİ

GİRİŞ

Sosyal, Politik ve Ekonomik nedenlerle Ulusların birbirlerine yaklaşmaları sonucu uluslararası ilişkilerin yoğunlaştığı bu devrede, bu ilişkilerden doğan proplemlerin çözümlenmesi ve ilişkilerin bir düzen içerisinde yürütülmesi, bir çok uluslararası düzenlemelerin ihdasını zorunlu kılmıştır. Bu düzenlemelerden en çok uygulama olanağı bulunlar şüphesiz çok taraflı sözleşmelerdir.

Çok taraflı sözleşmeler, muayyen ve dar çerçeveli konularda da olsa sölzeşmeye taraf olan devletlerin hukuklarını birleştirmeyi ve yeknesak uygulamayı sağladıkları gibi yargı usulüne ilişkin konularda çabukluk ve kolaylığı amaç edinirler. Uluslararası ilişkilerin yoğunlaşmasının doğal bir sonucu olarak yabancı unsurları ihtiva eden, yani kanunlar ihtilafını konu alan hukuk davaları çoğaldığı gibi kişiler, gezi, çalışma ve muhacaret gibi nedenlerle üzerlerinde yargı yetkisi olan mahkeme çevrelerinden uzaklaşmış bulunmaktadırlar. Böylece, kişilerin tabii oldukları mahkemelerin milli yargı çevrelerinden uzaklaşmış bulunmaktadırlar. Böylece kişilerin tabi oldukları mahkemelerin milli yargı çevrelerinden uzaklaşmamış bulunmaları onlara yapılacak hukuki veya ticari dâvalardaki adli tebliğatı zorlaştırmış bulunmaktadır. Bu zorluğu yenmek amacıyla eskiden yapılan ikili adlî yardımlaşma antlaşmaları yerine daha geniş uygulama olanağı bulan çok taraflı sözleşmelerin yapılması yolu tercih edilmiştir.

Bunların en önemlileri ve halen Türkiyenin taraf olduğu sözleşmeler, Hukuki veya Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair 15 Kasım 1965 tarihli Sözleşme ile 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmedir. Bu sözleşmelerin her ikisi de La Haye Devletler Hususi Hukuku Konferansınca hazırlanmış bulunmaktadır. Bu sözleşmelerde ikincisinde tebliğata ilişkin usuller yanında istinabelere ve adlî müzaharete ilişkin hükümler yer almaktadır. Burada bu sözleşmelerden, yalnız Hukuk Usulüne Dair 1954 tarihli sözleşme incelenecektir.

Bu sözleşmeye katılmamız 23 Mart 1972 günlü 14137 sayılı Resmi Gazatede yayımlanan 1574 sayılı Kanunla uygun görülmüş olup, sözleşme metni de aynı Resmi Gazatede yayımlanmıştır. Memleketimiz bakımından Sözleşme 13 Mayıs 1973 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Türkiyeden başka bu sölzeşmeye taraf olan devletler; Batı Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlandiya, Fransa, İsrail, İtalya, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Hollanda, Portekiz, İsviçre, Çekoslavakya, Yuyoslavya, Macaristan, Polanya, Romanya, Sovyet Rusya, Vatikan Sitesi ve Fas'tır.

Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, kapsadığı konulara göre yedi bölüm halinde düzenlenmiştir. Bu bölümleri, sırası ile inceliyelim.

1 — ADLİ VE GAYRİ ADLİ EVRAKIN TEBLİĞİ

Bu bölümde yer alan Sözleşmenin Birinci Maddesi; hukuki veya ticari konulara ilişkin tebliğatın ne şekilde yapılacağını, yani tebliğatın usulünü tayin etmiştir. Buna göre, sözleşmeye taraf olan devletlerden birinde tebliğat çıkarmaya yetkili olan makam (mahkeme, icra daireleri ve noterler), diğer bir akit devletin ülkesinde bulunan bir kişiye tebliğat çıkarmak istediğinde, mahatap devletin tayin etmiş olacağı bir talepte bulunacaktır. Talep çıkaran makamın mensup olduğu devletin yabancı memleketteki konsolosluğu aracılığıyla yapılacaktır. Talep, tebliğatı gerektiren işlemde taraf olanların isim ve sıfatlarını, tebliğata muhatap olanın adresini ve tebliğatın konusunu ihtiva edecektir. Bu talepname, kendisine tebliğat yapılmak istenen şahsın ülkesinde bulunduğu devletin dilinde yazılmış olmalı veya bu dile çevrilmiş bulundurmalıdır. Konsolosluk kanalıyla tebliğ talebini almış bulunan muhatap devletin makamı, tebliğatın yapıldığını, veya tebliğat yapılmamış ise bunun nedenini belirten belgeyi Konsolosluğa gönderecektir.

Sözleşmeye göre tebliğat konusuda uygulanması öngörülen usul, yukarıda belirtilmiş olduğu şekilde olmakla beraber, maddenin üçüncü fıkrasında, her akit devletin yukarıda sözü edilen tebliğ talebinin kendisine diplomatik yoldan gönderilmesi konusunu bildiri ile diğer akit devletlere duyurabileceği hükme bağlanmıştır. Uluslararası kurallara göre diplomatik yol, talebin, tebliğat isteminde bulunan makamın mensup olduğu devletin dışişleri bakanlığı ve talep edilen devlet nezdindeki elçiliği araccılığı ile o devletin dışişleri bakanlığına iletilmesidir. Herhangi bir

akit devlet, tebliğ taleplerinin bu yoldan gönderilmesini diğer akit devletlere bildirmedikçe, yukarıda açıkladığımız birinci fıkra hükmü uygulanacaktır.

Maddenin son fıkrası, akit taraflar arasında özel bir anlaşma yapılarak, tebliğ taleplerinin doğrudan doğruya muhatap devletin tebliğ ile görevlendirilmiş makamına gönderilmesine ve sonucun gene bu makam tarafından tebliğ talebinde bulunan asıl mercie gönderilmesine yer vermektedir. Bu konuda taraflar arasında özel anlaşma bulunmadıkça böyle bir usulün uygulanmasının söz konusu olamıyacağı tabiidir.

Sözleşmenin ikinci maddesine göre, tebliğ işlemi, muhatap devletin kanunları uyarınca tebliğat yapmaya yetkili merci tarafından yapılacakcaktır. Bu merci tebliğ evrakını, kendi iradesi ile kabul eden muhataba tevdi etmekle yetinebilecektir. Ancak bu yolda işlem yapılabilmesi için, talep eden devletin tebliğatın muayyen bir usulle yapılmasını istememiş olması gerekmektedir. Aksi halde, 3. maddeye göre, tebliğ istenen özel usule göre yapılacaktır.

Sözleşmenin ikinci maddesine göre, tebliğ işlemi, muhatap devletin ha olarak düzenlenecek ve talebe eklenecektir. Tebliğ edilecek evrakın, kendisinden talepte bulunulan devletin dilinde olması veya bu dile çevrilmiş olması lâzımdır. Eğer talep eden devletle kendisinden talepte bulunulan devlet aralarında özel bir anlaşma yaparak tbliğ edilecek evrakın başka bir dilde olabileceğini kabul etmişlerse, evrak bu dilde de olabilir .Bundan başka herhangi bir devlet, kendi dilinden başka muayyen bir dilde yazılmış tebliğ evrakını kabul edebileceğini de beyan etmiş olabilir.

Tebliğ talebinde bulunan devlet, gönderdiği belgenin öezl bir usulle tebliğ edilmesini istiyorsa bunu talebinde belirtecektir. Uygulanması istenen özel tebliğ usulü, talep edilen devletin kanunlarına aykırı değilse tebliğ bu usule göre yapılacaktır. henhangi bir özel usulün uygulanması istememiş ise, talep edilen devlet, tebliğatı kendi memleketinde cari usul ve kanuna uygun olarak yapacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası, tebliğ evrakının tercümelerinin onaylanması konusundadır. Buna göre ,iki devlet arasında özel anlaşma bulunmadığı takdirde birinci fıkraya göre belgelerin yapılacak tercümelerinin müracaat eden, yani tebliğ talebinde bulunan devletin konsolosluk veya diplomasi memuru ile yeminli tercümanı tarafından onaylanacaktır.

Sözleşmenin 4. maddesi, kendisinden bir tebliğatın yapılması talebinde bulunulan devletin bu talebi ancak egemenlik veya güvenliğini teh-

737

likeye sokacağı kanısına vardığı takdirde reddedebileceğini hükme bağlamıştır. Yapılması istenen tebliğatın egemenlik veya güvenliği tehlikeye sokup sokmıyacağının takdiri kendisinden talepte bulunan devlete ait bir hususdur. Ancak bu devlet takdir hakkını kullanırken elbette ki keyfiliğe yer vermiyecektir. Böyle bir sonuca varan kendisinden istemde bulunulan devlet, keyfiyeti talepte bulunan devlete gerekçe ile birlikte bildirecektir. Bu konuda varılan sonucu tatminkâr bulmıyan istemde bulunan devlet, sözleşmenin birinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca konuyu bir diplomatik müzakere konusu edebilir.

Bir hususu dadurada belirtmekte yarar vardır. Kendisinden bir tebliğ talebinde bulunulan devletin tebliğ evrakının sözleşmeye uygun olarak düzenlenmemiş olması halinde, eksikliği veya sözleşmeye uymıyan hususu belirtmek suretiyle evrakı talepte bulunan devlete iade edebileceği tabiidir.

Sözleşmenin beşinci maddesi, tebliğatın yapılmış olduğunu belgelendirilmesi konusundadır. Buna göre, tebliğatın yaplımış olduğu, iki şekilde belgelendirilebilir. Bunlardan birincisi, kendisine tebliğat yapılan ise, talep edilen devletin yetkili makamınca düzenlenen ve tebliğatın yapıldığını, tebliğatın şeklini ve tarihini belirten bir belgedir. Belge veya makbuz, tebliğ edilen evrakın bir suretine eklenerek birinci madde uyarınca konsolosluğa iade edilecektir. Böylece iki suret olarak gönderilmesi şart koşulan tebliğ evrakının bir sureti tebliğatın yapıldığını belirten makbuz veya belge ile birlikte talepte bulunan devletin konsolosuna iade edilmiş olmaktadır.

Sözleşmenin altıncı maddesi yukarıda açıklanan tebliğat usulüne rağmen bazı istisnai yolların da kullanılabileceğini belirtmiştir.

Bunlar :

1 — Tebliğ evrakının yabancı memlekette bulunan muhataplarına doğrudan doğruya posta ile gönderilmesi;

2 — İlgililerin tebilğatı doğrudan doğruya muhatap devletin noterleri veya bu işe yetkili kılınmış memurları aracılığı ile yaptırmaları;

3 — Tebliğatın, muhatabın bulunduğu devlet nezdindeki diplomasi veya konsolosluk memurları aracılığıyla doğrudan doğruya yaptırılması;

Yukarıda (2) sayılı bentte sözü edilen «ilgili» kelimesinin özel kişileri kapsamadığı kanısındayız. Bu kelimenin, menşei memlekette tebliğat çıkarmaya yetkili mercii ifade etmek istemektedir. Bu «ilgili», mahkeme, noter veya icra memuru olabilir.

Bu maddenin son fıkrası, yukarıda üç bentte sayılan tebliğ yollarının, ancak ilgili devletler arasında bu konulara ilişkin bir sözleşmenin bulunması veya ülkesinde bu yollardan biriyle tebliğat yapılmak istenen devletin buna mümanaat etmemiş olması hallerinde kullanabileceğini hükme bağlamıştır. Aynı fıkrada, yukarıdaki genel kurala bir istisna getirilmiş olup, diplomasi veya konsolosluk yoluyla (bent 3) doğrudan doğruya yapılacak tebliğatın muhatabı tebliğat yaptırmak isteyen devşahsın, tebliğat evrakını aldığına dair tarihli ve imzalı makbuzu ikincisi belirtilmiştir.

Bu duruma göre altıncı maddenin anlamı özel olarak şudur : Akit devletler, kendisine tebliğat yapılacak şahsın ülkesinde bulunduğu devletle özel bir sözleşmeleri mevcut ise yahut bu devlet muhalefetini belirtmemiş olduğu takdirde sözleşmenin genel kurallarında belirtilen usul dışında, bu maddede üç bent halinde gösterilen yolları kullanabilir. Yani bu yolların kullanılması ya özel bir anlaşmanın mevcudiyetine yahut ilgili devletin muhalefet etmemesine bağlıdır. Ancak, kendisine tebliğat yapılacak şahıs menşei devletin uyruğu ise, bu şahsın ülkesinde bulunduğu devlet, zor kullanılmaması şartıyla tebliğatın doğrudan doğruya diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından yapılmasına mümanaat edemiyecektir.

Sözleşmenin 7. maddesi, tlbliğat masrafları konusundadır. Sözleşme hükümlerine göre yapılacak tebliğat için, taraf devletler masraf is teyemiyeceklerdir. Ancak tebliğatın icrası için muhatap devletin bir noterinin işe karışması gerektiğinde veya üçüncü maddede belirtildiği gibi tebliğatın özel bir usulle yapılması istendiğinde bu işlem için deruhte edilecek masraflar, talepte bulunan devletten istenebilecektir.

Böylece, Sözleşmenin tebliğatla ilgili I. bölümünün incelenmesi sona ermektedir. Şimdi bu sözleşmeye göre tebliğatın nasıl yapılacağını bir örnekle açıklamaya çalışalım.

ÖRNEK : Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, Fransa'da bulunan bir davalıya dava dilekçesini tebliğ etmek istemektedir. Mahkemenin, önce Sözleşmenin birinci maddesine göre bir tebliğ talepnamesi düzenlemesi gerekir. Bu talepnameye davaya taraf olanların hüviyet ve sıfatları, kendisine tebliğat yapılması istenen şahsın adresi ve tebliğ edilecek evrakın mahiyeti (dava dilekçesi) yazılacak ve bu bilgilerin tümü Fransızcaya çevrilecektir. Daha sonra dava dilekçesi de Fransızcaya çevrildikten sonra tercüme edene tasdik ettirilir. Tercümanın yemininin de yaptırıldığının tasdik yerine yazılması lâzımdır. Tercüme edilen dava di-

lekçesinin, yukarıda belirtildiği üzere tasdkili iki nüshası talepnameye eklenir ve bir yazıyla Adalet Bakanlığına gönderilir. Burada bir noktaya dikkati çekmekte fayda vardır. Sözleşmede, akit devletlerin iç hukukuna bırakıldığı için talepname ve tebliğ evrakının gönderileceği milli kuruluştan söz edilmemiştir. Tebliğat Kanunumuzda belirtilen genel kurala göre yurt dışında yapılması istenen tebliğata ilişkin evrakın, tebliğatı çıkaran merciin bağlı olduğu Bakanlık aracılığı ile Dışişleri Bakanlığına gönderilmesi lâzımdır. Böylece, Asliye Hukuk Mahkemesinden Adalet Bakanlığına intikal ettirilen tebliğ talepnamesi ile tercüme edilmiş dava dilekçesinin iki örneği Dışişleri Bakanlığına gönderilir. Dışişleri Bakanlığı, talepname ile tebliğ evrakını kendisine Fransada tebliğat yapılacak şahsın ikamet ettiği bölgede yetkili Türk Konsolosluğuna iletir .Türk Konsolosu, evrakı Sözleşmenin Birinci maddesi uyarınca tebliğat taleplerini kabul etmekle görevlendirilmiş Fransız Makamına gönderir. Ancak evrakı göndermeden önce Türk Konsolosu, tebliğ edilecek evrakın tercümesini onaylamak zorundadır. Bu husus, Sözleşmenin 3. maddesinin ikinci fıkrasında derpiş edilmiştir. Birinci maddeye göre beyanda bulunmuş olan Fransa, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Servisini tebliğat taleplerini kabul etmekle görevlendirmiştir. Bu makam tebliğ evrakını Fransada cari usul ve kanuna göre tebliğatı yapmakla görevli mercie göndererek tebliğatın ilgili şahsa yapılmasını istiyecektir. Tebliğ evrakının bir nüshası muhataba verilmek suretiyle tebliğ edildikten sonra5. maddeye göre muhataptan alınacak makbuzla birlikte diğer nüsha tebliğat talebini kabul eden merci olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Servisine iade edilecektir. Bu servis, makbuzu yahut tebliğatın yapıldığını belirten kendisi tarafından düzenlenecek belgeyi, evrakın ikinci nüshasına ekliyerek Türk Konsolosluğuna gönderecekitr. Bu evrak gelişteki yolu izliyerek Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine iade edilecek ve bu suretle tebliğat tamamlanmış olacaktır.

Kendisine Fransada tebliğat yapılacak kişi Türk uyruklu olduğu takdirde Mahkeme Sözleşmesinin 6. maddesinin (3) sayılı bendinden yararlanabilir. Yani, talepname düzenlenmesine ve tebliğ edilecek evrakın tercümesine lüzum kalmaksızn Türkiyedeki cari usul dairesinde dava dilekçesinin tebliğini isteyebilir. Yukarıda belirttiğimiz kanallardan tebliğ evrakını alan Fransadaki Türk Konsolosu, muhatabı makamına davet ederek, zor kullanmamak şartıyla, evrakı tebliğ edebilir. Kanımızca bu yolla yapılacak tebliğat için evrakın tercüme edilmesine lüzum yoktur. Akit devletlerden çoğu, kendi ülkelerinde doğrudan doğruya posta ile tebliğat yapılmasına karşı çıkmışlardır.

Bu meyanda Türkiyede, 6. maddenin (3) sayılı bendinde derpiş edilen, Konsolosların kendi uyruklarına doğrudan doğruya, zor kullanmamak şartıyla, tebliğat yapmalarını kabul etmiş, ancak (1) sayılı bentte yazılı, kendi toprakları üzerinde posta ile tebilğat yapılmasına karşı olduğunu belirtmiştir.

Bu arada masraf konusuna da değinmek lâzımdır. Tebliğatın yukarıdaki örnekte belirtildiği gibi sölzeşmede derpiş edilen usule göre yapılması halinde herhangi bir masraf alınması söz konusu değildir. Buna rağmen Adalet Bakanlığı her türlü ihtimali gözönünde bulundurarak kendisine intikal ettirilen tebliğat talepleri konusunda gerekli işleme girişmeden önce muayyen bir paranın mahkeme veznesine depo edilmesini istemektedir. Bu tedbir haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Sözlşmelerde basit usulle yapılacak tebliğat için masraf istenmiyeceği belirtilmiş olduğu halde bazı devletler tebliğatın icrasında bir takım görevlilerin müdahale ettiklerini ileri sürerek masraf talebinde bulunmaktadırlar. Gerekli paranın mahkeme veznesine depo edilmemiş olması halinde çok kere bu masraf hazineye yüklenmektedir.

II — İSTİNABELER

Sözleşmenin ikinci bölümünde istinabeye ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu bölümün ilk maddesi olan 8. maddeye göre her akit devletin adlî makamı, diğer akit devletteki yetkili bir makamdan bir soruşturmanın icrasını veya bir işlemin yapılmasını istemek hakkına sahip olacaktır. İstinabe istemi, istinabenin icrasını istiyen akit devlette cari usule göre yapılacak, müracaat edilen yabancı memleketteki merci de kendi kanunlarına göre yetkisi sınırları dahilinde istinabeyi yerine getirecektir. Bu maddede istinabenin konusu sınırlandırılmamıştır. Böylece, şahit dinleme, bilirkişi incelemesi ve keşif yapılmasından herhangi bir maddi olayın tesbitine kadar her türlü usuli işlemin yapılması istinabe konusu olabilecektir. Maddi ve hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin istinabe yoluyla yapılmasının istenemiyeceği tabiidir. Mesela, bir ihtiyati tedbirin uygulanmasını istemek söz konusu olamıyacaktır. Sözleşmedeki anlamında istinabe, mahkemenin görmekte olduğu bir davada nihai karara varabilmek için fiili ve hukuki engeller nedeniyle kendisinin yapamıyacağı usuli muameleleri yabancı bir memleketin yetkili merciine yaptırmasıdır. Bu usuli işlemler bir olayın, iddianın veya durumun tesbitine dairdirler.

741

Sözleşmenin 9. maddesine göre, tıpkı tebliğata ilişkin istemlerde olduğu gibi istinabe talebi müracaat eden devletin konsolosu tarafından bu işle görevlendirilmiş yabancı memleketin merciine gönderilecek, bu merci de istinabeyi yetkili ve görevli makama intikal ettirecektir. Diğer bir deyişle akit taraflardan birinin mahkemesince diğer bir akit tarafın ülkesinde yapılmasına lüzum görülen bir usuli işleme ilişkin talep, konsolosluk kanalıyla o ülkenin istinabeleri kabul etmekle görevlendirilmiş merciine gönderilecek, bu merci de gereği yapılmak üzere talebi kendi kanunlarına göre görevli ve yetkili bulunan mahkemeye yahut makama intikal ettirecektir. İstinabenin gereği yapıldıktan sonra buna ilişkin belgeler, gene bu aracı merci vasıtasiyle talepte bulunan devle?tin konsolosuna gönderilecektir. İstinabe yerine getirilmediği takdirde bunun nedeni de konsolosa bildirilecektir.

İstinabenin gönderilmesi ve yerine getirilmesi konusunda doğacak güçlükler, diplomatik yollarla çözümlenecektir.

Maddenin son fıkrası, istinabelerin doğrudan doğruya ilgili mreciler arasında teatisi konusunda akit devletlerin anlaşabileceklerini hükme bağlamıştır. Yani iki akit taraf arasında özel bir anlaşma olduğu takdirde, mesela bir Türk Mahkemesi bir istinabenin yerine getirilmesini doğrudan doğruya i'gili Fransız Mahkemesinden istiyebilecektir. Şunu hemen kaydedelim ki, Türkiye buna benzer bir anlaşmayı hiç bir devletle yapmış değildir.

Sözleşmenin 10. maddesi istinabe talimatının yazılacağı veya çevrileceği dili konu almaktadır. Buna göre, taraflar arasında bir anlaşma bulunmadığı takdirde istinabeler, müracaat edilen devletin dilinde yazılacak yahut bu dile çevri'miş olacaktır. İki akit devlet arasında kend dilleriden başka bir dilin kullanılması kararlaştırılmış veya müracaat edilen devlet peşinen böyle bir beyanda bulunmuş olduğu takdirde bu dile çevrilmiş olacaktır. Mesela Polonya Hükümeti, istinabeleri İngilizce veya Fransızca dilinde kabul edeceğini bildirmiş bulunmaktadır. Tebliğat taleplerinde olduğu gibi istinabe çevrilerinin yeminli tercüman ile istemde bulunan devletin konsolosu tarafından onaylanmış olmaları şarttır.

Sözleşmenin 11. maddesi, istinabenin icrasına ilişkin hükümler getirmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, kendisine istinabe evrakı intikal ettirilen adlî merci, bu istinabeyi, sanki kendi adlî mercilerinin bir istinabe talimatı imişcesine icra edecektir. Bu adlî merci, istinabeyi icra ederken, gerektiğinde kendi kanunlarına göre kullanma imkâ-

nına sahip bulunduğu zor tedbirlerine başvurmak durumundadır. Mesela şahidi ihazr edebilecek ve diger zor tedbirlerine başvuracaktır. Fıkranın son cümlesi, tarafların çağrılmaları söz konusu olduğunda istinabeyi icra eden adlî merciin bu zor tedbirlerine başvurmuyabileceğini hükme bağlamıştır.

Maddenin ikinci fıkrası, istinabenin icrasında tarafların hazır bulunmalarını sağlayıcı işlemlere ilişkindir. İstinabe talimatında, yapılacak usuli işlemde tarafların da diledikleri takdirde hazır bulunmaalrı için kendilerine bilgi verilmesi istendiğinde, bu isteğe riayet edilecek ve istinabenin gün ve yeri istinabeyi icra eden adlî mercice kendilerine duyuru'acaktır.

Yine bu maddeye göre istinabenin icrasına ilişkin talep, ancak aşağıdaki durumların birinin mevcudiyeti halinde reddedebilecektir :

1 — İstinabe evrakının vusukiyetinin tesbit edilememesi. Sözleşme metninde bu durum, «vesikanın hakikiliği tesbit edilmemişse» ibaresiyle ifade edilmek istenmiştir. İstinabe evrakının bir adlî merciden sadır olduğunun anlaşılamaması, tercümenin onaylanmamış olması gibi durumlar bu red sebebine örnek olarak gösterilebilir.

2 — Başvurulan devlette istinabenin icrasının adlî makamların yetkileri dışında bulunması. Örneğin bir Türk Mahkemesi tarafından Fransız Mahkemesinde icrası istenen istinabe konusu işlemin Fransız Kanunlarına göre mahkemelerin görev ve yetkileri dahilinde bulunmadığı takdirde ıstinabenin icrası reddedilebilir. Örneği ayrıntılı bir biçimde açıklamak gerekirse; bir Türk Mahkemesi, Fransada bulunan bir davalının hükmedilecek nafakaya esas olmak üzere gelirinin tesbitini Fransız Mahkemesinden istediği takdirde bu mahkeme gelir tesbitinin kazai bir işlem olmayıp idari bir işlem olduğu gerekçesi ile istinabeyi reddedebilir.

3 — Ülkesi üzerinde istinabenin icra edileceği devlet, bunu egemenlik ve güvenliğine halel getirecek nitelikte olduğu kanaatine varırsa, İstinabenin icra edilmesinin o devletin egemenlik veya güvenliğine halel getirip getirmiyeceği muhakkak ki müracaat edilen devletin yetkili makamınca kendi düzen ve kanunlarına göre takdir edilecektir.

İstinabenin yukarıda belirtilen sebeplerden herhangi birine dayanılarak icra edi'mesinin reddedilmesi halinde evrak talepte bulunan devletin konsolosluğu aradığı ile geldiği yoldan ilgili mahkemesine iade edile-

743

cektir. Sözleşmede bir sarahat olmamakla beraber, istinabe istemi aracı makam tarafından ve istinabeyi fiilen icra edecek olan adlî merci tarafından reddedilebilir.

Sözleşmenin 12. maddesi, müracaat olunan makamın yetkisiz olması halinde istinabe evrakının gereği yapılmak üzere re'sen yetkili mercie gönderileceğini amirdir. Yukarıdaki açıklamalarda belirtildiği gibi istinabe evrakı, istinabeyi talep eden adlî merciin mensup olduğu devletin konsolosu tarafından yetklii adlî mercie iletilmek üzere o devletin görevlendireceği bir çeşit merkezi makama gönderilir. İşte bu merkezi makamın istinabe evrakını, evrakta adı yazılı adlî mercie gönderip te bu merciin kendisini yetkisiz görmesi halinde evrak bu adlî merci tarafından doğruca yetkili mercie gönderilecektir. Örneğin ifadesi alınacak şahit Fransanın Marsilya Şehrinde gösterilmiş olup ta onun Pariste olduğu Marsilya Mahkemesince tesbit edildiği takdirde istinabe evrakı gereği yapılmak üzere bu mahkeme tarafından doğrdca Paris Mahkemesine gönderilecektir.

Sözleşmenin 14 üncü maddesine göre istinabenin icrasında, istinabeyi icra edecek adlî merciin tabi olduğu devletin kanunları uygulanacaktır. İstinabede, istinabenin muayyen ve özel bir usulle yerine getirilmesi istenmiş ise bu usule riayet edilir. Ancak istenen bu özel usulün naip mahkemenin tabi olduğu devletin kanunlarına aykırı olmaması lâzımdır. Buradaki «aykırı» kelimesinin kanunla «yasaklanmış» anlamında alınması gerekir.

Sözleşmenin 15 nci maddesi, istinabelerin icrası konusunda sözleşmede öngörülen genel usulden değişik bir usule yer vermektedir. Buna göre, iki akit devlet arasında özel bir anlaşma mevcutsa veya ilgili devlet buna mümanaat etmezse, istinabeler, ilgili, yani istinabenin sadır olduğu devletin diplomasi veya konsolosluk memurlarınca doğrudan doğruya icra edilebilir. Bu usulün kullanılması için iki akit devlet arasında ya bir özel anlaşma bulunması ya da istinabenin ülkesi üzerinde icra edilecek devletin buna karşı çıkmaması lâzımdır. Bu şartlardan biri varsa mahkeme, istinabe talimatını istinabenin yapılacağı devlet nezdindeki konsolosluğa veya elçiliğe gördürerek icrasını istiyebilir. Ancak delil toplama mahiyetinde olan istinabelerin bu şekilde yerine getirilmelerinin kanunlarımız bakımından mümkün olmadığı kanısındayız. Kanunlarımıza göre bizzat hakim tarafından tesbiti şart olmıyan durumların bu kuralın dışında kalacağı tabiidir. Gelir tesbiti ve nüfus kaydı getirilmesi gibi. Bu konularda esasen istinabeye lüzum yoktur. Bunlar mevsuk olmak kaydıyla herhangi bir kaynaktan sağlanabilir.

744

Sözleşmenin 16. maddesi masrafa ilişkindir. Genel kural olarak istinabelerin icrası nedeniyle herhangi bir masraf istenmiyecek ise de, akit taraflar arasında özel bir sözleşme bulunmadığı takdirde aşağıdaki halerde yapılan masraflar istinabe isteminde bulunan tarafa ödettirilebilecektir.

a) Şahitlere ödenen ücret;

b) Bilirkişilere ödenen ücret;

c) İsteğiyle gelmiyen şahidin ihzar edilmesi için yapılan msaraf;

d) İstinabenin istenen özel bir usule göre icrasının yol açtığı masraf.

III — TEMİNAT AKÇESİ

Bu bölümde, akit tarafların uyruğu olan davacı, veya müdahilin teminat akçesi yatırması ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Sözleşmenin 17. maddesi, akit devletlerden birinin vatandaşı olan bir şahsın, diğer bir akit devletin mahkemelerinde davacı veya davaya müdahil olması hallerinde sırf o devletin ülkesinde ikâmetgahı bulunmaması veya yabancı olması nedeniyle herhangi bir teminat yatırmak zorunda tutulmıyacağını hükme bağlamıştır. Bu şahıstan mahkeme masrafları karşılığı olmak üzere para depo etmesi de istenmiyecektir. Burada bir hususa işaret etmekte fayda vardır. Sözleşme ile istenmesi yasaklanan teminat akçesi, mahkemeye müracaat eden şahsın sırf yabancı uyruklu olmasından veya o memlekette ikametgahı bulunmamasından dolayı istenmesi mutad olan teminattır. Yoksa kişilerin kendi ülkelerinde dahi mahkemeye başvurmaları halinde veya muhakeme sırasında herhangi bir kanun hükmü nedeniyle kendilerinden istenen teminat değildir. Bazı hallerde kanun gereği vatandaştan istenen teminat elbette yabancı uyrukludan d aistenecektir.

Sözleşmenin 18 ve 19 uncu maddeleri davacı veya davaya müdahilin davayı kaybetmesi halinde mahkum olacağı mahkeme masraflarının tahsili zımmında bu konudaki ilâmların tenfizine ilişkin hükümler getirmiştir. Bu ilâmlar veya mahkeme ilâmının masrafa ilişkin bölümü, mahkum olan tarafın mensup olduğu devletin kanununa göre tenfiz edilecektir. Ancak 19. maddenin birinci fıkrasında, bu tenfiz kararlarının tarafların dinlenmesine lüzum kalmaksızın alınacağı belirtilmiştir. Tenfiz kararına itiraz halinde tarafların dinlenmeleri mümkün olacaktır. Bu hükmün anlamı biraz müphemdir. Hukuk Usulü Muhakemeleri

745

Kanununun 541. maddesine göre, tenfiz kararını vermeye yetkili mahkemenin tarafları usulen davet etmesi lâzımdır. Davet üzerine gelen tarafların dinlenmeleri mantıki bir sonuçtur. Maddenin (19. madde) birinci fıkrasının Türkçe tercümesinde «temyiz müstesna» ibaresi mevcut ise de, asıl metnin maksadının «itiraz üzerine» demek olduğu daha mantıkidir. Sonuç olarak, maddede, tenfiz kararının tenfizin istendiği devletin kanunlarına göre verilmesi gerektiği belirtilmiş olduğuna göre yabancı bir memleket mahkemesinden verilen masrafa ilişkin ilamın tenfizine dair kararın HMUK. muzun 541 ve müteakip maddelerine göre verileceğinin kabulü gerekmektedir.

19. maddeye göre tenfiz talebi konusunda karar verecek merci yalnız aşağıdaki hususları incelemekle yetinecektir.

1 — Tenfizi istenen ilâmın ihticaca salih nitelikleri haiz olması. Burada, hâkimin imzası, mühürü gibi ona vusuk kabiliyeti veren diğer şartlar aranır,

2 — İlâmın sadır olduğu mahkemenin tabi olduğu kanunlara göre kesinlik kazanmış olması,

3 — İlâmın hüküm fıkrasının tenfiz kararı için başvurulan merciin resmi dilinde yazılmış, bu dile çevrilmiş veya akitler arasında kararlaştırılmış başka bir dilde olması yahut bu dile çevrilmiş bulunması şarttır.

Sözleşmeye göre ilâmın kesinleştiği, ilâmın sadır olduğu mahkemenin en üst görevlisi tarafından bir şerh verilmekle veya bunu belirten ayrı bir belge ile onaylanacaktır. Bu onay işlemi yukarıdaki (3) sayılı bent uyarınca düzenlenecek veya tercüme edilecektir. Talep edildiği takdirde tercüme ve tasdik işlemi için istemde bulunan kişi tarafından yapılan masraf'ta tenfiz konusu edilecek karardaki masraflara dahil edilecektir.

IV — ADLİ MÜZAHARET

Sözleşmenin 20. maddesi bir akit taraf uyruklarının hukuki veya ticari işlemler konusunda başvurulan merciin bağlı olduğu devlet uyruklarının yararlanabilecekleri adlî müzaharetten faydalanabilecekleri hükme bağlamıştır. Bu kural, merciine müracaat olunan devlette idari konularda da uygulanıyorsa diğer akit taraf uyrukları da bundan

yararlanacaklardır. Bu duruma göre müracaat edilen ülkenin uyruklarının adlî müzaharetten yararlandıkları konu ve kapsamda akit devlet uyrukları da yararlanacaklardır.

Sözleşmenin 21. maddesine göre adlî müzaharetten yararlanmanın ön şartı olan yokluk belgesi, talepte bulunanın mutad olarak ikamet ettiği memleket, mutad olarak ikamet edilen bir yer yoksa müracaat sırasında oturulan yer makamlarınca alınacaktır. İkamet edilen bu yer makamlarınca alınacaktır. İkamet edilen bu yerler akit taraflardan biri ülkesinde bulunmaması halinde, müracaatcının uyruğu bulunduğu devletin konsolosluk veya diplomasi memuru tarafından verilecek belgeye itibar edilecektir. Adlî müzaharet talebinde bulunan şahıs müracaat ettiği memlekette oturmuyorsa, yokluk belgesinin bu memleketin konsolosluk veya diplomasi memurunca ücretsiz olarak onaylanması lâzımdır.

Yokluk belgesinin alınması konusunda bir örnek vermek faydalı olacaktır. Türk uyruklu bir şahıs Fransız adlî mercilerine müracaat etmek istediğinde, eğer Türkiyede oturuyorsa Türk makamlarından alacağı yokluk belgesini Fransız Konsolosuna veya diplomasi memuruna tasdik ettirecektir. Bu şehıs mutad olarak Fransada oturuyorsa yokluk belgesini Fransız makamlarından alacak ve tasdike lüzum olmadan mahkemeye ibraz edebilecektir. Şahıs sözleşmeye taraf olmıyan bir ülkede oturuyorsa, uyruğu bulunduğu devletin o memleketteki diplomasi ve konsolosluk temsilcisinden alacağı belge yeterli olacaktır. Şahıs Fransa dışında fakat sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde oturuyorsa yokluk belgesini bu ülkenin yetkili mercilerinden alacaktır. Her halü kârda belgenin Fransız makamından alınmaması halinde, Fransız konsolosluk veya diplomasi memurlarının ayrıca onayı şarttır. Onay işlemi için masraf resim veya harç alınmaz.

Sözleşmenin 22. maddesinin birinci fıkrası, tercüme hatasına bağlanabilecek bir sebepten dolayı muğlaktır. 21. maddeye göre adlî müzaharet için «yokluk» (fakru hal) ya bir belge ile veya bu konudaki bir beyanla belgelendirilebilir. 21. maddede sayılan mercile, mahkemeye dermeyan olunacak yokluğa (fakru hali) ya bir belge vermekle ya da ilgilinin beyanını tespit edip onaylamakla ilgiliye sağlıyabilirler. Bu durum karşısında 22. maddenin birinci fıkrasının şu şekilde olması gerekmektedir. «..... vermeğe veya beyanı almağa selahiyetli olan makam.» böyleçe, fıkra anlaşılır bir hale gelmektedir. Fıkranın tümü fakru hal belgesini vermeye veya bu konudaki beyanı tesbit edip onaylamağa yetkili olan merciler, (21. maddedeki merciler) bu belgeyi vermeden veya beyanı onaylamadan önce ilgilinin mali durumu hakkında

bilgi edinmek istedikleri takdirde diğer akit devletlerin bu konuyla ilgili mercilerine başvurabilirler. Meselâ Fransa'da ikâmet eden bir Türk'e yokluk belgesi vermek durumunda olan Fransız makamları, bu şahsın mali durumu hakkında Türkiyeden yahut ilişkisi olduğunu bildikleri diger bir akit devletten bilgi istiyebilirler.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, ibraz edilen belge veya onanmış bulunan beyan uyarınca adlî müzaharet kararı vermeye yetkili olan merci istem konusunda bir karara varmadan önce lüzum göreceği soruşturma ve inceleme yetkisini haiz olacaktır.

Sözleşmenin 23. maddesi, adlî müzaharet talebinde bulunmak isteyen kişinin bu konuda karar verecek merciin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede ise bu konuya ilişkin talebini ve ilgili belgeleri konsolosluk kanalı ile karar verecek yabancı mercie gönderebileceğini hükme bağlamıştır. Örneğin Fransada açacağı bir dava nedeniyle adlî müzaharetten yararlanmak istiyen Türkiyede ikamet eden bir şahıs, yukarıdaki maddelere göre tekemmül ettirdiği belgeleri bu konuda karar verecek Fransız merciine iletilmek üzere tabi bulunduğu devletin konsolosuna tevdi edebilir.

Maddenin 2. fıkrası, istinabelere ilişkin 9 uncu maddenin 2, 3 ve 4 üncü fıkraları ile sözleşmenin 10 ve 12. maddelerinin adlî müzaharet taleplerine uygulanacağını hükme bağlamıştır. Yani bu konuda meydana gelen güçlükler diplomasi yoluyla çözümlenecek, her devlet adlî müzaharet taleplerinin diplomatik kanallardan gönderilmesini istiyebilecek, akit devletler, aralarında özel bir anlaşma yaparak adlî müzaharet taleplerinin doğrudan doğruya bu konuda karar verecek mercilere gönderilmelerini (10. maddenin 2, 3 ve 4. fıkraları) sağlıyabilecekler ve ayrıca bu taleplerin tercümeleri 10. maddeye göre olacak ve adlî müzaharet istemi kendisine iletilen merci yetkili değilse, bir karar verilmek üzere evrakı doğruca yetkili olan mercie gönderecektir. (madde 12) Bu hususlarla ilgili açıklamalarımız, sözü edilen maddeler bölümünde yer almıştır.

Türkçe metni bir hayli muğlak olan 24 üncü maddede kanımızca ifade edilmek istenen husus, adlî müzaharetten yararlanmasına karar verilen bir şahsın yabancı akit devlet mahkemesi nezdinde açmış olduğu dava ile ilgili tebliğatın diğer akit devletlerde de olsa herhangi bir masarfı gerektiremiyeceğidir. Örneğin, Fransada açtığı bir dâvada adlî

müzaharetten yararlanan Türkiyede ikamet eden Türk, bu dava nedeniyle diğer bir akit taraf olan Japonyada bir tebliğatın yapılması gerektiği takdirde masraf ödemekle yükümlü olmıyacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, bilirkişilere ödenmesi gereken ücretler haricinde yukarıdaki hüküm istinabeler hakkında da uygulanacaktır.

V — DİĞER HÜKÜMLER

Sözleşmenin 25. maddesine göre, akit devletler uyruğu olan tokluk içindeki kimselerin, ülkesinde bulundukları akit devletin aynı durumdaki vatandaşları gibi nüfus kayıt örneklerini ücretsiz olarak alabilecekler ve evlenmeleri için lüzumlu belge ve kayıtlar hiç bir harç ve masraf alınmaksızın ilgili devletin diplomasi veya konsolosluk memurlarınca onaylanacaktır.

Sözleşmenin 26. maddesi tazyik hapsi ile ilgili hükümler getirmektedir. Buna göre hukuki veya ticari bir işlem nedeniyle akit devletin vatandaşına uygulanmıyan tazyik hapsi, ister bir güvenlik tedbiri ister bir şeyin yapılması aracı olarak zor tedbiri olsun akit devletlerin uyruklarına da uygulanmıyacaktır. Yani akit tarafların vatandaşlarına sırf yabancı uyruklu oldukları için tazyik hapsi uygulanmıyacaktır. Yukarıda belirtilen nedenlerle tazyik hapsi o devletin vatandaşlarına da uygulanıyorsa elbette yabancı uyruklulara da uygulanacaktır. Maddenin amacı yabancılara bir ayrıcalık tanımak değil onlara vatandaşlara eşit bir durum sağlamaktır. Maddenin ikinci cümlesi müphem olmakla beraber, kasdedilen husus kanımızca, tazyik hapsinin uygulandığı akit devletlerde herhangi bir hukuki durumun meydana gelmesi tazyik hapsinin vatandaşlar için kaldırılmasını gerektiriyorsa benzer bir hukuki durumun yabancı uyruklu mahpus için yabancı bir memlekette de olsa tahakkuku halinde tazyik hapsinin onun için de kaldırılması gerekeceğidir.

Sözleşmenin diğer maddeleri yürürlülük ve benzeri hükümleri taşıdıklarından inceleme konusu edilmemişlerdir.

749

TENKİTLER

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNUN 297. MADDESİNDEKİ NOKSANLIK TAMAMLANMALI VE 305. MADDESİNİN SON FIKRASI KALDIRILMALIDIR.

Yazan **M. Muhtar ÇAĞLAYAN**

I) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 297. maddesine göre; (kanunda hilafı yazılmış olmadıkça sorgu hâkimi, mahkeme naibi ve istinabe olunan hâkimin kararları ile, asliye mahkemesi reisi veya hakimi ve sulh hakiminin, duruşmaya taalluk etmiyen kararları aleyhine itiraz olunabilir.)

Görülmektedir ki; madde, sadece kararlarına itiraz olunabilecek «hâkimleri» saymıştır. Sonunda da, onların verecekleri kararlara itiraz olunabilmesi için, kararlarının «duruşmaya taalluk eylememesi gerektiği» şartını koymuştur. Yani, ancak hakimler tarafından verilen ve duruşmaya taallük eylemiyen kararlar aleyhine — kanunda hilafı yazılı olmadıkça — itiraz olunabilecektir.

Öteyandan, «Mahkeme kararları aleyhine itiraz edilemiyeceği; tevkife, hacze ve üçüncü şahıslara taalluk eden kararların bu hükümden müstesna olduğu» da ayni kanunun 298. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Metindeki «Mahkeme kararları...» ibaresiyle kanun koyucu; mahkemelerin,« yapmakta oldukları duruşma sırasında, ya da duruşma sonunda ittihaz eyledikleri kararlar»ı kesdeylemiştir. Yargıtay'ın yerleşmış içtihadı da bu yoldadır.

Kanunun, bu hükmü koymasının sebebi de; mahkemelerin, yapmakta oldukları duruşma sırasında ittihaz eyledikleri bütün kararlar aleyhine itiraz yolunun açılması halinde, duruşmanın bitirilmesinin ve davanın kısa zamanda sonuçlandırılmasının imkansız olacağı düşüncesine dayanmaktadır..

O halde, 297 ve 298. madde hükümlerini dikkatle birlikte gözden geçirdiğimiz takdirde görmekteyiz ki; her iki madde, «Mahkemeler» in

duruşmaya taallûk eylemiyen kararlarını kapsamları içine almamışlardır. Başka bir deyişle, mahkemelerin duruşmaya taalluk eylemiyen kararları boşlukta kalmaktadır.

Yani, 298. madde, mahkemelerin yapmakta oldukları duruşma sırasında verdikleri kararları bünyesine almış ve 297, madde ise; duruşmaya taalluk eylemiyen kararları aleyhine itiraz olunabilecek «hakimler»i birer birer saymış olduğu halde, duruşmaya taallûk eylemiyen karar verebilecek durumda olan «mahkeme» ye maddede yer verilmemiştir. Bu, bir noksandır.

Fikrimizi izah edelim :

Duruşmaya taallûk eylemiyen kararları sadece «hakimlik makamı» vermez.

Mahkemeler de gerekli gördükleri ahvalde bu nitelikteki kararları ittihaz eyliyebilirler.

Örneğin; ağır hapis cezasına mahkûm edilmiş olan bir kimsenin meşruten tahliyesine, cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı kanunun 1712 sayılı kanunla değişik 19. maddesi hükmüne tevfikan «ağır ceza mahkemesi», «duruşma yapmaksızın» karar verir.

Yine, ağır hapse mahkum edilen bir kimsenin cezası üzerinde, bilahare yürürlüğe giren af kanunu uygulanarak, cezadan indirme yapılmasına, usulün 402. maddesi hükmünce karar verecek olan «hakim» değil, «ağır ceza mahkemesi»dir.

Bu mahkemelerin kararları aleyhine vukubulan âdi ya da acele itirazı inceliyecek olan merci de keza «ağır ceza mahkemesi»dir.

Bu fikre karşı kanunun, «mahkeme» yi de «hâkim» teriminin anlamı içinde mütalâa eylediği yolunda bir düşünce öne sürülebilir. Netekim, sürülmüştür de. Ancak bu fikre karşı da biz, kanunun «hâkim»i ve «mahkeme» yi birbirinden ayrı ve müstakil olarak mütalâa eylemiş olduğunu beyan eylemekle katılmadığımızı belirtmekle yetineceğiz. Fikrimizi, müşahhas örnek vermek suretiyle izaha çalışalım. Şöyleki;

Önce, CMUK. nun 343. maddesinin «hakim tarafından ve mahkemelerden...» ibaresini kullanmakla, hakimi mahkemeden ayırmış olduğuna dikkati çekelim.

Öte yandan, meşruten tahliye ve onun geri alınması konusuna işaret edelim.

75

Bilindiği gibi, meşruten tahliyenin unsur ve şartları, 647 sayılı İnfaz kanununun 1712 sayılı kanunla değişik 19. maddesinde düzenlenmiştir.

Maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde meşruten tahliyeye, ya «mahkumiyet hükmünü tesis eden mahkeme», ya da hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa; bulunduğu yerdeki, hükmü veren mahkeme derecesindeki mahkeme karar verecektir. (Madde. 19. Fıkra.4).

Hükümlü, ağır ceza mahkemesince mahkum edilmişse, meşruten tahliyeye, «ağır ceza mahkemesi», «duruşma yapmaksızın», yani evrak üzerinde yapacağı inceleme sonucu karar verecektir.

Şimdi, gelelim, meşruten tahliyenin geri alınmasına;

Meşruten tahliyenin geri alınmasının unsur ve şartları da TCK. nun 6988 sayılı kanunla değişik 17. maddesinde tesbit olunmuştur.

Filhakika, bu maddeye göre; «Meşruten tahliye edilmiş olan hükümlü, bihakkın tahliye tarihine kadar — ki biz buna deneme süresi diyoruz — işlediği kasdî bir cürümden dolayı hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olur veya mecbur olduğu şartları ifa etmezse; meşruten tahliye kararı geri alınır.»

Meşruten tahliyenin geri alınmasına karar verecek olan makam ise; 825 sayılı Mer'iyet kanununun 5 inci maddesinin açık hükmüne tevfikan, önceki mahkumiyet hükmünü tesis eylemiş olan «mahkeme» değil, «mahkeme başkanı»dır.

Görülmektedir ki; kanun, «mahkeme» terimini, «hakim» den ayrı bir biçimde mütalâa eylemiştir.

Bu itibarla biz, izahına çalıştığımız bu nedenlere dayanarak, 297. madde metni noksandır, metne «Mahkemelerin» kelimesinin eklenmesi suretiyle, noksanın tamamlanması gereklidir, diyoruz.

2) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 305. maddesinin, «Bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz. Ancak, haklarında 343 ncü madde hükümleri dairesinde temyize müracaat olunabilir.» diye yazılı olan son fıkrasının tamamen kaldırılmasını da lüzumlu görmekteyiz.

Fikrimizi izah edelim :

305 nci madde, «temyiz olunamıyan» yani kesin olduğu kendi özel kanunlarında hükme bağlanan suçlara ilişkin hükümlerden bahseylemektedir. 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 232 sayılı kanunla değişen 70. maddesi hükmü gibi.

752

Filhakika, bu maddede; «Bu kanuna göre mahkemelerce verilen para cezaları kesin, para ile birlikte hürriyeti bağlayıcı cezalar kaabili temyizdir» denilmektedir.

Kesin olarak verilmiş ve temyiz yolu kapatılmış olan hükümlerin tekerrüre esas alınmaması yolundaki 305. maddenin son fıkrasındaki hükmü biz, «tekerrün» müessesesinin bünyesine, konuluş gayesine aykırı bulmaktayız. Şöyleki;

Bilindiği üzere «tekerrür», cezaların şahsileştirilmesi prensibinin uygulama şekillerinden biri olmak üzere kanunlarda yer almıştır.

Cezaların şahsileştirilmesi prensibinin gayesi; cezayı, suçlunun kişiliğine uydurmaktır. Yani, suç işliyerek toplumun düzenini, huzur ve rahatını bozan şahıs hakkında öyle bir ceza vermeli ve uygulamalıyız ki; o kişi, cezasının infazı süresince ve hatta infazdan sonra belli bir süre içinde dahi kendini, kendi kontrol ve murakabesi altında bulundursun. İşlediği suçtan nedamet, pişmanlık duysun. Cezasının infazının bitiminde, cemiyete, ıslah edilmiş bir vatandaş olarak dönsün. Bizim, cezanın infazından beklediğimiz sosyal fayda bu olmak lazımdır.

Arzeylediğimiz bu prensibi tekerrüre uygulayacak olursak görmekteyiz ki; kanunun «tekerrür» ü kabulünün sebep ve hikmeti; işlediği suçtan dolayı mahkûm edildiği cezayı çekmiş olan bir kimsenin, ıslah edilmiş bir vatandaş olduğu düşüncesiyle cemiyete iadesi halinde, kanunda tesbit olunan süre içinde tekrar bir suç işlemiş olduğu takdirde, henüz ıslah edilmiş bir kişi olmadığını ispatlamış bulunduğu için, tayin olunan cezanın, belli bir oranda artırılmasını teminden ibarettir. Yani, cezasını çektikten sonra, salıverilen kimseye kanun koyucu; «işlediğin suçtan dolayı mahkum edildiğin cezayı yerine getirmemize rağmen, tekrar suç işlemek suretiyle, ıslah edilmediğini ispatlamış oluyorsun. Bu itibarla, sonraki suçtan dolayı tayin eylediğimiz cezayı belli bir oranda artırıyoruz.» diyecek ve cezayı artıracaktır.

Bilinmektedir ki; her kanun, konuluş gayesine uygun biçimde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Ancak bu sayede, o kanun; uygulanacağı ülkede yaşıyan insanlar için yararlı olabilir.

Şimdi, inceleme konumuzu teşkil eden 305. maddenin son fıkrasındaki hükmü, tekerrürün kabulünü gerekli kılan, yukarıda izahına çalıştığımiz nedenlerle birlikte ve kül halinde mütalâa edecek olursak; görürüz ki, kesin olarak verilmiş olan hükümelerle, bilahare temyiz yolundan geçmek suretiyle kesinleşmiş bulunan hükümler arasında — teker-

753

rürün uygulanması bakımından — bir ayırma yapılmaması gerekir. Böyle bir ayırma yapılmasına, müessesenin bünyesi, kabulündeki neden manidir.

Bu hükmün konulmasının nedenini izah edecek gerekçeye biz rastlamadık. Eğer, buna sebep olarak, «kanun yolunun kapatılmış olması» hali gösteriliyorsa; bu düşünceye de katılmadığımızı peşinen beyan eylemek isteriz. Zira, bu tür hükümler aleyhine kanun yolu tamamen kapatılmış değildir. Kanuna muhalefet edildiğinin anlaşılması halinde, hükmün yazılı emirle bozdurulması imkân dahilinde bulunmaktadır.

Bütün bu gerekçelere dayanarak diyoruz ki; tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından, kesin olarak verilen hüküm ile, temyiz yolundan geçmek suretiyle kesinleşen hüküm arasında hiçbir fark mevcut bulunmamaktadır. Bu itibarla, kesin olarak verilmiş olan mahkumiyet hükümlerinin de tekerrüre esas alınmasını, müessesenin konuluş gayesi ve hukuki bünyesi zorunlu kılmaktadır. Şu halde, maddenin son fıkrasının tamamen kaldırılması yerinde olacaktır. diye düşünmekteyiz.

3) Şayet, öne sürdüğümüz hukukî ve mantıkî gerekçe, daha kuvvetli bir gerekçe ile bertaraf edilmek şartiyle, bu hükmün metinden çıkarılmaması uygun görülüyorsa; söz konusu hükmün yeri değiştirilmeli. dir.

Sebebini izah edelim :

Bu hükmün, 305. maddeye son fıkra hâlinde konulması; mesleğe yeni girmiş hâkimler bir yana, tecrübeli hâkimlerimizi dahi yanıltmaktadır. Biz bunu, yazılı emir dolayısiyle Bakanlığa intikal eden dosyalar üzerinde yaptığımız müşahedeye dayanarak yakinen bildiğimiz için, burada söz konusu ediyoruz. Bir örnek verelim.

Bilindiği gibi; 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 232 sayılı kanunla değişik 70. maddesine göre; (bu kanuna göre mahkemelerce verilen para cezaları kesin, para ile birlikte hürriyeti bağlayıcı cezalar kaabili temyizdir.)

Bir kimse, işlediği trafik suçu yüzünden, kanunun değişik 58/B. maddesi uyarınca hafif para cezasına mahkum edilmektedir. Bu hüküm, ayni kanunun 70. maddesine tevfikan «kesindir» ve usulün 305/son maddesine göre de tekerrüre esas teşkil etmez.

Bu şahıs, cezası infaz olunduktan sonra, belli süre içerisinde işlediği bir başka trafik suçu dolayısiyle hâkimin önüne çıkarılmakta ve yine mahkûm edilmektedir. Ancak, 305. maddenin son fıkrası hükmü, haki-

min, yorgun, dalgın ya da işlerinin çok ve karışık olduğu bir âna rastladığı için, işbu mahkûmiyet tekerrüre esas alınarak, ceza arttırılmaktadır.

Mahallî C. savcısı dikkatle ve uyanık bir kimse ise; kanuna aykırılığın derhal farkına varıp, yazılı emir talebiyle dosyayı Bakanlığa göndermekte, bakanlıkça da, aleyhine yazılı emir verilerek, hüküm bozdurulmaktadır.

Eğer, kanuna aykırılık, C. savcısının da gözünden kaçmış ise; bu takdirde, hükümlü şahıs, kanuna aykırı olarak verilmiş bulunan ve fazla tayın edilen para cezasının infazı ile karşı karşıya geliyor, demektir ki bu hâlin, adalet duygusu taşıyan hiçbir kimsece tasvip edilmiyeceği açıktır.

Yâni, biz diyoruz ki; bu hükmün, 305. maddenin son fıkrasına konulmuş olması, uygulamalarda, tecrübeli hâkimlerimizi bile yanıltmaktadır.

Bundan başka; bu hükmün burada bulunması, «kanun tekniğine» de aykırıdır.

Bilinmektedir ki; «tekerrür», maddî ceza hukukuna ilişkin bir müessesedir. Unsur ve şartları, TCK. nun 81 ve onu takip eden maddelerinde düzenlenmiştir.

O halde, TCK. nun tekerrüre tahsis olunan bâbında yer alması lâzımgelen bir hükmün, usul kanununda ne yeri var?. Ben, bunun izahını bugüne kadar yapamadım. O halde, diyoruz ki; bu hüküm, usulün 305. maddesinin son fıkrasından çıkarılmalı, kanun tekniğinin gerekli kıldığı biçimde TCK. nun 81. maddesine bir fıkra halinde eklenmelidir.

4) Fıkranın okunmasına devam edelim :

Son cümlede; (...Ancak, haklarında 343 ncü madde hükümleri dairesinde temyize müracaat olunabilir) denilmektedir.

Biz, 343. maddenin gayet açık olan hükmü karşısında, bu cümlenin haşiv olduğunu zannetmekteyiz. Şöyleki;

343 ncü maddeye göre; (hâkim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Temyiz mahkemesince tetkik edilmeksizin kat'ileşen karar ve hükümlerde...) ibaresi kullanılmıştır.

Gelelim, 305. maddeye; Bu maddede yer alan «hükümler» in hâkim, ya da mahkemeler tarafından verilmiş olacağı gün gibi açıktır.

Bu hükümlerin «Temyiz olunmıyacakları», madde metninde açıkça belirtilmiştir. Demekki; 305. maddede tadat olunan hükümler, «temyiz olunamıyacakları» için, Yargıtay'ın tetkikinden geçmemektedirler.

O halde, bu tür hükümler aleyhine, 343. madde hükmünce yazılı emir yoluna gidilmesine kanunen hiçbir engel mevcut bulunmamaktadır. Zira, o hükümler hakkında 343. maddede tesbit olunan şartların hepsi oluşmakta, gerçekleşmektedir.

305. maddenin son fıkrasına o hüküm konulmasa idi; bu tür hükümler aleyhine yazılı emir yoluna gidilmiyecekmiydi? Pek tabiidir ki, gidilebilecekti. Zira, maddenin hükmü gayet açıktı. Demek ki; söz konusu eylediğimiz cümle de haşivdir. Metinden çıkarılması lazımdır, diye düşünmekteyiz.

Muhterem meslektaşlarımın, buna ilişkin fikirlerini öğretmek, bizi son derece mutlu kılacaktır.

YENİ İLK SORUŞTURMA YÖNTEMİ VE ELEŞTİRİSİ

Yazan : Tahsin TÜRKÇAPAR
Kozan Ağır Ceza Mahkemesi üyesi

KONU :

4/4/1929 Gün ve 1412 Sayılı «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu»-muzun bazı Maddelerini değiştiren ve bu Yasa'ya bazı maddeler ekliyen 1696 sayılı Yasa (1) uygulamaya, uygulayıcıyı ve tüm vatandaşları yakından ilgilendiren (İlk soruşturma) nın yapılması bakımından) önemli bir yenilik getirmiştir.

Bu yazıda, gücümüz ve yeteneğimizin verdiği olanaklarla yeni yöntemi anlatmaya ve eleştirmeye çalışacağız.

1 —) İLK SORUŞTURMANIN YAPILACAĞI HALLER . (2)

Yeni Yasa'nın 22. Md. si 1412 Sayılı Yasa'nın 171. Md. sini temelden değiştirmiştir. Bu değişiklik ilk Soruşturma Kurumu'nu yeniden düzenlemektedir. Yeni düzenlemeye göre :

«Cürümlerde Cumhuriyet Savcısı lüzum görürse, talebi üzerine ilk soruşturma yapılır.» kuralı konmuştur.

Eski Yasa'nın 171. Md. si «Ağır ceza işlerinde» ilk soruşturma yapılmasını zorunlu saymakta idi.

Bu noktada getirilen yenilik ilk bakışta basit gibi görünmektedir. Ancak; eski yasadaki yöntemle, yeni yasanın yöntemi bir arada incelendiğinde, yeni yöntemin «İlk Soruşturma Kurumunu» yepyeni bir görüşle düzenlediğini ortaya koymaktadır.

Sözü edilen maddenin 2. fıkrası Cumhuriyet Savcısının hangi hallerde ilk soruşturma yapılmasını isteyeceğini saptamaktadır. Buna göre:

---

1 — 1696 Sayılı Yasa - Resmi Gazete : 15/3/1973 Gün ve 14477 Sayılı nusha.
2 — 1696 Md : 171.

«Suçun önemi, dağınıklığı ve delillerin korunup toplanması Hâkim tarafından soruşturma yapılmasını gerekli kılıyorsa Cumhuriyet Savcısı ilk soruşturmanın yapılmasını ister.»

Görüldüğü ve yeni yasanın «Gerekçesinde» de (3) değinildiği gibi, bu fıkra, C. savcılarının ilk soruşturma yapmasını istemek yetkilerinin mutlak ve ölçüsüz olmadığını saptamaktadır. C. Savcıları ilk soruşturma yapılmasını istemek yetkisini ancak; suçun önemi ve dağınıklığı ve delillerin karartılmadan korunması ve toplanması, bir Hâkimin işe el koyarak «Gizli» bir soruşturma yapmasını gerektirdiğinde kullanılacak, bunun dışında kalan hallerde işi doğrudan doğruya ait olduğu mahkemeye ulaştıracaktır. Daha açık bir anlatımla, yeni yöntemde, cürümlerde ilk soruşturma yapılıp yapılmaması gerektiğinin takdiri C. Savcılarına bırakılmaktadır.

Yeni madde'nin bundan sonra gelen 3 ve 4 (aynı maddenin) cü fıkraları, yazılış biçimi ve dil yönünden getirilen yenilikler dışında, bir yenilik getirmediğinden bu fıkralar hakkında söz etmeyi gereksiz saymaktayız.

II —) YENİ YÖNTEMİN ELEŞTİRİSİ :

Yeni Yasa'nın yukarıda değindiğimiz maddesinin ilk iki fıkrası, uzun yıllardanberi yurdumuzda uygulanmakta olan «İlk Soruşturma Kurumu» nu yeniden düzenlemektedir. Bu düzenlemenin sosyal zorunluklar sonucu olduğunu kabul etmekte birlikte düzenlemeyi eleştirmenin de yararlı olacağı kanısındayız.

Bu noktada akla gelen ilk soru, yeni yöntemin «İlk soruşturma Kurumu» nu toptan ortadan kaldırmanın başlangıcı sayılıp sayılmıyacağıdır. Nitekim, yeni Yasa'nın «Genel gerekçesi» ve yeniden düzenlenen maddenin «Özel gerekçesi» (4) incelendiğinde bu kuşku açıklıkla ortaya çıkmaktadır. Yeni Yasa ile eski Yasa'nın 54 maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklik nedeniyle hazırlanan «Genel Gerekçenin» aşağı yukarı yarıdan fazlası 171. Md. deki değişikliğin nedenlerini kanıtlamaya ayrılmıştır. Bu önemsemenin anlamsız olduğunu sanmıyoruz. Bundan ayrı olarak, yeni yasanın Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında (5), bir kısım üyelerce (6) yeni yöntemin «İlk Soruşturma Kurumunu» bir bakıma ortadan kaldırdığı dahi iddia edilmiştir. Bu üyelerden biri, yeni yöntemin,

3 — 1696 Sayılı Yasanın Gerekçesi : M. Meclisi Tutanak Dönem : 3, Cilt : 26, Toplantı : 3 Birleşim : 134.
4 — Aynı Tutanak Dergisi, Sahife : 6
5 — Aynı tutanak Dergisi :
6 — Aynı tutanak dergisi : Reşit Ülker'in konuşması : Sahife : 925 — 927

ötedenberi doktrinde tartışma konusu olan bu kurumun uygulamadan kaldırılması gerektiği görüşünü savunanların görüşlerini yasalaştırdığını ileri sürecek kadar işi ileri götürmüştür. Sözünü ettiğimiz bu sayın üye, konuşmasının sonunda sözlerini Prf. KERN'in şu sözü ile bitirmiştir. «Hitler'in totaliter devlet görüşünün ceza mahkemesi hukukundaki akislerinden biri de ilk soruşturmanın kaldırılması olmuştur. Böylece ceza takibatının tümü siyasi, idari makamların kontrolüne bağlı savcılara verilmiştir».

Gene görüşmeler sırasında bazı üyeler C. Savcılarının bu kurumu, yani kendilerine tanınan «Takdir yetkisi»ni kötüye kullanabileceklerinden kuşku duyduklarını belirtmişlerdir. (7)

Sayın Adalet Bakanı (8) tarafından bu görüşlere verilen cevap özetle; C. Savcılarının mevcut Anayasa ve ilgili Yasa'lar (9)uyarınca teminatlı» olarak görev yaptıkları, görevlerini ciddi olarak yapacaklarından emin olunması gerektiği, en kısa zamanda C. Savcılarının Adaletin haysiyetli temsilcileri olarak ortaya çıkmalarını temin edecek vasıta ve havaya kavuşturulacağı v.s. söylemiştir.

Bu konuda ileri sürülen görüşlerin yanında veya karşısında görüş belirtmek elbette olanak dahilindedir. Kanımıza göre, yeni yöntem «Karma» bir yöntemdir. Yeni yöntemle «ilk soruşturma Kurumu»nun toptan ortadan kaldırıldığı veya kaldırılmak istendiği kesinlikle savunulamaz ise de; kurumun içtenlikle korunduğu veya korunmak istendiğini de gönül rahatlığı ile söylemek olanağının bulunmadığını sanıyoruz.

III—) YENİ YÖNTEMİN FAYDA VE SAKINCALARI :

A —) FAYDALAR :

1 —) İŞ'İN UZAMASININ ÖNLENMESİ :

Yeni yöntemde C. Savcıları, yaptıkları hazırlık soruşturması sonucunda, suçun delillerini yeteri kadar topladıklarında, Kamu Dâvasının açılmasını gerekli gördükleri takdirde, suçun niteliğini tayin ederek, ait olduğu mahkemeye dâvayı ulaştıracaktır. Tutuklu işlerde, kişi hürriyetinin (soruşturma nedenile) uzun zaman kısıtlanmasını, hükmün bu halile önliyeceğini sanıyoruz.

Özellikle Ağır Ceza Mahkemesi bulunmayan yerlerde (kazalarımızın birçoklarında yoktur) C. Savcılıklarına ulaşan ve şikâyetçileri tara-

7 — Aynı tutanak derğisi. Sahife : 924. Mevlüt Ocakcıoğlu'nun konuşması.
8 — Aynı tutanak dergisi. Sahife : 927 — 930 — Fehmi Alpaslan'ın konuşması.
9 — 334 Sayılı T. C. Anayasası ve 1597 Sayılı Yüksek Hâkimler ve Yüksek Savcılar kurulu Yasası hükümleri.

759

fından «Zabıtada» abartılan Ağır Cezalık Suçların (C. M. U. K. : Md: 421) sanıkları hakkında ilk soruşturma yapmadan, doğrudan doğruya Yetkili ve Görevli Ağır Ceza Mahkemesinde dâvanın açılabilme olanağının doğmuş bulunması, uygulamada görülen birçok kişilerin sızlanmalarını önliyecektir.

2 —) ZABITANIN İŞİ YÖNÜNDEN : Yeni yöntem zabıtanın işini bir ölçüde azaltacaktır. Eski yöntemde, «Ağır Cezalı İşler» çok zaman «tutuklu» olarak ilk soruşma için sorgu hâkimliğine ulaştırmakta idi. Tüm sanıkların tutuksuz olanların) ve tanıkların «ihzar edilmeleri» (C.M.U.K : Md : 45) zorunluğu halile doğmakta ve bu da zaten olanakları kıt olan zabıtanın işlerini ziyadesile ağırlaştırmakta ve artırmakta idi.

3 —) BAZI CEZA ve TUTUK EVLERİ YÖNÜNDEN :

Birçok küçük kazalarımızdaki ceza ve tutuk evleri, ağır suç işliyenlerin korunmasına elverişli değildir. Eski yöntemde, Ağır Cezalı suçlarda ilk soruşturma zorunlu olduğu için, bu sanıkların uzun zaman korunması gerekmekte idi. Bu sakıncaya da yeni yöntem kısmen önlemiştir.

B —) SAKINCALAR :

1 —) DELİLLER YÖNÜNDEN : Uygulamada C. Savcıları delilleri bizzat toplamamaktadır. Esasen buna maddeten olanak olmadığı gibi mevcut yasa hükümlerine göre böyle bir zorunlukta yoktur. (C. M. U. K. Md. : 153 - 154) Herne kadar hazırlık şoruşturmasının C. Savcıları tarafından bizzat yapılması arzu edilen ise de, yurdumuzda mevcut maddi olanakların buna engel olduğunu da her uygulamacı yakından bilir. Yurdumuzda yıllardanberi sözü edilmekle birlikte «Adlî Zabıtanın bugüne kadar kurulmamış bulunması, bu konuda bir talihsizlik olmuştur. Kanımıza göre polis yada jandarma tarafından yapılan hazırlık soruşturması kâğıtları, C. Savcılarına ulaşacak, geniş olanakları bulunmıyan C. Savcıları da (çok zaman) sağlam olmıyan delillerle Kamu Davası açmak (ilgili mahkemeve) zorunda kalacaklardır.

2 —) TAKDİR YÖNÜNDEN : Zabıta makamlarınca yapılan hazırlık soruşturması kağıtları C. Savcılarına ulaştığında, ilk soruşturma yapılıp, yapılmamasını takdir etmek durumunda bulunan C. Savcıları, kanımıza göre bu yetkivi kullanmakta büvük zorluk çekeceklerdir. Zabıta makam ve memurların «yeminli» ifade almıyacakları bir yana, C. Savcılarının dahi «yeminli ifade» almaları olanağı, mevcut yasa hükümlerine göre asıl değildir. (C.M.U.K. Md : 59) Bu durumda, sanıklar halile suçlarını inkar yolunu seçecekler, tanıklar istedikleri gibi konuşacaklar, şikayetçiler durumu ağırlaştırmanın ve apartmanın yolları-

760

nı arıyacaklardır. Bu kargaşık durumdan kendisini kurtarmaya çalışmak zorunda olan C. Savcılarının, takdirlerindeki isabet elbetteki kuşku yaratacak ve yaratmaktadır. Yeni yöntem getirilirken, mevcut yasamızın 59. Md. sinin,C. Savcıları hazırlık soruşturmasını BİZZAT yaparlarken, ca» toplanan yetersiz delillerle, Kamu Dâvaları Mahkemelere açılacak şamak zorunda olan C. Savcılarının, tadirlerindekiisabet elbette ki kuçdinliyecekleri tanıkları «yeminli olarak dinlemek zorundadırlar» biçiminde değiştirilmesinin, uygulamada olumlu sonuçlar doğuracağını sanmaktayız. Bunun yapılmamış olmasını bir noksanlık olarak görmekteyiz

3 —) SANIKLAR YÖNÜNDEN :

Kanımıza göre yeni yöntemde, çok zaman, yetersiz delillerle, birçok kimseler açık mahkemelere (Bilhassa Ağır Ceza) çıkmak zorunda kalacaklardır. Tüm cürümlerde İlk Soruşturma isteme zorunluğu kaldırıldığına göre, yukarıda arzetmeye çalıştığımız «zabıta makamlarınca» toplanan yetersiz delillerle, Kamu Dâvaları Mahkemelere açılacak ve bundan da birçok «suçsuz» kimseler zarar görecek ve sıkıntı çekecektir.

SONUÇ :

Sosyal bilimler alanında, her yöntemin, fayda ve sakıncalarının olması kaçınılmazdır. Sosyal bilimlerden biri olan «Hukuk alanında» da yapılan her yasa ve getirilen her yöntemin fayda ve sakıncaları olacağı doğaldır. Yeni yöntem, Ceza Yargılaması alanında «İlk soruşturmanın yapılması veya istenmesi» yönünden getirdiği yenilikle, koşulları ve C. Savcılarının durumlarını iyimser ve olumlu yönden değerlendirmiştir. Getirilen bu yöntemin, fayda ve sakıncaları kesinlikle ancak, uzun bir uygulamadan sonra anlaşılacaktır. Söylenenlerin ve söylediklerimizin çoğunun, birer tahminden ve kişisel görüşten ileri gitmeyen düşünceler olduğunu söylemeyi zorunlu saymaktayız. Bir yasanın veya Yasa hükmünün, sosyal zorunluklara KESİN çare olacağını da sanmıyoruz. Aslında yasa'lar, yazılı, cansız metinlerdir. onları sosyal zorunluklara uyduracak olanlar uygulayıcılardır.

Yeni yöntemin kendilerine verdiği yetkiyi, tüm C. Savcılarının, en içten ve kutsal bir görev anlayışı içinde kullanacaklarından asla kuşku duymuyoruz. Yasa hükümleri yüksek bir görev anlayışı ve Adaleti ortaya çıkarma duygusu ile kaynaştırıldığı ve maddî olanaksızlar, kişisel gayret ve çalışma ile en aza indirilmeye çalışıldığı takdirde, yukarıda değindiğimiz sakıncaların (hepsinin olmasa bile) birçoklarının ortadan kalkacağına kesinlikle inanmaktayız.

761

YARGITAY KARARLARININ YAYINLANMASI İLE İLGİLİ YASAMA GİRİŞİMLERİ VE YERLEŞMİŞ İÇTAHATLAR

Orhan DURSUNKAYA
Cumhuriyet Savcısı

Plân

Giriş

a) Hukuk kurallarında süreklilik
b) İçtihat Hukuku
c) Kararların yayınlanması ihtiyacı

I. Yasama çalışmalarının tarihçesi

A. 19/12/1960 tarihli tasarı
1. Tasarı hakkında bilgi
2. Amaç ve görevler
3. Gerekçe

B. İsmail Hakkı Tekinel ve arkadaşlarının teklifi
1. Tasarı hakkında bilgi
2. Amaç ve görevler
3. Gerekçe

C. Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun tasarısı

D. 1730 sayılı Yargıtay Kanunu
1. Kanun hakkında bilgi
2. Amaç ve görevler

II. Hükümlerin ortak yanları

A. Yayınlanma gereği
1. Tasarılarda ve kanunda
2. Yerleşmiş içtihatların durumu

B. Kararların sıralanma ilkeleri
1. Mevzuat maddelerine göre sınırlama
2. Konu ve sınırlaması

III. Tasarıların dışındaki çabalar

IV. Görüşler, teklifler

V. Sonuç

Giriş

a) «Temyiz dairelerinden biri; ... müstakar içtihadından dönmek isterse; ... Birinci Reislik ... bu hususta bir karar verilmek üzere dosyayı ait olduğu kısım umumî heyetine tevdi eder.»

31 mayıs 1973 gününe kadar yürürlükte olan 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilâtına Dair Kanunun 6082 sayılı kanunla değişik sekizinci maddesi içtihatların birleştirilmesi sebeplerinden birincisi olarak yerleşmiş - müstakar içtahatlardan dönülmesi, bir görüşün değişmesi durumu veya ihtiyacının ortaya çıkmasına işaret etmiştir.

Diğer yandan, 1 haziran 1973 günü yürürlüğe giren 1730 sayılı Yargıtay Kanununun on yedinci maddesi, Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevlerinden bahsederken, «Yargıtay dairelerinden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse» bu hususu bu genel kurulların kesin olarak karara bağlayacağını belirtmektedir.

- Kanun koyucu bu hükümlerle, yüksek mahkemenin bilim ve tecrübe yönünden ilk mahkemelere olan üstünlüğünün etkisi nedeniyle mahkemelerce benimsenen görüşlerinin, zaman içinde süreklilik sonucu yeni bir hukuk kaynağı niteliği kazanmasını gerekli önemle göz önüne almıştır.

Hukuk kuralllarındaki kararsızlığın ve çalkantının toplum yaşantısındaki karşılığı da kararsızlık ve çalkantı olacaktır. Kişiler devletle veya diğer tüzel ve gerçek kişilerle olan ilişkilerinin hangi çerçeveler ve sınırlar içine gireceğini, eylemlerinin, irade bildirimlerinin ve kararlarının ne aman ve hangi koşullarda korunacağını veya itibar görmiyeceğini, toplumun ve toplum iradesinin temsilcisi olan kamu görevlilerinin hangi davranışları v. d. geçerli ve yerinde saymayacağını bilmek zorundadır. Ancak bu sâyede kişiler toplum yaşantısında, çalışmasında, girişimlerinde güvenli, huzurlu ve verimli olabilirler.

b) Hukukun en canlı ve yaratıcı kaynaklarından olan yargıtay içtihatlarının da yasama organının tasarruflariyle şekillenen kurallar gibi belirlilik ve süreklilik niteliklerini taşıması gerekir. Yargıtay görüşlerinin neler olduğunun bilinmesi yeterli değildir. Bu, örnek alınacak uyula-

cak içtihatların devamlı olması da gerekir. Bir olayla ilgili olarak uygulama yapan mahkemelerin bu uygulamalarının yaşayan ve yürürlükte olan kurallara ve hukuk ilkelerine uygunluğunu incelerken uzunca bir zaman süresi içinde Yargıtay'ın ayni şekilde düşünmesi, mahkemeler için uyulması gereken yeni bir hukuk kaynağı, kurallar topluluğu meydana çıkarır.

İlk önceleri mahkemeleri bağlayıcı gücü olmıyan Yargıtay kararları zaman unsuru ile birleşince örnek alınacak ve uyulması gerekli nitelik almaktadır. Gerçi daire kararları olsun, mahkemelerin direnmesi üzerine verilen genel kurul kararları olsun ancak ilgili oldukları, kendilerine incelenmek için sunulan olaylar hakkında geçerlidir ve etkilidir. Fakat zaman içinde benzeri olaylarda değişmeyen bir görüş belirirse mahkemeler, kendilerine bir çözüm yolu bulunması için getirilen sorunların Yargıtay'ca, bu belirmiş ve değişmeyen görüşle değerleneceğini bileceğinden daha esaslı bir dayanağı olan, daha akla, ihtiyaçlara ve mevzuata uygun bir görüşle ortaya çıkmadıkça Yargıtay'ın bu görüşüne uymak, ondan esinlenmek zorunluğunu duyacaklardır. Bu, yasaların açık olarak işaret etmediği, olayları ihtiyaçlara daha uygun şekilde çözümleyen kuralların bir süre ayni şekilde uygulanmasından sonra ortaya çıkan bir zorunluktur. Bu hukuk kaynağı zaman içinde kendi kendine doğar ve gelişir.

Artık mahkemeler olaylara hukukça anlam verirken bu kaynağa daima göz atacaklar ve onun ne dediğini araştıracaklardır. Bunun yararlı bir kaynak olması için yerleşmiş, oturuşmuş nitelik gösteren içtihatların belirtilerek bunları zaman zaman uygulayıcıların ve ilgili kişilerin yararlanmasına açık tutmak gerekir.

c) Daha önceki bir yazımızda (1) bu yerleşmiş içtihatların tesbit edilip ortaya çıkarılmaları için tek tek bilgi kâğıdına (fişlere, kartlara) alınmaları ve belirtilmelerinin yararları üzerinde durmuştuk.

Yargıtay kararlarının geniş ölçüde, düzenli ve zamanında yayınlanmaları gerçek bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmış ve bu yolda bir çok defa

---

(1) **Orhan Dursunkaya, «Yargı Reformu ve Yargıtay Kararlarının Bilgi Kâğıtlana Alınması Adalet Dergisi, sayı 11, kasım 1972, s. 789 — 796**

764

yasama çalışmalarına girişilmiştir. Biz bu yazımızda bu çalışmalardan bahsederek konunun gelişme seyrini, çalışmaların amacını ve varılan sonuçları gözden geçirmeğe çalışacağız.

I. Yasama çalışmalarının tarihçesi :

A. 19/12/1960 günlü tasarı.

1. Yargıtay kararlarının yayınlanması, sıralanması ve fihristlerinin yapılması ile ilgili yasama çalışmalarına ilk olarak 1960 yılındaki bir kanun tasarısında rastlıyoruz. «Temyiz Mahkemesinde Bir Yayın Kurulu Teşkili Hakkında Kanun Tasarısı» başlığını taşıyan bu tasarı Adalet Bakanlığı tarafından hazırlandıktan sonra 23/12/1960 tarihinde Devlet Başkanı tarafından Millî Birlik Komitesine gönderilmiş ve oradan da Kurucu Meclise gelerek 1/50 esas sayısına kayıtlanmıştır. On dört maddeden oluşan tasarı Kurucu Meclis'te görüşme olanağını elde edememiş, bu Meclisin süresinin sona ermesi üzerine de gerekçesiyle birlikte Meclis arşivine bir tarihî belge olarak girmiştir.

2. Tasarı gözetilen amaca birinci maddesinde işaret ederek, «Türk hukukunun tekâmülüne, kazaî içtihatlar arasında aykırılığı önlemeğe hâdim olmak ... »maksadiyle bir Temyiz Mahkemesi Yayın Kurulu kurulacağını bildirmektedir.

Bu Yayın Kurulu, «Temyiz Mahkemesi Daire, Genel Kurul ve İçtihadı Birleştirme kararlarını ait oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik maddelerine göre özetliyerek tasnif etmek, özetli fihristlerini tutmak ve kararlarla özetli fihristlerini yayınlamak» ile görevlendirilmiştir. (Tasarı madde 2, fıkra 1)

Diğer taraftan bu kurul, «kaza organları ile bunlara yardımcı mercilere lüzumlu kanun, tüzük ve yönetmeliklerle bunlarda yapılan değişiklikleri ve Türk hukukunun tekâmülüne hâdim ilmî mahiyetteki eserleri de» yayınlayabilecektir. (m. 2, f. 2)

Bundan başka, «Yayın Kurulu, Adalet Bakanlığı ile Temyiz Mahkemesinin mesaisine, istenen kazaî içtihatları bildirmek suretiyle yardımcı olabileceği gibi; görevinin ifasında, Temyiz Mahkemesi Genel Kurulları, Daireleri ve Adalet Bakanlığı ile teşriki mesai eder.» (m.4)

765

3. Bu kanun tasarısı ile varılmak istenen amacın daha iyi anlaşılabilmesi için gerekçesinden Yargıtay kararlarının yayınlanması ile ilgili bölümü aynen alıyoruz :

«Bu tasarı ile Temyiz Mahkemesinde Birinci Başkanlığa bağlı olmak üzere teşkil edilecek olan yayın kurulu, adalet cihazımız hattâ Türk toplumu için büyük bir ihtiyacı karşılayacak ve tasarı tümü itibariyle, adaletin emniyetle ve sür'atle tahakkuk ettirilmesi yolunda büyük bir hamle teşkil edecektir.

«Malûm olduğu üzere, mevzuatın tatbikinde kazaî içtihatlar bilinmezse yahut kolaylıkla öğrenilmezse, adaletin emniyetle ve sür'atle tecellisi çok zor olur.

«Hâlen Temyiz Mahkemesinin içtihatları lüzumlu şekilde yayınlanamamaktadır. Bunun birinci sebebi işin organize edilmemiş olmasıdır. Tasarı kanuniyet iktisap ettiği takdirde, bu gaye tahakkuk ettirilmiş olacaktır.

«Bu suretle Temyiz Mahkemesindeki görevlilerle diğer mahkeme ve adalet cihazı daire ve müesseseleri mensupları, avukatlar, noterler ve sair ilgililer, bir kanun, tüzük veya bir yönetmeliğin bir maddesi hakkında kazaî içtihat bulunup bulunmadığını yayınlanacak özetli fihristlerden kolaylıkla anlayabilecekler ve kararlar da yayınlanacağından icabında o konudaki kararı hemen inceleyebileceklerdir.

«Netice itibariyle;

1) İşler Temyiz Mahkemesinde sür'atle incelenecek ve yüksek mahkemenin yükü hafifleyecek, azamî imkân nisbetinde mütenakız kararlardan kaçınılmış ve adlî hatâlar önlenmiş olacaktır.

2) Mahkemeler, temyiz içtihatlarını kolaylıkla öğrenebileceklerinden, mahkeme kararlarının bozulma miktarı azalacak, dâvalar sürüncemede kalmaktan imkân nisbetinde kurtarılıp emniyet ve sür'atle neticeye ulaştırılabilecektir.

3) Avukatların ve sair ilgililerin mahkemeleri fuzulî olarak işgal etmeleri asgarî hadde indirilmiş olacak ve avukatlar, adalet mercileri önünde daha kolaylıkla yardımcı rollerini ifa edebileceklerdir.

4) Adalet Bakanlığı mevzuatın nasıl ve hangi istikamette uygulandığını takip edip faaliyetini kazaî mercilere paralel olarak inkişaf ettirebilecek ve kanunların tedvininde, adalet politikasının tayininde daha isabetli kararlar verebilecektir.

766

5) Nihayet kazaî içtihatlar, gizli ve bilinmez olmaktan kurtarılıp umumun istifadesine arzedileceğinden, hem kaza kuvveti lâyık olduğu kıymet ve önemi daha fazla kazanacak; hem de Türk hukukunun asrımızın icaplarına uygun bir şekilde sür'atle tekâmülü sağlanmış olacaktır.»

B. İsmail Hakkı Tekinel ve arkadaşlarının teklifi.

1. İstanbul milletvekili İsmail Hakkı Tekinel ve 166 arkadaşı tarafından hazırlanan Yargıtay Kanunu Teklifinin dördüncü bölümünde yer alan hükümlerle de yargıtay kararlarının sınıflandırılması ve yayınlanması hususu düzenlenmiştir.

Bu tasarı da ilk olarak 29/2/1964 tarihinde Millet Meclisi Başkanlığına verilmiş, 2/676 esas sayısı ile 17/12/1965 günü Millet Meclisi gündemine girmiş, ancak seçim döneminin sona ermesi sebebiyle hükümsüz kalmıştır. Yeni çalışma döneminde Adalet Komisyonu Meclis İçtüzüğünün 69 ncu maddesi gereğince bu tasarıyı benimsediği için yenilenmesine karar verilmiş, komisyonlar kurulmuş ve üyeleri seçilen komisyon 30/6/1967 günü için toplantıya çağrılmıştır. Çalışmalar bu şekilde süregelmiş ise de bu tasarı da yasalaşamadan kalmıştır. Millet Meclisinin esas 2/184 sıra numarasında kayıtlıdır.

2. Tasarıda bu hükümlerle gözetilen amaç belirtilmemiş, sâdece kurulacak olan Yargıtay Yayın Müdürlüğünün görevleri gösterilmiş, gerekçede ise, «yalnız Yargıtay yönünden değil, Türk hukuku için çok önemli olan bu bölüm hükümleri ile Yargıtay içtihatlarının garbteki emsalleri gibi yayınlanması sağlanacaktır.» denmiş ve Yayın Müdürlüğüne verilen görevlerden beklenen yararlara işaret edilmiştir.

Tasarının bu dördüncü bölümünün başlığı Yargıtay Yayın Müdürlüğü'dür ve bölüm altı maddeden oluşmaktadır.

Yirmi ikinci maddede Yargıtay kuruluşu içinde bir Yayın Müdürlüğü, yirmi dördüncü maddede ise bir Yargıtay Yayın Kurulu kurulacağı bildirilmektedir.

Yargıtay kararlarının yayınlanması ve sınıflandırılması ile ilgili olarak Yayın Müdürlüğüne verilen görevler yirmi üçüncü maddede gösterilmiştir.

Yayın Müdürlüğü, «Yargıtay daire, genel kurul ve içtihadı birleştirme kararını ilgili oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik maddelerine göre özetliyerek tasnif ettikten sonra kararları ve özetli fihristlerini» yayınlayacaktır. (m. 23, bend 1)

767

Diğer taraftan, «yargı organları ile bunlara yardımcı mercilere lüzumlu kanun, tüzük ve yönetmeliklerle bunlarda yapılan değişiklikleri ve Türk hukukunun tekâmülüne faydalı olacak nitelikteki telif ve tercüme eserleri ve yabancı mahkeme içtihatlarının tercümelerini yayınlamak, bu amaçla yabancı dilde yayınlanan eser ve kararları tercüme ettirmek» de bu müdürlüğün görevlerindendir. (m. 23, bend 2)

Yirmi dördüncü maddede Yargıtay Yayın Kurulu'nun kurulacağına işaret edildikten sonra bu kurulun görevleri arasında kararların yayını ile ilgili olarak birinci bendde «Yargıtay içtihatlarının yayınlanması ile ilgili ilke kararlarını vermek» gösterilmektedir.

3. Kanun tasarısının gerekçesinde yayın ile ilgili bölüm şöyledir :

«IV — Yargıtay Yayın Müdürlüğü : yanlız Yargıtay yönünden değil, Türk hukuku için çok önemli olan bu bölüm hükümleri ile Yargıtay içtihatlarının, garpteki emsalleri gibi yayınlanması sağlanacaktır. Bu bölümdeki 22 — 27 nci maddelerin özellikleri şunlardır :

1) Yayın Müdürlüğü, içtihatlardan başka hâkimler ve diğer hukukçular için lüzumlu olan kanunları, kolaylıkla bulmak ve değişikliklerini takip etmek müşkülâtını bertaraf etmek maksadiyle, el kitabı halinde yayınlayacak; telif ve tercüme eserler de bu arada hâkim ve diğer hukukçuların, hattâ bütün vatandaşların istifadesine arz olunacaktır. Özel sermayenin daha kârlı işleri tercih ettiği memleketimizde bu suretle büyük bir ihtiyaç karşılanmış olacaktır.»

C. Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Tasarısı.

1963 yılında Adalet Bakanlığı tarafından Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi başlığı ile bir kitapçık halinde yayınlanan bu tasarıda Yargıtay kararlarının yayınlanması hususuna da değinilmiştir. Kanunlaşamayan bu tasarının otuz yedinci maddesinde Başkanlar Kurulunun görevlerine işaret edilirken 5 numaralı bendde aynen şu hüküm konulmuştur :

«Madde 37 — Başkanlar Kurulu, Birinci Başkanın başkanlığında ikinci başkanlardan kurulur.

Bu kurulun görevleri şunlardır :

... 5 — Her iki ayda bir toplanarak her dairenin neşredilmek üzere Adalet Bakanlığına gönderilecek önemli kararlarını tesbit etmek ve bunların muntazaman Birinci Başkanlığa intikalini sağlamak;

... tır.»

D. 1730 sayılı Yargıtay Kanunu

1. 1961 Anayasa'sının ve değişiklik yasalarının getirdiği değişiklikler ve yenilikler karşısında bir yargıtay kanununa duyulan gerek üzerine (2) Adalet Bakanlığınca hazırlanan Yargıtay Kanunu tasarısı Profesör Nihat Erim'in Başkanlığı zamanında 16/2/1972 günlü bir yazı ile Millet Meclisi Başkanlığına sunulmuş ve nihayet 16/5/1973 günü kanunlaşmıştır.

2. Yargıtay kararlarının sınıflandırılarak yayınlanması ile ilgili hususlar kanunda kırk dördüncü maddeden kırk altıncı maddeye kadar olan hükümlerde yer almıştır.

Bu hükümlerde ne gibi bir amacın gözetildiği belirtilmemiş, gerekçenin maddelere ait gerekçelerden önceki bölümünün sonlarında, «Yargıray kararlarının ve içtihatlarının ilgililere duyurulması işlerinin bir düzen altına alınması gayesiyle tasarının sekizinci bölümünde Yargıtay yayın işleriyle ilgili hükümler getirilmiştir.» denilmiştir.

Kanunun kırk dördüncü maddesine göre, Yargıtay kuruluşu içinde Birinci Başkanlığa bağlı olarak Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü kurulacaktır. Bu müdürlük Yargıtay Başkanının görevlendirdiği tetkik hâkimlerinin, «Yargıtay daire, genel kurul ve içtihadı birleştirme kararlarını kart usulüne göre ilgili oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik maddelerine göre özetleyerek tasnif» etmelerinden «sonra kararları ve özetini fihristleriyle ... » yayınlayacaktır. (m.45)

Bundan başka Yayın Müdürlüğü, «Türk hukukunun gelişmesine faydalı olacak nitelikteki telif ve çeviri eserleri ve yabancı mahkeme içtihatlarının çevirilerini yayımlamak ve bu amaçla yabancı dilde yayımlanan eser ve kararları Türkçeye çevirtmek ...», «... Yargıtay kararlarının önemli ilanları bastırıp mahkemeler ve abone olan avukatlara dağıtımını sağlamak » ile görevlidir. (m. 45)

II. Hükümlerin ortak yanları

Tasarı halinde kalan, yasalaşamayan hükümler ile Yargıtay Kanunundaki hükümlerin incelenmesinde Yargıtay kararlarının yayınlanması gereğinin belirtilmesi ve bu kararların sınıflandırma ve yayın esasları hakkında ortak yanları olduğu görülmektedir.

A. Yayınlanma gereği.

1. Tasarılarda : Hükümler genel olarak Yargıtay kararlarının yayınlanmasını bir ihtiyaç halinde belirtmekte, 19/12/1960 günlü tasarı kazaî

(2) Başbakanlığın Meclis Başkanlığına yazdığı yazıya ekli gerekçeden.

içtihatların ilgililer tarafından kolayca bulunmasını sağlamak hedefini gözetirken İsmail Hakkı Tekinel ve arkadaşlarının hazırladığı tasarı, « ... Yargıtay içtihatlarının garbteki emsalleri gibi yayınlanmasının sağlanacağını» göz önüne almış, 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ise gerekçesinde, «Yargıtay kararlarının ve içtihatlarının ilgililere duyurulması işlerinin bir düzen altına alınması» nı işaret etmiştir.

2. Yerleşmiş içtihatların durumu : Bütün bu çalışmaların, Yargıtay kararlarının genel olarak yayınlanması amacını gerçekleştirmeye yöneldiği görülmektedir. Tabii bu iş rastgele olmayacaktır. Yetkili kişiler veya böyle kimselerden oluşan kurullar veya bürolar tarafından bir seçme yapılacaktır. Bu seçmede içtihat niteliği olanlar, yani bir hususta mevzuatın boşluklarını doldurur nitelikte ve yeni bir hukuk kaynağı olabilecek kararların göz önüne alınacağı doğrudur. Aslında hukukun gelişmesine, uygulamacıların görüşlerinin genişlemesine bu yepyeni görüşlerin tanınması ve bilinmesi çok elverişli bir ortam yaratır. Bu kuşkusuz böyledir. Bu bakımdan Yargıtay kararlarından bir mevzuat hükmünü yorumlayan, tamamlayan, yeni bir hüküm koyarak kanunun boşluğunu dolduran kararların yayın yolu ile tanıtılması gereklidir. Ancak, tasarılarda ve kanunda göremediğimiz bir hususa niçin eğilinmediği sorusuna karşılık bulunamamaktadır :

Yargıtay'ın elli yıla ulaşmış bulunan çalışma süresinde yerleşmiş nitelik almış olan kararlarının ayıklanıp belirtilmesi ve bunların yayınlanmasına özel bir ilgi gösterilmesi, yayınlanmalarının bir düzene ve müeyyidelere bağlanması, kurulacağı bildirilen çeşitli kurullara veya bürolara bu işlerin bir görev olarak verilmesi hususu nedense iltifat görmemektedir.

Zaman içinde uygulana uygulana belli olayların belirli, değişmez çözümü haline gelen Yargıtay görüşlerinin adeta bir yasa hükmü haline gelmesi karşısında uygulayıcıların ilk olarak arayacakları içtihatlar bir konuda yeni bir görüş getiren kararlar olmaktan ziyade bu yerleşmişlik niteliğini taşıyanlardır.

Yargıtay kararlarının yayınlanma konusu incelenirken önce amacın açık ve seçik olarak belirtilmesi gerekir :

Bu kararları sâdece önemli veya emsal olabilecek deyimleriyle anlatılan bazı görüşlerin tanıtılması için mi yayınlamalıdır? Bütün dikkatin bu kararlar üzerinde toplanması uygulamada asıl işe yarayacak başkalarının bir kenarda kalması sonucunu verir; çünkü uygulamacı

Karar verirken dayanacağı kesin, açık hükümler arayacaktır. Bu hükümler mevzuat hükümleri olacağı gibi Yargıtay'ın değişmez bir anlam kazandırdığı görüşler de olabilir.

Aslında karar verirken en çok aranan hükümler de bu sonuncular-dır. Bir kanun hükmü bir kaç satırın içinde belli sayıda unsurdan oluşmuştur. Fakat bu üç beş unsurun hayat içindeki karşılığı her olayda değişik bir kişilik taşır. Bir kast unsuru her olayda, o olayın diğer küçük görünüşleriyle birlikte değişik bir anlam vereceği gibi iyi niyet unsurunun kişilerin her davranışında ayrı bir görünüşü vardır.

Onun için hayat en kudretli kanun koyucudan daha kudretlidir, denilmektedir. Onun için hayatın bütün görüşlerini kanun maddeleri içinde yerleştirmenin olanağı yoktur. Ve onun için ilk mahkemelerin ve Yüksek Mahkemenin yaratıcı içtihat çalışmalarına büyük değer verilmektedir. İşte bu sebeple de yaratıcı içtihada uyulması gereken hüküm niteliğini veren yerleşmiş kararlara uygulamada büyük önem verilmektedir.

Yerleşmiş kararların yukarıda bahsettiğimiz tasarılarda ve kanunda hiç göz önüne alınmadığı açık bir hüküm konmamış olması ile anlaşıldığı gibi sınıflandırılacak, fihristleri yapılacak ve yayınlanacak olan kararların Yargıtay daire ve genel kurullarının kalem yetkilileri tarafından verilmesi için 1730 sayılı kanunda belirtilen süreden de anlaşılmaktadır. Kanunun kırk altıncı maddesindeki hükme göre kalem sorumluları, «daireleri kurullarınca belli edilen kararların birer örneğini kararların verildiği tarihten başlayarak en geç bir ay içinde» yayın ile görevli kişiye vermek yükümlülüğündedir. Bu verilen kararlar ilgili oldukları kanun, tüzük, yönetmelik maddelerine göre özetlenecek, sınıflandırılacak, fihristleri yapılacak ve yayınlanacaktır.

Peki, daha önce çıkan ve elli yıla yaklaşan süre içinde yerleşmiş hale gelen kararlar ne olacak? Onlar özetlenmeyecek, sınıflandırılmayacak, fihristleri yapılmayacak ve yayınlanmayacakmıdır?

İşte işaret edilen hükümlerde bu soruya açık bir karşılık bulunmamaktadır. "

B. Kararların sıralanma ilkeleri :

1. Yargıtay kararlarının yayınlanmasını öngören tasarı ve kanun hükümlerinin bir ortak yanı da kararların, «İlgili oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik maddelerine göre» özetlenerek sıralanacağı yolundaki il-

kedir. Bunlardan yalnız Yargıtay Kanunu bu özetlemenin, «kart usulüne göre» olacağını belirtmektedir.

Buna göre bilgi kâğıdına (fişe) alınması ve yayınlanması uygun görülen bir karar seçildikten sonra bunun sıralanması, ilgili olduğu üç nesnel (objektif) hukuk kaynağına, kanun, tüzük ve yönetmeliğin maddesine göre olacaktır.

İlk bakışta bu ilkenin ihtiyaçları tam olarak karşılayacağı kanısı uyanmaktadır. Sonuç olarak bir kanun maddesine göre hüküm verilmeyecek midir, öyleyse kararlar o kanun maddesine göre toplanmış olduğu takdirde derhal yararlanmak mümkün olur, diye düşünülebilir.

Halbuki hukuk anlaşmazlıklarının veya hukuka aykırılıkların başlangıçlarında mevzuat maddeleri değil, doğrudan doğruya bir eylem veya olay vardır. Bu bir davranış veya irade bildirimi de olabilir. Yargı kuruluşları bir iddia, bir dâva şekline dönüşen bu olayı incelerken ve soruştururken onun hangi madde ile ilgisi olduğunu tesbit ettikten sonradır ki hükme doğru ilerler.

Hattâ bu kuruluşlar, olaydaki hukukî ilişkiyi tesbit ederken hukuk ilkelerini de gözden geçireceklerdir. İlkelerin ve kuralların incelenmesiyledir ki o olaydaki hukukî ilişki bulunacak ve sonra yürürlükte bulunan hükümlere sıra gelecek, ancak o zaman o mevzuat maddesi hakkında Yargıtay'ın görüşü araştırılacaktır.

Cezanın ertelenmesi hükmü TCK nun 89 ncu maddesinde yazılı iken şimdi 647 sayılı infaz Kanununun altıncı maddesinde de düzenlenmiştir. Bunun yanında bazı özel kanunlarda cezanın ertelenmesi veya ertelenmemesi ile ilgili özel ve açık hükümler vardır. Yargıtay'ın çeşitli işlere bakan dairelerinin, bir cezanın ertelenmesi veya ertelenmemesi konusunda çeşitli mevzuata göre birbirine aykırı karar verdiğini kim bilebilecektir,

Yine, bu gün olduğu gibi meraklı olan, düzenli çalışmayı seven ve böyle çalışabilen kimselerin rastlantıya bağlı kalan, bilimsel düzeyde olmıyan gayretlerinden mi sonuç beklenecektir: (3)

(3) «Kararların ve özellikle kökleşmiş içtihatların tesbiti için bu gün birtakım başkâtiplerin veya hâkimlerin özel defterlerinden ve hafızalardaki bilgilerden başka hiç bir araç bulunmadığından, bir çok daireler, farkına varmadan, yerleşmiş içtihatları kendilerinden değiştirme yoluna gitmektedirler ki bu da içtihadı birleştirme yoluna başvurulmaksızın kökleşmiş içtihattan dönülemiyeceği ilkesinin uygulanmaması sunucunu doğurmaktadır.» A. Recai Seçkin, Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, Yarıaçık Cezaevi Basımevi, Ankara, 1967, s. 106

2. Kararların yayınlanmasını bir müessese haline getirip ondan ümit edilen yararları sağlayabilmek için sıralamayı, ihtiyaçları tam karşılayabilecek bilimsel esaslara göre kurmak ve çalıştırmak gereklidir.

Kanunda bir çok maddeler için ortak hükümler vardır. Bunların, kapsamına giren maddelerden ayrı olarak kendi madde numarasında gösterilmesi yeterli değildir. Ayrıca ilgili maddelerle ilişkisini kuracak bir sıralama şeklinin daha düşünülmesi sıralamanın noksansız olması için gereklidir.

Bu ikinci sıralama yöntemi bilimsel, dikkatli bir çalışma ile tesbit edilmiş bulunan ilkelere, kavramlara ve müesseselere göre düzenlenmiş konu sıralamasıdır.

Bütün ilkeleri, kavramları ve müesseseleri içine alabilen, fakat teferruat içinde boğulmamış olan bir konu sıralaması mevzuat hükümlerine göre yapılan sıralamayı tamamlayan, adeta onu yorumlayan, rahat işlemesini sağlayan bir yöntem olacaktır.

Konu sıralamasının yapılmadığı bir çalışma daima tek yönlü ve yarım kalacaktır.

Bu yöntemin en başarılı uygulaması kitaplıklarda yapılmaktadır. Her kitaplıkta orada bulunan pek çok sayıdaki eserin ve yazarının adına göre yapılan sıralamaların dışında konu başlıklarına göre ve harf sırası ile dizilmeyi esas alan bir üçüncü sıralama daha vardır. İhtiyaca ve elde bulunan bilgilere göre bu üç kaynaktan yararlanarak aranan eser bulunur. Yalnızca kitap adına veya yazar adına göre arama yaparken kitap ve yazar adlarını açık olarak bilmek gerektiği halde konuya göre arama ile bu sakınca ve zorluk ortadan kalkmış olmaktadır.

Bunun gibi örneğin, cezanın ertelenmesi ile ilgili hükümlerin invelenmesi gerektiğinde tek tek ilgili olan mevzuat bölümlerini elden geçirmek yerine erteleme konu başlıklı bölümdeki bilgi kâğıtlarına göz atmak zaman kaybını önleyecek büyük bir kolaylık olacaktır.

III. Tasarıların dışındaki çabalar.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları müeyyidesi olan kararlardır, «benzer hukukî konularda Yargıtay dairelerini ve Adalet mahkemelerini bağlar.» (1730 sayılı kanun m. 20/son f.)

Yerleşmiş içtihatlar için ise kanun kural koymuş, müeyyidesini işaret etmemiştir: Yargıtay dairesi, genel kurulunun kararı olmadıkça yerleşmiş kararını değiştiremez. Öyleyse kolay kolay değiştirilemeyen

değiştirilmesi gerektiğinde genel kurullarca, uyulması zorunlu üstün bir kararın verilmesi kanun emri olan yerleşmiş içtihatların belirtilmesi ve yayınlanması hususunda mevzuata hüküm konulması gerekmektedir.

Bu konuyu açık ve kesin olarak cesaretle ele almak gerekmektedir. Rahmetli Recai Seçkin Yargıtay hakkındaki kitabında (4), «Kararların yayını işi ile beraber sınıflandırılması, bir çok bilimsel ölçülere göre fişlere geçirilmesi ve bu fişlerin ilgililerin yararlanmasına açık tutulması işi de çok önemli bir iştir; ancak şimdiye değin bunun üzerinde duran olmamıştır.» demektedir.

Yargıtay kararlarının yayını işi Ankara Hukuk Fakültesince, bir seminer çalışmasında konu olarak ele alınmıştır. Kitap halinde de yayınlanan bu çalışmada (5) Yargıtay kararlarının seçilmesi, bilimsel usullere göre sıralanması, yayınlanması ile ilgili olarak bir çok konuşmacı tarafından dikkatleri konu üzerine çeken konuşmalar yapılmıştır. Profesör Necip Bilge'nin Adalet Mahkemelerinin Kuruluşu başlığı ile yaptığı bildiride, mahkeme kararlarının yayınlanması zorunluğu hakkında hiç kimsenin tereddüdü bulunmadığına işaret edildikten sonra hangi kararların yayınlanacağı sorusuna da 35 nci sayfada. «Ancak hukuk birliğini sağlamakta faydalı olacak ve gerek halkın, gerekse mahkemelerin işine yarayacak önemli kararların seçilip yayınlanması lâzımdır.» şeklinde karşılık verilmekte, yayın işinin merkezî bir büro tarafından yapılması gerektiğine, sıralamanın bilimsel usullerle yapılması, örneğin kartoteks usulünün tatbik edilmesine işaret edilmektedir. (6)

Ayni seminer çalışmasında Hukuk Usulünde İstinaf Teşkilâtı konusunda bildiri sunan Doçent Baki Kuru, Yargıtay kararlarının düzenli olarak yayınlanmasını sağlamak gereğine işaret ederken, ilk mahkemelerin Yargıtay'ın görüşlerini bilmedikleri için Yargıtay'ın içtihadına aykırı karar verdiklerini, kararları bozulduktan sonra Yargıtay'ın içtihadını öğrenebildiklerini, ancak bu öğrenmenin sadece kararı bozulan ilk mahkeme bakımından olduğunu, diğer mahkemelerin bu içtihat değişikliğinden veya Yargıtay'ın bir mesele hakkındaki yerleşmiş iç-

(4) Seçkin. a. g. e., s. 156 - 157

(5) Özel Hukuk Enstitüsü, «Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü'nün Düzenlediği Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanunu Tasarısı ile Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkında Seminer», Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, numara 196, Ajans - Türk Matbaası, 1964 (6) A. g. e., s. 38

tihadından haberdar olabilmeleri için kararlarının bozulmasını beklemeleri gerektiğini, bizzat Yargıtay dairelerinin kendi ve komşu dairelerin içtihatlarından habersiz bulunduklarını ve dairelerin içtihatları arasında aykırılıklar olduğunu söylemekte, Yargıtay'ın hiç yayınlanmıyan kararları arasında usul hukukuna kaynak teşkil edebilecek pek önemli kararlar bulunduğuna işaret edilmektedir. (7)

IV. Görüşler — teklifler.

Yargıtay kararlarının yayınlanması konusunda önce belirtilemesi gereken husus yayınlamada gözetilen amacın ne olduğudur :

Bu kararlar yasa emri gereğince, yerleşmiş içtihatların rastgele değişmesini önlemek için mi, yoksa içtihatlar hususunda bilgi sahibi olunması için mi yayınlanacaktır?

Kararların sâdece tanınması ve bilinmesi için yayınlanması başka, yerleşmiş olanların belirtilmesi başkadır. Gerçek olan yerleşmiş nitelikte olanların daha çok arandığı, zira bunlara dayanarak kurulacak hükümlerin daha sağlam, daha güvenilir ve daha ömürlü olduğudur.

Bu sebeple bu kararların Yüksek Mahkemenin bir tasarrufu ile belirtilmesi ve yayınlanması yükümlülüğünün bir kanun hükmü ile Yargıtay'a görev olarak verilmesi gereklidir. İş, yayın konusunda Adalet Bakanlığının başarısının eleştirilmesinden çok, Yüksek Mahkemenin kendi kararlarının yayınlanması işine sahip olabilmesini sağlamaktır. Yargıtay bu görevle görevlendirildiği zaman önüne gelen mensubunun, değerlendirme ölçüsü belli olmıyan bir seçim ile kararları ayırıp kendi hesabına yayınlamasını önlediği gibi Yargıtay tarafından yayınlanması tesbit edilen yerleşmiş içtihatların emsal olma gücü de bilimsel olarak ilgililerin yararına sunulacaktır. Ve tabiî olarak bu halde Yargıtay'ın resmî şekildeki yayını herkes için en değerli ve en güvenilir hukuk kaynağı olarak hukuk yaşantımızda hemen etkisini gösterecektir.

Bu arada, yerleşmiş nitelik kazanan içtihatların belirlenip açıklanması bakımından geçici bir süre için Yargıtay'ın her dairesine ve genel kuruluna bir görev verilebileceği gibi kararları sınıflandırarak bilgi kâğıtlarına (fişlere, kartlara) alacak olan bürenun kuruluşunun

(7) A. g. e., s. 59 - 60

775

Yargıtay'ın daire ve genel kurullar kuruluşuna uygun olusturulması da yararlı olur. Bu takdirde gerek yerleşmiş, gerekse önemli nitelikte olan kararların sınıflandırılmasının daha düzenli ve çabuk olması sağlanmış olur.

V. SONUÇ

Yargıtay kararlarının yayınlanması yasa hükmü ile düzenlenirken bunlardan hukukun gelişmesine, sürekli olarak yenileşmesine en büyük katkıyı sağlayan ictihat hukukunu oluşturan yerleşmiş içtihatların da belirtilmesi, bilgi kâğıdına alınarak sıralanması ve yayınlanması hususlarının ayni şekilde yasa hükmü ile düzenlenmesi gereklidir.

Böylece, müesseseleşen bu kaynaktan en bilimsel, en akla ve ihtiyaçlara uygun şekilde yararlanma sağlanmış olur.

Bu bakımdan Yargıtay kararlarından yayınlanacak olanların belli edilmesi, yayınlanması ve sıralanması ilkelerinin neler olacağının etraflı bir araştırma sonucunda ortaya konması gereklidir. Bunun gibi bu kararlardan ilgili her kişinin ve kurumun en elverişli şekilde nasıl yararlanacağı hususunun da bu araştırmada yer alması gerekir.

Ve her halde yapılması zor olmıyan bu bilimsel çalışmanın her şeyden önce ve sür'atle yapılması hem uygulanacak yasa hükümlerinin ömürlülüğünü sağlamak, hem de kararların yayınlanmasından beklenen yararların sonuçlarını toplamakta en güvenilir yolu ortaya çıkarmak olacaktır.

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARI

Zürih Şerhi Serisi	Fiyatı
Oser - Schönenberger (Çev : Prof. Dr. İ. Sungurbey) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1964, Mad : 492 - 529	15.00
Oser - Schönenberger : (Çev : Prof. Dr. Fikret Arık) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 1966, Birinci Fasikül; Madde : 184 - 215	5.00
Bern Şerhi Serisi	
Becker : (Çev : Dr. Bülent Olcay) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül I : Madde 1 - 36. Ankara 1967	7.50
Becker : (Çev : Dr. Kemal Reisoğlu) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI. Cilt : Borçlar Kanunu. I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül II : Madde 37 - 63 Ankara 1968	7.50
Becker : (Çev : Dr. Osman Tolun) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. VI Cilt : Borçlar Kanunu I. Kısım : Genel Hükümler. Fasikül III : Madde 64 - 103 Ankara 1969	7.50
Becker : (Çev : Saim Özkök) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi VI Cilt : Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler. Fasikül IV. Madde 103 - 148 Ankara — 1972	15.00
Becker : (Çev. Osman Tolun) İsviçre Medenî Kanunu Şerhi VI. Cilt : Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler. Fasikül V. Madde 149 - 181. Ankara — 1973	15.00
Yargıtay Kararları	
İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Kısmı,	
» » » » » 1955	75
» » » » » 1956	50
» » » Ceza Kısmı 1952	10
» » » » » 1953	25
» » » » » 1955	25
» » » » » 1956	25
» » » » » 1957	25
Yargıtay Kararları 1941 - 1942 Ceza Kısmı	3.00
» » 1944 » »	3.00
» » 1946 » »	2.50
» » 1949 » »	2.00
» » 1950 » »	3.00
» » 1951 » »	3.00
» » 1954 » »	2.50
» » 1955 »	2.50
» » 1959 » »	1.00
Hukuk Kısmı	
» » 1944 » »	3.00
» » 1945 » »	3.00
» » 1946 » »	2.50
» » 1948 » »	3.00
» » 1949 » »	2.00
» » 1951 » »	3.00
» » 1952 » »	3.00
» » 1955 » »	3.00
» » 1959 » »	4.00
Diğer Yayınlar	
Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı	30.00
» » » » » (Albüm)	60.00

777

Dr. Recai Seçkin : Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi.	10.00
İsviçre Federal Mahkeme Kararları	1.00
» » » » 1946	1.00
Wieland : (Çev : İ. H. Karafakıh) Ayni Haklar, İkinci baskı, 1949, Cilt : 2	7.50
Wahl : (Çev : K. Berker) Deniz Ticareti Hukuku, nazarî ve amelî 1948	3.00
Bustamente Sirven : Hukuku Hususiyei Düvel Kanunu Projesi, 1930	50
Vehbi Yekebaş : Suç ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirâk, 1952	1.50
Dr. Recai Seçkin : 1964 - 1965 Adalet Yılını Açış Söylevi.	50
Seçim İşlerinde İtiraz ve Şikâyetler Klavuzu. (T. C. Yüksek Seçim Kurulu Yayınlarından), 1964	2.50
Esbabı mucibeli Avukatlık Kanunu ve Talimatnamesi, 1939	50
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
Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası. Çev. Dr. Jur. Şeref Ünal 1972	7.50
İtalya Cumhuriyeti Anayasası, Çev. Prof. Dr. Atıf Akgüç 1972	5.00
Temel Kanunlarımızın Adli Tıp Yönünden Uygulanması. Dr. Muzaffer Güldoğan 1972	7.50
İtalya Ceza Hukuku Müesseseleri (Genel kısım) Padova 1965. Çeviren : Prof. Dr. Atıf Akgüç. 1971	10.00
TÜRK CEZA KANUNU (Adalet Bakanlığı yayınları Kanunlar Serisi No : 1.) Hazırlayan : Hüseyin Cahit ERGÜL — ANKARA 1973	10.00

Adalet Dergisi

1937	Yılı	(1 - 7 sayılar kalmamıştır) Sayısı	30
1938	»	(3, 6, 8, 10. sayıları kalmamıştır) »	30
1939	»	(9, 10, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır) »	30
1940	»	»	30
1941	»	»	30
1942	»	(1, 3, 12) »	30
1943	»	(1, 2, 3, 4, 5, 6, 7) »	30
1944	»	(1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır.) »	30
1945	»	(1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır) »	30
1946	»	(1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11 ve 12. sayılar kalmamıştır) »	30
1947	»	»	30
1948	»	»	30
1949	»	»	1.00
1950	»	(9, 10, 11 ve 12. sayıları kalmamıştır). »	1.00
1951	»	(1, 2, 3, 5, 9, 12. sayılar kalmamıştır.) »	1.00
1952	»	(1, 2, 3, 4, 10 ve 11 sayıları kalmamıştır). »	1.00
1953	»	(5, 6, 12. sayıları kalmamıştır). »	1.00
1954	»	»	1.00
1955	»	»	1.00
1956	»	»	1.00
1957	»	»	1.50
1958	»	»	1.50
1961	»	(1, 2, 9 ve 10 sayılar kalmamıştır). »	2.50
1962	»	(mevcudu kalmamıştır). »	2.50
1964	»	(1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 sayılar kalmamıştır) »	2.50
1965	»	(1, 5 - 6, 10, 11 - 12. sayılar kalmamıştır). »	2.50
1966	»	(1, 2, 5 - 6 12. sayılar kalmamıştır, 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
1971	»	»	1.50
1972	»	(1, 2, 3) sayıları kalmamıştır.	

Ankara Yarıaçık Cezaevi Matbaası

1974
1

ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA
AYDA BİR YAYINLANMAKTADIR

Yıl : 64 Ekim 1973 Sayı : 10

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 »