

«TEHLİKE TEDBİRİ» GENEL TEORİSİ

VE

PARA CEZALARI İÇİN İCRAİ VE İHTİYATİ HACİZ

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

1 — Giriş

İçtihat Birleştirme Kurulu Ceza Kısmı, para cezalarının ödenmemesi tehlikesine karşı alınan ve Cezaların İnfazı Kanununun 5. maddesiyle düzenlenen «tedbir»e ancak mahkûmiyet hükmü ile beraber başvurulabileceğini kararlaştırmıştır. Resmî Gazetenin 19.1.1968 tarihli sayısında neşrolunan E 2 - K 6 sayılı kararın metni şudur :

«Cezaların İnfazı hakkındaki 647 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ceza mahkemelerinden verilmiş olan para cezalarına ilişkin hükümlerin kesinleşmesini müteakip infaz safhasında C. Savcılığı tarafından bu kanunun 5. maddesinin 5. fıkrasına istinaden hükümlünün malları üzerine C.Y.U.K. nun 402. maddesi uyarınca mahkemeden tedbir alınabileceği yolundaki Beşinci Ceza Dairesinin 14.4.1967 gün, 1032/1144 sayılı ve alınmayacağı yolundaki Üçüncü Ceza Dairesinin 8.3.1967 gün ve 4595/4554 sayılı ilâmlarının arasında içtihat aykırılığı bulunduğu bildirilmiş, sözü geçen ilâmlar ve daire başkanlarının yazılı düşünceleri Birinci Başkanlık tarafından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Kısmı Genelkuruluna tevdi edilmiş olduğundan, ilâmlar ve ilişkileri okundu. Bahse konu ilâmlar arasında içtihat aykırılığı olduğuna oybirliğiyle karar verildikten sonra işin esası görüşüldü:

C.Y.U.K. nun 402. maddesi, bir mahkûmiyet hükmünün tefsirinde veya tayin olunan cezanın hesabında tereddüt edilir yahut cezanın kısmen veya tamamen infazı lâzım gelmiyeceği iddia olunursa bu bapta mahkemeden bir karar istenileceği hükmünü taşımaktadır.

Maddedeki bu açıklığa göre C. Savcısı ve hükümlü, hükmün ke-

sinleşmesinden sonra infaz sırasında ceza müruruzamanının bulunup bulunmadığı, mahkûmiyetin taallûk ettiği suçun sonradan yürürlüğe giren bir Af Kanununun şümulüne girip girmediği, sonraki bir kanunla aynı suç hakkında daha hafif bir ceza tayini gerekip gerekmediği ve bu itibarla kesinleşen ilâmdaki cezadan indirme yapıp yapılmıyacağı, sene olarak tayin olunan cezanın her hangi bir sebeple bölünmesi halinde bakiye müddetin ne suretle hesaplanacağı, nezarete geçen müddetin mahkûmiyetten sayılıp sayılmıyacağı, beraet eden bir şahsın beraet ettiği suçtan dolayı mevkufiyet müddetinin beraet kararından evvel — beraet kararının kesinleşmesinden önce — işlenmiş olan diğer bir suça ait ceza müddetinden mahsubu lâzım gelip gelmediği gibi hususlarda mahkemedен bir karar isteyip alabileceklerdir. Hükmün bünyesine dahil olması lâzım gelen hususlarda bu maddeye dayanılarak karar istenmesi mümkün olmadığı gibi mahkemece de bu yolda bir karar verilemez.

Cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı Kanunun 5. maddesinin 5. fıkrasında hâkimin hükmettiği para cezasının tahsilini sağlamak üzere hükümlünün taşınır veya taşınmaz mallarına, üçüncü şahıslar nezdindeki haklarına tedbir konulmasına karar verilebileceği gösterilmiş, 6. fıkrası da bu ceza hükmünü bildiren ilâmın kesinleşince Cumhuriyet Savcılığına verileceği kaydını ihtiva etmiştir.

Maddenin sarıh olan bu hükmünden tedbirlerin duruşma sonunda hükümle birlikte konulabileceği anlaşılmakta, hükümle tedbir kararı verilmiş ise hüküm kesinleştikten sonra infaz sırasında böyle bir tedbirin mahkemedен alınabileceğine dair kanunda bir işaret bulunmamaktadır. Sözü geçen maddenin 9. fıkrasında para cezalarının hapis ile tazyik hükmü ayırık olmak üzere amme alacaklarının tahsili usulü hakkındaki kanun hükümlerine göre infaz olunacağına yer verilmiştir.

Amme alacaklarının takip ve tahsilindeki usulleri tatbikte idarî merciler selâhiyetli olup buna dair 6183 sayılı Kanunda amme alacağının korunması için 9 ve sonraki maddelerinde özel hükümler sevk edilmiştir. Bu hükümler mevcut iken para cezasını ihtiva eden kesinleşmiş bir ilâmın infazını sağlamak için ceza mahkemesinden tedbir kararı alınması düşünülemez. Kurulumuza tevdi edilen ilâmlar 647 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra sadır olmuş para cezalarına ilişkin bulunmuştur. Bu ilâmlarda mahkeme-

ce bu kanununun gözönünde tuttuğu tedbir kararı verilmemiştir. Genelkurulda görüşmeler bu sebeple eski ilâmlara teşmil edilmemiştir.

Amme alacaklarından sayılan para cezasının infazını sağlamak için 6183 sayılı Kanunda bulunan tedbirler mevcut iken infaza verilen ceza mahkemesi ilâmındaki para cezasının tahsilini sağlamak için C.Y.U.K. nun 402. maddesinin şümulü dışına çıkılarak bu hususta mahkemedен esas hükmün bünyesine girmesi gereken fakat esas hükmü veren mahkemenin takdir yetkisini kullanarak nazara almadığı bir kararın (yani tedbir kararının) istenilmesi kanuna uygun bulunmamıştır.

Sonuç: 647 sayılı Kanunun 5. maddesinin 5. fıkrası hükmüne göre para cezasının tahsilini sağlamak amacı ile hükümlünün taşınır veya taşınmaz mallarına ve üçüncü şahıslar nezdindeki haklarına duruşma sırasında hükümle birlikte tedbir konulmamış olması halinde hükmün kesinleşmesinden sonra infaz sırasında C.Y.U.K. nun 402. maddesine istinaden mahkemedен ilâmın muhtevası dışında tedbir alınmayacağına ilk görüşme ve oylamada üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile 1.12.1967 gününde karar verildi.»

İçtihat Birleştirme Kararında azınlık görüşünün gerekçelerinin açıklanmamış olmasını üzücü bir olay olarak karşıladığımızı belirterek söze başlayalım. İki tarafın görüşlerini karşılaştıramazsak, kararın hatalı olup olmadığını anlamak ve daha isabetli bir sonuca varmak için yapılacak araştırmalar güçleşmez mi? «Kimse kafasını yormasın. Bu bir emirdir. Emre göre hareket edilsin» denilecekse, — İçtihat Birleştirme Kararlarının mahkemeleri bağliayacağıının 1953 yılında kabulü biraz da hâkimleri dahi emir kulu gören zihniyetin eseridir (1) —, çoğunluk görüşünün gerekçelerine de lüzum duyulmamalıydı. «Anayasaya göre mecburuz» denilecekse, Anayasadaki bu mecburiyetin de bir hikmeti olduğu düşünölmeli ve azınlık gerekçesinin de Anayasadaki «gerekçe» kavramına girdiğinde tereddüt edilmemeliydi.

İçtihat Birleştirme Kararı üzerinde çalışmalarını güçleştiren bir

(1) Değil Yargıtay kararları, kanunlar bile hâkimlere emir veremez. Kanun hâkimin elinde bir vasıtaadır. Terazi adalete hizmet eder, adalet teraziye değıl. Hukuk normlarının muhakemede vasıta oluşunun, hâkimler bakımından emredici olmayışının tafsilâtı için, bakınız: KUNTER (Nurullah): Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, 1967, s. 335 - 342.

diğer husus, aralarında aykırılık olduğu bildirilen 5. Ceza Dairesinin 14.4.1967 ve 3. Ceza Dairesinin 8.3.1967 tarihli kararlarının neşredilmemiş bulunmasıdır. Öğrendiğimize göre, aralarında aykırılık çıkan dairelere 7. Ceza Dairesini de eklemek lâzımdır. Gerçekten Çağlayan (2), 5. Ceza Dairesinin 28.2.1967 ve 7. Ceza Dairesinin 12.9.1967 tarihli kararları ile 3. Ceza Dairesinin 12.9.1967 tarihli kararları arasında aykırılıktan söz etmekte, fakat bunlardan sadece 5. Ceza Dairesininkini neşretmektedir. Neşredilen bu karardan anlaşıldığına göre, Adalet Bakanlığı da, 5. ve 7. Daireler gibi, İçtihat Birleştirme Kararında azınlıkta kalan görüşe taraftardır. Azınlık görüşü hakkında bir tek kararla yaptığımız bu incelemede azınlık görüşünü iyice anlatamazsak, her halde kabahat bizim değildir.

Çalışmalarımızı güçleştiren bir diğer husus da, İçtihadı Birleştirme Kararında gerekçelerin birer birer hatta numaralanarak gösterilmemiş olmasıdır. Bu hem çalışmayı güçleştirmekte hem de kararların açık ve seçik olmasını engellemektedir. Gerekçeleri numaralı olarak sıra ile yazmanın bir faydası da çelişikliklere yani mantık hatalarına düşülmesini önlemesidir. Gerekçelerin tertipli ve sıralı gösterilmesi, kararın sağlam bir muhakemeye dayandığını gösterir. Mahkeme kararlarının hepsinde gerekçelerin sıralanmasını bugün temin edemesek dahi, İçtihat Birleştirme Kararı gibi çok önemlilerinde bunu pekâlâ yapabiliriz.

2 — Meselelerin açıklanması

Aykırı kararlara yol açan mesele, İnfaz Kanununun 5. maddesinin 5. fıkrasından çıkmıştır. Bu fıkrada «hâkim, hükmettiği para cezasının tahsilini sağlamak üzere hükümlünün... gelirlerinin... bir kısmının... tutularak göstereceği bir mercie YATIRILMASINA veya... hükümlünün mallarına ve haklarına tedbir KONMASINA karar verebilir» denilmektedir. Kanunun ismini açıkça koymadığı ve uzun uzun tarife kalktığı bu tedbirin mahiyetini ilerde araştıracağız (No. 8). Şimdilik, biz de herkes gibi «tedbir» diyip meselemize dönelim. Para cezasının tahsilini sağlamak gayesiyle başvuru olan bu tedbire sonkarardan sonra da Ceza Muhakemesi Kanununun 402. maddesine dayanılarak karar verilebilir mi? İçtihat Birleştirme Kararı «hayır, verilemez» diyor. Girişte belirttiğimiz üzere, 5. ve 7. Ce-

(2) ÇAĞLAYAN (Muhtar): Gerekçeli, notlu ve içtihatlı Cezaların infazı hakkında kanun, Ankara, 1968, s. 95, 119.

za Daireleriyle Adalet Bakanlığı «evet, verilebilir» demişler. Görülüyor ki 3. Ceza Dairesinin görüşü çoğunluğu sağlamıştır.

İlgililer 402. maddeden başkasını düşünmedikleri için ortada tek mesele varmışçasına hareket etmişlerdir. Halbuki iki mesele vardır: 1) Bu tedbire sonkarardan sonra da karar verilebilir mi? 2) Verilebilirse, kim ve nasıl verecektir?

Birinci Bölüm

İNFAZ KANUNUNUN 5. MADDESİNİN 5. FIKRASINDAKİ TEDBİRE SONKARARDAN SONRA DA KARAR VERİLEBİLİP VERİLEMEYECEĞİ MESELESİ

A. Çoğunluğun görüşü

3 — Çoğunluğun gerekçeleri

İçtihat Birleştirme Kararı, meseleyi «verilemez» diye çözdüğüne göre, önce çoğunluğun ileri sürdüğü gerekçeleri görelim:

1) 5. maddenin 5. ve 6. fıkralarının açık olan metninden bu tedbirin hükümlerle birlikte konulabileceği anlaşılmaktadır.

2) İnfaz sırasında bu tedbirin mahkemeden alınabileceğine dair Kanunda bir işaret yoktur.

3) 5. maddenin 9. fıkrası, 6183 sayılı kanuna göre infazdan bahsetmektedir. Bu sonuncu kanun ise kamu alacaklarının korunması için özel hükümler sevketmiştir.

4) Cezaya hükmeden mahkeme takdir yetkisini kullanarak tedbire karar vermemişse, sonradan buna karar veremez.

4 — Çoğunluğun gerekçelerinin tartışılması

1) Birinci gerekçe çelişik ve isabetsizdir. Çelişiktir, zira, bir taraftan maddenin sarıh olduğundan söz etmekte bir taraftan da anlaşılacak tâbirini kullanmaktadır. Anlaşılacak tâbiri, açık olmadığını, fakat zihnî bir ameliye ile bir sonuca varıldığını gösterir. Bunu bir dil yahut kalem sürçmesi kabul etsek bile bu gerekçe isabetsizdir. 5. ve 6. fıkralardan «bu tedbirlerin hükümlerle birlikte konulabileceğinin» anlaşılması, neden sonradan alınamıyacağına delalet etsin? «Ahmet yapabilir» sözünden «Ahmetten başkası yapamaz» mânâsını çıkar-

rabilir miyiz? Böyle bir mânâ çıkarmak için «Ancak Ahmet yapabilir» gibi bir formül gerekmez mi? Kanunda «bu tedbire ancak hükümle birlikte karar verilebilir» yollu bir formül kullanılmadığına göre, yazılıştan bu mânâyı çıkarmağa mantık müsaade etmez.

2) İnfaz sırasında bu tedbirin mahkemedan alınacağına dair İnfaz Kanununda bir işaret olmadığı gerekçesi doğrudur. Fakat bu da sonradan mahkemedan alınamayacağına delâlet etmez. Kanunkoyucu sonradan alınıp alınmayacağı konusunu düşünüp de «hayır, alınamaz» mı demiştir? Kanunda böyle menfi ve sarih bir hüküm yoktur. Hattâ kanunkoyucunun bu konuyu düşündüğünü gösterecek bir belirti dahi mevcut değildir. Görülüyor ki kanunun düzenlemediği bir saha vardır. Kanunda hüküm olmazsa ne yapılır? Başka kanunlara bakılır. Elverişli bir şey bulunmazsa, kanun Hukuk demek olmadığından, içtihatlarla da hukuk normları yaratılabildiğinden (3), yaratma yoluna gidilir. Her halde kanun boşluğundan aksi mânâyı çıkarmakla yetinilemez. Kaldı ki hatalı kanunların bile içtihatlarla düzeltilmesi mümkün ve hattâ lâzımdır.

3) 6183 sayılı kanunun özel hükümleri varken infaz sırasında 402. maddenin uygulanamayacağı yolundaki üçüncü gerekçe ile, biz, dolayısı ile 5. maddenin de uygulanamayacağının ifade edilmek istendiğini kabul etsek bile, bu gerekçenin de varılan sonucu haklı göstermeğe yetmediği mütalâasındayız. Gerçekten, bu gerekçe şöyle bir görüşe dayanmaktadır: «Hüküm kesinleştikten sonra para cezasının tahsilini temin etmek mi istiyorsunuz? Öyleyse 6183 sayılı kanuna başvurunuz». Bu görüş, neticede tahsili sağlamak için bir tedbir alınabileceğini kabul etmekte fakat bunu hâkime değil, idareye bırakmaktadır. Hâkim mi idare mi olsun meselesini ikinci bölümde inceliyeceğiz. Bizi burada ilgilendiren husus, bu gerekçenin, birinci meseledeki sonucu izah için ileri sürülen diğerleri ile çelişik olmasıdır. Gerçekten, ilk iki gerekçede İnfaz Kanununa atıf yapılmakta ise de sonradan tedbir alınamayacağı söylenmişti. Birazdan inceliyeceğimiz dördüncü gerekçede hâkimin takdir hakkından bahsedilmesi de bir daha hiç bir kimsenin tedbir alamayacağını gösterir ki idarenin 6183 sayılı kanuna dayanarak tedbir alabilmesi tezi ile bağdaşamaz.

(3) Tafsîlât için bakınız: KUNTER: s.g.e., s. 342-352.

4) Cezaya hükmeden mahkemenin takdir yetkisini kullanarak tedbire karar vermemesi halinde, aynı veya başka mahkemenin tedbire karar veremeyeceği gerekçesi de isabetsizdir. İçtihat Birleştirme Kurulu, «ancak idare karar verebilir» yollu üçüncü gerekçesi ile bu dördüncü gerekçeyi kendisi çürütmüştür. Hâkimin hükümle birlikte tahsili temin eden bir tedbire karar vermemesine rağmen idare böyle bir tedbire karar verebiliyorsa, bu gerekçe hâkim hakkında da evleviyetle varit olamaz. Kaldı ki hâkimin karar vermemesine rağmen idarenin sonradan karar verebilmesi, hâkimin «takdir» inden söz edilmesinin yersizliğini de göstermektedir.

B. Azınlığın görüşü

5 — Azınlığın gerekçeleri

5. Ceza Dairesinin bulabildiğimiz bir kararında (No. 1), şu gerekçeler ileri sürülmektedir:

1) Tedbire sonradan karar vermek cezayı değiştirmek mahiyetinde olmayıp paranın mahkûmdan alınmasını sağlayacak bir tedbir mahiyetindedir.

2) Tedbir kararının hükmün kesinleşmesinden sonra verilmesinde sakınca yoktur.

3) 5. maddede «Mahkeme gerekli gördüğü takdirde hükmedeceği» ve «hâkim hükmettiği» ibareleri kullanıldığına göre, tedbirin mutlaka mahkûmiyet hükmü ile birlikte konulması şart değildir (Adalet Bakanlığı gerekçesi).

4) İnfaz safhasında dahi karar verilmesine engel bir durum yoktur (Adalet Bakanlığı gerekçesi).

6 — Azınlığın gerekçelerinin tartışılması

1) İnfaz Kanununun 5. maddesinin 5. fıkrasındaki tedbirin, para cezasının hükümlüden alınmasını sağlayacak bir tedbir olduğu, cezayı değiştirecek mahiyette olmadığı (yani bir ceza olmadığı) yolundaki birinci gerekçe isabetlidir. Gerçekten ortada yeni bir ceza yoktur ki «kesin hükümdeki ceza yorum yolu ile aleyhte değiştiriliyor» diye bir mesele çıkarılabilsin. Ortada, sadece, cezanın infazı-

nı tehlikelere karşı koruyacak bir tedbir vardır. Kanaatımızca, tedbirin bu mahiyeti üzerinde durmak ve ihtiyaç duyuldukça alınabileceğini bir iyice açıklamak lâzımdır (No. 8). Tahminimize göre, bu yapılmadığı içindir ki azınlık tezini çoğunluğa kabul ettirememiştir.

2) Tedbir kararının hükmün kesinleşmesinden sonra verilmesinde sakınca olmadığı da doğrudur. Fakat sakınca olmamak, tedbir alınmasını haklı göstermek için yeterli değildir. Her hukukî müessese gibi, bu tedbirin de bir görevi (= fonksiyonu) olmak gerekir. O halde infaz sırasında bir tedbir alınmasına ihtiyaç duyulduğu ve tedbirin bu ihtiyacı karşılamak için zorunlu olduğu belirtilmeliydi (No. 14).

3) Tedbirin hükümlerle birlikte alınmasının şart olmadığına isbatı için, 5. maddedeki «mahkeme gerekli gördüğü takdirde hükmedeceği» ve «hâkim hükmettiği» ibarelerinin kullanılmasına dayanılması sabetsizdir. Bu ibarelerden, bu sonucu mantıkan çıkarmaya imkân göremiyoruz. Netekim şart olduğu sonucu da çıkarılamaz. İşin doğrusu odur ki İnfaz Kanunu yapılırken infaz sırasında bu tedbire karar verilebilip verilemeyeceği meselesi düşünülmemiş ve pek tabii olarak şu veya bu şekilde bir çözüm de getirilmemiştir. Boşluğun diğer kanunlarla ve gerekiyorsa içtihatla doldurulabileceği bir iyice açıklanmalıydı (No. 4).

4) Kararın gerekçesinde açıklanmamış olmasına rağmen, Adalet Bakanlığının yazılı emirle bozdurma isteğinde sözü geçen «infaz safhasında dahi karar verilmesine engel bir durum yoktur» yollu dördüncü gerekçeyi, Dairenin «sakınca yoktur» gerekçesinden ayrı olarak gösterişimiz sebepsiz değildir. Zira bunlar, Dairece aynı şey sayılıp tekrar edilmemiş olsa dahi, farklı şeylerdir. Sakınca olmamağı, biz, kanunun üstüne çıkararak, faraza yeni bir kanun yaparken düşünülmediği gibi, böyle bir hüküm sevketmekte ihtiyaçları en iyi ve en haklı bir şekilde karşılamak gayesi bakımından, bir diğer söyleyişle Yazılı Olmayan Hukuk bakımından sakınca var mı yok mu meselesi olarak kabul ediyoruz. Buna karşılık, engel durum olup olmamasını, Yazılı Hukuk, yani en geniş mânâsı ile Kanun bakımından bir engel olup olmamak meselesi sayıyoruz. Kanun seviyesinde bir araştırma yapıldığı zaman, ne İnfaz Kanununun başka hükümlerinin ne de başka bir kanunun, sonradan uygulamayı engellemediği sonucuna varılır. Görülüyor ki bu dördüncü gerekçe doğrudur.

Fakat isbat edilecek sonuç bakımından yetersizdir. Çünkü, ikna edici değildir. Netekim ne çoğunluğu ikna edebilmiştir ne de bizi. Gerçekten, engelleyen başka kanunî normlar bulunmaması, içtihat yolu ile bir hukuk normu yaratmak için yetmez. İkinci gerekçe vesilesiyle de belirttiğimiz gibi, bir ihtiyacın giderilmesi için böyle bir norma ihtiyaç olduğu belirtilmeliydi.

C. Görüşümüz

7 — Asıl gerekçelerin araştırılması

Meseleyi çözebilmek için bir araştırma yapmamız gerekmektedir. Gerçekten, varacağımız sonucun isabetli olması, yapacağımız araştırma ve incelemenin etrafı ve sistemli olmasına, mantıkî bir silsile takip etmesine, hülasa rasyonel olmasına bağlıdır.

Yukarda çoğunluk görüşünün gerekçelerini inceledik ve niçin kabul edilemeyeceğini birer birer gösterdik. Ancak bunlardan, muhakkak aksi görüşün haklı olduğu neticesini mantıkan çıkaramayız. Bunlar, olsa olsa, ileri sürülen delillerin isabetsiz veya hiç olmazsa yetersiz olduklarını isbat eder.

Yine yukarda azınlık görüşünün gerekçelerini inceledik ve niçin yetersiz olduklarını belirttik. Bunlardan da şu veya bu sonucun doğru olduğu sonucuna varmak mantıkan mümkün değildir.

O halde, para cezasının tahsilini sağlayacak tedbirin infaz sırasında da alınabilip alınamayacağını tayin için, araştırma ve incelemelerimize devam etmemiz ve asıl gerekçeleri aramamız gerekiyor.

8 — 5. fıkradaki «tedbir» in hukukî mahiyetinin araştırılması

Bizce meseleyi çözmede yapılacak ilk iş, İnfaz Kanununun 5. maddesinin 5. fıkrasındaki «tedbir» in mahiyetini araştırmak olacaktır. Eğer kanunkoyucu beş satırlık bir tarif yapacak yerde böyle bir araştırma yapmak zahmetine katlansaydı ve tedbirin mahiyetini bize kısa bir terimle bildirseydi, bugün böyle bir mesele ile her halde karşılaşmıyacaktık.

Bu tedbirin mahiyeti nedir? Prof. Erem bunun anlaşamadığını

söylemektedir (4). 5. maddenin 5. fıkrasını birlikte okuyalım: «Hâkim, hükmettiği para cezasının tahsilini sağlamak üzere hükümlünün ücret, maaş veya mevcut veya müstakbel diğer gelirlerinin yüzde yirmi beşini aşmayan bir kısmını, bunu ödiyecek bir kimse veya müessese tarafından tutularak, göstereceği bir mercie yatırılmasına veya para cezası ödeninceye kadar hükümlünün taşınır veya taşınmaz mallarına, üçüncü şahıslar nezdindeki haklarına tedbir konulmasına da karar verebilir».

İfade sakatlıklarını, Türkçe hatalarını muhakkak farkettiler. Geçelim. Para cezasını düzenleyen bu madde ve özellikle onun bu fıkrası şunu demek ister: «Para cezasını filan ve falan esasları gözönünde tutarak tayin eden ve gerekli görürse, taksitle ödenmesine karar verebilen hâkim, para cezasının tahsilini sağlamak üzere, hükümlünün bir yerden para geliri varsa onu ödiyecek kimseye şu kadarını tut şu yere yatır diye emir verebilir, yahut mallarına ve haklarına tedbir konulmasına karar verebilir.» Hâkimin, taksitle ödetmeden fazla olarak, yapabileceği «şey», size hiç bir «şey» hatırlatmıyor mu? Biraz düşününüz ve biz de size yardım edelim. Haciz kararı veren İcra Memuru ne yapar? O da maaşa, ücrete haciz koymaz mı? Ama haczolunacak miktar İcra Kanununa göre şu orandaymış burada bu orandaymış. Bunun esasa, mahiyete ne tesiri var? Menkul ve gayrimenkul mallarda, alacak ve haklarda İcra Memuru ne yapar? Haczeder. Yani onlarda ilgilinin tasarruf yetkisini kaldırır. Ama orada İcra Memuru, burada hâkim karar veriyormuş. Bunun esasa, mahiyete tesiri var mıdır?

Bu benzerliği gördükten sonra, yine acele bir karar vermiyelim ve araştırmamızı biraz daha derinleştirelim.

9 — Hukukun bütünlüğü

Hukukunun genişleyip dallara ayrılması ve her dalın diğerleri ihmal edilerek, dünyada sanki ondan başka hukuk dalı yokmuşçasına, ayrı ayrı incelenmesi, maalesef çok defa bütünün gözden kaçmasına sebep olmuştur. Doktrin de denilen İlmî Hukukun bu hatası, Yazılı Hukuka da tesir etmiş ve kanunlar da müşterek noktaları çok defa gözden kaçırmışlar ve mahiyeti aynı müesseseleri çok defa gerekmediği halde farklı şekillerde düzenlemişlerdir. Meselâ süreleri ele

(4) EREM: Türk Ceza Hukuku, C. I, 7. bası, 1966, s. 274.

alalım. İlk gün nasıl hesaplanacak? Bunun Medenî, İdarî, Cezaî, Askerî ve Malî Muhakeme Hukuklarında, hattâ Muhakeme - Dışı Hukuklarda meselâ Borçlar Hukukunda, Anayasa Hukukunda farklı olması için haklı bir sebep var mıdır? Elbet yoktur. Ama gelin görün ki kanunlar bunları gerek bizde gerek başka memleketlerde bazan farklı şekillerde düzenlemişlerdir. Düzenleme farklı olmasa da farklı tâbirler kullanmışlardır. Ve bizler bu farklı ifadeden, bazan, konunun farklı düzenlendiği mânâsını çıkarmışızdır (5).

10 — «Tehlike tedbiri» ve iki dalı olarak «Önleme tedbiri» ile «koruma tedbiri»

Aynı kökten gelen ve müşterek noktaları olan müesseselerin gruplar halinde toplanarak incelenmesi ve bu grupların da adım adım üstüne çıkılarak bir tek kökten çıktığını gösterecek şekilde sınıflandırılması, bilimsel bir zorunluktur. Zaten bilim de bir bakıma sınıflandırma demektir. Bu işin güçlüğü meydandadır. Biz, tutma (= tevkif), yakalama, elkoyma (=zabıt) gibi çeşitli tedbirlerin müşterek noktalarını bir araya getirerek İtalyanların «cautela» dedikleri ve bizim «Koruma tedbiri» adını verdiğimiz vasıtanın genel teorisini, daha çok Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından olmak üzere memleketimizde kurmağa çalıştık. Fakat bu vasıtaların ceza muhakemesine inhisar etmediğini, medenî muhakemedeki «ihtiyatî tedbirler» in, İdarî muhakemedeki meselâ «tehir-i icra» tedbirinin de «koruma tedbiri» olduklarını gösterdik (6). Bu münasebetle, 1964 deki ikinci basıdan beri «Koruma Tedbiri» nin «teminat tedbiri» nden farklı olduğunu, bu ikinci gruba girenlerin üzerinde uyuşulmuş veya yargı (= uyuşmazlığı kesip atan âlete benzettiğimiz muhakem kaziye) ile belirtilmiş bir hakkın teminat altına alınması için başvuru haciz ve rehin gibi tedbirler olduklarını söylemekteyiz (7).

Bugün, İnfaz Kanununun 5. maddesindeki tedbir ile İcra Kanunundaki haciz arasındaki münasebeti araştırma dolayısı ile, Hukukun bütününü gözönünde tutarak, bir «tehlike tedbiri genel teo-

(5) Meselâ Anayasa Mahkemesinin 3.7.1964 tarihli kararına bakınız. (RG: 26.11.1964). Bu kararın eleştirilmesi için: KUNTER, s.g.e., s. 302.

(6) KUNTER: a.g.e., s. 413 - 471.

(7) KUNTER: a.g.e., s. 414.

risi» nin ön tasarısını teklif edeceğiz. Bu yolda bir çalışmaya başka memleketlerde de rastlamış değiliz.

Hukuk, tehlikeli halleri gözönünde tutarak bunlara karşı bazı çarelere başvurur. Biz, bunların hepsini «Tehlike tedbiri» (8)) kavramı ile ifade edeceğiz. Bu kavram, bildiğimize göre, yabancı dillerde de yoktur. Bu terimin Fransızcaya «mesure antidanger» diye yaratılacak yeni bir terimle çevrilebileceğini sanıyoruz. Bu münasebetle hatırlatalım ki, tehlike, bir zarar ihtimalidir (9) ve zarar ise hem «sakınca» ya nazaran çok daha dardır (10) hem de umulan, yani temenni edilen iyi bir şey değil, korkulan kötü bir şeydir (11).

Korktuğumuz zararlı sonuca karşı müdafaa vasıtası olarak kullandığımız tehlike tedbirlerini iki grupta toplamanın mümkün olduğunu düşünüyoruz. Gerçekten, tehlike ya uzak ya yakındır. Birinci halde, tehlikeyi önlemeğe çalışırız. İkinci halde, artık önlemek için çok geçtir, yapabileceğimiz şey, kendimizi tehlikeli sonuçtan gecikmeden *korumaktır*. Biz, birincilere «önleme tedbiri», ikincilere

(8) Türkçede, tehlikeyi hesaba katıp, ihtiyaten, ne olur ne olmaz diye alınan her tedbire «ihtiyatî tedbir» dendiği vardır (Meselâ: TOSUN: Ceza muhakemesinde ihtiyat tedbirleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. 1968, sayı 3, s. 15). Fakat bu tabiri kullananlar aslında, her çeşit tehlikeyi değil, sadece yakın tehlikeyi nazara aldıklarından ve ancak gecikmede tehlike halinde uygulanan tedbirleri kastedtiklerinden (Meselâ TOSUN: s.g.m., s. 9), ihtiyatî tedbirle, tehlike tedbirlerinin bir kısmını, bizim koruma tedbiri dediklerimizi ifade etmektedirler. Diğer taraftan «Tehlike tedbirleri» yerine «tehlike tedbiri» dememiz sebepsiz değildir. Hepsinin tek adını ifade etmek istiyoruz. Müşterek mahiyetteki müesseselerin üstüne çıkıldıkça, artık onların tek tek nazara alınmaları devrinin kalıntısı olan çoğunluk edatına da lüzum kalmaz. Netekim bugün suç diyoruz, ceza diyoruz. Düne kadar suçlar, cezalar denilirdi. Keza deliller demiyor, hepsini delil müşterek adı altında inceliyoruz. Eğer Ceza Hukukunda hâlâ emniyet tedbiri yerine emniyet tedbiri denilegeliyorsa, bu, hem eski alışkanlıkla hem de bu müessesenin bilimsel incelenmesinin bugün dahi iyice gelişmemiş olması ile izah edilebilir.

(9) KUNTER: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955, s. 126.

(10) Anayasada (m. 30/2) zarar yerine, türkçeleştirmek gayesiyle, sakınca denilmesi ve gecikmede tehlike yerine gecikmede sakınca tabirinin kullanılması isabetsiz olmuştur. Tafsilât için: KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, s. 416.

(11) Kanunlarımızda pek çok rastlanan «tehirinde mazarrat umulan» tabiri (meselâ, Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 92, 127) bu sebeple isabetsizdir.

«koruma tedbiri» adını vermeyi daha uygun bulmaktayız. Birinciler zararlı sonucun çok önceden yolunu kestiği için daha emniyetlidir. Bu sebeple onlara «emniyet tedbiri» dendiği de vardır. Alacakları sağlama bağladığından, sağlama (= teminat) tedbiri de denilmektedir (No. 12).

11 — Tehlike tedbirleri ve gecikmezlik

Koruma tedbiri ile önleme tedbirinin ayrıldığı birinci nokta, yukarıda temas ettiğimiz gibi tehlikenin çeşidi bakımındandır. Koruma tedbiri adlı vasıtada tehlike ile ilgili önşart «gecikmezlik» (urgence) veya «gecikmede tehlike» (periculum in mora) diye ifade edilir (12). Bu şart tehlikenin yakın olduğunu ve derhal, bir başka söyleyişle gecikmeksizin bir tedbir alınması gerektiğini gösterir. Buna karşılık önleme tedbirinde yine bir tehlike söz konusudur fakat gecikme diye bir mesele yoktur. Sadece, ne olur ne olmaz denilmekte ve ihtiyatlı davranılmaktadır.

Meselâ suç işlenmesi tehlikesine karşı yolların aydınlatılması, polis devriyeleri gezdirilmesi, hâkimlerin gizli kapaklı kötü işler yapmaları tehlikesine karşı duruşmaların açıklığı, hâkimlerin taraf tutmaları tehlikesine karşı yargılama yasağı ve hâkimin reddi dâvası gibi müesseseler önleme tedbirleridir, zira henüz uzakta olan tehlike önlenmeğe çalışılmaktadır. Buna karşılık, suç işlemeleri tehlikelerine karşı akıl hastalarının hastahaneye konulması, başkalarına hastalık bulaştırmaları tehlikesine karşı bulaşıcı hastalık mikrobu taşıdıklarından şüphe edilenlerin karantinaya alınması, yanmak tehlikesine karşı yanan binaya kimsenin sokulmaması, gecikmeksizin alınması gereken tehlike tedbirleri, yani koruma tedbirleridir. Kaçmalarına veya delilleri karartmalarına karşı sanıkların yakalanmaları veya tutulmaları (= tevkif edilmeleri) de keza koruma tedbiridir. Görülüyor ki gerek önleme, gerek koruma tedbirleri teorisi henüz yayılmadığı ve dolayısı ile, önleme ve koruma arasındaki ayrım belirtilmediği içindir ki bugüne kadar önleme ve onun bir çeşidi olan sağlama (=temin etme) ile koruma çok defa birbirine karıştırılmıştır. Meselâ ihtiyatî haczi anlatan hemen bütün yazarlar (13), mal kaçıрма tehlikesinden ve dolayısı ile, gecikmeden ted-

(12) KUNTER: a.g.e., s. 416.

(13) Meselâ ANSAY: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 4. bası, Ankara, 1956, s. 313; KURU: a.g.e., s. 412; POSTACIOĞLU: a.g.e., s. 638; BERKİN: İhtiyatî haciz, 1962, s. 16.

bir almak lüzumundan bahsetmekle beraber gecikmezliği şart olarak açıkça göstermemekte ve ihtiyatî haczin bir teminat veya önleme tedbiri olduğunu söylemektedirler.

Koruma tedbiri ile önleme tedbirinin ayrılmasının önemi, tehlike bakımından farkta kendisini gösterir. Önleme tedbirinde genel ve mümkün her hangi bir tehlike yeterli olduğu halde, koruma tedbirlerinin uygulanması için «derhal müdahale edilmediği takdirde, korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin mevcudiyetini makul surette kabul ettirecek müşahhas ve fiilî unsurlarla beliren bir tehlikenin bulunması gerekmektedir (14). Bir tedbirin koruma tedbiri veya önleme (veya onun bir çeşidi olan sağlama) tedbiri mahiyetinde sayılması bu sebeple önemlidir. Meselâ ihtiyatî haczin koruma tedbiri olması halinde, gecikmeksizin tedbir alınmasını gerektirecek bir tehlike yoksa bu tedbire karar verilemeyecektir. Zira ancak borçlu mal kaçırmak üzere ise tehlike yaklaşmış demektir. Bu takdirde haczedilecek mal dahi bulunamayacak, sadece istiyerek ödeme değil, fakat zorla ödetme de tehlikeye girecektir. Mal kaçıрма teşebbüsü ile meydana çıkan bu yakın tehlikeye karşı derhal korunmak zaruretiyle alınan koruma tedbirine «ihtiyatî haciz» adı verilmektedir (No. 13). İhtiyatî haczin bir önleme (veya sağlama) tedbiri sayılması halinde ise, çok uzak da olsa bir tehlike imkânı ile yetinilebilecektir. Mülkiyet hakkının esaslı surette sınırlandırılmasına yol açan bir tedbirin böyle uzak bir tehlike ile izah edilebilmesini haklı görmeğe imkân yoktur. Uzak tehlike ile yetinmenin bu tedbiri mal kaçırmaya tehlikesine dayamakla bağdaşamıyacağı açıktır.

12 — Tehlike tedbirlerinde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

Yakın olsun uzak olsun bir tehlike göz önünde tutularak alınan tehlike tedbirleri hak ve hürriyetlere farklı şekillerde tesir ederler. Uzak tehlikeyi esas tutanların, yani önleme tedbirlerinin hak ve hürriyetleri sınırlaması da sınırlamaması da mümkündür. Hak ve hürriyetleri sınırlıyan önleme tedbirlerinin en çok rastlanana, para ve benzeri alacaklar bakımından söz konusu olan «sağlama (= teminat) tedbirleri» dir. Önleme tedbirlerinin hak ve hürriyetleri sınırlaması da ya güzellikle ya zorla olur. Meselâ borçlunun ödememesi tehlikesi uzaksa, tenlikeli sonucu önlemek için bir malını rehnetmesini veya kefil göstermesini isteriz. Rehin istiyerek verilir. Kefil is-

(14) FOSCHINI: Sistema del diritto processuale penale. Milano, c. I, 2. bası, 1965, s. 506.

tiyerek olunur. Buna karşılık zor gerektiren ve hak ve hürriyetleri sınırlıyan teminat tedbirleri de vardır. Meselâ haciz bunlardan biridir. Zorla olan sınırlamalara kısma diyeceğiz. Hak ve hürriyetlerin kısılması sonucunu doğuran önleme tedbirlerinin alınabilmesi için tehlike şartından başka «haklılık» şartı da aranır. Yani ancak ortada bir hak varsa onu korumak için hak ve hürriyetlerin kısılması kabul edilir. Hak yoksa, sadece hak iddiası varsa, uzak bir tehlike hak ve hürriyetlerin zorla sınırlandırılmasını haklı kılmaz. Kanun müsaade etse bile bu tedbir haklı olmaz. Zira kanunî başka şey, haklı başka şeydir (15). Misal olarak cebrî teminat tedbirlerinden haczi alalım. Haciz tedbirine borçlunun emre rağmen ödememesi halinde başvurulur. Burada tehlike yakın değildir. Zira isteği ile ödeme yoktur ama, haczedilecek mal vardır. Mallar haczedilip paraya çevrilerek alacağımızı almamız ihtimali mevcuttur. Alacağın ya ilama bağlanması yahut ödeme emrine borçlunun itiraz etmemesi, ederse de itirazın tetkik merciince incelenerek kabul edilmemesi şarttır. Görülüyor ki haciz istiyenin haklı olduğu araştırılmaktadır.

Bir diğer misal, seçtiği intifa hakkı senelik irada tahvil edilen eşin, hakkını tehlikede gördüğü her zaman, diğer mirasçılardan isteyebildiği teminattır (MK 144). Malbirliğinde de karı, şahsî malları dolayısı ile kocasından teminat isteyebilir (MK 201) (16). Bu teminatlar güzellikle verilmezse hâkim emriyle yani zorla verilir. Hâkim bazan talep olmadan da teminat tedbirine hükmeder. Meselâ ana baba, küçüğün mallarının idare ve intifasını gereği gibi yapmayıp tehlikeye düşürürse hâkim teminat verilmesini emredebilir (MK 285). Görülüyor ki cebrî teminat tedbiri için ortada bir hak olmalıdır. Bir hak iddiası yeterli değildir.

Yakın tehlikeyi esas tutan tehlike tedbirlerinin yani koruma tedbirlerinin hepsi hak ve hürriyetleri az çok sınırlar. Bunların bir kısmının rıza ile olması mümkündür. Fakat pek büyük bir kısmında bu sınırlama zorla ve hâkim kararı ile olur. Burada tehlike yakındır. Tedbirin alınmasının gecikmeye tahammülü olmadığından ortada hakikaten bir hak olup olmadığını araştırmaya vakit yoktur. Bunun

(15) Tafsîlât için. Bak. KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, 1967, s. 336, 351.

(16) Bu misalde kanun «her zaman» tâbirini kullanmaktadır. Bunun, karının hakkını tehlikede gördüğü her zaman mânâsına geldiği açıktır. Burada tehlikenin mevcudiyetinin tayini yetkisi karıya bırakıldığı için kanun tehlike kavramı üzerinde durmak ihtiyacını duymamıştır.

içindir ki koruma tedbirlerinin alınması için haklılık şartı aranmaz ve «haklı görünüş» (apparence juridique) (17) ile yetinilir. Bu şartın, meselâ ihtiyatî haciz bakımından, «Hakikate benzerlik karnesi ile iktifa olunmak» diye ve şart olarak değil de hâkimin nasıl karar vereceğini açıklamak sadedinde yani dolayısı ile ifade edildiği vardır (18).

Böylece koruma tedbirleri ile önleme tedbirleri arasındaki ikinci fark da ortaya çıkmaktadır. Koruma tedbirlerinde haklı görünüş ile yetinildiği halde, önleme tedbirlerinde (daha doğrusu bunların cebrî olanlarında) haklılık aranmaktadır.

Misaller dolayısı ile gördüğümüz gibi, haciz de ihtiyatî haciz de tehlike tedbiridir. Ancak haciz bir önleme tedbiri veya onun bir dalı olan sağlama (= teminat) tedbiri olduğu halde, ihtiyatî haciz bir koruma tedbiridir.

Tehlike tedbirlerinin ve onun bir dalı olan önleme tedbirlerinin ve bu arada sağlama tedbirlerinin sistematiğini daha derinleştirmeyi müsait bir zamana bırakıp, bizi bugün yakından ilgilendiren haciz ve ihtiyatî haciz müesseselerini ele alalım.

12 — Haciz

Ödeme emrinin kesinleşmesine rağmen borcun ödenmemesi halinde başvurulmuş haciz müessesesine, özellikle İcra Kanunu ile Kamu Alacaklarının Tahsili hakkındaki 6183 sayılı kanunda rastlamaktayız. Diğer kanunlarda da haciz tabirine rastlamak mümkündür. Fakat yukarıda belirttiğimiz (No. 9) sebeplerle, Hukukun bütünlüğü gözden kaçırıldığından, bunların hakikî haciz olmaması mümkündür. Netekim Ceza Muhakemesi Kanununda bir çok hacizler (meselâ m. 276, 298), hakikî haciz değildir.

İhtiyatî hacizden ayırdedilmesi için kesin haciz veya icraî haciz de denilen «haciz» (saisie), cebrî icranın belli başlı yollarından biridir. İcra ve İflas Kanunu haczi tarif etmemiş, onun istenmesinden,

(17) Tafsilât için Bak. KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, 1967, s. 417. TOSUN (s.g.m., s. 11), görünüşte haklılık dediği bu kavramı, korunacak bir hakkın sabit olmasının aranmaması olarak değil de, tedbirin haklılığı mânâsına aldığı için, gecikmede sakınca ile ayırmada güçlük çekmektedir.

(18) Meselâ; POSTACIOĞLU: İcra Hukuku esasları, İstanbul, 1967, s. 638. KURU: İcra Hukuku, Ankara, 1965, s. 416.

konulmasından, yapılmasından söz etmiş, neticelerini göstermiştir. Haczin en önemli neticesi, borçlunun haczolunan mallarında artık tasarruf edemeyişidir. Haczin diğer neticelerini de kanun göstermiştir: Haczolunan mal ise muhafaza olunur. Üçüncü şahısların istihkak iddialarına itiraz olunursa bu uyuşmazlıklar çözülür. Arada ödeme veya uyuşma olmazsa, alacaklı istediği takdirde mahcuz mal satılır ve alacaklıya alacağı olan para verilir. Haczolunan alacak ise, icra memuru borçlu olan üçüncü şahsa borcunu ancak İcra Dairesine ödiyebileceğini bildirir. Haczolunan diğer bir hak ise, muhafazası için gerekli tedbir alınır. Meselâ işliyecek maaşlar kısmen haczolunduğunda bunu ödiyecek makama, haczolunan kısmı borçluya ödememesi bildirilir.

Kamu alacaklarının tahsili hakkındaki 6183 sayılı kanun da tarif etmediği haczi düzenlemiştir. Ödeme süresi içinde kamu alacağı ödenmemişse, cebren tahsil olunur. Bunun bir yolu da, borçlunun mal bildirilerinde gösterilen veya Tahsil Dairesince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından kamu alacağına yetecek miktarın Tahsil Dairesince haczolunmasıdır (m. 54, 62), bir diğer söyleyişle, borçlunun, alacaklı Kamu İdaresinin muvafakatını almaksızın, hacizli mallarda tasarrufta bulunamaz hale getirilmesidir (m. 73). 6183 sayılı Kanun da istihkak iddiaları, tamamen veya kısmen haczedilemeyecek mallar ve paraya çevirme meselelerini düzenlemiştir. Denilebilir ki, haciz hakkındaki bu hükümler, İcra Kanunundaki hükümlerin biraz muhtasar bir tekrarıdır. Esaslı fark, orada İcra Memuru burada Tahsil Dairesi denilmesi ve orada satış için kaide olarak talep arandığı halde burada aranmamasıdır.

13 — İhtiyatî haciz

İcra ve İflas Kanunu, (icraî) hacizden farklı olarak bir de «ihtiyatî haciz» (séquestre) müessesesini düzenlemiştir. Alacaklının henüz icraî haciz isteme yetkisi yoktur, fakat haciz isteme zamanı geldiğinde mal bulamamak tehlikesi vardır. İşte bu tehlikeye karşı alacaklıyı korumak üzere borçlunun malları ihtiyaten haczolunmaktadır. Alacağın henüz vadesi dahi gelmemiş olabilir. Kanun vadesi gelmemiş alacaklarda hangi şartlar altında ihtiyatî haciz konulabileceğini göstermiştir (İİK 257). Vadesi gelmişlerde sadece alacağın rehinle temin edilmemiş olması şartı açıklanmıştır. Halbuki mües-

sesenin mahiyetinde olan gecikmezlik şartı veya bir diğer söyleyişle gecikme halinde haczedilecek mal bulamama tehlikesinin bulunması şartını kanun göstermeğe lüzum duymamıştır. Her halde ihtiyat tabiri ile bu tehlikenin belirtilmiş olduğu düşünülmüştür.

İhtiyatî haciz adlı koruma tedbirine, Medenî Muhakeme Hukukunda da ihtiyaç duyuldukça başvurulmaktadır. Medenî Muhakeme Kanunu, koruma tedbirlerini «ihtiyatî tedbirler» adı altında düzenlemiştir (m. 101 - 113). Bunların arasında ihtiyatî haciz de vardır. Netekim ihtiyatî haciz de ayrıca düzenlenmişti. Sonradan 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kabul edilirken, İcra Kanunundaki ihtiyatî hacizle Medenî Muhakeme Kanunundaki ihtiyatî haczin aynı şey olduğu görülerek Muhakeme Kanunundaki ilgili maddeler ilga olundu. Halbuki, Muhakeme Kanununda meselâ vadesi gelmiş alacakları için, tehlikeyi gösteren hangi şartlar altında ihtiyatî haciz konulabileceği çok daha tafsilâtlı bir şekilde gösterilmişti.

İhtiyatî haciz ile haciz karşılaştırılırsa, görülür ki aradaki müşterek esaslı nokta, mallar üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması, bir diğer söyleyişle bu mallara Devletin elkoymasıdır. Bu elkoyma müşterek noktası, Ceza Muhakemesi Hukukunda başvuru koruma tedbirlerinden biri olan ve bugün «elkoyma» diye adlandırılan (Any. 16/2) «zabıt» müessesesinin de bir çeşit haciz olduğunu gösterir. Cezadaki elkoyma, bir koruma tedbiri olduğu için, Medenî Muhakeme Hukukundaki veya İcra Hukukundaki «ihtiyatî haciz» e tekabül eder.

Bu karşılaştırma (icraî) haciz ile ihtiyatî haczin ayrıldığı noktayı da bize göstermektedir. (İcraî) haciz için ödeme emrinin kesinleşmesi ve özel alacaklarda ilgilinin istemesi şarttır. (İcraî) haczin mümkün olması ânından önce yapılan bütün hacizler daima ihtiyatî hacizdir. Çünkü ancak gecikmede tehlike böyle bir istisnayı kabule bizi mecbur etmektedir.

14 — İnfaz Kanununun 5. maddesinin 5. fıkrasındaki tedbir

Haciz ile ihtiyatî haczi gördükten sonra, İnfaz Kanununun 5. maddesinin 5. fıkrasındaki tedbire dönebilir ve mahiyetini artık kolayca tesbit edebiliriz.

Beşinci fıkradaki tedbirlerden birincisi, yani maaş, ücret vesair gelirlerin yüzde yirmi beşini aşmayan bir kısmının ödiyecek kimse tarafından tutulması ve gösterilen mercie yatırılması, teferruat

farkları ve icraî veya ihtiyatî olup olmadığı gibi kenara bırakılırsa, hacizdir. İkincisi, yani para cezası ödeninceye kadar hükümlünün mallarına, haklarına tedbir konulması da, aynı kayıt altında, keza hacizdir. Bu haczin, ödeme emri üzerine ödeme yapılmamasından yani (icraî) haczin mümkün olmasından önce yapıldığı için icraî olmadığı, ihtiyatî olduğu da açıktır. O halde, hattâ ihtiyatî tabirinin ilâvesine lüzum duyulmadan, sanığın mallarına ve haklarına «haciz konulabilir» denilebilirdi. İhtiyatî haciz ile elkoyma (= zabıt) mahiyet itibariyle aynı şeyler olduğundan, «elkonulabilir» de denilebilirdi.

İhtiyatî haciz tedbirinin 5. fıkrada düzenleniş şekli bir çok bakımlardan kusurludur :

a) İhtiyaten haczolunacak mal ve hakların birer birer sayılması tehlikelidir. Unutulmuşlar olabilir. İcra Kanunundaki haciz esaslarından ayrılmak için sebep olmasa gerektir.

b) Kanunda gecikmede tehlike şartından söz edilmemiştir. Halbuki bu müesseseyi ancak bu şart haklı gösterebilir. Hâkimin ihtiyarına bırakmakla bu şart gösterilmiş sayılamaz. Hiç olmazsa, «sağlama» (= temin etme) yerine, 6183 sayılı kanundaki gibi «koruma» tabiri kullanılmalıydı.

c) Kanun, hacizden veya ihtiyatî hacizden bahsetmediğinden ve bu bakımdan 6183 sayılı kanuna da atıf yapmadığından, bir çok meseleler yersiz ve gereksiz olarak karşımıza çıkmıştır ve çıkacaktır. Meselâ kararı hangi makam yerine getirecektir? (19) Haczolunamıyan mallar üzerinde de tedbir alınabilecek midir? Tedbir konan malda üçüncü şahıs hak iddia ederse ne olacaktır? Bu mallara evvelce başkaları haciz koydurmuşsa nasıl hareket edilecektir? (20) Tedbir konulan mal paraya nasıl çevrilecektir?

ç) Kanun sadece para cezasına hükmedildiği zaman bu tedbire karar verilebileceğini söylemiştir. Beşinci fıkranın koyduğu hükmün zaman bakımından isabetsizliğini ayrıca inceliyeceğiz.

(19) Tüzük bu işi savcılığa vermiştir (m. 92). Bu işlerde tecrübesi olan İcra Dairesine verilmeliydi. 6183 sayılı kanunun bu işi İcra Dairesine vermemesi de isabetsizdir. Benim alacağımın Devlet alacağı arasında cebren tahsil edecek makam bakımından fark olması için haklı bir sebep ileri sürülebileceğini sanmıyoruz.

(20) Prof. EREM'de bu soruyu sormakta, kanunun boşluğuna işaret etmektedir (Türk Ceza Hukuku, c. I, 7. bası, 1966, s. 274.

15 — Beşinci fıkradaki «tedbir» kararının zamanı

Fıkra, mahkemenin son kararlar (= hükümler) birlikte bu kararı verebileceğini söylemekle yetiniyor. Daha önce ve daha sonra karar verilemeyecek mi? İçtihat Birleştirme Kararı, sadece daha sonra karar verme meselesini, kesinleşmeden sonraki safhaya münhasır olarak çözmüşse de, biz meseleyi bütünü ile ele alacağız.

Sonkarardan önce bu koruma tedbirine ihtiyaç duyulursa, yani sanık mal kaçırmaya teşebbüs ederse, bu koruma tedbirine başvurmamak ihtiyacı karşılamamak demek olur. 6183 sayılı Kanun bunu mümkün kıldığına göre (m. 13), sonkarara kadar 6183 sayılı Kanuna göre idare, hüküm sırasında İnfaz Kanununa göre mahkeme mi karar verir diyeceğiz? Bu sonucun isabetsizliği açıktır. Hükümler birlikte verebilen mahkeme, bu tedbiri hükümden önce de elbet verebilmelidir. «Sonkarardan önce bu tedbiri kabul edip idareye yetki veren hükümler İnfaz Kanunu ile ilga edilmiştir» gibi bir sonuca da varılamaz. Bu koruma tedbirinin cevap verdiği ihtiyaç, sadece sonkarar verildiğinde ortaya çıkmaz. Tedbirin bu mahiyeti onun, ihtiyaç duyulursa, önceden de alınmasını gerektirir (21). Hattâ kanunda açıkça belirtilmese de. Bizce İnfaz Kanunundaki hüküm kıyas yolu ile para cezasını gerektiren suçlarda meselâ mallarını kaçırmaya çalışan sanıklar bakımından da uygulanmalı ve 6183 sayılı kanunun sadece idareye yetki veren hükmü ilga edilmiş sayılmalıdır.

Şimdi artık sonkarardan sonraki zamana, yani İçtihat Birleştirme Kararındaki birinci meseleye gelebiliriz. Bizce burada da mesele basittir. Bu tedbirin gecikmede tehlike şartına dayanan ve bu tehlikenin zararlı sonucuna karşı bizi koruyan mahiyeti, yani koruma tedbiri oluşu, para cezasının ilerde ödenmesinin bugünden tehlikeye girmesi halinde bu tedbirin derhal alınmasını gerektirir. İlerde idarenin icraî haczini beklemeğe vakit yoktur. Gecikmede tehlike vardır.

(21) Netekim 6183 sayılı kanun, para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı dâva açıldıktan sonra her zaman ihtiyatî haciz yapılabileceğini kabul etmiştir (m. 13). Millî Korunma Kanunu da müsadere kararının yerine getirilebilmesini sağlamak için, soruşturmayla başladıktan sonra ihtiyatî hacze imkân tanımıştı (m. 57). Gaipilerin ilerde mahkûm olacakları para cezasının tahsili için de kanunun tabiri ile haciz, fakat aslında elkoymanın bir çeşidi olan ihtiyatî haciz öngörülmüştür (Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 276).

Zaten 6183 sayılı Kanun bu imkânı kabul etmiş ve icraî hacze kadar ihtiyatî haciz konabileceğini kabul etmiştir. İnfaz Kanununun bu imkânı kaldırmak gayesini güttüğünü söylemeğe, tedbirin mahiyeti müsaade etmez. Kaldı ki İçtihat Birleştirme Kurulu, 6183 sayılı Kanundaki koruma tedbirlerinden söz etmekle (No. 3), ihtiyatî haciz imkânını da kabul etmiş olmaktadır.

Bizce bu konuda önemli olan «karar verilebilir mi, verilemez mi» meselesi değil, «kim ve nasıl karar verebilir» meselesidir ki bunu da ikinci bölümde inceliyeceğiz.

İkinci Bölüm

İNFAZ KANUNUNUN 5. MADDESİNİN 5. FIKRASINDAKİ TEDBİRE SONKARARDAN SONRA KİMİN VE NASIL KARAR VERECEĞİ MESELESİ

A. Çoğunluğun görüşü

16 — Çoğunluğun gerekçeleri

1) 402. maddenin açıklığına göre, hükmün bünyesine dahil olması lâzım gelen hususlarda bu maddeye dayanılarak sonradan karar istenmesi ve verilmesi mümkün değildir.

2) İnfaz Kanununun 5. maddesinin 9. fıkrası, para cezalarının 6183 sayılı kanuna göre infaz olunacağını göstermiştir. Bu kanun da para cezalarının korunması için idarî mercilerin yetkili olduğu bazı tedbirler öngörmüştür. Bu hükümler varken, ceza mahkemesinden karar alınamaz.

17 — Çoğunluğun gerekçelerinin tartışılması

1) 402. maddenin, sonkararın bünyesine dahil olması gereken hususlarda uygulanamayacağı gerekçesi doğrudur. Fakat bu gerekçeye dayanabilmenin önşartı, konumuz olan tedbirin bu mahiyette olduğunun, yani hükmün bünyesine dahil olması gerektiğinin sabit olmasıdır. Bu tedbirin ceza olmadığını, koruma tedbirlerinin ihtiyatî haciz adlı çeşidi olduğunu, her gecikmede tehlike olması halinde derhal başvurulması gerektiğini gördükten sonra, esasında doğru olan bu gerekçenin meselemiz bakımından bir değeri olmadığını söylemekte her halde kimse tereddüt edemeyecektir. Kaldı ki, ço-

ğunluk ikinci gerekçesi ile tehlikenin sonradan da ortaya çıkabileceğini kabul etmekle birinci gerekçesini kendisi çürütmüştür.

2) İnfaz Kanununun 6183 sayılı kanuna atıf yaptığı da doğrudur. Yanlış olan, bu atfın zamanının gözden kaçmasıdır. Gerçekten 5. maddeye göre, «ilam» önce savcılığa verilecektir. Savcı ödeme emri gönderecektir. Hükümlü zamanında ödemezse ve malî kudreti müsait değilse, en fazla bir yıl olmak üzere, çalıştırılacaktır. Ücreti para cezasına mahsup edilecek ve yine ceza artarsa, o zaman, savcılık bu artan para cezasının tahsili için mal memuruna müracaat edecektir. Zamanında ödemiye hükümlünün malî kudreti müsaitse derhal malmemurluğuna gidilecektir. Malmemuru da 6183 sayılı kanuna göre parayı tahsil edecektir. Görülecektir ki 6183 sayılı kanuna atıf, sadece malmemuruna müracaattan sonradır. Aykırılığa yol açan meselelerde olduğu gibi, ondan önceki safhalar bakımından bir atıf yoktur. O halde bu gerekçe de, hiç olmazsa malmemurluğuna müracaattan önceki safha bakımından yetersizdir.

B. Azınlığın görüşü

18 — Azınlığın gerekçeleri

İçtihat Birleştirme Kararında azınlık görüşünün gerekçeleri belirtilmemiştir. Azınlık görüşünü benimseyen elimizdeki tek kararda da (No. 1) bu hususta bir gerekçeye rastlayamadık.

Prof. Dönmezer ile Erman da mahkemenin sonradan savcının talebi üzerine tedbir kararı verebileceğini kabul etmekte fakat bir gerekçe göstermemektedirler (22).

C. Görüşümüz

19 — «Sonkarardan sonra» tabirinin açıklanması

Sonkarardan sonra kim ve nasıl karar verecektir meselesini çözmek için, sonkarardan sonra tabiri ile neyi kastedtiğimizi açıklamamız gerekmektedir. Bizce, bu tabire şu üç safha girmektedir :

1) Sonkararın verilmesinden itibaren onun yargılaşmasına bir diğer söyleyişle kesinleşmesine kadarki safha,

2) Kesinleşmeden itibaren infaz işinin savcı elinden malmemuruna geçmesine kadarki safha,

(22) DÖNMEZER - ERMAN: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Umumî kısım, c. II, 3. bası, 1966, s. 728.

3) İnfaz işinin savcılıktan malmemurluğuna geçmesinden itibaren icraî hacizin mümkün olmasına kadarki safha.

20 — Sonkararın yargılaşmasına kadar olan safha

Sonkararın verilmesi ile onun kesinleşip yerine getirilebilir olması yani bizim tabirimizle yargı halini alması arasında az veya çok zaman geçer. Bu arada yerine getirmeden (infazdan) elbet bahsolunamaz. Sanık bu safhada faraza mallarını kaçırmaya teşebbüs ederse koruma tedbiri olan ihtiyatî hacze kim karar verecek? Bizce bu noktada koruma tedbirinin şu veya bu adı taşımasının önemi yoktur. Bütün koruma tedbirleri gibi, İnfaz Kanunundaki ihtiyatî haciz tedbirine de sonkararı vermiş olan mahkeme karar vermelidir. Netekim, meselâ hakkındaki mahkûmiyet hükmü temyiz edilmiş olan sanığın bu safhada tutulması (= tevkifi) gerekirse buna Yargıtay değil (23), esas mahkeme karar verdi (24).

21 — Sonkararın yargılaşmasından başlıyan ve infaz işinin savcı elinden çıkmasına kadar süren safha

Para cezasını ihtiva eden sonkarar yargılaşınca, sıra infaza gelir. Fakat kanunlarımız para cezasının infazını iki ayrı makama vermiştir. Önce savcı, sonra idare yetkilidir. İş savcının elinde iken iki ihtimal vardır:

1) Kendiliğinden ödemiye hükümlünün malî kudreti müsait değildir. Bu takdirde bir seneyi geçmemek üzere çalıştırılacaktır. Ücret cezayı karşılamazsa malmemurluğuna gidilecektir. O da kesinleşmeden en az bir sene sonra zorla tahsil için haciz koyacaktır. Tabii mal bulursa, yani mevcutlar o zamana kadar kaçırılmamışsa. Hükümlünün az da olsa haczedilebilecek malı varsa ihtiyatî hacze bu safhada da başvurulabilmelidir.

2) Hükümlünün malî kudreti müsaittir. Bu takdirde savcı, çalıştırma safhasını atlayıp malmüdürüne başvurmalıdır, zira savcının para cezasını infaz yetkisi, sadece çalıştırma ve ihtiyatî ödemeler bakımından kabul edilmiştir. Hatta daha önce mahkeme tedbire yani ihtiyatî hacze karar vermiş olsa bile ihtiyatî haczi hacze ve paraya çevirmek işi maliyeye verilmiştir (25). Malmüdürlüğüne müracaata ve idarece ihtiyatî haciz kararı alınmasına kadar malların kaçırılması tehlikesi varsa elbet koruma tedbiri alınmalıdır.

(23) EREM: Ceza Usulü Hukuku, 2. bası, 1968, s. 395.

(24) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, 1967, s. 429.

(25) Tenkidi için yukarda 19 sayılı dip notuna bakınız.

Bu tedbire kim karar vermeli? İş savcının elinde diye savcıya vermek, fert bakımından teminatsız olur. Zaten böyle olsaydı kanun açıklardı. 6183 sayılı kanununa göre idarenin yetkili olmakta devam ettiğini söylemek de, elbet mahkemeye nazaran çok teminatsız bir yol tutmak olur. En iyisi, Ceza Muhakemesi Kanununun 402. maddesini kıyas yolu ile uygulamak, yani sonkararı veren mahkemeden karar almaktır. Bu suretle infaz sırasında hâkime düşen işler bir elde toplanacak ve başka memleketlerde çoktan kurulmuş olan «infaz hâkimliği» müessesesinin bizde det emeli atılmış olacaktır.

Kim karar verir meselesi çözülmüce, nasıl karar verileceği de kendiliğinden çözülmektedir. 402. maddedeki makam, elbet 405. maddedeki normlara göre hareket edecektir. Böylece, iddiası, müdafası ve yargılaması (= kaza) ile bir talî ceza muhakemesi (26) yapılacaktır.

22 — İnfaz işinin maliyeye geçmesinden sonra kesin haczin mümkün olmasına kadar süren safha

İnfaz Kanununun 5. maddesine göre hükümlünün malî kudreti olup da kendiliğinden ödemiorsa veya malî kudreti yoksa, çalıştırmadan sonra artan para cezasının infazı için savcı malmemurluğuna müracaat edecek ve o da bu paranın ödettirilmesi için, hapis ile zorlama hükmü ayırık olmak üzere, 6183 sayılı kanunu uygulayacaktır. Bu demektir ki, idare önce ödeme emri gönderecek, mal veya hak bulursa haczedecek ve paraya çevirecektir (m. 54 - 74). İş idareye intikal ettikten sonra, icraî haciz mahiyetindeki «haciz» den önce koruma tedbiri olarak ihtiyatî hacze ihtiyaç duyulabilir. 6183 sayılı kanun buna imkân vermiştir (m. 13). Kimin ve nasıl karar vereceği de elbet 6183 sayılı kanuna göre tâyin edilecektir. Kanunun tuttuğu bu yolun isabetli olup olmadığı ayrı bir meseledir (27).

23 — Sonuçlar

İncelememiz sonunda, vardığımız sonuçları özetlemeğe çalışalım:

- 1) İnfaz Kanununun 5. maddesinin 5. fıkrasındaki «tedbir», İc-

(26) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. bası, 1967, s. 619.

(27) Yukarda 19 sayılı dip notuna bakınız.

ra ve İflâs Kanunu ile 6183 sayılı kanundaki «ihtiyatî haciz» den farksızdır.

2) Gerektiğinde haczedilecek mal bulamama tehlikesine karşı para cezasının korunması için bir vasıta olan «ihtiyatî haciz» e, kesin hacize sıra gelmeden, her tehlike meydana çıkışında başvurulabilir.

3) Gerektiğinde haczedilecek mal bulamama tehlikesi sonkardardan sonra da ortaya çıkabilir. Bu takdirde, kanunlarımıza göre, malmemurluğuna müracaattan önceki safhada ceza mahkemesi, müracaattan sonraki safhada idare yetkilidir.

5) İçtihat Birleştirme Kararı değiştirilmelidir.
