

## GARBİ AVRUPADA BİR ETÜT GEZİSİ

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

### I

#### Mahkemelerin tahkikat kararlarına karşı müracaat yolu ve istinaf meselesi

1 — 1947 yılında Adalet Bakanı Devrin beni dâvaların daha süratle yürümesini temin edecek bir usul kanunu projesi tanzimine memur etmişti. Verilen zamanda, bugüne nispet hem dâvaların daha çabuk, hem daha fazla garanti ile yürümesini temin eden bir proje hazırlamıştım. Bu projede Fransız, Alman, İsviçre, Nöşatel Kanunlarını esas tutarak, yeni değil, daha ziyade mer'î kanunun rasyonel hükümlerini açıklayan, kötü teamülleri düzelten, suiistimalleri önleyen ve yeni bir kanuna lüzum olmadan da mer'î kanun işlenerek kabul edilebilecek hükümler koymuştum.

Bakan projemi saklayamadığı bir sevinçle karşıladıktan sonra, görüşüne inandığı bazı zatların tesiri altında onu çok nazari, gerekçe olarak öne attığım mahzurları hayali olmasa da her halde mübalâgalı bularak kabul etmemişti.

Acaba adalette işi olanların karşılaştıklarını sandığım bu mahzurlar hakikatte yoktu da bana mı öyle geliyordu? Yoksa, bu mahzurlar hakikaten vardı da salâhiyetli mahfilde mi bilinmiyordu? Bu ciheti tahkik maksadile Bakandan yurd içinde bazı mahkemeleri dolaşarak ilmi usul kaideleri tatbik edilmemesi neticelerini ve ihtiyaçları tesbit için müsaade istedim. Bakan bu isteğimi cazip bularak derhal kabulde tereddüd etmedi.

Bakan Bursa mahkemelerinde incelemelerimi müteakip verdiğim ilk raporu çok enteresan bularak diğer il mahkemelerine de şümüllendirmemi rica etti.

İstanbul civarı ve İzmir mahkemelerinde de incelemeler yaptım.

Memleket içi incelemelerim sırasında Bakan Devrin çekildiği için ikinci ve mufassal raporumu kritik mülâhazalara yer vereceği ümidile

*Pratik Hukuk Usulü Muhakemesi ve Islâhı Çareleri* adıyla bastırıp bir nüshasını yani Bakana, bir nüshasını da Müsteşarına gönderdim. Müsteşarın teşekkür mektubundan şahsen raporuma ilgi gösterdiğini istidlâl ettim. Fakat, o vakitten beri raporumda bahis konusu ettiğim meseleler münakaşa dahi edilmediğine göre, büyük sıkıntılarla mahkeme mahkeme dolaşarak incelemeler yapmam memleket bakımından faydalı olmamıştır. Amma, benim şahsen bu tetkik gezisinden ettiğim istifade çok büyük oldu.

Mahkeme dosyalarını inceleyerek gördüğüm tablolar teorik bakımdan kabul edilen mahzurların pratikte tamamen, hattâ fazlasile bulunduğu hakikat tasavvur ettiğimden daha ileri olduğu kanaatini verdi.

İspinozanın «mümkün olan her şey bizzarure vakidir» sözünü tetkikatım sırasında hatırladım.

Bu incelemelerim sırasında kendilerile münakaşa fırsatını bulduğum bazı aydın hâkimler bana yeni ve kıymetli fikirler de ilham ettiler.

Projemde en çok göze batan nokta, mahkemelerin işlerini çıkmaza sürükleyen, sonu gelmeyen zamana tâlik eden kararların başyargıç adını verdiğim bir makama müracaatla iptal ve islâhı istenebilmesi idi. Bu yol, az çok farkla, Almanyada, Fransada kabul edilmiştir. Alman ceza usulünden alınan Türk Ceza Usulü Kanunu da tahkikat kararlarına itiraz yolunu kabul etmektedir.

Projem tahminime göre, tetkik olunmadığı için muhtevassından bahis edilmedi. Yalnız, ele itiraz meselesi alınmıştı. O kadar aleyhte söylendi ki, ben bile onun pratik faydasından şüpheyeye düştüm.

1948 yılında Almanyaya giden Asistanım N. Berkinden Profesör Şönkeden bu mevzu üzerinde bir etüt istemesini rica etmiştim. O bu etüdü aldı. Ancak etüt nazarı ve esasa müteallik olmaktan ziyade, Alman kanunu bakımından enteresan olduğu için konu üzerinde esas bakımdan şüphelerim kalmıştı.

Dünyanın her yerinde her zaman en çok şikâyetler Adliyenin aksaklığından olmuş, halk daha iyi, daha çabuk, daha az masraflı Adalet diye bağırır, partiler halkın bu dileklerinin tatminini ön plâna almışlardır.

Yeni hükümetimizin Adliyeye lâayık olduğu ehemmiyeti vereceğine kanaat ettiğim için, bir de yabancı memleketlere seyahat ederek hiç olmazsa projemin en çok hayali ve mahzurlu sayılan itiraza dair noktası hakkında salâhiyetli gördüğüm zevat ile fikir teatisile şahsen kanaat edinmeğe karar verdim. Üniversite istediğim izni vermeye tereddüt etmedi. Şimdi de edebildiğim istifadeleri tatbika çalışmak, masrafları heba etmemek Adalet Bakanlığına düşer.

Peşinden tayin edilmiş bir konu için kısa bir etüt gezisi çok faydalı olabilirdi. Bilinen esasların yabancı muhitlerde tatbikatı görülmesinin, tatbikatçılar ve profesörler ile fikir teatilerinin, kütüphanelerinde bulunan piyasadan kalkmış bazı önemli eserlerin etüt edilmesinin faydaları ihmal edilemez.

Garbi Avrupada incelemelerimde umduğum kadar istifade edemedimse de, itiraz meselesinden başka derhal tatbiki kabil veya hiç olmazsa tecrübeye değer bazı şeyler öğrendim.

İlim nice faydasız kalmış masraflar ve zahmetler göze alınarak gelişmektedir. Bunca füzulî kalan masraflar, boşa giden yorulmalar olmasaydı ilim ilerleyemezdi. Pariste Nafia müzesinde teşhir olunan müstakbel bir liman projesinde bir tesisat dikkatimi çekmişti. İzahat istediğim rehber bana bu projenin terk edildiğini söyledi. Demek, projenin istilzam ettiği büyük masraflar sonradan anlaşılan faydasızlığı itibarile tamamen boşa gitmişti. Bu mülâhaza benim için bir teselli vesilesi olmuştur.

Garbî Avrupa etüt gezilerinde ettiğim istifadeyi bir kaç makale ile meslekdaşların tenkit nazarlarına arz etmeği muvafık mülâhaza ettim.

\* \* \*

Ankete Fransanın Bourges İstinaf Mahkemesi birinci başkanından başladım. Bundan sonra, Straburg Asliye Mahkemesi birinci başkanile konuştum. Strasburg 1914 Umumî Harbinden sonra Almanyadan ayrılarak, Fransaya ilhak edilmiştir. Strasburg Mahkemesinde Fransızlar Fransız Usul Kanununa daha çok üstün olan Alman Usul Kanununu tatbik etmektedirler. Bu mahkemelerin verdiği kararlar Kolmar İstinaf Mahkemesinde istinaf edilir. Bu sebeple, Strasburg mahkeme başkanının mütalâası benim için kıymetli olacaktı. Daha sonra Almanyada Freiburg Hukuk Fakültesi Medeni Usul Profesörü Schönke ile uzun bir konuşma yaptım. Nihayet küçücük bir devlet olan Monaco Prenslığı Mahkemesi başkan muavini ile münakaşalar yaptım.

Alman Kanunu tatbik etmesi itibarile Strasburg Mahkemesi başkanı ile itiraz meselesi üzerinde mülâkatım daha enteresandı, onun mütalâası Bourges Mahkemesi başkanının görüşünü cerh etmiyordu. Monaco Mahkeme başkan yardımcısının mütalâası da aşağı yukarı aynı idi. Schönke'nin beyenatı ise Strasburg mahkeme başkanının beyanatını sadece tamamliyordu. Lüzumsuz tekrarlamalardan kaçınmak için yalnız Strasburg Mahkeme başkanile konuşmamızı sual cevap şeklinde hülâsa ediyorum. Bundan sonra Schönke'nin verdiği tamamlayıcı izahatı kayıt edeceğim.

## 2 — Fransada Bourges, Strasburg ve Monaco mahkeme başkanları ve Profesör Şönke ile mülakat .

Fransada Adliye tatili 1 Ağustosta başlayarak iki ay sürmektedir. Binaenaleyh, Fransada üzerinde durduğum noktalar hakkında etüdümü 10 günlük kısa bir zaman içinde neticelendirmek mecburiyetinde idim. Bu sebebin de inzımanı ile tahkikat kararlarına itiraz meselesi hakkında etüdü ilk olarak Paris yolu üzerinde Bourges istinaf mahkemesinde yapmayı muvafık buldum. Pek büyük bir şehir olması bakımından Paris mahkemelerinde kısa bir müddetle etüt çok faydalı olmayacaktı.

Bourges Fransa Cher ili merkezi olup Parise 232 kilometredir.

Bourges Adalet sarayı bir kura açılan ikişer katlı dairelerden mürekkeptir. Kura açılan her kapının üzerinde bina içindeki odaların tahsis edildiği cihet bir tabloya yazılmıştır. Fransanın her şehrinde resmî dairelerin kapılarında bu çeşit tablolar bulunmaktadır. İstinaf mahkemesi birinci reisine odacısı ile kartımı gönderdim. Başkan beni nezaketle kabul etti. Kendisile evvelâ istinaf mahkemesinin umumî çalışmaları üzerinde, sonra asıl etüt mevzuum olan mesele üzerinde görüştüm.

\* \* \*

İstinaf mahkemesi birinci başkanile mülakatımın neticesi :

### I. Mütehassıs hâkim mi, âlim hâkim mi ?

Bourges istinaf mahkemesi tek dairesel olup hem hukuk, hem ceza işlerine bakmaktadır. Binaenaleyh, Fransada mütehassısdan ziyade, âlim hâkim sistemi kabule mazhar olmuştur.

Bu gün dünyanın gidişi mütehassıs değil, âlim hâkim sistemine doğrudur. Orta zamanda bilâkis mütehassıs hâkim politikası revaçta idi. O zamanlarda meselâ ticarî işlere bakmak üzere bir ticaret mahkemesi kurulduğu gibi, diğer bazı muayyen işlere bakmak üzere de çok sayıda hususî mahkemeler kurulmuştu.

Mütehassıs hâkim mahdüt işlere baktığı için mevzua ait kanunları, emsal kararları çok iyi bilir. Bunların önünde muhakeme olacak tarafların istinat edebilecekleri kanun, nizam, içtihatları bilmelerine, anlatmalarına lüzum yoktur. Hâkim hükmedeceği meselede tebellür etmiş fikri olduğu için düşünmeden çabucak ihtilâfı çözebilir. Mütehassıs hâkim lehine sürülebilen bu fayda gerçekte sistemin mahzurudur.

Hukuk insanların ihtiyaçlarını tatmin, onlara huzur, işlerinde inkişaf temini için hükümler kor. İnsanların ihtiyaçları her şey gibi mütemadi değişmelere, tekâmüle maruz bulunduğu için bir kanunu yapanların, veyahut bir zaman tatbik etmiş olanların iradesini şaşmaz halde tutmak hakikatte ihtiyaçların tatmin edilememesi neticesini doğurarak halkın adliyeden şikâyetini mucip olur. Mütehassıs hâkim, mevzuu çok iyi bildiği için önünde avukatların ne parlak sözleri, yorularak yapacakları etütler halkın ihtiyaçları bakımından verecekleri izahat en hafif şeklinde dinlenmez. Sözü cazip, ilmi yüksek, tecrübesi fazla bir avukatla, bilgisi az bir avukat arasında fark hiç kabilinden kalır. Genç avukat bir zaman ümitlerle mütehassıs hâkimler önünde meseleleri münakaşa ettikten sonra, faydasızlığını anlayarak emsal karar bulup hâkime arzetmesini daha az yorucu, daha pratik bulur.

Kısaca, hâkimlerin muayyen bir hukuk branşından ziyade bütün içtimaî münasebetlere şümüllü bilgileri olmasını temine çalışmak daha rasyoneldir.

Bizde istinaf mahkemesine aleyhtar olanların bir az haklı olarak ileri sürdükleri mahzurlardan biri 63 ilde biri hukuk, diğeri ceza, ticaret, ahkâmı şahsiye olmak üzere bir kaç daireden mürekkep teşkil edilecek 200 e yakın istinaf mahkeme dairelerine 3 erden 600 e yakın hâkim tayini Adalet bütçesinin kaldıramıyacağı bir miktar masrafı iltizam etmesidir.

Bourges da olduğu gibi aynı mahkeme hem hukuk, hem de ceza, hem ahkâmı şahsiye ve ticarete bakarsa hâkim miktarı yarı yarıya düşecek, her il için değil de, bir çok iller için bir istinaf mahkemesi teşkil edilirse mahzur üzerinde durulamayacaktır. Bundan sonra, pek çok ilde tek kalabilecek istinaf mahkemesinin bütün işleri başarabilmesi için iş hacmi nasıl azaltılacağı gelir. Bu husustaki mütalâalarımı Adalet Bakanlığına 1949 yılında sunduğum İstinaf ve Temyiz Kanunu tasarı-sında göstermişim.

## II. Bourges İstinaf mahkemesi teşkilâtı.

Bourges İstinaf Mahkemesi bir birinci başkan ile bir daire başkanı, 4 azadan mürekkeptir. Birinci başkan veya daire başkanı iki aza ile mahkemeyi teşkil ederek önemsiz işleri neticelendirmektedir. Bu mahkeme böylece azadan biri mezun değilse iki daire olarak çalışmaktadır. Bir daireye birinci başkan ötekine de daire başkanı başkanlık ediyor. Temyizden nakzen gelen bir iş mutlaka dairesinin bütün azalarile kurulan heyet tarafından karara bağlanmaktadır. Bu mahkemeye daha fazla

miktar aza tayin edildiği de vakidir. O halde bütün azalar muhakemeye iştirak ederler.

İstinaf dosyaları bir kaç kâğıttan ibaret. Başkan bana bir kaç dosya gösterdi. Bunda tarafların dilekçe ve cevaplarile neticei talepleri bir de Asliye Mahkemesinin kararı vardı.

Prensip itibarile, tarafların verdikleri şifahî izahat zapta geçmemektedir. Taraflar sübut delillerini avukatlar vasıtasile birbirlerine tebliğ ediyorlar. Avukat hasmın inkâr ettiği maddi ve müşahhas bir vakıayı isbat için lüzum gördüğü vesikayı dosyaya koyuyor. Hükmü müteakip vesika ibraz eden tarafa iade olunuyor.

Prensip itibarile hâkim tarafların yazılı iddia ve müdafaasını esas tutarak sözlü beyanlarile tenevvür ettikten sonra hükmünü vermektedir.

İstinaf birinci başkanı lâyhalar haricinde söylenen sözleri dikkatle dinlediğini, fakat hükmüne esas tutmadığını söyledi. Gerçekten, şifahî izahatın gayesi yazı ile tesbit edilen esası hâkimin iyice kavramasına yardım etmektir. Nasıl ki kitabı okuduktan sonra muhtevasını hocanın ağzından dinleyen talebe onu daha iyi anlarsa hâkim de avukatın şifahî izahatını can kulağı ile dinleyecek onun lâyhasında yazılı esasları iyice kavrar. Hocasının sözlerine, jestlerine dikkat edecek yerde not tutmağa çalışan, sonra da mevzuu nottan öğrenmek isteyen talebenin başarısı ne kadar azsa, doğru veya yanlış, tamam veya eksik zabıtlardan hakikati anlamağa çalışan hâkimin de başarısı o kadar az olur. Bir talebe gibi, hâkim için de ideal olan, yalnız bütün esaslı noktaları ihtiva edecek, haşıvden âri lâyhaları dikkatle okuduktan sonra avukatı iyice dinleyerek hâdisenin icabatını ve istilzam ettiği hükmü bulmasıdır. Hâkim, icap ediyorsa, suiistimali önlemek için avukatın söz söyleyeceği saati tahdit etmelidir.

Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, lüzumsuz evrak ile dosyalar şişirilerek hâkimin tetkikatı güçleştirilmemesi için, tahkikat hâkimine tetkike şayan bulmadığı evrakı ibraz edene iade edebilmek salâhiyetini vermiştir. m. 242. Bizde çokluk tatbik edilmeyen bu madde Bourges da istinaf başkanının sözlerinden anlaşıldığına göre önemle tatbik edilmektedir.

Asliye Mahkemesinin kararından sonra vesikalar taraflara iade edileceğine, ve dâva zaptı da gayet kısa olduğuna göre, istinaf dosyaları bir kaç yapraktan ibaret kalmakta, böylece mahkemenin incelemeleri son derece kolaylaşmaktadır.

Fransada istinaf mahkemelerinde de dâvalar *avoué*'ler (tarafları temsil eden bizdeki avukat) vasıtasile açılmakta ve takip edilmektedir.

İstinaf arzuhalini ve cevap lâyhalarını onlar imzalamakta, mahkemede taraflar namına onlar hazır bulunmaktadırlar. Doğrudan doğruya tarafların dâva açmak salâhiyetleri yoktur.

İstinafta da mecburi olarak avuellerin tavsit edilmesi masrafları biraz çoğaltacağı muhakkaktır. Fakat, bu usul evvelâ tarafları istinaf mahkemesinin bulunduğu yere kadar gelmek zahmet ve masrafından kurtararak masrafı azaltır, sonra, avukat mahkemede lüzumsuz izahata girişmeden asıl can alacak noktalar üzerinde durup izahat vereceği için hâkime işi uzatmadan, vakit kayıp etmeden avukatın çalışmalarından, izahlarından faydalanarak kararını vermek imkânını temin eder.

Tecrübeler gösteriyor ki, şahsen dâvalarını takip edenlerin bir haylısı lüzumsuz mukaddemeler ve tafsilâtlarla mahkemeyi işgal ettikleri halde, asıl ehemmiyetli olan noktaların izahını ihmal ediyorlar. Hâkimin uzun tafsilâtı dinlemeğe, işin ehemmiyetli noktalarını görmek için uzun sorgulara bir avukat kadar vakti yoktur. Bazı avukatların belki işleri çok olduğu için iş sahipleriyle esaslı görüşmemeleri, onları iyice dinleyememeleri mümkündür. Bu halde, müekkile tavsiye edilecek şey işi az olan bir avukat aramasıdır.

### III. Tahkikat kararlarına itiraz - Başyargıçlık.

Bourges İstinaf Mahkemesi başkanile bundan sonra mahkemelelerin tahkikat kararlarına karşı itiraz yolu hakkında fikir müdavelesinde bulundum. Başkanla ne konuştuğumu anlatmadan önce, bu mevzu üzerinde ne için bu kadar durduğumu anlatmak gerekir.

Halen, Türk hukukunda, mehazı olan Nöşatel kanununda olduğu gibi, mahkemelerin tahkikat kararlarına karşı esasa hüküm verilmedikçe müracaat edilecek bir yol yoktur. Taraf ya mahkemenin dâvanın tahkiki için lüzumlu saydığı hakikatte ise hiç bir faydası olmadığı halde işi uzattığı besbelli, kararına boyun eğmek, yahut iddia veya müdafaasından vaz geçmek mevkiindedir. Canlı iki misal :

Dâvacı, hastayım yaz için Erenköyünde evimde oturmağa muhtacım diye kiracı aleyhine tahliye dâvası açıyor. Mahkeme dâvacının sıhhi vaziyeti Erenköyde oturmasını icap ettirecek kadar bozuk olup olmadığını anlamak için seçtiği 3 doktor u (bilirkişi) dâvacıyı muayeneye memur ederek her birine 50 şer lira, ayrıca kendi ve kâtibi için keşif ücreti tayin ediyor. Tıbbî muayeneler esasen sıkıcı ve ücret dâvanın tahammülünden fazla, doktorların mütalâaları ister istemez indî olduğu ve rapor gelinceye kadar zaten mevsim geçeceği için dâvacı dâvasından vazgeçmeği tercih etmiş. Ne gibi vaziyetler bir adamın yazı Erenköyünde geçirmesini

zaruri kılar. Bu vaziyet bilindiğine göre, doktorlar acaba dâvacıyı o durumda bulacak mı ? Bu noktaları tayin için hiç bir objektif kıstas olmadığına ve olamayacağına göre, nihayet mesele doktorların fantazileri ile çözülmek lâzım gelecektir. Dâvacının sıhhi vaziyetini anlamak için hakikaten üç büyük doktora muayene ettirilmesine ihtiyaç var mıdır ? Her zayıf ve yorgun adamın hasta olmasa bile, sayfiyeye ihtiyacı tabii değildir ? Dâvacı bu itirazları ileri sürmekte kendini haklı bulmaktadır. Fakat, o bu itirazını dinletecek merci bulabilmek için muhakemenin bitmiş, yani iş işten geçmiş olması lâzımdır.

Diğer bir hâdisede de dâvacı mesken ihtiyacını ispat için kuvvetli veya kuvvetsiz itimada değer veya değmez deliller getirmiş, bunlara nazaran iddiası kabul veya reddedilmek zaruri. Fakat, mahkeme dâvalının Atınada bulunan iki şahidî dâvacının mesken ihtiyacı olmadığını bildiği beyanı ile onların da dinlenmesi teklifini kabul ederek istinabe yoluyla dinlenmesine karar vermiş. Hakikatte, bu karar dâvanın reddi demektir. Hâkim doğrudan doğruya iddiayı reddetmiş olsa idi dâvacı temyiz yolu ile kararın doğru olmadığını anlatabilecekti. Fakat, taraf, mahkemenin takdirine tâbi olan meselelerde şahit dinletmesi bir hak olmadığını, dâvanın uzamaması için tedbir almağa mecbur olan hâkimin dâvayı geciktirmek açık maksadile ne bildikleri belli olmayan şahitlerin dinlenmesine karar verilemeyeceği itirazını esasa karar verilmedikçe ileri sürebileceği bir merci yoktur.

Projemde, mahkemelerin dâvayı çıkmaza sürükleyen, sonu belli olmayan müddetle tâlik ederek dâvacıyı haksız sulhe mecbur eden kararına karşı bizde istinaf yolu olmadığından, ve Yargıtayın da işleri baştan aşkın bulunduğundan, bütün veya bazı il merkezlerinde bir başyargıçlık makamı teşkil ile yalnız bu kabil kararların ve kanunlarca tasrih edilecek diğer bazı ara kararların itiraz yolile bu mercilerce tetkiki lüzumunu ileri sürdüm. Başyargıç ilk hâkimlerin lüzumsuz yere işi geciktiren ara kararlarını müracaat üzerine islâh ederek onlara dâvaya devam emrini verecek, veyahut itiraz edilen ara kararını bozarsa ve dosyaya nazaran artık yeni bir tahkikata lüzum kalmadan derhal esasa hüküm verebilecek ise, veyahut ilk hâkimin tarafsız olarak muhakemeyi sevk ve idare etmesinden ciddi bir şüpheye düşerse doğrudan doğruya derhal esası da hüküm altına alarak işi bitirecektir.

Tahkikat kararlarına karşı açılmasını teklif ettiğim itiraz yolu büsbütün yeni değildir. İtiraz Ceza Usul Kanunile de kabul edilmiş ve kimsenin itirazına hedef olmamıştır. Alman Medenî Muhakeme Usul Kanunu hukuk işlerinde de itiraz yolunu açmıştır. Fransız usulünde



umumi olarak tahkikat kararlarına itiraz yolu yok ise de mahkemenin reyini ihsas eden ara kararlarının istinafi kabul olunmaktadır.

Almanyada, ve Fransada asliye hâkimlerinin kararlarını islâh edecek bir başarıklık olmayıp bu vazife istinaf mahkemelerine verilmiştir.

\* \* \*

Birlikte komisyon halinde prejemi incelediğimiz Yargıtayın iki başkanı ve vaktin Adalet Bakanı Hukuk İşlerinde de itiraz yolunun açılması hususunda benimle hem fikir olmuşlardı. Fakat, sonra Bakanın itimadına mazhar olan bazı zatlar bu yolun mahzurlarından bahsettiler. Mahzur olarak gösterilen ve üzerinde durulabilecek biricik nokta itiraz yolunun işleri daha fazla geciktirmesi idi, ikinci mahzur ise meşhur «bizde gitmez» formülü idi.

Teklif ettiğim itiraz yolu, Alman kanununda olduğu gibi, mahkemenin bütün değil, yalnız işi geciktiren, talik eden kararlarına karşı açılacağı için ben şahsen bu mahzuru görmüyordum. Bakan nihayet otoritesile bu teklifimi son projeye koydurdu. Kendilerile görüştüğüm ve meseleyi bütün çıplaklığıyla anlattığım avukatlar lehinde bulundular, hâkimler ise daha ziyade menfi bir cephe aldılar, veyahut tereddütle karşıladılar. Bu zıt fikirler karşısında tekrar düşündüm; nihayet teklifime kanunlarını esas tuttuğum devlet mahkeme başkanlarıyla ve profesörlerle görüşerek kanaatlerini öğrenmek ihtiyacını duydum.

#### Strasbourg mahkeme başkanile görüşme :

S. — Asliye Mahkemesinin işi geciktiren tahkikat kararı istinaf edilmesi halinde dosya bu mahkemeye sevk edileceğine göre dâvanın intacı bu yüzden fazla gecikmez mi ?

C. — Tahkikat kararlarını istinafen inceleyen mahkeme dâvanın esasını değil, yalnız ilk mahkemenin kararlaştırdığı tahkikat dâvanın aydınlanması bakımından faydeli olup olmadığını araştıracaktır. Bu basit bir incelemedir. İstinaf Mahkemesi Asliye Mahkemesinin emrettiği tahkik tedbirini nihaî karara tesiri bakımından faidesiz görüyorsa günü güne iptal ederek muhakemeye devam emrini vereceğinden iş uzamaz. Tatbikatta, bu yüzden dâvaların uzadığı dikkat nazarımı çekmemiştir. İtiraz yolu mahkemenin yalnız dâvanın yürüyüşünü durduran kararlarına karşı açılmış bir yol olduğu için iş asliye mahkemesinde zaten yürümektedir. Mahkemenin kararından istinaf olunduğu için dönerek talik ettiği işi yürütmesi ihtimali ise pek azdır.

Not : İtiraz istidası doğrudan doğruya kararı vermiş olan mahkemeye verileceğinden bu mahkeme, itiraz arzuhalinden itiraz ettiği tahkik tedbirini dâvanın aydınlanması bakımından faydasız bulursa arzuhali istinaf mahkemesine göndermeyerek kararını doğrudan doğruya kendisi geri alabilir. Eğer bu mahkeme itirazı inceledikten sonra kararını geri almıyarak muhakemeye devam etmezse iş zaten talik edilmiş vaziyetinde olur. Dosya istinaf mahkemesine, benim projede başyargıca gönderilir. Bu halde başyargıç kararı bozarsa işi bir gün evvel intaç imkânı olur.

S. — Asliye mahkemesi istinaf mahkemesinin bir tahkik tedbirini incelemeğe lüzum olmadan dâvaya devam kararını dinlememesi halinde ne gibi bir müeyyide tatbik olunabilir.

C. — Bir asliye mahkemesinin istinaf mahkemesi tarafından ittihaz olunan karara karşı ısrar ettiğini duymadım. İstinaf mahkemesinin tahkik tedbirinin değiştirilmesi hakkındaki kararlarına müeyyide tatbiki lüzumu hissedildiğini zannetmiyorum.

S. — Asliye mahkemesi istinaf mahkemesinin lüzumsuz saydığı bir tahkik tedbirini inceleyememesi sebebiyle tenevvür edememişse esas hakkında nasıl karar verecektir. Bu mahkeme vicdanına aykırı bir karar vermeğe mecbur mudur ?

C. — Bence, mesele basittir. Asliye mahkemesi istinaf mahkemesinin lüzumsuz addetmesi sebebiyle inceleme fırsatını bulamadığı vasıtayı tabii olarak yok farzedecek, ibraz ve ikame olunan diğer delillerden de doğruluğuna kanaat edemediği iddia ve müdafaayı tabii olarak reddedecektir. Hale göre bu vasıtanın tetkiki zarureti var idise verilen karar yanlıştır. Yargıtay bu sebeple esas kararı bozar.

Not : Haddi zatında istinaf mahkemesi bir tedbiri lüzumsuz addetmiş ise, tabii olarak bu tedbirden kat'ı nazar dâvanın haline göre verilmesi gereken kararı kanuna uygun bulacaktır.

S. — İstinaf mahkemesinin kararına uyarak dâvayı normal hızla yürütmeyen, veya şahsî kanaatini ileri sürerek açıkça tedbirini geri almayan hâkim aleyhine hukukî mesuliyet dâvası açılabilir mi ?

C. — Evet, hâkimin bozulan ara kararında ısrar ile esas hakkında kararını geciktirmesi ihkakı haktan imtinadır. Türlü bahanelerle hakkı ihkaktan imtina eden hâkim aleyhine hukukî mesuliyet dâvası açılabilir.

Not : Hukuk Usul Kanunumuzun 574 üncü maddesine göre, hâkimin «bir takım vahi özürler beyanile hakikaten suikattan naşı» başladığı bir

dâvaya «devam» etmemesi de mesuliyetini mucip olur. Suikasıt objektif olarak takdir edilmek lâzım geleceği için, istinaf kararına karşı gelerek dâvanın neticesini geciktiren bir hâkimin suikasıtını kabul etmek zarureti kabul edilebilir.

S. — Hâkim bir tarafı gizli himaye maksadile istinaf mahkemesinin kararına uymakla beraber lüzumsuz başka bir tahkik tetbirile gene işi uzatır, veya uzatmasından korkulursa onun himayekâr hareketlerini önlemek için bir tedbir düşünülemez mi ?

C. — Şimdiye kadar böyle bir vaziyetle karşılaşmadım.

S. — Türkiyede de böyle bir vaziyet bahis mevzuu olduğundan haberdar değilim. Fakat, teorik bakımdan bu mümkündür. Çünkü, hâkimler de insan olduğu için hislerine kapılmaları ihtimal harici değildir. Her mümkün olan şeyi vaki farzederek ona göre tedbir alınması doğru değil midir ? Bu hususta, şahsî kanaat ve mülâhazalarınızı öğrenebilir miyim ?

C. — Doğrusu, şimdiye kadar bu noktayı düşünmedim.

S. — İstinaf mahkemesi asliye mahkemesince ittihaz edilmiş bir tetbirin lüzumsuzluğuna karar vermesi tarafın da asliye mahkemesinde iddia ve müdafaalarını serdetmiş olup başkaca tahkikata lüzum görülmemesi halinde, doğrudan doğruya esas dâvaya el koyması, hattâ Fransız kanunundan farklı olarak, asliye hâkiminin tarafsızlığından şüpheyi mucip bir sebep varsa dâvanın aydınlanması için diğer tetbirleri de inceleyerek işin esasına doğrudan doğruya bakabilmesi daha rasyonel değil midir ?

C. — Vakıa, Fransız kanununda istinaf mahkemesi ilk mahkemenin bir karine kararını bozduğu takdirde taraflar arasında başkaca tahkika muhtaç bir cihet kalmamış, dâva konusu aydınlanmış olmak şartile esas hakkında da hüküm vererek işi kısa kesebilir. Fakat, biz bir eski Alman eyaleti olan Strasburg'ta Alman Usul Kanunu tatbik etmekteyiz. Bu kanun rejiminde ise, istinaf mahkemesi asliye mahkemesince hüküm altına alınmamış bir meselede esas hakkında doğrudan doğruya karar veremez.

S. — Alman kanunu istinaf mahkemesine bu salâhiyeti tanımamış ise de ben Türk Adalet Bakanlığına sunduğum Hukuk Usul Kanunu projesinde ihdasını teklif ettiğim başyargıca bu salâhiyeti tanıdım. Fransız kanununun bu hükmünü de projyeme almakla bir hataya düştüm mü ? Bu hususta kanaatinizi sorabilir miyim ?

C. — Bu güzel ve makul bir teklif olmakla beraber, salâhiyetin tek hâkime verilmesi, üzerinde durulacak bir meseledir. Ben esasen asliye mahkemesinde tek hâkim sistemine taraftar değilim. Hele, tek hâkimin kararını gene tek hâkimin bozmasını hiç doğru bulmam.

S. — Bu mülâhazalarınıza tamamen iştirak ederim. Tek hâkim sisteminin tecrübeleri hiç te cesaret verici değildir. Türkiyede ilk mahkemeler tek hâkimli olduğu halde, Ticaret mahkemeleri 3 hâkimlidir. Şüphe yok ki, tek hâkimin kararını gene tek olan ve ehliyetçe ondan farkı az olan diğer bir hâkime bozdurmak lojik değildir. Şu var ki, şikâyet nizalı meselenin esasından değil de, sadece dâvayı yürütmek için ittihaz edilmiş bir tahkik tedbirinden ise bu şikâyetin incelenmesinde çok fazla garantiye lüzum olmadığını mülâhaza ediyorum. Çünkü, nihayet bir tahkik tetbiri bozulması yüzünden hatalı bir karar verilirse, karar üst mahkemece düzeltilecektir. Binaenaleyh, ilk hâkimin ara kararını bilgi ve tecrübe, derece itibarile üstün bir hâkimin bozabilmesi teoriye aykırı olmayacağı noktasından yürüdüm.

Başkan düşündü ve sonra,

C. — Evet, teklifiniz makuldur.

\*\*\*

Monaco müstakil bir devlettir, fakat çok işleri Fransa ile karışiktır. Meselâ, onun gümrüğü Fransız gümrüğüdür. Fransızlar el koydukları Monaco gümrüğü için Prense her yıl bir mikdar para verirler. Fakat, adliyesi gibi usul kanunları da müstakil.

Monaco başkan muavinile de tahkikat kararlarına itiraz meselesi üzerinde konuştum. Bu başkan muavininin verdiği malûmata göre, dâvanın yürüyüşünü durduran tahkikat kararının istinaf edilmesi yüzünden dâvanın geciktiği vaki değildir. Monaco istinaf mahkemesi bu çeşit kararları, hattâ günü gününe neticelendirmektedir.

Ben istinaf mahkemesinde bazı ihtimaller tahakkuk ederek işin uzaması, halbuki asliye mahkemesinin emrettiği tahkik tedbirinin derhal incelenmesi imkânı hasıl olması takdirinde dosyanın asliye mahkemesine iadesini tarafların isteyip isteyemeyeceğini sordum. Genç başkan muavini buna imkân olmadığını söyledi. Fakat, tarafların istinaftan feragat etmeleri sarîh hakları olduğu, mahkemenin muvakkat icra kararile istinafa rağmen dâvayı yürütebileceği mütalâasını ileri sürdü.

\*\*\*

**İtiraz meselesi hakkında Alman Freiburg Üniversitesi hukuk usulü ve ceza hukuku profesörü Schönke ide mülakat :**

Prof. Schönke ile görüşmelerim iki mahkeme başkanından edindiğim bilgilere fazla bir şey katmadı.

Profesör Schönke benim projemde teklif ettiğim sistemin kabulüne Alman kanununun müsait olduğunu, yani, Alman istinaf mahkemesi bir tahkikat kararına itiraz üzerine esas dâvayı verdiği direktif dahilinde neticelendirmesi için asliye mahkemesine havale edebildiği gibi, az çok ciddi sebepler varsa o mahkemeye havaleye lüzum olmadan, kendisi de neticelendirebileceğini söyledi.

Bu Projemde, başyargıcın salâhiyeti ve itiraz usulü hakkında kabul ettiğim esasları ona da anlattım. O da benim fikirlerime taraftar oldu.

Dosyanın dâva ortasında mahkemece ittihaz edilmiş bir tahkik tetbirine itiraz sebebiyle istinaf mahkemesine gönderilmesi tatbikatta dâvayı geciktirip geciktirmediğini sordum. O cevaben, tatbikatta, dâvanın bir itiraz yüzünden en çok 4 hafta kadar uzadığını, ve diğer bir sualime cevaben de, Almanyada umumiyetle dâvaların 6 ayda neticeye bağlandığını söyledi.

## II

### **Kararların tasnifi — Suretlerinin alınması — Tatilde çalışma.**

Muhakemeler gibi, kararların da aleni olması iyi bir adaletin garantisi olduğu için hemen her memlekette kabul edilmiştir. Yalnız, şuyuu sosyal bakımdan zararlı olabilen meselelerde muhakeme gizli yapılır.

Muhakemelerin aleni olması evvelden belli edilmiş yerlerde ve gün ve saatlarda yapılmasını, her istiyenin murafaalarda hazır bulunabilmesini, muhakeme zabıtlarının ve kararların basın veya diğer vasıtalarla neşir ve ilân edilebilmesini de tazammun ettiği gibi, zabıt ve kararın tasdikli ve tastiksiz suretleri alınabilmesini de tazammun eder. Ancak, tabii olarak, hakkın suiistimali yasak olduğundan bu bakımdan tahdit kabul edilebilir. Hususile, bir işte ciddi alâkası olmıyan, ittihaz edilmiş kararı ilmi etüt mevzuu yapmasını düşünemiyen bir kimseye bir dosyayı incelemesi için vermek mecburiyeti kabul edilemez.

Fakat, bir kararı öğrenmek veya dosyayı incelemek isteyen kişinin bu işte maddi veya manevî bir menfaati olduğu nasıl bilinecek ?

Bizce, muayyen bir ücret mukabili herkesin istediği karar veya muhakeme dosyası içindeki evrak suretlerini almak hakkı kabul edilmek

işi basitleştirir. Alâkası olmıyan, tabii olarak suret masraflarını ödemez. Yalnız kendine nezaret vazifesi düşen memur takdirine göre alâkasına kanaat ettiği kimselerin evrak suretlerini parasız almasına müsaade edebilir.

Türkiyede bir dâvanın taraflarından biri veya vekili olmıyan kişinin bir adli dosyayı incelemesi, evrak suretlerini alması caiz addedilmemektedir. Bunun sosyal mahzurları ne olduğunu bilmiyorum. Kanun hükümleri dar ve yanlış tefsir edilmektedir. (Hukuk Usul Şerhimize bakınız. Cilt I - II, No. 426). Dergi sahipleri neşir etmek üzere mahkeme kararlarını toplamak için çok ricada bulunmaktadırlar.

Bu önemli meselenin Fransada nasıl halledildiği hakkında Bourges İstianf Mahkemesi başkanından bilgi rica ettim. O bana bu hususta mahkeme başkâtibinin daha etraflı izahat verebileceğini söyledi. Başkâtip ten mevzu üzerinde görüşerek müsbet cevap aldıktan sonra *yalnız tarihini ve bir tarafın ismini söylediğim* bir kararın sureti verilmesini rica ettim. Onun verdiği emir üzerine bir kaç dakikada istediğim kararın aslı geldi.

Kararların tarih sırasına göre tasnifi daha çok kolaylıkla bulunmasını temin eder. Çok kere, bir kararın tarihi hiç olmazsa aşağı yukarı hatırlandığı halde, numarası nadiren hatırdan tutulabilir.

Başkâtipten bu kararın suretini istedim. O sayfeleri gözden geçirerek şöyle bir hesap yaptıktan sonra, hatırladığıma göre 600 frank (480 kuruş) kadar suret çıkarma ücreti istedi. Suretin daktilo ile yazılmasını istedim. O bunun için daha 100 frank istedi. Çünkü, Fransada zabıt ve kararların daktilo ile yazılması kabul edilmediğinden, kararın aslı da kalemden dışarı çıkarılamıyacağından hariçten bir daktilo çağırılması zarureti varmış. Bu suret ancak 15 gün sonra verilebilecekti. Adresinize yollarız dedi. Taahhütlü posta ile yollama için de 200 frank istedi. Ona bir ayda avdet edebilirsem sureti doğrudan doğruya kalemden almak arzumu söyledim. Ve istediği ücreti hemen kendine verdim. O kartımın üzerine aldığı parayı, suretin ne vakit hazır olacağını, adresime ne vakit gönderileceğini kayıt ederek sakladı. Kararın *tasdikli* sureti için daha 600 frank kadar lâzım dedi.

Bir ay sonra dönüşte gene Bourges'a uğradım. Başkâtip yoktu muavini bana istediğim kararın el ile yazılmış suretini ve fazla alınan 480 frangi iade etti.

Başkâtipten aldığım malûmata göre, mahkeme bir meselede verdiği kararı kısaca yazdıktan sonra kâtipler onu tafsilen yazarak heyete imza ettirirlermiş.

Fransız kanununa göre dâvayı kazanan taraf vekili (*avue*) kararın tarafların hüviyetine, iddia ve müdafaaya taallük eden kısımlarını yazar,

hasım vekili buna itiraz etmezse mahkeme bu kısmı olduğu gibi kabul ederek altına kararın ne olduğunu ve gerekçesini ilâve ederek onu tamamlar. Bu usul pratiktir, çünkü, bu sayede mahkemenin işi kolaylaşır, yanlışlık ihtimalleri azalır.

Avukat ücreti, zarar ve ziyan mahiyetinde hasma yüklenir. Fakat, muhakeme masraflarına girmez.

Gene Başkâtipten edindiğim bilgiye göre, mahkeme heyeti adli tatilde resmen haftada bir gün, pratikte iki hafta bir gün toplanır, kâtipler de nöbetle hergün gelirlermiş. Bu sebeple ayrıca bir tatil mahkemesi bulunmamaktadır.

İsviçrenin Zurich mahkemesinde de yaptığımız inceleme de aşağı yukarıda aynı durumu gördük.

Zurich mahkemesindeki müşahedelerinden ayrıca bahis edeceğim.

### III

#### Cezaların tecilinin psikolojik tesiri

Bourges mahkemesinden suretini aldığım karar üfürme ve masajla tedvai yapan bir kadın hakkında idi. Dosyaya nazaran 49 yaşında, 3 çocuklu olan bu kadın dinlenen çok sayıda şahitlerin ifadesine göre 10 yıldanberi çok hastaları iyi etmiştir. Bu şahitlerin hemen hepsi mahkemede kadına minnet ve şükranlarını söylemişler. Yalnız bir kaç hasta iyi olmadıkları için aleyhte.

Asliye mahkemesi bu kadını gayri kanuni doktorluktan ve gözünü üfürmekle açamadığı kör çocuğun anasını dolandırmaktan 4 ay hapse, 300.000 fr. para cezasına, Doktorlar Cemiyeti için de 500.000 fr. tazminata mahkûm etmiş. İstinaf mahkemesi bu cezaları hafif bularak hapsi 6 aya, para cezasını da 500.000 franga çıkarmış (bu kararı bilhassa Türk hukuku bakımından Pratik Hukuk Mecmuasında analiz ettik, 1950, s. 161).

Bu karar bir çok bakımdan enteresan olduğu için, dosyasını incelemek istemişim, fakat, maalesef, tetkik imkânını bulamadım. Kararın suretini veren ve başkâtibe vekâlet eden kâtibe adliye kapısından çıkarken rastlamıştım, o beni tanımış, dönmüş, kararı vermişti. Ona dosyayı göstermesi için ricada bulundum, o bir ceza dâvası dosyası ancak savcının veya mahkeme başkanının müsaadesile incelenebileceğini söyledi. O gün adli tatile tesadüf ettiği için savcı da mahkeme başkanı da makamlarında olmadığından dosyayı incelemek fırsatı bulamadım. Fakat, şahitlerin dinle-

me tarzını ve muhakemenin geçirdiği safaheti öğrenmek temayülünden de bir türlü vazgeçemedim. Gerek bu dosya, ve gerek adli pratikler hakkında bilgi edinmek için mahkemede sanığı müdafaa etmiş olan avukatı ziyaret etmek istedim. Meslek sırasına göre tertiplenmiş bir yıllıkta (Fransanın her büyücek şehrinde sanat ve meslek icra edenler bir yıllıkta gösterilmektedir.) evini öğrenerek gittim. Kapıyı çaldım. İçerden uzun uzadıya havlayan ve başını mütemadiyen kapıya vuran bir köpek halile bana evin boş olduğunu anlatıyordu. Avukat adli tatilde istirahate çekilmiş olacaktı. Hatırıma bizzat sanıkla görüşmek geldi. Ondan bir ücret mukabili lüzumlu gördüğüm bilgiyi alabileceğimi sanıyordum. Avukat mahkemede bazı esaslı saydığım müdafaaları ya ihmal etmişti veya karardan bu noktalar anlayılamıyordu. Henüz temyiz müddeti geçmemiş ise belki faydalı da olabilirdim.

Mahûm üfürükçü Bourges'a 7 kilometre mesafede bir köyde oturuyordu. Onu buldum. Kendimi tanıtmadan ziyaret maksadımı söyledim. Bu kadın beni bir polis hafiyesi veya Doktorlar Cemiyetinin bir tahkik memuru sanacak ki tıpkı işlediği suçu inkâr eden bir adam tavrı ile, artık bu işlerle katiyen meşgul olmadığını, mesele hakkında bir şey söyleyemeyeceğini, vaktile nasılsa bu işleri yaptığını telâşla söyledi, onu teskin için maksadım kendimi tedavi ettirmek olmadığını, haksız olduğu besbelli olan bir kararın tafsilâtını öğrenmek olduğunu söyledim. Fakat, o benim bu sözlerime kat'iyen inanmıyordu, belki ona sıfatımı ve hüviyetimi söyleseydim, telâşı azalacak, çenesi de açılacaktı. Fakat, bir kaç yüz haneli bir köyde ilmin menfaati için de olsa kendimi tanıtmayı uygun görmedim, özür dileyerek ayrıldım.

Cezası tecil edilmiş olan bu mahkûm kadının korku ve telâşını nakli bulmamak kabil değildi. O maksadına emin olmadığı bir kimsenin müraعاتını kabul etmekle bir tuzağa düşürülmesinden neticede 500.000 frank ceza ödemekten, altı ay hapis yatmaktan korkabilirdi. O çok ihtiyatlı hareket etmek mecburiyetini hissediyordu, pek belli idi ki, gözünde artık üfürme yoktu. Amma muhababım herşeyi iyi düşünen biri olsaydı bu bapta malûmat vermekle tecil elden gitmiyeceğini bilir, kararı anlatmakla ıztırabını azaltır, hattâ bu yüzden bir menfaat umardı. Nitekim Fransada üfürük, manyetizma ve benzeri vasıtalarla adam iyi eden mutatabbipler haklarında verilen mahkeme kararlarını tantana ile herkese duyurmasını şöhretleri bakımından faydalı bulmaktadırlar. Bunlar adeta seve seve ceza mahkemelerine muvaffakiyetlerini ilân edecek yüzlerce müşterilerini şahit olarak getiriyorlar (Pierre Neuville, Les Meillerurs guérisseur de France 1950 ve bu kitapta Dr. Philippe Encausse'un baş yazısı).



Cezanın tecilinin suç faalinde husule getirdiği psikolojik tesir azımsanamaz. Ziyaret ettiğim cezası tecil olunmuş mahkûm kadının psikolojik hali bütün tereddütlerimi izale etmiştir. Cezadan ziyade ceza korkusunun tesiri büyüktür. Bir müddet hapiste yatanlar hapisane hayatına alışırlar. Onların bu hayatları sonradan özledikleri de olur. Dayağa alışan çocuklar dayaktan korkmadıkları gibi hapse alışanlar da artık hapisten korkmazlar. Nitekim, fiilen hapis yatmış olan mutatabbipler artık hapisten korkmuyarak çekinmeden san'atlarını icrada devam ediyorlar. Hattâ bunlar adreslerini bile adı geçen kitapta yazmağı ihmal etmiyerek alenen kanuna karşı gelmektedirler. Mutatabbipler 1950 yılında Pariste bir kongre halinde toplanarak kendileri için bir statü tanzimini bile istediler. (Le Monde gazetesi 28 Aralık 1950, s. 7).

Şu halde, 1926 Ceza Kanununun kabul ettiği tecil cezası sosyal menfaatleri koruyan bir tedbirdir. Hâkimlerimiz sanığın talebine hiç de lüzum olmadan mükerrir olmıyan daha doğrusu, işlediği suçu itiyat etmemiş, bundan ciddi peşimanlık duyan, suçlular hakkında verdikleri cezayı kendiliğinden mutlaka tecil etmelidirler. Sanıktan cezanın tecilini istemesini beklemek beyhudedir. Çünkü, o cezaya razı değildir ki, tecilini istesin.

**Mustafa Reşit Belgesay**