ADALET
DERGİSİ

YIL : 86 | Ekim 1945 | SAYI : 10

ADALET BAKANLIĞINCA
ÇIKARILIR

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Basımevi

429

Adalet Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

I — Adalet Dergisine abone olmak veya Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan kitaplardan satın almak istiyenler:

1) Ya Yayım Müdürlüğüne bir mektup yazarak adreslerini ve kitabın adını bildirecekler ve kitap veya abonee bedelini dört kuruş damga pulu parasile birlikte posta ile Yayım Müdürlüğüne gönderecekler,

2) Veya kitap veya abone bedelini bulunduklan yerin malsandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları "hasılattı müteferrika„ makbuzunu oturdukları yer C. Savcılığına teslim ile adreslerini ve istedikleri kitabın adını bildireceklerdir.

C. Savcılığı teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının adresini Adalet Bakanlığına gönderecektir.

II — Kitaplar, ayrıca posta ücreti istenmeksizin Bakanlık Yayım Müdürlüğünden alıcının adresine gönderilecektir.

III — Adalet Dergisi kapağında gösterilmekte olan kitaplardan başkasını satın almak istiyenlerin, mevcudu olup olmadığını daha önce Yayım Müdürlüğünden sormaları ve ona göre ısmarlamaları gerekir.

Dergiye konulması istenilen yazılar doğrudan doğruya Bakanlığa gönderilir. Yazıların Dergiye konulup konulmıyacağı bildirilmez ve konulmıyan yazılar geri verilmez. Dergideki yazılarda öne sürülen düşünce ve inanlar yazarların düşünce ve inanlarıdır.

430

A D A L E T

D E R G İ S İ

Adalet Bakanlığınca Çıkarılır

Yıl : 36 Ekim 1945 Sayı : 10

İ Ç İ N D E K İ L E R

İNCELEMELER — Sahife

REŞAT BAYRAMOĞLU — CEZA KANUNU ÜZERİNDE BAZI DÜŞÜNCELER 965

OSMAN FAZIL BERKİ — BOŞANMA VE AYRILIKTAN DOĞAN KANUN İHTİLÂFLARI 973

HİKMET SONEL — 1609 SAYILI KANUN DEĞİŞTİRİLMELİ Mİ?. . 992

YAŞAR KARAYALÇIN — DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA ATIF.... 1020

AZİZ KORUKLU — AVUKATLIK MESLEĞİNE GİRMEDE ARANILAN ŞARTLAR..... 1052

MEVZUAT ARASINDA 1066

BİBLİYOGRAFYA 1084

YARGITAY KARARLARI (CEZA BÖLÜMÜ) 145-160

YARGITAY KARARLARI (HUKUK BÖLÜMÜ) 177-192

431

432

Ceza Kanunu Üzerinde Bazı Düşünceler

Reşat BAYRAMOĞLU
Ankara Ağırceza Mahkemesi Başkanı

Ceza Kanunu, İşlenmesile ya içtimaî nizam ve asayişi bozacağı veya Ferde her bakımdan (Maddî, Manevî, Cismanî) zarar vereceği düşünülerek ceza tehdidi altına alınan ef'alin pek büyük bir kısmını içersine alması ve diğer kanunlarda bahis mevzuu olan suçlara ve suçlulara tatbiki gereken (yaş hadleri, içtima, tekerrür, cezayı azaltıcı sebepler...ilh) Umumi kaideler muhtevi olması itibarile ana kanunlardan birisidir.

Gerçi hey'eti içtimaiyeyi ve ferdi yakından ilgilendirmesi hasebile ceza kanunu zamanın bunlar üzerinde yaptığı değişiklikleri takip edip onları cevaplandıracak hüviyet ve mahiyet iktisab etmesi icap eylersede bu hal,onun ana kanunluk sıfatının zaruri bir icabı olan değişmezliliği hiç indirecek şekilde olmamalıdır.

Buna şu cihetten de lüzum vardır: Bilhassa tatbikat alanında malûm bir keyfiyettir ki bir suçun unsurlarını ve cezasını ihtiva etmek üzere tedvin edilen bir kanun maddesi öyle kolay kolay muttarit bir mahiyet ve tatbik kabiliyeti iktisap edemiyor. Yıllarca süren tatbikatın ve hatta bazen tevhidi içtihat kanalının süzgecinden geçerek türlü anlamlardan kurtulup kanun vazıının asıl maksadı dairesinde bir hüviyet kazanabiliyor. Bunda, zamanla karşılaşılan hadiselerin tesiri vardır.

Meselâ: Defterde veya makbuzdaki beşi üç yapmak,yazıyı bozarak,203 üncü madde şumulüne giren mevsuf bir zimmetin unsurları olduğunda herkes müttefiktir. Fakat, parayı çaldırdığını söyleyen ve bunu zannettirecek deliller hazırlıyan veya kayıtların bulunduğu dairede yangın çıkaran şahsın bu hareketleri acaba maddenin derpiş eylediği hile ve hut'alarımıdır? Bu, üzerinde durulacak ve hatta içtihad birleştirmesi yolu ile halledilecek bir keyfiyettir. Ve ancak bu yol ile halledilmiştir.

Bu da gösteriyor ki bu gibi ana kanunların evvelâ çok iyi ve etraflı incelemeler sonunda tedvin edilmesi sonrada kat'i ihtiyaç ve zaruret olmadan değiştirilmemesi lâzımdır.

Her ne kadar on sekiz yaşına girmeden altı defa bir çok maddeleri değiştirilmek mecburiyeti hissedilen ceza kanunu, bu durumu ile yaşıtları olan medeni kanun ve borçlar kanunu karşısında içtimaî bünyemize uymadığını açıkca göstermiş ise de itiraf etmek lâzımdır ki,yapılan bu değişikliklerde kendisine arzu edilen hüviyeti tam manasile vermiş değildir.

Halâ bu kanunda anlaşılması zor cümleler, baş tarafların da konulan Umumi kaideleri izahı mümkün olmıyacak şekilde ihlâl eyliyen hususi hükümler, aynı cürümleri muhtevi olup başka başka cezaları ihtiva eden maddeler bu günkü hayat şartlarına ve hukukî telâkkilere uymıyan esaslar mevcuttur.

Biz bu yazımızda bunları belirtmek ve kanunumuzun bazı umumi kaideleri üzerindeki düşüncelerimizi arzetmek istiyoruz.

Bundan evvel kanunun tam bir ehliyet ve kavrayışile tatbiki için lüzumlu gördüğümüz bir cihete ve bu vesile ile işaret eyleyelim.

Artık şu nokta münakaşa edilmez bir hakikat halini almıştır ki verimli çalışma, iş bölümünde ve ihtisastadır.

Vaktile, doktorluk ve kimyagerlik— bütün sahasile — bir şahsın meşgûl olabileceği birer ilim şubeleri idi. Fakat zamanla sahası,mevzuu genişliyen türlü bölümlere ayrılan bu ilimler artık bir şahsın bütün inceliğile kavrıyabileceği dar durumlardan çıkmış,ummanlar olmuştur.

Medeniyet bu günkü ileri halini devrilmiş kütüphane, ayaklı ansiklopedi şeklindeki bilginlerden ziyade ilmin bir kısmında yıllarca uğraşmış mütehassıslara boçludur.

Hukuk ilminin tatbik sahası olan hâkimliğinde meselâ doktorluktaki dahiliyeci, operatör, cildiyeci v.s. gibi hukukçu,cezacı,icracı,ticaretci olmak üzere ihtisas ifade eden bölümlere ayrılması ve bir hâkimin zevk aldığı veya tercih eylediği bölümde daimi surette çalışması gerektir.

Bu gün nazariyat ve esasatı, mevcut ve mer'i kanunun ve nizamları ile bu bölümlerden her birisi,bir insanın ömrü boyunca tam manasile kavrıyamıyacağı kadar geniş ve yüklü bir halde iken bunlardan ikisini, üçünü bir arada istemek ve beklemek muhali temenni etmekten farksızdır.

Düşüncemize göre her sahada yarım yamalak çalışmış bir hâkimden ziyade belirli bir sahada yıllarca uğraşmış ve mütehassıs olmuş bir hâkim her bakımdan faydalıdır.

İhtisasın hâkimlik mesleğinde de zaruret haline geldiği fikrini fiilen teyit eden bir misal olmak üzere bizzat gördüğümüz bir hadiseyi burada zikretmekten kendimizi alamıyoruz.

Vaktile önemli hukuk davalarını çokluğu dolayısile bir çok vilâyetlere nasip olmadığı halde barosu bulunan bir kazada Müddei Umumi iken oraya küçük bir kazada yıllarca Müddei Umumilik etmiş bir meslektaş hukuk hakimi olarak tayin olundu. geldi ve işe başladı. Bütün hüsniniyetine rağmen muhakemeyi idaredeki kurusurları verdiği hükümlerdeki isabetsizliğile şiddetli tenkitlere hatta şikayetlere maruz kaldı bir çok haklar zayi oldu bir çok şahıslar zarara uğradı yedi sekiz ay sonrada oradan kaldırıldı.

434

Bu hal ihtisasa ehemmiyet verilmemesinden bu gün ceza hakimi olan bir zatın yarın hukuk hakimi tayin edilmesinden ileri geldiğinde şüphe yoktur.

Çok az değişmiş bir kanunu, memleketin muhtelif köşelerinde ki tezahürlerine göre tatbik eylemiş temyiz içtihadlarını görmüş ilmî eserleri incelemiş bir hâkimin pek az hata yapacağı iddia olunabilir. Bu sebeple biz hâkimlik mesleğinde de ihtisasa yer verilmesini, iyi kararlar çıkması ve iyi hâkimler yetiştirilmesi için zaruri göruyoruz.

Teşekküre şayan bir vakıa olarak şucihet kaydeylemek lâzımdır ki Adalet Bakanlığı son yıllarda bu hususu imkân nisbetinde tahakkuk ettirmiye ve mütehassıs hâkim yetiştirmiye çalışmaktadır. Çıkan kararnameler bunların anlı birer misâlleridir.

Biz bu sahada avukatları da mütehassıs olarak görmek istiyoruz. Onlar da bir sahada çalışmalı ve ihtisas peyda edip hakkın tezahürüne yardım etmelidirler.

Şimdi asıl konumnza gelebiliriz:

Ceza kanunumuzun üzerinde durulacak bir çok noksanları ve tezatları olduğunu yukarda arzeylemiştik.

Bunlardan birincisi yaş hadleridir.

Bilindiği üzere 53 üncü madde ile 11 yaşını 54 üncü madde ile 15 yaşını 55 inci madde ile 18 yaşını ve 56 ıncı madde ile de 21 yaşını bitirmemiş olan suçlulara verilecek cezalar tayin edilmiştir.

Biz bu hususta şunlar üzerinde durmak istiyoruz.

A - Bu yaş hadleri ilmî ve hakıki bir ihtiyaç mukabilimidir?

B - Tatbikat sahasındaki mahzurları ve doğurduğu neticeler.

Gerçi insan oğlunun iyiyi kötüden, zararlıyı faydalıdan ayırt edebimesine ve hissine, asabına hakim olabilmesine hayat denilen dikenli ve çakıllı yolda geçirdiği yılların çok tesiri ve yardımı olduğu inkâr edilemez. Bu sebeple yaş denilen yıl birikmelerini hiçe saymak doğru görülmez ise de bu keyfiyet bizim kanunumuzda olduğu gibi afaki bir şekilde ve düstur halinde kalıplara sokularak tesbit olunabilirmi?

Daha açıkçası evet insan oğlunun 18 yaşındaki ile 40 yaşındaki bir değildir. Fakat bu bir düstur olarak ve bilhassa ceza alanında iddia olunabilir mi? Ve kabul olunursa bunun, cezanın şahsileşdirilmesi ve ceza tatbikinden beklenen suçluyu islâh eylemek gayesi ile telif ve izahı mümkünmüdür?.

Düşüncemize göre ceza sahasında ehliyetin bu şekilde tahdit ve tayini

435

ilmî değildir. Çok isabetli bir ata sözümüz vardır. (Akıl yaşda değil başdadır.)her ne kadar buna karşılık aklı başa yaş getirir cevabı verilebilir se de bir ağaç bir hayvan kadar hissiz ve görgüsüz yaşamış bir başa yıllar değil asırlar geçse bir damla akıl gelmiyeceği muhakkaktır. Yaşanılan muhitin, temas edilen insanların yetişme tarzının ve nihayet yaradılışın insan oğlunun hüviyet ve şahsiyetinde çok büyük tesirleri olduğu aşikârdır. Binaenleyh gerektir ki bir suçluya ceza tayin edilirken bütün bu noktalar göz önünde tutulsun ve arzeylediği durumuna göre bir ceza verilsin.

Halbuki ceza kanununun yukarda numaraları zikredilen maddeleri karşısında buna imkân yoktur.

Bunların kat'i medlûlleri itibariyle görgüsü, terbiyesi, bilgisi, 25—30 evden ibaret köyünün beş on kilo metreyi geçmiyen sınırları içinde görüp duyabildiğine dayanan 19 yaşında ki bir köy çocuğu ile büyük şehirlerin hudutsuz denilebilecek kadar türlü türlü hadiseleriyle karşılaşarak yetişmiş, her türlü riyakâr hareketleri dalavereli sözleri görmüş ve duymuş aynı yaştaki bir şehirli çocuğu, işledikleri herhangi bir suçdan dolayı aynı muamele ye ve cezada aynı tenzilata tabidirler.

Hâkim vereceği kararda ne köylü çocuğunun toyluğunu, nede şehirlinin pişkinliğini nazara alamaz.

Burada bir itiraz olarak şu nokta ileri sürülebilir. Yaş dolayisiyle yapılacak indirmeler bazı maddeler de kat'i değil iki miktar arasında mütehavvildir. Binaenaleyh hâkim, huzurundaki suçlunun tezahür eyliyen ahvaline göre miktarını tayin etmek suretiyle cezayı şahsileştirebilir.

Bu cevap ilk bakışda doğru gibi görünür. Evet bazı maddeler verilecek cezaya iki had arasında tayin eylemek suretiyle hâkimi takdirinde serbest bırakmıştır. Fakat bu cihet bir kerre sadece cezayı artırma halinde mümkündür.

Sonrada yanlız 54 ve onun delâletile 47 ve 55 inci maddelerin bazı bentlerinde vardır. Ve ekseriyetle büyük cezalara karşı konulmuştur.

55 inci madde 3 No. lu bendinin son hükmünde (...Ve diğer hallerde yarısı indirilir ...) demek suretile daha önceki fıkraların da iki had arasında tayin eylediği cezalardan hariç kalan bütün cezaların yarısının indirileceğini sarahaten tesbit eylemiştir.

Suçu işlediği zaman 18 yaşını bitirmiş olup da 21 yaşını bitirmemiş ve hüküm tarihinde 65 yaşını geçmiş olanlara ait bulunan 56 ıncı madde ise ölüm cezası yerine otuz sene ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ağır hapis cezası hükmolunacağını ve bunlardan gayrı cezalarında altıda birinin indirileceğini bildirmektedir. Görülüyor ki bu madde de hiç bir takdir hakkı yoktur.

436

Yine bir itiraz olmak üzere hâkim 59 uncu maddenin kendisine verdiği selâhiyete dayanarak takdiri bir sebeple cezayı indirebilir denilirse de buda tatminkâr değildir. Çünkü öyle hadiseler oluyor ki yaşı ve husus halinden başka diğer bir sebeple bu maddeye göre cezanın indirilmesi icap ediyor. Böyle hallerde yaşından, yetişme tarzından dolayı ayrıca o maddeye tevfikan indirme yapmıya imkân olmıyacağı şüphesizdir.

Suçluyu ihmâl edip işlediği suça önem veren klâsik mektep düşüncelerinin tesiri altında kalmış olan eski İtalya ceza kanunu ve bunu mehaz edinen bizim kanunumuz bu kabul tarzile maddî hayata hiç tevafık etmiyen bir durum arzetmektedir.

İşlediği suçdan bir şahsı cezaen mesul edebilmek için ehil olması yani idrak ve temyiz ile hareket eylemiş bulunması şarttır. Bu hassanın bütün insanlarda muayyen bir yaşda başlıyacağı iddia olunamaz ise de aşağı yukarı bir sınır çizilebilir. Bu itibarla bu hususta kanunumuzun kabûl eylediği sistem isabetlidir. Şöyleki: 54 üncü madeye göre fark ve temyiz onbir yaşdan sonra başlar onbeş yaşın ikmaline kadar şüphelidir. Bu yaşı bitirmemiş bir çocuk izhar eylediği haller itibarile farik ve mümeyyiz olduğu kanaatını verirse fiilin temas ettiği madde de yazılı cezanın muayyen bir miktarile tecziye olunabilir. Aksi takdirde ceza verilmez.

Bununla, failin haleti ruhiye ve maddiyesini en geniş şekilde göz önünde tutmak imkânı temin edilmiş olduğundan objektif bir kaidenin dar çerçevesi içerisinde hareket etmek zorluğu bahis mevzuu olamaz. Yani nüfus kâğıdına göre on dört yaşını bitirmiş fakat beş yaşındaki kadar idraksiz bir çocuğu mesul etmemek pek alâ mümkün olabilir. Burada şu noktaya da işaret eylemek isterim. Farkı temyiz sadece fizyolojik veya tıbbî bir muayene ilemi tesbit edilebilir? Bu hususta yalnız doktorlar mı selâhiyet sahibimidirki? Tatbikatta bu cihet daima doktor raporile halledilmektedir. Bunun aksini iddia etmiyeceğim, fakat kâfi ve isabetli bir yol olmadığını da kaydetmeden geçemiyeceğim. Gerçi doktor raporu nihayet bir delildir. Hâkimi takyit edemez denilebilirse de mesele tamamile tıbbî bir keyfiyet olarak kabul edilirse hâkimin bunu şahsî müşahade ve kanaatile kıymetten düşürmeyi kolay kolay göze alamıyacağı şüphesizdir. Bunun için işin evvelâ hâkim tarafından tetkik edilmesi ve onun tarafından lüzum hissedildiği takdirde tıbbî muayene yaptırılmasını daha muvafık bir usul zannetmekteyim. Şimdi diğer maddeleri tetkik eyliyelim.

55 inci madde ile 15 yaşla 18 ve 56 ıncı madde ile de 18 le 21 yaş arasındakiler için kabul edilen farklar görüşümüze göre tamamile objektif ve lüzumsuzdur.

Fiiliyattaki yüzlerce müşahedeme dayanarak şunu katiyetle iddia ede-

bilirim ki aynı şartlar altında yetişmiş olmak şartile 17 yaşındakiyle 19 yaşındakiler arasında hiç bir fark yoktur. 16 yaşındaki düşünce, görgü, his ne ise on dokuz; yirmi yaşındaki de aynıdır. Buna mukabil görecekleri ceza müthiş farketmektedir. Bunu tebarüz etterebilmek için şöyle bir misal arzedelim :

On yedi yaşındaki bir genç idamı müstelzim bir suç işlerse 55 inci maddenin bir numaralı bendi mucibince 15 seneden 20 seneye kadar değişen ağır hapis cezasına mahkûm olur. Fakat, bu suçu bir sene sonra yani on sekizini bitirdiği zaman işlerse, mutlak olarak otuz sene ağır hapse mahkûm olur. Eğer üç sene sonra yani 21 ri bitirdiği zaman işlerse idam olunur.

Bilhassa mukayeseler, bu hakların son seneleri arasında yani on yedi yaşını bitirmişle on sekizini bitirmiş ve yirmiyi bitirmişle yirmi biri bitirmiş arasında yapılırsa isabetsizliği rahatsılığı daha iyi tebarüz eder.

Bazan bir gün kadar bile uzun görünmeyen yılların insan oğlunun ahvali ruhiye ve maddiyesinde bu kadar nisbetsiz cezalar yükletecek değişiklikler yapacağını iddia eylemek mümkün değildir.

Bu haller bu bakımdan isabetsiz ve adalet hissini rencide ettiği gibi bilhassa yukarda arzolundvğu veçhile suçluyu hiç nazara almaması yönünden de ilmî değildir.

Pek basit hadiseler karşısında metanetini, itidalini kaybedecek toy ve tecrübesiz bir şahısla feleğin çenbrinden geçmiş, hayatın türlü türlü tecellilerile karşılaşarak nasırlaşmış ve pişmiş dir şahıs aynı muameleye tâbi oluyor ki — taraftarları olan bir mektebin bir meslekin düşünceleri ve prensipleri de olsa — maddî hayata uymadığı aşikârdır.

56 ıncı madde dolayısile şu ciheti de bildirtmek ve diğer bir ana kanunla husule getirdiği mübayeneti zikretmek lâzımdır.

Bilindiği gibi medeni kanunumuz on sekiz yaşın ikmalile bir insanın reşit olacağını yani bütün tasrrufatından tam manasile mesul tutulacağını kabul eylemiştir. Buna rağmen 56 ıncı madde iyiliği ve kötülüğü daha kolay farkedebilecek ef'ali cürmiyede bu kimseleri kasır addetmiş ve tam mesuliyetten azade eylemiştir.

Bu vaziyet karşısında Bay Hamdi Öner'in dediği gibi (İktisadî, Ticarî ve medenî muamelâtın inceliklerini kavrıyacak seviyede bulunduğu kabul olunan ondokuz yaşındaki bir kimseye, iyilik ve fenalığını takdir etmek nisbeten kolay olan suçu işlemekte bir mazeret sebebi tanınması suçlu lehine kabul olunan lüzumsuz bir hafifletici sebeptir. [1]

[1] — Adliye Ceridesi 943 yılı 11 inci sayı : Ceza hukukunda ehliyet ve mesuliyet adlı makale sayfa 964 bakınız.

438

İçtimaî teşekküllerin nizam ve ahengini tesis ve temin eden bu gibi ama kanunlarda her noktada tam bir birlik şarttır. Medeni kanun, daha girift ve daha geniş bir sahada on dokuz yaşındaki bir şahsı yaptığı bütün fiiil ve harektlerinden mesul eylerken, ceza kanununun daha dar ve bilhassa az çok hissiselime, kalb ve vicdana hitap ve taallûk etmesi itibarle iç duygularla neticesi derk ve teyakkun edilecek mevzular üzerinde kasır telâkki eylemesi bu ahenk ve birliği ihlâl eylemektedir.

Bu konuda şu nokta üzerinde de durulmak gerektir. Acaba yimi beş otuz sene evvelki içtimaî muhit ile bugünkü aynımıdır? Daha açık bir ifade ile 25 sene evvel ki on yedi yaştaki bir gençle bu günkü aynı yaştaki genç arasında hiç fark yokmudur? Şüphesiz ki çok fark vardır.

İçtimaî, İktisadî inkılâpların, az çok genişliyen maarif teşkilâtının, münakale vasıtalarının artmasile çoğalan ve kolaylaşan seyahatlerin ve temasların memleketin umumî seviyesinde çok büyük değişiklikler husule getrdiği muhakkaktır.

Binaenaleyh yarım asırlık bir kanundan alınıp on sekiz yıl da bizde hükmünü yürüten bu yaş hadleri bu noktadanda hakiki hayata uygunluk arzetmiyor.

Bunların doğurduğu mahzurlara gelince :

Bütün meslektaşlar bilirler ki bilhassa köylülerimiz türlü düşünceler altında erkek, kız bütün çocuklarını nüfus siciline daima geç yazdırırlar. Nüfusa yazılma husulünün aksaklığı dolayısile önüne geçilemiyen bu itiyat, hukuk mahkemelerini yaş tashihi dâvalarile yüklü bir hale getirdiği gibi ceza mahkemelerinde de sık sık uğraşılan bir mevzu teşkil eylemektedir.

Gerçi C. M. U. K. nun 255 incî maddesi mucibince lüzum görülecek tashihler ceza mahkemelerince yapılırsa da bilhassa temyiz makemesi birinci ceza dairesinin bu hususta ihdas eylediği usulün zorluğu ve maznunun yaşının böyümemesi arzusile gösterdiği mukavemet ve müşkilât bunu her zaman kolaylıkla tahakkuk ettirmiyor. Bu vaziyet karşısında pek çok suçlu lâyık olmadığı tenzilata mazhar oluyor.

Asıl büyük ve tehlikeli mahzur; hakiki fail yerine yaşı daha küçük birisinin geçirilmek istenmesi ve küçük yaşdakilere suç işletilmesidir.

Bilhassa katil suçlarında çok sık görülen bir keyfiyettir. Ağabeysi suçu işler küçük kardeş bunu üzerine alır. Büyük inkâr, küçük ikrar eyler. Yakınları temin edebildikleri şahitlere suçu küçüğün işlediğini söyletirler. Bazen çok karışık ve uzun süren tahkik ve tetkiklerden sonra kakikat tesbit edilebilir. Fakat bunun akside varittiir. O zaman hasıl olan netice faciadan farksızdır.

Yine çok görülmüş ve isitilmiştir. Ana ve baba veya yakın akraba işlemeyi kasteylediği bir suçu yaşı dolayısile daha az ceza görür diye zavallı masum çocuklara işletmektedir.

Daha bir hafta evelisi ankara ağır cezamuhkemesinde ağabeysinin işlediği bir katil suçunu üzerine almıya çalışan fakat uzun araştırmalarla buikrarının ve kabulünün aksi tesbit edilen bir köylü çocuğu, bu sakim usulün bir kurbanı olarak hatıramda yaşamaktadır. Zavallı körpe çağında habishane muhitile temasa gelerek ahlâkından çok şeyler kaybetti. En aşağı yalan söylemiye alıştı.

Bütün bunlar düşüncemize göre kanunumuzun sadece yaştan dolayı böyle dört derece üzerine bir tenzilat kabûl eylemesinden ileri gelmektedir.

Eski 1274 tarihli ceza kanunu da bazı noksanları muhtevi olmakla beraber bugünkü kanundan daha ameli ve kat'î mahiyeti haiz hükmü ihtiva etmektedir. Bu kanunun 40 ıncı maddesi (bulûga vasıl olmıyan mücrim işlediği cürme müterettib olan cezaya müstehak olmayıp kuvvei mümeyyize eshabından dahi olmadığı surette kefaleti kaviyeye rabıtla peder ve validesine veya akrabasına teslim olunur. Peder ve validesi akrabası taraflarından kefaleti kaviye gösterilmediği halde dahi polis marifetiyle islâhı nefis zımnında müddeti münasebe ile hepsolunur. Amma olmücrimi nabali mürahik bulunduğu yani fiil ve amelinin neticesi bir cürüm olacağını fark ve temyiz ederek müteammiden olcürmü işlemiş olduğu surette . . . . İlâh) diye yazılı olup bu madde ile cezaya tam ehliyet için buluğ gibi tesbiti güç ve mıntakaya ve şahsa göre değişen fizyolojik bir hadisenin kabul edilmesi doğru görülmezse de fark ve temyizin esas tutulmuş olması bu günkü telâkkiyata uygun bir keyfiyettir.

Maruzatımızı hulâsa etmek ve olması lazım gelen hakkındaki düşüncelerimizi kısaca arzeylemek lâzımgelirse diyeceğiz ki: 55 ve 56 ıncı maddeler fazladır. Fark ve temyiz, ehliyet için mebde ittihaz olunmalı ve medeni kanunun rüşt için bitirilmesini kabul eylediği 18 yaşın tam ehliyet için mebde ittihaz edilmelidir.

Bundan sonraki yazımızda kanunun içtima ve tekerrüre müteallik hükümleri üzerindeki düşüncelerimizi arzetmiye çalışacağız.

440

Boşanma ve ayrılıktan doğan kanun ihtilâfları

Doçent Dr. Osman FAZIL BERKİ

§1 — Boşanma ve ayrılığa uygulanacak kanun

Boşanma ve ayarılıktan doğan kanun ihtilâfları, cemiyetin bünyesiyle sıkı sıkıya münasebettar olan aile hukuku ile ilgili olduğundan ve aile, cemiyetin temeli addedilebilecğinden, Devletler hususî hukukunun en önemli meselelerinden birini teşkil eylemektedir. Aile hukukunun bu alanında kanunlar ihtilâfı pek fazladır ve durum daima böyle kalmak istidadını göstermektedir.

Boşanma ve ayrılıkdan doğan kanun ihtilâfları iki halde meydana çıkarlar:

1 — Karı Koca aynı uyruklukda oldukları ve bir yabancı memleket mahkmesinde dava açtıkları takdirde: Meselâ: Belçika uyrukluğunda bulunan karı kocadan biri diğeri aleyhine Türk mahkemesinde boşanma veya ayrılık davası açacak olursa, boşanma ve ayrılığa dair kanun ihtilâflarını idare eden Devletler hususî hukuku prensipleri harekete geçerler.

2—Karı koca ayrı uyruklukta oldukları ve başka başka kanunlarla idare edildikleri takdirde.

Boşanma ve ayrılıktan doğacak kanunlar ihtilâfını inceliyebilmek için, iki hali göz önünde bulundurmak gerekir:

I—Karı kacanın aynı uyruklukta olmaları

II – Karı kocanın ayrı uyruklukta olmaları.

I—Karı kocanın aynı uyruklukta olmaları:

Karı koca aynı uyruklukta iseler bunların boşanma ve ayrılıklarına uygulanacak olan kanun hangi kanundur? Tarafların milli kanunları mı"Lex patriae", ikametgâh kanunu mu" Lex domicilii", davanın açıldığı mahkeme, başka bir diyimle yargıcın kanunu mu" Lex fori"?

Aynı uyruklukta olan karı kocanın boşanma veya ayrılıklarına uygulanacak olan kanun hakkında Devletler hususî hukukunda ne müelliflerin fikirleri, ne mahkeme içtihatları ne de kanunlar arasında birlik yoktur. Bu hususta ileri sürülen sistemleri beş gurup etrafına toplamak mümkündür:

A—Karı kocanın millî kanunu,

B—Davanın açıldığı mahkeme kanunu,

C—Tarafların millî kanunlariyle davanın açıldığı yer kanunu.

D—İradenin serbestisi" autonomie de la volonté "

E—Aile birliğinin ikametgâhı kanunu,

A—Karı kocanın millî kanunu:

Boşanma ve ayrılığa karı kocanın millî kanunlarının uygulanması sistemine göre, yabancı bir memleket mahkemesinde açılacak olan boşanma ve ayrılık davalarının dinlenilmesi için karı kocanın mensub oldukları devlet kanununun boşanma ve ayrılığı kabul etmiş olması lâzım ve kâfidir. Denilebilir. ki, boşanma ve ayrılığa karı kocanın milli kanunlarının uygulanması, Devletler hususi hukukunun ananevî prensiplerine uygun bir nazariyedir. Burada aile bağının bir kararla çözülüp çözülemiyeceği meselesi karşısında bulunuluyor.

Bugün, boşanma ve ayrılığa millî kanunun uygulanması prensibini kabul eden devletler yok değildir.

Boşanma ve ayrılığa karı kocanın millî kanununun uygulanması sistemini kabul eden kanunlar arasında 1926 tarihli Polonya kanunu söylenebilir. [1]Filhakika, bu kanunun 17 inci maddesine göre, boşanmıya karar vermek hususunda yetkili mahkeme, prensip itibariyle, karı kocanın mensuboldukları devlet mahkemesi, daha kısa bir deyimle, millî mahkemeleridir. Adı geçen kanun, aynı zamanda yabancı memleketlerde ikamet eden ve Polonya uyrukluğunda bulunan kişilerin ikametgâh mahkemeleri tarafından verilen boşanma kararlarını kabul etmektedir. Şu şartla ki, Polonyalıların millî hukukları uygulanmış olsun, söz açmakta olduğumuz kanun Polonyada ikamet eden yabancıların kendi kanunlarına göre verilen boşanma kararlarını tanıyor. Şu şartla ki, boşanma kararı boşananların bağlı oldukları devlet tarafından tanınmış olsun.

Boşanmıya millî kanunun uygulanması sistemini kabul eden devletler arasına Yunanistanı da sokabiliriz. Filhakika 1/Haziran/1941de yürürlüğe giren yeni Yunan Medeni kanununun 16 ıncı maddesine göre, boşanma ve ayrılık, eşlerin mahkemeye müracaattan evvel ve evlilik esnasındaki millî hukukuna bağlıdır.[2]

---

[1] Bu kanunun metni için bak. Annuaire de législation étrangère,1926, sayife 220 ve sonrakiler.

[2] Yunan devletler hususî hukuku hakkında bilgi edinmek için bak. Dr. Hikmet Belbez, Yunan devletler hususî hukuku, Siyasal Bilgiler okulu dergisi, cilt 1,sayı 3, sayife 457 ve sonrakiler. Yeni Yunan Medeni kanununun genel hükümlerini içine alan birinci kitabının ikinci bölümü devletler hususî hukukuna dair hükümleri ihtiva etmektedir. Bu hükümler, 4—33 ücü maddelerde söz konusu olmaktadır.

442

B—Davanın açıldığı mahkeme kanunu:

Boşanma ve ayrılığa uygulanması icabeden yetkili kanun olarak bazı müellifler, davanınaçıldığı mahkeme kanununu «Lex fori»ileri sürmektedirler. Bu nazariye, meşhur Alman hukukçusu Savigny nin ortaya attığı bir nazariyedir. Savigny'ye göre boşanmaya taalluk eden kanunları tamamen müsbet mahiyette olan kanunlar sınıfına sokmak gerekir. Binaenaleyh bunlar, âmme intizamındandır. Yargıcın kendi kanunundan başka bir kanunu uygulayamamasının sebebi budur. Savigny nin fikrine iştirâk eden hukukcular arasında Asser yi zikredebiliriz.

Bu hukukcuya göre, boşanma dâvasının kabulü veya reddi için dâvanın açıldığı mahkeme kendi kanunundan ilham alır ve bu âmme intizamı mahiyetini gösterir. Aile bağının çözülebilmesini veya çözülmemesini emreden içtimaî teşkilâtın esaslı sebepleridir.

Asser'e göre, yargıç, memleketinin kanunları evlenmenin infisahını âdab ve âmme intizamına aykırı sayıyorsa, boşanmaya karar veremez. Boşanmayı kabul eden bir memleketin yargıcı tarafların mensuboldukları memleket kanununun boşanmayı kabul etmediği bahanesiyle, açılan bir boşanma dâvasını reddedemez. Boşanmanin kabul edildiği bir memlekette kanunî bir sebeple infisahı istenilen bir evliliği devam ettirmeyi kanun koyucu âmme intizamına aykırı saymıştır. [3]

Bugün devletler mevzuatı gözden geçirilecek olursa, bazı devletlerin bu sistemi, yani boşanma ve ayrılığa, dâvanın açıldığı yer kanununun uygulanması prensibini kabul ettikleri görülür.

Boşanma ve ayrılığa mahkeme kanununun uyglanmasını kabul eden devletler şunlardır: Hollanda, Avusturya, Sovyet Rusya hukukunda, Rus topraklarında yabancıların boşanmalarına uygulanacak kanun hakkında açık bir hükme rastlamak mümkün değildir. Fakat Rus doktirini yabancıların boşanmalarının Rus hukukuna tâbi olacağı hususunda ittifak etmektedir. [4]

C — Tarafların millî kanunlarıyle dâvanın açıldığı yer kanunu,

Boşanma ve ayrılığa millî kanunla beraber dâvanın açıldığı mahkeme kanununun uygulanması sistemi, müelliflerin büyük bir kısmı tarafından kabul edilmiştir. Bu sisteme taraftar olanlar, prensip itibariyle boşanma ve ayrılıktan doğan kanun ihtilâflarının halli hususunda eşlerin millî kanunlarının yetkisini tanımaktadırlar. Fakat, boşanma ve ayrılığa hükmedilebilmesi için millî kanunun, dâvanın açıldığı mahkeme kanununa uygun olması gerekmektedir.

[3] Asser, Eléments de droit international privé, traduction Rivier, P. 216 ve.

[4] Daha fazla tafsilât için bak. Makarev, precis de droit international prive d'après la lêgislation et la doctrine russes, P. 396—397.

443

Millî kanunla mahkeme kanununun birlitke uygulanması icabettiğine göre, bir yabancı memleket mahkemesinde açılan boşanma ve ayrılık dâvasının dinlenmesi için şu şartların tahakkuku gerekmektedir:

1 -- Boşanma veya ayrılığın millî kanun tarafından kabul edilmiş olması,

2 — Boşanma veya ayrılığın dâvanın açıldığı mahkeme kanunu tarafından kabul edilmiş olması,

Şimdi bunları misallerle canlandıralım:

İtalyan uyrukluğunda olan karı kocanın Türkiyede açacakları boşanma dâvasını Türk yargıcının reddetmesi gerekir. Çünkü, millî kanun boşanmayı kabul etmemiştir [5]

Romanya uyrukluğunda olan karı kocanın İsviçrede açacakları ayrılık dâvası dinlenmez. Çünkü, millî kanun, yani Romanya. Kanunun yalnız boşanmayı kabul etmiş, ayrılığı kabul eylememiştir. [6]

İspanya uyrukluğuda olan karı kocanın Fransada açacakları boşanma veya ayrılık dâvası dinlenmek gerekir. Zira, gerek millî kanun, yani İspanya kanunu, gerek dâvanın açıldığı mahkeme kanunu, yani Fransız kanunu, hem boşanmayı hem ayrılığı kabul etmektedirler.

Bu sistem, hiç şüphesiz, en makul ve doğru olan bir sistemdir. Çünkü boşanmayı kabul etmeyen bir memlekette, bu hukuk müessesesini kabul eden devlet uyrukluğunda bulunanların aralarında mevcut hukukî bağı ortadan kaldırmak istemeleri ve buna muvaffak olmaları bu devletin âmme intizamını ihlâl edeceği gibi, ayrılığı kabul etmiyen bir memlekette yabancıların, millî kanunlarının kabul ettiği ayrılığa karar almaları da âmme intizamına aykırı düşer. Hulâsa boşanma ve ayrılık müesseseleri âmme intizamındandır.

Boşanma ve ayrılığa millî kanunla dâvanın açıldığı mahkeme kanununu birlikte uygulayan devletler şunlardır:

Belçika, Çin (Kocanın millî kanunu ile Lexfori nin birlikde uygulanması), Fransa, İspanya, İtalya, İsviçre, Japonya, (Kocanın millî kanunu ile Lexfori nin birlikte uygulanması) [7] Macaristan.

12/Haziran/1902 boşanma ve ayrılıkdan doğan kanun ihtilâflarını halletmek amacile, Belçika, Almanya, Fransa, Lüksemburg, İsviçre, İtalya, Hollan-

[5] Şu devletler boşanmayı kabul etmeyip yalnız, ayrılığa yer vermişlerdir: İtalya İrlanda, Avusturya, Arjantin, Brezilya, Kolombiya, Şili, Monako prensliği.

[6] Şu devletler yalnız boşanmayı kabul etmektedirler: Romanya, Yunanistan, Soyyet Rusya.

[7] O—Rci madde 16.

464

da Portekiz, Romanya ve İsveç arasında akdedilen Lâhey mukvelesi de [8] bu sistemi kabul etmiş bulunmaktadır.

Karı koca aynı uyruklukta oldukları takdirde hangi kanunun uygulanacağı hakkında mukavelenin birinci maddesinde açık bir hükme raslamakdayız. Bu maddeye göre, karı koca millî kanunlarile davanın açıldığı yer kanunu boşanmayı kabul ettikleri takdirde boşanma dâvası açabilirler. Ayrılık hakkında da böyledir.

Lâhey mukavelesinin birinci maddesinden söz açdıkdan sonra mekân itibariyle uygulanmasından da söz açmak yerinde olur sanırız.

Bu mukavelenin mekân itibariyle uygulanması hakkında mukavelede açık hükümlere rastlıyoruz. Filhakika mukavelenin 10 uncu maddesine göre" bu mukavelenin hükümleri ancak âkit tarafların Avrupada hâkimiyetleri altında bulunan topraklarda carî olacaktır".

Mukavelenin hükümlerinin uygulama alanına çıkabilmesi için boşanma ve ayrılık davasında taraf olanlardan (yani davacı veya davalılardan) birinin mukaveleye imzasını koyan devletlerden birinin uyruğu olması lâzım ve kâfidir.

D — İradenin serbestisi (Autonomie)

Bazı müellifler evlenmede, tarafların iradesinden doğan âdi bir mukavele mahiyeti görmektedirler. Bunlar, tarafların muhtemel olarak mukavelenin teşekkülünü tabi kılmak istedikleri kanunun infisahı sebeb ve sonuçlarını idare etmesi gerekdiğini ileri sürmektedirler. Bazılarına göre bu kanun evlilik birliğinin ikametgâh kanunu „Loi du domicile matrimonial" bazılarına göre de mukavelenin yabıldığı yer kanunu (Loi du liu de la célébration du contrat " Lex loci celebrationis") dır.

Bu sistem hatalıdır. Fransız hukukçularından Weiss in pek haklı olarak dediği gibi, evlenme mahiyeti itibarile diğer mukavelelerden çok farklıdır. Tarafların iradesi akdin hükümlerini meydana çıkarması için esaslı bir şart ise de, onların mensup oldukları devletin ailelerinin genel menfaatı, tarafların iradesine, bu akdin hüküm ve neticeleri hakkındaki kanun yerine şahsî arzularının hedef tuttuğu hükümlerin hâkim olmasına müsaade edemez. Dahili âmme intizamı bu hususta âkit tarafların muhtariyetini sınırlar. [9]

[8] Bu mukavelenin metni için bak. Goulê et Niboyet, Recuil de textes usuels de droit international t II. P 143 et suiv - Fransa, Belçika ve İsviçre bu mukavelenin feshini ihbar etmişlerdir. Bu hususta daha fazla tafsilât için Bak: Osman Fazıl Berki, Türk devletler hususî hukukunda boşanma ve ayrılık (İstanbul hukuk fakültesi mecmuası, sene 1942 cilt VIII, sayı 1—2 s, 143 not 68)

[9] Weiss, Manuel de droit international privê, P. 521

445

Şurası muhakkakdır ki, dahilî hukuk bakımından evlenme akdinin hüküm ve neticelerinin ancak kanun tarafından konulan kayıdlar içinde tahakkuk edebileceğini kabul etmak gerektiğine göre devletler hususî hukuku bakımından başka dürlü düşünmeğe imkân yoktur.

E — Aile birliğinin ikametgâhı kanunu:

Boşanma ve ayrılığı aile birliğinin ikametgâhı kanununun uygulanması, kanunlar ihtilâfı halinde ikametğâh kanununun yetkisini kabul etmek lâzımgeldiğini ileri süren nazariyenin tatbikatındandır. [10]

Aile hukukunun bu müesseselerine ikametğâh kanununun tatbikı iyi bir hal sureti olmaktan uzaktır. Çünkü, ikametgâh değiştirmek zamanımızda çok kolaylaşmıştır. Bu sistem şahsî hallere taalluk eden hükümlerde değişikliği istilzam eder. Bundan başka fert her hangi bir yerde istihsâl edemeyeceği bir hükmü kendi arzusuna göre muvafık hükümlerin mer'î olduğu bir yerde elde etmek için ikametgâhının yerini değişdirebilir. Bu, kanunun hükmünden kurtulmak için baş vurulabilecek bir çare olur. Bir taraftan kanun ihlâl edilmiş, onun emri hükümleri ferdin iradî rolü ile bertaraf edilmiş olur; diğer tarafdan karı koca münasebetleri emniyetle devam edemez. [11]

İlâve edelim ki aile birliğinin ikametğâhı kanunu buğün ilga edilmiş bulunan bazı mevzuat tarafından uygulanmakta idi. Bunlar arasında bugün yürürlükte olan Alman Medenî kanunundan evvelki Alman içtihadını söyliyebiliriz.

II — Karı ve kocanın ayrı uyruklukta olmaları.

Eşlerin ayrı uyruklukda olmaları iki sebebten doğabilir.

A — Karının evlenmekle kocasının uyruklğunu almamasından,

B — Karı kocadan birinin evliliğin devamı esnasında uyruklğunu değiştirmesinden,

Bu iki meseleyi ayrı, ayrı teferruatiyle incelemek gerekir.

A — Karının evlenmekle kocasının uyruklğunu almaması:

Evli kadının uyruklğu hakkında çarpışan iki tez vardır.

Birincisi, ailede uyruklk birliği hakkındaki tez ki buna «klasik tez» denilmektedir.

[10] Abdülhak Kemâl Yörük, Devletler hususî hukuku, kitap IV, S. 149

[11] Abdülhak Kemâl Yörük, adı geçen eser, S. 154.

446

Diğeri, karının uyrukluğunun bağımsızlığı hakkındaki tez ki buna da " Modern tez " adı verilmektedir. [12]

Bu tezlerden her biri amelî ve nazarî bir takım delillere dayanmaktadır. Klâsik tez evvelâ, kocanın otoritesine tabi olan evli karının ehliyetsizliği hakkındaki fikirlere dayanmaktadır. Ailede uyrukluk birliği prensibi, kocanın hâkimiyetine dayanır.

Bu teze taraftar olanlar, evli karının ehliyetsizliği fikrinden başka, daha önemli bir delil olan ailenin menfaatını ileri sürmektedirler.

Klâsik tez taraftarlarına göre, yeni sistem, modern tez bir takım mahzurlar doğurur ve bu mahzurlar dolayısile kabul edilemez. Siyasî ve millî bakımlardan, bilhassa harp zamanında, uyrukla „ tebea" evlenen yabancı kadınların yabancı, belkide düşman hâkimiyetine bağlı kalabilmeleri devlet için arzu edilir bir şey değildir. Nihayet uyrukluğun ikiliği, aile içinde bir çok ihtilâflara sebep olur. Eşlerin hukukî münasebetlerini, evlemenin hüküm ve neticelerini infisahını, velâyet hakkının kullanılmasını hangi kanunun düzenleyeceği meseleleri çok nazik ihtilâflardır ve hatta halledilmez ihtilâflardandır.

Klâsik tezi haklı göstermek için ileri sürülen bu delillere rağmen modern tez taraftar bulmaktadır. Bu tezin taraftarları, yarım asırdanberi evli kadının ehliyetsizliği hakkındaki eski prensibi yıkan genel fikir hareketine dayanmaktadırlar.

Bunlara göre heman her yerde kadınlar ehliyetsiz olmaktan kurtulmuşlar ve bugünkü cemiyete erkeklerinkine eşit bir yeralmışlardır. Buböyle olunca, karının uyrukluk bakımından kocasına bir gayri reşid gibi bağlı olması anlaşılamaz.

Pozitif hukuk, incelemekte olduğnmuz konuda, takdire şayan bir şekilde tekâmül göstermiştir. Feminizim alanında varılan önemli sounçlar ve bir çok memleketlerde kadının siyasî haklar elde etmiş olması, kadına, uyrukluk alması hususunda büyük bir muhtariyet verilmesi sonucunu doğurmuş bulunmaktadır.

Şunu da kaydedelim ki, yeni pirensip henüz genel olarak kabul edilmiş olmaktan uzaktır. Bugün yürürlükde olan devletlerin kanunları incelenecek olursa, evlenme akdinin karının uyrukluğuna etkisinin bir olmadığı görülür.

Evlenmenin karının tabiiyetine etkisi bakımından devletler mevzuatı 5 grup etrafında toplanabilir:

1 — Bazı memleketler mevzuatına göre, evlenme ile karının uyrukluğu

[12] Henri Degand, divorce et séparation de corps
(Repertoire de droit international, t. v. p. 548)

449

değişir. Kadın evlenme ile asli uyrukluğunu "nationalité d' origine" kaybederek kocasının uyrukluğuna geçer. Bu gruba giren devletler şunlardır :

Almanya, Avusturalya, Bolivya, Çekoslovakya, Finlandiya, Hayti, İspanya, İngiltere, Polonya, Macaristan, Peru.

2 — Bir kısım devletler mevzuatı da kadının evlenme ile aslî uyruklu-ğundan çıkmasını, kocanın kanununun, kadına kocasının uyrukluğunu vermesi şartına talik etmektedirler. Bu devletler şunlardır;

Avusturya, Bulgaristan, Çin, Kostarika, Mısır, Yunanistan, İtalya, Japonya, Meksika, Portekiz, İsviçre, Salvador, Siyam, Suriye, Venezüella.

3 — Diğer bir kısım devletler kendi uyrukluğunda olan kadının yabancı ile evlenmesine rağmen aslî tabiiyetini muhafaazasına imkân vermetedirler. Bu gruba giren devletler şunlardır;

Estonya, Romanya, Kûba, Belçika, Fransa, (Bu son iki devlet daha ileri gitmekte ve bu hakkı yabancı kadınlara da teşmil etmektedirler).

4 — Diğer bir takım devletler, kadının yurdunu terkettiği takdirde uyrukluğunu kaybedeceğini kabul etmektedirler. Bu devletler şunlardır;

Danimarka, Ekvator, Norveç, İran, İsveç.

5 — Beşinci gruba giren devletler evlenme aktinin uyrukluğa etkisini büsbütün rkaraıdak eski kuralı kökünden yıkmış bulunmakta ve kadına tam ve kesin bir istiklâl sağlamaktadırlar. Bu gruba şu devletler girmektedirler:

Birleşik Amerika Devletleri, Sovyet Rusya, Arjantin, Şili.

28 / Mayıs / 1928 tarihli Türk vatantaşlık kanununun 13 üncü maddesine göre „ Türklerle evlenen ecnebî kadınlar Türk vatantaşı olurlar. Ecnebilerle evlenen Türk kadınları Türk kalırlar. "

Bu maddeye göre, Türk kadınları evlenmekle aslî uyruklukarını kaybetmemektedirler. Buna mukabil, Türk uyrukluğunda olan erkekle evlenen yabancı kadınlar aslî uyruklukarını kaybederek Türk vatantaslığına girmek tedirlar.

Acaba karı koca evlendikleri zaman ayrı uyruklukta oldukları takdirde boşanma ve ayrılığa uygulanması gereken kanun hangi kanundur ?

Bu hususta bir kaç sistem teklif edilmektedir. Bu sistemleri dört grup etrafında toplıyarak incelemek mümkündür.

1 — Kocanın millî kanunu,

2 — İkametgâh kanunu,

3 — Karı kocadan her birine kendi millî kanununun uygulanması.

448

4 - Dâvanın açıldığı memleket uyruklugunda olan tarafın kanununun uygulanması.

1—Kocanın millî kanunu: Bu sisteme taraftar olanların fikirlerine göre uyruklukları biribirinden farklı olmasına rağmen koca, ailenin reisi olarak kalır. Kocanın millî kanunu dâvanın açıldığı mahkeme kanunu ile birlikte boşanma ve ayrılığa uygulanmak lâzımgelir. Niboyet,Audinet ve Rolin gibi Fransız hukukçuları bu sisteme taraftardırlar. Rolin,kocanın millî kanununun uygulanması sistemini en sade ve tatbikatta en iyi bir sistem olarak kabul etmektedir.[13]Alman müelliflerinden Kahn de bu tezi kabul eylemektedir.

Kocanın millî kanununun uygulanması prensibi Alman Medenî kanununa medhal kanunun 17, Çin kanununun 11, Japon kanununun 16 ıncı maddeleri tarafından te'yit edilmiş bulunmaktadır.

Pratik bakımdan bu sistem en sade ve en iyi bir sistem olmakla beraber nazarî bakımdan hiç bir sebep bunu haklı gösteremez.

2—İkametgâh kanunu:

Uyruklugunu değiştirmeksizin bir yabancı ile evlenen Fransız kadını hakkında Niboyet, kadının Fransada ikametgâhını muhafaza edip etmediğine göre bir ayırma yapmaktadır.Eğer kadın, kocasını takıbetmiş ve yabancı memlekette yerleşmiş ise bu takdirde evlilik birliğinin ikametgâhı kanunu sıfattile birinci sistem,yani kocanın millî kanunu galebe çalacak ve uygulanacaktır. Fakat,eğer aile,müşterek ikametgâhının bulunduğu Fransada yerleşmiş ise boşanmadan doğan ihtilâfları idare edecek olan kanun Fransız kanunu, yani evlilik birliğinin ikametgâhı kanunu olacaktır.[14]

3—Karı kocadan her birine kendi kanununun uygulanması:

karının millî kanununun boşanmayı kabul ettiğini,kocanın millî kanununun kabul etmediğini farzedelim; bu sisteme göre,karı tarafından açılacak boşanma dâvası dinlenmek gerekcektir. Koca tarafından açılacak boşanma dâvası ise, kocanın millî kanunu boşanmayı kabul etmediği cihetle, reddedilecektir.

Bu sistem tatmin edici bir mahiyet göstermemektedir.Çünkü, karı koca arasında göze batan bir eşitsizlik tesis eylemekte,karı kocadan biri tarafından infisah ettirilen veya gevşettirilen evlilik bağının diğeri için devam etmesi sonucuna varmaktadır.

4—Dâvanın açıldığı memleket uyruklugunda olan tarafın kanununun uygulanması:

Burada İsviçre Federal mahkemesinin müstekar içtihadından söz açmak isteriz. Bu içtihat üzerinde durmadan evvel,İsviçre devletler husnsî hukukunda

[13] Rolin,principes du droit international privé,t.II. NO.59.
[14] Niboyet,adı geçen eser, S. 784 ve 785.

449

boşanma ve ayrılıktan doğan ihtilâfların ne şekilde halledildiğini belirtmek yerinde olur. Her şeyden evvel söylemek icabeder ki,İsviçre Medenî kanunu boşanma ve ayrılık dâvalarında yabancılala yerliler arasında hiç bir fark gözetmemektedir. Bir yabancı da,yerli gibi, İsviçre mahkemelerinde boşanma ve ayrılık dâvası açmak yetkisini haizdir.

Filhakika İsviçre Medenî kanununun son babının 59 uncu maddesinin 7 ha fıkrasına göre, yabancı bir devlet uyrukluğunda olan ve İsviçrede ikamet etmekte bulunan karı kocadan her biri ikametgâhı mahkemesinde boşanma veya ayrılık dâvası açmak hakkına maliktir.

İsviçre hukuku, bu suretle selâhiyet meselesini tesbit ettikten sonra boşanma ve ayrılık davasının kabûl edilmesini bazı şartların tahakkukuna eylemektedir.

Yabancının açmış olduğu boşanma ve ayrılık dâvalarının dinlenilebilmesi için,bağlı olduğu devlet kanun veya mahkeme içtihatlarının boşanma ve ayrılığı ve dermeyan edilen sebebi kabul ettiğini ve İsviçre kazasını tanıdığını isbat etmelidir.[15]

İsviçre Medenî kanununun adı geçen maddesinin hükmü bu olmakla beraber, karı kocadan birinin İsviçre uyrukluğunda olması halinde Federal mahkemenin bu hükmü uygulamakta olduğu görülür. Filhakika,Federal mahkemenin içtihadına göre, karı kocadan birinin İsviçre uyrukluğunda bulunması bütün hükümlerini doğurur.Binaenaleyh,İsviçre uyruğu olan eşlerden her biri İsviçre kanununun uygulanmasını istemek hakkını haizdir. İsviçre uyrukluğunda olan bir kimsenin boşanma istemek hakkı,yabancı bir kanun tarafından asla tahdiit edilemez. Bir İsviçrelinin aile statüsü İsviçre mahkemesi önünde her hangi bir yabancı kanun tarafından tadil edilemez.

Şunu da belirtmek gerekmektedir ki, Federal mahkemenin bu içtihadı ayrı uyruklukta olmanın her haline,başka bir deyimle,evlenildiği zaman ayrı uyruklukta olma haliyle,evlilik birliğinin davamı sırasında uyrukluk değiştirme sonucunda ayrı uyruklukta bulunma haline de şamildir.

Yargıtay ikinci hukuk dairesinin vermiş olduğu bir kararda da aynı noktai nazarın kabul edildiği görülür.

---

[15] İngiltere, Yunanistan, Avsturya, Yugoslavya,Macaristan ve İsviçre mahkemelerinin verecekleri boşanma ve ayrılık davalarını tanımamakta,bu davaları görmek hususunda kendi mahkemelerini yetkili saymaktadırlar. (*Simond*,divorce et séparation de corps des étrangers domiciliés en Suisse, Clunet,1927 p. 416)

Hukuk usulü muhakemeleri kannuumuzun 18 inci maddesi göz önüdce tutulacak olursa,İsviçrede oturan Türklerin boşanma veya ayrılığa karar alamıyecakları sonucuna varabiliriz.

450

Mesele şudur:Türk uyruklugunda olan bir kadın İtalya uyruğu bir erkekle evleniyor.Karı kocanın tabiat ve ictimai terbiyeleri çok zıt olduğundan evlenmelerinden bir hafta sonra geçimsizlik baş göstermiştir. Bu geçimsizliğe kocanın ahval ve harekâtı daha ziyade âmil olduğundan karı,kocası aleyhine İstanbul üçüncü hukuk mahkemesinde boşanma davası açıyor; koca da açtığı mütekabil davasında İtalya medenî kanunun 123 üncü maddesi gereğince evliliğin feshine karar verilmesini talebediyor.

Mahkeme, davacı şahitlerinin beyanatına göre kocanın karısına bakmaması,parasız olduğundan bahsile evi satması yüzünden aralarında şiddetli geçimsizlik mevcud olup kavgaları eksik olmadığı ve badema barışmalarına da imkân kalmadığı kanaatı hasıl olmuş ve evlenme akti tarihine göre davacı karı vatandaşlık kanunu mucibince Türk uyruklugunu muhafaza eylemiş olduğundan medenî kanunun 134,138 ve 150 inci maddeleri gereğince tarafların boşanmalarına ve davalının uyruklugu nazara alınarak karının çocuk doğurma kabiliyeti olmadığı tarafların tesadukundan anlaşılmasına binaen meriyeti musaddak İtalyan medenî kanununun 123 üncü maddesi mucebince ve kocanın mütakabil davası veçhile taraflar arasındaki akdin feshine ve takdir olunan nafakanın kesilmesine 21/1/943 tarihinde karar vermiştir.

Davacı karı, bu kararı temyiz etmiş ve yargıtay ikinci hukuk dairesi şu hükmü vermiştir: Türk uyruklugunda olan davacının boşanma davası hiç bir yabancı kanunu ile takyid ettirilemiyeceği ve mahiyetleri itibariyle başka başka şeyler olan boşanma davası ile fesih davasının birlikde istimaı hukukan imkânsız bulunduğu nazara alınmak lâzımgelirken fesih davasının kabuliyle İtalya kanununa tevfikan evlenmenin feshine de karar verilmesinde isabet olmadığı gibi mumaileyhanın ücreti vekâlet talebinin meskût bırakılması usule muhalif ve bu noktalara matuf itirazlar varid olduğundan bu sebeblerle hükmün bozulmasına boşanma ciheti temyiz edilmemiş olduğundan bu babta tedkıkat icrasına mahal olmadığına 14/10/943 tarihinde oybirliğile karar verildi.[16]

B—Karı kocanın evliliğin devamı esnasında uyruklu değişdirmeleri:

Uyruklu değişdirmede iki hali birbirinden ayıracağız:

1—Karı kocanın birlikte uyruklularını değiştirmeleri,

---

[16] Yargıtay ikinci hukuk dairesinin 4248 karar ve 2375 esas sayılı hükmü. Profesör Muammer Raşid Sevig" Her iki ihtimale göre kadın veya erkek Türk ise Türk mahkemerinde Kanunu Medenî mucebince hükmolunur; Türkten gayri ise davacının millî kanunu tatbik edilir.Zira davacının evlilik halinin değişmesi bahis mevzuudur, Nitekim ikamet ve adlî selâhiyet mukavelelerinde ahkâmı şahsiyesi mevzuubahsolan taraftan bahsolunmuştur.„ demekdir. Adı geçen eser S. 371

451

2—Karı kocadan yanlız birinin uyrukluğunu değiştirmesi.

1—Karı kocanın birlikte uyrukluklarını değiştirmeleri:

Karı koca birlikde uyrukluklarını değişdirecek olurlarsa, bu takdirde boşanma isteğinin kabul edilebilmesi için, dava açıldığı zaman karı kocanın bağlı oldukları devlet kanununa bakılmak gerekecektir. Karı koca boşanmayı kabul etmiyen bir devlet uyrukluğuna girmişlerse, boşanma istemek hakkını pek tabiî olarak kaybedeceklerdir.

Meseleyi bir misâl ile anlatalım: Fransız uyrukluğunda olan karı koca, evlilik birliğinin devamı esnasında İtalyan uyrukluğunu alıyorlar ve İsviçrede boşanma davası açıyorlar İsviçre mahkemesi, tarafların millî kanununu uygulanacağından ve millî kanun boşanma müessesesini kabul etmediğinden açılan davayı rededecektir.

Karı koca boşanmayı kabul eden bir devletin uyrukluğunu almışlarsa bu takdirde açılan davanın kabulü icabeder.

Meselâ: İtalyan uyrukluğunda olan eşler İsviçre uyrukluğunu alıyorlar ve Almanyada boşanma davası açıyorlar. Alman yargıcının bu davayı görmesi gerekir. Çünkü, karı kocanın bağlı oldukları devlet, yani İsviçre, boşanmayı kabul eylemektedir.

Yukarda söylediğimiz sözler ayrılık hakkında da varittir.

Karı koca ayrılığı kabul etmiyen bir devletin uyrukluğuna girmişler ve başka bir memlekette ayrılık davası açmışlarsa bu davanın reddedilmesi lâzımdır. Eğer eşler ayrılığı kabul eden bir devlet uyrukluğunu almışlar ve yabancı bir devlet mahkemesinde ayrılık davası açmışlarsa davanın dinlenmesi lâzımgelir. [17]

2—Karı kocadan yalnız birinin uyrukluğunu değiştirmesi:

Karı koca evlilik birliğinin hükümlerini meydana getirdiği, yani evlenme akti yapıldığı anda aynı uyruklukta idiler veya karı evlenme ile kocasının uyrukluğunu aldı ve sonra karı kocadan biri uyrukluğunu değiştirdi. [18] Bu takdirde eşlerin boşanma ve ayrılıklarına hangi kanun uygulanacaktır?

---

[17] Her iki ihtimalde davanının açıldığı mahkeme kanununun „ Lex fori „ ayrılığı kabül ettiğini farzediyoruz.

[18] Telsikın (naturalisation) neticesi tam manasiyle kollektif olur, yani karıya da şamil olursa, hocanın uyrukluğunu değiştirmesi ile karı da aynı uyrukluğu alacağından karı koca birlikte uyrukluk değiştirmiş olurlar. Vatandaşlık kanunumuza göre telsik, karıya şamil değildir. Çocuklar babalarına ve dul analarına uyarak Türk olurlar. Bugün devletler mevzuatı tebsikın karıya da şamil olacağında şamil ittifak etmis değildirler. Bazı memleketler mevzuatına göre kocanın telsikı, karının

452

Bu mesele devletler hususi hukukunda bir çok tartışmalara sebep olmuştur.

Burada uygulanması gereken kanun, karı kocanın son müşterek kanunudur. Binaenaleyh son müşterek kanun boşanmayı kabil etmiyorsa, karı kocadan biriminu yrukluğunu değiştirerek boşanmayı kabul eden bir devlet uyrukluğuna girmesi ona boşanma istemek hahkını veremez. Eğer, eşlerin son müşterek kanunları boşanmayı kabul ediyorsa, karı kocadan birinin boşanmayı kabul etmiyen bir memleket uyrukluğu almış olması boşanma talebetmek hakkını ortadan kaldıramaz. Bu hal sureti, müktesep haklara riayet prensibinin tabiî bir neticesidir.

1902 tarihli Lâhey mukavelesi 8 inci maddesinde bu prensibi teyit eylemektedir.

§ 2— Boşanma ve ayrılık sebeplerine uygulanacak kanun:

Bundan evvelki paragrafta yaptığımız incelemeler, boşanma ve ayrılığa hangi kanunun uygulanacağı meselesine inhisar etmişti. Şimdi boşanma ve ayrılık sebeplerinin hangi kanuna tabi olduğunu gözden geçirelim.

Tarafların millî kanunlariyle(taraflar başka uyruklukta iseler uygulanması gereken yetkili kanunla) dâvanın açıldığı mahkeme kanununun boşanma ve ayrılığı kabul ettiklerini farzedelim. Bu takdirde boşanma ve ayrılık sebepleri hangi kanunla idare edilecektir?

Bu hususta muhtelif fikirler ileri sürülmüştür. Bu fikirleri üç grup etrafında toplıyabiliriz:

I— Dâvanın açıldığı mahkeme kanunu,

II – Millî kanun"

III— Millî kanunla mahkeme kanunu.

I— Dâvanın açıldığı makkeme kanunu:

Bu sisteme göre, boşanma ve ayrılık sebepleri münhasıran dâvanın açıldığı mahkeme kanununa „Lex fori" ye tabidir. Binaenaleyh bir Fransız karısı aleyhine Türkiyede akıl hastalığı sebebiyle boşanma dâvası açsa bu dâvanın kabulü icabeder. Zira, millî kanun „Lex patriaé„ yani Fransız

uyrukluğunun değişmesini tazamun eder. (İngiltere, Hollonda Danimarka, Çekoslavakyada durum boyledir). Bazı devletler mevzuatı ise kadının uyrukluğunun değiştirilmesinin millî kanunu bu değişmeye tanıdıgı takdirde kabûl etmektedir (Çin, ve Japonyada olduğu gibi). Bâzı devletler ise karı kocası ile millî eopaklarda oturmakta ise uyurluğunuu değişeceğini kabûl ediyorlar (İtalya, İsviçre, Norveç, İsveç de boyledir) Nihayet Bâzı devletler kocanın telsikının karının karının uyrukluğunun hiç bir surette tesir etmiyeceğini kabul eylemektedirler (Fransa, Balçika, Bulgaristan, Birleşik amarika, devletleri).

453

kanunu, akıl hastalığını boşanma sebebi olarak kabul etmemekle beraber, akıl hastalığı Türk kanununa, yani dâvanın açıldığı mahkeme kanununa göre boşanma sebebi sayılmışdır.

Devletler hukukî Enstitüsü 1888 tarihli Lozan içtimaında bunu kabul etmiştir. Aynı sistem, İsviçre uyrukluğunda olan kimselerin, yabancı memleketlerde yetkili mahkeme tarafından verilecek boşanma ve ayrılıkları hakkında kabul edilmiştir. Filhakika İsveçre Medenî kanununun son babının 61 inci maddesinin 7 inci fıkrasına göre yabancı memleketlerde ikamet eden İsveçreli karı kocadan her biri boşanma davasını bağlı olduğu yer „Kanton„ mahkemesinde açabilir.[18] Bu takdirde yalnız İsviçre kanununun hükümleri uygulanacaktır.

Yabancı memleketlerde ikamet eden karı kocanın mahallî kanun gereğince yetkili olan yargıç tarafından boşanmalarına hüküm verilmiş ise bu boşanma, Fedaral mevzuat icaplarına uygun olmasa bile İsviçrede tanınacaktır.[19] Bustamenté kanunu da boşanma sebeplerine dâvanın açıldığı mahkeme kanununun uygulanması prensibini kabul eylemektedir.

II— Millî kanun:

Diğer bir görüşe göre, boşanma ve ayrılık sebepleri dâvanın açıldığı mahkeme kanuniyle değil ve fakat munhasıran millî kanunla(eşler başka başka uyruklukta iseler yetkili kanun) idare edilmek gerekir. Bu sisteme nazaran Romanyalı karı kaca, Türkiyede karşılıklı rıza ile boşanabileceklerdir. Çünkü, karşılıklı rıza ile boşanma „divorce par consentemeut mutuel" millî kanun tarafından kabul edimiştir.[20] Dâvanın açıldığı yer kanununun yani misalimizde, Türk kanununun, bunu kabul etmemiş olmasının hiç bir önemi yoktur.

III— Millî kanunla mahkeme kanunu.

Nihayet üçüncü bir noktai nazara göre boşanma ve ayrılık davalarının dinlenilmesi için ileri sürülen sebeplerin hem tarafların millî kanunları (taraflar ayrı uyruklukta ise uygulanması gereken yetkili kanun) hem de dâvanın açıldığı mahkeme kanunu tarafından boşanma ve ayrılık sebebi olarak kabul edilmiş olması şarttır. Bu sistem, hiç şüphe yok ki, en doğru ve en mantıkî bir sistemdir. Çünkü, yalnız boşanma ve ayrılık müesseseleri değil, sebepleri de âmme intizamındandır.

[18] Forum patrial

[19] Bu madde alternatif bir yetki kaidesi ihdas etmiş oluyor. Maddede yalnız boşanma söz konusu olmakta ise de, bunu ayrılığa teşmil etmekte hiç bir hukukî engel yoktur sanırız.

[20] Romanya gibi bazı devletler karşılıklı rıza ile boşanmayı bir takım kayıtlamalara tabi kılmaktadırlar. Belçika Medenî kanunu madde 2331, Lüksenburg (Medenî kanunu madde 2331) bu devletler arasındadır.

454

Boşanma sebeplerine hangi kanunun uygulanması gerektiği hakkında sayın Profesör Abdülhak kemal Yörük, pek haklı olarak, şunları söylüyor: „Cemiyetlerin aileye verdikleri ehemmiyet, buna müteallik hükümlerin konulmasında gösterilen dikkat ve itina ile sabittir. Bir aile bağının ne gibi sebeplerle gevşetilebileceği veya çözülebileceği her cemiyetin kendine has telâkkilerinin tesir ve nufuzu altında tayin edilmiştir; bu telâkkiler umumî âdab ve intizamla sıkı sıkıya alâkadardır. Şu hale göre, bir şahsın yurdunun dışında açacağı boşanma veya ayrılık davasında ileri şüreceği sebeplerin millî kanuna muvafık olması zaruridir. Bu, şahsın halinde bir tebeddülü istilzam eder ve halde husule gelecek tebeddül ve tahavvüllerin vukuu sebeplerini aynı kanunun idare etmesi makul ve tabiîdir. Bir aile bağının gevşetilmesi ve çözülmesi ancak millî kanun hükümlerinin tatbik edilmesile mümkün olacağı fikri ne derece doğru ise bunun ne gibi sebeplerle husule gelebileceği de yine millî kanunun yatkisi içinde adetmek zarurîdir; fakat tabiî surette hükmünü icra etmesi lâzımgelen millî kanun mahallî kanununun nüfuzu altında akamete uğrar ve uğramalıdır da. Her hangi bir devlet kendisine mensup bir aile üzerinde aile hukukuna müteallik bütün hükümleri tatbik etmek hakkını haizdir. Bu, devletin şahsî hâkimiyetinin tabiî bir neticesidir. Diger taraftan da millî hükümler o aile efradının hususî menfaatlarını eniyi temin edebilecek vaziyettedir. Buna hiç şüphe yok. Fakat iş,bu kadarla bitmez. Her hangi bir devlet ülkesinde boşanma ve ayrılık dâvası açıldığı zaman ileri sürülen sebeplerin o devlet mevzuunun kabul ettiği sebeplerden olması da lâzımdır.

Karı koca arasındaki bağın ortadan kaldırılması veya gevşetilmesi için muayyen olan sebepler, Beynelmilel âmme intizamındandır. Fertlerin veya diğer devletlerin iradesi her hangi bir devleti takyit etmez. Aile hukukuna mütaallik mevzuat cemiyetin= bu hususdaki talâkkilerinin bir ifadesidir, cemiiyetin ahlâk talâkkilerinin hususiyetlerinin tebarüz ettiği hükümlerden en mühimi aileye mütaallik hükümlerdir. Hiç bir cemiyet kendi içerisinde kendi yargıcının eliyle yabancı olduğu bir sebebe müsteniden bir aile bağının gevşemesine veya çözülmesine razı olamaz. Binaenaleyh boşanma ve ayrılık sebeplerinin millî kanuna uygun olması kâfi gelmez, isti-

Bazı devletler az çok uzun bir ayrılık müddeti koyuyorlar.Bu devletler arasında, İsveç [21]/Haziran/ 1920 tarihli K. Madde 3) Norveç (31/Mayıs/1918 tarihli K. Madde 54), Portekiz(3ikinci teşrin/1910 tarihli K.madde35), İspanya(1932 tarihli K. Madde 65,66), Meksika) Aile münasebetleri hakkındaki madde 82 ve sonrakiler), Sansalvador(Medenî kanun madde 148) anılabilir.

Bir kısım devletler de derhal hükmedilmesine müsaade ediyarlar. Letonya (18/Şubat/1921 tarihli K. Madde 49–51), Estonya (27/Birinci teşrin/1922 tarihli K.Madde 30) Sovyet Rusya (1926 tarihli aile kodu madde 1), Ekvator (1/İkinci kânun/1903 tarihli K. Madde 22), Guatamala (12/Şubat/1894 tarihli K. Madde 2) Uruguvayda (Medenî kanun madde 187) durum böyledir.

455

nadedilen sebebin aynı zamanda mahallî kanun tarafından kabul edilmiş olması lâzımdır. [21]

İsviçre bu sistemi kabul etmiş bulunmaktadır.[22] 1902 tarihli Lâhey mukavelesinin 2 inci maddesinde aynı prensib teyidedilmiştir.

Boşanma ve ayrılığın sebeplerinden doğacak kanunlar ihtilâfına hem millî kanun, hem dâvanın açıldığı yer kanunu uygulanmak gerektiğine göre, Fransız uyrukluğunda olan karı kocadan birinin diğeri aleyhine akıl hastalığı sebebile İsviçrede açacağı boşanma veya ayrılık dâvası kabul edilmiyeceği gibi, İsviçre uyrukluğunda olan karı kocanın akıl hastalığına dayanarak Pariste açacakları dâva da reddolunmak lâzımgelir.

İspanya uyrukluğunda olan karı kocadan birinin Türkiyede diğeri aleyhine terk sebebiyle açacağı boşanma veya ayrılık dâvasını Türk yargıcının dinlemesi gerekdeir. Çünkü, terk hem millî kanun olan İspanya kanununa, hem mahkeme kanunu olan Türk Medenî kanununa göre boşanma sebebidir.

Prensip bu suretle tesbit olunduktan sonra halli gereken önemli bir mesele kalıyor:

Biri millî kanunun, diğeri dâvanın açıldığı mahkeme kanununun kabul eylemiş olduğu iki sebebe birden dayanılarak açılan bir boşanma veya ayrılık dâvalarında durum ne olacaktır?

Bu gibi hallerde 1902 tarihli Lâ Haye mukavelesinin ikinci maddesinin göstermiş olduğu hal sureti kabul edilmek yerinde olur. Bu suretle bir taraftan millî kanuna göre boşanmayı mucip bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olmak itibariyle aile hukukuna mütaallik ihtilâfların millî kanun dairesinde halledilmiş olması, diğer taraftan da mahallî kanunun boşanmaya sebeb addettiği vakıa isbat edilince o sebebin mevcudiyeti aile bağının ortadan kaldırılmasını icabettirdiğinden âmme intizamını ihlaledecek bir vaziyet tahaddüs etmemesi temin edilmiş olur.[23]

§3— Boşanma ve ayrılıkta millî kanunun uygulanması alanına giren hususlar.

Boşanma ve ayrılık dâvasının zaman aşımı münhasıran karı koçanın millî kanunlarına, eşler aynı uyruklukta değilseler, uygulanması gereken etkili kanuna bağlıdır. Dâvanın açıldığı mahkeme kanunu buna müdahale edememelidir. Nitekim Yargıtay ikinci hukuk dairesi de bu içtihatta bulunmuştur Dâva şu idi:

[21] Abdülhak Kemâl Yörük, adı geçen eser, S. 168
[22] İsviçre M.K. 2 n bab, M. 59. f. 7 h
[23] Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, S, 168.

456

Karısı dâvalının haklı bir sebebe dayanmaksızın onaltı senedenberi birliği terk edip,bu güne kadar bir gûna alâka göstermemesi sebebi ile aralarında şiddetli geçimsizlik hasıl olduğundan ve bundan böyle karı koca olarak yaşamalarına imkân kalmadığından ve kendileri de Yunan uyrkluğunu haiz bulunmuş olduklarından bahsile Türk ve Yunan Medenî kanunları hükümlerine tevfikan boşanmalarına karar verilmesi istenilmiştir.

Hüküm: Kararı kocanın bir arada yaşadıkları zamanda bir birleriyle geçinememeleri yüzünden karının birliği terkettiği ve onaltı senedenberi ayrı yaşamakta olup birleşemedikleri ve bu itibarla aile birliğinin devamına imkânı kalmadığı dinlenen tanıkların kanaat bahş sözleriyle tahakkuk etmesine mebni Türk ve Yunan Medenî kanunları hükümlerine tevfikan tarafların boşanmalarına karar verilmitşir.

Mahallî mahkemenin kararı dâvalı tarafından temyiz edilmiş ve yargıtay aşağıdaki hükmü verilmiştir:

Müddeaaleyh muhakemeten dâvada zaman aşımı olduğunu beyan ve iddia etmiş ve bu cihet dahi millî kanuna tabi bulunmuş olmasına göre mezkûr iddia hakkında inceleme yapılarak bir karar verilmeksizin muhakemeye devamla yazılı olduğu üzere boşanmıya karar verilmesi muhalif ve temyizen ileri sürülen itirazlar bu itibarla varid olduğundan temyiz olunan hükmün bozulmasına 22/3/945 tarihinde oybirliğile karar verildi. [24]

Boşanmayı müteakip, kadının beklemekle ödevli olduğu müddetin, yani ıddet müddetinin millî kanuna mı, yoksa âmme intizamı mülâhazahiyle, mahallî kanuna mı tabi olacağı maselesi devletler hususi hukukunda ihtilâflı bir mesele olarak devam etmektedir.

Bir kısım müellifler, ıddet hükmü, nesepte karışıklığa meydan verilmemek maksadiyle konulmuş bulunduğundan bunu bir âmme intizamı hükmü olarak mahalli kanunun koyduğu süre geçmedikçe kadının evlenmesine müsaade etmemek suretiyle millî kanunun uygulanmasına muhalefet olunabileceği fikrindedirler. [25]

Bazı müellifler ise ıddet süresinin âmme intizamiyle ilgisi olmaması sebebiyle millî kanuna tabi olması lâzımgeldiği fikrini ileri sürmektedirler. [26] Bu ikinci fikir, bize daha mülâyim gelmektedir.

Boşanma halinde tarafların, maddî ve manevî tazminat istemek hakına malik olup olmadıkları meselesi de millî kanunun uygulanması suretiyle halledilmek gerekir.

---

[24] Yargıtayın 1561 esas ve 1600 karar sayılı kükmü.

[25] Abdülhak Hemâl Yörük, adı geçen eser, S. 179 aynı mealde: Nusret Metya, Devletler hususî hukuku ders notları, S. 134.

[26] Muammer Raşid Sevig, adı geçen eser, S. 272: Niboyet adı geçen eser S. 751.

457

Boşanan kadının kocasının soyadını taşımak hakkını haiz olup olmadığı hususu da millî kanuna bağlıdır.

Ayrılığın devam süresi de millî kanuna tabidir. Binaenaleyh, millî kanun daimî bir ayrılık kabul eder ve geçici ayrılığa yer vermezse bunu âmme intizamına aykırı bir hüküm saymamak gerekir.

Yargıtay ikinci hukuk dairesinin ictihadı da bu merkezdedir.

Dâva şu idi:

Müvekkilinin karısı müddeaaleyhanın Atinada oturmakta olan anne ve kardeşini ziyaret ve romatizmasını tedavi ettirmek maksadiyle gittiği Atina şehrinde müvekkiline karşı sadakatsızlık göstererek bir diş doktoru ile münasebet tesis etmesi ve zinada bulunması ve ağır tehdit ve hareketleri sebebleriyle zevdiyetin idamesine imkân kalmadığından bilmuhakeme İtalyan medenî kanunun hükümlerine tevfikan ayrılıklarına ve evliliğin mumaileyhaya bahşettiği her türlü kanunî menfaatlerden mahrumiyetine ve masarif ve ücreti vekâletin de mumaileyhaya tahmiline karar verilmesi dâvacı vekili tarafından istenilmiştir.

Hüküm: İcra kılınan tahkikat ve muhakeme netcesinde; Müddeaaleyha vekilinin ileri sürdüğü iptidaî itirazların reddine karar verildikten sonra zina fiili sabit değilse de, müddeaaleyhanın kocasının hüsnü rızasiyle romatizmasını tedavi ve ziyaret için gittiği Atina şehrinde diş doktoru... isminde biriyle münasebet peyda ederek otel, plâj ve sair yerlerde şüpheyi calip bir halde gezdiği şahadet ve sair delillerle sabit ve mahkemece bu suretle kanaat hasıl olduğundan ve müddea aleyhanın gösterdiği deliller kanaatı değişdirecek mahiyette bulunmadığından ve nafakanının devamı lâzımgeleceğine mütedair müdafaalar da İtalya medenî kanununun 156 ıncı maddesine göre gayri varid görüldüğünden bilcümle itirazların reddiyle mezkûr kanun hükmüne tevfikan tahkir mahiyetini haiz görülen müddeaaleyhanın efal ve harekâtı mesrudesine binaen tarafların ayrılıklarına ve mukadder nafakanın da kesilmesine karar varilmiştir.

İstanbul üçüncü hukuk mahkemesinin bu kararını, müddeaaleyha temyiz etmiş ve yargıtay şu kararı vermiştir:

" Davacı, karısı müddeaaleyhanın ailesini ziyaret ve tedavi maksadiyle gittiği Yunanistanın Atina şehrinde bir doktorla münasebet tesis ederek sadakatsızlık ve zina etmesi ve ağır tehdid ve hareketlerde bulunması yüzünden zevciyet rabıtasının idamesine imkân kalmadığından bahsile ayrılıklarına ve evliliğin bahşettiği her dürlü kanun menfaatlerinden mumaileyhanın mahrumiyetine karar verilmesini isteyüp icra kılınan muhakeme netcesinde: Zina fiili sabit olmamış ise de, mumaileyhanın kocasının hüsnü rızasiyle romatizma tedavisi ve ailesini ziyaret için gittiği Atina şehrinde...

458

isminde bir Diş Doktoru ile müasebet peyda ve mumaileyhle hastahane, otel ve plâjlarda münasib olmayan ve şüpheyi celbeden bir tarzda gezdiği ve bu suretle kocasının şeref ve haysiyetini rencide edecek ahval ve sadakatını bozacak hareketlerde bulunduğu şahadet ve sair delillerle tahakkuk etmiş olduğu cihetler mümeyyiz vekilinin sübutu müddeaya aid itirazları gayri varid ise de, İtalya medenî kanununun hadiseye müteallik mevaddının dosya içinde bulunan suret tercümeleri tam bir muvafakat mevcud bulunmadığından işbu tercümelerin hangisinin aslına mutabık olduğu İtalyancaya vâkıf ehli vukufdan tahkık olunmak iktiza ederken bu cihet düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhalif ve mümeyyizu vekilinin bu noktaya matuf itirazı varid olduğundan temyiz olunan hükmü bu sebeble Nakzına Oybirliğile karar verildi. (27)

Bu kararların incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, İstanbul asliye hukuk mahkemesi, eşlerin millî kanununa, yani İtalyan medeni kanununa, göre daimî ayrılığa karar vermiş yargıtay buna dokunmayıp, başka bir sebepten dolayı ilâmı bozmuşdur.

459

1609 sayılı kanun değiştirilmeli mi?

Hikmet SONEL
Trabzon C. Savcısı

I — Kanun amaçına ermişmidir? doğuş — görünüş — gidiş — kavrayış.
II — Kanunu amacından alıkoyan engeller: hazırlık tahkikatı — merci tayini — maznunun sorgusu — meşhut suç — takip müsaadesi — ilk tahkikat — tevkif mecburiyeti — beyanname mecburiyeti — çabukluk.
III — Değiştirme düşünceleri.

I — Kanun amacına ermiş midir?

15 seneden beri yürürlükte bulunan 1609 sayılı özel usul kanunundan elde edilen sonuca bakıp, en çok tatbik edildiği zimmet, ihtilâs ve rüşvet suçlarının bile eksilmediğini bir tarafa bırakıp, tahkikat işlerini inandırıcı tanıttığını ve takibi kolay ve çabuk yürüttüğünü iddia etmek dahi yerinde olmıyacağı gibi, doğuş ve gedişe ve hükümler ve şümul bakımından umulan varlığı taşıdığını ileri sürmekte mümkün bulunmasa gerektir.

Kanunun doğuşu: İstisna içinden istisna çıkarmak şeklinde olmuştur Memurin muhakamatı hakkındaki muvakkat kanunun memurlar hakkında kabul ettiği istisnai tahkik ve takip usulünden, ikinci bir istisna çıkarılarak 1609 sayılı kanun vücuda getirilmiştir. Çıkarma, kökünden ayırmaya kadar vardırılmadığından her iki kanun bir temele tutunmuş, şukadar ki 1609 sayılı kanunla temel arasına bazı eklemeler konmuştur. Bu yüzden yapı sağlamlık göstermemektedir.

Kanunun toplu görünüşü : — Yalnız konumuza ilgili yerlerine göz gezdireceğimiz kanun, sanki sarp bir yamacın geriye kaydıran çığırında ilerlemiş, sanki belli bir amacı bulunmadığından sağ, sola ağmış gibi kaygılar uyandırmaktadır.

Kanunun gidiş yönü: — Memurin muhakematı hakkındaki muvakkat kanunun bir takım merasim ve derecelere bağladığı tahkik ve takip usulünü sadeleştirmek ve çabuklaştırmak ve hatta C. Savcılarına doğrudan doğruya takip selâhiyeti vermek için meydana getirildiği söylenen kanun, ilk günler bir ilerleyiş yaptıktan sonra kısacası, gidiş yönünü, çıkış yönüne saptırmış bulunmaktadır.

Kanunun kavrayışı: — 1609 sayılı kanun gayesine ermiş sayılsa bile aynı mahiyet ve vahametteki bütün cürümleri şümulüne almamış olduğundan yine hedefini sarmış sayılamaz.

460

A — Memuriyet vazifesini süiistimal suretile menfaat temin eden memurların bütün fiillerini şumulüne atmamıştır. Halbuki memuriyet sıfat ve selâhiyetini alet ederek iş sahiplerini dolandırıp, haksız menfaatlar temin eden memurun fiili irtikâp ve irtişâ unsurlarını ihtiva etmese de aynı vahamet ve neticeyi hasıl edeceği derkârdır.

Tahsildarın makbuz vermeksizin vergi namile mükelleften para alıp uzun zaman ve belki hiç bir zaman meydana çıkmıyacak bir suç işlemesi, defterler ve kayıtlar üzerine tahrifler yaparak ergeç meydana çıkacak bir suç işlemesinden daha hafif bir takip ve tecziyeyi niçin mucip bulunmalıdır.

B — Zimmet ve ihtilâsın devlet müesseselerinde fazla oluşu, uzun devam edişi ve buna karşı hususi müesseselerde emniyeti süiistimal suçlarının az işlenip çabuk meydana çıkarılışı devlet müesseselerinin murakabasındaki gevşeklikten ileri geldiği bedihidir.

Böyle iken kanun, T. C. kanunun 204 üncü maddesinde yazılı suçu şümulünden hariç bırakmıştır.
Zimmet ve ihtilâs suçlusuna ceza vermenin, bir sebebi de, bu suçların vukuunu önlemek olduğuna göre, tecziye tedbirile birlikte alınmış diğer bir tedbir olan murakaba vazifesini ifada ihmal failini de aynı şiddetle takip etmek gayeye varışı kolaylaştıracağı aşikârdır.

Burada, şu noktaya işaret edelim ki:
204 üncü madde olmasaydı, murakaba ihmali 230 uncu maddenin 2 nci fıkrası hükmile tecziye edilecekti. Yani — ferdî cezaları bir tarafa bırakalım aslî ceza itibarile — devlete zarar vermiş diğer ihmaller gibi bir aydan üç seneye kadar hapis cezasına çarpılacaktı. Halbuki 204 ncü madde 100 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezasile iktifayı âmir bulunmaktadır.
Devlet malını aşırmanın, devlete verilebilecek diğer zararlardan daha hafif oluşunda bir sebep varsa anlıyamadığımızı itiraf ederiz. Acaba kesreti meşagil, murakaba ihmalinde makbul bir mazeret midir? Sorusuna karşılık beklemeksizin konumuza dönerek diyelim ki: 1609 sayılı kanunun, memuriyet unvan, sıfat ve nüfuzunu her ne suretle olursa olsun süiistimal ederek vazife yaparken devlete ve ferde zarar verip haksız menfaat temini maksadile işlenen bütün suçlara şamil bir usul kanunu haline getirmek, sanırız ki, muayyen cürümlere bağlı bir yoldan daha faydalı olacaktır.

481

II — Kanunu amacından alakoyan engeller

Bu engellerden bir kaçını olsun bulma umusuyle kanunun konumuza ilgili hükümlerini gözden geçirelim:

I— *Hazırlık tahkikatı:* — Esas kaideye göre, hazırlık tahkikatı yapmak vazife ve salâhiyeti C. S. larına mevdudur. idarede — bazı kanunlarla hâdiseyi bir zabıt varakasında tesbit derecesini pek de aşmayan salâhiyetler haricinde — hazırlık tahkikatı yapmak salâhiyeti mevcut değildir.

Gerçi, memurin muhakematı hakkındaki muvakkat kanun, idarî müfettiş ve muhakkiplere memur suçları hakkında ilk tahkikata benziyen bir tahkik salâhiyeti tanınmışsa da, 1609 sayılı kanunun şumulüne giren cürümler için bu salâhiyet bahis dışı olmakta ve esasen hazırlık tahkikatı mahiyetinde bulunmamaktadır.
1609 sayılı kanun, gayesine ermenin tek yolu olduğu için umumi kaideye uyup, hazırlık tahkikatı yapmak vazife ve salâhiyetini C. S. larına tevdi etmekte ve bu salâhiyeti birinci ve ikinci maddelerindeki açık hükümlerle göstermekte ve bir kayıt ve şarta tabi tutulmamaktadır.

Hatta kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında (İcra vekili... Bu cürümlere muttali olduğu halde dahi... takibata salâhiyetli C. .S. sına işi tevdi eder) denilerek icra vekillerinin bile muttali olacakları suçları ittıla akebinde salâhiyetli C. S. sının takibine tevdi edecekleri açıkca beyan edilmektedir.
Ancak ikinci madde sona ererken konan fıkra, ifade vuzuhsuzluğu yüzünden, evvelki ve sonraki hükümlerin duruluğuunu bulandırmaktadır.

Bu fıkrada (1 inci maddede yazılı cürümlerden dolayı müfettiş ve muhakkikler tahkikat neticesinde kâfi deliller elde ettikleri takdirde işi selâhiyetli C. S. sına ihbar ve evrakı tevdi ederler. C. Savcısı müfettiş ve muhakkikler tarafından evrakın kendisine tevdiine lüzum görülmediği takdirde dahi evrakın taâlluk ettiği iş hakkında takibat icrası için esbabı mücibe dermeyanile ait olduğu icra vekilinden müsaade isteyebilir) denilerek müfettiş ve muhakkiklerin yapacağı bir tahkikten bahsedildiği için bu tahkikatın hazırlık tahkikhtı olduğu binaenaleyh müfettiş ve muhakkiklerde 1609 sayılı kanunun şumulüne giren suçlardan dolayı hazırlık tahkikatı yapmak selâhiyeti mevcut bulunduğu zehabı uyanmakta ve tatbikat böyle bir yol tutmaktadır.

462

Her ne kadar,kanun açık ve kayıtsız hükümlerle hazırlık tahkikatı yapmak selâhiyetini C. S. larına tanımış ve icra vekilleri için bile böyle bir selâhiyet kabul etmemişken,icra vekillerinde mevcut olmıyan selâhiyeti onların namına hareket eden müfettiş ve muhakkiklerde mevcut saymak, kanunun sarahat ve delâletine uymıyacağı derkâr bulunmakla beraber, şayet, arzolunan zehapta isabet tasavvur edildiği surette, kanun vazıı:

I) Açık hükümlerile C. S. larına

II) Vuzuhsuz fıkra ile müfettiş ve muhakkiklere ki, kısacası,adlî ve idarî makamlara hazırlık tahkikatı yapmak selâhiyetini tanımak suretile bir iş için (Çiftemerci) ihdas etmektedir.

Bu yepyeni ve eşsiz müessese ile:

I) Bir vazife adlî ve idarî görüşte iki makama tevdi edilerek, farklı neticeler ve ihtilâflı muameleler zuhuruna yol açılmış

2) Tâhkik mesuliyeti ikiye bölünerek, bir suçun tahkiksiz kalması gibi hallerde, her iki makamın ihmali, diğerine atfedebilmesine, yani parçalanan mesuliyetin gayıp olmasına meydan verilmiş

3) Her biri bu işi başarabilecek varlıkta ise, biri varken diğerine yokyere lüzümgörülmüş — Sanmayınızki, vazife ifası tesadüfe bırakılmış—

4) Müfettiş ve muhakkiklere, lüzum gördükleri hallerde, evrakı C. Savcısına tevdi etmemek selâhiyeti tanınarak, memurın muhakematı kanunu hükümlerine göre hareket edilseydi, idare meclisinin vereceği ve mafvek merciin murakabe edeceği muhakemeden men, kararı neticesini hasıl edebilecek bir karar bir zatın telâkkisine terkedilmiş

Gerçi böyle hallerde C. Savcısına, itiraza benzıyen bir selâhiyet tanınmışsada, bu selâhiyet farazî olup vaziyeti tebdil edecek kutrette bulunmamış, çünkü:

A — C. Savcıları idarî vazifeler sırasında ve idarî sahada işlenip idarî müfettiş ve muhakkikler tarafından tahkik olunan bir hadisenin mevcudiyetine dahi muttali olacak vaziyette değilken tahkikat yapıldığını ve bitirildiği halde evrakın tevdi edilmediği nasıl bilecektir netekim bilinememektedir.

B — Diyelim ki bilecektir Lâkin hadisenin vukuunu işitse bile takibi müstelzim bulunduğunu ne suretle anlatacaktır.

C — Diyelim ki anlıyacaktır. Takip müsaadesi almak için göstermiye mecbur bulunduğu mucip sebepleri ki, fiilin suç teşkil ettiğini ve maznuna isnat kabiliyeti bulunduğunu irae eden delilleri ne şekilde elde edecektir.

Ayrıca hazırlık tahkikatı yapacaksa, bu birbiri peşine çifte tahkik işi uzatmakla beraber C. Savcısı kendi tahkikatı neticesine göre hareket edeceği için, idarî tahkik neye yarıyacaktır.

Eğer, C. Savcısı ayrıca tahkikat yapmayıp idareden evrakı alarak okumak suretile hadise mahiyet ve delillerine muttali olacaksa, evrakı istemek için, yukarda arzolunduğu veçhile, hadise ve tahkikin mevcudiyetini öğrenmiş bulunması lâzım geleceğini ve evrak istemiye fıkradaki (evrakın kendisine tevdiine luzum görülmediği) tarzındaki ifadenin müsait bulunmadığını bir tarafa bırakalım.

Bu okuyuş, idarenin tamamile ve lâyıkile tesbit ve tahkik ettiği ancak fiili suç saymadığı veya delilden arî gördüğü hallerde faydalı olabilecek ve diğer hallerde evrak mütalâası delillerin noksansız toplandığını, her zaman, anlatmıyacaktır. Delillerin noksansız toplanabilmesinin ilk şartı, suç unsurlarını ve temyiz içtihatlarını lâyikile bilmek ve delil toplamakta meleke sahibi olmaktır. Vaktında toplanmamış delillerin sonradan toplanması her vakit mümkün olmaz, geç kalan tahkik adalet için daima zararlıdır. İmkânsızlıkları mümkün şekilde görüp C. Savcısının hâdiseye muttalı ve idarî tahkikın tamam bulunduğunu veya tamamlandığını farzedelim.

İdarî tahkik ile adlî tetkik veya tahkik ayni sonuca varmazsa, ne olacaktir.Memurun itimadı,halkın inangısı sarsılmıyack mı?. İdarî ve adlî merciler arasında anlaşmazlıklar çıkmıyacakmı?. Diyelim bunlar da olmıyacaktır.

Lâkin, deyemeyiz ki, idarî ve adlî tetkik ve tahkikler ve hakeme müracaatlar yüzünden iş uzamıyacaktır.

Bütün bunlar, niçin, böyle olmalıdır. Tahkik usulünün sadeleştirilmesi ve çabuklaştırılması için mi?.

Hulâsa C. Savcısının, evrak kendisine verilmediği takdirde, takibat müsaadesine tevessül salâhiyeti farazî olmakla beraber bindebir tatbik kabiliyeti tahmin ederek hakıki saydığımız halde de, bu fıkra hükmü işleri uzatmak ve hatta karıştırmak tezahürlerile tecelli etmekten ve takip bir makamın görüşüne terkedilmiştir, denilebilecek bir vaziyet hasıl olmakta bulunduğundan daha salim bir usul istenirken, memurin muhakematı usulü bile zaafa uğratılmış.

464

5 — İdare, ayrı bir cihaz iken, adli bir iş zımnında olsa dahi, yaptığı muamele C. Savcısının murakabasına tabi tutulmuş.

6 — İdare yaptığı tahkikat sonunda, fiili memurin muhakematı kanununun şümulüne giren bir suç mahiyetinde görerek evrakı idare meclisine verince iş bir çıkmaza sapmış, zira:

İdarenin bir tahkik yapmış veya yapmakta bulunmuş olması C. Savcısının aynı işin hazırlık tahkikatını yapmaktan menedeceği yolunda bir hüküm mevcut olmadığından C. Savcısının da ayrıca tahkikat yaparak takip lüzumuna kail olup müsaade istihsaline tevessülü halinde, maznun vilâyetlerin millî irade ile mansup olmıyan memurlar ile tali memurlarından ise kedisine müracaat edilecek olan vali C. Savcısının yaptığı tahkikatla fiilin 1609 sayılı kanunun şümulüne giren bir suç olduğunu görünce takip müsaadesi vermek suretile kendisinin veya kaymakamının evrakı idare meclisine vermek hareketine bir tezatmı irae edecektir, yoksa evvelki görüşünde israrmı edecektir?

Bu takdirde kendisine müracaat edilecek icra vekili nasıl bir vaziyet alacaktır. Takip müsaadesi verilmiyerek idarî görüşte ısrar olunursa C. Savcısının salâhiyeti ve tahkiki bir olup bitti ile karşılaşmış olacaktır. Takip müsaadesi verilirse idare meclisinden evrak ne suretle çıkarılacaktır.

Hususile idare meclisi mahkemeden men kararı vermiş ve bu karar katileşmiş ise, takip müsaadesi alınsa bile, bu müsaade ve hatta 1609 sayılı kanun ne fayda verecektir? Men'i muhakeme kararı ortadan kaldırılmaksızın adlî takip yapılamaz.

Hayır, salâhiyetli merciden verilmiş bir karar olmaması itibarile keenlemyekûn sayılması icabeden men'i muhakeme kararına bakılmaksızın adlî takip caizdir gibi mütalâalar mı serdedilecektir?

Diğer bakımdan müfettiş ve mühakkikler yaptığı tahkikat sonunda fiili 1609 sayılı kanunun şumulünden hariç ve memurin muhakematı kanununun şumulüne dahil görünce, evvelce yaptığı tahkik ihzarî mahiyette olduğundan ikinci defa ilk tahkikata benziyen bir tahkikmi yapılacaktır.

İdare meclisi fiili, söz gelimi, memuriyet vazifesini süiistimal sayarak son tahkikatın açılmasına karar verip evrakı tevdi edice, C.Savcısı fiil 1609 sayılı kanunun şümulüne dahil mahiyette bulunsa bile ne yapabilecektir. Ve Bu takdirde de 1609 sayılı kanun neye yarayacaktır?

465

Velhasıl, meseleye hangi yönden bakılsa, ya idarî veya adlî tahkik ve takdiri hiçe indiren, hatta kanunu yürürlükten alakoyan bir manzara görülmüş.

7 — İdarenin 1609 sayılı kanun hükümlerine tevfikan takibi müstelzim mahiyette bulup tevdi ettiği evrak üzerine C. Savcısı takibat ifasına mahal görmezse ve bu karar isabetli ise, idarî tahkik lüzumsuz kalmış ve belki suç teşkil etmiyen bir fiilinden dolayı memur vekâlet emrine alınarak yok yere canı yakılmış.

8 — Kanunun birinci maddesinin (bu cürümlere iştirakten maznun olanlar) ibaresindeki mutlak tabir, memurin muhakematı kanununa göre telâkki edilerek, memur olmıyan maznunlar dahil sayılmadığı taktirde idare, memur olmıyan kimseler hakkında hazırlık tahkikatı yapamıyacağından, iki taraflı bir tek fiilin bir tarafını idare tahkik edip yarım bırakarak, fakat tam bir kanaat hasıl ederek, diğer tarafın tahkiki için evrakı C.Savcılığına vermiş.

9 — Bahsa mevzu fıkra hükmü biraz daha zorlanıp, müfettiş ve muhakkik tarafından tahkik edilmekte olan bir cürmün C. Savcısı tarafından ayrıca tahkikine girişilmesi caiz olmayıp idarî tahkik neticesini beklemek lâzım geleceği ve idarî tahkik sonunda evrak kendisine verilmezse harekete geçeceği dermeyan edildiği surette, her hadise üzerine bir müfettiş ve muhakkik tahkikatı mümkün bulunduğundan, C. Savcısına verilen tahkik salâhiyeti sembolik bir mahiyet almış, bulunacaktır.

Bunları da bir tarafa bırakıp, meseleyi bu noktada daha fazla incelemekten vazgeçelim.

Çifte merci, bir suç karşısında:

I — Önce öğrenen mi?
II — İkisi birden mi?
III — Birbiri peşine mi?

Harekete geçip hazırlık tahkikatı yapacaktır.

I — Suçu önce öğrenen tahkik edecekse:

A — Hangi makamın daha evvel muttali olduğunu her hadisede tefrik kolay olmıyacaktır. Meselâ Vali ile C. Savcısı bir arada iken yapılan rüşvet ihbarına adlî ve idari makamlar aynı zamanda muttali olacaklardır.

Son zamanlarda ihbar ve şikâyetleri, yazı makinesinin alabileceği adette kopya kâğıtlarına çıkarıp muhtelif mukamlara

466

sunmak şekli hayli revaç bulduğundan ihtilâf ihtimalleri de hayli artmış bulunmaktadır.

B — İdarî vazifeler sırasında işlenen cürümlere, elbette, çok kerre önce idare muttali olacak C. Sacısının salâhiyeti kendisine ihbar veya bizzat ittıla gibi nadir hallere ki yüzde bir kaç nisbetine münhasır kalacaktır.

II — Her iki merci birden veya,

III — Her iki merci birbiri peşine tahkik edecekse:

İşin karışmasından, uzamasından, anlaşmazlıklar çıkmasından sonra, ihtimal bir netice alınmasına da sıra gelebilecektir.

Hulâsa, çifte tahkik mercii kuruluş ve gidiş bakımlarından garip bir müessese vasfını pek bariz şekilde göstermektedir.

Bu müesseseden, uzak iki fayda mülâhaza olunabilir:

1 — Bir makamın yapmakta ihmal ettiği tahkiki diğerinin ifa edebilmesine imkân vermek ki, bu faydayı idareye yalnız tahrik salâhiyeti vermekle temin mümkündür ve esasen idarede bu salâhiyet mevcuttur.

2 — C. Savcısının takibat ifasına mahal olmadığına karar vermesi halinde idarenin kendi tahkikatına dayanıp kararın isabetsizliğini iddia edebilmesini mümkün kılmak ki, idare zaten takip müsaadesi ve inzibatî tatbikat için bir tahkik yapmak salâhiyetini haizdir. Bu noktada idarenin suçtan zarar gören müsedet'i gibi umumî hükümler dairesinde bir itiraz salâhiyetini haiz bulunması varit olabilir. Ve böyle bir salâhiyet ademi takip kararının daha kolay ve kısa yoldan ortadan kaldırılmasını temin edebilir.

İstitrat kabilinden arzederiz ki, C. Savcılarına da idare meclislerinin muhakemeden men, kararlarına karşı ve 1609 sayılı kanunun şümulüne giren veya memurin muhakematı kanununun şumulünden hariç kalan fiiller için ve yalnız bu vasıflara istinaden, âmme menfaatları mülâhazasile devlet şûrasına itiraz salâhiyeti tanımak — bazan idarî işlere müdahale tezahürü gösterse bile — çok kerre faydası inkâr olunamıyacağından, idare veya âmme hukuku doktorlarından buna bir formül bulanın hayırlı iş göreceğine kaniiz.

Faraziyelerin savletinden sakınarak, yine bahsimize rücu edelim. 1609 sayılı kanunun şümulüne giren cürümlerin idarece tahkikinden bir fayda daha mülâhaza edenler bulunabilir:

İdarî vazifelerden doğan suçlar, hele zimmet ve ihtilâs fiilleri idarî hususiyetler içinde işlendiği için, idarî müfettiş ve muhakkikler tarafından daha büyük bir vukuf ve ihtirasla tesbit olunabileceğinin ileri sürülmesi variddir.

Fakat, bir para ferdin kesesinden devlet hazinesine nasıl geçeceğini bilmek idarî ihtisasa ne derece taallûk ederse, devlet parasının memur kesesine ne suretle geçmesi suç teşkil edeceğini kestirmekte adlî ihtisasa o derece taallûk eder. C. Savcısı ihtisası haricindeki hususları vukuf ehlinden öğrenebilir. İdare memurları ve hattâ müfettişleri, adlî mevzuatı günü gününe takip hususunda gecikmiş olabilirler. Reşat Bayramoğlunun işaret ettiği gibi bu hususta ihtisasla vazife ifa etmekte bulundukları iddia edilemez.

Şu halde böyle bir faide melhuz olmayıp idarî işlerdeki hususiyetleri vukuf ehlinden öğrenmek suretile tesbit ve suçun unsurlarını göz önüne tutarak fiili tahkik imkânını haiz bulunan C. Savcılarının hazırlık tahkikatı yaparken idarî müfettiş ve muhakkiklerden daha az muvaffak olacakları tasavvur edilemez.

Demek ki, çifte tahkik mercii zararları muhakkak olan ve faydası melhuz bulunmıyan bir müessese hüviyetini her bakımdan izhar etmektedir.

Kanun vazıına, böyle bir tesis izafe etmektense, fıkrayı bir kerre daha tetkik müreccah olsa gerektir.

Bahsedilmekte olan fıkrada, idarî müfettiş ve muhakkiklerin hazırlık tahkikatı yapacaklarını gösteren bir sarahat veya delâlet var mı?

Fıkrada (Müfettiş ve muhakkikler tahkikat neticesinde kâfi deliller elde etikleri takdirde işi salâhiyetli C. Savcısına ihbar ve evrakı tevdi ederler) diye yazılı cümlede, müfettiş ve muhakkiklerin hazırlık tahkikatı yapacaklarına dair bir sarahat yok. Yalnız bir tahkikat yapacaklarından banis var. Tahkikat tâbirinin delâletine gelince:

A: — Tahkikat tabiri mutlak ve her türlü tahkika şâmil bir tâbirdir. Mücerret hazırlık tahkikatı mânasına gelemez. Diğer tahkiklerden hususiyeti haiz bulunan hazırlık tahkikatını kendi adile ifade muteamildir. Nitekim kanunun ayni maddesinde ve diğer maddelerinde hazırlık tahkikatı murat edildikçe bu terkip tama

468

mile istimal edilmiştir. Halbuki o yerlerde C. Savcısının yapacağı tahkikten bahsedilmekte bulunmasına mebni tasrih zaruri değildir. Kanun vazımın tam idareye hazırlık tahkikatı salâhiyeti tanırken, ifadede itinayı terk edip hazırlık tahkikatı tabiri yerine tahkikat deyip geçtiğini tahmin yerinde olmasa gerektir.

B — (Tahkikat) tabiri (Hazırlık Tahkikatı) makamında kullanılmış olsaydı ve idareye bu salâhiyet tanınmış bulunsaydı (işi C. Savcısına ihbar ... ederler) denmezdi. Çünkü hazırlık tahkikatı yapmıya salâhiyetli makam işi ihbar etmez. Bizzat tahkik eder. İhbar, medlûlü sabit bir tâbirdir. Burada ihbardan maksat evrakı tevdi keyfiyeti olduğu da dermeyan edilemez. Zira bu cihet ayrıca tasrih olunmuştur.

Kanun vazımın (İş) ve (Evrak) diyerek hazırlık tahkikatına delâlet edecek tâbirler istimal etmemiş bulunması da yapılacak muamelenin işi ihbardan ibaret olmasından neş'et etmektedir. Cümledeki (Evrakın taallûk ettiği iş) ibaresi de bu iddiayı teyit edecek bir ifade tarzı göstermektedir.

Şu halde (tahkikat neticesinde kâfi deliller elde ettikleri takdirde) ibaresi ne ifade etmektedir. Bizce, bu ibarenin irae ettiği hal ve fıkranın tedvin sebebi şudur:

Müfettiş ve muhakkikler yapmakta oldukları bir teftiş veya tahkik sırasında, 1609 sayılı kanunun şümulüne giren bir cürüm işlendiği zahabını verecek hale rastlar veya bu yolda bir ihbarla kaşılaşırlarsa, yahut idarî makamlara böyle bir şüphe arız veya ihbar vaki olursa, işi hemen C. Savcısına bildirmeyip zan ve ihbarı teyide yetecek deliller mevcut olup olmadığını araştırmak lâzım geldiği ve bu suretle memur itibarının asılsız ihbar ve mücerret isnadlar yüzünden sarsılması önleneceği, ancak hadise suç mahiyetinde görülür ve delilleri mevcut bulunursa C. Savcılığına ihbar ve işe ait evrakın tevdi olunacağı, aksi halde evrakın tevdi edilmiyeceği, şu kadar ki idarede takibat ifasına mahal olmadığına karar vermek salâhiyeti bulunmadığından, evrakın tevdi edilmemesi ve hadisenin ihbar olunmaması takibe mâni olamıyacağından, C. Savcısı tahkikat yaparak, fiilin suç teşkil ettiğini ve maznun tarafından işlendiğini göstermeğe ve âmme dâvasını açmağa yetecek deliller bulunduğunu tesbit ederse, ilgili icra vekiline müracaatla takip müsaadesi istiyebileceği beyan edilmek maksadile bu fıkra kanuna eklenmiştir.

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

469

Pek kapalı olmıyan ifadesi pek de açık bulunmadığından dolayı tereddütlere mahal veren fıkra bu manaya irca edilince, arzolunan mahzurların zuhuru önlenmiş ve kanun gayesinden uzaklaşmaktan kurtulmuş olursa da, C. Savcılarının kedilerine evrakın verilmemesi halinde hadiseye muttali olamıyacakları için, fiili takip icabında icra vekiline müracaat salâhiyetleri yine farazî olarak kalır. Bu cihet kanunun zatında mevcut noksandır. Fıkraya vuzuh verilirken mücerret zan ve isnadlardan maada hallerde idarenin yapacağı tetkike mütaallik evrakın C. Savcılığına verilmesi lüzumunu amir bir hüküm katılarak C. Savcısına tanınan salâhiyete tatbik kabiliyeti vermek icap etmektedir.

2 — *Merci tayini:* — Kanunun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında vilâyet merkezlerinin millî irade ile mansup memurları hakkında tahkik ve takibin hangi vilâyet merkezinde yapılacağını adalet bakanlığının tayin edeceği yazılıdır.

Adlet bakanlığına tahkik mecii tayini için müracaat azçok bir zaman sarfettireceği için bu şeklin muhafazası lüzumlu ise, hukukî veya fiilî bir mani bulunmadıkca en yakın vilâyet mer kezindeki vazifeli mahkeme ile o mahkeme nezdindeki C.Savcı sı ve sorgu yargıcının salâhiyetli bulunması, ancak hukukî veya fiilî bir mani varsa, merciin adlet bakanlığınca tayini işlerin çabuk bitirilmesi bakımından faydalı görülmektedir.

3 — *Maznunun Sorgusu:* Kanun,maznunun sorgusunu, takip müsaadesi alınmasından sonraya bırakmaktadır.

Demek ki, C.Savcısının hazirlık tahkikatında doğrudan doğruya yapabileceği iş, delil toplamaktan ibarettir. Maznunun irat edeceği delilleri, her nedense, ancak maznun aleyhinde takip müsaadesi alındıktan sonra sorguya çekip öğrenebileceği için resen haiz olduğu salâhiyet bir kısım âmme delillerini toplamıya inhisar etmektedir. Halbuki 1609 sayılı kanundan söz geçerken C. Savcılarının resen takip salâhiyetini haiz bulunduğunu söyliyenlere tesadüf edilmektedir.

Sorgunun takip müsaadesinden sonraya bırakılması: A— Masûm bir memuru, yok yere kanun karşısında hesap vermek azabından kurtarır. Lâkin tahkikatın devamı müddetince, kendisini müdafaa edememek izdirarına ve endişesine düşürür.

Müdafaalarını dermeyan etse, suçsuzluğunu hemen meydana çıkaracak ve anlatacak memur, bir müddet sebepsiz olarak

420

zan ve şüphe altında kalır. Vaktında irat edemediği deliller zayıflar, belki de kayb olarak masumluğunu isbat imkânından mahrum olabilir.

B — Suçlu bir memur, ergeç sorgu azabına uğrayacağından, sorgunun sona bırakılmasından bir fayda doğmaz. Aksine olarak müdafaa delillerinin geç toplanmasına, zayıflamasına, zayi olmasına mahal verilmiş olur.

C — Takibe müsaade edecek makam, gerçi bir tahkik yapdırmak ve bu sırada maznundan müdafaanâme kabilinden izahat almak mevkiinde ise de, maznunun müdafaanamesinde gösterdiği delillerin ayrıca tahkikine girişilmesi, hiç değilse işi uzatır.

D — Maznunun müdafaası alınmaksızın verilmiş bir çok takip müsaadeleri mevcut bulunduğundan, hatta böyle açılmış amme davalarınada rastlamak mümkün olduğundan, bu hal adalet duygularını herhalde okşayıcı olmadığı gibi fuzulî takiplere de yol açabilir.

E — Takip müsaadesi alındıktan sonra maznun sorguya çekilip irat ettiği müdafaa delilleri tetkik olunarak hareketinin suç teşkil etmediği anlaşılınca, hakkında takibat ifasına mahal olmadığına karar verileceğine göre, takip izni neye yarar ve memur vali veya vekili karşısında yok yere suçlu görülmüş olur.

F — Maznun, hazırlık tahkikatı sırasında kaçma şüphesi uyandırırsa, suç delillerini imha hareketleri gösterirse, henüz kaçmamış ve sorguya çekilmemiş olduğundan tevkif edilemez. Delilleri imha gibi hareketlerde serbest bırakıldıkta ve istediği zaman, hele takip müsaadesi çıkacağını, artık hakkında tevkif kararı alınabilileceğini öğrendikten sonra tabiî sevkile kaçabilir. İşte ondan sonra aranıp yakalanmasına uğraşmak lâzım gelir

Şu halde, maznunun takip müsaadesi alındıktan sonra sorguya çekilmesinde iktidarî bir fayda varsa tatbikî bir çok zararlar bulunmaktadır.

Halbuki hazırlık tahkikatının münasip bir sırasında, sorgu yapılırsa bu mahzurlar önlenmiş ve takip müsaadesi daha isabetle takdir edilmiş olur.

4 — *Takip Müsaadesi*: Kanun, âmme davasının açılabilmesini vali veya icra vekilinin müsaadesine bağlı tutmaktadır. Bu suretle memurlara memurin muhakematı usulile temin edilen bir nevi masuniyet devam ettirilmiş bulunmaktadır.

42/

Memurların diğer Fiilleri ve bu kanunun şümulüne giren suçlardan sırrın ifsası cürmü belki idarî bir hususiyet arzedebilir. Lâkin irtikâp, irtişa, zimmet ve ihtilâs, müzayideye fesat karıştırmak fiillerinde, takibi idarenin takdirine bıraktıracak hiç bir hususiyet tasavvur edilemez.

Devlet hazinesini soyduğu ve memuriyetini şahsî menfaatlarına alet yaptığı tahakkuk eden bir memuru icra vekili veya valinin takipsiz bıraktıracağı, şu veya bu sebeplerle rüşvet almakta, devlet parası çalmakta, milletin parasını yemekte mahzur sayacağı varid olmaz ki, takip için kendilerinden izin almağa lüzum ve mahal görülsün.

Memur, kanunun ve nizamın çizdiği çevre içinde kaldıkça, idarî müzaheretlere ve vazife ifasında kolaylık imkânlarına mazhar edilebilir. Lâkin bu çığırdan çıkıp memuriyet hüviyetinden tecerrüt etmiş, bir hırsız ve hem de en zararlı bir hırsız hüviyeti almış memurun, maske yaptığı memuriyet unvanını hâlâ taşımakta olduğuna bakılmaksızın, umumî hükümler dairesinde takibi halin icaplarına elbette daha uygundur.

Adalet işlerinde yalnız adaletin tecellisi endişe ve düşüncelerine yer vermelidir.

C. Savcılarına, muhtelif kanunlarla, suçlu memurların takip salâhiyeti tanınmaktadır. Ve bu salâhiyetler gittikçe alanını genişletmektedir. Bu yol faydalı ve mahzursuz bulunduğu tecrübe edildiği için genişlemektedir.

15 senelik tatbikat canlı ve katî bir delildir. ki, C. Savcıları takip müsaadesi isteyecek halleri isabetle takdir etmektedirler. Reddedilmiş takip talebi işitilmemiş denecek kadar azdır. Belki de hiç yok.

Kanun kitaptaki değil hayattaki çizgilerile şekil alır. Ve hükmeder. diyenin sözü doğru ise, 1609 sayılı kanunun şümulüne giren suçların işlendiğine yüzde doksan dokuz idare muttali olarak hadiseyi C. Savcısına bildirmekte ise, vaziyet idarenin ihbarı ve C. Savcısının takibi şeklinde cereyan etmektedir. Bu hal memurin muhakemat sisteminden büyük bir fark bulunmasa gerektir.

C. Savcılarına verilecek resen takip salâhiyeti idarî işlerde murakabe vaziyeti ihdas etmiyecektir. Buna fiilî imkân tasavvur edilemez. Bu gün de ihbar halinde C. Savcısı zaten hazırlık tahkikatına tevessül ederek idarî işin cereyan şeklini tetkik etmektedir.

472

Takibin müsaadeye bağlanması işi uzatmakta, lâkin beraet edecek memurların mahkemeye düşmesine mani olamamaktadır.

Umumî hükümler, davacıdan ziyade maznunu düşünerek, iddiadan daha çok müdafaayı gözeterek, maznunlar için belki ifratlı ve muhakak ki, çok kuvvetli teminatı haizken istisnai yollarla memurların kadra uğraması ihtimalini önlemek için takibi izne bağlamiya ne lüzüm var?

Bir de, memur çeşidi o kadar artmıştır ki bunlar hakkında nereden takip izni alınması lâzımgeleceğini tayin, bazan işleri büsbütün uzatmakta olduğu beyanını de bahse ilâve icap etmektedir

5— *Meşhut suç* - Bu tabirin medlûlü gittikçe tenevvü peyda etmektedir. Burada kanunun şümulüne giren cürümlerin işlenmek üzere bulunduğu, işlenmekte olduğu ve henüz işlendiği öğrenilince, hemen hazırlık tahkikatı yapmağa girişi hadiseyi suç üstü tesbit imkânından bahsetmek istediğimiz için, tabiri asıl manasına almaktayız.

Suçların sıcağı sıcağına ve sel suyu karışmadan tesbitinde ki fayda derkârdır.

Kanun — henüz vali, muvinlerini katmamışsa da — valileri ve müsteşarları hükümlerinden hariç tutumak ve bazı memurların tahkikat ve muhakemelerinin suçun işlendiği mahalden gayri mahal C. Savcısına ve hâkimlerine tevdi etmek suretile, cürmü meşhut imkânlarını ancak küçük memur sınıfına hasretmektedir.

Meşhut suçların umumi hükümler dairesinde takibine, hiç olmazsa, hazırlık tahkikatının bu suretle yapılmasına cevaz verecek ve takibin âmme dâvası açmakla başlayacağı ve daha önceki tahkik safhasının takip mefhumundan hariç bulunduğunu kat'iyetle söyletecek bir hüküm bulunmadığından, memurin muhakematı kanunun idarî eski teşkilâta ve mülga ceza muhakemeleri usulüne göre tanzim edilmiş ve 1609 sayılı kanun vilâyet ve Bakanlık memurları hakkında sarahatı ihtiva etse bile, kaza kaymakam ve rüesası hususunda mükerrer ve meşkûk bir ifade kullanmış olduğundan, tatbikat teredduütler içinde yürümektedir. Gün geçtikçe çeşidi ziyadeleşen memurların 1609 sayılı kanun hükümlerine dahil bulunup bulunmadıklarını tayin için bir içtihat, bir kanun hükmü aranmakta ve bazıları hakkında bulunsa dahi bir kısmının vaziyeti sarih ve cürmü meşhut işleri sürat istediğinden uzun tetkiklere, memur mu değil mi tamiklerine hâdisenin zatı müsait bulunmamaktadır.

1609 sayılı kanun, memurin muhakematı sisteminde ayrılımca bu müşküller kendiliğinden kalkarsa da, sistem tesirinin devamı halinde, 1609 sayılı kanunun tahkik ve takip mercileri hakkındaki hükümlerni ıslâhı lüzumlu görülmektedir. İfadeyi meşhut suç bahsı dışına daha fazla taşırmamak için sözü bu noktada keserken, memurların memuriyet mahalleri haricinde bulundukları sırada da haklarında cürmü meşhut yapılması icap edebileceğini, söz gelimi, bir memurun emniyetli sutette rüşvet almak maksadıle İstanbuldan Adapazarına gidebileceğini göz önüne getirerek maznunun memur bulunduğu mahal C. Savcısına salâhiyet tanımak maksadı temine kifayet etmiyeceğini de işaret edelim.

1609 sayılı kanunun şumulüne giren cürümlerin meşhuden ikaı halinde suçun derhal tesbitine tevessül edilememesi esaslı bir noksan olsa gerektir.

6 — *İlk tahkikat*: — Kanunda, asliye mahkemelerinin bakacağı dâvalar için, ilk tahkikatın mecburî kılındığını açıkca gösterecek bir hüküm bulunmadığından tatbikat muhtelif yollar tutmaktadır. Her ne kadar faydasına kani bulunmadığımız ilk tahkikat safhasının mecburi olup olmaması kanuna noksan ve sekte iras edecek hallerden olmayıp, ilk tahkikatın işleri geçiktirdiği ve maksattan ayrılıp tesbit edilmiş delilleri tekrar tesbit tarzındaki hareketi ihtiyar ederken mübayenetler zuhuruna mahal verdiği ve mukakkak olarak delilleri çok defa zayıflatıp, nadiren kuvetlendirdiği bedihi bulunmaktadır.

Ancak kanunun tevkif ve beyanname hususundaki hükümlerini ne suretle yerine getirmek lâzıgeleceğini tayin için; ilk tahkikat mecburiyetinin asliye işlerinde de mevcut olup olmadığını tayin faydalı görülmektedir.

Yüksek Yargıtay mahkemesi 4 üncü ceza dairesinin 28/9/938 günlü ve 1693/1698 sayılı içtihadında, 1609 sayılı kanunun şumulüne giren asliye maddelerinden ilk tahkikatın mecburî bulunmadığı izhar buyurulmaktadır.

Saygıyla telâkki etmekle beraber, ilzam eylediği kadar ikna edici bulmadığımız bu içtihatta:

A — (1609 sayılı kanunda ilk tahkikatın mecburi olduğuna dair istisnaî sarih bir hüküm mevcut değildir.) denilmekte isede, kanunun 1 inci maddesinin 5 inci fıkrasında (Bu cürümler hakkında, ilk tahkikat yapılmadan önce, C. Savcıları tarafından icra edilecek hazırlık tahkikatı, mazunun mensup olduğu vekâlet ve vi-

474

lâyetçe tahkikat yapılmasına ve maznunun işten elinin çektirilmesine mani değildir.) diye bir hüküm mevcut bulunmaktadır.

Bu fıkra hükmünden maksat, sadece adlî tahkik ve takibin idarî tahkikata ve tatbikata engel olmıyacağı yolundaki kaideyi tasrih ise fıkradakı (Bu cürümler hakkında ilk tahkikat yepılmadan önce) ibaresine lüzum bulunmamakta ve bu ibare zait kalmaktadır.

Şayet ibare fıkranın esas hükmü bakımından fazla değilse, mevcudiyeti iki sebebe hamledilebilir:

1 — İdareye verilen Selâhiyet, hazırlık tahkikatı devresine hasredilmek istenmesinden dolayı fıkraya (İlk tahkikat yapılmadan önce) kaydı konulduğu beyan edilirse,

İdarenin; suçluluğu henüz zan ve şüphe derecesinde bulunan bir memur için haiz olduğu selâhiyeti, mücrimiyetin daha kuvvet ve katiyetle tezahür ve tahakkuku üzerine gayip edeceğini tasavvur ve kabul iktiza ederki, elbette makul olmaz.

2 — Bu kayıt, ilk tahkikata lüzum bulunan veya lüzum görülen hallerde ilk tahkikattan önce hazırlık tahkikatı yapılması icap ettiğini beyan maksadile konduğu söylenirse,

Umumî bir kaidenin fıkrada yersiz ve sebepsiz surette tasrih edildiğini tasavvur iktiza ederki, elbette bu ihtimal akıldan geçmez.

Şu halde, ibare fıkranın asrl hükmile ilgili bulunmamakta ve zait kalmaktadır.

Sanırızki, bu fazlalık, müstakil bir hükmün fıkraya eklenmiş bulunmasından ileri gelmektedir.

Fıkrayı, kendisine düğümlenen ibareden ayırarak ve bu tefrikın sevkile bir tertip yaparak, şöylece:

I— Fıkranın zait gözüken kısmını (Bu cürümler hakında C. Savcıları tarafından yapılacak hazırlık tahkikatından sonra ilk tahkikat yapılır.) cümlesi haline getirmek

II— Fıkranın geri kalan kısmını olduğu gibi muhafaza ederek (C.Savcıları tarafından icra edilecek hazırlık tahkikatı maznunun ... işten elinin çektirilmesine mani değildir) şeklinde bırakmak suretile manayı takipten kurtarmak ve ilk tahkikat meçburiyetini gösteren hükmü meydana çıkarmak mümkün ve muvafık olsa gerektir.

475

B —İçtihadın ikinci mesnedi (1609 sayılı kanunun 3 ve 4 üncü maddelerindeki son tahkikatın açılması kararile maznunun tevkif edileceği ve bu karardan evvel beyanname alınacağı hakkındaki hükümler, kanunun tanzimi sırasında meriyette bulunan ceza muhâkemeleri usulü kanununa göre, asliyeye müteallik her dâvanın mutlaka mahkemeye son tahkikatın açılması kararile verileceği kabul edilmesinden dolayı konmuş hükümlerdir.) diye beyan buyurulmaktadır.

Bu gün ceza muhakemeleri usulü kanunu tadil edilerek karar hâkimliği müessesesi kaldırılmış ve asliye mahkemelerine iddiname ile dâva açmak tecviz edilmiştir. Lâkin son tahkikatın açılmasına karar vermek yolu büsbütün kapatılmamış ve bu kaidenin halâ tatbiki mümkün bulunmuştur.

1609 sayılı kanun bir usul kanunu olduğundan husûsî surette tasrih ettiği yerlerde gösterdiği yoldan gidilmesi lâzım gelir. Bu kanunun şimdide tatbikine imkân mevcut olan kaidelerinin, umumî usul kanunundaki bazı tadiller ile zımnî ilgaya maruz kalmadığı bedihidir.

Şu halde 1609 sayılı kanunun 3 üncü maddesi hükmü halâ baki ve tatbiki kabil bir kaide göstermektedir.

Gerçi bu kaidenin tatbiki için ilk tahkikat açmak zaruridir. Fakat bu zaruret 3 üncü maddedeki açık hükmün ihmalini icap ettirmez, bilâkis ilk tahkikatın, evvelce olmasa bile, şimdi bir mecburiyet haline geldiğini irae eder.

İlk tahkikat açılmadığı takdirde, hazırlık tahkikatı sırasında, sırf maznunu mevkufen mahkemeye sevkedebilmek için sulh hakiminden tevkif kararı almak veya işi mahkemeye bırakmak iktiza eder ki, her iki şık maddenin açık hükmile telif edilemez.

4 üncü madde hükmüne gelince, rüşvet ve irtikâp maznunlarını beyanname vermek mecburiyetine tabi tutan bu madde, de beyanamenin Sorgu Yargıcı tarafından alınacağı ve beyanname vermiyen ve tâallül gösteren maznunların tevkif edileceği yazılıdır.

Usul kanunumuz, bir aralık, kılı kırk yaran hassasiyetle karar hakimliği müessesesini kabuletmişse de bu teşkilât kadromuzun boyunu aştığından, karar hakimliği vazifesini hukukan ayrı ve hakikatte ek bir iş olarak Sorgu Yargıçlarına gördürmüş (Müstantik) unvanını (Sorgu Hakimi) şeklinde değiştirmiş (karar hakimi) unvanını kadrosuz bırakmış ve müstantik unvanının medlulûnden hariç

476

tutmuştur. Buna karar hakimliği hakkındaki mülga aslî ve muvakkat maddelerin yazılış tarzı açık birer delildir.

Şu halde maddedeki müstantik tabirile karar hakiminin murat edildiği ve maksat sorgu hakimi olmadığı iddia edilemiyeceğinden, ilk tahkikat açılmaksızın münhasıran beyanname almak ve tevkif etmek için sorgu hakiminin işe karışması evvel ve ahir mümkün bulunmadığından, bu madde hükmünü de ilk tahkikat mecburiyetine delil saymak isabetsiz olmıyacağı mülâhazasındayız.

C—İçtihadın 3 üncü mesnedi (esas olarak sürat ve çabukluğu teminen tanzım edilen bu kanunun ilk tahkikatı mecburi tuttuğu iddiası kanunun vazıı maksadına ve gayesine aykırıdır.) suretinde beyan buyurulmaktadır.

Kanun vaz'ı, belki işe çabukluk gayesile başlamıştır. Lâkin sürate mani öyle hükümler kabul etmiştir ki bu meyanda ilk tahkikat mecburiyeti en ehveni sayılacağından, bu mecburiyetin vazıından çekindiğini ummak hayli müşkül görülmektedir.

Velhasıl, memurin muhakematı hakkındaki muvakkat kanunun esas ve şekillerinin tesiri her noktasında meşhut bulunan 1609 sayılı kanunun, o zihniyetle ilk tahkikatı mecburi kıldığı ve beyanname ve tevkif hükümlerinin tatbiki için bu gün bu mecburiyetin büsbütün zaruret halinde bulunduğu neticesine varılmaktadır.

7— *Tevkif mecburiyeti* — Kanun, son tahkikatın açılması kararile birlikte tevkif kararı da verileceğini ve duruşmanın mevkufen cereyan edeceğini beyan suretile son tahkikat safhası için mecburi tevkif usulü vazetmektedir. Bu usul yerinde midir?

Tevkif, asıl mahiyeti itibarile, hakimin takdir ettiği ve C. Savcısının selâhiyetli bulunduğu hallerde tatbiki ihtiyarî bir t tbirdir. Ceza sayılmaz. Cezaî neticeler vermez. Lâkin ceza gibi tesir eder. Bu kuvvet ve tesir uygunluğundan dolayıdır ki ceza mahkûmiyetlerine karşılık tutulur. Şahsî hürriyeti bağlıyan cezalara ve para cezalarına mahsup edilir. Mevkuflara tevkif evinde bazı kolaylıklar gösterilmiş bulunması bunların şahsî hürriyetlerine dolanan bağı gevşetse bile çözüp atmış sayılmaz. Kısacası tevkif tedbirinin tesir bakımından hapis cezalarından farksız ve hele sürgün cezasından üstün bulunduğu meydandadır.

Binaenaleyh tevkifi hakiki kuvvetile görüp neticesiz hapis

sayarsak belki, faraziyelerden gücenen bulunur. Lâkin hakikatı darıltmış bulunmayız.

Bu bakımdan diyebilirizki, adı tedbir olsa bile, şahsî hürriyeti bir binanın dıvarlarile bağliyan ve vakit vakit kolların serbestisini dahi kelepçeleyen tevkif şekil ve tesir itibarile bir ceza hüviyetinde bulunmasına göre, henüz suç işledikleri zan ve şüphe derecesini geçmemiş kimseler hakkında tatbik edilmeli midir?

Beraet veya mevkufiyete temamile mahsup edilemiyecek kadar az mahkûmiyet halinde telâfi edilemiyecek bir gadre sebebiyet vermek ihtimalini hatırlayıp bu suale hayır derken, tevkifin tahkikat selâmeti ve infazın temini ve suçun muhitte yaptığı tepkinin savuşturulması için çok lüzumlu ve yerine başka bir usul ikamesi imkânsız bir tedbir olduğunu, hele geçikmiş cezalardan bin kere daha hayırlı bulunduğunu derpiş ederek, evet bu tedbir yerinde kalmalıdır, diyeceğimiz için tevkifi asıl mahiyeti itibarile yersiz sayamayız.

Tevkifin mecburi veya ihtiyarî oluşları arasında mahiyet bakımından büyük bir fark bulunmadığı gibi 1609 sayılı kanunun tevkif mecburiyetini son tahkikat safhasına yani maznun aleyhinde suçu işlediğine dair kuvvetli delillerin toplanmasından sonraya bırakmış olması ve kanunun hususiyeti haiz ve şiddetle takibi muktazi fiillerin tahkik usulüne taallûk eylemesi itibarile de yersiz addedemeyiz.

Ancak, kaidenin mahiyeti bakımından isabetli oluşu, tatbikat bakımından da muhafazası lâzımgeleceğine delâlet etmiyeceğinden, bu kaidenin tatbikatta gadirlere meydan verecek surette olup olmadığını ayrıca araştırmaktan müstağni kalamayız.

Bu ciheti araştırmağa başlarken, meslektaşları faydasına emek harcıyarak, (Devlet idaresi aleyhinde işlenmiş cürümler) adli kitabı çıkaran Reşat Bayramoğlunun, irtikâp cürmünü incelerken bu suçun takibine taallûku hasebile bahsettiği 1609 sayılı kanunun 3 üncü maddesi hakkındaki düşüncesini hatırlamakta ve değerli müellifin kendisine bu düşünceyi veren saikleri dirayetle toplamış olmasından dolayı bu dergiden faydalanarak gösterdiği saikleri birer birer tetkik arzu etmekteyiz.

Ceza eserlerimizi haşiyeden şerhe yönelten müellif, ince bir adalet endişesile, 1609 sayılı kanundaki mecburî tevkif kaidesi gadirlere mahal verdiğinden kaldırılıp tevkif hususunu umum

428

hükümler dairesinde hakimin takdirine bırakmak daha muvafık olacağını dermeyan eylemektedir.

Bu düşünceye karşı gadre uğrıyanlar yok diyemeyeceğimiz için, gadrın, kanundaki hüküm sakatlığından mı, yani gadre mahal vermeksizin tatbik kabiliyetini haiz bulunmamasından mı, yoksa tatbikatdaki ferdî zuhullerden mi ileri geldiğini, müellifin gösterdiği yolda araştıralım:

A— Müellif adı geçen kitabının 66 ıncı sayfasında (Tatbikattaki şekline göre, 1609 sayılı kanunun şumulüne giren suçlardan maznun memurlar hakkında, evvela mensup oldukları teşkilatın selâhiyetli memurları veya müfettişleri tarafından hazırlık tahkikatı yapılmakta ve ... tahkikatı yapan bu kimseler ekseriyetle hadiselerin mahiyetlerini ve vasfını tayin ve tesbitte hata etmektedirler.) demektedir.

İdarî müfettiş ve mahakkiklerin hazırlık tahkikatı yapmak selâhiyetleri bulunduğu tasavvur edilse dahi, takibat ifası C. Savcılarına ait olduğuna göre C. Savcılarının idareden verilen evrakı tetkik ederek noksanlarını tamamlamak ve isabetsiz tavsifleri düzeltmek ve delil diye ileri sürülen hususların âmme dâvası açmayı haklı göstermeğe yetip yetmiyeceğini geniş bir selâhiyetle takdir etmek mevkiinde bulundukları derpiş edilince, idarî tahkik noksanlarını ikmal ve islâh mümkün olacağı söylenebilir.

Nitekim müellif de, idarî makamlardan evrakın C.Savcılığına verilmekte ve (Bu kabil suçlardan dolayı umumiyetle ilk tahkikat yapılmakta) olduğunu beyan suretile hâdiselerin mevkuflu devreden önce bir kere de adlî tetkikten geçmekte olduğuna dolayesile işaret etmiş bulunmaktadır.

B— Fakat (Yine tatbikatta kabul edilmiş bir içtihada göre, sorgu hakimleri mevcut delilleri takdire selâhiyetli bulunmadıklarından, bu cihetı mahkemeye bırakarak, maznunun fiiline verilmiş yanlış tavsif ve mahiyetle mahkemeye göndermeğe ve bu madde dolayisile tevkife mecbur olmaktadırlar.) denilerek C. Savcılarının mevki ve selâhiyeti nazara alınmaksızın, ilk tahkikat safhasının bir içtihat yüzünden maksadı temine yetmediği dermeyan olunmaktadır.

Şüphesiz ki, delilleri takdir salâhiyeti ile, fiilleri tavsif salâhiyetinin ve suç vasfından meni muhakeme kararı verememek keyfiyetinin başka başka hususlar olduğunu takdir eden müellif,

429

bu ifadesile, sorgu hakimlerinin mahkûmiyete yetmiyecek derecede zayif delilli ve meşkûk hüviyetli fiiller yüzünden son tahkikatın açılması kararını vermek mecburiyetinde kalmaları halini ve içtihatt tabirilede ceza muhakemeleri usulü kanununun 196 ıncı maddesinde yazılı hükmü tebarüz ettiren yüksek Yargıtay kararını kasetmektedir.

Sorgu hakimleri, ilk tahkikatın mahiyeti icabı olarak kabul edilmiş bulunan mezkûr usul maddesi hükmüne uyup, ilk tahkikat neticesinde maznunun cezayi mücip bir suç işlediği zannını vermeğe kâfi sebepler varsa, suç görünüşünde olan fiilin hakikaten suç sayılıp sayılmıyacağını ve maznunun suç işlediği zannını vermeğe kâfi gelen sebeplerin mahkûmiyete de kifayet edip etmiyeceğini takdire girişmeksizin işi mahkemeye tevdie meçburdurlır.

Lâkin elde kafi sebepler yoksa veya işlenen fiilin suç sayılmayacağı meydanda ise men'i muhakeme kararı vermelerine mani yoktur.

Yine sorgu hâkimleri, bir fiilin tekvin edebileceği muhtelif suçlardan birini ele alıp son tahkikatın açılmasına karar verebilirler. Şu kadar ki aynı fiilden teşekkül edebilecek diğer suçlardan dolayı men'i muhakeme kararı ittihaz edemezler yanı bir fiil hakkında muhtelif vasıflara dayanarak hem lüzum ve hem men'i muhakeme kararı ittihaz edemezler. Fakat idarenin zimmet saydığı bir fiili sorgu hakiminin de zimmet saymaya mecbureyeti bulunmadığından, fili memuriyet vazifesini suiistmal gibi başka bir suç vasfında görünce, bu vasfa göre icap eden kararı verebilir. Yalnız zimmetten men'i muhakeme kararı ittihaz ederek, ileride, mahkemenin fiili zimmet vasfında kabulü halinde zimmetten tecziye imkânını selbedemezler. Esasen bu ihtilâf evrakın idare heyetinden vazifesizlik kararile gelmiş olması halinde variddir. Yoksa müfettiş ve muhakkiklerin yaptığı tahkikat evrakı üzerine fiili tavsif C. Savcısına aittir.

Hülâsa, sorgu hâkimleri, değil idarenin, iddianamenin bile tavsifine bağlı kalmaksızın suçları serbestçe tavsıf edebileceklerinden, idarî tahkik bu noktada müessir bulunmamaktadır.

Demek ki, mesele, sorgu hakimlerinin zayif delili ve meşkûk görünüşlü fiiller karşısında son tahkikatın açılması kararı vermeğe mecbur oluşları haline taallûk ve inhisar etmektedir. Önce arzedelim ki, bu hale bir kaidenin tebdilini istilzam etmiyecek kadar nadir rastlanır.

480

İyi bir tahkik ile, çok kere pürüzlü fiilllerin karanlık bünyeleri aydınlatılabılır. Pürüzlü deliller ayıtlanabilir. Şayet fiil hakikaten çözülemiyecek derecede kördüğüm olmuşsa, mahkemenin iakdirine bırakmaktan başka usul çaresi yoksa, işlerini bu kadar karışık tutan maznunu büsbütün masum saymamak ve beraet ettiği takdirde dahi bir müddet mevkufluğa mustahak görmek, adilâne olmasa bile, insafsızlık da olmaz.

Böyle hallerde, mahkemenin vaziyeti bir iki celsede takdir ve karara raptetmesi ekseriya mümkün olabilir. Maznunun az çok ihmal sayılabilecek bir hareketi inzimam etmeksizin işler pek fazla karışmıyacağı ve ihmal suçundan mevkufiyete kısmen veya tamamen mahsup edilebilecek bir ceza tertip edileceği ve belki maznuun— bu baptaki içtihat tevhidi kararında gösterilen şartlar dahilinde—Hapishaneden mevkufluğuna mahsup edilebilecek bir alacağı da bulunabileceği gibi uzak ve yakın ihtimaller hatırlanarak, bahse mevzu halin gadri mücip bulunması, işlerin büsbütün mağdurun iradesi haricinde karışmış ve mahkemeye sevk zarurî bulunmuş olmak gibi ender vakalara inhisar edeceğini kabul hatalı olmasa gerektir.

Bütün bunlarla beraberböyle haller diğer kanunların tatbikatından da doğabileceği ve lüzumlu sebeplerle kabul edilmiş bir usul icabı olduğu için, tabiî sayılmasa bile umumî sayılabilir.

C —Müellif (bu gibi dâvalar bilhassa zimmet ve ihtilâsa taallûk ettiği takdirde uzun süren tetkikat ve tahkikatı icap ettirmektedir.) Diyorsada, son tahkikat safhasından önce bütün delillerin toplanması ve tetkiklerin yapılması usulümüzün eseslarından bulunduğu için, duruşmayı uzatan halleri, başlıca, iki sebebe irca edebiliriz:

1 — *Tahkikin Noksan bırakılması:*— İdarenin suçu bütün şümulü ile tesbit ve ihbar etmeyip duruşma başladıktan sonra da, bu kerre zuhur eden zimmete veya ihtilâsa ait diye evrak ve vesikalar yol lamakta devam etmesinden, yahut adlî tahkikin noksan bırakılmış bulunmasından ileri gelir ki, her iki halde de ferdîdir. Kanunun bünyesine taallûk etmez.

Gerçi denebilir ki, çifte makbuzla tahsilât yapıp zimmetine para geçiren tahsildarın bütün fiillerini suratle ve tamamile tesbit mümkünmüdür?evet iş çığırından çıkdıktan sonra böyle bir imkânsızlık mukadderdir. Lâkin evvelâ bu kabil maznunlar işin uzadığından şikâyette haklı değildirler. Saniyen tahsildara

koçanlar ihtiyaç nisbetinde ve makbuz mukabilinde verilmek ve tahsilât kontrole tabi tutulmak suretile nizam ve talimat dahilinde muamele yapmak lâzım gelirken buna riayet edilmemiş olması kanunun kusuru telâkki edilemez.

Yine denilebilirki, her yerde her işi lâyıkı tetkik ve tesbite ehliyetli kimseler bulunamıyacağından, iyi tahkik, iyi bir temenni mahiyetinde kalır. Buna karşı denebilir ki, tahkik dava ikamesinden önce yapılacaktır. Kâğıtların, defterlerin asıl veya suretlerini ve hattâ fotoğraflarını kudretli ehli vukufun bulunduğu mahallere yollayıp tetkik ettirmek — fevkalâde haller haricinde — mümkündür.

2 — *Maznunun müdafaa sebeplerini* iratta gecikmesi: — Kendi ihmal ve arzusundan mütevellitse işi uzatan kendisidir. Eğer yine fevkalâde haller karışarak iş uzamışsa maznunun ya taliine küsmesi veya fevkelâde hallerin ortadan kaldırılmasına bir çare araması lâzım gelir.

D —Müellif, yukarıki iddiasına delil olarak inhisarlar idaresi memurlarından birinin, ihticaca salih olmıyan kayıtlara dayanılarak binlerce lirayı ihtilâs ettiği idarî müfettişler tarafından ileri sürülmesi yüzünden zan altına alınıp bir sene mevkuf kaldıktan ve müteaddit ehli vukuf tetkikatı yapıldıktan sora fiilin ihmal suçundan ibaret bulunduğu tesbit edildiğini anlattıktan sonra (Mahkeme bu neticeye yaptığı tetkikin ilk safhasında varmış bulunmakta idi fakat 1609 sayılı kanunun sarih hükmü karşısında elleri bağlı kalmış ve maznun tahliye edememiştir.) Demektedir.

Kanunun mecburî tevkif hususundaki sarih hükmü, şumulüne giren cürümleri işlemiş maznunlar hakkında tatbik olunacağından suçu ihmalden ibaret bulunduğu zahir olan maznunların mecburî tevkif kaidesine tabi tutulmaları yolunda bir mecburiyet olmasa gerektir.

Sanmayızki, mahkemeler, iddianame veya son tahkikatın açılması kararında gösterilen vasfa bağlanmaksızın fiili telâkki ve tavsif selâhiyetini istimal için, duruşma sonunu beklemek zaruretinde bulunsunlar.

Mahkemeler,cürüm vasfının yani suçun hukukî mahiyetinin değiştiğini görünce, bundan maznunu haberdar edip müdafaasını almağa ve ona göre tahkikat yapmağa mecbur iken, maznuna bildirecekleri ve kendilerinin tahkik ve tesbit edecekleri vasıftan

482

haberleri yokmuş gibi davranmaları, iddianame veya sorgu hakiminin tavsifine bağlanmaları, akla olduğu kadar usule de uymayacağı mülâhazsındayız. Nitekim mahkemeler, fiilin 1609 sayılı kanunun şümulüne giren suçlardan birine tetabuk etmediğini görünce, başka bir sebep yoksa, maznunu tahliye ettirmektedirler.

Kanunun pek açık bir hükmüne dayanmasa bile, umumî mâna ve kaidelerinden çıkan bu mahkemeler içtihadı, müellifin endişelerini diğer noktalarda da izale edecek şümulü haiz görülmektedir.

Hülâsa idarî tahkikler ve ferdî zuhuller ve isabetine kanaat getiremediğimiz telâkkiler yüzünden bazı aksaklıklar oluyorsa da sakatlık kanunun hükmünden veya tatbik kabiliyetinden gelmiyor.

Bu ifadelerimizle mecburî tevkif kaidesinin gadirlere meydan vermediğini ve gadri temamile önleyici tedbirler bulunduğunu iddia niyetinde olmadığımız bedihidir. Her kaide gibi tevkif kaidesinin de zararlı ciheti var. Ancak faydasına nisbetle zararı pek azdır. Mecburî tevkif, zararı artırırken fayda cihetini daha fazla artırmaktadır.

Dileyelim ki, adam oğlu, masumu gadirden tamamile koruyacak bir kalkan bulsun da, adlî hatalar hakka salmaktan geri kalsın. O vakta kadar 1609 sayılı kanunun biricik silâhından mahrum etmemek muvafık olsa gerektir.

Şu noktayada işaret edelim ki, otuz seneyi aşan bir zamanın tecrübesile tahakkuk etmiş faydasına mebni kaçakcılık, meşhut suç, millî korunma gibi kanunlarımıza alınmakta olan mecburî tevkif kaidesinin 1609 sayılı kanundan çıkarılması, hususî tahkik usulü gösteren kanunlarımızın umumî gidişine uymıyacaktır.

8—*Beyanname mecburiyeti* — Kanunda rüşvet ve irtikâp maznunlarile şeriklerinden, kendilerinin karılarının bütün servetleri ve yaşayış tarzları ve bu serveti ne suretle iktisap ettikleri hakkında bir beyanname ile malûmat alınacağı yazılı bulunmaktadır.

Bu usul rüşvet ve irtikâp ile elegeçirilmiş büyük servetlerin göze batarca sarfını veya muhafazasını belki zorlaştırır. muvazaalar yapmıya sevkederek sevreti tehlikeye, maznunu zahmete düşürür. Bu hükümde:

A—Velâyet altındaki çocukların şahsî servetleri, ana ve babalarile

birlikte yaşıyan reşit çocukların aile masrafına kattıkları servet ve kazançları, hatta maznunların ana, baba, dayı gibi yakınlarından gördükleri yardımlar (Bütün servet) tabirile:

B— Beyanname münderecatının doğru olup olmadığı ayrıca tahkik edileceği (Beyannamenin hilâfı anlaşılırsa)ibaresile ifade edilmiş olabilir. lâkin:

C— Beyanname mecburiyeti yalnız irtikâp ve irtişa maznunlarına hasredilerek, müzayedeye fesat karıştırma, sır ifşa etme suçlarının hariç bırakılması, bu suçlarla da kötü para elde edilebileceğinden bir noksan teşkil etmektedir.

D— Beyannamenin mustantık tarafından,ki ilk tahkikat safhasında istenmesi, daha evvel talep edilmesinden, daha faydalı bulunmamaktadır.

E— (Maznunlar bu beyannameyi vermeğe ve beyannamede yazılı servete haklı bir surette malik olduklarını isbata mecburdurlar) hükmünde iki mecburiyet mevcutken muteakip cümlede (Bu mecburiyeti ifa etmiyen veya ifada taallül gösteren) denilmekte olduğundan, bu mecburiyet tabirinin beyanname vermek mecburiyetine mi, beyanname münderecatını isbat meçburiyetine mi işaret eylediği, yoksa her iki mecburiyeti şamil mi bulunduğu açıkça anlaşılamamaktadır.

Beyanname veren, ancak beyannamede yazılı servete haklı surette malik bulunduğunu isbat edemiyen tevkif edilmemeli midir?

F— Beyannamenin hilâfı anlaşılınca, verilecek ceza, niçin T.C. kanununun 343 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında yazılı cezadan ibaret olsun. Mesele, yalnız hakikate uyımyan bir beyanda bulunmaktan ibaret midir?

J— Beyannamenin hilâfı anlaşılmazsa, maznun haksız servetini olduğu gibi göstermiştir diye işin içinden sıyrılmış mı sayılmalıdır?

H— Beyanname, muvazaaya mani hükümleri ihtiva etmelidir.

9— *Çabukluk*: — Kanunun 6 ıncı maddesinde, tahkikat ve muhakemenin her davadan önce icra edilerek iki ayda bitirilmesi ve (mücbir sebepler altında davanın uzatılması mecburiyeti hasıl olursa keyfiyetin esbabı mücibeli bir kararla tesbit) edilerek C. Savcıları tarafından C. Baş Savcılığına sunulması ve o makamca da sebepsiz görülen geçikmelerin Adalet Bakanlığına iblağı lâzımgeleceği beyan edilmektedir.

A— Maddenin yazılış tarzı ve dava ve karar tabirleri gecikme sebebini

484

bildirme mecburiyetinin dava açıldıktan sonra başlayacağını göstermektedir.

Hazırlık tahkikatı aylarca uzarsa, geçikme sebebi kontrol edilmiyecek midir? Hele idarede hazırlık tahkikatı yapmak selâhiyeti var sa, işin aylarca uzaması halinde, geçikme sebebi ne suretle mürakabe olunacaktır?

B)—Tahkikat ve muhakemenin ikmali için toptan iki aylık mehil tayin edecek yerde, ayrı ayrı müddetler tayin etmek daha yolunda olmazmı?

III Tadil Hakkında Düşünceler

Madem ki,memurin muhakematı hakkındaki muvakkat kanun hükümleri, devlete maddî ve manevî zararlar veren ve dolayesile halkı izrar eden suçlu memurları, takibe yetecek kudrette görülmiyerek ve halin icabını müşahede de isabet edilerek bir başka tahkik ve takip usulü tutulmak istenmiştir. Saiki zaruret olan bu istek, ihtiyacı temin derecesine vardırılıp yarıda bırakılmamalıdır.

Artık, memurin muhakematı sistemi değil, halin icabı göz önüne getirilerek yeni bir usul kanunu tedvin edilmelidir.

Şayet idare hukuku prensipleri, adalet işinin doğrudan doğruya adalet cihazını bırakılması yolunu, 1609 sayılı kanunun tadilinden daha faydalı bulmazsa, bu kanun esaslı değişikliklere uğratılarak, suçluyu suçsuzdan kolayca ayırt ettirecek ve işi çabuk göndürecek ve hakikatın dosdoğru gittiğine inandıracak bir hale getirilmelidir.

Bu takdirde, kanunun hedefini tamamen sarmasına mani olan şümul sahasını genişletmek iktiza edeceği gibi, gayesine ermekten alıkoyan engellerin ayıklanması için de:

1— 2 inci maddenin sonuncu fıkrasındaki ifade tavzih olunarak, hazırlık tahkikatı yapmak selâhiyeti yalnız C. Savcılarına ait bulunduğu idarenin ancak karşılaştığı ihbar ve zanların mücerret bir şüphe ve iddiadan ibaret olup olmadığını araştırarak, az çok delilleri dayandığını görünce,işi C. Savcısına ihbar ve elindeki delilleri tevdi mecburiyetinde olduğu açıkça anlaşılacak şekle getirilmesi

2— 2 inci maddenin 2 inci fikrasına, vilâyet merkezlerinin millî irade ile mansup memurları hakkında, hukukî veya fiilî bir mani bulunmadıkça en yakın vilâyet C. Savcıları tarafından tahkikat ve

takibat yapılacağı ve hukukî veya fiilî bir engel var sa mercii gösterilmek üzere C. Savcısı vaziyeti Adalet Bakanlığına iblağ etmekle beraber, acele tahkik işlerini göreceği hükmünün konması.

3— 1 inci ve 2 inci maddelerde ki maznunu (sorguya çekmeksizin)) ve (Sorguya çekmek suretile) ibareleri kaldırılarak, maznunum hazırlık tahkikatı sırasında münasip zamanda sorguya çekilip kendisini vaktinde müdafaa etmesine imkân verilmesi.

4— 1 inci ve 2 inci maddelerde ki vali veya icra vekilinden takip müsaadesi alınacağına dair bulunan hükümler kaldırılarak, fiillerin mahiyeti itibarile C. Savcılarınca umumî hükümlerim teminatı altında, suçluların doğrudan doğruya takip edilebilmelerini temin edecek şekilde hükümler vazedilmesi

5— Meşhut suçlarda, maznunun memuriyet mevki'i ve mahallî gözetilmeksizin ihbarın yapıldığı yer Savcısınca umumî hükümler dairesinde hadisenin tesbitine ve zayi olmasından korkulacak delillerin toplanmasına tevessül edilmesi ve bu esasın kabulünden doğabilecek mahzur, asılsız ihbarlar yüzünden memur haysiyetinin sarsılması endişesinden ibaret olacağına göre, bir zabıt varakasile usulen tesbit edilecek delilleri zikredilmiş ihbarın, asılsızlığı tahakkuk edince muhbire şiddetli bir dezia tayını suretile garazkâr ve asılsız ihbarların önüne geçilebileceği ve suçların meşhut şekilde tesbiti büyük faydalar temin edeceği için, böyle delilleri tesbit ve mesul muhbiri tayin edilmiş ihbarlar üzerine mahallî C.Savcılarınca etrafa elden geldiği kadar belli etmeksizin, meşhut suç yapılmasındaki fayda aşikâr bulunduğundan ve meşhut suçun tesbitinden sonraki tahkik ve takibin selâhiyetli makama bırakılması suretile, yine şimdiki esaslar korunmuş olacağından, kanuna bu yolda bir hükmün ilâvesi.

6— 1 inci maddenin 5 inci fıkrasındaki (Bu cürümler hakkında ilk tahkikat yapılmadan önce) ibaresi hazfedilerek ve kanunun şumuline giren cürümler ağır cezalı olsa dahi ilk tahkikata tabi tutulmeyacağı yolunda bir hüküm eklenerek, işi uzatmaktan başka ekseriya bir faydası bulunmıyan ve lâyikile yapılacak bir hazırlık tahkikatından sonra ifasına luzum kalmıyacak olan ilk tahkik safhasının kaldırılması.

7 — 3 üncü madde; maznunun daha önce tevkifine lüzum görülmemiş bulunsa bile, hakkında âmme dâvası açılırken, sulh hakimi tara-

486

fından, isnade edilen fiilin 1609 sayılı kanunun şumulüne giren cürümlerden olup olmadığı ve âmme dâvasını yerinde göstermeğe yetecek sebepler bulunup bulanmadığı cihetleri incelenerek bunlar mevcutsa başka sebep aranmaksızın tevkifine karar verileceğini ve duruşmanın, cürüm vasfı tebeddül etmedikçe, mevkufen cereyan edeceğini gösterecek şekilde değiştirilmesi.

8— Kanunun 4 üçüncü ve 5 inci maddeleri, beyannamenin arzedilmiş bulunan hususları da cami bulunacağı ve hazırlık tahkikatı sırasında C. Savcıları tarafından alınıp münderecetı hakiata ve gösterilen servet meşru surete uygun olup olmadığı maznunun ilgili bulunduğu mahallerden ve banka ve tapu dairesi gibi müessese ve makamlardan eyice tahkik edileceği, maznun beraet etse bile, hakikate kısmen veya tamamen uymıyan beyanda bulunduğu sabit olunca, gizlediği servet nisbetinde bir para cezasına ve maznun beyannamede gösterdiği servete haklı olarak sahip bulunduğunu isbat edemediği ve isbat edemeyişin elde olmıyan sebeplerden ileri geldiğine kanaat getirilmediği takdirde, haksız ve meçhul suretlerle iktisap edildiğini kabul lâzımgelen servet nisbetinde yine para cezasına mahkûm edileceği ve gerek bu suretle hükmolunacak gerekse T. C. Kanunu mucibince mahkûmiyeti halinde tarh edilecek para cezalarının tahsilini temin için, nihâyet âmme davasının ikamesile birlikde, maznunun gayri menkûl mallarının başkalarına satılmasının dâva sonuna kadar durdurulması C. Savcıları tarafından tapu dairelerine yazılacağı ve bu iş'ardan sonra maznunun hiç bir suretle mahkûm edilmeksizin alacağı hükmün katileşmesine veya mahkûm edileceği para cezası ve mahkeme masraflarının tahsiline kadar satış yapılamıyacağı gibi, mahkûmün yiyecek bedeli kabilinden infaz masraflarını ödemek için bir karşılık göstermediği ve bu masrafları ihtiyar edeceğini beyan eylediğ takdide, ceza çektirme masraflarına karşılık olabilecek miktarın, bu masraflar ödeninceye kadar yine satılamayacağı hükümlerini taşıyacak tarzda tadili

9— 6 inci madde, C. Savcılarının Adâlet Bakanlığına kanunun şumulüne giren suçların vuku'una ittila akabinde, hazırlık tahkikatına başladıklarını bildirecekleri gibi, tahkik safhaları ve geçikme sebepleri hakkında da 15 günde bir malumat verecekleri ve duruşma başladıktan sonra dava başka günlere bırakıldıkca talik sebebi Adalet Bakanlığına iblağ edileceği hükmünün ihtiva ebecek tarzda değiştirilmesi

Kanundaki bütün noksanları tamamlamasa bile, sanırız ki, şimdikinden daha fafdalı bir hale getirilmesine sebep olacaktır.

68

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA ATIF [*]

Yaşar KARAYALÇIN
Ankara Hukuk Fakültesinde Asistan

PLÂN:

I. Genel olarak atıf.

1. Meselenin konuluşu.
2. Atıf ve çeşitleri.
3. Tatbikat (A— Mahkeme içtihatlarında atıf, B— Mevzuatta atıf, C — Doktrinde atıf.)

II. Türk Devletler Hususi Hukukunda Atıf.

I

GENEL OLARAK ATIF

Kesim: 1. Meselenin konuluşu

§—1. İç hukuk—devletler hususi hukuku kaideleri ayrımı. §—2 Bağlama kaideleri §—3. İç hakuk bağlama kaideleri. Devletler hususi hukuku bağlama kaideleri. §—4 İç hukuk bağlama kaideleri §—5. Devletler hususi hukuku bağlama kaideleri. §—6 Bağlama kaiddelerinde yabancı hukuk sistemine yapılan referans ve atıf. §—7, Atıf ne zaman kabul veya reddedilmiştir? §—8. Plân.

§ — I — D. H. H. (Devletler hususi hukuku) bakımından hukuk kaidelerini ikiye ayırmak mümkündür:

1 — İç hukuk kaideleri,

2 — D. H. H. kaideleri,

İç hukuk kaideleri, içinde yabancı unsur (élément étranger) bulunmayan hukukî münasebetlere tatbik edilen hukuk kaideleridir.

---

[*] BİBLİYOGRAFYA

Arminjon (Pr. P.): Précis de droit international privé. 1, Paris 1925.
Bartin (Pr. E.): Principe de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises. Paris, 1930.
Belbez (Dr. Hikmet): Yunan Devletler Hususi Hukuku. S, B, O. Dergisi. C: 1. Sa: 3. S. 457—470
Belgesay (Ord. Pr. M. R.): Teorik ve pratik adliye hukuku. IV. D H H. nda adliye. İstanbul, 1938. İst. Ün. yay. no: 40/67.
Bouteron (J.): Le statut international du chèque, Paris, 1934.
İleri (Dr. S. N.): Yasaların çatışması. İstanbul. 1934.

488

D. H. H. kaideleri ise içinde yabancı unsur bulunan hukuki münasebetlere tatbik edilen hukuk kaideleridir.

§ — 2 — İster iç hukuku, ister D. H. H. nu ilgilendirsin bütün hukuk kaideleri insanlar arasındaki hukuki münasebetleri düzenlemek gayesile, yani fiilen tatbik edilmek maksadile meydana getirilirler.

Sayısı binleri aşan hukuk kaidelerine hayat vermek yani onları görevlerini yerine getirecek bir durumda bulundurmak için herşeyden evvel bu hukuk kaidelerini bir bütün, bir hukuk sistemi haline getirmek lâzımdır.

Sistemleştirme işinde mahkeme içtihatları ve doktrinin birinci derecede önemli rolü olmakla beraber bu esere ilk başlıyan yine yasacıdır. Daha mahkeme içtihatlarile doktrin binlerce hukuk kaidesi üzerinde sistemleştirme görevine başlamadan yasacı, koyduğu hukuk kaideleri arasında bir maksat ve ahenk birliği meydana getirmek ve gereken yerlerde biri diğerini tamamlamak için bazı esaslar, hükümler ve kaideler koyar. Bu kaidelere bağlama kaideleri (règles de rattachements) adı verilir.

§ — 3 — § 1 de yaptığımız ayırmaya göre bağlama kaideleri de iki türlü olabilir:

1 — İç hukuk kaidelerini bir birine bağlıyan kaideler; iç hukuk bağlama kaideleri.

2 — D. H. H. kaidelerini bir birine bağlayan kaideler. D. H. H. bağlama kaideleri.

Lewald(Pr. Hans): La théorie du renvoi. Académie de Droit International. Recueil des Cours. 1929. IV. p: 519 —616.
Lerebours—Pigeonnière: Précis de droit international privé. 3ème éd. Paris. 1936.
Ménard(Dr. Alphonse): Traité de droit international privé marocain. T: 1. Tanger. 1934.
Metya (Pr. Nusret): Devletler hususi hukuku ders notları. Ankara. 1939.
Niboyet(Pr. J.—P.): Notions sommaires de droit international privé. 3ème éd. 1937.
Niboyet(Pr. J.—P.): Précis de droit international privé. Rec. Siréy. Paris. 1928.
Pillet (Pr. Antoine): Traité théorique et pratique de droit international privé. T: 1. Paris—Grenoble. 1923.
Philonenko (Pr Répértoire Maximilien): La théorie du renvoi en droit comparé. Paris. 1935
de Droit International. Fondé par A. Darras, pnblié par A. de Lapradelle et J.—P. Niboyet 1929—1931 Paris.
Revue de droit international privé (et de droit pénal international) 1910, 1927, 1928.
Revue critique de droit international. 1934.
Savidis. Le nouveau Code civil héllénique. Athènes. 1940.
Seviğ(Ord. Pr M. R.): Devletler hususi hukuku. İst. Ün. yay. no: 55. H. Fak. A. no: 8, İstanbul, 1937.
Seviğ(Ord. Pr. M. R.): Özel Devletler hususi hukuku. İstanbul. 1938.
Seviğ (Ord. Pr. M. R.): T. C. kanunlar ihtilâfı sentezi. İstanbul. 1941.
Strupp(Pr. Karl): Documents pour servir àl, histioire de droit des gens. 2ème éd. 1923. T: 2.

489

Bu ayırmıya göre iç hukukla D. H. H. u, maddi kaideler (règles matérielles) [1] le bağlama kaidelerinin bütününden ibarettir.

§ — 4 — İç hukuk bağlama kaideleri 3 kısma ayrılabilir:

1 — Hukuk kaideleri hiyerarşisinde ayrı yerleri bulunan ve dolayısile aralarında derece farkı bulunan hukuk kaidelerini biribirine bağlayan kaideler. Meselâ Anayasa: m. 48, 53, 56, 74, 77, 79 vs.

2 — Hukuk kaideleri hiyerarşisinde aynı düzeyde (seviye) bulunan ve esas itibariyle bağımsız olan hukuk kaideleri bütünlerini biribirine bağlamak ve biri diğerini tamamlamak üzere konulan kaideler. Meselâ, M K. 5, B K. 53, 72, 544 vs.

3 — Esas itibariyle bir kül teşkil eden hukukî metinlerin madde ve fıkralarını biribirine bağlamak veya biri diğerini tamamlamak üzere konulan hükümler. Mes. B K. 98 f 2, 217, 386 f 2, vs.

İç hukuk bağlama kaideleri yalnız ve ancak bir tek hukuk sistemine ait hukuk kaidelerini biribirine bağladığından bunlara «millî bağlama kaideleri» adını da verebiliriz.

§ — 5 — D. H. H. nun maddi hukuk kaideleri — hukuk sisteminde kabul edilen esaslara göre — bazan iç hukukun maddi kaidelerinden ibaret; bazan da iç hukuk kaidelerinden tamamen ayrı, çok defa ise karma bir mahiyette olabilir.

D. H. H. nun maddi kaidelerini biribirine bağlıyan veya bunları tamamlamak üzere başka kaidelerin de D. H. H. alanında tatbik edilmesini temin etmek üzere konulan kaideler ise esas itibariyle 3 kısma bölünebilir:

1 — Bilhassa karma sistemi kabul eden hukuk sistemlerinde iç hukuka D. H. H. nun maddi hükümlerini biribirine bağlıyan kaideler. (Meselâ 133) tarihli kanun. M. 3, 4 ve 5.)

2 — D. H. H. nun maddi kaidelerini biribirine bağlıyan kaideler.

3 — Yasacı tarafından, herhangi bir sebeple uygun bulunduğu hallerde bir Devletin D H H. yle ilgili hükümlerini diğer devletin hukuk sistemine bağlıyan kaideler. (T K. 601, 602 vs.)

İç hukukun bağlama kaideleri bu üçüncü çeşit bağlama kaideleriyle D H. H. bağlama kaidelerinden ayrılır: İç hukuk bağlama kaidelerinin sat millî niteliği D. H. H. bağlama kaidelerinde yoktur.

§ — 6 — İçinde yabancı unsur bulunan bir hukukî münasebete gerek

[1] Burada maddî kaideler deyimi bağlama kaidelerine karşı kullanılmıştır. Bu bakımdan maddî kaideler içine usul ve görev kaideleri de girer.

490

usul gerek esas bakımından tatbik edilecek hukuk kaidelerini lex fori (mahkeme kanunu) gösterir. Dâvanın açıldığı mahkemenin tabi bulunduğu hukuk sistemindeki D.H.H. nun bağlayıcı kaideleri bu ihtilâf hakkında başka bir hukuk sisteminin tatbik edilmesi hususunu emrettiği zaman ortaya şu mesele çıkacaktır: Yasacı, bu referansı o yabancı hukuk sisteminin hangi çeşit hukuk kaidelerine yapmıştır?

Burada iki ihtimal belirir: Referans ya 1 — iç hukuk kaidelerine veya 2 — D. H. H. kaidelerine yapılmıştır.

1 — Referans iç hukuktaki kaidelere yapılmışsa davanın açıldığı yer mahkemesi için şüpheli bir nokta kalmamıştır. İç hukuk kaideleri millî olduğundan hâkim referans yapılan memleketin iç hukuk kaidelerini olduğu gibi tatbik edecektir.

2 — Referans iç hukuk kaidelerine değil de o hukuk sisteminin D. H. H. kaidelerine yapılmışsa durum biraz karışır: a) Referans yapılan hukuk sistemindeki D. H. H. nun bağlama kaidelerinde başka her hangi bir hukuk sistemine referans yoksa lex fori hakimi için mesele nisbeten basittir: Mahkeme sadece, referans yapılan hukuk sistemindeki maddi kaideleri — yine o devletin bağlama kaidelerine göre — hadiseye tatbik edecektir. b) Fakat referans yapılan hukuk sistemindeki D. H H. nun bağlama kaideleri arasında bu çeşit ihtilâflar için yabancı bir hukuk sisteminin tatbik edileceğine dair bir hüküm bulunursa mesele son derece güçleşecektir. Lex fori mahkemesi kendi hukuk sisteminin referans yapmış olduğu hukuk sisteminde yapılmış olan referansı kabul etmelimidir, etmemelimidir?

İşte atıf meselesi ve bu meselenin münakaşası bu soruya verilen müsbet veya menfi cevaplar sonunda ortaya çıkmaktadır.

§—7— İhtilâfa bakan mahkeme kendisine referans yapılan hukuk sistemindeki devletler hususi hukukunun bağlama kaidelerini kabul etmiyerek meseleye doğrudan doğruya o devletin maddi hükümlerini tatbik edecek olursa, mahkeme, kendisine referans yapılan devletin başka devlete yaptığı referansı yani atfı [2] kabul etmemiş olur.

Aksine mahkeme kendisine referans yapılan hukuk sistemindeki devletler hususi hukukunun bağlama kaidelerini kabul ederek meseleyi o hu-

[2] Referans ile atıf kavramlarını birbirinden iyice ayırmak lâzımdır. Bir hukuk sistemindeki (A) bağlama kaideleri başka bir hukuk sistemindeki (B) kaidelerin tatbik edilmesi hususunda bir hükmü ihtiva ederse bu göndermeye referans (référence) adı verilir. (B) hukuk sisteminin bağlama kaideleri aynı mesele hakkında başka bir hukuk sisteminin (A, V, D, vs.) tatbik edileceğini bildirirse o zaman ortada atıf (renvoi) var denilir.

Şu halde lex foriden yapılan gönderme: referans ; lex forinin referans yaptığı hukuk sisteminden yapılan gönderme: atıfdır.

Référence ve renvoi kavramları için bak: Rép. X, S: 413 no: 5.

kuk sisteminin referans yaptığı devletin hukuk kaidelerine göre halledersc mahkeme atfı kabul etmiş olur.

§ 8 — Ana hatlarile ve kuramsal (nazari) olarak atıf meselesini bu suretle ortaya koymuş bulunuyoruz. Bundan sonraki kesimde yani ikinci kesimde atfın çeşitlerinden ve kanunlar ihtilâfının türlü şekillerindeki durumundan bahsederek atıf müessesesenin kuramsal tetkikini tamamlamış olacağız. Tatbikat başlığı altındaki üçüncü kesimde atfın türlü devletler mahkeme içtihatlarında ve millî ve milletlararası mevzuattaki durumunu tesbit edeceğiz. Daha sonra D. H. H. yazarlarının atfın lehinde ve aleyhindeki düşüncelerini hulâsa etmiye gayret ederek bu suretle birinci bölümü bitirecek ve nihayet ikinci bölümde Türk D . H . H . ve kanunlar ihtilâfı sisteminde atıf müessesesinin yerini ve durumunu araştıracağız.

Kesim: 2 . Atıf ve çeşitleri

§ — 9. Atıf olayının iki doğum şartı. § — 10. Kanunlar ihtilâfı bakımından atıf. § — 11. A) İcabi ve selbi ihtilâflar ve atıf. § —12. B) Mekânda ve zamanda kanunlar ihtilafı ve atıf. § — 13. C) I — Kazai salâhiyet ihtilaflarında atıf. §— 14. II — Teşrii salâhiyet ihtilâflarında atıf. a) Eyaletlerarası ihtilâflar ve atıf, b) milletlerarası ihtilaflar ve atıf §—15. Atfın nevileri. §— 16. 1. Bir dereceli ve çok dereceli atıf. § — 17. 2—Mutlak atıf, nisbi atıf. § —18. İkinci kesimin sonu.

§ — 9 — §. 7 de kısaca belirtmek istediğimiz atıf müessesesinin iki esaslı doğum şartı vardır:

1 — Bir hukuk sistemi (A) belli hususlar için başka bir hukuk sisteminin tatbik edilmesini kabul etmiş olması yani (A) hukuk sisteminden (B) hukuk sistemine bir referans yapılmış olması;

2 — Kendisine referans yapılmış olan (B) hukuk sistemindeki D.H.H. bağlama kaidelerinin aynı husus için başka bir hukuk sistemini (D) selâhiyetli sayması yani bir atfın bulunması

Lex fori mahkemesi bu durum karşısında ya 1 — (B) hukuk sisteminin (D) hukuk sistemine yaptığı atfı kabul etmiyerek sadece kendi hukuk sisteminin referansına dayanarak doğrudan doğruya (B) devletinin o mesele hakkındaki maddi kaidelerini tatbik edecek, yahutta 2 — kendisine referans yapılan (B) hukuk sistemindeki D.H.H. bağlama kaidelerinin yaptığı atfı kabul ederek o mesele hakkında atıf yapılan hukuk sisteminde kaideleri tatbik edecektir.

Atıf birinci halde reddedilmiş, ikinci halde ise kabul edilmiştir.

§—10 — Atıf iki hukuk sisteminin kanunları arasındaki ihtilâftan mey-

492

dana çıkmış bir müessesedir. Bu sebeple kanunlar ihtilâfının muhtelif şekillerinde atıf müessesesini tetkik etmek gerekir.

Kanunlar ihtilâfı başlıca 3 kısma ayrılır:

A — İcabî—selbî ihtilâflar.

B — Mekânda ve zamanda ihtilâflar.

C — Kazaî ve teşriî ihtilâflar.

§ — 11 — A — Atıf mahiyeti itibarile iki hukuk sisteminin DHH. bağlama kaideleri arasındaki selbi ihtilâfın bir neticesidir. [3]. Çünkü lex-fori mevzuatı referans yapmakla o mesele hakkında kendi hukuk kaidelerinin tatbik edilemiyeceği hususunu açıklamış olur. Kendisine referans yapılan hukuk sistemi ise bu mesele hakkında başka bir hukuk sistemine atıf yaparak o hukuk sistemindeki kaidelerin tatbik edilmesi gerektiğini bildirmekle kendi mevzuatını bu hususta selâhiyetsiz addetmiş olur. İşte bu iki selbi selâhiyet ihtilâfı karşısında mahkeme meseleye tatbik edilecek kanunu arayacak ya referans yapılan hukuk sisteminin kendini selâhiyetsiz addetmesi hususunu reddedecek veya bunu kabul ederek atıf yapılan hukuk sistemindeki kaideleri tatbik edecektir. [4].

§—12 — B — a) Atfın zaman içinde vukubulan kanun ihtilâflariyle doğrudan doğruya hiç bir ilgisi yoktur. Zaman dolayısiyle meydana gelen kanunlar ihtilâfı umumiyetle millî hukuk sistemine dahil hukuk kaideleri hakkında bahis mevzuu olur. Ve bundan, hukuk kaidelerinin makable şamil olup olmıyacakları meselesi ortaya çıkar. b) D. H. H. nda mekân dolayısiyle vukubulan kanunlar ihtilâfı meselelerinde rol oynıyan mekân kavramı, bir hukuk sisteminin geçerlik alanıyla sınırlanır. İlgili iki hukuk sisteminden hangisinin tatbik edileceği probleminden doğduğu için atıf esas itibariyle mekân dolayısiyle vukubulan kanunlar ihtilâfından meydana çıkmış hukuk müesseseleri arasında yer alır.

§—13 — C — D H H. da kanunlar ihtilâfı iki kısma ayrılırlar: I. Kazai selâhiyet ihtilâfları. II — Teşrii selâhiyet ihtilâfları.

I) Kazaî selâhiyet ihtilâflarında atıf. Bir mahkemeye herhangi bir mesele arzedilince yargıç için ilk yapılacak iş meselenin mahiyetini vasıflandırarak mahkemenin bu işi görmeğe selâhiyetli olup olmadığını tetkik etmektir. İhtilaf, içinde yabancı bir unsur bulunan hukukî bir münasebetten

[3] Bak. Rép. X., S. 414. No. 9.
[4] Bak. Rép. X, S. 414 no: 9.

493

doğuyorsa mahkeme mensup bulunduğu devletin bu ihtilâfı hal ve faslet-mek hakkını ve selâhiyetini haiz olup olmadığını tesbit edecektir. Bu husus meselâ Türk kanunlarına göre Türk kazasına dahil bulunuyorsa mahkeme artık millî hukuku ilgilendiren diğer usul meseleleriyle(vazife ve salâhiyet) uğraşacaktır. Fakat lex fori bu davanın herhangi bir devlet mahkemesinde veya herhangi bir devlet kanunlarınca salâhiyetli olan mahkemede halledilmesi hususunda bir hükmü ihtiva ediyorsa lex fori hâkimi referans yapılan devletin usul kanunlarını tetkik etmek zorunda kalacaktır. Referans yapılan devletin kanunları aynı mesele hakkında kendi mahkemelerinin selâhiyetini kabul etmiyerek başka bir devlet kanunlarına atıf yapıyorsa mahkeme ne yapacaktır? Atıf, davanın açıldığı yer mahkemesinden gayri bir memleketin mahkemesi veya kanunlarına yapılmışsa mahkeme davayı kendi kazasına tabi olmadığı sebebiyle reddedecektir. Fakat atıf, referans yapılan devletten referans yapan devlete doğru ise mahkeme için durum güçleşecektir: Kendi millî kanununun hükümlerine göre hareket ederse dava, referans yapılan devletin mahkemelerinde görülmek lâzımdır. Bu sebeple mahkeme davayı reddedecektir. Fakat referans yapılan devletin bağlama kaidelerindeki atıf kabul edilirse mahkeme ihtilâfı hal ve fasletmek hakkına sahib sayıldığından davayı kabul edecek ve bundan sonra vazife ve yer bakımından selâhiyet meselelerini tetkik edecektir.

Görülüyorki adlî selâhiyet meselelerinde ancak lex foriye yapılan atfın yani bir dereceli atfın önemi vardır.

§ — 14 — II) Teşrii salâhiyet ihtilâflarında atıf: Teşrii salâhiyet ihtilâfları iki esaslı kısma ayrılır a) Eyaletlerarası ihtilâflar. b) Milletler arası ihtilâflar.

a) Eyaletlerarası kanun ihtilâfları mevzuatı kısmen veya tamamen birleştirilmemiş olan bir devlet içinde görülen ihtilâflardır. Milletlerarası ihtilâflar ise iki ayrı devletin kanunları arasındaki ihtilâflardır. [5] .

Eyaletlerarası ihtilâflar her zaman aynı mahiyette değildirler. Bunları 1 — içinde hâkimiyet ihtilâfı bulunan kanun ihtilâfları 2 — hâkimiyet ihtilâfları bulunmıyan kanun ihtilâfları ve 3 — sömürge ihtilâfları olmak üzere 3 kısma ayırmak mümkündür. [6]

1 — İçinde hâkimiyet ihtilâfı bulunan kanun ihtilâflarına misâl olarak eski rejimdeki Fransada ve Hitler rejimi tarafından kaldırılmadan evvel Almanyada Land ' lar arasında görülen ihtilâfları verebiliriz. A . B . D . deki Federe devletlerin kanunları arasındaki ihtilaflar da bu guruba girer. Bu gibi ihtilâfların çıktığı devletlerde teşrii bir birlik yoktur; her

[5] Rép. IV. Niboyet, S: 624, No: 1

[6] Rép. VI. Niboyet, S: 624. No: 2—9.

494

bölge veya federe devletin teşrii bir muhtariyeti vardır. Bu muhtariyete dayanılarak çıkartılan kanunlar ayrı hâkimiyetlere tabi olduklarından bu çeşit ihtilâflara [7] «içinde hâkimiyet ihtilâf bulunan kanunlar ihtilâfı» «conflits de lois avec conflit de souveraineté» adı verilir.

2 — İçinde hâkimiyet ihtilâfı bulunmıyan kanun ihtilâfları. Bu gibi ihtilâfların doğduğu memleketlerde tek bir hakimiyet olmasına rağmen o devlet içinde herhangi bir sebeple muhtelif mevzuat yürürlükte bulunmaktadır. Bununla beraber bu nevi ihtilâfların görüldüğü memleketlerde bu durum geçici ve istisnai bir mahiyettedir.

Hâkimiyet ihtilâfı olmadan kanunlar ihtilâfına sahne olan memleketlere misal olarak Polonya ve Fransayı gösterebiliriz. [8]

3 — Sömürge İhtilâfları: Birbirinden çok ayrı ve prensip itibarile biri diğerine nüfuz edemez mahiyette olan iki ayrı medeniyetin kanunları arasındki ihtilâflardır. Meselâ Fransız kanunlarıle (Ana vatan kanunu ile) islâm dinini kabul eden bir Fransız sömürgesi kanunları arasındaki ihtilâf gibi.

Hangi guruba dahil olursa olsun eyaletlerarası ihtilafları meydana getiren hukuk kaideleri iç hukuk kaidelerinden ibarettir. Bunlarda da bağlama kaideleri ve bu kaideler arasında da referans ve atıflar olabilir. Yalnız bu meseleler devletler hususi hukukunu değil, doğrudan doğruya iç hukuku ilgilendirir.

b) Teşrii selâhiyet ihtilâfları arasında atıf meseleleri esas itibarile milletlerarası ihtilaflarda görülür. Biz de bu tetkikimizde iki devletin bağlama kaidelerindeki referanslardan meydana çıkan atıf meselesini tetkik edeceğiz. İç hukuku ilgilendiren referans ve atıflar kanunların tatbiki bahislerine ait olup devletler hususi hukukunun sahası dışında kalırlar.

---

[7] Rép. IV. Niboyet, S: 624. no: 3—5 bis.

[8] Birinci Dünya harbinden sonra Polonya Cumhuriyetinin ortaya çıkması neticesinde evvelce ayrı hukuki hükümlere tâbî olan insan zümreleri bu defa bir siyasi bağ ve hâkimiyet etrafında toplandılar. Fakat ferd ve zümrelerin menfaatına doğrudan doğruya hitap eden hukukî durumu, siyasi durum gibi kısa bir zamanda değiştirmek mümkün olmadığından Polonyada aynı meseleler hakkında altıya yakın kanun Polonya kanunu olarak yürürlükte kaldı. Ve hatta bu kanunlar arasında ihtilâfları haletmek üzere 2 ağustos 1926 da eyâletlerarası hususi münasebetlere mütaallik karun adlı bir kanun neşredildi. (Rép VI, S: 665 No: 96 ve dev.)

Alsas ve Loren'in umumî harpten sonra Fransaya ilhak edilmesile Alsas ve Lorene ilhaktan evvel yürürlükte olan bazı kanunlar 17 ekim 1919 kanunu ile Fransız kanunu olarak yürürlükte kaldılar. Bu suretle asıl Fransız kanunlarile adı geçen kanuna göre Fransız kanunu sayılan eski Alman kanunları arasında da ihtilâflar çıkmıştır.

495

§—15— Atıf esas itibarile iki ana kola ayrılır: I—Bir dereceli atıf, iki dereceli atıf. II — Her hususta kabul edilen atıf (mutlak atıf), muayyen hususlarda kabul edilen atıf (Nisbî atıf) .

§—16 – I. Bir dereceli atıf: Referans yapılan devletten referans yapan devlete yani lex foriye yapılan atıftır. İki veya çok dereceli atıf ise, referans yapılan devlet, lex fori, den başka bir devlete atıf yaptığı zaman görülür.[9]D.H.H.na ait önemli bir eser olan Répertoire de Droit International'de atıf hakkındaki yazısında Louis— Lucas başka türlü bir ayırma yapmaktadır.

Bu profesör'e, göre «her hangi bir kanunu selâhiyetli beyan ederek kendisine referans yapılmış olan yabancı mevzuattan, bu memleketin iç kanunu anlaşılır ve netice itibarile davaya bu son kanun tatbik edilirse bir dereceli atıf vardır». «Her hangi bir kanunu selâhiyetli beyan ederek kendisine referans yapılan yabancı mevzuattan yine bu memleketin D. H. H. kanunu anlaşılır ve bu da üçüncü bir mevzuata, üçüncüsü de bir dördüncüye .... atıf yaparsa iki veya üç dereceli atıf var sayılır».

Bundan sonra Pr. Louis —Lucas atfı her hangi bir kanuna atıf — sadece lex foriye atıf olmak üzere bir daha ayırmakta ve lex foriye yapılan atfı «bir dereceli atfın bir nevi hususi şekli» olarak kabul etmektedir. [10]

§—17— II. Mutlak atıf ve nisbî atıf: Atıf meselelerini ortaya çıkaran ihtilâflı meselenin mahiyeti ne olursa olsun, lex forinin referansı üzerine referans yapılan devletin D. H. H. kaidelerine uyarak bu hukuk sisteminin yaptığı atıf kabul edilirse ortada bir mutlak atıf vardır. Lex fori hâkimi sadece muayyen ve istisnai haller için kendisine referans yapılan devletin —ister bir dereceli, ister çok dereceli olsun — atfını kabul cderse mutlak atıf (her hususta kabul edilen atıf) bertaraf edilmiş olur. Bu halde nisbi veya muayyen hususlarda kabul edilen bir atıf karşısındayız.

Mutlak atfın doktrinde çok büyük tenkitlere maruz kalması ve aslında pratik ve nazari bazı mahzurları da ihtiva etmesi dolayısile bir çok yazarlar sadece muayyen hallerde yapılan atfın kabul edileceği ve kabul edilmesi lâzım geldiği fikrini ileri sürerler. [11]

[9] Alman hukuk edebiyatında bir dereceli atfa Rückverweisung, geriye atıf "renvoi—retour„; çok dereceli atıfa da "Weiterverweizung" (renvoi—plus—éloigné) uzağa atıf adı verilmektedir. (Ménard, S. 32, Rép. X, S: 414, Arminjon, S: 128.)

İngiliz hukukunda bir dereceli atfın adı Renvoi of remittal, çok dereceli atfın adı ise Renvoi of transmission, dur. Rép. X, S: 414.

[10] Rép. X, S. 413 no: 6—7. Referansla atıf arasında açık bir farkın olduğunu gösteren Pr. Louis Lucas, ın bu ayırması bize kendi tekliflerine aykırı gibi görünmektedir. Louis — Lucas için bir dereceli atıf sayılan halde atıf değil sadece referans vardır. Bu sebeble lex foriye yapılan atıfla bir dereceli atıf arasında—kanaatımızca — bir fark olmasa gerektir. Esasen DHH. nun belli başlı yazarları da böyle bir ayırma yapmak lüzumunu hissetmemişlerdir.

[11] İlerde § 54'e de bak.

496

Nisbi atıf hakkında başlıca iki görüş vardır:

I — Atıf ancak şahsi haller (statuts personnels) için kabul edilmelidir. Bu görüş tarzı Von Bar, Bentwich, de Bustamante, Dicey, Clunet, de Vareilles — Sommières, Fiore, Keidel, Walker, Westlake ve Weiss tarafından kabul ve müdafaa edilmektedir. [12]

II — Arminjon'a göre mutlak atfın manasız ve can sıkıcı bazı neticeleri vardır [13]. Atfın faydası tamamen pratiktir ve üç halde atfı kabul etmek lâzımdır.

1 — Atıf, adalet ve faydaya dayanır. Bu sebeple âdil neticelerin meydana geleceği hallerde atfı kabul etmek icabeder.

Arminjon bu hususta İngiliz hukukundan aldığı şu misali veriyor: Bir İngiliz tebaası ikametgâh tesis etmiş olduğu Belçikada ölüyor ve şekil bakımından İngiliz kanununa göre tanzim edilmiş bir vasiyetname bırakıyor. Vasiyetnamede Belçika kanununca öngörülen şekillere riayet edilmemiş ve bu sebeple İngiliz mahkemesinde bir dava açılmıştır: İngiliz kanununa göre vasiyetnamenin şekli Locus Regit Actum kaidesine tabidir. Halbuki Belçika mahkeme içtihatları vasiyette bulunan kimsenin millî kanununa göre düzenlenen bir vasiyetnameyi de muteber saymaktadırlar. İngiliz mahkemesi locus regit actum kaidesinden mülhem olarak Belçika hukukunun yaptığı bu atfı kabul etmiş ve vasiyetnameyi muteber saymıştır: Locus regit actum kaidesinin gayesi mahalli şekil kaidelerini takip etmek suretile ilgililerin yabancı memleketlerdeki muamelelerini kolaylaştırmaktır. Muameleyi yapan kimse bundan faydalanmamış ve muamelenin yapıldığı yer kanunu da böyle bir muameleyi kendi kanununa tabi tutmıyarak millî kanuna atıf yapmış olduğuna göre bu vasiyetnameyi muteber saymak yani atfı kabul etmek bir adalet icabıdır.

2— İradenin muhtariyeti kaidesine göre taraflar bir hukuki muamelenin her hangi bir memleketin mevzuatına göre düzenleneceği hakkında bir karara varmışlarsa ve taraflarca selâhiyetli kılınan hukuk sistemi başka bir hukuk sistemine bir atıf yapmış ise ihtilâfı tetkik eden mahkeme bu atfı kabul etmelidir.

3— Mudil bir hukuk sistemi tarafından yapılan atıf kabul edilmelidir.

Mudil bir hukuk sistemi bağlama kaideleri, maddi kaideler (règles constitutives) ve kazai veya idarî müşterek müesseselerle bir birine bağlı bir kaç hukuk sisteminden mürekkep bir sistemdir. Bu kaide ve müesseseler mudil hukuk sistemini bir nevi «hukuki sistemler sistemi» şekline koyar.

[12] Liste Répertoire'dan (S: 428—9 no: 81) ve Arminjon,dan (S: 145) çıkartılmıştır.
[13] A. g. e. S. 138—142.

497

Her mudil hukuk sistemi benzer (conjoints) hukuk sistemlerinden teşekkül eder ve bunlar arasında bir tanesi hâkim rol oynar. [14]

Lex Forinin bağlama kaidesi mudil bir hukuk sistemine referans yapar ve bu sistemde de bu mesele hakkında tatbik edilecek hiç bir maddi kaide olmayıp sadece yabancı veya benzer diğer hukuk sistemlerine doğru bir atıf bulunursa lex fori mahkemesinin bu atfı kabul ve tatbik etmesi gerekir.[15]

§— 18— Atıf müessesesinin kuramsal tetkikine burada son veriyoruz. Bundan sonraki kesimde, esasını, mahiyetini ve şekillerini tetkik ettiğimiz atıf müessesesinin mahkeme içtihatlarında ve mevzuatta aldığı durumu tesbit edecek ve kesimin son kısmında ise atfın leh ve aleyhinde söylenen fikirleri ve ileri sürülen görüş tarzlarını kısaca belirteceğiz.

KESİM: 3 — TATBİKAT

§ — 19 . Atıf meselesi kanunların tatbikı dolayısile ortaya çıkan, tabir caizse bir nevi hukuki hâdise (incident) dir. Bu sebeple mesele önce mahkeme içtihatlarında görülmüş ve bundan sonra ilgili hukukçular tarafından tetkik ve münakaşa edilmiye başlanmıştır. Doktrinde uzun uzadıya münakaşa edilmiş ve daha çok aleyhinde söz söylenmiş olmasına rağmen atıf, bilhassa bir dereceli atıf bu gün yeni mahkeme içtihatlarınca da kabul edilmekte ve son zamanlarda mevzuat arasında da yer almaktadır. Tatbikat adını verdiğimiz bu kısımda atıf meselesini önce A) mahkeme içtihatlarında, sonra B) mevzuatta ve en son olarak da C) doktrinde tetkik edeceğiz.

A. Mahkeme içtihatlarında atıf

§ — 20. Doğuşu. § — 21. Fransız mahkeme içtihatlarında genel durum. § — 22. Forgo meselesi (1878). § — 23. Soulié meselesi. (1911). § — 24. Guez C. Ben Attar meselesi. § — 25. İtalya. § — 26. İngiltere ve Amerika. § — 27. Netice.

§ — 20 — A) Mahkeme içtihatlarında atıf. Doğuşu: Atıf meselesi Fransız yazarlarına göre [16] önce İngiliz mahkemelerinde bahis mevzuu olmuştur. Atıfla ilgili olarak İngiliz mahkemelerinden verilen ilk kararlara onsekizinci yüzyılın sonlarına doğru rastlanır. [17]

İngiliz hukukunda atıfla ilgili kararları tetkik fırsatını ve imkânını bulamadığımız için durumu Fransız mahkeme içtihatlarında inceliyelim:

§ — 21 — Fransız mahkeme içtihatlarında genel durum. Atıf meselesi Forgo meselesi adile tanınmış olan dâva dolayısile Fransada ortaya çıkmış ve Fransız Yargıtayı bu ilk meselede atfı kabul etmiştir. (1878)

Bu tarihten sonra Fransız mahkemeleri tarafından atfın lehinde ve aleyhinde bir çok kararlar verilmiştir. [18]

---

[14] A. g. e. S. 95.
[15] A. g. e. S. 148—149.
[16] Lerebours—Pigeonnière § 256.
[17] Rép. X, S: 434 no: 101.
[18] Bunların bir listesi Rép. X. S: 430—432, No: 88, 89 da vardır.

498

Niboyet: "İstinaf ve bidayet mahkemelerinin içtihadı hemen tamamen atfın kabulü lehindedir. (60 karar içinde atfı reddeden sadece bir kaç karara rastlanır)„ dedikten sonra atfın Fransız mahkeme içtihatlarına göre hakiki bir sistem halini aldığını söylüyor ve sonra iki dereceli atfın şimdiye kadar mahkemelerce kabul edilmediğini ilâve ediyor. [19]

Bununla beraber atfın aleyhinde görünen Luis — Loucas ise, "Fransız mahkeme içtihatlarının atıf sistemini kabul ettiğini söylemek gelenek halini almıştır. Bundan, Yargıtay'ın içtihatları anlaşılırsa hüküm doğrudur. Bununla beraber Yargıtay bu mesele hakkında açıkça hüküm vermek için ancak iki dava ile karşılaşmak imkânını bulmuştur. Halbuki bidayet ve istinaf mahkeneleri atfı gittikçe daha fazla reddetmektedirler ve bir gün Yargıtayın da bizzat bunların fikirlerine iltihak edeceğinden ümidi kesmemek lâzımdır." fikrin ileri sürmektedir. [20]

Halbuki Fransız Yargıtay'ı 1933 te verdiği bir kararla atıf hakkındaki eski görüşünü tekrar ederek atıf sistemini yine kabul etmiş ve bu suretle Luis —Lucas'ın ümitsizliğe düşmemek lâzım geldiği görüşü bizzat Yargıtay tarafından reddedilmiştir.

Fransız Yargıtayını ayrı zamanlarda ilgilendirmiş ve etrafta geniş bir tesr bırakmış olan üç önemli ihtilâf şunlardır:

§ — 22 - 1. *Forgo Meselesi*: Forgo, o zaman bağımsız olan Bavyera Devletinin uyruğudur. Evlilik dışı olan Forgo annesile beraber beş yaşında ikei Fransaya geliyor ve bütün hayatını Fransada geçirerek 68 yaşında Pau' da ölüyor. Forgo öldüğü zaman geriye menkul ve gayrı menkul olarak bir miras bırakıyor.

Mahkeme içtihatlarile teşekkül eden Fransız devletler hususi hukuku kaidelerine göre menkul miras hakkında ikametgâh kanunu tatbik edilir. Burdaki ikametgâh tabiri hukuki ikametgâh manasındadır. Halbuki Forgonun Fransada ikametgâhı yoktur. Yine Fransız D. H. H. kaidelerine göre hukıki ikametgâh yoksa meseleye tatbik edilecek kanun menşe ikametgâhı yani burada, ölenin millî kanunu yani Bavyera kanunudur.

Bavyera kanunun maddi hükümlerine göre tabii civar hısımlar tereke-den mirasçı sıfatile istifade ediyorlardı. Halbuki Bavyera Medeni Kanunundaki bağlama kaidelerine göre menkul tereke malların fiilen bulunduğu yer kanınuna tabi idi.

[19] Nihayet, Age, § 209
[20] Bak. Rép. X, s. 409 No: 35

489

Menkul tereke Fransada bulunduğundan Bavyera Medeni Kanununun yaptığı atıf kabul edildiği takdirde Fransız mahkemelerinin Fransız M. K. nu tatbik etmesi icabediyordu. Fr. M. K. 768 e göre ise, "sağ kalan eş olmadığı takdirde mirası Devlet iktisap eder."

Atfın Fransız mahkemelerinde kabul edilmesi bu maddeye göre mirasın Fransız Devletine intikal etmesi demek olacaktı. Emlâk İdaresi Bavyera M. K. nın bu bağlama kaidesile Fr. M. K. 768 e dayanarak Forgo'nun menkul terekesinin hazineye ait olduğunu iddia etti ve Fransız Yargıtayı 24/ Haziran/1878 tarihli kararile Emlâk İdaresinin dayandığı hukuki sebepleri yerinde bularak Bavyera Medeni Kanununun yaptığı atfı kabul etti ve hadiseye Fr. M. K. nu tatbik ederek hazineyi haklı çıkardı. [21]

§ — 23 — 2. *Soulié Meselesi*: Hukuki mahiyeti itibarile Forgo meselesinden farklı değildir. Louisiana' lı Bayan Coralie Soulié fiilî ikametgâh ittihaz ettiği Paris'te ölüyor. Coralie Soulié'nin evlilik dışı yeğeni Emile Soulié halasından kalan menkul mirası talep ediyor. Sein ve Paris mahkemeleri, Amerika kanununun bu hususta ikametgâh kanununa referans yapması dolayısile Fransız kanununun tatbik edilmesine karar vererek Fr. M. K. nın 756 ve 766 ıncı maddelerine göre Emile Soulié' e mirasçılık sıfatını tanıyorlar. Coralie Soulié' nin légataire universelle'i Bayan Human bu kararı temyiz ediyor. Fransız Yargıtayı İstida Dairesi şu gerekçe ile ve 1/ mart/ 910 tarihli kararla temyiz talebini reddediyor: "D. H. H. ile ilgili Fransız kanunu, yabancı D.H.H. kanununun Fransız iç kanununa yaptığı atıftan müteessir olmaz. Her ihtilâfın bu suretle halledilmesinde ve Fransız toprağı üzerinde meydana gelen menfaatler hakkında Fransız görüşlerile beraber Fransız kanununun tatbik edilmesinde yalnız ve ancak fayda vardır.„

Bu hadisede Fransız kanununun Louisiana kanununa bir referansı ve Louisiana kanununun da Fransız kanununa bir atfı vardır. Fransız mahkemeleri ve Yargıtayı lex fori' ye yani Fransız kanununa yapılan bir atfı kabul etmekte tereddüt etmiyerek Bayan Humann ve diğer davacıların iddialarını kabul etmemişlerdir [22]. Lerebours—Pigeonnière'e göre bu kararla atıf sistemi Fransız hukukunun artık mütemmim bir cüzü olmuştur [23].

§ —24— *Guez C. Ben Attar meselesi*: Tunusta ikametgâhı olan ve Cebelitarıkta doğmuş bir İngiliz yahudisi 1850 de Tunusta ölüyor. İngilizin yahudi olması dolayısile tereke hakkında Tunustaki yahudiler için kabul

[21] Bu ünlü mesele birçok kitaplarda anlatılmıştır. Bak: Bartin, S: 200; Niboyet § 209, Ménard, S: 30, Belgesay, S: 45.

[22] Soulié meselesi hakkında: Revue de droit international privé 1910, S: 872—873; Niboyet § 209, Ménard § : 30, Ler. —Pigeonnière § 259.

[23] A. g. e. §. 259.

500

edilen musevi geleneği tatbik ediliyor ve bu suretle kızlar mirasçı olamıyor. Aradan epeyi bir zaman geçtikten sonra bu İngiliz yahudisinin torunlarından biri anasının dedesinin babası olan bu İngiliz yahudisinin bıraktığı terekeye musevi geleneğinin değil, ingiliz olması dolayısıle İngiliz kanununun tatbik edilmesi lâzımgeldiğini ve bu sebeple kendisinin de mirasçı olması gerektiğini iddia ediyor. Tunus mahkemeleri meseleye İngiliz eyaletlerarası hukukunu tatbik ediyor. Tac Meclisi Cebelitarıkta İngiliz kanununun tatbik edilmesine 2 Şubat 1884 de karar verdiğinden ve İngiliz kanunu da müteveffanın ikametgâhına atıf yaptığından mahkeme hadiseye Tunus kanunlarını yani dolayısile musevi geleneğini tatbik ediyor.

Cezayir İstinaf Mahkemesinin verdiği 12 Ocak 1931 tarihli bu karar temyiz edilerek Fransız Yargıtayına geliyor ve Yargıtay daha başka temyiz sebeplerini de reddederek istinaf mahkemesinin kararını tasdik ediyor.

Bu kararda da gerek Cezayir İstinaf Mahkemesinin ve gerek Fransız Yargıtayının atfı kabul ettikleri görülmektedir. [24] (Tunus kanunları — İngiliz hukuku — Cebelitarık hukuku — İngiliz hukuku — ikametgâh hukuku: Tunus hukuku — musevi geleneği).

§ — 25 – İTALYA: Atfın kabul edilmesi gerektiği hakkkında İtalya kanunlarında açık herhangi bir hüküm olmamasına rağmen mahkeme içtihatları atıf lehinde bir yol takip etmiş görünmektedirler. Atıf lehinde olanlar düşüncelerine dayanak olarak bilhassa kanunları hazırlayıcı mahiyetteki çalışmalarda ileri sürülen fikirleri göstermektedirler. [25].

§ — 26 — İngiltere atıf meselesinin ilk defa tatbik edildiği bir memlekettir. Hakkın mülkiliği esasını ve ikametgâh kanununun selâhiyetini kabul eden ve DHH. nu milletlerarası nezaket esasına dayandırmak isteyen İngilterede atıf lehinde bir muhit vardır. Bununla beraber atfın kabul edilmediği bazı kararlara da rastlamak mümkündür. [26].

Amarika içtihatları da atfı kabul etmektedir. [27]

§ — 27 — Daha başka devletlerdeki durumu da tetkik edince görüyoruz ki mahkeme içtihatları bilhassa bir dereceli atıf lehindedirler. Bununla beraber atıf meselesinin incelendiği her memlekette atıf aleyhindeki mahkeme kararlarına da raslanmaktadır. Meselenin mahkeme içtihatlarında katî

[24] Bu mesele için bak: Revue critique de droit international, 1934, S: 440—441, Niboyet'nin notu ve Ler. — Pigeonnière § 259.

[25] Rép. X, S: 435, no: 109.; VI, S: 503, no: 100.

La théorie du renvoi en droit comparé adlı eserde Philonenco atıfla ilgili İtalyan mahkeme içtihatlarını en ince teferruatına varıncaya kadar tetkik etmiş ve bunlara dayanarak atıf meselesi hakkında bir neticeye varmak istemiştir.

[26] Rép. X. S: 434 No: 101.

[27] Rép. X. S: 434 No: 105.

59

bir şekilde halledilmemiş olması, yasacıya göre atfın kabul edilmesi gereken veya aksine gerekmiyen haller için ayrıca kanuni hükümler koymak zaruretini meydana getirmiştir.

Bundan sonraki bahiste mevzuatta atıf hakkında konulan hükümleri tetkik edeceğiz.

B. Mevzuatta atıf

§ — 28 Plan. § — 29. a). *Milletlerarası anlaşmalarda* atıf. 1. 22 Haziran 1902 anlaşması. § — 30, 2. De Bustamente Kanunu. § — 31. 3. 1912 tarihli Poliçe, emre muharrer senet ve çekle ilgili hukuku birleştirmek için yapılan andlaşma tasarısı ve çekle ilgili karar. § — 32. 4. 1931 tarihli, çekle ilgili bazı kanunlar ihtilafını düzenlemeğe mahsus anlaşma. § — 33. b). *Millî mevzuatta* atıf 1. Alman Medeni Kanunun tatbikı hakkında kanun. § — 34. 2. Macaristanın 1894 tarihli Kanunu. § — 35. 3. Isveç'in 8 Temmuz 1904 tarihli kanunu. § — 36. 4. Cezayirin 12 Nisan 1904 Dahir' i. § — 37. 5. Japonyanın 15 Haziran 1898 Kanunu. § — 38. 6. Polonyanın 2 Ağustos 1926 tarihli kanunu. § — 39. 7. İsviçrede durum. § — 40. Atfı açıkça reddeden kanun: Yeni Yunan Medeni Kanunu.

§ — 28 — B — MEVZUATTA ATIF: Atfın kabul edilmesi hakkındaki hükümlere milletlerarası mukavelenamelerle millî mevzuatta rastlanır. Bu sebeple mevzuatta atıf hakkındaki hükümleri iki kısma ayırarak tetkik edeceğiz.

§ — 29 — a) Milletlerarası anlaşmalarda atıf hakkındaki hükümler:

1 — 12 Haziran 1902 tarihli « Evlenme ile ilgili kanun ihtilâflarını düzenlemek için yapılan anlaşma [28]» m: I« Millî kanun açıkça ***başka bir kanuna atıf yapmadıkça*** evlenmek hakkı (droit de contracter mariage) müstakbel eşlerin millî kanunlarına göre düzenlenir.»

Bu maddeye göre bir kimsenin evlenebilip evlenemiyeceği meselesi millî kanuna göre halledilir. Bununla beraber millî kanun açıkça başka bir kanuna atıf yapmış ise artık milli kanun değil, millî kanunun atıf yaptığı kanun hükümlerinin tatbik edilmesi icap eder, Maddenin muhalif mefhumundan bu hususta atfın kabul edildiği anlaşılmaktadır. [29]

§ — 30 — 2. — Devletlerarası Amerika Enstitüsünce seçilen 5 kişilik bir komisyon tarafından hazırlanıp Altıncı Panamerikan Konferansı tarafından bazı ihtirazi kayıtlarla tasvip edilen ve halen bazı Amerika memleketleri arasında yürürlükte olan ve projeyi kaleme almak suretile komis-

[28] Anlaşmanın tam metni V. Rossel'in Code civil suisse (1937, S: 315) nde vardır. Rép. X, S: 432 no: 93 e de bâk.

[29] Maddenin nasıl meydana geldiği ve hazırlayıcı çalışmalarda ilgililerin atıf hakkındaki düşünceleri için bak: Lewald, S: 578—580.

502

yonda faal bir rol oynamış olan De Bustamente' ye izafeten De Bustamante kanunu adı verilen kanunun 7 inci maddesinde [30] de atfın kabul edildiği ileri sürülmektedir.

M: 7: «Her âkit devlet diğer âkitlerin tebaalarına mensup oldukları devletin kabul ettiği sisteme göre, ikametgâhlarının bulunduğu veya tâbi oldukları devletin iç âmme intizamı kaidelerini tatbik edecektir.»

Halbuki madde bu şekilde referansın bağlama kaidelerine değil, maddi kaidelere yapıldığını kabul ederek atfı bertaraf etmektedir. [31].

§ — 31. — 3 — 15 Haziran 1912 tarihli «Poliçe, emre muharrer senet ve çekle ilgili hukuku birleşdirmek için yapılan antlaşma tasarısının [32] 74 ncü maddesinde poliçe ehliyeti dolayısıyle atıf kabul edilmiştir:

M: 74 f 1: "Bir şahsın poliçe ile taahhüt altına girme ehliyeti o kimsenin milli kanunu ile belli olur. Bu millî kanun diğer bir ***devletin kanunu nu selâhiyetli olarak gösterirse bu son kanun tatbik edilir***.

1912 konferansında çekler hakkında kabul edilen Kararın [33] kanunlar ihtilâfından bahseden faslına (m: 32 F 1 e) 1912 tarihli ve poliçe ile ilgili antlaşma tasarısının m: 7 deki hükmü aynen alınmış ve bu surette çekle borçlanma ehliyeti meselesinde de atıf kabul edilmiştir.

Türk TK.nun hazırlanmasında bu tasarı ve kararlar hemen aynen gözönüne alındığından bu hükümler TK. 601 ve 636 da aynen tekrar edilmiştir. [34]

§—32—4. 19 mart 1931 tarihli "Çekle ilgili bazı kanunlar ihtilâfını düzenlemiye mahsus antlaşma» [35]: 1912 tarihli tasarının 74 ve kararın 32nci maddesinde yazılı hüküm bu anlaşmanın ikinci maddenin birinci fıkrasına aynen alındığından bu antlaşma ile de iki dereceli atıf kabul edilmiş tir.[36]

[30] Rép. III, S: 551, No: 158, S: 557, no: 189.

[31] De Bustamente, La nationalité et le domicile. Revue de droit international privé 1927, S: 396.

Belgesay ayrı bir neticeye varmıştır. S: 49. no: 123.

Louis — Lucas ise sadece maddeyi zikretmekle iktifa etmiştir. Rép. X. S: 433 no: 95.

Bununla beraber durum açık değildir. Bu maddede ayrı bir tetkike konu olacak kadar vuzuhsuzluk ve kapalılık vardır. Bilhassa Lewald S: 582 ve 1 no: lu nota bak.

[32] Tasarının tam metni K. Strupp'un Document pour servir à l'histoire du droit des gens adlı kitabında vardır. 2 nci basım, C: 2, 1923. S: 512 ve dev.

[33] Metin için bak. Bouteron, A. g. e. S. 798 vd.

[34] İlerde § 63 e bak.

[35] Tam metin Bouteron, Le statut international du chèque S: 1008 vd. da vardır.

[36] Bu anlaşmanın 2 nci maddesi için bak: L. Bayalovitch, Le droit international du change. Paris, 1935. S: 464—465.

503

§—33.b)*Millî mevzuat*:1. Atfın kabulü lehinde ilk hüküm[37] Alman Medenî Kanununun tatbikı hakkındaki 18 Ağustos 1896 tarihli kanunun 27 nci maddesinde yer almıştır.

M:27:«M:7 f 1,13 f 1,15 f 2,17 f 1 ve 25'e göre salâhiyetli kılınan her hangi bir yabancı devlet hukukuna göre Alman kanunlarını tatbik etmeğe imkân varsa, Alman kanunları tatbik edilir.»

Bu madde esas itibariyle evlenme, aile rejimi, boşanma ve mirası ilgilendirir. Tatbikat kanununa göre bu hususlar millî kanuna tâbidir. Eğer millî kanunun kanunlar ihtilâfı kaideleri Alman Kanununun tatbik edilebileceğini beyan ediyorsa atıf kabul edilerek bu gibi ihtilâflara Alman hukuku tatbik edilir.[38]

Fakat Alman Yargıtayı bu maddeyi atfın kabul edilebileceği halleri gösteren istisnai bir madde değil, atfın kabülü hakkında benimsenmiş olan umumî bir prensibin bazı hallere ait bir ifadesi olarak kabul etmiştir. [39]. Bu noktadan hareket eden Alman Yargıtay içtihatları bir ve iki dereceli atfı kabul etmişlerdir.[40].

§—34—2.—Macaristan, 18 aralık 1894 tarihli kanunun 18 nci maddesile evlenme ehliyetinin tayini hususunda atfı kabul etmiştir. m: 108.

M:108: «İşbu kanunda başka bir hüküm olmaz ve millî kanunlar ***başka bir kanunun tatbik edilmesini emretmezse*** diğer herhangi bir münasebet bakımından (yaş ve ehliyet gibi) evliliğin mutebeflıği eşlerin millî kanunlarına göre hükmedilmelidir.»

Bu atıf yalnız bir dereceli değil, çok dereceli olduğu zaman da kabul edilmektedir. [41].

§—35—3.—Evlenmenin akdi, iptali, boşanma ve ayrılık, küçüklerin ve kısıtlıların vesayeti hakkında kanunlar ihtilâfı kaidelerini ihtıva eden 8 temmuz 1904 tarihli kanuna göre İsveç evlenmeğe ehliyetin tayini hakkında ilgili kimsenin millî kanunu tarafından yapılan atfı kabul etmektedir.(m:2) [42].

§ - 36 — 4.—Cezayirde türlü millet uyruklarının birarada bulunması neticesinde burada kozmopolit bir hayatın gelişmesi, Cezayirin 30 mart 1912 tarihli muahede ile Franız himayesi altına alınması ve bazı milletlerarası

[37] Lewald, S: 576.

[38] Lewald, S: 465 — 466.

[39] Lewald, S: 546, 576.

[40] Rép. VII. S: 303 no: 30. X, S: 434 no: 99—100.

[41] Bu hususlar için bak. Rép. VI. S: 460 no: 57, 61, 62.

[42] Rép. VII. S: 136 no: 89. X. S: 435 no: 118.

504

anlaşmalarla Cezayirdeki bütün yabancılara aynı muamelenin yapılması hususunun kabul edilmiş olması Cezayir hukukunda DHH. meselelerini halledecek bir metnin bulunması lüzumunu meydana çıkarmış ve bunun üzerine Fransızların ve yabancıların medeni durumu hakkında 26 maddelik mükemmel denebilecek bir kanun meydana getirilmiştir.(12 Nisan 1913 Dahir'i) Dahir'in 9 ncu maddesiyle atıf boşanma ve ayrılık hususunda zımnen kabul edilmiştir.[43].

§—37—5—Japonya da 15 Haziran 1898 Kanununun(Ho—Rei Kanunu) 29 ncu maddesiyle atfı kabul etmiştir. M: 29«Bir yabancıya ait millî kanunun tatbik edileceği beyan olunan hallerde bu memleketin hukuku Japon kanunlarının tatbik edilmesini gerektirirse, Japon kanunları tatbik edilir.».

B G B'nin tatbiki hakkındaki kanun m:27'e çok benzeyen ve zaten Alman hukukunun tesiri altında meydana gelen bu maddeyle—Almanyadan farklı olarak—sadece bir dereceli atıf kabul edilmiştir.[44]

§—38—6.—Milletlerarası hususi münasebetler hakkında 2 Ağustos 1926 tarihli hususi bir kanunun[45] 36 ncı maddesine göre«İşbu kanun muayyen bir hukuki münasebeti düzenlemek için bir yabancının millî kanunu olarak bir devletin hukukunu salâhiyetli tanırsa ve bu hukuka göre de başka bir kanunun tatbik edilmesine mahal varsa Polonyada bu son kanun tatbik edilecektir.»

Bu hükümle Polanyada bir ve iki dereceli atıf sistemi kabul edilmiştir.[46]

§—39—7.—İsviçrede atıf meselesi hiç bir kanuni hükümle tanzim edilmemiştir [47]. 25 Haziran 1891 tarihli ve 34 maddelik federal kanun [48] İsviçrede kantonlararası ve milletlerarası kanunlar ihtilâfını hal hususunda konulan tek kanundur ve bunda da atıfla ilgili bir hüküm yoktur.

Fakat kanton ve konfederasyon mevzuatında atıf lehinde görülen bazı hükümler dolayısiyle mahkemeler atıf lehinde hüküm vermektedirler [49]

Federal Mahkeme meseleye prensip bakımından bir hal tarzı vermemiş, meselâ eski bir kararında mal rejimi dolayısiyle atfı kabul ettiği halde, medenî ehliyet meselesinde bunu reddetmiştir. Umumiyetle bir İsviçre kanunlar ihtilâfı kaidesi yabancı bir devletin kanununa referans aypmışsa bununla

[43] Rép. X, S: 445 no: 112. VI S: 546 no: 1, 2, 28.
[44] Lewald, S: 577. Rép. VI. S: 544 no: 90. X. S: 435 no: 110.
[45] Metin Revue de droit international privé, 1928 S: 190'da vardır. Rép. VI. S: 653 no: 23.
[46] Lewald, S: 577. Rép. X, S: 435.
[47] Rép, VII. S: 158 no: 110.
[48] V. Rossel. A. g. e. S. 306 — 314.
[49] Rép. X. S. 435 § 119.

Sos

esas itibariyle o kanunun kanunlar ihtilâfı kaideleri değil, maddi kaideleri kastedilmiştir sayılmakta [50] yani atıf reddedilmektedir. Bununla beraber kanton mahkemelerinin atıf lehinde bazı kararları da vardır [51]

30 Mart 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda poliçe ve çekle borçlanma ehliyeti dolayısiyle atıf meselelerine temas edilmemiştir.(bak.m: 822 ve 827 No.11)

Halbuki İsvlçre BK.nun üçüncü kısmını değiştiren 18 aralık 1936 tarihli kanunla İsviçre hukukuna § 32'de zikrettiğimiz 19 mart 1931 tarihli antlaşma hükümleri hemen tamamen alınmış ve bu suretle poliçe ve çeklerle borçlanma ehliyeti dolayısiyle atıf açık bir surette kabul edilmiştir. (Adı geçen antlaşmanın ikinci maddesi İMK. m. 1086 f. 1'e aynen alınmıştır.)

§ —40 —1 Haziran 1941'de yürürlüğe giren Yunan Medenî Kanununun genel hükümlerden bahseden birinci kitabının DHH. adlı ikinci kesiminde atfın kabul edilmiyeceği açıkça belirtilmiştir.

M: 32: AŢIF: «Tatbik edilecek yabancı hukuk, yabancı memleketin DHH. kaidelerini ihtiva etmez» [52]. Yani Yunan hukuku bir yabancı kanunun tatbik edilebileceğine dair herhangi bir referansı ihtıva ettiği takdirde Yunan yargıcı mutlaka referans yapılan memleketin iç hukuk kaidelerini tatbik edecektir. Bu suretle hem bir, hem de çok taraflı atıf Yunan hukukunda kati olarak reddedilmiş olmaktadır.

C. Doktrinde atıf

§—41. Genel durum ve karışık olmasının sebebi. §—42. a) *Atfın aleyhinde deliller* 1. Hükümranlık meselesi. §—43. 2. Tatbik imkânsızlığı (Milletlerarası raket meselesi ve fâsit daire). §—44. 3—D.H.H.nun temelini sarsması. § - 45. 4. İcabi ihtilâflara tatbik edilen esastan çıkarılan delil. §—46. 5. Kararsızlık ve emniyetsizlik doğurur. §—47. 6. İlgililerin iradesiyle bağdaşmaz. § - 48. 7. Ferde millî kanunun öngörmediği bir hukuki rejimin tatbik edilmesine yol açar §—49 8. Mevzuat açık bir şekilde atfı kabul etmemiştir. §—50. b) *Atfın kabulü lehindeki deliller* §—51 à) *Bir ve çok dereceli atıf lehine* deliller: I Gesamtverweisung kuramı, tenkidi: 1 — Fâsit daire itirazı, §—52. 2. Dicey'in ikili atıf kuramı. Ve tenkidin tenkidi, §—53. II. Hukukun yeknasaklığını temin ve hükmün yabancı memleketlerde icrasını kolaylaştırma. §—54 b') *Atfın yalnız şahsi hallerde kabul edilmesi lehinde* deliller: Mancini kuramından çıkan kuramlar. §—55. c') *Bir dereceli atıf lehine* deliller: I. Feragat kuramı. 1. Von Bar §—56. 2. Westlake. §—57. 3. Lerebours—Pigeonnière §—58. II. Pratik ve hissi delil. §—59. Netice.

§ - 41—DOKTRİN: Mahkeme içtihatlarının çoğu ve son zamanlarda

[50] Rép. VIII. S. 158 § 111—113.

[51] Rép. X. S. 485 § 119.

[52] Savidis X. Le nouveau code civil héllénique. Athènes. 1940. Bu hususta ayrıca Dr. H. Belbez'in Yunan Devletler Hususî Hukukî adlı yazısına da bak.. S. B. O. Dergisi, C. 1. Sa. 3. S. 457 vd.

501

bazı kanunlar atfın kabulü lehinde olmalarına rağmen doktrinde çoğunluk atfın aleyhinde bir durum almıştır. Atfı kabule taraftar olanlar arasında da birçok görüş ayrılıkları vardır.

Doktrindeki durumun bu kadar karışık olmasının sebeplerini üç gurup etrafında toplıyabiliriz:

1—Atfın kabulü veya reddi hususunda kanunlarda açık hükümlerin bulunmaması.

2—Kanunlarda lehte veya aleyhte açık hükümler olsa bile gerek kanunların ve gerek mahkeme içtihatlarının atıfla ilgili meselelerde vardıkları sonuçların menfaatlar durumuna uygun olmaması.

3—Atfın kabulü veya reddinin hukukun, bilhassa DHH.nun nazari bazı esaslarını yakından ilgilendirmesi.

Atfın aleyhinde veya lehinde söylenen sözlerin—ki sayısız denecek kadar çok ve karışıktır—tetkikinde bu noktaların bilhassa gözönüne alınması faydalıdır.

Doktrinde atıf hakkında söylenen ve ileri sürülen fikirler ana hatlariyle a) atfın aleyhindeki deliller ve b) atfın lehindeki deliller olmak üzre iki gurup etrafında toplanabilir:

§-42 ATFIN ALEYHİNDE DELİLLER: 1. Atfın kabulü referans yapan devletlerin (lex fori'nin) hükümranlığile telif edilemez.

Atfın kabulü aleyhinde en kuvvetli ve en esaslı itiraz budur.

Her memleketin kanunlar ihtilâfı ile ilgili kaideleri millî bir nitelik taşır. Bir memleketin D.H.H. kaideleri D.H.H ile ilgili meselelerde bu devletin hükümranlık sınırlarını çizer. Bir devlet mahkemesi ancak kendi millî kanunlarını tatbik etmekle mükelleftir. Bir devletin kanunu bir mesele hakkında başka bir devletin kanununu tatbik ederse sadece kendi kanununun emirlerini yerine getirmiş olur. Halbuki yargıç referans yapılan devlet kanunlarının atıf yaptığı yer kanununu tatbik ederse kendi kanununun emirlerini yerine getirmemiş olacağı gibi aynı zamanda kendisine referans yapılan devletin iradesine tâbi olmuş, yani hükümran bir devlette başka bir devletin hükümranlığını gerçekleştiren bir hareket yapmış olur. [53].

§—43—2. Referans—atıf—referans—atıf... bir devri batıl fâsit daire (cercle vicieux—kısır döngü) meydana getirir ve yargıç bunlardan hangisini tatbik edeceğini kestiremez. Bu, bir raket oyununa benzetilebilir [54]. Bir

[53] Niboyet, § 214 ter. Rép. X. S: 426 no: 75. Belgesay 117. Bu görüş § 55 de incelenen feragat kuramıyla bertaraf edilmek istenmiştir.

[54] Benzetmeyi Buzzati yapmıştır. Ménard, S: 32 no:29'daki atıf. Buzzati Devletler Hukuku Enstitüsünün Kenbriç'deki toplantısında atıf meselesinin konuşulmasını teklif ve kabul ettiren ve Lainé ile beraber kuvvetle atfın kabulü aleyhinde bulunmuş olan bir hukukçudur. Lewald S: 584'e bak.

507

oyuncu raketile topu diğerine gönderince, bu beriki de yine aynı hareketi yapacak ve bu devam edip gidecektir. [55] [56].

§—44—3. Bir hadiseye yabancı bir kanunun tatbiki hukukan mecburi bir kaidenin sonucu olmalıdır. Bağlama kaidelerinin de mutlak bir hukuki niteliği vardır. Atıf kabul edilmekle bunun kabulünü hukukan mecbur kılan herhangi bir kaide olmaması dolayısıyle, dhh. nun bu ana kaidesi ihlâl edilmiş (veya bağlama kaidelerinin hukuka dayanmadığı görüşü kabul edilmiş) olur. Bu ise DHH.nu hukuk esasına değil, milletlerarası nezaket esasına dayandıran Holanda mektebine yaklaşmak demektir. Bu görüş ise DHH.nun hukuki niteliğini inkâr etmektedir [57].

Atfın kabulü aleyhinde bu üç esaslı delilden başka ikinci derecede bazı görüşler dahi ileri sürülmüştür.

§—45—4. İcabi ve selbi kanunlar ihtilâfı arasında yapılan mukayese dolayısiyle ileri sürülen tenkit: İcabi ihtilâfta yargıç kendi kanununu tatbik eder. Atıf meselesini meydana getiren selbî ihtilâfta da durum aynıdır. Bu sebeple meselâ (A) kanunu (B) kanununun tatbikini emrederse (A) yargıcı bu emri dinliyerek kendi kanununun emrini yerine getirmeli yani icabi ihtilâfta yaptığı işi aynı düşünce ile selbi ihtilâfta da yapmalı ve netice itibariyle atfı kabul etmemelidir. [58]

§—46—5. Atfı kabul etmek bir kararsızlık ve emniyetsizlik doğurur. Çünki atıf kabul edildiği takdirde herhangi bir ihtilâf hakkında tatbik edilecek hükümleri evvelden kestirmek mümkün olmıyacaktır. İlgililerin menfaatına uymaması ve hukukun gayesi olan emniyet kavramını adeta inkâr etmesi dolayısiyle atıf kabul edilmemelidir [59].

§ - 47 - 6. Atfı kabul etmek ilgililerin iradesiyle bağdaşmaz.

Bu, atfı kabul etmenin doğurduğu kararsızlık ve emniyetsizlik durumunun bir sonucudur. Atıf kabul edildiği zaman tatbik edilecek hükümler ilgili kimselerden birinin veya birkaçının menfaatına aykırı olabilir. Bunlar, sonucun böyle olacağını bilselerdi belki de onu önlemek için başka yollara baş vuracaklardı.

---

[55] Weiss bu görüşü tenkit etmiştir. Bu tenkit ve buna Lainé'nin verdiği cevap için bak: Foignet S: 240 no: 2.

[56] Raquette internationale görüşü için bak: Niboyet § 211, Belgesay S: 47, Rép. X. S: 425 no: 65 ve dev., Ler. — Pigeonnière 257.

[57] Şüphesiz bu itiraz mevzuatta atfın kabulü lehinde hiç bir hüküm mevcut olmadığı takdirde bahis mevzuu olabilir.

Bu mesele için bak: Niboyet § 212. Ménard S: 35, Ler.—Pigeonnière § 257 no: 2.

[58] Rép. S: 424 no: 59.

[59] Bak: Rép. S: 424 no: 60.

58

Bu durum iradenin muhtariyeti esası dolayısiyle bir yabancı kanunun muayyen bir hukuki münasebete tatbik edilmesi kabul edildiği zaman daha iyi görünür. Meselâ Türkiyede yapılan bir sözleşme hakkında taraflar İngiliz kanununun tatbik edileceğini kabul etmişlerse bu sözleşmeden doğacak ihtilâflara sadece İngiliz hukukunun maddi kaidelerimi kabul edilmeli, yoksa İngiliz mevzuatındaki bağlama kaideleri de gözönüne alınmalımıdır? İkinci halde yani atıf kabul edilince belki de tarafların hiç öngörmedikleri bir kanun ihtilâfa tatbik edilecek, bundan ise taraflar zarar görecektir.[60][61].

§—48 7. Atfı kabul etmek ilgili ferde kendi millî hukukunun tanımadığı bir hukuki rejimin tatbik edilmesi sonucunu meydana getirebilir. Öyleki ferdin kendi millî mevzuatının reddettiği veya öngörmediği bir hukuki durum atıf kabul edilmek suretiyle o kimse aleyhine kabul edilebilir. Meselâ Fransada oturan bir İngilize—atıf kabul edilince—israf veya akıl zayıflığından dolayı vasi (conseil judiciaire) tayin edilecektir. Halbuki İngilterede bu hal için vasi tayin edilemez. [62].

§—49—8. Atfın mevzuatta açıkça kabul edilmediği memleketlerde atfın aleyhtarı olanların ileri sürdükleri son delil mevzuatın bu hususta hiç bir açık ve kesin hükmü ihtiva etmemesidir. Gördük ki bazı devletler atıf hakkında hiçbir hüküm koymamışlar. bazıları ise sadece bazı muayyen meseleler hakkında atfın kabul edildiğini açıkça beyan etmişlerdir. Atıf hakkında hiç bir kanuni hüküm olmayan memleketlerde atıf aleyhindeki yazarlar bu şekli sebebe de dayanmakta; muayyen haller için atfın kabul edilmiş olduğu devletlerde ise istisnanın dar yorumlanması esasını ileri sürerek bu hükümlerin geniş bir şekilde yorumlanıp atfın d.h.h. nda genel bir kuram olarak kabul edilmesi görüşüne mani olmaya çalışmaktadırlar.

§—50—*Atfın lehinde söylenenler*, aleyhinde söylenenler gibi çok ve esas itibariyle onlardan daha karışıktır.

Bunları a) çok dereceli ve her hususta kabul olunan atıf için ileri sürülen deliller, b) yalnız şahsi haller için kabul olunan atıf lehinde ileri sürülen deliller ve c) bir dereceli atıf lehinde ileri sürülen deliller olmak üzere üç kısımda tetkik edeceğiz.

Yalnız şunu unutmamak lâzımdır ki bir dereceli atfı kabul edenlerle muayyen haller bilhassa şahsi haller için atfı kabul edenler çok dafa aynı kimselerdir.

[60] Rép.S:426—7,no:73—74.

[61] Bu itiraz kanaatımızca Türk hukuku için varid değildir. Çünkü bu bir yorum meselesidir: BK. 18.

[62] Rép. X. S: 429 no: 61—62. Bu mesele aynen bizde de bahis mevzuu edilmiştir. Bak: § 65.

309

a) *Çok dereceli ve mutlak atıf lehinde deliller:*

§—51—1. Gesamtverweisung kuramı: DHH. nu ilgilendiren bir mesele dolayısiyle yapılan bir referansta yine DHH. kaidelerini gözönüne almamız lâzımdır. Çünkü memleketin mevzuatı bölünmez bir bütündür [63]. Bu bütünü bir memleketin iç kaideleriyle DHH. kaideleri—bağlama kaideleri-meydana getirir [64]. Şu halde bir devletin hukuku başka bir devletin hukukuna bir referans yapmışsa bu referans o memleketin bölünmez bir bütün olan mevzuatına yapılmıştır. Bu mevzuatta bir atıf varsa yargıç bunu tatbik etmekle mükelleftir.

İhtilâfın milletlerarası bir mahiyet arzetmesi durumundan çıkartılan bu kurama [65] bazan klâsik doktrin de denir. Atfı kabul eden mahkemelerce verilen bu gibi kararların gerekçesini—çok defa—bu kuram teşkil eder.[66]

Bu kuramın tenkidi § 43 de tetkik ettiğimiz fâsit daire—devri batıl itirazına dayanır. Bir ve çok dereceli atıfta bu kuramın meydana getireceği durum hakikatan çok gariptir. [67]

§—52— Ünlü. İngiliz hukukçusu Dicey Gesamtverweisung kuramını ele almış ve bunu adeta bir elçabukluğu ile neticede atfı reddetmek için kendisine malzeme olarak kullanmıştır. Dicey'in bu kuramında Gesamtverweisung kuramının mutlaka atfın kabulü neticesini doğurmıyacağı hususu zımnen mevcut olduğu için bu görüşü Gesamtverweisung kuramının ikinci bir tenkidi sayabiliriz.

Dicey şu misal üzerine muhakeme yürütüyor:

İtalyada ikametgâhı olan bir İngiliz menkul bir tereke bırakıyor. İngiliz yargıcı bu mesele hakkında hangi kanunu tatbik edecektir? İngiliz DHH. na göre bu, müteveffanın son ikametgâhı kanunu yani İtalya kanunudur. İngiliz DHH. nun referansı İtalya kanununun bütününedir. Ve İtalya kanunu ise bu meselede milli kanuna atıf yapmaktadır. İtalyada imiş gibi hareket etmeğe mecbur olduğundan İngiliz mahkemesinin tek vazifesi İtalyan kanununun bu hükmünü açıklamaktır. İtalya hukuku Gesamtverweisung kuramını kabul etmezse İngiliz mahkemesi bu hükmü bir İtalyan yargıcı gibi yorumlamak zorrunda olduğundan atfı kabul edecek yani davaya İngiliz miras hukukunu tatbik edecektir.

Fakat İtalya DHH. bu kuramı kabul etmemişse netice yine aynı olacaktır.

[63] Bu esası bilhassa Westlake müdafaa etmiştir. Lewald S: 597.

[64] Arminjon, Rép. S: 420 no: 38.

[65] Rép. S: 420 no: 38.

[66] Lewald, S:593, Rép.X.420 No:38—40.

[67] Bak: Lewald.S: 594,596.

570

İngiliz yargıcı İtalyan yargıcı gibi dava hakkında hüküm vermeğe mecbur olduğundan ve İtalya DHH. da millî kanunun tatbik edilmesini emrettiğinden İngiliz yargıcı davaya millî kanununu yani İngiliz miras hukukunu tatbik edecektir. Bu düşünce mekanizmasiyle Dicey neticede atfı fiilen bertaraf etmektedir.

Lewald bu görüşü şu şekilde tenkit etmektedir. Dicey' in görüşüne göre bu meselede İngiliz yargıcı İngiliz miras hukukunu, İtalyan yargıcı İtalya miras hukukunu tatbik edecektir. Fakat aynı ikili atıf kuramından faydalanarak İngilterede İtlyan, İtalyada ise İngiliz kanununun tatbik edilmesi icap edeceği neticesine de varılabilir. O zaman İngiliz yargıcı meseleye İngiliz miras hukukunu tatbik etmek için üçlü atıf vs...hilesinemi müracaat edecektir?.[68]

§ — 53 — 2. Atfı kabul etmekle 1 —hukukun yeknasaklığı temin edilmiş ve 2 — verilen bir hükmün yabancı memleketlerde icrası kolaylaşmış olur. Bu ise, DHH. nun gayesidir.

Bu görüş haklı olarak bir çok tenkitlere uğramıştır. Bir defa atıf kabul edilmekle hukukun yeknesaklığı asla temin edilemez. (A) mahkemesi (B) nin atfını kabul ederek (A) nın hukukunu tatbik etmişse aynı mesele hakkında aynı düşüncelerle (B) mahkemesi de (A)nın referansına dayanarak (B) devletinin kanununu tatbik edecektir. Aynı mesele hakkında iki ayrı kanunun tatbik edilmesi imkânını veren bir hukuk müessesesi yani, atıf bilâkis hukukun yeknesaklığını bozmaktadır.

Atfın kabulü hükmün milletlerarası müessiriyetini temin eder, exequatur -tenfiz kararı almak imkânını bahşeder, görüşü de hatalıdır. Çünkü hükmün icra edileceği yer çok defa belli değildir. Bu belli olsa bile hükmün icra edileceği memleketin bağımsızlığı dolayısiyle bu görüşün oraca kabul edilmemek veya verilen hükmün amme intizamına aykırılık dolayısiyle tatbik edilmemek ihtimali vardır [69].

§ — 54 — b) Atıf yalnız şahsî haller için kabul edilmelidir: Bu görüşlerin esasını Mancini'nin ileri sürdüğü modern İtalyan kuramı teşkil eder.

Buna göre nüfus ve şahıs hukukun esasını teşkil eder. Kanunlar esas itibarile şahsidir. Yani kanun esas itibarile heryerde tebaayı takip eder. Tebaasının hal ve ehliyetle ilgili durumlarını tesbit etmekte millî kanununun hasri bir selâhiyeti vardır. Çünkü şahsi hallerle ilgili hükümler tebaayı koruyucu mahiyetteki hükümlerdir. Bu hükümlere göre yabancı memleketteki tebaa ya millî kanuna veya ikametgâh kanununa tabi tutulmuştur. Her iki halde de millî kanun tebaasını himaye etmektedir. Bu sebeple yargıç mutlaka bu hü-

[68] Dicey'in görüşü ve Lewald'ın tenkidi Lewald'dan alınmıştır. S:594—596.
[69] Niboyet § 213 Rép. X. 421 no:45—53.

511

kümlere uygun olarak meseleyi halletmekle yani millî kanunda başka bir hüküm yoksa millî kanunu tatbik etmekle, başka bir hüküm varsa o kanunu tatbik etmekle yani atfı kabul etmekle mükelleftir.

İtalyan mektebinin taraftarlarından Pasquale Fiore tarafından işlenen bu görüş bazı farklarla Fransada Weiss, de Vareilles – Sommières, İngilterede Bentwich ve Westlake, Almanyada ise Von Bar, Keidel ve bilhassa Frankenstein tarafından kabul edilmiş ve tekemmül ettirilmiştir [70].

§ — 55 — c) BİR DERECELİ ATIF LEHİNE DELİLLER: 1. Feragat kuramı (Théorie de désistement): Von Bar, Westlake ve Lerebours—Pigeonnière yeni bir esas arayarak atfı müdafaa etmişlerdir.

Von Bar' a göre bütün devletler müsavi ve biri diğerine riayet ve hürmetle mükelleftir. Bu sebeple bir devletin diğer bir devleti herhangi bir mesele dolayısiyle selâhiyetli kılması devletlerin müsaviliği esasına aykırıdır. Bu, üst mahkemenin kendisini selâhiyetsiz addeden alt mahkemeye dâvaya bakmasını emretmesi gibidir. Netice itibarile yabancı devletin hükümranlığına riayet ve hürmet kaygısı, tatbik edilmesi istenilmiyen bir kanunun yargıç tarafından tatbik edilmesine mani olmalıdır. Esasen hâkim burada tatbik edilecek bir kanun da bulamıyacaktır. Çünkü meselâ (A) devleti yabancı memlekette ikametgâhı olan vatandaşlarının mirasını ikametgâh kanununa tabi kılmakla böyle bir miras hakkında artık kendi kanununda hüküm olmadığını beyan etmiş olur. Tatbik edilecek bir millî kanun olmadığı için yargıç artık ikametgâh kanununu tatbik edecektir. Görülüyor ki mahkeme yabancı bir kanunlar ihtilâfı kaidesinin yaptığı atıf neticesi değil, heimatlosat halinde düşünülen varsayıma göre ikametgâh kanununu tatbik edecektir. Böylece ortada artık bir atıf değil, millî kanun kaidesine karşı bir istisna vardır [71].

Görülüyorki Von Bar hükümranlık bakımından reddettiği atfı başka bir yoldan giderek kabul etmekte ve bunu hükümranlıkla da telif etmektedir.

§ — 56 — Meşhur İngiliz hukukçusu Westlake de aşağı yukarı aynı görüşü kabul etmiştir. Fransada ikametgâhı bulunan bir İngilizin ehliyeti hakkında Fransız mahkemesi hangi kanunu tatbik edecektir? Meselâ Fransız kanunu İngiliz kanununa referans yapmıştır: İngiliz kanunu ise bu gibi İngilizler için ikametgâh kanununun tatbik edileceğine işaret etmekte yani İngiliz kanunu bu meselelerde İngiliz hukukunun ilgisizliğini bildirmektedir. Fransız mahkemesi Fransız kanununutatbik etmelidir. Çünkü İngiliz kanununu

[70] Arminjon S: 145—146. Lewald S: 606—614. Niboyet § 214.

Bu yazarlar arasında bilhassa Fiore ve Frankenstein'in görüşleri önemlidir. Fakat burada bunlara—kısaca bile olsa—temas etmeye imkân yoktur. Çünkü bu görüşler ayrı bir etüde konu teşkil edecek kadar çok karışıktır.

[71] Lewald. s.600

512

tatbik edemez. Hem hükümranlık, hem de İngiliz kanununun kendisini ilgisiz görmesi meselesi vardır. Bununla beraber yargıç mesele hakkında bir karar vermekle mükelleftir. İlk teşrii selâhiyet yanında bir de —bu olmadığı zaman gözönüne alınacak — ikinci derecede teşrii selâhiyet vardır. Birincisi millî kanuna, ikincisi ikametgâha dayanır. Uyrukluk olmadığı zaman ikametgâh — onun kadar kuvvetli olmamakla beraber yine bir bağdır. Fransız mahkemesi atıf dolayısile değil, bu bağ dolayısile meselede Fransız kanununu tatbik etmelidir. [72] [73]. Görülüyor ki netice itibariyle bir dereceli atıf başka bir yoldan gidilmek suretiyle fiilen kabul edilmektedir.

§ — 57 -- Lereboirs -- Pigeonnière de ilk iki hukukçu gibi atfı reddeder görünerek netice itibarile muayyen hususlarda yine bir dereceli atfı kabul etmektedir.

Bu hukukçuya göre Fransız kanunlar ihtilâfı kaideleri iki kısma ayrılır. Bir kısmı doğrudan doğruya hukukî mülâhazalarla, diğer kısmı ise siyasi mülâhazalarla konulmuştur. Hukuki mülâzalarla konulan hükümlerin gayesi milletlerarası münasebetlere ve ilgililerin hususi menfaatlarına en uygun bir durumu meydana getirmektir. Siyasi mülâhazalarla konulan kaideler ise devletin hükümranlığile ilgilidir. Siyasi mülâhazalara dayanan meselâ yabancı memleketlerde bulunan Fransızların hal ve ehliyetini Fransız hukukuna tabi tutan FrMK. 3 fı gibi hükümlere diğer devlet mahkemeleri de riayet etmelidir. Fransada meskeni bulunan yabancılar için de aynı esaslar caridir. Millî kanun siyasi maksatla bir hüküm koymuşsa Fransız yargıcı bunu gözönüne alacak ve hadiseye millî kanunu tatbik edecektir. Fakat millî kanun aksi bir görüşü kabul ederek ve milliyet bağına önem vermiyerek başka bir devlet kanununun tatbik edilmesi icap ettiğini beyan etmişse Fransız yargıcı bu gibi devletlerin tebaaları hakkında tıpkı heimatlos'larda olduğu gibi hiç bir hüküm yokmuş gibi hareket edecek ve millî kanunun atfını asla gözönüne almıyacaktır.

Şu halde tatbik edilecek kanun hangi kanundur? Fransız hukuku ihtilâf kaidelerinde yabancıların ehliyet ve hali hakkında iki türlü kaide vardır: Aslî kaide millî kanununun muayyen şartlar altında tatbik edilmesi hususunu gösterir. Fer'i kaide ise muayyen şartlar gerçekleşmediği takdirde ve millî kanununun tatbikine imkân olmadığı için tatbik edilir. Bu ise mutaden mesken ittihaz edilen yerin kanunu, yani Fransız kanunudur.

Böylece Fransız yargıcı yabancının ehliyet ve hali hakkında Fransız

[72] Lewald'dan anladığımız şekilde alınmıştır. S:601. Rép.X. S: 416 no:20—21'e ve no: 41—44'ede bak. Niboyet § 214.

[73] Bu düşünce mekanizmasile gerek von Bar ve gerek Weslake atıf aleyhinde olanların devri batıl—fasit daire ve hükümranlığa aykırılık görüşlerini bertaraf etmişlerdir.

kanununu tatbik ederken yabancı devletin değil kendi hukuk sisteminin isterlerini yerine getirmektedir. [74].

§ — 58 — 2. Bir dereceli atıf lehinde esaslı ve kuramsal olan bu görüşlerden başka daha çok pratik ve hissî olan iki görüş daha vardır.

1 — Lex fori'ye yapılan atfı kabul etmek yargıç için daha elverişlidir. Yabancı hukuku doğru tatbik edebilmek güçlüğü karşısında (meselâ yargıç yabancı kanunların inceliklerini ve bunların nasıl yorumlandıklarını çok defa bilemez) bir meseleye kendi hukukunu tatbik etmek yargıç için daha elverişli ve müsaittir [75].

2 — Lex fori'ye yapılan atfı kabul etmek millîyetçilik hissine de uygundur. Bir yabancı hukukun kendisine verdiği bir hediyeyi yargıç nasıl kabul etmiyecektir?[76].

II
TÜRK DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA ATIF

§ — 59. Türk yargıcının tetkik edeceği iki problem. § — 60. Problemi halle yarayan malzeme. §—61. A) *Kazai selâhiyet bakımından* atıf meselesinin konuluşu. § — 62. Devamı. § — 63. B) *Teşrii selâhiyet bakımından* atıf meselesinin konuluşu. I. Doğrudan doğruya Türk kanunlarının tatbik edilmesi gereken davalarda. § — 64. II. Şahsi hallerle ilgili ve Türk kazasına tabi davalarda. § — 65. Türk hukukunda durum.

§ — 59 — İçinde yabancı unsur bulunan bir hukukî ihtilâf veya husus Türk mahkemesine arzedildiği zaman Türk yargıcının yapacağı ilk iş bu meselenin Türk kazasına dahil olup olmadığını tetkik etmektir. Türk hukuk sistemi bu hususta Türk mahkemelerinin kaza hakkını kabul etmişse DHH. bakımından ortaya çıkacak ikinci problem bu ihtilâf veya hususa hangi hukuk sistemi hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği meselesi olacaktır.

Görülüyorki DHH. u ile ilgili her davada olduğu gibi Türk yargıcı önce 1 — kazaî selâhiyet meselesini halledecek ve sonra 2 — teşrii selâhiyet meselesini halletmeğe çalışacaktır.

§ —60 — Bu iki problem üzerine çalışırken Türk yargıcına lüzumlu malzemeyi verecek olan Türk hukuk sistemindeki kaide ve hükümlerdir.

Türk hukuk sistemindeki kaide ve hükümleri DHH. ile ilgili olarak ve MK. 1 'e göre 1 — anlaşma, 2.— kanun, 3 — örf— adet ve 4 — yargıcın koyacağı hukuk kaideleri olmak üzere dört kısma ayırabiliriz [77].

[74] Lewald, S: 602—604. Rép. X. 417 no: 22—29, bak. no: 41—44, Niboyet § 214. Ler. Pigeonnière § 260—261. Lewald ve Louis—Loucas bu görüşü tenkit ederler.

[75] Rép. X, S: 422 no: 56.

[76] Yukarda bahsettiğimiz (§ 24) Soulié meselesinde Denis'in raporundan Rép. X. S: 423 no: 55.

[77] M. R. Sevig'in görüşü için bak: Sevig. Sentez. S: 6 ve dev.

5/4

Anlaşmalar Türk hukuk sistemine göre BMM. nce bir kanunla kabul ve tasdik edilmiş özel bir kanun mahiyetindedirler. Bu sebeple Türk yargıcı H. U. s. M. K. 76 f'1 e göre bu mesele hakkında bir anlaşma olup olmadığını herşeyden önce tetkik edecektir [78].

Milletlerarası anlaşmalardan sonra Türk yargıcı Türk kanunlarına müracaat edecektir. Bunlar arasında DHH. ile ilgili olanlar 23 şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunu muvakkat, 1930 tarihli Nufus Kanunu, Medeni Kanun, Kara ve Deniz Ticaret Kanunu, H. Us. M. K. u vs. dir [79].

Türk kanunlarında, görülecek dava ile ilgili bir hüküm bulunmazsa yargıç örf ve adete müracaat edecekir. Fakat bu kavram çok geniş ve yaygın olup bunun tatbikatına mahkemelerde hemen hemen hiç raslanmaz.

Bu suretle kanunda açık hüküm bulunmıyan hâllerde yargıç doğrudan doğruya yasacı gibi hareket edecek ve dava hakkında ona göre hüküm verecek ve herhagi bir hukuk kaidesine dayanarak hüküm verirken mahkeme içtihatlariyle ilmî içtihatlardan faydalanacaktır.

Açılan bir davada atıf meselesi—kazai ve teşrii selâhiyet bakımından-yabancı bir hukuk sistemine referans yapıldığı vakit bahse mevzu olabileceğinden meseleyi önce kazai selâhiyet ve sonra da teşrii salâhiyet bakımından tetkik edelim [80].

§ — 61 — Türk yargıcı içinde yabancı unsur bulunan bir ihtilâf veya husus hakkında Türk mahkemelerinin bu kaza hakkına sahip olup olmadıklarını tetkik edebilmek için milletlerarası anlaşmalarda ayrı bir hüküm olmadığı takdirde—1330 tarihli kanunu muvakkata bakacaktır.

Kanunu muvakkatın 4 ncü maddesinde yazılı hükümleri esas itibariyle iki kısma ayırabiliriz:

I— Türk mahkemelerinin bakamıyacağı hususlar: Aile hukukuna (Evlenmenin akdi ve feshi, boşanma, babalık, neseb ve evlât edinme vs. gibi hususlar), ehliyete (rüşt, mezuniyet, hacir, vesayet vs. gibi hususlar) ve menkul tereke ve vasiyete ait davalarda esas itibariyle Türk mahkemelerinin kaza hakkı yoktur. [81]

[78] Meselâ Lozanda 24 Temmuz 1924'de imzalanan "İkametgâh ve salâhiyeti adliye hakkında Mukavelename„ bilhassa önemlidir. Fakat bu anlaşma, müddeti sona erdiği için, yürürlükten kalkmıştır. Diger anlaşmalar için Belgesay S:24 ve devamına bak. DHH.n dakianlaşmalar hakkında bak. Sevig, Sentez, S: 8.

[79] Bak. Sevig, Sentez S:17 ve dev.

[80] Bu tetkikte milletlerarası anlaşma hükümlerine ayrıca temas edilmiyecektir.

[81] Maddede hukuk bakımından önemli iki problem vardır: 1—İkinci cümlede sayılan hususlar tahdidimi, yoksa beyani—tadai mahiyettemidir? 2—Gayrimüslimtebaai Osmaniye tabirinin bugün hukuki bir kıymeti kalmışmıdır?

5/5

II—Türk mahkemelerinin bakabileceği hususlar:

A—Bütün hukuk, ticaret ve ceza davaları. Hukuk davaları tabiri içine, menkul davaları girdiği halde ikinci cümlede yazılı olan statü personel ihtilâfları girmez.

Bu gibi davalar«. tebaâyı Osmaniye alâkadar olmasa dahi mahâkimi Devleti Alîyede kavanin ve nizamat ve usulü Osmaniyeye tevfikan rüyet olunur». M: 1 cümle 1 [82]:

B— Türk mahkemelerinin bakamıyacağı hususlardan (yukarda I'e bak) olduğu halde:

1—Tarafların aralarında anlaşarak müracaat etmeleri,

2—İhtilâfta Türk vatandaşının ilgili olması,

3—Davanın Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir dâvaya müteferri olması,

4—Davanın Türk âmme intizamı ile ilgili olması (muvakkat K. m. 2) hallerinde muvakkat kanun Türk mahkemelerine kaza hakkını tanımış ve kabul etmiştir. [83]

§—62—Türk mahkemelerine kaza hakkı tanınmamış bir mesele dolayısiyle açılan davayı esas itibariyle Türk yargıcı reddedecektir.

Bununla beraber ortada halledilmesi gereken bir problem vardır: Türk hukukunun kendi mahkemelerine kaza hakkını tanımamış olduğu hallerde Türk hukuk sistemi diğer hukuk sistemlerine *umumi bir şekilde referans yapmış* sayılabilir mi? Başka bir deyimle DHH. u kaidelerine göre o mesele hakkında salâhiyetli sayılabilecek başka bir hukuk sistemi lex fori'ye atıf yaptığı takdirde [84] Türk mahkemeleri bunu gözönüne alacaklarmıdır?

Tetkik ettiğimiz eserlerde rastlamadığımız bu probleme kati olarak

Birinci suale verilecek cevap ikinci cümledeki hususların tadadi mahiyette olduğu merkezindedir. Salem de aynı kanaattedir. Rép. VII. S: 243 no: 84.

İkinci meseleye verilecek cevap ise menfidir. Çünkü Türkiye Cumhuriyetinde İslâm hukuku esasına dayanan hukuk kaldırılmış lâiklik esası kabul edilmiştir. Bu sebeple gayrimüslim tebaa tabirinin bugün hiç bir kıymeti kalmamıştır. Salem Rép. VII. S: 244 no: 86'a da bak.

[82] M. R. Sevig'e göre bu cümle Türk usul hukuku kaidelerine yapılmış bir nevi referanstır. Eger Türk usul hukuku kaideleri meselâ bir hukuk davası hakkında Türk mahkemelerine salâhiyet tanımamışsa Türk mahkemesi Muvakkat Kanunun bu maddesine dayanarak davaya bakamıyacaktır. Sentez, S:54 ve dev.

[83] Bak. Sevig, S: 35.

[84] İki ve çok dereceli atıf burada fiilen bahis mevzuu olamaz. Bak. § 13.

S/6

müsbet veya menfi bir cevap vermek hemen hemen mümkün değildir. Mahkeme içtihatlarının bu meseleye temas edip etmediğini de bilemiyoruz. Bununla beraber kanaatımızca probleme şöyle bir cevap tarzı düşünmek mümkündür:

Türk mahkemelerine kaza hakkı tanınmamış olan şahsi hallerle ilgili hususlarda Türk usul hukukunda salâhiyetli bir mahkeme yeri gösterilmişse Türk mahkemesi o yer hukukunun lex fori'ye yaptığı atfı kabul edip edemiyeceğine —ilgili tarafın talep ve isbatı şartiyle: H. Us. M. K. 76— bir karar verebilecek durumdadır. Türk kanunlarına göre nazari olarak tesbit edilen memleketin kanunlarında atıf varsa bu takdirde Türk yargıcı atfın kabul edilip edilmiyeceği meselesini tetkik edebilir. Aksi halde herşeyden evvel salâhiyetli diğer hukuk sistemini tesbit etmek icap ettiğinden ve kanunda da bu husus için hiç bir hüküm mevcut olmadığından mahkeme atıf bahis mevzuu olup olmadığını tetkik etmek imkânından mahrum olacak [85] ve atıf meselesi böylece bertaraf edilmiş olacaktır.

§—63—Türk mahkemesinde açılan bir davada Türk kaza hakkının mevcut oludğu tesbit edildikten sonra mahkeme bir iç hukuk meselesi olan vazife ve salâhiyet meselelerini de tetkik edecek ve bu usul meselelerini hallettikten sonra asıl davaya başlıyacaktır. Burada DHH. bakımından halledilmesi gereken mesele teşrii salâhiyet meselesi yani davanın esasına tatbik edilecek kanunu bulmak meselesidir.

I—Türk mahkemelerinde görülecek ve içinde yabancı unsur bulunan hukuk, ticaret ve ceza davalarına esas itibariyle doğrudan doğruya Türk kanunu tatbik edilir (Muv. Kanun m: 4 Cümle 1'den).

Bununla beraber Türk kanunlarında bu hallerde dahi yabancı kanunların tatbik edileceğine dair bazı hükümler yani referanslar bulunabilir. Meselâ ticari senetlerle ilgili hususlar için Ticaret Kanunu m: 601 Fı, 602,603,636'a bak.

Doğrudan doğruya Türk kanunlarının tatbik edilmesi gereken davalarda atıf meselesi ancak bu son halde bahis mevzuu olabilir. Türk kanununun referans yaptığı devletin kanunu gerek lex fori'ye gerek başka bir devlet kanununa atıf yaptığı takdirde Türk mahkemesi hangi kanunu—H. Us. M. K. 76'a göre ispat edilmek şartile—tatbik edecektir?

Mesele çek ve poliçelerle ilgili hususlarda taahhüt altına girme ehliyeti bakımından Ticaret Kanununca doğrudan doğruya halledilmiştir. «Bir şahsın poliçe ile taahhüt altına girmesi için haiz olması lâzım gelen ehliyeti tâb olduğu devletin kanunu ile tayin olunur» (referans).

[85] Bununla beraber MK.1'deki salâhiyete dayanarak o mesele ile ilgili hususta hangi devlet mahkemesinin salâhiyetli olması icabettiği tesbit edilebildiği takdirde mahkeme atıf meselesini tetkik edebilir.

«Tâbi olduğu devlet kanunu bu bapta diğer bir devlet kanununun salâhiyettar olduğunu mutazammın ise (atıf) *ancak* o kanun tatbik edilir».

Maddedeki «ancak» tabiri ile iki mesele birden halledilmiştir. 1— Atıf lex fori'ye ise ancak lex fori tatbik edilebilir. 2 — Atıf başka bir devlet kanununa ise ancak o devlet kanunu tatbik edilebilir. Yani bu halde atıf ancak iki dereceli olabilir.

Fakat diğer referanslar için (Meselâ T. K. 602,60) atıf meselesini kanun halletmemiştir. Bu gibi hallerde Türk yargıcı ne yapacaktır?

§—64—Şahsi haller ile ilgili olupta Türk kazasına tâbi olan (§ 63) davalarda yargıç" intizamı ammei devlete mugayir olmamak şartile alâkadaranın hükûmeti metbuaları kavanine ve ihtilâfı kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfikan» hükmedecektir.

Bu hükümden anlaşıldığına göre bu gibi meselelerde Türk kanunu değil *millî kanun* tatbik edilecek, eğer millî kanununun tatbikinde kanunlar ihtilâfı meseleleri ortaya çıkarsa bunlar DHH. u kaidelerine göre halledilecektir.

Muvakkat kanununun 4 ncü maddesinin bu son hükmünü iki bakımdean incelemek gerektir:

1—Taraflar aynı tabiiyette iseler veya davada sadece bir yabancı şahıs bahis mevzuu ise Türk kanununun kendisine referans yaptığı millî kanunda atıf ya vardır veya yoktur. Atıf yoksa buna istinat eden taraf sadece H. Us. M. K. 76'a göre yabancı kanunun hükmünü isbat edecektir. Fakat varsa Türk yargıcı bunu kabul edecekmidir ve bu hususta bir karar verirken atfın lex fori'ye veya başka bir devlet kanununa yapılmış olmasını göz önüne alacakmıdır?

2—Taraflar ayrı tabiiyette iseler mesele DHH. u bakımından daha çok karışık bir hal alır:

a)Bir defa lex fori yargıcı yani burada Türk yargıcı önce bu dava hakkında hangi tarafın millî kanununu tatbik edeceğine karar verecektir.

Yargıç bu kararında MK. 1'deki sıraya göre hareket edecek ve Türkiyede hâkim olan DHH. u esaslarından ve mahkeme içtihatlarından faydalanacaktır. (MK. 1 sf).

b)Yargıç davaya hangi millî kanunun tatbik edileceğine dair bir karar verdikten sonra ilgili kimse bu kanunun hükmünü ispat edecektir.H. Us. M. K. 76.

c)Tatbik edilmesine karar verilerek ispat edilen hükümde bir atıf varsa mahkeme bunu kabul edecekmidir?

518

§—65 – Şimdiye kadar yaptığımız incelemeler bize gösteriyor ki Türk hukukunda atıf meselesinin bahis mevzuu olabileceği bir çok haller vardır. Fakat buna rağmen Türk kanunlarında, TK. 601 müstesna, atfın kabul edileceği veya reddedileceği hakkında açık bir hüküm yoktur.

Bu durum karşısında Türk hukukunun atıf hakkında ne türlü bir istikamete doğru temayül ettiğini tesbit etmek güçtür.

Mahkemelerimiz için TK. 601'i geniş bir şekilde yorumlayarak =Alman mahkemelerinin yaptıkları gibi—atfı mutlak surette kabul etmek mümkündür. Bununla beraber aynı maddeye dayanarak atfı yalnız TK. 601'de öngörülen hal için kabul edilebileceği de sürülebilir.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi 29 –12—1944 tarihinde ittifakla verdiği bir kararda[86] akli malûliyet dolayisiyle bir İngilize vasi tayin edilip edilemiyeceğini tesbit ederken İngiliz mevzuuatına göre ikametgâh kanununun tatbiki lâzım geleceği yolundaki bir iddianın tahkik edilmemesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Bu karardan anlaşılacağı veçhile Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi İngiliz kanununun yaptığı atfın kabul edilmesi lehinde görünmektedir. Bununla beraber bu karar Türk hukuku için atıf meselesinin kati olarak haledilmiş olduğu yolunda bir iddiaya mesnet teşkil edemez. Kaldı ki davada adı geçen İngilize ait ikametgâhın Türkiyede olup olmadığı hususu da belli değildir. Yani Yargıtay İkinci hukuk Dairesinin iki dereceli atıf hakkında ne düşündüğü bu karardan anlaşılamamaktadır.

Bununla beraber DHH.u ile uğraşan Türk yazarlarının çoğu bir dereceli atfın kabulü lehinde görünmektedirler.

Belgesay (s: 47) ve Nusret Metya (Salem, Rép. VII, S: 262 no: 20) bir dereceli atfın lehindedir. S. N. İleri bu husustaki görüşünü bildirmemekte (S: 219—230) M. R. Sevig'in ise—atıf aleyhinde kuilandığı dilden (S: 304)= atfı reddettiği anlaşılmaktadır.

[86] Neşredilmiştir:

519

AVUKATLIK MESLEĞİNE GİRMEDE ARANILAN ŞARTLAR

Aziz KORUKLU

İçtihatlar ve düşünceler

Bu konu üzerindeki yazımızın bir bölümü Adalet dergisinin bundan önce (8) sayılı nüshasında:

Avukatlıkta aranılan şartlar, geçici ve ayrık hükümlerle verilen haklar,

Avukatlık imtihanı,

Avukatlıkla birleşmiyen işler ve bunun ayrıkları,

Avukatlığa engel olan haller,

Şeref ve haysiyeti ihlâl eden suçlar,

Avukatlık yapamıyacak durumda olan hükümlüler için bir yol.

Bentleri altında sıralanarak aranılan şartlarla ilgili olan hususlar belirtilmiştir. Bu kerre de aynı konunun diğer bir bölümünü de;

VII. Yargıçlık ve memuriyetten tasfiyeye tabi tutulanların eski ve yeni hükümler karşısında durumları,

VIII. 150 lik listeye dahli olanlarla mahsus heyet kararlarile Devlet hizmet ve müesseslerinde kullanılmıyanların durumları,

Bentleri altında olmak üzere burada belirtmeğe çalışacağız.

VII

Yargıçlık ve memuriyetten tasfiyeye tabi tutulanların eski ve yeni hükümler karşısında durumları.

Cezaî veya inzibatî bir karar neticesinde meslekî bir suçtan dolayı yargıç veya memur yahut avukat olmak vasfını kaybedenlerin avukatlıktan memnu oldukları avukatlık kanununun ikinci maddesinin B.fikrasında yazılı olduğunu yukarda belirtmiştik. Bu hüküm karşısında tasfiyeye tabi tutulmuş veya haklarında benzeri diğer işlemler uygulanmış olanların durumları ne merkezdedir. Konumuzu ilgilendirdiği için bunları da saymak ve durumlarını gözden geçirmek gerektir.

1 — Memurin kanununun geçici birinci maddesi gereğince sicilleri itibarile kendilerinden istifade edilmemiş aciz ve kabiliyetsizlikleri tahakkuk etmiş olupta emekliye çıkarılanlar;

2 — 2556 sayılı yargıçlar kanununun geçici birinci ve 3885 sayılı kanunun geçici üçüncü maeddelerinin A. bendlerine göre gene sicilleri itibarile görevlerinde bırakılmaları caiz görülmiyerek hizmetlerine son verilip haklarınca 1683 sayılı kanunun 13üncü maddesi hükümleri uygulananlarla aynı maddelerin B bendlerine göre ehliyetsizlikleri hasebile kendilerinden istifade edilemiyerek görevlerinden affedilenler;

3 — 2556 sayılı yargıçlar kanununun 45 inci maddesi uyarınca her derecede iki ve her sınıfta üç defa terfia lâyık görülmiyerek hizmetten affedilenler ki:

Bunlar aşağı yukarı tasfiyeye tabi tutulmuş denebilir.Bu gibiler haklarında uygulanan işlemler ne cezaî ve nede inzibatî bir karar neticesi olarak meslekî bir suçtan dolayı yapılmış değildir. Sırf mesleğin selâmeti namına alınmış bir tedbir olduğu için bunlara sözü geçen B.fıkrası hükmünce yargıç, memur veya avukat olmak vasfını kaybetmiş nazarile bakılamıyacağı şüphesizdir. Gerçekten 3499 sayılı avukatlık kanunundan önce 460 sayılı avukatlık kanunile ek ve değişiklerinin hükümleri yürürlükte bulunduğu sıralarda gerek memurin ve gerek yargıçlar kanununun geçici maddeleri uyarınca görevlerinden çıkarılanların durumları zaman zaman tartışmaları gerektirmiş ve bu husus üzerinde bazı kararlar ve yorumlar da çıkmıştır. Bunlar hep eski 460 sayılı kanun hükümlerine dayandığı için ilk önce bu kanundaki avukatlık şartlarının belirtilmesi gerekmektedir.

460 sayılı kanunun ikinci maddesinde avukat olabilmek için:

1 — Türkiyeli olmak;

2 — Cinayet veya muhilli namus ve hayasiyet bir cünha ile mahkûm veya sui şöhretle maruf ve müştehir olmamış bulunmak;

3 — Türkiye Darilfünun hukuk medresesinden mezun olmak ve yahut ecnebi bir hukuk medresesinden mezuniyet rüusunu haiz olupta hukuk medresesi programlarına nazaran noksan kalan derslerden bil'imtihan ehliyetini müsbit tastiknameyi hamil bulunmak;

4 — İflâs etmişse iadei itibar etmiş olmak,

5 — Evvelce memuriyetten azledilmiş ise cevazı istihdam kararı almış bulunmak;

6 — Mülâzemet müddetini ikmal etmiş olmak;

Diye yazılıdır. Kanunun diğer maddelerile ek ve değişiklerinde avukat olmak için başka maddî sebeplere dayanılarak verilmiş haklar da vardır. Fakat buradaki inceleme o bölümü ilgilendirmediği ve sırf manevi nitelik üzerinde bulunduğu için burada ondan bahse yer yoktur.

460 sayılı kanun zamanında ilk önce memurin kanununun geçici maddesine göre emekliye çıkarılmak suretile tasfiyeye tabi tutulanlara, tasfiye sebepleri ister siciline isterse aciz ve kabiliyetsizliğine dayansın kanunun aradığı diğer nitelik ve şartları haiz oldukları taktirde tasfiyeleri avukatlığa engel görülmiyerek avukatlık yapmalarına müsaade edilmiş ve kendilerine ruhsatname verilerek uzun süre mesleklerinde devam edegelmişlerdir Bir taraftan bu gibiler hakkındaki işlemler böylece uygulanmakta iken diğer taraftan önce muhtelif sebeplerden dolayı Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamalarına mahsus heyetlerce karar verilmiş olanların avukatlık yapıp yapamıyacakları bir konu teşkil etmiştir.

Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamağı kapsayan kararların kötü şöhrete dayandığı ve bunun 460 sayılı avukatlık kanununun ikinci maddesinde yazılı manevi şartlar arasında incelemeğe değer olup olmadığı hususu düşünmeğe lâyık görüldüğü cihetle baroların Devlet müesseselerinden olup olmadığının ve sözü geçen kararların mahsus bir meslek olan avukatlık veya dâva vekâletine engel teşkil edip etmiyeceğinin tayini hakkında Danıştay tanzimat dairesince yapılan incelemede, avukatlık serbest bir meslek olduğu gibi disiplin meclislerinin baroda kayıtlı avukatlar tarafından teşkil edildiğine göre gerek avukatların gerek baronun Devlet hizmet ve müesseselerinden sayılmaması gerekmekte olup mahsus heyet kararile tasfiye edilen kişilerin baroya kaydolunarak avukatlık edip edemiyeceği cihetinin mevzuata göre halli muhtaç meselelerden ve istişarî rey ve kararlarla takdir ve tesbiti imkân içinde olmıyan hususlardan bulunduğna ve Danıştay genel heyetince yapılan incelemelerde de; serbest meslek erbabından teşekkül etmiş olmak itibarile gerçi barolar resmî müesseseler sayılamazlarsa da Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamalarına mahsus heyetlerce karar verilenlerin (eski) avukatlık kanununun ikinci maddesinde yazılı şartların açıklığına karşı barolara kabulleri kabil görülmemekte olduğuna karar verilmiştir. Bu suretle verilen kararlar, Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamanın salt

522

olarak manevi şartlar arasında incelemeğe değer olup olmadığı yolunda hasıl olan tereddüdü teyit etmekle beraber bu kabil başvurmaları çözmek için işe kesin bir cereysn vermemiştir. Bu bakımdan bunlar hemen avukatlık kanununun ikinci maddesinde yazılı "sui şöhretle maruf ve müştehir olmamış bulunmak" vasfını kaybetmişler midir? Yoksa her birinin hükümlülüğüne esas olan eylemin kötü şöhretle maruf ve müştehir olmak derecesinde bir eylem olup olmadığının incelenmesi suretile haklarında işlem yapılması mı gerekecekti? İşte bu noktalar üzerinde tereddüt edilmiş ve 931 yılında işin yorumlanarak belirtilmesine ihtiyaç hasıl olmuştur.

Bunun üzerine millî mücadeleye iştirâk etmiyen memurlar hakkındaki 854 sayılı kanunun birinci maddesile 460 sayılı avukatlık kanununun ikinci maddesinin yorumlanmasına yer olmadığı yolunda 16/3/931 gün ve 621 sayılı bir karar çıkmıştır. Bu karara göre:

1—Avukatlık ve dava vekilliği mesleğinin;

a—Yargıçlar kanununun (eski) yedinci maddesine göre avkatlık mesleğine intisap edenlerin bu meslekte bilfiil geçirdikleri sürenin yarısının yargıçlık sınıfındaki bizmetlerine eklenmesi,

b— Aynı kanunun 14 üncü maddesinde 20 yıl fiilî olarak avukatlık edenlerin en yüksek yargıçlık sınıfı olan yargıtay üyeliğine seçilebilmesi,

c— Türk ceza kanununun müteaddit maddelerinde avukat ve davavekilleri hakkında meslekî harekâtlarına taallûk eden şiddetli cezaî müeyyedelerin konulması,

d — Avukatlık mesleğinin adalet tevziine memur mahkemeler ve yargıçlar huzurunda cereyan etmesi,

Bakımından âdi surette teşebbüsle serbest olarak yapılan sair mesleklerle mükayese edilmiyeceği tabiî görülmüştür.

2— Avukatlık yapabilmek için her halde bir baroya kayıtlı olmak ödevliliğinin kanunda belirtilmesine ve barolardaki disiplin kurullarının avukatlar arasından seçimle teşekkül etmesine ve bu kurulların ebedi olarak avukatlık mesleğinin icrasından meni kapsayan kayıt silmesine kadar muhtelif cezalar tertibine yetkili olmasına ve disiplin kurulları kararlarının hususî bir yargılama usulü ile mahkemelerde karşı koyulmakla incelenmesine göre de baroların resmî müesseselerden sayılması gerekli bulunmuştur.

3 — Mahsus heyetlerce haklarında Devlet hizmet ve müessese-

523

lerinde istihdam edilmemeleri kararının avukatlık kanununun ikinci maddesindeki «sui şöhretle maruf olmamak» niteliğini kaybedip etmiyeceği keyfiyetine gelince:

Yukarda belirtilen hükümlere göre tam serbest bir meslek telâkki edilmemek lâzımgelen avukatlık da yine bahsedilen ikinci maddenin 5 inci fıkrasında «Evvelce memuriyetinden azledilmişse cevazı istihdam kararı almış bulunmak» kaydı mevcut olduğuna göre avukatlık kanunu şartları arasında Devlet memuriyetinde kullanılabilmek kabiliyeti olması gerektiği pek açık olarak gösterilmiş olması bakımından da cevazı istihdam kararı almak imkânı münselip olan bir kimsenin kanundaki bu şartı haiz olmaması itibarile avukatlığa kabul edilemiyeceği ve avukatlık etmekte iken mahsus hey'etlerce haklarında bu kabil karar çıkmış olanların da bu niteliği izaa etmeleri itibarile avukatlıkta devamlarına imkân olmıyacağı kanunun açık hükümleri iktizasından bulunmuştur.

4— Baro teşekkül etmiyen yerlerdeki dava vekillerinde de aynı sebepler ve düşünceler cari olduğundan avukatlar hakkındaki hükmün bunlara da uygulanması zarurî görülmüştür.

Şu itibarla gerek sui şöhretle maruf ve müştehir bulunan ve gerek haklarında caizülistihdam şartlarına müessir olan mahsus hey'et kararları verilmiş olanların avukatlığa kabul edilmiyecekleri gibi avukat olanların da barolardan kayıtlarının silinmesi gerekeceği tabiî bulunmakla tereddüdü gerektiren ve yorumlamağa ihtiyaç gösteren bir keyfiyet bulunmadığı Kamutayın 35 inci oturumunun birinci celsesinde takarrür etmiştir.

İşte bu yorum kararına dayanılarak mahsus heyetçe Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamalarına karar verilipte vekâlte icra etmekte olanların mesleklerinde devamlarına kanunî yol kalmamış olduğundan baro teşekkül eden yerlerde baroda kayıtlı bulunan ve baro olmıyan mahallerde vekâlet icra eden bu kabil kişilerin ruhsatnamelerinin istirdadı ve baro levhalarından kayıtlarının silinmesi ve vekâlet icra edemiyeceklerinin kendilerine ve mahkemelere tebliği bir genelge ile C. Savcılıklarına bildirilmiştir. (Genelgenin günü 28/3/931 sayısı: 3466)

Bu suretle Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamalarına karar verilenler avukatlık yapmaktan men edilmişken memurin kanununun geçici maddesine göre tasfiyeye tâbi tutulupta meslekleri nde devam edegeldikleri yukarda belirtilen kimselerin avukatlık yapıp yapamıyacakları da ayrıca bir konu teşkil etmiştir. Ve bu

524

cümleden olarak mahkeme üyeliğinden açıkta kalıp tasfiyeye tâbi tutulan bir kişi Nüvap mektebinden mezun ve yargıçlık sınıfında uzun süre hizmeti geçmiş olduğundan bahsile avukatlık ruhsatnamesi verilmesini istemiş ve tasfiyesi kaldırılmadıkça dileğinin terviç edilemiyeceği tebliğ edilmiştir. İlgilinin Danıştayda açtığı dava sonucunda tasfiyesine sebep ittihaz edilen sui şöhretinin rüşvetten sanıklı olması keyfiyeti olup bunun 1324 yılında ilân edilen umumî af kanunu ile bahis mevzuu olamıyacağından bu hal yerinde bir sebep teşkil edemiyeceği gibi ihmal ve terahiden hüküm geymesinin ve tasfiye suretile memuriyetten çıkarılmasının da sui şöhretini celp ettiremiyeceği beyanile kendisinin avukatlık etmesine engel bir durum olmadığından hakkındaki işlemin islâhına karar verilmiştir.

Büyük Millet Meclisinin 466 sayılı yorum kararında aciz ve kabiliyetsizliklerinden dolayı tasfiyeye tabi tutulan memurların ücretli işlerde kullanılmaları caiz olduğu belirtilmişse de yukarda bahsedilen 621 sayılı kararda da avukatlığın tam serbest bir meslek sayılmamak gerektiği ve avukatlığın nitelik ve şartları arasında Devlet memuriyetinde kullanılabilmek kabiliyeti olması gerekip istihdamı caiz kararı almak kabiliyeti münselip olanların bu şartı haiz olmamaları sebebile avukatlığa kabul edilemiyecekleri ve avukatlık edenlerin de bu vasfı izaa etmişlerse avukatlıkta devamlarında imkân olamıyacağı belirtilmiş olduğundan Adalet Bakanlığınca Danıştay kararı veçhile ilgiliye avukatlık ruhsatnamesi verilmemiş ve bu husus bir yorumla çözülmesi istenilmiştir. Bunun üzerine Büyük Millet Meclisi Adalet komisyonunda yapılan görüşme sonucunda Adalet Bakanlığının yukarda yazılı düşüncelerinde bahsedildiği üzere Büyük Millet Meclisince kabul edilen 16/Mart/931 gün ve 621 sayılı kararda avukatlık mesleğinin tam ve serbet bir meslek sayılamıyacağı ve bu meslekte bulunanların avukatlık kanunu ile yargıçlar kanunu ve Türk ceza kanununun bazı hükümlerine göre vaziyetleri tesbit ve tayin edilmiş olup sözü geçen kararda memur olabilmek niteliğini haiz olmıyanların ve bu nitelikleri bir suretle izaa etmiş olanların avukatlık edemiyecekleri gibi sui şöhretle maruf ve müştehir olmamak hakkındaki avukatlık kanununun ikinci maddesindeki kayıt rüşvet almak sebebile sui şöhreti anlaşılan bir kişinin umumî bir af kanunu ile bu halin bahis mevzuu edilemiyeceği hakkındaki Danıştay davalar dairesince verilen kararda gösterilen sebebin umumî af kanununun, kanunî takibi ve giyilen hükmün infazını ve hukukî neticeler itibarile giyilen hükmün fer'î tesirlerini maddeten bertaraf edebilirse de sui şöhret diye o kişi hakkında mevcut olabilecek ve sırf manevi mahiyette olan sui şöhret telâkkisinin münse-

525

lip olmasını gerektiremiyeceğinden filhal her ne suretle olursa olsun memur olmak nitelik ve şartlarını kaybetmiş olmanın yukarda bahsi geçen 621 sayılı karara ve onun atıf yaptığı kanunlar hükmüne göre caiz olamıyacağından ilgiliye avukatlık ruhsatnamesi verilemiyeceği hakkındaki düşünce varit ve keyfiyet sözü geçen kararla esasen halledilmiş olmasına binaen bu yolda başkaca ve yorumlama suretinde karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ve Adalet komisyonunun bu kararı Kamutayca kabul edilerek şu suretle tasfiyeye tâbi tutulanlara avukatlık ruhsatnamesi verilemiyeceği hakkında 12/6/933 gün ve 776 sayılı bir karar çıkmıştır.

İşte bu karar gereğince memuriyetlerinden tasfiyeye tâbi tutulupda icrayı vekâlet etmekte bulunan avukat ve dava vekillerinin vekâletlerine mesağ kalmamış olduğundan bunların da Devlet hizmetinde kullanılmamalarına karar verilenlerde olduğu gibi baro olan yerlerde baroda kayıtlı bulunan ve baro olmıyan yerlerde icrayı vekâlet edenlerin ruhsatnamelerinin istirdadile baro levhasından kayıtlarının silinmesi ve vekâlet icra edemiyeceklerinin kendilerine ve mahkemelerle barolara teoliği bir genelge ile C. Savcılıklarına bildirilmiştir. (Genelge günü 8/8/933 sayısı 22)

Şu suretle ruhsatnameleri geri alınıp menedilmiş bulunan bu gibi tasfiyeliler az bir süre meslekleri den uzaklaştırılmışlar ise de sonradan çıkan 20/6/934 gün ve 2516 sayılı kanunun geçici maddesi gereğince Büyük Millet Meclisinin 12/6/933 gün ve 776 sayılı kararından önce kendilerine avukatlık veya dava vekilliği ruhsatnamesi verilmiş olanların avukatlık veya dava vekilliği yapabilecekleri onaylanmış ve ancak bu gibilerden memuriyet görevini kötüye kullanmaktan hapse hüküm giyenler veya irtikâp ve irtişa sebebi veya avukatlık kanununun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı sebeplerden birisi ile tasfiye edilmiş olanların bu hükümden faydalanamıyacakları belirtilmiştir. Bu kanun üzerine o zaman bu gibilerin durumları birer birer incelenmiş ve faydalananların tekrar avukatlık yapmalarına müsaade edilerek ruhsatnameleri geri verilmiştir.

Aynı kanunun ikinci maddesinde yargıçlar kanunu gereğince yargıçlıktan çıkarılmış olanların avukatlık yapamıyacakları hakkında ayrıca bir hüküm konulduğuna ve yukarda yazılı 2516 sayılı kanunun geçici maddesinde de ancak 776 sayılı yorum kararından önce ruhsatname alan tasfiyelilerin meslekte devamları onaylanarak karardan sona bu gibilere ruhsatname verilmek hakkı bahşedilmediğine mebni artık yargıçlıktan çıkarılan ve tasfiyeye tâbi tutulanlara ruhsatname verilmemiştir.

526

Eski avukatlık kanunu zamanında, Devlet hizmet ve müessese-lerinde kullanılmamalarına mahsus heyetlerce karar verilenlerle memurin kanunu hükümlerine göre tasfiyeye tâbi tutulanlara yukarda yazılı olduğu üzere ruhsatname verilmediği gibi bahsi geçen 2556 sayılı yargıçlar kanununun geçici birinci ve 3885 sayılı kanunun geçici üçüncü maddelerinin A. bendlerine göre sicilleri itibarile gövenlerinden çıkarılanların dahi bu hususteki dileklerinin yerine getirilmesine imkân görülememiştir. Sebebi ise: Sözü geçen A. bendlerinde sicilleri itibarile vazifede bekası caiz olmıyanların hizmetlerine nihayet verileceği ve haklarında 1683 sayılı kanunun 13 üncü maddesi hükümlerinin uygulanacağı yazılıdır. Şu suretle sicilleri itibarile yargıçlıktan çıkarılan ve sonuç olarak memur olmak niteliklerini kaybedenlerin avukat olmak için manevi niteliklerde kaybetmiş sayılacakları tabiidir. Bu bakımdan A. bendi gereğince yargıçlıktan çıkarılanlara (eski) avukatlık kanununun ikinci maddesine ve Büyük Millet Meclisinin 16/3/931, 12/6/933 gün ve 621, 776 sayılı kararlarına göre ruhsatname verilmemiştir.

Bu hususta bir ilgili tarafından Danıştay'da açılan idarî dava sonucunda da; 2556 sayılı kanunun geçici maddesinin A. fıkrası gereğince sicilleri bakımından görevlerine nihayet verilen yargıçların 1683 sayılı kanunun 13 üncü maddesi hükmünce işlem görmeleri yine aynı madde gereğinden olmasına ve bu hüküm ise kendilerinin cebrî tekaüde tâbi tutulmaları merkezinde bulunmasına göre bu gibilerin memuriyetle katiyyen alâkalarının kesilmiş olduğunu kabul etmek zarurî görülmüştür. Ve şu esasa ve avukatlık yapmak hakkında istihdamı caiz memur olmak mukayyediyeti 460 sayılı kanunun 2 nci maddesinin beşinci fıkrasında yazılı olmasına binaen hakkında yapılan muamelede bir yolsuzluk görülmediğinden davasının reddine karar verilmiştir. (Danıştay ikinci daavi dairesi: 30/4/945 gün, 35/248,K.581) Diğer ilgililer tarafından açılan aynı mahiyetteki davalar da reddedilmiş bulunmaktadır.

Sonradan yürürlüğe giren 3499 sayılı avukatlık kanunu eski 460 sayılı avukatlık kanunu ile ek ve değişklerinin hükümlerini kaldırarak avukatlık şartlarını yeniden koymuş olması bakımından bu gibilerin durumunda bir değişiklik husule gelmiştir. Gerçekten memurin kanununun geçici maddesi gereğince tasfiye edilmiş olanlardan birisinin yeni hükümlere göre ruhsatname verilmesi yolundaki dileği terviç edilmiyerek bu hal yine Danıştayda davaya konu olmuş ve beşinci

522

dairede yapılan incelemeler sonucunda: Davacının 788 sayılı memurin kanununun geçici birinci maddesi gereğince tasfiye edildiği ve işbu kararın halen kalkmamış olduğu anlaşılmış ve bu suretle yargıç olmak vasfını kaybetmiş olmasına ve 3499 sayılı avukatlık kanununun 22 inci maddesiyle avukatlığın amme hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğu ve 2 inci maddesinin B. bendi ile de avukat olacakların yargıç olmak vasfını kaybetmemiş olması lâzımgeldiği kabul ve tasrih edilmesine göre davacıya bu kanuna tevfikan ruhsatname verilmemesinde kanunsuzluk görülmediğinden ve Büyük Millet Meclisinin 776 sayılı kararından evvel avukatlık ruhsatnamesi almadığına göre de 2516 sayılı kanunun geçici maddesi bakımından da isteğinin tervicine imkân olmadığından ve bu itibarla vaki iddia kanunî ve hukukî mesnetten ari olup yapılan işlemde kanuna aykırı bir cihet bulunmadığından bahisle davasının reddine karar verilmiş ise de;(Danıştay beşinci daire 5/4/939, 39/11, K. 325)

Davacının karar tashihi istemi üzerine aynı dairece yapılan incelemede dava edilen tarafın müdafaasında davacının muhakeme altına alındığı ve işten çektirilmiş olduğu bir sırada kendisinden istifade imkânı olmadığı anlaşıldığından memurin kanununun değişik ve geçici birinci maddesi uyarınca 29/5/930 gününde tasfiye edildigi ve sonra meslekî suçtan dolayı yapılan duruşması neticesinde beraetine karar verilmiş olup yargıtayca bu kararın tasdik olunarak katileştiği ve bu muameleden başka hakkında meslekî suçtan dolayı inzibatî bir karar mevcut olmadığı bildirildiğinden, herne kadar 2516 sayılı kanunun geçici ikinci maddesinde tasfiye suretile memuriyetten çıkarılmış olanların avukatlık yapamıyacakları musarrah ise de bu kanun 3499 sayılı avukatlık kanununun 139 uncu maddesile ilga edilmiş ve sözü geçen 3499 sayılı kanunun 22 inci maddesinde avukatlığın amme hizmeti mahiyetinde bir meslek olarak kabul edildiği yazılı olmakla beraber aynı kanunun ikinci maddesinin B. bendinde « cezaî veya inzibati bir karar neticesinede meslekî bir suçtan dolayı yargıç veya memur veyahut avukat olmak vasfını kaybetmiş "olanların avukat olamıyacakları tasrih kılınmış ve bu suretle yargıç olmak vasfının meslekî bir suçtan dolayı kazaî veya inzibatî bir kararla kaybedilebilmesi takdirinde avukat olmağa mâni teşkil ettiği ve bunun haricinde yargıç olmak ehliyetini kaybetmiş olanların avukat olabilecekleri kabul edilmiş olduğundan, davacının tasfiyesi kendisinden istifade imkânî olmadığı mucip sebeplerile icra edilmiş ve işbu tasfiye kararı halen kalkmamış ve kendisi tekrar yargıç olmak niteliğini ihraz etmemiş isede tasfiyesinin meslekî suçtan mütevellit

528

cezaî veya inzibatî bir karara istinat etmemiş ve meslekî suçtan beraetine dair olan hüküm de derecattan geçerek katileşmiş olduğundan, sözü geçen 3499 numaralı kanunun 139 uncu maddesiyle avukatlığa müteallik bilumum mezuat ilga edilerek avukat olabimek şart ve hakları yeni baştan tayin ve tesbit edilmiş bulunduğundan, yukardaki izahata göre davacının avukatlık vasıflarını haiz olduğu anlaşılmış ve şu hal hakkında önce verilen kararın tasbihini gerektiren kanunî sebeplerden bulunmuş olduğundan bahisle 5/4/939 tarih ve 325 sayılı kararın ·ref'ile davacıya avukatlık ruhsatnamesi verilmemek suretile yapılan işlemin bozulmasına 24/5/939 gününde ekseriyetle karar verilmiştir. (Danıştay beşinci daire: 24/5/939 gün ve 39/2063, K. 397)

Bundan başka 3885 sayılı kanunun 3 üncü maddesinin A ve B. bentlelerine göre de uygulanan işlemin ne inzibatî ve nede cezaî bir karar olmayıp mesleğin salâmeti namına alınmış olağanüstü bir tedbir bulunması bakımından sözü geçen bentlere göre yargıçlıktan çıkarılanlardan bir istemlinin avukatlık kanununun ikinci maddesinin B. bendi hükmü müvacehesinde yargıç, memur veya avukat olmak vasfını kaybetmemiş olduğu anlaşılmakla beraber avukatlık kanununun ikinci maddesinin C. bendinde meslek şeref ve haysiyetine uymıyan halleri bulunanların avukatlıktan memnu oldukları zikr ve tasrih kılınmış ve o istemlinin sicillinde yazılı hal ve hareketleri avukatlık meslek şeref ve haysiyetine uymayan hallerden bulunmuş olmasına mebni baroya kayıt ve kabulüne müsaade edilmediği halde Danıştayda açılaan idarı dava sonucunda 3885 sayılı kanunun geçici üçüncü maddesi gereğince gerek sicil ve gerek ehliyet noktalarından tasfiye ye tabi tutulan yargıçların, yargıçlık ve savcılıktan maada adlî görevlerde istihdamlarının tecviz edilmesine göre amme hizmetinde istihdamlarına manî olmayan ve görev esnasında nazarı itibare alınan sicilinde mukayyet ahvalin yine bir amme görevi olan avukatlık için manî teşkil etmemesi adâlet ve hakkaniyet kaidelerine de uygun bulunacağına binaen hakkındaki işlem kanun hükümlerine uygun görülemeniş olduğundan Bakanlıkça yapılan işlemin bozulmasına karar verilmiştir. (Danıştay beşinci daire: 17/5/941 gün ve 41/1130 K. 41/1541).

Yukarda bahsedilen uygulama ve Danıştayca verilen kararlardan anlaşılacağı üzere 3499 sayılı avukatlık kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu kanunun ikinci maddesinin B. fıkrası hükmü müvacehesinde gerek memurin ve gerek yargıçlar kanununun ilgili maddelerine göre tasfiye suretile çıkarılanların tasfiye durumları avukatlığa engel

görülmemiş ve ancak aynı maddenin C. fıkrası hükmünce istemlilerim meslek şeref ve haysiyetine uymıyan halleri olup olmadığı etrafında incelemeler yapılarak avkatlığa engel halleri olmıyanların ruhsatnameleri verilmiştir. Yukarıda yazılı olanlardan başka aynı mahiyette idarî davaya konu olan diğer işler üzerinde ayrıca kararlar verilmiş ve Danıştayın içtihatlarına iştirâk edilerek doğrudan doğruya işlemler dahi yapılmıştır. Böylece bu gibilerin hakları da tanınmış oluyor.

3499 sayılı avukatlık kanunu hükümleri müvacehesinde yargıçlar kanununun geçici birinci ve 3885 sayılı kanunun geçici 3 üncü maddeleri gereğince aciz ve kabiliyetsizlikleri dolayisiyle görevlerindem affedilenlerin yargıçlık ve savcılık meslekleri dışında diğer adlî görevlere tayin edilebilecekleri kabul edildiğine ve yargıçalr kanununun 45 inci maddesi gereğince her derecede iki ve her sınıfta üç defa terfia lâyık görülmiyerek hizmetten affedilenlerin de durumlarında avukatlık görevlerini yapmağa engel bir hal bulunmadığına mebni kendilerine avukatlık ruhsatnameleri verilmektedir. Bu bakımdan bu gibiler üzerinde durmağa yer kalmamıştır.

VIII

150 İlk listeye dahil olanlarla mahsus heyet kararlarile Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmıyanların durumları

150 lik listeye dahil olanlarla millî mücadeleye iştirâk etmediklerinden dolayı Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamalarına mahsus heyetlerce karar verilmiş olanlar gerek eski hükümler zamanında ve gerek şimdiki halde avakatlık mesleğinde acaba nasıl bir yer almış bulunuyorlar? Bunların hukukî durumlarına temas etmeden geçmek konumuz üzerinde bir noksanlık teşkil ediceği için birazda bundan bahsetmeği faydalı görürüm.

16/7/938 tarihinde yürürlüğe giren 3527 sayılı af kanununun ikinci maddesinde" Lozanda akdolunan 24/7/923 tarihli umumî af beyanname ve protokolunda mevzubahis 150 kişilik listede isimleri yazılı şahıslar affolunmuştur. Şu kadar ki bu şahıslara, mesbuk memuriyetlerinden dolayı tekaüt maaşı tahsis edilmez ve bu şahıslar kanunun mer'iyete girdiği tarihten itibaren sekiz sene müddetle Türk ceza kanununun 20 ci maddesile diğer kanunlara göre amme hizmetlerinden sayılan işlerde kullanılmazlar ve bulunamazlar» diye yazılıdır. Gerçektten avukatlık kanununun 22 inci maddesinde avukatlığın amme hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğu belirtilmekle beraber kesin olarak bir amme hizmeti olduğu açıklandırıl-

530

mamış ve Türk ceza kanununun 20 ci maddesinde sayılan memuriyet ve hizmetler arasında da gösterilmemiştir. Aynı zamanda sözü geçen af kanununun gerekçesile müzakere zabıtlarlnda bu hususu aydınlatacak bir bilgiye de rastlanamamıştır.

Bundan başka Hatayın ana vatana ilhakı üzerine kabul edilen 3713 sayılı kanunun 9 uncu maddesinde ilhak tarihinden önce Hatayda mer'i kanunlara göre avukatlık veya dava vekilliiği ruhsatnamesi istihsal etmiş olanlarla mevcut avukatlara göre avukatlık yapmak hakkını haiz olanların avukatlıkta devam edecekleri yazılı olduğundan Hatayda avukatlık yapan ve yapmak isteyenlerin durumları bu hükümlere göre incelenirken 150 kişilik listede adları bulunanlara da rastlanmış ve bu cihet ilgili kişilerin kanunî nitelik ve şartları üzerindeki inceleme konusu arasında yer almıştır.

Bu kişiler Hatay hükümtei uyruğuna girerek o yerde bulunmakta iken Hatayın Türkiyeye ilhak olunduğuna ve Hatayda avukalık yapan ve yapmak isteyenlerin meslekte devamlarının tayini hususuda ilhak tarihinden evvelki Hatay mevzuatı esas ittihaz edildiği gibi 3713 sayılı kanunun 9 uncu maddesinde 150 lik listeye dahil kişiler hakkında hususî bir kayıt da mevcut buldnmadığına göre ilhaktan önce Hatayda meri kanunlar gereğince ruhsatname alanlarla avukatlık yapmak hakkını haiz bulunanların avukatlıkta devamlarının kabulü gerekli bulunmuş ve bu münasebetle Hatayda bahse konu olan kişilere de ruhsatname verilmiştir.

Gerçekten bu kişilerin durumları 3713 sayılı kanuna temas etmekte olmakla beraber hususî kanuna göre iddia olunacak hakların da memleketimizin amme intizamile ilgili hükümlerile tearuz halinde mesmu olmaması gerekli bulunmuş ve fakat sonuç olarak Hatayda bulunanlara ruhsatname verilmek suretile 150 kişilik listeye girme kiyfiyeti de avukatlıkla telifi kabil görülmüştür.

İşte bu durum ve işlemler bir an için göz önünde tutulunca 3527 sayılı af kanununun ikinci maddesindeki sekiz yllık yasağın avukatlığa şamil olamıyacağı hatıra gelebilir.

Fakat tartışmaları gerektiren bu nokta nihayet bir iş üzerindeki incelemeler münasebetile Bakanlık müdürler kurulunca verilen kararla halledilmiş bulunmaktadır. Bu karara göre:

1 — 3527 sayılı af kanununun birinci maddesinde 150 lik listede adarı yazılı kişilerin af kanununun yürürlüğü gününden başlıyarak sekiz yıl süre ile amme hizmetlerinden sayılan işlerde kullanılamıyacaklarının yazılı olması,

2— Ceza kanununda sonra neşrolunan 3499 sayılı avukatlık kanununun 22 inci maddesinde avukatlığın amme hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğunun belirtilmesi,

3— 150 lik listeye dahil kişinin 3527 sayılı kanunun koyduğu yasağın şümulüne dahil olduğunun şüphesiz bulunması,

4— Sözü geçen yasağın daimi ve mutlak olmayıp süre ile kayıtlı olması,

5— Listede adları yazılı kişilere ruhsatname verilmesinin 3713 sayili kanunun koyduğu hususî bir müsaadeye dayandığına göre hadisede amme intizamını ilgilendiren bir cihet görülememiş olması gibi;

Sebeplere dayanılarak 150lik listeye dahil olan ilgiliye ruhsatname verilemiyeceğine istişarî mahiyette ve çoklukla karar verildiği görülmüştür. (Müdürler kuruluun kararı; gün 23/12/942 sayısı 111)

Şu halde 150 lik listeye dahil olanlardan Hataydakilere ruhsatname verilmesi keyfiyeti kanunla kabul edilen bir müsaadeye dayanmakta ve bu işlemin diğer yerlerdekilere bir mesnet teşkil etmediği sonucuna varılmaktadır.

Bununla beraber sözü geçen af kanunu 16/7/938 gününde yürürlüğe girdiğine ve konulan yasak da sekiz yıl bulunduğuna göre bu süre 16/7/946 gününde bitecek ve nihayet ilgililere karşı kapalı olan bu yol tabiatile o zaman açılmış olacaktır.

Devlet hizmet ve müesseselerinde kullanılmamalarına karar verilenlere gelince;

Yargıçlık ve memuriyetten tasfiyeye tabi tutulanların eski ve yeni hükümler karşısında hukukî durumları yukarıda izah edilirken millî mücadeleye iştirak etmiyen memurlar hakkındaki 854 sayılı kanunun birinci maddesiyle avukatlık kanununun ikinci maddesinin yorumlanmasına yer olmadığına dair Büyük Millet Meclisinin 16/3/931 gün ve 621 sayılı kararından bahsetmiş ve bu karar gereğince bu gibilerin de yalnız avukatlıktan menidildiklerini belirtmiştim.

Şimdi de bunların avukatlıktan menedildikten sonra hukukî durumlarında negibi bir değişiklik husule geldiğini arzedeceğim.

Gerçekden önce bu gibilerden bazılarının başvurmaları üzerine gerek âli karar kurulu ve gerek Danıştay mülkiye dairesi taraflarından haklarındaki mahsus heyetler kararları kaldırılmıştır ki bu durumdakilerin sözü geçen yönden artık engel halleri kalmamış ve o

532

zaman vaki dilekleri gözönünde tutularak ancak kanunun aradığı diğer maddî şartlar kendilerinden aranmak suretile avukatlık ve dâva vekilliklerine müsaade edilmiştir.

Sonradan yayınlanan 3527 sayılı af kanununun 3 üncü maddesi gereğince 25 eylûl 1339 gün ve 347 ve 26/Mayıs/926 gün ve 854 sayılı kanunlara göre teşekkül etmiş olan mahsus heyetlerce haklarında bir daha Devlet hizmetlerine kullanılmalarına karar verilen kişiler ve 24/Mayıs/1938 gün ve 1289 sayılı kanunla âli karar heyeti ve 26/Ekim/1933 gün ve 2330 sayılı kanunun 12 inci maddesine göre Danıştay mülkiye dairesi taraflarından tetkik ve tastik edilenler de dahil olmak üzere verilmiş olan kararlar dahi kaldırılmıştır.

Fakat bu suretle haklarındaki kararlar kaldırılmış olanların sözü geçen 3527 sayılı kanunun yürürlüğünden itibaren iki yıl süresince maaşlı memur olarak kullanılamıyacakları yolunda hüküm konulduğu gibi aynı kanunla yukarıda bahsedilen üçüncü madde hükmünden istifade edenler hakkında yargıçlar ve memurin kanunlarile bunlara ek kanunlara ve sair hususî kanunlara göre yapılmış ve yapılacak olan bütün disiplin işlemlerine ve askerlikten tart ve ihraç cezalarına ve askerî nisbetlerin kesilmesi kararlarına af ve refi hükmünün şümulü olmadığı da açıkça belirtilmiştir.

Demek ki şimdi genel olarak haklarında mahsus hey'etler kararları olanlar da sonradan bu kararların afla üzerlerinden kalkmış olması bakımında faydalanmakta, bu suretle avukatlık ve dava vekilliği haklarına kavuşmak imkânını elde etmiş bulunmaktadırlar.

Şu kadar ki: durumları önce gözden geçirilerek kanun hükümlerine göre haklarında disiplin işlemi uygulanmak suretile meslekten çıkarılmış olanlar afla bahşedilen bu müsaade ve imkânın dışında kalmış bulunuyorlar.

Avukatlık mesleğine girebilmek için aranılan şartlar hakkındaki incelemelerle geçen işlemler üzerindeki uygulamalarda rastlanan karar ve içtihatlar burada şu yazılarla belirtilmiş oluyor. Bundan sonra da fırsat düşünce kanunî nitelik ve şartları haiz olanların bu mesleğe ne suretle ve ne gibi belgelerle başvurmalarının gerektiği ve ilgili olan barolarla adalet Bakanlığınca bu hususta uygulanacak işlemlerin neler olduğu belirtilecektir.

533

Mevzuat Arasında

§Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü

Adalet Dergisi'nin 9. sayısında Birleşmiş Milletlar Anayasasının esaslı hükümlerini özet halinde vermiştik. Şimdide aynı Anayasanın bir bölümünü teşkil eden ***Milletlerarası adalet Divanı*** statüsünün başlıca hükümlerini takdime çalışacağız. Bu statünun birinci maddesine göre «Birleşmiş Milletler Andlaşması ile, teşkilâtın başlıca Adalet uzvu olarak kurulan Milletlerarası Adalet Divanı işbu statü hükümlerine göre teşkil olunacak ve faaliyette bulunacaktır.»

Statünün 2 — 33. Maddelerini Kapsayan 1. Bölüm Divanın teşkilâtını şu suretle tesbit etmektedir:

Divan,en yüksek ahlâkî itibarı haiz bulunan ve kendi memleketlerinde en yüksek adalet görevlerinin icrası için aranılan şartları şahıslarında toplıyan veya Devletlerarası hukuku alanında müsellem yetki sahibi bulunan hukukşinaslar arasından, milletleri gözetilmeksizia seçilmiş bağımsız yargıçlardan müteşekkil bir heyettir (m. 2).

Dıvan 15 üyeden mürekkeptir. Buna, aynı Devletin birden fazla uyruğu dahil olamaz.

Birden fazla Devletin uyruğu olarak telâkki edilebilecek kimse, üye olabilmek hususunda, medenî ve siyasî haklarını mutaden ülkesinde kullandığı Devletin uyruğu sayılacaktır (m. 3).

Divan üyeleri, daimî hâkem mahkemesi millî guruplarının verdiği eşhas listesi üzerinden Genel Kurul ve Güvenlik Meclisi tarafından aşağıdaki hükümler gereğince seçilirler.

Daimî Hâkem Mahkemesinde temsil edilmiyen Birleşmiş Milletler Üyelerine gelince, Adaylar, milletlerarası uyuşmazlıkların barış yolu ile çözülmesine mütedair 1907 Lâhey Anlaşmasının 44 üncü maddesinde Daimî Hakem Mahkemeleri Üyeleri için derpiş edilen şartlar aynen uygulanarak, Hükûmetlerince bu husus için tâyin olunmuş millî guruplar tarafından göserilecektir.

Mahsus anlaşma bulunmaması halinde, Güvenlik Meclisinin tavsiyesi üzerine, Genel Kurul, bu Statüye taraf olupta Birleşmiş Milletler Üyesi olmıyan bir Devletin hangi şartlarla Divan Üyelerinin seçimine iştirak edebileceğini tesbit edecektir (m. 4).

534

Seçim tarihinden en az üç ay önce, Birleşniş Milletler Genel Sekreteri, bu Statüye taraf olan Devletlerin, Daimî Hâkem Mahkemesindeki üyelerini ve 4 üncü maddenin ikinci fıkrası gereğince tâyin olunan millî guruplar üyelerini, muayyen bir müddet zarfında, millî guruplar halinde, Divan üyeliği görevlerini yapabilecek durumda olan kimseleri göstermeğe, yazı ile davet eder.

Hiçbir gurup, ençok ikisi kendi uyrugundan olmak üzere, dörtten fazla aday gösteremez. Hiçbir halde tâyini gereken üye sayısının bir mislinden fazla aday gösterilemez (m. 5).

İşbu Adaylar gösterilmezden önce her millî gurubun, en yüksek mahkemeye, hukuk fakulte ve mekteplerine ve hukuk ilminin tetkiki ile meşgul millî akademiler ile Milletlerarası akademilerin millî şubelerine danışması tavsiye olunur (m. 6).

Genel Sekreter, bu suretle gösterilen bütün kimselerin alfabe sırası ile bir listesini tanzim eder; 12 inci maddenin ikinci fıkrasında derpiş edilen hal hariç, yalnız bu kimseler seçilebilir.

Genel Sekreter bu listeyi Genel Kurula ve Güvenlik Meclisine tebliğ eder (m. 7).

Genel Kurul ve Güvenlik Meclisi birbirlerinden bağımsız olarak Divan Üyelerinin seçimini yaparlar (m. 8).

Her seçimde, seçmenler Divana dahil olacak kimelerin yalnız istenilen şartları şahsen haiz olmalarını değil, fakat heyet olarak da, büyük medeniyet şekillerinin ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin temsilini sağlamalarını gözönünde bulunduracaklardır (m. 9).

Genel Kurulda ve Güvenlik Meclisinde oyların kesin çoğunluğunu toplayanlar seçilmiş olurlar.

2 — Gerek Yargıçların seçimi, gerek aşağıda 12 inci maddede derpiş edilen komisyon üyelerinin tayini hususunda Güvenlik Meclisinde oy verirken, Güvenlik Meclisinin süreli üyeleri ile süresiz üyeleri arasında bir fark gözetilmiyecektir.

Genel Kurulun ve Güvenlik Meclisinin oy çoğunluğu bir Devletin birden ziyade uyruğu üzerinde toplandığı takdirde, yalnız en yaşlısı seçilmiş olur (m. 10).

İlk seçim oturumu neticesinde bir veya daha fazla üyelik boş kalırsa, ikinci veya lüzum halinde üçüncü bir oturum yapılır (m. 11).

Üçüncü seçim oturumundan sonra, yine boş üyelikler kaldığı takdirde ister Genel Kurulun ister Güvenlik Meclisinin talebi üzerine her boş üyelik için, kesin çoğunluğu toplıyacak bir seçimle, Genel Kurulun ve Güvenlik Meclisinin ayrı ayrı kabullerile arzedilecek bir aday seçmek üzere, üçü Genel Kurulca, üçü de Güvenlik Meclisince

tayin edilen altı üyeli bir Arabulma Komisyonu her zaman teşkil edilebilecektir.

Arabulma Komisyonu, yedinci maddede derpiş olunan listede bulunmasa dahi aranılan şatları haiz olup komisyonun oy birliğini kazanan her şahsın ismini listesine ithal edebilir.

Arabulma Komisyonu, seçimi sağlamağa muvaffak olamayacağını müşahede ettiği takdirde, Divanın evvelce tayin edilmiş üyeleri, Güvenlik Meclisi tarafından tesbit edilecek bir mühlet zarfında, ister Güvenlik Kurulunda, ister Genel Kurulda oy almış şahıslar arasından seçmek suretile boş üyeliklere tayinler yapar.

Yargıçlar arasında oylar eşitlikte taksim olduğu takdirde en yaşlı Yargıcın oyu üstün gelir (m. 12).

Divan üyeleri dokuz yıl için seçilirler, ve yeniden seçilebilirler. Bununla beraber Divanın ilk seçiminde tayin olunan Yargıçlardan beşinin görevleri üç yıl, diğer beşininki ise altı yıl sonunda bitecektir.

Yukarda zikredilen üç ve altı yıllık devrelerin sonunda görevleri bitecek olan Yargıçlar, ilk divan seçiminin hemen arkasından, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından kura usulü ile tayin olunacaklardır.

Divan üyeleri, yerlerine yeni tayinler yapılıncaya kadar görevleri başında kalırlar. Yerlerine yeni tayinler yapılmış olsa dahi, kendilerine verilmiş bulunan işlere bakmağa devam ederler.

Divan üyelerinden birinin istifası halinde, istifaname, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tebliğ edilmek üzere, Divan Başkanına verilecektir. İşbu tebliğin icrası ile üyelik makamı boşalmış olur. (m.13).

Boş kalan üyelikler, ilk seçimde takip olunan usule uygun ve aşağıdaki hüküm mahfuz kalmak şartile, doldurulacaktır. Üyeliğin boş kalmasını takibeden üç ay içinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, beşinci maddede yazılı daveti yapacak ve seçim tarihi Güvenlik Meclisi tarafından tesbit olunacatır (m. 14).

Görev müddeti bitmemiş bir üyenin yerine seçilen Divan üyesi, selefinin müddetini ikmal eder (m. 15).

Divan üyeleri, Siyasî ve İdarî hiçbir işle uğraşamıyacakları gibi meslekî mahiyette diğer hiçbir meşgaleleri de bulunamaz.

Şüphe halinde Divan karar verir (m. 16).

536

Divan üyeleri, hiçbir işte ajanlık, müşavirlik veya avukatlık edemezler.

Evvelce, taraflardan birinin ajanı, müşaviri veya avukatı, millî veya milletlerarası bir mahkemenin veya bir tahkik komisyonunun üyesi olarak yahut da her hangi bir sıfatla karışmış bulundukları hiç bir işin çözülmesine iştirak edemezler.

Şüphe halinde Divan karar verir (m. 17).

Divan üyeleri, ancak, istenilen şartları artık haiz olmadıklarına, diğer üyelerin hepsi tarafından hükmedildiği takdirde, görevlerinden uzaklaştırılabilirler.

Genel Sekreter bu durumdan Grefye tarafından resmen haberdar edilir.

Bu tebliğ, üyeliğin boşalmasını intaç eder (m. 18).

Divan üyeleri, görevlerinin yapılması esnasında, diplomatik imtiyaz ve masuniyetlerden faydalanırlar (m. 19).

Her Divan üyesi görevine başlamadan önce, aleni celsede, yetkilerini tam bir tarafsızlıkla ve bütün vicdanı ile kullanacağını, resmen taahhüt edecektir (m. 20).

Divan, üç yıl için, Başkan ve Yarbaşkanını tayin eder; bunlar tekrar seçilebilirler.

Divan, Grefyesini tayin eder ve lüzumlu olabilecek memurların tayinini yapabilir (m. 21).

Divanın makarrı Lâhey olarak tesbit edilmiştir. Bununlaberaber, Divanı, arzuya değer gördüğü takdirde başka bir yerde toplanarak görevlerini yapabilir.

Başkan ve Grefye Divanın makarrında otururlar (m. 22).

Divan, devreleri ve müddeti kendisince tesbit edilen adlî tatiller devamı müstesna, daima görev halinde bulunur.

Divan üyelerinin, yurtlarını Lâhey'den ayıran mesafe nazarı itibara alınarak, tarih ve müddetleri, Divanca tebit edilecek olan mukannen mezuniyetlere hakları vardır.

Divan üyeleri, mezuniyet, hastalık mazereti veya başkan nezdinde gereği gibi haklı gösterilen başka mühim sebepler dışında, heran Divanın emrine âmade bulunmakla mükelleftirler (m. 23).

Divan üyelerinden biri, özel bir sebeple, muayyen bir işin yargılanmasına iştirak etmemekliğinin gerektiğine hükmettiği takdirde, keyfiyetten Başkanı haberdar eder.

537

Başkan, Divan üyelerinden birinin, özel bir sebep dolayısile, muayyen bir işin yargılanmasında bulunmaması gerktiğine hükmettiği akdirde, bu üyeyi keyfiyetten haberdar eder.

Bu gibi hallerde Divan üyesi ile Başkan arasında uyuşmazlık olduğu takdirde Divan karar verir (m 24)

Divan, işbu Statüde tahsisen derpiş olunan istisnalar dışında, görevlerine umumî heyet toplantısı halinde bakar.

Divanı teşkil için hazır bulunacak yargıç sayısının onbirden aşağı düşmemesi şartile, Divan tüzüğü, icabına göre ve sıra ile, bir veya birkaç yargıcın oturumda bulunmaktan affedilebileceğini derpiş edebilecektir.

9 nısabı Divanı teşkile kâfidir (m 25).

Divan, her zaman, muayyen cinste meselelere, meselâ çalışma işlerile transit ve ulaştırmaya ait işlere bakmak için, vereceği karara göre, en az üç yargıçtan mürekkep olmak üzere, bir veya birkaç daire teşkil edebilir.

Divan, her zaman, muayyen bir işe bakmak üzere bir daire teşkil edebilir. Bu dairenin yargıç sayısı, Divanca, tarafların rızası ile, tesbit olunacaktır.

İşbu maddede derpiş olunan daireler, taraflar isterse hüküm vereceklerdir (m 26).

26 ve 29 uncu maddelerde derpiş olunan dairelerce verilen her hüküm, divanca verilmiş gibi telâkki olunacaktır (m 27).

26 ve 29 uncu maddelerde derpiş olunan daireler, tarafların muvafakatı ile, Lâhey'den başka yerde toplanıp vazife görebilirler (m 28).

İşlerin çabuk tasfiyesi için, Divan her sene, taraflar istediği takdirde, basit usulle yargılamağa davet edilecek, beş Yargıçtan mürekkep bir daire teşkil eder. Yargıçlardan, oturuma iştirak etmek imkânsızlığında bulunanların yerini doldurmak üzere ayrıca iki yargıç daha tayin olunacaktı (m 29).

Divan, yetkilerini ne yolda kullanacağını bir tüzük ile tayin eder. Ezcümle takip edeceği yargılama usulünü tanzım eder.

Divan tüzüğü, Divanda veya dairelerinde oturumlara iştirak edecek, oy hakkı olmıyan yardımcı yargıçlar derpiş edebilir (m 30).

Taraflardan herbirinin milliyetinden olan yargıçlar, Divanın yargıladığı işin oturumuna iştirak etmek hakkını muhafaza ederler.

538

Divanda taraflardan birinin milliyetinden bir yargıç bulunuyorsa, herhangi diğer taraf, yargıç sıfatile oturuma iştirak etmek üzere dilediği bir kimseyi tayin edebilir. Bu şahsın tercihan, 4 ve 5 inci maddelere göre aday gösterilmiş olan kimseler meyanından seçilmesi icabeder.

Divanda tarafların milliyetinden hiçbir yargıç bulunmadığı takdirde, bu taraflardan herbiri yukardaki fıkradaki usul gereğince, bir yargıç tayin edebilir.

İşbu madde, 26 ve 29 uncu maddelerdeki hallerde tatbik edilir. Bu gibi hallerde Başkan, daireyi teşkil eden üyelerden birinden veya lüzum olursa ikinsinden, yerlerini tarafların milliyetinden bulunan Divan Üyelerine ve böylesi yoksa veya bir manileri çıktığı takdirde, taraflarca tahsisen tayin edilen yargıçlara terketmeleri ricasında bulunacaktır.

Birkaç taraf aynı davada müşterek hareket ettikleri zaman, yukardaki hükümlerin tatbıkında, tek bir taraf olarak sayılırlar. Şüphe halinde, Divan karar verir.

İşbu maddenin 2, 3 ve 4 üncü fıkralarına göre tayin edilen yargıçların, işbu statünün ikinci maddesinin, 17 inci maddesinin ikinci fıkrasının, 20 inci ve 24 üncü maddelerinin kayıtlarına uygun bulunmaları gerekir. Bu yargıçlar karara, meslektaşları ile tam eşitlik şartları içinde iştirak ederler (m 31).

Divan üyeleri yıllık maaş alırlar.

Başkan yıllık özel bir tahsis alır.

Yarbaşkan, Başkanlık vazifesi gördüğü hergün için özel bir tahsisat alır.

Divan üyesi olmayıp, 31 inci madde gereğince tayin olunan yargıçlar, vazife gördükleri hergün için bir tazminat alırlar.

Bu maaş, tahsisat ve tazminatlar genel kurulca tesbit edilirler. görevlerin devamınca azaltılamazlar.

Grefyenin maaşı Divanın teklifi ile, Genel Kurulca tesbit olunur.

Genel Kurulca kabul edilen bir tüzük, Divan Üyelerine ve Grefye'ye tekaüt maaşlarının hangi şartlar altında bağlanacağını ve Divan Üyeleri ile Grefye'nin yol masraflarının ödenmesi şartlarını tesbit eder.

Maaşlar, tahsisat ve tazminatlar her türlü vergiden muaftır (m 32).

Divanın giderleri, Genel Kurulun tayin ettiği şekilde Birleşmiş Milletlerce deruhte edilir (m 33).

539

Divanın yetkisini tesbit eden Bölüm 34 — 39 maddeleri kapsamaktadır. Bu bölüm hükümlerine göre:

Yalnız Devletler, Divan huzurunda duruşmak ehliyetini haizdirler.

Divan, kendisine tevdi edilen işler hakkında, milletlerarası âmme teşekküllerinden, tüzüğün âmir bulunduğu şartlar dahilinde malûmat istiyebilecek ve keza bu teşekküllerce kendisine resen arzedilen işbu malûmatı kabul edecektir.

Milletlerarası bir âmme teşkkülünün tesis senedinin veya işbu senet mucibince kabul edilen milletlerarası bir anlaşmanın yorumlanması, Divana arzedilmiş bir işte bahis mevzuu edilirse, Grefye, bu teşekkülü keyfiyetten haberdar eder ve yazı ile cereyan eden muameleyi kendisine bildirir (m 34).

Divan işbu Statüye taraf olan Devletlere açıktır.

Divanın diğer Devletlere açık bulunması şartları, yürürlükte olan andlaşmaların özel hükümleri mahfuz kalmak üzere, bütün hal lerde bundan taraflar için Divan önünde hiçbir eşitsizlik çıkmamak

Divanın yetkisi tarafların kendisine tevdi edecekleri bütün işler le Birleşmiş Milletler Antlaşmasında veya yürürlükte olan andlaşma ve andlaşmalarda tahsisen derpiş olunan hallerde şamildir.

İşbu Statüye taraf olan Devletler, her hangi bir zaman, aynı vecibeyi kabul eden her hangi bir başka Devlete karşı mevzuu aşağıda gösterilmiş olan hukukî mahiyette uyuşmazlıkların hepsi hususunda Divanın kaza hakkını bihakkın ve özel anlaşma olmaksızın, mecburi olarak tanıdıklarını beyan edebilirler:

a) Bir andlaşmanın yorumlanması;

b) Devletlerarası hukuka ait her husus;

c) Sabit olduğu takdirde, Milletlerarası bir taahhüdün ihlâlini teşkil edebilecek olan her olayın gerçekliği;

d) Milletlerarası bir taahüdün ihlâlinin icabettirdiği tazminatın mahiyet veya vüs'ati.

Yukarda anılan beyanlar, kayıtsız şartsız olarak yahut mütekabiliyet şartı ile birkaç veya bazı devletlerce veya muayyen bir müddet için yapılabilecektir.

Bu beyanlar, örneklerini Statüye taraf Devletlere ve Divan grefyesine gönderecek olan Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tevdi edilecektir.

540

Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 36 ıncı maddesi gereğince henüz bitmemiş bir müddet için yapılmış bulunan beyanlar işbu Statüye taraf olan Devletler arasındaki münasebetlerde, anılan beyanlara göre geriye kalan müddet için ve menfaatlarına uygun olarak Milletlerarası Adalet Divanının mecburi kaza hakkının tanınmasını mutazammın telâkki edilecektir.

Divanın yetkili olup olmadığı noktasında itiraz halinde Divan karar verir (m.36).

Yürürlükte bulunan bir andlaşma veya bir anlaşma, bir işin, Milletler Cemiyetince tesisi gerekmiş olan adlî bir teşekküle veya Milletlerarası Daimî Adalet Divanına havalesinini derpiş ettiği takdirde, işbu Statüye taraf olan devletler arasında bu teşekkülü Milletlerarası Adalet Divanı teşkil edecektir.

Ödevi, kendisine havale edilen uyuşmazlıkları Devletlerarası hukukuna uygun olarak çözmek olan Divan:

a) Uyuşmazlık halindeki Devletlerce tahsisen kabul edilmiş kaideler koyan gerek genel, gerek özel Milletlerarası anlaşmaları;

b) Hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumî bir tatbikatın beyyinesi olarak Milletlerarası teamülü;

c) Medeni milletlerce kubul edilen genel hukuk prensiplerini;

d) 59 uncu madde hükmü mahfuz kalmak şartile, hukuk kaidelerinin tâyininde yardımcı vasıta olarak muhtelif milletlerin adlî kararları ile en yetkili müelliflerinin doktrinlerini; tatbik eder.

İşbu hüküm tarf larmutabık isler Divanın hak ve nısfetle karar vermek yetkisine halel getirmez (m. 38).

Divanın çalışmasında *Usul* meselesini tesbit eden III. Bölüm 39 — 64 maddelerini kapsamakta ve şu hükümleri koymaktadır:

Diyanın resmî dilleri Fransızca ve İngılızcedir.

Taraflar bütün muhakeme usulünün Fransızca cereyan etmesinde mutabık iseler, hüküm bu dilde tefhim edilecektir.

Kullanılacak dili tesbit eden bir anlaşma bulunmadığı takdirde, taraflar müdafaalarında iki dilden tercih ettiklerini kullanabilecekler- ve Divan kararı Fransızca ve ingilizce olarak tefhim edilecektir. Bu halde, Divan aynı zamanda, iki metinden hangisinin muteber olacağını tâyin edecektir.

Divan her hangi bir tarafın talebi üzerine, işbu tarafça Fransız-

54

ca veya İngilizceden başka bir dilin kullanılmasına müsaade edecektir (m. 39).

İşler, hale göre, ya tahkimnamenin tebliği ile, ya bir dilekçe ile, Gaefye'ye hitaben Divana arzedilir. Her iki halde uyuşmazlığın mevzuu ve taraflar gösterilmiş olmalıdır.

Grefye, keza genel sekreter vasıtasile; birleşmiş milletler üyelerini ve Divan önünde dâva açabileceği kabul edilen diğer Devletleri haberdar eder (m. 40).

Divan, durumun icabettirdiğine hükmettiği takdirde herkesin hakkını korumak için, geçici olarak hangi tedbirlerin alınması lâzım geldiğini tâyin etmek yetkisini haizdir.

Derpiş olunan tedbirler, kesin hükme intizaren, taraflara ve Güvenlik Meclisine derhaledilir (li tebm. 41).

Taraflar, ajanlar tarafından temsil edilirler.

Taraflar, Divan önünde, yardımcı olarak müşavir ve avukatlar kullanabilirler.

Divan önündeki tarafların ajan, müşavir ve avukatları, görevlerinin bağımsız yapılması için, lüzumlu imtiyaz ve masuniyetlerden faydalanacaklardır (m. 42).

Muhakeme usulünün, biri yazılı, diğeri sözlü iki safhası vardır.

Muhakeme esulünün yazılı safhası muıtıraların, mukabil muhtıraların, ve mevcut ise cevaplar ile iddiayı destekliyen hertürlü evrak ve vesaikın Yargıç ve tarafa tebliğini ihtiva eder.

Bu tebliğ Divanca tasbit edilen sıra ve mühletlerde Grefye vasıtasile yapılır.

Tarafların birine ibraz edilen her vesikanın tasdikli bir sureti diğer tarafa tebliğ edilecektir.

Muhakeme usulünün sözlü safhası, Divanca şahitlerin, ehlivukufun, ajanların, müşavirlerin ve avukatların dinlenilmesinden ibarettir (m. 43).

Ajanlar, müşavirler ve avukatlardan başka kimselere yapılacak her tebliğ için Divan, tebliğin ülkesi üzerinde hüküm hasıl etmesi gereken Devletin Hükûmetine doğrudan doğruya müracaat edecektir.

Hertürlü isbat vasıtasının mahallinde tesbiti icabettiği zaman da aynı usul ile hareket olunacaktır (m. 44).

542

Duruşmalar, Başkan ve bulunmadığı takdirde Yarbaşkan, o da bir mani dolayısile bulunamazsa, hazır bulunan yargıçların en kıdemlisi tarafından idare edilir (m. 45).

Aksine Divanca karar verilmedikçe veya iki taraf dinleyicilerin kabul olunmamasını istemedikçe, oturum aleni olur (m. 46).

Her oturumda Grefye ve Başkan tarafından imza edilen bir zabıt tutulur.

Yalnız bu zaptın resmi mahiyeti vardir (m. 47).

Divan, dâvanın idaresi ve tarafların son iddialarını ne şekil ve müddetlerde yapacaklarını tâyin için kararlar ısdar eder; Delillerin ibrazının gerektirdiği bütün tedbirleri alır.
şartile, Güvenlik Meclisince tanzim olunur.

Divan, duruşmalardan evvel dahi, ajanlardan her hangi bir vesikanın ibrazını ve her türlü izahatın verilmesini isteyebilir. Ret halinde, bunu zabta geçirtir.

Divan, her zaman, seçeceği herhangi bir şahsa, heyete, büroya, komisyona veya teşekküle bir tahkikat vey keşfin yapılmasını tevdi edebilir.

Duruşmalar esnasında, şahitlere ve ehli vukufa 50 inci maddede istihdaf edilen kaideye göre, Divanın tesbit edeceği şartlar dahilinde faydalı olacak her türlü süaller sorulur.

Divan, kendisince tesbit edilen mühletler dahilinde delilleri ahzettikten ve şahadetleri dinlendikten sonra, taraflardan birinin, diğer tarafın muvafakatı olmahsızın, kendisine arzetmek istiyeceği bütün yeni şahadet veya vekikaları reddedebilir (m. 48 — 52).

Birleşmiş Milletler Üyesi olmıyan bir devlet dâvada taraf ise, bu tarafın ödemesi gereken Divan masrafları hissesini Divan tesbit edecektir. Ancak, bu Devlet, Divan giderlerine iştirak ediyarsa bu hüküm tatbik edilmiyecektir (m. 35).

Taraflardan biri hazır bulunmaz ve isbat vasıtalarını kullanmaktan istinkâf ederse, diğer taraf Divandan, iddialarının kabulünü istiyebilir.

Divan bu isteği kabul etmeden önce, yalnız, 36 ve 37 inci maddelere göre yetkili bulunduğunu değil, fakat iddialarını fiilen ve hukukan muhik olduğunu da tesbit edecektir (m. 53).

563

Ajanlar, müşavirler ve avukatlar, Divanın murakabesi altında bütün iddia vasıtalarını kullandıktan sonra, başkan duruşmaların bittiğini ilân eder.

Divan, müzakere etmek üzere odasına çekilir.

Divanın müzakereleri gizlidir ve gizli kalır (m. 54).

Divanın kararları, hazır bulanan yargıçların çoğunluğu ile verilir. Oyların eşit taksimi halinde, Başkanın veya onun yerini dolduranın oyu üstün gelir (m. 55).

Hüküm, gerekçelidir.

Hükümde, ona iştirak eden yargıçların adları zikrolunur.

Eğer hüküm, külliyen veya kısmen yargıçların müttefik oylarını ifade etmiyorsa, her yargıç hükme, şahsî fikrini havi bir izahname iliştirmek hakkına malik alacaktır.

Hüküm, Başkan ve Grefye tarafından imzalanır. Ajanlar usulüne uygun olarak haberdar edildikten sonra, aleni celsede okunur.

Divanın kararı ancak dâvaya dahil bulunan taraflar için ve karar verilen iş hakkında mecburidir.

Hüküm kesindir ve buna karşı müracaat yolu yoktur.

Hükmün mâna ve şümulüne itiraz halinde, herhangi bir tarafın isteği üzerine, bunun yorumu Divanan aittir (m. 56—60).

Divandan, muhakemenin iadesi hususunda vaki olabilecek talep, ancak, kesin ve tesir yapılabilecek mahiyette olup hükmün tefhiminden önce Divanca ve iadeyi istiyen tarafça bilinmiyen bir olay keşfedilirse ve bu olayın bilinmemesi anılan tarafın kusurundan ileri gelmemişse, mümkündür.

Muhakemenin iadesi Divanın, yeni olayın mevcudiyetini sarahatan müşahede eden ve bu olayın iadeyi gerektirecek vasıflarını tanıyan ve isteğin bu sebeple kabule değer olduğunu beyan eden bir kararı ile başlar.

Divan, muhakemenin iadesinin başlamasını, hükmün önceden infazına talik edebilir.

İade isteği, yeni olayın keşfinden itibaren en geç altı aylık bir müddet zarfında yapılmalıdır.

Hüküm tarihinden itibaren on yıllık bir müddetin geçmesinden sonra hiçbir iade isteği ileri sürülemez (m. 61).

Bir Devlet, herhangi bir uyuşmazlıkta kendisi için hukukî mahiyette bir menfeatın bahis mevzuu olduğunu gördüğü takdirde müdahale maksadiyle Divana bir dilekçe verilebilir.

544

Divan karar verir.

Uyuşmazlık halinde bulunan taraflardan başka Devletlerinde iştirak ettiği bir anlaşmanın yorumu bahis mevzuu olduğu takdirde, Grefye bu Devletleri keyfiyetten hemen haberdar eder.

Bunlardan herbirinin dâvaya müdahale etmeğe hakkı vardır, bu hakkı kullandığı takdirde ilâmın ihtiva ettiği yorum kendisi için de mecburî olur.

Divanca başka türlü karar verilmediği takdirde, makkeme masrafları taraflara aittir.

Divanın vereceği istişarî Mütalâalara ayrılan IV. bölüm 65—68 maddeleri kapsamaktadır:

Divan, Birleşmiş Milletler Anlaşması gereğince, veya bunun hükümlerine uygun olarak iştişarî reyler İstemeğe yetgili her uzuv veya müessesenin isteği üzerine, her türlü hukukî meseleler hakkında iştişari reyler verebilir.

Haklarında divanın iştişarî reyi istenilen meseleler Divana, hakkında reyi istenilen meseleyi sarih tabirlerle ifade eden yazılı bir dilekçe ileri arzolunur. Bu dilekçeye, meseleyi aydınlatacak bütün vesikalar eklenir (m. 65).

Grefye, iştişarî rey istiyen dileçevi derhal, Divan önünde dâva açmağa mezun bütün Devletlere resmen tebliğ eder.

Bundan başka, Grefye Divan veya Divan toplantı halinde değilse Başkan tarafından, mesele hakkında malûmat verebileceğine hükmedilen ve Divan önünde dâva açmağa mezun her Devlete her Milletlerarası teşkilâta doğrudan doğruya yapacağı mahsus bir tebliğ ile, Divanin Başkan tarafından tesbit edilecek bir müddet zarfında yazılı izahlarını kabule veya bu husus için toplanacak alenî celsede sözlü izahatı dinlenmeğe amade olduğunu bildirir.

Bu maddenin ikinci fıkrasında derpiş edilen mahsus tebliğe muhatap olmamış bulunan bu Devletlerden biri, yazılı izahat vermek veya Divanca dinlenilmek arzusunu izhar ederse Divan bu hususta karar verir.

Yazılı ve sözlü izahat vermiş olan devletler veya teşekküller, diğer Devlet ve teşekküller tarafından verilmiş olan izahatın münakaşasına, tetkik edilen her meseleye göre Divan tarafından veya Divan toplantı halinde bulunmadığı takdirde Başkanca tesbit edilecek müddet, tertip ve şekiller dairesinde, kabul olunacaklardır. Bu maksatla Grefye, bizzat kendileri tarafından da yazılı izahat verilmiş

olan Devlet ve teşekküllere diğerlerinin izahnamelerini vaktinde tebliğ eder (m. 66).

Divan, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri ve doğrudan doğruya ilgili Birleşmiş Milletler Üyelerine, diye Devletler ve Millletlerarası teşekküller temsilcilerini haberdar ettikten sonra, istişarî reylerini alenî celsede bildirir.

İstişarî görevlerinin icrasında, Divan tabikini kabul gördüğü nisbette işbu Statünün hukukî uyuşmazlıklara tatbik edilen hükümlerinden de mülhem olacaktır, (m, 68).

Statüde yapılacak değişikliklere gelince V. bölüm bunların şöyle tespit etmektedir:

İşbu Statüde yapılılacak değişiklikler, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında vaki olacak değişiklikler için derpiş edilen usule göre ve Divan Statüsüne taraf olmakla beraber Birleşmiş Milletler Üyesi olmıyan Devletlerin de bu usule iştiraklerini teminen, Güvenlik Meclisinin tavsiyesi üzerine Genel Kurulca kabul edilecek olan hükümler mahfuz kalmak şartiyle icra edilecektir (m. 69).

Divan, Genel Sekretere yazı ile yapacağı tebligat yolu ile, işbu Statüde lüzumlu göreceği değişikliklerin yapılmasını 69 uncu madde hükümlerine göre incelenmek üzere, teklif eder (m. 70).

Hâkimler Kanunu ile bu kanunun bir kısım maddelerini değiştiren 3501, 3693 ve 3885 sayılı kanunların bazı maddelerinin değiştirilmesine dair kanun

9/7/1945 tarihinde kabul ve 14/7/1945 tarihinde yayınlanan ve yürürlüğe giren 4791 sayılı kanunun 1 inci maddesine göre: 2556 sayılı Hâkimler kanununun 17 ve 18 inci maddelerinde yazılı olup 3693 sayılı kanunun 1 inci maddesiyle değiştirilmiş olan (1) ve (2) sayılı cetveller yerine bu kanuna bağlı (1) ve (2) sayılı cetveller konmuştur.

Aynı kanunun 2 nci maddesine göre: Hâkimler kanununun 2, 17, 18, 33, 35, 74, 92, 94, 95, 121, 122 ve 123 üncü maddeleri değiştirilerek yerlerine aşağıdaki numaraları karşısında yazılı maddeler konmuştur:

Adaylar, yargıçlık ve savcılık sınıf ve derecelerine dâhil değildirler. Bunlara. Devlet memurları aylıklarının tevhit ve teadülüne dair olan 3656 sayılı kanunun 11 inci dereceye tahsis ettiği aylık verilir (M. 2).

Yargıçlık mesleğinin sınıfları, dereceleri ve aylıkları bu kanuna bağlı (1) sayılı cetvelde gösterilmiştir (M. 17).

546

Savcılık mesleğinin sınıfları, dereceleri ve aylıkları bu kanuna bağlı (2) sayılı cetvelde gösterilmiştir.

Bu kanunda gösterilen istisnalardan başka hallerde yargıçlık ve savcılık mesleğinde olanlar hakkında dahi 3656 sayılı kanunla diğer malî kanunlardaki hükümler uygulanır (M. 18).

30 uncu maddenin hükmü, yardımcılık, yargıçlık ve savcılık sınıflarından Adalet Bakanlığı merkez hizmetlerine alınanlar hakkında üstleri tarafından ve Yargıtay raportörlüklerine alınanlar hakkında birinci başkan ile çalıştıkları daire başkanı tarafından uygulanır (M. 33).

Yargıtay daireleri yaptıkları temyiz tetkikatı esnasında tek veya toplu olarak hüküm veren yargıçlardan her birinin ilmî liyakatlarını tesbit ederek bir not verirler. Notlar çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere dörde ayrılır. Not verilirken hükmün esasında sağlanan isabet ve iltizam olunan kanaat ve içtihadın gerekli sebepleriyle tahlil ve izahında gösterilen kudret ve başarı gözönünde tutulmakla beraber dâvanın kanunî sebepler dışında uzatılıp uzatılmadığı ve muhakemenin sevk ve idaresinde ilmî hukukî hatalar bulunup bulunmadığı da incelenir ve bu cihetler de ayrıca derece takdirine esas tutulur.

Hükmün onanmış veya bozulmuş olması mutlaka lehe ve aleyhe not vermek için sebep olamaz. Leh ve aleyhde kanaat istihsaline müsait olmıyan kâğıtlar için not verilmez. Ancak bu zaruretle not verilmediğinin gösterilmesi yeter sayılır.

Yargıtay daireleri vermiş oldukları notları veya not verilmemişse yukarıda yazılı sebeple not verilmediğine dair hazırladığı kâğıtları Adalet Bakanlığına gönderilmek üzere Yargıtay Birinci Başkanına verirler.

Yargıtay genel heyetlerinden verilen kararlar hakkında birinci fıkrada beyan olunan suretle işlem yapılması Yargıtay Birinci Başkanına aittir.

Yargıtay daireleri inceledikleri dosyalarda vazife görmüş olan Cumhuriyet Savcılarının duruşma esnasındaki mütalâalarını ve lâyihaları münderecatını mukayese ve tetkik ile ilmî liyakatlarını tesbit ederek yargıçlar için verilecek notlara ait hükümler dairesinde birer not verirler.

Cumhuriyet Başsavcısı da dairesine gelen kâğıtları aynı esaslara göre tetkik etmek ve Yargıtay incelemeleri sonuçlarını da gözönün-

562

de bulundurmak suretiyle savcılar hakkında ayrıca not verir. Yargıtay daireleriyle Cumhuriyet Başsavcısının notları arasında görülecek ayrılıklar Ayırma Meclisince ve itiraz vukuunda Ayırma Meclisi Genel Heyetince halledilir.

Bu notlar Adalet Bakanlığınca her altı ayda bir liste halinde sıralanarak ilgili yargıcın sicil dosyasına konulur.

Bu madde hükümlerine göre toplanan notlar iş sayısına göre kısımlara ayrılır. Bu notların kısımlarda hangi nisbetler içinde yükselmelerde esas tutulacağı Ayırma Meclisi Genel Heyeti tarafından her toplanış yılı başında gelecek yıl için geçerli olmak üzere tesbit ve ilân olunur. Bu nisbetlerin aşağı haddine erişmemiş olanlar yükselemez (M. 35).

Yargıçlık ve Savcılık mesleklerinden veya bu meslekten sayılan görevlerden Bakanlık hizmetlerine, ceza ve tevkif evleri müdürlüklerine, genel müfettişlik adlî müşavirliği ile yardımcılığına Tunceli Vali ve Komutanlığı Mehakim Şubesi Müdür ve Yardımcılığına alınanların bu memuriyetlerde geçirdikleri süreler yargıçlıkta geçmiş sayılır.

Yayım, kâğıt ve levazım müdür ve memurlariyle kâtip sınıfından olanlar birinci fıkra hükmünden faydalanamazlar.

Birinci fıkrada yazılı olanlardan Müsteşar, Teftiş Heyeti Başkanı ve üçüncü derecede maaş alan genel müdürlerden maadası derece ve sınıf yükselmelerinde ikinci babın ikinci ve üçüncü bölümlerinde yazılı hükümlere göre Ayırma Meclisi tetkikına tabi tutulurlar. Şu kadar ki, Ayırma Meclisinin tetkikına tabi olanların ikinci sınıfa ayrılabilmeleri için beş yıl süre ile bilfiil yargıçlık veya savcılık etmiş olmaları gereklidir.

Ayırma meclisinin tetkikına tabi olmıyanların Hâkimler Kanununun 1 ve 2 sayılı cetvellerinde yazılı görevlerden birine tâyinleri halinde Bakanlık hizmetlerinde iktisap eyledikleri haklar nazara alınır (M. 74).

Ağır hapis, üç ay veya daha yukarı hapis cezalarından biriyle kesin olarak hüküm giymek meslekten çıkarılmayı müstelzimdir.

Bu halde meslekten çıkarma işlemi doğrudan doğruya Bakanlıkça yapılır.

Üç aydan aşağı hapis cezasiyle hüküm giyme halinde kesinleşen hüküm ilâmı inzibat meclisine verilir.

548

Hükümlülüğü mucip olan suç ahval ve şerait itibariyle yargıcın vekar ve haysiyetini bozan ve yargıçlığa olan genel hürmet ve itimadı gideren mahiyette görülürse ceza miktarı ne olursa olsun hüküm giymiş olan yargıcın meslekten çıkarılmasına karar verilir.

Yukarıki fıkralarda yazılı hapis sürelerinin tâyininde esas, hükmolunan cezadır.

Cezanın tecili halinde yapılan fiilin mahiyetine göre meslekten çıkarma cezasının uygulanması lâzım gelip gelmiyeceğine İnzibat meclisi karar verir.

İnzibatî cezanın uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmese ve hükümlülüğü iltizam eylemese bile, yargıçlık şeref ve haysiyetini, memnriyet nüfuz ve itibarını bozacak mahiyette görüldüğü takdirde inzibat meclisince meslekten çıkarılma kararı verilir (M. 92).

İnzibat meclisi, enaz biri Yargıtay ikinci başkanlarından olmak üzere Yargıtay ikinci başkan ve üyelerinden üç zat ile Teftiş Heyeti Başkanı ve Cezaişleri Genel Müdüründen kurulur. Bundan başka lüzumu halinde heyeti tamamlamak üzere Yargıtay üyelerinden iki yedek üyede bulunur.

İnzibat Meclisine dahil olan Yargıtay ikinci başkan ve üyeleri iki yılda bir Adalet Bakanı tarafından seçilir.

Süresini dolduran üyenin yeniden seçilmesi caizdir.

Meclise, Yargıtay İkinci başkanlarından en kıdemlisi ve özürlülük sebebiyle Yargıtay İkinci Başkanının bulunması halinde Yargıtay üyesinin en kıdemlisi başkanlık eder.

92 nci maddede gösterilen haller dışında fiilin mahiyetine göre 86 ncı maddede yazılı cezalardan herhangi biri derece düzeltilmeksizin uygulanır (m. 94).

İnzibat Meclisi kararlarına, ilgili yargıca tebliğinden itibaren 30 gün içinde itiraz olunabilir. İtiraz Yargıtay Birinci Başkanının Başkanlığı altında, Yargıtay ikinci başkanlarından birinci başkanın seçeceği altısının iştirakiyle kurulan heyet tarafından incelenir.

Meslekten çıkarılmayı istilzam eden işlerin itiraz yoluyla incelenmesinde savcılık görevi Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılır. İtiraz eden isterse savunmayı kendi hazır bulunarak veya vekil göndererek yapar.

Adalet Bakanı, İnzibat Meclisi kararını birinci fıkrada yazılı süre içinde itiraz heyetine incelettirebilir.

549

Meslekten çıkarma kararına itiraz, kararın infazını durdurmaz (m. 95).

Yargıtay başkâtip, başkâtip yardımcısı, memur ve kâtipleriyle sair memurları, daireleri üstleri tarafından verilecek müzekkere üzerine birinci başkan tarafından tayın edilir ve Bakanlığa bildirilir (m. 121).

İnzibatî cezalar şunlardır:

1 — Tevbih;

2 — Dörtte üçü geçmemek üzere aylıktan kesme;

3 — Derece tenzili veya tahvil;

4 — Azil.

Bu cezalar adalet komisyonları tarafından uygulanır. Bu kararlar aleyhine ilgili veya memurun üstü tarafından on beş gün içinde itiraz olunabilir. Bu halde iş Adalet Bakanlığı merkez inzibat heyetince incelenir. Bu heyetçe verilen kararlardan dolayı artık hiç bir yere başvurulamaz.

Bu maddede yazılı cezaların tâyininde Memurin Kanununun 26 ncı maddesinde sayılan fiil ve sebeplerle bağlı olmak şart olmadığı gibi derece gözetilmeksizin bu cezalardan herhangi biri uygulanabilir.

Şu kadar ki, tevbih ve aylıktan kesme cezalarına daireleri üstleri tarafından da karar verilebilir. Bu veçhile tevbih ve aylıktan kesme cezası alanlar 15 gün içinde bu cezayı veren üste başvurarak ve gerekçe göstererek cezaya itiraz edebilirler. İtiraz üst tarafından reddolunursa ceza kesinleşir ve sicile geçer (m.122).

Yargıtay başkâtip, başkâtip yardımcısı, memur, kâtip ve sair memurları hakkındaki inzibatî cezalar, birinci başkanın başkanlığı altında Cumhuriyet Başsavcısı ile birinci başkanın seçeceği bir ikinci başkandan kurulan inzibat heyetince uygulanır.

Bu heyetin kararları kesin olup aleyhine hiç bir yere başvurulamaz.

Tevbih ve aylıktan kesme cezalarına daireleri üstleri tarafından da karar verilebilir. Bu suretle tevbih ve aylıktan kesme cezası alanlar, on beş gün içinde bu cezayı veren üste başvurarak ve gerekçe göstererek cezaya itiraz edebirler. İtiraz üst tarafından reddolunursa ceza kesinleşir (m. 123).

850

(1) SAYILI CETVEL

Sınıf	Derece	Memuriyeti	Aylığı
Yadımcılık	10	Yargıç Yardımcılığı, İcra Memurluğu, Sorgu Yargıçlığı, Üye Yardımcılığı	35
3 üncü sınıf yargıçlık	9	Sorgu Yargıçlığı, Sulh Yargıçlığı, İcra Memurluğu. İcra Yardımcı Yargıçlığı, İcra Yargıçlığı, Mahkeme Üyeliği, Yargıçlık, Yargıtay Rapor törlüğü	40
	8	Sorgu Yargıçlığı, Sulh Yargıçlığı, İcra Memurluğu, İcra Yardımcı Yargıçlığı, İcra Yargıçlığı, Mahkeme Üyeliği, Yargıçlık, Yargıtay Raportörlüğü	50
	7	Sorgu Yargıçlığı, Sulh Yargıçlığı, İcra Yardımcı Yargıçlığı, İcra Yargıçlığı, Mahkeme Üyeliği, Yargıçlık, Mahkeme Başkanlığı, Yargıtay Raportörlüğü	60
2 inci sınıf yargıçlık	6	Sorgu Yargıçlığı, Sulh Yargıçlığı, İcra Yargıçlığı, Mahkeme Üyeliği, Yargıçlık, Mahkeme Başkanlığı, Yargıtay Raportörlüğü	70
	5	İcra Yargıçlığı, Yargıçlık, Mahkeme Başkanlığı, Yargıtay Raportörlüğü	80
1 inci sınıf yargıçlık	4	Yargıçlık, Mahkeme Başkanlığı, İcra Yargıçlığı	90
	3	Yargıtay Üyeliği	100
	2	Yargıtay İkinci Başkanlığı	125
	1	Yargıtay Birinci Başkanlığı	150

(2) SAYILI CETVEL

Sınıf	Derece	Memuriyeti	Aylığı
Yardımcılık	10	Cumhuriyet Savcılığı Yardımcılığı	35
3 üncü sınıf savcılık	9	Cumhuriyet Savcılığı Yardımcılığı, Cumhuriyet Savcılığı, Cumuriyet Başsavcılığı Yardımcılığı	40
	8	Cumhuriyet Savcılığı Yardımcılığı, Cumhuriyet Savcılığı, Cumuriyet Başsavcılığı Yardımcılığı	50
	7	Cumhuriyet Savcılığı Başyardımcılığı, Cumhuriyet Savcılığı, Cumhuriyet Başsavcılığı Yardımcılığı	60
	6	Cumhuriyet Savcılığı Başyardımcılığı, Cumhuriyet Savcılığı, Cumhuriyet Başsavcılığı Yardımcılığı	70
2 nci sınıf savcılık	5	Cumhuriyet Savcılığı, Cumhuriyet Başsavcılığı Yardımcılığı	80
1 inci sınıf savcılık	4	Cumhuriyet Savcılığı, Cumhuriyet Başsavcılığı Başyardımcılığı	90
	1	Cumhuriyet Başsavcılığı	150

551

Bibliyo rafya

Ali Fuat Gedik: Hukuk ve sosyologlar. İstanbul, 1945, forma 14 X 21, 206 sahife, 4 lira.

Hukuk sosyolojisi memleketimizde en az işlenen ilim kollarından biridir. İnsanı, siyasi hayvan olarak tarif eden Aristo'dan oluş ve terakki fikrini çıkartan Condorcet'ye kadar birçok büyük mübeşşir isimleri zikredilebilmesine rağmen, zaten sosyoloji bile yeni bir ilimdir. Onu yirminci asrın mahsulü saymak doğru olur.

Hukuk ve ahlâkın izahı hukuk ve ahlâk kaidelerinin birbirlerile münasebetlerinin incelenmesi şimdiye kadar çeşitli şekillerde tecübe edilmiştir. *Hukuk ve sosyologlar* adlı kitabında Üsküdar C. savcı Yardımcısı Ali Fuat Gedik, tarih boyunca yapılan bu tecrübeleri eserin 48 sayfa tutan giriş kısmında anlattıktan sonra içtimaî hadiseleri topluluğun hakikaten bir organizim olduğu fikri ile izaha kalkan uzviyetçi talâkkinin muvaffakiyetsizliğe uğradığını artık kıymetlerin ferdî bakımdan ve ferdin eğer varsa kendi ruh dünyası içinde değil, fakat içtimaî bakımdan tetkik ve mütalâa edileceğini söylemekte ve eserin mütekip beş bölümünde hukukun içtimai anlamile nasıl izah edildiğini göstermekte ve içtimaî realite ile olan münasebetlerini izah etmektedir.

Birinci bölümün başlığı hukuk sosyolejisidir. Burada hukuk sosyolojisinin doğuşu ve hukuk felsefesile olan zaruri münasebetleri incelenmiştir.

İkinci bölüm sosyologlar ve hukuk adını taşımaktadır; bu bölümde geçmiş çağlardaki sosyologların hukuk anlayışı tetkik edilmiştir.

Yedi büyük sosyolog yani Espinas, Durkheim, Duguit, Hauriou, Lévy — Bruhle, Pareto ve Gurvitch'in hukuk görüşleri üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümlerin konusunu teşkil etmektedir.

Müellif eserin sonunda hukuk ve ahlâkı tarif için karşılaşılan güçlükleri hatta hukuk ve ahlâkı birbirinden ayırmanın imkânı bulunmadığını belirttikten sonra ahlâk, hukuk ve adalet hislerinin içtimai hadiseler olduklarını, ferdin topluluklar dışında yaşıyamıyacaklarını söylemekte, bu içtimai hadiseleri tabiî atmosferi içinde yani içtimaî realite ile olan münasebetleri bakımından tetkik eden

sosyolojinin henüz müsbet bir neticeye varmadığını ilâve etmekte ve Göte'nin (Sanat uzun hayat kısadır) sözlerini naklettikten sonra kitabını şu sözlerle bitirmektedir: (fakat emniyetle ve daha büyük bir inşirahla önümüzde açılan saf ve berrak ufuklara bakabilmemiz için kâfi sebepler mevcuttur.)

Bu özlü eser hukukun mahiyetini ve bünyesini ve içtimai hadiselerle münasebetini anlamak istiyenler için paha biçilmez bir kaynak olacaktır. Üsküdar savcılığının günlük işleri arasında ilmî ve çetin konularla uğraşmak imkânını yaratan ve Türk hukuk kütüphanesini cidden zenginlendiren bir eser hediye eden değerli müellifi tebrik ederiz. Eserin masrufu kadar zarfında iiina gösterilmiş olmasını ayrıca kayda şayan bulmaktayız.

*Cemâl Köseoğlu:Haşiyeli Türk ceza Kanunu.*İstanbul,cihan kütüphanesi, 1945, beşinci basılış, forma: 12 X 17, 734 sayfa, 450 kuruş.

Üsküdar asliye ceza yargıcı Cemâl Köseoğlu haşiyeli Türk Ceza Kanunu adlı eserinin beşinci basılışını yayınlamış bulunmaktadır.

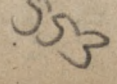
Eser bütün tadilliklerile birlikte kanunun metnini, ilgili ve en yeni Yargıtay içtihatlarını, tamimleri, meriyyet kanununu, adliye Harç Tarifesi Kanunun cezai hükümlerini ve müellifin notlarını ihtiva etmektedir.

Beşinci basılışta, diğer basılışlardan farklı olarak, baş taraftaki gerekçeler kadırılmış, yargıtayın en son içtahatları alınarak maddelerin tadilden önceki şekillerine ait kararlar çıkarılmış ve kanun metninin tam ve sıhhatli olarak basılmasına bilhassa dikkat ve itina edilmişiir.

Hukuk kütüphanemize (haşiyeli Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu), (Askerî ceza ve askeri muhakeme usulü kanunları), (Hususi kanun ve nizamlardaki ceza hükümleri), (Tevhidi içtihat kararları) gibi eserler kazandırmış olan müellifin (Haşiyeli Türük Ceza Kanunu) adlı eserinin ne büyük bir ihtiyaca cevap verdiğini belirtmek için 1935 yılından beri beş defa basılmış olduğunu söylemek kâfi gelecektir.

Dr. Nurullah Kunter

Dr. ANDREAS S.B.SCHWARZ (Dr. Türkân BASMAN): ***ROMA HUKUKU DERSLERİ.*** Birinci Cilt, İkinci basım. İstanbul Kenan Matbaası 1945, 303 sahife. 100 kuruş.



İstanbul hukuk fakültesinin bilgin medenî hukuk ve Roma hukuku ordinaryüs profesör Dr. A. B. SCHNWARZ, iki yıl önce yayımladığı Roma hukuku derslerinin birinci cildini, yeniden gözden geçirdikten ve esaslı bir surette genişleterek ikinci defa bastırmış bulunuyor. Konuyla ilgili olan bütün hukukçular bu değerli eserin bu kadar itinayla ikinci defa basılmasından dolayı büyük bir sevinç duyacaklardır. Çünkü sayın profesör yeni bir medeniyet çevresine intikal işini muvaffakiyetle başaran yeni Türkiye için büyük bir önem taşıdığı muhakkak bulunan Roma hukukunun sayılı üstatlarından olduğu gibi öğretme sanatının bütün inceliklerine vakıf olan yüksek bir öğreticidir. Roma hukuku gibi, hukukun adeta fosiller bilgisi gibi soğuk ve cazibesiz sanılan bir alanını canlı ve alaka verici bir tarzda incelemek onun, şüphesiz ki, en büyük başarı amillerinden birisidir. Nitekim, sayın profesör kitabının önsözünde bu noktaya ne kadar ehemmiyet verdiğini bizzat şu suretle anlatmaktadır : " Bu kitap, Roma hukuku ilminin malzemesini imkân ölçüsünde tam olarak içine alan bir elkitabı olmak iddiasında olmadığı gibi, talebenin, zihnine yerleştirmesi gereken lüzumlu bilgilerden ibaret mahdut bir ders kitabı da değildir. Gayesi, kendisinde henüz hiç bir hukuk bilgisi bulunmayan bir müptediye Roma hukuku ilmi bakımından bilinmiye değer ehemmiyetli şeyleri yalnız öğretmekle kalmayıp hevesle okumıya da elverişli şekilde anlatmaktır. Roma hukukunun bu günkü hukuk kültürü bakımından taşıdığı ehemmiyet ve öğretimile güdülen gayeleri kitabın başlangıç kısmında açıkladım. Modern kültür alemindeki hususî hukukların büyük bir kısmı ile bu arada Türkiyenin yeni Medeni Hukuku için Roma hukuku müşterek tarihi bir temeldir. Bu hukuk nizamlarının ilim gözüyle kavranabilmesi için Roma hukukunu hutanımak şarttır. Buna göre Roma hukukunun öğretimi her şeyden önce bu günün hususi hukukuna bir başlangıç teşkil etmek vazifesini görmelidir. Genç talebenin Roma hukukunu ilgile sevebilmesi için, mümkün olduğu kadar kendisine ölü bir konunun yükletildiği hissi gelmemesine çalışılması gerektiği fikrini öteden beri müdafaa etmekteyim. Bilâkis talebe, Roma hukukun uöğrenmesi lâzım geldiğini anlamalıdır. Çünkü bu hukuk — temamen değişik bir şekilde de olsa — zamanımızın hukuk nizamlarında yaşamakta ve kültür aleminde çeşitli devletlerin hukukçularını birbirine bağlıyan müşterek bir öğretim ve eğitim unsuru olmakta devam ediyor."

Sayın profesör, Roma hukuku öğretiminin hangi gayeleri takip etmesi lâzım geldiğini de şu suretle gösteriyor :

1 — İlk gaye olarak Roma hukuku öğretimi, geçer hukukumuzun

ve bilhassa bir çok hukukî kaidelerin kaynaklarını izah ile medenî hukukun anlaşılması için zarurî bir giriş teşkil etmektedir. Bu sebeple ilk önce Roma hukukunun modern hukukta yaşıyan kısımlarının tedris edilmesi lâzım geleceği aşikârdır.

2 — Bundan başka, Roma hukuku öğretimi bizi genel olarak hukukî düşünce tarzlarına alıştırarak, Romalılar tarafından meydana konup, bugün halâ yaşıyan esas mefhumları öğretmek suretile, umumî hukuk tahsili için bir başlangıç mahiyetinde olmalıdır.

3 — Roma hukukunun tetkiki, mukayeseli hukuk tetkikleri için bir esas teşkil etmelidir. Ancak bu sayededir ki, birbirinden müstakil olan bütün hukuklar kolayca anlaşılabilir.

4 — Roma hukukunun tetkiki bize hukukî müesseseleri tarihî inkişafları içinde göstermeli ve böylece de bizi dünya hukuk tarihinin inkişafı hakkında aydınlatmalıdır.

5 — Nihayet doğrudan doğruya Roma hukukuna ait metinlerin okunmasına ve yorumuna başlamak suretile, Roma hukuku öğretimi, bunları yazanları zihniyeti hakkında bize bir fikir vermelidir. Ancak bu gayeye ulaşmak için, Romalı hukukçuların eserlerinin yazılmış olduğu lâtin dilinin de bilinmesi lâzımdır. Eserin muktevasına gelince: Kitap iki bölüme ayrılmıştır. Roma hukukunun tarihi ve kaynaklarına ayrılan birinci bölümün birinci kısmı şu bahisleri ihtiva etmektedir: Roma ve Roma hukuku (Roma tarihinin devirleri, Roma ve hukuku), Roma hukukunun modası.

Roma ve Roma Hukuku (Roma tarihinin devirleri, Roma ve Hukuku), Roma Hukukunun modern dünya üzerinde tesiri ve Roma Hukuku öğretmeninin ehemmiyeti (Roma Hukukunun iktibası ve modern hususî hukuklar üzerinde tesiri, Roma Hukukunun hukukî düşünce üzerindeki tesiri, Roma Hukukunun mukayeseli hukuk ilmi bakımından önemi, Roma Hukukunun hukuk tarihi bakımından önemi).

Roma Hukuku araştırmalarının Türkiye ile olan ilişiği (Bizans devri, Eski Türkiye, Yeni Türkiye), Roma hususî hukuku ve âmme hukuku, Hususî hukuk sistemi, Roma Hukukunun esas bilgi kaynakları, (Justinianus kodifikasyonu, Justinianus'dan evvelki kaynaklar, Hukuk dışı edebiyat, Kitabeler, Papürüsler), Roma Hukuku kaynaklarının basıları (Corpus iuris civilis, Justinianus' tan evvleki hukuk kaynakları, Bizas hukuk kaynakları, Hukuk dışı edebiyat, Kitabeler, Papirüsler), Roma hukuk ilminin bibliyoğrafyası (Roma hususî hukuku sistematik ders kitapları, Roma Hukuku tarihi hakkında tetkik-

533

ler, Hususile Roma Hukuku kaynaklarını tetkik eden eserler, Roma Hukuk mahkemeleri usulü, Roma âmme hukuku, Ceza hukuku ve ceza mahkemeleri usulü, Yunan hukuku, Mısır ve Mısır — Yunan hukuku (bapiroliji), Kadim şark hukukları (çivi yazısı kaynaklar), Roma Hukuku ve romanist ilmin esaslı temayülleri hakkındaki eserler, Roma tarihi, Ansiklopediler, En mühim Roma hukuku mecmuaları, Bir müellifin muhtelif edüdlerini bir ayraya toplıyan eserler, Bazı âlimlerin şerefine neşredilen" Mélanges" ve etüdler, Kamus, Lûgat ve İndeksler, Bibliyoğrafyalar).

Roma hukuku ve ilminin gelişme tarihine ayrılın ikinci kısımda şu bahisleri buluyoruz :

Roma Hukuku tarihinin devirleri, Eski t amül hukuku ve gelişimi, Oniki Levha Kodifikasyonu (Oniki Levha kodifikasyonunun siyasî sebepleri: Patricii ve plebs mücadelesi, Oniki Levhanın menşeinin tarihçesi, Oniki Levhanın hakikiliği meselesi, Oniki Levhanın yeniden tesis ve teşkili meselesi), Devam: Oniki Levhanın muhtevası ve karekteri: Ius civile'nin, (Qurites hukukunun) ana hatları (Oniki Levhanın genel temayülü, Oniki Levha kanununda toplanan Quirites huhukukunun ana prensipleri, Usul hukku, icra, Suçlar ve hkasız fiiller, Aile ve miras, Mamelek ve Quirites hukuku mülkiyetinin iktisabı, Bağıtlar" akitler"), Rahip (Pontifex) hukukçuların içtihatları.

Oniki Levhadan sonraki Cumhuriyet devri kanunları (Halk meclislerinin kanunları, Halk meclisi kanunlarının nevileri, kanunların yapılış şekli), Praetor hukuku (Ius honerarium), (Pretorların majistralıkları, Pretörların yetkisi (imperium), Pretor beyannamesi (edictum), Pretorların himaye vasıtaları, Pretorların hususî hukuk üzerinde tesiri, Ius civile ve Ius honorarium, Ius honorariumun tedvini): Salvius Julianus tarafından tanzim edilen beyanname), Vatandaşlar hukuku (Ius civile) ve kavimler hukuku (Ius gentium), Principatus devrinde hukukun gelişimi ve o devrin kanunları (Principatus rajiminin siyasi karekteri, Principatus devrinde hukuk kaynakları), Klâsik İurisprudentia (ilmî içtihatlar), (Klâsık hukuk ilminin ölçüleri Cumhuriyet devrinde hukuk ilmi, Ius publice respondendi (aleni cevap vermek hakkı), Klâsik hukukçular, Klâsik hukuk ilminde hukukî esertipleri, Klâsik hukuk ilminin genel karekteri), İmparator kanunları (Constitutia), Dominatus (son imparatorluk) devrinde hukukun gelişimi: Postklâsik devir ve Bizans hukuku devri, Justinianus Kodifikasyonu, Roma Hukuku ilminin tarihçesi. I Orta çağın skolastik ilmi, Devam: 16 ve 17 inci asırların humanist Roma hukuku doktrini.

556

Devam: Müşterek hukuk ilmi ve bilhassa 19. yüzyılda tarihî mektep, Bu günkü tarihi romanist ilim.

ROMA HUSUSÎ HUKUKUNUN SİSTEMATİK AÇIKLAMASI'na ayrılan ikinci bölümde şu bahisleri buluyoruz.

"İus" uu manası: Hukuk ve hak, Actia kavramı, Süp Jektif hakların nevileri ve bunlara uyan davalar, (Mutlak haklar, Nisbî haklar), aynî haklar ve borçlara müteallik haklar ayırımının uygulamada ki önemi, Hak sahibi ve şahşiyet: Gerçek kişiler ve tüzel kişiler, (Hak sahibi kavramı, Şahsiyet ve hukukî ehliyet, Şahısların nevilerin), İnsan şahsiyetinin unsurları (Statüs libertatis, Statüs civitatis, Statüs familiae), Statüs'daki değişmeler ve Capitis deminutio, (Statüs libertatis'deki değişmeler, Statüs civitatis'deki değişmeler, Statüs familiae'deki değişmeler, Capitis deminutio, İnfamia), Hukukî işlem, Medenî hakları kullanma salâhiyeti (Handlungsfähigkeit), (yaş, Akıl hastalığı, İsraf, Kadınların medeni haklarını kullanma salâhiyetindeki tahditler), Rızayı bozan haller(Hukukî işlemin saikleri ve hata, Haksız şekilde meydana getirilen saikler), Hukukî işlemlerde kayıt ve şartlar(Şart (Condicio), Ecel (Dies), (Hakların iktisabı: Aslen iktisap ve halefiyet yolile iktisap, Hakların himaye ve müdafaası ve usul hukukunun bünyesi (Hakların hususi şekilde himayesi ve devlet tarafından himayesi, Roma usul hukukunun esas bünyesinin gelişimi Ordu iudiciorum privatorum, Extra ordinem muhakeme usulü). Litis contestatio(davanın tesbiti): Legis actio usulü ve formula usulü), formula ve tanzim tarzı: İntentio ve Condemnatio, (İntentio, Condemnatio). Formula ve tanzim tarzı (devam): Exceptio.

Bu özlü eseri okuyucularımıza tavsiye ederiz

HÜSEYİN AVNİ GÖKTÜRK, ***Aile hukuku***, ikinci basım, Ankara, R.Ulusoğlu basımevi, 1945, sahife 248—548, fiyatı 600 kuruş.

Hukuk edebiyatımızda son yıllarda şimdiye kadar görülmemiş bir canlılık manzarası gösteriyor. Kâğıt, basım sıkıntılarının her türlü yayımı adeta imkânsız kılacak kadar güçleştirmesine rağmen her çeşit: Nazarî, tatbikî, didaktik... kitapların sayısının her gün biraz daha arttığını, önce basılmış kitapların ikinci, üçüncü... basımlarına eriştiğini seviçle müşahede ediyoruz. Fakat bizi asıl sevindiren cihet, çıkan kitapların yalnız sayısının artması değil, muhtevalarının da gittikçe daha iyiye doğru gitmesidir. Ondokuz yıl önce başlıyan kanun devriminin yalnız yasalı (teşrii) metinler alanında kalmadığını, fikir ve zihniyet alanında da feyizli sonuçlar vermeğe başladığına bundan daha iyi bir delil olabilir mi?.

Ankara Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Okulunun değerli me-

559

denî hukuk profesörü Dr. Hüseyin Avni Göktürk, Siyasal Bilgiler Okulu yayımları içinde yer alan ***Aile hukuku*** adlı eserini ikinci defa bastırmış bulunuyor. Bir yıldan az bir zaman içinde ikinci defa basılması bu eserin, gerek üniversite çevresinde, gerek üniversite dışı hukuk âleminde gördüğü büyük rağbeti açıkca göstermektedir.

Sayın müellif, eserinin yeni basımının hazırlanmasında da Profesör P.Tuor'un maruf eserinin Deshenaux tarafından yapılan Fransızca tercümesini de göz önünde tutmuştur. Bundan başka, kitap baştan başa yeniden gözden geçirilerek yayımlandığı zamandan beri meydana çıkan yeniliklerle uyumlaştırılmış, bu maksadın gerekli kıldığı birçok ilâve değişiklik ve icabında genişletmeler yapılmıştır. Ayrıca, eserin kadrosunun müsaadesi nisbetinde tatbikatta göz önünde tutulmuştur. İsviçre hukukunun ve dolayısile memleketimiz hukukunun anlaşılması bakımından pek mühim olan İsveçre Federal mahkeme kararlarının Journal des Tribunaux'da çıkan tercümelerine atıflar yapılmak suretile fransızca bilen okuyuculara ayrı bir kolaylık gösterilmiştir. Yeni basında Türk doktirinindeki verilmerin de nazara alınması ve münakaşa edilmesini çok yerinde bir hareket sayıyoruz.

Eserin içindekilere gelince, kısatmalar cetveli ve önsüzlerden sonra, birinci bapta Kanunumuzun tanzim tarzına bir bakışı takiben birinci fasılda evlenmenin kurulması ve sona ermesi meselesi incelenmiştir. Bu fasılda yer alan meseleler sırasile şunlardır: Nişanlanma (nişan sözleşmesi), nişan sözleşmesinin tabiat ve mahiyeti, nişanlanmanın tabiat ve mahiyeti, nişanlanmanın ve nişanı bozmanın hukukî hükümleri, evlenme akdinin kurulması (evlemenin inikat şarları, evlenmenin inikadında yapılacak formaliteler), evliliğin sona ermesi (evlenmenin butlanı, boşanma ve ayrılık).

İkinci fasılda şu bahisler incelenmiştir: (evlenmenin umumî hükümleri): yönellici prensipler, evlenmenin şahsî hükümleri (eşlerin evlilik birliğindeki durumları, evlilik birliğinin korunması), evlenme malları rejimi huhuku (evlenme mallar, rejiminin tesbitinde eşler zorlanmalı mı? Evlenme malları rejiminin değiştirilebilmesi veya değiştirilememe meselesi, kanunî mal rejimi, evlilik mameleki ve mahfuz mamelek). Muhtelif mal rejimlerine ayrılan üçüncü fasılda şu konular ele alınmıştır: Mal rejimlerinin nevileri, mal ayrılığı (tam ayrılık prensiplerinin istisnaları), mal birliği (eşlerin mallarının mülkiyetinin kendilerine ait oluşu prensibi, birlik mallarının idare ve intifaının birleştirilmesi, evlenmenin zevali halinde mal rejiminin tasfiyesi), mal ortaklığı (esasların tanzimi, mal ortaklığı rejiminin mahiyet ve hukukî esaslarından çıkan neticeler, esas tanzim tarzının

552

istisnaları, mal ortaklığının tali nevileri), karı koca malları rejimleri sicilli (bu sicilin gayesi ve tescile tabi mallar, mal rejimleri kütüklerine tescilin hukukî hükmü, mal rejimleri kütüklerinin teşkilâtalı ve yürütülmesi), evlenme malları rejimlerinin şematik gösterilmesi.

İkinci bap hısımlığa ayrılmıştır. Birinci fasılda nesebi hukuka uygun çocuklar müessesesi ele alınmıştır. Burada şu meseleler incelenmiştir: Nesebin kaynakları, sahih olmaktan çıkan nesep bağı, nesebin düzeltilmesi, evlât edinme), sahih nesebin genel hükümleri (ana baba ile çocukların teşkil ettiği topluluk, velâvet, çocuğun şahsı bakımından velinin hakları ve vazifeleri, velâyet altındaki çocukları koruma tetbirleri. Evlenme dışı çocuklara ayrılan ikinci fasılda şu bahisler yer almıştır: Kanun yapma siyaseti bakımından halli gerekli mesele (genel bilgiler, medenî kanunumuzun tanzim tarzı), evlenme dışı babalıktan doğan hukuk münasebetleri (evlenme dışı babalığın dayandığı işlemler: Tanıma, babalık hükmü, evlenme dışı babalığın hukukî hükümleri. Aile topluluğuna ayrılan üçüncü fasılda şu konuları buluyoruz: Kavram ve muhteva, nafaka mükellefiyeti, (nafaka borcu, nafakanın muhtevası ve şümulü), ev reisliği (esaslar, ev reisliği kavramı, ev reisi), aile malları (aile vakfı, aile şirketi emvali, aile yurdu). Vesayete ayrılan üçüncü babın birinci faslında vesayetin genel olarak teşkilâtlandırılması ele alınmış ve bu münasebetle şu meseleler incelenmiştir: Vesayet uzuvları (vesayet makamları, vesayet vazifesinin görülmesi), vesayetin kuruluşu (vesayet altına komanın ve kısıtlamanın sebepleri, vazife ve selâhiyet meselesi, vasi tayininde usul), kayyımlık ve müşavirlik (kanunun tanzim tarzı, kayyımlık, müşavirlik, görev, yetki ve muhakeme usulü). Vesayetin idaresine ayrılan ikinci fasılda vasinin vazifeleri ve hakları (genel bilgiler, vasinin işe başlarken yapmakla mükellef olduğu vazifeler, vasinin vesayetin devamı esnasındaki vazifeleri), kaasırın kendi kendine veya vasi ile birlikte muamele yapması (vasının yaptığı muamelelere kaasırın katılışı, kaasırın kendi kendine muamele yapabilmesi meselesi), vesayet dairelerinin vesayete katılma ve karışmaları, vesayet uzuvlarının mesuliyeti (mesuliyet davasının şartları, dava hakkının kullanılması, tanzimat davasının zaman aşımı). Vesayetin sonuna ayrılan üçüncü fasılda sona erme ve erdirilme sebepleri ile vesayetin sonuna bağlı neticeler incelenmiştir.

Eserin sonuna ilâve edilen kavramlar üzerine alfabetik, has adlar üzerine alfabetik fihristler, ile kanun ve mevzuat madde numaraları üzerine fihristler kitaptan istifadeyi kolaylaştırmaktadır.

559

C.R. EYÜPOĞLU: Genel ve özel tekaüt hükümleri ile şerh ve izahları. Ankara Devlet matbaası. 1945. 832 sahife Fiyatı 10 lira.

Asrî devlet, en son tahlilde muayyen amme hizmetlerinin yürütülmesile görevlendirilmiş, bir takım yetkilerle teçhiz edilmiş bir memurlar ordusu şeklinde görünür. Devletin görevleri arttıkça ve her gün yeni bir tenevvü kazandıkça memur sayısı da artmakta ve bir çok sınıflara ayrılmaktadır. Bu hal yalnız memleketimizde değil, bütün medenî memleketlerde müşahede edilen umumî bir hadisedir.

Fakat memurların yalnız görevlerini gördükleri zamana ait meseleleri düzenlemek kâfi değildir; onların sağlık ve yaş sebebile görevlerini göremiyecek hale geldikleri zaman hayat ve maişetlerinin temin edilmesi lâzımdır. Bu garantiyi veren tekaüt hükümleridir. Ancak memleketimizde meri tekaüt hükümleri çeşitli kanunlarda dağılmış, irtibatsız bir haldedirler.

Sayın Eyüpoğlunun yetkili kalemile üç kitap halinde hazırlanan bu tatbikî eser, memleketimizde Devletin, kamu tüzet kişilerinin, iktisadî devlet kurumlarının ve bütün bunlara bağlı müesseselerde çalışan memurların tekaütlük haklariyle ilgili bütün hükümleri ve bu hükümlerle ilgili bütün teşrii, kazaî ve icraî içtihat ve kararları ihtiva etmektedir.

I. ci kitapta kanun ve nizamnamelerin metinleri haşiyeli olarak toplanmıştır.

II ci kitapta, birinci kısım olarak 1683 numaralı „Mülkî ve Askerî Tekaüt Kanunu" madde şerh ve izah edilmektedir. II ci kitabın 2 ci kısmı 1683 numaralı kanun dışında kalan hükümlerin şerh ve izahına tahsis edilmiştir.

III. cü kitap, 4 kısım halinde, Büyük Millet Meclisi yorumlarını ve o mahiyetteki kararları; Sayıştayın üç aylık raporlariyle Genel Kurul kararlarını; Büyük Millet Meclisi Dilek Encümeni kararlarını; Danıştay kararlarını; idareye ait genelgelerden mühimlerini ve nihayet tekaüt işlemlerinde özel olan takvim cetvelini; ihtiva etmektedir.

Müellif önsözünde şunları söyleyor: «Eserin noksansız olarak hazırlanmasına dikkat ettik. Bununla beraber çalışmalarımızın sonlarına doğru, eseri umduğumuz ve istediğimiz mükemmellik derecesine ulaştıramadığımızı üzülerek gördük.

Ancak yüzlerce kanunda serpili bir halde bulunan hükümleri ve yine binleri aşan teşrii, kazaî ve idarî içtihatları toplamanın bunları birer birer inceleyip ayıkladıktan sonra da kanun metinlerini şerh ve izah etmenin cidden güç bir iş olduğunu okuyucununda takdir ederek raslıyacağı hata ve noksanları müsamaha ile karşılıyacağından eminiz.»

566

SADEDDİN KERİM GÖKAY: *İcra dairelerinde gayrı menkullerin satışı ve fesih sebepleri.* İstanbul Barosu neşriyatı N. 7, İstanbul Tan matbaası 1945, 184 sah. 200 kuruş.

Tarihî, ekonomik ve bilhassa coğrafî çeşitli sebeplerden dolayı memleketimizin bugün esas itibarile ziraî iktisat hünyesine malik olduğu malûmdur. Bu iktisadî durumun tabiî ve zarurî neticesi olarak gayrı menkul mal genel tabirile ifade edilen servet kısmı mamelek hukukumuzda başlıca yeri işgal etmektedir: gerçekten mahkemelerimizde görülen dâvaların çoğu, şu veya bu bakımdan bir gayrı menkul ile ilgilidir, icrada takip edilen alacakların tahsil mahalli çok kere bir gayrı menkulden ibarettir.

Memleket hukukcusunun vazifesi, öyle sanıyoruz ki, *Türk* hukuk hayatının meseleleri üzerinde durmaktır. Herkes kendi iştigal, ihtisas alanına giren meselelerin halli için düşünür ve bu düşüncelerini hukuk alemimize tebliğ ederse, hukuk kütüphanemizin temelleri daha sağlam atılmış olur.

Sevinçle görüyoruz ki İstanbul icra yargıçlarından Sadeddin Kerim Gökay İstanbul Barosu neşriyatı arasında yayımlanan eserile icra hukuku edebiyatımızın bir boşluğunu doldurmak için ilk adımı atmış bulunuyor: İcra dairelerinde gayrı menkullerin satışı ve fesih sebepleri" adını taşıyan kitap icra hukuku ile ilgili herkesi yakından alâkalandıran bir konuyu, tatbikatta rastlanan bütün güçlükleri de cevablıyan bir tarzda incelemektedir. Kitap, yalnız kuru bir nazariyat veya görenek halini almış bir tatbikatın ifadesi değildir. Ana kavramların anlaşılması için muteber eserlere müracat edildiği gibi tatbikatçıları yakından ilgilendiren yargıtay kararlarına da geniş bir yer ayrılmıştır. Eserin sonuna konulan arama cetveli kitaptan istifadeyi kolaylaştırmaktadır.

Kitabın içindekilere gelince; giriş mahiyetini taşıyan umumi izahlar kısmından sonra gayri menkullerin satışı ele alınmakta ve bu münasebetle cebri icra yolları, haciz yolu ile takip, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip, iflâs yolu ile takip meseleleri incelenmektedir. Daha sonra iştirak halinde mülkiyet ve müşterek mülkiyet konuları tetkik edilmiş ve bu münasebetle bu iki müessesenin hukuki mahiyetleri, tarihçeleri, başlıca vasıfları, tasarruf, idare, intifa ve istimal salâhiyeti bakımından her iki mülkiyet arasındaki münasebet ve farklar, iştirak halinde mülkiyetin haczi ve satışı, bu husustaki nazariyeler ve yargıtay kararları gözden geçirilmiştir.

İkinci kısımda hususi kanunlar, tahlil edilmiştir. Bu arada emniyet

56/

sandığı ile ilgili 3202 numaralı ve 7/4/939 tarihli nizamnameye göre gayri menkullerin satışı, bu satışın icra dairelerinde yapılan satıştan farkı, yargıtay icra ve iflâs kararları tetkik edilmiştir. Emlak ve Eytam bankası ile ilgili olarak 3/6/926 tarih ve 844 sayılı kanuna göre gayri menkullerin satışı ve bu hususa mütedair yargıtay kararları gösterilmiştir. Satışın feshine ayrılan üçüncü kısımda umumi izah başlığı altında gayri menkul tabirinden ne anlaşılacağı, mütemmim cüzü ve telerruatın haczi ve satışı kabil olup olmadığı, paraya çevirme ve fesih, paraya çevirme ve nevileri, fesih ve kavramı ve gayesi, satış kararından sonra yapılan muamelelere ait fesih sebepleri, artırma ilânı şartlarının tayini, gayri menkulün hukukî vaziyeti, mükelleflyetler listesi, ilânın tebliği, ihale, 129 uncu madde, yargıtay icra ve iflâs dairesinin kararları sırasiyle gözden geçirilmiştir. Satış kararından önce yapılan işlemlere ait fesih sebepleri başlığı altında tebliğatın noksanlığı, alacağın miktarına ve faizine ait şikâyetler, haczin müddeti içerisinde takip edilerek gayri menkulün paraya çevrilmesi, kıymete itiraz, satışın müddeti içinde yapılmaması ve yargıtay icra ve iflâs dairesinin bu konu ile ilgili kararları izah ve beyan edilmiştir.Satış bedelinin ödenmemesi konusu üzerinde yine yargıtay kararları verildikten sonra ihalenin feshi ve farkının tahsili başlığı altında yargıtay kararları ihalenin feshinden kimler hasım tutulur ve kimler. ihalenin feshini istiyebilirler. İhalenin feshinde beyyine külfeti, ihalenin feshinde delil mevzuları işlenmiştir. Daha sonra ihalenin hukuki mahiyetine geçen ve müellif icradaki ihale beyyi midir meselesini tetkik etmiş ve ihalenin feshi taleplerinde vazifenin mercii gösterilmiştir. Nihayet son bir paragrafta cebri icra satışında şuf'a hakkı dermeyen edilebilip edilemiyeceği anlatılmıştır.

F. A.

SEZAÎ YILMAZALP: *Yargıtay, içtihat birleştirme genel kurul kararları özeti.* Ankara Doğuş matbaası, 58 sahife, 150 kuruş.

Tatbikatta önemi büyük olan Yargıtay içtihat birleştirme kararlarının tam metnini ihtiva eden toplamaların aksine olarak bu küçük kitap sadece karar özetlerini toplamaktadır. Bu küçük kitabın sahibi önsözde kitabı hazırlarken hangi makasatla hareket ettiğini şu suretle ifade etmektedir: «Cumhuriyet kanunlarının neşrinden zamanımıza kadar Yüksek Yargıtayın çıkarmış olduğu içtihat birleştirme genel kurulu kararlarının tatbikatla uğraşan hukukçularımız için ne kadar faideli ve önemli olduğu inkâr edimez bir hakikattir. Böyle mühim kararların toplu bir halde daima hukukcularımızın gözü önünde bulunması büyük bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu gün kararlar dağınık Düstur ve Resmî Gazete sahifeleri arasında bulmak hem

güç, hem de uzun zaman işidir. Bu kitapta her içtihat tarih ve Resmî Gazetede neşri tarihi sırasile dizilmiş olup kısa özleri ve alâkalı kanun ve maddeleri, ayrıca içtihadın tarih ve numarası yazılıdır. Bundan baska, aranılan bir içtihadın Düstur ve Resmî Gazetede aslını bulmak için her içtihdın Resmî gazete sayısı, Düsturun cilt, sahife numaraları yazıldığı gibi, kitabın sonuna bir de ceza ve hukuka ait alfabe fihrist ilâve edilmiştir. Bu suretle içtihatların hem aranmasını kolaylaştırmak, hem de mühteviyatları hakkında lüzumu kadar bilgi verilmiştir.»

ÇALIŞMA (*Çalışma Bakanlığı Dergisi*) sayı :I, 103 sahife, 50 kuruş.

Kuruluşund ki gayeyi bir an önce gerçekleştirebilmek için örmek teşkil edecek bir sürat ve titizlikle mesaisine devam eden Çalışma Bakanlığı, kendi iştigal alanına giren meseleler hakkında sesini duyurmak için bir dergi yayımlamağa başlamıştır. İlk sayısı, basımının temizliği, muhtevasının zenginliği ile dikkati çekmektedir.

Dergi'nin ilk yazısı sayın başbakanımız *Saraçoğlu*'nun (imzasını taşıyor:

"Memleketimizin çalışma hayatını düzenlemek ve geliştirmek amaciyle kurulmuş olan Çalışma Bakanlığının dergisi, çalışan insanlara refah sağlamak ve Vatanın kalkınmasında insan enerjisinin verimini arttırmak, programımızda fikir organı olarak hizmet görecektir. Dergi'min, ileri ve mamur Türkiye ülkümüzde amaç edindiği gayelere ulaşmasını, çok okunan, çok aranan bir yayın vasıtası olmasını dilerim.„

Çalışma Bakanı *sayın Prof. Sadi Irmak* "Dergimiz ve amacımız" başlığını taşıyan bir yazıda çalışma dergisinin amacını şu suretle ifade etmektedir: "Çalışma Bakanlığı, yüklendiği sosyal ve ekonomik görevleri başarmak için çalışanlarla, çalıştıranlarla ve bütün milletle en sıkı bir iş birliği halinde bulunmak zorundadır. Bu Dergi iş birliğini sağlayacak vasıtalardan birisi olarak yayımlanmaktadır. Bu sebeple dergimiz, sadece bakanlığı ilgilendiren kanun, tüzük, genelge ve buyrukları memurlarına bildiren bir organ olmakla yetinemez. Onun sayfalarında kendi rejimimizin çalışma konusundaki görüşünü belirtmek, başka memleketlerin bu alandaki faaliyetlerine yer vermek, çalışanların haklarını ve sağlıklarını korumak için girişilen ve girişilecek olan teşebbüsleri anlatmak, çalışma gücümüzün verimli kullanılması meselelerini ortaya koymak, bizzat çalışanların düşünce ve dileklerini aksettirmek ve nihayet çalışanlara pratik ve faydalı bilgiler vermek niyetindeyiz. Bu sebeple dergi, yalnız kendi memurlarımızın değil, memleketin bütün fikir adamlarının ortak eseri olacaktır....„

Çalışma dergisinin ilk sayısında yer alan öteki yazılar sırasıyle şunlardır:

Esat Tekeli: Sermaye ve emek gelirlerinde fark gözetme,—*Enis Behiç Koryürek*: Türlü işlerde çalışanlar ve bunlarla ilgilenme ödevimiz. — *Muslih Fer*: Milletlerarası çalışma teşkilâtı. — *Şevket Süreyya Aydemir*: Herkese iş, herkese ocak, herkese toprak. — *Şefik Bilkur*: Çalışma istatistikleri. — *Prof. Dr. Sadi Irmak*: Beveridge plânına göre sosyal dayanışma. — *Osman Şevki Uludağ*: İş ve işçi. — *Faris Ulubay*: Çalışma düzeni hakkında. — *İ. Hakkı Yeniay*: Çalışanlar ve çalıştıranlarla bir konuşma. — *Prof. Dr. Saip Atademir*: Çalışma hekimliğinin konusu ve gelişmesi. — *Vedat Bayru*: Meslek riskleri sigortalarının teşkilâtlanmasında devletin rolü. — Sosyal hedeflere erişilmek üzere takibedilecek ekonomik siyasetlere dair karar. – Çalışma eğitiminin esasları. — *Süleyman Burçak*: Yerde yatan servet, işlemiyen kol ve çalışma ruhu. — *Dr. Suat Seren*: Gözlerimizi koruyalım. — *Fahri Dalyar*: Geçmiş yüzyıllarda dokumacılığımız. — Çalışma Bakanlığı Ankarada ve başka yerlerde işçi yurdu yaptırılmasını incelemektedir. — *Hasan Refik Ertuğ*: Sosyal sigortalara doğru ilk adım. — *İ. Hakkı Yeniay*: Başka memleketlerde çalışma bakanlıkları hangi konularla meşgul olur? (Amerikada çalışma bakanlığı teşkilâtı, Fransa Çalışma Bakanlığı teşkilâtı ve görevleri). İş kazalariyle meslek hastalıkları ve analık sigortaları kanunu, işçi sigortaları kurumu kanunu, istatistiklerimize göre Türkiye nüfusunda çalışanlar, Çalışma Bakanlığının hazırladığı kanun tasarıları.

Bu faydalı dergiye başarılar diler, okuyucularımıza tavsiye ederiz.

F. A.

DANIŞTAY KARARLAR DERGİSİ, *Sayı 28, Mart 1945*.

Üç ayda bir yayımlanan bu faydalı dergi Yüksek İdarî yargı katımızın önemli kararlarını temiz bir baskı ve iyi bir tertip ile okuyucuların istifade nazarlarına arzetmektedir.

Derginin son sayısında şu kararları buluyoruz: Danışma kararları, yargı kararları: dâva dairelerî genel kurulu kararları, (içtihadın birleştirilmesi kararları, başka kararlar). Dördüncü daire kararları: Devlet vergi ve resimleri (kazanç, iktisadî buhran, istihlâk, muamele, hayvanlar, veraset ve intikal vergisi, gümrük resmi), özel idare vergileri (arazi vergisi, yapı vergisi). Belediye vergileri (belediye vergi ve resimleri). Beşinci daire kararları: memur, maaş, yolluk ve yevmiye, emekli, dul ve yetim maaşı, askerlik işleri, uygurluk, madenler ve taşocağı, kamulaştırma, iskan ve göçmen işleri, met-

566

ruk mallar, imar ve yapı, okul ve imtihan, vakıf, köy, muhtarlık, seçim, basın, avukatlık, noterlik, eczacılık, taahhüt ve sözleşme işleri).

Üç ayda bir yayımlanan bu dergi 50 kuruş mukabilinde satılmaktadır. Dergiye abone kaydedilmemektedir. Danıştay mutemetliğinden bedeli mukabilinde alınmaktadır.

İSTANBUL HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI, Cilt X, Sayı 3 — 4, Kenan matbaası, İstanbul 1945, 453 — 922 sahife, 200 kuruş.

Son iki yıldanberi aldığı yeni şekil ile çok okunan, çok aranan bir çalışma vasıtası halini alan bu değerli mecmuanın X. cildinin 3 ve 4. sayıları, beşyüz sahifeye yaklaşan büyük bir cilt halinde, yayımlanmış bulunuyor. Etütler kısımında şu yazıları buluyoruz: *Doç. Dr. Sulhi Dönmezer*: Edep ve iffete tecavüz ve edebe muhalif hareketler suçları. — *Doç. Dr. Recai Galip Okandan*: Hintte devlet ve devlette teorik görüşler. — *Doçent Ragıp Sarıca*: İdarî kararlardan dolayı idare aleyhine açılan tam kaza dâvaları. — *Asis. Vakur Versan*: İngilterede mahallî idareler ve devletle olan münasebetleri. —*Ord.Prof. Samim Gönensay*: Kat ve daire mülkiyeti. — *Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay*: Ehli vukuf mütalâasının ilmî değeri ve kanunî isbat kuvveti. — *Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz*: Hususi hukukun beynelmilele tevhidi meselesi. — *Doçent Dr. Ferit Hakkı Saymen*: Matlaplar kanunmudur?. — *Asistan Haydar Arseven*: Umumî mağazalar. — *Doçent Dr. Türkân Rado*: Roma hukukunda maldaki ayıptan dolayı satıcının mesuliyeti. — *Ord. Prof. Sadri Maksudî Arsal*: Farabinin Hukuk Felsefesi. — *Prof. Z. F. Fındıkoğlu*: Siyasî sosyoloji ve siyasî fırkalar. — *Maurice Garçon*: Ceza hukuku. — *Carlo Erra*: Teşebbüsten ihtiyarî olarak vazgeçme. — *Prof. Dr. Max Gmür*: Medenî kanuna göre nişanlılık münasebeti — *Ord. Prof. Max Pagenstecher*: Alman iflâs hukukunda konkordato meselesi. — *Prof. J. Denis*: Kadim Yunanda ahlâkî ve hukukî fikirler. Kronik kısmında ise şunları buluyoruz: — *Doçent Dr. Recai Galip Okandan*: 1944 yılı mevzuatı. (Doç. Ragıp Sarıca, Doç. Dr. Sulhi Dönmezer, Ord. Prof. Ebül'ula Mardin, Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, Ord. Prof. Samim Gönensay, Doçent Dr. Ferit H. Saymen): Maheme içtihatları, eser— tahlil ve tenkitleri (Doç. Dr Ferit Hakkı Saymen. — Prof. Dr. Hıfzı Veldet).

İZMİR BAROSU DERGİSİ. *Sayı 37. 122 sahife 120 kuruş*

Yeniden ve her üç ayda bir müntazaman yayımlanmağa başlıyan bu değerli derginin temmuz 1945 sayısında, makaleler kısmında su

561

yazıları buluyoruz: Emin *Degermen*: Gayrimenkulde sınıra mı ölçüye mi itibar olunur?.—Ö. N. Kilimci *oğlu*: Yer kiraları ve Paftos. Konferanslar kısmında Hamit Şevket İncenin Kölü malda muvaza ve merhumdan mürtehinin istifade hakkıbaşlıklı bir konferansı yer almıştır. Bundan sonra sırasile Sadık tüzel in Makul surette hareket etmek iktidarı başlıklı bir tecümesi ile yargıtay kararları, danıştay kararları, İzmirin eski avukatları hatıraları, Bibliyoğrafya, Derginin 1—37 saylarında çıkan yazıların umumî fihristi gelmektetir.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ, yıl XIX, sayı 8.

Baro dergilerimizin içinde tabir caizse doyen mevkiinde bulunan bu değerli Derginin ağustos sayısında şu yazıları buluyoruz: *Avukat Nihat Bartu*: Hisse senetlerine faiz verilebilirmi?—*Avukat Yakım Bahar*: Böyük avarya, *Avukat Münim Mustafa*: 1942—1943 adliye istatistiği.— *Avukat Faik Şevket Rumelli*: Hamilin bedele hakkı taalluk eder mi?.— *Avukat fuat Sedat Paçalıoğlu*: Yargıtay genelkurulunun bir içtihadı.—*Avukat Fuat Sedat Paçaloğlu*: Bibliyografya. Adlî kararlar.

HUKUK DERGİSİ Cilt, 2 sayı 16—17

Her ay biraz daha tekâmül ederek yayımlarına devam eden bu değerli derginin temmuz—ağastos sayısında şu yazılar yer almış bulunmaktadır: *Cudi Özal*: Mahkemelerin inzibat cezalarını taşıyan kararları temyiz olunabilir mi?. *Emin Büke*: Avukatlık kanunun 7, maddesi hakkında bazı düşünceler. *Samim Bilgen*: Orman kamulaştırılmasını ilgilendiren iki Danıştay kararı hakkında. *Ali Ulvi Aksoy*: Türk ceza kanunun 369, 370 ve 371, maddelerine giren suçlar hakkında. *İmran Öktem*: mahkeme kararlarına dair. *Çetin Ardalı*: Ceza kanunundaki zina suçu hükümlerine dair. Son ayda çıkan kanun ve kararlar, bibliyografya, yargıtay kararları, (hukuk kısmı, ceza kısmı,) Danıştay kararları.

SİYASÎ İLİMLER MECMUASI, yıl XV, sayı 171.

Bu değerli derginin haziran sayısında şu makaleler yer almıştır: *Namık Zeki Aral*: 1945 bütçe müzakereleri etrafında. *Dr. Nurullah Kunter*: Çocuk suçuluğu ile nasıl savaşmalıyız? *Dr. Ferit Ayiter*: Hukuk sosyolujisi: *Hasan Refik Ertuğ*: Basin ve sayım meselelerinin takiki. *Muhtar Yazır*: İthalatcı ve ihracatcı birlikleri. Çiftciyi topraklandırma kanunu. Değerli bir konferans. *Z. Tataç*: Sanayileşme hareketimizle ilgili tartışmalar. *Bedri Gürsoy*: Kambiyo kontrolu.

S66

SİYASÎ İLİMLER MECMUASI sayı 173, yıl XV.

Temiz bir kapak içinde yayımlanan son sayıda şu değerli makaleleri okuyoruz:

Hasan Refik Ertuğ: Dünya barışına doğru. *Muslih Fer*: Yarın için. *Dr. Hikmet Belbez*: Hava hukuku nasıl doğdu? *Namık Zeki Aral*: Milletler arası imar ve inkişaf bankası. *Dr. K. Fikret Arık*: İngiliz anayasa hukuku. *H. R. Ertuğ*: *İş hayatı* ile ilgili kanunlar. Sivil havacılık karşısında vazifelerimiz, *Barhan Belge*: İngiliz seçimleri ve neticeleri. *H. R Ertuğ*: Türkiye Cumhuriyeti merkez bankası' nın aylık hesap vaziyeti.

Vehbi Baykan: *Millî Korunma Kanunu hükümlerine göre Tahliye davaları*. İsparta Asliye Ceza Yargıçı. İstanbul, Tan Basımevi. Kr. 100.

İsparta yargıçlarından Vehbi Baykan «Birbirine benzeyen Hukuk davalariyle ilgili Kanunlar, içtihatlar, Makaleler» adı altında hazırladığı « Millî Kornma Kanunu hükümlerine göre tahliye davaları, Senede bağlı alacaklar, Şuf'a, Nafaka, Borçtan kurtulma» mevzulu kitaplarından ilki olan «Millî Korunma Kanunu hükümlerine göre tahliye davaları» adlı kitabını yayınlamakla hukuk kütüphanemize değerli bir tanesini daha kazandırmıştır.

Kitabın olgun ve mutevaziana yazılmış önsözünde yayın maksadı, hukukçulara; halka faydalı olabilme gayesi belirtildikten sonra mevzuların tanzim şekli hakkında izahat verilmiş ve Yüksek Adalet Bakanlığının tetkik ettiği kitap müsveddesi hakkında «Eserin faydalı ve bir emek mahsulü olduğu» yolundaki takdire işaret edilmiş, daha sonra da kitabın olaganüstü zaman icabı kâğıt ve basım zorluğu dolayısiyle biraz geç olarak yayınlanabildiği gösterilmiştir. Bundan sonra kitabın münderecatına geçilerek sırasiyle 3780 Sayılı Millî Korunma Kanununun 4648 sayılı kanunla değişen tahliyeye ait 30 ncu maddesi ve Kanunun muvakkat encümen mazbatası, 2490 sayılı Eksiltme ve İhâle kanununun Millî Korunma Kanununun tahliyeye ait 30 ncu maddesine muhalif hükümlerinin tatbik edilemiyeceği ve bunun şümulüne giren daireler, mülhak bütçelerle idare edilen daireler, hususi bütçelerle idare edilen daireler, İcra ve İflâs Kanununun 269, 272 nci maddeleri, Borçlar Kanununun tahliyeye ait 251, 253, 260, 262, 263, 265 nci maddeleriyle Medenî Kanunun tahliyeye ait 624, 630 uncu maddeleri, Hukuk usulü Muhakemeleri Kanununun 8 ve 13 üncü maddeleri, Tahliye ilgili 17, 53, 98 sayılı Koordinasyon kararları, tahliye sebepleri hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 3 ncü, 4 üncü Hukuk, Ticaret ve İcra ve İflâs dairelerinden çıkan 117 karar (bu kararlarda: dava, mahkeme ve yarıtay kararları gösterilmiştir.) ve bu kararların kolay ve kısa bir zamanda

562

bulunabilmesini sağlamak üzere karar özetleri ayrı bir kısımda cetvel halinde sıralanmıştır. Daha sonra tatbihatla meşğul hukukçularımızın tahliyeye dair dergilerde çıkan makaleleri konulmuştur. Ayrıca Yargıtay kararlarının daireleri ve sıra numaraları itibariyle arama ve kelimelerin Anayasa ve B. M. M. İçtüzüğüne göre karşılıkları cetvelleriyle, müracaat olunan eserler bibliyoğrafyası ilâve edilmiştir.Ayrıca davalarda yargıcın davanın mevzuuna ve ona bakan yargıtay daire kararını nazara alması inceliği de gösterilmiştir.

Değerli kitap bugün yalnız büyük şehirlerimizde değil küçük yerlerimiz de bile bir dert halini alan mal sahibi ve kiracı anlaşamamazlıklarını düzenlemek için çıkarılan Kanun ve kararları ve bu alanda yayınlanan makaleleri eksiksiz içine almakla kendi alanında büyük bir boşluğu doldurmakta ve bu husustaki yargıçın; avukatın, halkın ihtiyacını tam olarak karşılıyacak halde görülmüştür. Her yargıç arkadaştan böyle tatbiki eserler vermesini diliyoruz.

Kitaptaki sade dil, baskı güzelliği, tertip şekli, kelimlerin yeni terimlere göre kullanılması okukyucu için eser sahibini takdire sevk etmektedir.

Eser sahibinin kitabının önsözünde de söylediği gibi diğer kitaplarının yayın imkânını bulabilmesi için kendisini teşvik olmak üzere bu ilk eserinin hakkı olan tutumu hemen görmesini candan istiyor ve diğer kitaplarını da sabırsızlıkla bekliyoruz.

Değerli eserin Ankarada Akba kitabevinde, İstanbulda Üniveriste ve Cihan kitabevlerinde; İspartada Lütfi kitabevinde satılmakta olduğunu okuyucularımıza hatırlatırız.

Kâzım DERELİ

368

Yargıtay Kararları

Nr. 10 **Ceza Bölümü**

İÇTİHAT BİRLEŞTİRME GENELKURULU KARARLARI

Kamu dâvasına katılma

1— Şikâyet dilekçesi kamu dâvasına katılma dilekçesi sayılmaz.
2— Kamu dâvasına ancak ilk ve son soruşturmada katılınabilir.
3— Katılma dileği kabulüne açıkça karar verilmek gerektir.

(CK 365, 366, 367)

Yargıtay İçtihat Birleştirme Genelkurulu
Esas 27/10 — Karar 10

Ceza dâvalarında muştekilerin salâhiyetli mercilere istidaname vermeyip yalnız duruşmaya dahil olmaları müdahil sıfatını iktisaba ve tazminat hükmüne cevaz verip vermiyeceği hususunda Yargıtay ceza genelkurulunun ilâmları arasında meydana gelen içtihat aykırılığının halli için toplanan tevhidi içtihat kurulunca keyfiyet incelenerek:

Sonuçta;

Âmmenin emniyet ve selâmetini ve huzur ve rahatını bozan suçlardan ferdin hayatına, sıhhatına, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına dokunanlar da olacağından bu suretle bir suçtan acı duyan ve doğrudan doğruya zarar görenlerin âmme namına yapılacak olan ceza kavuşturmasına ilgilenmelerini ve adalet ve hak icabının yerine getirilmesini istemelerini tabiî ve zarurî görmek kadar bunların suçu ve suçluyu meydana çıkarmak hususunda önemli yardım ve bilgilerinden faydalanmak da doğru ve yerinde bir düşünüş olur.

Bunun için ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun kabul ettiği esaslı prensiplerden biri de; yukarda yazılı suretlerle suçtan zarar gören kimselerin kamu dâvasında savcının yanı başında ve fakat ona bağlı olmaksızın bir yetkili taraf hakkı ile yer alabilmeleri ve kendilerine tanınılan hak ve yetkiler ve bu yolda konulan usullerle

560

tahkikatın gidişine ve son hükmün çıkışına müessir olabilmeleridir. Bu esas kaideyi, kanunun 365, 367 ve 371 inci maddeleri hükümleri, gereği gibi belirtmiş ve bildirmiştir.

Bir ceza dâvasına ilkde ancak bu sebep ve amaç ile girmeleri caiz ye faydalı görülen suçtan zarar görmüş kimselerin sonradan aynı mahkemede şahsî zararlarının tazminini de istiyebilmeleri ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun kabul ettiği diğer bir usuldür. Kanunun 365 inci maddesinin gerek ilk ve gerek 3207 sayılı kanun ile değiştirilmiş son şekilleri bu hususu olduğu gibi açıklamağa yeter.

Hayatına, sıhhatına, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına dokunmuş olmasından dolayı bir suçtan zarar gören kimsenin kamu dâvasına girmek istemesi, kanunun 366 ıncı maddesinde bildirildiği üzere merciine verilecek bir istida veya zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyan ile olur. Bu zabıt varakası reis veya hâkime tasdik ettirilir. Bu suretle vukubulacak girme isteği üzerine yetkili merciin önce C. Savcısının mütalâasını aldıktan sonra bu isteğin kabule şayan olup olmadığına karar vereceği de aynı maddenin ikinci fıkrasında yazılıdır.

Kanunun bu kesin emri; kamu namına takibolunan bir ceza dâvası soruşdurmalarında ve en son bir ceza hükmü çıkmasında tesiri olabilecek kimsenin, hakikatta suçtan zarar görmüş olarak dâvaya girmeğe hakkı olup olmadığını anlamak ve ancak hak sahibine hakkını tanımak ve haksız ve yersiz şahsî duygu ve hareketlere meydan vermemek lüzum ve zaruretine dayanır.

Müdahele isteği üzerine merciin herhalde bir karar vermesi lüzumu, kanunun 367 inci maddesinde müdahale talebi kabul edildiği anda dâvaya dahil olan kimsenin şahsî dâva müddeisinin haiz olduğu aynı haklardan istifade edeceği bildirilmek suretiyle tekrarlanmış ve pekiştirilmişdir. Yine bu madde ifadesiyle müdahale hak ve yetkilerinin müdahale talebinin kabulü kararıyle başlayacağı ve bu kararın inşaî tesiri haiz olduğu pek açık olarak bildirilmiştir.

Kanunun bu emir ve icabına aykırı olarak müdahale isteğinin kabule şayan olup olmadığı hakkında açıkça bir karar varilmemiş olması, yargıtay incelemelerinde kanunun 307 inci maddesi uyarınca hükmün bozulmasını gerekli kılar.

Müdahale isteğinin ancak kamu dâvasının açılmasından sonra olabileceğini, müdahale hükümlerinin mahiyetinden ve kanunun başda iltihak konusuna dair olan 365 inci maddesinde hukuku âmme

52

dâvasına iltihaktan bahsedilmiş olmasından ve yine 366 ıncı maddesinde verilmesi gerekli kararın dâvaya müdahale hakkında olacağı bildirilmesinden ve en son, savcının kamu dâvasını henüz açmadan önce yapacağı soruşturmalarda suçtan zarar gören kimsenin yapabileceği müracaatların mahiyet ve keyfiyetinden anlamak kolaydır. Bu sebeple; sözü geçen 365 inci maddedeki (Tahkikatın her halinde) cümlesi kamu dâvası açıldıktan sonra başlıyan ilk ve son tahkikatı ifade edip savcının kamu dâvasını açmadan önce yapabileceği soruşturmalar, madde muhtevasının dışında kalır.

Her hangi bir suretle bir suçun işlendiğini anlatır bir hali öğrenen savcının kamu dâvasını açmağa mahal olup olmadığına karar verebilmesi için işin hakikatını ve suçlunun kim olduğunu araştırmağa başladığında suçtan zarar gören bir kimsenin yapabileceği müracaatlar; suçun ve suçlunun ortaya çıkmasına yarayacak haber ve delilleri bildirilmekten, veya ayrıca vereceği arzuhal ile kamu dâvasının açılmasını istemekten ve savcının kamu dâvasını açmamağa karar verdiğinde buna karşı yine bir arzuhal ile yetkili ağır ceza reisine itiraz etmekten ibaret ve buna münhasır olur ki; kanun maddelerinin çerçevelediği bu müracaat ve istemler, mahiyetleri itibariyle açılmış olan kamu dâvasına müdahale konu ve hükümleri arasına katılıp kamu dâvasına müdahale isteği sayılamazlar. Nasıl sayılırlar ki, suçtan zarar gördüğünü iddia eden şahsın kamu dâvasının açılması için verdiği istida üzerine savcı 164 üncü madde uyarınca işi takibe değer görmez veya yaptığı soruşdurmalar sonunda kovuşturmıya mahal olmadığına karar verirse ve yine bu şahsın itiraz istidası, yetkili ağır ceza reisi tarafından 167 inci madde mucibince reddolunursa ortada sözü geçen istida ile müdahale olunabilecek ne açılmış bir dâva olur ve ne de yeni deliller ve vakıalar meydana çıkıncaya kadar açılması kabil bir dâva kalır. Belli bir husus için verilen istida, tahkikat sonunun muhtemel ve çeşidli belirtilerine göre mânalandırılamaz.

366 ıncı meddenin ikinci fıkrasında müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına kimlerin karar verebileceğini bildiren merci kelimesi, aynı fıkrada yazılı olan (C. Müddeiumumisini dinledikten sonra) cümlesinin kesin ifadesi delâletiyle her halde C.Savcısından gayri olarak ilk tahkikatta yapılacak müdahale isteklerinde sorgu yargıcı ve son tahkikatta vukubulacak müdahalelerde ise dâvayı görecek olan yargıcı beyan eder. Bu merci kelimesi anlamına savcıyı katmağa kanunun beyanı müsait değildir. Savcıyı dinliyecek olan mercie savcının kendisi geçemez. Kanunun bu açık beyanına karşı

gerekçesinde geçen bazı sözlere bakarak yorumlarda bulunmak doğru olmaz.

Yukardanberi yazılan gerekçe, maddenin ilk fıkrasında kendisine müdahale isteği yapılacak olan mercii açıklatmış olduğu gibi bu fıkranın sonunda zabıt varakasının reis veya hâkime tasdik ettirileceği yolunda yazılı olan cümle de merciin savcıdan gayri yetkili yargıç olacağını bildirmeğe yeter. Bununla beraber açılmış olan bir kamu dâvasına iltihak dilekçesi savcıya karşı yazılmış olur ve onun tarafından yargıca sunulursa, yargıcın savcı yoliyle eline geçen bu dilekçe üzerine önce savcının mütalâasını aldıktan sonra gerekli kararı vermesinde sonucu bakımından bir yolsuzluk görülemez. Kanunun 293 üncü maddesinde kabule şayan bir müracaatta, kanunî mercii tayinde yapılan hatanın müracaat edenin hakkını ihlâl etmiyeceği yazılıdır.

Yukarda beyan ve izah olunan sebeplerden dolayı; *işlenen bir suçun, hayatına, sıhhatına, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına dokunduğunu ve suçtan zarar gördüğünü iddia ederek suçlu aleyhine açılmış olan bir kamu dâvasına girmek istiyen kimsenin önce Ceza M. U. K. nun 366 ıncı maddesinde beyan olunan suretler ile müracaatta bulunması ve bu istek üzerine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ilk tahkikatta sorgu yargıcının ve son tahkikatta dâvaya bakan yargıcın müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına karar vermesi icabedeceğine ve iltihak talebine karar verildiği anda 367 inci madde hükmünce müdahale hak ve yetkilerinin kazanılmış olacağına ve C. Savcısının kamu dâvasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere yapacağı soruşturmalarda suçtan zarar gören kimsenin kanun ile belli sebep ve amaçlar ile yapcağı müracaatların müdahale hükümleri gereğince bir müdahale talebi olmayacağı gibi esasta henüz kamu dâvası açılmadan müdahale konuları dairesinde bir müdahale talebi düşünülüp kabul edilemiyeceğine* oyların üçte ikiyi geçen çokluğu ile 16/5/945 gününde karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Ceza Kararnamesi

1 — Ceza kararnamesine itiraz olundukta sanık gelmezse tetkike başlanmadan itiraz reddolunur.

2 — Tetkike başlandıktan sonra ceza kararnamesi ortadan kalkmıştır. Sanık gelmese de duruşmaya devam olunmak lâzımdır. İtiraz reddolunamaz.

(C M U K 891)

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 5168 — Karar 5221

Firengi tedavisine devam etmemekten sanık Ahmet Çalışkan

hakkında Havza S.C. yargıçlığında yapılan duruşma sonunda: T.C.K. nunun 526 ıncı maddesine tevfikan ve takdiren 20 gün hafif hapse mahkûmiyetine dair verilen 4/12/943 günlü ceza kararnamesi ve mezkûr karara vaki itirazın reddine mütedair aynı mahkemeden verilen 12/9/944 günlü karar aleyhine Yüce Adalet Bakanlığından ita buyrulan 24/5/945 gün ve 714/401 sayılı yazılı emre müsteniden bu baptaki dava evrakı C. Baş savcılığının 28/5,945 gün ve 945/280 sayılı tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okundu:

Mezkûr tebliğnamede:

Duruşma yapıldığı halde ceza kararnamesile ceza tayini ve sanık duruşmada 13 yaşında olduğunu ileri sürmüş ve ahiren nüfustan gelen cevapta da mumaileyhin 1932 doğumlu olduğu bildirilmiş olduğuna nazaran mahkemece bu cihetin tesbitine dair müzekkere yazılmış olduğu halde neticesi beklenmeden ve ceza ehliyeti tayin edilmeden yazılı şekilde karar verilmesinde de isabet görülmemiş olduğundan sözü geçen kararların ceza yargılama usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması lüzumu sözü geçen yazılı emre atfen ihbar olunmuştur.

Gereği düşünüldü:

Ceza kararnamesinde müddetinde vaki itiraz üzerine duruşmaya başlanmış ve bu suretle ceza kararnamesinin hükmü mürtefi olmuş bulunduğundan umumi esaslara göre duruşmaya devamla neticeye göre yeni karar verilmesi icap edeceğine göre müddetinde vaki itiraz üzerine ortadan kalkan 4/12/943 tarihli ceza kararnamesi aleyhine yazılı emre dayanan ihbarnamesindeki mütalâanın reddine ve ancak: Müddetinde vaki itiraz üzerine duruşmaya başlanmış ve sanığın yaşının soruşturulmasına karar verilmiş olmasına göre duruşmanın ikmalile umumi esaslar dairesinde yeniden karar verilmesi iktiza ederken sanığın duruşmaya devam etmediğinden bahsile itirazının reddine karar verilmesi yolsuz ve yazılı emre dayanan ihbarnamede duruşma yapıldığı halde ceza kararnamesile ceza tayinine ve yaşın tesbit olunmamasına işlenen fıkralarla bu cihetin maksut olduğu münfehim bulunmuş olduğundan Ceza M. U. K. nunun 343 üncü maddesinin son fıkrası gereğince mezkûr 1/9/944 tarihli kararın bozulmasına 5/6/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

553

Zina

Zina dâvasında hüküm kesinleştikten sonra dâvacı kocanın ölümü, cezanın yerine getirilmesine engel degildir.

(CK 444)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 6542 — Karar 6557

Yekdiğeri ile zina etmekten sanık Hatice Özen ve Akif Öztabakın dört ay hapislerine dair Hopa As. C. mahkemesinden verilen 11/6 943 tarihli hüküm kesinleştikten sonra dâvacı Fazlının ölmesi hasebile cezanın yerine getirilmesinde tereddüt edilerek bu hususta bir karar istenmesi üzerine cezanın yerine getirilmesi gerektiğine dair Hopa ceza yargıçlığından usulün 402 inci maddesine göre verilen 4/1/945 günlü karar itirazen incelenerek (her ne kadar 444 üncü maddede karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder demekte ve cezanın düşeceğinden bahsedilmemekte ise de maddenin aslı olan İtalya ceza kanununda karı kocadan ve birinin ölümü şikâyetten feragat hükmündedir denildiğinden ve cemiyetten çok zarardide olan dâvacı kocanın ölümü ile zina fiilinin tecziye edilmesi sebebinin ortadankalkmış olduğundan ve dâvadan vazgeçme hükümden sonra dahi yapılabileceğindan, koca ölmemiş olsa idi dâvasından vaz geçmesi ihtimali herzeman hatıra gelebileceğinden ve cezada kıyas yapılmaması bir hukuk prensibi ise de kanunların ruh ve maksadına uygun olarak hükümlü ve sanıkların lehine gidilmesi bir adalet ve nisfet kaidesi oldugundan bahsile Hopa mahkemesinden verilen kararın refine ve cezanın yerine getirilme mesine dair Çoruheli Ağır Ceza mahkemesinden verilip kesinleşen 17/1/945 tarihli karar aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığından verilen 11/6/945 tarih ve 831/486 sayılı yazılıemre binaen bu baptaki dâva evrakı C. Başsavcılığından 14/6/945 gün ve 355 sayılı ihbarname ile daireye gönderilmekle tetkik ve mütalâa olundu.

Mezkûr ihbarname:

Her iki sanık hakkında verilen 11/6/943 tarihli hüküm, yargıtay 4.üncü ceza dairesinin 1/2/945 tarihli ilâmile onanarak kesinleştikten sonra dâvacı kocanın öldüğü anlaşılmasına ve T.C.K. nun 444 üncü maddesi aslı olan İtalyan ceza kanununun 358 inci maddesindeki esastan ayrılarak (karı kocadan birinin ölümü dâvayı ıskat eder) demek suretiyle dâvacının ölümünün yalnız dâvayı düşüreceğini kabul etmesine ve dâvacının ölmesi cezanın yerine gettrilmesine en-

524

gel teşkil etmiyeceğine göre kanun açık hükmüne uymıyan bir takım düşüncelerle cezanın yerine getirilmiyeceğine dair verilen kararda isabet görülmemiştir.

Çoruheli Ağır Ceza mahkemesinin sözü geçen kararın ceza yargılama usulü kanununun 343 üncü maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının yazılı emirlerine atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu:

1 — Dâva hakkını haiz olan şahsın ölümünün yalniz ceza işinin, (dâva) adı altında sayılacağı vaziyette müessir olacağı vazıı kanunun mehazda (dâva kakkını haiz olanın ölümünün vazgeçme gibi olduğu) yolundaki fıkrayı (... ölümünün dâvayı ıskat edeceği) şekline sokmasından ve infaz safhasına giren katî cezanın (dâva) adı altında ifasına imkân bulunmamasından anlaşılmaktadır. Bu itibarla 444 üncü maddemizin son fıkrası kesinleşmekle dâva safhası hericine çıkan hükümlere teşmil edilmez.

Binaenaleyh buyruğa dayanan bildirim yerinde olduğundan kararın usulün 343 üncü maddesinin son fıhrası uyarınca bozulmasına 21/6/945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Millî korunma suçları

Belli bir otomobile tahsis edilen benzin ve lastiklerin otomobil ile birlikte satılması suç değildir.

(MKK 14/4)

Yargıtay Hususi Daire
Esas 2062 — Karar 2045

Hükümetçe ihtiyaçları için verilen lâstik ve benzini şahsı ahara satmak suretile Millî korunma kanununa aykırı harekette bulunmaktan sanık olup 26/2/945 gününden beri tutuk bulunan İsmail Karaca, Mehmet Uysal, Mehmet Arslan ve İsmail Erkanın Balıkesir ivrindi yolu nakliyatında müştereken çalıştırmakta oldukları kamyonda kullanmak üzere belediyece verilen bir çift arka lâstik ve onbeş teneke benzini başka şahsa sattıkları sabit olduğundan hareketlerine uyan mezkûr kanunun 14/4 ve 54/3 — 1 maddelerine tevfikan altışar ay hapis ve beşyüz lira ağır para cezaşile mahkûmiyetine ve bir çift arka lâstik ile benzinlerin zorlımına ve ivrindi kazası kaymakamlığına verilmesine ve tutuk kaldıkları günlerin mahkûmiyetlerinden

S2)

mahsubuna ve katî hüküm hülâsasının yayınlanmasına ve duruşma harcının kendilerinden alınmasına dair (Balıkesir) asliye ceza yargıçlığından verilen 10/3/945 günlü ve 664 164 sayılı hükmün adları geçen sanıkların temyizine binaen onanılmasına mütedair olarak ısdar olunan kararı havi 31/3/945 günlü ve 1061/1056 sayılı daire ilâmına karşı C. Baş savcılığından muayyen yerde ve yolcu nakliyatında kullanılmakta olan otomobile takılmak ve kullanılmak üzere belediyece verilen iki lâstik ve benzinin otomobille birlikte (6600) liraya satıldığı kabul edilmiş olmasına göre istihlakın tanzimini gösteren 16 sayılı sirkülerin 13 üncü maddesi hükmü nazara alınmaksızın hükmün onanmasına karar verilmesi zatı hükme müessir ve kararın tashihini müstelzim olduğundan bahisle sebkeden tashih talebi üzerine dâva evrakı 21/6/945 gününde daireye tevdi kılınmış olmakla incelendi:

Tashihi karar dileği yerinde olduğundan 31/3/945 sayılı daire kararının kaldırılmasına karar verilerek gereği düşünüldü:

487 sayılı koordinasyon heyeti kararıyle hükûmet Millî korunma kenununun 21 inci maddesine dayanarak lüzum görüldüğü maddelerin istiklâk ve satış şekil ve miktarını tâyin ve tahdide Ticaret Bakanlığını memur etmiştir. Ticaret Bakanlığı bu selâhiyete istinat ederek çıkardığı 16 sayılı sirkülerle tahsis komsyonları tarafından ihtiyaç sahiplerine muayyen nakil vasıtalarında kullanılmak üzere tahsis olunan lâstiklerin tahsis maksadı haricinde kullanılmasını men etmiştir. Kararname lastiklerin tahsis olundukları nakil vasıtasında kullanılmasına hedef tztuğu ve başka bir maksat takip etmediği için on altıncı maddesinde lâstiklerin nakıl vasıtalarile birlikte ihtiyaç sahipleri tarafından satılmasına müsaade etmiş bulunmaktadır. Bu sarahat karşısında sanıkların lâstikleri bunların tahsis olunduğu otomobille bir arada satmaları suç teşkil etmiyeceği tabiidir.

Sanıkların benzin satmalarına gelince; 487 sayılı koordinasyon heyeti kararına müsteniden ticaret Bakanlığı ca neşrolunan 19 sayılı sirkülerin on üçüncü maddesi mucibince hususi nakil vasıtalarında kullanılmak üzere kendilerine tahsis olunan benzini sanıkların tahsis maksadına uygun bir şekilde tahsis olunduğu kamyonda istihlâk edilmek üzere kamyonla birlikte satmalarında da suç teşkil edecek bir mahiyet mülâhaza olunamıyacağı halde gerek lâstiklere gerek benzine ait satış fiilinin kanunî bir ilgisi bulunmıyan Millî korunma kanununun ondördüncü maddesinin ödüncü bendi çevresinde mütalâa olunarak yazılı şekilde sanıkların mahkûmiyetlerine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün C.

526

M.U.K.nun 321 inci maddesi mucibince (BOZULMASINA) ve bozma sebeplerine göre sanıkların salı verilmelerine ve keyfiyetin tekgrfla mahalline bildirilmesi için C. Baş Savcılığına müzekkere yazılmasına ve depo paralarıuın sanıklara geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 22/6/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Zina

Şikâyetçi karı veya kocanın ölümü, kesinleşen hükme tesir etmez.

(CK 444)

Yargıtay 4 Ceza Dairesi

Esas—6542—Karar,

Davacının ölümünün yalınız davayı düşüreceğini kabul etmesine ve davacının ölmesi cezanın yerine getirilmesine engel teşkil etmeyeceğine göre kanun açık hükmüne uymayan bir takım düşüncelerle cezanın yerine getirilmeyecegine dair verilen kararda isabet görülmemiştir.

Çoruheli ağır ceza mahkemesinin sözü geçen kararın ceza yargılama usulü kanununun 343 ncü maddesi gereğince bozulması lûzumu yüksek adalet bakanlığının yazılı emirlerine atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu.

1—Dava hakkını haiz olan şahsın ölümünün yalnız ceza isinin dâva adı altında sayılacağı vaziyeti müessir olacağı vazii kanunun mahezde dâva hakkını haiz olanın ölümünün vaz geçme gibi olduğu) yolun daki fıkrayı (..ölümünün davayı ıskat edeceği) şekline sokmasından vinfaz safhasna giren katli cezanın (dava) adı altında ifadesine imkân bulunmamasından anlaşılmaktadır. Bu itibarla 444ncü maddesinin son fıkrası kesinleşmekle dava safhası haricine çıkan hükümlere temsil edilemez.

Binaenaleyh buyruğa dayanan bildirim yerinde olduğundan kararın usulün 343 ncü maddesinin son fıkrası uyarınca bozulmasına 31/6/ 945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

522

Kazanılmış hak

Yargıtayın dokunmadığı eksik cezalar suçlu için kazanılmış hak sayılır.

(CMUK 821)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 7459 — Karar 7332

Karısı Hacıcenin el ve ayaklarını bağladıktan sonra 25 gün işine engel olacak derecede kızgın demirle tenasül aletini ve memelerini dağlamaktan sanık Süleyman Akçay hakkında bozma kararına uyularak yeniden yapılan yargılama sonunda: T.Ceza kanununun 456/2, 457/1—2 ve 51—1 inci maddelerine göre tutulduğu 8/11/944 tarihinden itibaren bir sene iki ay altı gün hapsine ve 2200 kuruş harcın alınmasına dair Mihalıççık asliye ceza mahakemesiden verilüp kesinleşen 21/2/945 tarihli karar aleyhine Yüksek: Adalet bakanlığından verilen 5/7/945 gün ve 974—563 sayılı yazılı emre binaen olbabdaki dava evrakı C. Beş Savcılığından 10/7/945 gün ve 945—3 sayılı ihbarname ile daireye gönderilmekle tetkik ve mütalâa olundu:

Mezkûr ihbarnamede:

Bozulan 5/12/944 tarihli hükümde sanık hakkında 456 ıncı maddenin 2 inci fıkrasiyle tayin olunan bir sene hapis cazasının 457 inci maddenin birinci fıkrasile altıda biri arttırılmış ve hüküm, C. Savcılığının temyizi üzerine Yargıtay 4üncü Ceza Dairesince 457 inci maddenin ikinci fıkrasının da uygulanması gerektiğine işaret edilerek bozulmuş ve muayyen cezanın 457 inci maddenin birinci fıkrasına tevfikan altıda birinin arttırılması hususuna Yargıtayca dokunulmıyarak bu cihet sanık lehine kazanılmış hak halini almışken bu cihet nazara alınmıyarak bozmadan sonra tesis edilen hükümde muayyen cezaya 457 inci maddenin birinci fıkrasile üçte birisinin ilâve edilmesinde isabet görülmemitir.

Sözü edilen hükmün ceza yargılama usulü kanunun 343 üncü maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının yazılı emirlerine atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu:

Yazılı buyruğa dayanan Bildirim yerinde olduğundan hükmün usulün 343 üncü maddesinin ikinci bendi uyarınca bozulmasına ve 456—2 inci madde ile muayyen bir sene hapis cezasının 457—1 inci madde ile 1—6 ve hasıl olan bir sene 2 ayın 457—2 inci madde ile 1—3 artırılmasına ve baliğ olan bir sene 6 ay ve 20 günden

578

551—1 inci madde ile 1—3 indirilerek sanığın binnetice bir sene ve 113 gün müddetle hapsine ve 2200 kuruş tam harcın kendisinden alınmasına 18/7/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Memur

Muhtar köyde her zaman görevde sayılır.

(CK 251)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 7015 — Karar 7027

Telefoncu Ali Sarıya görevi sırasında söğmekten sanık köy muhtarı İbrahim Başkabağın T.C.K.un 266/1 ve 267 ci maddeleri gereğince 15 gün hapis ve 15 lira ağır para cezalarıle mahkûmiyetine dair Kargı As.C.Mahkemesinden verilen 20/4/945 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi hükümlü tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Sıfatı itibariyle sanığın köyde her zaman vazife halinde sayılacağına göre 251 ci maddenin gözetilmemesi ve hadisenin vazifeden ötürü çıkan münakaşa neticesinde olmasına nazaran 267ci maddenin yersiz uygulanılması yolsuzlukları aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır ancak:

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlarla istimler bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükmün bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 6/7/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Kötü muamele

Hasta çocuğu bahçede bırakmak 477. maddeye girer.

(CK 477, 478)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 7292 — Karar 7333

Nikâhsız yaşamakta olduğu Hüseyinin kızı Ergunayı bilâ sebep dövmek, aç bırakmak, hastalığı sırasında bahçeye atmak suretiyle fena muamelede bulunmaktan sanık Gülter Karaarslanın yapılan yargılaması sonunda: Hadisede T. C. K. nun 478/1 inci maddesinde ka-

nunî unsurlar mevcut olmadığından ve dövmekten de şahsî şikâyet bulunmadığından duruşmanın tatiline dair Kadıköy As. C. Mahkemesinden verilen 17/5/945 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi o yer savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü,

1 — 2275 sayılı kanunun esbabı mucibe lâyihasında dövmenin bu fasla giremeyeceği tasrih edilmişise de küçüğü hastalığında bahçede bırakmak 477 ci maddeye uyduğu halde yazılı kararın verilmesi

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlar bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan istem gibi hükmün bozulmasına 13/7/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Yangın

Defter kenarlariyle kâğıt uçlarının yanması yangın sayılmaz.

(CK 369 — 372, 383)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 7362 — Karar 7391

Dikkatsizlikle odacısı bulunduğu maliye dairesinde yangın çıkmasına sebebiyet vermekten sanık Turhan Özbarut'un T.C.K. nun 383,313, 55/3 — 4, 89 uncu maddeleri gereğince ve takdıran iki gün hapis 530 kurnş ağır para cezalariyle mahkümiyetine ve cezasının ertelenmesine dair Çarşamba As. C. Mahkemesinden verilen 5/4/945 tarihli hükmün yargıtayca incelenmesi üst dereceli Samsun C. Savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Sanığın odacı olmasına ve o gün beraet eden diğer sanık ayrıldıktan sonra temizlik için dairede kalmış bulunmasına nazaran suç mevcut olduğu takdirde mes'uliyeti tebiî olmakla tebliğnamenin birinci bendi yerinde değilse de

Mahallince tutulan zabıt varakasından yanan şeylerin defter kenarlarile kâğıt uçları olup ateşin binaya sirayet etmediğinin anlaşılmasına ve yananların 369 uncu madde ile başlıyan faslının yangından bahis olan maddelerinde tâdat olunan şeylerden olmamasına göre olayın yangın anlamına girip girmiyeceğinin veya yangın teşebbüsü derecesinde kalıp kalmadığının teemmül ve münakaşa edilmemesi,

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlarla istemler bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükmün bozulmasına 14/7/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

580

Hırsızlık

Kapısı avluya açılmıyan ahır hayvanlara mahsus bir yerdir.

(CK 491 / 6)

Yargıtay 4. Ceza Daireni
Esas 7486 — Karar 7488

Hasan Altındağın evinin müştemilatindan olan ahırından geceleyin bir inek ile buzagsını çalmaktan sanık ve mükerrir Halil İbrahim Turan ve İbrahim Yıldırımın T. C. K. nun 493/25, 522, 81, 525 inci maddeleri gereğince Halil İbrahimin Turanin üç sene altı ay İbrahim Yıldırımın bir sene altı ay hapislerine ve cezaları kadarda emmiyeti umumiye nezareti altında bulundurulmalarına mevkufiyetlerinin mahsubuna ve emanette bulunan bir inek derisinin sahibine iadesine dair Tirebolu As. C. Mahkemesinden verilen 26/4/945 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi sanıklar tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evraki tebliğname ile daireye gönderilmekle olur u düşünüldü.

Ahır kapısının sokağa açıldığı krokiden anlaşılmasına ve evin duvarla çevrili avlunsuna kapı açılmadıkça ahırların 491/6 ıncı maddede mezkür hayvanlara mahsus yerlerden sayılması zaruri bulunmasına göre 493/4 üncü maddenin uygulanılmasında isabet bulunmaması.

Bozmayı gereklendirmiş ve itiraz bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan istem gibi hükmün bozulmasina ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/7/945 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

1609 sayılı kanun

Kızılay gibi kurumların memurlarının 1609 sayılı kanunda yazılı suçları için izin almıya lüzum yoktur.

(1609 sa 1)

Yargıtay Hususi 11. Daireni
Esas 2713—Karar 2742

Ulusal Ekonomi ve artırma kurumuna ait eşyayı zimmetine geçirmekten sanık mezkûr kurum muhasebecisi ve sergievi eski müdürü Fahri Edizer hakkında yapılmakta olan yargılamada 1609 sayılı kanun hükümleri dairesinde kovuşturma için merciinden muvafakat

alınmamış olduğundan bahsile usulen 253 üncü maddesine göre duruşmanın tatiline ve merciinden muvafakat alınmak üzere kâğıtlarını Milli Korunma Savcılığına verilmesine dair (Ankara) Toplu Milli Korunma mahkemesinden verilen 8/8/945 günlü ve 114/62 sayılı kararın; Yargıtay üçüncü Ceza Dairesinin dosyada mevcut 31/5/945 tarihli merci tayinine dair olan kararında davaya bakmak Toplu Milli Korunma mahkemesinin görevi içinde bulunduğu kabul edilmiş olmakla beraber Devlet memurlaarından bulunmayan sanık hakkında kovuşturma yapılması için müvafakat istihsaline kanunen hiç bir lüzum ve zaruret mevcut bulunmamasına ve çünkü 1609 sayılı kanunum birinci maddesinin; ancak Bakanlıklarla Vilâyetlerin Milli irade ile mensup olan ve olmıyan memurları haklarında kovuşturma yapılabilmesinin mercilerinden izin alınması esası kabul edilerek Kızılay Türk hava ve Ulusal Ekonumi ve Artırma kurumu gibi kurum ve müesseselerin memurları haklarında bu gibi suçlardan ötürü kovuşturma yapılması hiçbir merciin izin ve mufakatına bağlı tutulmamış olmasına göre mezkûr kararda isabet görülmediğinden bahsile Ceza Muhakemeleri usulü Kanununun 343 üncü maddesi gereğince bozulması lüzümu Adalet Bakanlığının 20/8/945 günlü ve 1271/702 sayılı yazılı emrine atfen C. BaşSavcılığından 21/8/945 günlü tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı birlikte tevdi kılınmış olmakla tetkik ve icabı müzakere ve aşağıda yazılı karar tesbit olundu.

Yazılı emre bağlı ihbarnamedeki mütalâa yerinde olduğundan (ANKARA) Toplu Milli Korunma Mahkemesinden verilen 8/8/945 tarihli kararın C. M. U. K. nun 343 maddesi mucibince bozulmasına 21/8/945 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Hayvan Hırsızlığı

Hayvan hırsızlığı ile tanınmış olmanın bu hususta ilmuhaberi veren muhtar ve üyelerin çağırılıp dinlenmesi yolu ile tespit edilmesi gerekir.

(HYSMHK 17)

Yargıtay 8. Ceza Dairesi
Esas 7760—Karar 7826

Hayvan hırsızlığı ile meluf olduğu iddiasile sanık Mehmet Salih Çelebinin hayvan sırkatinin meni hakkındaki kanunun 17 inci maddesine göre zabıta nezareti altında bulundurulmak süretile 6 ay Bileciğe tebit edilmesine ve 30 kuruş harcın alınmasına dair Diyarbakır ikinci asliye ceza yargıçlığından verilip kesimleşen 26/4/945 günlü hükme karşı Adalet Bakanlığının 20/8/945 gün ve 1279/720 sayılı yazıl emri üzerine C.Baş savcılığının 21/8/945 gün ve 543 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu:

582

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı:

Hangi tarihte ve nerelerde ve kimlere ait hayvanlar çalınıpta faillerinin meçhul kaldığı ve sanıktan şüphe edildiği ve bunun şayis halini aldığı ilmuhaberi veren muhtar üyeler çağırılıp dinlenmek suretile tesbit edilmeksizin yazılı şekilde hüküm verilmesi ve hareksik tayini yolsuz görüldüğünden sözü edilen hüküm usulün 343 üncü maddesi gereğince bozulmasına dairdir:

Gereği düşünülüp görüşüldü:

Yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebepleri dosya münderecatına göre yerinde görülmediğinden hükmün harç cihetinden aleyhe tesir etmemek üzere C.M.U.K.nunun 343 çü maddesine tevfikan bozulmasına ve infaz olunmamasına ve sürgün cezasının infazına başlandığı ve başka sebeple tutuk olmadığı sürette serbest bırakılmak için C. Baş Savcılığına müzekkere yazılmasına 7/9/945 gününde oybirliğile karar verildi.

Memura söğme

Tramvay biletçisine söğen hakkında CK. 266 uygulanır.

(CK 266)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 8110—Karar 7832

Görevi sırasında tranvay biletçisi Cemale söğmekten sanık Jozef Hodaranın 3005 sayılı kanuna göre yapılan yargılama sonunda T.C.K. nun 266/1 ve 89 uncu maddelerin gereğince bir ay hapis ve 30 lira ağır para cezalarile hükümlülüğüne ue cezasının ertelenmesine dair İzmir 2 inci AsC. Muhakemesinden verilen 3/7/945 taribli hükmün Yargıtayca incelemesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle olunu düşünüldü.

1255 numaralı tefsire göre tramvay biletçisi amme hizmeti görmekte olduğundan tebliğnamede yazılı istemin reddile usul ve kanuıa uygun ve takdire dayanan hükmün onanmasına ve depo parasının izar kaydına ve 600 kuruş harcın temyiz edenden alınmasına 12/9/945 de çoğunlukla karar verildi.

Memura söğme

Devlet Demiryolu memuruna söğen kimse hakkında C.K.266 uygulanır.

(CK 266, 267)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 8379 — Karar 7817

D.D. yolları Haydar Paşa garı tahsilat memur muavini İbrahimi

yaptığı görevden dolayı olmıyarak görevi sırasında sövmekten sanık Sabihanın 3005 sayılı kanuna göre yapılan yargılama sonunda T.C. Kanununun 482—2, 267 ve 89 uncu maddeleri gereğince dört gün hapis ve 130 kuruş ağır para cezalarile hükümlülüğüne ve cezasının ertelenmesine dair Kadıköy asliye ceza mahkemesinden verilen 4/7/945 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi üst dereceli İstanbul savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

273 üncü madde yerine 267 inci madde numarasının gösterilmesi daktilo hatası olmakla sonuca tesirli görülmemiştir, ancak:

1 — Demiryolları memurlarının amme hizmeti görmelerine ve demiryolları zabıtası nizamnamesinin 7 inci maddesine nazaran 266 ve 267 inci maddeler yerine yazılı maddelerin uygulanması.

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlar ve istemler bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükmün bozulmasına 12/9/945 de oybirliğile karar verildi.

584

Yargıtay Kararları

Nr. 10 **Hukuk Bölümü**

Görev—Tahliye

Hüküm, tashihi karar talebi üzerine bozulduktan sonra MKK.un yeni 30. maddesi tahliye davalarını sulh mahkemesine verdiğine göre, yargılamanın bu safhasında ileri sürülen görevsizlik itirazının asliye mahkemesince reddi yolsuzdur.

(MKK. 30)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 4/37 — Karar 30

Müvekkilinin apartmanının iki numaralı dairesini kiralamış olan müddeaaleyhin kira müddeti 31/8/943 tarihinde hitam bulmuş ve müvekkili sıhhî mazeret dolayısile mecurda bizzat oturmak mecburiyetinde bulunmuş ve bu babta ihtar da yapılmış olduğundan bahsile mecurun tahliyesine karar verilmesi talebinden ibarettir.

Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere şehadet ve doktor raporlarına göre sıhhî mazeret dolayısile müddeinin mesken ihtiyacı sübut bulmuş olmakla mecurun tahliyesine dair verilen hüküm Yargıtayca incelenerek: mesken zaruretinden dolayı mecurun tahliyesi talep edilebilmek için mukavele müddetinin bitmiş olması lâzım geldiği halde bu nokta nazara alınmıyarak müddetin hitamından evvel açılan davanın istimaile henüz müddeti hitam bulmıyan mecurun tahliyesine karar verilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozulması hakkında 6/9/944 tarih ve 3999/2424 sayılı ilâma karşı Nezihe Ersen vekili avukat Aakkı Loker tarafından tashihi karar istenilmekle keyfiyet yeniden incelenerek her ne kadar mahkeme kararında davacının 9 eylûl 943 tarihinde icraya müracaatla mecurun tahliyesini talep ettiği ve 21/10/943 tarihinde de icra merciince vazifesizlik kararı verilerek 29/1/944 tarihinde temyiz icra ve iflâs dairesince tasdik ve temyiz ilâmının 12/4/944 tarihinde davacıya tebliğ edildiği ve tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde dava ikame olunduğu bittetkik anlaşılmış ve binaenaleyh müddeti içinde tahliye talebinde bulunmuş olduğundan bahsedilmiş isede dosya içinde bulunan 15/6/943 tarihli Ankara Birinci Noterliği vasıtasile müddeaaleyhe tebliğ edilen ihbarnamede 944 yılı mayısında daireyebizzat kullanmak zaruretinde

bulunduklarından müddeti 943 ağustos sonunda bitecek olan Konturatoyu sekiz ay içinde yenilemek lüzumundan ve sairedeн bahsolunmuş ve şu suretle ağustos 943 niheyetinde müddetin bitmesile mukavele kendiliğinden bir sene müddetle daha yenilenmiş olduğundan yeni müddetin hitamından evvel gerek icraya gerek mahkemeye vukubulan tahliye talep ve davası mesmu bulunmamış iken tahliyeye karar verilmesi yolsuz olduğundan tashih talebinin kabulile nakız kararının kaldırılmasına ve gösterilen sebepten dolayı hükmün bozulmasına karar verilerek mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde israra karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyh vekili

TEMYİZ KARARI

Hukuk Genel Kurulunca İncelenerek ısrarı mutazammın olan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkemenin 7/7/944 tarihli hükmü karar tashihi talebi üzerine bozulduktan sonra 4648 sayılı kanun ile Milli Korunma kanununun 30 uncu maddesinde yapılan değişiklikte bu madde hükümlerine göre açılacak tahliye davalarının sulh mahkemelerinde görülmesi kabul edilmiş ve böylece asliye mahkemesinin bu kabil işlerde vazifesi sona ermiş iken mahkemenin bu safhasında ileri sürülen vazifesizlik itirazinin reddine israra karar verilmesi doğru görülmemiş ve mümeyyiz davalının bozma dileği bu sebeple varid bulunmuş olduğundan temyiz olunan son kararın dahi H.U.M. kanununun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (905) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 9/5/945 gününde çoklukla karar verildi.

İştirak halinde Mülkiyet—müdahalenin meni

1—Terekeye dahil bir gayrımenkulün bir kısım mirasçılar arasında harici taksimi muteber değildir.

2—İştirak halinde bulunan gayrımenkulde davalının da hissesi varsa, müdahalenin meni hükmünün davacının muayyen hissesine hasrı icap eder.

(MK 581, 629)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu

Esas 1/53 — Karar 62

Davacı vekili müvekkilinin babası ölü Ahmetle kardeşi Fatmanın

586

tapu ile tasarruflarında iken hissedarlardan Hüseyin kızı Fatmanın 15 sene evvel vefatile veraseti kocası Ramazan ve kardeşi diğer hissedar Ahmede ve Ahmedin de on sene evvel vefatiyle verasetinin oğlu müvekkili Mustafa ile karısı Emine ve torunu Rukiyeye ve Ramazanın da sekiz sene evvel vefatiyle veraseti oğlu Mehmede kalıp bu suretle irs ahkâmına tevfikan müvekkili Mustafa ile diğer vereseye intikâl eden Küçük dere köyü çukur bağlar mevkiinde Şarkan Hacı Ali; Garben Hacı mehmet Ali, Şimalen Yol, Cenuben Koca Ali ile mahdut tarlanın 350 lira kıymetindeki bir kısım araziye müddeaaleyha müdahale etmekte ve halbuki bu tarlanın Umumu diğer verese ile müvekkili arasında yapılan taksimi rızaıda ramamı müvekkiline kalmış olduğundan vaki müdahalenin meni ve mesarifi muhakeme ile ücreti vekâletin dahi müddeaaleyhe tahmil talep ve dava olunmaktadır.

Müddeabihe Müddeaaleyhe Rukiyenin müdahalesinin menine ve yapmış olduğu masraf için ait bulunduğu mahkemeye müracaatta muhtariyetine masarifi muhakeme ile İlâm harcının ve avukatlık ücretinin dahi uhdesine tahmiline dair verilen hüküm Yargıtayca Muhakeme zabıtnamesile diğer dava evrakı münderecatına ve temyiz edilen hükmün istinatettiği maddi ve kanunî delillere göre diğer itirazlar yerinde değilsede davacı gayrîmenkulün yalnız yarısında Ahmedin mirasçısı sıfatiyle hisse sahibi olmasına ve vukuf ehli tarafından beyan edilen harıcî taksim muteber bulunmamasına göre hükmün gayrîmenkul de davacıya ait olan hisseye hasredilmesi lâzım gelirken münazaalı gayrımenkulün taksim neticesinde davacının yedinde bulunduğundan bahisle tamamına müdahalenin menine hükmolunması usul ve kanununa uygun görülemediğinden dolayı bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: bazı sebeb ve düşüncelerle evvelki hükümde israra karar verilmiştir.

Temyiz eden: Rukiye vekili

TEMYİZ KARARI

Hukuk genel kurulunca incelenerek, ısrarı mutazammın olan son hüküm süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Gayrîmenkulun bir kısım verese arasında harici taksimi müteber olmamasına ve dava olunan gayrımenkulde davalı Rukiyenin de hissesi olduğundan müdahalenin meni hükmünün davacının muayyen hissesine hasrı icabetmesine göre Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin bozma kararı varid ve hükme uyulmak lâzımken ilâmda yazılı mütalaâ ile israra karar

verilmesi yolsuz ve mümeyyiz davalının bozma dileği yerinde olduğundan temyiz olunan son kararın dahi Hukuk U.M. Kanunun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 570 kuruş temyiz ilâmı harcinin ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/7/945 gününde oy birliğiyle karar verildi. 24/7/945

Orman işletmesi — Görev

Özel ormanlardan ağaç kesilmesi için ruhsat verilmesi ve ruhsat verildikten sonra da katıyatın denetlenmesi ve gerekirse yasak edilmesi orman idaresinin idarî görevlerindendir.

Şu halde bu yüzden orman sahibi ile orman idaresi arasında çıkan davalar idarî mercilere aittir.

(MK. 618, Orm.K. 56)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 4/61 — Karar 51

İki parçada 90 dönüm ormanın mülkiyetinin müvekkiline aidiyeti temyizen tasdik edilen ilâmla karar altına alınmış ve bu ormanların hususiyeti Zıraat Vekâletinin yazısı ile de tasdik ve işletme plânları tanzim ve orman müdüriyetince tasdik edilerek 939 — 940 seneleri için ruhsat verilmiş ve bu plân mucibince müvekkili tarafından kat'iyat yapılmakta bulunmuş olduğu halde 941 — 942 — 943 seneleri plânda yazılı miktarların kesilmesine ruhsat verilmemiş olduğundan bahsile orman idaresinin vukubulan müdahalesinin men'iyle kereste imâline ve damgası vaptırılarak harice imrarına ruhsat verilmesi talebinden ibarettir.

Temyiz mahkemesince tasdik edilmiş ilâmla mülkiyeti davacıya ait bulunan orman için usulen istihsal olunan ruhsata müsteniden kat'iyan yapıldığı ve ahiren bu kat'iyata orman idaresince müdahale edildiği anlaşılmış ve orman idaresi davaya verdiği cevabda davacının orman kanununa riayet etmediği ve amenajman plânını yaptırmadığını müdafaaten beyan eylemiş ise de; Orman K. nun 56 ıncı maddesinde bu plânları orman idaresinin parasız yapması lâzımgeldiği sarahaten musarrah bulunmuş olmakla orman idaresinin bu müdafaasının reddiyle vukubulan müdahalesinin men'ine dair verilen karar yargıtayca incelenerek davanın mahiyeti yargıtayca tasdik edilerek kat'ileşmiş olan ilâm mucebince mülkiyeti davacıya ait olan ve Ziraat Vekâletince de hususiyeti tasdik edilmiş bulunan ormanın işletme pilânları tanzim ve ait olduğu makam tarafından tasdik edilmiş ve 939 ve 940 sene-

588

lerinde verilen ruhsat mucebince kat'iyat yapılmış olduğu halde müteakip senelerd plânda yazılı miktarların kesilmesine ruhsat verilmediğinden bahsile orman idaresinin vukubulan müdahalesinin men'iyle ruhsat verilmesi talebinden ibaret bulunmuştur. Davalı orman idaresi de, davanın rüyeti Adliye mahkemesinin vazifesi dışında olduğundan ve davacının muvakkat işletme planını kat'i plana tebdil etmediği cihetle kat'iyata müsaade edilemiyeceğinden bahsile davanın reddini istemiştir. Bu gibi hususî ormanlarda kat'iyat yapılması için ruhsat verilmesi ve ruhsat verildikden sonra da kat'iyatın murakabe ve icabına göre men' edilmesi, orman idaresinin idarî vazifesi cümlesinden bulunmasına binaen orman sahibi ile orman idaresi arasında bu yüzden tahaddüs eden dava ve ihtilafların tetkik ve halli mahkemenin vazifesinden hariç ve idarî makamlara ait bulunmuş olduğu halde vazife itirazı hakkında bir karar verilmeksizin davanın kabûliyle yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Davalı Orman idaresi.

TEMYİZ KARARI

Hukuk genel kurulunca incelenerek; ısrarı mutazammın olan son hükmün süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Davanın mahiyetine göre Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin bozma sebebi varid ve hükmüne uyulmak lâzımken ilâmda yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi doğru görülmemiş ve mümeyyiz davalının bozma dileği varid bulunmuş olduğundan temyiz olunan son kararın dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (870) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/7/945 gününde oydirliğile karar verildi.

Tahliye

1 — Davacı kiralayandan İcarı Akar Nizamnamesi gereğince konturat para cezası alınmadan davaya bakılması adıgeçen nizamnameye göre yolsuzdur.

2 — Kiracının kiradaki yeri boşaltacağı hakkındaki ihbar MKK.m. 30 a göreaçık ve yazılı şekilde olmalıdır.

3 — Dükkâna ihtiyaç, tahliye davasına sebep teşkiletmez.

(İcar Akar Nizamnamesi, MKK 30)

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas 945/1672 — Karar 1435

Dâvacı, dâvalılara kiraya vermiş olduğu dükkânda oğlu ticaret

589

yapacağından bahsile tahliyesini istemiş ve bu hususta ihtarname de çekmiş olmasına rağmen tahliye etmediklerindan, mecurun tahliyesini istemiştir.

Kiracının muvafakti olduğu takdirde Millî korunma kanununun 30 uncu maddesi gereğince tahliye talebi mesmu olacağı ve binaenaleyh malsahibi tahliye ettireceği gayrimenkulü bir sene müddetle başkasına kiralıyamıyacağı mezkûr madde hükmünden bulunmuş olduğundan ve saireden bahsile mecurun tahliyesine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Nusrat ve ortağı Mehmet Peker.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp uylaşıldı: Dâvacıdan İcar akar nizamnamesi gereğince konturat para cezası alınmaksızın dâvaya bakılması mezkûr nizamname hükümlerine aykırı olduğu gibi kiracının kiradaki yeri tahliye edeceği hakkındaki ihbar Millî korunma kanununun 30 uncu maddesine göre açık ve yazılı şekilde ifade edilmek lâzımgeldiği ve böyle yazılı bir ihbar olmadıkça tahliyeye mezkûr madde hükümleri müsait olmadığı ve dükkâna ihtiyaç tahliye dâvasının dinlenebilmesi için bir sebep teşkil etmeyip zikri geçen maddede ancak mesken ihtiyacından bahsedilmekte bulunduğu halde kanun hükümlerine başka türlü mâna verilerek yazılı olduğu üzere tahliyeye karar verilmesi de usul ve kanuna uygun görülemediğinden temyiz edilen hükmün zikrolunan noktalardan Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 14/6/945 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Rehin — Kıymetli Evrak

1 — Hâmile muharrer senetler sadece mürtekine teslim edilmek suretile teskin edilir.

2 — Faiz getiren yahut temettü hissesi gibi muayyan zamanlarda gelir hasıl eden alacaklar üzerindeki rehin, hilâfına bagıt olmadıkça vadeleri evvelce gelmiş olanları değil, sonra verilecek edimleri kapsar.

(MK 870/1, 873/1)

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas 44/1787 — Karar 1353

Dâvacı vekili, müvekkili 20/11/942 tarihli sözleşme gereğince dâ-

590

valıya, Kasaplar şirketi şark deri Türk anonim şirketi tahvillerinden beheri 100 lira kıymetinde 10 adet tahvil senetlerini emanet olarak teslim etmiş ve şirket sözleşme süresi bittiği halde dâvalı bu senetleri geriye vermediği gibi bunların 940, 941 yıllarına ait temettü olan 1020 lirada Muazzez Menemenci tarafından çekilmiş olduğundan ve saireden bahsile mezkûr senetler mevcut ise aynen, değilse bedelleri bulunan 1000 lira ile temettü olarak aldıkları 1020 lira ki ceman 2020 liranın faiz ve vekâlet ücretile birlikte tahsilini ve işbu paranın temini istifası için eşya ve kasanın ihtiyaten haczini istemiştir.

Sözleşmenin umumî hükümlerine göre işbu tahvilâtın dâvacı ile şeriki Mehmet Çevik Özün almış oldukları 1500 lira avanstan ve deruhte ettikleri yüklemeden dolayı teminat olarak verildiği anlaşılmış ve işbu tahvillerin dâvacının malı olduğu Mehmet Çevik Öz tarafından ikrar edilmiş ve mezkûr sözleşmenin bilcümle hukuk, menfaat ve mütalebe ve dâva haklariyle dâvacıya devir ve temlik edildiği ve mezkûr tahvillerin hamile muharrer olup 940 ve 941 senesi temettüleri olarak 1020 liranın Mazzez namında birine verildiği ve bu tahvillere dâvalının vaziülyed bulunduğu anlaşılmış olduğundan ve saireden bahsile müddeabihten 1000 lira değerindeki 10 adet tahvilin istirdadı hakkındaki dâvanın reddine ve ancak ikinci kısım müddeabih olan işbu tahvillerin 940 ve 941 seneleri temettuu bulunan 1020 liranın dâva tarihinden itibaren % 5 faiz ve % 5 vekâlet ücretile birlikte dâvalıdan tahsiline ve dâvalı vekili için de reddedilen kısım nisbetinde vekâlet ücreti takdirine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Rıdvan Akdeniz.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı: Dâvanın konusunu teşkil eden senetlerin hamile muharrer olduğu tarafların sözbirliğile vâki olan ifadelerinden ve bunun sözleşme teminatı olmak üzere dâvalıya verildiği sözleşmenin 4 ncü maddesi son fıkrasından anlaşıldığı ve medeni kanunun 870 nci maddesinde hâmile muharrer senetlerin sadece mürtehine teslim edilmek suretiyle rehnedileceği ve adı geçen kanunun 873 ncü maddesindede alacak üzerindeki rehnin hilâfına mukavele olmadıkça, vadeleri ev. velce hulûl etmiş olanlara sari olmayıp ondan sonra verilecek şeylere şamil olduğu yazılı bulunduğu halde zikri geçen maddeler hükümleri göz önünde tutulmıyarak yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi usul ve kanuna uygun görülemediginden ve bozma dileği bu

bakımdan yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün yalnız bu noktadan hukuk usulü muhakemeleri kanunun 423 nci maddesi geregince BOZULMSINA ve hâdisede tesiri görülmiyen diğer itirazların reddine ve aşağıda yazılı 470 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/6/945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Tahliye - Şüyuun kaldırılması

1—Şüyuun taksim yoluyla kaldırılması hakkındaki ilâmın icrası usul ve kanum hükümleri dahilinde ve tahliye davasının çerçevesi dışında bir konudur.

2—İlâmın icrası için tahliye lüzumu ve bunun tahliye davasının mesmuiyeti için bir sebep teşkil ettiği hakkında MKK. da ve başka kanunlarda bir hüküm yoktur.

3—Zaruri tamirler için kiracının müsaade etmek mecburiyeti vardır. Zaruri tamirlerin yapılması tahliye davasının kabulü ile kiralama bağtının bozulmasına hak vermez.

(MKK. 30; HUMK 561; BK 251/1)

Yargıtay Ticaret Dairesi

Esas 945/1704—Karar 1433

Dâvacı, 9/16 hissesine malik olduğu diğer mirasçı kardeşi Hatice ile birlikte 8 sene evvel dâvalıya kiralanmış oldukları dükkânın üstündeki odalar kiraya dahil olmadığından dâvalı 3 sene evvel kiraya karşı vergisini vermeyi vadederek muvakkaten anahtarı alarak içine kiracı kayduğu halde ne kira parasını ve ne de anahtarı vermiyerek füzulen işgalinde bulundurduğu an bu defa mahkemeden taksim kararı da almış ve bu vaziyet karşısında tadilât yapacaklarından bahsile dükkân ve odaların tahliyesini istemiştir.

3 senelik kira müddeti bittiği halde mecuru tahliye edilmediği gibi kiracı tarafından yenilenme iş bulunmasına ve binanın maili inhidam olduğu keşif raporu arlanmadan anlaşılmasına ve esarı devam eden zararlar için ihtara lüzum olmamasına ve mecur tahliye edilmedikçe ilâm hükmünün infazına imkân bulunmadığı icra memurluğundan bildirilmesine ve kesinleşen ilâmların infazının tehiri için Millî korunma kanununun 3 üncü maddesinde bir sarahat bulunmamasına ve mecurun yıkılmadığı ve işgalin fena niyete makrun bulunmasına ve sa[illegible] mecurun tahliyesine karar verildiğini natıktır.

592

Temyiz eden: İhsan Soykan vekili.

TEMYİZ KARARI

Temyiz istemesinin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı.

Şüyuun taksim yoliyle kaldırılması hakkındaki ilâmın icrası usul ve kanun hükümleri dahilinde ve bu dâvanın çerçevesi haricinde bir mevzu olup ilâmın icrası için tahliye lüzumu ve bunun tahliye dâvasının mesmuiyeti için bir sebep teşkil ettiği hakkında Millî korunma kanununun 30 uncu maddesinde ve diğer kanunlarda bir hüküm mecut olmadığı ve zaruri tamirat için Borçlar kanununun 251 inci maddesinin birinci fıkrasında yazılı olduğu üzere kiracıya bu tamiratın icrasına müsaade etmek mecburiyeti tahmil edilir, yoksa kiracının hakkına halel verir surette muameleye, yani tahliye dâvasının kabulile kiralama akdinin bozulmasına mezkûr madde hükmü cevaz göstermediği halde bu cihetler göz önünde tutulmıyarak yazılı olduğu üzere tahliyeye hüküm olunması usul ve kanuna uygun görülmediğinden ve bozma dileği bu bakımdan yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün bu noktadan Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğinc BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 14/6/945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Menkul rehni — Paraya çevirme

1—Rehinli alacaklı, borcun vadesinde ödenmemesi halinde rehnedilen şeyi kendiliğinden başkasına satamaz, icra dairesince sattırarak alacağını alır.

2—Vadesinde alacağını alan alacaklı rehnedilen şeyi aynen iadeye mecburdur.

3—Rehnedilen şeyi kendiliğinden satan alacaklı, rehnin kendisine teslim edildiği tarihteki değerinden borç miktarı indirildikten sonra geri kalanı ödemekle mükelleftir.

(CMK. 859)

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi
Esas 838—karar 1212

Müvekkilinin 1/11/937 tarihinde 110 lira mukabilinde terhin ettiği 90 gıram ağırlığında 600 lira kıymetli bir çift altın bileziği davalı kaybettiğini ileri sürerek iadeden imtina etmiş olduğundan rehin mukabili iade edilmek şartile bileziklerin aynen veya kıymeti olan altı yüz liranın bedelen davalıdan tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

593

Tafsilatı zabitname ve ilâmında yazılı olduğu üzere; Davalı ibraz olunan senedi kabul ederek 110 lira borcun altı ay zarfında ödenilmesi teahhüt edildiği halde alacağını alamadığından merhun bilezikleri sattığına def'an dermeyan eylemiş ve rehin senedinde altı aylık bir süre kabul edildiği halde davacının borcunu ödeyerek merhunu geri istediği hakkında bir delil bulunmamış davalı bu işi kendisine meslek ittihaz etmiş olmakla vadeden sonra merhuna icra vasıtasıle sattırmağa da mecbur bulunmamış ve davada hüsnüniyet gürülememiş olmasına mebni davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteğinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dava olunanın davacıya ödünç olarak verdiği 110 lira mukabilinde kendisine rehin ve teslim edilmiş olan altın bilezikleri borcun vadesi geldiğinde kendiliğinden başkasına satmak salâhiyeti olmayıp borçlunun vadesinde borcunu ödemediği takdirde medeni kanunun 859 uncu maddesi gereğince borçlu aleyhinde icra takibi yapmak ve merhunun icra marifetile paraya çevrilmesini istemek hakkı bulunmuş olduğundan merhunun dava olunan tarafından başkasına satılıp satılmadığı soruşturularak satılmış ise dava olunanın alacağını alarak merhunu aynen geri vermekle ve satılmış ise rehni kendisine teslim edildiği tarihteki değerinden borç miktarı indirildikten sonra geri kalanı ödemekle mükellef bulunmuş olduğu göz önünde tutulmıyarak hilâfına yazılı düşünce ve sebeplerle davanın reddedilmesi yolsuz olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 31/3/945 tarihinde oybirliğile karar verildi.

596

Alacaklının temerrüdü — İhzarî işlemlerin yapılması — İşin özelliği.

1—Alacaklı, borçlunun borcu ifa edebilmesi için önceden kendi tarafından yapılması gerekli işlemleri yapmaktan kaçınırsa temerrüt etmiş sayılır.

Yol yapılması için gerekli belli miktar hacimde taş hafriyatı için hafriyat yeri gösterilmiş, teslim edilmiş ve borçlu işe başlamış ve bu gibi hafriyatta teslimin ölçmek suretile yapılması zaruri olmayıp istikakın tayini için sonradan yapılacak mesaha kâfi olmasına göre belli miktar taşın alacaklı tarafından ölüçülerek teslim edilmemesi onun temerrüdüne vücut vermez.

(BK 91)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas T/30 — Karar 28

Dâvacı Vekili, Artvin — Şavşat yolundaki 700 metre mikâbı taş hafriyatı ile diğer 700 metre mikâbı taş hafriyatı müekkili üzerine ihale edilerek mukavelename yapıldığı ve hafriyat mahallinegidilerek 1400 metre taşın ölçülerek teslim alınması istenildiği halde müteaddit müracaat ve ihtara rağmen ölçülerek teslim alınmamakta olduğundan % 15 teminat akçesi olarak Hakkı ve Behçetin gayri menkulleri üzerine konulmuş olan ipoteğin kaldırılmasına ve muhakeme masraflariyle 830 kuruş noter masrafının dâva olunandan tahsiline ve dâva olunan da müteahhit taahhüdünü yapmadığından ihale feshedilmiş ve başkasına verilmiş olduğundan, farkı fiatın tahsilini karşılıklı olarak istemişlerdir. Şahadet iddiayı tesbit eder mahiyette görülmüş olduğundan Hakkı Ve Behçetin gayri menkulleri üzerine vaz olunan ipoteğin fekkine ve 50 lira ile Vekâlet ücreti ve 830 kuruş protesto masrafının dâva olunandan tahsiline ve ihale farkı olan 157 lira 40 kuruş hakkında dâva olunanın iddiasının reddine hüküm yargıtayca: Hadise irae ve teslim ve müteahhit tarafından işe mübaşeret vaki olduğu dâvacının ikrarı ve şahitlerin şahadetlerinden anlaşıldığı ve bu gibi hafriyatta teslimini ölçmek suretiyle yapılması zaruri olmayıp istihkakın tayini için sonradan yapılacak mesaha kifayet edebileceği halde genel şartnamenin umumi hükümlerine istinat edilerek ve hadisedeki hal ve hususiyet nazara alınmıyarak yazılı olduğu üzere hüküm verilmesinde isabet görülemediğinden dolayı bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Artvin Hususi Muhasebesine izafeten Çoruh Valisi Adına Avukat Asım Lostar.

TEMYİZ KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek ısrarı mutazammın olan son hüküm süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Özel dairenin bozma kararı, dayandığı gerekçelere göre yerinde olup uymak gerekli iken ilâmda yazılı düşünceler ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz edilen son hükmünde H.M.Kanununun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 905 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftanalınmasına 2/5/945 gününde çoklukla karar verildi.

İstihkak dâvası — İptal dâvası

Üçüncü şahıs tarafından açılan istihkak dâvasına karşı haczi yaptıran alacaklı tarafından aciz vesikası gösterilmeksizin karşılıklı olarak iptal dâvası açılabilir.

(İ İ. K. 97)

Yargıty Hukuk Genelkurulu
Esas 1/39 — Karar 88

İcra takibinde bulunan Durbabanın alacağından dolayı borçlu Salihin malı olduğu beyanile haczedilen 63 kilo et hakkında üçüncü şahıs Şaban Çetinin açtığı istihkak dâvasının reddine ve haczin devamına dair Ankara İcra Hakimliğinden verilen 2/8/944 tarihli ve 12/22 sayılı karar Yargıtayca: Bir hakkın doğumunda hüsnüniyet şart olan yerlerde aslolan anın vücudu olup müstahikkin mahcuzu suiniyetle satın aldığı iddiasının usulü dairesinde müddeaaleyhe ispat ettirilmesi ve suiniyet tahakkuk etmediği surette dâvacıya yemin verdirilmek suretiyle meselenin halli lâzım geldiği halde Mercice bu cihet nazara alınmaksızın karar verilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Şaban Çetin

TEMYİZ KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek, ısrarı mutazammın olan son hüküm süresinde temyiz edildiği anlaşıldıkdan ve dosyadaki kâğıtlar okundukan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

596

İstihkak dâvasına karşı haczi yaptıran alacaklı tarafından kanunun 11 inci babı hükümlerine dayanılarak geçici veya kesin aciz belgesi gösterilmeksizin karşılıklı iptal dâvası açılabileceği 2004 numaralı kanunun değişen 97 inci maddesi hükümleri cümlesinden olmasına ve ihtiyatî haczin yerine getirilmesi sırasında yapılan satış ve devir akdine davanan dâvada delillerin ancak bu çevre içinde incelenmesi icabetmesine göre özel dairenin bozma kararı sonuncu bakımından varit ve uyulmağa şayan iken ilâmda yazılı mütalâa ile ısrar kararı verilmesi doğru görülmemiş ve mümeyyiz dâvacının bozma dileği varit bulunmuş olduğundan temyiz olunan son kararın dahi Hukuk U.M.Kanunun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 700 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 25/945 gününde çoklukla karar verildi

Tahliye — Bağıta aykırılık

Kiracı, üçüncü şahsı dâvacı ev sahibinin muvafakatile mecura aldığını ve ahiren mecurdan uzaklaştırdığını savunmasında bildirmiştir. Bu hususta inceleme yapılarak sonuca göre fesih sebebi kalıp kalmadığı düşünülmeden tahliyeye karar verilmesi yolsuzdur.

(BK MMK 30)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 3/89 — Karar 91

Mukavele hükümlerine riayet etmediğinden mecurun tahliyesi talebinden ibarettir.

Akdin feshiyle mecurun tahliyesine dair verilen hüküm Yargıtayca müddeialeyh Hasan namındaki şahsı dâvacının muvaffakiyetiyle mecura aldığını müdafaatan dermeyan ve ahiren merkumu mecurdan uzaklaştırıldığını beyan ve ifade eylemiş olmasına göre bu hususta tahkikat icrasiyle neticesine göre fesih sebebi kalıp kalmadığı düşünülmeksizin tahliyeye karar verilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Bazı sebep ve düşüncelerle ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Sofiya Façya

TEMYİZ KARARI

Hukuk Genel kurulunca incelenerek ısrarı mutazammın olan son hüküm süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

592

Gerekçesine göre özel dairenin bozma kararı tamamen yerinde olup uymak gerekli iken ilâmda yazılı düşünce ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde olduğundan temyiz edilen son hükmün de ısrara dayanan kısmının Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 11/4/945 gününde çoklukla karar verildi.

Noter senedi — Sahtelik iddiası

Tesise ait re'sen tanzim edilmiş noter senedinin, tesisi yapanca okunmuş olduğunun hakikate uymadığı beyanı ve şekil noksanı sebebile ileri sürülen butlan iddası, noter huzurunda yapılmış bir senedin hilâfını iddia olup kabule şayan değildir

(MUK. 295, 316, 314, 319)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 2/35 — Karar 30

Müteveffa doktor Rıza Gün varisleri vekili Mehmet Talât Gönersoy ile İstanbul Üniversitesi Yardım tesis Hey'eti aralarında mütehatdis ölüme bağlı tesisin iptali davasından ibarettir.

Davanın reddine dair verilen hüküm Yargıtayca: Doktor Hasan Ziya Gün dosya arasında bulunan 13 Mayıs 1941 tarihli noter senedinde yazılı olduğu üzere mutasarrıf ve malik olduğu gayrî menkullerile bilcümle nukudunu İstanbul Üniversitesine yardım tesisi namı altında vasiyet edip tesisin gayesini tayin ve ayrıca bir kısım menafiî hallûkatına tefrik edeceğini kayıt ve beyan ile sözü geçen gayri menkullerin rekabesi ve nukudun resülmali tesisin şahsiyeti hükmiyesinde aynen muhafaza edilerek irat ve menafinin tesisin gayesine sarf olunacağını tasrih etmiştir. Nukud tamim ve izafe suretile tayin edilmiş olduğu gibi tesisin gayesi devam ettiği müddetçe gayri menkullerin rekabesile nukudun resülmalinin tesisin hükmi şahsiyetinde muhafazası zaruri bulunmasına ve taallûkatına menafiden bir kısmının ayrılması şart kabilinden olup usulü dairesinde müstakillen yapılan tesisin sıhhatini ihlâl etmiyeceğine mebni bu hususlara temas eden itirazlar varit değilse de merhumun bini tesisde rüyet kabiliyetinden mahrum olduğu ve binaenaleyh senedi okuduğu hakkındaki beyanın vakıa muvafık olmadığı yolundaki davacılar vekilinin beyanı sahtelik iddiasi demek olduğu cihetle bu babta usulen tahkikat icrasile tebeyyün edecek hale göre karar verilmek lâzım gelirken gayri varit mütalâa ile bu iddianın reddine karar verilmesi muhalif ve bu cihete

398

matuf olarak dermeyan edilen itiraz varit olduğundan dolayı bozularak mahalline geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Davacıların istidalarında sahteliğe dair bir iddia olmadığından ve sahtelik manasını çıkarmıya da imkân bulunmadığından ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrara ve mirasçıların tavzih hususunda vermiş olduğu dilekçeler incelenerek; binnetice ısrar kararı Hukuk Genel Kurulunca bozulduğu takdirde dava taraflar arasında yeniden görüleceğinden ve tavzih ciheti de o zaman yapılabileceğinden şimdiki halde tavzihe imkân görülemediğine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Seyfettin Şakarcan, Saim, Ferruh, Jale, Samime Gün ve kendine asil ve küçük kızı Emel e veli olarak Ayşe Seniha Gün vekilleri avukat Talât Gönensay.

TEMYİZ KARARI

Duruşma icrası için tayin olunan 4/4/945 çarşamba günü muayyen zamanda temyiz müstedisi Seyfettin, Ayşe, Semiha, Ferruh, Jale, Samime ve Emel vekilleri avukat Talât Gönensay ve Hamit Şevket İnce ve aleyhine temyiz olunan İstanbul Üniversitesi Rektörü Tevfik Sağlam vekili avukat Ahmet Refik Gorbon gelerek hazır olup tebliğata rağmen gelmeyen diğer aleyhine temyiz olunanların gıyaplarında ve hazır bulunan tarafların yüzlerine karşı açık duruşmıya başlandı. Temyiz müddeti hakkında aleyhine temyiz olunan taraf vekilinin itirazı olmadığı ve temyizin süresi içinde yapılarak kaydedildiği anlaşıldı.

Hukuk Genel Kurulunca tarafların şifahi izahları dinlendikden sonra vaktın darlığına binaen tetkikata devam olunmak üzere başka bir güne bırakılması tensip kılınarak taraflara usulen tefhim kılındı. Bugün Hukuk Genel Kurulunda dava kâğıtları okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

13/Mayıs/941 tarihli tesise ait bölgenin, tesisi yapan doktor Ziya Gür tarafından okunmuş olduğunun hakikata ve vakıaya uymadığı beyanı ve şekil noksanlığı sebebiyle ileri sürülen butlan iddiası, noter huzurunda yapılmış olan bir senedin hilâfını iddia olup Hukuk U.M.Kanun 295 inci maddesi hükmü gereğince kabule şayan olmamasına ve davacılar vekili tarafından ancak şekil noksanlığı ile vasıflandırılarak yukarda yazılı surette yapılmış olan bir iddianın sözü geçen kanunun 316 ve 314 üncü maddeleri emir ve icapları dışında ve 319 uncu maddesinin sorumluluğu altında sahtelikle tavsifi ve bu yolda tetkike tabi tutulması caiz bulunmamasına göre mahkemenin ısrar kararı

599

doğru ve mümeyyizler vekilinin bu cihetlere dokunan temyiz itirazlıaları yersiz olduğundan temyiz olunan kararın ısrara taallûk eden kısmınının tasdikına ve aşağıda müfredatı yazılı 655 kuruş temyiz ilâmı harcınının temyiz eden taraftan alınmasına ve tavzih talebine taallûk ededen karar fıkrası hakkında ileri sürülen temyiz itirazları üzerine gerekekli incelemelerin yapılması için evrakın İkinci Hukuk Dairesine verilmimesine 18/4/945 gününde çoklukla karar verildi.

600

Adalet Dergisi

Sayısı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan veya satın alınan ve mevcudu bulunan kitapların adları, fiyatları, aşağıda; eldeetme yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

Adı	Fiyatı Kr.
Avukatlık kanunu	50
Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu	175
Bağlamlar kanunu şerhi (H. Oser)	150
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Adalet Mantığı„	300
1941-942 Yılları Yargıtay Kararları Hukuk Bölümü	300

Adı	Fiyatı Kr.
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Meşhut Suçlar Kanunu	15
„ „ „ talimatı	15
Varşova konferansı	75
Tamimler mec. (1928-1937)	175
„ „ (1938)	100
„ „ (1939-1940)	100
Noter Kanunu	50
Devletler umumi hukuku	300
Madrid Konferansı	100

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

601

602