

ADALET DERGİSİ

Adalet Bakanlığınca Çıkarılır

Yıl : 38

Şubat: 1947

Sayı: 2

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER:

Sahife

H. BASRİ TARMAN	— Bâzı cezalarda sulh yargıcına itiraz..	77
E. SABRİ ERMAN	— Gayrimenkul mülkiyeti ile ilgili davalar- larda zamanaşımı yorumu	85
ORD. PROF. E. ARSEBÜK	— Konferans (Kanun karşısında hukukun rolü).....	92
BİBLİYOGRAFYA:		106
<u>İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI</u>		113

NO A L E T

DE R O L S

ADRIAT. BAKANLOREN. C. K. 1917

8. 1917

NO C. 1917

NO C. 1917

NO C. 1917

NO C. 1917

NO C. 1917

NO C. 1917

Bâzı Cezalarda sulh yargıcına itiraz

Hasan Basri TARMAN

Ayaş Yargıcı

(Bâzı özel kanunlara göre verilen cezalara karşı yapılan itiraz üzerine Sulh yargıçlığınca uygulanacak usul hakkında tenkidî bir inceleme)

Plan:

- 1 — Giriş
- 2 — Beldiye umuruna müteallik ahkâmî cezaiyye kanunu
- 3 — Çeltik ekîmî kanunu
- 4 — Çiftçi mallarını koruma kanunu
- 5 — Köy kanunu
- 6 — Sonuç

Sayın meslektaşım Hamdi Önerin yukarda bahsi geçen konuda Belediye umuruna müteallik ahkâmî cezaiyye kanunu, Köy enstütüleri kanunu, Çeltik kanunu, Çiftçi mallarını koruma kanunu, köy kanunu, genel nüfus sayımı kanunu ve sair gibi bâzı özel kanunlarla hükme bağlanmış bir takım idarî merci ve kurulların ceza tâyini yetkisine dayanılarak bu merci ve kurullardan verilen kararlara karşı yapılan itiraz üzerine sulh mahkemelerinin ne suretle ve hangi usul altında bu kararları tetkik edeceğine ait meslekdaşlarına fayda sağlamak için kaleme aldığı bu yazıda iştirak etmediğimiz noktaları aşağıda ayrı ayrı izaha çalışacağım:

1 — Belediye umuruna müteallik ahkâmî cezaiyye kanunu:

Esas itibarile bu kanun 16/Nisan/1340 tarih ve 486 sayılı olup daha sonra 15/4/930 gününde kabul ve 20/5/930 gününde 1608 sayı ile yayınlanın bir kanunla önemlice değişikliğe uğramıştır.

İlerde en son değişikliğe uğrayan adı geçen kanunun bu değişikliğinden bahsedilecektir.

1608 Sayılı adı geçen kanunun 1 nci maddesinde: Belediye encümenlerinin kanunun verdiği yetki ve görevlere dayanarak ittihaz ettikleri kararlara karşı gelenlerle belediye kanunlarının men veya emrettiği eylemleri işleyenlere [1] 50 liraya kadar hafif para cezası tertibine ve 3 günden 15 güne kadar ticaret ve sanat icrasından men etmek ve Türk ceza kanununun 536, 538, 557, 559 ve 577 nci maddeleriyle 553 ncü maddesinin 1 nci fıkrasında yazılı cezaları tâyin etmek yetkisine mâlik olduğu yazılıdır.

[1] Burada aşığı had konmamıştır. Bunun genel kanun bulunan ceza kanunu ile açıklanması mümkündür. Ceza K. nun 19 cü maddesinde ağır para cezasının aşağı haddi bir liradır.

Buna dayanılarak belediye encümenlerinden verilen bir karara karşı itiraz kabul edilmiştir. Adı geçen kanunun - 5 nci maddesinde: Ceza kararlarının tebliğ tarihinden itibaren 5 gün içinde mahsus hâkimler olma-yan yerlerde sulh hâkimlerine [1] müracaatla şifahi veya tahriri itiraz olu-nabileceği belirtilmektedir.

İtiraz üzerine sulh yargıçlığınca uygulanacak usul:

A — İtiraz tetkikatı evrak üzerinde yapılır. Yargıç lüzum görürse muterizi veya vekilini celb ederek dinleyebilir. Zabıt verekasının sahteliği iddiasından başka hallerde zabıt verekasını yapan memurlar celb ve davet olunamaz.

Asıl iştirak etmediğimiz nokta burada meydana çıkmaktadır.

Sayın meslekdaş Hamdi Öner „Sulh Yargıcı lüzum görürse tetkikatını duruşmalı olarakda yapabilir” demektedir.

Halbuki: Yargıç lüzum görürse izahat almak üzere muterizi ve ya ve-kilini celb ederek dinleyebilecektir. Burada kanunun yazılı ve açık hük-münden duruşma yapılacağına çıkarılmasına imkân olmasa gerek.

Bu madde bilahare 15/7/934 gününde yayınlanan 2575 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Meslekdaşımın bu değişiklikten haberi olmamış olacağı hep 1608 sayılı kanunun son değişen kanundan evvelki maddesinden bahs etmekte ve izahatını onun üzerinde yapmaktadır. [2]

Adı geçen maddeyi değişen şekli ile aşağıya aynen alarak beraber okuyalım.

1608 sayılı kanunun 5/7/934 gününde kabul 15/7/934 gününde yayın-lanan 2575 sayılı kanunla değişen 6 ci madde:

(İtiraz üzerine tetkikat evrak üstünde yapılır.

İtiraz, cezanın salâhiyeti olmayanlar tarafından tâyin olunduğu ve tu-tulan zabıt varakasının sahteliği ve ceza tâyinine müessir — olacak maddi ve fahiş hâtâyâ müstenit bulunduğu hususlarına münhasır olmak üzere

[1] Sulh hukuk ve sulh ceza hâkimleri ayrı ayrı olan yerlerde sulh ceza hâ-kimliğine müracaat edilmesi müvafık olur kanaatindeyim . Ceza kararlarının tetkiki hukuk hâkiminden ziyade ceza hâkimini ilgilendirir.

11/Nisan/1928 gün ve 1221 sayılı temyiz mahkemesi tenkilatına dair kanunda ayrı ayrı ceza ve hukuk daireleri teşekkül ettirilmiş olduğundan ceza kararları ceza dairelerine Hukuk mahkemeleri kararları da hukuk dairelerine gönderildiği ve bunların ait olduğu dairede tekkik edildiği gibi.

[2] Hattâ yukarda adı geçen belediye umuruna müteallik ahkâmî cezaiye kanu-nun 1608 sayılı kanunla değişen 1 ci maddesi 10/1/940 gününde yayınlanan ve 3/1/940 yılında kabul edilen 3764 sayılı kanunla son defa değiştirilmiş bulunmaktadır.

dermeyen an edilebilir. Bu sebeplere dayanan itirazlar varit ise hâkim ceza kararını iptal ve para cezası alınmış ise belediyenin geri vermesine hükmeder. İtiraz varit görülmezse karar tasdik olunur. İtirazın 30 gün içinde neticelendirilmesi mecburidir.

Hâkim izahat almak üzere lüzum görürse muterizi veya vekilini celbederek dinleyebilir. Zabıt varakasının sahteliği iddiasından başka hallerde de zabıt verekasını yapan memurlar celb ve davet olunamaz.)

Görölmektedirki Zabıt verekasının sahteliği iddiasından başka hallerde de zabıt verekasını yapan memurlar celb ve davet olunamazlar.

Bundan da anlaşılmaktadırki: Muterizin itirazı üzerine Yargıç lüzum görürse duruşma yaparak sanığın müdafaa hakkına taalluku hasebile zabıt verekasını tanzim edenlerin ve ya daha başkalarının celb ve dinlenmelerini sanık tarafından talep edilse dahi Yargıç bunu yerine getiromeyecektir. Çünkü zabıt verekasının sahteliği iddiasından — gayri hallerde bunu tanzim ve imza edenler kanunun kat'ı hükümlerine göre celb ve davet olunamıyacaklardır. Duruşma açıldıktan sonra ceza usulünde yazılı kurallara uymak icap edecektir. Sanık yeni delilerin toplanmasını şahitlerin celbini talep ettiğinde böyle usule uygun taleblerin yerine getirilmesi gerekecektir. belki de belediye encümeninin verdiği karardaki hakkın ziya'a uğramaması için müdahale isteğinde bulunmak üzere belediye başkanı ceza usulu Mühakemeleri Kanunun 365 ve müteakip maddelerine göre müracaat edecektir. bu takdirde iş genel usul hükümleri çerçevesi içinde yeni bir mahkeme safhası arz edecektir.

Halbuki kanaatimize göre bu kanunun ne lafzına nede ruhuna uygun değildir.

Kanun koyucular: İtiraz halinde evrak üzerinde tetkikat yapılacağını maddeye itihâl ettiklerine göre meslekdaşının anladığı mânada (Yargıç lüzum gördüğü takdirde duruşma yapabilir dedeye bilirlerdi) .

Burada basit bir ceza ve ona ait itiraz hâdisesini fazla külfetlere boğmayarak fazla merasime tabi tutmayarak Yargıcın evrak üzerinde tetkikat yaparak karar vermesi kâfi görölmüştür.

B— Diğer taraftan itiraz üzerine sulh yargıcı tarafından yapılan tetkik sonunda ne gibi bir karar verebileceği haline gelelim:

Adı geçen kanunun 6 cı maddesinde Yargıcın yapacağı iş iki noktada toplanmıştır.

I İtiraz edilen kararı iptal etmek.

II— İtiraz edilen kararı tasdik etmek.

İtiraz edilen kararı iptal içinde üç nokta vardı.

1— Ceza yetkili olmayanlar tarafından verilmiş ise

2— Tutulan zabıt verakası sahte ise

3— Ceza tâyinine müessir olacak maddi ve fahiş hata varsa.

Bu üç noktadan birisi kararda yargıç tarafından görülürse karar iptal olunur bunlar mevcut değilse karar tasdik edilir.

Kanunun bu kat'î hükmü karşısında meslektaşın Hamdi Önerin 3 ncü ihtimal halindeki kanaatinde iştirak etmeyeceğim.

Hamdi Önerin yazımıza konu olan etüdünün Mart/946 günlü adalet dergisinin 19 ıncı sayfasında (Kanaatimize göre sorgu yargıcı) vazifesizlik kararında verebilir yani suçun umumi zeza kanunu çerçevesine giren bir cürüm mahiyetinde görürse vazifesizlik kararı vermemesi lâzımdır. Ancak bu vazifesizlik kararının ceza usulü muhakemeleri kanunun 263 ncü maddeinde yazılı son tahkikatın açılmasını tazammun eden karar mahiyetinde olmadığı mütalâasındayız, demektedir. (Sorgu yargıcının) burada hâdisemizle ilgisi olmadığından bu sulh yargıcı olacaktır.

İtirazen önüne gelmiş bir evrakı kanunun gösterdiği çerçeve içinde yargıç tetkik ve sonuçlandırmakla mükellefdir. Yukarda izah ettiğimiz gibi yargıç itiraz edilen evrak üzerinde ya iptal ya tasdik hakkını haizdir. Bu iki işi münhasıran görecektir. Bunun haricinde yetkisizlik kararı veremeyecektir.

Meslektaşın dediği gibi eğer itiraz üzerine yargıcın vereceği yetgisizlik kararı son tahkikat açılma kararı mahiyyetinde değilse yani bundan bir mahiyet farkile ayrı ise o zaman ona ceza usulünün 263 ncü maddesindeki son tahkikatın açılma kararı adını vermek esasen doğru olmaz.

2— Çeltik ekim kanunu:[1].

Çeltik, komşyonu tarafından bu kanun hükümlerine aykırı hareket edenlere belli bir ceza tâyin olunur. Bu cezayada itiraz kabildir.

Yukarda izah ettiğimiz gibi itiraz merci'i mahalli sulh ceza mahkemesidir.

Burada da Hamdi Öner yargıç lüzum görürse duruşma yapabilir demektedir. Yukarda Belediye umuruna müteallik ahkâmî cezaiyye kanunun tetkiki sırasında izah ettiğimiz gibi bunda da duruşma yapılması iktiza etmeyeceği fikrindeyiz. Çeltik kanununun 30 cu maddesinde tebliğ tarihinden itibaren 7 gün zarfında sulh yargıçlığına itiraz edileceği yazılıdır. İtiraz üzerine ne gibi usulî bir muamele yapılacağı kanunda açıkça gösterilmemiştir.

O halde genel hükümlere yani ceza usulü muhakemeleri kanunumuza ve 3 cü kitabın 2 ci faslındaki itiraz hükümlerine baş vurmak gerekir. Kanun

[1] 11/6/936 gününde kabul ve 23/6/936 gününde yayınlanan 3039 sayılı.

koyucu belediye umuruna müteallik ahkâmi cezaiyye kanununa itiraz hususunda usule ait daha geniş hüküm koymuş ve yol göstermiş bulunmaktadır. Çeltik kanununda ise daha sâkit davranmaktadır.

Ceza usulu kanunumuzda iki türlü itiraz vardır [1].

1— Âdi itiraz.

2— Acele itiraz.

Bu iki itiraz birbirinden farklıdır. Ve kanunda da her iki itiraz tahdididir.

Bu izahdan sonra Çeltik kanunundaki itirazın usul kanunumuzdaki âdi itiraza uygun olduğunu kabul etmek daha doğru olur düşüncesindeyiz.

Şu hale göre çeltik komisyonu tarafından verilen bir karara yapılan itirazı sulh yargıcı C.U.M.K. nun 302 nci maddesine göre duruşma yapmaksızın evrak üzerinde tetkik edecektir. Ancak icabederse C. Savcısını dinleyecektir. Bu maddede yalnız kanunka yazılı haller müstesna olmak üzere denilmekle istisnâî bir halin mevcut olduğuna işaret edilmektedir bu istisnâî hal de C.U.M.K. nun 122/2ci fıkrasındaki «İtiraz üzerine bir karar verilmeden evvel şifahi olarak iddialarını izah ve tesbit edilen vâkıaları münakaşa etmek üzere alâkadarlar ve Cumhuriyet müddeimumisine müsaade olunur» şeklindedir.

Görülüyorki genel hükümlerde de itiraz asıl olarak evrak üzerinde tetkik edilmekte ve duruşma yapılmamaktadır. Ancak kanunda münhasıran bir istisna yapmaktadır. Ve bu istisna da açıkca duruşma yapılacağı şeklinde olmayıp şifahi olarak iddialarını izah etmek üzere alakadarları ve cumhuriyet müddeimumisine müsaade olunmaktan ibarettir.

Bu hale nazaran meslektaşımın buradaki fikrine de iştirak etmeyeceğim.

Diğer taraftan bu kanunda da yukarda arz olunduğu gibi sulh yargıcının görevsizlik kararı vereceği şeklinde bir düşünceye sahip olmak muvafık görülmemektedir. Bunda da itiraz edilen kararı yargıç ya tadik ve yahutda ibtal edecektir.

Para Cezasının mahiyeti:

Hamdi Öner (30 cı Maddeye göre para cezası hususî idarelerce tahsili emvâl kanununa tevfikân tahsil olunur. Tasil imkânsızlığı tahakkuk ederse umumî hükümler dairesinde hapse çevrilmek suretile infaz olunur. Bu hükme göre para cezası tazmini mahiyettir. Binaenaleyh ceze karar namesile hüküm olunamaz, yaşıdan dolayı tenzilat yapılamaz), demektedir.

[1] İstanbul Üniversitesi ordunaryüz Prof. Tahir Tan'er, C.U.M.K. nun vecuze hukuku notlarından.

Zikredilen hususat 30 cu maddede değil 31 ci maddededir. Bir az evvel meslekdaş 30 cu maddeden bahsederken yaşdan dolayı yargıç tenzilât yaparak kararı tâdilen tasdik edebilir diyor. Bir müddet sonra tenakuza düşerek yaşdan dolayı tenzilât yapılamaz diyor.

Halbuki: «Tazminat kabilinden olan para cezalarının kanunu mahsusunda sarahat olmadığı takdirde infaz ve icrasında hukuku şahsiyye kavaidinin ceryanı ve icra kanunu hükümlerinin tatbiki muktezi olup ceza Kanun 19 ve 24 cü maddelerine tevfikan hapse tahvil edilemeyeceğine dair yargıtayın 19/6/929 gün ve 14 sayılı içtihat birleştirme kararı» pek açıktır.

Çeltik kanununun 30 cu maddesinin son fıkrasında itiraz hususunda verilecek kararların kat'i olduğu yazılıdır. Belediye umuruna müteallik ahakâmi cezaiyye kanununda keza 7ci maddesinde itiraz üzerine verilen kararların kat'i olduğu bildirilmekte ve C.U.M.K. nundaki 343 cü madde hükümlerinin mahfuz bulunduğu işaret olunmaktadır. Çeltik kanununa göre verilen kararlara karşı itiraz sonunda sulh yargıcının vereceği kararlarda yazılı emirle bozma yoluna müracaat olunamayacağına dair hiç bir mâni olmadığı kanaatindeyim.

3—Çitçi mallarının Korunması hakkında kanun[1].

Çiftçi mallarını koruma meclisi tarafından verilen kararlara karşı itiraz kabildir. Ancak bu kararlar yukarda şimdiye kadar tetkik ettiğimiz kanunlarda olduğu gibi merci itibarile aynı yargıçlık değildir. Burada itirazı tetkik mercii (Sulh Hukuk Yargıçlığı) dır. Diğerlerinde bu merciin sulh ve ceza yargıcı olduğunu kayıt etmiştik.

Bu kanunun 26 cı maddesinde yargıç itirazı evrak üzerinde tetkikat yaparak bir hafta içinde intaç eder. İtiraz olunan karara tadil veya tasdik suretile bu işi bitirir. Ancak maddi hata vukuu veya sahtelik iddiası halinde mahkeme lüzum görürse duruşma yapabilir.

20 Liradan yukarı olan tazmin kararlarına karşı alâkalılar yukarıki fıkrada yazılı depo şartı olmamak üzere 5 gün içinde sulh hâkimine itiraz edebilir. Bu fıkraya göre yapılan itirazın tetkiki (Umumi hükümlere göre yapılır).

Koruma ve ihtiyar meclislerinin itiraz olmyan karaları ile sulh hâkimlerinin itiraz üzerine verecekleri kararları kat'i olup bunlar aleyhine hiç bir kanun yoluna başvurulmaz denilmektedir.

[1] 2/7/941 kabul 10/7/941 de yayınlanan 4031 sayılı.

Burada kanun koyucu lüzumuna kani bulunduğundan duruşma yapılması hususu açıkca hükme bağlamıştır. Hiç bir kanun yoluna baş vurulamaz demeklede kararın pek kavi bir lisanla katiliğini işaret etmiş bulunmaktadır. [1]. Bu kararların her hangi bir kanun yoluna müracaat için geciktirilmesi, bekletilmesi caiz değildir. Yani itiraz üzerine sulh Yargıçlığı tarafından verilen kararlar derhal icra ve infaz olunurlar.

4 — Köy kanunu: [2]

Bu kanunda ihtiyar heyetinin bâzı hukukî hâdiseleri halletmek yetkisi vardır. Bu da kanunun 49, 50 ve 52 inci maddelerinde görülmektedir.

Ayrıca birde adı geçen K. nun 56 cı maddesinde ihtiyar heyetinin cezai mahiyette bir yetkisi olduğu görülmektedir.

Bu maddeye nazaran: 13 cü madde de yazılı mecburî işleri yapmayan köylüden ihtiyar meclisinin kararile haline göre 1 kuruşdan 100 kuruşa kadar ceza alınır. Ceza parasını vermeyenlere 66 cı maddeye göre muamele yapılır. Cezaya mahkûm olan kimse o işden gene kaçarsa evvelki ceza iki kat olarak alınır, denilmektedir.

Kanunun 49 ve 50 ci maddelerinde verilen hukuki kararlar katidir bunların istinaf ve temyizi yoktur.

51 ci madde de 49 ve 50 inci maddelerde gösterilen ve 50 liraya kadar olan davalarda evvelâ ihtiyar meclisine müracaat edilmedikce hiç bir mahkemeye gidilemeyeceği beyan olunmaktadır.

Halbuki tatbikatda bu gibi ihtilâflar köy ihtiyar meclisine müracaat edilmeden doğrudan doğruya mahkemelerin önüne getirilmektedir. Ve mahkemelerde bu gibi ihtilâf mevzularını ihtiyar meclisine köy kanununun 51 ci maddesine tevfikân götürmeden mahkemeye gelmiştir, diye bir ret kararı vermemektedirler. Ve davaları görmektedirler. Yargıtay mahkemesinde bu hususa ait menfi bir içtihat serd etmemektedir.

56 cı maddedeki ihtiyar meclisinin verdiği para cezasına karşı bir itirazdan bahsedilmemektedir. Bu maddenin mefhumu muhalifinden kat'i olduğunu çıkarmak lâzımdır.

Ancak sayın meslekdaşım Hamdi Öner bu kanunu tetkik ederken 54 ve 55 ci madde hükümlerinden halen mer'i imiş gibi bahsetmektedir. Şurasını hatırlatmak isterimki fikir ve izahlarını isnat ettirdiği bu maddelerde halen mer'i değildir. Ve bu iki madde 10/7/941 tarihinde yayınlanan 4081 sayılı çiftçi mallarının korunması hakkındaki K. nun 36 cı madde ile kaldırılmıştır.

[1] Çiftçi mallarını koruma kanunun izahnamesinin 27 ci maddesi (Bu izahname Tarım Bakanlığı tarafından çıkarılmıştır).

[2] 18/3/1340 Tarihinde kabul ve 7/4/1340 gününde yayınlanan 442 sayılı.

Sonuç: Gerek belediye umuruna müteallik ahkâmı cezaiyye kanununda ve gerekse çeltik kanununda yetkili merci tarafından ittihaz edilen kararlara karşı yapılan itiraz üzerine sulh ceza yargıçlığınca bu itirazın evrak üzerinde tetkikat yapılarak bir karar verilmesi icap etmektedir. Yargıç lüzum vardır diye duruşma yapamayacaktır. Yalnız çiftci mallarını koruma kanununa göre yapılan itiraz üzerine asıl olarak evrak üzerinde tetkikat yapılacaktır. Burada yargıç lüzum görürse duruşma yapabilecektir.

Gayrimenkul mülkiyeti ile ilgili davalarda Zamanaşımı yorumu?

Eyyüp Sabri ERMAN

Zonguldak asliye hukuk yargıcı

Zamanaşımı; belirli bir müddetin geçmesiyle bâzı hakları doğması veya düşmesi sonucunu verir. Genel hukuk prensiplerine göre ve doğurduğu bu sonuç yönünden ikiye bölünür.

1 — İktisap zamanası: Haddizatında haklı bir sebebe dayanmayan bir tasarrufun belirli müddet devam etmekle bir hak kisvesine bürünmesidir.

2 — Dava zamanası: Buna düşürücü zamanası da denir, belirli müddetin geçmesi dava yetkisinin kullanılamamasını gerektirir.

Medeni kanun, 638 ve 639 ncu maddelerindeki âdî ve olağüstü zamanası hükümleriyle gayrimenkul mallarda iktisap zaman aşımına müsaade etmiştir. Medeni kanundan evvel uygulanan 1274 tarihli arazi kanunnameside 78 nci maddesile, miri ve bir kısım vakıf arazilerde bu çeşit zamanasını kabul etmişti. Adalet dergisinde, evvelce çıkan bir yazımızda bu konuyu ele almış, eski ve yeni hükümleri kıyaslayarak tapulu tabusuz arazilerin zamanası ile iktisap edilip edilemeyeceğini açıklamaya uğraşmıştık. Bu yazımızın konusunu yukarıda iki numaralı bentte sözünü ettiğimiz hal teşkil edecektir.

Alacağını uzun müddet dava etmeyen, dava yetkisini kaybeder. Borçlu zamanasını ileri sürerse alacaklının davası reddolunur. Borçlar kanununda bu hususta açık ve kesin hükümler vardır. Acaba gayrimenkul mülkiyetinin malike bağışladığı hak ve yetkiler, diğer borç münasebetlerinde olduğu gibi belirli bir müddet kullanılmamakla düşer mi? Sorumuzu bir misalle açıklayalım; başkasının haksız yere eline geçirip tasarruf ettiği tarlasını, özürsüz geçen uzun yıllar boyunca dava etmemiş olan tarla sahibine karşı, süresine hakkını kullanmadı, dava etmek yetkisi kalmadı diye savunulabilir mi?

Ele aldığımız konu ile ilgili medeni kanun ve daha evvel uygulanmış 1274 günlü arazi kanunu hükümleri arasında açık ayrılıklar vardır. Bu itibarla hâdiseyi eski ve yeni mevzuatın ışığı altında olmak üzere ikiye bölerek inceleyeceğiz.

Medenî kanuna göre durum:

Medenî kanun ve borçlar kanunu bir çok maddelerinde dava zaman aşımına müteallik hususî hükümleri ihtiya etmektedir. Ezcümle; Nişanlanmaktan doğan davalar, nişanın bozulduğu tarihten itibaren altı ay ve her halde evlenmeden itibaren beş sene içinde açılması lâzımdır. (Madde 119 vasinin ve vesayet daireleri âzalarının doğrudan doğruya sorumluluklarına müteallik davaların zaman aşımı, kesin hesabın alınmasından itibaren bir senedir, (Madde 435).

Haksız fiillerden ve haksız mal iktisabından doğan tazminat davaları zarara ve failine ittilâdan itibaren bir sene geçirilmekle sâkit olurlar, (Madde 60, 66).

Bunlar gibi daha bir çok haller, haiz bulundukları hususiyetlere göre ele alınmış, her birinin bağlı olduğu dava zaman aşımı kesin surette belirtilmiştir. Şahsî hakların ve borç münasebetlerinin ilânihaye devam etmesini kamu düzeni noktasından doğru bulmiyan kanun vâzii bu yüzden doğabilecek bütün anlaşmazlıkların belirli sürelerle hasredilmesini tasarlamış, hususî hükümler koymuş ve haklarında böyle hususî bir hüküm bulunmayan bilumum davalar için umumi zaman aşımı müddeti kabul etmiştir.

Medenî kanunun gayrimenkul mülkiyetine ayrılan bölümlerinde dava zaman aşımı ile ilgili bir hükme raslamıyoruz. Özel bir hümmüm derpiş edilmiş oluşuna göre borçlar kanununun yukarda sözünü ettiğimiz 125 nci maddesindeki genel zaman aşımının gayrimenkul mülkiyetinden doğan hak ve yetkilerde uygulanmasına imkân varmıdır?

Ele aldığımız konuyu bir neticeye bağlayabilmek için bu soruyu cevaplandırmak zorundayız. Borçlar kanununun borçların ve ferî'lerinin sukutuna müteallik üçüncü bölümündeki 125 inci maddesinde: (Bu kanunda başka türlü bir hüküm bulunmadığı takdirde her dava on senelik zaman aşımı süresine bağlıdır.) denilmektedir. Medenî kanun 5. inci maddesile: (Akitlerin inhikadına, hükümlerine, düşme sebeplerine taallûk edip borçlar kısmında beyan edilen genel kaideler, medenî hakların diğer kısımlarında dahî carî olacağını) bildirdiğinden sözünü ettiğimiz 125 inci madde hükmü medenî kanunda yazılı şahsî haklarla ilgili davalarda caridir. Acaba gayrimenkul mülkiyetinden doğan hak ve yetkilerde yani aynı haklarda da uygulanabileceğini iddia edebilir miyiz?

Hiç şüphesiz, borçlar kanunundaki genel kaideler medenî hakların diğer kısımlarında uygulanırken bu hakların mâhiyet ve hususiyetlerini göz önünde bulundurmamak zorundayız. Bilhassa, borç münasibetinden doğan haklar ve şahsî haklarla aynı haklar arasındaki esaslı ayrılığı gözden uzak tutamayız.

Aynı hakların bir nevi olan mülkiyet hakkı; şey ile kişiler arasında doğrudan doğruya teessüs eden bir bağıdır, maddi bir münasibettir. Bu münasibet kişilere hiç bir aracının vücudunu gerektirmeksizin doğrudan doğruya o şey üzerinde bir takım haklar sağlar. Meselâ: Malik mülkiyetinin taallûk ettiği şeyi başkalarına zarar vermemek şartile dilediği gibi kullanır, satar, rehin eder, kiraya verir ilâ. Ve mülkiyet hakkı mâlike; mülkiyetin taallûk ettiği şeyi eline geçiren, ona müdahale eden kişilerin müdahale ve muarazalarını önlemek ve bu maksada erebilmek için dava açmak yetgisini bağışlar. Medenî kanunda bu dava yetkisini zamanla takyit ve tahdit eder bir hüküm yoktur.

Şahsî Hak; doğrudan doğruya kişilere ve kişiler dolayısıyla şeye taallûk eder. Yani bir şahsî hak sahibi doğrudan doğruya hakkının taallûk ettiği şeye müracaat edemez. Hakkını temin için diğer tarafı harekete geçirmesi ve borcunu yapmağa zorlaması lâyımdır. Bu iki çeşit hak arasındaki farkı bir misalle açıklayalım; bir gayrimenkul mal üzerindeki irtifak hakkı aynı haklardandır. Doğrudan doğruya şeye taallûk eder. İrtifak hakkı sahibi ile o şeyin sahibi arasında doğrudan doğruya bir ittisal yoktur. Bu aynı hakkın sahibi gayrimenkulü, kullanmağı mümkün kılacak hale sokması için mâlikî zorlayamaz. Birde bu gayrimenkulün kiraya verildiğini farzedelim. Kira bağıtı şahsî bir borç doğurur. Kiracı kiralanan şeyin bağıttan maksut olan faydayı temin edecek hale getirilmesini kiralandan istemek hakkını haizdir.

Gayrimenkul mülkiyetinin mâlike bağışladığı hak ve yetki ile şahsî haklar arasındaki ayrılık ve bilhassa gayrimenkul mülkiyetinin nakli bâzı şekil ve merasime bağlı tutulmuş oluşu vesaire gibi sebepler borçlar kanununun 125 inci maddesindeki genel zamanaşımı hükmünün ele aldığımız konuya uygulanmamasını gerektirir. Mülkiyet hakkı; ve bu hakkın bağışladığı dav yetgisi dava zamanaşımına tabi değildir. Tecavüz ve müdahalenin önlenmesini istiyen mülk sahibine karşı iktisap zamanaşımı müstesna, dava zamanaşımı ile savunulamaz.

Profösör Cevat Abdurrahim Gücün hukuk davaları adlı kitabında: (Tapuda yazılı gayrimenkul mülkiyet davalarında borçlar kanununun 125. inci maddesinde yazılı dava zaman aşımı cereyan etmez, gayrimenkul mallar için medenî kanun biri âdi diğeri fevkalâde olmak üzere iki türlü iktisap zamanaşımı kabul etmiştir.) Diyor.

Yargıtay; gayrimenkul malları tapulu ve tapusuz diye ikiye bölmüş, tapulu ve zamanaşım ile iktisap edilmemiş olanlarda dava zamanaşımı savunmasına yer vermemiş, aradan uzun yıllar geçmesine rağmen gerçek malik ve zilyedin hakkını fuzuli şağillere karşı tercih etmiştir. Tapusuz

gayrimenkul mallarda tamamen bunun aksi bir yol tutmuş bu kabil malların iktisap zamanasımından başka dava zamanasımında bağlı olduğu ve borçlar kanununun 125. inci maddesinin bunlar üzerinde uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bu neticeyi sağlar, yargıtay birinci hukuk dairesinin 22/Ekim/945 gün 2339 sayılı kararında: (Davacının dava edilen gayrimenkule ne kendisinin ve nede murisinin tapusu olmadığı anlaşılmış ve dava olunanda bu samanlığı davacıdan veya murisinden satın aldığı ve bu suretle zilyetliğin onlardan kendisine geçtiğini ikrar etmemiş, samanlığın kendisine babasından kalıp otuz sene elinde ve tasarrufunda bulunmuş olduğunu ve zamanasımı bulunduğunu söylemiştir. Bu durum karşısından mahkemece yapılacak iş; zaman aşımı olup olmadığı meselesinin çözülmesinden ibarettir. Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkul mal hakkındaki davalarda borçlar kanununun 125. inci maddesi gereğince zamanasımı yörür. Dava olunan iktisap zamanasımına dayanmamış ve davacının zamanasımı dolaşısıyla dava hakkı kalmadığını iddia etmiş olmasına tanıklarda zamanasımı tamamlandığını bildirmiş bulunmalarına göre: Davanın bu bakımdan reddi gerekli iken tarafların dayanmadıkları harici satış vesaire ileri sürülmek suretile müdahalenin menine karar verilmesi yolsuzdur.) Denilmektedir.

Yargıtayın bu kararı bu şekilde bizi tamamen tatmin etmemektedir. Tapuda yazılı olmayan bir gayrimenkul mal üzerindeki asli zilyetlik iki durum arz edebilir.

1 — Asli zilyetlik, fiili tasarruftan ibaret kalmış mülkiyet ile ilgili ve kanunen korunmaya değer bir hak ve netice doğurmamıştır. Bu hal; iktisap zamanasımı süresinin henüz tamamlanmaması, işgal ve tasarrufun kanunun aradığı şartları ihtiva etmemesi gibi muhtelif sebeplerden ileri gelebilir. Mal üzerindeki hukuk durumu bundan ibaret kalan şahsa karşı sonraki zilyedin dava zamanasımı iddiasında bulunabilmesin de yargıtayla aynı fikirde isekte zamanasımının hangi maddeye göre tebit edileceği noktasından ayrılıyoruz. Yargıtay borçlar kanununun 125 inci maddesinin uygulanması gerektiği reyini izhar ediyor. Halbuki; tapusuz ve iktisap edilmemiş gayrimenkul mal üzerinde mâlik sıfatile tasarrufta bulunan kişi o şeyin asli zilyedir. Medenî kanunumuz 3 üncü bölümündeki 887 ve sonra gelen maddelerinde zilyetlik konusunu ele almış, zilyetliğin kesilmesi, şümulü, korunması, savunması, yedin iadesi, zilyetlik hakkının ihlâlinden doğan davaya hakından mahrumiyet ilâh. Hakkında hususî hükümler koymuştur. Bilhassa 896 ve 897 inci maddelerinde: (Bir şeye zilyet bulunan kimsenin zilyetliği tecavüze uğradığı halde; tecavüz eden, o şey üzerinde bir hak iddia etse bile zilyet onun aleyhinde dava açabilir. Davaya; tecavüzün kaldırılmasına, sebebinin önlenmesine, zararın ödettilme-

sine dair olur.), (Zilyet, gasp ve tecavüz fiillerine ve hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vâkıf olur olmaz, istirdata veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde, dava hakkından mahrum olur. Zilyet, tecavüzü ve tecavüz edeni daha geç öğrenmiş olsa bile gasıp ve tecavüzün vukuğundan itibaren bir sene geçmekle dava zamanaşımına uğrar.) Denilmektedir. Bu hükümler asli ve ferî zilyetliklerden her ikisinde şümulü içine almış, zilyetliğin ihlâlinden doğan davalarda hususi zaman aşımı müddeti kabul etmiş ve borçlar kanununun 125 inci maddesi hükmü, başka şekilde hüküm mevcut olmıyan hallerde uygulanmak icap etmiş bulunduğundan umumi zamanaşımına müteallik iş bu 125 inci madde hükmünün ele aldığımız konuya tatbik edilememesi lâzımdır.

2 — İşgal ve tasarrufu belirli şartlar içinde ve iktisap zamanaşımı süresini doldurur derecede devam etmekte olan kişi aslen zilyeti bulunduğu malî sınıf bu sebeple temellük etmiş sayılır. Medeni kanunun 633 ve 635 inci maddeleri uyarınca tapuya tescilden evvel dahi malik sıfatını kazanır. Binaenaleyh; medeni kanunun 639 uncu maddesi uyarınca teessüs etmiş mülkiyet hakkını henüz tapu kütüğüne geçirilmedi diye farklı muameleye tabi tutmak ve gayrimenkul mülkiyetin uygulanmaması esas itibarıyla kabul edilen dava zamanaşımına bağlı kılmak bugünkü mevzuatımıza uygun düşmemektedir.

Sırası gelmişken ele aldığımız konu ile ilgili başka bir duruma işaret edelim; gayrimenkul mülkiyeti ile ilgili olmak üzere mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş ilâm hükümleri zamanaşımına uğrarmı? Meselâ; tapu ile tasarruf edilen bir gayrimenkule başkasının haksız müdahalesinin ölenmesi için mahkemeden istihsal edilmiş ilâm aradan on sene geçtikten sonra infaz ettirilebilir mi?

Kanaatımıza göre; gayrimenkul mülkiyetinin bağışladığı hak ve yetkileri teyid eden böyle bir ilâm, malik sıfatı devam eden kişi tarafından; hüküm giyen fuzulî şağile karşı her zaman hüküm ifade edebilmelidir. Bu kanaatımızı çürütür kanunî bir hükme raslamıyoruz. Fakat; yargıtay icra ve iflâs dairesi bunun aksi bir tezi savunmuş, ilâmlar gayrimenkul mallara bile taallük etmiş olsalar on senelik zamanaşımına bağlı olduğunu kabul etmiştir. Bu neticeyi verir yargıtay icra ve iflâs dairesi kararlarını kısaca işaretliyoruz;

«Gayrimenkule müteallik ilâmlarla zamanaşımı, tashihi karar isteği için kanunun tâyin ettiği müddetin geçmesinden veya tashihi karar talebinin reddine müteallik kararın verildiği tarihten itibaren işlemeğe başlar ve on senedir. İcra ve iflâs dairesi, 6/11/939 günlü kararı »

«Yalnız teşçiline hükmedilen münazaah gayrimenkulün mücerret alacaklının işgali altında bulunması zamanasını işlemesine engel olmayacağından on sene içinde icrası istenmeyen böyle bir karar zamanasına uğramış olur. İcra ve iflâs dairesi 28/2/944 günlü kararı.»

Eski hükümlere göre durum

Medenî kanunumuz 4/10/946 gününde yürürlüğe girdi. Bu tarihe kadar toprak anlaşmazlıkları 1274 tarihli arazi kanunnamesi ve tadillerine göre çözüldü. Medenî kanun evvelce kazanılmış bir hakkı ihlâl edmeyeceği ve her hukuk olayı ceryan ettiği zamandaki kanunların ışığı altında inceleneyeceği için arazi kanununun ele aldığımız konu ile ilgili hükümlerine ilişmeyi faydalı görüyoruz.

Yukardada belirttiğimiz gibi arazi kanunnamesi 78 inci maddesile miri ve bir kısım vakıf toprakların nizasız 10 sene kullanılmaları ile iktisap edilebilmeleri esasını kabul etmiş, bu iktisabı zamanasımından başka 20 inci maddesinde dava zamanasına taallük eden bir hükmüde ihtiva etmiştir. Kanunun 20 inci maddesinde aynen: «Sagir ile günün ve tegallühü müddet seferi baît olan diyarda bulunmak gibi şeran muteber özürlerden biri tahakkuk etmedikçe on sene nizasız tasarruf edilen tapulu araziye müteallik davalar istima edilmez. Ol âzarı muteberinin zeval ve indifai tarihinden on seneye kadar araziye müteallik davalar istima olunup mezkûr müddet geçtikten sonra istima kılınmaz» denilmektedir.

Madde hükmü gayet açık ve kesindir. Dava zamanasını iddiasında da bulunan zilyet iktisap zamanasımında olduğu gibi muhakkak haklı bir sebebe dayandığını isbat etmekle mükellef değildir. Tasarrufun, nizasız on sene devam etmiş ve bu müddet içinde dava açılmaması şer'i özürlerden ileri gelmemiş olması kâfidir. Maddede: (Tapulu arazilere müteallik davalar) tabiri kullanılmıştır. Kanunun vazî bu tabirle tapu ile tasarrufu kanun icabı bulunan arazileri işaret etmek istemiştir. Yoksa bu madde hükmünden faydalanabilmek için behammehal bir tapu senedine isnat etmeğe lüzum ve mahal yoktur.

Ali Haydar bey — Arazi kanunun şerhi — Kitabında «on sene geçmekle tasarruf davası mesmuu olmadığı gibi, vefaen ferağ davasında mesmuu olmayacağını, maddede tapulu arazi tabirinin kullanılması tapu ile tasarrufu kanun icabı bulunanın miri arazileri işaret etmiye mâtufl bulunduğunu yoksa zamanasını iddia edenin bundan faydalanması için muhakkak bir tapu senedine istinat etmesi icap etmediğini, zilyedin tapu senedi olmasa bile on sene tasarruf etmekle evvelki mutasarrıfa karşı zamanasını iddiasında bulunabileceğini, miri arazilere müteallik bir davanın

özürsüz on sene terk edilmesi halinde dahi dava zamanasını tehassül edeceğini, fakat dava edilen şahıs elindeki araziye haksız yere zabt ve ziraat etmiş olduğunu ıkrar ve itiraf ederse bu suretle tasarruf on sene ve daha fazla bir zaman sürmüş olsa bile zamanasına itibar edilmeyip arazinin sahibine aliverilmesi lâzım geldiğini zira mecellenin 1674 üncü maddesi gereğince tekadümü zaman ile hak sâkit olmayacağını, işbu zamanasını mirî ve vakıf arazilerin tasarrufu ile ilgili davalara ait olup bu Kabil topraklarına mülkiyetine müteallik olarak hazinenin açacağı davalar mecele hükümleri gereğince 36 senelik zaman aşımı müddetine tabi bulunduğunu» bildirmektedir;

Kanun karşısında hukukun rolü [*]

Konferansı veren
A. Esat ARSEBÜK

Muvzuuma girmeden evvel müsaade ederseniz bu başlıkla kasdettiğim fikri izah edeyim: Hukuk terimini hukukçular bir çok mânada kullanırlar. Bundan bazan kişiye tanınan salâhiyetler anlaşılır; ferdin hakları gibi. Bazan kanun mânası kasdolunur; şahsın hukuku gibi.

Fakat diğer bir bakımdan hukuka biri idealist, diğeri realist olmak üzere iki mânâ daha izafe edilir. Mevcut ve yürürlükte olan bir hukuk nizamına kanun, bir memlekette cemiyetin menfaatlerini en iyi bir şekilde koruma kabiliyet ve kudretini haiz olmasından dolayı lüzumunu hissettiğimiz kanuna da hukuk deriz.

Her kanun zamanla hissedilen ihtiyaçları kaşılamak için tanzim olunur. Fakat son derece açık ve umumî yazılmış olmasına rağmen bir kanun maddesinin hiç bir zaman hadiselerin karşısına çıkarabileceği ihtimalleri evelden görmesine imkân yoktur. Hayat en kudretli kanun vazından çok daha yaratıcıdır. Bu itibarıdır ki yürürlükteki bir kanunu tatbik ile mükellef olan hukukçu sadece dünün zaruretlerini değil; bu günün ihtiyaçlarını da hesaba katmak ve kararını ona göre vermek zorunda kalır. Kanunda bir sarahat bulunmaması halinde hâkimin hüküm vermekten imtina edebileceğini kabul ve terviç eden medenî bir rejim yoktur. Demek ki kanun hiç bir zaman hukukla aynı seviyede olamaz. Çünkü cemiyet tekâmül ettikçe sosyal münasebetler daha girift bir hâle girer. Çünkü her tatmin edilen ihtiyaç yeni bir ihtiyacın doğumuna sebep olur ve erişilen her gaye ufakta beliren yeni bir gayenin basamağını teşkil eder. Eğer bir teşbihe cevaz verilirse diyebiliriz ki fotoğraafınızla şahsınız arasındaki benzerliği yekdiğerinden ayıran âmil ne ise knunla hukuk arasındaki mesafeyi gittikçe açan ve kanunun hukukla birleşmesine mani olan âmil de odur.

Demek oluyor ki cemiyet ihtiyaçlarını, dünün zaruretlerini nazara alarak ayarlayan kanunla hâlin icaplarını tanzime mecbur olan hukuk arasında devamlı bir çarpışma mukadderdir. Ve hukuk tarihinin bize verdiği malumata göre bu mücadele daima hukukun zaferile nihayet bulur. İşte asırların vakıalarla teyit ettiği bu hakikatı tebarüz ettirmek içindir ki İçviçre Medenî Kanunun ilk maddesi kanunun hukuka değil; belki bunun

[*] Bu Konferas 4/1/947 tarihinde Türk Hukuk Kurumu adına Dil—tarih ve coğrafya fakültesinde verilmiştir.

tamamen aksi olarak idealist hukukun kanun ismini verdiğimiz realist hukuk hâkim olması lüzumunu açıkça belirtir: «kanun lâfzile veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun vazîi olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idi ise ona göre hükmeder. Hâkim kararlarında ilmî ve kazaî içtihatlarından mülahem olur.» Fakat ne yazık ki iktibas sırasında maddenin yan yazısındaki «kanunun tatbiki» tabiri bir dikkatsizlik eseri olarak «Medenî Kanunu tatbiki» şeklinde ifade edilmiş ve İsviçreye göre yürürlükte bulunan bütün hususi hukuk kanunlarında gözönünde tutulması mecburî olan bu esas, bizde bir tercüme yanlışlığı yüzünden Medenî Kanuna inhisar ettirilmiştir. Acaba bu hata tatbikatımızda bir tesir vücuda getirebilirmi? Aşağıdaki satırlar bize bu sorunun cevabını verecektir.

Hukuk ile kanun arasındaki fark yeni mevzuata pek o kadar bariz olmaz. Bu farkı nazariyatla uğraşan hukukçulardan ziyade yüksek bir hukuk fikrine sahip olan hâkimler görebilirler. Farkın her aydın tarafından görülebilmesi için zaman unsuruna ihtiyaç vardır. Şu halde eski bir kanun üzerinde durmaklığımız lâzımgelir. Bu bakımdan 1803 de neşrolunan ve tam 114 senelik bir maziye sahip bulunan Fransız Medenî Kanunu, tetkik ko-numuz için pek güzel bir misal teşkil eder. Ancak Fransız Medenî Kanununun ne gibi âmiller tesiri altında ne gibi yeniliklere vücut verdiğini ve bu yeniliklerin şümülünü takdir edebilmek, hukukun o tarihten önceki durumu hakkında bir fikir sahibi olmağa bağlıdır. Bu sebepten o zamanki hukukî durumu umumî hatlarla hülâsaya çalışalım.

Roma Hukuku tarafların serbest iradelerile bir akdin meydana gelebileceğini hiç bir zaman kabul etmedi. O, yapılan anlaşmaların doğum şartlarını ve müeyyidelerini kaynağını sihrî veya dinî bir kuvvetten alan eşkâl ve merasimde aradı. Çünkü isbat imkânı yalnız şekle riayet edilerek yapılan akitlerde vardı. Ve ancak böyle bir taahhüt borçluyu alacaklısının hâkimiyeti altına sokabilirdi. Vakıa borçlu vâde gününe kadar hür adam vasfını muhafaza eder ve borcunu ödemekle eski durumunu tekrar iktisap eylerdi. Fakat borç ödenmezse o zaman alacaklı borçlusunu kendi evine götürür, onun şahsı üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir, onu esir gibi satabilirdi (Manus injectio).

Romanın XII Levha Kanunlarından sonra cebri icra sertliklesinin yu-muşatıldığına şahit oluruz. Milâttan 423 sene evvel yapılan Papiria Kanunu, alacaklının hakkını bizzat elde edebilmesini hâkimin müsaadesine tabi tutmuştur ki bu icra yolunun, borçlunun şahsından mallarına intikal etmesine doğru atılan ilk adımdır (Manus injectio judicati).

Kanun hükümlerinin bütün katiyetile tatbik edildiği bu devirlerde bile hakkaniyet fikrinin belirdiğine şâhit oluyoruz. Vakıa bu fikrin siyasî olaylar tesirile doğduğuna şüphe edilemez. Fakat nede olsa fikir ortaya atılmış ve resmî şekilde yapılan bir çok teahhütler zaman zaman hakkaniyet fikrine dayanılarak hükümsüz bırakılmıştır. Meselâ milâttan 503 yıl evvel Roma Konsülü olan Menenius Agrippa mide ve uzuvlar teşbihini ihtiva etmeinden dolayı farihte şöhret alan nutkunu söyledi. Uzuvlar, kendilerini yaşatan kuvvetin mide olduğunu idrâkten âcizdiler. Görünüşte her uzuv hayatı boyunca yalnız mide için çalışıyor ve onun hesabına yoruluyordu. Günün birinde çalışmamağa karar verdiler. Neticede yalnız mide değil uzuvlar da dâhil olmak üzere bütün vücut hayatiyenini kaybetti. Bu teşbihi devrenin hâdiselerine tatbik eden Konsül nutkunu şu emirlerle bitiriyordu: «Başımıza gelen felâketlerin en mühim sebebi alacaklıların haklarını elde edebilmek için borçlulara karşı gösterdikleri sert muamelelerdir. Taahhütlerini yerine getiremeyecek duruma düşen borçlular ibra edilmelidirler. Bu, hakkaniyetin tevliit ettiği bir neticedir. Borçlarını vadesinde ödememiş olmalarından dolayı alacaklıları tarafından hapsedilmiş olan borçluların serbest bırakılmalarını emrediyorum.

Bundan başka borçluları aleyhine mahkemeye müracaat ederek aciz hallerini tesbit ve böylece onları kendi emirleri altında çalıştırmağa mahkûm ettiren alacaklıların hakları da bundan böyle sukut etmiştir. «Yine bu kabilden olarak Yunan tarihçisi Bodrumlu Denys'in anlattığına göre Romanın güneyinde yaşayan Volspue'ler Romayı istilâyâ kalktılar. Fakat alacaklıların tazyiki altında inleyen bir kısım halk, Plebien'ler, şehrin müdafaasına iştirak etmediler. Tehlikeyi önlemek için zamanın konsülü olan Servilius'e geniş salâhiyetler verildi. Konsül bu salâhiyetlere dayanılarak şu emirnameyi çıkardı: Benimle birlikte hâbe iştirak edenlerin evleri haczolunamaz, satılamaz ve bu kimselere mensup olanlar hapsedilemez. Fakat savaşa katılmayanlar, alacaklılarının mutlak hâkimiyeti altında kalırlar».

İlk Dünya Harbinde cepheye sevkolunan askerlere tam bir huzur temini için gerek Türkiyede, gerek Fransada aynı çareye başvuruldu. Askerlerin kira ve ticarî borçları tecil edildi. İşte 22 asırlık bir zaman farkile ittihaz olunan bu tedbirler, aynı zaruretlerin doğurduğu neticelerdir.

Hulâsa etmek lâzımgelirse prêteur hukukunun yarattığı istisnâî haller dışında resmî şekilden âri olarak taraflar arasında yapılan anlaşmaların bir dava hakkı vermiyeceği Romanın sonuna kadar sadık kaldığı bir pirenstip-tir.

Roma İmparatorlarının Hristiyanlığı kabul etmeleri üzerine IV üncü asrın sonralarından itibaren medenî akitlere dinî bir mahiyet izafe etmeğe

başladılar. Fertler aralarındaki muameleleri bazen İncil ve diğer mukaddes şeyler üzerine yemin etmek, bazen de sadece vaitte bulunmak suretile teyit ediyorlardı. Hristiyanlığın şekle muhalif olması ve ferdin kendi iradesile bir borç altına girebileceğini kabul etmesi, muamelelerin kolaylıkla yapılmasına imkân veriyordu. Çünkü hristiyanlığın nazarında yalan bir günah tı ve verdiği sözü fiil ve hareketlerle yerine getirmeyen kimse bu günahı işlemiş demektir. Fakat kanunu emrettiği merasime riaye etmeden yapılan anlaşmalardan dolayı mahkemelere müracaata usul kanunları mâni idi. Bu sebepten hristiyanlar, bir teahhüdün yerine getirilmemesi yüzünden aralarında çıkan ihtilâfları piskoposların hakemliğine tevdiye başladılar. Çünkü vicdani meselelerin tabii hâkimi piskopostu. Dine bağlı olanların kusurlarını ve günah işleyip işlemediklerini bu sıfatla inceler ve sözünü yerine getirmeyen kimseyi sadakadan afaroza kadar giden dinî cezalarla cezalandırır.

V. inci asırda başlayan ve gittikçe inkişaf ederek garbi Roma İmparatorluğunun inkirazını intaç eden umumî muhacert Fransayı Jermen istilâsı altında bıraktı. Bu hal Ramanın ilk devirlerine müşabih bir durumun tekrar ihdasına sebep olmuştur. Adları ve biçimleri değişmiş olmakla beraber akitler yine resmî şekilde yapılabilirdi ve borçlu alacaklısının en şiddetli takibine mâruz bırakılırdı.

Fakat Jermen istilâsı garpte Roma Hukukunu büsbütün ortadan kaldıramadı o devrin noterlik vazifesini gören Tabelion' lar bilhassa borç münasebetleri etrafında asırlardan beri câri olan yazılı akit formülleri ve modelleri dairesinde eskisi gibi işlerine devam etmekte idiler İşte. dördüncü asırdan on ikinci asra kadar geçen müddet zarfında bir yandan şekle bağlı hukuk, diğer taraftan her türlü merasimden âri anlaşmalara kıymet izafe eden kilise hukuku tatbik edilmekte ve zaman kilise hukuku lehine bâzı bölgelerde ufak tefek inkişaf kaydeylemekte idi.

On ikinci asırda cereyan eden bir hâdise, şekilden ziyade hakikî iradeye kıymet verme yolunda o zaman kadar atılan adımları tamamen durdurdu. Filhakika İtalyada büyük üniversitelerin açılması bu asra tesadüf eder. Bunlardan bilhassa Bologne Üniversitenin yaptığı araştırmalar neticesinde Corpus Jüris Civilis adını taşıyan Justinien' in külliyyatı keşfolundu.

Justinien Ayasofyanın bânisidir. 527 den 565 yılına kadar devam eden İmparatorluğu zamanında kendisine tarihte büyük bir mevki temin eyleyen teşriî faaliyeti garp hukukuna dört kıymetli eser kazandırdı:

1—Kendisinden evvel gelen bütün Roma İmparatorlarının emirnamelerini toplattı. Bunların muhtevalarına göre idareye, cazaya ve hususî hu-

kuka ait olmak üzere tasnif ettirdi. Böylece 4650 meseleden ibaret bir kanun külliyyatı meydana geldi. 529 yılında yürürlüğe giren bu külliyyatın ismi Codex' dir.

2—İmparatorluğun başlangıcından itibaren kendi zamanına kadar gelmiş olan en meşhur hukukçuların verdikleri kararları ve reyleri gerekçeleriyle birlikte bir araya toplattırdı ve 533 yılının sonunda mer'iyete koydu. İşte hukukta pandectes veya Digeste namile anılan muazzam külliyyat budur. Yunanca iki kelimeden mürekkep olan pandectes «hepsini muhtevisi» mânasını ifade eder. Digeste ise lâtincece intizam dairesinde derlenmiş demektir.

3—Yine aynı seneler içinde ikisi İstanbul Hukuk Mektebi Profesörlerinden olmak üzere üç kişilik bir heyet marifetile kaleme institutes İstanbul Hukukunda okutturulmak için tertip edilmiş muhtasar bir hukuk kitabıdır. Bu kitap dahi pandectes ile birlikte kanunlaştırılmış ve yürürlüğü konulmuştur.

4—Ve nihayet Justinien zamanında novelles namı altında neşrolunan mevzuat bu külliyyatın son kısmını teşkil eder.

Üzerinde binlerce yıllık mesaiyi taşıyan zengin bir hukuk kaynağının elde edilmesi hukukçuları son derece sevindirdi. Artık bütün çalışmalar hep bu kıymetli hukuk hazinesi üzerinde tekâsüf ettirildi. Çünkü yapılan bir şeyi kavramak, yeni bir şey yaratmaktan çok daha kolaydır. Az çalışma temayülü, hukukçuları da içine alan bir tabiat kanunudur. Şerhler yazıldı, yazılan şerhler hâşiyelerle incelendi. Bu suretle borçlar hukuku sahası, kolaylıkla birdenbire genişledi. Fakat taraflarının iradereine kıymet izafe eden cereyanın durmasına sebep olan da işte hukuk tarihinde «Roma Hukukunun Rönesansı» tabirile ifade edilen bu keşif olmuştur.

Vakıa 13 üncü asırdan itibaren yetişen Fransız hukukçuları iradeye kıymet verilmesi lüzumu üzerinde durdular. Baumanoir daha 13 üncü asırda anlaşmaların kanuna hâkim olmasını ister. 15 inci asırda Dumoulin herhangi bir anlaşmanın şekle uygun olarak yapılan bir akit gibi icra edilmesi hususunda ısrar eder. Yine aynı asırda Loisel öküzlere boynuzlarla insanlar sözlerle bağlanır der. 17 inci asırda J. Domat «bütün anlaşmaların taraflara hüsnüniyete müstenit bir dava hakkı vermesi icabedeceğini» ileri sürer. Ve nihayet bir asır sonra gelen Pothier, Fransız Medenî Kanununa model teşkil eden Borçlar Hukuku adlı eserinde «tabii hukuka aykırı olan Roma Hukuku artık mevcut değildir. Her akit hükümlerini meydana getirir ve tarafları ilzam eder. Akitleri şekilsiz anlaşmalardan ayıran ve mukaveleler arasında gayri tabii bir takım farklar ihdası suretile sadelikten uzaklaşan Roma Hukuku tabii hukuka istinat etmez. Bu sebepten Fransız Hukukunda da kabul edilemez» yolunda mütalâalar yürütür.

Tabîi hukuk, ferdin iradesini kıymetlendiren bir nazariyedir. 17. inci asır, bu nazariyenin üç ayrı memlekette üç büyük mümesilini yetiştirdi. Hollandada Grotius, Harp ve Sulh namındaki meşhur eserile; Almanya'da Baron de Pufendorff, tabîi hukuka dair yazdığı *Traité'si* ile; Fransada J. Domat Madenî Kanun adlı kitabile tabîi hukuku sistemli bir surette müdafaa ediyorlardı. Montesqien, J. J. Rousseau gibi yüksek Fransız mütefekkirlerinden de müzaheret gören bu düşünceler, yeni cereyanlar etrafında umumî efkârı hazırlamaktan başka fiilî bir netice veremedi. Bu fikirlere kanunî mahiyet veren ve akitleri şekle bağli almaktan kurtaran Fransız Medenî Kanunu olmuştur: "Kanunen muteber anlaşmalar, bunları yapanlar hakkında kanun yerine geçer. Madde: 1134. Hukuk, Garpteki bu zaferini 25 asırlık bir mücadele sonunda kazanmıştı.

Hukukçular zaferden memnundular. Ancak "aldıkları kuvvetli hukuk tahsilini tatbikat sahasında inkişaf ettiren Fransız hâkimleri, önlere çıkan yeni kanun karşısında aynı sevinci duymiyorlardı. Ve bunun ilk bakışta göze çarpan hakiki sebepleri de vardır.

Bir kere hâkimin hakikî idareye nüfuz etmesi beşerî imkânlarla sığmayan bir şeydi. Çünkü hâkim de nihayet bir insandı. Bu nokta üzerindeki tereddüt hukukta iki mühim nazariyenin gelişmesine sebep oldu: a) İrade nazariyesi; b) Beyan nazariyesi. Fakat, gariptir, her iki nazariye dahi iradinin hâkimiyetini teyide müncer olmuştur.

Sonra tarafların iradesile bir kanun meydana gelebiliyordu. Kanun, yalnız fertleri değil, hâkimleri de kendi emri altına sokan teşriî kudretin bir ifadesidir. Demekki hâkimler de ferdin iradesile husule gelen kanuna bağli kalacaklardı. Halbuki diğer taraftan Medenî Kanun bir takım akit tipleri tesbit etmişti. Bu tiplerden dilediklerini seçmek ve hattâ bir kaç tip akdi tek bir anlaşma mevzuu yapmak, Bir akitten diğerine intikal etmek, evet bütün bunlar vakıa tarafların serbet iradelerine bırakılmıştı. Fakat bu akit tiplerinden herbirine kanun, muayyen birer hususiyet izafe etmekte idi. Aceba taraflar, kendi iradelerile akitlerdeki bu hususiyetleri kaldırabilecekler midir? Meselâ mülkiyet hakkını müşteriye devretmeyem veya hakkın devrini akitten bir sene eveline irca eden bir satış yapılabilir miydi? Bu sorunun Fransız Mahkemeleri tarafından nasıl cevaplandırıldığına bir az sonra temas edeceğim.

Ve nihayet Fransız Medenî Kanununa göre akitler hiçbir şekle tâbi tutulmamışlardı. Çünkü irade hâkimiyeti akdin yalnız mevzuuna taalluk etmez; iradenin izhar şekillerinde de bu hâkimiyet câridir. Halbuki bâzı mühim akitlerde iradenin tezahürüne bir nevi rehberlik etmek için kanun vazının müdahalesine ihtiyaç verdi. İşte görülen bir takım zaruretlar, şeklin zamanla hususî hukuk sahasında tekrar yer almasına sebep olmuştur.

Fransız Medenî Kanunu yürürlüğe girdikten sonra akitler nazariyesi iki önemli cereyanın tesiri altında kaldı. Bu cereyanlar zamanla sistemleştirilmiş ve sınırları belirli iki nazariye şeklinde ortaya atılmıştır. Birincisi ferdiyetçi cereyan tarzında ifade edilen irade hâkimiyeti nazariyesi; ikincisi sosyal nazariye. İlk nazariye 19 uncu asrın sonlarına kadar hukuk ilmi sahasında hâkim olur. 20 inci asrın başlangıcından itibaren hâkimiyetin devamlı adımlarla sosyal nazariyeye geçtiğine şahit oluruz. Şu noktaya işaret etmeliyizki Fransız hâkimleri, ferdiyetçiliğin emri ve acağıta olduğu devirlerde bile sosyal düşüncelerden tecerrüt etmemişler ve yaratıkları içtihatlarında daima nasafet esasına yer vermişlerdir. Ancak 20 inci asırdan itibaren sosyal nazariyenin hâkim olmasına ve kanun vazıı bu cereyanın tesiri altında kalarak Mebenî Kanunda esaslı değişiklikler yapmağa başlamasına rağmen Fransız mahkemeleri idare hâkimiyeti nazariyesini hiç bir zaman ihmal ememiş ve böylece her iki nazariye arasındaki muvazaneyi zamanımıza kadar devam ettirmeye muvaffak olmuştur. İşte bütün Garp âlemince takdir edilen Fransız kezaî içtihadı büyük başarısını bu muvazenedeki muvaffakiyetine borçludur.

Fransız Medenî Kanunu irade hâkimiyetine dayanan ferdiyetçi bir hukuktu. J. J. Rousseau klâsik kıymetini hâlâ kaybetmeyen (Contrat Social) adlı eserinde, cemiyetin mesnedini mukavelede bulunduğunu. Mademki hiç kimsenin diğerlerine karşı fıtrî bir üstünlüğü yoktu ve mademki kuvvet hiç bir hakkın doğumuna sebep olamazdı; o halde insanlar arasındaki hâkimiyeti kuracak olan tek âmilin mukaveleden yani karşılıklı anlaşmadan ibaret olması bir zaruretti. Cemiyetin nizamını teşkil eden kanunlarla da hi akdi bir mahiyet görmek lüzumu işbu zaruretin tevilit ettiği bir netice idi. Şu halde sosyal ve hukukî binamızın temeli ferdin iradesidir. Hak ferdin hâkimiyeti demektir ve ilim bakımından hukuk hürriyet bilgisidir. Fakat insanlar, yaradılışları icabı olarak topluluk halinde yaşarlar bu sebeple aralarında devamlı surette hukukî ittisallar vardır. Hukukî herhangi bir ittisal, meşruiyetini ancak ferdin serbestçe idaresini açıklamasında yani akitten alır. Binaenaleyh serbest bir iradenin mahsulü olan akti, tabii hukuka uygundur. Her tabii hukuka uygun olan şey de doğrudur.

İşte bu gibi felsefî düşünceler tesiri altında kalan Fransız hukukçuları, Medenî Kanunun maziden büsbütün alâkasını kesmiş yeni bir zihniyetin meydana getirdiği yeni bir nizam olarak nazara alınması lâzım geldiği reyinde bulundular. Bunların kanaatince 1134 ümücü maddeden ancak «akitler kanun hüküm ve kuvvetini haizdir» mânası anlaşılabilir. Çünkü Fransız Medenî Kanununun «âmme intizamını ve âdabı ilgilendiren kanunlara hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez» mealindeki 6 ncı maddesi müzakere edilirken birçok hatipler bu maddenin lüzumsuzluğu üzerinde dur-

muşlardı. Maadeemki (Code civil) irade hâkimiyeti üzerine kurulmuş bir kanundu ve maadeemki kanunen muteber mukaveleler kanun hüküm ve kuvvetini haizdirler; o halde 6 ncı maddenin kanunda yer almasına hiç bir ihtiyac yoktur. Çünkü böyle bir madde ya irade hâkimiyetini teyit eden bir hüküm olarak kabul edilebilir; bu takdirde lüzumsuzdur. Yahut irade hâkimiyetini baaltalayıcı bir prensip olduğu fikrini zihne getirebilir; bu suretle tehlikelidir. Maddenin kanundan çıkarılması hakkındaki teklif kabul edilmek üzere iken hükmün kanuna konulmasındaki sebep bazı hatipler tarafından şu suretle izah edildi: Kanunlarda yekdiğerinden tamamen ayrı iki mahiyet vardır. Bir kısım kanunlar ahlâk ve adabı ilgilendirdiği cihetle âmir mahiyetti haizdiler. Bunlara muhalefet edilmesine cevaz verilemezdi. Bu mahiyetteki kanunların mevzuat arasında işgal ettiği saha çok dardır. Ekseriyetli teşkil eden diğer kısım kanunlara gelince bunlar tarafların iradelerini tamamlamağa yarayan hükümlerdir ve bunlara muhalefet mümkündür. Bu itibarla 6 ncı maddenin irade hâkimiyetini bir kere daha teyit eden bir hüküm olduğu tebarüz ettirildi. İşte maddenin kanunda ibkasına sâik olan düşünce budur. Demek oluyorki pek nadir istisnalar dışında tarafların kendi iradeleriyle kendilerine tatbik olunmasını istedikleri kanunu meydana getirebilirler. Kanunun sarîh emri bunu icabettirir.

Halbuki Fransız hâkimleri bu fikre iştirak etmediler. Onların kanaatine ne medleni kanunun 6 ncı maddesine ne de 1134 üncü maddeye nazariyecilerin izafe ettikleri mâna ve şümül verilemezdi. Çünkü Fransız milleti mâzi ile ilgisini kesmemiş belki bir tekâmül buhranı geçirmişti. Demekki Code civil de olsa olsa eski Fransız hukukunun bir tekâmülü görülebilirdi. Şu halde 1134 üncü madde, tarafların anlaşmalarına tam bir kanun karakteri veremezdi. Bu kanaatin ilk tezahürlerine Fransız yargıtayı genel kurulunun 1808 de ittihaz ettiği bir prensip kararında raslarız. Filhakika 1134 üncü madde «kanunen muteber» olan mukavelelerden bahseder. Bir mukavele kanunen muteber olup olmadığı meselesini ilk mahkemeler takdir ederler. Çünkü maddenin sarahatinden anlaşılıyor ki bir mukavele hiçbir zaman bir kanun değil; belki kanun yerine geçen yani kanun gibi tarafları bağlayan bir vakıadır. Yargıtay kanunları tefsir eder; kanun yerine kaim olan vakıaların tefsiri ile meşgul olamaz. Demek oluyorki 1134 üncü maddenin yukarıda belirtilen sarahati karşısında mukavele kütü bir tesire tabi tutulduğu yolundaki iddia yüksek mahkemece tetkik edilemez. Çünkü vakıaları tesbit etmek ve onların tarafları izam bakımından şümulünü tâyin eylemek ilk mahkemelerin vazifesi cümlesindendir. Bu kararla Fransız Yargıtayı mukavelelere bir vakıa mahiyetini izafe etmiş ve kanunun tefsirinde son sözü kendisine hasrettiği halde mukaveleleri bu zümrenin dışında bırakmıştır. Böylece herhangi bir

anlaşma etrafında çıkan ihtilâfların şümul ve mahiyet bakımından tâyini keyfiyeti mahallî hâdiseleri yakından inceleyen ilk mahkemelere terk olunmuş ve mukavelelerin kesin hükümlerile halicaplarının beraberce nazara alınmasına, daha başka bir ifade ile sosyal cereyanların tatbikatta yer almasına Yargıtayca imkân hazırlanmış oluyor. Fakat diğer taraftan irade hâkimiyeti prensibi de ihmal edilmemiştir. Çünkü mukavelelerin yorumlanmasında ilk mahkemelerin takdir salâhiyeti hudutsuz değildi. Eğer bir mukavelelerin serahati ilk mahkemelerce ihlâl edilmiş olursa o zaman kötü bir tefeir bahis konusu olmaz; belki mukavele hükümlerinin tatbikinden imtina edilmiş demektir. Bu takdirde yanlışlığın ıslâhı yüksek mahkemeye aittir.

Mahkemelerin bu alandaki içtihadı, irade hâkimiyetini müdafaa eden hukukçuları, fikirlarini daha sistemli bir tarzda izaha mecbur etti: Hukukî müesseselerin esasî akid serbestisi idi. Hiç kimseye iradesi hilâfına zorla bir akit kabul ettirilemezdi. Mademki taraflar bir akde girmişlerdi; o halde bu akit doğru idi. Ve mademki akdin doğumunda hâkime hiç bir kontrol hakkı tanınmamıştı; o halde yapılan bir akdin hem hâkimleri hem de tarafları ilzam etmesi kadar tabii bir şey olamazdı. Nasilki hâkim bir kanunun doğru olup olmadığı üzerinde duramaz. Çünkü "dura lex sed lex = kanun serttir, fakat kanundur," mütearifi bunu icabettirir; bir mukavelelerin haklı veya haksızlığı etrafında hâkimin mütala yürütmesine imkân tasavvur olunamaz.

Bütün bu mütalâalar Fransız hâkimlerine kanaatlerinin doğruluğunu ispat fırsatı vermekten başka bir şeye yaramadı. Filhakika beyyine hakkındaki umumî esaslar mukavelelerin bir kanun değil, belki bir vakıa sayılması lâzımgeldiğini teyit ediyordu. Eğer mukaveleleri hakiki bir kanun addetmek lâzımgelirse «hâkimler kanunu bilirler» kaidesi gereğince bir mukavelede yazılı hükümlerin hâkim tarafından re'sen nazara alınması icabedecektir. Çünkü hâkim, ihtilâf konusunu tetkik eder. Hâdiseye hangi kanunun hangi maddesi tatbik edilmek lâzımgelceği hususunda tarafların talepleriyle bağlı değildir. Halbuki mukavelelerde bu esas câri olamaz. Hâkim tarafların istekleriyle mukayyettir. İddiaların delili olmak üzere tarafların ileri sürdükleri vakıaların dışındaki bir vakıayı, meselâ mukavelelerin herhangi bir hükmünü hâkim kendiliğinden nazara alamaz. Demek ki bir mukavelelerin taraflara ne gibi haklar temin ettiğinin delilini getirmek hâkime düşmez.

İşte Fransız Yargıtayının mukavele ile kanun arasında kazâi içtihatlarla meydana getirildiği fark bizi şu neticeye götürmektedir. Taraflar kendi iradelerile bir kanuna vucut veremezler.

İlmi ve kazaî içtihatlar arasında çok esaslı bir ihtilâf konusu teşkil eden maddelerden biri de Fransız Medenî Kanununun 6 ıncı maddesidir; «âmmе intizamını ve âdabı ilgilendiren kanunlara hususî anlaşmalarla muhalefet edilemez». Biraz evvel işaret ettiğim veçhile maddenin müzakeresi sırasında irade hâkimiyetini teyit eden bu hükmün kanunda bırakılmasına lüzum olmadığı ileri sürüldü. Vakıa maddenin irade serbestisini takyit etmesi ihtimali de belirtildi. Fakat bu, kanunun tanzin şekline nazaran üzerinde durulmağa bile değmeyen pek uzak bir ihtimaldi. Ve kanundaki âmir hükümlerle bu mahiyette olmayan hükümlerin ayrılması bakımından görülen fayda, maddenin olduğu gibi kanunda yer almasını intaç etti. İşte hükmün konulmasına sebep olan bu fikirlerin tesiri altında kalan hukukçular, maddeyi çok tahdidi bir şekilde tefsir lüzumu üzerinde durdular. Kanunun âmmе intizamını ve umumî âdabı ilgilendiren sarîh ve âmir hükümlerine muhalefet edilemez. Bunun dışındakilerine muhalefet caizdir. Demekki tarafların irade serbestileri ancak kanunda yer alan âmir hükümlerle tahdit edilmistir. Maddenin gerek sarahatinden, gerek kanunda bırakılmasına âmil olan sebeplerden çıkan mâna budur. Kaldıkî esas prensip, ferdin serbestçe yani hiçbir kayda tabi olmayarak iradesini izhar etmesidir. iradenin tahdit olunması istisnâdır. Şu halde bir istisna karşı sayındayız demektir. İstisnalar ise ancak mervitlerine maksur olurlar. Binaenaleyh kanunda yazılı olmayan hallerde âmmе intizamı ve umumî âdap düşüncesi bir mukavelenin hükümsüzlüğünü intac edemez.

Halbuki Fransız hâkimlerine göre madde bu fikri ihtiva etmekten çok uzaktı. Nitekim kazaî ihtiyaçlar, siyasi ve iktisadî değişikliklerin tesiri ile kanun maddesine irade hakimiyetini esaslı surette sınırlayan bir mahiyet vermişti. Nasıki 19 uncu asırda kol kuvvetinin bir yardımcısı olarak ortaya çıkan makine zamanla insanları kendi hâkimiyeti altına alacak bir gelişme göstermiştir; aynile bunun gibi âmmе intizamı fikri de hukukî muamelelerin her sahasına dev adımlarile nüfuz eden ve irade hâkimiyetini kökünden baltalayan bir esas halini almıştır. Bunun sebebini âmmе intizamı fikrinin gittikçe içtimâî nizam fikrine yaklaşmasında ve nihayet her iki fikrin aynı kavram ifadesi haline gelmesinde bulabiliriz. Çürkü menfaatların mübadelesini istihdaf eden akitlerde ıvazlar arasındaki adaletsizliğe meydan verilmemek gayesi hukukun belli başlı işlerinden biri halini almıştır. Artık bundan sonra «akdî olan her şey haklıdır» cümlesi bir hakikatın ifadesi olmak meziyetini kaybeder. Çünkü haklı olan şey ancak bir akdin mevzu olabilecektir.

Bu izahat, Fransız Medenî Kanununun 6 ıncı maddesi şu şekilde okumağa bizi mecbur eder: «kanunda yazılı olsun olmasın, âmmе intizamını ve umumî âdabı ilgilendiren hukuk prensiplerine hususî anlaşmalarla

muhalefet edilemez,, Çünkü gerek âmme intizamı gerek umumi âdab hudutları hatiyetle çizilmiş olan birer kavram değildir. Bu, her devlete göre değişebilir. Bir devlette dahi siyasî rejim değişikliğinin mefhum üzerinde tesiri olabilir. Hattâ aynı siyasî rejimde bile âmme intizamı ve umumi âdab her zaman aynı kavramı ifade edemez.

İlmî içtihat ile kazaî içtihat arasındaki görüş farkı gözden kaçmıyacak kadar açıktır. Şimdi bu farkı hâdiseler üzerinde tebarüz ettirelim. Medenî Kanunun neşrini takip eden ilk otuz sen zarfında mukavelelerin âdab ve âmme intizamına muhalif bulunmasından dolayı hüküm ifade etmiyeceklerine dair Fransız Yargıtayının verdiği kararlar pek azdır. Evlilik dışı münasebetten ve kanunen evlenmeleri memnu olan kimselerin birleşmesinden dünyaya gelen çocuklar lehine yapılan teberrularla aralarında evlilik münasebeti bulunmayan kimselerin birbirlerine karşı yaptıkları bağışlar, işte bu senelerde mahkemelerce bâtil sayılmıştı. Kezalik evlilik bağının kutsiyetine bir tecavüz teşkil ettiğinden dolayı evlenme tellâllığı mukavelesi de hükümsüz addolunuyordu. Yine bu kabiliden olarak alkış mukavelelerine Fransız Yargıtayı bir butlan sebebi görmüştü. İsbu mukavele hükmünce bir takım ilân müesseseleri kendi adamlarını tiyatronun büyüklüğüne ve verilen temsilin ehemmiyetine göre miktarı değişen bir grupla birlikte tiyatrodâ hazır bulunduracak ve temsil sırasında evvelce kararlaştırılan bâzı parçaları alkışlamak suretile artistlerin muvaffakiyetini temine çalışacaktır. Böyle bir mukavelelenin bâtil olması lâzımgöleceğine dair kanunda biç bir sarabat yoktu. Fakat buna rağmen ilk zamanlarda Yargıtay bu kabil mukavelelerde seyirçilerin serbest takdir haklarına bir tecavüz gördü ve bu bakımdan mukaveleyi umumi âdaba muhalif buldu.

Fakat 1830 dan sonra âmme intizamı ve umumi âdab kavramı daha geniş bir sahada tatbik ediliyor. Eskiden bâtil sayılan mukaveleler yeni telâkkiler karşısında kabul edilmeye ve kabul edilenler de hükümsüz addolunmağa başlandı. Meselâ reklâmın bir nevi olan alkış mukavelelerinde artık butlanı icabettirecek bir sebep görünmüyordu. Kezalik kanunda yazılı olmadığı halde Fransız Yargıtayı yine 6 ıncı maddeye dayanarak hakimlere mukaveleler üzerinde geniş bir takdir hakkı tanımıştı. Meselâ eşinin evlenmemesi şartile yapılan bir mukavele daima bâtil olamazdı. Hâkim her hadisedeki hususiyetleri gözönünde tutarak kararını ona göre vermesi lâzımdı. Çünkü her şeyden evvel, yapılan vasiyetin böyle bir şarta bağlanmasında güdülen maksat aranmalıdır. Eğer bu maksat sırf kıskançlık hislerinin tatmini ise o zaman âmme intizamını ihlâl eden bir muamele karşındayız; vasiyet muteber fakat şart bağlıdır. Ancak böyle değil de meselâ sağ kalan eşin himayesi ve bunun neticesi olarak küçük çocuklarının yetişmesi ise lüzum ifade eder. Demekki Fransız mahkemelerinin

elinde âmme intizamı telakkisi bir taraftan genişlemiş diğer taraftan ise çok seyyal bir mahiyet almıştır. Çünkü aynı şart bir mukavelede bâtil, diğer mukavelede ise muteberdir. Görülüyorki gerek 1134 üncü gerek 6 ıncı maddenin tatbikatında Fransız hâkimleri ilmi içtihatların çizdiği yollardan gitmemişler ve kanunun kesin ifadelerini hukukun icaplarıyla telif ederek 144 senelik bir mâziye sahip olan Fransız Medenî Kanununa günün ihtiyaçlarını tatmin edebilecek yenilikleri aşılamağa muvaffak olmuşlardır.

İşte hukukun kanuna karşı muzaffer olduğunu gösteren iki misali canlandırmış oluyorum. Montpellier Hukuk Fakültesi doyen'i bulunan Gaston Morin'in 1945 de yayınladığı bir kitaba (La révolte du droit contre le code=Hukukun kanuna karşı isyanı) ismini vermesinden de anlaşılacağı üzere bu misalleri çoğaltmak mümkündür. Fakat bir konferansa tahsis edilen müddet daha fazla izahate maddeten müsaade etmez.

Şimdi artık sözlerimin başında temas ettiğim Medenî Kanunumuzun ilk maddesindeki tercüme yanlışlığına gelebiliriz. Maddenin yan yazısında «Medenî Kanununun tatbiki» denilmiş olmasına rağmen madde hükmünü sırf Medenî Kanununun tatbikine dair sevkolunmuş bir hüküm olarak kabul etmeye verilen izahat mânidir. Esasen Medenî Kanununun başlangıcını teşkil eden ilk maddeler, ferdin medenî haklarıyla ilgili bütün kanunlara hâkim olan ana prensiplerden ibarettir. Filhakika medenî hakların şümülünü tâyin ederken kanunumuzun ikinci maddesinde bu hakların nasıl kullandırılması icabedeceğinden, üçüncü maddesinde herhangi bir hakkın doğu munda hüsninîyetin lüzumundan bahsettikten sonra 4 üncü maddesinde hâkimlerin takdir hakkına temas etmiş ve şu esası koymuştur: «Kanunun takdir hakkı verdiği yahut gerek haklı sebeplere gerek hal icaplarına göre hüküm vermekle mükellef kıldığı hallerde hâkim hak ve nasafet kaidelerini tatbik eder». Aslına tam uygun şekilde okuduğum bu madde, yalnız Medenî Kanunumuzun çerçevesi içine sıkıştırılamıyacak kadar geniş bir şümülü haizdir. Çünkü yalnız hukuk hâkimi değil, meselâ bir ticaret hakimi veya fertlerin medenî haklarını korumakla mükellef tutulan Danıştayda bu maddenin tatbikile mükelleftir. Şu halde Ticaret Kanunumuzun hilâfı iş bu kanunda musarrah olmadıkça ticarî mevadda umumî kanunların kabul etmiş olduğu sebeplerinden başka müddeabihin miktarı ne olursa olsun, şahadet, karineler ve emarelerden edineceği kanaate binaen hâkimin hüküm verebileceğine dair olan 680 inci maddesini Medenî Kanununun 4 üncü maddesinin ışıkları altında tatbik etmeğe mecburuz. Çünkü hükme esas teşkil edecek olan herhangi bir kanaatin hak ve nasafet kaidelerine aykırı bir şekilde tahassül etmesine imkân yoktur.

İşte bu sebebledirki yine Ticaret Kanunumuzun «hilâfı mukavelenamede musarrah olmadığı surette hakkaniyetin ve örfü ticarile kanunun icabettirdiği ahkâm zımnen mukavelenamede dâhil farzolunur» mealinde olan 679 uncu maddesine hiç bir hâkim tatbikatta yer veremez. Çünkü madde yazıldığı şekilde hakkaniyetin hilâfını tasrih eden bir mukavele zaten bâtıldır. Demekki kanunun bu çok sarîh olan hükmünü, hukukun aydınlatıcı rehberliği sayesinde bâzı kelimelerin yerlerini değiştirmek suretile şöyle tashih ederiz.

«Hakkaniyetin ve hilâfı mukavelenamede musarrah olmadığı surette örfü ticarile kanunun icabettirdiği ahkâm, zımnen mukavelenamede dâhil farzolunur». Çünkü hakkaniyetin hilâfı mukavelenamede tasrih olunamaz.

Esasen 1946—1947 Adli yılının açılması münasebetiyle Yüksek Mahkememizin Birinci Başkanı Sayın Halil ÖZYÖRÜK tarafından irat buyurulan nutukta fertler arasındaki münasebetleri hakka uygun bir şekilde geliştirme ödevinin Adalet mekanizmasına ait olduğunun açık bir ifade ile belirtilmesi ve kanunların gerekçelerine müracaat suretiyle değil; belki ihtiva ettikleri ruh ve fikir bakımından tefsire tabi tutulmaları ıktiza edeceğinin birleştirme kurulu kararlariyle aydınlatılması hukukumuz namına ancak fahır ve gururla karşılanacak olan bir hâdisedir. Hukukun kanun üstünde yer alması lazım geldiğini açıkca gösteren bu tebşiratın Mahkemelerimizcede benimsendiğini büyük bir memnuniyetle görmektediriz. Bu bakımdan Ankara Asliye Birinci Hukuk Mahkemesince verilen ve Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 30 Kasım 1946 tarihli ilâmiyle teyit ve tasdik edilen bir karar üzerinde durabiliriz. Hâdise şudur: 1295 tarihli istimlâk kararnamesine dayanılarak içinde su kaynağı bulunan 17 hektarlık bir yerin kamulaştırılmasına Bayındırlık Bakanlığınca 1935 Temmuzunda karar verilmiş ve bu yer Orman Çiftliğine ilhak edilmiştir. Bundan sonra 7 Ocak 1938 tarihinde bir kanun intişar ediyorki beşinci maddesinde şu hüküm vardır. «Atatürkün 11/6/1937 tarihli mektubla Hazineye bağışladığı bütün menkul ve gayrimenkul mallar ve bunlara ait hak ve vecibeler bu kanunun neşri tarihinden itibaren Devlet Ziraat İşletmeleri kurumuna intikal eder. Devlete veya Devlet müesseselerine ait olup bu Kurumun işine elverişli mallardan uygun görünenlerinin Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumuna devrine İcra Vekilleri Heyeti salâhiyetlidir». Orman Çiftliğindeki bira fabrikası, arpa silosu ve kaynak işte bu suretle Ziraat İşletmeleri durumuna intikal ediyor. Fakat 6 Temmuz 1939 da neşrolunan diğer bir kanun, Çiftlikteki bira fabrikası tesisat ve müstemilâtının ve arpa silosunun kaynakla birlikte İnhisarlar Umum Müdürlüğüne devredildiğini göstermekte ve böylece bir-biri ardından çıkan kanunlarla su kaynağı da Tekel idaresine mal edilmek-

tedir. Halbuki istimlâk bedeli senesi içinde ödenmediği için istimlâk kararnamesinin 16 ncı maddesine dayanılarak kaynak sahipleri tarafından kamulaştırmanın feshi davası açılmıştır.

Şimdi gerek Asliye Mahkemesinin gerek Yargıtayın sayıfalar işgal eden gerekçelerinden bahsimizi ilgilendiren kısımları hulâsatan alıyorum.

Ankara Asliye Mahkemesi diyor ki: 3697 numaralı kanun vatandaşlara bir mükellefiyet tahmil eden kanun değildir. O sadece bira fabrikası ile tesisat ve müştemilatının ve arpa silosunun İnhisarlar Umum Müdür üğüne devrini tazammun eden bir kanundur. Yani Kanun vazii burada ANAYASA-NIN tekeffül ve zamanı altında bulunan ferdî mülkiyetin bedelsiz istimlâkini kast etmemiş; belki devre izin vermiştir. Bu sebepten kamulaştırma kararının feshi lâzımgelir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi diyor ki: Gerek 3308 ve gerekse 3697 sayılı kanunlarda gayre ait tapulu bir malın bedelsiz ve yahut usulü daire-sinde kamulaştırma yapmaksızın Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumunun ve onun devriyle Tekel Genel Müdürlüğünün malı olacağına dair bir hüküm yoktur. Şuhalde 3697 numaralı kanun Tekel Genel Müdürlüğüne bu devirden mütevellit bir milkiyet hakkı veremez. Çünkü Ziraat İşletmeleri Kurumu bu suya ve himaye arazisine malik olmadığı cihetle devir gayrin mülkine taalluk etmektedir. Bu itibarla hak sahipleri suya ve himaye arazisine müdahale edenler hakkında dava açmak yetkisine her zaman maliktirler. Bu iki kanun asıl mal sahiplerinin haklarının düşeceğine dair hiç bir hüküm ihtiva etmez; esasen böyle bir hükmün konulmasına da ANAYASA mânidir.

İşte idealist hukukun kanun ismini verdiğimiz realist hukuka hâkim olması lüzumunu gösteren Türk Adliyesinin güzel bir misali.

Bibliyografya

Kanunu Medeni de Aynî Haklar. Yazan: Bâl Üniversitesi Profesörlerinden C. WIELAND. Terceme eden: İSMAIL HAKKI KARAFAKI. Ankara Yeni Cezaevi Basımevi: 1947, Sayfa: 380, 6. Lira.

Medenî Kanunumuzun en mühim bir kısmını teşkil eden Aynî Haklar bölümünü İsviçre Federal Mahkemesi kararlarile birlikte pek mükemmel bir şekilde şerh eden Bâl Üniversitesi Profesörlerinden C. Wieland'ın «Kanunu Medeni de Aynî Haklar» adlı eseri 934 de kıymetli Hukukçularımızdan İ. Hakkı Karafakı tarafından Aslının tam bir örneği olarak terceme olunmuş ve fasiküller halinde yayınlanmıştı. Fasiküller pek kısa zamanda adeta kapışılmış, aradan geçen 13 yıldanberi de istekler tevali edegelmıştır. Aynî Hakların tekrar yayınlanması her yerden ısrarla istenilmesi üzerine mütercim eseri tekrar yeni baştan gözden geçirmiş, aradan geçen zaman içinde çıkan Federal ve Türk Yargıtay kararlarile Aynî Haklarla ilgili kanunlar ve maddeler ilâvesile hazırlamıştır. Adalet Bakanlığınca satın alınan eser müsvettesi üç cilde ayrılarak birinci cildi bu kerre mütercimin nezareti altında güzel bir tertip ve örnek olacak bir baskı ile tab olunmuştur. Eserin tercemesi yapılırken Aynî Haklar konusuna ait bir çok eser ve makalelerde tetkik olunmuş ve bunların isimlerinde gösterilmiştir. Ayrıca metin altlarına mütercimin notları ve Medeni Kanun maddeleride ilâve olunmuştur.

Henüz tabı biten elimizdeki bu cilt mütercimin birinci ve ikinci başyazılarile, fransızcaya terceme edenin mukaddimesi ve remizler listesi ile başlamaktadır. Bundan sonra konu kakkındaki ilk mülâhazalar, Aynî Haklar ve eşya; Genel hükümler, mülkiyet mefhumu; Rızâî ve kanunî takyitler, Mülkiyet Hakkının Himayesi, Mütemmim cüzüleri ve asıl şey; Mütemmim cüzü vasfının iktisap ve ziyat, Netayici hukukiye, harici bir ittihadın ihdası, Tasarruf ve mütemmim cüzüleri, asıl şeyin hizmetine daimi surette tahsisi, Mahallî örf, teferruat üzerinde müstakil teferruat bağıtları, birden ziyade asıl şeylerin teferruatı, Menkul ve gayrimenkul şeyler, Müşterek mülkiyetin mahiyeti, Müşterek mülkiyet ve iştirak halindeki mülkiyet, Müşterek mülkiyet, Mülkiyeti ferdiye, Müşterek mülkiyetin doğuşu, Müşterek mülkiyetin kabili tatbik olduğu haller, Müşterek aynî haklar, Hissedarın hissei şayiisi, Tapu siciline teşkil, Bir hissei şayanın temliki, Mülkiyeti ferdiye ve iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyet şekline kalbi, Bir hissei şayanın mükellefiyetiyle takyidi, Bir hissei şayanın haczi, İdare ve intifa ve istimal, ekseriyet prensibi hudutları, İdare-

ye müteferri ihtilâflar, İstimal ve istifade, Mahkemelerde temsil, Mahkeme haricinde temsil, İdare masrafları, Vergiler ve sair masraflar, Taksim dâvası, İstisnalar, Genel mutalâalar, Mahkemenin müdahalesi olmaksızın taksim, Yargıcın emrile vâkı taksim, Taksim dâvası ve taksim yapılmasına mütedair yargı, Aynî hakların son hali, Teminat, müzayede ile satış, Taksim ve Tasfiye, İştirak halinde mülkiyet, İştirak halindeki mülkiyetin doğuşu ve nihayet buluşu, Aynî haklar, Alacak ve Borçlar, Tapu siciline tescil, Tasarruf muamelâtı, İştirak münasebetinin nihayet bulması; Müsterek mülkiyete müteferri kaideler, gayrimenkul mülkiyetinin iktisap mevzuu ve izaası, Arazi, Madenler, Bağimsız ve daimî haklar, Gayrimenkul mülkiyetine müteallik kaidelerinin uygulanışı, Tescil prensibi, Mülkiyetin iktisabının diğer şartları, Tescil usulü, Tescillerin şekli, Mülkiyetin iktisabı, Kesin zaman, Tescilin diğer neticeleri, Şarta bağlı veya âhar bir zamana muzaf olan tesciller, Tescilden evvel iktisap eden kimsenin hukukî vaziyeti, Resmî şekil ve bu tabirin mânası, Resmî şeklin ehemmiyeti, Resmî şekilde tanzimi icap eden hukukî bağitlar, Bağıtın şekli, Yetki, Şekil neksanları, Resmî senedin muhtevası, Şartlar, Hukuku medeniyeyi ve tasarruf hakkını istimal ehliyeti, Sonuçlar, Tapu sicilli memuruna müracaat, Tapu siciline tescil, Âdi zaman aşımı ve şartları, Sonuçları, Sürenin geçmesinden evvelki hukukî vaziyet, İktisabî zaman ve Tashih dâvası zaman aşımı, Olağüstü zaman aşımının neticeleri, Zaman aşımının mürurundan evvelki hukukî vaziyet, Sahipsiz şeyler ve menafîi umuma ait mallar, Devletin genel şeyleri, Devletin özel şeyleri, Hususile genel sular, Sahipsiz ve menfaati umuma ait malların hukukî vaziyeti, Hukuku hususiye, Kamu hukuku, Kanton hukukunun yetkisi, Hususi haller, Müsterek istimal, Hususi intifa hakları (İmtiyazlar), Dinî hizmete tahsis edilmiş aynî haklar, Kamu hukuku irtifak, Gayrimenkul mülkiyetine mütedair kaidelerin talbiki, Tescilli talep hakkı, Tescilin terkinî, Gayrimenkulün tamamen kayıp olması, İstimlâk, Başkasının levazımı ve başkasının arsası üzerine inşaat, Müsterek şartlar; Başkasının levazımının arsa maliki tarafından kendi arsasında kullanılması, Kal istemek hakkının istimali; müsbet ve menfi yetki, Kal' dâvası ile haksız mal iktisabı dâvasının içtimai, Başkasının arsası üzerinde inşaatı yapan kimsenin kendi levazımını istimal etmesi, Müsbet yetki, Menfi yetki, Kal' dâvasının muhtevası, Arsa malikinin başkasına ait levazımı ile bina yapması, Levazım sahibinin başkasının arsası üzerine bina yapması hali, Bina ve arsanın levazım sahibine tefvizi talebine mütedair dava, Başkasının arsasına tecavüz eden inşaat, Hava sütununa yahut arzın altına tecavüz eden inşaat, Hususi haller, İnşaat ve diğer imalât, Binanın herhalde inşaa-

at yapan kimsenin faili olması lâzım değildir. Tecavüz eden inşaat üzerindeki haklar, Hiç bir hakka malik olmayan kimse tarafından yapılan tecavüz, Komşu tarafından yapılan itiraz—susamak—Tecavüz olunan kısım üzerinde irtifak hakkı tesisi, Yahut zemin üzerinde mülkiyet hakkının verilmesi, Haklı kimseler, Teminat borcu, Tecavüz olunan arsayı takyit eden aynı hakların vaziyeti, İnşaatı yapan kimsenin gayrimenkulü üzerindeki aynı haklara nazaran tefvizin neticeleri, Usul, Üat hakkı, Teferruat gibi telâkki edilen mecralar, İstisnalar, Üst hakkına müteferri hukukî münasebetler, Mecralar ve Kanallar, İrtifak hakkının teessüs ve sukutu. Sıra, Tesisin neticeleri. Mülkiyet hakkının iktisabı, Temlik ve terhin, İrtifak hakkına ve gayrimenkul mülkiyetine müteallik ilk kaidelerin tatbiki, Menkul mallar, Menkul şeyler, Menkul binalar, üzerindeki şahsî ve aynı haklar, Tapu sicilline tescil, Dikilen şeyleri Arsanın mütemmim cüzüleri olduğu, Mülkiyet hakkının tecavüzü. Mülkiyet hakkının istimali, Malik tebrisesini istilzam eden sebebler, Dâvanın muhtevası, Zamanaşımı, Dâvaya yetkili olanlar, Dâvaya hasım olabilenler, Devlet ve Bucaklar, Mülkiyetin kanunî takyitleri, Tasarruf hakkına vaki olan kanunî takyitler, Komşuluk münasebetleri, Tapu sicilline şerh, Şahsî şuf'a hakkı, Gayrimenkulü takyit eden haklar, Şuf'a hakkının icra ve tahakkuku, Şuf'a hakkının nihayet bulması, Hima-yenin şümulü, İcabi hale göre malik, Hisse sahibi olanlar, Aleyhlerine hak iddia edilenler, Su yolları ve Kanallar tesis hakkı. Hususile elektrik mecraları, Mecra ve kanalların tesisine taâlluk eden kaidelerle istimlâk hakkında kanun hükümleri, Zarurî geçit, Zarurî geçit hakkı için şart, Lüzumlu geçit hakkı istemek hakkı, Lüzumlu geçidin hukukî mahiyeti, Lüzumlu geçit isteyebilecek kimseler, Teminat, Usul, Geçit hakkının doğuşu ve nihayet buluşu, Tapu sicilline tescil, Doğrudan doğruya kanun tarafından tesis edilmiş olan geçitler, Köy yolları, Alment yolları, Kanton kanunlarıyla münasebeti. Usul, Gayrimenkul irtifak haklarının iştirasına dair, Genel sular, hususî sular, Hukuku hususîye ait hususî vaziyet, Kaynak. Çeşmeler, Sarnıçlar, Yer altı suları mefhumu, Kaynağın üzerindeki mülkiyet, Eski vaziyetlerin iadesi ve yeniden tesis, Tapu siciline tescil, Lüzumlu çeşmeler, İstmal hakkı, Eşyaya benzeyen haklar, eşyadan addedilen tabii kuvvetler, Zilyetliğin iktisabı, Mülkiyetin iktisabının diğer şartları, Mülkiyeti muhafaza sözleşmesi ancak iktisap eden kimsenin ikâmetgahındaki icra dairesinde tutulmuş sicille tecil edildiği takdirde muteber olacağı, Hüsnüniyetle iktisap, Diğer şartlar, Hususî münasebeti hukukiye, 3 cü şahsın iştirakı, Menkul rehinine mütedair kaidelere riayet, Sahipsiz eşya, Lûkatalar, Kayıp olan şeyler, Zilyedlerinin rızası olmaksızın onların tasarruflarından çıkan şeyler, Bulan kimselerin vecibeleri, Bulan kimsenin hukukî vaziyeti, Cezai hükümler, Bulunan eşyanın aşırılması, Seyahat eşyası, Mes-kûn evlerde ve genel daire ve müesseselerde bulunmuş eşya, Açık arttır.

ma ile satış. Bulunan şeyler üzerinde mülkiyetin iktisabı, Lûkatayı iade vecibesi, Masrafların iadesi, İkramiye, Mülkiyetin iktisabı, Tazminat istemek hakkı (ikramiye), Ankaz, Arılar, Tağyir, Karışma ve birleşme. Birleşmenin hukukî neticeleri, Birleşme ve işleme, Karışma, İhtilât, Misliyatın toplanması para ve vedia olarak bırakılan kıymetli kağıtlar üzerindeki mülkiyet hakkı, iktisabi zamaşımı, aranılan şartlar, Zamaşımı süresi esnasında zilyedin hukuki vaziyeti bulunmaktadır.

Tercemede Anayasa ve B. M. M. İç Tüzüğü ile kabul olunan yeni kelimelerde hukukî terimler nazara alınmış, anlaşılması kolay bir surette tercemesine itina olunmuştur. Bu bakımlardan ve hukuk kütüphanemize böyle baha biçilmez kıymette bir eser kazandırmasından dolayı mütercim cidden takdire şayandır.

Bütün hukukçulara, bu alandaki boşluğu tamamen dolduracak değerli eseri tanıtmakla zevk duyuyoruz.

Eser, bedeli para olarak yollanmak suretile Adalet B. Hukuk İş. U. mum Müdürü olan Müterciminden veya yayım müdürlüğünden tedarik olunabilir.

FAHRETTİN TANJU. C. Savcısı ve Münferit sulh Yargıcının Görevleri. İstanbul Sinan Matbaası ve Neşriyat Yurdu 946, Sayfa: 344 Lira: 3

Görevlerinde tam yetişmiş hukukçularımızın mesleke yeni intisap eden meslek arkadaşlarına büyük fayda ve kolaylık sağlayacak tatbiki eserler yayınlamakta olduklarını görmekle duyduğumuz kıvanç ölçsüzdür.

Bu faydalı eserlerden biride son günlerde çıkan ve elimize geçen Yerköy Sulh Yargıcı Fahrettin Tanju'nun «C. Savcısı ve münferit Sulh Yargıcının Görevleri» adlı kitabıdır.

Kitabın gayet samimi yazılan önsözünde yurdun bir çok yerlerinde tek başına vazife görmekte olan ve mesleke yeni girmiş genç yargıcılara faydalı olmak amacile çalışılarak bu kitabın meydan getirildiği belirtilmek tedir. Kitap sahibini bu düşünce ve başarısından dolayı teprik ve diğer yetişmiş tatbikatçılarımızda bu sahada hazırlayacakları eserlerine çok ihtiyaç bulunduğunu ilâve ederiz.

Kıymetli kitap «Giriş» kısmile başlamakta ve bu kısımda evrakı matbua talep listelerinin ikişer nüsha olarak tanzim edileceği hakkındaki Yüksek Adalet Bakanlığı genelgesi bulunmaktadır. Bundan sonra C. Savcılığında tutulması gerekli defter ve dosyalar, Tutuklara mahsus defterler, C. Savcılığında bulunması gerekli dosya ve kartonlar listesi, Senebaşlarında,

6. Ayda, 3. Ayda bir doldurulacak cizelgeler ve anlatımı hakkında bilgi verilmiştir. Ayrıca Ceza ve Tevkif evlerindeki öldürme, yaralama ve kaçma hadisesi vukuunda doldurulacak fişler hakkındaki genelge ve örnekler gösterilmiştir.

Daha sonra: halen kullanılmakta olan ve dairede bulundurulması gereken basdırılmış evrak ad ve örnek sayıları, Seferberlik işleri ve talimatı, Defter ve dosyaların tutulma ve işleme şekilleri ve bunlarla ilgili olaylar, Hazırlık tahkikatı, Arama, C. Savcısının hazırlık evrakını okuduğu sırada gözönünde tutacağı hususlar, İddianame, Talepname, Takipsizlik kararı, Yaş, İsim, Kayıt düzeltilmesi, 3005 sayılı meşhûr suçların muhakemesi usulüne dair Kanun, 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu, 3116 sayılı Orman Kanunu, 4274 ve 3780 sayılı Kanunlar, 3871 ve 1609 sayılı Kanunlar, Cümle meşhûr (Tahkiki, Otopsi, Yolluk işleri), Tababeti adliye kanunu, Ölüm ve yaralama ile neticelenen demiryol kazalarında tutulacak zabıtvarası, Esas defteri İlâmat ve hükümlerinin yerine getirilmesi. Başkâtip tarafından, hükmü yerine getirilmek üzere C. Savcılığına verilen ilâmlarda gözetilecek hususlar Hükümlerin yerine getirilmesi işleri, Geçici cezaların nasıl hesaplanacağı, Mahpuslara mahsus mahkûmiyet vesikası, Cezaların çektirilmesinde gözetilecek müşterek haller, İdam cezasının infazı, Ceza ve Tevkif evleri nizamnamesi, Hapishane ve tevkifhanelerin idaresi hakkındaki 1721 sayılı Kanunun 2 nci maddesini değiştiren kanun, Cezaevi iç Yönetmeliği, Ağır hapis cezasının çektirilmesi, Hapis cezasının çektirilmesi ve meşrutan tahliyesi, Sürgün cezasının yerine getirilmesi, Ağır para cezası hükmünün yerine getirilmesi, Hidematı âmmeden memnuiyet cezasının yerine getirilmesi, Hafif para cezasının çektirilmesi, Hafif para cezası hükmünün yerine getirilmesi, Muayyen bir meslek veya san'atın tadili icrası cezasının yerine getirilmesi, Emniyeti Umumiye idaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulmak cezasının çektirilmesi, Emniyet cezasının çektirilmesine ait talimatname, Olağanüstü hallerde nezaret altına almak, Tevbihi adli cezasının yerine getirilmesi, çalıştırılmak suretile hükümlerine yerine getirilmesi, Hükümlülerin çalıştırılmasında uygulanacak yönetmelik, Ceza verilemeyen delillerle, sağır ve dilsizler hakkında yapılacak işlem, İslâhevine gönderilecek çocuklarla, İş esası üzerine kurulmuş yeni cezaevlerine gönderilecek hükümlülere ait işlem, Tutuklar ve defterleri, Demire vurma, kefalet parasının irat kaydı, Muvakkat yakalama, Yakalama müzekkeresi, Tutuk ve hükümlülerin bir cezaevinden diğerine gönderilmesi, Jandarma teşkilât ve vazife nizamnamesinin adliyeyle ilgilendiren maddeleri (Jandarmanın Adalet memurlarıyla ilgili derecesi, cezaevinin muhafazası, silâh kullanması, ihsarlı, hükümlü ve tutukları götürmesi, refakat ve muhafaza ödevleri), Cezaevi ekmek ihalesi, Kapalı zarf usulü,

Açık eksiltme, pazarlık, satın alma, emanet usulü, Hükümlülere ödettirilecek yiyecek bedelleri, Hükümlülere ödettirilecek yiyecek bedelleri hakkında Kanun, Maliyeye verilecek bordrolar, Cezaevleriyle mahkeme binalarının inşası karşılığı olan harçlar hakkında kanunun tatbikine dair talimatname, Cezaevleriyle ilgili ödenekler, Mücrimin sevkiyesi ödeneği, Masarifi idare ödeneği, Cezaevi bina sicil fişi, Tayinat ödeneği, Ceza ve tevkif evleri istatistik bülteni, Adli sicil, C.Savcılıklarına ait diğer defter ve işler, C.Savcılığı zaptolunan eşya defteri, Suç eşyası müsadere zabıt varakası, Zaptolunan emanet eşyaya mahsus makbuz ilmuhaberi, Suç eşyasının saklanma ve geri varılmasına dair talimatname, C.Savcılığı ihzar müzekkelerleri kayıt defteri, İhzar, Zimnet defteri, Kitaphık defteri, Adli ve İdari bilgiler, Nüfus dairesinin teftişi, Nüfus vakaları (yeniden kayıt), Doğumlar (yeni ve eski), Ölüm, Evlenmeler, Boşanmalar, Yaş, isim ve kayıt sahibi ve mükellefiyeti askeriye defteri, Nüfus kayıtları, ihtida, tabiiyet işleri, Aslı vatandaşlık, Müktesep Vatandaşlık, Muhacir işleri, Vatandaşlıktan çıkma, Vatandaşlıktan iskat, Tabiiyet muamelâtından alınacak harçlara dair kanun, Nüfus dairesinin teftişine dair rapor örneği, İcra dairesini teftiş, İcra dairesine ait teftiş raporu örneği, Noter dairesinin teftişi, Noter dairesine ait teftiş raporu örneği, C.Savcısının başvuracağı kanun yolları, İtiraz ve mercileri, Acele itiraz, Temyiz, Temyiz dilekçesi örnekleri, Yazılı emir, Adalet dairesinin idare ve Maliye ile ilgili işlerinden en önemlileri ve bunlarla ilgili türe, Tüzük, ve genelgeler, Avans mahsubu, Yolluk fazlasının geri alınması, avans miktarı, Yolluklar, Satın almalar, Eksiltme suretile yaptırılan yapma ve kurma giderleri, Emanet suretile yaptırılan yapma ve kurma giderleri, Her çeşit onarmalar, Taşıma giderleri, Borç ödemeler, Kiralar, mahkeme harçları, Kırtasiye ödeneği, müteferrika ödeneği alınacak eşya cetvelleri, Mefruşat ve demirbaş eşya cetveli, Kırtasiye, masarifi idare ve melbusat eşya cetvelleri, Cumhuriyet bayramı hakkında talimatname, Vilâyetlerde teşrifat sırası, 30 Ağustos günü icra edilecek askerî merasimi hakkında kararname, Ulusal bayram ve genel tadiller hakkında kanun, Ankaradan gayri şehir ve kasabalardaki telofonlar hakkında kanun, Kanunların ve nizamnamelerin sureti neşri ilânı ve mer'iyet tarihi hakkında kanun, Takvimde tarih mebdinin tebdili hakkında kanun, Günün 24 saat taksimine dair kanun, 1667 sayılı kanun, İhtilâfların tahkim yoluna halli hakkında kanun, Yangın, yer sarsıntısı, seylâp veya heyelân sebeble mahkeme ve adliye dairelerinde ziyaa uğrayan dosyalar hakkında yapılacak muamelelere dair kanun, Resmi evrak ve defterlerden lüzumsuz olanların yok edilme tarzı hakkında nizamname, Devlet davalarını takibe memur avukatlar hakkındaki nizamnamenin 7 ve 12 nci maddeleri, Ayniyat talimatnamesi, Adliye dairelerinde çalışan müstahdemlerin usul ve şeraiti tâyinine ve haklarında tatbik olunacak muamelelere müte-

dair talimatname, Başkâtip, Zabıtkâtibi, Zabıtkâtibi muavini ve kâtipler talimatnamesi, Çeşitli genelgeler, Yangın talimatının 19/p fıkrasına göre bulundurulması gerekli eşya, genelgelerin devamı, İş kazalarile meslek hastalıkları ve Anahk Sığortaları hakkındaki 4772 sayılı kanunla ilgili yazı örneği gösterilmiş ve bunlar hakkında bilgi verilmiştir.

Meslektaşlara görevlerinde kıymetli bir rehber olacak eseri okuyuculara hararetle tavsiye eder, kitabın müellifinden tedarik edileceğini bildiririz.

İsviçre Federal Mahkeme Kararları

Âdî icar. Mühim sebeplerden dolayı vaktinden önce fes-
hin ihbarı. — Lokanta olarak kullanılmak üzere bâzı ma-
haller Kiralınmıştır. İktisadi buhran sebebiyle lokantanın
yaptığı iş miktarı azalmıştır. — Krarlaştırılan kira bedeli ki-
racıya çok ağır gelmeğe başlamıştır. — Bunun üzerine kira-
cı, bağıtın vaktinden önce feshini talep etmiş ve bu talep
kabul olunmuştur.

BK. 269; TBK.

1. Mühim sebeplerden dolayı kiracının icar müddetinin bite-
mesinden önce âdî kira bağıtına son vermek hakkı, bir fesih (*re-
siliation*=*Kündigung*) olup bir rücu (*résolution*=*Rücktritt*) değildir.

Fesih; bağıtın fesihten evvel hâsıl ettiği hükümlere tesir et-
mez (*ex nunc tessir eder*); halbuki rücu, bağıtı bütüm neticelerile
birlikte başlangıçtan itibaren hükümsüz bîrokır.

2. Kiracının "mühim sebeplerden «dolayı» kira bağıtını vaktin-
den önce fesh edebilmesi için bu sebeplerin bağıt yapıldığı zaman
kendisi tarafından sezilemez olmaları şarttır.

Son yılları zarfında iktisadî durumun vahamet kesbetmesi böy-
le bir haldir.

Mühim sebeplerden dolayı kira bağıtını müddetinin hitamından
önce fesheden kiracının kiralayana ödenmesi icap eden tazminat,
bağıtlı borçların yerine getirilmemesi halinde uygulanacak prensip-
lere göre hesaplanmalıdır.

Dâvacı: Rogenmesser, **Dâvalı:** Tiefengrund A.Ş.

Ro So II S. 205 (JdT 1934 S. 362)

A. 10—Mayıs—1929 tarihinde davacı davalının o tarihte inşaa et-
tirmekte olduğu Zürich’te Borsa binasının bütün zemin Kat ve mah-
zenini, dördüncü katında bâzı odaları lokanta olarak kullanmak üzere
kiralamıştı.

Kira bağıtı 1—Temmuz—1930 dan 30—Haziran—1945 tarihine
kadar 15 Yıl müddetle aktolunmuştur. İlk üç yıl için yıllık kira
bedeli 150 bin franktı. Her üç yılda bir bu bedele 12 bin frank ilâ-
ve olunacak ve böylece 1—temmuz—1942 den 30—haziran—1945

tarihine kadar yıllık kira bedeli 198 bin frank olacaktı. Gaz, su, elektrik, vantilatör ve merkezli teshin bedelleri bu kiraya dâhil değildi.

Borsa binası muayyen tarihte ikmal edilemedi. Bu suretle davacı 1—Ten muz—1930 da değil, 1—ocak—1931 de Lokantayı işletmeğe başladı. Daha 18 Haziran—1930 tarihinde kira bağıtı bir şart ilâvesile tamamlandı. Bu şarta göre davalı davacıya bâzı makinelerin istimalini terk edecek, buna mukabil davacı bu makine bedellerinin %10 u nispetinde bir kira ödeyecekti. 1—Haziran—1930 tarihinde makinelerin taraflarca tesbit edilen bedeli 216 bin frank tutuyordu. Yine 18—Haziran—1930 tarihinde tarafların yaptığı bağita göre davacı davalının inşa plânında yapacağı ilâvelere karşılık olarak beşinci yıldan itibaren 12 bin franklık sabit münzam kira verecektir.

5—Haziran—1931 tarihinde, yani kiranın başlangıcından altı ay sonra davacı dava olunandan kira bedelinin ve münzam bedellerin tenzilini istedi. Davalı bunu ret etti. Bunu üzerine davacı BK. 269. maddesinde yazılı mühin sebeplere dayanarak kira bağitını fesh etti. Davalı bu feshin muteber olmadığını iddia etti. Davacı fesh beyanını geri aldı. 1932 Şubatında kiracı kira bedelinin indirilmesini yeniden rica etti. Davalı bu teklifi de ret edince ikinci defa olarak bağiti 30—Evlül—1932 tarihinde tarihi için feshetti. Davalı bu feshi kabulden imtina edince davacı sulb mahkemesine müracaatla kira bağitını 269. maddeye göre feshetmek hakkının mevcudiyetini tesbit etmesini istedi. Kiracı mahkemede dava açmakta geciktiği için davalı kendisi aleyhine bir tahrik davası açmak suretile kiracıyı 30—Ekim—1932 tarihine bir müddet için talebini geri almağa mecbur etti.

11—Ocak/3—Şubat—1933 tarihinde davacı Zürich kanton ticaret mahkemesinde dava açtı Kira bedeli kendi gayri safı muamele hachmine göre hesaplanarak kira bedelinin tatilini talepetti. 100—150 bin franklık mnamele için % 5'6 nispetinde kira ödemeği teklif etti. Bu da 5600—8400 frank tutuyordu. Bu bedele her 100 bin frank için ayrıca % 1 ilâve olunacaktı. Bu teklifi kabul olunmadığı surette kira bedelinin 1—Ocak—1933 tarihinden itibaren 71 600 franka yahut yagıcı tesbit edeceği bir mikara indirilmesini teklif ediyordu. Bu dava gerek kanton mahkemesince; gerek federal mahkemece ret olunmuştur.

(RO 59 11 s. 372); her iki ilâmda da esas itibarile; hal ve şartların eğişmesi sebebiyle bağitın feshedilmesi için gereken şartların mevcut olmaması (clau sularebus sic stantibus kaidesinin iatbiki için gereken şartların bulunmaması) mucip sebebine dayanıyordu.

B. Bu dava henüz cereyan etmekte iken 14—Mart—1933 tarihinde davacı yeniden davalıya müracaatla, mühim sebeplerden dolayı bağıtı 30—Haziran—1933 tarihi için fesh ve tam tazminat teklif ettiğini bildirmiştir. Aynı günde Zürih sulh mahkemesine şimdiki davanın açılmasını tazammun eden dava arzuhalını vermiştir.

24—Mayıs—1933 tarihinde kira bedelinin indirilmesini kiralayandan bir defa daha istedikten ve bu istek ret olunduktan sonra Zürih ticaret mahkemesinde dava açtı. 30—Haziran tarihinde 1933 yılının üç aylığını ödemiştir.

davacı davasında şu hususları talep edivordn:

1. "BK. 289 mucibince Kiracının borsa binası Lokantasının 30 — Haziran—1933 tarihi için, bağıtın yerine getirilmesini çekilmez bir hale getiren sebeplerden dolayı feshe haklı olduğunun tesbiti; icabında başka bir fesh müddetinin tesbiti ve getirdiği eşya ile birlikte kiraladığı yerden kiracının çıkmasına müsaade edilmesi.

2. Davacının davalıya tazminat olarak vermesi gereken miktarın tesbiti; bu bedel altı aylık kira bedeli olan 76 bin, 86 bin yahut herhangi bir miktar olabilir.

3. bedelin vadesi ve kaç taksitte ödeneceğinin tesbiti.

Davalı bu taleplerin reddini ve mukbil dava olarak da Davacının 38 bin frank için kendisine 1—Ocak—1946 tarihine kadar devam edecek teminat vermesini istemiştir.

Zürih ticaret mahkemesi taraflara 26—Ocak—1934 tarihinde tebliğ edilen 24—Kasım—1933 taaahhü ilâm ile asıl davayı ret ve mukahil davayı kabul etti.

Davacı bu karara karşı Federal Mahkemeye müracaat etti.

Federal Mahkeme müracaatı kabul, ticaret mahkemesinin ilâmını nakız ve dava dosyasını davanın bozma sebeplerine göre yeniden görülüp bir hükme bağlanması için mahalli mahkemeye iade etti.

Gerekçeler

1 Ticaret mahkemesi; hal ve şartlar değişse bile bağıtlara riayet edilmesinin hüsnüniyet prensipleri icabından olduğunu beyan etmekte tamamen haklıdır. Fakat bu prensibin yalnız başına işbu davayı halle yetmediği, her umumi esas gibi istisnalar olduğu da muhakkaktır. Davacı BK. 269. maddeye istinat etmekle böyle bir

istisnadan faydalanmak istiyor. Bu maddeye göre sabit bir müddet için yapılan gayri menkul kiralari bağitın icrasını çekilmez bin bir bale getiren mühim sebepler hususunda akitlerden birisi tarafınpan feshedilebilir. Mühim ve kesin olan mesele şudur: kaide ile istisna arasındaki hudut nerededir, başka tabirle istisna, ne nisbett ve hangi şartlar altında kaideyi hükümsüz bırakır? şüphe halinde kaide lehinde ve istisna aleyhinde karar vermek esastır. Fakat bu usul mutlak surette mantiki değildir. Çünkü istisnaî bir hüküm kendi alanında bir prensip koyabilir ve bu prensip kaide kadar doğrudur Bu nususta bir kanaat hâsıl etmek için BK. nın burada bahis mevzuu olan pascasunt servanada prensibine koyduğu istisnalar listesine bir göz atmak kâfidir. Bazen, diğer akidin icra etmemesi sebebiyle bağittan rücu halinde olduğu gibi, itisnayı haklı hõsteren aynı adalet prensibidir. O zaman bu istisna, mahiyeti itibarile, kelimenin dar manasile, bir hukuk prensibi olur. Bazen istisnaî prensip, sıkı hukuku yanında nazarı itibare alınması gereken insanî ihtiyaçlara dayanır. Ve bu hal kültür derecesine göre az veya çok nisbette görülür. Mühim sebepler dolayısıyla kira bağitını vaktinden önce bozmak hakkı münasebetil bahis mevzuu olan şey bu prensibin bir neticesidir. Çünkü 269. maddenin almanaca matlabının iltebasa mahal verecek bir surette rücudan (ücktrit) bahsetmesine rağmen bahis mevzuu olan feshin ihbarıdır. (denonciation). Teşrii saik bakımından bu fark dolayısıyla 269. maddede yazılı fesh şartları doğrudan doğruya rücu (ersolution) müessesine uygulanan şartlarla tâyin olunamaz; Bu iki hukiki müessesinin neticeleri bir birinden hissedilir derecede farklıdır; kira bağitının müddetinin bitimından önce feshinin ihbarı ex nunc tesirini gösterir; yani bağitın geçmişte hâsıl ettiği hükümler tesir etmez, halbuki bağitın çözülmesi (résolution) bağitı bütün neticelerle birlikte baştan itibaren ortadan kaldırır (V. Tuhr.s.562).

2. Kanuna ithâl edildikleri zaman 269 madde ile 292 maddenin hiç bir kanunda muadili yoktu. Aynı neviden bazı hükümlere Prusya umumî kanun 376. maddesinde rastlanır. Bu maddeye göre şahsında veya hal ve şartlarda vukua gelen irade hareci değişiklikler neticesinde kiralanan şeyi kullanmayacak halde bulunursa kiracı üç ay sonra bağitı fesh edeceğini kiralayana haber vermek hakkını haizdir; bununla beraber kiralayan kiraya verilmiş olan yeri başkasına kiralayamazsa kiracı altı aylık kirayı vermek yahut yerine başka kiracı bulmakla mükelleftir.

Aynı mahiyette hükümler BK. in müteaddit bahislerinde mevcuttur: Hasılat icarı bahsinde 292. madde; 261. maddenin hükümünü ay-

nen tekrarlar. Bundan başka hizmet bağtında m; 352, şirket bahsinde 544. madde aynı mealdedir. Bir bakıma göre istisna akdinde 373/2 de bu çeşit hükümler arasında sayılır. Bu fıkraya göre olağan üstü haller eserin yapılmasını meneder veya güçleştirirse hâkim istisna bağtının feshine karar vermek hakkını haizdir. Bütün hal ere yargıç netice itibarile haklı sebeplerin neler olduğunu tâyin edecektir. Bunun için de yhrıcın durumu, kanunun kendisini, takdirine göre veya hal icaplarını göz öndünde bulundurarak kararını vermeğe davet ettiği durumun aynı olmalıdır? Her iki halde de hak ve nasafet kaidelerini tatbik etmelidir. Fakat yalnız hak veya yalnız nisfette kaidelerini değil. Bu takdirde, kınunda bu istisnanın kabul edilmesine sebep olan hususu gözden kaçırmamak lâzımdır. Şu halde 269. maddenin uygulanmasında bu maddede yer alan prensibe ameli bir şümül sağlamak ve lüzumundan fazla sert hareketten sakınmak için gereği gibi nisfete uygun hareket etmelidir, demekki böyle bir hükmün uygulanması, bu hükme her türlü ameli kıymeti kaybettirecek şartlara bağlanmamalıdır.

3 — Ticart mahkemesinin kanaatine göre 269. maddenin vermiş olduğu fashi ihbar hakkı, bağt yapıldığı zaman mevcut şartlar önceden kestirilemeyen ve mahiyeti tibarile davacının batmasını mucip olcek devemla bir değışikliğe uğramış olduğu takdirde kullanılabilir. Mahkeme; yeni şartların önce görülememeziği şartını federal mahkemenin RO 33 11 s. 576 da çıkan kararından ve eser — Schönoneberger (BK. madde 269 N. 8) ve Becker (BK. Madde. 269 N. 3) sarhlrından isthraç ediyor. Federhal mahkemenin adı geçen kararında mevzuu edilen hâdisede bir fabrikacının kiracısı, kiranın feshini haklı bahis gösteren sebep olarak su kudretinin yeter randmanda olmayışını ve kalevi bir kaynağın uzun bir kuraklıktan sonra kuruduğunu ileri sürüyordu federhal mahkeme bu sebeplerden birincisini, davcının kendi kusnrundan (tesisata kâfi su vermemesinden) ileri geldiği için kabul etmedi. Bu gerekce, şimdiki davda önemi haiz değildir. Çünkü kanton mahkemesi iş hacminin azalmasından davacının bizzat sorumlu olduğunu iddia etmiyor.

Vukuf ehli tetkikatından sonra da bu cihet kabul edilemez. Şu halde davacının dilediği bir kusurun 269. Maddenin uygulanmasına her halde mâni teşkil ettiğini incelemek müzumsuzdur. Kalevi bir kaynağın bir an için kurummasına gelince derhal mahkeme bu ciheti de bağtı bozmğa yeter haklı bir sebep saymamıştır. Çünkü bağt yapılırken kiracı bunu önceden kestirebilirdi.

Ticaret mahkemesi bu karara dayanarak diyorki o kararda su noksanı gibi bu hâdisede de iktisadî durumun sonradan alacağı şekil ve gelişme davacı tarafından önceden kestirilebilirdi.; Lâkin bu görüş kabul edilemez. Kalevi kaynak hâdisesinde ilerde hâsıl olabilecek bir hâdisе bahis mevzuu değildi. Tedbirli bir iş adamı bu hali gözönünde tutmalıydı.; Daha ziyade kiralanan şeye doğrudan doğruya taallük eden önemli bir kusur ve ayıp bahis mevzuu idi. Davacı bu karara istinat etmekle hakikatte 254 ve sonraki maddelere tabi bir hâdiseye işaret etmiştir. Ticaret mahkemesinin davacının önceden kestirmesini doğru görmediği husus kiralanan şeye ? ayıplar değil; genel iktisadî durumun ilerdeki inkişafı gelecekte hâsıl olacak olan şartlardır (konjunktur) dur. Fakat böyle şartlar — kiralanan şeyin, bağitta tasavvur edilen kullanışa elverişli olup olmadığını muayene keyfiyetinde olduğu gibi — alelâlede duygu uzuvlarının idraki ile anlaşılamaz. Kiracıdan gelecekte doğacak şartların takdiri icn'î kiralanan şeyin muayenesi için istenen şey istenemez; Çünkü bu takdirde 269. Madde bilhasse düzenelemesi icap eden hallerde tetbik edilemez bir hal alırdı. Ancak davacı iktisadî durumun bu şekil olacağını evvel den biliyordu ise 269. Maddeye göre bağıtı vakdinden önce fesih hakkını kaybeder. halbuki hâdisede böyle bir şey olmamıştır. Şu hâdiselerin sürdüğü hâdiselerin RO 33 11 s 572 deki çıkan kararın bu kelimeye verdiği mânada önceden kestirilemez olmadığını iddia edebilmek için, davacı hâsıl olan değişmeyi önceden kestirmistir, veya kestirebilirdi diye iddia olunamaz. Sadece dönebilirki, davacı hâdiseleri haddinden fazla eyimsirlikle mütalâa etmiş, ağır surette aldanmıştır. Bu hal onun için 269. Maddeye dayanmasına engel değildir. Ticaret mahkemesi bu şekilde düşünmesin spekülasyon kapısını ardına kadar açmasından korkuyor. Fakat bu korku ve endişe beyhudedir. Davacının ilk dâvasında ileri sürdüğü clausula rebus sic stantibus defini ederken bu düşüşce ve endişeden mülhem olmuştur; halen tetkik edilen hâdisede bu endişenin önemi yoktur; Çünâü davacı akdi borçlarından kayıtsız ve şartsız sıyrılamaz ve kiralayanın uğradığı zararı tazmin etmeğe kanun açıkca onu mecbur eder.

4. Şimdi de, bağıtı yapılmasından itibaren bağıtın muayyn fiyat üzerinden devamını davacı için tahammül edilemez bir hale getirecek şekilde hal ve şartların değişip değişmediğini incelemek iktiza eder. Ticaret mahkemesi bunu iknâr etmektedir. Çünkü bizzat davacının talop ettiği vukuf ehli tetkikatında lokantacılar ofisi tarafından hazırlanan rapor kiranın başlangıçtan itibaren kiracı için tahammül edilmez bir küflet teşkil ettiğini ortaya koymuştur. Şu kalde iktisadî durum

değişmemiş olsaydı bile borsa lokantasının işletilmesine devam edilemezdi. Çünkü bu lokanta zürich şehrinin ihtiyecına nazaran çok büyüktü. Ticaret mahkemesinin fikrine göre iş hacminin soradan azalmasında anormal boncihet yoktur ve bu azalma piyasanın normal dalgalanmasının hudutlarını aşmamıştır.

Ticaret mahkemesi davacının istediği vukuf ehli tetkikatına dayandığı ve davalı bu vukuf ehli raporuna itiraz etmediğine göre bu rapor muhtevası federal mahkemeyi bağlar. Fakat bu rapor neticesine göre, kira bedeli kiracı için tahammül edilmez, yapılacak iş hasmîle mütenasip olmayan bir yük teşkil ediyordu, ve yuvarlak hesapla 800 bin firanka vasıl oluyordu; bu yük kısa bir zamanda davacının batmasına sebep olacaktı, kanton mahkemesi kiracının normal hallerde bile kira bedeline tekabül eden miktarda iş yapmayacağı başlangıçtan itibaren tahmin edebileceğini iddia ediyor. Lâkin bu itiraza şu şekilde cevap verilebilir: Davacının borsa lokantasını işletmeden herhangi bir kâr veya büyük bir kazanç elde etmediği beklenmediği farzedilse bile iş miktarının azalması ile hâsıl olan yıkıcı neticeyi kestirmemişti. Bu iş miktarının azalması mûlat piyasa dalgalanmalarının hududunu geçmediğini beyan etmekle kanton mahkemesinin yanıldığı muhakkaktır. Çünkü 1933 yılında iş miktarında vukua gelen azalmanın ilk kira yılı olan 1931 yılının değil, lakin 1932 yılı iş miktarının % sine vardığını unuttuyor; 1931 yılına nazaran azalma miktarı ise 0/0 46 dır. Lokantacılıkta muamele sayısının bu kadar büyük ölçüde azalması alelâde iş miktarının alelâde dalgalanması sayılmaz. Şunu da ilâve etmek gerektir ki vukuf ehlinin fikrine göre bu azalma umumi buhran sebeble ilerde de devam edecektir. Şu halde davacının, ıktisadî dñrumda hâsıl olacak bir değişme ile kötü yıllardaki kayıplarını çıkaracağı umidini beslediği de iddia edilmez. Geçici şartlardan ileri gelen alelâde dalgalanma bahis mevzuu olsaydı böyle bir umit beslenebilirdi. Fakat bilhassa böyle bir ümidin olmaması, yani azalmış iş miktarının devam etmesi zarurî kararlaştırılan kira bedelini kiracı için çekilmez bir hale getirmiştir. Vukuf ehlinin mûta'âsına göre 1931 yılının gayri sâfi hasılatı normal hattâ iyi sayılabilir; fakat bu hal davacı aleyhine bir delil teşkil etmez; gerçekten işletmenin gayri sâfi hasılatı sadece satış ile emtianın istihlâkı ve işletme masrafları arasındaki farkı gösterir. Bakın sabit unsurlar (kira bedeli, borçların faizleri, amortismanları) hesaba katılmamıştır. Vukuf ehlinin vardığı bu netice gösteriyor ki dâvacı daha iyi sevk ve idare edilen bir işletme ile mevcut iş hacmine göre elde edilebilecek bir kâr sağlamış ve bu bakımdan bir kusur işle-

miştir. Buna mukabil, işletiminin 3 yılında elde edilen ve ileride de devam edeceği anlaşılan 800 bin franklık iş hacmi, borsa lokantasının işletilmesi için tamamiyle kifayersizdir ve lokantanın işletilme kabiliyeti ile hakikattaki müşteri sayısı arasındaki bu uymamazlık buhranın önceden kestirilemeyen bir sonucudur ve kararlaştırılan kira bedelini çekilmez bir yük haline getiren de yapılı bu sonuştır. Demekki kanton mahkemesinin kanaatı hıfına faderal mahkeme, 269. Maddenin uygulama şartlarının mevcudiyeti ve davacının adı geçen maddeye istinat edebileceği neticesine varıyor.

5. Davacının 269. madde mucibinde bağıtı hangi anda feshedebileceği meslesine gelince daha 1930 haziranı sonunda kira bedeli davacı için çekilemez bir yük haline almıştı. Davacının feshi teklif mektubunda miktarını göstermeksizin zarar ve ziyan vermek teklifinde bulunması önemi haiz değildir; davacının bağıtı feshetmek arzusunun izhar ettiği zaman 269. maddede derpiş edilen zarar ve ziyana ödemeğe hazır olduğunu bildirmesi kâfidir; ödemeği teklif ettiği zarar ve ziyan miktarını derhal kiralayanın emrine vermek suretile aynen teklifte bulunması şart değildir (bak: Oser—Schönenberg-r mad. 269 N. 13). Devalının bu husustaki düşüncesi ne olursa olsun; davacı üçüncü yılın kirasını öderken daha önce yaptığı f-shi inbar beyanından vaz geçmiş değildir. Gerek bu ödeme, gerek davacının kiralanan yeri 30 Haziran 1933 tarihinden sonra ve davanın devamı boyunca işgal etmesi sadece, bağıtın neticelerinden kuatılmak için hatasırları ileri süren bir akit gibi davacının, bağıtın yapıldığı tarihten bir tarafı olarak feshine kadar geçen zaman zarfında şeyi fiilen kullandığından dolayı yargıç tarafından ni fet dairesinde takdir edilecek bir tazminatı ödemesi neticesini doğurur. Davacı fesh müddetinin sonunda kiralanan yerleri terk etseydi (Borsa) lokantasının işletilmesi intikaa oğramış ve davalı bu yerleri tekrar kiralamakta zorluklarla karşılaşmış olurdu: Bu hak kendisine bir zarar vermiş ve binnetice davacının ödemekle mükellef tutulacağı zarar ve ziyan miktarını artırmış olurdu. Davacı 30 haziran 1933 tarihinden sonra kiralanan yerleri işgal etmeğe devam etmekle her iki tarafın mefaatine uygun hareket etmiştir. İşbu davadaki durumu ağırlaştırmak üzere bu vakiya istinat edilemez.

Davacı kiralanan yeri esas itibarile haziran 1933 sonunda terk etmek hakkını haiz olduğuna göre bu hakkı bu gün de haizdir.

6. Davacının tazminatın tesbitine ve ödeme şartlarının tayıni husundaki talebi üzerinde bir karar vermek için dosyanın mahall mahkemeye iadesi lâzımdır. Tazminatın tesbiti için, bağıtın icra edilmeme-

sinden doğan zarar ve ziyan hakkındaki esaslar uygulanır (BK. 43 ile müteraf kan madde 99.) (Oser - Shocöneberger madde 269. 12, Becker madde 269N. 8, RO 46 II s.173 JdT1920 s;550); fakat federal mahkeme bu hususta gereken fiili müşahedelerde bulunmağa yetkili değildir (federal adalet teşkilatı kanun madde 82 f.2)

Federal Mahkeme I. hukuk dairesi.

BAĞITIN YERİNE GETİRİLMEMESİ. İSTİRDAT DAVASI. ZAMAN AŞIMI.—

Bir gayrimenkul satış vaidi yapılmıştır. — Müşteri bu vaide dayanarak taksitlerden birini ödemiştir. — Satıcı mülkiyeti müşteriye nakletmek suretile bağiti yerine getirmekten imtina etmiştir. — Müşteri ödediği taksitin istirdadını dava etmiş, lâkin davayı bağittan rücu ettiği tarihten itibaren bir yıl içinde değil daha sonra açmıştır. Satıcının zaman aşımına dayanarak yaptığı defî federal mahkemece ret olunmuştur,

BK 109,1, 2, 127; TBK

Sonradan bozulan bir bağita dayanarak ödemiş olduğu meblağı istirdat etmek için müşterinin açacağı dava, aynı saike dayanan zara ve ziyan davası gibi akdî bir davadır.

Şu halde her iki davada on yıl sonunda zamanaşımına uğrar.

Davaçı: Tschumper; Davalı: Moser

Ro 61 II s. 255; JdT 1936 s. 143.

Davalı 16 temmuz 1929 tarihinde resmî bir senetle 103518 frank mukabilinde bir arsayı Zürichte İrschelhof yapı kooperetifi şirketine satmıştır. Müşteri 12 bin franklık bir taksit ödemiştir. Tapuda mülkiyetin müşteriye nakli muamelesi 15 Ağustos 1929 tarihine kadar ikmal edilecektir. Bununla beraber davalı ne belli tarihte ne de yapı şirketi adına avukat peter tarafından 22 kasım 1929 tarihinde kendisine verilen üç günlük mühlet içinde bu borcunu yerine getirmemiştir bunun üzerine Dr. Peter, müşterisinin bağittan rücu ettiğini 28 kasım 1929 tarihinde davalıya inbar etmiştir. 1930 yılında bütün yıl devam eden ve neticesiz kalan müzakerelerden sonra yapı şirketi 17 aralık 1930 tarihinde ödeme emri ile ödemiş olduğu 12 bin franklık taksitin geri verilmesini istemiştir. 16 Nisan 1930 tarihinde bu alcağı davacıya temlik etmiştir.

Davacı bu temlik keyfiyatına dayanarak 12 mayıs 1932 tarihinde davalı aleyhine dava açarak 12 bin franklık taksitin faizi ile birlikte geri ödenmesini istedi. davalı davanın redeni istedi.

Zürich mahkemesi 25 mayıs 1932 tarihinde verdiği kararda davayı kabul etti; davalı diğer bütün defilerinden vaz geçerek yalnız zamanaşımı bakımından bu hüküm aleyhine zürih yüksek mahkemesine müracaat etti. Yüksek mahkeme bu defa ret ve hükmü tasdik etti.

Davalının federal mahkemeye yaptığı müracaat ta ret olunmuştur.

GEREKÇELER

1. davacının davası, davalının iddia ettiği gibi sebepsiz iktisaptan mütavallit bir dava olsa ve bir yıllık zamanaşımına iabi olsaydı bu defa haklı görülebilirdi. federal mahkeme daha SCHINNEER—Bütering davasında (bak RO 60 II S. 27; JdT 1934 s. 183) bu istirdat davasının on yılda zaman aşımına uğrayacağına karar vermiştir; gerçekten bu davanın, aynı maddenin 2. fıkrasında yazılı zarar ve ziyan davasının tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olmaması anlaşılmalıdır.

2. Davalı adı geçen karardaki muhakeme tarzını tenkid ediyor; onun iddiasına göre menfi zarar ve ziyan denilen zarar ve zeyanın tediyesini tazammun eden 109 maddenin 2. fıkrasında yazılı zarar ve ziyan davası bağit harici bir dava mahiyetini taşır; tıpkı bağitin neticelerinden kurtulmak için hatavı istinat eden kimseye (bak madde 26) dava gibi, bütün davalar BK. 360 mucibince bir yıl içinde zaman aşımına uğrarlar.

Bu görüş tarzı hatalıdır: Davalı unutup ki—umumiyetle kabul edildiği veçhile—109 maddenin 2. fıkrasında davanın mevzuunu menfi zarar ve ziyana tehdit etmekle bu davanın mahiyeti hakkında henüz bir hüküm verilmiş değildir; fi hakika menfi zarar ve ziyan mefhumu muayyen bir illet rabitsini nazara alan ve davacıyı bağiti yapmış olsaydı içinde bulunacağı servet durumu ise irca etmeğe matuf alelade bir hesap tarzıdır (Gubl: OR s. 46 d barfi; keza bak: Siminius, Schdenersatz aus Danifallen des vertrages, ZSR. N 37s. 853). Menfi; zarar ve ziyanın tediyesini istihdaf eden davanın hukuki mahiyeti kanunun budavaya bahsettiği bütün hallerde aynı değildir. Bu itibarla davalının görüş tarzını desteklemek için ileri sürdüğü 26 ve 39. maddelerde yazılı davaların şibih bağit davalarını (Becker madde 26 N I madde 39 N.4, V. Tuhr 1 s. 263 ve 322 bu fikirdedir), yok. (Siminius s.232 kabul ettiği gibi) bağit harici davaları mı, yahut bağit harici davalara benzeyen kanundan doğan davaları mı (Oser—schönerberger madde 39 N. 39) mahiyetleri olduğunu incelemek faydasızdır. kabul etmek icap ederki 109 maddenin 2. fıkrasında yazılı dava bu-

tün hallerde bağitların icra edilmemesine dair prensiplere tabi olmalıdır, çünkü bu dava dolaysile borçlunun bağita aykırı bir hareketine dayanmaktadır (V. TUHR II s. 552). Muteber bir surette akdedilen bağitin hükümsüz bırakılmasının doğrudan doğruya sebebi bağitan rücu eden alacaklının beyanı olmakla beraber, dolayısı ile sebebi borçlunun kendisine düşen akdi mükellefiyeti yerine getirmemesidir, rücu beyanı bu durumu değiştiremez (Becker M. 109 N. 3,) bu takdirde pek âlâ denebilir ki «bağit, evvelki hüküm ve neticelerini feshetmek kudretini muhafaza eder» (GIERK Deutsches rivatrecht III S. 308). Bu hal, davalının düşündüğü gibi bir gayri mantıklı hareket teşkil etmez. Gerçekten davalının BK 26 ve 39. maddelerinde yazılı hallerde menfi zarar ve ziyan talebinin bağit harici mahiyetinden çıkardığı esaslı delil şundan ibaettir: Hiç bir zaman muteber surette yapılmamış olan bir bağit bâzi hükümler doğurmağa devam edemez (Oser—Schönenberger bu fikirdedir: Madde 39 N. 7). Fakat bu delil 109 maddenin 2. fıkrasına dayanan davada hiç bir değer taşımaz, Çünkü bağit muteber bir surette yapılmış, lâkin taraflardan birisinin bağita aykırı hareketi yüzünden varlığına son verilmiştir.

3. Davalı REITZEL—RÖRHISBERGER kararından (RO 48 II S. 263) 109 maddenin 2 fıkrasındaki zarar ve ziyan davasının hukuki mahiyetinden çıkarmak isteyor; bu yanlıştır. Federal mahkeme bu kararında, bir kefalet bağitını yorumlarken sadece şunu tesbit etmiştir: Böyle bir bağitin bozulmasında tarafların maksadına göre kefil ancak bağitin asıl borç u tarafından ifa edilmemesinden, yeni alacaklının borcun asıl borçlu tarafınan ifa edilmesindeki menfaatten sorumludur. Yoksa bağitin bozulmasından doğan zarar ve ziyandan (menfi zarar) da sorumlu değildir. Federal mahkeme, bu suretle kefilin taahhüdünün şümmülünü tesbit ettikten sonra bağittan rücu eden alacaklının bu rücu keyfiyatından mütevallit davaların kefile tevcih edilmeyeceği, çünkü bu davaların kefalet bağitının muhtevesını teşkil etemediği neticesine varmıştır. Sadece müşahhas bir kefalet bağitının yorumlanmasını bahis mevzun eden o karardan bu hâdisede bahis mevzuu olan mesele bakımından bu sonuç çıkarılamaz.

4. 109. maddenin 2. fıkrasında yazılı zarar ve ziyan davası akdi bir dava olarak telâkki edilmek icap ediyorsa, bu davaya BK nun 127. maddesinde yazılı 10 yıllık zamanaşımı müddeti uygulanır. Çünkü—128 maddedeki hal müstesna— başka bir zamanaşımı süresi tanımlıyor. Bu hal sureti şu sebeple izah olunabilir: Bağittan rücu

eden alacaklının zamanaşımı bakımından, bir bağtın icra edilmesinden vaz geçerek zarar ve ziyan isteyen alacaklıdan daha kötü duruma düşürülmesi sebebi izah olunamazdı,

25.Bk. in 109. maddesine 2. fıkrasında yazılı dava, Federal mahkemenin Ro 60. II s. 27(JdT 1934 s. 183) de çıkan kararla kendisine tanınan mahiyeti haiz ise aynı kararda izhar edilen fikre uygun olarak bu maddenin 1. fıkrasında yazılı istirdat davasına aynı mahiyeti tanımamak için sebep yoktur. Hususile 1. fıkra hükmünün Bk. 62 ve sonraki maddelere göre sebesiz hükümlerine bir atıf değil fakat müstakıl bir kanunî dava sayılması federal mahkemenin başka bir kararında(RO II s. 119) ifade edilen prensiplere uygundur. Federal mahkeme bu kararında Bk. 81. maddeye istinat eden kambyo hukukundan mütevellit iktisap davasının maddî hukuk bakımından bir sebesiz iktisap davası olduğunu' lakin kanundan doğan davanın bir dava olmak itibarile Bk. 67. maddedeki zamanaşımı süresine tabi olmadığını beyane diyor. Davalı iki taraflı eksik bağıtta(contractus bilateralis inequalis) ve bir taraflı bağıtta(contractus unilateralis) Bk. 109 maddenin 1. fıkrasına tekabül eden bir hükmün bulunmaması halinde bu yorum tarzının derin bir müsavatsızlık doğuracağını iddia ediyor. Bu düşünce yanlıştır.

Bu çeşit bağıtlarda borçlunun temerrüdü bağittan rücu hususunda alacaklıya kanunî bir hak vermez. Sadece bağtın icra edilmesine matuf bir dava verir. Bu davada hal ve şartlara göre bağtın ademîyasından mütevellit zarar ve ziyan davası halini alabilir(oser —Schöneneberger m. 107 N.6). Bu çeşit bağıtlarda sarîh veya zımnî bir hükümle alacaklı bağittan rücu etmek hususunda bir hak tanındığı zaman bu hakkın akdî davalara vücut vereceği şüphesizdir. Davalının nazarı itibare aldığı hal, yani bağtın bir şartın tahakkuku veya bir mehlin sona ermesi ile nihayet bulması halinde doğacak olan davaların mahiyeti meselesi tamamen başka bir bahistir. Bu davalar iki taraflı bağıtlarla eksik iki taraflı bağıtlar ve bir taraflı bağıtlar bakımından aynıdır. Çünkü bu davalar 107 ve 109. madde mucibence bağittan rücu etmek hakkından doğan davalar değildir.

Nihayet davalı iddia ediyorki 109. maddenin 1. fıkrasındaki istirdat davasına sebesiz iktisap davası mahiyetini tanımamak suretile' sebesiz iktisap davasının en mühim tatbik hali, yani nihayet bulmuş bir sebebe dayanan istirdat davası(condictio ob causam finitam) bertaraf edilmiş olur. Bu görüş tarzı yanlıştır. Çünkü bağittan bütün rücu hallerinde - şu halde 107. maddeye göre bağittan rücu halinde de —sebesiz iktisap hükümleri kabili tatbik olmakta devam ederler.

6. Şu halde zamanaşımı def'i ret olunmalıdır. Davacıya, hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir surette istirdat davasını geciktirdiğinden dolayı tân edilemez. Bu gecikme 1930 yılında bütün sene devam eden görüşmelerden iteri gelmiştir.

Federal mahkeme 1. hukuk dairesi.

Boşanma Çocuk nafakası. Çocuğu ziyaret hakkı. Anababasının boşanması üzerine çocuğa 23 yaşına kadar nafaka verilmesine hük-molunmuştur.—Federal mahkeme bu hüküm aleyhine vâkı müracaatı kabul ederek çocuğun nafaka hakkını rûşt yaşı ile tahdit etmiştir.—Velâyet hakkı kendisine bırakılmayan tarafın çocuğu ziyaret hakkının şümulü.

İM 156; TMK

1. Boşanma ilâmında veya bu ilâmı tadil eden kararda; çocuk kendisine bırakılmamış tarafın ziyaret hakkının şümulü tamamile tesbit olunmalıdır.

2. Büyümüş bir çocuğun velâyet hakkına malik olmıyan ana veya babası ile görüşmeği kabul veya ret etmesi önemi haliz değildir. Çünkü boşanma ilâmında onun mükellefiyetleri değil, ana babadan velâyet hakkını kullanan tarafın borçları tâyin edilir.

3. Boşanma halinde çocuk kendisine bırakılmayan tarafa altmış günde bir ziyaret hakkı verilmesi kâfi değildir. Bu hak her ay iki pazara teşmil edilmelidir.

4. velâyet hakkı kendisine bırakılmayan ana veya babanın 15° (maddeye göre vereceği nafaka çocuğu reşit olmasıyla sona erer.

5. Çocuk reşit olduktan sonra geçimini sağlayamaz veya tahsiline devam etmek isterse anasından veya babasından yahut her ikisinden birden nafaka istemek hakkı çocuğa ait olur.

6. H-nüz reşit olmyan çocuğun babasına karşı tavır ve hareketi bakımından yüksek bir nafakaya lâik olup olmaması meselesi nazarı itibare alınmaz. Çünkü nafakayı istemek hakkı, velâyet hakkının sahibi olması itibarile çocuk kendisine tevdi edilmiş olan anaya aittir.

Bossard—Detournay. 24 ekim 1933

RO 61 II s. 215; JDT 1936 s. 359.

Tarafların 1917 yılında bir erkek çocukları olmuş'u. Bu çocuk boşanma ilâmı ile babasına bırakılmıştı. İşbu dava sonunda anasına bırakılmıştır. Lucerne kanton mahkemesi bu hususta verdiği kararda

küçük çocuğun iki ayda bir yarım gün babası tarafından ziyaret edilebileceğine hükmetmiştir. Diğer taraftan çocuk 23 yaşına girinceye kadar babasının ayda 250 frank nafaka vermesini karar altına almıştır.

Davalı federal mahkeme baş vurmuştur. Nafakanın 150 frank indirilmesini ve nafakının çocuk reşit oluncaya kadar devam etmesini talep etmiştir.

Davacı da aylık nafakanın 350 frank çıkarılmasını ve nafakanın çocuk 24 yaşına girinceye kadar devam etmesini dilemiştir. Federal-mahkeme bu son müracaatı ret etmiştir buna karşılık davalının müracaatını haklı görmüş; babanın ayda iki pazar günü çocuğunu ziyaret etmeğe hakkı olduğuna ve nafakanın ancak çocuk reşit oluncaya kadar devam edeceğine karar vermiştir.

Gerekçe:

M. K—m. 156 (TMK.) f. 3 hükmüne göre, boşanma kararı koca-dan çocuk kendisine bırakılmayan tarafın, halin gerektirdiği şekilde çocukla şahsî münasebetlerini idame etmeğe hakkı vardır. Bu münasebetin mümkün olabilmesi için çocuk kendisine bırakılan tarafı velâyet hakkı, velâyet hakkına malik olmayan diğer tarafın çocukla idame etmedi gereken şahsmünasebetlere mâni olmaması için tehdit edilmelidir. Bu itibarla; oldukça büyümüş, reşit olmasına az bir şey kalmış bu çocuğun bu şahsî münasebetlere ne dereceye kadar muvafakat veya muhalefet ettiğinin önemi yoktur. çünkü boşanma ilâmında veya bu ilâmi tadil eden kararda bahis mevzuu olan mükellefiyetler, çocuğun mükellefiyetleri değildir. Bu şartlar altında mahallî mahkemenin verdiği ilâmda şöyle bir cümle ilâve etmesi kâfi değildir: baba ve çocuk (altmış günde bir yarım günden) daha şümule olacak derecede şahsî münasebette bulunmak isterlerse boşanma ilâmı, ziyaret hakkının uzlaşma yolu ile genişletilmesi asla mâni değildir. çünkü diğer tarafın çocukla hal ve şartlara göre gereken şahsî münasebetlerde bulunabilmesi için çocuk kendisine bırakılan tarafın velâyet hakkına konacak tahditleri bizzat boşanma hükmü tesbit etmelidir. Halbuki altmış günde bir yarım günlük şahsî münasebet artık durumun gerekli kıldığı bir şahsî münasebet olamaz. Şu halde ananın çocuğu, babasıyla görüşebilmesi için serbest bırakma bususundaki mükellefiyetini ayda iki pazar gününün tamamına teşmil etmek lâzımdır (hangi pazar olduğu her görüşmede tesit olunur).

2. Boşanmış olan eş çocuklar kendisine bırakılmış ise yani velâyet hakkına malik olmak sıfatile: onların nafaka ve terbiyesi için bir iştirak hissesi isteyebilir. Çocuk reşit olup ta velâyet hakkı ortadan kalkınca o zamana kadar bu hakka sahip olan boşanmış eş diğer eşten bahsî geçen hisseyi istemek hakkını kaybeder (Bak RO 54 II s. 341; jDT 1929 I s. 255). Henüz hayatını kazandıran bir durumda olmayan yahut tahsiline devam etmek istiyen reşit çocuğun ana babasından birinden veya ikisinden nafaka istemek veya nakdî veya aynı edalarile kendisine yardım etmelerini (mesela ana babasından birisi tarafınan ödenen parayı karşılık diğerinin kendisine tam bir işe sağlamasını) talep etmek hakkına malik olup olmadığı meselesi bundan başka bir meseledir.

Bu talep münhasıran reşit çocuğun kendisi tarafından yapılabilir ve anababadan hangisinden yardım görmek istevorsa ona (eğer ikisinden birinden yardım görmek isteyorsa her ikisine) karşı yöneltilebilir. Bu dava reşit oluncaya kadar çocuk üzerinde velâyet hakkına malik olan eş tarafından açılmaz. Çünkü çocuk reşit oluncaya—yani yardım istendiği tarihte—ve b eş çocuğa karşı vaktile velâyet hakkından mahrum edilen eşin malik olduğu haklardan fazlasına artık malik değildir.

Bu paralar evvelce mevcut şartların aynı şartlar altında yani 156() maddeyle istinaden dahi artık istenemez; sözü geçen maddede göre karıkocadan çocuk kendisine bırakılmayan yani çocuğun nafakasına aynı edalarla yardım etmeyi (onun terbiye ve infakına kendi iktidarı nisbetinde iştirak etmekle mükelleftir)

Şuhalde çocuğa nafaka vermesi veya okuma masraflarına iştirak etmesi için ananın, çocuğun babası aleyhine açtığı bu dava çocuğun reşit olduğu tarihten sonraki zamana taallûku nisbetinde ret olunmalıdır.

3. Davalının' reşit oluncaya kadar çocuğa vermesi icap eden nafakanın miktarını tesbit etmek için bu edaların malî iktidarına uygun düşmesi gerektiği esastan hareket etmelidir. Son yıllarda uğradığı zararlar nazarı itibara alınsa bile aksi ispat edilinceye kadar davalının malî durumunun' velâyet hakkını elinde tutan ananın oğluna vermek istediği ve vermek hakkını haiz olduğu masraflı terbiyenin mümkün kılan bir paranın kendisinden istenebelmesini haklı gösterecek kadar sağlam olduğu kabul edilmelidir.

156() madde kabilli tatbik olduğu müddetce babasına karşı gönderdiği tavır ve hareketi ile çocuğun bu olağanüstü masraflara bağlı olup olmadığı meselesi nazarı itibare alınamaz, çünkü bu masrafları istemek hakkını haiz olan anadır.

[illegible]

ADALET DERGİSİ

Sayısı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan veya satın alınan ve mevcudu bulunan kitapların adları, fiyatları, aşağıda; elde etme yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

<i>Adı</i>	<i>Fiyatı Kr.</i>	<i>Adı</i>	<i>Fiyatı Kr.</i>
Avukatlık kanunu	50	Ceza Muhakemeleri usulü kanunu	
Alman ceza muhakemeleri usulü		üzerinde bâzı izahlar	50
kanunu.....	175	Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu	
Bağlamalar kanunu şerhi (H.Oser). 150		alfabetik fihristi	75
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme 75		Deniz ticareti kanunu	50
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik		Hâkimler kanunu	50
eden merciler kanunu mülâhazalar 40		Meşhut Suçlar Kanunu	15
Ceza Muhakemeleri kanununun es-		"" "" "" talimatı 15	
babı mucibesi	50	Varşova konferansı.....	75
Adalet Mantiğı.....	300	Tamimler mec. (1928—1937). 175	
(941—942) Yılları Yargıtay Ceza		"" "" (1938) 100	
Kararları	300	"" "" (1939—1940) 100	
Zürih Şerhi Borçlar Hukuku C. 1 300		Noter Kanunu	50
		Devletler umumi hukuku	300
		Madrid Konferansı	100
		Aynı Haklar 1 ci kısım	600

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası

1 9 4 7

130