ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET
DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 38

SAYI : 5

351

Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

1 — Adalet Dergisine abone olmak ve Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan kitaplardan satın almak istiyenler:

a) Yayım Müdürlüğüne bir mektupla adreslerini ve abone veya kitap isteklerini bildireceklerdir.

b) Kitap veya abone bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları (hasılatı müteferrika) makbuzunu ya mektuplarına bağlı olarak göndereceklerdir, yahut ta oturdukları yer C. Savcılığına teslim edeceklerdir.

c) C. Savcılığı teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitap veya aboneyi ve alıcının adresini Adalet Bakanlığına gönderecektir.

d) Kitap ve dergiler ayrıca posta ücreti istenilmeksizin Bakanlık Yayım Müdürlüğünden alıcının adresine yollanacaktır.

e) Adalet Dergisinin kapağında gösterilen kitaplardan başkasını almak istiyenler o kitabın mevcudu olup olmadığını daha önce Yayım Müdürlüğünden sormaları ve ona göre istemeleri lâzımdır.

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

352

ADALET

DERGİSİ

Adalet Bakanlığınca Çıkarılır

Yıl 38 | Mayıs: 1947 | Sayı: 5

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER: Sahife

HAMMDİ ÖNER —Bir tenkid münasebetile idarî Kurulların kaza yetkisi 343

MÜFFİT ERKUYUMCU —İadei Muhakeme 348

MUHSİN TUĞSAVUL —Haksız Fiil Zamanaşımı 366

JALLE URUL —İngilterede Çocuk ve kadın cezaevleri 580

İSMAİL DOĞANAY —Meşru Müdafaa 385

BİLİYOGRAFYA : 400

TERFİ CETVELİ : 408

YARGITAY TEVHİDİ İÇTİHAT GENEL KTRUL KARARLARI 409

JSJ

Bir tenkid münasebetile yene İdari kurulların kaza yetkisi

Yazan:
Hamdi ÖNER

Konu:

I— Belediye ceza umuruna müteallik kanunun bütün değişiklikleri yazımızda gösterilmiştir.

II— İtiraz hzerine son tahkikat yapılmaz fakat, tetkikat duruşmalı yapılabilir.

III— Belediye cezalarına yapılan itirazın tetkiki tabiatile sulh ceza yargıcına aittir.

IV —Sulh yargıcı, belediye encümeni tarafından karara bağlanan suçu, mahkemenin görevine dâhil cürüm mahiyetinde görürse evrakı C. Savcılığına tevdi etmelidir.

V— Lazminî mahiyetteki para cezalarından yaştan dolayı tenzilat yapılamaz fakat bu cezalar hapse çevrildikleri takdirde gereken tenzilât miktarının hükümde gösterilmesi lâzımdır.

VI— Tazminî mahiyetteki para cezalarının belirttiğimiz nitelikleri yargıtay içtihatlarile takarrur etmiştir.

VII— Köy kanunu ve yazımızın gayesi.

Ayaş Yargıcı Sayın Hasan Basri Tarman (bâzı idarî makam ve kurulların ceza yetkisi) başlıklı mekalemiz hakkında (bâzı cezalarda sulh yargıcına itiraz) ünvanlı tenkidî bir yazı yayınladı. Bu iki yazının bir arada okunması meseleyi daha ziyade aydınlatır. Bu itibarla vakit bulan meslekdaşlardan bu iki yazıyı bir arada okumalarını rica ederim. Ben adalet dergisinde yayılanan yazılarımı takip ve bunlar üzerinde fikir yürüttüklerinden dolayı sayın meslektaşıma evvel emirde teşekkür etmeyi vazife bilirim. Ve tenkidlerine kısaca cevap vereceğim.

I

"Belediye ceza kanununa tevfikan yapılan itirazlarda sulh yargıcı lüzum gördüğü takdide tetkikatını duruşmalı yapmalıdır"

[1] Bizim makale Adalet dergisinin 3/946 sayısında sayın tarmam yazısıda 2/947 sayısında çıkmıştır.

şeklindeki noktai nazarımızı bu kanunu değiştiren 2575 sayılı kanundan haberimiz bulunmadığı şeklinde izah ediyorlar ve (Hattâ bu kanunun 3764 sayılı kanunla da değiştirildiğini) ilâve ediyorlar.

Mekalemizin 188 nci sahifesinde 486 aayılı belediye ceza umuruna müteallik kanunun sırasile 909, 989, 1608, 2575 ve 3764 sayılı kanunlarla değiştirilmiş olduğunu yazmıştık. Anlaşılan meslektaşım mekalenin tenkid etmek istediği bu sahifesini tamamlle okumamış ve bunun neticesi olarak numaralarile saydığımız tadil kanunlarının ancak bir kısmını tekrarlıyarak bizi ikaz etmeğe çalışmıştır.

II

Belediye ceza kanunu, itiraz üzerine tetkikatın evrak üzrinde yapılacağını açıklamaktadır. Ancak yargıç isterse muterizi celp ederek izahat alabildiği gibi zabıt varakasını imzalayanları da davet edebilir. Hususi kanunlar daima müphem ve muhtasar olurlar hemen cümlesi C. M. U. K. nun cezalandırma hususunda riayeti mecburi olan prensiplerile teminatını meskût geçerler. Bir fikir adamının vazifesi bu özel kanunları umumi prensipler çerçevesi içinde bir tefsire tâbi tutarak tatbikatta ahenk tesisine çalışmaktır. Bu düşüncenin tesirile demiştikki sulh yargıcı bu tetkikatı aslolarak evrak üzerinde yapar. Fakat lüzum gördüğü hallerde bu tetkikatını duruşmalı da yapabilir. Biliyoruzki dinlenen bir şahide karşı ne diyorsun diye ilgililerin mütalâası sorulur. Bu usulün ana prensiplerindendir ancak bu sayede savunması alınmadan bir kimsenin her hangi bir delile müsteniden mahkûm edilmesi mahzuru önlenmiş olur. Talil edilmek imkânı bahşedilmeyen bir şahadet hiçbir kimse aleyhine mesnet ittihaz olunamaz. Muhakeme yakılır demedik bahis konusu olan tetkikattır. Dikkat buyrulursa yazımda tedkikatın duruşmalı yapılabileceğini ileri sürmüştbm. Bu noktayı duruşmalı yani son soruşturma ile karıştırmamak lâzımdır. Bugün tatbikatta da bu tetkikat bazen duruşmalı yapılmaktadır.

İtirazın ne şartlar dairesinde kabul ve tetkike tâbi tutulduğu meselesini arkadaşım izah ediyorlar. Bunlar kanunun metninde sayıldığı için mevzuubahis etmeğe lbzum görmemiş ancak bu şartlar dairesinde yapılacak tetkikatın seklinden bahsetmiştim.

III

Belediye encümeni kararlarına karşı yapılan itirazın tetkiki sulh yargıcına aittir. Yazımızın bir yerinde her nasılsa bu yargı-

cın sıfatı (sorgu yargıcı) olarak geçmiştir. Bu hata, diziden ileri gelmiştir. Netekim değerli yazarın da makalesinin 82nci sahifesinde (yargıtay mahkemesi) tabiri geçmiştir. Bunlar daktilo veya dizi hatasının neticeleri olsa gerek.

IV

Sulh yargıcı itiraz mevzuu olan suçu umumi ceza kanununa temas eden bir cürüm mahiyetinde görürse vazifesizlik kararı vermelidir. Fakat evrakın C. Savcılığına tevdiini tazammun eden bu harar C. M. U. K. nun 263 ncü maddesinde yazılı ve son tahkikatın açılmasını tazammun eden karar mahiyetinde değildir. Seklindeki mütalâamızıda tenkid ediyorlar. Belki hakları vardır. konuyu biraz daha açıklayalım.

Sulh yargıcı belediye encümeninin kararını tastik veya iptal ederse mesele katî şekilde halledilmiş olur. Yani kaziyei muhkeme teessüs eder ve hiç bir vechile bir daha mevzuubahis olmaz. Suçlu için bu kazanılmış hak teşkil eder bu suretlede bir cürüm ortadan kalkar. Veyahut işin adliyeye tevdii idari mercilerin takdirine bağlı kalır.

Halbuki kaza merciine intikal etmiş bir işlemin artık nihaî muamelesine kadar yürümesi lâzımdır. Usulun ana prensipleri ve kamu menfaati bunu icapettirir. Belediye kanunu yapılırken belki bu nokta hiç düşünülmemiştir. Umumi usul hükümleri göz önünde tutularak bunları tefsire tâbi tutmak lâzımdır. Meselâ Belediye tenbihatına aykırı hareket bâzı hallerde Millî Korunma Kanununa göre cürüm teşkil eder. Belediyenin verdiği 1 lira hafif para cezasını ihtiva eden kararı yargıç tasdik ederse bu sanık lehine müktesep hak teşkil edeceğinden mesele katî şekilde halledilmiş olur. Bu mülâhaza ile yargıcın vazife noktasından evrakı mercie tevdi etmesi muvafık olacagını ileri sürmüştüm. Tabiî kamu davası henüz açılmamış olduğundan bu karar ceza muhakemeleri usulü kanununda mahiyetleri tâyin edilmiş olan vazifesizlik kararlarından ayrı ve özel kanuna göre ittihaz olunan bir karardır.

V

Sayın meslekdaşım Tarman, 82 nci sahifede tazminî mahiyette bulunan para cezalarından yaşdan dolayı indirme yapılmıyacağı-

nı belirttiğim halde biraz sonra itiraz merciinin yaştan dolayı tenzilât yaparak bu kararı tasdik edebileceğini yazmak suretile tenakuza düştüğüme işaret buyuruyorlar. Tazmini mahiyetteki para cezalarından yaşdan dolayı tenzilât yapılamaz. Ancak bu cezalar hapse çevrildiği zaman nazara alınması gereken tenzilât miktarı hükümde gösterilir. Aksi takdirde bu cihet bozma sebebi teşkil eder.Binaenaleyh itiraz mercii para cezasının hapse çevrilmesi sırasında yapılması lâzım gelen tenzilâtın gösterilmemiş olduğunun farkına varır. Yani bu kararı yolsuz görürse tenzilât miktarını kendisi işaret ederek mezkür kararı tadilen tastik edebilir. Şek lindeki mütalâamızı ileri sürerken aynı zamanda bu hususta maruf olan bu yargıtay ictiadını da ayrıca açıklamağa lüzum görmemiştik. Tazminî mahiyette para cezasında tenzilât yapılamaz. Fakat hapse tahvili halinde bu tenzilâtın ne miktarda olması lâzım geldiğinin hükümde gösterilmesi lâzımdır.

Mütalâamızı bu maruf içtihadın hükümlerine göre yürütülmüştür. Maksat hapse çevrildiği zaman infazı gereken tenzilatın gösterilmek suretile Sulh yargıcının kararı tasdik edebileceğini tebarüz ettirmektedir.

VI

Sayın Tarman, tazminî mahiyetteki para cezalarının niteliklerine mütedair düşüncemizi de ret ederek bu kabil para cezalarının vasıflarını kendisi tespit ediyor. Ve (Tazminî mahiyetteki para cezalarının hususi kanunlarında sarahat bulunmadığı takdirde Türk Ceza Kanununun 19. ve 24 üncü maddeleri şümulü haricinde ve İcra İflas kanunu hükümlerine tâbi bulunduklarına işaret ederek 929 senesinde çıkan bir tevhidi ictihattan bahsediyorlar) ve bu izahatı bizim tazminî mahiyette olan para cezalarından dolayı tenzilât yapılamıyacağı hakkındaki düşüncemize muhalefet sadadında ileri sürüyorlar.

Şurasını tekrarlayalımki tazminî mahiyetteki para cezalarından yaşdan dolayı tenzilât yapılamaz, ertelememez, adli tevbih ikame olunamaz, ve bu cezaların nispi harca tâbi oldnklarına dair yazımız Yargıtayın müstekar içtihatlarına dayanmaktadır.

Tazminî mahiyetteki para cezalarının nitelikleri hakkında âcizane bir tetkikim de Adalet dergisinde çıkmış olduğundan burada ayni konuyu tekrarlamağa lüzum görmüyorum.

VII

Köy kanununun 54 ve 55 ci maddeldrinin çiftçi mallarının korunması hakkındaki kanuna kısmen alındığı ve kısmen de kaldırılmış olduğu dikkatimi çekmemişti. Esasen idarî kurullara verilen kaza yetkisinden bahseden yazımızda güdülen maksat ve gaye bu kanunların umumi usul müvacehesinde arz ettikleri aykırılıkları dolayısile tebaruz ettirmeğe çalışmaktı. C. M. U. K. nun yargıçların tarafsızlığı, duruşmanın selâmeti, iddia ve savunma haklarının karşılıklığı ve ahenkli surette tanzimi ve kanun yollarının işlenmesi ve bu prensiplerin uygulanmasında gösterilen hassasiyete mukabil ayni zamanda diğer taraftan idari mercilere verilen cezalandırma yetkisinin mahiyetini belirtmeğe matuftur. Bu kadar itinaya rağmen umumi usulde ayrıca eski hale getirn, iadei muhakeme, karar tashihi ve yazılı emir gibi ıslah edici yollar ihdas edilirken ayni neticeyi doğuran idari mercilerin cezalandırma yetkisinin bu prensipler muvacehesindeki durumu üzerinde dikkati çekmeği kasdetmiştim. Yazımızın gayesini teşkil eden bu kısımlardan bahsedilmesini arzu ederdim. O yazıda biz mümkün mertebe bu kaza cihazının faaliyetini de normal ve teminatlı usul prensipleri içine almağa çalışmıştık.

Zira biliyoruzki ceza M. U. K. ferdin hürriyet ve mülkiyetini tahdit eden tedbirleri yargıca bırakmıştır. Ve yargıç tarafından bu hususta verilecek kararlar hakkında da taraflara kunun yollarına müracaat imkânı bahşolunmuştur. İşaret ettiğimiz özel kanunlara göre ayni neticeyi tevlit edecek tetbirler idari makamlarca da alınabilecektir. Çeltik ekimi ve belediye ceza kanunularında olduğu gibi idarî karar ve tetbirler yargıcın mürakabesine tâbi tutulmuştur. Biz bu mürakabenin mümkün mertebe ceza M. U. K. nunun koydnğu prensipler ve tanıdığı teminat cercevesi icinde yapılması luzumuna meylemişlik. Şürasını da ilâve edelimki bahis meâzuu olan hususların ekserisi içtihada tâbi olan konulara taallûk eder.

İdare kurullarına tanılan cezalandırma yetkisini da, yargıçları takyit eden usul prensipleri içine alma yolunda bir tefsire doğru gitmeliyiz.

359

İadei Muhakeme

Yazan
Müfit ERKUYUMCU

ÖZ:

1— İadei muhakeme, Temyiz ve tashihi karar kanun yolları arasındaki farklar, 2— İadeten tetkiki istenebilecek hükümler, 3— İadei muhakeme sebeplerinin ayrı, ayrı incelenmesi, 4— İadei muhakeme müddeti, 5— Mercii muhakeme, 6— İcranın geri bırakılması, 7— Usulü muhakeme, 8— Teminat.

1

Mahkemelerle yargıtaydan çıkan yanlış hükümlerin düzeltilmesi için H. U. M. Kanunumuzda kabul edilen kanun yolları temyiz, tashihi karar ve iadei muhakeme olarak üçe ayrılabilir. Bunlardan birincisi olan temyiz ile tashihi karar ve iadei muhakeme yolları arasında mühim farklar olduğu gibi, son iki kanun yolu arasında da ufak tefek bazı farklar mevcuttur. Bu farklar şöylece hulâsa edilebilir.

1— Temyiz yolu mahkemelerden verilen hükümlerin düzeltilmesi için yüksek mahkemeye baş vurulmasıdır. Tashihi karar ve iadei muhakeme yollarında ise, yanlışlığın iddia edilen kararın düzeltilmesi için mafevk mahkemeye değil kükmü veren mahkemeye müracrat edilir.

2— Temyiz yoluna baş vurmak için H. H. U. M. kanununda muayyen sebepler mevcut değildir. Kararın usul ve kanuna uygun olmadığı ileri sürülerek doğrudan doğruya yüksek mahkemeye müracaat edilebilir. Halbuki tashihi karar ve iadei muhakeme istenilebilmek için kanunda gösterilen muayyen sebeplerin mevcudiyeti şarttır.

3— Tashihi karar tetkikatının sonunda verilecek karar kat'i olduğu halde iadei muhakeme talebinin neticesinde verilecek hüküm kat'i olmayup kabili temyizdir.

4— İadei muhakeme davası neticesinde verilecek hükme karşı tekrar iadei muhakeme istenilemez. Halbuki temyizen tastik ve tashihi karar talebi de red edilmek suretile kat'ileşen bir hüküm aleyhine yargılamanın iadesi yoluna baş vurulabilir.

5— İadei muhakeme yolu olağanüstü bir kanun yoludur Bu yola müracaat eden kimse kanunda gösterilen şartlar dairesinde yeni bir dava açmış olur. Temyiz ve tashihi karar yolları ise yeni bir dava mahiyetinde olmayan ve yanlış kararların tashihini temin maksadile kabul olunan normal kanun yollarıdır. Bu yollara baş vuran kims yeni bir dava açmamış ancak dava neticesinde verilen kararın tashihi için kabul olunan müracaata mecbur kalmıştır.

2

Hatalı hükümlerin düzeltilmesi için kanunumuzda kabul olunan kanun yollarını ve aralarındaki farkları bu suretle kısaca belirttikten sonra inceleme konumuz olan yargılamanın iadesine geçebiliriz. H. U. M. K. nun iadei muhakemeye müteallik olan 445 ci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre katiyyen verilen veya iktisabı kat'iyet etmiş olan kararlar hakkında maddede yazılı sebeplere binaen iadei muhakeme talep olunabilir. Maddenin bu fıkrasındaki anasırın tetkikinden anlaşılaceği veçhile yargılamanın iadesinin istenilebilmesi için verilen hükmün kat'i mahiyette olması veya iktisbı kat'iyet etmiş bulunması lâzımdır. Kat'i mahiyette olan hükümler H. U. M. K. nun 427 ci maddesinde gösterilen ve miktarı 2500 kuruşu geçmiyen alacak hükümleridir. Bu hükümlerle kanunî müddeti içinde temyiz edilmiyerek veya dere cattan geçerek kat'ileşip kaziyei muhkeme teşkil eden hükümler aleyhine sözü geçen maddedeki şartlardan birisinin mevcudiyeti halinde yargılamanın iadesi istenilebilir. Verilen hükmün infaz edimiş olması iadei muhakeme talebinin kabulüne mani değildir. Netekim yargıtay 4 cü hukuk dairesi bu konu ile ilgili bir kararında hükmün icrasından sonra da iadei muhakeme talep olunabileceğini kabul ve içtihad etmiştir. (30/4/940 tarihli karar) adı geçen maddede (kat'ileşen hükümler) tabirinin istimal edilmiş olması ve bu mutlak ibarenin şumulü içine hakem kararlarının da girmekte bulunması dolayısile kat'ileşen hakem kararları hakkında da iadei muhakeme istenebileceği şüphesiz olmakla beraber vazii kanun sevk ettiği 534 cü maddede hakem kararları aleyhine iadei muhakeme talep edilebileceğini esasen tasrih ve kabul etmiştir.

Bahsettiğimiz hakem kararları H. U. M. K. nun 516 cı maddesine istinaden intihap olunan hakemler tarafından verilen kararlardır 29/Haziran/1938 tarih ve 3533 sayılı kanun hükümlerine göre resmi daireler arasındaki ihtilâflar hakkında mahallin en yüksek dereceli yargıçları tarafından hakem sıfatile verilen kararlar alehyine

iadei muhakeme istenilemez. Çünkü mezkûr kanunun 6 cı maddesi mucibice verilen hakem kararları kat'i mahiyettedir. Bu kararlar aleyhlerine hiç bir makam ve mahkemeye müracaat edilemez ancak, hükmü veren hakeme itiraz edilebilirse de itiraz üzerine hakemin vereceği karar kat'idir. (Madde :4)

Bir hükmün kat'iyet kesbedebilmesi için o hüküm hakkındaki bütün kanun yollarına baş vnrularak yapılan müracaatların semeresiz kalmış bulunması şarttır. Meselâ, yargıtaydan tastik edilen bir karar ilâm tebliğ edilerek tashihi karar müddeti geçmedikçe veya tashihi karar talebi red edilmedikçe kat'ileşmiş sayılamaz Bunun için bir hükmün kat'ileşmiş ad edilerek aleyhine iadei muhakeme davası açılabilmesi için derecattan temamen geçmiş olması lâzım gelir. mümasil hadisatta yargıtayda içtihadlarile bu görüşü teyid etmektedir. Ezcümle 4 cü Hukuk Dairesinin bir kararında aynen (iadeten tetkik ve iptali istenilen esas hüküm temyizce tastik edilmişse de ilâm alınarak henüz tashihi karar süresinin geçmemiş olması ve H. U. M K. nun 445 ci maddesinde katileşen kararlar aleyhine iadei muhakeme istenilebileceğinin yazılı bulunması dolayısile davanın bu noktadan reddine dair olarak verilen hüküm usul ve kanuna uyğun olup itirazlar ğayrı varit bulunduğundan reddile hükmün onanmasına) denilmektedir. (11/2/944 tarih ve 934/380 sayılı karar)

Yargıtay kararlarına karşı iadei muhakeme istenilip istenilmeyeceği hakkında mevzuatımızda sarih ve kat i hüküm mevcut olmamakla beraber bu gibi kararlar mahkeme ve hakem kararları gibi ihtilafın esasını halleden mukarrerattan olmadıklarından bunlara karşı kaideten yargılamanın iadesinin istenilememesi lâzım gelir. Netekim, Yargıtay inanı birleştirme genel kurulunca ittihaz olunan 25/11/942 tarih ve 941/23 sayılı inan birleştirme kararında da Yargıtay kararlarına karşı iadei muhakeme talep edilemeyeceği kabul edilmiştir.

İadei muhakeme talep olunabilecek hükümleri kısaca gözden geçirdikten sonra iadei muhakeme sebeplerine geçebiliriz. İadei muhakeme için kabul edilen sebepler H. U. M. K. nun bahsi geçen 445 ci maddesinde tasrihan tadat edilen sebeplerdir. Bu sebepler şunlardır.

1— Mahkeme esnasında esbabı mücbireye veya lehine hükmolunan tarafın fiiline binaen elde edilmeyen bir senet veya vesikanın hükmün verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması.

2— Hükme esas ittihaz olunan senedin sahteliğine karar verilmiş yahut senedin sahte olduğu mahkeme veya bir makamı resmide ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki karar hükümden evvel ittihaz olunup iadei muhakeme talebinde bulnnan kimsenin hüküm zamanında bundan haberi bulunmamış olması.

3— Hükme esas ittihaz edilen bir ilâm hükmünün fesih ve nakzolunarak kaziyyei muhkeme teşkil etmek suretile külliyen mürtefi olması.

4— Şahadeti hükme esas ittihaz olunan şahidin hükümden sonra yalan şahadetle mahkum edilmiş olması.

5— Ehli hibrenin kasden hilâfı hakikat ihbaratta bulunduğunun tahakkuk etmesi.

6— Mahkûmunlehin yalan yere yemin ettiği ikrarı veya beyyinei tahririye ile sabit olması.

7— Mahkûmunleh tarafından hükme müessir diğer bir hiyle ve hud'anın kullanılmış olması.

8— Vekil ve mümessil olmayan kimseler huzurile davanın rüyet ve hükmedilmiş olması.

9— Davayı rüyetten istinkâfa kanunen mecbur olan Yargıç huzurile davanın rüyet ve hükmedilmiş olması.

10— İki tarafı ve sebebi müttehit bir dava hakkında sadır olan bir ilâma mugayyır yeni bir ilâm sudurına sebep olabilecek bir madde yok iken yine o mahkeme veya diğer bir mahkeme tarafından evvelki ilâmın hükmü hilâfında bir hüküm ve karar verilmiş olup da her iki ilâmın kat'iyet kesbetmesi.

Şimdi maddedeki tertip sırasile bu sebepleri ayrı, ayrı inceleyelim.

3

Yargılama sırasında ele geçirilmeyen bir senet veya vesikanın karardan sonra ele geçirilmiş olması:

Bu sebebe istinaden iadei muhakeme istenilebilmesi için davada şu unsurlarınmevcut bulunması lâzımdır.

A — Yargılamanın devamı sırasında mücbir sebeplere binaen elde edilemiyen bir senet veya vesika kararın verilmesinden son-

ra ele geçirilmiş olmalıdır. İadei muhakeme talebine mesnet teşkil edecek vesika yargılama sırasında ibraz edecek taraf yedinde mevcut olduğu veya kolayca alınması mümkin olan bir yerden alınması ihmal olunduğu takdirde iadei muhakemeye sebep teşkil etmez. Meselâ, duruşma sırasında, yedinde bulunan bir senedin nerede bulunduğunu unutarak ibraz edemiyen kimse yargılama hükümle bittikten sonra zayi ettiği senedi ele geçirdiğinden bahsile iadei muhakeme isteyemiyeceği gibi aslı noterde bulunan bir senedin suretini mahkeme sırasında çıkartıp mahkemeye ibraz etmesi kabil olan bir şahısda hükümden sonra bu senedin suretini alarak ve buna dayanarak yargılamanın iadesi isteğinde bulunamaz. Bu sebebe istinaden iadei muhakeme istenilebilmek için senet veya vesikanın mücbir sebepler dolayısile hükümden evvel ele geçirilememiş olduğunun subutu lâzımdır. Ne gibi hallerin mücbir sebep olarak kabul edileceğinin kanun yargıcın takdirine birakmıştır davaya bakan yargıç ileri sürülen iddianın mahiyetini inceleyerek olayda mücbir sebep mevcut olup olmadığını takdir ve tesbit eder. Meselâ, yargılama sırasında, evinden para ve eşyalarile beraber çalınan bir senedi zabıta marifetile hükümden sonra sarikten istirdat eden kimsenin mücbir sebebin mevcudiyeti dolayısile vesikayı ele geçiremediğine dair olan iddiası ve buna dayanan yargılamanın iadesi isteği kabul edilebilir.

B — İadeyi muhakeme isteğine mesnet teşkil edecek vesikanın yargılama sırasında mevcut olup ele geçirilememiş bulunması lâzımdır. Mahkeme sırasında mevcut olmayan ve alâkalı merciden sonradan alınan vesikalar iadeyi muhakeme talebine mesnet teşkil etmiyeceğl gibi, evvelki mahkemede ibraz edilerek tetkik olunan bir ilâma istinaden sonradan yargılamanın iadesi istenilemez. Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 19/1/941 tarih ve 3350/996 sayılı karardaki içtihadı bu merkezdedir.

C — Senet veya vesikanın yargılama sırasında lehine hükmolunan tarafın fiiline binaen ele geçirilememiş olması gerektir. Bu vaziyette mücbir sebep aranmasına lûzum yoktur. Davayı kazanan kimsenin hiyleli hareketi yüzünden vesika veya senedi bulup ibraz edemediğini kanaat verici delillerle isbat eden kimse doğrudan doğruya yargılamanın iadesini isteyebilir. Evvelki yargılama sırasında diğer tarafa kabili atıf bir kusur ve hile sebebile değil de davacının veya yargıcın bir hatası yüzünden elde edilemiyen senet veya vesika iadei muhakeme sebebi olarak kabul

edilemez. Meselâ, yargıcın istinat edilen diğer bir dava dosyasını incelerken yaptığı hata ve zuhul davayı gaip eden tarafa iadei muhakeme talep hakkını vermez. Netekim yargıtay 4cü hukuk Dairesi bu konu ile ilgili bir kararında (Evvelki yargılama sırasında getirilen ceza dosyası zabitnamesindeki hakkı şahsi dilekçesinin ibraz edildiğine müteallik kaydın yargıç tarafından görülmemesi hasım tarafa kabili isnat hiyleli bir fiil ve iadei muhakeme sebebi teşkil etmiyeceğinden ileri sürülen itirazların reddile hükmün onanmamasına) gerekçesile bu görüşü teyit etmiştir. (Dördüncü Hukuk Dairesinin 16/12/943 tarih ve 3452/3629 sayılı kararı).

Diğer taraftan dayandığı bir vesikayı zilyedi bulunan ortağının gizliyerek yargılamanın bitmesinden sonra meydana çıkardığını iddia ve isbat eden diğer ortağın bu sebebe istinaden yargılamanın iadesini istiyebileceği şüphesizdir. Gerek esbabı mücbireye ve gerekse lehine hükmolunan tarafın fiiline binaen elde edilemiyerek karardan sonra ele geçirilen vesikanın iadei muhakeme isteğine dayanak olarak kabul edebilmesi için verilen hükme tesir edebilecek vasıfta olması gerektir. Kat'ileşen hükmü tagyir ve tebdil edecek mahiyette olmıyan vesikaların iadei muhakeme sebebi olarak kabulüne imkân yoktur. Faraza, borcun tecdidini tazammun eden muahhar tarihli bir noter senedine istinaden aleyhine hüküm verilen taraf bu noter senedinde yazılı alacağa mütedair mukaddem tarihli bir senet veya vesikaya istinaden hükümden sonra iadei muhakeme talep etse bu talebin dayandığı vesikanın evvelki hükme dayanak teşkil eden noter senedinden mukaddem tarihli olması hasebiyle muahhar tarihli senedin hükmünü tagyir ve tebdil edecek kuvvet ve mahiyette olmaması icabeder.

Hükme esas tutulan senedin sahteliğinin tahakkuk etmesi:

Bu sebebe istinaden yargılamanın iadesinin istenilebilmesi için aşağıdaki şartların mevcudiyeti lâzımdır.

1—Sahteliği anlaşılan senet hükme esas tutulmuş olmalıdır. Verilen hükme esas tutulmamış olan tali mahiyetteki bir senedin sahteliği sonradan tahakkuk etse dahi iadei muhakeme talebine mesnet olarak kabul edilemez. Mahkeme senedin muhteviyatını bir kısmını hükme esas tutmuş ise sahteliği tebeyyün eden senede istinaden ancak eski hükümde dayanılan Kısım için yargılamanın

iadesi istenilebilir. Aynı senet hükme esas tutulmadığı diğer bir kısım müddeabih hakkında iadei muhakeme sebebi teşkil etmez.

2—Yargılamanın iadesi isteğine dayanak teşkil edecek senedin sahteliği hükümden sonra Mahakeme kararile sabit olmalı veya Sorgu yargıcı yürütme memuru gibi resmi makamlar önünde ikrar edilmiş bulunmalıdır. Kanunumuzda (senedin sahteliğine karar verilmiş olması) tabirinin kullanılmasına göre sahtelik kararının hukuk mahkemesince veya hükmü veren mahkemece verilmiş olması şart değildir. Diğer bir mahkmeden veya ceza yargıcından sadır olan sahtelik kararları da iadei muhakeme sebebi olarak kabul edilebilir.

3—Hükme esas tutulan senedin sahteliğine aleyhinde karar verilen kimsenin hükümden sonra muttali olması lâzımdır. Karardan evvel veya karar sırasında senedin sahteliğinden haberdar olan kimse sonradan sahtelik iddiasını ileri sürerek iadei muhakeme isteğinde bulunamaz. Bu sebeple iadei muhakeme davasına bakan yargıcın her şeyden evvel davacının senedin sahteliğinden haberdar olduğu tarihi tahkik ve tesbit etmesi icabeder.

Hükme esas tutulan bir ilâm hükmünün sonradan fesih veya nakız suretile külliyen mürtefi olması:

Bu sebebe dayanılarak yargılamanın iadesi istenilebilmesi için:

A—Mahkemece verilen hükme esas tutulan ilâm temyiz, tashihi karar ve iadei muhakeme yollarından birile sonradan fesih veya nakız edilerek bu karar kat'ileşmiş olmalıdır. Hükme mesnet kabul edilen kararın bozulması hakkındaki hüküm tamamen kat'ileşip kaziyei muhkeme teşkil etmedikçe iadei muhakemeye sebep teşkil etmez. Meselâ, gayri menkule müteallik bir hükmün esasından bozulması hakkındaki yargıtay kararı tashihi karar müddeti de geçmedikçe iadei muhakeme sebebi olarak kabul edilemiyeceği gibi bilfarz işinden haksız çıkarlld ğını ileri sürerek mafevki aleyhine şahsi kusuru sebebile Borçlar Kanunu hükümlerine istinaden tazminat davası açan ve Danıştay kararına dayanarak hüküm alan memurun dayandığı Danıştay ilâmı sonradan yetkili mercice fesih ve iptal edilerek verilen iptal kararı kat'ileşirse kat'ileşen bu kararın hükmü veren mahkemece iadei muhakeme sebebi olarak kabulü lâzım gelir.

Şahadeti hükme esas tutulan tanığın hükümden sonra yalan şahadetten mahkûm edilmiş olması:

Fazlaca tatbik edilen bu sebebe müsteniden yargılamanın iadesinin isteniiebilmesi için tanığın şahadeti hükme esas tutulmuş olmalı ve ceza hükmü kat'ileşmiş bulunmalıdır. Tanığın şahadeti hükme dayanak olarak kabul edilmemiş ise sonradan yalan şahadetten mahkûm edilmesi iadei muhakeme sebebi olarak kabul olunamaz. Meselâ, hükümde mahkemece birinci derecede noter senedine ve ikinci derecede bunu teyid eden şahadete dayanılmış fakat asıl hüküm senede istinat ettirilmiş ise diğer bir tabirle tanığın şahadeti olmadan da aynı hükmün çıkması kabilse tanığın sonradan yalan şahadetten mahkûm olması yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmemelidir. Bu gibi hallerde yargıcın yalan şahadetten hüküm giyen tanıkların sözlerinin hükme ne derecede tesir ettiğini araştırması lâzım gelir. Bundan başka tanıkların yalan şahadetten mahkûmiyetlerine müteallik bulunan ceza ilâmı kat'ileşip kaziyei muhkeme teşkil etmedikçe yine iadei muhakemeye sebeb teşkil edemez.

Bilirkişinin kasden hakikate aykırı ihbarda bulunduğunun tahakkuk etmesi:

Vazii kanun bunu iadei muhakeme için sebep olarak kabul etmekle hakikatı kasten gizliyen suiniyet sahibi bilirkişinin hakikata aykırı mütaalâsı yüzünde bir hakkın zayi olmasını önlemek istemiştir. Bu sebebe dayanılarak yargılamanın iadesine karar verilebilmesi için bilirkişinin hakikatı kasden gizlediğini mahkeme kararile sabit olması lâzım gelir. Gerçi kanunumuzda (Hükmen) kaydı yoksa da bunun (Hükmen) sabit olmasını kabul etmek maddî ve hukuki bir zarurettir. zira, aksi halde kanunmuzdaki bu hüküm kötü niyet sabibi taraflarca suiistimal edilebilir. Meslâ, kadim hudutlara vakıf bilirkişilerin mütâalarına istinadan kat' i surette halledilen gayrimenkule mütedair bir davada haksız çıkan taraf diğer tarafın gıyabında yaptıracağı yeni bir delil tesbiti netiçesinde yalancı bilirkişilerden elde edeceği yanlış bir rapora istinaden iadei muhakeme isteyebilir ki böyle bir vaziyetin tecviz edilemiyeceği şüphesizdir. Bilirkişinin kasti olmayan zuhul ve hataları maddedeki açık unsurlara göre iadei muhakeme için sebep olarak kabul edilemez. ancak, vazii kanunun iadei muhakeme yolunu kabul etmekteki (Hakkın zayi olmamasını teminden) ibaret olan

maksad ve gaysinin lâyıkiyle tahakkuk ve Adaletin tecelli edebilmesi için fikrimizece bilirkişinin hakikate aykırı mütalâası kesti olmasa dahi yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul ve kanunumuz bu esas dairesinde tadil edilmelidir.

Mahkûmunlehin yalan yere yemin ettiğinin İkrarı veya beyyinei tahririye ile sabit olması:

Yalan yere yeminin iadei muhakeme sebebi olarak kabulü tabiidir. Davayı lehine hükmolunan yalan yemini yüzünden gaip eden kimse bu yeminin yalan olduğunu ikrar ve yazılı delille ispat ederse iadei muhakeme isteyebilir. Maddedeki açık unsurlara nazaran yeminin yalan olduğunu ceza yargıcı kararile subutuna lüzum yoktur. Bunun ikrar ve yazılı delille sabit olması kâfidir. İkrarın yargılamanın iadesi davasının yargılaması sırasında yargıç veya resmi bir makam önünde vuku bulması da kanunen şart değildir. Haricen vuku bulan ikrara dayanılarak da iadei muhademe davası açılabilir. Yalnız harici ıkrarın kat'î ve kanaat bahş delilerle isbat edilmesi iktiza eder. İadei muhakeme davasında ikrar şahadetle isbat edilebilir mi?

H.U.M.K. nun iadei muhakemeye müteallik hükümlerine istinaden bu soruya kat'i cevap vermeğe imkân yoksa da, kanunumuzda mahkeme haricindeki ikrarın muteber olmayacağına dair hiç bir kayt ve serahat mevcut olmaması, ve yargıcın diğer delil ve amarelerle teyit edilen harici ikrara müsteniden hüküm verebileceğinin sözü geçen. K. nuun236 cı maddesinde açıkça yazılı bulunması dolayısile buna müsbet cevap verilmesi ve iadei muhakeme davalarında ıkrarın şahadetle ispat edilebilmesi lâzım gelir. Yalnız şahadetin kat'i ve kanaat verici olması ve diğer delil ve karinelerle de takviye edilmiş bulunması kanunun aradığı pek mühim bir şarttır.

Yalan yemin yazılı delille ispat edilirse evveliyetle yargılamanın iadesi istenebilir. Yazılı delil demek lehine hüküm verilen taraftan sadır olan ve onu ilzam edecek mahiyette bulunan beyyine ve delillerdemektir. Bunlar mahkûmunlehi ilzam edecek imzasını veya tasdik edilmiş mührünü ve parmak işaretini ihtiva eden veyahut da onun tarafından muhteviyatı ikrar edilen yazılı vesikalardır. Bu vesikalardan başka yeminin yalan olduğuna müteallik bulunan ceza mahkemelerinin kat'ileşen mahkûmuyet kararlarına dayanılarak da iadei muhkeme istenilebilir. Fakat bu kararlara isti-

naden yargılamanın iadesinin istenilebilmesi için ceza kararının da ikrar veya yazılı delile dayanmış olması ve kat'ileşmiş bulunması gerektir. Ceza mahkmesinde yalan yemin şahadetle sabit olmuş ise bu hüküm iadei muhakeme sebebi olarak kabul edilmiyeceği gibi kat'ileşmiyen ilâmlarda yargılamanın iadesine sebep olamazlar. Benzer işlerdeki yargıtay içtihatları da düşünceleri teyit etmektedir. Ezcümle Yargıtay 4cü Hukuk Dairesinin 4/6/938. Tarihli kararında (Ceza mahkemesinde yalan yere yeminin şahadetile sabit olması halinde suçluuun mahkûmiyetini mübeyyin ilâm iadei muhakemeye sebep teşkil etmez. Yalan yemine müteallik mahkûmiyetin suçlunun ıkrarına veya yazılı delile dayanması lâzımdır) denilmektedir. Keza Ticaret Dairesinin diğer bir kararında da, (İadei muhakemeye esas olacak yalan yere yeminden mahkûmiyete mütedair kararın kat'îyet kesbetmesi meşruttur. İktisabı kat'iyet etmemiş ve af ve tecil ile ortadan kalkmış bulunan mahkûmiyetler iadei muhakeme sebebi olarak kabul edilemez) denilerek kat'ileşmiyen ceza ilâmlarının iadei muhakeme sebebi teşkil etmeyeceğine işaret edilmiştir. (Yargıtay Ticaret Dairesinin 5/2/931 tarihli kararı)

Lehine Hüküm Verilen Tarafından Hükme Müsssir Bir Hiyle Ve Hud'anın Kullanılmış Olması:

Bu sebebe binaen iadei muhakeme talep edilebilmesi için hiylenin lehine hükmolunan tarafından yapılmış veya kullanılmış olması ve hükme müessir bulunması lâzımdır. Dava ile alâkalı bulunmayan üçüncü şahısların hiyleleri yargılamanın iadesine sebep teşkil etmez. Bundan başka yapılan hiyle ve hud'a hükme tesir etmemişse buna dayanarak yine iadei muhakeme istenilemez. Bilfarz, rüyet edilen davada mhakûmunlehin hasım avukatını elde etmiye çalışarak buna muavaffak olamadığı ve avukatın vekâlet vazifesini bihakkın yeptığı sonradan anlaşılsa bu vaziyet iadei muhakeme sebebi olarak ele alınamaz. Çünkü, mahkûmunlehin hiyleli hareketinin verilen hükme tesiri olmamıştır. kanunumuz hiyleyi tarif etmemiş ve bunun takdirini yargıca bırakmış olduğundan ileri sürülen sebebin hükme müessir bir hiyle veya hud'a teşkil edip etmiyeceğini yargıcın tetkik ve aklı selimi ile tesbit etmesi icabeder. Bittabiî takdir isabetli olmalı ve borçlar K.nun hiyleye müteallik hükümlerinde gösterilen hukuki esaslara uygun hulunmalıdır. Yani, yargıç bu incelemeyi yaparken lehine hükmedilen kimsenin hüs.

369

nüniyeti mevcut olup olmadığını ona isnat olunan fiilin borçlar. K. nun 20 ci maddesindeki unsurlara uygun bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Bu esasları gözden kaçırmayarak inceleme yapan hir yargıç için lehine hüküm verilene atıf ve isnat edilen fiilin hiyle ve hud'a teşkil edip etmeyeceğini tesbit etmek zor hir iş olmayacaktır.

Vekil Ve Mümessil olmıyan kimesler Huzurile Davanın Rüyet Ve Hükme Raptedilmiş Olması:

H. U. M. K. nunda husumet ve vekâlete müteallik olarak kabul edilen umumi esaslara göre ikame olunan davalar kimin aleyhine açılmış ise onu veya vekil ve kanunî mümessilinin önünde rüyet ve intaç edilir. Dava edilenin veya vekil ve temsilcisinin huzurile rüyet ve intaç edilmiyen hir dave sonucunda verilen hükümle dava olunan ilzam edilemez. Müddi aleyhin ileri süreceği defiler tetkik edilmeden verilen bir hükümle kendisinin ilzam edilmesine adalet ve hakkaniyet kaideleri müsaade etmez. Bu sebeple kanun vazıi vekil ve mümessil olmayan kimseler önünde davanın intaç edilmiş olmasını iadei muhakeme sebebi olarak kabul etmiştir. Bu sebebe müsteniden yargılamanın iadesinin istenilebimesi için davanın vekil ve mümessil olmayan kimseler huzurunda rüyet ve intaç edilmiş olması lâzımdır. Vekil olmayan kimseler davada aleyhine hüküm verilen tarafca tevkil edilmeden mahkemede hazır bulunan kimselerdir. Mümessil olmayan kimseler ise müddeialeyhi kanunen temsile yetkileri bulunmadığı halde onun namına duruşmaya iştirak eden şahıslerdır. (Mümessil) tabiri mânayı lûgavisi itibarile umumi ve şâmil bir tabirdir. Bu tabirin şûmulü içine veli ve vasi gibi temsil salâhiyetlerini kanundan alan kimseler girecekleri gibi şirket ve cemiyetlerin temsil hakkını haiz müdür ve temsilcileri de girmektedir. Meselâ, Medeni K. nun 11 ci maddesi mucibince 18 yaşını ikmal ederek reşit olan bir çocugun rüştünü ikmal etmesini müteakip onu temsil salâhiyeti kalmayan veli veya babasının huzurile davanın rüyet ve hükme raptedilmiş olması yargılamanın iadesi sebebi olabileceği gibi, hali tasfiyede bulunan ticaarî bir şirketin tasfiye memuru mevcut iken eski müdür veya temsinlcisinin önünde yargılama ve inceleme yapılarak hüküm verilmiş olması da keza iadei muhakeme sebebi olarak kabul edilmelidir.

Davayı rüyetten istinkâfa mecbur olan Yargıç huzurile muhakemenin rüyet ve hükme raptedilmesi:

Yargıcı davaya bakmaktan meneden istinkâf sebepleri H. U. M.K. nun 28 ci maddesinde yazılı bulunan sebeplerdir. Bu sebepler şunlardır:

1— Kendisine ait olan veyahut doğrudan doğruya ve dolayısile alâkadar olduğu davalar.

2— Evlilik rabıtası mürtefi olsa bile karısının veya neseben veya sebeben usul ve furuğunun veya üçüncü dereceye kadar neseeben veya kendisile sıhriyet hâsıl olan evlilik mürtefi olsa dahi ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımlarının veya aralarında evlâtlık rabıtası bulunanların davaları.

3— iki taraftan birinin vekili veya vasisi veya kayyımı sıfatile hareket ettiği davalar.

4— Dava sırasında heyeti idaresinden bulunduğu cemiyete veya diğer bir hükmî şahsa veya belediyeye ait davalardır. Bu sebeplere ilâveten H.U.M.K. nun 29 cu maddesinde yazılı bulunan yargıcın reddi hakkındaki sebeplere istinaden de iadei muhakeme istenilebilecek midir?.

Kanunumuzda bu suale cevap teşkil edecek açık bir hüküm yoksa da, incelediğimiz maddede münhasıran istinkâf sebeplerinden bahsedilmekte olmasına ve esasen yargıcın reddini talep hakkı taraflara ait olup bu hak istımal edilmedikçe yargıcın istinkâf sebeplerinde olduğu gibi, re'sen dâvadan çekilmeğe kanunen mecbur bulunmamasına nazaran fikrimizce yargıcın reddi hakkındaki sebeplere dayanilarak iadei muhakeme talep edilemez.

H.U.M.K.nun 30 cu maddesi tarafalar tahriren muvafakat ettikleri takdirde dâvaya bakmaktan memnu bulunan yargıcın mahkemede hazır bulunabilmesini tecviz ettiğinden bu gibi hallerde de iadei muhakeme istenilemez.

İki tarafı ve sebebi müttahit bir dava hakkında sâdır olan ilâma mugayir mahkeme veya diğer bir mahkemeden yeni bir ilâm sâdır olup da her iki ilâmın kat'ileşmiş bulunmaları:

Zikri geçen 445 ci maddenin 10 no. lu bendindeki sarih unsurlara göre bu sebebe dayanılarak yargılamanın iadesinin istenilebilmesi için: A— İki tarafı ve sebebi müttehit bir dava hakkında aynı mahkemeden veya diğer bir mahkemeden hükümleri yekdiğerine mugayir iki ilâmın çıkmış olması.

B— Evvelki ilâmın hükmü hilâfına hüküm çıkması için yeni bir sebep veya maddenin mevcut bulunmaması.

C— Hükümleri bir birine mugayir olan ilâmların iktisabı katiyet etmiş olmaları kanunen şarttır. İncelediğimiz fıkrada (Aynı mahkemeden veya diğer bir mahkemeden) yekdiğerine mugayir olarak çıkan ilâmlardan bahsedilmektedir. Bu vaziyette iadei muhakeme talebine mesnet teşkil edecek ilâmın da adlî mahkemelerden çıkmış olması lâzım gelir. İadeten tetkiki istenilen ilâmın hükmüne aykırı olarak idarî bir mahkeme olan Danıştaydan yeni bir karar çıkmış olursa bu bu karar iadei mahkeme sebebi olarak kabul edilmeyeceği gibi, Asliye mahkemesinden verilen bir karar hilâfına icra tetkik merciinden çıkmış olan diğer bir karar da iadei muhakeme sebebi teşkil etmez. Maddenin açık hümü mucibince adli mahkemelerden çıkan ilâmlar arasında mübayenet yoksa bu ilâmlar aynı alacak ve hakka ait olsa dahi yine iadei muhakem istenilemez. İncelediğimiz maddenin açık hükmüne dayanan bu düşünceleri yargıtayın aşağıdaki içtihadları da teyit ve takviye etmektedir.

Bir alacak hakkında iki hüküm istihsal edilmiş olması iadei muhakemeye sebep teşkil etmez. İadei muhakeme istenilebilmesi için hükümler arasında mübayenet mevcut olması lâzımdır. (Hukuk heyeti umumiyesi 5/4/934 Tarih ve 44 sayılı karar).

İki tarafı ve sebebi müttahhit bir dava hakkında sâdır olan ilâmın hükmü hilâfına verilen hüküm ve karardan dolayı yargılamanın iadesi talep olunabilmek için her iki ilâmın adliye mahkemelerinden verilmiş olması muktazi bulunmasına ve hâdisede yekdiğerine mugayir olduğu iddia olunan ilâmların Adliye mahkemelerinden verilmiş olmayıp Adliye mahkemesi ilâmile Danıştay ilâmı arasında mübayenet olduğu iddia edilmiş ve bu sebep muhakemenin iadesini mucip sebepten bulunmamış olduğuna binaen iadei muhakeme talebinin reddine dair verilen hüküm usul ve kanuna muvafık ve itirazlar gayri vârit görülmüştür. (Yargıtay 4 cü Hukuk Dairesinin 26/6/943 tarih ve 2321/2058 sayılı kararı)

372

İadei muhakeme talebine mesnet olarak irae edilen ilâmın asliye mahkemesinden çıkmış olmayıp icra tetkik merciinden çıkmış bulunmasına göre mezkûr ilâm iadei muhakeme sebebi olarak kabul edilemez. (Yargıtay 4 cü Hukuk Dairesinin 30/3/945 tarih ve 60/571 sayılı kararı)

Buraya kadar verdiğimiz izahatla iadei muhakeme işi kanunumuzda kabul edilen on sebebi ayrı,ayrı ve kısaca incelemiş olduk. Şimdi de yargılamanın iadesine müteallik diğer ahkâmı kanuniyeyi gözden geçirelim.

—4—

Kanunumuzun 446 cı maddesi alacaklılar ile mahkûmun aleyh makamına kaim olanlara borçlular ve onlar yerine geçen kimseler aleyhine sâdır olan kararlar hakkında mahkûmunaleyh ile mahkûmunlehin yani tarafların müştereken kendilerine karşı yapmış oldukları hileye istinaden iadei muhakeme istemek haklarını tanımaktadır. Bu hakkın bunlar için tanınması tabiîdir. Çünkü, aksi takdirde suiniyet sahibi borçlu üçüncü şahıslarla anlaşarak aleyhine açtıracağı muvazaalı bir davada hilâfı hakikat ıkrarlar yaparak üçüncü şahıs lehine istihsal ettiği hükümle alacaklısını ızrar edebilir. Keza, suiniyet sahibi bir vekil de hasım tarafla uyuşarak haksız bir şekilde davayı gaip edebilir. Bu gibi hiyleli vaziyetlerde suiniyetle yapılan muamemelerden hukuku müteessir olan alacaklılara iadei muhakeme istemek hakkının tanınması lâzım ve zaruridir.

H.U.M.K. nun 447 ci maddesi iadei muhakeme için kabul edilen müddetleri irae etmektedir. Bahsi geçen madde hükümlerine göre müddet yeni vesikanın elde edildiği, hiylenin keşfolunduğu tarihten itibaren üç ay olduğu gibi, yalan yere yemin eden tarafla yalan şahadet ve beyanda bulunan tanık ve bilirkişilerin mahkûmiyetlerine, sahtelik iddiasının kabulüne, hükme esas tutulan ilâmın fesih ve nakzı hakkındaki kararın katileşip kaziyeyi muhkeme teşkil ettiğine davanın, vekil ve mümessil olmayan kimseler veya rüyetten istinkâfa mecbur yargıç huzuriyle rüyet ve hükme raptedildigine mütedair olan hüküm mahkûmunleh veya vekil ve mümessiline tebliği tarihinden itibaren yine üç aydır. Bu müddet alacaklı veya mahkûmunleh makamına kaim olanların verilen hükümden usulen haberdar oldukları günden itibaren bir ay olarak kabul edilmiştir. İki tarafı ve sebebi müttahit bir dava hakkında sâdır olan ilâmlardan dolyı müruru zaman haddine baliğ bir

müddet geçinceye kadar yani on sene müddetle yargılamanın iadesi istenebilir. İadei muhakeme müddtinin re'sen nazara alınıp alınmayacağı hakkında mevzuatımızda açık bir hüküm mevcut olmamakla beraber kaideten şahsî haklara taalûk eden müddetin re'sen nazara alınması lâzım gelir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel kurulunca da mümasil hâdisatta müddetin re'sen nazara alınamayacağı kabul ve içtihat edilmiştir. (Hukuk hey'eti umumiyesi 20 3/940 Tarih ve 22 sayılı karar)

İadei muhakeme müddeti hakkında elimize geçen tatbikatta faydalı diğer yargıtay kararları aşağıya hulâsatan alınmıştır.

yalan yere yemin sebebile vuku bulan iadei muhakeme taleplerinde müddet ceza ilâmının kat'ileştiği müddetten başlar. (Hukuk genl kurulu 13/3/940 tarihli kararı) Hile sebebile verilen hükümlerde müddet hükmün ilânen tebliğ tarihnden itibaren üç aydır. (Yargıtay 3 cü Hukuk dairesinin 5/8/937 tarihli kararı)

H.U.M.K. nun 447 ci maddesindeki bir aylık müddet alacaklı veya mahkûmunleh makamına kaim olanlar hakkında mevzu olup mahkûmunaleyhin hiyleye müsteniden ve hükmün ilânen tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde iadei muhakeme talep etmeğe hakkı vardır. (Yargıtay 3 cü Hukuk dairesinin 8/9/937 tarih ve 6918/8481 sayılı kararı)

H.U.M.K. nun 445 ci madcesinin 7 ci bendinde gösterilen hiyle, hud'a sebebine istinaden vuku bulan iadei muhakeme talebinin müddeti mezkûr kanunun 447 ci maddesi mucibince hiylenin keşf olunduğu tarihten başlamak üzere üç aydır. (Yargıtay Ticaret dairesinin 26/3/936 tarih ve 118/970 sayılı kararı)

—5—

MERCİİ MUHAKEME:

H.U.M.K. nun 448 ci maddesi mucibince yargılamanın iadesi talebini incelemege görevli mahkeme, hükmü veren mahkemedir. İadei muhakeme dilekçesi esas hükmü veren mahkemeye verilir ve orada tetkik edilir. İki mahkemeden yekdiğerine mugayir ilâmlar sudur etmesi sebebile vuku bulan iadei muhakeme talebine ait dilekçenin ikinci hükmü veren mahkemeye verilmesi ve o makemece incelenmesi icabeder. İadeten tetkiki istenilen ahkâmı Umu-

miyeye mütealik bir hükmü veren mahkemenin vazifesi sonradan tebdil edilerek o mahkeme diğer davaları tetkike memur edilmiş ise yargılamanın iadesi talebi hangi mahkemeden tetkik edilecektir. Yargıtay 4cü Hukuk Dairesinin benzer bir işteki içtihadı bu soruya cevap teşkil etmekte ve mezkûr içtihatta aynen (Her nekadar iadeten tetkiki istenilen Hüküm İzmir asliye Hukuk mahkemsinden verilmişse de, ahîren İzmir mahkemelerinin vazifelerinin tefrik edilerek ikinci hukuk mahkemesinin münhasıran ahkâmı şahsiye işlerini rüyetle tavzif edilmiş ve bu mahkemenin ahkâmı Umumiyeye müteallik işlere bakmasına imkân kalmamış olmasına göre davanın rüyeti Asliye Birinci Hukuk mahkemesine ait iken bu mahkemece esas davanın Asliye 2 nci Hukuk mahkemesince rüyet ve hükme raptedildiğinden bahsile vezifesizlik kararı verilmesinde isabet görülmemiştir. Denilmektedir. (Yargıtay 4 cü Hukuk Dairesinin 10/2/941 Tarih ve 881/282 sayılı kararı)

Mahkeme hükümlerinde olduğu gibi hakem kararları aleyhine vuku bulacak iadei muhakeme isteklerinin de kararı veren hakemlerce tetkik ve halledilmesi lâzım gelir. Netekim yargıtay ticaret dairesinin bu konu ile ilgili bir kararı (Hakem kararları aleyhine iadei muhakeme talep olunabileceği H. U. M. K. nun 534 cü maddesinde tasrih edilmiş ve bu talebi mutazammın arzuhalin hükmü veren mahkemeye ita ve orada tetkik edilecegi 448 ci maddede muharrer bulunmuş olmasına gore hakem kararı aleyhine sebkedecek yargılamanın iadesi talebinin esas hakkındaki kararı vermiş olan hakemler tarafından tetkik ve hal olunacağı anlaşılmasına ve hakem kararının temyizen nakzı halinde de, hakemlerin yeniden intihap ve müddetin tâyin olunacağı 533 cü maddede tasrih olunmasına göre itirazlar vârit değildir) mealindedir. (Yargıtay Ticaret Dairesinin 9/10/932 tarih ve 1688/1928 sayılı kararı).

6

İcranın geri bırakılması:

İadei muhakeme olağanüstü bir kanun yoludur. Neticesi meşkûk olan bu yolun, icrayı tehir etmemesi lâzım gelir. Netekim H. U. M. K. nun 449 cu maddesinin açık hükmü mucibince iadei muhakeme davası esas itibarile hükmün icrasını tehir etmez. Ancak, davanın ve hükmün mahiyetine nazaran icranın geri bırakılması icabederse yargılamanın iadesini isteyenden kuvvetli

teminat alınması şartile muvvakkaten icranın tehirine karar verilebilir. Meselâ, başkasının arsası üzerine suiniyetle yapıldığı tahakkuk ederek kal'ine karar verilerek yüzbin lira değerindeki bir apartmanın yıktırılması hakkındaki hükmün iadeten tetkiki talebini binanın arsa sahibinin muvafakatile ve hüsnüniyetle yaptırıldığına müteallik bir vesikaya istinat ettiren davacı yani bina sahibinden teminat alınması şartile icra muvakkaten durdurulabilir. Buradaki icranın tehiri talebinin kabul edilmemesi doğru değildir. Zira, yüzbin lira değerindeki binası yıktırılan apartman sahibi telâfisi kabil olmayacak derecede mühim zararlara giriftar olacaktır. Devletle Adli müzaharete nail kimselerden teminat alınmadan da icranın tehirine karar verilmesi caizdir. Tehiri icraya karar verildikten sonra iadei muhakeme davasının reddi halinde icranın geri hırakılması kararının da kaldırılması lâzım gelir. Dava ret edildiği halde icranın devamına karar verilmesi doğru olamaz. Ezcümle Yargıtay Ticaret Dairesidin 1/12/-932 tarih ve 2127/2316 sayılı kararında (İadei muhakeme talebinin ret edilmesi halinde icranın devamına karar verilmesi lâzım gelir. Bâzı mütalâa serdile icranın devamına mahal olmadığına karar verilmesi yolsuzdur) denilmektedir.

Yargılama usulü:

H. U. M. K. nun 450 ci maddesi iadei muhakeme davalarında takip olunacak tarzı hareketle yargılama usulünü tarif etmektedir. Bu madde hükümlerine göre davayı inceleyen yargıcın evvel emirde ibraz edilen vesaik ve delilleri tetkik ederek iadei muhakeme talebinin kabule şayan olup olmadığı hakkında bir karar vermesi ve talep muvafık ise kabul ve aksi takdirde ret etmesi icabetmektedir. İadei muhakeme talebinin kabule şayan olduğuna karar verildikten sonra esas iadei muhakame davası rüyet ve ileri sürülen sebepler istinat edilen deliller tetkik edildikten sonra esas hakkında verilecek bir kararla intaç edilmesi lâzım gelir. Tatbikatta yargıtay içtihadları de bu merkezdedir. Ezcümle Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin bir kararında, (İadei muhakeme davalarında evvelâ iadei muhakeme talebinin kabulüne karar verilerek ondan sonra yeniden muhakeme icrası icabederken mahkemece bidayetten muhakeme icra olunarak sonradan yargılamanın iadesi talebinin kabul edilmesi usulün 450 ci maddesi hükmüne aykırı) denilmektedir. (Yargıtay birinci hukuk dairesinin 23/3/937 tarih ve 702 sayılı kararı).

376

Zikri geçen maddenin ikinci fıkrası gerğince davanın vekil ve mümessil olmayan kimselerle istinkâfa mecbur bulunan yargıç huzurile rüyet ve intaç edildiği tahakkuk ettiği takdirde iadei muhakeme davasını tetkik eden mahkemece eski hükmün iptaline karar verilir. İki mahkemeden yekdiğerine mübayin ilâmların çıktığı sabit olursa mahkeme muhkem kaziyeyi teşkil etmiş olan ilâma karşı verilen ikinci ilâm hükmünün iptaline hükmeder. Bu suretle verilen ilk hükmün infazı temin edilmiş olur. Kanunumuzun 451 ci maddesi gereğince iadei muhakeme isteği üzerine verilen kararın iadeten tetkiki istenilen ilâmın zirine yazılması lâzımdır.

Kanunumuzun 452 ci maddesi evvelce de bahsedildiği veçhile iadei muhakeme talebi üzerine verilen kararlara karşı yargılamanın iadesinin istenilemeyeceği kaidesini vaz'etmekle beraber mezkûr kararların kabili temyiz olduklarını kabul etmiş olduğundan iadei muhakeme isteği üzerine verilen kararlar aleyhine taraflarca kanunî müddeti içinde temyiz yoluna baş vurulabilir.

8

Teminat:

H. U. M. K. nun 453 cü maddesi iadei muhakeme talebinde bulunacak kimselerden evvel emirde hasmının zarar ziyanını ödeyeceğine dair teminat alınmasını emretmektedir. Maddede Devlet ve müzahereti adliyeye nail olanların teminat vermeksizin iadei muhakeme isteyebilmeleri istisnaen kabul edilmiştir. Buradaki teminatla tehiri icra teminatı ayrı, ayrı şeyler olduklarından bunların bir birlerine karıştırılmaması lâzımdır. İadei muhakeme fevkalâde bir kanun yoludur. Bu yol ile kendisine derecattan geçerek kat'ileşen bir ilâmın tekrar tetkikini istemek hakkı verilen kimsenin kanunun kabul ettiği bu istisnaî hükmü sui istimal etmesini muvafık bulmayan vazıi kanunun ona teminat göstermek kültefini tahmil etmesinin yerinde olduğuna şüphe yoktur. Kanunumuzdaki bu hüküm vazıi kanunun maksadına uygun olarak istimal edilmeli ve teminat takdir edilirken titiz bir itina gösterilmelidir. Yargıç teminatı takdir ederken davanın mahiyetine ve ehemmiyetini göz önünde tutarak münasip ve diğer tarafın zararını karşılamağa kâfi bir teminat takdir etmelidir. Davanın ehemmiyetile mütenasip olmayan cüz'i bir teminatın diğer tarafın zararını tazmin ve telâfi etmiyeceği şüphesizdir. Kanunumuzun 454 cü mddesi iadei muhakeme talebi ret olunan müsted'iden Devlet veya müzahereti adliyeye nail olsa dahi elli liraya kadar para cezası alınmasını âmir bulunmaktadır.

Haksız fiil zamanaşımı

MUHSİN TUĞSAVUL
Yargıtay 4. Hukuk dairesi yetkili Raportörü.

1— Zamanaşımının kısaca hukukî mahiyeti.

2— Borçlar kanunumuzun 60 ncı maddesinin 1 ve 2 nci fıkralarının sevk sebebi.

3— Bir yıllık zamanaşımı.

4— On yıllık zamanaşımı.

5— Cezayı müstelzim fiillerden neş'et eden tazminat davalarında:

a. Cezayı müstelzim fiile, Ceza kanunları mucibince haksız fiil zamanaşımından daha kısa zamanaşımı müdddeti tesbit edilmişse,

b. Cezayı müstelzim fiile Ceza kanunlarına göre haksız fiil zaman aşımından daha uzun bir zaman aşımı tertip edilmişse,

Bu takdirde haksız fiil zamanaşımının durumu ne olacaktır?

6— Suç mahiyetinde olan haksız fiil hakkında ceza mahkemesince veya yetkili makamlarca cezaî yönden karar verilmesi halleri:

a. Sanık hakkında beraet kararı verilmesi.

b. Sorgu Yargıçlığınca muhakemenin men'i kararı verilmesi.

c. C. Savcılığınca ademi takip kararı verilmesi.

d. Ceza davsının zamanaşımıdan dolayı düşürülmesi

e. Ceza davasının af ile düşmesi

f. Mahkûmiyet kararı verilmesi.

Hallerinde haksız fiil zamanaşımı ne şekil alacaktır?

7— Haksız fiile sebep olan hâdise Ceza mahkemesine intikal ettiken sonra Hukuk Yargıcına düşen vazife nedir?

8— Tazminata sebep olan suçun ceza mahkemesine hiç sevk edilmemiş olması halinde müruruzaman müddeti ne olacaktır.

1— Zaman aşımının kısaca hukukî mahiyeti

Her hangi bir hak veya alacağın uzun zaman alacaklısı tarafından istenmemesi, hak sahibinin o hakka lâkayt kalması, hukuk nizamı tarafından o alacaktan zımnen vaz geçildiği şekinlde kabul edilmiştir. alacağın uzun zaman aranmayıp borçlu veya onun vârisleri için en gayri müsait zamanda talep edilmesi borçlunun hukukî ve binnetice fiilî durumunu çok ağırlaştırılabilir. Bundan başka tarafların haklarını istihsal edebilmeleri için o hakkın tahakkuk tarihile dava tarihi arasında uzun zaman geçirmeleri, delillerin toplanması, muhakemenin hak va nasafet dairesinde intacını da çok defa geciktirir, hattâ imkansız hale koyar. Zaman herşeyi unutturur, herşeyi örter. Bütün bu sebeplerledir ki her memlekette kanun koyanlar, hakların ehemmiyet dercelerine göre muayyen süreler içinde talep edilmemesini hakkın vücuduna, sahibinin ıttıla hâsıl edememiş olmasını o alacağın zaman aşımına uğraması şeklinde ifade etmişler ve hukuk nizamları yukarda işaret edilen zaruretler sebebile zaman aşımı müessesesini ihdas etmek lûzumunu duymuşlardır.

Kısaca denelibirki zamanaşımı, hakkın istihsalini müddet bakımından tahdit eden bir hukuk müessesesidir. Ana kaide; eski mecellemizin 1674 ncü maddesinde tesbit edildiği gibidir:« tekaddümü zaman ile hak sâkıt olmaz." demekki alacağın uzun zaman istenmemesi onun gaip edilmesini veya yokluğunu tazammun etmez. Ancak kanunun koyduğu kaidelere göre belki borçluya bu hakkı zaman aşımı sebebile aranmadığından ötürü borçlunun tediye etmek mecburiyetinde bmlnnmaması bakımından ona alacaklı karşısında bir defi hakkı tanır.

Düşsncemize göre zamanaşımı, mutlak olarak tecelli ve tahkkuku imkânsız olan adaletin nispiliğini zaman çerçevesi ve olçüsü içinde ifade eden en canlı ve umumi bir hukuk müessesesidir.

2— Borçlar kanunumuzun 60 ncı maddesinin 1 ve 2nci fıkralarının sevk sebebi.

Borçlar kanunumuzun 60 ncı maddesinin 1 nci ve 2 nci fıkraları üç türlü borç sebeplerinden haksız fiillerden doğan horçlarda tatbiki gereken zaman aşımını tesbit ve tâyin yönünden sevk edilmiştir. Aynı zamanda bu madde horçlar kanununun haksız

fiil zamanaşımile ceza kanunundaki bir kısım zamanaşımı arasında bir irtibat ve ittisal kurmuş olması itibarile borçlar kanununun diğer zaman aşımlarından ayrı bir karakter arzetmakte ve üzerinde durulması gereken prensipler ortaya atmaktadır.

Gerçekten haksız fiil, çok kere hususi hukuk suçu olmaktan ziyade ceza kanunu anlamında bir suç olarak doğar. Daha açık bir ifade ile, ekseri ahvelde ceza kanunlarının men ettiği fiiller bu kanunun teminat altına aldığı hakları ihlal ederken bu hakların zımnında hukukan tazmini müstelzim bir fiil mahiyet ve karetterini de taşırlar. Bâzı hallerde de haksız fiil cezaî hükümleri ihlal etmeksizin sırf hukuki karakter arzedebilir.

İşte 60 nci maddenin 1 nci fıkrası sadece hukuki mahiyette olup ceza yönünden bir müeyyideyi davet etmeyen haksız fiillerin zaman aşımını ifade etmesine mukabil 2 nci fıkra cezaî fiilden neş'et eden haksız fiillerde zaman aşımının müddet ve şümulünü tâyin etmektedir. Ancak bu iki fıkranın birbirinden tamamen müstekil olmadığını ve her ikisinin de hukuki bakımdan bir kül olarak mütalâa edilmek icap ettiğini de hatırdan uzak tutmamak lâzım gelir.

3— Bir yıllık zaman aşımı

Ana kaide haksız fiil zaman aşımının bir sene olmasıdır. Bu müddet hangi tarihten başlamaktadır ? İnceleme konusu olan 60 ncı maddenin 1 nci fıkrası haksız fiil zaman aşımının, mutazarrırın, zarara ve failine ıttılaı tarihinden itibaren bir sene olduğunu gösteriyor. Demekki mutazarrır için zaman aşımı o şahsın hem zarar ve hem de zararı yapan faile mutalli olmasile başlaycaktır. Mutazarrırın yalnız zararı veya yalnız failini öğrenmesi zaman aşımının başlaması için kâfi bir sebep değildir. Her ikisine birden ıttıla lâzım gelir ve zamanaşımı da bu iki faktörün mutazarrır tarfından bilinmesi anından itibaren bir senedir. Ancak haksız fiil sebebile açılacak tazminat davalarında dayaya hakkı olan kimse zararın tam ve kâmil olan miktar ve şümulünü öğrenmese bile zararın vuku bulduğunu gösterir hâdiselerin mevcudiyetine muttali olursa müddeabihi takribî dahi olsa tâyin etmek suretile mahkemeye dava ikame edebilir. Zarara sebebiyet veren failin vuzuh ile malûm olması esastır. Yoksa ihtimale göre faili tesbit etmek ve dava ikame etmek zaman aşımını kesmez. Eğer mutazarrır hakikî faili tamamen tâyin etmeden dava ikame etmiş ve bu dava husu-

met noktasından ret edilmişse bu gibi hallerde hakikî faili bilâhara öğrenen mutazarrırın bu fail aleyhine dava açmasına hukukî yönden bir engel bulunmadığı gibi zamanaşımının bu ikinci failin tesbiti tarihinden itibaren başlamasın da fıkranın sarahatı karşısında hiç bir mâni yoktur. Çünkü 60 ncı madde zarara ve failine ıttılaı şart koşmakta yoksa fail diye vehmedilen veya yanlış tâyin edilen kimseye ıttılaın zaman aşımına başlangıç sayılacağını kabul etmemektedir.

Acaba mutazarrır faile ıttıla hâsıl ettiği halde zarara ıttıla hâsıl etmediğini iddia edebilirmi ? Daha açığı faile ıttıla zarara da ittilaı tazmmun edermi ? Farz edelimki mutazarrıra, (A) ismindeki şahsın, kendi harmanını yaktığı ihbar edilmiştir. Eğer bu ihbar doğru ise mutazarrır olan şahıs haksız fiil failine muttali olmuştur. Hattâ harmandaki mahsul miktarı mutazrrrır tarafından belli olmasına göre zararın miktar ve şümulü dahi mutazarrır yönünden bellidir. Ancak mutazarrırın bir kere de bu zararın fiilen yani hakikaten vuku bulup bulmadığına kanaat getirmesi lâzım gelir. Martenin bu maddeye ait şerhinin 84 ncü sahifesinde (müruru zeman başlamak için, mutazarrırın zararı müeddi olan fiile mutali olması kifayet etmeyip bizzat zararın vücuduna da vukuf peyda eylemesi) lûzumuna işaret edilmek suretile bu kanaatimiz teyit edilmiş bulunmaktadır. Fikrimizce kanunun zarara ıttıladan kastî zararın vukuuna fiilen değilse bile mutazarrır tarafından kat'i olarak bu zararın vuku bulduğuna dair kanaatin tehassülunü temin edecek delillerin öğrenilmesidir. Dikkat edilirse kanun fiile ve faile ıttıla tarihini değil zarara ve faile ıttıla tarihini esas olarak almaktadır. Zira fiil vuku bulmasına rağmen zarar bir müddet sonra meydana gelebilir. Muhterem meslektaşım Zahit Çandarlı (müruru zaman) adlı kitabında zarara ve failineve hem de bundan mütevellit tazminat talebi hakkının bilinmesine ihtiyaç olduğunun ve zemanaşımımında bunlara ıttıla tarihinden itibaren başlayacağını yazmaktadır. Fikrimizce, zararın ve failinin öğrenildiği andan itibaren davacının tazminat talebi hakkı kendiliğinden doğmuştur. Borçlar Kanunun 60 ncı maddesinin ne sarahat ve ne de delâleti yukardaki şekilde mâna istihracına müsait değildir.

3 — On yıllık zamanaşımı

Haksız fiillerde, zarara ve failine ıttıla tarihinden itibaren bir sene geçtikten sonra zaman aşımının mevcudiyeti birinci fık-

rada zikredildikten sonra (her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene geçmesile) de artık davanın dinlenmiyeceği tesbit edilmiştir. Yani, fiilin vukuundan iiibaren on sene geçmişse bu müddet zarfında ister mutazarrır zarara ve failine ıttıla hâsıl etsin isterse etmesin bu hususları tetkike lûzum görmeden mahkeme, davalının zamanaşımı def'ine müsteniden davayı red etmeye mecburdur.

Zarara ve failine ıttıla tarihi fiilin vukuundan üç sene sonra olsa davacı bir sene içinde dava açmaya mecburdur. Zarara ve failine ıttıla tarihi fiilin vukuuna nazaran 9, 5 sene sonra olsa mutazarrır, dava açmak hususunda ancak altı aylık bir müddeti vardir. Bu müddetin geçmesile zamanaşımı dolmuş olur. Demekki zarara ve failine ıttıla tarihinden itibaren bir senelik mühletten istifade edebilmek ancak fiilin vukundan itibaren on sene geçmemesile meşruttur. Eğer on sene zarfında mutazarrır zarara ve failine muttali olamamışsa artık zamanaşımı dolmuş demektir.

Fiilin vukuundan itibaren gerek bir ve gerekse on senelik zamanaşımının geçip geçmediği hususunda ispat külfeti kime düşecektir.

(Rossel) e göre bu gibi hallerde davalı ıttıladan itibaren bir sene geçmediğini ispatla mükelleftir. Marten ise medeni kanunun 6 ıncı maddesine istinat ederek bu hususiaki ispat külfetinin davacıya düşeceği mütalâasındadır. Bize göre bu gibi haller zamanaşımı dermayan eden davalının bu def'ini ispat etmesi icap eder. Çünki davacının ortada tazmini müstelzim bir hakkı bulunduğu yine davacının ibraz ettiği karine ve delillerle sabit iken davalının sadece (hâdisede zamanaşımı vardır) demesi bir mâna ifade etmez. Davalı bu iddiasını ispatla mükelleftir. Çünkü davalının borcunu eda etmemesi bu zaman aşımı def'inin ispatına bağlıdır. Nitekim Yargıtay Dördüncü Hukuk Yüksek dairesi 23/1/942 tarih 500/249 sayılı kararında (zarara ve failine ıttılaı tesbit etmek müruru zeman def'inde bulunan dava olunanlara aittir. Vergiye ait defterlerin hazine elinde bulunması ıttılaa delil sayılarak zarara ve failine sonradan muttali olduğunun ispat külfetinin davacıya yükletilmesi yolsuzdur) demek suretile mahallî mahkemenin kararını bozmuştur. Demek oluyorki bu noktada Martenin mütalâasından ayrılmış oluyoruz.

Burada tetkiki icap eden mühim bir mesele daha var. Borçlar kanununun aradığı ve anladığı mânada fiilin vukuu ne demek-

tir?. Haksız fiillerin çeşitli nevilerine göre vuku tarihi şüphesiz degişik olacaktır.

1 — Âni haksız fiillerde; bu gibi haksız fiillerde fiil imtidatsızdır. Yani âni olarak başlar ve âni olarak tekemmül ederek zararı vücude getirir. Bu gibi âni haksız fiillerde fiil işlendiği anda vuku bulmuştur. Ve zamanaşımı da bugünden itibaren başlar.

2— Temadi eden haksız fiillerde; kaide olarak temadi zaman aşımının cereyanına mâni bir sebeptir. Bu gibi haksız fiillerde zamanaşımı temadinin nihayet bulduğu günden başlar. Çünkü fiil temadi ettikçe haksız fiil nihayet bulmamış demektir.

3— Teselsül eden haksız fiillere gelince; teselsülü temin eden her fiil ayrı bir haksız fiil olduğuna göre her biri için ayrı ayrı zaman aşımının tatbik ve hesabı lâzımdır. Müteselsil haksız fiiller aynı zamanda suç mahiyetinde ise T. C. K. nun 103 ncü maddesine göre zamanaşımı teselsülün bittiği günden başlar. Fakat buradaki zaman aşımı ceza kanununu ilgilendiren zamanaşımıdır. Ceza kanunu, müteselsil suçlarda kasti cürminin tek olması bakımından teselsül eden fiillerin hepsini tek fiil saymıştır. Bu, kanun koyanın suçlu lehine ortaya attığı bir kaidedir. Halbuki mesele hukukî yönden tetkik edilecek olursa teselsülü temin eden her fiil tek başına ayrı ve müstakil bir zarar meydana getirdiğine göre her biri «Borçlar kanununun 41 ci maddesinin aradığı mânada birerer haksız fiildir. Bu itibarla ayrı ayrı zaman aşımına tâbi tutulmak lâzımgelir.

Hukuk yargıcı, ceza kanununun zamanaşımının başlamasına, ceryanına ve kesilmesine dâir koyduğu kaidelerle bağlı değildir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 28/3/942 tarih ve 825/978 sayılı kararında (.... Hukuk yargıcının ceza kanunun zaman aşımı kaideleriile mukayyet olmadığı) nı açıklamış bulunmaktadır.

Müteselsil fiillerde, teselsüle dâhil olan her fiil hakkında ayrı ayrı zamanaşımının tatbik edilecegi de ayni dairenin 12/5/-942 tarih ve 29 297/1371 sayılı kararile tesbit edilmiştir. Bu kararda (Dava vazifeyi ihmalden doğan tazminat talebinden ibaret olmasına ve bu misillu tazminat davaları Borçlar kanunun 60/2 ci maddesi mucibince ceza müruruzamanına tâbi bulunması-

na binaen muhtelif tarihlere ait varıdattan her birinin müruru zamanla sukut ettiği tarihlerden itibaren mutazarrırın zarara ve failline ıttıla tarihi tahkik ve tesbit edilmeksizin müruruzaman sebebile davanın reddi yolsuz) olduğundan bahisle mahkemenin verdiği kararı bozmuştur.

5— Cezayı müstelzim fiillerden neşet eden tazminat davalarında:

a — Cezayı müstelzim fiile, ceza kanunları mucibince haksız fiil zamanaşımından daha kısa bir zamanaşımı müddeti tesbit edilmişse:

Bu takdirde haksız fiilden doğan tazminat davalarında ceza zamanaşımı tatbik edilir. Haksız fiil aynı zamanda suç ise bu takdirde ceza kanununda bu suç için tâyin olunan ceza miktarının âzami haddine bakmak ve bu haddi tesbit ettikten sonra ceza kanunun 102. ci maddesine bu âzami ceza haddine tekabül eden ceza zamanaşımını haksız fiil zamanaşımı olarak kabul etmek icap eder. Kanun koyan suç mahiyetinde olan haksız fiillerin ehemmiyet ve şümulünü ve sosyeteye yaptığı zararları göz önüne alarak, mutazarrıra zarara ve failine ıttıladan itibaren bir senede değil ceza zamanaşımı içinde hukuki takibat hakkını tanımış bulunmaktadır. Funk 60. madde için (Birinci fıkrada tanzim edilmiş olan zamanaşımı hallerinin) bu maddsinin her iki fıkrasındaki hallere tatbik edileceğini açıklamış bulunmaktadır. Funka göre ceza davasının zamanaşımı on seneden aşğı ve fakat bir seneden yukarı olduğu takdirde bunun yanında birinci fıkranın on senelik tâli zamanaşımı da tatbik edilir (Marten) de (zararı ziyan şayet cezaî mahkûmiyeti müstelzim bir fiilden ileri gelmişse hukukî takibat salâhiyeti cezaen takip hakkının baki kaldığı müddetçe devam eylemek iktiza eder). demek suretile umumî bir kaide koymuş bulunmaktadır.

Maamafi her iki müellifin yukar da zikredilen görüş noktalarını yanlış anlamamak lâzımgelir. ceze zamanaşımı hukuk zamanaşımından daha kısa ise bu takdirde hukukî takibat salâhiyeti, ceza zamanaşımının devamınca değil, hukuk zamanaşımı devamınca mevcuttur. Kanun koyan 60. cı maddenin 2. ci fıkrasını sevk etmekle haksız fiilden mutazarrır olan lehine bir kaide koymak istemiştir. Meselâ ihmalden doğan tazminat davaları ceza zaman aşımına tâbi olmak üzere 5 senedir. Mutazarrır 5 sene içinde za-

rara ve failine muttali olursa beş senelik zamanaşımının bitimine kadar dava açabilir. Zarara ve failine fiilin vukuundan itibaren 3 sene sonra muttali olmuşsa iki sene içinde dava açabilir . 4, 5 sene sonra ittila hâsıl olmuşsa 6 ay için de davnın açılması icabeder.

Mutazarrır zarara ve failine fiilin vukuundan itibaren 6, 5 sene sonra muttali olmuşsa bu takdirde ittıladan itibaren bir sene içinde dava açılmak lâzımdır. Demekki, ceza zaman aşımı on seneden az ise, ittıla ceza zaman aşımı içinde olursa zamanaşımı, ceza zamanaşımının sonuna kadar ittıla bu zamanaşımı geçtikten sonra olursa zamanaşımı ittilâdan ittibaren bir sene sonra tamamlanmış olur.

b-Cezayı müstelzim fiile ceza kanunlarına göre haksız fiil zaman aşımından daha uzun bir zamanaşımı tâyin edilmişse:

Bunu bir misal ile izah edelim: T.C. kanunun 102 ci maddesinin ikinci bendine göre, 20 seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim fiillerde zamanaşımının on beş sene olduğu zikredilmesine göre bu kabîl suçları işliyenler hakkında açılan tazminat davaları da onbeş senelik zaman aşımına tâbidir. Fiilin vukuu tarihinden itibaren onbeş sene içinde hangi tarihte ittıla hâsıl edilirse edilsin tazminat davası ikame olunur. Borçlar kanununun 60.cı maddesinin 1.ci fıkrasındaki on seneiik müddet geçmesine rağmen zamanaşımı tahassül etmemiştir. Ancak onbeş senenin bitiminde tazminat talep etme hakkıda ceza davasının zaman aşımından düşmesile sona erer.

Ana kaide; cezai mahiyette olan haksız fiillerde ceza takibatının devamı müddetince hukuki takibat salâhiyetininde devam etmesidir. Buna nazaran on beş senelik zamanaşımına tâbi suçlarda fiilin vukuundan itibaren on üç sene sonunda ittıla hâsıl edilse on beş senenin bitimine kadar mutazarrırın dava açmak hakkı mevcuttur. Acaba on üçüncü sene sonunda ittıla hasıl edildiğine göre bir sene sonra zemanaşımı tahassül etmezmi? Borçlar kanununun 60.maddesinin 1 nci fıkrasındaki bir senelik zamanaşımı bu hale kabili tatbik degilmidir? Fikrimizce hayır! Çünki ceza takibatı devam ettği müddetçe hukuki takibat devam edecektir. Kanun koyan yukardada söylediğimiz gibi mutazarrıra cezayı müstelzim fiillerde ge-

385

niş bir imkân ve takip hakkı bahşetmek istemiştir. Eğer on üçüncü sene sonunda ıttıla hâsıl eden mutazarrıra ancak bir sene içinde dava açmak hakkı tanırsak bu takdirde bir senelik zamanaşımı dolduğu halde ceza zamanaşımı daha bir sene devam edecek ve fiil kamu adına takibe uğramasına rağmen mutazarrırın hukuki takip hakkı sâkıt olacaktır. Bu şekildeki mülâhazaların kabulü kanun koyanın kastine tamamen aykırıdır.

6 – Suç mahiyetinde olan haksız fiiller hakkında ceza mahkemesince veya yetkili m akamlarca karar verilmesi halleri:

a—Sanık hakkında beraet kararı verilmesi.

Bir çok müelliflerin ve tatbikatta bir kısım Hukuk Yargıçlarımızın kararlarından öğreniyoruzki, sanık hakkında ceza mahkemesince beraet kararı verilmesi halinde tatbik edilecek zamanaşımı üzerinde ihtilâf edilmektedir. Funk,(...fakat salâhiyettar cezaî makamatın «Sorgu Yargıcı buraya girmez» fiili mucibi tecziye görmemesi veya adli takibata nihayet vermesi halinde 60 ncı maddenin 2 nci fıkrasının tatbik olunamayacağı) kanaatini izhar etmektedir. Bir kısım mahkemelerimizde, mücerret ceza mahkemesinden verilen beraet kararlarının suçu ve suçluluğu ortadan kaldırdığını ve bu karardan sonra aynı hâdisede Hukuk mahkemesinde artık ceza zamanaşımının uygulanmasına imkân bulunmadığı kanaatindedirler. Biz Funkun tek kalıp ve kanaat içine sığdırdığı muhtelif ceza takiplerini tefrike tâbi tutmak zaruretini duyuyoruz. Borçlar kanununun 53 ncü maddesi Hukuk Yargıcına bu husuta kâfi hareket serbestisini tanımıştır. Beraet kararı ekseriya kâfi vuzuhla te. bellür etmiyen hâdiselerde fail lehine olarak verilir. Ceza Yargıcı fiilin sübutunu incelerken suç unsurlarının tam olarak tecellisini arar. Kaldıki borçlar kanununun 60 ncı maddesinin 2 nci fık. rasında yazılı zaman aşımının haksız fiillere tatbiki için o fiillerin (cezaî bir fiilden) neş'et etmesini kâfi bir sebep saymaktadır.

Her bakımdan esaslı ihtilâflara sebep olan bu noktanın aydın bir hale gelmesi için beraet kararları üzerinde durmak icap eder. Hangi beraet kararları faile isnat olunan fiilin (cezaî fiilden neş'et etme) damgasını ortadan silebilir?.

1— Beraet kararı, faile atfolunan suçun Ceza kanununa göre suç sayılamayacağı sebebine dayanılarak verilmişse hiç şüphe yokturki zamanaşımı yönünden 60 ncı maddenin 1 nci fıkrası

tatbik edilmek lâzımdır. Çünkü ortada cezaî cihette fiilin suç olmadığını kesin olarak tâyin eden bir karar vardır. Bu karar hilâfına, işlenmiş olan fiili Hukuk Yargıcı (cezaî fiil) olarak ad ve kabul edemez.

2— Beraet kararı faile isnat olunan suçun bu kimse tarafından yapılmadığını kesin olarak tesbit edebilir. Bu takdirde Ceza mahkemesinin, sübutu kesin olarak çözen bu kararile Hukuk Yargıcının bağlı olup olmadığı 53 ncü madde muvacihesinde tartışmaya müsait olmakla beraber her halde yine bir senelik zaman aşımı tatbik edilmek lâzımdır.

3— Eğer Ceza mahkemesince yapılan yargılama sonunda (failin bu suçu işlediğine dair kâfi delil ve emmare mevcut olmadığından bahisle beraetine) karar verilmişse bu gibi hallerde hangi zaman aşımı tatbik olunacaktır?. Bize göre bu kabîl beraet kararları faile isnat edilen fiilden (cezaî damgasını) silemez. Ancak bu, fiilin delil kifayetsizliğinden dolayı sabit olamadığını ifade eder. Ve bu sebepledirki hâdisede hukukî bakımdan yine ceza zaman aşımının tatbiki lâzımdır. Çünkü kanun koyan 60 ncı maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki için fiilin cezayı müstelzim olmasını kâfi görmüştür.

Ceza mahkemesi kaide olarak aleyhe kat'î delil olmadığı zamanlarda fail lehine hareket eder. Mevcut ve kifayetsiz deliller muvacihesinde kıl kadar dahi olsa mnhtemel bir adalet hatasını önlemek kastile elindeki teraziye, (ki ben bu teraziye hukuk terazisinden ayrı olarak ceza terazisi diyeceğim) vicdanile suçludun lehine olarak dokunur. Ceza Yargıcının faile tanıdığı bu avantajı şahsî hak talep eden aleyhine de Hukuk Yargıcının istimal etmesine hiç bir mantıkî sebep mevcut değildir.

Federal mahkeme dahi 27 Nisan 932 Tarihli kararında (... ika edilen fiilin cezayı müstelzim olduğu ve maznunun mesul olabileceği hususunun takdiri, Hukuk Hâkiminin salâhiyeti dahilindedir. Bu hususu Hukuk hâkiminin âfaki şekilde incelemesi icap eder. Fakat mezkür fiilin cezayı müstelzim olmadığına ceza hâkimi tarafından kat'iyen karar verilince artık Hukuk Hâkiminin takdir salâhiyeti mevzuu bahis olmaz) deniyor. Fakat bizim son verdiğimiz beraet misalinde faile isnat olunan fiil mahiyeti itibarile suçtur. Ancak bu fiil Ceza mahkemesinde kâfi

delil yokluğundan sübuta ermemiştir. Meselâ memurun zimmetine para geçirdiğini ifham edecek bâzı mertebe delâil ve zayıf emmareler var. Fakat bunlar Ceza mahkemesince mahkûmiyet için kâfi görülmemiştir. Ve bu şebeple beraet kararı verilmiştir. Yargıtay Dördüncü Hukuk Yüksek dairesi 10/5/946 Tarih 310/2061 sayılı kararında bu ince noktayı kesin olarak açıklamıştır. Bu kararda (her nekadar dâva olunan hakkında askerî ceza mahkemesinde yapılan duruşmada beraetine karar verilmişse de kendisine isnat olunan fiilin suç vasıflaamı haiz olmadığından dolayı beraetine karar verilmiş olmayıp mevcut delillerin vicdanî kanaati temin edememesinden dolayı beraetine karar verildiği dosyada mevcut bulunan 15/6/944 Tarihli askerî mahkeme ilâmından anlaşılmış ve borçlar kanununun 60 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında" şukadarki zarar ziyan davası Ceza kanunu muclbince müddeti daha uzun mürurü zemana tâbi cezayı müstelzim fiilden neş'et etmiş olursa şahsî davaya da o mürurü zemanın„ tetbik olunacağı yazılı bulunmuş olmasına göre cezayı müstelzim fiil için tâyin olunan zaman aşımının geçip geçmediği araştırılarak elde edilecek sonuca göre bir karar verilmek gerekli iken hilâfına yazılı düşünce ve sebeple ve bir senelik zaman aşımının geçtiğinden bahisle davanın ret edilmesinin yolsuz olduğu) tespit edilmiştir.

b. Sorgu Yargıçlığınca sanık hakkında muhakemenin men'i kararı verilmesi.

Sanık hakkında ilk tahkikatı açıp yapan Sorgu Yargıcı C. M. U. K. nun 191 nci maddesinin verdiği yetkiye dâyanarak muhakemenin men'i kararın verebilir. Bu karar 13/2/942 Tarihli resmî gazetede ilân edilen 7/29 sayılı içtihat birleştirme genel kurulu kararında da tebarüz ettirildiği veçhile Asliye ceza yargıcının tasdikine ve mafevk C. Savcısının görüp itiraz etmemesine rağmen yine kat'î olarak suçlnluğu ortadan kaldırmaz. Ve ceza mahkemesinin beraet kararının doğurduğu neticeleri tevlit edemez. Bu itibarla sanık hakkında muhakemenin men'i kararı verilmesine rağmen Hukuk yargıcı bu kararla bağlı olmaksızın hâdiseyi tetkik ederek caza veya hukuk mürurü zamanını tatbikte serbestir.

c. C. Savcılığınca ademi takip kararı vevrilmesi

C. Savcısı C.M.U.K. nun 164 ncü maddesine dayanarak Kamu davasının açılması talebini havi olarak kendisine verilen dilekçe üzerine keyfiyeti takibe değer görmez veya yapılan hazırlık tahki-

katı sonunda sanığın yaşının küçüklüğü veya sanık hakkında kamu davasının açılmasına kâfi delil bulamadığı takdirde takibata mahal olmadığına karar verir. Bu kararda suçlu için müktesep hak teşkil etmiyeceği gibi C. Savcısını da takyit etmez. Sonradan çıkacak olan delillere göre her vakit dava açmak imkân dahilindedir C. Savcısı tarafından verilen bu kabîl kararların yukarda zikredilen hukuki mahiyetine göre Hukuk Yargıcını bağlamıyacağı kendiliğinden maydana çıkar. Yargıtay Dördüncü Hukuk dairesinin 6/4/942 Tarih 1563/1059 Sayılı kararı bu mütalâayı aynen teyit etmektedir.

d. Caza davasının zaman aşımından dolayı düşürülmesi.

Ceza davası zamanaşımından dolayı mahkemece düşürülmüşse bu takdirde mutezarrırın dava hakkında sâkıt olmuştur, Ancak mutazarrır ceza mahkemesine müdahil olarak hakkı şahsi bakımından müracaat etmişse T.C.K. nun 110 ncu maddesi gereğince (hukuku âmme davasının düşmesi, emvalistirdadı ve uğranılan zararın tazmini için ikame olunan hakkı şahsî davasına halel vermez). Bu husus dahi Dördüncü Hukuk Dairesinin 28/3/942 tarih 825/978 sazılı kararıyle aydınlanmış bulunmaktadır. Bu kararda (her nekadar ceza mahkemesince davadan sonra kanunen muayyen olan müruru zaman müddetinin bir buçuk misli geçmiş olduğundan dolayı âmme davasının düşürülmesine karar verilmişse de âmme davasının düşmesi şahsî hak davasının sukutunu müstelzim olmadığı...) Yazılı bulunmaktadır. Ceza davasının devamı müddetince hakkı şahsî yönünden zamanaşımı ceryan etmez. Ancak ceza zamanaşımı tahassül ettikten ve ceza mahkemesince mutazarrırın hukuk mahkemesine müaacaatta muhtariyetine karar verildikten sonra artık mutazarrırın 60 ncı maddenin 2 nci fıkrasından değil 1 nci fıkrasından istifadeye hakkı vardır. Yani bu tarihten itibaren bir sene içinde Hukuk mahkemesine dava açması icap eder.

e. Ceza davasının af ile düşmesi

Ceza kanununun 97 nci maddesine göre umumî af (hukuku âmme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticelerile birlikortadan kaldırılır.) aynı kanunun 98 nci maddesine göre (hususi af, havi olduğu sarahata göre cezayı ortadan kaldırır veya değiştirir...) ancak her iki af hali fail hakkında bu gibi cezaî neticeler doğurmasına mukabil şahsî hak sahibinin leh veya aleyhine zamanaşımı yönünden bir netice tevlit etmemek lâzım gelir. Zira

sanığı himaye kastile ve bâzı insanî,milli, hissî ve içtimaî ... Bakımlardan faydalar sağlamak kastile yapılan bu afların hukuk sahasında binnetce şahsî hakkın sâkıt olmasına sebep olabilecek şekilde mutazarrırın müktesep hakkına taallûk eden zamanaşımına da sâri bulunduğunu terviç etmeyi hususi hukuk prensipleri bakımından kabule imkâan yokdur. Nitekim aynı daire 14/10/935 Tarih 2472/1884 sayılı kararında (cezanın af ile düşmesi cezayı müstelzim fiilden doğan zarar ziyan davasında ceza müruru zamanının tatbikine mâni teşkil etmez) demek suretile ceza davasının af ile sukutuna rağmen hukuk mahkemesinde yine ceza zaman aşımının tatbik edilmesi gerektiğini içtihat etmiş bulunmaktadır. Şüphe yokturki: Bu gibi hallerde hukuk mahkemesince nazara alınacak olan ceza zamanaşımı fiilin başladığı tarihten itibaren ve ceza kanunun tâyin ettiği müddete müsavi bir zamandan ibarettir.

f. Mahkûmiyet kararı verilmesi

Bu gibi hallerde fiilin suç olduğu ve fail tarafından işlendiği hususunda elde muhkem kaziyye halini alan bir ilâm mevcuttur. Şüphe yokturki hukuk yargıcı bu kararla (sübut yönünden) mukayyettir. Ve elbetteki hukuk yargıcı kendisine sonradan gelen bu ihtilâfta ceza zamanaşımını tatbikle mükelleftir. Eğer mutazarrır ceza mahmemesine müdahil olarak usulüne göre müracaat etmiş ve fakat ceza mahkemesince suçlunun mahkûmiyetine veya kamu davasının zamanaşımından dolayı düşürülmesine ve tazminat hususunda hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine karar verilmişse burada iki ihtimal akle gelir. Birincisi ceza mahkemesi zamanaşımı tamamlandıktan sonra bu kararı vermişse mutazarrır ceza mahkemesi kararından itibaren bir sene içinde hukuk mahkemesine dava açmalıdır. Eğer ceza zaman aşımı tahassül etmeden ve mesela beş senelik ceza zamanaşımına tâbi olan bir hâdisede üç sene içinde failin mahkûmiyetine ve mutazarrırın hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyeetine karar verilmişse alâkalı iki sene içerisinde hukuk mahkemesine müracaat ederek hakkını talep edebilir. Eğer mutazarrır ceza mahkemesine müdahil olarak müracaat etmemişse yukarda zikredilen esaslar dairesinde zamanaşımının halli lâzım gelir.

7—Haksız fiile sebep olan hâdise ceza mahkemesine intikal ettikten sonra hukuk yargıcına düşen vazife nedir ?

Bu takdirde hukuk yargıcının mürüru zaman bakımından ve aynı zamanda sübut yönünden bir karar verebilmesi için ceza davasının sonunu beklemesi doğru olur. Zira hukuk yargıcı hâdiseyi hukuki mahiyette telâkki ederek davayı zamanaşımı yönünden ret ederse ve bilâhara ceza mahkemesinden fail hakkında bir mahkûmiyet kararı verilirse bir birine binnetice mûbayin iki ilâm ortaya çıkmış olur. Bunun gibi hukuk yargıcı haksız fiilin sabit olmadığından bahisle davayı ret eder ve ceza mahkemesince de failin mahkûmiyetine karar verilirse yine ortaya mütenakız mahiyette iki karar çıkmış olur. Bu sebepledirki hukuk yargıcı ceza mahkemesinin sonucunu beklemeye mecburdur.

8 — Tazminata sebep olan suçun ceza mahkemesine hiç sevkedilmemiş olması halinde müruruzaman müddeti ne olacaktır?. Burada hukuk yargıcını takyit edecek bir ceza ilâmı olmadığına göre hukuk yargıcı serbestçe kendisine arzedilen fiilin cezaî bir fiilden neş'et edip etmediğini yani umumî ve hususî ceza kanunlarına göre suç sayılıp sayılmadığını tetkik edecek 60 ncı maddenin hangi fıkrasının tatbik edileceğine serbestçe karar verir. Yukarda muhtevası zikredilen 7/4/932 Tarihli federal mahkemesi kararı bu hususu tebarüz ettirdiği gibi Yargıtay yüksek dördüncü hukuk dairesinin durulmuş olan içtihadı da bu merkezdedir.

İngiltere'de Çocuk ve Kadın ceza evleri

Yazan: BBC Radyosu Türk memurlarından
jale URUL

Bundan birkaç zaman evvel "Mahkemeye düşen çocuklar „ isimli bir film seyretmiştim. Filmin mevzuu, mahkûm olan üç çocuğun ıslahhaneye gönderilmeleri, oradaki hayatları ve nihayet ıslahı nefs edip yeniden içtimaî hayata dönmeleri idi. Bunun üzerine, bu ıslahhanelerden Denham Kız ıslahhanesini gezdim. Bu ıslahhane Middlesex vilayeti tarafından idare edilmekte ve en modern tedrisatı olanlardan biridir. Bina on altıncı asırdan kalma ve Londranın haricinde büyük bir parkın içindedir. Müdire ve muavininden başka muhtelif kurslar için öğretmenler ve bir sekreterden mürekkep mektepte daimi surette kalan on kişilik bir kadro vardır. Bunlardan başka günü birliğe gelen, ziraat, çamaşır yıkama ve dikiş hocaları vardır.

Mektepteki çocukların adedi 50 ve yeni nizamnameler mucibince bu rakamın aşmamasına dikkat ediliyor. Zaten de harbden sonra suçlu adedinin azalmakta olduğunu söylediler. Gezdiğim mektepte kızların en küçüğü onbeş en büyüğü de ondokuz. Suçların ekseriyeti ahlâk düşkünlüğü.

Kızlar mektebe gelir gelmez, bir ay kadar normal derslere deam ediyorlar. Yani okuma, yazma hesap velhasıl pratik hayatta ve evlerin idaresinde onlara yarıyabilecek her şey. İlk ayın sonunda Müdire, kızlarla konuşup intihap ettikleri kurslara devam edebilecek kabiliyette olup olmadıklarına karar veriyor. Ondan sonra da kız lar kurslarına başlıyorlar. Bunlara meslekî kurslar deniliyor: ziraat, terzilik, ev işi, ahçılık, çamaşırcılık, hastabakıcılık ve çocuk bakımı. Mecburî dersler çocuk bakımı ve içtimaiyat. Kültür seviyelerini yükseltmek için edebiyat, müzik ve halk oyunları kursları da var. Normal olarak kızlar mektepte 18 ay kalıyor. ıslah olmadıkları takdirde üç sene kadar kalıyorlar, fakat ondokuz yaşını aşmamak şartiyle. Programları basit olmakla beraber oldukça yüklü. Günlük program şu şekilde tanzim edilmiş: kızlar yedide kalkıyor ve binanın işini görüyorlar, yani silmek, süpürmek vesaire. Buna bütün kızlar iştirak ediyor. Sekizde kahvaltı, sekiz buçukta yataklar yapılıyor. Dokuzdan oniki onbeşe ders, oniki buçukta öğ·

le yemeği, birden ikiye istirahat, ikide gene ders. Beşte çay, altıda kültürel ders, yani edebiyat, müzik veyahut halk oyunları, sekizde akşam yemeği, sekiz buçukta banyo ve istirahat, dokuz buçukta elektrikler sönüyor. Yatakhaneler altı ilâ dokuz yataklı. Yatakhanede konuşmak resmen yasak olmamakla beraber pek müsaade edilmiyor.

Hasta bakıcılık kurslarına devam eden ve mekteplerini bitirmekte olduklarından hariçteki hayata alışmaları için dışarıda çalışmalarına müsaade olunan on kız, Cumartesi günleri arzu ettikleri takdirde dansa, sinemaya veya tiyatroya gidebiliyorlar, tabiî muayyen saatte mektepte bulunmak şartiyle. Diğerleri hocalarının nezareti altında ayda bir sinema, tiyatro bu gibi yerlere gidiyorlar Aileler ayda bir çocukları ziyaret edip onlarla çay içiyor. Müdirenin dediğine bakılırsa bu ziyaretlerin kızlar üzerinde iyi tesiri oluyormuş Resmî tatil günlerinde cezasız olanlar ailelerine gönderiliyor. Maamafih çocuk cezasız dahi olsa evindeki hayat ahlâkı üzerinde fena tesir yapacak gibi ise mektepte alıkonuyor. Yaz tatillerinde bazen deniz kenarına götürülüyorlar. Onların da diğer mektepler gibi yaz tatiline hakları var. Her cumartesi akşamları mektepte oyunlar tertip ediliyor veyahut filim oynatılıyor.

Kızlar mahkeme tarafından bu mektebe gönderildikleri zaman mektep bunlara birer çeyiz veriyor. Kızlar modellerini kendileri seçiyorlar ve dikiş kısmında çalışan onları dikiyor. Zaten muhtelif kısımlarda çalışanlar öbür kısımların ihtiyaçlarını temin ediyorlar. Ayrıca her kızın bir yün işi torbası yahutta nakış sepeti var.

Üniformalara gelince, bahçede çalışanlar koyu bej renkte pantolun ve kırmızı yün veya keten buluzlar giyiyorlar. Dahildekilerin de yeşil veya pembe ketenden esvapları var. İstirahat zamanlarında istedikleri gibi giyinebiliyorlar.

Her hafta kızların saçları, tırnakları ve ciltleri hasta bakıcı tarafından muayene ediliyor. Muntazam spor hareketler yapmalarına dikkat ediliyor. Yazları arzu ettikleri zaman çimenlerde beden hareketleri yapıyorlar ve parkın içinde geçen bir derede yüzuyorlar. Ayrıca tenis kortları da var.

Firar vakalarının nispeti ve ne gibi cezaya çarpıldıkları meselesine gelince: Yegâne ceza talebe tatile gitmeyor ve yahutta

ziyaretcileriyle görüştürülmeyor. İstatistiklere bakılırsa firarlar en çok tatillerden sonra göze çarpmakdadır. Maamafih çocuk çok zaman kendiliğinden gelip teslim oluyor.

Bu nevi mekteplerin asıl şayanı dikkat tarafı kızlar. ıslahı nefs edip lisanslarını aldıktan sonra' üç sene müddetle mektebin onlarla meşgul olması ve nezaret altında bulundurmasıdır. Bu müddet zarfınba mekteple kızlar arsında temas gayet sıkıdır Ayda bir mektup yazıp müdirelerine yaşayış tarzı hakında izahat veriyor ve mektebi ziyaret ediyorlar. Şayet bir kaç zaman onlardan haber alınmazsa bu sefer müdire kendi gidip onları ziyaret ediyor. Kızlar lisanslarını aldıkları zaman, mektep onlara iş buluyor ve ihtiyaçları olan esvap, palto vesaireyi veriyor. Kızın kendi evindeki hayat şartları pek müsait değilse, mektep onu barındıracak başka bir aile buluyor ve oraya yerleştiriyor. Alacağı maaş geçinmesine yetmeyecek kadarsa mektep bir mıktar para yardımında bulunuyor. Zaten çocuklar bu mektebe gönderildikleri zaman mahkeme ana ve babanın iktidarları dahilinde haftada çocuklarına bir miktar para vermelerini sağlayabilir. Bittabiî verilen para ile çocukların bakılması, bilhassa oldukca refah içinde yaşamaları imkânsız olduğundan Hükümet ve Middlese vilâyeti yarı yarıya masrafları paylaşıyor.

Bu mektep gibi İngilterede 120 tane var. 80 tanesi erkeklere, geri kalanı da kızlara mahsustur. Yapılan tecrübelerde genç suçlulara ceza vermektense aydınlatmanın daha iyi neticeler verdiği kanaatine varılmıştır. Bunun için bütün bu mekteplerde çocukların ahlâk seviyesinin yükseltilmesine ve onların iyi birer vatandaş yetiştirilmesine son dereçe dikkat edilmektedir. Bütün bu mekteplerde çocukların ahlâk seviyesinin yükseltilmesine ve onların iyi birer vatandaş yetiştirilmesine son derece dikkat edilmektedir.

Şimdi de sizlere bir az HolloWay Kadın Hapishanesinden bahsetmek istiyorum. Bittabii mekteple hapishane kabili kıyas değildir. Hapishane binası bundan yüz sene kadar evvel bu işte kullanılmak üzere inşa edilmiş muazzam bir yapıdır. Ziyaretçi defterini imza ederken gardiyanlardan biri Türk olduğumu anlayınca bana şu suali sordu "Sizin memleketinizde kadın hâkimler var değilmi? Bunun hakkında bir makale okumuştum." Ben evet dedim ve memleketimizde kadınların her meslekte çalıştıklarını ilâve ettim. Bu mevzu hakkında daha konuşmak istiyorduk, fakat bizi gezdirecek olan gardiyan geldi ve binanın içine girdik.

Burado 500 kadar suçlu var ve dört sınıfa ayrılıyorlar. Üniformaların hepsi aynı kurşuniye çalan bir mavi. Suçluları bir birinden ayırt eden sadece kıravatları. Hapishaneye ilk defa girenler kırmızı kıravat takıyorlar, müteaddit defalar mahkûm olanlar koyu mavi, üç seneden fazla cezaya çarpılanlar da kurşuni renkte Yirmi bir yaşından aşağı olanlar kahve üniforma giymekte Muhakemeleri mevkufen görülenler de çizgili kıravat takıyorlar. Her suçlunun kendi hücreleri vardır Hücrede bir yatak, bir masa, bir iskemle, bir raf, bir el yüz yıkayacak yer ve bir ayna var. Tabii mahkûmlar kendi hücrelerini temizlemek mecburiyetindedir.

Gündelik porgramları şu şeklide tanzim edilmiştir. Saat yedide kalkıyorlar, dokuzdan onikiye ve ikiden dört buçuğa kadar muhtelif atelyelerde çalıştırılıyorlar: Meselâ, çamaşır, dikiş, radyo ve televizyon makineleri vesaire.... En son yemek, saat dört buçukta veriliyor. Zaten de bu saatte mahkûmların hepsi yoklama için hücrelerine kapatılıyor. Yoklama ve çaydan sonra konferanslar ve bazan konser dinlemek üzere mahkûmlar yine hücrelerinden çıkabiliyorlar.

Şimdiki halde gardiyan kıtlığından mahkûmlara bu saatten sonra fazla serbestî verilmiyor ve akşamları erkenden höcrelerine kapatılıyor. Saat altıda son olarak bir fincan kakao veriliyor, dokuz ilâ on arasında da ışıklar söndürülüyor.

Son seneler zafında HolaWay'daki hayat tarzı hakkında avam Kamarasında bir sürü sualler sorulmuş ve tavsiyeler verilmiştir.Bu tavsiyelerin neticesinde makkûmlara biraz daha serbestî verilmiştir. Meselâ, arzu ettikleri takdirde boyanabiliyorlar ve saçlarını istedikleri şekilde tarayorlar. Hapishanenin kendi kantini var ve haftada bir kere mahkûmlar ruj, sigara ve bu gibi bir sürü şeyleri satın alabiliyorlar. Mahkûmlar yaptıkları işleri için cuzî dahi olsa bir miktar para alırlar. Boş zamanlarında yaptıkları nakış ve dikiş işleri dışarıda satılır ve o para ile yeni malzeme alınır.

Üç seneden fazla ceza görmekte olan mahkûmlara yapılan muamele nazarı dikkatimi celbetti. Bu mahkûmların hüsnü hareketleri görüldüğü takdirde daha müsamahakâr davranılıyor. Meselâ hücrelerini istedikleri şekilde düzeltip çiçeklerle süsleyebiliyorlar. Kendilerine çay, kahve pişiriyorlar yahutta yemeklerini diğer arkadaşları ile beraber yiyorlar. Diğer mahkûmlar yemeklerini

höcrelerinde yemek mecburiyetindedir. Cezasının beş senesini geçiren bir mahkûm, iyi hareket ettiği takdirde parmaklıksız bir odaya geçebiliyor. Bu mahkûma kendine itimat edildiğini gösteriyor ve mâneviyatının üzerinde büyük bir tesiri olduğu söyleniyor. Her halde gardiyanın söylediğine bakılırsa bu plân tatbik edildikten sonra gayet az firar vakası kaydedilmiştir.

Hapishanenin iyi teçhiz edilmiş bir hastanesi vardır. Mahkûmlar arasında bir çok hâmile olanlar bulunduğundan bittabi çocuklar hapishanenin hastanesinde doğuyor. Fakat hapishane de doğmuş olması ileride çocuğun hayatı üzerine bir tesir bırakmaması için adres olarak hastahane müstahdemininden birinin şahsî adresi kaydediliyor. Mahkûm anneler çocuklarını altı ay yanlarında alıkoyup onlara bakabiliyorlar. Bu müdetten sonra çocuk ya akrabaları yanına yahutta hariçte bir çocuk bakım evine gönderiliyor. İş saatleri esnasında hasta bakıcılar çocuklarla meşgul oluyor. Şunu ilâve edebilirim ki gördüğüm altı yedi çocuğun hepsi gürbüz ve iyi bakılmıştı. Eminim ki hariçte olsalardı anneleri onlara o kadar iyi bakamıyacaktı.

Holloway hapishanesinin müdiresi İngilterede bu mevkii işgal eden ilk kadındır. Kendisi doktordur. Bundan evvel de zaten hastahanenin doktorluğunu yapmakta imiş. Mahkûmlar arasındaki çalışması kendisine o kadar cazip görünmüş ki müdürlük mevkii boşalınca bu işi üzerine almayı teklif etmiş ve tâyin edilmiştir. Kendisi takriben otuz yaşlarındadır.

Meşru Müdafaa

İSMAİL DOĞANAY
Yargıç

I— Meşru müdafaanın mahiyeti.
II— Ceza Kanunumuza göre meşru müdafaa.
III— Meşru müdafaanın şartları.

1— Gerek kendisinin ve gerek başkasının nefsine veya ırzına karşı bir taarruz bulunmalıdır.

2— Yapılan taarruz haksız olmalıdır.
3— Müdafaada zaruret bulunmalıdır.
4— Taarruzla müdafaa aynı zamanda vakî olmalıdır.
5— Taarruz ile müdafaa arasında bir nisbet olmalıdır.

—I—

Meşru Müdafaanın Mahiyeti

Meşru müdafaa insanların ilk devirlerinden bu güne kadar tabiî bir hak olarak kabul edilmiştir. Bir insanın hayatına ve namusuna yapılan haksız bir tecavüzü o anda def etmek zarureti önüne geçilmesi mümkün olmayan bir haldir.

İnsanların hayat ve sıhhatlerini tehlikeye koyacak her türlü haksız tecavüzü ekseri devletler bir kanunla müeyyidelendirmek zaruretini hissetmişlerdir. İnsan Psikolojisini göz önünde tutarak, onun ihtiyaçlarına cevap vermek mecburiyetinde olan ceza hukuku haksız bir taarruza karşı kendini müdafaa etmek sevkitabisini bir hukuk kaidesi olarak tanımak zorunda kalmıştır.

Meşru müdafaa çok eskiden beri tabiî bir hak olarak kabul edilmekle beraber, ne gibi tecavüzlere karşı müdafaanın meşru sayılacağı meselesi kanun vâzılarını ve bilhasa hukukcuları epeyce meşgul etmiş mühim bir mevzudur. Hayata ve vücudun tamamiyetine karşı vuku bulan haksız taarruzlarda, müdafaanın meşruiyeti hemen hemen bütün devletler tarafından kabul edilmiştir. Irz ve namusa karşı vuku bulan haksız tecavüzlerde de aynı birliği görmek mümkündür. Fakat fertlerin diğer haklarına ve husuile mülkiyete karşı yapılan tecvaüzlerde müdafaanın meşru olup

olmayacağı keyfiyeti türlü içtihat ve telâkkilere ve muhtetif devletlerin kanunlarında birbirinden farklı hükümlerin sevkine sebep olmuştur [1].

Meşru müdafaanın mahiyetinin izaha çalışan müellifler bâzı esaslara istinat ediyorlar. Bir kısım müelliflere göre meşru müdafaanın esası; cemiyet kuvvetlerinin müessir olmadığı ve vaka mahallinde bulunup mağdurun yardımına koşamadığı yerde şahsî müdafaa hakkı avdet eder. Mütecavize karşı boyun eğilmesini, teslimiyet gösterilmesini kanun emredemez. Bu durumda şahsî müdafaa hakkı, tabiî olarak mevcudtur. Ve binnetice muayyen şartlar bulunmak kaydile müdafaa yolunda işlenecek olan fiil suç teşkil etmez ve faili cezalandırılamaz [2].

Meşru müdafaanın mahiyetini en iyi bir şekilde izah eden fikir; yazılı kanunlardan başka ve onlardan daha üstün, onlardan daha ziyade akla istinat eden, insanın tabiat ve mahiyetine bağlı olan tabiî hukuka istinat ettiren fikirdir. Meşru müdafaa cemiyet kanunu değil, tabiat kanunudur. «Silâh sesi başlayınca kanun susar.» «Tehlike kanun tanımaz,» Diyen Çiçeron ve «Meşru müdafaa hukukun dışındadır.» diyen Fihte'nin fikirlerinde hakikatın büyük hissesi mevcuttur[3].

— II —
Ceza Kanunumuza Göre Meşru Müdafaa

Ceza kanunumuzun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasında meşru müdafaa şu şekilde tarif edilmektedir.

«Gerek kendisinin ve gerek başkasının nefsine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu filhal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.»

Bu madde metninden anlaşıldığına göre; bizde meşru müdafaa ancak ırza ve nefse, yani hayat ve vücudun tamamiyetine karşı vuku bulacak haksız tecavüzlerde kabul edilmiştir.

[1] Husûsi hukukta meşru müdafaa adlı yazımıza bak, adalet dergisi, sene 1946, sayı 5 sayfa 468.

[2] Ord. Prof. Tahir TANER, ceza hukuku ve türk ceza kanunu şerhi, İstanbul 1937, s. 38.

[3] Ord. Prof. Sadri Maksudî ARSAL, Hukuk Felsefesi Tarihi, sene 1946, S. 114.

— Aynı mahiyette Dr. Faruk EREM, Türk Hukukunda mal için meşru müdafaa, Ad. Ceridesi 1948, şayı 8, S, 605.

Ceza kanunumuzun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrası, kanunumuzun mehazı olan 1889 tarihli İtalya ceza kanununun mukabil metninin tam tercümesi değildir. İtalya ceza kanununda; «Gerek kendisine ve gerek başkasına karşı o anda ve haksız olarak yapılan bir taaruzu defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle fiili işleyen kimse cezalandırılamaz.» Görülüyor ki kanunumuzdaki «nefsine» tâbirinin aslında mukabili «kendisine» kelimesidir. Bu kelime «şahsına» mânasına alınabilindiği için nisbeten daha geniş bir tefsire müsaittir. Filhakika, İtalyan müellifleri ile mahkemelerinin içtihadı, kanunun ibaresinden «şahs» ın müdafaası kasdedildiğini ve fakat yalnız haytının değil «vücut bütünlüğünün, sihhatinin, selâmetinin ve hattâ şahsî hürriyetile ırzının» müdafaası mevzubahis olduğunu beyanda müttefiktirler. Bizim kanunumuzun kullanıldığı «nefsine» tabirini daha dar bir mânaya almak zaruridir, çünki; İtalyan kanunundaki kelimenin «ırza tecavüz» fiillerine de şümulü kabul edilmiş olduğu halde, kanun vazıimiz «nefsine» tâbirinin bu fiilleri ihtiva etmiyeceğini düşünmüş olacak ki, ayrıca bir de «ırzına» kelimesini ilâveye lüzum görmüştür. İtalyan ceza kanununda vaziyet bu şekilde kabul edildiğine göre, daha dar bir mânaya gelen maddemizdeki «nefsine» fabirini diğer şeylere karşı vuku bulan tecavüzlere teşmil edilemiyeceği şüphesizdir. [4]

Meşru müdafaanın şartlarını izaha girişmeden evvel, ceza kanunumuzun 49 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında tesbit edilmiş olan zaruret hali ile meşru müdafaa arasındaki farkı kısrca tebarüz ettirelim; meşru müdafaa halinde cezayı ref eyleyen keyfiyet failin ruhu üzerinde başkası tarafından vâki haksız tazyik ve taarruz olduğu halde, zaruret halinde o keyfiyet bir hâdiseden veya mücbir bir sebepten ileri gelmektedir.

— III —

Meşru Mudafanın Şartları

Her hakkın hududu ve kullanma şartları olduğu gibi, meşru müdafaanın da hudut ve şartları vardır.

İnsanın esas tabiî hakkı yaşmak hüriyetidir. Ferdin insan olması hasebile kendisine hukukça tanınmış olan diğer haklarını kullanabilmesi ancak yaşamak hakkının teminiyle mümkündür. Gerek yaşamak hürriyeti ve gerekse onun tabiî bir neticesi olan diğer

[4] Ord. Prof. Tahir TANER, Meşru müdafaanın genişliği ve mala karşıyapılan tecavüzlerde meşru müdafaa, Ebül ulâ Mardine Armağan, S. 642.

399

hakların istimali hukukça mutlak ve hudutsuz bir şekilde fertlere bahşedilmemiş, diğer fertlerin haklarının hududu ile sınırlandırılmıştır. Justinien, institisyonunda hürriyeti, «herkesin kuvvetle ve ya kanunla menedilmiş bulunmadıkça dilediğini yapmak hususundaki tabiî salâhiyetidir.» diye tarif etmektedir. [5]

Büyük mütefekkir kant'a göre hukukun en yüksek prensibi ve hüriyetin hududu şudur: Hariçte yani başka insanlarla olan münasebetlerde öyle hareket etmelisin ki, senin hüriyetinden istifaden umumî hürriyet kanununa göre, başkalarının hüriyetile telif edilebilsin. Kant'a göre hukuk, insanların fertlerin hüriyeti esasına aykırı olan hareketlerine mâni olmak için kuvvet ve icbar kullanmak zaruretini tazammun eder. Fakat icbarın meşru olması için, bu icbarın hem icbarı kullanan şahsın hem kendisine karşı icbar kullanılan ferdin hürriyetlerile telifi kabil bir şekilde icra edilmesi şartdır. Eğer, bir şahsın hürriyetinden muayyen şekilde istifadesi başkalarının hüriyetini ihlâl ediyorsa, bu, hukuka mugay yirdir, hukuku ihlâldır. Hukuku ihlâl edene karşı icbar kullanmak ise hukuka uygundur, çünkü burada icbar huriyete karşı yapılan bir harekete karşı mukavemetten ibarettir. Bu hürriyet kanuna mugayir değildir. Hukuk mefhumu ile hurriyeti ihlâl edene karşı icbar salâhiyeti bir birine bağlıdır. [6]

—I—

Gerek kendisinin ve gerek başkasının nefsine veya ırzına karşı haksız bir taarruz bulunmalıdır.

Taarruz hukukan himaye edilmekte olan bir hakkın ihlâli zımninda yapılan haksız bir tecavüzdür.

Irz tabiri içtimaî bir mefhumdur. Muasır hukuk telâkkisi pek haklı olarak ırza insanın hayatı mertebesinde bir kutsiyet ve bizzat şayanı müdefaaa bir mahiyet izafe etmiştir. Kanunumuz muhtelif yerlerinde „ırza geçmek" tabirini kullandığı halde ırza geçmeyi tarif etmemiştir. O halde, ırza geçmek ne demektir.? „ırza geçmek, bir kimsenin cismi üzerinde cebren cinsî münasebette bulunmaktır.» [7] Bu cebir maddî veyahut kanunun tesrih eylediği hal-

[5] M. P. FABREGUETTES, Adalet mantığı ve hüküm verme san'atı, Ankara 1945. S. 224.

[6] Ord. Prof. SADRİ Maksudî ARSAL, adı geçen eser , S. 248

[7] Docent Dr. Sulhi DÖNMEZER, Umumî Adam ve Aile Nizamı aleyhinde cürümler, İstanbul 1941, S. 27

lerde mânevidir. Kanunumuza nazaran ırza geçmek suçunun iki şekli vardır; fail, cinsî münasebeti ya maddî cebir kullanmak suretiyle elde eder veyahutta, muayyen şartların tahakuku halinde mânevî cebir sayesinde elde eder.

Kanunumuz „haksız taarruz" tâbiri ile gayri hukukî tecavüzleri kastetmiştir. Bu itibarla karı koca arasındaki nikâhın mevcudiyeti vuku bulan münasebete meşruiyet izafe edeceğinden tabii şekilde vâkı olan karı ve kocanın cinsî münasebet arzusu tecavüz şeklinde de tezahür etse müdafaa hakkı mevzubahis olamaz. Hâkim hükmü ile ayrılık ve terk hallerinde de evlenme akdi baki olduğuna göre yine müdafaadan bahsedilemez. Hattâ ceza kanunumuzun 50 inci maddesi de düşünülemez. Çünkü, 50 inci madede hududu tecavüz edimiş bir müdafaa mevzubahistir. Evlenmeye tekaddüm eden nişanlılık (M.K.m.82) halinde ortada bir evlenme akdi mevcut olmayıp sadece evlenmek vaidi olduğundan müstakbel eşlerden birinin tecavüzü haksız olup karşı tarafa müdafaa hakkı bahşeder.

Kendisini resmen umumun arzusuna arzeden bir kadına rızası hilâfına vâkı olan tecavüz haksız olmakla beraber, alüftelik mensubu hakkında müşterek hukuk kaideleri dışında hususî bir rejimin tatbikini haklı kılmış (C.K.m.438) onun kendi vücuduna tasarruf sâlâhiyetini tamamiyle ortadan kaldırmamıştır. Irza karşı vâkı haksız tecavüzleri himaye ve tecziye eden kanun herkese teşmil edileceğinden kendisini bedel mukabilinde veya bedelsiz olarak umumu arzusuna arzeden bir kadına rızası hilâfına vâkı olan tecavüz haksızdır. Tecavüz hakka müstenit olmayınca mağdur için müdafaa hakkı doğar.

Bâzı hallerde ırza tecavüz ile iffete tecavüz birbirinden tamamen tefrik edilemez. Böyle bir halde kanunumuza göre, müdafaanın meşru olup olamıyacağını tâyin için hâdisenin ceryan ettiği mahallin mahiyet ve hususiyetini mütaalâa etmek lâzımdır. Şayet, bu tecavüz keyfiyeti tenha bir yerde ve taarruz edenin hakiki kasdinden şüphe ettirecek ağır şekillerde yapılacak olursa, onun asıl niyeti meçhul kalmış olması itibariyle ve müdafaanın diğer şartları bulunmak kaydiyle — Tecavüzün haksız olması, ondan başka türlü tahaffuz imkânının bulunmaması, tecavüzle müdafaanın

401

aynı zamanda vâkı olması — bunu ırza tecavüz mahiyetinde telâkki edebiliriz. Böyle olmayıpta, meselâ, sadece âdî sarkıntılık şeklinde bir taarruz vâkı olursa bu hal, meşru müdafaaya mahal veremez.

Kanunumuzun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki« nefis" tâbirni geniş mânada almalıdır. Yani, yalınız hayata karşı vuku bulan tecavüzlere değil, «vücudun tamamiyetine» karşı vuku bulan, meselâ bir kimsenin kolunun sakat kalmasını veya gözünün çıkarılmasını istihdaf eden tecavüzler de nefse karşı işlenmiş sayılır.

Kanunumuz yalnız« nefse ve ırza» karşı meşru müdafaayı — tefsiri değil tadadı — kabul etmiş olduğundan, hakaret, sövme, iftira gibi mânevi şahsiyete karşı tecavüz hareketleri müdafaayı meşru kılamaz, bu tecavüzlerden birine uğrayan kimse mütecavize karşı bir mukabelede bulunursa ortada« tahrik» vaziyeti vardır. Tahrik cezanın kaldırılmasını değil, hafifletilmesni istilzam eden bir mazeret sebebidir. (C.K.m.51)

Taarruzun meşru müdafaayı mümkün kılabilmesi için maddî mahiyette bir taarruz olması gerekir, ve yapılan bu taarruzun münhasıran insanlar tarafından vâkı olması şarttır. Hayvanların taarruzuna mâruz kalındığı zaman ancak zaruret hali mevzubahs olur.

49 uncu maddenin ikinci fıkrası« nefis» ve «ırz» tabirlerini kullandığına göre meşru müdafaa ancak hakikî şahıslara mütevecccih taarruzları defi hakkını verir. Hükmî şahısları korumak için, hükmî şahıs mümessillerinin meşru müdafaadan istifade hakları yoktur.

Kanunumuz, diğer kanunlar gibi, bir kimsenin yalnız kendisinin veya muayyen derecedeki akrabalarını değil, başkasının nefsine veya ırzına karşı vâkı taarruzun defini de meşru müdafaa olarak kabul etmiştir. Bunun sebebi insalar arasındaki içtimaî tesenüt rabıtasıdır; hattâ, bâzılarının dediği gibi tecrvüzü defetmek bir borçtur. Her nekadar eskiden bâzıları meşru müdafanının ancak kendisine veya çok yakın akrabasına karşı vâkı tecavüzler için kabul edilebileceğini ileri sürmüşlerse de, tecavüze mâruz kalan şahıs her kim olursa olsun müdafaanının meşruiyeti bu gün umumiyetle kabul edilmiştir. Bu da anlatır ki meşru müdafaa sübjektif bir esasa, irade üzrinde mânevî bir cebir yapılması dü-

şüncesine değil, objektif bir esesa dayanmaktadır; çünkü, aksi halde bir başkasına karşı vâkı tecavüzü def meşru sayılmazdı. Meşru müdafaa objektif esesa istinat ettiği içindir ki işlenen fiil suç addedilemez, ve bir kimsenin bu yoldaki fiiline iştirak edenler de cezalandırılamaz. [8]

Yüksek yargıtayımız muhtelif kararlarında tecavüze mâruz kalan şahsın kardeşi tarafından müdafaası neticesindeki fiili meşru müdafaa adedetmiştir. Ezcümle; «oyun sırasında Mehmet Berk tarafından oyun icabı olarak el ile vurulmasından veya bu sırada ayağı kayıp düşmesinden mütehevvir olan maktul mehmet çavuşun bıçağını çekerek Mehmet Berkin peşine düşüp kovaladığını gören suçlu Abidinin tabancasını çekrek attığı mermilerle Mehmet çavuşu yaralayıp öldürdüğü dinlenen âmme şahiterinin şahadetlerine dayanılarak kabul ve hâdisenin bu şekilde ceryan eylediği hüküm yerinde izah ve tasvir kılınmış ve şu neticeye göre Abidinin vaziyeti maktul ile aralarında fiili ikaa saik ve âmil olarak hiç bir vaka geçmeksizin mücerret maktül tararfından bıçakla takip edilen kardeşini, hayatınca muhakak bir tehlikeden sıyanete mamatuf hareketi ihtiyardan ibaret olarak taayyün etmiş bulunduğu halde tasvir ve kabul şeklinin istilzam eylediği nefsi müdfaa zerurtinin hâdisede mevcudiyetini mütalâaya niçin temyül edilmediğini ve bunun hüküm fıkrasında mevzu bahis edilmeğe değeri olmadığını belirten sebepler gösterilmeden takibin yalnız gadap ve elemi müntiç haksız bir hareket olarak telâkki edilmiş olması... hükmün bozulwasına oy birliği ile karar verilerek usulen tefhim edildi. [9]

2

Taarruz haksız olmalıdır

Meşru müdafanın mevcut olabilmesi için, aksülameli husule getiren taarruzun haksız olması lâzımdır. Haksız taarruz ise, bir hakka müstenit olmayan taarruzdur. Taarruzun haksız olması için mütecavizin cezai mesuliyeti olup olmadığı düşünülmeksizin, fiilin haksız bir sebebin tahtı tesirinde vuku bulması kâfidir. Bu itibarla mütecaviz küçük veya aklî mâlûliyete müptela olmak gibi kendisine kanunen cezaî mesuliyet tevcihi mümkün olmayan şahıslardan olsa bile müdafaa yine meşrudur, bir sarhoşun tecauüzünü defi evleviyetle böyledir.

[8] Ord. Prof. Tahir TANER, adı geçen eser, S. 388.

[9] Yargıtay Kararları,) Ceza Bölümü) 1941—1942, S. 314, Aynımealde, Kemal BORA, Türk C.K. Üçüncü basılış, 5. 56, T.M.I,C.D,Esas 4663, Karar 2937, tarih: 10/7/1957.

Şu hale göre, taarruz telâkki edilen hareket haklı ise, yani kanun emrine veya müsaadesine uygun ise, bu nevi taarruza karşı vâkı olan müdafaa meşru sayılamaz. Meselâ, elindeki tevkif veya ihzar müzkkeresine istinaden birisini tevkif edip veya ihzaren götürmeğe gelen polis memurunun kanun ve nizamlara tevfikan haiz olduğu selâhiyetleri kullanıp ve icabında cebir istimal etmesine karşı mukavemet ve müdafaa meşru adedilemez.

Hayata vâkı olan tecavüz bilhassa kanunî bir hükmün sâlâhiyattar makam ve memurlar tarafından icra ve infazında mevzubahs olur. Ceza kanununun 49 uncu maddesinin birinci bendindeki hallerde müdafaa hakkı mevzubahs olamaz. Devletin silâhlı kuvetlerinin silâh istimaline kanunen salâhiyattar bnlundukları hal ve vaziyetlerde müdafaa mevcut olmadığı için mukabele kanunen suç addedilmemiştir. Şakavet kanununa göre, şaki ilan edilen kimse cerh ve katledilebilinir. mezkûr kanunn birinci maddesi şudur: «Dahiliye vekâletince şaki oldukları ilân edilen eşhasın mehlin inkızasından ve hükümetçe derdestinden evvel her kim olursa olsun cerh ve katilleri cürüm addolunamaz. Carih ve katiller hakkında takibat yapılamaz.

Bu hususa dair en mühim hükümler 2559 numaralı Polis vazife ve salâhiyet kanunun 16 ıncı maddesindedir. Madde şöyle başlar:

Madde 16— Polis, aşağıda yazılı hallerde silâh kullanmağa selâhiyetlidir:

A) Nefsini müdafaa etmek;

B) Başkasının ırz ve canına vuku bulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir taarruzu savmak için.

A dan İ ye kadar tadat edilen bütün hal ve vaziyetlerde polisin taarruzu kanunen haksız sayılmadığından kendisine karşı da müdafaayı meşruadan bahsedilemez.

1340 tarih ve 442 numaralı Köy Kanunu, 77 nci maddesinde,» korucular aşağıdaki hallerde silâh kullanabilirler:" dedikten sonra Polis vazife ve selâhiyet kanununun 16 ıncı maddesine benzeyen hükümleri ihtiva etmektedir. Aynı zamanda" Kaçakcılığın men ve takibi" hakkında ve buna benzer diğer kanunlarda müşabih hükümleri icra ile mükellef olanların tecavüzleri haksız olmadığı için bu gibi hallerde meşru müdafaadan bahsedilemez.

Burada bir mesele ile karşılaşılır: Acaba vazifesini tecavüz eden ve keyfî muamele yapan memura mukavemet meşru sayılırmı? Yoksa suç teşkil edermi.? Mesele ihtilâflıdır. Birbirine zıt iki rey vardır, birincisine göre, memurlara karşı gelinemez, bunların yaptıkları muamelelerin kanunlara uygunluğunda bir karine vardır. Eğer fertlere bu hususta tetkik hakkı verilirse âmme intizamı için büyük mahzurlar doğar, memura itaat katî ve mutlak olmalıdır, eğer muamele haksız ise memur aleyhine şikâyet ve dava da bulunmalıdır.

İkinci reye göre, hakkı ihlâl edildiği veya edilmek istendiği zaman bu ihlâl her kim tarafından olursa olsun onu müdafaaya her kesin hakkı vardır, memura itaat ancak kanuna uygun olarak hareket edildiği zaman mecburidir, hür bir milletin fertlerine körü körüne itaat tahmil edilemez, memur keyfî hareket etmek, haksız muamele yapmak suretile memurluk sıfatının kedisine verdiği himaye hakkını kaybetmiştir, bu itibarla memurların haksız hareketlerine karşı mukavemet meşrudur.

Her iki fikirde ifratkâranedir. Memurun mamele ve hareketi açık ve bariz bir surette haksız ve kanuna muhalif ise, ona mukavemet caizdir, yapılan müdafaa da muşrudur.

Kanunumuz bu meseleyi 258 inci maddenin son fıkrasında" Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfî hareketlerile bu muameleye sebebiyet vermişse, fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün kaldırılır» demek suretiyle bu hali hafifletici ve hattâ yargıcın takdirine bağlı olmak üzere, tam bir mazaret sebebi olarak kabul etmiş oluyor. Fakat, derhal ilâve etmek lâzımgelir ki memur 49 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki umumî şartlar dairesinde nefse veya ırza karşı bir tecavüzde bulunursa meşru müdafaa hakkı vardır, Meselâ, kanunen asla caiz değilken memurun silahını kullanmağa tevessül etmesi halinde, bilfarz tevkif etmek istediği şahsın gelmemesi üzerine onu kolundan tutup götürmek mümkün iken hemen silahına sarılması halinde, o şahıs daha evvel davranarak memuru öldürmüş veya yaralamış olsa meşru müdafaa vardır;—Müdafanın diğer şartları da bulunmak kaydiyle —ancak mesele çok naziktir, hâdise bütün teferruatına varıncaya kadar iyice tetkik ve tesbit edilerek ona göre hüküm verilmelidir. [10]

[10] Ord. Prof. Tahir TaNER, adı geçen eser, S.391

— 3 —

Müdafaada Zaruret Bulunmalı

Yani mütecavizin taarruzundan, müdafaadan başka türlü kaçınmak imkânı bulunmamalıdır. Müdafaada zaruret bulunduğu ve müdafaa zaruret bulunduğu ve müdafaa zaruret çerçevesi içinde yapıldığı takdirde meşrudur. Müdafaada zaruret keyfiyeti ancak failin içinde bulunduğu maddî ve mânevî şartlara göre inceden inceye tetkik etmekle anlaşılabilecek bir durumdur.

Vazii kanun, kanunumuzun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasını vazederken bir taarruzu "defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle" kaydını koymakla zaruret olmadıkça müdafaanın meşru olmayacağını çok açık bir şekilde anlatmış bulunuyor. Fakat, hiç bir zaman, bu ibareden taarruza uğrayan kimse mütearrızın önünden kaçmak suretile tehlikeyi bertaraf edebilecek vaziyette olduğu takdirde kaçmayıp kendini müdafaa etmesinin meşru olmadığı mânısını çıkarmak doğru olamaz. [11]

Meşru müdfaa halinde cezanın refedilebilmesi için, taarruzun yani bir kimseye karşı yapılacak olan fenalık yahut tehlikenin mevcut bulunması zarurîdir. Tehdit olunan kimsede hemen icra olunacak korkusunu veren fiil veya hareketin neticesinde vukua gelmeyen ve sadece tehdit mahiyetinde kalan hareketin karşılığında işlenen suçlar meşru müdafaa addedilemez.

Tecavüze mâruz kalan kimsenin kaçmak imkânı varken kendisine korkaklık isnat ve izafe olunacağı endişesiyle ve bu halin haysiyetini kıracağı kaygısile kaçmayarak mütecavize mukabelede bulunmuş olması halinde meşru müdafaanın mevzubahs olup olmayacağı eskiden münakaşa edilmiştir. Fakat bu gün kaçmak suretile tehlikeyi bertaraf etmek meselesi ceza hukukunun klâsik bir meselesi haline gelmiş olup ve hiç bir vatandaşa şerefli insanlar için bir düşkünlük ve aciz ifade eden kaçmak mecburiyetinin tahmiline imkân olmadığı neticesine varılmıştır,

Kaçmak mecburiyetini taarruza mâruz kalan şahsa tahmil etmeğe imkân yoksada, ufak bir gayret veya gerileme ile taarruzdan masum kalmak ihtimali olan ahvelde bu şık ihtiyar edilmeyip, meselâ

[11] Doçent Dr. Faruk EREM, adı geçen makale, S.609

406

mütearrızı öldürmenin doğru olamıyacağı da aşikârdır. Bu hâdise daha ziyade yargıcın takdirine bırakılmış bir husus olduğundan, yüksek mahkememizin içtihadının bu nevi meseleleri ne şekilde halletmiş olduğunun tetkikinde faide vardır. Yüksek Ceza Heyeti Umumiyesi bir kararında; Başmüddeîumnmiliğin Tebliğnamesinde, «Âmme şahitleri vaka mahallinin geniş ve açık meydanlık olup suçlunun tabancasını istimal etmeyerek kaçtığı veya korunduğu takdirde kurtulabilir olduğunu beyan eylemiş olmalarına ve mahkemece deliller tahlil ve keyfiyet münakaşa edilerek maktulün tabancasını suçluya bittevcih boşaltarak isabet etirememesi üzerine suçlunun kaçarak korunmak veya mühlik olmayacak yerinden Tâlibi yaralamak suretile nefsini müdafaa ve muhafaza etmesi mümkün iken silâhını istimal ederek matulü öldürmesi zaruretin tâyin ettiği hududu tecavüz mahiyetinde takdir edilmiş bulunmasına ve suçlunun maktulün tecavüzünden kurtulabilmesini imkân dahiline sokan sebepler izah edilmiş bulunmasına göre şahitler tarafından suçlunun bu tecavüzden kurtulabilmesini imkân dahiline sokan sebepler bahsedilmemiş ve 49 cu maddedeki şerait hâdisede mevcut bulunmuş olduğundan bahsile yazılı olduğu üzere hükmün bozulmasında isabet görülemediğinden Yüksek Ceza Umum heyetince bittetkik bozma kararının kaldırılması ve usul ve kanuna uygun olan mahallî hükmün tasdiki hususundaki" itiraznamesi Ceza Umum heyetince 1/6/1942 tarihinde ekseriyetle reddedilmiştir. [12]

Yüksek mahkememiz diğer bir kararında; "Kovalanılan ve evine girip kapısını kapayarak kovalayanların taarruzlarından kurtulan maznun eve girdikten sonra silâhını alıp, kapı önünde bekleyen kimselere karşı tecavüzü, kendisini müdafaadan mütecaviz vaziyetine ilka edeceği ve şu halde 49 uncu maddenin tatbikini mucip bir sebep kalmadığı düşünülmeksizin mezkûr maddenin tatbiki suretile muafiyetine karar verilmesi yolsuzdur. [13]" demektedir.

Kaçmak mükellefiyeti tecavüze uğrayana tahmil edilemezse de; Macaristan Temyiz Mahkemesi bir kararında kaçmak imkânının müdafaayı meşrua vaziyetini bertaraf edemyeceğini tasdik etmekle beraber mütacavizaleyhin mütaarrızın oğlu olması halini bundan istisna eylemiştir. Bu istisnayı Heil kuvvetli esbabı mu-

[12] Yargıtay Kararları, Ceza Bölümü, 1941—1942, S: 190
[13] Kemal BORA, adı geçen kanun, S.57

cibe ile tenkid etmiştir. Usul aleyhine işlenen katil ve müessir fiillerde hiç bir hafifletici sebep kabul edilemiyeceğine dair Sardunya Ceza Kanununun 568 inci maddesinde zikredilen hüküm İtalyan Ceza Kanununda tekrar edilmediğine göre mevzubahs istisna bizim kanunumuza nazaran da kabili tasvip değildir. [14]

Hukuk sahasında büyük bir ilmî otorite tesis etmiş olan V. Jhering mütecaviz önünden her ne suretle olursa olsun kaçmanın doğru olmayacağını söylüyor, ve diyor ki, „Hak sahibinin hakkını müdafaa için mücadelesi kendisine karşı bir ahlâki vazifedir. [15] V. Jhering, cemiyet için bunu elzem görerek der ki, meşru müdafaanın o fiilî yapmış olan kimsenin cezadan kurtulmasından başka bir faidesi de vadır ki o da, meşru müdafaada bulunan şahıs için içtimaî vazife oluşu, bazı suçların azalmasına sebep olmasıdır. [16]

Amme kuvvetlerinin yardımından istifade etmek mümkün olan hallerde mütearrıza karşı kuvvetle mukabelede bulunmayı meşru müdafaa olarak kabul edemeyiz. Bu imkân mevcut olmadığı ahvalde müdafaa meşrûdur. Âmme kuvveti yardıma çağrılsa bile tehlikenin önlenebileceği kat'i veya himayenin geç kalması ihtimali mevcutsa müdafaa meşrudur.

Müdafaada zaruretin bulunması hususunu bitirmeden evvel bu hususta Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararını nakletmemenin faydalı olaçağını zannediyorum. Mezkûr kararda;„ Mücadele esnasında mütearrızın elinden bıçağı aldıktan sonra, bıçağı kendisi istimal eden müdafiin meşru müdafaa halinde bulunamıyacağına ve mütarrızın elinden silâhı aldığı andan itibaren suçlunun nefsine müteveccih bir tehlike karşısında bulunmadığına...„ denilmekte dir. [17]

—4—

TAARUZLA MÜDAFAA AYNI ZAMANDA VÂKI OLMALIDIR

Kanunumuzun 49 cu maddesinin ikinci fıkrasında „haksız bir taarruzu filhal defi zaruretinin„ ki "filhal„ kelimesile bu unsuru

[14] MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, Türkce tercümesi, C.I.S.207
[15] ORd. Prof. Sadri Maksudi ARSAL, adı geçen eser, S. 285
[16] Ord. Prof. Baha KANTAR, Ceza Hukuku, 1942—1943 ders yılı takrirleri
[17] Deçent Dr. Faruk EREM, adı geçen makale, S. 611

408

ifade etmek istemiştir· Buna göre müdafaa taarruzun devamı sırasında olmalıdır. Yani taaruzla müdafaa aynı zamanda olmalıdır. Eğer fiil tecavüz vâkı olduktan sonra işlenmiş olursa müdafaayı meşru kılan zaruret ve mecburiyet hali ortadan kalkmış bulunacağından faili cezalandırmak icap eder, Mütecavizin tecavüzü anında mukabelede bulunmayıp aradan zaman geçtikten sonra mukabele edilirse, bu· hiddet ve infial üzerine bir intikam almak mahiyetini taşır.

Yüksek mahkememiz tecavüzün devamını bir kararında şu şekilde belirtmektedir; «ölen Mustafanın elinde kama olduğu halde suçluyu kovaladığı ve suçlunun çifte tüfeğini ateş ederek suçun işlenmiş olduğu şahit Haticenin ifadesinden anlaşılmış ve suçlu nefsini müdafaa mecburiyetinde kalmış iken ölen Mustafanın kama ile vâkı tecavüzünün âdi tahrik olarak kabul edilmesi.., Yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına 12/2/941 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.,, [18] denilmektedir.

Taarruzun ne zaman başladığı ve ne zaman nihayete erdiği her hâdisede ayrı ayrı tetkiki icap eden maddî bir vakıadır. Taarruzun ne zaman başladığı meselesinde dikkat edilecek mühim bir nokta vardır. Meşru müdafaada esas olan husus, taarruzun filen ve maddeten başlamış olması değil ve fakat müessir bir müdafaayı meşru kılacak derecede bir taarruzun belirmeye başlamış olmasıdır. Bu sebeple taarruza uğrayan kimsenin taarruzun başlamasını beklemek mecburiyeti yoktur.,, Nem tenetur ex pectare donoc percuiatur.,, [19] Kendisinde taarruzun muhakkak olduğu ve neticesinde ciddî bir tehlikeye mâruz kaldığı yolunda hâsıl olan kanaat kâfidir, çünkü taarruzun başlamasını veya tesirlerinin husule gelmesini beklemek ekseri ahvalde korunmayı imkânsız veya neticesiz bırakır.

Taarruzun ne zaman sona erdiği meselesine gelince; buna da kat'i kaideler vazetmeğe imkân yoktur. Müdafaa neticesinde kaçan mütearrızın taarruzuna ekseriya nihayete ermiş gözüyle bakabiliriz. Fakat mütearrız tarafından yeniden bir taarruzun vuku bulması hakkında failde hâsıl olan kuvyettli şüphe meşru müdafaa halini taarruzun hitamından sonra da bir müddet devam ettirebilirse de bu hususun yargıç tarafından iyice tetkiki lâzımdır.

[18] Yargıtay Kararları Ceza bölümü, 1941—1942, S. 272.
[19] MAJNO, adı geçen tercüme, C. 1, S. 204

— 5 —

TAARRUZ İLE MÜDAFAA ARASINDA BİR NİSBET OLMALIDIR.

Taarruz ile müdafaa arasında hulunması icâbeden nisbet; mütarrızın tecavüz vasıtasının nev'i, mahiyet ve ölçüsüne mukabil, müdafiin müdafaa vasıtalarının ne'vi ve ölçüsü ve bunların istimal tarzı arasında bulunması gereken bir nisbettir. Bu nisbetin taarruz ile müdafaa arasında kat'î bir mutabakatı icabettirmesi haizi ehemiyet değildir. Çünkü; meşru müdafaa hakkını haiz olan kimse, mâruz kaldığı taarruzun şiddet ve ehemmiyetini bidayette heyecan ve korku saikasile takdir edemeyebilir. Binaenaleyh, müdafiden vâkı taarruza karşı riyazî bir nisbet dahilinde müdafaa talep etmek amelî bakımdan imkânsız olup nazariyatta mevzubahs olabilecek bir kefiyettir. Ancak taarruzla müdafaa arasında bulunması istenilen nisbetin serbestçe takdiri yargıca aittir. Meselâ, kötürüm bir adam yerde sürüne sürüne elindeki sopayı güçlü kuvvetli olan bir kimseye vurmak istiyor. Tecavüze mâruz kalan kimse tabancasını çekerek kötürüm mütecavizi öldürüyor. İşte burada vicdanları rencide edecek derecede taarruzla müdafaa arasında büyük bir nisbetsizlik vardır. Mütecavizin taarruzunu karşılamak için müdeaddit çareler dururken bunlar içerisinden en ağırının intihabı meşru müdafaa sınırlarının aşılmasını intaç eder.

Ceza Kanunumuz 50 inci maddesinde taarruz ile müdafaa arasındaki nisbet şartını "zaruretin tâyin ettiği hudut„ tâbiriyle ifade etmiştir. Bu hududu tecavüz edenlerin cezalandırılmayacağını değil. cezalarının tahfif edileceğini bildirmek suretiyle müdafaa şiddetinin zaruret hududnnu aşmaması icap ettiğini vazetmektedir.

Taarruzla müdafaa arasındaki nisbetin yani zaruretin tâyin ettiği hududun müdafi tarafından tecavüz edilip edilmediği hususu yargıcın takdirine bırakılmış olmakla beraber, yargıç takdir hakkını kullanırken mütecavizin silâhının nev'ini ve tesir dereeesini, buna karşı müdafaa vasıtalarının mukabil vasıflarını ve mahiyetlerini, taarruz ile müdafaanın şiddet derecelerini nazarı itibare alarak hâdiseyi tetkik etmek mecburiyetindedir. Fakat, bütün müelliflerce kabul edilen esasa göre; yargıç bu hususların takdirinde objektif bir şekilde yani mütacavizin taarruzu karşı-

sında normal bir insanın değil, ve fakat bizzat tecavüze uğrayan şahsın kenisinde hissetmiş olduğu korku ve heyacanın tesiriyle ne şekilde haraket edebileceği hususunu göz önünde tutmalıdır. Bu hususda; tecavüze mâruz kalan şahsın yaşının, kadın veya erkek oluşunun, mensup olduğu içtimaî zümrenin fikri seviyesinin ve hattâ ırkının tesiri vardır. Bu hususların tetkiki neticesinde tecavüze uğrayan şahsın durumu ya 49 uncu madde mucibince meşru müdafaa kabul edilerek beraetine veya 50 inci madde mucibince zaruretin tâyin ettiği hudut tecavüz edildiğinden bahsile tecziyesine karar verilecektir.

Tecavüze mâruz kalan şahsın üzerinde husule gelen korkunun mahiyeti hakkında 1887 Tarihli İtalya Ceza Kanunu projesi hakkında ayan encümeni mazbatasında şöyle denilmektedir: "Bu korku, objektif noktayı nazardan hiç bir tehlikeye mâruz kalmayacak olan kimsede de cezaî mesuliyeti refedecek bir mahiyet iktisap edebilir. Meselâ, bir kimse yakın mesafede bulunan birisine karşı, bir silâh yakalayıp yüzüne nişan alsa, silâhın hakiki hali bilinmedikçe, dolu olsun olmasın nişan alınan kimsede uyanan muhik ve ciddî korku daima aynıdır. Ve meseleyi takdir edecek olan yargıç; fiilin iş bu evsafı hususiyesine nazaran bu korkunun ciddiliğine kanaat getirdiği takdirde hâdisatın nev'ine göre ya tamamen veya kısmen cezayı refedici hususî ve müsbet tezahüratından biri karşısında bulunacaktır [20].

---

[20] MAJNO, adı geçen tercüme, C.I.S.209

Bibliyografya

EGEMENLİK KAVRAMI VE DEVLETLERARASI HUKUK.

Dr. İlhan Lütem. Ankara Sakarya Basımevi: 19·7, Lira: 3.

Ankara Hukuk Fakültesi Devletler Hukuku Asistanı ***Dr. İlhan Lütem'in*** bu değerli kitabı; kendi konusundaki Türkçe ve Yabancı dilde yayınlanan bir çok eserle, Lâhaye Akademesi Kur'ları ve dergilerdeki etüdler tetkik olunarak hazırlanmış olup mevzuuna ait pek faydalı bilgi ve fikir vermektedir. Metin sonuna güzel bir tahlili fihrist ile istifade olunan eserler listesi ilâve olunmuştur.

Kitap konuya girişten sonra üç kısma ve her bir kısım bir çok bölümlere ayrılmış ve neticeler kısmile bitirilmiştir.

Kıymetli eser sahibinden istenebilir.

Hüsnü Aydınlı **ASKERİ EŞYA ÇALMAK, SATMAK, SATIN ALMAK SUÇLARI.** İstanbul Becid Basımevi: 947, Kş: 100.

Üsküdar Sorgu Yargıcı Hüsnü Aydınlı'nın yayınladığı « Askeri Eşya Çalmak, Satmak ve Satın Almak Suçlari» adlı kitabı küçük olmakla beraber ele aldığı konu hakkında esaslı bigiler vermektedir.

Eser Önsöz ile başlamakta ve Birinci Giriş bölümünde: Askerî eşyayı çalmada ki iki sorum ve Askeri Ceza Kanununun 131 nci maddesi, Askeri Yargıtay Kararlarile, Kara; Deniz erleri ve muvazzaf; yedek subaylar tarafından çalınan veya kendilerine verilen askeri eşyanın satılması halinde verilecek cezalar incelenmektedir.

İkinci Bölümde ise: Satılan Askeri eşyayı bilerek satın alanlara verilecek cezalarla muhakemeleri usulü belirtilmiştir.

Üçüncü bölümünde de bu suçların seferberlikte işlenmesi halleri gösterilmiştir.

Kitap; eser sahibinden istenebilecektir.

TÜRK HUKUK KRONİĞİ: 1946 ***Doçent Dr. H. Ferit Saymen.*** İstanbul İsmail Akgün Basımevi: 1947, Kş. 100.

412

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi doçentlerinden Dr. ***H. Ferit Sayman***, 946 yılında yayınlanan kitap, dergi, mecmua ve gazetelerle, Konferans broşör ve Belletenlerdeki hukukla ilgili makaleleri, jürisprüdans notlarını derleyerek bunları sistematik bir şekilde ayrılamış ve nümerote ederek «Türk Hukuk Kroniği: 1946» adiyle yayınlamıştır. Kitaba aranılanın kolay bulunmasını sağlamak üzere müellif, mütercim ve mefhum üzerine pek mükemmel hazırlanan fihristler ilâve olunmuştur.

İndekslerdeki numaralar eser veya yazıların teselsül ettirilen numaralarına tekabül etmektedir.

Yine aramada kolaylık düşüncesile bir kısmı geçen sene yayınlanan yazıların baştarafları kolay bulunabilmesi için, geçen yıl kroniğine dip notu olarak atıflar konulmuştur.

Ayrıca, sadece kanun maddesi ile ifade edilen makale başlıkları hangi konulara taallûk ediyorlarsa yine dip notlarında tavzih olunmuştur.

Yorucu bir çalışma sonunda hazırlanan kıymetli kitap müellifinden istenebilir.

İNSAN HAKLARI. ***Sayı***: **1,** ***Ocak***: **947,** ***Kş***: **50.**

Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana hürriyetlerini sağlama ve koruma Türk Grubu yayınlarından «İnsan Hakları» aylık dergisinin 1. nci sayısı şu yazılarla çıkmıştır:

Prof. Nihat Erim: ***Ülkümüz***, ***Prof. Zeki Mesud Alsan***: Devletler hukuku bakımından İnsan Hakları, ***İlhan Lütem***: ***Franklin Delano Roosevelt***, ***Necmettin Tuncel***: Birleşmiş Milletler Teşkilâtı, ***Nurettin Artam***: (***Ünited Nations Weekly Bulletin'den Terceme***), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Türk Grupunun Kuruluşu, Türk Grupu kurucularının Beyannamesi, Türk Grupu Statüsü, Üye olanlar, Birleşmiş Milletler Antlaşması...

AYNI DERGİ: ***Sayı***: **11,** ***Şubat***: **947.** ***Kş.*** **50.**

Prof. Zeki Mesud Alsan Başkan Roosevelt'in dört hürriyeti, Prof. Ahmet Şükrü Esmer: Birleşmiş Milletler Kurulu 1. nci toplantısının İkinci kısmı, ***Necmettin Tuncel***: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu,

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
413

TERCEMELER: Mirkine—Guètzevitch: İnsan Haklarının Devletlerarası himayesi (Çeviren: *İlhan Lütem*); Birleşmiş Milletler toplantılarında dilden dile tercüme (Ünited Natoons weeklv Bulletin'den) (Çeviren: *Nurettin Artam*); 15 Ocak ile 15 Şubat tarihleri arasında Üye olanların isimleri...

AYNI Dergi. *Sayı*: *III*, *Mart*: **947**, *Kş*: **50.**

Prof. Zeki Mesud Arsan: İnsan Hakları Dâvası, Prof. Ahmet Şükrü Esmer: Birleşmiş Milletler Kurulu birinci toplantısının ikinci kısmı, *Hasan Refik Ertuğ*: Birleşmiş Milletler ülküsü, İlhan Lütem: Milletlerarası eğitimin lüzumu, Paul GUGGen Heim: Atlantik misakı ve Teamülî Devletlerarası hukuk (çeviren: *Necdet Çeşmig*, Türk Gurubu Çalışmaları...

AYNI DERGİ. *Sayı*: *IV*, *Nisan*: **947**, *Kş*: **50.**

Prof. Zeki Mesud Alsan: Milletlerarası düzenin temel şartları, Dr. Talât Miras: Virginia İnsan Hakları demeci, Necmettin Tuncel: İnsa Haklarının tesbitine doğru, Türk Grubu çalışmaları.

TERCEMELER: Fransız İnsan Hakları birliği Tüzüğü (Çeviren: *Hamide Uzbark*), Yeni (Magna Carta) (Çeviren: *Talât Benler*), Türk Grubuna üye olanlar...

AYNI DERGİ. *Sayı*: **5**, *Mayıs*: **947**, *Kş*: **50.**

Prof. Zeki Mesud Alsan: Siyasî hürriyet; Ekonomik Hürriyet, Prof. Ahmet Şükrü Esmer: İnsan Hakları Beyannamesi, Dr. İlhan Lütem: Woodrow Wilson;

TERCÜMELER:

Birleşmiş Milletler Başkenti New York: Çeviren: *Necdet Çeşmig*; Yalta Konferansı (A. de La Pradella'ın La PaiX Moderne adlı eserinden) Çeviren: Dr. İlhan Lütem; İnsan Hakları Birleşmiş Milletler Teşkilâtının başarısı için esastır: Yazan: *Hanri Bonne* (Çeviren: Ferda Kocaçimen)...

***Siyasî İlimler Mecmuası*. *Sayı*: 190, *Ocak* 1947.**

Kıymetli derginin bu sayısındaki münderecatı şöylece sıralayabiliriz:

Prof. Dr. Zeki Faik URAL: Köylerimizde sağlık kalkınması, Namık Zeki ARAL: Tediye anlaşmaları, Ord. Prof. H. Ş. BABAN: "Monnet„ plânı, Kâmuran ACET: İşçiyi ilgilendiren bir kapitalizm (Terceme), Beria OKAN: Milliyetçilik ve azınlıklar (Terceme).

YAŞAMA ÇALIŞMALARI: N. Z. ARAL: 1947 yılı bütçesi üzerinde düşünceler: II,

FİKİR HAYATI: Ferda KOCAÇİMEN: B. M. Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilâtı.

EKONİMİK KRONİK: 7 Eylül kararları ve akisleri,
POLİTİK KRONİK: Ahmet Şükrü ESMER: Bu ayın olayları,

BİBLİYOGRAFYA: ***H. R. Ertuğ:*** ***Bibliyo tekçinin Elkitabı,*** Türkiye C. Merkez Bankasının aylık vaziyet hesapları V. S.

AYNI DERGİ: ***Şubat:*** **947,** ***Sayı:*** **191**

Prof. Zeki Faik Ural: Köylerimizde Sağlık kalkınması: 11, Namık Zeki Aral: İktisatta idarecilik (Dirigisme). Ord. Prof. H. Ş. Baban: Amerika'daki Son Büyük greve dair. ***Altan Baltacıoğlu*** İmar plânlarına başlamadan önce, ***Kâmuran Acet:*** Beveridge plânının Amacı;

YASAMA ÇALIŞMALARI: ***N. Zeki Aral:*** 947 yılı bütçesi üzerinde düşünceler: III;

FİKİR HAYATI: Barış Andlaşmaları hükümlerinin özeti;
EKONOMİK KRONİK: 7. Eylül Kararları ve akisleri;
POLİTİK KRONİK: ***Ahmet Şükrü Esmer:*** Bu ayın olayları;
BİBLİYOGRAFYA: ***H. R. Ertuğ:*** İstatistikle ilgili yayınlar; Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının Aylık Vaziyet Hesapları.

İLERİ HUKUK DERGİSİ. ***Sayı:*** **23** ***Mayıs:*** **947,** ***Kş:*** **50.**

Her ay muntazam bir surett pek kıymetli yazı ve seçme Yargıtay içtihatlarile yayınlanan Hukuk dergisinin bu sayısıda aşağıdaki münderecatla yayınlanmıştır:

Rağıp Sarıca: İdare. ajans ve memurlarının hüviyet ve isimlerini açıklamak zorundamı dır. Necmettin Berkin: Usul Hukukumuzun mazisi, Mahmut Goloğlu: Cezalandırılmıyan kaçakcılık, Tahir Kanık: Başkasının eyleminden sorumluluk, yazılarından başka: «Müşterek mülkte paydaşlardan birinin payını kiraya vermesi ve iki taraf arasında bağlantı vücuda getirmesi» hakkında Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararı, «peşin ve veresiye ile satışta ticaret kanununun 633 ncü maddesine göre ikrar edilen ifade», «Nakil işinde teslime kadar tahakkuk eden ücret şomaj bedeli ve bundan doğan hukuk dâvalarında zamanaşımını» «Sigorta akdinde ticaret kanununun 492 ve Borçlar kanununun 1. nci maddesi gereğince şifahi akit», «verilen şeyin istirdadına mütedair bulunan dâvaların istima edilebilmesi için, ihtarname keşidesinin lüzumsnzluğu», «Borçlar kanununun 484 ncü maddesi hükmüne göre, kefaletin tahrirrî şekilde yapılması» hakkında Yargıtay Ticaret dairesi kararları ve bibliyografya...

Aynı dergi: Sayı: 24, Haziran 947. Krş: 50.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Blegesay: Adalet ve ihtiyaçlara aykırı kanunun tatbiki meselesi, kanun hilesi; ***Doçent Dr. Bülent Davran*** Miras bakımından rücu caizmidir?, ***Dr. iur Necmeddin M. Berkin:*** Hukuk usullerimizin ıslahı ve tahkikat yargıçlarının

davaları tefrik ve tevhit yetkileri; ***James Langhem*** (Çeviren: ***Ertan Soyak***): Sulh hakimi; ***Mahmut Goloğlu***: Kira zamlarının şümul sahası; ayrıca: "İki kardeşin müşterek mülkü olan mecur dairenin konut zarureti sebebile tahliyesi davasında iki kardeşin bir dairede oturmak zorunda olup olmadıkları„ hakkında Yargıtay Genel Kurul Kararı; "Akreditif bedelinin bankaya yatırılan kur farkının tahsili davasında husumet, yeddi emin banka ve para üzerinde hak iddia eden üçüncü şahısların durumu„ "Ticaret K. nunun 642 nci maddesi müşterek taahhüt altına giren borçlular müteselsil sorumluluk, icrada borcunu inkâr eden horçlu ve icra tazminatı„, "Bankaya rehnedilen hisse senetlerinin satılması, borcu vadesinde ödemeyen borçlunun senet sahibine karşı sorumluluğu. Mütehassıs bilirkişi raporları hakkındaki itirazlar„ "Senetli iddia ve noter senedine karşı ileri sürülen muuazaa iddialarının isbatı„ na dair Yargıtay Ticaret dairesi kararları...

Hukuk ve İçtihatlar dergisi. Sayı: 8, Mart—Nisan: 948.

İlk sayısındanberi biraz daha tekâmül gösteren ve her hukukçunun daima arayacağı ve okuyacağı bir kıymette yayınlanan derginin bu sayısı da aşağıdaki seçme yazılar ve Türk Yargıtay ve Federal Mahkeme Kararlarile çıkmıştır:

A. Fahri Ağaoğlu: Medeni kanunun değiştirilmesini zaruri kılan bazı sebepler ve temenniler, ***A. Refik Gür***: Hukuk bakımından iki büyük yurt davası (Nikâhsız karı—Tapusuz tarla), ***Kemal Onsun***: Kooperatif şirketlerin ticari mahiyetleri ve tasfiye halinde iken iflâsları, ***Muammer Obuz***: Alıkoyma suçunda mağdur gayri reşidin ehliyeti cezaiyesi, ***Hasan Basri Tarman***: Bazı özel kanunlara göre verilen cezalara karşı yapılan itiraz üzerine sulh yargıçlığınca uygulanacak usul hakkında tenkidi bir inceleme, ***Nejat Hazım Öztürk***: Sorguya çekilmeden sanık hakkında beraet kararı verilmesi sanık lehine konulmuş hukukî bir kaidenin ihlâli sayılamaz, ***Adnan Önelçin***: Askeri yargılama usulü K. nunun 105 nci maddesinin C. bendi üzerine düşünceler, ***Ömer Könü***, ***Şükrü Eroğlu***, ***Namık Ekrem Subaşı***, ***Adnan Önelçin***, ***Hasan Basri Ege***, Yargıtay Tevhidi İçtihat ve ceza kararları, ***Hasan Halis Sungur***, ***Tahsin Çerik***, ***Hamit Çetin***, ***Şeref Erdoğan***, ***Rahmi Karakaya***, ***Hasan Basri Ege***, ***Mehmet Bülent Baran***: Yargıtay ceza kararları, ***Mustafa Kıray***: Federal mahkeme kararları v. s.

Dergi Konyada avukat ***Hasan Halis Sungurdan*** istenebilir.

İstanbul Barosu dergisi. Ocak: 947, Sayı: 1.

21 nci yıl yayınına başlayan kıymetli hukuk dergisinin bu sayısı şu yazılarla çıkmıştır.

Avukat ***Ahmet Refik Gorbon***: Hukuk alanında genişlemeler, Avukat ***Nihat Bartu***: Zayi hisse senetleri ve tahviller hakkında tevhidi içtihat kararı münasebetile, içtihatlar, meslek haberleri v. s.

Aynı dergi. Şubat: 947, Sayı: II.

Avukat ***Ali Haydar Özkent***: Ücret mukavelesinde gabin iddiası, Avukat ***Kemal Demiroğlu*** C. Savcıları arasında görev ve yetki ihtilâfları nasıl halledilir? Bir kaç meslekî mübahase: tercüme eden: ***D. Devres***, Avukat ***Dr. Münib H. Ürgüplü***: Zavallı ***Kemal Hikmet***, Avukat ***Dr. Reşat Atabek***: Federal mahkeme kararları: Tercüme eden: ***D. Devres***, içtihatlar, aramızdan ayrılanlar, meslek haberleri...

Ayni dergi. Mart: 947, Sayı: III.

Ahmet Faik Şevket Rumeli: Vesikalı poliçe. ***Hakkı Süha Hatunoğlu***: Evli bir erkeğin bir bakire ile karı koca gibi bir arada yaşaması mümkün olabilirmi? Türk Ceza K. nununun 441. nci maddesinde yazılı suçun tekevvünü için cinsî münasebatın meşrut olup olmadığı üzerinde düşünceler, avukat ***Yakım Bahar***: Boşanmaya genel bir bakış. Avukat ***Mehmet Ali Davran***: Avukatın konuşması, Avukat ***Nesim Sages***: Diyojenin feneri, Avukat ***Hakkı Nezihi Savran***: Bibliyografya; mevzuat, içtihatlar, meslek haberleri...

Aynı dergi: Mayıs: 947, Sayı: V.

Avukat ***Volf Çernis***: 5020 sayılı kanuna göre tahliye sebepleri; içtihatlar, mevzuat, meslek haberleri, İstanbul barosu genel kurul toplantısı tutanağı...

İDARE DERGİSİ, Sayı: 185, Mart—Nisan: 947, Krş. 100.

İçişleri Bakanlığınca çıkarılan derginin 18 nci yılına ait bu sayısı da şu mühim münderecatla yayınlanmıştır.

TETKİKLER:

Suat Engin: İdarî velâyet yetkileri, ***Mehmet Tarcan***: Köy muhtarının görev ve yetkileri, ***Ziya Oğuz***: Bâzı vergi kanunlarının

417

mülkiye amirlerine yüklediği sorumları; ***Rağıp Öğel***: Velâyet ve ek vazife aylıkları.

TERCÜMELER:

Vecihi Tonük: Sovyet Rusya'nın devlet ve idare sistemi, ***C. Z. Şanbey***: Avrupada ilk idare ve esas teşkilât şekilleri, ***Hayri Orhun***: Belçika'da devlet memurlarının seçimi.

FİKİR HAREKETLERİ:

Hakkı Berksun: Başlıca memleketlerde basın rejimleri, ***Cahit Kayra***: Müstakil İngiltere'nin imarı;

YABANCI MEVZUAT:

İngiltere'de suçları önleme kanunu, ***Dr. H. Tevfik Alyot***: Fransız Cumhuriyeti Anayasası...

DEVLET DEMİRYOLLARI VE LİMANLARI İŞLETME G. Md. Kanunlar, tüzükler, kararlar.... *İzmir, Demiryollar B, 1946, (21×14,5), VIII+374 s. (Devlet Demiryolları ve Limanları İşletme G. Md. İş Hukuku: 1).* F. ... K.

HIRSCH, Ord. Prof. Dr. E.

Kant'ın ebebî barış üzerindeki felsefî denemesi.... *İst. Kenan B, 1946, (24×17), 31 s., Ay.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mec. Cilt: III, sayı: 1.* F. ... K.

BARKAN, Prof. Ömer Lûtfi.

Türkiyede sultanların teşrif sıfat ve salâhiyetleri ve kanunnameler. İst., İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 713—733 s. F... K.

ELBİR, Kemal.

Evlenmesi memnu akrabaların evlenmelerinin ve cinsî münasebetlerin ceza müeyyidesi ile tehtidi meselesi karşısında Türk hukuku. ... *İst. İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 653—680 s.* F... K.

ERMAN, Sahir.

Ceza hukukunda kukukî bilmeme ve yanılma.... *İst. İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 509—536 s.* F. ... K.

418

SARICA, Ragıp.

Vazifeye müteallik bâzı suçların hizmet kusuru sayılmasına karşı serdedilen itirazlara cevap. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 439—462 s.*

ŞENSOY, Naci.

Ceza hukuku bakımından akıl hastalığı. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (24×17), 463—508* s.

ELBİR, KEMAL.

Evlenmesi memnu akrabaların evlenmelerinin ve cinsi münasebetlerinin ceza müeyyidesi ile tehdidi meselesi karşısında Türk hukuku. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 653—680* s. F. ... K.

MARDİN, Ord. Prof. Ebül'ulâ.

Medenî hukuk cephesinden Ahmet Cevdet Paşa. ... *İst., Cumhuriyet B., 1946, (24,5×17), 367+16* s., *r.* (*İstanbul Üniversitesi yayınları: 275—Hukuk Fakültesi yayınları: 53*). F. 384 K

POSTACIOĞLU, Dr. İlhan E.

Mahkeme ictihatları bakımından ıkrarın tecezzisi meselesi. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 609—626* s. F. ... K.

TUNAYA, Tarık Z.

Müessese teorisinde fikir unsuru ve bâzı hususiyetleri. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 537—560* s.

ARSEVEN, Haydar.

Çatmalar. ... *İst., Hak K., 1947, (24×16,5), 32* s. F. *50* K.

ARSLANLI, Dr. Halil.

Ticarî bey'in mevzuu. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (23,5×17), 627 - 652* s. F. ... K.

BELGESAY, Ord. Prof. Mustafa Reşit.

Mecellenin küllî kaideleri ve yeni hukukun ana prensipleri. ... *İst., İsmail Akgün B., 1947, (24,5×17), 56 s.* F. *180* K.

Kâzim DERELİ

Adalet Bakanılğından

Yükselmelerine halen kazaî ve inzibatî engel bulunmıyan Yargı ve Savcılarla yargıç sınıfından bulunanların Eylül/947 sonuna kadar yükselme sürelerini bitirenlere ait olup 6/6/947 gün ve 6625 sayılı resmî gazete ile Hâkimler kanunun 29 ncu maddesi geregince yayınlanan yükselme teklif listesine ek.

Altıncı Derece Yagırçlar

Sıra NO.	Sicil NO.	Adı	Memuriyeti
1	6017	Emin Gebizlioğlu	Ankara Yargıcı

Sekizinci Derece Yargıçlar

1	8076	Mehmet Cevdet Kocaman	Keşap Sulh Yargıcı

Yargıtay Tevhidi İçtihat Cenel Kurulunun 9/10/946 Gün ve $\frac{6}{12}$ $\frac{\text{Esas}}{\text{Karar}}$ Sayılı Kararı Örneği

Tapu sicillinde kayıtlı olmayan bir gayrimenkulünü başkasına satıp teslim etmiş olan kimsenin sonradan dönüpte bu satışın muteber olmadığından bahsile satın alan kimseden geri almak için açtığı davada; dava edilenin bu yeri 10 yıl önce hariçte davacıdan satın aldığını ve arada zamanaşımı bululnduğunu ve artık satıcının geri istemiyeceğini söyliyerek savunması üzerine, Borçlar Kanununun 125 inci mddesi hükmü veçhile 10 senelik zamanaşımının uygulanıp uygulanmıyacağı hususu Yargıtay Üçüncü ve Beşinci hukuk daireleri kararları arasında ictihat uyuşmazlığı konusudur.

Sözü edilen davada, Borçlar Kanununun 125 inci maddesinde yazılı 10 senelik zamanaşımının uygulanamıyacağını bildiren Yargıtay beşinci hukuk dairesinin kararı; Yargıtay kararlarını birleştirme kurulunun toplantılarında yapılan açıklamalara göre, ziliyedlik bir hak olmayıp şey üzerinde fiilî bir durum idüğinden bunun gayri menkulün aynından, zatından ayrı olarak düşünlmesine imkân olmadığı ve bir gayri menkulün aynını hariçte satmak kanun uyarınca caiz ve muteber olmadığından bu ayından ayrı ve mücerret olarak tasavvuru kabil olmıyan zilyedliğin de devrinin muteber sayılamıyacağı ve bu husus, daha evvel Yargıtay içtihatlarını birleştirme kurulunun 22/11/944 tarihli kararında tapusuz gayrimenkulün haricî satış ve alıcıya teslimi kanun hükmünce muteber ve makbul bulunmadığı cihetle satıcının bu gayrimenkulü geri almağa hakkı olacağı beyan ve kabul edilmek suretiyle halledilmiş olduğundan artık bu konuya tekrar dönülemiyeceği ve bu karara aykırı düşüncelerin ileri sürülemeyeceği ve ilk zilyed gayri menkulün maliki olmassı hasebile dava edilen sonraki zilyedin „bunu ben senden satın almıştım“ diye vukubulan ıkrarı ilkin eski zilyedliğini kabul ve ıkrar olacağından sonraki zilyedin bu ıkrar ile ilzam olunarak gayri menkulü geri vermesi icabedeceği ve Medenî Kanunun (899) uncu maddesi mucibince zilyedin, zilyedlik karinesini o şeyi kendisine vermiş olan kimseye karşı dermeyan edemiyeceği ve (909) uncu maddesi hükmü vâris ile muris elinde geçen müddetleri ifade ve hesaba mahmul olup diğer suretle olan

tasarruflara şâmil bulunmadığı ve zilyedliğin terkolunup devir gibi bir bağıtta konu olmıyacağı ve bu sebeplerle Borçlar kanununun (125) inci maddesinin hâdiseye uygulanması doğru olmayıp ancak dava edilen alıcının Medenî Kanunun (639) uncu maddesi kayd ve şartlarına uygun yirmi senelik bir işgali vakı ve sabit ise buna dayanabileceği ve 10 senelik zamanaşımının kabulü sözü geçen Medenî Kanun maddesinin koydeğu 20 senelik iktsabî zamanaşımının diğer yolda değiştirme ve ortadan kaldırma olacağı gibi düşünce ve gerekçelere dayanmaktadır.

Önce kaydı gerekdir ki, Yargıtay daireleri kararları arasındaki uyuşmazlık tapuda hiç kaydı olmayan arazi hakkındadır.

Arazi Kanunu hükümlerince rekabesi devlete ait arazide fertlerin ancak tasarruf hakkı vardır. İlkte devlet tarafından arazi tefvizi suretiyle başlıyan ferdin bu tasrruf hakkının sonradan feragğ ve intikal gibi sebeplerle başkalarına geçmesi şekil ve suretleri, ve bn nevi arazinin müstehikkı tapu olmak ve istekleri halinde eski mutasrrıflarına bedeli misli ile veya kanunda belli sebeplerle müstehıklerine veya hakkı tapu eshabına tapuyu misli ile verilmek veya mahlûl olarak arttırma suretiyle isteyene ihale olunmak halleri ve yine kayd ve şartlarına uygun olarak hakkı karar ve ihya yollariyle rekabesi devlete ait arazide tasarruf hakkının kazanılması usulleri arazi Kanunu ile 28 Recep 1276 tarihli tapu talimatnamesinde ve diğer emvali gayrimenkulenin tasarrufu ve intikalâtı hakkındaki kanunlarda açıklanarak belirtilmiştir.

Eski mevzuat, yukarda özetlenmiş olan belli sebepler rekabesi devlete ait olan arazide ferde tanınan tasarruf hakkının tapu sicilline kaydı lüzumunu kabul ve emreder ve bu sebeplerin dışında ferde bir tasarruf hakkı tanımaz. Bunun içindirki kanuna uyar bir tasarruf hakkı bulunmıyan ve hakkıkarar müddetinide henüz doldurmamış bulunan bir kimsenin elinde bulunan arazinin aynı durumda olan diğer biri tarafından haksız olarak işgalinde ancak eski ve hakıkî zilyedin ileriye ait iktisap hakkının (hakkıkarar yolu) korunması bakımından bu yerin onun elinde bırakılmasına hüküm ile yetinildiği eski yargılamalarda doğru olarak görülür.

Sonradan yürürlüge giren Medenî Kanunumuz, eski arazi Kanunu esaslarında tamamiyle farklı olarak gayrimenkulün aynına da şâmil olmak üzere mutlak milkiyeti esasını koymuş ve bu milkiyetin mevzunu (632) inci maddesinde tarif ederek saymış ve

(633) üncü maddesinde gayrimekulün iktisabı için tapu siciline kaydın şart olduğunu ve bunula beraber işgal, miras, istimlâk, cebrî icra yolları veya mahkeme ilâmı ile bir gayri menkulü iktisap eden kimsenin tescilden evvel dahı ona malik olacağını ve (634) üncü maddesinde gayrimenkul milkiyetini nakleden akidlerin muteber sayılması için gerekli şekilleri bildirmiştir. İşgal ile iktisabın caiz olması da ilk şart olarak bir gayrimenkulün sahipsiz bir halde gelmiş olması hususuna aynı kanunun (635) inci maddesinde işaret olunmakla beraber diğer kayıt ve şartların tahakkuku lüzumu (639) uncu macdesinde gösterilmiş ve bir gayrimenkulü hibe yoluile iktisap eden kimsenin doğrudan tescil muamelesinin yapılmasını malikinden isteyebileceği gibi ihraz ve işgal ve intikal ve istmlâk ve cebrî icra ve mahkeme ilâmı ile bir gayrimenkul milkiyetini iktisap eden kimsenin doğrudan doğruya tescil muamelesini yaptırabileceği (642)inci maddesinde yazılı bulunmuştur.

Madenî Kanunnn bir gayrimenkul milkiyetini iktisap için sayıp bildirdiği bu sebepler dışında bugün yürürlükte bulunan ve sayıları oldukça kabarık olan diğer özel kanunlarımızda bir gayrimenkul milkiyetinin tahsis, tefviz ve temliki sebep ve usullerini ve malikleri adına tapu sicıline kaydı lüzumunu koymuş ve köstermişlerdir.

Söz özetlenirse eski kanunular uyarınca arazi tasarruflarında olduğu gibi Medenî kanun ve diğer özel kanularımızda gayrimenkul malde milkiyet hakkının iktisabını belli sebeplere hasrederek bu sebepler dışında bir kimseye bu mallar üzerinde malikiyet hakkı tanımamışlardır.

Bununla beraber Mednî veya diğer kanunlar uyarınca bir kimsenin henüz malik sayılmadığı bir gayrimenkulü elinde bulundurması gerçek bir olaydır, her yerde görülür. Böyle milkiyet hakkına dayanmıyan veya bir malik namına muzaf olmıyan işgalde şagılin hukukî durumu nedir? Ne olmalıdır? Bu hususunun Medenî Kanunumuzun zilyedlik fasılının hale uyar hükümlerine göre hal ve tâyin olunması icabeder.

Medenî kanunumuzun (887)inci maddesi zilyedi, bir şey üzerinde fiilî surette tasarruf sahibi olan kimsedir diye tarif eder. Şeyde fiilî tasarruf kudreti, şey'in aynına malik olan veya olmayan kimselere şâmil olarak tanınmıştır. Diğer bir deyim ile bir şeyin zilyedi onun gerçek maliki olabileceği gibi henüz milkiyetini iktisap etmemiş kimsede olabilir. Bu kimsenin tasarrufunun haklı olup olmadığına

bakılmaz. Bir şeyin aynına malik olmıyan kimsenin zilyedliği zaman ile o şey milkiyetinin iktisabını sağlıyabilir. Menkul bir malı beş sene müddetle Medenî Kanunun (701)inci ve gayrimenkul bir malı yirmi sene müddetle (639) uncu maddeleri kayıt ve şartları dairesinde elinde bulunduran kimse o menkul ve gayi menkul mala malik olmak hakkını kazanır ve gayrimenkulün namına tescilini istiyebilir. Bunun içindirki, menkul ve gayrimenkul malların aynı hakkında olduğu gibi henüz aynı milkiyetine dayanmayan ve fekat ilerde onun iktsabını sağlıyan zilyedliğini de kanun himayesi altına almıştır. Menkul ve gayrimenkul mallarda zilyedliği tecavüze uğrıyan kimsenin hakkını korumak için yapabileceği şeyleri ve bu yolda yetkilerini Medenî Kanunun 694, 895, 896 ıncı maddeleri göstermekte olduğu gibi bu hakların belli süre içinde kullanılmasını ve yoksa bu yolda dava hakkının zamanaşımına uğrayacağını 897 inci madde bildirmektedir.

Yukarda yazılan (896) ıncı madde uyarınca bir gayrimenkulde zilyedliği tecavüze uğrayan kimsenin bu hakkının korunması için açacağı davada; şeye malik olduğunu veya zilyedlik hakkını beyana lüzum olmadan sadece zilyedlik sıfatını ileri sürerek tecavüzü ispat etmesi yeter. Bu halde Yargıç, yalnız davacının gerçek ise zilyedlik halini tesbit ederek tecavüzün men'ine karar verir. Bu karar, zilyedlik hususunda muhkem kaziyye hâsıl etmez, zilyede malikiyet hakkı vermez ve diğer tarafın milkiyet iddiasiyle yetkili mercilerde başkaca dava açmak hakkına dokunmaz.

Zilyedlik aynî bir haktır. Zilyedin eşya üzerinde maddî veya hukukî mutlak tasaruf hakkını haiz olması ve şeyi herkese karşı koruma yetkisi zilyedliğin aynî bir hak olmasının vasıf ve icaplarıdır. Medenî Kanunumuzun aynî haklar başlıklı olan dördüncü kitabının üçüncü kısmında zilyedliğe dair olan hükümleri toplamış olması da zilyedliği aynî haklardan saydığının diğer suretle bir açıklaması olur. Bu halde zilyedliğin aynî bir hak olmadığı iddiası kanunun bu hüküm ve açıklamaları karşısında yersiz kalır.

Zilyedlik esasta bir hak olduğundan, kanun ile men'edilmemiş veya kanunda aksine bir hüküm konmamış olan her hak gibi, sahibi tarafından terk ve başkasına ivazlı veya ivazsız olarak devrolunabilir, ve irs yoliyle intikal eder. Medenî Kanunun (639) uncu maddesi hükmünce bir gayri menkülün milkiyetini ilerde iktisap salâhiyetini veren zilyedlik hakkının, devir ve temlik edilemiyeceği ve irs yoliyle intikal etmiyeceği hakkında kanunda hiç bir hüküm yoktur. Kanunun genel hükümlerinden de böyle bir sonuç çıkarıla-

maz. Aksine olarak, milkiyet hakkında, milkiyetin gayri aynî haklarda olduğu gibi zilyedliğin de bir kimseden diğerine devrolunabileceğini ve intikal edeceğini açıklar kanunda hüküm vardır. Medenî Kanunun (890) ıncı maddesi zilyedliğin; şeyin aynını veya onu iktisap edenin iktidarına geçirecek vesaiti teslim ile intikal edeceğini ve bir şey evvelki zilyedin rızasiyle iktisap edenin iktidarı dairesine geçmekle zilyedliğin naklinin tamam olacağını bildirir. Bu madde menkul ve gayrimenkul mallar hakkında uygulanır muşterek hükmü, ve yine gayri menkul malların milkiyeti ile bereber aslî veya mikiyetten soyut (mücerret) olarak fer'î zilyedliklerinin naklini şümülüne alan mutlak bir beyanı ihtiva eder. İktisap olunan zilyedliğin aslî veya fer'î olduğu diğer deyim le aslî veya fer'î zilyedlikten hangisinin iktisap edildiği hususu naklin dayandığı hukukî münasebetlerin mahiyetine bakılarak hallolunur. Milkiyetten soyut zilyedliğin devri cevazı (909) uncu maddeden daha açık anlaşılır. Bu maddede «zaman aşımından faydalanmak hakkına malik olan zilyed, bu haktan faydalanma salâhiyetine malik evvelki zilyedin zilyedliğini kendi müddetine ekleyebilir«diye yazılıdır. Bu madde, menkul ve gayrimenkul mallarda zamanaşımı yoliyle ilerde milkiyet iktisabını sağlıyan kanun hükümlerini tamamlar, ve onlara daha geniş bir uygulama yeri ve imkânı verir. Madde hükmü veçhile eski ve yeni zilyedliklerin birbirine katîla bilmesi için bunlar arasında hukukî bir bağın ve bitişikliğin (ittisal) bulunması gerektir. Eğer evvelki ve sonraki zilyedlikler arasında hukukî bir bitişiklik bulunmazsa bunlara ait müddetlerin birbirine eklenmesine imkân ve cevaz olmaz. Bu halde zilyedliğin terki hükmü yürür ve yeni zilyed için milkiyet iktisabını sağlıyan kanunî sürenin yeni baştan geçirilmiş olması gerekir. Hukukî bitişikliğin mahiyeti, muris ile vâris, bağışlayan ile bağış alan, satıcı ile alıcı gibi kimseler arasındaki kanunî veya akdî munasbetler ile izah olunur. Maddeden yalnız muris ile vâris elinde geçen müddetlerin birbirine katılacağının maksut olduğu söylendi. Ölmüş bir kimseden vârisine mirasçılık yoliyle geçebilen bir hakkın başka yollar ile geçemiyeceğini kabul eden bir hukuk kaidesi ne düşünülür, ne vardır. Bir kimse ölümünden sonra mirasçılarına intikal edecek olan bir hakkı üzerinde elbette sağlığında dilediği gibi tasarruf edebilir. Genel hukuk kaidesi budur. Bu yönden maddenin dar anlamına ait olan mutalâa kanunî bir sebebe dayanmaz. Söz özetlenirse yukarda yazılan kanun hükümleri, henüz milkiyeti kazanılmamış olan bir gayrimenkul zilyetliğinin bağıt

konusu olabileceğini ve böylece bir elden diğer ele geçebileceğini tereddütsüz anlatır.

Arazi Kanununun (36) ıncı maddesinde tapu ile tasarruf olunan arazinin memuru izniyle bedelli veya bedelsiz olarak istenilen kimse ye ferağ edilebileceği ve Medenî Kanunun (634) üncü maddesinde gayrimenkul milkiyetini nakleden Âkidlerin resmî şekilde yapılması lüzumu bildirilerek memurunun izni olmadan ferağın ve resmî şekilde yapılmış olmadıkça temlikin muteber olmıyacakları bu maddelerde açıklanmış ve resmî şekil sözü ile tapu memuru huzurunda yapılacak satışların maksut olduğu Yargıtay içtihatlarını birleştiren diğer bir kararda evvelce beyan ve kabul olunmakla bereber daha sonra yürürlüğe giren tapu Kanununun (26) ıncı maddesinde milkiyetin nakline mütaallik resmî senetlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılacağı yazılı bulunmuştur. Medenî Kanunun gayri menkul milkiyetini nakleden akitler sözü, arazi kanununun tapu ile tasarruf olunan arazinin ferağı beyanı kadar açık mânalıdır. Milkiyetin nakli önce malik olmağı gerektirir.

Malik olmanın sebebleri kanun ile bellidir. Medenî Kanunun(633) üncü maddesinin son fıkrası, bir malikin temlikî tasarrufta bulunabilmesi için önce gayrimenkulü tapuda kendi adına tescil ettirmesi lüzumuuu bildirir. Bir kimse kanun hükümlerince malik olmadığl bir gayri menkulü ne kendi adına tescil ettirebilir ve ne de o mal hakkında temlîki bir tasarrufda bulunabilirlir. Eski ve yeni kanunların resmî şekle tâbi tuttukları ferağ ve temlik keyfiyetleri tasarruf veya mlükiyeti iktisap edilmiş gayri menkul mallar hakkındadır. Mülkiyet hakkı henüz iktisap edilmemiş bir gayri menkülün hariçte satışı zilyedin, kendisine ilerde o malda mülkiyet iktisabını sağlıyacak olan zilyedlik hakkını devre mahmul olur ki, bu hakkın devri için kanunda ne resmî bir şekil gösterilmiş ne de bir yasak konmuştur. Kanunun açıkca resmi şekle tabi tutmadığı bir akdin mutlak olarak sıhhatı Borçlar Kanununun (11) inci ve Medenî Kanunun (5) inci maddeleri hükmü iktizasıdır.

Bu izahlardan ve kanun hükümlerinden anlaşılır ki, tapu sicillinde kayıdlı olan bir gayri menkul malikinin temlikî taearrufu kannuî şekle tâbi olur. Bu şekil gözedilmedikçe tasrruf muteber olmaz. Fakat tapu sicilinde kayıdlı olmayan gayri menkul zilyedinin zilyedliğini başkasına terk vedevretmesi böyle bir şekle tâbi bulunmaz, kanunun diğer hükümleriyle doğrudan caiz ve muteber bulunur.

426

Esasda kanun uyarınca muteber olan bir bağıta ehliyetsizlik, rıza fesadı ve saire gibi kanunî sebeplerle sataşılabilir, ve bunların sübutu halinde bğıtın ilgilileri ilzam etmiyeceğine hükmolunur Fakat böyle bir hal yoksa bağıt fesihden masun ve bakî kalır ve bağıta konu olan şey geri alınamaz.

Bu açıklamalara göre tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün ancak zilyedliğinin devrine mahmul olan ve şekle tâbi bulunmayan satış muamelesini, tapuda kayıtlı olan bir gayrimenkulün haricî satışına kıyas ederek muteber saymamak ve devredenin bu malı geri almağa hakkı olduğunu kabul etmek doğru olmaz. Ve kanun hükümlerine uymaz. Bu halde Yargıtay kararlarını birleştirme kurulunun, 22/11/1944 tarihli karar ile «zilyedliğin mülkiyetin ve tasarruf haklarından mücerret olarak başkasına devir ve nakli hukukan muteber olmadığından ve tapusuz gayrimenkulün zilyedi tarafından haricî satışı ve alıcıya teslimi kanunen hükümsüz olduğundan satıcının mezkür gayrimenkulü geri almağa salâhiyeti vardır „tarzında kurduğu ictihatta devam ve ısrarın yersizliği meydana çıkar.

Medenî kanunun (907) ve (908) inci maddeleri esasta kendisine ait olmıyan bir şeye zilyed olan kimsenin o şeyi asıl sahibine iade ile mükellef olduğunda iyi veya kötü niyetli olmasına göre uygulanacak hükümlüleri bildirir. Yoksa bu maddeler kanun uyarınca muteber ve tamam olan bir bağıt ile zilyedin mülkiyet veya tasarrufuna geçen menkul veya gayrimenkul bir malın mutlak olarak geri alınabileceğini ifade etmezler. Bunun için (907) inci maddeye dayanılarak (909) uncu maddenin şümulüne giren zilyedliğin devri muamelesinden dönülebileceği yolunda ileri sürülen düşünce kabul olunamaz.

Medenî Kanunun (898) inci maddesi menkul malda aslî zilyedliğin milkiyet karinesi olduğunu bildirir. (899) uncu maddesi yine menkul malda fer'î zilyedin dayanabileceği milkiyet karinelerini göstermekle beraber bu maddenin ikinci fıkrası zılyedin, menkul şeyi kendisine vermiş olan kimseye karşı bu karineyi dermeyan edemiyeceğini beyan eder. Bu maddeler hükümlerinin menkul mallar hakkında olduğu açıktır. Gayrimenkul mallarda zilyedlik milkiyet karınesi değildir. Bu karineyi ancak tapu sicillindeki kayıt teşkil eder. Bu halde (899) uncu maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak ikinci zilyedin, kendisinden gayrimenkul malı aldı-

ğı birinci zilyede karşı milkiyet karinesine dayanamiyacağı ve bu malı birinci zilyede geri vermesi gerektiği yolunda ileri sürülen mutalâa da yersiz bulunur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (92) inci maddesi, davayı kabulü tarif eder. (236) ıncı maddesi ıkrarın yerini ve hükümlerini bildirir. Kanun şerhlerinde ıkrar «bir tarafın, diğer taraftan iddia edilen ve kendi aleyhinde hukukî neticeler husule getirecek olan bir vakıanın doğruluğunu beyanı" suretinde tarif olur. Tapuda kaydı olmıyan bir gayrimenkulü hariçde başkasına satan ve teslim eden ve sonra da bundan cayarak geri isteyen bir kimsenin bu sebeple açtığı davada; alıcının, gerçek bu gayrimenkulü on yıl önce bana sen satmışdın. O zamandanberi işgal ediyorum. Fakat arada zamanaşımı vardır. Artık onu benden geri isteyemezsin diye savunması kendi aleyhinde Hukukî bir netice getirecek mahiyette davayı kabul ve ıkrar değildir. Çünkü, dava edilen kimse o malı ben senden almıştım demekle o şeyden elini çekmiyor belki altta gelen diğer sözleriyle durumunun hakka ve kanuna dayandığını söyliyor. Bir kimsenin kül halinde olan savunmasından, ancak durumunu pekleştirme ve belgeleme için söylediği bir kısım sözleri ele alarak ıkrar saymak ve savunmanın esas mihverini teşkil ve asıl hakka taallûk eden ifade ve iddiaları tetkiksiz bırakmak usul kanunu hükümlerince doğru ve caiz olmaz. Bunun için bir davada yukarda tasvir olunduğu veçhile vukubulan savunmanın davayı ıkrar sayılacağı, ve davalı gayrimenkulün davacıya geri verilmesi icabedeceği mutalâası asla kabul olunamaz.

Tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrimenkulün, zilyedliğini devre mahmul olan satışının, aldanma, rıza fesadı ve saire gibi sebeplerle bozulması veya lüzum ifade etmemesi veya tapulu bir gayrimenkulün haricî satışına kıyas olunarak doğrudan muteber sayılmaması iddia olunabilir. Böyle bir davada ileri sürülen sebeplerin mahiyetine göre zamanaşımına veya hak düşüren sürelere dayanarak savunmak taraf hakkıdır. Bu yolda bir savunmayı Yargıcın önce incelemesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (77) ve (221) inci maddelerinin beyan ve işareti veçhile doğru ve gerekli olur. Zilyedliğin aynî bir hak olduğu ve her hak gibi sahibi tarafından başkasına ivazlı veya ivazsız devir ve terkolunabileceği yukarda söylendi. Böyle bir bağıtın hukukî mahiyetine ve dava ve savunma sebeblerine ve hususiyle Medenî kanunun (5) inci maddesi hükmüne bakarak hâdiseye uyan zamanaşımı veya hak düşüren süre hükümlerini uygulamak Yar-

gıca düser. Burada açıklamak yeridirki; dava edilenin, davalı gayrimenkulün milkiyetini iktisaba yarar Medenî Kanunun (639) uncu maddesine uygun yirmi senelik bir işgali vâkı ve sabit ise davanın reddinde önce bu milkiyet hakkına istinat olunur.

Yukarda tasvir olunduğu veçhile açılan bir davada her hangi bir zamanaşımının kabulü tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrımenkul milkiyetini iktisap için Medenî Kanunun (639) uncu maddesinin koyduğu yirmi senelik işgal müddetini değiştirmek ve kısaltmak olacağı iddiası tamamiyle yersiz ve isabetsizdir. Çünkü (639) uncu maddenin kabul ettiği yirmi senelik işgal müddeti gayrımenkul milkiyetini iktisap içindir. Halbuki davada kabul olunan zamanaşımı veya hak düşüren bir süre ancak davacının husumet ve muarazasını def'e yarar. Zamanaşımı sebebiyle aleyhindeki davayı ve muarazayı def'eden kimse, hemen o gayrımenkulün maliki olmuş değildir, namına tescilini isteyemez. O ancak bir hasımdan ve sataşçıdan kurtulmuştur. O yerin milkiyetini iktisap için kanunun koyduğu şartlarla belli müddet işgalde devam edecektir. Kanun icabı olan bu sonuçlar anlatır ki, bir davada kabul olunan zamanaşımı veya hak düşüren bir süre kanunun koyduğu iktisabî zamanaşımı müddetinine ne değiştirir ve nede kısaltır.

Ynkardanberi kanun hükümlerine dayanılarak yapılan etraflı açıklamalar ile muhalif düşünceler cevaplandırılmış ve müdafaa olunan rey ve düşüncelerin gerekçeleri bildirilmiş oldu. Buna göre;

Bir kimsenin kanunlar uyarınca henüz malik olmadığı tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrımenkulünü başkasına satıp teslim etmesi ilerde milkiyet iktisabına yarıyan o mal üzerindeki fiilî tasarruf hakkını, zilyedliğini devre mahmul olduğu ve aynî bir hak olan zilyedliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup resmî şekle tâbi bulunmadığı cihetle bu muamelenin tapulu gayrımenkullerin haricî satışlarına kıyas suretiyle kendiliğinden hükümsüz sayılamayacağına ve böyle bir devre karşı aldanma, rıza fesadı ve saire gibi sebeplerle vuku bulan sataşmalarda (taarruzlarda) diğer tarafın zamanaşımına veya hak düşüren süreiere dayanarak savunmaya hakkı olacağı gibi dava sebebine bakılarak hadiseye uyan zaman aşımı veya hak düşüren süre hükümlerinin uygulanması gerekeceğine ve bu arada yerine göre borçlar kanununun (125) nci maddesinde yazılı 10 senelik zamanaşımının uygulanabileceğine ve böylece hâdisede Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinin kurduğu içtihadın doğruluğuna 9/10/946 tarihli toplantıda reylerin üçde ikiyi aşan çokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 27/11/1946 Gün ve $\frac{28 \text{ Esas}}{15 \text{ Karar}}$ Sayılı Kararı Örneği

Şayi hissenin hissedara kiralanabileceğine dair olan Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin 27/6/1935 tarih ve 2972 ve Dördüncü Hukuk Dairesinin 7/3/1942 tarih ve 740 sayılı kararile, kiralanamıyacağına dair olan Ticaret Dairesinin 24/9/1941 tarih ve 2175 sayılı ve hukuk Genel kurulunun 26/9/1934 tarih ve 3 sayılı kararları arasında aykırılık bulunduğu hakkındaki Emlâk ve Eytam Bankası Umum Müdürlüğünün 20/7/1943 tarih ve 9410 sayılı yazısı üzerine toplanan Tevhidi içtihat Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek:

Sonuçta:

Müşterek şeyin kiraya verilmek suretile menfaatinden faydalanmak hususu Medenî Kanunun 625 inci maddesi son fıkrasındaki temlikî tasarruflardan olmadığı gibi 624 üncü maddesinde misal olarak gösterilmiş olan ufak tefek onarmalara ve ziraat işlerine de benzetilemiyeceğinden bunun sözü geçen 624 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yazılı tasarruflar çeşidinden mühim idarî bir tasarruf sayılması lâzımgelir.

Mühim sayılan bir idarî tasarrufu diğerlerinin haberi olmaksızın paydaşlardan birinin veya bir kaçının yapmasına medenî kanun hükümleri müsait değildir. Kanun Vazii, bu tasarrufu ancak müşterek milkin yarısından fazlasına malik olan ve sayı itibariyle de çokluk teşkil eden paydaşların birlikte yapabileceklerini kabul etmektedir.

Bu şart bulunmadıkca paydaşlardan bir kısmının mühim idarî tasarruflardan sayılacak bir hususa dair yapacakları tasarruflar ötekileri ilzam edemiyeceği gibi üçüncü şahıslarla kendileri arasında da bir bulantı husula getiremez. Eğer müşterk şeydeki milkiyet haklarının mahiyeti ve bağıt yapmaya yetkilerinin derecesi hakkında üçüncü şahıslara yanlış malûmat vermiş veyahut sıfat ve yetkilerini saklamışlarsa bu haksız hareketlerinden dolayi onlara karşı haksız fillere dair hükümler dairesinde bir mesuliyet altına girmiş olurlar.

Kanun Vazıinin mühim idarî tasarruflar için koyduğu bu ehliyet şartının üçüncü şahıslarla yapılacak bağıtlara mahsus olup

paydaşların birbirleriyle bu kabîlden yapacakları tasarruflara şümulü olmadığı yolunda bir tefsire her bakımdan kanunun metni ve ruhu müsait değildir. Çünkü, kiracının yabancı bir şahıs veya paydaş olması, tasarrufun mahiyetini değiştiremez. Kira bağıtı paydaşlar arasında da yapılsa bu bağıtı yapanlar yine mühim idarî bir tasarrufda bulunmuş olurlar. Bundan dolayı kanunda tâyin edilen çokluğu teşkil etmeyen paydaşların diğer paydaşlardan biriyle yaptıkları kira bağıtı taraflar arasında bir bağlantı vücude getiremez.

Yalnız iki kişi arasında yarı yarıya müşterek olan bir şeyin paydaşlarından birinin kendi payını diğerine kiralaması halinde kiralıyan taraf kanunun tâyin ettiği çoklukta olmamakla beraber, bu şekilde yapılan tasarruf bütün paydaşların birlikte yapmış oldukları bir tasarruf olması bakımından, muteber sayılmak icabeder. Esasen kanun Vazii bütün paydaşların birlikte hertürlü tasarrufları yapabileceklerini bir asıl olarak kabul etmektedir. Bâzı tasrrufları paydaşlardan her birinin ve bir kısım tasarrufları da paydaşlardan muayyen bir çokluk teşkil edenlerin yapabileceği hakkındaki hükümler aslın müstesnası olarak konulmuş hükümlerdir. Hilâfına sözleşme bulunmadıkça paydaşlar kanunun bu hükümleri dairesinde hareket etmek mecburiyetindedirler.

Paydaşlardan birinin müşterek şeyin gelir ve semerelerinden hissesine düşecek olan kısmı paydaşlarından birine veya üçüncü bir şahsa devretmesi, hissenin kiraya verilmesi demek değildir. Böyle bir bağıt devrolunana ancak devredenin hissesini şeyi idare eden paydaşlardan istemek hakkını verir. Rey ve idare hakkını vermez. Çünkü, rey ve idare hakkına malik olmak ancak o şeyde pay sahibi olmaya bağlıdır. Bir şeyde pay sahibi olmıyanlar onun idaresi işinde rey vermek hakkına malik olamazlar.

Bir paydaşın müşerek şeyin aynındaki payını üçüncü bir şahsa veya paydaşlardan birine kiralaması esas bakımından da mümkün olmıyan tasarruflardandır. Çünkü, kiralıyan sıfatını alan paydaş müşterek şeyi diğer paydaşlarla idare etmek mecburiyetinde olduğundan kira bağıtı ile üstlendiği borcu yani bağıttan maksut olan kullanmağa salih bir şekilde teslim borcunu ne paydaşına ne de üçüncü bir şahsa karşı yerine getirmeğe ve kira müddeti içinde de bu halde bulundurmağa muktedir değildir. Hattâ o şey pay

lar sayısınca hisselere ayrılmış ve her bir hisse paydaşlardan birinin kullanmasına bırakılmış olsa bile yine bunların ayrı ayrı, mühim idarî tasarruflardan olan kira bağıtı yapmağa yetkileri olamaz. Meğerki kanunun tâyin etmiş olduğu çokluk veya bütün paydaşlar buna müsaade etmiş olsunlar. Aksi takdirde böyle bir kira bağıtının diğer paydaşları da bağlaması ve bu halde bu hisseye ait kira müddeti bitmedikçe diğer paydaşların Medeni Kanunun 627 inci maddesi mucibince hâiz oldukları taksim ve şüyuun izalesini istemek haklarını kullanmamaları lâzımgelir ki, bu yolda bir tefsirin kanunun hükümlerine olduğu kadar hukukun esaslı prensiplerine de aykırı düşeceği açıktır.

Yukarda yazılı düşünce ve sebeplerden dolayı müşterek mülkte pay sahibi olan müteaddit şahıslardan birinin kendi payı hakkında gerek yabancı ve gerek paydaşlarından birisiyle yapacağı kira bağıtının taraflar arasında bir bağlantı vücude getiremiyeceğine ancak, iki kişi arasında müşterek olan bir şeyin paydaşlarından birinin kendi payını diğerine kiralaması halinde bu kira bağıtının iki taraf arasında muteber bir bağlantı vücude getireceğine 27/11/1946 tarihinde çoğunlukla karar verildi.