ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET
DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 38 SAYI 6 :

433

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 gönderecekler, 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.

434

ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA ÇIKARILIR

Yıl ıl : 38 Haziran 1947 Sayı: 6

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER: Sahife

ALİ İ KARACA — Zilyedliğin devrine dair içtihat birleştirme kararının icraya tesiri..... 423

Dr. EHADİ TAN — Alman Mahkeme teşkilât kanunu..... 430

HAMUDİ ÖNER — Ceza usulünde kaziyei muhkemenin istisnaları: 1 — mahkemenin iadesi... 467

MUHHSİN TUĞSAVUL — İş kazalarına ait sigortalar kanunu işçinin tazminat hususunda hukuk mahkemesine müracaat hakkını önler mi 487

HİKMET BAŞARAN — Sular kanunu üzerinde bir inceleme.. 493

HÜSEYİN TARHAN — Karşılıklı rıza boşanma sebepleri arasına girmemelidir..... 498

BİLİYOGRAFYA : 505

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI : 418

435

436

Zilyedliğin devrine dair İçtihat Birleştirme Kararının icraya tesiri

Yazan : **Ali KARACA**

Yalnız 946 yılının değil, belki Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren geçen yılların en mühim Yargıtay Birleştirme Kararı fikrimce zilyedliğin devrine ve zamanaşımına dair verilen 9/10/946 tarih ve 6/12 sayılı karardır. Hepimizce bilinmektedir ki memleketimizdeki davaların dörtte üçüne yakın bir kısmı gayrimenkul davalarıdır. Yurdumuzdaki gayrimenkullerin çok mühim bir kısmının tapu kütüklerine geçirilmemiş olduğu hatırlanırsa bu içtihadın uygulanacağı olayların çokluğu kolayca tasavvur olunabilir.

Hukuk Mahkemelerinde uygulama yeri bulacak olan işbu kararın hukukun diğer branşlarında da tesirlerini göstermesi zarurîdir. İşte bu yazımızda adı geçen içtihadın icra ve iflâs işlerine ne dereceye kadar tesir edebileceğini araştıracağız.

İçtihadın mahiyeti:

Herşeyden evvel 9/10/946 tarihli içtihadın konusu gayrimenkule müteallik mülkiyet ihtilâflarında Borçlar Kanununun 125 inci maddesinin uygulanıp uygulanamıyacağına dairdir. Netekim Yenişehir Sulh Hukuk Mahkemesi 1/12/944 günlü bir kararında, davalının haricen 16 sene evvel satın aldığı yolundaki zamanaşımı savunmasını kabul etmiyerek davanın sübutuna karar vermiş ve işbu karar Yargıtay 3 üncü Hukuk Dairesince tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında Borçlar Kanununun 125 inci maddesi hükmü veçhile zamanaşımı cereyan edeceği nazara alınmaksızın karar verilmesinde isabet yoktur, düşüncesile bozulmuş ve sonradan aynı yer Asliye Hukuk Mahkemesi buna benzer bir davada davalının aynı şekildeki savunmasını kabul ederek bu defa davanın reddine karar vermiş ve fakat mahallî mahkeme kararını Birinci Hukuktan devir alıp inceleyen Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesi, bu olayda Borçlar Kanununda yazılı on senelik zamanaşımı hükmünün uygulanması yolu ile davanın reddi yolsuzdur fikrile, diğer bir özel dairenin içtihadına aykırı olarak, kararı bozmştur. Görülüyorki içtihadın birleştirilmesine sebep olan mesele hakikatte bu yoldaki

davalarda Borçlar Kanununun 125 inci maddesinin uygulanıp uygulanamayacağından ibarettir. Ancak yüksek Kurul, zamanaşımına ait araştırmalar yaparken, bunun öyle basit bir hukukî olay olmadığını ve işin esasından halli lâzım geldiğini görerek incelemelerini etraflı ve derinden yaptı. Müzakereler esnasında Medenî Kanunun menkul, gayrimenkule müteallik zilyetlik hükümleri, tapulu tapusuz gayrimenkullerin fiilî ve hukuki durumları konuşuldu. Günlerce sert ve keskin müzakerelerden sonra Medeni Kanunun zilyedlik hükümleri gereğince tapuda hiç kaydı bulunmamış gayrimenkullerin haricen zilyedliklerinin para ile, trampa ile, miras yolile ve diğer bütün rızaya mukarin kanunî yollarla devredilmesinin kabil ve muteber olduğu görülerek sonuçta buna mütedair davalarda Borçlar Kanunnun 125 inci maddesinin uygulanabileceğine ve bu yoldaki savunmaların Mahkemelerce göz önünde tutulması icap ettiğine karar verdi.

Tapusuz gayrimenkullerin devri:

Yazımızın konusu asıl içtihadın izahı olmadığından bu husustaki tafsilâtı burada bırakıyoruz. İlk bakışta zamanaşımına dair olan Yargıtay içtihadı esasında gayrimenkullerde zilyedliğin devri meselesini kavramaktadır. Şu itibarla, tapuda kayıtlı bir gayrimenkulün haricen satışı veya resmî şekilden başka suretle elden çıkarılması muteber değilse de tapuda hiç bir kaydı bulunmayan gayrimenkulün yet sahibi tarafından başkasına bir suretle devrinde kanunsuzluk yok demektir. Fert kendi rızasını serbest olarak izhar ederek hu çeşit gayrimenkulünü başkaşına hediye, isterse satış edebilir. Bu şekilde bir defa rıza beyan edilirse akit ve sözleşme tamam olacağından artık taraflar hakkında hükmünü bütün hukukî mânasile icra eder. Yani fert, pişman olsa bile artık satış yolile, hediye yolile zilyedliğini elinden çıkardıgı tapusuz gayrimenkulünü geri alamaz ve mahkemeden yardım dahi isteyemez. Tabiatile ikrah, hile gabin, ve tecavüz gibi hallerle zilyedliğin kaybedilmesi hususları müstesnadır. Çünkü bu gibi hallerde gerek medeni gerek Borçlar ve Ceza kanunlarımız zilyedliğin himayesine dair çeşitli hükümler sevketmiş bulunmaktadır. Bizim yazımızda zilyedliğin devri denilince normal olarak kanun formüllerine uygun yedin değiştirilmesi anlaşılmak lâzımdır.

Böyle kanuni bir şözleşme sonunda zilyetlik elden çıkarıldıktan sonra eski sahibi gayrimenkulden çıkmak istemezse diğer taraf yargıca baş vurup pek âlâ hakkını hüküm altına aldırabilir. İcra dairesi elile zilyedliğine hakiki olarak ve fiilen sahip olur.

Her ne kadar menkul zilyedliğin devrinde karşı tarafın bilfiil faydalanmasını sağlamak üzere, teslim şart ise de, gayrimenkulün mahiyeti icabı her vakit bilfiil teslim kabil olmaz. Meselâ evin anahtarı verilir de sonradan pişman olan eski yed sahibini içerden çıkarmak mümkün olmayabilir. Netekim menkul zilyetliğin devrinde dahi Medeni Kanun mutlaka teslimi şart koşmamıştır. Meselâ 3 üncü şahıs veya temlik eden kimse özel bir sebep altında elini devam ettirirse zilyedlik teslim vâkı olmaksızın dahi kazanılabilir. Kanunda gaipler arasındaki zilyedliğin naklinde dahi bu nevi hususî durum gözetilmiştir.

Gayrimenkulün icraca satışı:

Zilyedliğin rıza ile devrinden sonra eski sahibi tarafından teslimden kaçınılması halinde mahkemeden ilâm aldıktan sonra icra dairesi elile sözleşmenin zorla yerine getirilebileceğini kaydettikten sonra sözümüzü, yazımızın gayesinə bizi ulaştıracak olan icra satışlarına getirelim.

A—Tapuda kayıtlı gayrimenkullerde:

Haczi ve satılması istenen gayrimenkulün tapu kaydının tarih ve numarası ve varsa Kadastro pafta, ada, parsel numarası icra memuruna bildirilir; memur dahi tapu sicil muhafızına bir tezkere göndererek borcun miktarını bildirip haczini ister ve badehu yeni bir talep üzerine dairesinden gayrimenkulün evsafile birlikte üzerinde mevcut ayni hakların bir listesini sorarak bir taraftan da vergi dairelerinden gayrimenkulün vergi borçlarını ve Ziraat Bankasına rehinli olup olmadığını tesbit ederek İcra ve İflâs kanununun 124 ve sonraki maddeleri gereğince açık arttırmaya çıkarıp satar. Gayrimenkulün sicilde kaydı bulundukça, anlattığımız bu klâsik yol takip edilerek satış sağlanır.

Tapuda muris üzerine yazılı gayrimenkullerde:

Muris eski hükümlerin yürürlükte olduğu zamanlarda ölmüşse, mülkiyet müşterek bulunduğundan tapu sicilinin hacizler sütununa icra tezkeresi üzerine borçlunun payına düşecek kısma haciz işareti konur. Bundan sonra alacaklı İcra ve İflâs Kanununun 94 üncü maddesi mucibince icra memurundan yazılı yetkiyi alarak, Asliye Mahkemesine gidip ilkin hasımlı veya hasımsız veraset belgesi alır ve bunu tapu memuruna vererek mecburi intikali yaptırır. Ancak bundan sonradır ki icra memurundan borçlu payını satılığa çıkarılmasını isteyebilir.

Muris Medenî Kanun zamanında ölmüş ve mirasçılar birden fazla bulunmuş olursa mülkte iştirak hali var demektir. Bu halde alacaklı icra memurandan aldığı yetkiyi göstererek Asliye mahkemesinde mirasçılarının adet ve paylarının tesbitini ve iştirak halindeki mülkiyetin müştereke çevrilmesini bütün mirasçıları hasım göstererek ister ve alacağı ilâmı tapu muhufızına vererek intikali yaptırır. Bu işlemlerin bitirilmesinden sonradır ki icra memuru müştereke çevrilmiş miras payına haciz konup satılması yoluna gidebilir.

B Tapusuz gayrimenkullerde:

Tapu memuru satılması istenen gayrimenkulün sicilde kaydına raslanmadığını icra memuruna bildirince alacaklı haiz olduğu yetkiye binaen ekseriya tapu memuruna baş vurur; mahalline götürür tetkikat yaptırır; tahkikat sonunda gayrimenkulün borçluya veya murisine aidiyeti tahakkuk ederse usulüne tevfikan sicilde yeni kayıt açılarak yazılır. Fakat bâzan tapu memuru tahkikatın neticesini tescile kâfi görmiyerek talebi reddedebilirki bu takdirde alacaklının ya memurun kararını bozdurmak üzere bağlı bulunduğu tapu grup âmirine itirazda bulunması, bunun dahi talebini reddetmesi halinde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde teşekkül eden yüksek komisyona ret kararının aleyhine baş vurması veyahutta daha kestirme yol olan Mahkemeye, Tapu memurunun talebinin reddini müteakip gitmesi gerekir. Mahkemeye gidilmesi halinde alacaklı şu manzaralar karşısında kalabilir:

Alacklının Hukuk Mahkemesinde borçluyu ve Hazineyi hasım göstererek açacağı dava borçlu üzerine tescil davasıdır. Tabiatile alacaklı dava hakkı olduğunu kabul ettirmek için yargıca ilkin icra memurundan aldığı yazılı yetkiyi gösterecek ve ondan sonra şahitlerle mevcutsa yazılı delillerle bu malın borçlunun veya murisinin olduğunu ispat edecektir. Borçlu Mahkemede iyi niyet gösterip inkâr yoluna sapmadan vakıaları ikrar eder ve delillerle bu cihet kuvvetlenirse alacaklı kendisini bahtiyar saymalıdır. Çünkü aksi halde bazan mülkiyetin ispatı güçleşir ve karar müsbet çıksa dahi gayrimenkullerde ilâm kesinleşmedikçe infaz edilmeyeceğinden borçlunun temyiz etmesi yüzünden icranın devamı ve tapuya tescil bir kaç sene yüz üstü kalabilir.

Yargılamada kötü niyetli borçlu bazan tapusuz gayrimenkulün zilyedliğini para mukabili üçüncü bir şahsa devredebilir.

Zilyetliğin devri muteber oldnğuna göre üçüncü şahsı davaya ithal ve onu da müstakil bir dilekçe ile hasım göstererek satın almaktaki kötü niyetini ispat etmedikçe maalesef yargıç borçlu üzerine tesciline karar veremiyecektir.

Gayrimenkulün tescilinin mümkün olmaması:

Bu güne kadar bir gayrimenkulün icra dairelerinde satış şekli yukardan beri anlattığımız klâsik yollarla devam edegelmiştir. Fakat bâzı haller olurki alacaklının tescil talebi borçlusu iyi niyetli bile olsa kanunî yasaklar yüzünden Mahkemece talep terviç edilemez. Faraza borçlunun Hazine arazisi üzerine kaçak ve izinsiz bir bina yapması ve içinde oturması halini tasavvur edersek binanın borçlu üzerine tescilini istiyen alacaklı hazinenin davasını mahkeme ret edecektir. Zira 4753 sayılı kanunun 64 üncü maddesi Tapu kanununun 6 ıncı maddesini kaldırmış olduğundan bundan sonra imar ve ihyadan doğan tescil taleplerini tetkike adalet mahkemesi görevli olmadığı gibi tescil süresi dahi geçtiğinden idarî merciin, tescil talebini yerine getirmeye yetkisi kalmamıştır. Bazan de arsa ve bina borçlunun elinde bulunduğu halde, henüz zilyedliği Medeni Kanun hükümlerince tescile yetecek hadde baliğ olmadığından kanunen tescil imkânsızlaşır. Hayatta hergün rastlayabileceğimiz şu misallerden ve yukarda verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere sırf tescil için, icra kovuşturmalarında bir iki sene zaman ve bir çok para sarfeden alacaklı, hiçte lâyık olmadığı halde kanunî ve fiilî imkânsızlıklar içinde neticede parasını hiç tahsil edememek durumunda bırakılmaktadır. Buna karşılık borçlu tapusuz tarlalarının semerelerinden faydalanmakta ve yine tapusuz binası içinde rahatsız edilmeksizin alacaklısının gözü önünde oturabilmektedir. Acaba kredi sağlamaktan başka kabahatı olmayan alacaklıyı bu elîm durumdan kurtaramaz mıyız? Fikrimizce 9/10/946 günlü içtihat birleştirme kararı ve Medenî Kanunun zilyedlik hükümleri muvacehesinde kötü niyetli borçluya karşı alacaklın ın kanun yoluyle aşağıda izah olunacak şekilde harekete geçmesi mümkün olabilecektir.

Biliyoruzki zilyedlik hükümleri ve bunları teyiden ittihaz edilmiş son içtihat kararı gereğince yed sahibi bir ivaz karşılığında gayrimenkul üzerindeki gelecekte kendisine mülkiyet hakkını kazandıracak olan zilyetlik ve fiilî işgal hakkını başka birisine devir ve nakledebilir. Rizaen yapılabilecek bu devre karşı Medeni Kanun

ve Borçlar Kanununda engel bir madde yoktur. Medeni kanunun «zilyedlik babında beyan edilen hükümlerin gayrimenkul sahasında hiç bir mahalli tatbiki olmadığını zannetmemelidir. Bilâkis hükümlerinin büyük bir kısmı umumî bir şümulü haizdir. Esbabı mucibede denildiği gibi burada ziliydlike demekle hem menkulün hem gayrimenkulün zilyedliği anlaşılır» [*].

Şu halde, tapusuz gayrimenkulün zilyedliği ferdin kendi rızasile ivazlı ivazsız başkasına devri mümkün olduğu nispette gene aynı ferdin kanun zoru ile zilyedliğini başkasına terk etmesinde mantıkan hiç bir fark olmamak lâzım gelir. Zilyedliğin kanunen tecavüz edilemez mukaddes bir aynî hak olduğu ne kadar doğru ise nizamlara dayanarak hareket eden bir otoritenin emri ile rızası hilâfına bir ferdin yedini tapusuz gayrimenkulden çekmesi o derece hukuka uygun bir keyfiyettir. Netekim tapuda kayıtlı bir gayrimenkulün fiilî zilyedliği ve işgali kanun yoluyle sahibinden nezedilip bütün çırpınmalarına rağmen borçlunun gözü önünde müşterisine teslim edilmekte ve bu işlemden ise ancak adalet yerine gelmektedir. Şu halde, mahiyeten, gayrimenkul ister müseccel olsun ister olmasın kanunun emrile zilyedliğin başkasına daimi olarak naklinde aralarında küçük bir fark dahi yoktur. Birisinde kayıt üzerinde başka hak sahipleri varsa bunların hakları himaye edilebilmekte, diğerinde ise sicil olmayınca sair aynî haklar tasavvur dahi edilemiyeceğinden devir daha serbest ve kolay yapılabileck demektir.

Hukuk müesseselerinin niçin ihdas edildiklerine dikkat etmeyipte sadece hâdiselere sathi olarak bağlı kalmış olanların «peki amma, tapusuz gayrimenkulün haczi nasıl mümkün olacak?" şeklinde itirazları kulaklarıma kadar geliyor. Şu kadarını söyleyebilirizki şimdiki icra satışlarında gayrimenkul satış memurunun mahalline gidip önceden vaz'iyed muamelesini yapması nev'inden hazır bulunan sınır sahipleri ve diger ilgililerle birlikte mahallinde yapılacak bir zabıt varakasında gayrımenkulün sınırlarını, evsafını tesbit etmeleri ve hattâ hazır bulundurulacak bir fen memuruna bir krokisini tanzim ettirmeleri ve böylece haczi uygulamaları mümkün ve kabildir. Haczin tatbiki esnasında gayrimenkulde kiracıdan başka tasarrufa mukarin zilyedlik iddia eden üçüncü şahıs bulunur veya hacizden sonra bir üçüncü şahıs hacze

[*] Kanunu çıkar Madenî Şerhi ve Nazariyeleri.Cilt 3, Saife 610, Adalet Bakanlığı 927

442

muhalefet eder yahut haciz esnasında yed sahibi hazır bulunmazsa yerine göre, İcra ve İflâs kanununnn 96, 97 ve 99 uncu maddeleri uygulanır; yerine göre ispat külfeti iddiacılardan birisine yükletilir. Dava halinde tetkik merciince duruşma yolu ile istikak iddiası incelenip icabında hususi muhasebenin vergi kayıtlarından mevcutsa noter senedi gibi satış vesikalarından faydalanılıp usulü dairesinde karara bağlanır; kesinleşmesini müteakip tapusuz gayrimenkulün diğer satış hazırlıklarına girişilir.

Tapulu gayrimenkule müteallik icra kanunundaki satış hükümleri tapuya ait bir kaç madde ve fıkra müstesna bu neviden satışda da uygulanır. Bu arada şüyuun giderilmesi ilâmının icrasındaki Mahkemece yapılan keşif gibi önceden yapılan haciz zabıt varakası el koyma muamelesinin yerine geçer. Zilyedlik icra memuru elile açık artırma ile ve kanun zoru ile müşterisine geçirilir. Üstünde kalan müşteri isterse icra memurunu mahalline götürüp bir tutanakla gayrimenkulü kendisine teslim ettirir. Bundan sonra tecavüz halinde borçlu icra kanununun 342 inci maddesi dairesinde ceza görür.

İflâs, konkordato işlerinde dahi tapusuz gayrimenkullerin tesbit ve satışı aynı yollarla yapılır. Hattâ borçlu mal beyanında tapusuz gayrimenkulünü bildirmez veya beyandan sonra zilyedliğini devir aldığı gayrımenkulunu icra dairesine haber vermezse suç işlemiş sayılacağından aynı kanunun 338 ve 339 uncu maddeleri dairesinde ceza tehdidile karşılaşır.

Sonuç:

Özet olarak diyebilirizki Medeni Kanunun zilyedlik hükümlerinin tapusuz gayrimenkullere pek geç dahi olsa uygulanmasını sağlayan adı geçen Yargıtayın kanun kuvvetindeki içtihat birleştirme kararı muvacehesinde biz hukukçulara düşen vazife Yüksek Yargıtayın ileri ve öngörürlüğünü lâyıkile takdir edip hiç bir zaman katılaşmış ve donmuş olmayan icra kanunu maddelerini kanun koyucusunun maksadına uygun olarak uygulamak ve tapusuz gayrimenkullerin zilyedliğinin ferdin rızasile devrini nasıl tanımışsak kıredi temin etmek gibi sosyal ve ticarî bir hizmette bulunan alacaklıyı kanunun himayesinden faydalandırmak ve ekseri kötü niyetli olan bu gibi borçluya lüzumsuz ve kanun dışı imtiyazlar tanımamaktır.

Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu [1]

(Baş tarafı 1946 senesine ait 12 sayılı Adalet Dergisinde yayınlanmıştır)

Çeviren : **Dr. Hâdi TAN**

Madde: 52

Meslekten olmıyan Yargıç sıfatile listeye yazılmış bulunan bir kimsenin fiilî veya hukuki ehliyetsizliği sonradan zuhur eder veya anlaşılırsa o kimsenin ismi listeden çıkarılır.

Meslekten olmıyan Yargıçlar listesine ithal edilmiş bulunan bir kimsenin işbu vazifeye davetini men edici diğer sebepler meydana çıktığı takdirde o kimse vayifeye çağrılamaz. [2]

Savcı ile alâkalı dinlendikten sonra sulh yargıcı bu babta bir karar ittihaz eder.

İşbu karar aleyhine itiraz olunamaz.

Madde: 53

Meslekten olmıyan Yargıç sıfatile listeye ithal edilen kimsenin vazifeye davet edileceğinin kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir hafta zarfında ret sebeblerini dermeyan etmesi lâzımdır.

Müddet, sebeplerin sonradan zuhur ettiği veya meydana çıktığı tarihten itibaren hesap edilir. Talep hakkında Savcı dinlendikten sonra Sulh Yargıcı bir karar ittihaz eyler. İşbu karar aleyhine itiraz olunamaz.

Madde: 54

Mâni sebeplerin zuhuru halinde Sulh Yargıcı, talep üzerine, meslekten olmıyan bir yargıcı duruşmanın muayyen celselerinde vazife görmekten muaf tutabilir.

---

[1] Bu kanunun bâzı maddeleri 1935, 1938 ve 1941 senelerinde değiştirilmiş ve yeni hükümler ilâve edilmiştir. Terceme sırasında işbu tadilât göz önünde tutulmuştur

[2] Mahkeme Teşkilâtı Kanunu Madde: 33, 34.

Davetten sarfı nazar edilmesini gerektiren bir sebebin mevcudiyeti malûm olur olmaz bu madde ahkâmı tatbik olunur.

Madde: 55

Meslekten olmıyan Yargıçlarla komisyonun mutemet şahıslarına, kendilerine tevdi edilmiş olan vazifenin ifasından dolayı mahrum kaldıkları kazanç ile yaptıkları masraf ve seyehat ücretleri için, münasip miktarda tazminat verilir.

Meslekten olmıyan Yargıca yahut mutemet şahse mevdu vazifenin ifasından dolayı bunların temsiline zaruret haâsıl oldugu takdirde, temsil masrafları, munsif bir takdire istinaden ödenir.

Yapılan masraf ve yol tazminatile kazançtan mahrumiyet karşılığı olarak ödenecek tazminat miktarının aşağı ve yukarı hadlerini, Hükümet, danıştayın mütalaasını aldıktan sonra bir kararname ile tayin eder.

Tazminat ile yol masrafı talep edildiği takdirde ödenir. Talebin, hizmetin ifasından itibaren üç ay zarfında ilgili mahkeme nezdinde dermeyan edilmesi lâzımdır. Aksi takdirde işbu hak sâkıt olur. Tazminat ile yol masraflarının miktarı aleyhine yapılan itirazlar murakabe yoluyla karara bağlanır.

Madde: 56

Meslekten olmıyan Yargıçlar veya mütemet şahıslar kabule şayan mazaretleri olmaksızın vaktinde vazifeye gelmez yahut her ne suretle olursa olsun vazifeyi ifadan çekinirse inzibatî mahiyette olan para cezasile birlikte sebebiyet verdikleri masrafları ödemekle tecziye olunurlar.

Sulh yargıcı, Savcıyı dinledikten sonra bu babta bir karar ittihaz eyler. Kabule şayan bir mazertin vücudu sonradan ispat edildiği takdirde evvelce aleyhe ittihaz edilmiş olan kararın tamamı veya bir kısmı hükümsüz addedilebilir. Bu bapta ittihaz edilmiş olan karar aleyhine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa tevfikan itiraz olunabilir.

Madde: 57

Listelerin tanzimedileceği gün ile Sulh yargıcına sunulacak zamanı ve toplantının ne zaman yapılacağını ve meslekten olmıyan yargıçlara ait kurranın ne zaman çekileceğini mahallî adliye dairesi tâyin ve tanzim eder.

Madde: 58

Bir bölgede birden fazla Sulh mahkemesi bulunduğu takdirde mahallî adliye dairesinin kararile bu mahkemelerden biri ceza mevaddını kısmen veya tamamen görmekle tavzif edilebilir.

Mahallî adliye idaresi bu mahkeme için lüzumlu olan asli veya yardımcı meslekten olmıyan Yargıç sayısını ve asli üyelerin sulh mahkemelerine tevziini tâyin ve tesbit eder.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Asliye Mahkemeleri (Landgerichte)

Madde: 59

Asliye mahkemeleri bir başkanla lüzumlu miktarda müdlr ve üyelerden teşekkül eder. Başkan mensup olduğu daireye Başkanlık edecek durumda bulunduğu takdirde müdirin tâyininden sarfı nazar edilebilirler.

Müdirlerle üyeler aynı zamanda asliye Mahkemesi mıntakası dahilinde Sulh yargıçlığı vazifesini ifa edebilir.

Madde: 60

Asliye Mahkemelerinde Hukuk ve Ceza daireleri teşkil olunur.

Madde: 61

Asliye mahkemeleri nezdinde çalışmak üzere gerektiği miktarda Sorgu yargıcı tâyin olunr.

Bunlar Mahallî Adliye İdaresi tarafından ve bir işyılı süresince vazife görmek üzere tâyin edilir.

Madde: 62

Umumî Heyete, Başkan, Dairelere, Daire Başkanlarile Müdirler başkanlık eder. Küçük Ceza Dairelerinde ki (Madde: 76, Fıkra:2) Başkanlık görevini bir üye deruhte edebilir.

Madde: 63

İş yılının başlamasından evvel işler ayni derecedeki daireler arasında taksim ve her dairenin Başkanı ile aslî üyeleri ve bir mâniin zuhuru halinde üyelere vekâlet edecek olanlar tesbit olunur.Her yagıç birkaç dairenin üyeliğine tâyin olunabilir.

446

Yapılan tertip ancak daire işlerinin çoğalması veya bir daire üyesinin devamlı surette işinden alıkonulması hallerinde iş yı içinde değiştirilebilir.

Madde: 64

63 ncü maddede yazılı hususat Başkanlıkça tatbik olunur.

Madde : 64 A

Başkanlık (Präsidium), başkanlar (Presidenten), Müdirler(Direktoren) ve en kıdemli kıdem eşitliği halinde en yaşlı iki üyeden terekküp eder.

İş yılının başlangıcında asliye mahkemesi nezdine altı adetten fazla müdir nasp ve tâyin edilmiş ise bu takdirde aşağıda yazılı ahkâm tatbik olunur:

Başkanlık, Başkan sıfatile onun daimi bir temsilcisinden (Madde 66, Fıkra:2) ve iki üyeden teşekkül eder. Müdirler, müdürler topluluğu ve üyelerde üyele topluluğu tarafından bir iş yılı süresi için intihap olunurlar. Seçimde hukuk ve ceza daireleri Yargıçları da nazarı itibare alınmalıdır. Başkana iki tane daimi vekil tâyin edilmiş ise bunlar da Başkanlığa dâhil olurlar. İkiden fazla vekil tâyin edildiği takdirde mahallî adliye idaresi bunlardan yalınız iki tanesini seçer. Başkanlık kararlarını oy çoğunluğu ile ittihaz eder. Oyların müsavatı halinde Başkanın bulunduğu taraf ekseriyet ihraz etmiş sayılır.

Madde: 65

Başkan, bâzı tahkıkatın, iş yılı sonunda vazifesi sona eren Sorgu Yargıcı tarafından intaç edilmesini ve iş yılı içinde görülmesine başlanmış bir işin, iş yılının hitamından sonra dahi eski tertibe tevfıkan o işe başlamış olan daire tarafından görülmesini karar altına alabilir.

Madde: 66

Aslî Başkanın bir mâniinin zuhuru halinde, daireye, iş yılının başlamasından önce başkanlık tarafından vekil olarak seçilmiş olan daire üyesi riyaset eder. Böyle bir vekil seçilmemiş yahut bunun da bir mânii zuhur etmiş bulunursa daireye en kıdemli, kıdem eşitliği halinde doğum tarihine göre en yaşlı üye başkanlık eder. Küçük ceza dairesinin Başkan vekilliği görevini daire üyelerinden harhangi birisi ifa edebilir.

Mahallî adliye idaresi, bu kanunla veya diğer kanunlarla kendisine verilmiş görevleri ifa için Başkan vekilliğine bir veya bir kaç müdir, müdir tâyin edilmemiş ise asliye mahkemesi üyelerinden birisini tâyin edebilir. Mahallî adliye idaresi, vekâlet hakkında, ayrı esaslar tâyin ve tesbit etmekte muhtardır.

Daimî bir vekil tâyin edilmemiş ise Başkan, İkinci fıkrada gösterilen işlerde en kıdemli ve kıdem eşitliği halinde doğum tarihine göre en yaşlı müdir ve müdir tâyin edilmemiş ise en kıdemli ve kıdem eşitliği halinde doğum tarihine göre en yaşlı asliye mahkemesi üyesi tarafından temsil ve tevkil olunur.

Madde: 67

Bir üyenin tabiî vekilinin mânii zuhur ettiğinde Başkan muvakkat bir vekil tâyin eder.

Madde: 68

62 — 67 nci madde hükümleri Asliye Ticaret Mahkemesi hakkında tatbik edilemez.

Madde: 69

Daire Başkanı, gelen işleri üyeler arasında taksim ve tevzieyler.

Madde: 70

Bir üyenin ayni mahkeme (Gericht) üyelerinden biri tarafından temsil ettirilmesi mümkün olmadığı takdirde, Başkanlığın talebi üzerine temsilciyi mahallî adliye idaresi tâyin eder.

Daimî olmıyan bir Yaygıcın mahkemeye iştiraki kararı, tâyin muayyen bir zaman için yapılmış ise bu müddet mürur etmedikçe, gayri muayyen bir zaman için yapılmış ise bunu icap ettiren sebep ortadan kalkmadıkça geri alınamaz. Temsil için bir ödenek verilecek ise ödenek miktarının bütün süre için önceden tesbiti gerekir.

Temsilin daimî yargıçlara yaptırılması halinde, yargıçlık görevinin yalınız daimî yagıçlar tarafından görülmesi hakkındaki mahallî ahkâm mahfuzdur.

Madde: 71

Sulh mahkemesinde ikame edilmemiş olan, Ticaret davaları da dâhil olduğu halde, bilûmum hususî hukuk ihtilâfları hukuk dairesinde görülür.

448

İhtilâf mevzuunun kıymetine bakılmaksızın aşağıda yazılı olan davaları rüyete yalınız asliye mahkemeleri salâhiyetlidir:

1 — Memurin Kanununa istinaden hazine aleyhine açılmış olan istihkak davaları,

2 — Salâhiyet tecavüzünden veya vazifelerini ifa etmemekten dolayı memurlar aleyhinde ikame edilen istihkak davaları.

Memurların hizmet münasebetlerinden ötürü tahaddüs eden devlet aleyhindeki istihkak davalarile idare âmirlerinin tasarruflarından, Devlet Memurlarının borçlanmalarından, imtiyazların kaldırılmasından ötürü devlet aleyhinde açılan istihkak davalarının ve memuriyet vazifelerini tecavüz etmelerinden yahut yapmakla mükellef oldukları vazifeyi ifa etmemekten mütevellit memurlar aleyhine ikame olunan istihkak davalarile âmme vergilerini alâkadar eden ihtilâfların, ihtilâfın mevzuunu teşkil eden kıymete bakılmaksızın, yalnız asliye mahkemelerinde hal ve fasledilmesi hususu mahallî adliye idaresinin kaza hakkına bırakılmıştır.

Madde: 72

Ticaret dairesi de dâhil olduğu halde hukuk daireleri, sulh mahkemesinde rüyet edilmiş olan hususî hukuk ihtilâfları için istinaf ve itiraz merciidirler.

Madde: 73

Ceza daireleri, ceza muhakemeleri usulü kanunu hükümlerine göre mahkemece ifası gereken ilk tahkıkat ve neticeleri hakkında karar ittihazına salâhiyetlidirler. Sorgu ve Sulh Yargıcının emirlerile (Verfügung) Sulh Yargıcı ve toplu Sul mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itirazları tetkik ve intaç eder. İstina ve temyiz mahkemelerinin salâhiyetlerine müteallik olan ahkâm mahfuzdur.

Ceza daireleri bundan başk ceza muhakemeleri usulü kanununda gösterildiği üzere asliye mahkemelerine mevdu işleri de görür.

Madde: 74

Ceza daireleri, sulh ve toplu sulh mahkemeleri tarafından ittihaz edilen kararlar aleyhine olmak üzere istinaf derecesindeki kanun yollarına vâkı müracaatları tetkik ve intaca salâhiyetlidir.

449

Madde: 75

Hukuk daireleri, usul kanunları hükümlerine uyarak tek yargıçlı mahkeme yerine karar vermek zorunda olmadıkça, Başkan da dâhil olduğu halde üç üyeden mürekkeptir.

Madde: 76

Ceza daireleri, duruşma haricinde Başkan da dâhil olduğu halde üç üyenin iştiraki ile karar ittihaz eyler.

Duruşmada Ceza dairesi şu suretle teşekkül eder:

Sulh yargıcı tarafından ittihaz edilen bir karar istinaf olunduğu takdirde başkanla meslekten olmıyan iki yargıçtan (Kleine Strafkammar: Küçük ceza dairesi),

Toplu sulh mahkemesinin bir kararı istinaf edildiği takdirde başkanla birlikte üç yargıç ve meslekten olmıyan iki yagıçtan (Grosse Strafkammar: Büyük Ceza dairesi) teşekkül eder.

Madde: 77

Ceza dairelerinde çalışan meslekten olmıyan yargıçlar hakkında toplu sulh mahkemelerinin meslekten olmıyan yargıçları hakkındaki ahkâmı aşağıdaki esaslara uygun bir şekilde tatbik olunur.

Mahallî adliye idaresi lüzumlu miktarda meslekten olmıyan aslî yargıçları asliye mahkemesi bölgesindeki sulh mahkemelerinde vazife görmek üzere tevzi eyler. Meslekten olmıyan yardımcı yargıçları, bölgesinde asliye mahkemesi bulunan sulh mahkemesi komisyonu seçer. Bu suretle seçilen aslî ve yardımcı meslekten olmıyan yargıçların isimleri sulh yargıcı tarafından asliye mahkemesi başkanına bildirilir. Asliye mahkemesi başkanı meslekten olmıyan aslî yargıçların isimlerini, asliye mahkemesinin meslekten olmıyan yargıçlar listesine ithal eder.

Meslekten olmıyan aslî yargıçların iştirak edeceleri ceza dairesi oturumları için sıra kurrası çekilmesinde ve meslekten olmıyan bir vargıçın listeden çıkarılmasında sulh yargıcı yerine asli-

450

ye mahkemesi Başkanı salâhiyetlidir. Diğer hallerde sulh yagıcı yerine Ceza Dairesi Başkanı kaim olur. Meşlekten olmıyan bir Yargıç, aynı iş yılı içerisinde, hem sulh mahkemesinde ve hem de ceza daireside meslekten olmıyan yargıç sıfatile çalışmak üzere seçilemez. Böyle bir seçim vâkı olur yahut bir kimse aynı iş yılı içerisinde bir kaç bölgeden bu vazifeye seçilirse, bunlardan ilk çağrıldığı vazifeyi kabule mecburdur.

Madde: 78

Mahallî adliye idaresi, asliye mahkemesine çok uzak mesafede bulunan bir veya bir kaç sulh mahkemesi bölgesi için bir ceza dairesi teşkil ve bu bölgeye ait asliye mahkemesi ceza dairesine ait işlerin tamamını veya bir kısmını bu ceza dairesine tevdi edebilir.

Böyle bir ceza dairesini, kurulduğu bölgedeki asliye mahkemesinin üyeleri veya sulh yargıçları teşkileder, Başkan daimîdir. Sulh yargıçları bir işyılı müddetince mahalli adliye idaresince naspolunur. Diğer üyeleri 63 üncü madde gereğince asliye mahkemesi Başkanlığı tâyin eder.

Meslekten olmıyan asli yargıçları, mahallî adliye idaresi, cezadairesi bölgesinde bulunan sulh mahkemelerine tevzieyler.

Meslekten olmıyan yardımcı yargıçları, yeniden teşkil olunan cezadairesinin mıntakasında bulunan sulh mahkemelerinin komisyonları seçer. 77 inci madde hükümlerine tevfikan asliye mahkemesi Başkanlarına mevdu işleri cezadairesi başkanı ifaeyler.

Altıncı Bölüm

Schwurgerichte: Cinayet Mahkemeleri [1]

Madde: 79

Ceza işlerinin tahkiki ve karara bağlanması için asliye mahkemeleri yanında ihtiyaç nisbetinde cinayet mahkemeleri teşkil olunur.

[1] (Cinayet mahkemesi), (Schwurgerichı)'in tam karşılığı olmamakla beraber yabancı olan bu terimi kullanmamak için bizzarur cinayet mahkemesi terimini terih etdik. 80 inci madde tetkik edildiği zaman bu mahkemenin hakiki bünyesi daha iyi anlaşılmış olacaktır.

Madde: 80

Cinayet mahkemeleri, Yargıtayın ve sulh mahkemelerinin vazifesine dâhil bulunmıyan cinayet mevaddını tahkik ve rüyete yatkilidir [1].

Madde: 81

Cinayet mahkemeleri başkanla birlikte üç yargıçtan ve altı (Geschworenen) jüriden mürekkeptir.

Madde: 82

Yargıçlarla jüriler mesuliyet ve ceza soruları üzerine birlikte karar verirler. Duruşmada jüriler Yargıçlık vazifesini meslekten olmayan yargıçların vazifelerine müşabih tarzda ifa ederler.

Duruşma yapılmaksızın vukubulan toplantılarda cinayet mahkemesinin yargıç üyeleri, toplantı haricinde ise asliye mahkemesi ceza dairesi karar ittihaz eyler.

Madde: 83

Yüksek istinaf mahkemesi (Oberlandesgerichte) Başkanı işyılı başlamadan önce cinayet mahkemesinin her toplantısı için Yüksek istinaf mahkemesi üyelerinden veya mahkemenin kaza mıntakası dahilinde bulunan yargıçlardan bir tanesini cinayet mahkemesi başkanı olarak ayırır.

---

[1] Bu mahkemenin yetkisine dâhil bulunan cürümler aşağıda gösterilmiştir :

Ceza kanununun, 81,83 ve 84 ncü maddelerinde yazılı olan vatana hiyanet suçu Ceza Kanununun 92 nci maddesinde tesbit edilen devletin siyasi emniyeti aleyhine işlenen suç, ceza kanununun 105 nci maddesinde tesbit edildiği üzere Parlementonun kasten yakılması suçu, ceza kanununun 153—155 nci maddeelerinde yazılı olduğu üzere yalan yere yemin etme suçu, ceza kanununun 175 nci maddesinde yazılı olan umumi âdap aleyhine işlenen suçlar, ceza kanununun 211 nci maddesinde tesbit edilen kasten adam öldürme suçu, ceza kanununun 212,214 ve 215 nci maddelerinde tasrih edilen şekillerde adam öldürme, ceza kanununun 217nci ve 218 nci maddelerinde yazılı bulunan çocuk öldürme ve çocuk düşürme, ceza kanununun 221,226 nc maddelerinde yazılı bulunan Ağır müessir fiil suçları, Ceza kanununun 229/2 deki kasten zehirlemeler, ceza kanununun 234 ncü maddesinde yazılı olan kaçırma suçu, cez kanununun 239/2 deki hürriyeti tehdit ve yağma suçu, ceza kanununun 253 ve 25 nci maddelerinde yazılı olan yol kesme ve ölümle tehdit suçu, ceza kanununun 30 ve 307 nci maddelerinde yazılı bulunan yangın çıkarma suçu, ceza kanununun 30 nci maddesinde yazılı olduğu üzere eşyanin patlayıcı maddelerle uçurulması suçu 312, 313 de tesbit olunan su baskını, ceza kanununun 315 nci maddesinde yazılı bulunduğu üzere demir yollarında tahribat, ceza kanununun 321 nci maddesinde yazılı maden ocaklarında tahribat suçu, ceza kanununun 322 ve 323 nci maddelerinde yazılı olan gemileri kasden karaya oturtma ve batırma suçu, ceza kanununun 3 ncü maddesinde yazılı olan yargıcın rüşvet alması suçu, 1933 ve 1935 tarihli iki kararnamede gösterilen basın yolula işlenen suçların bir kısmı.

452

Asliye mahkemesi başkanı aynı şekilde cinayet mahkemesinin toplantısı için asliye mahkemesi üyelerinden veya mahkemenin kaza bölgesi dahilinde bulnnan sulh yargıçlarından bir Başkan vekili ile diğer yargıç üyeleri ve vekillerini tâyin eder.

Yargıç üyeleri tâyin ve tesbit edilmemiş olan bir cinayet mahkemesinin iş yılı içinde toplanması gerektiği takdirde bunlar sonradan tesbit ve tâyin edilebilir. Üyelere vekâlet edecek eşhasa lüzum hâsıl olur ve tabiî vekillerin mânii zuhur etmiş bulunursa bunlar dahi tesbit ve tâyin edilebilir.

Cinayet mahkemesinin toplanacağı zaman tâyin edildiği müddet içerisinde gerek bu kanunla ve gerek ceza muhakemeleri usulü kanunile Başkana tevdi edilmiş olan vazifeleri istinaf mahkemesi cezadairesi başkanı ifaeyler.

Toplantının hitamından sonra aynı ahkâm caridir.

Madde: 84

Meslekten olmıyan yargıçlar hakkındaki 31—57 ve 77 inçi madde ahkâmı, fıkra: 2 ve 85—90 ncı maddelerdeki sarahata uygun şekilde jüriler hakkında da kabili tatbiktir.

Bir toplantıya iştirak edecek jürilerden en az yarısının erkek olması şarttır.

Madde: 85

Aslî jürilerin sayısı, bunlardan herbirinin iş yılı içerisinde en az bir toplantıya iştirak edebilmelerini sağlayacak nispette tesbit edilmelidir.

Madde: 86

Aslî jürilerin toplantılara iştirak edecekleri sıra, bütün iş yılı için kura ile evvlce tesbit olunur. Asliye mahkemesi başkanı, hangi gün için toplantıya çağrılacaklarının ayrıca kendilerine bildirileceği hususunu da ilâve ederek jürilere kura neticesinden malûmat verir.

Madde: 87

Asliye Mahkemesi Başkanı, cinayet mahkemesinin ne zaman toplanacağını tesbit ve aslî jürilerin kura sırasına göre toplantılara çağrılmalarını emreder. Davetin bildirilmesi ile toplantının başlancı arasında iki haftalık bir müddet bulunmalıdır.

Madde: 88

Asliye mahkemesi başkanı, jüriler tarafından serd edilen ret sebepleri ve bir jürinin vazife haricinde tutulup tutulmayacağı hakkında karar verir.

Madde: 89

Cinayet mahkemesinin toplantısı iş yılını tecavüz ettiği takdirde bu toplantıya çağırılmış bulunan jüriler toplantının devamı müddetince vazife görmekle mükelleftirler.

Madde: 90

Hiç kimse aynı iş yılı icin hem jüri ve hem de meslekten olmıyan yargıç sıfatile tâyin edilemez.

Bu hal vâkı olmuş yahut aynı iş yılı için bir kaç mıntakadan bu vazifeye seçilmiş ise, kendisinin ilk olarak çağırıldığı yazifeyi kabule mecburdur.

Madde: 91

Asliye mahkemesi ceza dairesi, cinayet mahkemesi toplantılarından bâzısının, asliye mahkemesinin bulunduğu mahal haricinde ve fakat cinayet mahkemesi mıntakası dahilinde bulunan diğer bir yerde yapılmasını karar altına alabilir.

Bu takdirde evvelce davet edilmiş jürilerden başkasının daveti icap eitiğinde daimî olarak o mıntakada bulunan toplu sulh mahkemesinin meslekten olmıyan yardımcı yargıçları 49 uncu maddeye tevfikan vazifeye alınır.

Madde: 92

Mahallî adliye idaresi, bir kaç asliye-mahkemesi mıntakasının bir cinayet mahkemesi bölgesinde birleşmesini ve cinayet mahkesinin (toplantı) oturumlarını bunlardan birinin yanında yapmasını karar altına alabilir.

Bu takdirde cinayet mahkemesi, oturumlarını yanında yapacağı asliye mahkemesi ve başkanı, 82 ve 91 nci maddelerde yazılı olan hususatı cinayet mahkemesi mıntakası dahiline maksur olmak üzere ifa ederler.

454

Başkan vekili de dâhil olduğu halde cinayet mahkemesi üyeleri bu mahkeme bölgesine tahsis edilmiş bulunan yargıçlar arasından seçilebilir.

Lüzumlu miktarda aslî jüriler, cinayet mahkemesi bölgesinde bulunan bilûmum sulh mahkemelerinde vazife görmek üzere taksim edilir.

Yedinci Bölüm

Ticaret işlerine bakan daire (Ticaret dairesi)

Madde: 93

Mahallî adliye idaresi, lüzumu halinde asliye mahkemeleri yanında kendi bölgelerinde veya bu bölgeye itahl edilmiş mahalde vazife görmek üzere ticaret dairesi teşkil edebilir.

Bu daireler, asliye mahkemesinin bulunduğu mahal haricinde ve fakat bu mahkemenin kaza mıntakası dahilinde yerleşebilirler.

Madde: 94

Bir asliye mahkemesi yanında ticaret işlerine bakmak üzere bir ticaret dairesi teşkil edildiğinde bu daire ticaret işlerinde aşağıdaki maddelere tevfikan hukuk dairesinin yerine kaim olur.

Madde: 95

Bu kanuna göre ticaret işleri, aşağıda gösterilen hususi hukuk ihtilâflarıdır.

1— Her iki tarafın ticarî mahiyette kabul ettiği bir münasebetten doğan ve ticaret kanununa tevfikan tüccar sayılan bir kimse aleyhine ikame edilen dava,

2— Bir poliçeden yahut ticaret kanununun 363 ncü maddesinde yazılı olan vesikalardan neşet eden ihtilâflar,

3— Çek kanunundan neşet eden ihtilâflar,

4— Aşağıda yazılı olan hukukî münasebetlerden doğan ihtilâflar:

a— Bir ticaret şirketinin üyeleri yahut şirket ile üyeleri veyadi bir şirket ile ortakları arasında gerek şirketin kuruluşuna veya asfiyesinden sonra tahaddüs eden hukukî ihtilaflar ile gayesi ticari olan bir şirketin müdirleri veya Likidatörleri yahut ortakların ortakları arasında hukukî münasebetlerden doğan ihtilâflar,

b— Ticaret ünvanının kullanılmasına müteallik bir hak üzerindeki hukukî münasebetlerden doğan ihtilâflar,

c) Alâmeti fârika, örnek ve modellerin korunması hakkındaki hukukî münasebetlerden doğan ihtilâflar,

d) Faaliyette bulunan bir ticari müessesenin kazancından dolayı eski sahip ile yeni malik arasında hukukî münasebetlerden doğan ihtilaflar,

e) Ticari işlere ait olmak üzere temsil veya tevkil vesikasındaki noksanlıktan ötürü mesul şahıs ile üçüncü kişi arasındaki münasebetten doğan ihtilâflar,

h) Seyrisefer hukuku, kara suları gemiciliği, gemi donatımı, gemi sahibinin hak ve ödevleri, gemi adamları arasında gemi ödüncü sözleşmesi, avarya sözleşmeleri, gemi çarpmasından mütevellit tazminat, kurtarma, yardım ve gemi alacaklısını alâkadar eden hukukî münasebetlerden mütevellit ihtilâflar,

5 — 7/Haziran/1909 tarihli haksız rekabet hakkındaki kanuna muhalif hareketlerden doğan ihtilâflar.

6—Borsa kanununun 45—48 inci maddelerine muhalif hareketlerden doğan ihtilâflar.

Madde: 96

Davacı, dliekçesinde talep ettiği takdirde, hukukî ihtilâfa ait muameleler ticaret dairesinde yapılabilir.

Bir hukukî ihtilâf, hukuk muhakemeleri usulü kanununun 27 ve 508 nci maddelerine istinaden sulh yargıcı tarafından asliye mahkemesine tevdi edildiğinde davacı, sulh yargıcı huzurunda şifahen talepte bulunarak işin ticaret dairesine gönderilmesini istiyebilir.

Madde: 97

Ticaret dairsine ait olmıyan bir iş (dava) bu daireye tevdi edilmiş ise, hukukî ihtilâf, dava olunanın talebi üzerine hukuk dairesine gönderilir.

456

Dava yahut hukuk muhakemeleri usulü kanununun 506 ncı maddesine tevfikan açılmış olan mukabil dava ticaret dairesinin göreceği işlerden madut olmadığı takdirde, daire, esas iş hakkında bir muameleye başlamamış ve bu hususda bir karar ittihaz eylememiş ise işbu ihtilafı hukuk dairesine göndermeğe r'esen sâlahiyetlidir,

Re'sen hukuk dairesine gönderme salâhiyeti dava olunanın mücerret tüccar olmadığı mucip sebebine tstinat edemez.

Madde: 98

Ticaret dairesinin yetkisine dâhil olan bir dava hukuk dairesine tevdi edilmiş ise, dava olunanın talebi üzerine işbu hukukî ihtilâf ticaret dairesine gönderilir. Ticaret siciline kayıt edilmemiş bulunan bir tüccar talebini kendisinin tüccar olduğu esasına istinat ettiremez.

Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 506 ncı maddesine tevfikan ikame edilen bir mukabil dava ticaret işlerine bakan ticaret dairesinin göreceği işlerden madut bulunmadığı takdirde bu baptaki talep ret olunur.

Hukuk dairesi bir davayı diğer bir mahkemeye re'sen sevketme salâhiyetini haiz değildir.

Davacı, davanın başka bir mahkemeye sevkini talep etmiş olsa dahi hukuk dairesi bu talebi redde yetkilidir.

Madde: 99

Ticaret dairesinde (ticaret işlerine bakan daire) görülmekte olan bir dava, hukukî münasebetin tesbit isteğinden dolayı, Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 280 nci maddesine tevfikan tevsi edildiğinde veya mukabil dava ikame olunduğunda bu tevsi veya mukabil dava ticaret dairesinin vazifesi haricinde bulunduğu takdirde işbu hukukî ihtilâf karşı tarafın talebi üzerine hukuk dairesine sevk edilir.

Madde: 100

96—99 ncu maddeler ahkâmı ticaret mahkemesinde yapılan istinaf derecsindeki yargılama usulünde de kabili tatbiktir.

457

Madde: 101

Hukukî münazaanın başka bir daireye sevki talebi, ancak, iş hakkında bir muameleye başlanmazdan evvel yapılması lâzımdır.

Madde: 102

Bir hnkukî ihtilâfın hukuk veya ticaret dairesine sevkine müteallik verilmiş olan kararlar aleyhine kanun yoluna müracaat edilemez.

Madde: 103

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 64 ncü maddesine temas eden bir dava ancak, hukukî ihtilâf 94 ve 95 nci maddelere tevfikan ticaret dairesine ait olduğunda bu mahkemede ikame edilebilir.

Madde: 104

Ticaret dairesine ait olmıyan bir itiraz, merci sıfatile bu daireye yapılmış ise işbu itiraz re'sen hukuk dairesine gönderilir, hukuk dairesine ait olmayıp ticaret dairesine ait olan bir itiraz hukuk dairesine gönderildiği takdirde bu dairede aynı şekilde itirazı ticaret dairesine sevk eder. 102 nci maddenin 1 ve 2 nci fıkra hükümleri aynen tatbik olunur.

İtiraz, esas işe bakmakta olan veya bu iş hakkında bir karar ittihaz eylemiş bulunan daireye yapılmış ise, bu daire itirazı başka daireye gönderemez.

Madde: 105

Usul kanunları hükümlerine tevfikan tek yargıç tarafından görülmeyecek işlerde ticaret dairesi, başkan olarak bir asliye mahkemesi üyesi ile iki ticaret yargıcından terekküp eder.

Ticaret dairesinin bütün üyeleri müsavi oy hakkına sahiptirler.

Donatıcı ile gemici ve gemi adamları arasındaki hukukî münasebetlerden doğan ihtilâflar hakkında ilk merci olarak başkan Müstekillen karar verebilir.

Madde: 106

93 ncü maddenin 2. nci fıkrasında yazılı olan ahvalde bir sulh yargıcı ticaret dairesine başkanlık edebilir.

Madde: 107

Ticaret yargıçlığı vazifesi fahrî bir vazifedir.

İkametgâhı ve iş yeri ticaret dairesinin bulunduğu mahalde olmıyan ticaret yargıçları, devlet memurlarının III ncü derecesinden madut olarak (harcırah nızamnamesi madde: 2/2.Resmî gazete 921, 1345, 1923, 981. s. I) yevmiye ve ikamet parası ile evvelce ödenmiş olan yol masrafını tazminat olarak alırlar.

İkametgâhı veya iş yeri ticaret dairsinin bulunduğu mahalde olan ticaret yargıçlarna, ticaret dairesinin bulunduğu mahal kendi bulundukları mahalden iki kilometre mesafeden uzak ise zaruri yol masrafları ödenir.

Madde: 108

Ticaret yargıçları, ticaret meslekini temsile salâhiyetli organların teklifi üzerine üç yıllık süre için tâyin olunurlar. Tekrar tâyin mümkündür.

Madde: 109

Otuz yaşını ikmal etmiş tüccarlarla bir anonim şirketin müdürlüğünde, bir limited şirketin idareciliğinde veya ticaret siciline kayıtlı veya daha evvel kayıt edilmiş bir hükmî şahsiyetin başkanlığında, bulunan her Alman ticaret yargıçlığına tâyin olunabilir.

Ticaret dairesi bölgesinde oturan veya ticaret siciline kayıtlı ayrıca bir ticarethanesi olan veya bir anonim şirketin başkanı yahut bir limited şiretin idarecisi, ticaret siciline kayıtlı bir hükmî şahsiyetin başkanı bulunan kimselerin ticaret yargıçlığına tâyinleri için yukarıda yazılı tesislerin ticaret dairesi mıntakasında olmaları kâfidir.

Şahsî malları üzerindeki tasarrufları mahkeme kararile tahdit edilmiş bulunan kimseler ticaret yargıçlığına tayin olunamazlar.

Madde: 110

Sahil mıntakalarında denizcilikten anlar kimselerde ticaret yargıçı olarak tâyin edilebilirler.

Madde: 111

Ticaret yargıçlarına işe başlamadan önce vazifelerinin lâyiki le icrası zımnında yemin ettirilir.

Madde: 112

Ticaret yargıçları, vazifelerinin devamı müddetince diğer ka za elamanlarının hak ve salâhiyetlerine sahiptirler.

Madde: 113

Ticaret yargıcı, yargıçlık şartlarını sonradan kayıp ettiğind kendisi bu vazifeden af edilir.

Vazıfeden af kararı, alâkalı dinlendikten sonra istinaf mahk mesinin birinci hukuk dairesi tarafından ittihaz olunur.

Madde: 114

Ticarî vukuf kâfi gelen işlerde ticaretteki örf ve âdetlere m teallik ahkâmı, ticaret dairesi kendi içtihadına dayanarak ittih edebilir.

Sekizinci Bölüm

İstinaf Mahkemeleri (Oberlandesgerichte)

Madde: 115

İstinaf mahkemeleri bir başkanla lüzumlu miktarda üyed teşekkül eder.

Madde: 116

İstinaf mahkemelerinde hukuk ve ceza daireleri teşkil olun (Zivil — und strafsenate)

Madde: 117

62 — 69 uncu maddeler ahkâmı kıyasen burada da kabili tatbik

Madde: 118

Yardımcı yargıç sıfatile ancak meslekten olan yargıçlar tâ edilir.

460

Madde: 119

İstinaf mahkemeleri, hukuki ihtilâflarda:

1 — İstinaf yoluyle asliye mahkemesinden sâdır olan kaît hükümleri,

2 — İtiraz yoluyle asliye mahkemesinden sâdır olan kararları, Tetkik ve intaç eylemeğe (karara bağlamağa) yetkilidir.

Madde: 120

İstinaf mahkemesi, 134 uncü maddenin 2 inci fıkrasına tevfikan başsavcı tarafından eyalet savcılığına gönderilen yahut 134 üncü fıkrası gereğince Yargıtay tarafından istinaf mahkemesine sevk olunan ceza işlerinde birinci ve sonuncu derecede muhakeme yapmağa ve karar ittihaz etmeğe salâhiyetlidir. İstinaf mahkemesi başsavcı tarafından eyalet savcılığına gönderilen işlerde 73 ncü maddenin 1. nci fıkrasında yazılı bulunan kararları dahi ittihaz eder.

İşbu ahvalde mahal itibarile yetki hususunda umumî ahkâm caridir. Ancak bir eyalet mıntakası dahilinde birden fazla istinaf mahkemeleri kurulmuş olduğu takdirde, birinci fıkrada istinaf mahkemelerine verilen görevler, eyalet adliye idaresi aracile bir veya bir kaç istinaf mahkemesine veya yüksek dereceli istinaf mahkemesine tevdi edilebilir. Alâkalı eyalet adliye idaresinin muvafakatile işbu vazifeler, bu maddeye göre salâhiyetli bir eyalet makkemesine, diğer bir eyalet kaza mıntakası için de tevdi edilebilir.

Madde: 121

İstinaf mahkemeleri ceza işlerinde ayrıca aşağıda yazılı olan hükümleri temyiz yoluyle tetkik ve karara bağlamağa salâhiyetlidir:

1 — Temyiz yoluyle,

a) Sulh yargıcı tarafından ittihaz olunupta istinafı kabil olmıyan hükümleri,

b) Küçük asliye ceza dairelerinin hükümlerini,

c) İlk derecede bir yargıç ve iki meslekten olmıyan yargıçtan müteşekkil toplu sulh mahkemesince müttehaz büyük asliye ceza dairelerinin hükümlerini,

d) Temyiz, münhasıran eyalet kanunlarının ihtiva ettiği bir hukukî kaidenin ihlâl edilmesi sebebine istinat etmek şartile, büyük asliye ceza dairesinin ve cinayet mahkemesinin hükümlerini.

2 — Yargıtayın veya asliye ceza dairesinin salâhiyetli olmadığı hallerde, ceza yargıcı kararlarını, itiraz yoluyle tetkik ve karara bağlamağa salâhiyetlidir.

Madde: 122

İstinaf mahkemesi daireleri, usul kanunlarının hükümlerine tevfikan daire yerine tek yargıçların karar vermeleri lüzumlu bulunmadığı ahvalde başkan da dâhil üç üyeden müteşekkil olarak karar ittihaz ederler.

* * *

Dokuzuncu Bölüm

Yargıtay : Reichsgericht

Madde: 123

Yargıtayın nerede bulunacağı kanunla tâyin olunur. [1]

Madde: 124

Yargıtay, bir başkanla lüzumlu miktarda daire başkanı ve üyeden teşekkül eder.

Madde: 125

Başkan, Daire başkanları ve üyeler Danıştayın inhası üzerine devlet başkanı tarafından nasp ve tâyin olunurlar.

Alman eyaletlerinden birinde yargıçlık görevine hak ve ehliyet iktisap etmiş ve otuz beş yaşını ikmal eylemiş olan kimseler yargıtay üyeliğine nasp ve tâyin edilebilir.

Yargıtay üyelerinin kıdemleri tâyin edildikleri tarihe göre hesaplanır. Üyenin, yargıtay savcısı, yargıtay nezdinde avukat veya bir Alman üniversitesinde hukuk ordinaryüs profesörü olarak çalıştığı müddet, kıdemine eklenir.

[1] Yargıtayın Leipzig Şehrinde kurulacağı, 11 Nisan. 1877 tarihli kanun mukteza sındandır.

462

Madde: 126

Şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan dolayı herhangi bir cezaya veya bir seneyi mütecaviz hürriyeti tahdit edici bir cezaya kesinleşen bir hükümle mahkûm olan üye, yargıtay umumî heyeti kararile vazifesinden ve maaşından af edilebilir.

Baş savcı ve alâkalı üye dinlendikten sonra karar verilir.

Madde: 127

Bir üye hakkında bir cürüm veya cünhadan dolayı son tahkikat açıldığında, başsavcının mutalâası alınarak o üyenin muvakkaten

vazifesinden mahrumiyetine umumî heyet tarafından karar verilebilir.

Bir üye tevkif edildiği takdirde mevkufiyet halinin devamı müddetince vazifeden muvakkaten mahrumiyet hali bizatihi tahakkuk eder.

Madde: 128

Vücut sakatlığı yahut bedenî veya aklî melekelerin zaafı dolayısiyle görevini ifaya muktedir olamıyan üyeye tekaüt maaşı ahsis olunarak kendisi tekaüde sevk edilir. Görevden ayrılan üye etmiş yaşını bitirmiş olursa tekaüt maaşına hak kazanabilmek çin, hizmete kabiliyetli olması şart değildir.

Tekaüt maaşı, on sene ve daha az hizmet müddeti için maaşın üzde otuz beşi olup buna on seneden sonra otuz beşinci hizmet enesine kadar her sene için maaşın yüzde ikisi ve bundan itibaen ellinci hizmet senesine kadar her sene için maaşın yüzde birı lâve olunur.

Hizmet müddeti, üyenin devlet hizmetinde yahut bir Alman yaletinin hükümet veya Belediye hizmetinde bulunduğu yahut bir lman eyaletinde Noterlik, Avukatlık veya bir Alman Üniversisinde hukuk fakültesi profesörlüğü yaptığı zamanlarla birlikte esap edilir [1].

[1] Yargıtay üyeleri altmış sekiz yaşını ikmal ettikleri ayı takip eden üç ayın ürurunu müteakip tekaüde sevk olunurlar. (1923 ve 1925 tarihli kararname).

463

Madde: 129

Bir üye tekaütlük müddetini doldurmuş olmasına rağmen böyle bir talepte bulunmadığı takdırde, başkan üyeyi muayyen bir müddet zarfında böyle bir talepte bulunmağa davet eder. İş bu daveti kabul etmeyen üye ancak umumî heyetin kararile tekaüde sevk olunur.

Başsavcı ve alâkalı üye dinlendikten sonra karar ittihaz edilir.

Madde: 130

Yargıtayda hukuk ve ceza daireleri teşkil olunur. Daire adedini adalet nâzırı tâyin ve tesbit eder (2).

Madd: 131

62 — 69 uncu madde ahkâmı, başkanlık (prasidium) başkan, daire başkanları ve en yaşlı dört üyeden teşekkül ederek, yargıtay için dahi mütenaziren kabili tatbiktir.

Madde: 132

Yardımcı Yargıç istihdam edilemez.

Madde: 133

Hukuki ihtilâflar da Yargıtay:

1 — İstinaf mahkemelerinden sâdır olan nihaî hükümleri ve hukuk muhakemeleri usulü kanununun 566 maddesinde yazılı olan ahvalde asliye mahkemelerinden sâdır olan nihaî hükümleri temyizen,

2— Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 519 madde fıkra 2 de yazılı olan ahvalde istinaf mahkemesinden sâdir olan kararları itirazen,

tetkik ve karara bağlamağa yetkilidir.

[2] Yargıtayda yedi hukuk ve altı ceza dairesi olmak üzere on üç daire vardır. Hukuk daireleri birleştiğinde (hukuk umumî heyeti), ceza daireleri birleştiğinde (ceza umumî heyeti) adı verilir. Hukuk ve ceza dairelerinin müştereken toplanmasından umumî heyet teşekkül eder.

464

Madde: 134

Ceza işlerinde yargıtay, vatana hiyanet ve askerî sırları ifşa suçları hakkındaki 3.Haziran.1914 tarihli kanunun 1.nci ve 3.cü maddelerinde yazılı cürümleri ilk ve son derecede olmak üzere tahkik ve intaca yetkilidir. Yargıtay işbu ahvalde 73 ncü maddenin birinci fıkrasında yazılı olan kararları da ittihaz eder.

Başsavcı, vatana hiyanet ve askeri sırları ifşa suçları hakkındaki 3.Haziran.1914 tarihli kanunun 1.nci ve 3.ncü maddelerinde yazılı olan cürümlere ait cazaî takibatın eyalet savcılığınca icrasını emredebilir. Ancak az ehemiyetli olan işlere ait takibatın icrası emredilmelidir.

Yargıtay, 2.nci fıkrada yazılı işleri, başsavcılıkca iddianamenin tevdii sırasında talep edildiği takdirde, istinaf mahkemesine sevk edebilir. Talep hususunda 2.nci fıkranın 2.nci cümlesi nazarı itibare alınır.

Madde: 135

Bundanbaşka yargıtay ceza işlerinde, istinaf mahkemelerinin salâhiyetli olduğu hallerde yargıtay yoluyla cinayet mahkemelerinin ve büyük asliye ceza dairelerinin hükümlerini tetkik ve karara bağlamağa yetkilidir [1].

Madde: 136

Bir hukuk meselesinde bir hukuk dairesi diğer bir hukuk dairesinin yahut hukuk daireleri umumi heyetinin kararına bir ceza dairesi diğer bir ceza dairesinin veya ceza daireleri umumî heyetinin kararına uymadığı takdirde, ihtilaflı olan hukuk meseesi hakkında birinci halde hukuk daireleri umumî heyetinden, ikinci halde ceza daireleri umumî heyetinden bir karar istihsal olunur.

Bir hukuk dairesi bir ceza dairesinin veya ceza daireleri umumî heyetinin kararlarına yahut bir ceza dairesi bir hukuk dairesi veya hukuk daireleri kararlarına yahut bir daire evvelce ittihaz edilmiş olan umumî heyet kararına uymak istemediğinde ihtilâflı olan hukukî mesele umumî heyetin ittihaz edeceği kararı hal olunur.

[1] Yetkili mahkemeler şunlardır: Birinci dereceden olmak üzere divanı harbler, Yüksek divanı harbler ve Yargıtaydır. Bu mahkemeler mustakillen icrayı kaza ederler.

Hukuk daireleri umumî heyeti veya ceza daireleri umumî heyeti yahut yargıtay umumî heyeti tarafından bir mesele hakkında ittihaz olunan karar yalnız o iş hakkında bağlayıcıdır. Bu karar evvelce şifahî bir duruşma yapılmaksızın ittihaz olunur.

Yargıtay umumî heyeti veya ceza daireleri umumî heyeti karar ittihazından evvel nasılki başsavcıyı dinlerse evlenme ve boşanma işlerinde ve hacze müteallik davalar da ana ve baba ve çocuklar arasındaki hukukî münasebetlerin tanzimine veya ölüm bildirimine itiraza mütedair hukukî ihtilâflar da da keza başsavcının yazılı talep ve iddiaları alınmalıdır.

Davanın halli mukaddema yapılacak bir şifahî duruşmaya lüzum gösterdiğinde, duruşma, salâhiyetli daire tarafından icra edilir ve alâkadarlar, bu bapta elde edilmiş olan netice bildirilmek şartile, duruşmaya davet olunur [1].

Madde: 137

Bu madde, 31.Mart.1926 tarihli kanunun (Rg Bl.I.190) 11.nci maddesile kaldırılmıştır.

(134 ncü maddenin birinci fıkrası, eski metnin aynını ihtiva etmektedir.)

Madde: 138

Umumî heyet ile ceza ve hukuk daireleri umumî heyetleri başkan dâhil bütün üyenin en az üçte ikisinin huzuru ile karar ittihaz ederler.

Karar vermek üzere oya iştirak eden üye sayısının tek adetl olması lâzımdır.

Karar vermek üzere hazır bulunan üye sayısı çift olduğu tak dirde, kıdem itibarile, kıdem eşitliği halinde yaş itibarile en gen olan üye yahut bu üye raportör ise bundan sonra gelen üye o hakkına sahip değildir.

[1] Herhangi bir hukukî meselenin hukuk veya ceza daireleri umumî heyeti de veya Yargıtay umumî heyetinde müzakere edilerek intaç edilmesi hususu mutle mânada alınmamalıdır. Zira 136 ncı madde de derpiş edilen hallerde böyle bir hukuk mesele adı geçen heyetler tarafından tetkike mevzu olur. Binaenaleyh bir hukuk meseleyi ehemiyetli veya tereddüdü mucip olması sebeplerile bu heyetlere sevk etmeğe daireler salâhiyetli değildir.

Madde: 139

Daireler, Başkan dâhil beş âzadan teşekkül eder. Kararlar bu kadro ile ittihaz olunur. Ceza daireleri başkan dâhil üç üyeden teşekkül ederek birinci derecede olmak üzere duruşma harici karar ittihaz ederler.

Madde: 140

Çalışma durumu, umumî heyetin hazırladığı ve Danıştayın tasdik eylediği bir iş talimatnamesine tevfikan tanzim olunur.

Onuncu Kısım

Savcılık Teşkilâtı

Madde:141 [1]

Her mahkeme nezdinda savcılık teşkilâtı kurulur.

Madde: 142

Savcılık Vazifesi:

1—Yargıtay da Başsavcı ve bir yahut müteaddit yargıtay savcısı vasıtasile,

2—İstinaf, asliye ve cinayet mahkemelerinde bir veya müteaddit savcı vasıtasile,

3— Sulh ve toplu sulh mahkemelerinde bir veya müteaddit savcı yahut sulh mahkemelerinde çalışan savcılar vastasile ifa ve icra olunur.

Sulh mahkemelerinde vazife gören savcıların salâhiyeti, sulh mahkemeleri hariç diğer mahkemelerin vazifesi cümlesinden olan ceza işlerinde kamu davasının hazırlanması zımnında sulh yargıcınca yapılacak işlere şâmil değildir.

[1] Savcılık teşkilâtı bu kanunda yer atmıştır. Savcılığın, ceza hukuku tatbikatındaki faaliyet sahası kanunla tâyin ve tahdit edilmiştir.

Savcılık teşkilâtı, her şeyden önce cezai takibat icra eyliyen bir teşekkül olmakla beraber kamu menfaatlerinin mümesilidir. Savcılık kaideten infaz merciidir. Bundan başka idarî vazifeleri de mevcuttur. Ayrıca hukuk mahkelerince rüyet edilen bâzı hukukî ihtilâflarda da söz sahibidir. 141 nci maddeye tevfikan her mahkeme nezdinde bir savcılık teşkilâtı bulunacağı cihetle bu teşkilât temamile müstekildir. Mahkeme reisine ve ya heyetine bahşedilmiş olan disiplin cezasını tatbik etmeğe salâhiyeti, savcılığa şamil değildir. Savcılık, hiç bir suretle taraf mahiyetinde kabul edilemez. O, mahkemenin teşekkülü için lüzumlu bir unsurdur.

467

Madde: 143

Savcıların mahal itibarile salâhiyeti, nezdinde bulundukları mahkemenin mahal itibarile haiz oldukları salâhiyetle taayyün eder.

Salâhiyetsiz bir savcı, tehirinde zarar umulan ahvalde ve ancak kaza bölgesi dahilinde yapılması icap eden işleri yapmaya mezundur.

Yapılacak olan kanunî takibatın hangi eyalet savcısı tarfından yapılacağı hususunda bir ihtilâf zuhur ettiginde kanunî takibatın hangi savcı tarafından yapılacagını mensup oldukları üst savcılık makamı bulunmadığı takdirde Yargıtay başsavcısı tâyin eder.

Madde: 144

Bir mahkeme nezdindeki savcılık teşkilâtında savcı ve müteaddit savcı yardımcısı bulunduğunda savcıya terfik edilen savcı yardımcıları savcının vekili sıfatile vazife ifa ederler ve savcı namına hareket ettiklerinde savcının yapacağı her türlü resmi işleri ayrıca bir emre lüzum olmadan yapmağa yetkilidirler.

Madde: 145

İstinaf ve asliye mahkemeleri nezdinde kurulmuş olan savcılık teşkilâtının başında bulnnan savcılar, kaza mıntıkaları dahilindeki mahkemeler nezdinde görülmesi gereken savcılk işlerini ya bizzat deruhte ederler veya diger savcılara tevdi edebilirler.

Sulh mahkemeleri nezdindeki savcılar vazifelerini ancak sulh veya toplu sulh mahkemeleri nezdinde ifa edebilirler [1].

Madde: 146

Savcılık teşklâti elemanları üstleri tarafından vazifeye müteallik verilen emirleri ifaya mecburdurlar .

Yargıtayın birinci ve sonuncu derecede yetkili olduğu işlerde bilumum savcılar başsavcının emirlerini ifaya mecburdurlar.

Madde: 147

Teftiş ve murakebe hakkı aşağıda yazılı olduğu şekilde cerayan eder:

1— Başsavcı ve yargıtay savcıları hakkında devlet adliye nazarı

[1] Çocuklar tarafından işlenen suçların savcılar tarfından ne şekilde tahkik ve takip edileceği hakkında çocuk mahkemeleri haunununda sarahat vardır.

468

2— Eyaletteki savcılar için eyalet adliye idaresi,

3 — Kaza mıntıkaları dahilinde bulunan bilumum savcılar için istinaf ve asliye savcıları, teftiş ve murakabe hakkını haizdir.

Madde: 148

Başsavcı ve yargıtay savcıları hâkim sınıfından madut değildirler. Bu makamlara ve keza savcılık makamına ancak yargıclığa hak ve] ehliyet iktisap etmiş olanlar nasb ve tâyın edilebilir.

Madde: 149

Devlet reisi, danıştayın inhası üzerine başsavcı ile yargıtay savcılarını nasp ve tayin eder.

Tekaüde sevk ve tekaüt maaşının tâyini hakkında 128 nci madde hükümleri kıyasen tatbik olunur.

Devlet Reisi, Başsavcı ile yargıtay Savcılarını, kanunen verilmesi gereken açık maaş tahsis edilerek, her zaman muvakkaten tekaüde sevk edebilir.

Madde: 150

Savcılık resmi işlerin ifasında mahkemelere bağlı değildir.

Madde: 151

Savcılar yargıçlık vazifesile tavzif edilemezler. Onlar keza, yargıçları, vazifeye müteallik olmak üzere, teftiş ve murakaba edemezler.

Madde: 152

Polis ve emniyet memurları savcılığın yardımcı memurlarıdır ve bu sıfatla mensup oldukları savcıların ve bu savcıların üstlerinin emirlerini ifa ile mükellefdirler.

İşbu hükmün diger memurlara olan şümul sahasını eyalet hükümetleri tesbit ve tayin eder[1]

[1] Bu madde ile âdli Zabıta müessesesi mevzuata ithal edilmiş bulunmaktadır. Âdli zabıta doğrudan doğruya savcılara ve savcıların üstü olan makamlara bağlıdır.

Onbirinci Fasıl

Mahkeme kalemi

Madde: 153

Her mahkeme nezdinde lüzumlu mıktarda zabit kâtibinden mürekkep bir kalem teşkil olunur,

İş bölümünü, yargıtay için devlet adliye nazırı, asliye mahkemeleri için eyalet adalet idaresi tanzim ve tesbit eder.

Onikinci Fasıl

Tebliğ ve İnfaz Memurları

Madde: 154

Tebliğ, davet ve infaz ile tavzif edilmiş bulunan memurların (mahkeme mübaşirleri) hizmet ve vazife şartlarını yargıtay için devlet adliye nazırı, asliye mahkemeleri için eyalet adliye idaresi tanzim ve tesbit eder.

Madde:155

Mahkeme mübaşiri, aşağıda yazılı olan hallerde, vazifesini ifadan kanunen (Bihakkın) memnudur:

I—Hukukî ihtilaflarda:

1—Bizzat taraflardan birini teşkil ediyor yahut tarflardan birinin kanunî mümessili veya taraflardan birinin müşterek alacaklısı veya müşterek borçlusu ise veya kefil ve tazmin ile mükellef durumda bulunuyorsa,

2—Aralarındaki nikâh feshedilmiş olsa dahi, taraflardan biri eşi ise,

3—Taraflardan biri usul ve füruğundan ise veya aralarında sıhri hısımlık mevcut ise yahut evlâtlığı ise yahut üçüncü dereceye kadar civar hısımı veya sıhrıyeti intaç eden evlilik hali baki olmasa bile ikinci dereceye kadar sıhri akrabalık mevcut ise,

II. Ceza işlerinde:

1—Eğer suçtan bizzat zarar görmüş ise,

2—Sanığın veya davacının eşi ise veya idi ise,

3—Sanık veya mağdur ile numara 1, bent 3 te yazılı hısımlık münasebeti mevcut ise.

Onüçüncü Fasıl

Adlî Yardım

Madde: 156

Mahkemeler hukukî ihtilaflarda ve ceza işlerinde yekdiğerlerine adlî yardımda bulunurlar.

Madde:157

Adlî yardımda bulunma isteği resmî muamelenin yapılması icap eden mıntakanın sulh mahkemesinde yapılır.

Madde:158

İşbu yardım isteği ret olunamaz.

Ancak, kendisinden yardım talep edilmiş olan mahkeme mahal itibarile yetkisiz bulunduğu yahut yapılması istenen resmî muamelenin ifasının bu mahkeme tarafından icrası kanunen men edilmiş oldugu takdirde, silsilei meratipte yüksek dereceli addedilmeyen bir mahkemenin talebi ret olunur.

Madde: 159

Talebin ret edilmesi veya 158 nci maddenin 2 nci fıkra hükmüne muhalif olarak kabul olunması halinde istinabe olunan mahkemenin mensup olduğu mıntakanın istinaf mahkemesi meseleyi hal eder.

İstinaf mahkemesinden bu yolda sâdır olan kararlar aleyhine itiraz ancak, bu kararın adlî yardımın caiz olmadığına mütedair bulunması ve istinabe edilen veya eden mahkemelerin muhtelif istinaf mahkemesi mıntakalarına mensup olmaları halinde caizdir.

Vâkı itiraz hakkında karar ittihazı yargıtaya aittir. Kararlar, alâkadarların yahut istinabe eden mahkemenin talebi üzerine şıfahî duruşma yapılmaksızın ittihaz olunur.

Madde: 160

İnfaz, davet ve tebligat için gereken muamelelerin yerine getirilmesi hususu muamelenin işin görüldügü mahkemenin tâbi bulunduğu eyalette veya başka bir eyalette görülmesi lüzumu nazarı dikkate alınmaksızın, usul kanunları ahkâmına göre cereyan eder.

Madde: 161

Mahkemeler, Savcılar ve mahkeme kalemleri bir mübaşire vazife tevdi eylerken bu vazifenin görülecegi mıntakadaki sulh mahkemesinin yardımda bulunmasını isteyebilir. O vazifenin görülmesi için kalem tarafından tavzif edilen mübaşir doğrudan doğruya vazifelendirilmiş gibidir.

Madde: 162

Altı hftayı geçmeyen hüriyeti tahdit cezasına mahkûm olanlar hakkındaki ceza mahkûmun bulunduğu eyalet dahilinde infaz edilir.

Madde: 163

Hürriyeti tahdit cezasının diğer bir mahkeme mıntakası dahilinde infaz edilmesi veya diğer bir mahkeme mıntakası dahilinde bulunan bir mahkûmun cezasını çekmek üzere yakalanarak teslim edilmesi gerektiğinde, o mıntakanın asliye mahkemesi nezdindeki savcılığa bu bapta talepte bulunulur.

Madd: 164

Müteaddit Alman eyalet makamları arasında adlî yardım halinde teslim veya infazın gerektirdiği sarfiyatı talepte bulunan makam, talebe muhatap olan makama öder.

Diğer adlî yardım masraflarını talepte bulunan makam tediye ile mükellef değildir.

Ancak, yapılan masarifi tediye ile mükellef bir taraf bulunduğunda, talepte bulunan makam yapılan masrafları o taraftan tahsil ederek talebe muhatap olan makama gönderir.

Talepte bulunan makam tarafından gönderilen evrak, (vesaik ve zabitnameler) talebe muhatap olan makamın bulunduğu eyalette cari olan hukuka göre alınması gereken damga ve harç resimlerile sair umumî rüsuma tâbi değildir.

Madde: 165

Davet edilen şahit ve ehli vukufa verilecek tazminatın miktarı şahit ve ehli hibreyi huzuruna çağırmış olan mahkemede cari ahkâma göre tâyin ve tesbit olunur.

472

Davet edilen kimselerin ikamet ettikleri mahalde mer'i olan mevzuat işbu miktarları daha fazla olarak tesbit etmiş ise alâkalı bu fazla mıktarı talep edebilir.

Davet edilen kimselerin ikamet mahalleri uzak ise talep ettikleri takdirde kendilerine bir miktar avans verilir.

Madde: 166

Bir mahkeme, kendi kaza mıntakası haricindaki resmî muamelelerin ifasına, mahallî sulh mahkemesinin rızasını almaksızın ancak, tehirinde zarar bulunan hallerde tevessül edebilir. İşbu halde mahallî sulh mahkemesine malûmat verilir.

Madde: 167

Hali firarda olan bir şahsı takip etmekte olan bir Alman eyaleti emniyet memurları o şahsı diğer bir Alman eyaleti arazisi dâhilinde dahi takip ederek yakalamağa salâhiyetlidirler.

Yakalanan şahıs, hangi eyalette yakalanmış ise o eyalet mahkemesine yahut en yakın polis makamına derhal sevk edilmelidir.

Madde: 168

Bir Alman eyaletindeki resmî bir daireye ait olan dosyanın veya yapılan muamelelerin o eyalet mahkemesine bildirilmesine mütedair olan mevzuat, böyle bir talapte bulunan mahkemenin başka bir eyalete mensup olması halinde de kabili tatbiktir.

Ondördüncü fasıl

Aleniyet ve inzibat

Madde: 169

İcrayı muhakeme aleni olduğu gibi hüküm ve kararlar da alenen tefhim kılınır.

Madde: 170

Evlilik işlerinde, taraflardan birinin talebi üzrine, aleniyet kaldırılır.

Madde: 171

Hacir altına alma ve fek etmeye mütedair yapılan bir şikâyet münasebetile cereyan eden muhakemede (hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde: 664, 679) mahcurün dinlenmesi sırasında aleniyet kaldırılır.

Taraflardan birinin talebi üzerine duruşmanın tamamının aleniyeti dahi kaldırılabilir.

Hacir altına alma veya feketme münasebetile yapılacak muhakeme (hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 645—663, 675—678) gizli cereyan eder.

Madde: 172

Duruşmanın alenî yapılması, kamu nizamının bilhassa devlet emniyetinin tehlikeye düşmesi veya umumî ahlâk ve âdabın ihlal edilmesi endişesini doğurduğunda, mahkeme, duruşmanın tamamı veya bir kısmı için, aleniyeti kaldırabilir. [1]

Madde: 173

Hükmün tefhimi mutlak olarak alenîdir. Ancak 172 nci madde de yazılı olan ahvalde ve mahkemenin hususî bir kararila hükmün esbabı mucibesinin veya bir kısmının tefhimi alenî olmıyabilir.

Madde: 174

Taraflardan birinin talebi veya mahkemenin tensibi üzerine alaniyetin kaldırılması hakkındaki muhakeme alenî olmıyan celsede cereyan eder. Ancak aleniyetin kaldırılması hakkında ittihaz edilmiş olan karar alenî olarak tefhim edilir. 172, 173 ncü maddelerde yazılı olan hallerden hangisine istinaden aleniyetin kadırılmış olduğu tefhim sırsamda bildirilir.

Aleniyet devlet emiyetinin muhafazası için kaldırılmış ise, mahkeme hazır bulunan kimselerin gerek duruşma ve gerek dava dosyası vasıtasile ıttıla peyda ettikleri mahremiyeti gizli tutmakla mükellef oldukları hususunu karar altına alabilir. Karar, zapta geçirilir. İşbu karar kabili itirazdır. İtiraz icrayı durduramaz.

[1] 1935 tarihli metin de (bir sanat ve teşebbüse ait sırları muhafaza maksadile duruşmanın bir kısmı veya tamamı hakkında aleniyet kaldırılabilir) sarahatı mevcuttur. Son tadilde bu kısım maddeye alınmamıştır.

474

Madde: 175

Küçükler, medenî haklarına sahip olmıyanlar (mahrum edilmiş olanlar) yahut mahkemenin mehabetine yaraşmıyacak şekil ve surette gelenler alenî duruşmaya girmekten men edilebilirler.

Bâzı şahısların alenî olmıyan duruşmaya girmelerine mahkemece müsaade edilebilir. Bu müsaadenin verilebilmasi için tarafların dinlenmesine lüzum yoktur.

Aleniyet kaldırılmış bulunsa dahi adalet dairelerini teftiş etmekte olan memurlar duruşmada hazır bulunabilirler.

Madde: 176

Reis, Celse intizamını temin ile mükelleftir.

Madde: 177

Muhakemenin intizam ve sükûnetini muhafaza için verilmiş olan emirlere mutavaat eylemiyen taraflar, sanıklar, şahitler, ehli vukuflar ve mahkemenin bünyesine dâhil olmıyan eşhas, mahkemenin ittihaz edeceği bir kararla salondan dışarı çıkarılabilir ve yirmi dört saati tecavüz etmemek üzere tevkif edilebilirler. Ne kadar müddet mevkuf kalacakları kararda gösterilmelidir.

Madde: 178

Mahkeme, celse esnasında uygunsuz hareket eden taraflar, sanıklar, şahitler,, ehlivukuf veya mahkemenin bünyesine dâhil olmıyan şahıslar hakkında, cezaî takibat icrası mahfuz kalmak şartile, inzibatî mahiyette olmak üzere, para cezası yahut üç güne kadar hapis cezası tâyin ve bu cezanın derhal infazını sağlaya bilir.

Madde: 179

Reis, yukarıki maddede yazılı olan inzibatî cezanın infazını bilâvasıta sağlar.

Madde: 180

176—179 ncu maddelerde gösterilen yetkileri, resmî muameleri duruşma (celse) haricinde ifa eyleyen, tek yargıç dahi haizdir.

Madde: 181

178 ve 180 nci maddelere tevfikan ittihaz edilmiş olan ve inzibati ceza tâyinine mütedair bulunan karar şayet Yargıtay veya İstinaf mahkemesi tarafından verilmemiş ise işbu karar aleyhine tefhimden itibaren bir hafta içinde itiraz olunabilir.

İtiraz, 178 nci maddede yazılı olan halde infazı tehir etmez. 180 nci maddede yazılı olan halde ise infazı tehir eder.

İtiraz, istinaf mahkemesince tetkik edilerek karara bağlanır.

Madde: 182

Uygunsuz hareketten dolayı inzibatî ceza tâyinine yahut bir şahsın tevkifine veya taraflardan birinin uzaklaştırılmasına mütedair ittihaz edilen karar ve bu kararın mucip sebepleri zapta geçirilir.

Madde: 182ª

Duruşmada cezayı müstelzim bir suç işlenmiş ise, mahkeme, vakayı tesbit ve bu husustaki zabıt varakasını yetkili mercie gönderir ve icap ederse failin muvakkaten yakalanmasını emreder.

Onbeşinci fasıl

Mahkemede konuşulan dil

Madde: 184

Mahkemede konuşulan dil Almancadır.

Madde: 185

Alman dilini konşmağa muktedir olmıyan kimselerin duruşmaya iştirakleri halinde bir mütercim davet edilir. Ecnebi dilde başka bir zabıt tutulmaz. Ancak, Yargıç, işin ehmmiyetine binaen lüzum gördüğünde ecnebi dil ile verilen ifadeleri ve izahları aynen zapta veya zabıt zeyline geçirebilir. Hususî ahvalde tercümanın tasdik ettiği bir terceme zapta geçirilmelidir.

Duruşmaya iştirak edenlerin hepsi yabancı dile vâkıf oldukları takdirde tercümanın celbinden vaz geçilebilir.

476

Mande: 186

Sağır ve dilsizlerin iştirakile yapılan duruşmada, yazı ile anlaşma mümkün olamadığında, başka şekillerde anlaşmağa vasıta olabilecek bir şahıs tercüman olarak davet edilir.

Madde: 187

Taraflardan biri sağır ise duruşmada kendisine Vortrağ hakkı verilip verilmiyeceği hususunu mahkeme takdir eder.

Madde: 188

Almanca diline vâkıf olmıyanlar kendi dillerinde yemin ederler.

Madde: 189

Tercüman, tercemeyi sadık ve kanaatlı olarak yapacağına dair yemin eder.

Eğer tercüman bu nevi tercemeler için evvelce yemin etmiş ise eski yemine atıf yapılabilir.

Madde: 190

Zabıt kâtibi, tercüman olarak tavzif edilebilir. Bu takdirde ayrıca yemin edasına lüzum yoktur.

Madde: 191

Ehli vukufun (ehli hıbre) ret edilmesi ve çekinmesi hakkındaki ahkâm tercümanlar için de kıyasen tatbik olunur. Karara, tercümanı davet ve celbeylemiş olan mahkeme veya yargıç tarafından ittihaz edilir.

Onaltınei Fasıl

Müzakere ve oy

Madde: 192

Kararlara, ancak, kanunun tâyin ettiği miktarda yargıç iştirak eder.

477

Başkan, uzun süren muhakemelerde yedek yargıçların davet olunmasını emredebilir.

Yedek yargıçlar duruşmada hazır bulunur ve bir yargıcın mazereti halinde onu tevkil eder.

Yukarda yazılı olan ahkâm meslekten olmıyan yargıçlarla jüriler hakkında da kabili tatbiktir.

Madde: 193

Müzakere de, oy toplanmasında ve karar ittihazında aslî yargıçlardan maada ancak ayni mahkemede hukuk stajyeri olanlar başkanın müsaadesile bulunabilir.

Madde: 194

Müzakerenin idaresi, suallerin vaz'ı ve oyların toplanması reise aittir. Sualin konusu, şekli ve sırası yahut oya müracaatın neticesi hakkındaki ihtilâfları mahkeme hal eder.

Madde: 195

Herhangi bir sualin oya konulmasında akalliyette kalmış olan yargıç, meslekten olmıyan yargıç veya jüri, bilâhera tetkik edilen diğer mesele hakkında, bu sebebi ileri sürerek, oy vermekten imtina edemez.

Madde: 196

Kararlar, kanunda aksine sarahat bulunmadıkça, oyların mutlak çoğunluğu ile ittihaz olunur.

Hakkında karar ittihazı gereken miktarlara müteallik olarak her biri bizzat çoğunluğu haiz olmıyan ikiden fazla görüş vücut bulduğu takdirde, çoğunluk vücut buluncaya değin en fazla miktar için (yekûn) verilen oylar, bundan sonra gelen daha az miktar için verilenlere ilâve olunur.

Bir ceza işinde, mesuliyet sorusu hariç, her biri bizatihi çoğunluğu haiz olmıyan ikiden fazla görüş vücut bulduğu takdirde lâzım gelen çoğunluk hâsıl oluncaya kadar, sanığın en fazla aleyhindeki oylar, bunu takip eden daha az aleyhteki oylara ilâve edilir. Ceza sorusunda her biri bizatihi matlup çoğunluğu haiz olmıyan iki görüş meydana çıktığı takdirde daha lehte olan görüş kabul edilir.

478

İki yargıç ye iki meslekten olmıyan yargıçtan müteşekkil bulunan toplu sulh mahkemelerinde, mesuliyet ve ceza soruları haricinde oy müsavatı hâsıl olduğunda Başkanın bulunduğu taraf çoğunluk kazanmış sayılır.

Madde: 197

Yargıçlar kıdem sırasile kıdem eşitliği halinde yaş sırasile, ticaret yargıçları, meslekten olmıyan yargıçlar ve jüriler de yaş sırasıle oylarını kullanırlar.

Kıdemsizler veya kıdemleri az olanlar yaşlılardan evvel oylarını kullanırlar. Meslekten olmıyan yargıçlarla jüriler aslî yargıçlardan evvel oylarını kullanırlar.

Raportör tâyin edilen işlerde en evvel raportör oyunu kullanır. Reis, oyunu en son kullanır.

Madde : 198

Müzakere ve oy toplama sırasında meslekten olmıyan yargıçlarla jüriler mahremiyeti muhafaza ile mükelleftirler.

Onyedinci Fasıl

Mahkemelerin tatili

Madde: 199

Mahkemeler, 15 Temmuzdan 15 Eylüle kadar tatil yaparlar. [1]

Madde: 200

Tatil zamanında yalnız tatil işleri için gün tâyin edilir ve kararlar verilir.

Tatilde görülecek işler şunlardır:

1—Ceza işleri,

2—Mevkuflu işler ve muvakkat olan bir tasarrufa mütedair işler

3—Panayır ve pazar işleri

[1] *Eylülün 15 inci günü tatile dâhildir.*

4—İkametgâh veya sair yerlerin kiracılarile kiralayanları arasında tahaddüs eden ihtilâflar yahut bu nevi yerlerin kiracılarile ikinci kiracıları arasında kullanma, terk, yahut tahliyeden veya kiracı tarafından o yere konulan eşyanın zaptından doğan ihtilâflar,

5—Evlilik harici münasebetlerden mütevellit ihtilâflar,

6—Bono işleri

7—Bir çekten mütevellit rücu hakkı

8—Yapılmakta olan bir inşaatın devamı hakkındaki ihtilâflar.

Madde: 201

Tatilde görülecek işlere bakmak üzere asliye mahkemelerile istinaf mahkemelerinde ve yargıtayda tatil daireleri teşkil olunur. [1]

Madde: 202

Masrafların tesbiti, protesto, cebrî icra, iflas ve tasfiye davalarına tatilde dahi bakılır.

[1] Aslında Senat ve Kammer tâbirleri vardır. Bu tâbirleri (daire) olarak dilimize çevirdik. Esasen istinaf mahkemesindeki dairelere Kammer, Yargıtaydaki dairelere ise Senat adı verilmektedir.

— SON —

480

Ceza Usulünde Kaziyyei Muhakeme istisnaları
I—Muhakemenin iadesi

Yazan:
Hamdi ÖNER

Konu:

I— Kaziyyei muhkeme ve istisnaları
II—Muhakemenin iadesi sebepleri
III—Muhakemeniu iadesinin caiz olmadığı haller
IV—Muhakemenin iadesi kabülünün tesirleri
V—Delillerin toplanması
VI—Muhakemenin iadesi üzerine yapılacak işlemler.

I—Kaziyyei muhkeme ve istisnaları.

Bir dava nihaî ve katî surette halledildiği takdirde artık bir daha mevzuubahis edilmemelidir. Aksi hal toplumda emniyet ve istikrarı selbeder. Binaenaleyh Kaziyyei muhkeme bir Kamu intizamı meselesidir.

Gerçekten katî surette neticelenen bir davanın tekrar görülmemesi prensibinin kabulünde bir çok noktalarda içtimaî faide ve hattâ zaruret vardır. İhtilâf ye nizaların mütemadi surette dava konusu yapılması yalınız ferdi hayatta emniyetsizlik doğurmakla kalmaz. Ayni zamanda Kaza cihazını intizamla çalışmasına da engel olur. Ferdî ve içtimaî nizamda tenakus ve mübayenetler yaratmak suretile istikrarın teessüsüne mâni olur. O halde Cemiyeti kararsızlık ve intizamsızlıktan kurtarmak için görülen davaların bir daha mevzuubahis edilmemesini prensip olarak kabul etmek lâzımdır. Bu lâzime hatalı bir hükmün mahza hakikatın ifadesi ve kanunun emri olduğunu kabul etmek zaruretini doğurur. Çünkü usul kanunları, Adalet teşkilâtı ve hüküm veren uzmanlar ne derece mükemmel olurlarsa olsunlar bunlar adlî hataları asgarîye indirebilirlerse de katî şekilde bertaraf edemezler. İçtimaî hayatın muhtaç olduğu intizam kanun koyucusunu, hataların mahzı hakıkat olduğunu kabule icbar etmiştir. Kaziyyei muhkeme Roma ve İslâm hukuklarında olduğu gibi bütün modern hukuk sistemlerinde de yer almıştır. Ancak esasa matuf ve umumî vicdanı rahatsız eden bâzı hataların ıslahını kabul etmeyerek icra ve infazlarında ısrar etmek yalnız büyük haksızlık teşkil etmekle kalmaz ayni zamanda Adalatin şeref ve itibarını da kırar.

Bundan dolayı Kaziyyei muhkemeyi kabul ıstırarında kalan kanun koyucusu ayni zamanda onun aleyhine de bir takım istisnalar kabul etmek zorunda kalmıştır. Muhakemenin iadesi, karar tashihi ve yazılı emir bu istisnaları teşkil eder. Hattâ Anayasa ile cezaların değiştirilmesi, ertelenmesi ve bağışlanması hususunda büyük Millet Meclisine verilen yetkilerin de kaziyyei muhkemenin zararlarını telâfi gayesine dayandığını söyleyebiliriz. Bu yazının konusu mahkemenin iadesine munhasırdır [1].

Muhakemenin iadesi bir kanun yolu değildir. Fakat kanun yollarında olduğu gibi Adli hüküm ve kararların islahı gayesi istihdaf olunmuştur. Kanaatımize göre davayı nihaî şekilde hal etmesi itibarile kesinleşen ceza kararnameleri hakkında da muhakemenin iadesi caizdir. Ancak mevzuatımızda idari mercilere de bâzı hallerde kaza yetkisi verilmiştir. Eczümle 1608 sayılı Belediye umuruna muteallik ahkâmi cezaiye kanunu, 4274 sayılı köy Okulları ve enstitüleri teşkilâtı kanun, 3039 sayılı çeltik ekimi kakkında kanun, Çiftçi mallarının korunması hakkında kanun, 442 sayılı köy kanun, 858 sayılı Çekirge itlâfı hakkında kanun, genel nüfus sayımı kanunu vilâyetler idaresi kanundaki yetkilere dayanarak idare mercileri kazaî mahiyette Karar verebilirler. Bunlardan bâzıları ise sulh yargıçlığınca itiraz ve incelenerek kesinelşir. Bu kararlar hakkında muhakemenin iadesi mevzuubahis olamaz. Zira bu merciler Ceza muhakemeleri usulü kanununun hükümleri dairesinde karar vermiş değildirler. Esasen usul kanunu ancak mertebeli adalet teşkilâtı tarafından uygulanabilir. İdarî merciler bu kanunun hükümlerine dayanarak tedbir ve karar alamazlar. Yetkileri kazaî olmakla beraber bunları ittihaz edenler birer icra organıdırlar. Bu itibarla kararlarında da idarî tasarruf mahiyeti galiptir. Bu idare merci ve korullarından verilen ve tamamen idarî mürakabeye tâbi bulunan kararlardaki hataları düzeltmek yine idarî yollarla mümkün olacağı kanaatindeyiz. Binaenaleyh bu kararlar hakkında üstlerine müracaat suretile hatalar düzeltilebilir. Kaziyyei muhkeme idarî tasarruflar hakkında bahis mevzuu olamaz. Muhakemenin iadesi ile Temyiz yolu arasında şu farklar vardır.

a—Temyiz madun mahkemenin yaptığı hatanın düzeltilmesi için, üst Mahkemeye yapılan bir müracaattır. Muhakemenin iadesi ise hatasını düzeltmek üzere bizzat hükmü veren mahkemeye yapılan müracaattır.

[1] Kaziyyei muhkeme hakkında Abdulhalık Kemalin (Kaziyyei muhkeme) ünvanli makalesine müracaat. Baro Mecmuası 1/1/928 nüshası sayfa 760.

482

b—Muhakemenin iadesine mevzu teşkil eden hata sonra meydana çıkmış ve bu itibarla gayri ihtiyarîdır. Halbuki temyiz yolile ileri sürülen hata dosyada mevcuttnr. Ve bu hataya mahkeme bilerek düşmüştür.

c—Muhakemenin iadesi ancak kesinleşen hükümler hakkında vârit olduğu halde Temyiz kesinleşmeden evvel yapılılır.

d— Muhakemenin iadesi sebepleri temyize nispetle daha mahduttur

e—Temyize müracaat mehle tâbidir. Muhakemenin iadesini istemek keyfiyeti ise müddetle tahdit edilmemiştir. Hattâ müruru zamandan sonra da olur.

Muhakemenin iadesi sebepleri.

Muhakemenin iadesinin sebepleri tahdiden kabul olunmuştur. Hükümlhnün lehine iadeyi sağlayan sebepler aleyhine kabul olunan sebeplere nazaran daha geniş tululmuştur.

A — Hükümlünün lehine muhakemenin iadesini icap edtiren sebepler usulün 327 nci maddesinde beş bendde açıklanmıştır. Bunları sırasile tavzih ederim:

1— Duruşmada ihticaç olunan ve hükme tesir eden bir vsikanın sahteliği tebeyyün ederse.

Fıkrada ki duruşma tâbiri dar mânada alınmamalıdır. Sahteliği tebeyyüneder vesikaya ilk soruşturmada da ihticaç oluna bilinir maksat, vicdani delil sistemine dayanan kanunumuza göre hükümde bu vesikanın yargıcın kanaatına müessir olması lâzımdır binaenaleyh soruştnrmanın her hangi bir safhasında ihticaç edilmiş olmasının ehemmiyeti yoktur yalnız vesikanın hükmün tesisinden yargıcın kanaatına müessir bulunmuş olması şarttır. Bil farz kaçma veya delilleri karartma ihtimallerini tasni etmek suretile tutukluk veya arama kararını vermeğe sebep olan vesika hükme müessir olmadıkça iaede sebebi sayılmaz. Vesikanın sahteliği Adli, İdari, Askeri mahkemelerde her hangisinin hükmüle tebeyyün etmesi müsavidir hattâ şahsi kanaatimize göre idari mercilerden verilen vesikanın bu merciler tarafından sahteliginin kabulü de iadesi için kâfidir güçlük vesikanın hükme tesir etmiş olup olmadığının tâyinindedir arz edildiği gibi usulümüzün deliller

483

hakkındaki prensibine göre hüküm vicdani kanaate dayanır o halde vesikanın hükme değil hükmü tesis eden kanaatlere tesiri mevzuu bahistir bu da insanın iç âlemine taâlluk eden bir konu olmasi itibarile kestirmek her zaman kolay değildir eğer vesika kanatin dayandığı maddî deliller meyanında hüküm fıkrasında sayılmış ise tabiatile tereddüde mahal kalmaz fakat bu da kâfi değildir. Eğer kanaat bu vesikadan maada daha birçok delillere dayanır ve mevzuu bahis vesikanın yokluğu hükümde değişiklği icap ettirir mahiyette değilse tabiatile iade sebebi sayılmaz kaziyyei muhkemeyi bozmağa cevaz vermeyen ayrıntıların hattâ ufak tefek hataların iade sebebi sayılması doğru değildir.

2—Yemin verilerek dinlenmiş olan bir şahit veya ehlihibrenin hükme müessir olacak surette mahkûm aleyhine kasten veya ihmal ile hakikat hilâfında şahitlikte bulundugu veya rey verdiği anlaşılırsa.

Ehlihibre kasti olarak veya ihmalle hakikat hilâfına mutalâa beyan ederse hareketi suç tekileder çunkü ehlihibre T. C. Kanununun 279 ncu maddesinin uyarınca bir kamu hizmeti ifa etmesi itibariyle memur gibi sorumludur keza şahidin kasten yalan şahadette bulunması suç teşkileder ancak şahadette ihmal suç teskiletmez fıkrada yemin ile dinlenmiş olması şart konulmuştur maddenin Alman kanunundaki aslında da bu kayıt vardır fekat kana atımıza göre usulun 244 ncu madesine göre duruşmada okunan ve yemine müstenit buluumayan bir şahadet dahi bu fıkranın şümulüne girmelidir.

3—Bizzat mahkûm tarafından sebebiyet verilmiş olan kusur müstesna olmak üzere hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden biri aleyhine ceza tahkikatını ve kanunî bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifelerini ifada kusur etmiş ise,

Bu fıkraya göre muhakemenin iadesini gerektiren sebepler şunlardır. Hükme iştirak etmiş olan birisi hakkında takibat veya mahkûmiyetini müstelzim derecede vazifesini ifada kusur etmiş ise tâbirine göre duruşma kâfi değil yargıcın hükme iştirak etmiş olması şarttır. Ve takibatın cezaî mahiyette olması lâzımdır. Yargıçlar kanununun 87. maddesine göre dikkatsizlik ihtarı yani inzibatî cezayı gerektirir fakat fıkrada kasit olunan takibat disiplin takibatı değildir. Mücerret takibat kaziyyei muhkemeyi ihlale

484

cevaz vermez. Yargıcın mahkûmiyeti veyafiilînin mahkûmiyeti müstelzim bulunduğu usulen tesbit olunan hallerdir. Yargıç hakkında takibat ifasını gerektiren fiilin kasti veya ihmali olması müsavidir. Yeterki bu kusur ceza hukuku bakımından sorumluluğunu istilzam eder mahiyette ve verilen hükümle de illiyet rabıtası bulunsun bu kusura hükümlünün bizzat sebebiyyet vermemiş olması da şarttır.

4 — Ceza hükmü, hukuk mahkemesinin bir hükmüne müstenit olup da bu hüküm katileşmiş olan diğer bir hüküm ile bozulmuş ise,

Cezada sorumluluk bâzı hallerde hukuk mahkemesinin hükmüne istinat edebilir. Meselâ nüfusta onbir yaşını bitirmemiş gözüken bir kimsenin hukuk mahkemesi kararile yaşı onaltı olarak tashih edilmiş olabilir. Bu karara dayanılarak verilen mahkumiyet hükmü, mezkür kararın tashihi karar veya muhakemenin iadesi yoluyle ortadan kalkması halinde mesnetsiz kalır. Zira hükümlü onbeş yaşını bitirmemiş olur ve bu durumda bulunan kimsede ceza kanununa göre sorumsuzdur keza hırsızlık mevzuu olan malin müştekiye ait olduğnna dair hukuk mahkemesinin hükmü ortadan kalkarsa bu hal ceza hükmüne de tesir eder.

5 — Yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irat edilen deliller birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun bereatini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbikile mahkûm olmasını istilzam bilecek mahiyette olursa.

Muhakemenin iadesi sebeplerinin en önemlisi beşinci fıkrada yazılıdır. Fıkra bir çok ihtimalleri kapsıyacak mahiyette geniştir bir kaç ihtimal inceliyelim.

Bir suçtan dolayı bir şahıs mahkûm olur ve ceza infaza başlandığı sırada aynı suçun başka şahıs taralından işlendiği ileri sürülmesi üzerine takibat başlarsa bu hal mahkûm lehine iade sebebi reşkil eder Kanaatimize köre başlanan takibat yeni bir vaka sayılmaz, ancak bu takibat sonunda yeni vakdan bahsolunanabilir, yani bir mahkümiyet hükmü verilirse bu hal eski mahkûm lehine yeni bir vaka sayılır, aksi takdirde belli olmıyan bir sonuca göre kaziyei muhakemenin ihlalini kabule müncer olur. Yapılan takibat nihayet bir araştırmayı tazammun etmekten başka bir şey

ifade etmez, kesinleşen bir hüküm aleyhine ancak o kuvvette bir hükme dayanılarak gidilebilir. Nitekim bu konu hakkında verilen yazılı emir birinci ceza dairesince kabul olunmuştur [2].

Yazılı emir vidal Garo gibi benam ceza hukuku müelllferinin fikirlerine dayanmaktadır.

Hükme müessir vakalar pek çoktur genel kistas şudur: küküm sırasında belli olsa idi suçlunun sormsuzluğu veya dah az ceza ile cezalandırılmasını gerektiren bir vakanın hükümden sonra meydana çıkması lâzımdır, burada bir noktaya işaret edelim: Ûsul kanunumuzun aslında yazılı emir yolu yoktur yazılı emir müessesesi fıransız mevzuatından alınmıştır, binaanaleyh Alman usul kanunuda bizim bugün yazılı emirle ıslah ettiğimiz hatalarda beşinci fıkraya dayanılılarak muhakmenin iadesi yolile ıslah olunur. Bizde yazılı emirle beşinci fıkranın tatbik sahalarını şu kısdasla ayırmak uygun olur kanaatindeyiz. Eğer hata dosyada mevcut ise yani mahkeme bilihtiyar hataya düşmüş ise diğer bir deyişle tmyiz sebebini teşkil eder mahiyette ise yazılı emir yoluna gitmek lâzımdır. Fakat hata gayri ihtiyarî ise yani dosyadan anlaşılmaz mahiyette ise veya sonradan tahaddüs etmiş lse 5 inci fıkraya göre muhakemenin iadesi yoluna gitmek icap eder. Meselâ suçlunun doğum kaydı. Nûfusten sorulmuş nûfus idaresinin verdiği cevaba göre suçlu 21 yaşını bitirmediği halde mahkemece hataen cezadan indirilme yapılmamış ise keyfiyet yazılı emir yolu ile tashih edilmelidir, fakat nûfus idaresi keyfiyeti hatalı olarak bildirmiş ve buna göre de hüküm verilmiş ve keyfiyet sonradan anlaşılmış ise mahkemenin hataya düşdüğü ileri sürülmiyeceğlnden ancak muhakmenin iadesi yoluna gidilerek Hüküm ıslah edilmelidir. Hattâ. hüküm, nüfus idaresinin bildirişine yani dosyaya göre yerinde olduğundan yazılı emir verilmiyeceği yâni hükmün hatalı olduğu ileri sürülemiyeceği fikrindeyiz.

Kanaatimize göre zina suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra evlenme mutlak butlan ile feshedilirse bu halde muhakemenin iadesi sebebini teşkil eder. Zira mutlak evlenme aktinin esastan teşekkülüne mânidir. Zina davası sırasında bu hal malûm olsa idi mahkûmiyet hükmü verilmezdi, belki bu hal meselei müstehire teşkilederdi.

keza mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra suçlunun yaşı indirilmiş ve buna göre cezadan da indirme yapmak zarurî bulunmuş ise ancak muhakemenin iadesi yoluna gidilebilir.

[2] 1 inci ceza dairesi 28/9/944 gün Temyiz K. s. 13.

486

B— Hükümlünün aleyhine olan iade sebepleri:

Hükümlünün aleyhine olan muhakemenin iadesi sebepleri 330 cu madde de yazılıdır. Maddenin ilk fıkrasında maznnndan bahsedilmesi bir zühuldür. Zira iade ancak mahkûm hakkında mevzuu bahis olabilir. Hattâ 329 cu maddede ölü mahkûmun lehine de iade kabul edilmiş olmasına göre muhakemenin iadesine hüküm hakkında yapılan kazaî bir muameledir de diyebiliriz. Maddede hükümlünün aleyhine olarak dört sebep kabul oluumuştur. Bu sebeplerden üçü lehide kabul olunan ve 327 ci maddede yazılı bulunan sebeplerin aynı olduğnndan tekrar tahlillerine lüzum görülmemiştir. Madde ifadesi mutlaktır. Fakat kanaatimize göre her sahte muamele veya yalan şahadet veyahut yargıç aleyhine takibatı müstelzim bir kusur suçlu aleyhine iadeyi icap nttirmez. Zira Adli hatalar mücerret surette teessüs eden müktesep hakkı veya kaziyei muhkemeyi ihlal etmez. Meselâ yargıcın ihmal suretile noksan soruşturma üzerine beraet kararı verdiği hallerde aleyhine takibat yapılması beraet edenin durumuna tesir etmez. Yahut sanığın tesiri olmadan memurun herhagi bir mülâhaza ile mahkemeye hakikata aykırı yani sahte malûmat vermesi hali de kanaatimize göre iade sebebi teşkil etmez. Fakat maznunun memuru veya yargıcı görevinde ihmal göstermeye itma etmasi veya herhangi bir suretle buna müessir olması halinde şüphesiz vaziyet değişir. Esasen usulümüzün 330 cu maddesi Alman kanununun tamamen aynı değildir. Aslında sanığın bu muamelere müessir olması lüzumu belirtilmiştir. 4 üncü fıkra sanık beraet ettikten sonra suça muteallik ve itimada şayan bir ıkrarda bulunması halinde iade sebebi saymıştır. Men'i muhakeme kararları hakkında iade kabul olunmamıştır. Bu da bu kararların esasen kaziyei muhakeme vasfını haiz bulunmamalarından ileri gelmektedir. Gerçekten men'i muhakeme ortaya atılan meselenin müsbet veya menfi (beraet, mahkûmiyet) şeklinde hal ve faslını değil ancak sanığın mahkemeye sevki için kâfi derecede delil elde edilmediğini ifade eder. Usulün 204 cü maddesine göre yeni delil ve vakalara müsteniden dava açılabilir. Ve bu sebepleri başkaca hiçbir merasime lûzum kalmadan sorgu yargıcı kendisi takdir eder.

III

Muhakemenin iadesinin caiz olmadığı haller:

Muhakemenin iadesinin caiz olmadığı haller kanunda açıklanmamıştır. Fakat başlıcaları şunlardır.

1 — İade istisnaidir. Bu itibarla hükümlünün leh ve aleyhine tahdiden açıklanmış olan sebepler dışında başka sebeplere dayanılarak iade istenilemez.

2— Ölüm, zamanaşımı ve af gibi düşürücü sebeplerin mevcudiyeti halinde hükümlü aleyhine iade istenilemez. Zira bu sebepler Kamu menfaati bakımından kovuşturmayı lüzumsuz kılar.

3— Kanunun ayni maddesindeki hudut içinde cezanın tadili maksadilede iade istenilemez. Bu cihet 331 inci maddede açıklanmıştır. Madde ifadesi mutlaktır, bu hallerde sanığın gerek lehine ve gerekse aleyhine iade istenilemez.

Yargıtay 2 inci ceza dairesi ceza kanununun 456 cı maddesi 4 cü fıkrası uyarınca mahkûmiyet halinde mezkûr maddenin 2 inci fıkrasına dayanılarak muhakemenin iadesinin istenilemiyeceğine karar verilmiştir [3].

331 ci maddenin açık ifadesi gerçi bu içtihada hak verir, fakat kanaatimize göre maddenin bu suretle uygulanması mübayenete yol açar, esasen maddenin tekabül ettiği Alman usulü kanununun 363 cü maddesiinde başka hükümlerin tatbikini gerektiren sebeplerin iadeyi icap ettirmeyeceğini yazılıdır.

Schwartze göre bnundan maksat cezanın azaltilması ve artırılmasını gerektiren sebeplerdir. keza Alman kanununda temyiz ve tefrik kudretinin azlığından dolayı iade kabul olunmamıştır. Yani yaş, ve aklî duruma göre cezanın indiritmesini icap ettiren ceza kanunu maddelerinin uygulanmaması halini iade sebebi saymamıştır. Bizde bu fıkra kasten alınmadığına göre bu hallerin bizde iade sebebi teşkil edeceği kanaatindeyiz. Maddenin vazı'na saik olan düşünce münhasıran artırıcı ve indirici sebeplerden dolayı kaziyei muhakemenin ihlâlini önlemektir. meselâ tahrik ve tekerrür kaidelerinin uygulanmamış olması iade sebebi teşkil etmez. Fakat 456 ncı maddenin 3 cü fıkrasındaki ceza 3 sneden 10 seneye kadar ağır hapistir. Halbuki ayni maddenin 4 cü fıkrasndaki ceza 25 lira ağır para dezası olabilir.. Her iki fıkrada yazılı suç vaka fiili müessirdir ve bu itibakla bir maddede yazılıdırlar. Fakat alelâde bir tokat cezasını kapsayan 4 üncü fıkra ile havasten ve çocuk yapmak kabileyetinin veya el ayaktan birinin zıyanını veya söylemek kudretinin yok edilmesini intaç eden 3 cü fıkra arasındaki fark çok büyüktür. Bu iki fıkra arasındaki farkın büyüklüğü müsta-

[3] 2 nci Ceza. Do. 23/5/939 gün ve 6883 k.

488

killen mevzu bulunan bir çok maddelerde yoktur. Hattâ aynı derecede vahamet arzeden maddeler hakkında kabul olunan muhakemenin iadesini bu fıkralar hakkında kabul etmemek kanaatimize göre ceza kanunu tatbikatında bizi haksızlık tenaküze sürhkler. Yani fiilinin tevafuk ettiği 4 cü fıkraya tevfikan 25 lira para cezası yahut 1 ay hapis yerine sahte bir rapora dayanılarak uygulanan4 cü fıkra ile meselâ, 10 sene ağır hapse mahkûm bir kimse iade talebinde bulunamaz. Hulâsa ceza kanununun fıkraları arsındaki fark hazan mustakil maddeler arasındaki farktan daha büyük olduğu için maddenin bu şekilde anlaşılması doğru olmaz. Aslında yani Alman usul kanununda olduğu gibi artırıcı ve indirici seheplere hasretmek suretile 331 ci maddenin uygulanması icap ediyorsa maddeyi bu şekilde tâbir etmek yerinde olur kanaatindeyiz.

IV

Muhakemeni iadesinin kabulünü tesirleri:

İadenin kabulü hukukî netice itibariyle bir çok noktalarda ihtilât doğurur. Bir defa kaziyyeî muhkeme kalkar. Ve mahkûm sanık mevkiine gelir. Gerek usul ve gerek ceza hukuku bakımından bir çok ihtilâtlara ve noktai nazar aykırılıklarına da bu hal tabiatiyle sebebiyet verir. Bir kaç ihtimali tahlil edelim.

1 — Hükümlü bakımından: Muhakemenin iadesinin kabulü bir defa hükmü ortadan kaldırır. Ve hükümlü sanık mevkiine gelir. Kanaatimize göre hüküm bütün neticeleri ile ortadan kalkar. Diğer deyişle mahkûmiyet hükmü ceza kanununun 3 ncü babında yazılı ve hükümden mütevellit olup sırf tahaffuzî tedbir mahiyetinde bulunan neticeleriyle birlikte ve kendiliğinden ortadan kalkar. Bu suretle hükümlü de hükmün doğurduğu mahrumiyet ve ehliyetleri tekrar kazanır. Meslek ve sanatına devam eder. Analık ve babalık haklarını yenidden iktisap eder. Keza medeni kanunun 357 ci maddesi uyarınca tâyin edilmiş vasinin vazifesi nihayet bulur. Görülüyorki iadenin kabulü ceza, medeni, icra ve iflâs ve âmme hukukunda akisler yapar neticeler doğurur. Bu mesele ayrıca ve başlı başına geniş bir inceleme konusu teşkil eder. Bu hususta en fazla zor alımı meselesi ihtilâta sebebiyet verir. Kanatimize göre ceza mahkûmiyetinin neticesi olan zor alımı da mahkûmiyetle birlikte kalkar. Ve devlete cebri surette intikal etmiş olan mülkiyet eski sahibine rücu eder. Esasen Türk ceza kanununun 36 ncı maddesi

zor alımının ancak hüküm halinde mümkün bulunduğunu açıklamıştır. Binaenaleyh mezkûr maddeye tevfikan müsadere olunan mallar üzerinde devletin tasarruf hakkı kalmaz. Kanaatimize göre muhakemenin iadesi, icrasına başlanan veya icra olunan bir hukuk hükmünün temyizce bozulması halinde tevlit edeceği neticenin(ki icra iflâs kanuna göre icra eski hale getirilir), aynini hâsıl eder.

2 — Kesin surette neticelnmiş olan davanın yeniden görülmeye başlanması bilhassa zamanaşımı bakımından da incelenmeye değer. Hüküm kalktığına göre dava zamanaşımının avdet etmesi lâzımmıdıdır? Yeknazarda hüküm kalkmış olmasına göre ceza zamanaşımının da kalkması ve tekrar dava zamanaşımının yürümesi icap ettiği hatıra gelir. Fakat bu kabul olunursa devam etmiş olan infaz müddeti de hesaba katıldığı tadirde bâzı hallerde iadenin kabulüyle birlikte veya pek az bir müddet sonra dava zamanaşımından dolayı düşme kararı vermek icabedecektir. Halbuki kamu davası zamanaşımı, kanunun kamu hukukunu takiple ödevli mercilere davayı muayyen müddet içinde bitirmeleri için verdiği bir mehildir. Bu makamlar, kanunun tâyin ettiği mehil zarfinda davayı neticelendirmiş olurlar ve uzun müddet infazla devam ettikten sonra evvelce bilinmeyen sebeplerden dolayı davanın yeniden mevzuu bahis olması halinde bu mehlin işlenmiş sayılması doğru olmaz. Bu konu yargıtay genel ceza kuruluna da intikal etmiştir. Ceza genel kurulu ilk kararında iade kabul olundugu takdirde dava zamanaşımının da avdet edeceğini kabul etmişti. [4].

Fakat ayni kararı tashih yoluyla kaldırarak iadenin kabulüne binaan ceza zamanaşımının cereyan edeceğini kabul etmiştir. [5].

Bu takdirde evvelki hükümden itibaren ceza zamanaşımının kabulü lazımdır, netice itibarizle bu tefsir yerindedir. Yeniden yapılacak duruşma sonunda mahkeme 341 ci madde uyarınca evvelki hükmü tasdik eder. Veya daha az ceza tâyin eder. Binaenaleyh muhakemenin iadesi yolu bir baklmdan mevcut hatalı bir hükmün ıslahı demektir. Yoksa yeni bir dava demek değildir. Bu itibarla

[4] c, d, Genel kurulu 8/12/941 gün

[5] " " " " 12/1/942 gün ve 124 sayılı karar.

Bu kararlar yayınlanmamışlardır. Zamanaşımının hususiyetleri tamamen bahis mevzuu edilmemiş olmakla beraber meseleyi esasından hal etmiştir.

490

yeni hükmün ifade ettiği ceza miktarına göre eski hükmün başlangıçtan itibaran ceza zamanaşımı cereyanını kabul etmek icabeder. Eğer beraet hükmü verilmiş ise zamanaşımından esasen bahsedilemez.

Zamanaşımı bakımından en mühim mesele yeni hükmün ifade ettiği ceza miktarına göre ceza zamanaşımı tahakkuk etmiş ise mesele ne olacaktır? Bir misalle tavzih edelim. Bir kimse 15 sene ağır hapse mahkûmdur. Hüküm üzerinden 12 sene geçmiştir. Muhakemenin iadesi yoluyla ceza 5 seneye indirildiği takdirde yeni hükmün ifade ettiği cezaya göre 112.nci maddenin 4. bendindeki zamanaşımı dolmuştur. Binaenaleyh düşme kararı verilecekmidir? Kanaatimize göre vaziyeti iki şekilde mütalâa etmek lâzımdır.

a)Eğer birinci hükmün infazına 10 sene dolduktan sonra başlanmış iseyani20senelik zaman aşımına tâbi bulunan 1. inci hüküm, üzerinden 10 sene geçtikten sonra infaza başlanmış ise ayni hükmün 5 seneye indirildiği takdirde vaktiyle zamanaşımının tahakuk ettiği bunun kabulüne Adli hatanın mani olduğunu kabul etmek zaruridir. Zira hüküm artık ıslah edilmiş şekline göre ancak hukukî tesire maliktir. Zira yeni şekilde mahiyet alan hüküm hakkında vaktiyle şartlarına uygun olarak getirilen 10 senelik zaman aşımı tahakkuk etmiştir.

b) Eğer 10 sene geçmeden yani 2. inci hükmün zamanaşımı dolmadan 1. hükmün infazına başlanmış ise tabiatiyle 2. hüküm içinde zamanaşımından bahsedilemez Zira 2. hüküm bakımından da kamu hizmetinin inifası için kanunun tâyin ettiği mehil içinde işlemler yapılmıştır.

3 — İadeyi bir de infaz noktasından mutalâa edelim. Ceza muhakemeleri usulü kanununun infaza mütaallik hükümleri dairesinde bir takım muameleler yapılmış olabilir. Meseleyi gene iki kısımda mütalâa etmek lâzımdır.

a) Hukukî mahiyetteki işlemler ve tefsirler: Bu hususu da yine iki kısıma ayırmak lâzımdır. Eğer muhakemenin iadesini mütakip yapılan yargılama sonunda yeniden verilen hüküm 341. maddesi uyarınca eski hükmün tasdiki mahiyetinde ise vaziyette hukukî bir değişiklik bulunmadığınean 402nci madde uyarınca yapılmış olan tefsirler yeni hüküm için de tamamen caridir. Fakat eski hüküm yerine tamamen başka bir hüküm kaim olmuş ise yeni hükümler telifi mümkün bulunmıyan tefsirler de tabiatile neticesiz kalır.

b) Şahsî mahiyetteki işlemler: Hükümlünün sahsî durumunu tesbit eden işlemler yeni hüküm muvacehesinde de muteberdir. Meselâ 400. maddeye göre ziraatla iştigal etmekte olduğu veya 399. maddeye göre infaz bakımından sıhhî durumuna ait vesikalar ve yapılan işlemler. Hükmün mahiyet ve hususiyetiyle ilgisi bulunmayan bu şahsî sebepler başka mahiyet almış olsa dahi yeni hüküm muvacehatında da muteberdir.

4 — Ulsulün 333 üncü maddesi uyarnca kanun yollarına müracaat hakkındaki umumi hükümler muhakemenin iadesi talebi hakkında da caridir. binaenaleyh kanun yollarına ait umumi hükümleri teşkil eden 289—296 ıncı maddeler muhakemenin iadesi yolunda uygulanbilir.

Savcı, Müdafi ve kanunî mümessillerin yetkilerini bu hükümlere göre tâyin etmek icabeder. Yine bu hükümler delâletile C. Savcısı maznunun lehine de muhakemenin iadesini istiyebilir. Ve bu isteklerden mehlin neticesinden evvel vazgeçebilir. Şu kadar ki 295 inci madde hükmüne tevfikan hükümlü lehine yaptığı iadei muhakeme talebinden savcı hükümlünün muvafakati olmadan vazgeçmez. Keza 293 üncü maddeye göre mercii tâyininddae yapılan hata müracaatın muteber sayılmasına mâni teşkil etmez. 291 inci maddeye göre kununî mümessil ve hükümlü kadın ise kocası iade talebinde bulunabilir. Usulün 333 maddesi 291 inci ve bu madde delâletile 136 ıncı madde hükmünün de muhakemenin iadesi talebinde cari olduğunu ifade eder. Zira 291 inci madde hakkındaki tamamlayıcı ve umumi hükümler 136 ıncı maddededе mevcuttur.

V

Delillerin Toplanması

Muhakemenin iadesini istemenin şekli usulün 334 ve 335 inci maddelerinde açıklanmıştır. Muhakemenin iadesine mütedair dilekçenin, İadenin kanunî sebeplerile sübut vasıtalarını ihtiva etmesi lâzımdır. İadeye karar verecek muhakemeyi 335 inci madd tâyin etmiştir. Bu mahkeme aslolarak hükmü vermiş olan mahkemedir. Ancak Temyiz mahkemesi de bâzı hallerde bu yetkiyi haizdir.

a—İade talebi bozma üzerine verilen Temyiz kararında mevcut sebeplere taalûk ediyorsa,

b— Temyiz mahkemesi 322 inci madde uyarınca davanın esasına hükmetmis ise,

492

C — Ve nihayet özel kanunlarına tevfikan Valileri ağır ceza yargıçlarıle, muavinlerini muhakeme edip bir hüküm mhakemesi sifatile verdiği kararlar hakkındaki iade taleplerini da yene temyiz mahkemesi inceler;

İade talebi kanunen muayyen şekilde dermeyan edilmemiş ise yani kanunî sebebe dayanılmamış ve bunu teyit edecek sübut vasıtaları gösterilmemiş ise talep kabula şayan görülmez. İstek usule uygun görülüp ve kabulüne karar verilirse deliller bir naip veya istinaba yolu ile ve yargıç vasıtasıyla toplanır.

Delilleri toplamak hususunda naip de yargıcı yetkisini haizdir. failiyetin gayesi duruşmanın tekrar açılmasını gerektiren kanunî sebepler mevcut olup olmadığının takdiridir. Bu bâzı hallerde ilk tahkikat kadar geniş bir soruşturmayı icabettirebilir. Fakat hatırda tutulması gereken cihet şudur. Maksat iadeyi gerektiren sebeplerin tam ve katîşekilde tesbiti değildir. Tekrar duruşma açılmasını gerektiren ciddî sebepler mevcut olup olmadığının tâyini suretile gereken kararın verilmesini sağlamaktır. Delilleri toplamanın gayesi 338 inci madde uyarınca iade talebinin esassız olması noktasında reddini veya kablünü sağlıyacak mahiyette karar verilmesidir.

337 inci madde uyarınca delillerin toplanması sırasında alâkadarların huzuruna müteallik ilk tahktkatta cari hükümler tatbik olunur. Yani meselâ, 186 inci madde hükümleri naip tarafından delillerin taplanması halinde de uygulanabilir. Bir keşif veya muayenenin icrasında C. Savcısı hükümlü ve müdafi hazır bulunabilirler.

Hükümlü Ceza evinde ise tutukluk şartları dairesinde hazır bulunmak isteyebilir. Keza C. Savcısının naip ile münasebeti de yine usulün 189 uncu maddesine gore tâyin olunmuştur.

İstinabe olunan yargıç veya naibin kararlarına karşı itiraz, usulün 297 inci maddesi uyarınca umumi hükümlere tâbidir. Arama, Keşif ve zabıt gibi sübut vasıtalarını tesbite matuf kararrlar ittihaz edebilir. Ancak mevzubahis suçu hükümlüden başka birisinin işlediğine dair olan delilleri toplama sırasında usulün 104 üncü maddesi gereğince yeni sanık hakkında tutuk kararı verilemiyeceği düşüncesindeyiz. Zira muhakemenin iadesini istihtaf eden faaliyet te başka bir şahıs aleyhine kamu davasını açmıya matuf değildir. Bu itibarla hükümlüden başka bir sanık mevcut değildîr. Ve tabiatile tutuklukta mevzuubahis olmaz.

493

Naip veya istinabe olunan yargıç vasıtasıyla yapılan soruşturmanın usul bakımından mahiyeti nedir? hazırlık, ilk ve son soruşturmalardan hangisinin hükümlerine tâbidir. Muhakemenin iadesi münasebetiyle delillerin toplanması yargıç ve naip tarafından yapılan bir tahkık muamelesidir. Neticelenmiş bir davanın vaktiyle tahakkuk etmemiş olan niteliklerini meydana çıkarmağı istihdaf eder. Bu itibarla hükümlüden başka bir kimse aleyhine matuf bir takibat mahiyetinde değildir, tâbir caizse münhasıren hükümde mevcut hata aleyhinedir. Bundan dolayı muhakemenin iadesi hükümle neticelenmiş suçun hükümlüden başka birisi tarafından işlenmiş olup olmadığı cihetinin tesbitine matuf bulunduğu hallerde dahi suçu işlediği ileri sürülen şahıs, yapılan işlemler karşısında sanık mevkiinde değildir. Binaenaleyh ittihaz olunan kararlara itiraz edemez. Ve bâzı delillerin toplanmasını istiyemez. Muhakemenin iadesi talebinde duruşmada tetkikat yapılamaz. Bu cihet 335 inci maddede açıklanmıştır. Bundan da anlaşılıyorki muhakemenin iadesi isteği üzerine delillerin toplanması hakkında yapılan soruşturma mahiyeti itibariyle ilk soruşturma gibi gizlidir. Ve bundan dolayı duruşmalı yani muvaceheli soruşturma aslolarak yapılamaz. Muhakemenin iadesine mütealiik soruşturma normal usul safhaları haricinde bir soruşturma olmakla beraber kanun yollarına müracaat bakımından genel hükümlere tâbidir. Yani hazırlık, ilk ve son soruşturmadan madut bulunmadığı ve neticelenmiş bir davanın yeniden ihya edilmesine mahal olup olmadığını tesbite münhasır bir arrştırma bulunduğu halde kazai bir mahiyet arz etmesi bakımından denetlenmesi genel hükûmlere tâbi tutulmuştur. Şahitlerin dinlenmesi, arama ve sair muameleler genel hükümler dairesinde yapıldığı gibi kanun yollarına da ayni hükümler dairesinde müracaat olunur. Binaenaleyh yargıç ve naip tarafından yapılan işlemlere ve verilen kararlara usulün 297 inci maddesi uyarınca itiraz olunur. 298 maddeye göre mahkeme kararlarına itiraz olunmaz. O halde iade talebi üzerine mahkmece verilen kararlar hakkında ne suretle kanun yollarına müracaat olunacaktır.

Malûm olduğu üzere muhakemenin iadesi iki safha arzeder. İade talebi üzerine 335. madde uyarınca hükmü veren mahkeme tarafından yapılan incelenme, bu incelenme sonunda iade talebinin kabule şayan olup olmadığına karar verilir. Bu hal iadenin birinci safhasını teşkil eder. Muhakemenin iadesi talebinin kabulüne karar verilip istinabe olunan yargıç veya naib araciyle

494

deliller toplandıktan sonra iade talebinin reddine veya kabulüne dair mahkemece usulün 338. maddesi uyarınca verilen kararlar iadenin 2. inci safhasını teşkil eder. Şurası muhakaktırki mahkemece verilen kararlar duruşmaya taallûk etmiyen kararlar mahiyetindedirler. Esasen bu cihet 335. maddenin son fıkrasında açıklanmıştır. Usulün 340. Maddesinde muhakemenin iadesi talebinin kabule şayan olup olmadığına mütedair verilen kararların acele itiraza tâbi bulunduğu yazılıdır. Bu hüküm 335. maddeye tevfikan iadenin kabule şayan olup olmadığına mütedair. verilen ilk kararları istihdaf eder. Fakat 338. maddede yazılı ve iadenin kabulüne mütedair verilecek kararın da itiraza tâbi olup olmadığı hususu ihtilâfa ve görüş ayrılığına sebebiyet vermiştir. Bazıları 340. madde şümulü haricinde bulunması venihani bir mahiyt taşıması itibariyle 338. madde uyarınca verilen kararların temyize tâbi bulunduğu fikrini iltizam etmişlerdir. Fakat bu mesele takarrur etmiştir. Yüksek yargıtay müteaddit kararlariyle 340. Madde hükmünün 338. Maddeye müsteniden mahkemece verilen kararlara da şâmil bulunduğunu kabul etmiştir. [6] [7].

Usulü muhakeme, iade hakkında yapılan soruşturma münasebetiyle verilen kararlar hakkında aslolarak alelâde itiraz hükümlerini kabül etmiştir. Ancak mahkemelerce verilen kararlar hakkında acele itiraz yolu kabul olunmuştur. Mahkemenin nihaî addolunabilecek mahiyetteki kararlarını da yargıtay görüş ve murakabesine arzedilmek imkânı bulunmayan bir kanun yoluna tâbi tutmuştur. Bilindiği gibi takibat safhalarında hükümden evvel verilip hükme esas olan kararlar dahi usulün 306. maddesi uyarınca esasla birlikte temyiz olunabilirler.

Muhakemenin iadesine mütedair işlemlerse iade kabul edilmediği takdirde yüksek yargıtayın muarakebesinden hariç tutulmuş olurlar. Gerçekten yazılı emir gibi verilip verilmemesinin takdiri idarî mercilere ait kanun yolu istisna edilirse netice budur: Kanunun aslında da kabul olunan sistem budur. Yalnız bizde tercüme hatası neticesi olarak 340. madde hükmünün 335. maddeye göre verilen kararlara münhasır bulunduğu hükmüne yol açar. Halbuki maddenin aslında birinci dercedeki verilen kararların acele itiraza tâbi bulunduğu yazılıdır. Yüksek Yargıtay içtihadiyle kanundaki tercüme hatası ıslah edilmiştir.

[6] 3 Ceza dairesi 19/8/938 — karar 1380.
[7] 1 ceza dairesi 25 1—938 — karar 2749

495

Mahkeme kararlarının itiraza tâbi tutulması hükümlünün lehinedir. Bu ciheti açıklamak için itiraz ile temyiz arasındaki hukukî farkı hatırlamak kafidir.

Bilindiği gibi itiraz kaza mercilerinden verilen kararların mevzuunu teşkil eden hususların maddi ve hukukî bakımdan mafevk mercilere yeniden tetkik ettirilmesini temin ve verilmesi lâzım gelen kararı tesbit eder. Merci yolsuz gördüğü kararı kaldırır ve verilmesi lâzım gelen kararı kendisi vermek suretile itiraz konusunu hallerder halbuki Temyiz, manhasıran hukukî kaidelere muhalefet olup olmadığı bakımından kaza mercilerini denetler bu itibarla kararı vermiş olanların kanaatlerine dayanan hususları şahitlerin ifadelerini hülâsatan meselenin maddi cihetini inceleyemez itiraz mercinin tetkik sahası Temyiz merciinin tetkik sahasından daha geniştir belki de kanun koyucusu meselenin maddi cihetinin de tetkikini sağlamak gayesile itiraz yolunu tercih etmiştir. Yanlız burada hatıra gelen mahzur, iade kabul olunmadığı takdirde bundan evvel yapılan işlemler, işin esası Yargıtaya aksetmediğine göre yüksek mahkemenin murakabesi haricinde kalmasındandır.

VI

Muhakemenin iadesi üzerine yapılacak işlemler

Muhakemenin iadesinin kabulüne karar verilince mevcut olan kaziyyei mühkeme ortadan kalkar bu suretle iş duruşma safhasına intikal eder.

I—Usulün 339 ucu maddesine göre şu hallerde duruşma yapılamaz:

1—Mahkûm ölmüş ise bu takdirde duruşma icrasına maddeten imkân kalmaz, mahkeme delilleri topladıktan sonra beraet veya iade talebinin reddine karar verir.

2—Kâfi delil görürse duruşma yapılmasına lûzum görmeksizin mahkûmun beraetine hüküm verebilir, birisini öldürüldü iddiası üzerine katilden mahkûm edilmiş bir adamın, öldürüldügü, ileri sürülen şahsın hayatta olduğu teeyyüt ederse artık duruşma icrasına mahal kalmaz, bu hallerde beraet hühmü verilir, keza mahkûmun suçu işlediği tarihte aklî mâlûliyete müptelâ bulunduğu ve ceza sorumluluğu bulunmadığı bilâahare elde edilen katı rapor-

lardan anlaşıldığı takdirde duruşmaya mahal kalmaz, zira duruşmanın fennî hakikatlere tasiri bahis konusu olmaz.

Duruşma yapılmaden verilen kararlar hakkında 31. madde uyarınca Cumhuriyet savcılığından mütalâa almak lâzımdır. Ancak kanaatimize göre bu şekil de yani 339 ncu madde uyarınca verilen karar hüküm mahiyetindedir ve davanın esasına muteallik bulunması itibarile bu hükümler 340 cı madde uyarınca itiraza değil temize tâbidirler.

Makûmiyet hükmünün neleri itiva edeceği usulün 260 cı maddesinde yazılıdır. Muhakemenin iadesi sonunda verilecek hükümlerde bu maddenin şartları dairesinde ittihaz edilmeleri icap eder, zira 339 ve 341 nci maddelerde karar tabiri kullanılmış olması zühul eseridir, zira mevzuu bahsedilen hükümdür, iade talebi kabulü halinde iki ihtimal vardır.

A—Eski hükmün yerine daha hafif veya daha ağır bir hükmün ikamesi: Yani hükümlünün aleyhine matuf olan veya cezayı azaltıcı sebeplere dayanan iade; bu takdirde yeniden verilecek hükmün usulün 260 cı maddenin 4 cü bendi uyarınca ittahazı lâzımdır yani (Kanunun umumi surette hafif bir cezanın uygulanmasını esbabı muhaffife vucudune bağlı kılmış ise bu sebeplerin vucudu kabul veya ret olunduğu takdirde hükmün esbabı mucibesi bunlara mutaallik kararları dahi gösterir).

B—Eski hüküm iptal edilip yerine beraet hükmü ikame edilmiş ise bu hükümde usulün 260 ncı maddesinin son fıkrasında yazılı kayıtları ihtiva etmesi lâzımdır. Binaenaleyh beraet hükmü esbabı mucubesi maznuna isnat olunan suçu kanuni hükümle müesses içtihat dairesinde leh ve aleyhte ki delilleri münakaşa etmelidir. zira beraet hükmü usule göre ancak bu suretle verilebilir, cezanın indirilmesini gerektiren hususlar 339 ncu maddenin 2 ci fıkrası uyarınca duruşmasız hükme bağlanamayacağı kanaatındeyiz.

Beraet kararile birlikte mahkûmiyet hükmününde iptaline karar vermek lâzımdır. Burada iki karar yani temyize tâbi iki hüküm mevcut olduğu hatıra gelebilirsede haddizatında ortada mevcut olan bir hükümdür. Beraet ve eski hükmün iptalini tazammun eden hüküm. Binaenaleyh beraet hükmü mahkumiyet hükmünün iptalinide tazammun etmemsi aleyhine temyize müracaat sebebi teşkil eder.

Mahkûm isterse masrafı hazineye ait olmak üzere evvelki hükmün iptalini gazete ile ilân ettirebilir. Kamu namına yapılan bir hatanın ıslahına mütedair harcamların kamuya yükletilmesi ve hükmün hatalı olduğununda ilan suretile şahsına yapılan zararın tamiri hukuk kaidelerinin tabii neticesidir.

Bazı hallerde iade münhasıran muayyen tedbirlerin kaldırılması gayesine matuf olabilir. Münhasıran muayyen meslek ve sanatın tatili yahut yaş ve akli halet dolaysile ceza sorumluluğu bulunmayan kimseler hakkında alınan ıslah tedbirlerininde aleyhine iadenin kabul olunacağı düşüncesindeyiz. Zira iade şahıs hürriyeti aleyhine alınmış olan bütün zecrî tedbirlerin kaldırılmasını istihdaf eder. binaeneleyh yersiz ve haksız olarak bir kimse hakkında ceza mahkemesince alınan bir tedbirin ve yahut ehliyetsizligin muhakemenin iadesi yoluyle kaldırılması icap eder. Zaten 327 ci maddede tahdidî mahiyette değildir. Ancak bu maddenin son fıkrasında kabahatlı hakkında özel bir hüküm mevcuttur. o da bu nevi suçlar hakında verilen hükümlerdeki hatalara bizzat kusur veya ihmalile hükümlü sebebiyet vermiş ise muhakemenin iadesi yolundan istifade edemez. Kanun âmme nizamını ehemmiyetsiz derecede ihlal etmiş olan suçlar hakkında verilen hükümlerde düşülen hataya hükümlünün ihmal veya kusuru âmil olmuş ise bu hali kaziyyei muhkemeyi bozmaya sebep saymamışlır. Esasen kabahatlerin çoğu gayri kasdi ve daha fazla tedbirsizlik mahiyetiede olan eylemlerdir. Hükümlünün şahsiyet ve istıkbali üzerinde hayatî derecede müessir olmayan bir mahiyet taşırlar.

II — 339 uncu madde dışında kalan hususlarda iadenin kabulü üzerine duruşmanın açılması lâzımdır. Bu takdirde usulün duruşmaya taalluk eden hükümler dairesinde yargllama yapılıp 341 inci madde yeniden verilecek hükmün mahiyet ve şümulünü tâyin ve tahdit etmiştir. Verilecek hüküm şu şartları haiz dulunacaktır.

a— Duruşma üzerine vaziyet te bir değişiklik vukua gelmemiş ise eski hükümu tasdik edilr. Yani muhakemenin iadesi hususunda ileri sürülen talep ve iddialar reddedilir. Bu takdirde vaziyette hiç bir tebeddül husule gelmez. 341 inci madde deki tasdik kelimesi yerinde değildir. Malum olduğu üzere tasdik kelimesi hükmün tekemmülünü sağlayan bir formaliteyi ifade eder. Halbuki eski hüküm tasdike iktiran etmedn evvelde kendiliğinden hüküm ifade eder. Kanunun almanca metninde —eski hükmü ipka eder —kelimesi kullanılmıştır. Bizde tercame hatası ne-

498

ticesinde tasdik kelimesi kullanılmıştır. Bir mahkemenin kendi hükmünü tasdik etmesi mantıkan ve hukukana da vârit değildir.

b—Yapılan duruşma eski duruşmanın bir kısmı değil belki başlı başına yeni bir duruşmadır. Bütün şümulü ile deliller ikame ve iddia ve müdafaalar ileri sürülebilir. Bu itibarla sanığın al—eyhine açılmış olmasına rağmen lehine bir netice vermiş ise hükümlü bundan istifade etmelidir. meselâ aslî faili olduğu halde fer'an zimethal olarak cezalandırılmış olması sebebine dayanılarak ve usulün tâyin ettiği şartlar dairesinde muhakemenin iadesi yoluyle duruşma açılmış ve yapılan yargılama sonunda mâsum olduğu tahakkuk etmişise beraetine hükmedilebilir. Hak ve adalette bunu istilzam eder; Tahakkuk eden hatanın ıslahı muhakkak surette lâzımdır.

c—Fakat 341 inci maddenin 2 ikinci fıkrasında açıklandığı gibi iade üzerine duruşma sırf hükümlü lehine açılmış fakat yapılan yargılama sonunda fiil daha ağır cezayı gerektirdiği tahakkuk etmiş ise eski hükmün hududu tecavüz edilemez. Müktesep hak nazariyesi bunu icap ettirir. Ancak bu mesele yani suçlunun lehine açılan duruşma sonunda tahakkuk eden ve iadenin sebepleri dışında bulunan hususlar ayrıca aleyhe iade talebine hak verebilirmi? kanunda bunu men edecek bir kayıt yoktur. Binaenaleyh suçlunun beraetini sağlayacak bir sebebe dayanılarak açılan duruşma sonunda 330 cu maddenin birinci bendinde yazılı ve ihticaç olunan bir vesikanın sahteliği yahut mezkûr maddenin üçüncü fıkrasında Yazılı yargıçların yolsuz bir hali meydana çıkmış ise 341 inci madde uyarınca bu haller yargılama sonunda suçlu aleyhine yeni bir hüküm tesisine mesnet olamazlar. Fakat kanaatimize göre bu haller 330 ncu madde uyarınca suçlu aleyhine mhakemenin iadesini istemeye hak verir. Zira 341 inci maddenin Tahdit ettiği yapılan yargılama sonunda verilecek olan hükmün hudududur. Yeni hüküm eskiden temyizce tesis olunan hükmün hududile de mukayyetdir. Yeni hüküm tamamen müstakildir yani eski hükmün mütemmimi mahiyetinde değildir binaenaleyh aleyhine kanun yollarına müracaatta alelâde bir hükmün şart ve usullerine riayet olunur. Fakat kalkan hükmün infaz olunan cezaları yeni hükmün cezalarına mahsup edilebilir. Hapis yerine sürgün ikamesi halinde infaz edilmiş olan hapis miktarının yeniden tâyin olunan sürgüne mahsup edilmesi lâzımdır. Keza hapis ve para cezalarına birlikte mahkûm

499

olan bir suçlunun muhakemenin iadesinde sonunda münhasıran hapise mahkûm edilmiş olması halinde de infaz olunan para cezasının iadesi lâzımdır. Keza millî korunma veya matbuat kanularında olduğu gibi hüküm ilân edilmiş ise yeni hükümde ilân edilmek suretile eski hükümün bu Yolda yapmış olduğu tesirlerin izalesi cihetine de gidilebilir. Ancak eski hüküm af edilmiş olursa ayni fiile taallûk etmesi şartile yeni hükmün de sukut edeceği kanaatindeyiz.

Muhakemenin iadesi üzerine tekrar açılan yargılama sırasında suçun vasfının değişmesi halinde Ceza M.U.Kanunu dairesinde işlem yapılması gerekir.

Suçun tahakkuk eden vasfı madde itibarile mahkemenin vazifesini geçtiği anlaşılırsa mahkeme vazifesizlik kararı verir. Yahut 1609 sayılı kanan gibi özel meresime mütevekkif bir suç mahiyetinde tecelli ederse bu merasimin tamamlanmasına karar verilir. Memurin muhakemat veya askerî kazaya tâbi bir suç mahiyetinde, tecelli ederse evrakın ait olduğu kaza merciine tevdiine karar verilebilir.

Suçun degişen vasfı takibi izne bağlı olduğu tahakkuk ederse yani bilfarz bir valiye hakaret etmesinden dolayı hüküm giymiş olan birisi hakkında kabul olunan muhakemenin iadesi üzerine yapılan yargılama sırasında dava konusu olan suçun hükümetin mânevi şahsiyetini tahkir cürmünü teşkil ettiği ve binaenaleyh T.C. Kanununun 159 ve 173 cü maddeleri uyarınca takibi Adalet Bakanının iznine bağlı bulunduğu tahakkuk ederse vaziyet ne olacaktır.

Kanaatimize göre cürmün vasfından dolayı beraet kararı verilemez. Binaenaleyh ceza muhakemeleri usulü kanununun 253 ncü maddesi uyarınca tatil kararı verilmelidir. Şayet müteakiben izin alınırsa yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilebilecektir. Muktazi izin istihsal edilmezse verilen tatil kararı kendiliğinden esas mahkûmiyet kararının hükümsüz kalmasını intaçeder.

Bu takdirde eski hüküm bütün neticelerile kalkmış olacağından harç ve şahsî hak yani hükmedilmiş ise tazminat vesairede kendiliğinden kalkar.

Hulâsa: Bir muhakemenin iadesi keyfiyeti, gerek doğuracağı ihtilâtlar ve gerekse neticesi bakımından çok geniş mütalâa edilmesi gereken bir konudur. Maalesef bu konu etrafında yayınlanmış yargıtay içtihatları pek mahdûtdur. Bu içtihatlar daha fazla iadenin kabulüne veya kanun yollarına müracaat şekillerine münhasırdır.

500

İş kazalarına ait sigortalar kanunu işçinin tazminat hususunda Hukuk mahkemesine müracaat hakkını önlermi?

Muhsin TUĞSAVUL
Yargıtay 4 ncü hukuk dairesi Y. Raportörü.

1 — Giriş
2 — İş akdinin hukuki mahiyeti
3 — Borçlar kanunu yönünden iş kazası ne demektir?
4 — Kaza hallerinde işçinin Hukuk mahkemesine müracaat etmesi ve bu mahkemenin nazara alacağı hususlar

1 — Giriş

İş kazalarile meslek hastalıkları ve analık sigortalarına taallûk eden, memleketimizin çalışma hayatında sosyal ve ekonomik bir gelişmenin âmili olarak sevk edilen 4772 Sayılı kanunun uygulandığı şu sıralarda ortaya bir çok hukuki ihtilâflar çıkacağına şüphe etmemek lâzımdır.

Bu ihtilâfların belli başlısı tetkik edilmek üzre ele aldığımız konudur: 4772 Sayılı kanun işçinin tazminat hususunda Hukuk mahkemesine müracaat hakkını önleyecekmidir? Bu, gerçekten üzerinde durulması gereken bir hukuk problemidir. İşte bu yazımızda şümul ve hududu tartışmaya müsait olan bu mevzuu tahlil etmeye çalışacağız.

Bu kanunun 2 nci maddesi, iş kazasını, tahdidî olarak yine bu maddede saydığı hal ve durumlardan birinde vuku bulan ve sigortalıyı heman veya sonradan bedence ve ruhça ârızaya uğratan olay olarak tarif etmekte ve hangi hallerde vukubulan kazaların iş kazası sayılabileceğini tasrih etmektedir. Biz daha aşağıda bu konuya tekrar döneceğiz.

2 — İş akdinin hukukî mahiyeti

İşçi ile işveren arasında iş yapmak hususunda vücude getirilen anlaşmalara iş akdi denir. İşçi bu akit gereğince ücret karşılığı olarak kendisine tevdi edilen hizmeti yapmaya iş veren de

işçinin bu hizmetine mukabil gereken ücreti vermeye ve randmanlı çalışmasını beklemeye hakkı vardır. Borçlar kanunumuzun 313 ncü maddesinde; hizmet akdi, (Bir mukaveledirki onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi teahhüt eder) diye tarif edilmektedir. Demek oluyorki, iş akdi iki tarafa her akit gibi vecibe ve mükellefiyetler tahmil etmektedir. Burada işçi iş verene hizmetini vait eder ve bu hizmetleri ifa ile mükellef olması itibarile iş verene faydalı olacak bütüm faaliyetlerini onun emrine tahsis eder. Bu akit, tarafların arzusuna göre muayyen veya gayrimuayyen bir müddet için devam edebilir. Bütün bunlara mukabil iş veren de işçiye hizmetine mukabil tam bir ücret vermekle mükelleftir. Bu akdin hukukan tekemmülü, Borçlar kanununa göre bir şekli mahsusa tâbi tutulmamıştır. Sözle yapılabileceği gibi mühim hallerde yazılı olarakta yapılabilir. Veya örfü âdet icabı müddet mukavele edilmese dahi yine muayyen olabilir.

3 — Borçlar kanunu yonünden iş kazası ne demektir?

Borçlar kanunu şarihlerinden Martene göre «çalışmasına mâni olan bütün hallerde işçinin ücretinden mahrum kalmamasını kanun prensip olarak kabul etmiştir. Fakat işçiye bu menfaat ve imkânın ancak hizmet mukavelesinin uzun müddet için akdedilmesi, işçinin çalışmasına kendi kusuru olmaksızın mâni zuhur etmiş olması hallerinde" tanınması icap etmektedir. İş verenlerin, işcilerin hayat ve sıhatlerini korumak hususundaki mükellefiyetleri Borçlar kanununun tarif ettiği mânada iş akdinin hukuki unsurlarına dâhil değildir. Bu mükellefiyetler ekseri memleketlerde işçiyi koruma bakımından iş kanunları ve hususi talimat ve nizamlarla hal ve tanzim edilmiştir.

İş verenin işçi sağlığını koruyacak şekilde tehlike ve kazaları önleyecek tedbirleri almaması, iş akdine muhalefet değil bu hususu temin ve tanzim eden iş kanunlarına muhalif hareket olur. Buna göre iş kazaları (akitten değil), (haksız fiilden) doğmaktadır.

Borçlar kanununun 41 nci maddesinin 1 nci fıkrasında (gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp ile yahut tedbirsizlikle haksız bir surette diğer bir kimseye zarar veren o zararı tazmine mecbur) olduğu zikredilmektedir. Bu maddenin koyduğu umumi ve ana

tazmin prensibine göre bir fiilin haksız sayılabilmesi ve borç doğurabilmesi için;

1— Başka kimseye zarar veren bir fiili olmalıdır.

2— Bu Fiil hukuka aykırı bulunmamalıdır.

3— Faile isnadı kabil bir kusur olmalıdır.

4— Ve nihayet hukuka aykırı fiille zarar arasında bir illiyet münasəbeti bulunmalıdır.

Burada başkasına zarar veren fiil hem (icraî—Comission) mahiyette yani, yapılmaması lâzımgelen bir fiili yapmak ve hem de (ihmalî—Camission) yani, yapılması lâzımgelen bir fiili yapmamak şeklinde olabilir. İş verenin iş kanuuna ve hususî talimat ve nizamlara göre iş kazalarının önüne geçmek, işçinin sıhhî durumunu sağlamak bakımından olmakla mükellef olduğu bütün teknik tedbirleri kısmen veya tamamen ihmal etmesi haksız fiilin anasırına dâhil ihmalî bir fiildir. Bu ihmalî fiilin hukuka aykırı olması ve işverene isnadı kabil şahsî bir kusur bulunması ve nihayet zararı müstelzim olan bu fiil ile doğan netice arasında bir illiyet ve sebebiyet rabıtasının mevcudiyeti işverenin tazminatla sorumluguna kâfi gelir.

Kusur tamamen veya kısmen işverene kabili izafe olmak ve yukardaki hususiyetleri ihtiva etmek şartıyla iş kazaları hukuki mahiyeti bakımından birer haksız fiildir. Haksız fiil tazmini müstelzim bir zarar meydana getirmişse fail yani işveren bu zararı tazminle mükellef olur. Şu kadarki iş kazaları her zaman ve yalnız ***İşverenin kusurundan ve haksız*** fiilinden ileri gelmeyebilir. İşte 4772 sayılı sigorta kanunu işverene atfedilecek herhangi bir kusur bulunmayan hallerde dahi, sigortalının veya hak sahibi halefleri-nin bu kanunda yazılı tazminat ve yardımlardan faydalanmasına imkân vermekte ve böylece umumî hükümlerden ayrılmaktadır.

4— Kaza hallerinde işçinin hukuk mahkemesine müracaat etmesi ve bu mahkemenin nazara alacaği hususlar:

İş kazalarına ait sigortalar, iş sırasında veya iş sebebiyle işçinin uğradığı kazalar dolayısıyla işçiye gereken âcil tedbirləri aımak ve yardımları yapmak gibi sosyal ve binnetice ekonomik bir gaye sebebile ihdas edilmişlerdir. Sigortalar işçinin kazaya uğra-

ması takdirinde onun mahrum kaldığı bütün kârları telâfi edecek bir esas üzerine kurulmuş değildirler. Çalışma Bakanlıgı işçi sigortaları kurumu tarafından çıkarılan 2 sayllı ve sigorta ödeneklerine ait açıklamada bu husus misallerile tebarüz ettirilmış bulunmaktadır. Sigorta kanununun 13 ncü ve müteakip maddelerinde tafsilen zikredilen iş gücünün geçici ve daimî olarak gaip edilmesi hallerinde de işçinin alacağı meblağ günlük kazancının muayyen bir nispeti üzerinden verilmektedir. Bütün bu sigorta ödenekleri hukuk mahkemesindeki ehli vukuf gözile ve hukuk hâkimi görüşile tetkik edilecek olursa tam ve kâmil mânada tazminata tekabül edemezler, Esasen sigortalıların ihdasına âmil de hukukî mânada anladığımız tazminatı tamamen karşılamak değildir. Hiç bir insan kaza neticesinde iş gücünün azalması nisbetinde kazancından gaip etmez. Heman ekseriya iş gücünün azalması kazancının o nisbetten daha fazla noksanlaşmasını mucip olur.

İşçi sigortaları kanununda işçinin borçlar kanunu dairesinde tazminat yönünden hukuk mahkemesine müracaatını önleyen âmir bir hüküm yoktır. Böyle bir kaydın konması kadar tabîî ve hukukî bir düşünce olamaz. Çünkü, daha umumî olan borçlar kanunun işçiye sağladığı geniş tzamin hakkını,, iş veren lehine ve işçi aleyhine tahdit etmek ve hattâ ortadan kaldırmak hiç bir hukuk prensibiyle kabili telif değildir. Bu sebepledirki işçi, umumî hükümler dairesinde iş vereni hukuk mahkemisine haksız fiili sebebile dava edebilir.

İşçi iş veren aleyhine mahkemeye açtığı davada,

A. Maddî

B. Mânevî olmak üzere iki türlü tazminat talep edebilir. Hukuk mahkemesi işçinin ölümü halinde onun ailesinin, işçinin ölümile mahrum kaldığı bütün kârı hesaplayacak ve işçi sağ kalsaydı kendi şahına yapacağı masrafları ve bu paranın peşin olarak iş veren tarafından tediyesi sebebile icap eden faizi de çıkardıktan sonra kalanına hükmedecektir. Ancak mutazarrır veya ailesi aynı zamanda işçi sigortasıudan para almıştır. Bu parada şüphesiz dayandığı esaslar itibarile maddî tazminattır. Mahkeme, işçi sigortalarından alınan parayı kendisinin tâyin ettiği maddî tazminattan tarh etmek suretile geri kalanına hükmedecektir. Çünkü sigortadan verilen ödenek 4772 sayılı kanunun 5 nci maddesine göre işçi si-

gortaları idaresi tarafından iş verenlerden alınmıştır. Ancak burada mühim bir noktaya temas eimek lâzımdir. Borçlar kanununun 44 ncü maddesinin 1 nci fıkrasında yazılı oldğu gibi (mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu veyahut kendisinin fiilî zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde yargıç, zarar ziyan miktarını tenkis yahut zarar ziyan hükmünden büsbütün sarfınazar edebilir.) Mağdur veya mutazerrırın hâdisede bn maddede yazılı olduğu gibi müterafik bir kusnru bulunması halinde bu kusur nisbetinde tazminat mahkeme tarafından azaltılır. Gerektiği takdirde tazminat hükmünden büsbütün sarfınazar edilebilir. Nitekim sigortalar kanununda işçinin müterafik kusuru halinde kendisine verilecek ödeneklerin tenkis veya büsbütün verilmiyeceğine dair hükümler mevcut bulunmaktadır.

Fabrikalarda iş yerlerinde daimi tehlike arzeden makine ve tesislerde veya bunların civarında çalışan işçilerin sıhhat, hayat ve sağlığını teminat altına amak için gereken teknik ve kanuni tedbirleri almayan iş veren kusurludur. Ancak işçi kısmen kendi hatası, dalğınlığı, tedbirsizlik veya dikkatsizliğile uğradığı zarara sebebiyet vermiş veya bu zararın artmasına saik olmuşsa tazminat hakkından aynı nisbette gaip edecektir. İşçinin uğradığı kaza neticesinde iş gücüne halel gelmese dahi estetik yapısında bir ârıza husule getirmiş onu çirkinleştirmişse sigorta ödeneği ile mukavyet olmaksızın işçi Hukuk mahkemesine tazminat davası açabilir. Esasen sigortalar kanununda bu kabîl ahvalde ödenek verileceğine dair bir kayıt ve işaret te yoktur.

B. Mânavi tazminata gelince: sigorta bedeli mânevi tazminata tekabül eden bir para değildir. Mânavi tazminat esasen işçinin, işçi ölmüşse yardımından mahrum kalanların o kaza veya ölüm sebebile duydukları elem ve tesesürün karşılığıdır. Yargıç, Borçlar kanununun 47 nci maddesine dayanarak (... hususi halleri nazara alarak cismanî zarara duçar olan kimseye veyahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine mânevi zarar namile adalete muvafık bir tazminat verilmesine karar verebilir) görülüyorki bu tazminatın miktarı, verilip verilmemesi Yargıcın takdirine bırakılmıştır. Tarafların içtimaî durumuna mağdur veya ailesinin çektiği elemin derecesine halin ağırlığına ve hâdisenin cereyanına göre Yargıç tazminatın şümul ve hududunu tâyin edebileceği gibi mağdur da büyük bir kusur gördüğü takdirde büşbütün tazminattan da sarfınazr edebilir.

(Funk) un dediği gibi (mânevi tazminat bedenî ve ruhî ıstiraplar için verilen bir tavizdir) bütün bu kabîl zararı müstelzim hallerde mahkeme, işçi veya ailesine sigortadan verilmiş olan ödeneği tesbit edecek ve kendisinin bilirkişiler arifetile büyük bir dikkat ve vukuf ile elde edilen maddi tanzimat yekûnundan sigortaca verilen ödeneği tarh ederek geri kalan meblağı maddi tazminat olarak hükmedecek ve ayrıca takdirine bırakılmış olan mânevi tazminatı da tesbit ve karara bağlayacaktır. Tatbikatta mahkemelerimizin işçilere ait tazminat davalarında bundan böyle takip etmesi gereken yol bu olmak lâzım gelir.

Kabul ve teslim etmek lâzım gelirki işçi sigortaları kanunu, tatbikatta hemen her zaman mağdur olan ve kanun yollarında haklarını aramayı ve istihsal etmeyi bilmiyen işçilere içtimaî ve maddi mânada ehemmiyetli yardımlar sağlayacaktır.

Bu sebepledirki sigortalar kanunu iş hukuku sahasında bügüne kadar çıkarılmış olan kanunların önünde yer almakta ve mahkemenin normal olan hak kapusunu işçilere yine açık hırakması itibarile ana yasa hükümlerine ve Borçlar kanununa tamamen uygun bir mahiyet ve karakter taşımaktadır.

Sular kanunu üzerinde bir inceleme

YAZAN: Hikmet Başaran
Ürgüp C. savcısı

1 — Kanun koyucunun maksadı, kanunun hususiyetleri;
2 — Olay
3 — Adalet Bakanlığının bu husustaki mütalâaları;

1 — İnsan gücüdünün yüzde altmışından fazlasını, diğer mevcudatın Maddi varlıklarının mühim bir kısmını teşkil eyleyen suya; yaşıyan varlıkların her dakika duydukları mutlak ihtiyacı burada uzun boylu izaha lüzüm gömüyorum. İller, İlceler, Köyler muhakkak surette ya su başında veyahutta suya yakın yerlerde kurulmuşlardır. Bu madde yüzünden tarih boyunca hicretler yapılmıştır. Çünkü su topluluğun en belli başlı ihtiyacıdır.

Çok kere bir belde veyahut belde halkının müşterek ihtiyaçlarına cevap verecek olan suyun kaynağı; beldenin hudutları dahilindedir; bazan da belde halkınının müşterek ihtiyacı olan suyun kaynağı Belediye veyahutta köyün sınırları dışındadır. Her ne va ziyette olursa olsun belde halkının mutlak ve muhakkak olan bu ihtiyacını kanun vazıî ayarlamak ve su yüzünden çıkacak ihtilâfları halletmek istemiş ve bu maksatla 831 sayılı (Sular hakkındaki kanunu) ve yine 23/12/934 tarihinde kabul edilen ve 1/1/935 tarihinde yürürlüğe giren 2659 sayılı (Sular kanununa eklenen kanunu) vazetmiştir. Bunlardan başka icra vekilleri heyetince 12 ağustos 928 tarihinde kabul edilen ve 29/Ağustos/1928 tarihinde yürürlüğe giren 7044 sayılı (Sular hakkındaki 831 No. lu kanunun sureti tatbikiyesini mübeyyin nizamname) adile nizamname neşredilmiştir.

Belde halkının müşterek ihtiyacı olan suların temin ve tedariki, idaresi ve korunması Belediye teşkilâtı mevcut olan yerlerde belediyelere aittir. Belediye teşkilâtı bulunmıyan mahallerde bu görev; ihtiyar kurulları tarafından ifa edilir, gerek Belediyeler kanunu kerek köy kanun sıhhat şartlarına uygun bir suyu temin ederek belde halkına arzetme vazifesini beleddiyenin ve köy ihtiyar kurulunun en belli başlı vazifelerinden birisi olarak tavsif etmiştir.

Memleketimizde kamunun müşterek ihtiyacına cevap veren sulardan bir kısmı vakıflar idaresine aittir. Vakfa ait olan bu sular-

dan muayyen vasıf ve şartları taşıyanların Belediye veya İhtir kuruluna devredilmesini kanun vazıı düşünmüş ve vakfa ait olan ve devri muayyen şartlar altında mümkün olan suları dört kısma ayırmıştır.

1 — Müşterek ihtiyaçta kullanılan ve vakıf suretinde yapılan sular,

2 — Başka hayrat ile ilgili bulunan sular;

3 — Başka hayrat ile ilgili olmakla beraber vakfedenin zatî ihtiyaçlarında da kullanılan sular;

4 — Başka hayratı olmadığı halde mueyyen miktarı veya fazlası mütevelliye veya evlâda ait olan sulardır;

Bu dört gurupta mutalâa edilen vakıf suları 7044 sayılı nizam namede gösterilen kayıt ve şartlar altında Belediye teşkilâtı olan yerlerde Belediyelere Belediye teşkilatı mevcut omıyan mahallerdede ihtiyar kurullarına devrolunmuştur. Bunlardan başka sebil, şadırvan gibi sularda müşterek ihtiyaç için Belediye veya ihtiyar kurullarına teslim ve devrolunabilir.

Vakıflar idaresine ait olan sulardan vasıfları ve tahis şekilleleri itibarile Belediyelere veya ihtiyar kurullarına devri hiç bir suretle mümkün olmıyan sular da mevcuttur. Bunlar da:

1 —Müstakil suya malik olan vakıf değirmenleri, vakıf hamamları, vakıf idaresine ait tarla, bahçe, emlâk ve arazi ve akaratın derunundan çıkan ve köy ve şehirlere isale edilmiyen vakıf suları,

2 — Umumun istifadesine arzedilmeyen tekke ve zaviyelerde bulunan hususî mahiyette ve kapalı yerlerdeki sular:

3 — Umumun istifadesi için yapılmış olmakla beraber köy ve şehirlere isale suretile getirilmemiş olan kuyular, küpler ve bunların mevkufatı; gibi sulardır. Bu suların yukardada arzedildiği veçhile Belediye veya ihtiyar kurullarına devri gerek tahsisleri ve gerekse vasıfları itibarile mümkin değildir.

Bunlardan başka hakiki veya hükmî şahısların tasarrufları altında bulunan suların da müşterek ihtiyaçda kullanılmasına za-

ruret ve ihtiyaç duyulduğu takdirde bu sularda İstimlâk kanunun hükümlerine tevfikan ve kanuuun Belediyeye ve ihtiyar kuruluna verdiği yetkiye istinaden müşterek ihtiyaç için belediye ve ihtiyar kurullarınca istimlâk olunurlar. Hangi yol ve şekilde elde edilmiş olursa olsun müşterek ihtiyaca cevap veren sular iki guruba ayrılırlar;

A — Belediye veya köyün sınırı dahilinde kaynağa malik olan sular:

B — Kaynağı Beldiye veya köyün sınırı haricinde bulunan sular Suyun kaynağı köy veya belediyenin sınırı dahilinde ise kaynağın bakımı, onarılması, temizliği, suyun sıhhat şartlarına uygun bulundurulması vazifesi Belediyeye veya ihtiyar kuruluna aittir. Yine belde halkının müşterek ihtiyacına cevap veren suyun kaynağı beldenin sınırı dışında olmakla beraber bu sudan o belediye ve köyden gayri hiç bir hükmî ve hakiki şahıs istifade etmiyorsa bu vaziyette de yukarda işaret edildiği veçhile (Kaynağını bakımı onarılması, sıhhat şartlarına uygun bulundurulması) vazifesi yine bu Belediye veya ihtiyar kuruluna aittir. Bu iki vaziyette de suyun ideresinden ötürü çıkacak ihtilâflar basit ve enderdir.

Memleketimizde su yüzünden çıkan ve bâzı yerlerde sulh mahkemeleri işlerini bir haylı kabartan hukukî ve cezai ihtilâfların ekserisi (B) gurubuna dahil olan yani kaynağı Belediye sınırı dışında bulunan Şehir, Kasaba, Köyler tarafından ortak olarak tasarruf edilen sulardır. Kanun vazii bu çeşit ihtilafları ayarlamak için ortak sudan kimlerin de miktar istifade edeceğinin yani intihap payının resmî vesikalara göre, resmî vesika ve belge mevcut değil ise teamüllere göre ayarlanması lâzım geldiğini emretmiş ve bu çeşit ortak suların ilgili şehir, Kasaba, ve köylerce idaresinin bi hercü merç doğuracağını düşünerek pek haklı olarak belediye kanun hükümlerine göre ilgililerin kuracakları bir (Birlik) marifetile bu ortak suyun idaresinin temin edileceğini işaret buyurmuşlardır.

Eger ortak su ile ilgili olan Şehir; Kasaba ve köyler arasında anlaşmazlık dolayisile birlik kurulamamış ise o zemanda bu ortak su en büyük mülkiye âmirinin kararı ve ekseriyetin reyi ile kurulacak bir birlik marifetile idare olunur. Gerek tarafların ittifaki-

le teşekkül etmiş olan birliğin ve gerekse anlaşmazlık yüzünden en büyük mülküye âmirinin kararı ve ilgililerin ekseriyetinin oyu ile kurulmuş olan birliğin ekseriyetle verdikleri karara alâkalıların riayet etmek mecburiyetleri vardır. Bu kanuna göre ekseriyetin ittifakile verilen kararlar belediye ve köy odalarına asılmak suretile ilân olunur. Ve ayrıcada ilgililere tebliğat yapılır.

Alâkalı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün zarfında bu karar aleyhine idare heyetine yazılı itirazda bulunabilir. Eğer itiraz vâkı olmuş ise idare kurulu bu baptaki itirazı her işine takdimen inceler ve kararını verir.

İdare kurulunun ve gerekse komisyonun itiraza mahal kalmıyan kararları katîdîr. Yalnız intifa payına (İdare kurulunun ve komisyonun kararına rağmen) rıza göstermiyenler mahkemeye müracaat edebilirler şu kadarki mahkemeden idare kurulunun veya komisyonun kararının aksine bir karar çıkıncıya kadar evvelki kararın tatbik olunması lâzımdır.

İntifa payları teamüllere göre tesbit edilen işbu ortak suyun kaynağının başından Belediye sınırına kadar olan müşterek yollarının bakımı, onarılması, temizlenmesi, sıhhat şartlarına uygun bulundurulması için gerekli masrafların; hisseleri ve intifa payları nisbetinde ilgili Şehir, Kasaba, ve köylerden tahsili icabeder. İntifa payına göre hissesine düşen masrafı vermiyenler hakkında tahsili emval kanununun hükümleri tatbik olunur. Masraf miktarına itiraz edenler olursa tebligattan itibaren yedi gün zarfında mahallî idare kuruluna tahriri itirazda bulunur. İdare kurulu itirazı acele olarak tetkik ile bir karara varır verilen bu karar katîdir.

Ortak olarak Şehir, Kasaba, ve köylerin kullandıkları içme sularının kaynağına zarar verecek sıhhat şartlarını ihlâl edecek suya hayvan salmak ve etrafa suyu akıtmak gibi zararlı hattı hareketi ihtiyar eyleyenlere karşı Belediye ve ihtiyar kurulu müeyyide tatbik edebilir. Birlik mevcut ise konulan yasaklara aykırı hareket edenler hakkında Ceza vermek salâhiyeti birliğe aittir. Eğer kurulmuş bir birlik mevcut değilse ortak su için konulan yasaklara aykırı hareket edenler hakkında ceza vermek salâhiyeti sular kanununa eklenen 2659 sayılı kanunun 8 inci maddesinde işaret olunduğu üzere Belediye encümenine aittir. Encümenin ceza tatbikindaki bu salâhiyet hududu Belediye sınırına tâbi olmaksızın ortak suyun kaynağına kadar uzanır.

Kanun koyucu 1580 sayılı Belediyeler kanunu 14 ncü maddesile Belediye encümenlerinin Belediye sınırı içinde ceza verebileceğini ve kanunun ancak Belediye hududu içinde tatbik edile bileceğini işaret etmiş olduğu halde ortak suyun her bakımdan idaresinin temini için gerek belediyeler kanunu ve gerekse C.Y.U.K. nun salâhiyete mütedair hükümlerine aykırı olarak (Kaynağ Belediye sınırı dışında bulunan suların kaynak ve yollarının bakımı, korunması, sıhhat şartlarına uygun bir halde bulundurulması ve idaresi için Belediyelerin alacakları tedbir ve kararlara ve 7 nci madde hükümlerine göre yasaklarına aykırı hareket edenler hakkında belediyenin ceza vermek salâhiyeti, Belediye sınırına bağlı olmaksızın kanağa kadar gider. Birlik kurulmuş ise bu salâhiyeti birlik kullanır) demek suretile müstesna bir hüküm koymuştur;

Artık bu mevzuda 1580 sayılı kanunun 14 ncü maddesine göre hareket etmek görüşümüze göre doğru değildir.

2 — Bu mevzuata son vermeden evvel (Yüksek Yargıtay sayın baş savcısı ve Başsavcı yardımcısı bizim görüşümüze iştirak ettikleri halde) Yüksek Adalet Bakanlığı ile aramızda geçmiş bir olayı ve görüş farkını sayın okuyucularıma arzetmeyi faydalı buluyorum. Kaynağı Belediye hududunun dışında bulunan ve İlceden başka üç köy tarafından istifade edilen ortak bir su vardır. Bu ortak suyun idaresi için kurulmuş bir birlik mevcut değildir. Suyun İlceye aktığı bir günde Mustafa adında bir şahıs yasağa rağmen suyu yıkmıştır. Tutulan zabıt varakasiyle Belediye encümeni: Tenbihat ve mukarreratı belediyeye aykırı hareketten dolayı bu şahsa 1608 sayılı kanunun 1 nci maddesine tevfikan 15 lira hafıf para cezası vermiştir. Encümenin bu kararı sanığa tebliğ edilmiş sanıkta müddeti içinde itiraz yoluna müracaat etmiştir. İşi inceliyen sulh ceza yargıçlığı neticede 12/11/946 gün ve 177 sayılı kararı ile (Belediyenin ancak Belediye hududu dahilinde ceza verebileceğinden bahisle 1680 sayılı kanunun 6 nci maddesine tevfikan işbu 15 lira para cezasının kaldırılmasına) karar vermiştir.

Sulh ceza yargıçlığının bu kararının temyiz kabiliyeti olmadığından C.Y.U.K. nun 343 üncü maddesindeki yetkiye istinaden kararı mezkürün bozulması için Adalet Bakanlığına yazılı emir talebini ihtiva eden dilekçe gönderilmiştir. Adalet Bakanlığı ceza işleri umum müdürlüğü 10/1/947 gün ve 16/6 sayılı yazıları ile (Sanığın köyde bulunmasına, eylemin Belediye sınırı dışında işlendiği

anlaşılmasına ve Belediye kanununun 14 ncü maddesi sarahatına göre sulh ceza yargıçlığından verilen kararda bir isabetsizlik görülmediğinden iadesine) diyerek evrakı mahallî C. Savcılığına iade etmiştir.

Ortada gerek yargıcın dayandığı 1608 sayılı kanundan gerekse Adalet Bakanlığının görüşünü belirten 1580 sayılı kanundan sonra yürürlüğe girmiş olan 2659 sayılı kanun bulunmasına bu kanunun 8 nci maddesinin hususî bir salâhiyet hükmünü ihtiva etmesine ve yasaklara aykırı hareket edenler hakkında belediyenin ceza vermek yetkisi ortak suyun kaynağına kadar gider demesine 8 inci maddenin müstesna hükmünü hiç bir zaman 1580 sayılı Belediye kanununun 14 ncü maddesinin kaldıramıyacağına nazaran Belediye encümeninin ortak suyu yasağa rağmen yıkan bu şahıs hakkında ceza vermek yetkisi bulunduğu kanaatindeyiz.

Karşılıklı rıza, boşanma sebepleri arasına girmelimidir?

yazan: Hüseyin TARHAN
Kırklareli sorgu yargıcı

Özet: karşılıklı rıza boşanma sebebi olarak medeni kanuna almak bugün için zarurî değildir. Esasen kanunumuzda mevcut boşanma sebepleri bu ihtiyacı hissettirmemektedir. Juris prüdans boşanmayı kolaylaştırmaya doğru temayül göstermekte olduğu gibi doktirinal bakımdan da kanuna böyle bir sebebin katılması mahzurludur.

Tarihî gelişme—. Garbın belli başlı iki hukuk sistemi olan Cermen ve Roma hukuku evlilik bağının çözülmesini kabul ediyor ve taraflardan birinin iradesi buna yetiyordu. İslâm hukukunda boşanmayı iradeye bırakmıştı Garp hukukunda bu duruma karşı ilk defa kilise ayaklandı, Kilise evliliği çözülmesi imkânsız bir bağ olarak kabul etti. Kiliseye göre hiç bir beşeri kuvvet bu bağı çözemez, ancak ayrılığa cevaz vardır.

Reformasyon tarafların iradesiyle boşanmayı kabul etmemekle bereber mahkeme kararı ile bunu tanımıştır. 17 ve 18 ci yüzyıllarda tabii kukuk telâkkisi revaç bulunca boşanma tekrer tarafların iradesine bırakılmak istenmiştir. Bu telâkkiye göre evlenme bir akittir, bu itibarla tarafların karşılıklı rızası diğer akitlerde olduğu gibi hukukî bir sonuç hâsıl edebilmelidir. Bu telâkki bundansonraki mevzuatta yerbulmuş ve 1794 tarihli Prusya kanunu bir çok hususî boşanma sebepleri ile birlikte çocuksuz evlenmelerde karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmiştir. 1804 tarihli Fransız medenî kanunu daha ileri giderek çocuk olsadahi iki tarafın rızasını bâzı şartlarla boşanma sebebi saymıştır.

20 ci yüzyıl içinde boşanma hakkının genişletilmesi temayülü artmış ve bâzı memleketlerde hususî boşanma sebepleri listesi çoğaltılmıştır. İskandinav memleketleriyle Çekoslavakya, Letonya ve Estonya kanunları izalesi imkânsız antipati sebebile boşanmayı kabul etmiştir [1]

Bolşevik hukuku ise bosanma için bir sebebe ihtiyaç duymamış, evlenmeyi âdî bir akit bile saymayarak karşılıklı rıza veya haklı

[1] Dr. A. Egger: Aile hukuku.

bir sebepyokiken tek taraflı bir beyan ile evliliğin sona erebileceğini kabul etmiştir. Bu temayüllere karşı İtalyan 1929 tarihli evlenme kanununda evlenmenin çözülmez bir bağ olduğu prensibini tazelemiştir.

Medenî kanunumuza göre boşanma sebepleri—. Bâzı Katolik dine bağlı milletler dışında boşanmayı kabul eden her memlekette boşanma sebepleri tahdidî olarak sayılmıştır. Medenî kanunumuz da 129—134 cü maddelerinde boşanma sebeplerini saymış ve tarafların bu sebebler dışında boşanmak istemek hakkı tanınmamıştır. Boşanma isteğinde bulunan taraf bu sebeplerden bir veya bir kaçına dayanmağa mecburdur. Aksi halde dava kabul edilmez. Bunula beraber 134 cü madde o kadar genel bir sebep kabul etmiştir ki tahdidi kelimesini kullanmak güçleşmektedir. Netekim imtizaçsızlık adı altında yazılan bu son sebebe umumî sebepler (Gayri muayyen) ve diğerlerine hususî sebepler (muayyen)den mektedir. Hususî sebeplerin mevcudiyeti mutlak surette boşanma hakkı verir. Bu itibarla bunlara mutlak sebepler de denir. Umumî sebepler ise her hâdisiye göre ayrı, ayrı incelenir ve mevcudiyeti halinde yani taraflararasında geçimsizlik bulunduğu kabul edildiği takdirde bu geçimsizliğini müşterek hayatın devamını imkânsız kılıp, kılmadığını takdir yargıca aittir.

Amacımız boşanma sebepleri üzerinde inceleme yapmak değildir Boşanma sebeplerinin mahiyeti bu suretle belirtirtildikten sonra bunlara yeni bir sebep katmak suretile boşanmayı kolaylaştırmak lâzım ve zarurimidir?.

Bu gün İsviçrede olduğu gibi bizde de iki taraf istediği takdirde başka bir sebebe hacet kalmaksızıu boşanabilmek hakkı tartışılmakta ve lehde temayüller belirmektedir.

Medenî kanunun kabulü ile memleketimiz iradeye bağlı boşanma sisteminden kanunî sebepler sistemine geçince sosyal ve aile düzeninde doğan hukukî tesir ve sonuçları incelemek konumuzun dışındadır. Yalnız şunu kaydetmek mümkündür ki boşanmayı bir takım belli sebeplerin mevcudiyltine bağlamak aile düzeni ve netice itibarile sosyal düzen hattâ milletin varlığı ve ilerisi bakımından zarurî idi. Bu zaruret ailenin cemiyetin esasını teşkil etmesinden doğuyor. Aile birliği böylece cemiyetin esası olarak kabil edilince bunun devamıda sosyal varlığı ilgilendirir. Aile bir-

liğinde bir umumî menfaat karakteri bulunduğuna göre bunu korumak görevi de sosyal varlığa düşer. Aile birliği tabiî olarak düzen altına alınmakla korunur. Bunun için de ilk şart birliği kolayca çözülmekten kurtarmaktır.

Medenî kanuna yeni bir boşanma sebebi ilâvesi temayülü boşanmanın kolaylaştırılması isteğinden ileri gelebilir. Böyle bir istek ancak zaruretlerden doğabilir. Şu kadar ki zaruretin genel ve kesin olması lâzımdır. Bu gün için böyle bir zaruret varmıdır?. Medenî kanunun kabulünden sonra mahkemelerimiz fazla hassasiyet göstererek muayyen sebepler de bile takdire yol açılmış, umumî sebeple açılan davalarda ise boşanmak hemen, hemen imkânsız hale gelmiştir. Başlangıçtaki bu sert anlayış zamanla yumuşamaya başladı. Bu gün mahkemeler boşanma dâvalarında dikkatli ve titiz bulunmakla beraber kanun hükümleri nizamının şartlarına göre imal ederek boşanma kolaylığına doğru bir tolörans ve temayül yaratmaktadır.

Boşanma sebeplerini genişletmek isteyenlerin fikrine göre medeni kanundan önce boşanmak iradeye bağlı olduğu halde aile birliği bu günkü kadar sarsılmamıştı, boşanma o zamana nispetle bu gün artmış ve artmaktadır.

O halde boşanmayı kolaylaştırmamk için bir sebep yoktur.

kanaatimize göre bu fikir realiteden doğmuş sayılamaz evvelâ elimizde kesin bir kıyaslamaya elverecek esaslar yoktur. Sonra o zaman bağlı olduğumuz talâkki ile bu günkü sosyal anlayış birbirine hiç benzemiyor. Eskinin dinî esasları yerine bu gün cemiyetimiz realist bir hayat telâkkisine sahiptir. Boşanma yalnız bizde değil, diğer medeni cemiyetlerde de artmaktadır- 1891 senesinden beri İsviçrede evlenme ve boşanma nispetini gösterir cetveli yazımızın sonuna ekliyoruz. Bunun incelemesi bu hususte bir fikir verir sanıyorum.

Boşanma sebeplerinin çoğaltılması için bu suretle aktüel bir zaruret olmadığı belirtildikten sonra bu husustaki doktirinal düşünceleri de şöylece izah etmek mümkündür. Evlenme iki tarafın arzusu ile vücut bulan bir akit olduğuna göre yene iki tarafın kar-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

515

şılıklı iradesile çözmek niçin mümkün olmasın denirse bu takdirde evlenme aktini bir hususi hukuk akti gibi kabul ederek bundaki âmme menfaatini ilgileyen müessese vasfı inkâr edilmiş olur. Meseleyi başka bir noktadan ele almak mümkündür: Evlenme mukavelesinin iki tarafın arzusu ile fesih olunabilmesi kabul olununca başlangıçta bu mukaveleyi muayyen bir zaman, üç beş sene müddetle aktetmek niçin mümkün olmasın? Zaten karşılıklı rıza ile bağlı boşanma zamanla mukayyet bir evlenme mukavelesi demek değilmidir? İki taraf istediği zaman mukaveleyi bozabileceklerdir. Fikrimizce bu binlerce sene evvelki Hint ve İran hukukuna dönüş Ve bir gerilemedir.

Alman profesörü kahe şöyle diyor: Karı kocanın anlaşmasını boşanma sebebi olarak kabul edemem; bu evvelâ evlenmenin esası hakkında tarafların tamamen keyfine bağlı bir kanun yapmak demektir, sonrada düşünmeden evlenmelere cesaret verir, ve nihayet boşanmada suiistimale yol açar. [1]

Şunu da söyleyelimki iki taraf istedikten sonra mevcut sebeplerle boşanmak her zaman mümkündür. Taraflar anlaşmak suretile bir diğerini terk ederek veya şiddetli geçmisizliğin ispatını kolaylaştıracak vakaları yaratmak kabildir. İşte İsviçrede bir boşanma dosyasında bulunan mektup bu davacı koca tarafından karısına yazılmıştır: (Avukatımla konuştuktan sonra sana yapılması lâzım gelen şeyleri bildiriyorum: Mahkemece tasdik edilecek bir boşanma makvelesi yapılacak· Mukavele şunları ihtiva edecek: karı koca müşterek hayatın devamını imkânsız görüyor ve diğer muayyen sebepler ikamesinden de vaz geçiyorlar. Mahkemeden İsteği medenî kanunun 142 ci) bizde 134) maddesine göre boşanma kararı vermektir....

Kabul halinde boşanma bir celsede bitecek).

Medenî hukukumuz hakikatte bir tek boşanma sebebi kabul etmiştir o da geçimsizliktir. Diğer muayyen sebepler her zaman mevcut olmadığı gibi mevcudiyeti halinde de ancak evliliğin devamını istemiyen diğer tarafa boşanma talebi için bir hak verir. Muayyen sebepler aile birliğinin idamesine imkân olmadığını gösteren kanunî karinelerdir. O halde boşanma için tek sebep birliğin' devamına imkan olamayacak şekilde sarsılmasıdır. Zina, fena mu-

[1] J. Strebeler: Epöux Divorcçe

516

amele gibi sebepler kanuni, geçimsizlik ise birliğin sarsıldığını gösleren takdirî karinelerdir. Karşılıklı anlaşmayı kabul etmek ikinci bir boşanma sebebi yaratmak olur. Bu kabul edilince liste genişletilmiş ve başka sebeplerin kabulüne de yol açılmş olurki bunun sonu gelmiyeceği gibi mahzuru da açıktır.

Boşanma davalarının da bir ihtilâftan doğduğunu ve karşılıklı rıza ile boşanmak isteyenlerin hiç denecek kadar az olduğunu göz önüne getirirsek bu kadar ehemmiyetsiz bir istisna için genel prensip kabul etmek kanundaki insicamı bozmağa değmez sanırım.

Goethe diyor ki evlilik medeniyetin esası ve tacıdır o kabaları İnsanlaştırır, iyi tahsil ve terbiye görmüş bir kimse için ise hilmiyetini ispat edecek bir fırsatır. Evlilik bağı çozülmez olmalıdır, zira o temin ettiği saadetle her hangi bır betbahtlığı siler zaten betbahtlık nedir? insanı zaman, zaman, saran ve nihayet betbaht olduğu hissini veren sabırsızlık değilmidir? kötü anın geçmesini bekle, aile birliğinin uzun zaman devam ettiğini memnuniyetle göreceksin. Ayrılığın asla kâfi mucip sebebi yoktur. İnsan varlığı o kadar elem ve sevinç ile örülmüştür ki karı kocanın bir birine neler borçlu olduğunu kestirmek güçtür. Bu ödenmesi ebediyen kabil olmayan sonsuz bir borçtur. Evlilik bağının ekseriya sıkıcı olduğu söylenebilir. Buna kaniim. Fakat kendimizi daima kurtarmak istediğimiz insandan sıkıcı olan vicdanımızla ayni şekilde bağlı değilmiyiz?

İsviçrede 1891 den beri evlenme ve boşanmalar

Sene	Evlenme	Boşanma	
		Toplam	100 evlenme için.
1891/00	22570	969	4,1
1901/10	26492	1321	5,0
1911/20	26161	1680	6,4
1921/30	29895	2315	7,7
1931/40	31423	3101	9,9
1931	32269	2857	8,9
1932	31959	3041	9,5
1933	31969	2992	9,4
1934	32492	3034	9,3
1935	30495	3015	9,9
1936	29633	3219	10,9
1937	30394	3379	11,1
1938	31031	3390	10,9
1939	31513	2996	9,5
1940	32472	3093	9,5
1941	36130	3066	8,5

Bibliyografya

Ali HİKMET BERKİ : V A K I F L A R . II. Basım. İstanbul*, 1946, 337—*II sahife*, 6*lira

Yargıtay ikinci hukuk dairesi başkanı pek sayın üstat Ali HİMMET Berkî bütün hukukcularımızı sevindirecek bir himmette bulunmuşlar, Vakıflar hakkındaki muhallet eserlerini meslekî vazifelerinin pek ağır meşgalelerine rağmen iiâve ve tashihlerle yeniden bastırmışlardır.

Sayın müellifin de buyurdukları gibi, müstesnalardan kat'i nazar bu gün memleketimizde vakıflar eslâfımız tarafından vücude getirilenlerden ibarettir.

Diğer taraftan, Medeni kanunun şekli mer'iyet ve tatbiki hakkindaki kanuna göre bu vakıflar ekseri ahkâmda sabık esaslara tâbidirler. Bu esasların bilinmesi yalnız hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk bakımından değil, amelî zaruretler bakımından da pek mühimdir. Bununla beraber hukuk fakültelerinde ve mekteplerinde velev pek muhtasarda olsa bu bahisler hâlâ tedris edilmemekte; mevcut eserler de umumiyetle gerek ifade, gerek lisan, gerek muhteva bakımından eskimiş bulunmaktadırlar.

İşte sayın hukuk üstadımızın gereçekten değerli ve faydalı eserleri; bu alanda duyulan bütün ihtiyaçlara tamamile bir cevap teşkil etmekte, Vakıflar gibi milletimiz ve hukukumuzun hakkile iftihar edebileceği bir müesseseyi bütün cephelerinden aydınlatan emin bir rehber hüviyetini kazanmaktadır.

Eser, esas itibarile, iki kısımdır. Bu gün ikinci basımı yapılan birinci kısım İslâm ve Osmanlı hukukuna göre vakıf meslelerini ihtiva etmektedir. Fakat yeni kanun ve nizamlarla mevzu hükümler yeri geldikçe bu kısımda haşiye olarak derç edilmiştir. Hemen bütün bahisler pek açık bir ifade ile izah olunmuş her ıstılah açıklanmış, eserin sonuna ilâve edilen lügatçe ve mufassal bir fihrist ile eserden fayadalanma imkânı sonderece kolaylaştırılmıştır.

Bu ilâveli ikinci basımdan dolayı sayın üstada teşekkür ederken, hukuk kütüphanemizin ana müracaat kitaplarından olan bu

mühim eserin bir an önce tamamlanmasını candan temenni etmekten kendimizi alamıyoruz.

Ord. Prof. EBÜL'ULA MARDİN: ***Medenî hukuk cephesinden AHMET CEVDET PAŞA.*** (Ölümünün 50, ci yıl dönümü münasebetile). İstanbul 1946. 367—16 sahife, 384 kuruş.

İstanbul hukuk fakültesi medenî hukuk Ordinaryüs Profesörü ve büyük hukuk âlimimiz sayın Ebül'ula Mardin pek değerli bir eser yayımlamış bulunuyorlar. ***Ölümünün 50, ci yıl dönümü münasebetile medenî hukuk cephesinden AHMET CEVDET PAŞA***

Bu eser, türk hukuk tarihinde kanun yapıcılığının en azametli anıtlarından birisi olarak kalacağı muhakkak bulunan MECELLE'nin unutulmaz yapıcılarından Cevdet Paşayı, engin bilgin şahsiyetinin bütün azametile tanıtan, gerçekten büyük bir tetkiktir. En sathî bir takdimin bile bu sütunların mütevazi çerçevesini aşacağını düşünerek kısaca diyelim ki, pek tatlı ve veciz bir üslüpla kaleme alınan eser yalnız Cevdet Paşanın hukukî cephesini değil, fakat onun yetişitği devri üzerine tesir yapan türlü âmilleri, Mecelle'nin kaynaklarını, Mecellenin hazırlanmasında Cevdet Paşanın hissesini, Mecellinin meydana gelmesinde emeği geçen devrin başlıca hukuk âlimlerinin hayat ve eserlerini, bir kelimeyle Tanzimat devrinin hukuk hayatı, en güvenilir kaynaklara dayanarak istifadeli ve ilgi uyandırıcı bir şekilde canlandırılmaktadır.

Kitabı süsleyen sayısız notlar sayın müellifin ne yorulmak bilmez bir gayret, ne inanılmaz bir titizlik ile çalıştığının birer şahidi olduğu kadar, hukukumuzun dünü denecek kadar yakın mazisini saran karanlıkların üzerine açılmış birer aydınlık pençere vazifesini de görüyorlar.

Kitabı okuyanlar, Cevdet Paşanın şahsiyetinde hukuculuk tarafının en galip cephe olmadığına, Mecellein yalnız onun kaleminden çıkmamış olduğuna, başlangıç vazifesini gören küllî kaidelerin birer şahsî ibda değil, daha eski kaynakların muvaffakiyetli bir etrcemesi bulunduğna ... inandırıcı delillerle kanaat edeceklerdir.

Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ: ***TİCARET HUKUKU DERSLERİ*** . 2. Basım 1946. İstanbul 927 sahife, 496 kuruş.

Ticaret hukuku ve umumiyetle 1926 kanun inkilabından sonra doğan yeni hukukumuz üzerindeki feyizli çalışmalarile hukuk âlememize değerli hizmetlerde bulunmuş olan Ordinaryüs profesör Hirş, *Ticaret hukuku Derslerini* ikinci defa bastırmış bulunuyor.

Taşıdığı mütevazı ünvana rağmen ticaret hukukunun heman bütün meselelerini içine alan bu değerli eser, 1939—1941 yılı arasında ayrı kitaplar halinde yayımlanmış, fakat pek kısa bir zaman içinde tükenmişti. Yeni bir basım ihtiyacı çoktanberi hissediliyordu. Yeni basım hu ihtiyaca zamanında cevap vermiş bulunuyor. Bu basımda bir çok bahisler esaslı bir surette genişletilmiş, düzeltilmiş, bilhassa ticarî borçlar, deniz ticareti, sigorta hukuku gibi yeni bahisler ilâve edilmiştir. Bu suretle eser, ticaret hukukunun bütün alanlarını kucaklayan bir önem ve şümul kazanmıştır.

Çok mufassal tahlilî ve alfabetik fihristler, biblyografya, temiz ve yanlışsız bir baskı eserden istifadeyi kolay ve zevkli bir hale koyuyor.

H.R. ERTUĞ: *İdare hukuku dersleri*: 1. *İDARENİN DENETLENMESİ*. Ankara 1947. 197 sahife, 250 kuruş

Siyasal Bilgiler Okulu idare hukuku profesörlerinden sayın H.R. ERTUĞ, idare kukuku dersleri serisinden ilk kitap olarak İDARENİN DENETLENMESİ bahsini yayımlanmış bulunuyor. Konuyu kısa ve toplu bir halde kucaklıyan eserde sırasıyla idarenin kendi kendini denetlemesi, idare yargısı, idare yargı usulleri, çözüm yeri uyuşmazlıkları, kamu tüzel kişilerile ilgili özel hukuk uyuşmazlıkları bahisleri incelenmiş bulunmaktadır.

Doçent Turhan FEYZİOĞLU: İDARE HUKUKUND EMPEREVİZYON NAZARİYESİ. Ankara 1947. 102 sahife 150 kuruş.

Siyasal bilgiler Okulu idare hukuku doçenti Turhan Feyzioğlu, adı yeni fakat kendisi hukuk kadar eski bir konuyu, *beklenmeyen* haller meselesini ele almıştır. Pek haklı olarak. Çünkü nisbî bir sulh ve sükûn devri sayılan XIX. yüzyıldan sonra başlayan ve hâlâ devam eden devrenin en bariz vasfı bir buhran ve beklenmeyen haller devri olmasıdır.

Batıda sayısız denecek kadar incelemelerin mihrakını teşkil eden bu konu üzerinde bizde de telif ve terceme bir haylı yazı yazılmıştır. Fakat FEYZİOĞLU'nun elimizdeki eseri, mevzuun tasnıfındeki isabet, telhis ve ifadedeki vuzuh ve emniyet, mahkeme içtihadlarına ve onların tahliline ayrılan önemli yer, ni-

521

hayet gösterilen başarılı münakaşa kabiliyeti bakımından temayüz etmekte, idare hukukunun bu önemi olduğu kadar girift alanı için emin bir kılavuz değerini taşımaktadır.

Emprevizyon nazariyesinin mahiyeti ve etüdün plânını belirten girişten sonra sırasile hususi hukukta beklenmeyen haller meselesi, idare hukukunda beklenilmeyen haller meselesi taahhüt sözleşmelerinde beklenmeyen haller meselesi incelenmiş, ekler kısmında Başbakanlığın konu ile ilgili iki yazısı ve 7 eylül kararları ile ilgili bir Danıştay kararına yer verilmiştir.

RECUEİL TURCO—SUİSSE de LEGİSLATİON et de JURİSPRUDENCE 1947, Librairie Roth et Cie S. A. Lausanne. (Türk—İsviçre mevzuat ve içtihat dergisi).

İsviçre medeni kanunu memleketimizin hukuk iklimine gireli 21 yıl oluyor. Hukuk tarihinde ilk olmadığı gibi sonuncu da olmayacağı muhakkak bulunan bu önemli hâdiseyî, mukayeseli hukuk alanı için son derece önemli olan şu sorguyla bizi karşılaştırıyor: Aynı kanunun iki farklı içtimaî zemindeki gelişmesi nasıl olmuştur ve nasıl olmaktadır? Türk hukukcularının, Türk mahkeme içtihatlarının, menşei yabancı olan bu kanunun verdiği geniş takdir ve tefsir serbestisinden faydalanarak onu yeni vatanına ısındırmaları için sarfettikleri gayretlerin neticeleri nelerdir? İşte İsviçreli hukukçu dostlarımızın her zaman merakla cevabını almak istedikleri suallerden bir kaçı. Şimdi elimizde bulunan ve bir emek ve himmet mahsulü bulunan dergi, bu haklı sualleri cevaplamak ve memleketimiz ve İsviçre hukuk âlemi arasında bir köprü bir buluşma yeri olmak ümit ve dileğile ve cesaretle ortaya konmuş bulunuyor.

Milletlerarası medenî kanunun hazırlanmasını mümkün ve temenniye lâyık gören İngilizce kısa bir önsözden sonra Bern elçimiz sayın ***Yakup Kadri Karaosmanoğlu***'nun Kemalist ıslahat hareketlerinin menşelerine kısa bir bakış başlıklı yazısı, gerçekten büyük bir Türk dostu olan ***Friborg*** üniversitesi eski rektörü ve medenî hukuk Ordinaryüs profesörü ***P. Aeby***'nin, dergi'nin önemini belirten ve pek sıcak ve samimî bir ifade ile yazılmış bulunan giriş başlıklı yazısını zevkle okuyoruz.

Bundan sonra hukuk doktoru ***F. M. Alperen***'in (Türk ve İsviçre hukukunda faiz bakımından farklılaşma) adlı monografisi derginin

başlıca incelemesini teşkil ediyor. Pek nefis bir şekilde basılan derginin ilk sayısı, hukuk doktoru ***Egon Hoffmann***'ın (Hususî hukukun birleştirilmesi hakkında bir inceleme) adlı makalesi ile sona ermektedir. ***F. A.***

Kemal BERKARDA. ARTTIRMA, EKSİLTME VE İHALE HUKUKU VE TATBİKATI. İzmir 9. Eylül Basımevi: 1947, Lira: 4.

Devletin; âmme hizmetlerine ait işlerin yürütülmesi ve başarılması için yapacağı alım satım ve saireyi ilgilendiren malî, hukukî ve cezaî neticeleri belirtmek üzere İzmir C. Savcı yardımcısı Kemal Berk'arda tarafınnan «Artırma, eksiltme ve ihale hukuku ve tatbikatı» adı altında bu kere yayınlanan kitap, üzerinde bugüne kadar derin incelemeler yapılmıyan mühim ve geniş bir konuda ki hissedilen ihtiyacı tamamile giderecek şekil ve kıymette hazırlanmıştır.

Eser; artırma, eksiltme ve ihale kanunu hükümlerinin anlaşılması kolay bir surette tertiplenmiş vo incelenmiş bulunduğundan konu ile ilgili idarecilere mütaahhitlerin hukukî ve cezaî sahalardaki mesuliyetlerini önlemesi bakımlarından da pek faydalıdır.

Kitap münderecatını gösteren mükemmel tanzim olunmuş fihrist ve yayın maksadını pek güzel açıklayan önsöz yazısıyle başlamaktadır. Daha sonra ***Birinci kitap bölümünde***: Konuya giriş, arttırma, eksiltme ve ihale hukuk mahiyeti ve şümulü, arttırma ve eksiltmelerde hazırlık safhası, arttırme ve eksiltme usulleri ve ihale, sözleşmee ve hükümleri ve ceza hükümleri, yargıtay, sayıştay, danıştay ve Bakanlar kurulu kararlarile birlikte incelenmekte ve geniş izahat verilmektedir.

İkinci Kitap Bölümüne: Esbabı mucibe ve bütün eklerile birlikte arttırma, eksiltme ve ihale kanunu, ilgili kanunların önemli maddeleri, Bakanlar kurulu kararları, şartname formülleri ve mukavele örneği, nizamname, talimatnameler, bütçe giderlerinde aranacak belgeler, Maliye Bakanlığının alâkalı en mühim tamimleri alınmıştır.

Maliyeci, hukukçu ve ilgililere büyük fayda ve kolaylık sağlayacak kitabı hararetle tavsiye eder, sahibinden istenebileceğini hatırlarız.

***

BİZDE SORGU YARGIÇLIĞI YETKİ VE GÖREVLERİ. ***Yazan***: Hüsnü AYDINLI. Üsküdar sorgu yargıcı. İstanbul Rıza Koşkun Matbaası: 1946, krş. 150.

Ceza hukuku alanında pek önemli görevleri bulunan sorgu yargıçlarının yetki ve görevlerini çok güzel anlatan bu kitabıle Hüsnü Aydınlı bu mühim konuda daima duyulan bir ihtiyacı karşılamış bulunmaktadır.

Kitap önsözden sonra; sorgu yargıçlığı yetki ve görevlerinin tarihçesile başlamakta ve bu hususta mühim bilgi verilmektedir.

Bundan sonra: Sorgu yargıcının hangi hallerde ilk soruşturma yapamıyacağı, hangi hallerde makamatça izin verilmedikçe dava açılmıyacağı ve sorgu yargıçlarının vermek salâhiyetini haiz oldukları kararlar; ilk soruşturmada sorgu yargıcının kararları aleyhine yapılan itirazlar, sorgu yargıcının kararlarına karşı yapılacak itirazların yapılacağı merci, kararlar, tefhim ve tebliğ, mehiller ve eski hale getirme; şahitler, ehlhibre ve keşif, zabıt ve arama, tevkif, muvakkat yakalama, salıverme; müdafaa, hukuku âmme davası ve hazırlanması, ilk tahkikat, son tahkikatın açılma kararı, dava, müdafaa yolu ile dava, müsadere usulü hakkkında izahat verilmiş ilgili kanun maddelerile Yargıtay kararları ilâve olunmuştur.

Mesleğe yeni intisap eden sorgu yargıçlarına ve avukatlara büyük fayda sağlayacak olan kıymetli eser sahibinden talep olunabilir.

*
* *

Kooperatifçinin El Kitabı: ***Mennan Yiğiter***, ***Süreyya Öğet***. Ankara, lira: 3.

Yurdumuzda çeşitli konular üzeriude kurulmuş olan kooperatiflerin dayandıkları kanunî hükümlerin, anonim ortaklıklara Ticaret Kanununda yapılan atıflar dolayısile bu hükümlerle karışmış olması, bilhassa Kooperatiflerde çalışan yönetmenlerin iyi niyetlerine rağmen çok defa yanlış işlemler yapmalarına sebebiyet vermekte ve bu yüzden Kooperatif işleri aksamaktadır. Diğer taraftan ortakların da Kooperatiflere ait kanunî hükümlere lâyıkı ile nüfuz edemeyişleri, hak ve iddialarının ekseriya mesnetsiz kalmasını intaç efmektedir.

Mennan Yiğiter ve ***Süreyya Öğet***, Ticaret Kanununun bu karışık hükümlerini bir araya toplamak ve bu hususta açıklamlar yapmak suretile ortakların ve yönetmenlerin işlerini kolaylaştırmak amaciyle, bu kıymetli eseri yayınlamışlardır.

Kıymetli kitap, üç bölümden ibarettir. Birinci bölümden altı kısım halinde kooperatiflerin tarifleri ve hukukî durunları, nevileri, tarihçeleri, Kooperatiflerle ilgili kanun hükümleri, kuruluşları, Kooperatiflere girmek, kooperatiflerden çıkmak ve çıkarılmak, ortakların hak, görev ve sorumları, hisse senetleri ve tahvilât bahisleri vardır.

Beş kısımden ibaret olan ikinci bölümde, kooperatiflerin genel kurulları, yönetim kurulları, müdürleri, denetçileri ve hususî denetçileri hakkında etrafı izahat bulunmaktadır.

İki kısımdan mürekkep olan üçüncü bölümde ise, kooperatiflerin infisahlarına ve tasfiyelerine ait malûmat mevcuttur.

Ayrıca, her nevi kooreratif için bir rehber teşkil edebilecek mahiyette olan, Küçük Sanat Kooperrtiflerinin idare ve muhasebe talimatnamesi ile muhasebe talimatnamesine ait izahnamayi de kitabımızın sonuna üç kısımdan mürekkep olarak ilâve edilmiştir.

Kooperatifçilik alanında yazılmış bir çok eserler varsa da, kooperatiflerde uygulanması gereken kanun hükümlerini kül halinde bir araya toplıyan ve bu suretle gerek ortakların ve gerek yönetmenlerin hak, görev ve sorumlarını etraflıca belirtmesi dolayısile kooperatifçileri yakinen ilgilendiren kitabı ilgililere hararetle tavsiye eder. Ankara Bakanlıklar P. Kutusu 2056 dan tedarik edilebileceğini hatırlatırız.

*
* *

SİYASÎ İLİMLER MECMUASI
Mart: 947, Sayı: 192.

16 yıldır Muntazaman yayınlanan derginin bu sayısı da aşağıda ki yazılarla yayınlanmıştır:

Prof. Dr. ***Zeki Faik URAL***: Köylerimizde sağlık kalkınması: III; ***Namık Zeki ARAL***: Devlet Borçları; Ord. Prof. ***H. Ş. BABAN*** İngiltere ve Fransa; ***Ferda KOCAÇİMEN***: Liberalizim ve kişi Hürriyeti (Terceme);

525

YAŞAMA ÇALIŞMALARI: *N. Z.. ARAL*: 1947 yılı Bütçesi;

FİKİR HAYATI: *H. R. ERTUĞ*: Gazetecilik öğretimi;

EKONOMİK KRONİK: Gazetelerden: 7 Eylül Kararları ve akisleri;

POLİTİK KRONİK: *A. Ş. ESMER*: Bu ayın olayları;

BİBLİYOGRAFYA: *H. Refik. ERTUĞ*: "Türk—Rus—İngiliz münasebetleri„ Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının aylık vaziyet hesapları.

İzmir Barosu Dergisi. 1947: Sayı, 43.

Üç ayda bir yayınlanan hukuk dergisinin bu nüshası şu yazılarla çıkmıştır:

Makaleler:

Ahmet Ziya KAYAOĞLU: Arsa üzerine inşaat: II, *İ. E. POSTACIOĞLU*: Bizde Ticaret Mahkemeleri ıslaha muhtaçmıdır?

Tercemeler:

P. LEPAULLE'den çeviren: *Halusi SELEK*: Adalet Kuvveti Müstakil olmalıdır.

Yargıtay Karar ve içtihatları.

*
* *

SİYASAL BİLGİLER OKULU DERGİSİ.

C: 1, Sayı: 4

SÖYLEVLER: Burhan KÖNÜ: Siyasal Bilgiler Okulunun 89 ncu yıl dönümü söylevi; İsmail Hakkı Göreli: Siyasal bilgiler Okulunun 89 ncu yıl dönümünü konuşması; Mehmet HASKIRIŞ: Siyasal Bilgiler Okulunun 89 ncu yıl dönümü konuşması.

HUKUK VE SİYASET: Esat ARSEBÜK: Akitlerin gelişmesi efrafında umumî bir görüş; Kemal Galip Balkar: Maden imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin hukukî mahiyeti, Hasan Refik ERTUĞ: Ölümünün 330 ncu yıl dönümü münasebetiyle Hugo GROTIUS; Rıfkı Salim BURÇAK: İtalyanın Dış Politikası (1882—1915); Hikmet BELBEZ: Hava Hukuku Konusu ve mahiyeti; Hikmet TONGUR: Polis Görev ve Yetkileri.

526

EKONOMİ VE MALİYE:
Fazıl Hakkı Sur: Millî gelir ve gider Tahminleri ve Devlet Maliyesi;

ERNST REUTER: Şehirlerimizin nüfus gelişmesi; F. A. VON HAYEK: Plânlı Kollektivist İktisat (Çeviren: Fethi Çelikbaş); Fehmi YAVUZ: Köy Maliyemizin genel meseleleri.

FELSEFE VE SOSYOLOJİ: Mehmet KARASAN: Eflâtun'ın Devleti.
İSTATİSTİK: Celâl AYBAR: Türkiye'de Mahkûmlar ve suçlar.
HABERLER VE YAYINLAR: Hâmit SEEN: Bitlis ve Van Gezisi; Muhlis ETE: Siyasal Bilgiler Okulunda Kurulan Yeni Kooperatif münasebetile; Aydın YALÇIN: F. A. HAYEK «Esaret yolu".

***

Aynı Dergi: C: II, Sayı: 1—2

SÖYLEVLER: Burhan KÖNİ: Siyasal Bilgiler Okulunun 90 ncı yıl dönümü söylevi; İsmail Hakkı GÖRELİ: Siyasal Bilgilir okulu 90 ncı yıl dönümü söylevi; Nejat BENGÜL: Siyasal Bilgiler okulunun 90 ncı yıl dönümü söylevi;

HUKUK: Hasan Refik ERTUĞ: Beledlye Zabıtası; Hikmet BELBEZ: Hava Hukukunda sorum; Bahri SAVCI: Korkudan ve yoksulluk kurtulma hüriyetleri; Turhan FEYZİOĞLU: Kuvvetlerin ayrılığı tan nazariyesi; Turhan FEYZİOĞLU: Basın Hüriyetinin tahditleri, MONTESQUİEU: İngiltere'nin esas teşkilâtı(Çev: Mukbil ÖZYÖRÜK);

EKONOMİ: Muhlis ETE: Türkiyenin Mesken davası ve mesken siyaseti; Bedri GÜRSOY: Ziraî iktisadın mevzuu, hususiyetleri ve önemi; AZİZ KÖKLÜ: Ufak paralar ufak para kauunlarımız; F. A. Von HAYEK: Plânlı kollektivist iktisat (devam) çeviren (Fethi ÇELİKBAŞ); Charles Rist: Tasarruf teorisi (Çeviren: Bedri GÜRSOY);

SİYASİ TARİH VE COĞRAFYA: Hâmit Sadi SELEN: Birleşik Amerika ve Sovyetler Birliği; Rıfkı Salim BURÇAK: İkinci cihan savaşında Boğazlar meselesi;

KİTAPLAR: "İşletme ekonomisi dersleri" hakkında(Alfred İsaac); Eski ve İslâmî paralar hakkında (Cevat ZEREN).

İLERİ HUKUK. Temmuz: 947, Sayı: 25, Krş: 50.

3. ncü cildi yayınlarına başlıyan kıymetli hukuk dergisinin bu sayısında şu değerli yazı ve seçme yargıtay kararlarile yayınlanmıştır

MAKALELER: Kâmil BORAN: Suç istatistikleri hakkında: İskoçya Hukuk Sistemi (Terceme eden: Fahire Hammand SALTIK); Edip Ünal ERZEN: 15 yaşını bitirmiyen kadın zinadan mahkûm edilebilir mi?; Virgil W. PETE: Büyük Jüri;

KARARLAR: "Hususi Mekteplerin açılmasından doğan davalar; "Senetsiz iddialara karşı ileri sürülen defiler" "Hakemlerin reddinin temyizen tetkik edilememesi"; "Kira akdine müstenit olmıyarak fuzulen işgal edilen ticarî gayrimenkullere yapılan müdahalenin men'i hakkındaki davaların rüyeti "; "Borçluyu ızrar eden alacaklının sorumluluğu" ; " Senede karşı ileri sürülen defileri ispat edemiyen tarafın yemin teklif hakkı " ; " Kanunî süre içinde alacağını iflâs masasına kaydettirmiyen alacaklının durumu " ; " Borçlar Kanununun 19 ncu maddesi gereğince tarafların yaptıkları akit ve tahkim şartı " ; " Tarafların temyiz edilmiyerek kesinleşen kararları bozmadan sonra tasdiki ve Yargıtayca inceleme imkânsızlığı " ; " Davacının dilekçe ile yaptığı haklı talebi haksız hareketi ile aleyhine dava ikamesine sebebiyet verenin durumu " hakkında Yargıtay Ticaret dairesi ve " Re'sen yapılan müzayedeye fesat karıştırma suçu " hakkında Yargıtay Özel Daire ve " Çalıştırdığı şahısların haksız fiil ve hareketlerinden dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat davaları " ; " Vakens hastalığının Medeni Kanunun 35 nci maddesi gereğince hacri icap ettirir nitelikte olmadığı " hakkında Yargıtay 2 nci ve 4 ncü Hukuk ve " Elin fizvolojik vaziyetinden % 10 kaybedilmesinin uzvun tatili mahiyetinde olmadığı " ; " İloe Posta Müdürü hakkında verilen lüzumu muhakeme kararı üzerine duruşmanın İl Mahkemesinde yapılacağı " ; " Hakkında Kanunî Kovuşturma yapılan sanığın, beyan ile tehdit suçunu vücude getirmesi " hakkında Yargıtay 2 ve 4 ncü ceza dairesi kararları ve Bibliyografya.

* * *

İDARE DERGİSİ. Mayıs—Haziran 947, Sayı: 186.
İçişleri Bakanlığinca her ay yayınlanan derginin bu sayısı aşağıdaki yazılarla çıkmıştır:

528

TETKİKLER: Muzaffer AKALIN: Mahalle Muhtar ve İhtiyar heyetleri; M. Savcı EYÜBOĞLU: Vakıf Müessesesi, Genel ihtiyaç ve mahallelî hizmetlerin ifası; Rağıp OĞEl: Yetim maaşları;

TERCEMELER: Vecihi TÖNÜK: İngiltere'de Belediye Seçimleri; Sıddık TÜMERKAN: Fransada Belediye Gelirleri; FİKİR ve HAREKETLER: Hakkı BERKSUM: Büyük Beritanyada Siyasî Partilerin harb esnasında tekâmülü; YABANCI MEVZUAT: Hayri ORHUN: Belçika Devlet Memurları sicil veterfileri hakkında kıral kararnamesi; İ. ERAYDIN: İngiltere'nin 1872 oy kanunu; İDARİ COĞRAFYA: Nihat ALP: Akçakale İlcesi. BİBLİYOGRAFYA...

*
* *

İNSAN HAKLARI. Haziran: 947, sayı: 6, krş. 50.

Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hüriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Gurupu tarafından her ay yayınlan derginin bu sayısı aşağıdaki yazılarla yayınlanmıştır:

Prof. Zeki Mesut ALSAN: Barış Problemi; Nazım POROY: İnsan Hakları Beyannameleri,

(Tarihi Kısa Bilgiler).

Necmettin TUNCEL: İnsan Hakları Komisyonunun birinci toplıntısı.

U. N. E. S. C. O. [Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilâtı] Yazan: Ramuald VANDELLE: Çeviren: Dr. İlhan LÜTEM.

TUNAYA, Dr. TARIK Z.

Müessese teorisinde fikir, şahıs, kuvvet unsurları arasındaki münasebetler ve içleşme ameliyesi.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25X18), 27 s.

AKSÜT, Ali Kemal hazırlıyan.

1337 sayılı tekaüt kanunu ve bununla ilgili tekaüt hükümleri şerh ve izahları.... İst Devlet Denizyolları ve Limanları B., 1947, (24X16, 5), XIV + 128 s., cetvel. F.... K.

SMITH, Prof. Herbert Arthur.

Devletler hukuku değişme yolunda. Çev. Dr. Rabi Koral ve Orhan Nasuhioğlu.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25X18), 64 s., 60 s.

ingilizce. (İstanbul Üniversitesi Devletler Hukuku Türk Ensitituşü Yayınları Telif Serisi: 3). F.... K.

GARÇON. T.

Muasır ceza hukuku. Çev Naci Şensoy.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25X18), 39 s. F.... K.

VOLKAN, Necati ve ARVAS, Necmeddin.

Ceza ve usul hükümlerini taşıyan hususî kanun ve nizamnameler.....

İst., Cumhriyet B., 1947, (24,5×17), 630 s., cetvel. (Son içtihatlar dergisi yayınları). F. 750 K.

KARAGÖL, Nazmi; derleyen.

Askeri ceza kanunu ve askerî muhakeme usulü kanunu.. Ankara, Akın B., 1947, (21×14,5), 286 s. F. 250 K.

BAYKAN, Vehbi; toplayan.

Şuf'a hakkının istimali ile açılan davalar.... İst., Lâtif Dinçbaş B., 1947, (21,5×15). 123 s. (Birbirine benzeyen hukuk davalarile ilgili kanunlar, içtihatlar, makaleler serisi: 2). F. 150 K.

BERKin, Dr. Necmeddin. M.

Usul hukukunda senetler ve senetlerin ispat kuvveti.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25×18), 24 s. F.... K.

OKUR, Tahsin.

Değişen millî korunma kanununa göre kira.... ist Kenan B., 1947, (19.5×13.5), 48 s. F. 50 K.

SARICA, Ragıp.

Adli mahkemelerde idare ajan ve memurları aleyhlerinde, şahsî kusurlarına binaen, açılan tazminat davalarında şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmediğini tâyin adli mahkemeler için bir meselei müstehire midir?... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25×18), 21 s. F....K.

SAYMEN, Dr. Ferit H.

Mukayeseli hukuk bakımından hakkın suiistimali.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25×18), 23 s. F.... K

530

ARSLANLI, Dr. Halil.

Ticarî hükümlere göre bey'in muhtelif nevileri.... İst., İsmail Akgün B., 1947, (25×18), 1100—1128 s. F.... K.

BERKİN, Dr. Necmeddin M.

İcrada hukuk.... İst., Hak K., 1947, (17,5×12), 128 s. (Hak Kitabevi yayınları. Pratik hukuk serisi: 1). F. 175 K.

Kâzım DERELİ

531

10. Bu meseleye hâkim olan ana fikir, muhatabın eyi niyet ve iş hayatındaki doğruluk kaidelerine göre hareket etmek mükellefiyetidir [12]. Muhatap yapılan icap ile kendini bağlı saymadığı ve bir borç altına girmediği kanaatini taşıdığı zaman bu prensiplere nazaran protestoda bulunması gerekiyorsa, icabı ret etmeyip sükûtu ihtiyar etmesi, kabul hükmündedir.

Yapılan icap ile bağlanmak istemediği takdirde muhatabın bir karşı harekette, bir protestoda bulunmasını hüsnü niyet kaidelerine göre gerekli kılan duruma misal olmak üzere şu âmiller anılabilir bu âmiller yalnız başına veya bir arada bulunabilirler):

a) Teyit mektubunun muhatabı bir tacirdir ve icap ta bu tacirin alıp sattığı mallara dairdir [13].

b) Ticarî âdetlere göre, böyle bir halde cevap vermek lâzımdır[14].

c) Gerek mektubu yollayan, gerek mektubun muhatabı iş adamlarıdır (her ikisinin o zamana kadar devamlı iş münasebetinde bulunmamış olmasının önemi yoktur [15].

d) Her iki taraf birbirile yıllardanberi bu çeşit ticarî münasebette bulunmaktadır [17]. İlgililer, açık ve kesin surette ret edilmiyen icapları mûtat olarak kabul edilmiş saymaktadırlar [18].

e) Muhatap bir tacir olmamakla beraber iş hayatının icaplarını eyi bilen bir kimsedir [19].

f) İcap, muhatabın talep ve tahriki üzerine yapılmıştır [20]. İcap, muhatap için menfaatlidir [21].

[12] RO 19 s. 929 28 I S. 232, 30 II S. 301. 38 II S. 588. 625, Bl. f.ZR, 1922 S. 82. RO 30 II S. 302.

[14] RO 38 II 625, Bl. f. ZR. 1906 S. 121.

[15] RO 38 II S. 625.

[16] RO 30 II s. 302, 38 II 519.

[17] Rossel JDT 1897 s. 261, RO 12 s. 317,

[18] RO 23 1S. 232.

[19] Becker Mad. I N. II.

[20] Rossel adı g. e. S. 261, RO II S. 284.

[21] Rossel ad. G. Eser s. 261/2, V. Tuhr IS. 167, RO 15 s. 364,.

g) Muhatap bu gecikmeden istifade etmek maksadile, kesin cevabını geciktirmiştir [22]. Sükût etmeğe hakkı olduğu kabul edilir ise muhatap spekülasyon yapabilecektir [23].

h) Taraflardan birisi mektubunu seyyar tüccar memurunun diğer tarafı ziyaret etmesi üzerine yazmıştır [24]. Mektubu yazan da alan da tacirdir [25] ve mektup, içinde yazılı müzakerelerin yapılmasından sonra yazılmıştır [26].

i) Muhatap şifahî bağıtın yapıldığını kabul, fakat teyit mektubunda yazılı bâzı hususlarda mutabık değildir, bu takdirde sarih surette protesto etmesi gerektir [27].

j) Kefalet karşılığında da ödünç vereceğini bildiren kimse, kefilin imzaladığı senedi alırsa [28], bağıtı inkâr eden kimse, vaktile o bağıtı ifa eylemişse [29], bir patron, kendi seyyar tüccar memurunun kendisine yolladığı sipariş bültenlerini itirazda bulunmaksızın almışsa [30], kendisine yapılmış irade beyanını zımnı olarak kabul etmiştir.

K) Şu hallerde sükût eden kimse muvafakat ve mutabakatını açıklamış olur:

a) kendisinin bir harekette bulunmaması yüzünden diğer tarafın bağıtı yapılmış sayacağını bilmesi, kestirmesi gereken kimse [31]. Meselâ bir kimse kendi huzurunda bağıt yapmak için konuşmak üzere çocuklarına müsaade vermekle bir müddet sonra çocuklarının kendi huzuru olmaksızın bağıt yapmaları halinde diğer taraf bu bağıtın o kimsenin muvafakatile yapıldığını zan etmeğe hakkı vardır [32].

L) Kezalik diğer tarafın daha sonraki hareket tarzı üzerine müessir olduğu veya müsbet bir cevap bu hareket tarzını icap ettirebildiği takdirde [32] muhatabın sükûtu, iltihak ve muvafakat

[22] RO 19 S. 929.
[23] Rossel a, g. e 260, 261. RO 12s, 317.
[24] Bl. FZR. 1906 s, 121.
[25] Oser—Schönenberg-r Mad- I N. 63, RO 30 II 502, RO 38 II 588, SJZ T.
[26] 26, I S. 312, 1923/1924 s. 148, 1924/1925 S. 93 N. 85.
[26] Becker mad. I N. II.
[27] V. TUHR s. 167, RO 40 III 38,
[28] RO 15 S. 364/365.
[29] RO 38 II S. 519.
[30] SJZ 190/1908 S. 21.
[31] RO 38 II 588.
[32] RO 32 II 284.

hükmündedir. Hususile bu bağıtın konusu önemli rayiç değişmelerine mâruz ise [34] veya mektup sahibi muhatabın müsbet şekilde cevap vereceğine güvenerek bizzat taahhütler altına girmiş bulunması ve zamanında verilmeyen bir ret cevabının bu taahhütlerin yerine getirilmesine mani olması halinde de ayni esas caridir [35].

II. Buna mukabil başka bâzı hâdiselerde Federal mahkeme (susma, kabul etme değildir) esasına istisna yapılmasını ret etmiş, iş münasebetlerinde sükût kabul hükmündedir şeklinde genel bir kaide konamayacağını hatırlatmıştır [36]. Sükût, kabul hükmündedir şeklindeki bir sonuca ancak istisnaî hallerde ulaşmak mümkündür [37]. Susma ile ifade edilen arzu ve irade, hal ve şartlardan açıkca, iltibase mahal vermeyecek surette anlaşılabilmelidir [38]. Hususile İsviçre borçlar kanunu 143. maddede yazılı karineden vaz geçme halinde [39]. İşte bu sebepten dolayı kanton mahkemeleri bilfarz işci ve hizmetlilerin maaş ve ücretlerinin verilmemesi veya bağıtlarının vaktinden önce feshi halinde susmalarını bu olaylara muvafakat ettikleri anlamında yorumlamaktan daima sakınmışlardır [40]. Bunun gibi, hukukî bir meselede sorumluluk (mesuliyet meselesi) hakkında ileri sürülen yanlış bir görüş tarzı karşısında susmak, hakikatte mevcut olmayan—bir borcun tanınması (ıkrarı) sayılamayacağına dair mahkeme içtihadı vardır [41]. Bir borçlu, kendisine düşen borcu geç ifa etmek için, tehir talebinin ret olunmadığını ileri süremez [42]. Diğer taraftan Federal mahkeme kabul ediyor ki, satıcının nakil masraflarını (taşıt giderlerini) üzerine alması satılan şeyin hasarını üzerine alması demek olacağına göre, gönderilen malların hasarının müşteriye ait olacağı hususunda sonradan faturaya yazdığı şarta dayanarak satıcı bir hak iddia edemez [43]. Nihayet, bağıtın yapılmasından sonra ve iki tarafın muvafakati olmaksızın bir sipariş bülteni üzerine ilâve edilen bir zam kaydı, şüphesiz ki, hükümsüzdür [44]

12. Kuhn—Habegger davasında verilen karar, 2 sayılı gerekçenin (birinci yarısında), şimdi özetlenen (hulâsa edilen) içtihattan ayrılmamaktadır. Dâvanın dayanağı olan olaylar yukarda anlatılan olayların aynı idi. Karar metninde de anlatıldığı gibi, dâvalı

[33] RO 19 929. 30 II 302, SJZ 1924/1925 s. 93.
[34] RO 30 II S. 304.
[35] Rossel.a g. e. sahife 260.
[36] RO 19 929.
[37] RO 30 II s. 301.

534

iki ticaret evi önce birbirile bir bağıt yapmışlardı ve bu bağıt hükmü yerine getirilmişti, biraz sonra satıcı kendiliğinden üç makine daha yollamıştı. Müşteri bu makineleri sipariş etmediği için almaktan imtina etmişti. Bunun üzerine satıcı bâzı tekliflerde bulunmuş; müzakere ve muhabere yapılmış (bütün bu müzakere ve muhaberelerde fiyat meselesi anlaşmağa başlıca engel olmuştu). Nihayet 7 Mart 1944 tarihinde yeni bâzı görüşmeler olmuş ve bunun hemen arkasından satıcı müşteriye teyit mektubu olduğunu iddia ettiği bir mektup yollamıştır. Görülüyor ki Federal mahkeme, 7 Mart tarihinde sözde bir bağıt yapıldığı hususunun ispat edilmediğini kabul etmekle beraber, aynı tarihte yazılan mektubun bir yeni icap olduğunu ve hal ve şartlara göre müşterinin buna sarih bir şekilde ret cevabı vermesi gerektiğini, aksi takdirde bu icabı kabul etmiş sayılacağını içtihat etmiştir.

III. Teyit mektubunun muhatabına tanınan kurtuluş beyyinesi.

13. Yukarda N. II de göstermeğe çalıştığımız nazik mesele üzerine Kuhn—Habegger kararı bol bir ışık serpmemekle beraber 2 sayılı gerekçenin sonunda ve üç sayılı gerekçede pek muhtasar da olsa, bu yapıya yeni bir taş koymaktadır. Teyit mektubu denen bu mektubun muhtevasını kabul etmeyen muhatap, hal ve şartlara göre bir harekette bulunması gerekirken susarsa, onuu bu sükûtu yeni bir bağıt yapma teklifinin zımnî surette kabulü demektir. Bu yeni bağıtın muhtevası sözü geçen mektup muhtevasının aynı olur.

Şu halde dâvalının daha sonra (meselâ dâva esnasında) hakikatte dâvacı ile kendisi arasında hiç bir bağıt yapılmamış olduğunu, yahut hiç olmazsa teyit mektubu olduğu iddia olunan mektup muhtevasının sözlü bağıta uymadığını ispat etmesi, esas itibarile bir önemi haiz olmayacaktır. Teyit mektubu yazanın hüsnü niyetli olduğu kabul olunur. Muhatap almış olduğu bu mektuba karşı protestoda bulunmalı idi.

14. Federal mahkemenin verdiği kararın ilgi çeken ciheti şudur:

Bu karar, arzusu hilâfına bağlanan tarafa bağıttan kurtulmak imkânını tanıyor. Bunun için şu iki hususu birden ispat etmesi lâzımdır: Mektup, muhtevası şifahî bağıta uymamaktadır ve mektup sahibi suiniyetlidir.

Demekki davalı objektif unsurdan başka, mektup sahibnin şifahî bağıtın yapılmamış olduğunu bildiği, yahut iki tarafça kabul edilmiş şartları bilerek değiştirdiğini veya tamamladığını ispat etmesi lâzımdır. Eğer mektupla şifahî bağıt arasındaki farkta mektup sahibi hüsnüniyetli ise yukarıda N. 13 de yazılı esas cari olur.

(Lausanne hukuk fakültesinde borçlar hukuku Prof. R. Secretan tarafından yazılan not. Journal des Tribunaux 1946 sahife 236—246).

ŞUF'A HAKKI.

Bir tarlanın kiracısı mukaveleye dayanan bir şuf'a hakkına maliktir. Mal sahibi bahis mevzuu tarlayı kızına satmıştır.- Şuf'a hakkı sahibi (şefi) tarlnın kendisine temliki için dava açmıştır.- Bu dava mahkemece ret olunmuştur.

İMK 681, 959; İBK 216/3
TMK 659. 919; TBK 213/3.

1. ***Mal sahibi, üzerinde şuf'a hakkı tesis edilmiş bir malı çocuklarından birisine, esas itibarile onun müstakbel miras hakkını gözönünde tutarak sattığı takdirde (ki bu kabîl satışlara Kindeskauf denir) şuf'a kakkı ileri sürülemez.***

Yapılan satışın müşteriye malî bir menfaat temin etmesi bu satışın, müstakbel miras hakkı gözönünde tutularak yapılan ve binaenaleyh şuf'a hakkının istimalini imkânsız kılan bir satış mahiyeti taşımasına mâni değildir. Müceerret meşfuun mirasçıya intikalini sağlamak düşüncesi, ortada vaktinden önce yapılmış bir pavleştırmı tedbiri bulunduğunu kabul ettirmeğe kâfidir. Bu sırada satıcının paraya ihtiyacı bulunması, tâli mahiyette bir takım düşünceleri de mevcut olması, satışın arzedilen mahiyetini değiştirmez.

2. ***Meşfuun mal sahibi tarafından kanunî mirasçılarından birisine satılması halinde, bu satışın esas itibarile müşterinin miras hahkı gözönünde tutularak yapılıp yapılmadığını tâyin, fiilî bir mesele teşkil eder.***

Scherrer—Stach veresesi. 21 Eylül 1644.
RO 70 II S. 149; JDT 1945 s. 37.

Joseph Stach, Gossau mevkiinde takriben 2000 metre murabbaı tutan iki parsel tarlaya sahiptir. Bu tarlaları 25 Eylül 1940 tarihin-

de Scherrer adında birisine kiraladı ve ona 4500 frank bedel karşılığında bir şuf'a hakkı tanıdı. J. Stach 15 nisan 1942 tarihinde bu tarlaları 4500 frank mukabilinde kızına sattı. Kızı, Babasının bu tarlaları ipotek göstererek aldığı 3500 franklık borcunu üzerine aldı ve satış bedelinin bakiyesi olan 1000 frankı da babasının kendisine olan başka bir borcu ile takas etti.

Şefî Scherrer Mayıs 1942 tarihinde şuf'a hakkını ileri sürdü. Mal sahibi bu hakkı tanımadığı için onun aleyhine bir dâva açtı. Mal sahibinin satılan gayrimenkullerinin 4500 frank mukabilinde kendi adına tapuya tesciline muvafakat etmeğe mahkûm edilmesini talep etti.

Mal sahibi 10 Tammuz 1942 tarihinde, yani bu dâvanın açılmasından kısa bir zaman sonra bilhassa şu kaydı ihtiva eden resmî bir vasiyet tanzim etti: (15 Nisan 1942 tarihli bağıt ile Gossau da bulunan 562 ve 564 sayılı iki tarlamı Kızım Agnes'e 4500 frnk mukabilinde sattım. Bu satışı yaparken kızımın müstakbel miras hakkını göz önünde tuttum ve karımla bana gösterdiği şefkat ve eyiliğe ve bizi görüp gözetmesine karşılık şükran borcumu ödemek istedim Bu itibarla bu satıştan maksat, kendime para temin etmek değil, kızımın miras hakkını sağlamaktır. Bu tarlaların kızımın eline geçip yabancıların tasarrufu altına girmemesi hususunun benim sarih arzum olduğunu beyan ederim).

Bundan başka mal sahibi oturmakta olduğu evi de, ipotekli borçları üzerine alması şartile kızına vasiyet eylemiş ve kızını bu iki teberrüden dolayı iade borcundan sarih surette ibra etmiştir. Buna karşılık kızı ve damadı, gerek mal sahibine gerek karısına ölünceye kadar bakmak bahis mevzuu evde oturmak hakkını tanımışlardır.

Mal sahibi, şefî tarafından aleyhine dava açılmasından 3 gün sonra ölmüş ve mirasçıları davada onun yerini almışlardır.

Gerek Gossau mahkemesi, gerek St. Gall kanton mahkemesi davacının davasını ret etmişlerdir. Bu iki mahkeme de. mal sahibi ile kızı arasında 15 uisan 1942 tarihinde yapılan satışın evlâda satış (Kindeskauf) mahiyetinde olduğunu, yani mülkiyetin nakledilmesinde kızın miras hakkının göz önünde tutulduğunu ve âdeta mirasın intikali bakımından alınmış bir tedbir bahis mevzuu bulunduğunu kabul etmişlerdir (RO 44 S. 387).

Davacı bu karar aleyhine Federal Mahekemeye müracaat ederek ortada miras hukuku karakterini taşıyan bir evlâda satış (kindeskauf olmadığını ileri sürmüştür.

Federal mahekeme bu talebi ret etmistir.

Gerekçe:

Federal mahkemenin içtihadına göre şuf'a hakkı, meşfuun her türlü temlikinde bahis mevzuu olmaz. Ancak meşfuun üçüncü bir şahsa *satılması* halinde kullanılabilir. Fakat şunu ilâve etmek gerekir ki, yapılan satışın gerek şekil gerek temlik işleminin mânası bakımından hakikî bir satış olması lâzımdır. Yani bir kıymeti paraya cevirmeğe matuf bir hukuki işlem mevcut olmalıdır. Böyle bir işlemde esaslı nokta, müşteriden şahsı değil; nakdî edanın alınmasıdır. Şuf'a hakkı; trampa, hibe, miras yolu ile intikal, taksim gibi mülkiyetin intikali hallerinde istimal edilmediği gibi, mal her hangi bir üçüncü şahsa değil de mal sahibinin kanunî mirasçılarına onların müstakbel miras hakkı göz önünde tutularak bir satış şekline bürünerek fiilen temlik edildiği, yani temlik keyfiyeti büründüğü dış şekle rağmen hakıkî bir satıştan ziyade mirasın peşin taksimi muamelesi olduğu zaman dahi istimal edilmez (bu satışa hısımlara veya çocuklara satış: Verwndten—oder Kindeskauf denir, Ro 44 II s, 387).

Dâvacı işbu dâvada sözü geçen bu içtihadı münakaşa etmemektedir. Şufa hakkının, bir evlâda miras mülâhazasile satış işlemlerinde ileri sürülemiyeceğini kabul etmektedir. Şu halde dâvanın konusu şudur: yapılan satış, mal sahibinin kızının müstakbel miras hakkı göz önünde tutularak mı yapılmıştır, yoksa bu satış alelâde bir satışmıdır, yani bu satışta müşteri durumunda mal sahibinin kızının bulunması sadece bir tesadüf eseri midir ?.

Kanton mahkemesinin kararında bu mesele şu suretle hal edilmiştir: Mal sahibinin kızı ile yaptığı satışın biricik sebebi değilse bile, esas sebebi, müşterinin mal sahibinin kanunî mirasçısı olması keyfiyetidir. Mal sahibi bu satışı yapmakla, kızını diğer mirasçılar karşısında bile bile imtiyazlı bir duruma koymak istemiştir. Kanton mahkemesinin bu müşahedeleri psikolojik, deruni bir takım olayların tesbiti hükmündedir. Harici olayların tesbitine dair müşahedeler gibi bu deruni olayların müşahedesi de Federal mahkemeyi bağlar (Federal adli teşkilat kanunu mad. 41). Maamafih Federal Mahkeme satıcının hareketinin saiklerini araştır-

makla mükellef olsaydı kanton mahkemesinin vardığı neticeye varırdı. Satıcının yaptığı vasiyetnamenin bu bakımdan hiç bir tesir ve önemi yoktur. Davacının mahkemeye müracaat etmesinden sonra tanzim edilen bu vasiyetnamenin, davanın açılmasile hâsıl olan durum gözönünde tutularak yapılmış olması mümkündür. Fakat tanıklardan Wellauer ve Löhrer'in ifadeleri dikkate alınmak lâzımdır. Mahallî mahkemeler de böyle yapmıştır zaten. Bu ifadeye göre satıcı bu gayrimenkulleri kızına satarken gerçekten ona bir menfaat sağlamak istemiştir. Dâvacı, mal sahibinin satışı yaptığı sırada zaruret içinde bulunduğunu ve satışı sırf bu zaruretinden kurtulmak için yaptığını iddia etmiştir. Fakat kanton mahkemesi bu iddiayı haklı olarak ret etmiştir. Çünkü bu iddia hiç bir delile dayanmayorsa esasen bu nokta dahi federal mahkemenin tetkik edemeyeceği ve kanton mahkemesinin müşahadesile iktifa edeceği fiilî bir mesele teşkil eder. Diğer cihetten mal sahibi gayrimenkullerini kızına satmakla mali durumunu bir derceye kadar ıslah edeceğini ummuş olsa bile, bu hal vâkı satışın miras mülahazasıile evlâde satış mahiyetini almasına engel teşkil edemez. Esas gayesi terekenin intikalini murisin ölümünden önce tanzim etmekten ibaret olan bir satışın yapılmış olmasında, meselâ mal bedelini nakte çevirmek gibi alelâde satışta esas gaye olan az çok önemli başka saiklerin ikinci derecede rol oynaması bu satışa miras mülahazasıile evlâda satış akti mahiyetini kaybettiremez.

Ortada satış bedeli 4500 frank olarak muayyen mevsuf bir şufa hakkı bulunduğunu ve satışın da bu bedel üzerinden yapıldığı iddia edilerek vâkı satışın evlâda satış mahiyetinda olmadığı da iddia olunamaz. Kanton mahkemesince yaptırılan bilirkişi tetkikatına göre, gayremenkullerin hakiki değeri 5500 frank idi. Fakat satış mal sahibinin kızına hiç bir malî menfaat temin etmemiş olsaydı dahi miras mülahazasıile evlâda yalmış bir satışının mevcut olduğu kabul olunabilir. Bir kimsenin sağlığında muayyen bir gayrimenkulü mirasçılarından birine satmakla, diğer mirasçılara nazaran ona malî bir menfaat temin etmek değil, sadece o gayrimenkulü o mirasçının mülkiyetine geçirmek arzusunu takip etmesi pek âlâ mümkündür. Hakikî değeri ve satış değerine bakılmaksızın muayyen bir gayrimenkulün müşteriye intikalini sağlamak ve tereke açıldığı zaman başka bir hal suretinin kabul edilmesine mâni olmak niyet ve maksadında, bir taksim kaidesi İMK 608 şekline bürünmüş, terekenin peşinen ve kısmen tasfiyesi bahis mevzuudur.

539

Satıcı ile kızı arasındaki satışın sebebi işte bir maksat ve düşüncedir. Hukukî bakımdan satıcı bu bağıta miras mülahazasıile evlâda satış gözü ile bakıyordu. Böyle bir şatışta şefi sıfatı ile istemeğe hakkı olduğu hukukî himayeye rağmen davacının menfaati ikinci plâna çekilmelidir.

II. Hukuk dairesi — Haplützel, Strabel, Ernst, Pometta, ve Ziegler.

Temaşa bağıtı. Muavin kişilerin fiilinden mesuliyet. Para mukabilinde seyredilen bir şenlikte havaî fişekler yakı mıştır.—Fişenk parçaları seyircilerden birisini yaralamıştır.—Şenliği tertip eden kimse aleyhine zarar ve ziyan davası açılmıştır. —Bu dava kabul olunmuştur.

İBK 43/1,5597.101,368,
TBK 43/1,55,96,100,360.

1. *Bir temaşa (yani ücret mnkabilinde oyun ve gösteri) tertip eden bin kims bu temaşanın, seyircilerin zarara uğramamalarını sağlayacak sur tte yapılacağını onlara karşı mukavelede tahhüt etmiş olur (gerekçe3).*

2 *İstısna bağıtında imal edilen şey kavramı, bir edimin her türlü netice ve mahsulü demektir. Şu halde bu mânoda bir edimin maddî bir şey gibi sarih ve devamlı bir şekil almayan ve bu itibarla nakledilemiyen, gayri maddî netice ve mahsulü de imal edilen bir şeydir.*

Bir bağıtta taraflardan birisinin esas edası, imal edilen bir şey kararkterini taşırsa bağıtın temamı bir istisna bağıt olarak kabul olunmalıdır (gerekçe)3).

3. *Bağıt yoluyla borç altına girmiş olan bir kimsenin yardımcı kişilerin fiilinden sorumlu olması için yardımcı kişinin kendisine bir tâbiiyet bağı ile bağlanması şart değildir. Kedisince yapılması gereken borcun, kendi muvafakatile yardımcı şahıs tarafından yapılması kâfidir (Gerekçe4).*

4. *Yardımcı kişinin kusuru, onu istihdam eden kimsenin kendi kusuru hükmündedir. Yardımcı kişi çalıştıran kimse, alacaklısının kendisinden beklemekte haklı olduğu ihtimam ve özeni yardımcı kişinin göstermemesi halinde sorumludur (gerekç4)*

540

5. *Piccard'ın ortalama insan ömrü hayat cedvellerinin dayandığı bilgiler bu gün eskimiş olmakla beraber, daha yeni bilgilere dayanan vasatî ömür cetvelleri yapılıncıya kadar bu cetvellerin kullanılması gerektir.*

İradın sermayeye çevrilmesinde [Kapitalize edilmesinden] % 4 haddi esas tutulmalıdır [gerekçe 5]

6. *Borçlunun işlediği kusurun hafif olması, zarara uğrayan kimseye mânevi tazminat verilmesini imkânsız kılmaz(gerekçe 6).*

7. *Zararın tazmini için haksız fiile dayanılarak açılan dava ile birlikte bağıdayanan dava da açılabilir(gerekçe 8).*

8. *Federal Mahkeme tarfların ileri sürdüğü hukukî gerekçe ile bağlı değildir(gerekçe 2).*

Bern Kursaal A G—Kappeler, 24 Ekim 1944
RO 70 11, JDT 1945 S 41.

Davalı Bern şehirinde Kursaal denilen bahçeli, eğlenceli bir tiyatroyu işletmektedir. Ulusal bayram münasebetile 1 Ağustos 1942 tarihinde programda konser ve havaî fişenkler bulunan bir gösteri tertip etmiştir. Bu gösteri halka ilân edilmiş ve giriş fiyatının 1'5 frank olduğu bildirilmiştir. 1931 doğumlu olan davacı babasile birlikte bu gösteriye gitmiş, her ikisi de giriş parası ödemiştir. Havaî fişekler tiyatronun bahçesinde atılacaktı. Bahçenin etrafı seyircilerin yaklaşmasına mâni olacak surette parmaklıkla çevrilmişti. Fakat bir yanı pahçeye bitişik olan camlı galeride bir çok kimse bulunmakta idi. Davacı da bu kimseler arasında bulunuyordu ve havaî fişeklerin atılmasına camların arkasından bakmakta idi. Birdenbire havaî fişeklerin parçaları cama çarpmış ve davacının gözüne cam ve fişek parçaları dolmuştur. Ağır surette yaralanan davacının sağ gözünü amaliyatla çıkarmak icap etmiştir.

Bern kanton mahkemesi 26 Mayıs 1944 tarihli kararında davalıyı, zararın tamamını tazmine mahkûm etmiştir. Davalı sorumsuzluk iddiasile Federal mahkemeye başvurmuştur. Federal mahkme bu müracatı ret etmiştir.

Gerekçeden özetler:

Kanton mahkemesinin tesbit ettiği durum şöyledir: Havaî fişek parçaları camı kırmak suretile davacının gözünden yaralanmasına sebep olmuştur. Bu suretle zararla havaî fişenk arasındaki illiyet bağı gereği gibi tesbit edilmiştir. Buna mukabil havaî fişenkler

atılmak suretile eğlence tertip eden davalının sorumluluğunun dayandığı hukukî sebep gereği gibi tesbit edilememiştir.

2. Davalı havaî fişekleri bu işte ihtisası olan bir ticarethanede, bu ticaret evi de tanınmış ve eski bir fabrikaya sipariş vermişti. Fabrikanın tecrübeli bir işçisi fişengi hazırlamak ve ateşlemekle görevlendirilmişti. Bu işçi fişenki camlı galeriden 11 metre uzağa koymuştu. Fakat bilirkişilerin fikrine göre galerinde bulunan seyircilerin tamimile emniyette olması için fişengin 20—30 metre uzağa konması lazımdı.

Kanton mahkemesi bu işçiye nazaran davalının BK. 55 maddede istihdam eden durumunda bulunduğunu ve bu madde hükmüne göre zarardan temamile sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Kanton mahkamesine göre davalı yalnız bahçede değil camlı galeride de seyirci bulunduğunu işciye haber vermemek suretile göstermesi gereken ihtimam borcunu yerine getirmemiştir.

Fakat bu gerekçe yerinde görülmemiştir. Çünkü işçiyi istihdam eden fabrika sahibi şahit sıfatile dinlendiği zâman 11 metreyi kendisinin de kâfi bir mesafe sayacağını beyan etmiştir. Şu halde, davalı, galeride seyirciler bulunduğunu haber vermiş olsaydı bile işçinin ayni mesafeden fişengi ateşlemesi çok mümkündü. Bu itibarla şu sual sorulabilir: Davalı gereken bütün ihtimamı göstermiş olsaydı dahi, zararın yine de vuku bulacağını ispat etmek suretile BK 55 madde hükmüne göre sorumlu olmaktan kurtulmaz mı?.

Bununla beraber bu mesleyi muallakta bırakmak mümkündür. Bunun gibi davalı ile işci arasında BK. 55 maddenin uygulanmasını mümkün kılan bir tâbiyet bağının mevcut olup olmadığı — davalı böyle bir bağıtın mevcut olduğunu kabul etmemektedir—mesele sini de incelemeğe hacet yoktur. Çünkü davalı başka bir sebepten dolayı, yani bağıt mucibince muhakkak olarak sorumludur. Vakia davacı yalnız BK. 55 ve 41 maddelere dayanmıştır. Lâkin bunun ehemmiyeti yoktur. Çünkü federal mahkeme tarafların ileri sürdüğü hukukî gerekçe ile bağlı değildir (Bak federal adli teşkilât kanunu madde 81 f kra 2, RO 53 II s· 236, JDT 1927 s. 4). Davacı tarafından ileri sürülen olaylara göre akdî bir dava hakkının mevcut olması kâfidir.

3— Kaza vukua gelmezden önce taraflar arasında akdî bir râbıta teessüs etmiştir. Davalı, davacıya bir giriş parası mukabilinde

tertip ettiği şenlikte hazır bulunmağı müsaade etmek suretile onunla bir bağıt yapmıştır. Bu mukavele bir temaşa bağıtı (Vorstellungsvertrag—contrat de spectacle) mahiyetini taşır, bak OPET, Deutsches Theterrecht, Berlin 1897 s. 219). Giriş parası, hiç şüphesiz nispeten cüz'î idi. Fakat bu paranın giriş bedeli olduğu ve meselâ bazı çalgılı (konserli) lokantalarda görüldüğü gibi bir konsomasyon zammı değildir. Bu itibarla bu para, bir konsomasyon zammı olsaydı nasıl bir hüküm verilmek icap ederdi diye araştırmağa lüzum yoktur.

Davalı bu bağıtın yapılması ile, ilân edilen şenliği yapmağı borçlanmıştır. Üzerine aldığı edim, BK kanunu 368 (TBK 360) maddesi hükmüne göre bir eser (ouvrage) dır. Çünkü eserden maksat her türlü edim mahsulüdür, şu halde bir şeyin sarih ve şeklini almayan ve bu suretle nakledilemeyen gayri maddî bir netice bile bir eserdir (Oser, Schönenberger şerhi mad. 363 N. 3, Ro 59 II s. 263 JDT 1933 s. 622). Şenliği tertip eden kimsenin üzerine aldığı başlıca borç (fişenk patlatmak suretile vesaire suretile bir temsil vermek (mahiyeti icabı bir eser) (ouvrage) olduğuna ve yine bu borç her temaşa mukavelesinin esaslı unsuru bulunmasına göre, genel kanaate nazaran, temaşa mukavelesi heyeti umumiyesi itibarile bir istisna akti sayılmalıdır (aynı fikirde: ***Becker*** mad, 253 N. 8, ***OPET*** a, g. e. S, 219 alman medeni kanunu şarihlerinin müttefik mütalâası, alman imparatorluk mahkemesinin Juristische Wochenschrift 1926 s. 2443 N. 14). Bu kanaatin temaşa mukavelesinin bütün özelliklerine tamamile cevep verdiğini araştırmaktan, incelemekten şimdilik vaz geçebilir. Çünkü bu bağıta müstakil ve isimsiz (nev'i şahsına münhasir) bir bağıt gözü ile bakılsa bile münazaalı meselenin çözümlenmesi için şenlik tertipçisini, istisna bağıtındeki mütaahhide benzetmek gerekecek ti. Nasıl ki mütaahhit, eseri tahsis edildiği gayeye uygun olarak yapmamak suretile iş sahibine vereceği zarardan esas itibarile sorumlu ise (bak BK. 368. JDT 1938 s. 42 RO 64 II S. 256), bir temsil tertip eden kimse de — çünkü bahis mevzuu menfaatler durumu aynıdır—o suretle hareket etmelidir ki eserin temsili seyircilere hiç bir zarar vermesin. Bu borç, tertipçinin esas borcunun ifasına yani temaşanın yapılmasına o kadar sıkı bağlıdırki, Alman İmparatorluk mahkemesi kadar ileri gitmek istenmese bile ve sarih surette derpiş edilmedikleri hallerde pek kolaylıkla akdî borçların mevcudiyeti kabul edilmese bile (***Warmeyer***, Entsch. 1915 N. 124, 1923 N. 105) bağıtın muhtevasını görmek kabildir. Bu

suretle bir sirkteki seyircilerden birisi temsil esnasında vahşi bir hayvan tarafından yaralanırsa sirk sahibine karşı açacağı tazminat davasını; yolda bir hayvanın hücumuna uğrayan bir üçüncü şahıs gibi, yalnız haksız fiile istinat ettirmek zorunda değildir. Bu kimsenin akde müstenit tazminat davası açmağa hakkı olduğuna da hiç şüphe yoktur. Şu halde işbu davada şu fikirden hareket etmek lâzımdır: havaî fişenkler atmak suretile bir şenlik tertip eden bir kimse, fişenkler yanar ve patlarken seyircilerin güvenini sağlamakla mükelleftir. Bu amaca erişmek için durumun gerektirdiği bütün ihtiyat tedbirlerini almakla ödevlidir.

4. Davacı havaî fişenkin atılması dolayısıle ve bu hâdisenin neticesinde yaralanmıştır. Şu halde bu temsilin tehlikelerine karşı korunması için alınan tedbirler kâfi değildir. Davalı, kendisine terettüp eden borcun objektif bakımdan kusurlu ve eksik surette ifasından sorumludur, meğerki BK 96 ve sonraki maddelere göre kurtuluş beyyinesini irat etsin. Bu hususta bir karar verebilmek için, muhtelif imkânları mütalâa etmek lâzımdır. Çünkü olaylar tamamile aydınlatılmış değildir.

Davacının, ve diğer bir çok kimselerin camlı galeride bulunmasına, adamları vasıtasile bizzat davalının müsamaha etttiği, göz yumduğu fikrinden hareket edilebilir. Davalı kendisini sorumluluktan kurtarmak için kendisi tarafından yaplılmış hiç bir kusur olmadığını ispat etmesi lâzımdır (36).

Bahis mevyuu olan akdî bir sorumluluk olmasına göre tekniğin istilzam ettiği tedbirlerin her hangi bir ihlâli, kendi uzuvlarının havaî fişenk uzmanı olmasına bakılmaksızın, davalının kusuru olarak kabul olunur. Çünkü bir ücret mukabilinde bir temaşa tertip eden kimse, gerekirse, bu temaşanın sanat ve fen kaidelerine uygun olarak yapılması hususunda bilgi edinmekle mükelleftir. (RO 62 IIS. 276 YDT 1937 S. 20).

Davalı, kazanın önceden kestirilmeyen bir tesadüf neticesi olduğunu iddia ediyor. Davalı havaî fişengin bu hâdisede, daha önce hiç bir zaman görülmemiş tesirler hâsıl ettiğini bildiren bilirkişi beyanının bu iddiayı teyit ettiğini ve bu bakımdan bu kazanın yeni bir tecrübe olduğunu iddia etmektedir. Fakat bilirkişinin bu beyanı davalıyı sorumdan tamamile kurtaramaz. Çünkü camlı galeride seyirci bulunmasına müsamaha etmek keyfiyetinin bir ihtiyatsızlık ve tedbirsizlik olup olmadığı hususundaki suale bilirkişi verdiği cevapta (şimdiye kadar yapılan tecrübelere istinaden

bu müsamahanın bilhassa tedbirsizce bir hareket olmadığını bildirmiştir Demekki bilirkişi yapılan tercübeye rağmen ortada hiç bir tedbirsizlik yoktur demeyor. Şu halde vukua gelen hâdise nevinden bir hâdisenin 1 Ağustos 1942 tarihinden önce tamamile imkân dışında olmadığı aalaşılıyor. Zaten mütemmim bilirkişi raporu da bu noktayı pek açıkça teyit etmektedir.

Demekki gerekli olan bütün ihtiyat tatbirleri alınmamıştı, yani davalı kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat hususunda kanunun koyduğu sıkı ispatı yapamamıştır. Şu halde zarardan sorumludur.

Davalının, gerekli emniyet mesafesine dikkat etmek vazifesini fişengi ateşleyecek kimseye bıraktığını ve bu kimsenin camlı galeride seyirci bulunduğunu bilmesine rağmen fişengi 11 metrelik bir mesafeden ateşlediği kabul olunsa dahi yine aynı sonuca varılır. Bu takdirde zarar bir yardımcı kişinin hareketinden doğmuş demektir. Bu itibarla BK. 101 maddenin uygulanması gerekir. Havaî fişenk imal eden kimsenin müstahdemi, sözü geçen madde hükmündeki mânasile bir yardımcı kişi idi. Bunda hiç şüphe yoktur. Çünkü 101. maddenin uygulanabilmesi için bu müstahdemin, borçluya düşen borcun yani vadedilen temaşanın ifası maksadile borçlunun bilgi ve muvafakati ile hareket etmiş olması kâfidir. Burada BK. 55 de olduğu gibi bir tâbiiyet bağının (rapport de subordination) bulunması şart değildir. Bu itibarla müstakil bir iş adamının müstahdemi veya bizzat bu iş adamı bir yardımcı kişi olabilir (***Becker*** 2. basım mad. 101 N. 10, ***Von Tuhr—Siegwvrt*** s, 569 fasıl II).

101 madde hükmüne göre, davalı yardımcı kişilerin sebep olduğu zarardan sorumludur; davalı BK. 55 madde hükmüne göre sorumlu olan istihdam edene o maddede tanınmış kurtuluş beyyinesini irat etmek suretile bu sorumdan kurtulamaz. Davalının bütün ihtimam vazifesi yerine getirilmiş olması veya ihtimam vazifesini yerine getirmiş olsaydı bile zararın vukua gelecek olması önemi haiz değildir. Kendisi bir uzman olmadığı halde istihdam ettiği yardımcı kişinin bir uzman olması keyfiyetini de ileri süremez. Davalı, bir bağıt gereğince borçlu olduğu için, bağıta göre alacaklının kendisinden beklemekte haklı olduğu ihtimam ve özeninin kendi yardımcıları tarafından gösterilmesinden sorumludur. (RO 46 II s. 130 jDT 1920 s. 551RO 53 IIS. 240, jDT 1927 s. 437). Yardımcının kusuru kendi kusuru imiş gibi davalıya isnat ve izafe olunur. Şu halde davalı, tekniğin istilzam ettiği ve borcunu

şahsen yerine getirseydi bizzat almak mecburiyetinde kalacağı bütün gerekli tedbirlerin yardımcı kişi tarafından alınmış olduğunu ispat etmek şartile üzerine düşen sorumdan kurtulabilir. Fakat davalı bu hususu ispat edememiştir. Çünkü BK 96. maddenin tatbiki için y pılan vukuf ehli tetkikinden çıkarılan netice. verilen izahlara göre, aynen yardımcı şahıslar hakkında da caridir.

5. Davacının uğradığı zarar şundan ibarettir:

Tedavi ücreti 1250 franka yükselmektedir.

Bilirkişiye göre göz boşlugunun gerektirdiği bakım ve protezin her yıl yenilenmesı yıllık 50 frank masrafı gerekiirir. Bu miktar 13 yaşındaki bir kız için yılda franklık kaydıhayatla irat teşkil eder. Buna kaza günü ile hüküm günü arasında geçen iki yılın masraflarını da katmalıdır. Kanton mahkemesi federal sigorta ofisinin verdiği bilgiye dayanarak iradı yüzde 4 üzerinden sermayeye tahvil ve bu suretle 1105 franklık bir miktar bulunmuştur. Davalı, yıllık 50 franklık masrafa itiraz etmemekle beraber, kanton mahkemesince Piccard cetvellerinin istimal edilmemiş olmasına itiraz etmiştir. Davalıya göre bu cetveller kullanılmış olsaydı iradın sermayeye tahvilinde 1054 frank elde edilirdi. Piccard cedvellerinin bugün biraz eskidiği şüphesizdir. Federal sigorta ofisinin daha doğru esaslara sahip olması da mümkündür. Fakat daha yeni öiüm doneleri (malûmatı) üzerine yapılmış irat cetvelleri hazırlanmadıkça, iradın sermayeye tahvili hesaplarının basitleştirilmesi ve birleştirilmesini sağlamak için, herkesin anlayabileceği şekilde yapılmış olan Piccard cetvellerile iktifa etmek lâzımdır. Şu halde bahis mevzuu masraflar için 154(1054 geçen iki yılın masrafı olan 100 frank) franklık meblağı esas tutmak gerektir.

Davacı bir gözünü kaybetmekle yüzde yirmi beş nisbetinde bir iş göremezliğine uğramıştır. Davacı kızın on sekiz yaşından itibaren yılda 1800 frnak kazanbileceği fikrinden hareket edilirse yıllık kazanç kaybı 750 franktır. Şu halde zarar bu miktarın sermayeye tahvilinde elde edilen rakamdan, bekleme devresi yani 18 yaşına kadar geçen zaman zarfında ödenen muvakkat irat bedeli indirildikten sonra varılan miktardır bak Ro 63 II s. 63 JDT 1937 s. 277). *Piccard*' 4 ve 8 no. levhalarına göre bu miktar yüzde dört nisbeti üzerinden 12427 frank (15817— 390) eder. Davacının iddiası hilâfına olarak, nazarı itibare alınacak faiz haddi yüzde dörttür. Bahis mevzuu olan irat 51 yıl müddetle ödenmesi muhtemel olduguna göre (Piccard levhası N. 2), bir müddetden beri kullanılmakta olan daha düşük faiz nisbetinin nazarı itibare alınma-

546

sı için bu faiz haddinin ekonomik durumun heyeti umumiyesine göre devamlı sayılabilmesi lâzımdır. Halbuki durum böyle değildir. Bilâkis harb biter bitmez kendisini hissetirmesi muhtemel kredi ihtiyaçları hasebile faiz haddinin yükseleceğini kabul ettirecek sebepler vardır. Şu halde belki bir kaç sene sonra değiştirilmesi icap edecek yeni bir sermayeye tahvil nisbeti kabul etmek yanlış bir şey olurdu. Bak *Fritsche—Mutuelle Vaudoise* ve *Winterthour C.Eray* davasuda Federal Mahkemenin vediği 23 mayıs 1944 tarihli karar: JDT. 1944 s. 468 N. 18).

Şu halde zararın bu üç unsuru bir arada 14832 franka varmaktadır.

6. Davalının ödemesi gereken tazminat miktarı, BK 99/3 atıfta bulunduğu BK 43/1 hükmüne göre tesbit edilmelidir. Genel olarak alelâde ihmal, zararın temami tazminine hükmetmet için kâfidir. Fakat bu davada davalının işlediği kusurun son derece hafif olması ve kazada talihih ve tesadüfün başlıca rolü oynaması dolayısı ile bir miktar tenzilât yapmak haklı görünüyor. Bu suretle zarar ve ziyan mecmuunun 12000 franka indirilmesi mümkkündür. Başka herhangi bir indirma bahis mevzuu olamaz. Hususile zarara uğrayan bir kimsenin her haugi bir kusur işlediği iddiası kabul edilmemelidir.

7. BK 47 ye göre mânevi tazminat verilmesi de doğrudur. Çünkü davacı kız çok ağır bir surette yaralanmış ve beden tâmamiyeti daimî bir zarara mâruz kalmıştır. Davalının işlediği kusurun hafif oluşu böyle bir tazminatın bertaraf edilmesine bir sebep teşkil edemez (bak. RO 59 II s, 165 JDT 1933. S. 331). Bu mânevi zarar 4000 frank tesbit olunmalıdır.

8. Davacı bağıta istinaden açtığı tazminat davası ile tam ve kâmil bir tazminat elde etmediğine göre, BK. 55 hükmüne göre açılacak bir davanın kendisine daha faydalı olup olmayacağı sorulabilir. Bu sonucu davanın şartları tahakkuk etmiş olsaydı o dava da akdî dava ile birlikte ikame edilebilirdi (RO 64 IIS. 259, JDT 1939 S. 42, RO67 II s, 136), hususile davaların telâhuku prensibinden ayrılmak için sebep yoktur. Çünkü 101. maddenin bir tatbik hali bahis mevzuudur. Şu halde 101 madddede yazılı mesuliyet 55, madddede yazılı mesuliyetin bahis mevzuu edilme-

547

sini imkânsız kılmaz (bak. Ro 64 II S. 261 JDT 1939 S. 48, *Çagaw*: Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Esrsatsungsansprüche, Zürich1939 S. III, *Oftinger*, Ersatzpfichtercht s, 368).

Fakat BK. 43. I, BK 55 maddeye göre hükmolunacak tazminat hakkındada caridir, yani bu tazminatın miktarı duruma göre tesbit edilmelidir. Fakat bu hâdisede nazarı dikkate alınacak hal ve şartlar, zaten hâdisenin içinde vukubulduğu hal ve şartlardır. Bu kazada talih ve tesadüf öyle bir rol oynamıştır ki davalının yardımcı kişilerinin durumu zararın yalnız kısmî bir sebebi gibi görünüyor (RO 57 II S. 45, JDT 1931 S. 331). Şu halde 55 madde tatbik edilse dahi tazminat miktarı yukarda gösterilen nisbette indirilmek gerekir. Bu maddenin uygulanması netice itibarile akte müstenit davanın ulaştırdığı miktardan fazla bir tazminat miktarına ulaştırmaz.

FM. 1 hukuk dairesi—Bolla, Stauffer, Haslar, Ernst ve Logoz.

Boşanma

Karıkocadan herbiri ayrı ayrı boşanma davası açmıştır.— Karı; kocanın, zina ettiğini iddia etmektedir.— Mahkeme, aile bağının ağır surette ihlali (imtizacsızlık) sebebile her iki taraf aleyhine boşanmağa hükmetmiştir.— Kadın, ilk derece mahkemesinin zina meselesi hakkında bir karar vermediğini ileri sürerek Federal Mahkemeye müracaat etmiştir.— Federal Mahkeme bu müracaatı kabul ile koca aleyhine zina sebebile boşanmağa karar verilmesine kakar vermiştir.

İMK. 137, 142.
TMK. 129, 134.

1. ***Bir boşanma davasında karı kocadan biri öteki eşin zina ettiğini ileri sürerse mahkeme bu sebep hakkında bir karar vermeğe mecburdur. Mahkeme böyle harekèt etmeyip de İMK 142 ye (TMK 134) göre her iki taraf aleyhine boşanmağa hükmederse boşanma talebinde bulunan eş Federal Mahkemeye baş vurmak hakkını haizdir.***

2. ***Eşlerden birisinin evliliğin devamı sırasında üçüncü bir şahısla cinsî münasebette bulunması, bu münasebet boşanma davası cereyan ettiği bir devrede vukua gelmiş olsa bile, kanunun nazarında bir zina teşkil eder.***

548

3. *Eşlerden biri aleyhine zina sebebile boşanmağa hükmolunması öteki eş aleyhinede (İMK142 TMK. 134) gereğince boşanmağa karar verilmesine mâni değildir.*

B. *boşanma davası.* 18 *temmuz* 1921.

Zürirch'te Toptandcı tacir Frédéric B. önce mary G. ile evlenmiştir. Bu evlenmeden 1903—1910 arasında 4 kızı olmuştur. Davacı 1913 yılında Zürich Metropole kahvehanesinde erkek kardşininin yanında hizmet gören davalı J. C ile tanışmıştır. Aralarında bir münasebet kurulmuştur. Davacı, yıllık nafaka vermek vadiile karısını boşanmağa razı ettikten sonra 14 haziran 1917 tarihli mahkeme kararı ile boşanmağa muvaffak oldu. 24 nisan 1919 tarihinde Davalı ile evlendi. Davalı davacının kızları arasında bazen döğüşme halini alan bir çok münakaşalar oluyordu. Davalı kadın, daha 15 temmuz 1919 tarihinde kocasının evini bırakarak kardeşinin yanına döndü. Bunun üzerine davacı çocuklarının mürebbiyesi E. P yi tekrar yaeına aldı. Davacı bu mürebbiye ile daha ilk evliliği esnasında cinsî münasebette bulunuyordu, ancak ikinci dafa evlendikten sonra onun işine son vermiştir.

Davacı, ikinci karısı aleyhine boşanma davası açtı. Davalı önce bu davaya muhalefet etti. Lâkin Kanton mahkemesi önünde, davacının talebinin ret olunmasını ve İMK 137, 138(TMK 129, 130), ve ikinci derecede 142 (TMK 134) maddeler gereğince kocası aleyhine boşanmağa hükmolunmasını talep etti.

Zürich kanton mahkemesi, 5 mart 1921 tarihli kararında aile bağının ağır surette ihlâli sebebile (İMK 142 TMK 134) boşanmağa hükmetti. Davacı kocanın 2, davalı kadının 1 yıl müddetle evlenmekten memnuiyetine karar verdi. Her iki tarafın sair iddialarını ret etti.

Federal Mahkeme, davalının müracaatını, İMK 142 ve 137 (TMK 134) (129) maddelere istinaden davacı aleyhine boşanmağa hükmetmek suretile, kısmen kabul etti,

Karar:

I.., Kanton mahkemesi davacı kocanın gerçekten zina edip etmediğini tahkik etmemiştir. Verdiği kararda evliliğin çözülmesinin her iki eşin kusurundan ileri geldiğini bildirmekle iktifa ettifa etmiş ve 142 (TMK 134) hükmüne göre boşanmağa hükmeylemiştir. Ancak kararda, karı kocadan hangisinin talebi üzerine boşanmağa karar verildiği tasrih edilmemiştir.

549

Şu halde davalı kadının yaptığı müracaatta, ileri sürdüğü muayyen boşanma sebebinin — yani zinanın — gerçekleşip gerçekleşmediğinin önce tahkiki icap eylediği yolundaki iddiası vârittir. Çünkü kanunun hükmüne göre aile bağının daha önce ihlal edilmiş olması, zina için bir bahane teşkil edemez. Bu hadise zina sebebinin nazara alınmaması için bir sebep olamaz. Hiç şüphe yokki kanunumuza göre eşlerden birisinin evlilik devam ettiği müddetçe boşanma davası görülmekte olduğu zaman dahi üçüncü bir şahısla cinsî münasebeti zina teşkil eder; bu itibarla, diger eşe zina sebebile boşanma hakk verir. Fakat bu hal diger eşin şiddetli geçimsizlik sebebile boşanma davası açmasına mâni değildir. Bununla beraber Federal Mahkemenin müstakar içtihadına göre (RO 21 S. 766, 25 S. 761) önce zinaya dayanan muayyen boşanma sebebini tetkik etmek iap eder. Bu cihet, İMK 150 (TMK 142) fıkra hükmünün zarurî bir neticesdir. Çünkü boşanma halinde evlenmenin memnuniyete re'sen karar vermek lazımdır, memnuiyet müddeti istisnaen iki yıldan ziyade olabilir: [1] Fakat zina aile bağının o derede ağır bir ihlali mahiyetindedir ki diğer eş bu sebepten dolayı ayrıca bir tazminat talep etmese dahi bu sebebin mevcudiyetini hakime tesbit ettirebilir. Şu halde zina sebebile boşanma talep eden bir eş boşanma sebebini ihtiva etmiyen bir boşanma kararı aleyhine Federal Mahkeye müracaat edebilir. Federal mahkemeden bu mesele hakkında görüşünü bildirmesini isteyebilir. Bugünkü içtihade göre bu hakkın tanınmamış olması farzedilse bile bu içdihadın bırakılması gerekir.

2. Meseleye bu görüşle bakıldığı takdirde, mahkeme kararında davacının evliliğin devamı esnasında bayan P. ile cinsî münasebette bulunup bulunmadığının araştırılmış olması doğru görülemez. Bununla beraber bu meselenin aydınlatılması için dosyanın mahallî mahkemeye geri gönderilmesine hacet yoktur. Çünkü tesbit edilmiş bulunan olaylar davacı kocanın bayan P. evedöner dönmez onunla yeninden cinsî münasebete başladığına kuvvetli bir karine teşkil etmektedir. Şu halde boşanmağa her halde zina sebebile hükm etmek lâzımdır. Evlilik bağının ağır surette ihlâl edilmesinden dolayı koca tarafından açılan boşanma davası, zinadan evvel vâkı olan bu ihlal keyfiyetinin münhasıran davalının kusuruna isnadı kabil olmak şartile nazarı itibare alınmalı-

[1] İsviçre medeni kanunun 150 nci maddesinin 1. Fıkrasına göre, zina sebebile boşanma hlinde zina eden taraf 3 yıl memnuniyetine hükmolunabilir. Bu hüküm kanunumuza alınmamıştır [Çevirenin notu].

dır. Lâkin durum böyle değildir. Çünkü kanton mahkemesinin de haklı olarak tesbit ettiği gibi, anlaşmamazlık tohumları başlangıçtan itibaren ve bilhassa kocanın hata ve kusuru yüzünden mevcut idi. Bu şartlar altında davalı kadının sonradan şiddetli ve asabî bir surette hareket etmesi aile bağının ağır surette ihlali sebebile kocanın boşanma davası açmasına hak veren bir sebep teşkil edemez.

Bununla beraber kadının bu hareket tarzını şu suretle göz önünde tutmak lâzımdır: Davalı kadın kusursuz eş olarak görülmemeli ve bu bakımdan kendisi lehine ne tazminat, ne de mânevi tazminata hükmolunmamalıdır.

(JDT 1922 S. 2—5)

F. A.

551

ADALET DERGİSİ

Sayı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

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

Adı	*Fiyatı Kr.*
Avukatlık kanunu	50
Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu	175
Bağlamlar kanunu şerhi (H Oser)	150
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler kanunu mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Adalet Mantığı	300
(941—942) Yılları Yargıtay Ceza Kararları	300
Zürih Şerhi Borçlar Hukuku C. 1	300

Adı	*Fiyatı Kr.*
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu üizerinde bâzı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Meşhut Suçlar Kanunu	15
„„ „„ „„ talimatı	15
Varşova konferansı	75
Tamimler mec. (1928—1937)	175
„„ „„ (1938)	100
„„ „„ (1939—1940)	100
Noter Kanuuu	50
Devletler umumi hukuku	300
Madrid Konferansı	100
Aynî Haklar 1 ci kısım	600

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazıları yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

553