ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 38 SAYI : 7

Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

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

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

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

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

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

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

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

1956 SA 94
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA HER AY ÇIKARILIR

Yıl : 38 | Temmuz 1947 | Sayı : 7

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER: Sahife

Dr. HADİ TAN — Ceza M. U. Kanunumuza mehaz olan Kanunda 1877 yılından 1942 yılına kadar yapılan tadilât ve sebepleri ve kabul ettiği yeni prensipler..... 562

MÜFİT ERKUYUMCU — Tahkime müteallik hükümler üzerinde bir inceleme..... 579

ABDULLAH ÜNER — Irza tasaddi suçu üzerinde bir inceleme. 596

AHMET ERDOĞDU — Millî Korunma K. ile 1609 ve 3005 sayılı kanunlar münasebeti..... 607

VOLF ÇERNİS — 5020 sayılı Kanuna göre tahliye sebepleri 640

BİLİYOGRAFYA : 647

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI : 670

Ceza Muhkameleri Usulü Kanunumuza mehaz olan Kanunda 1877 yılından 1942 yılına kadar yapılan tadilât ve sebepleri ve kabul ettiği yeni prensipler.

Yazan: Dr. Hadi TAN

Plân

I— Mehaz Kanunun hazırlanması ve kabul ettiği esaslar:
A) Hazırlrk devresi ve ilk değişiklikler.
II— Islah teşebbüsleri.
B) İntaç edilmiyen tadil faaliyetleri
III— Kanunda yapılan son tadilât.
C) 1933, 1935, 1938, ve 1942 senelerinde yapılan tadiller.
IV— Ceza Muhakemeleri usulü kanununun kabul ettiği esaslı mefhumlar.
Ç) Ceza davası ve mahiyeti
D) Taraflar ve vasıfları

Alman ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan iktibas edilmiş olan ceza Muhakemeleri usulü Kanunumuz, kabul ve mer'iyet tarihi olan1929 yılından bugüne kadar bir çok tadillere mâruz kalmış olmasına rağmen metinler ve prensipler arasındaki ahenk ve irtibat bakımından tatbikatta bir takım aksaklıkları ihtiva ettiği müşahade edilmektedir.

Usulümüze mehaz teşkil eden ana kanuunda da 1877 yılından 1942 yılına kadar muhtelif tadilât yapılmış ve kanunun bünyesi aslî maksada ve devrin icaplarına uydurulabilmek için âzami emek sarf edilmiş bulunmaktadır.

Türk ceza usulünde yapılmakta olan son tadilât sırasında yararlı olabileceği mülâhazası ile, mehaz kanunun esas bünyesini ve yapılan değişiklikleri ve sebeplerini bu yazımızla arza çalışacağız.

1—Mehaz Kanunun hazırlanması ve Kabul ettiği esaslar:

A— Hazırlık Devresi ve İlk Değişiklikler.

Almanyada 1877 yılından evvel ceza mahkemeleri usulü sahasında karışıklık mevcut idi. Ezcümle bâzı eyaletlerde Canonique tahkikat usulü cari ve bâzılarında ise 1808 tarihli Fransız ceza

muhakemeleri usulü kanununun kabul ettiği esaslar mer'i idi. Prusyadaki muhakemeler, kanun harici ve gayri mektup örf ve âdetlere uygun olarak ceryan eylerdi. Mahkeme teşkilâtındaki tenevvü de nazarı itibare alındığında, usul hukukundaki insicamsızlığın tevlit ettiği zararın mahiyeti tebarüz etmiş olduğundan şimalî Almanya hükümetleri kendileri için müşterek bir ceza muhakemeleri usulü kanununun tedvin edilmesi lüzumunu [I] idrak ederek Anayasaya bu bapta bir hüküm ilâve ettiler [I] Bu teşebbüs impratorluğun tesisine tekddüm eden zamana rastlaması itiberile kuvveden fiile çıkması az bir zaman içerisinde tahakkuk etmiş bulunmaktadır.

6. Nisan 1868 yılında Şimalî Almanya millet meclisine mensup iki milletvekili, müttehit eyaletlr kançılarını davet ederek, müşterek bir ceza kanunile, ceza usulü ve mahkeme teşkilâtı kanununu tanzime memur ettiler. Bilâhara Bundesrat meclisi de bu karara iştirak eylediğinden müttehit eyaletler kançıları bu sahada çalışmağa başladığı sırada Prusya Adalet Bakanı, hukukçu ve adli müşavir Dr. Frielberg'i müttehit eyaletlerde mer'i ve cari olmak üzere bir ceza muhakemeleri usulü kanununu kaleme almak üzere tavzif ettti.

Dr. Frielberg iki sene hummalı bir faaliyet sarfederek 1870 yılında Yeni bir Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu projesi meydana getirdi. Bu proje evvelâ prusya Adalet Nazırının Başkanlığı altında toplanan Bakanlık elemanlarının teşkil ettiği bir komisyonda tetkik edildikten sonra zamanın yetkili hukuk adamlarına tevdi olundu. Kanunun ve metinlerin mucip sebepleri de kaleme alındıktan ve üzerinde haylı işlendikten sonra 1873 yılında tabedilerek Kamu efkârına ve görüşlerini bildirmek üzere yetkili eşhasa arz ve tevdi olundu. Bilâhara imparatorluk kançılarına verilen bu proje müttehit eyaletler meclisine sevk edildi. Meclis, Dr. Frielberg' de bulunmak üzere hukukçu 11 milletvekilinden mürekkep bir encümen kurulmasına ve lâyihanın tetkik edilmesine karar verdi.

11. Mart. 1873 yılında kurulan 11 ler encümeni, 17. Nisan. 1873 yılında toplanarak lâyihayı tetkike başladı. Lâyiha, 17.Nisan. 1873 yılından 3. Temmus 1873 yılına kadar encümende tetkik edilip bazı tadil ve ilâvelerde yapılarak katî şeklini almış oldu. Ceza Muhakemeleri usulü kanununa tev'em bir mahiyet arzeyleyen mahkemeler teşkilâtı kanu

[I] Prusya Anayasası, madde 4, bent 13,"bilûmum müttehit eyaletler ülkesi için tek bir ceza muhakemeleri usulü kanuun tedvin edilecektir.

nunada ihtiyaç hâsıl olduğundan müttehit eyaletler kançılarının talebi üzerine, prusya adliye nazırı daha1870 yıllarında bu bapta bir tasarı meydana getîrmişti. Ceza muhakemeleri Usulü Kanununu hazırlamak için kurulmuş olan encümen, mahkeme teşkilâtına ait bulunantasarıyıda etüdüne konu ittihaz eylemişti. Zira, gerek mahallî teşkilât kanununun ve gerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki bâzı esasların birlikte tedkik ve intaç olunması lüzumu göz önüne alınmıştı. Birlikte hazırlanan ceza usulü ve mahkemeler teşkilâtı kanunu tasarıları 1874 yılının başlarında müttehit eyaletler meclisine sevk olundu. Meclis yaptığı esaslı etüt ve Müzakerelerden sonra bu projelerde kabul edilmiş olan bazı hususları değiştirdi. Ezcümle, cinayet mahkemelerini yeniden ihdas ederek meslekten olmıyan yargıçların bâzı mahkemelerde yargıçlık vazifesi ifa edememeleri hususunu karar altına aldı [1]. İşbu esaslı tadilât bâzı fer'i hükümlerin de değiştirilmesini icap ettirdiğinden proje tâli bir komisyona havale ebildi. Tâli komisyon sekiz ay müddetle bu iki proje üzerinde gerektiği gibi tevakkuf ederek diğer tadilâtı tesbit ve metinlerin mucip sebeplerini tevsi eyledi. Bu arada hukuk muhakemeleri usulü kanununa ait olan tadil projesi de ikmal edilmiş bulunuyordu. 29.Ekim 1874 tarihinde ceza ve hukuk muhakeme usulü kanunlarile mahkeme teşkilâtı kanununa ait üç projenin tetkikini 28 üyeden mürekkep bir komisyona havale etti. komisyon, bu projeleri yekdiğerine muvazi ve mukayeseli bir şekilde tedkik ederek 1876 yılında çalışmalarına son verdi. Komisyonun aktettiği 160 celseye ait zabıtlar tabedilerek meclis üyelerine dağıtıldı. Ceza muhakemeleri usulü kanununa ait proje ile mahkeme teşkilâtı kanununa ait olan tasarı 30. Ekim. 1876 tarihinde toplanacak mecliste müzakere edilmek üzere sevk edildi. Meclis, muayyen olan tarihte ki toplantıda bu iki projeyi Adalet encümenine havale etti. Encümen tetkikatını havi zabıtlar muntazaman tab edilerek meclis üyelerile müttehit eyaletler hükümetlerine tevdi edilip onlardan bu bapta mutalâa istendi. Encümen bir kaç ay sonra tetkikatını ikmal ederek her iki projeyi müzakere edilmek üzere meclise sevketti. Meclis (Reichstag), Adalet Encümeni tarafından ittihaz edilen esaslar ve prensipler ile müttehide meclis tarafından kabul edilen esaslar arasındaki mübayeneti hal ve fasıl edemediğinden iki meclis arasında görüş ayrılığı vücut buldu. Neticede uzun tartışmalardan ve karşılıklı inhiraflardan sonra lâyihaların üçüncü müzakeresine başlanıp 21 Aralık da umumi oya

[1] Cinayt mahkemelerinde ve Yüksek İstinaf mahkemelerinde.

arz edildi. Müttehide meclis, projelerin üçüncü müzakeresinde almış olduğu şekli, itiraz etmeksizin kabul eylediğinden 1. Şubat. 1877 yılında ceza usulü ve 27. Aralık. 1877 tarihinde mahkeme teşkilâtı kanunu tasarıları impratorun iradesine iktiran edip kanuniyet halini iktisap eyledi.

1877 yılından itibaren mer'i olan ceza usulü ve bu kanunla muvazi ve eşit yürüyen mahkeme teşkilâtı kanunu 1886 yılına kadar tadil edilmedi. Fakat devrin icapları ve metinlerdeki irtibatsızlık ve yeni prensiplerin kabulü zarureti dolayısile her iki krnunda da bir takım noksanlar ve ihtiyaca cevap verememe halleri müşahade edildiğinden 17. Mart. 1886 yılında Mahkeme teşkilâtı kanununun 173—176 ve 195 nci maddeleri tadil edilerek aleni muhakeme usulü vaz edildi. Medeni kanunun yeniden tanzimi münasebetile ceza muhakemeleri usulü kanununun 11 ve 141nci maddelerile mahkeme teşkilâtı kanununun 22, 74 ve 202 nci maddeleri 1898 yılında tadil edildl. 1902 yılında ceza usülünün 7 nci maddesi tadil edilerek adli bir hata neticesi hürriyetlerinden mahrum edilen kimselere mânevî tazminat verilmesi kabul olundu. Ceza kararnamelerinin diğer sahalara da kabili tatbik olması ve cinayet mahkemelerinin haiz olukları yetkinin tevsii lüzumu belirmiş olduğundan 1914 yılında mahsus bir kararname ile ceza usulünün bu baptaki maddeleri tevsian değiş tirildi. Umumî harbin içtimaî bünyede ve onun mâkesi bulunan kanunlar manzumesinde husule getirdiği azim tahavvüller göz önünde tutularak harb sonu gerek usul kanunlarında ve gerek ana kanunlarda bir takım tadilât yapılıp yeni tesis, teşkil ve hükümlerle mevcut ihtiyacı karşılama lüzumu katîyetle belirmişti. Bilhassa kaçakcılık ve ihtikâr ile savaşabilmek amacile yeniden ihtikâr mahkemeleri kuruldu ve ceza usulünde bu nevi suçluların süratle takip ve tecziyesini sağlayıcı mahiyette tadilât icra edildi. Bundan başka 1920 yılında askerî kaza kaldırıldığından cinayet mahkemelerinin vazife ve salâhiyetleri tekrar tevsi edildi. Yargıtayın işlerini azaltan, şahsî dâva sahası ve ceza kararnameleri hududunu genişleten ve yargıçların ifa ettikleri bâzı ehemmiyetsiz işlerin hâkim sınıfından sayılmıyan adliye memurları tarafından görülmesini emreden ve devlet kuvvetleri aleyhine işlenen suçları seri muhakeme usulüne tâbi kılan ve savcıların yetkilerini tâyin ve tesbit eden ve mahkeme başkanlarına inzibatî (disiplin) mahiyette ceza tâyin edebilme hakkını tanıyan esaslar tadilde yer buldu. Bu tarihten 1. Aralık. 1930 yılına kadar gerek ceza usulün-

de ve gerek mahkeme teşkilâtı kanununda bir çok tadiller yapılmış ise de bunların esasını, sur'ati temine matuf ve maksur olan ferr'i tadilât teşkil eder.

1924, 1925, 1927 ve1929 senelerinde yapılan bâzı fer'i tadilât adaltin seri bir şekilde sağlanmasına matuf ve müteveccih idi. Zira «**En iyi adalet, seri adalettir.**» kaziyyesi bir hakikatin ifadesi halini almış bulunuyordu.

1. Aralık. 1930 tarihli kararname, bir sulh yargıcının aynı zamanda diğer sulh mahkemelerine mensup olabimesine ve eyalet adliye idaresince tesbit edilecek bir sulh mahkemesinin diğer sulh mahkemeleri kaza mıntakalarına da şâmil olmak üzere adlî yardım taleplerini tetkik ve intaca yetkili bulunmasına cevaz verdiği gibi vergi suçlarının takibinde usulün 419—429 ncu maddelerinin dahi tatbik edilebileği esasını kabul eyledi.

Meşhuden işlenen bâzı suçlarla döviz kaçakcılığının ve bâzı hakaret fiilllerinin tahkik ve takibinde kısa muhakeme usulü[1] ceza muhakemeleri usulü kanununa ithal edilmiş bulunmaktadır.

6. Ekim. 1931 tarihli kararname ile ceza muhakemeleri usulü kanununda ehemmiyetli tadilât icra edilmiştir. Ezcümle, toplu sulh mahkemelerinin görevi dahilinde bulunan cinayet ve cünha mevaddı hakkında ilk tahkikat yapılması esası kabul edilmiş ve bu nevi suçlara ait muhakemenin büyük ceza dairelerinde görülmesi hususu savcı tarafından tanzim edilecek bir iddianameye bağlı kılınmış ve kabahat mevaddının savcılıkça tahkik ve takibi ancak, o fiilde kamu menfaatinin bulunmasına hasredilmiş ve 212 ci madde gözden geçirilerek seri muhakeme usulü yeniden tanzim edilip sanığın duruşmadan vareste tutulma hakkı genişletilmekle beraber şahsî dava yoluyla takip edilen işlerdeki kanun yolları tahdit olunmuştur.

II. Islah Teşebbüsleri.

B. *intaç edilemiyen tadil faaliyetleri.*

1. Şubat. 1877 tarihli ceza muhakemeleri usulü kanununda zaman zaman yapılan tadiller ihtiyaca cevap vermemekte ve ayni za-

[1] Seri muhakeme usulünden ayrı bir usuldür. Yeni İtalyan ceza muhakemeleri usulü kanunu bu nevi muhakeme tarzına yer vermiştir.

manda yapılan her tadil kanunun bünyesini sarsmak ve metinler arasındaki irtibatı gevşetmek tehlikesini arz etmekteidi Bu itibarla 2. Ocak. 1883 tarihinde iki saylav tarafından meclise verilen bir tadil teklifinde ceza usulünde mevcut olan aksaklıklar belirtilmekte ve kanunun ıslahan tadili cihetine gidilmesi teklif edilmekte idi. Bu teklif her nedense taraftar bulamadı. 1884 yılında imparatorluk kancıları, mecliste beyanatta bulnnarak ceza usulünde yapılacak tadilâta İşaretle bunun acele olarak icrası lüzumunu ileri sürüp müttehit eyaletlerin tanzim ettikleri tadil projelerini kül halinde meclise tevdi eyledi. Bu projeler, teşkil edilen bir encümende birleştirilerek etüd edildi. projelerdeki başlıca yenilikleri, meslekten olmıyan yargıçların ıslahı, toplu mahkemelerde görülen işlerin seri muhakeme usulüne tâbi kılınması, gaipler hakkındaki duruşma usulünün tevsi ve şahitlere verilecek yemin şeklinin tadil ve mahkemelerde biriken işlerin bir an evvel intaç edilmesi gibi esalar teşkil ediyordu. Siyasî mülâhazalarla hükûmetin teklif ettiği bu projede mecliste müzakere edilmeden neticesiz kaldı. ceza mahkemelerinden sâdır olan kararların (hüküm) istinafen veya temyizen tetkiki hakkında ceza usulünde bir hüküm mevcut olmadığı cihetle bu nevi mukarrerat hiç bir merci tarafından tetkik olunmaksızın katîleşiyordu. Bu hal iş sahipleri arsında hoşnutsuzluğu doğurduğu gibi ceza usulünün bir reform olarak kabul ettiği yeni esaslara da aykırı bir mahiyet taşıyordu. 1884 yılından 1894 yılı arasında ceza usulünde yapılması gereken tadilâta mütedair bir çok teklifler yapılmış ise de bunların cümlesi neticesiz kalmıştır. Ancak, 6.Aralık.1894 yılında hükûmet, meclise bir tadil tasarısı tevdi eyledi. Bu tasarının sıklet merkezini şu hususat teşkil etmekte idi:

1— suçlu olmadıkları halde bir adlî hata neticesi veya tahkikat icabı hürriyetlerinden mahrum edimiş olan kimselere mânevî tazminat verilmesi,

2— Muhakemenin iadesi sebeplerinin tahdidi,

3— Gıyapta yapılacak muhakeme usulünün genisletilmesi,

4— Şehitlere ve ehli hibreye verilecek yemin şeklinin tebdili,

5— Seri muhakeme usulünün ihdası,

6— Umumî efkâr üzerinde tesir icra eden ve devletin emniyeti aleyhine matuf olan cürümlere ait tahkik ve takip muamelesinin her halde seri muhakeme usulüne tâbi tutulması,

7— Mahkemelerin görevleri hakkında tadilât icrası,

8— Toplu mahkemelerdeki iş bölümü ile bâzı muamelelerin değiştirilmesi,

9— Ceza mahkemeleriden sâdır olan kararların (hüküm) istinaf ve temyiz edilebilmesi,

10— Yargıcı ret müessesesinin ihdas edilmesi ve bu baptaki hükümlerin zabıt kâtiplerile ehli hibrereye de teşmili.

Bu piroje adalet encümeninde uzun müddet tetkik ve etüd edilmiş olmasına rağmen meclis yine iç politika ceryanlarına kapılarak projeyi ret etti.

1894—1902 yılları arasında gerek saylavlar ve gerek müttehit hükümetler tarafından tadil zımmında yapılan tekliflerin kâffesi neticesiz kaldı. Ancak encümen, müttehit hükümetlerden, ceza usulünün ve mahkeme teşkilâtı kanununun ıslahına mütedair olmak üzere, bir etüd hazırlamalarını temenni ettiğinden, müttehit hükümetler bu temenniye uyarak her iki kanunu ıslah edici mahiyette olmak üzere çlışmağa başladılar, Tanzim eyledikleri rapor ve projeleri impratorluk adalet bakanlığına gönderdiler. Bakanlık «ıslahen tadil» fikrini benimsediğinden memlekette nazari ve amelî sahada tanınmış şahşiyetlerden müteşekkil bir komisyon teşkil ederek bu vazifeyi kendilerine tevdi eyledi. Komisyon, on iki ay faaliyetine devam ederek esaslı bir tadil projesı hazırladı ve mucip sebeplerile birlikte bu proje 1905 yılında neşredildi. Proje, geniş tankidlere ve hücumlara mâruz kaldı. Bilhassa ilmî ve hukukî literatürlerde proje aleyhine yayzılar neşrolundu Bunun üzerine Adalet Bakanlığı işbu Projeyi nazara almamak şartile yeni bir tadil projesi hazırlama işini Bakanlık hukukçularından iki zata tevdi eyledi. Bunların kısa bir zamanda meydana getirdikleri tadil projesinin ana hatlarını:

1— Cceza airelerinden sâdır olan ahkâmın, asliye mahkemeleri nezdinde teşkil edilecek bir hususi daire tarafından istinaf yoluyla tetkik edilmesi,

2— Ceza usulünün ana prensip olarak kabul ettiği (Legalitatsprinzip=mecburi takip) prensibinde savcıya tanınmış olan mutlak ve mecburi takip esasının tahdit edilerek bu takibin ancak kamu menfaati bulunan suçlara hasredilmesi,

3— Aleniyetin tevsii,

4— Bir kimsenin hangi ahvalde tevkif edilebilmesi esasının ve şartlarının kanunda açıkca zikredilmesi,

5— Bilûmum davaların seri muhakeme usulüne tâbi kılınarak adaletin bir an evvel tecelli ettirilmesi,

6— Yaşları küçük kimseler tarafından işlenmekte olan suçların artması dolaysile bunlar hakkında alınması gerekli tedbirlerin tesbit edilerek ceza usulü kanununa ithal edilmesi,

7— Yargıtayda birikmiş olan işlerin topyekûn sıfıra ircaı,

8— Adaletin vatandaşın ayağına götürülmesi lüzumu,

9— Umumî ve hususi tebligat usullerinde değişiklik yapılarak sür'ate mâni olması hususunun sağlanması, teşkil etmekte idi.

Müttehit meclis tarafından kabul edilen ve haddi zatında ceza muhakemeleri usulünde bir reform sayılacak derecede esaslı tadilleri ve zamanın ihtiyaçlarına ve icaplarına uyan yeni tesisleri ve ahkâmı muhtevi bulunan bu proje meclise sevkedilmiş olmasına rağmen, müzakereye mevzu olmaksızın ret edilme talihsizliğine uğradı [1].

Bu proje aynen 1909 yılında meclise tekrar sevk edildi. Meclis adalet encümeninde müzakere edilmekte iken prensipler üzerinde hâsıl olan bâzı anlaşmazlıklar dolayısiyle müzakere akamete uğradı ve ikinci bir görüşmenin 1911 yılında yapılması hakkında ittihaz edilmiş olan karardan da bilâhara vaz geçilerek ceza muhakemeleri usulündeki ıslahat teşebbüsü bu suretle kuvveden fiile çıkamadı.

1918 Kasım ihtilâlinden sonra bilûmum müttehide hükümetleri ortadan kalmış ve icra kuvveti merkezde temerküz etmiş olduğundan halk hâkimleri kaza hakkının icrasına daha esaslı ve geniş mânada iştirak edebildikleri gibi meclislerde yapılan değişiklik dolayısiyle hükümet tarafından sevk edilen kanun tasarılarının da kolaylıkla kanuniyet iktisap etmesi mümkün kılınmıştır. Bu itibarla adalet bakanlığı 1919 yılında mahkeme teşkilâtı kanunu ile ceza usulünde yapılacak tadilâtı havi iki esaslı proje hazırlayarak bunları 1920 yılında neşreyledi. Ceza muhakemeleri usulü kanununun tadiline ait projenin ihtiva ettiği esaslar şunlardır:

1— Ceza dairelerinin, (Strafkammer) bidayet mahkemesi sıfatile, rü'yet ettiği işlerin toplu sulh mahkemelerine devredilmesi.

[1] Bu proje ahiren 1935 1938 ve 1042 yıllarında yapılan tadillere esas teşkil etmiş olması itibarile ehemmiyet kazanmıştır.

2— İstinaf mahkemelerine üye sıfatile meslekten olmayanların da iştiraki,

3— Kadınların meslekten elmıyan yargıç ve jüri sıfatile mahkemelerde vazife görebilmeleri,

4— İlk ve son tahkikatın açılması kararlarına lüzum olmaksızın duruşma yapılması,

5— Şahsî dava yoluyla takip edilen suçların tevsii,

6— Aleni yetin tevsii,

7— Tevkif etme şartlarının tesbit ve tahdit edilmesi,

8— Savcının, yalnız kamu menfaati bulunan memnu fiillerin takip ve tahkik işile uğraşması, binnetice (Legalitatsprinzip) in tahdidi,

9— Muhakeme usulünün basitleştirilmesi,

10— Savcıya hazırlık tahkikatında olduğu gibi, ilk tahkikatta da geniş yetkiler tanınması.

İlk projede olduğu gibi bu proje de geniş tenkidlere mâruz kaldı. Bilhassa tetbikatla meşgul olan hukuk elemanları proje aleyhinde cephe alarak anonim neşriyata başlayıp projeyi esaslı noktalardan baltaladılar. Son projenin de muvaffak olamaması hükûmet teşkilatında hayal kırıklığı tevlit etmişti. Ceza muhakemleri usulü kanununda yapılması gereken ıslahat ise artık bir mecburiyet halini almakta ve her gün mübrem ve mutlak bir ihtiyaç halinde belirmekte idi. Zaman yürüyor, devir değişiyor, ihtiyaçlar artıyordu. Fakat usul kanunu gerekli elâstikiyeti ve yenilikleri haiz olmadığından adalet mekanizmasının felce uğramasından korkuluyordu. Esasen adaletin tevziindeki bataetten herkes müşteki ve adalet teşkilatına karşı mutlak bir emniyetsizlik hükümferma idi. İş te bu cihetleri göz önünde tutan hükümet, ıslah teşebbüslerini mahsus kanunlarla ayrı ayrı hal etme yoluna sapmağa mecbur kaldı. Bu mecburiyetin tesirile ilk olarak 1922 yılında ısdar edilen bir kanunla kadınların, meslektan olmıyan yargıç ve jüri sıfatile, kaza hakkının icrasına iştirak edebilmeleri kabul edildi. Aynı yılın Haziran ayında çıkan bir kanunla kadınlara adlî memuriytlerde çalışabilmeleri imkânı bahş edilmişti.

Mücrim çocuklara ait istatistiklerin baş döndürücü bir şekilde artması ve çocuklar tarafından işlenen suçların taaddüdü ve bunların

ıslah ve terbiyeleri cihetine gidilmesi yolundaki müsbet fikirlerin birleşmesi gibi esaslı tesirler altında kalınarak 16.Şubat.1923 tarihinde çocuk mahkemeleri teşkil olundu.

Mahkeme teşkilâtı kanununda da beliren tadilât lüzumu dolayısiyle adalet bakanı 1921 tarihinde bir proje tanzim ederek meclise sevketti. Bu projeye göre ceza mahkemelerinin yerine yeniden kurulacak bidayet derecesindeki büyük ve küçük toplu sulh mahkemeleri kaim olacak ve ceza daireleri yalnız itiraz ve istinaf mercii olarak vazife görecekti. Büyük ve küçük sulh mahkemelerinde ve ceza dairelerinde vazife görecek yargıçların çoğunluğunu halk hâkimlerinin (meslekten olmıyan yargıçlar) teşkil etmesi, sulh yargıçlarının ve eyalet idari makamlarının rey haklarının kaldırılarak müsavi ve gizli oy ile seçim yapılması, siyasî partilere, herhangi bir meslek ve sanat birliklerine mensubiyet nazara alınmaksızın ancak ehil olanların seçilmesi hususu sağlanmakta idi. Meclis adalet encümeninde tetkik edilen bu projede kabul edilmedi. Nihayet 8-Aralık. 1923 tarihinde imparatorluk kançıları ile adalet bakanı haiz oldukları salâhiyete istinaden makkeme teşkilâtı kanununu tadil eder mahiyette bir kararname çıkardılar. Bu kararnameye göre ceza mahkemeleri bidayet mahkemeliğinden çıkarılmaktavecina yet mahkemesi yerine büyük toplu sulh mahkemeleri kaim olmakta idi. Aynı zamanda savcıların haiz olduğu yetkiler tevsi edilerek kabahat efalinin tahkik ve takip edilmesi hususunda ihbar hakkı tanınmakta ve cünha efalinin hangi mahkeme huzurunda rü'yet edileceğini takdir tamamile savcılara terk edilmekte idi. Mahkemelerden sadır olan karar ve hükümler aleyhine başvurulacak kanun yollarının(istinaf,temyiz) takdiri keza savcıya ait bir vazife idi. Bu kararnamenin tatbikinden az bir zaman sonra adalet mekanizmasında bâzı çöküntüler hâsıl oldu. Bunun da sebebini savcılara tanınmış olan geniş yetkinin iyi kullanılmaması teşkil ediyordu.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun meriyet tarihinden 1924 tarihine kadar geçen zaman zarfında yapılan tadilâtın cümlesi münferit değişikliklere maksur olduğundan yapılan tadilât parça halinde idi.

Kanunu kül halinde toplamak amacile 22.Mart.1924 tarihinde gerek ceza usulü ve gerek mahkeme teşkilâtı kanunu bütün tadillerile birlikte kitap halinde tabı ve neşir olundu. Ceza muhakemeleri usulü kanununda ve mahkeme teşkilâtı kanununda yapılması

gereken ıslah teşbbüsleri gün geçtikçe katî bir zaruret halini almakta idi. İşte bu lâzımeyi göz önünde bulunduran hükümet ıslah teşebbüslerinin akamete uğramasını önlemek amacile başka bir metoda müracaat etti. Ceza kanununda ve infaz sistemlerinde tadilât yapmak ve bu tadilâtın tahtında mündemiç bulunan aslî gayeye vâsıl olmak..... İşte bu maksatla 20.Mayıs. 1930tarihinde adalet bakanlığınca hazırlanan bir proje ceza kanununda ve infaz sistemlerinde yapılması gereken esaslı tadilâtı ihtiva ediyordu. Bu tadilât kabul edildiğinde mahkeme teşkilâtı kanunile ceza muhakemeleri usulü kanununda da gerekli tadilatın icrası bir emrivâkı halini alacaktı. İşte bu sebeple caza muhakemeleri usulü kanunile mahkeme teşkilâtı kanununun tadiline mütedair olmak üzere bir proje hazırlandı. Yeni proje, ceza mahkemelerinin ağırlık merkezini asliye mahkemeleri teşkil edecek ve toplu sulh mahkemeleri, 1924 tarihli kararname tatbik sahasına girmezden evvelki şekle irca edilecek ve münferit yargıçlara verilmiş olan kaza yetkisi tahdit edilecek ve istinaf mahkemelerini, ceza mevaddı zımmında ittihaz edecekleri kararlarda, yargıtayın içtihadına bağlı kılacak ve adalette sür'ati sağlayacak mahiyette ahkâmı ihtiva etmekte idi. Ceza kanununda ve infaz sistemlerinde yapılacak tadilâta mütedair olan proje kabul edilmediği cihetle bu proje-de akamete uğradı.

III — Usul kanununda yapılan son tadilât *C. 1933, 1935, 1938 ve 1942 tarihli tadiller.*

1933, 1935, 1938 ve 1942 tarihli tadiller, Ceza muhakemeleri usulü kanununun bünyesini esaslı bir şekilde değiştirmiş olması itibarile büyük önem taşımaktadır. Zira 1920 yılından 1933 yılı arasında geçen on üç senelik bir zaman zarfında adalet mekanizması mütemadiyen tadil proplemi üzerinde durmuş ve neticede hazırladığı tadil projesini ancak 1933 yılında kuvveden fiile çıkarmak bahtiyarlığını elde etmiştir. Yapılan değişikliklerin kolayca anlaşılabilmesi için bunları, taallûk ettikleri maddelere göre ve sıra ile tesbit ederek kül halinde arza çalışacağız.

Tehlikeli itiyat suçluları hakkında yapılan duruşmalarda bunların tehlikeli itiyat suçlusu olmaları haklarında hükmedilecek cezayı teşdit edeceği ve bu itibarla mukadder ceza artacağı cihetle bu işe bakan mahkemenin iş itibarile olan yetkisinin (görev) değişmiyeceği hususundaki sarahat 5ª maddesi halinde kanunyeniden ilâve edilmiştir.

Bir tedavi veya bakım müessesesine sevk emri için mütehassıs hekimin mütalâa ve raporunun büyük bir kıymeti bulunduğu cihetle, 80ª hükmü, bu raporun esaslı bir şekilde hazırlanmasını daha muhakemenin ilk safhasında sağlanması icap ettiği ve tahkikat amaçları için sanığın beden muayenesi ve bedenî müdahalelerin yapılması, konusu sanığın bir tedavi veya bakım müessesesine konulmasına veya kısırlaştırılmasına mütedair olan muhakemelerde ekseriya lüzumlu olduğu neticesine varıldığından madde 81ª hükmü kanunda yer bulmuş ve sanık olmıyan şahısların bedenleri üzerinde muayene yapılması keza kanuna ilâve edilmiştir, bu itibarle bir şahsın vücudunda herhangi bir suçun muayyen iz veya eserinin bulunduğunu tesbit etmek zarureti hâsıl olduğunda muayeneye cevaz verilmiştir.

Hüviyet ve beden tesbiti işi, suç ve suçlulukla mücadelede (kriminal politik) büyük bir önemi haiz olduğu cihetle, madde 81ᵇ, sanığın fotoğrafının ve parmak izinin rızası olmasa dahi alınabileceğini ve keza ölçmeler ve bnna müşabih tedbirlerin şahsına tatbik olunabileceğini emretmektedir.

Tevkif müessesesinde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Ezcümle tevkif sebepleri aşağıda yazılı olduğu şekilde tevsi edilmiştir. (... Serbest bırakıldığı takdirde tekrar suç işlemek suretile bu serbestiyi sui istimal edeceğine kanaat hâsıl ettiren vakıalar bulunduğu veya suçun ağırlığı ve bu yüzden umum üzerinde hâsıl ettiği heyecan dolayısiyle sanığın serbest bırakılmasına tahammül edilemiyeceği takdirde tevkif olunabilir).

Madde: 126ª. Fârık ve mümeyyiz olmıyan veya bu kabiliyeti zaafa uğrayan bir sanığın, umumî emniyet gerektirdiği takdirde, muvakkaten bir müesseseye konulması esasını muhtevidir. Bu hüküm tevkif müessesesinin ihtiyaca kâfi gelmemesi sebebile kanunda yer bulmuştur.

Madde: 154ᵇ.Maddesi kanuna yeniden ilâve edilerek ceza kanunu ile usul kanunu arasında bir tenazur temin edilmiştir. Buna göre, bir suçun ihbar edileceği beyanile yapılan tehditlerde, ikrah ve tazyık suçlarında savcı kanunî takibattan sarfınazar edebilmektedir

Ceza kanunu (kıyas) sistemini ve (kıyas) nazariyesini kabulettiği Cihetle [1] usul hukukunda da kıyasa yer verilmek icap etti-

[1] Bir kimse ceza kanununda cezayi müstelzim olarak tasrih edilen veya ceza kanununun herhangi bir maddesinin istinat ettiği mucip sebeplere ve halkın salim duyuşuna göre cezaya müstahak bir fiil işlediği takdirde cezalandırılabilir. Bu fiil hakkında kanunda mnayyen bir ceza mevcut değil ise, istinat ettiği görüş ve mucip sebepler itibarile bu fiile uyan bir kanunî müeyyide ile suçlu tevziye edilir.

ğinden 170ª maddesinin ilâvesile bu usul kabul edilmiş bulunmaktadır. Buna göre kamu vicdanını rencide eden ve fakat cezalı kanunlarda müeyyidesi bulunmıyan bir fiili, savcı, diğer kanunlardaki müeyyidelerle ve mucip sebeplerile karşılaştırarark tavsife mecbur tutulmuştur.

İlk tahkikat müessesesinin aksamasına mâni olmak mülâhazasile bu tahkikata ait hükümler üzerinde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Eskiden ilk tahkikat talebi tahkikat yargıcı tarafından kanunda yazılı olan sebeplere dayanılarak ret edilebilirdi. Fakat 179 ncu maddeye ilâve edilen (*talep is'af olunur*) kaydile savcının ilk tahkikat isteğinin kabul edilmesi mecburî kılınmıştır. Binaenaleyh ilk tahkikat yargıcı, savcı tarafından bu bapta yapılan bir talebi her ne şekilde olursa olsun ifa ile mükelleftir.

Madde: 171ª. İlâve edilen bu meddeye tevfikan, akıl hastalığı veya akıl zafiyeti dolayisiyle bir kimsenin hacir altına alınmasına veya bunun kaldırılmasına mütedair olan itirazlarda duruşmadaki aleniyetin kaldırılması mümkün kılınmıştır. Bu ahvalde aleniyetin kaldırılmasını gerektiren sebepler, sanığın tedavi veya bakım müessesesine sevki mevzuu bahs olduğunda dahi vârittir. Bu ilâve mahkemece, muhakemenin mevzuu sanığın bir ceza ile birlikte veya sadece bir tedavi ve bakım müessesesine gönderilmesine mütedair olduğu takdirde, aleniyetin kaldırılmasını veya başka bir mucip sebep olmaksızın emretmek yetkisini vermektedir.

Tahkikat yargıcına bir yardımcı yargıcın tefriki esası 184 ncü maddeye yapılan ilâve ile kabul edilmiştir. Sanığın duruşmaya gelmemesi halinde yapılacak tebligatın usulün 40 ncı maddesindeki umumî tepligat suretile yapılması 232/3 ncü maddede tasrih edilmiştir.

Madde: 178. İstinaf ve cinayet mahkemelerinde görülecek işler için ilk tahkikat mecburi idi. Kanunda yapılan tadilât ile ilk tahkikat mecburiyeti bertaraf edilmekte ve bu tahkikatın yapılıp yapılmaması hususu savcının takdirine bırakılmaktadır.

Madde: 179. Savcının, ilk tahkikatın açılması ve yapılması hakkındaki talebi, eskiden kanunda yazılı olan sebeplere istinaden, ret edilebilirdi. Fakat bu maddeye (talep isaf olunur). Cümlesi ilâve edilmek suretile savcının bu baptaki talebinin kabul edilmesi lüzumu belirtilmitir.

17

Madde: 186. Yargıtayın bâzı davalara ait tahkik muamelesini bizzat icra etmesi kabul edildiğinden bu muamelâtı icraya yetkili bir tahkikat yargıçlığı müessesesi kurulmuştur.

Madde: 201. 244 ve 265/5 nci maddelerde sürate mâni olan itiraz ve delil ikamesi talepleri kaldırılmak veya tahdit edilmek suretile sürat sağlanmıştır.

Madde: 267. Muhakeme usulündeki sürati temin bakımından hüküm fıkrasının yazılmasında bâzı değişiklikler yapılması, emniyet ve ıslah tedbirleri emredildiğinde mucip sepebin de hüküm fıkrasına eklenmesi derpiş edilmiştir.

Madde: 268, 269 ve 270 nci maddelerde yapılan basit tadiller neticesi hükmün tefhimi basit bir şekile irca edilmiş ve mahkemeler arasındaki salâhiyet ihtilâflarının önüne geçilmiştir.

271, 272, 273, 274 ve 275 nci maddelerde yapılan değişikliklerle zabıtnamenin nasıl tutulacağı tanzim edilmiş ve zabıtname münderecatına nelerin dâhil olacağı gösterilmiştir.

276 ncı Maddede yapılan tadilât ile, firarî sanıklar hakkında gıyapta duruşma yapılabilmesi esası kabul edilmiştir. kaza kuvveti takibatından bilerek kaçan veya bu takibata mâruz kalmamak için kasden gizlenen sanıklara (firarî sanık) denileceği ve (kayıp) ile (firarî sanık) mefhumunun tefrik edilmesi lüzumu belirtilmiştir.

277, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 286, 287, 288, 289, 290 ncı maddelerde yapılan ilâve ve tadilât neticesi, firarî sanıklar gıyabında yapılacak duruşmalarda savcının talebi şart kılınmamakta ve tebligatın ilânen olacağı ve bu ilânın ya gazeteler vasıtasile yahut mahkeme divanhanesine talik veya firarî sanığın akrabalarına tebligat icrası suretile veya radyo neşriyatı vasıtasile yapılacağı ve firarî sanıklara re'sen bir müdafi tâyin edileceği ve firarî sanığın mâsumiyetinin veya mücrimiyetinin tesbitine gıyapta yapılan duruşmada imkân hâsıl olmadığında muvakkat tatil kararı verilebileceği ve muayyen eşya üzerinde yapılacak haciz işinin ıslah edilerek bunlar hakkında duruşma yapılmasa dahi, delillerin toplanmasından malûmat verilmiyeceği esasları kanunda yer bulmuştur. 331 ve 358/2 nci maddelerde yapılan bir tadil ile Reformatio in prieus esası kabul edilmiş ve buna göre hüküm, yalnız sanık veya kanunî temsilci yahut sanık lehinde savcı tarafından istinaf ve ya temyiz edilmiş olsa dahi sanık aleyhinde bozulabileceği hususu

kanuna eklenmistir. Sanık lehinde talep edilen bir iadei muhakemenin sanık aleyhinde olmak üzere değiştirilebileceği aynı esasa dayanılarak 373ncü mddenin 2 nci fıkrasında tasrih edilmiştir.

267ª inci madde usul hukukunun kabul ettiği yeni bir prensip olan (hukukî kıyas) usulünü derpiş etmektedir. Sanığın, kanunda müeyyidesi bulunmayan ve fakat kamu vicdanını ve duygularını rencide etmesi sebebile cezaya müstehak addedilen bir fiil işlediği duruşmada meydana çıktığı takdirde, mahkeme bu fiilin ceza kanununda müeyyidesi bulunan suçlardan her hangi birisinin mülhem olduğu esaslara uyup uymadığını ve böyle bir suç için kanunda muayyen olan cezanın bu fiil hakkında dahi cezadan beklenilen gayeye hizmet edip etmiyeceyini tetkik edecektir. Hukukî kıyasa istinaden verilen dir mahkûmiyet hükmü aleyhine kanun yollarına müracaat (istinaf, temyiz) daima mümkündür.

Madde: 267ᵇ . Keza yeni bir hüküm ihtiva etmektedir. Bir kimse işlediği bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerini ihlal ettiği ve fakat hakkında intihap suretile ancak tek bir fiilin tesbiti kabil olduğu taayyün ettiğinde fail bu hükümlerden en az cezayı tazammun eden kanun hükmü ile tecziye edilir.

Madde: 312. de yapılan tadil ve ilâve, sulh yargıçları ve toplu sulh mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf olunabileceği hususuna mü tedair ise de 1932 ve 1938 tarihli zaruret hali nizamnamesi istinaf edilecek kararlar hakkında yeni hükümleri ve esasları derpiş eylemektedir. Buna göre, sulh yargıçları ve toplu sulh mahkemeleri tarafından verilen hükümler aleyhine, ceza muhakemeleri usulü kanununun 313 ncü maddesi ahkâmı mahfuz kalmak şartile, alâkalıların intihabına tâbi olmak üzere ya asliye mahkemesinde istinaf veya istinaf mahkemesinde temyiz yoluna gidilebilir. istinaf edilen bir hüküm ahîren temyiz edilemez. Ancak savcı bu tahdide tâbi değildir. Savcı, ceza kanununun 2 nci maddesine istinaden (kıyas) kanuna uymayan bir cihet gördüğünde temyiz yoluna müracaatta muhtardır. Sulh yargıcı veya toplu sulh mahkemeleri tarafından ittihaz edilen bir hüküm aleyhine taarruzda bulunacak kimse hüküm tefhimi tarihinden itibaren birnci derece mahkemesinde bir hafta zarfında vereceği bir istida veya kalemde tanzim ettireceği zabıtname ile hükmü okuduğunu tesbit edecektir. Eğer hüküm sanığın yüzüne karşı tefhim edilmiş ise mehil, hükmün tebliği tarihinden itibaren hesap edilir.

19

Eski hale getirme talebine merbut olmıyarak yapılan kanun yollarına müracaat eski hale getirme talebinden feragati intaç eder. Hüküm, kanun yollarına müracaat müddetinin hitamında yahut bu müddet içinde tebliğ edilmemiş ise, tebliğden itibaren bir hafta içerisinde hükme taarruz eden kimse mahkeme kaleminde bir zabıt tutturmak veya istida vermek suretile bu müracaatının istinafa mı yoksa Temyize mi matuf ve münhasır olduğunu beyan edecektir. Bu müracaat temyiz yoluna matuf ve münhasır ise, alâkalı, ceza muhakemeleri usulü kanununun 345/2 nci maddesinde yazılı olan sekle uymak zorundadır. Temyiz talepleri ve bunun istinat edeceği sebepler 345/1 ci fıkrada gösterilen müddet içinde dermeyan edilmelidir. İşbu hususat meskût bırakıldığı veya yukardaki şartlara riayet edilmediği takdirde müracaat, istinaf müracaatı şeklinde kabul olunur.

Bir hükme karşı alâkalılardan bâzısı istinaf ve bazısı da temyiz yoluna müracaat etmek arzusile taaruz eylediğinde istinaf geri alınmadıka yahut cevaz verilmedikçe veya ceza muhakemeleri usulü kanununun 329 ve 391 inci maddelerine veya nizamname hükümlerine gore ret edilmedikce, kanun yollarına vâkı müracaatın kâffesi istinaf müracaatı şeklinde kabul edilir.

Madde : 347 [a]. keza yeni bir hukukî garanti esasını ihtiva etmektedir:

Ceza kanununda yazılı bulunan bir müeyyidenin kıyas yoluyla tatbikinde kanuna muhalefet edilmiş ise bu huküm, hangi mahkemeden verilmiş olursa olsun aleyhe vâkı itirazları tetkike ancak yargıtayın mezun olduğu kabul edilmek suretile ehemmiyetli bir garanti sağlanmak istenilmiştir.

Ölüm cezasının infazı hakkında mevcut olan görüş ayrılıkları göz önünde tutularak infaza müteallık hükümlerde geniş tadilât yapılmış ve bu cezanın müessir ibret olacak şekilde yerine getirilmesi kabul edilmekle beraber insani duyauları ve şefkat hislerini rencide etmesi hali bertaraf edilmiştir. İnfaz şekilleri usul kanununda umumî olarak tesbit edilmiş ve fakat 1933 tarihli hususi bir kanunda hangi ahvalda mücrimin kafasının kesilmesi veya asılması suretile infazın yapilacağı vazihen gösterilmistir.

Madde: 354 [a]. 434 - 441 nci maddelerdeki ilâve ve değişiklikler bir dava dosyasının yargıtayda tetkik edildiği sırada hâdise ile ilgili olmak üzere başka bir kanun hükmü mer'iyet mevkiine gir-

diğinde yapılacak muameleyi tesbit etmekte ve askerliğe ait hizmeti ifadan kaçanlar hakkındaki muhakeme usulünü basit bir şekle irca eylemektedir.

17, 180, 183, 202, 442 - 448 nci maddeler ilga edilmiş, 16 ve 186/2 nci maddeler kısatılmak suretile diğer maddelerle olan irtibatları sağlanmış ve binnetice istenilen sürat ve teminat temin edilmiştir.

IV — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Kabul ettiği esaslı mefhumları:

d — Ceza davası ve mahiyeti.

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu, ceza hukukunun vaz ettiği esasları ihlâl edenlere karşı tatbik edilecek müeyyideyi tâyin ve tesbit için otoriteyi nefsinde toplmış bulnnan Devlet tarafından tertip ve tanzim edilen şekli bir muhakeme usulüdür. Binnetice Devlet, maddî ceza hukukunu ihlâl edenlerin mâruz kalacakları cezayı tâyin ve tesbit ederek kamu haklarının teminini sağlar. Usul hukukunun kabul ettiği hak ve borçlarla maddi hukuktan doğan hak ve vecibeler arasında mutabakat mevcut olmayıp gerek illet ve sebebiyet ve gerek muhatapları olan şahıslar itibarile esaslı farklar müşahade edilmektedir. Ezcümle, suçlu, ceza kanununda müeyyide altına alınmış olan binnetice işlenmesi men edilmiş bulunan herhangi bir fiili işlemiş olması hasebile ofiilin karşılığı cezaya çarpılacaktır. Buna mukabil suçlunun çarpıldığı cezanın çektirilmesi meselesi devlete mevdu bir vazife olmakla beraber bu vazifenin tahtında devletin cezalandırma hakkı mündemiçtir. Suç ve onun faili mevcut olmadıkça maddi hukuktan doğan hak ve vecibelerbahis mevzuu olamaz. Halbuki usul hukukundan doğan hak borçlara müteallik şartlar başka mahiyettedir. Netekim herhangi bir fiilin suç veya bir kimsenin suçlu olduğu şüphesi mevcut bulunsa bile neticeyi elde edebilmek için usul kanununda yazılı bulunan tahkikatlara müracaat edilerek elde edilen esaslar dairesinde hareket olunur. Maddî hukukun hak ve borçlarından ayrı bir mahiyet taşıyan hak ve borclara usul hukukunda yer vermeğe kanun yapıcısı sıfatile mecbur olan devlet aynı zamanda kamu oteritesinin sahibi sıfatile ve hukuki düzeni temin mülâhazasiyle, suç ve suçluluk ilede savaşma ödevile mükellef olup bu baptaki faaliyeti, meydana getirdiği tesis ve teşkillerle, hakkın ve adaletin tecellisine matuftur. Halbuki bâzı ahvalde bu tesis ve teşkillerde bulunan devlet elemanlarının her zaman bu gayeye erişmeleri ve bu amacın tahakkuku garanti edi-

lemez. Zira, ceza davasına iştirak edenlerin yani sanığın, müdafiin, mümessil ve müşavirlerin, şahit ve ehli hibrenin faaliyeti her zaman devletçe düşünülmüş gayeye uygun olmıyacağı gibi yekdigerler ile de tezat halindedlr. Bu itibarla ceza usulünde yazılı hükümler zıt faaliyetlerin teviline matuf olduğu takdirde (hak ve adaletin tecellisi) amacının tahakkukunu sağlar. Modern bir ceza mahkemesinde görülecek herhangi bir davanın maruz kalacağı muhakeme usulü mezkûr zıt faaliyetlerin teviline matuf olmalıdırki, «hak ve adalet» prensibi tahakkuk ettirilelebilsin.

Ezcümle, bir suçun işlendiğine ıttıla peyda edilince o suçun zâhirî olan sebebi ile cereyan tarzı ve manevî faktörleri mümkün mertebe hakikate uygun bir şekilde meydana çıkarılmalıdırki, failin yakalanarak suçluluğu veya suçsuzluğu ve tatbik edilecek infaz sistemi tesbit edilebisin. Bundan başka o işte kendilerine müracaat lüzumu hâsıl olan üçüncü şahısların iz'aç edilmesi hali mümkün mertebe asgarî hadde indirilmiş bulunmalıdır. İşte bu mülâhazalara binaen herhangi bir ceza davasının görülmesi üç safhaya inkısam ettirilmiştir.

a) İlk tahkikat safhası,
b) Son tahkikat safhası,
c) İnfaz safhası.

İlk tahkikat safhasında, failin cezayı mucip bir fiil işlediği zannını verecek kâfi sebepler araştırılarak tesbit olunur. Son tahkikat safhasında, aleyhinde dava açılmış olan kimsenin üzerine atılan suçu işleyip işlemediği hususu tesbit edilerek fiilin sübutu halinde ceza kanununda o fiil için muayyen olan ceza takdiren tâyin edilir ve işlemediği sabit olduğunda veya delillerin kifayetsizliği halinde beraetine hüküm olunur.

İnfaz safhasında ise, son tahkikat neticesinde ısdar olunan kararın icapları temin edilir.

Her üç safhada da gerek devletce vazifelendirilmiş olan resmî elamanların, gerek tarafların ve gerek üçüncü şahısların faaliyeti mütenevvi ve girift bir mahiyet arz etmekle beraber yekdigerine zıt istikâmettedir. Her üç gurupta faaliyetlerinin esasını kendilerine usul kanununda haş edilmiş hak ve yetkilerden alır. İştirak ettikleri muhakemede, gayelerinin istihsaline yine kanun dairesinde

çalışırlar. Muhakeme usulüne uymak şartile icra kılınan tahkikat safhalarında, onlar, suç denilen vakiayı tersim ettirmek ve fiilin kanunî neticelerle irtibatını temin etmek ve bu sonucun husulüne hizmet etmekten ibaret olan mevzua, kendi gayelerine göre ve kudretleri nisbetinde takviye, teşvik ve teshil edici bir tesir ifasına çalışmak suretile işi şekillendirirler ve böylece muhakeme usulünde cari kaidelere tevfikan bir fiilin tahkiki, tatbiki (hükme bağlanması) ve cezanın çektirilmesinden ibaret olan aslî gayeya, resmî elemanların, tarafların ve üçüncü şahısların faliliyeti ile ulaşılabilir. Bu faliyet bâzı ahvalde birinci bâzı ahvelde ikinci safhada nihayete erer. Mahkümiyet hükmüyle üçüncü safha olan infaz safhası başlar.

Geniş mânasile ceza davası, suç sayılan bir fiilin işlenip işlenmediğini işlenmiş ise kimin tarafından işlendiğini tesbite ve failin tecziyesine yeter derecede sübut vasıtaları ve delâil elde etmeğe ve ısdar edilecek mahkûmiyet kararının icaplarını temine matuftur. Devletin yaptığı bu faaliyetlerin cümlesini usul kanunu tanzim ve tesbit etmektedir. Şu cihetî de ilâve etmek lâzımdırki, ceza davasının hazırlanması muamelesi de dâhildir. Bu muamelenin gerek icrasında ve gerek ikmalinde savcılık nâzım mevkidedir. Kendisine polis ve emniyet makamları, tesis edilmiş ise adlî zabıta, yardımda bulunur ve bunlar savcı tarafından verilen yazılı veya sözlü emirleri yerine getirir. Ancak Yargıç tarafından yapılması zarurî bulunan bâzı tahkik muameleleri sulh yargıçları vasıtasiyle ifa ettirilir. Savcı, kamu davasını açmağa lüzum görmediği (fiilin suç teşkil etme prensibi) veya kâfi delil elde edemediği takdirde vereceği takipsizlik kararile tahkikatı durdurur.

Herhangi bir ceza davasında failin elde edilmiş olması ve fiilin suç teşkil etmesi mutlak mânada tecziye için kâfi unsur teşkil etmez. Ezcümle, ceza muhakemeleri usulü kanununun 153, 154 ve 154 a ncü maddelerine tevfikan tatil kararı ısdarına usulün 199 ve 233 ncü maddeleri gereğince suçlunun sorumsuzluğuna veyahut çocuk mahkemeleri kanununun mahsus maddelerine istinaden cezanın infazından sarfı nazar edilerek terbiye tedbirleri alınmasına karar verilir.

Ceza davasının şumulüne, takibi şikâyete bağlı olan veya kamu menfaati bulunmadığı cihetle savcılık tarafından iştirak olunmaksızın takip olunan davalarda dâhildir.

Ceza davalarının esasını topluluk namına icrayı kaza etme yetkisini haiz resmî makam tarafından ısdar edilen bir hüküm teşkil eder ve bu hüküm ceza davasını sona erdirir.

e— Taraflar.

Ceza davası şeklinde tezahür eden ve bir takım ef'al ve hareketle ve kanunen muayyen şekiller dairesinde inkişaf eyleyen bir hâdiseye katılan eşhasın durumları hiç bir suretle müşabehet arz etmez. Ceza davasında muhtelif menfaatler ve görüşler çarpışır ve bunlar daima tezat halindedir. Hâdiseye ve davaya iştirak eden eşhasın durumlarını tebarüz ettirmek ve aralarındaki münasebeti tâyin etmek ciheti usul hukukunun başlıca vazifesini teşkil eder. Ceza davasında, bir tarafta kaza hakkını icraya yetkili resmî elemanla, kamu koruyucusu olan savcı, diğer tarafta ise üzerine suç atılan kimse ile o suçtan maddeten ve mânen zarar görmüş bulunan eşhas mevcut olup cümlesinin faaliyeti ayrı gayelerin tahakkukuna matuf olduğu cihetle iddia ve müdafaa şeklinde bariz bir mücadele tahaddüs eder. Bu mücadele çok faidelidir. Zira, karar vermekle mükellef olan resmî elemanlar, huzurlarında cereyan edecek bu canlı tartışma neticesinde fail, fiil ve cürmü kasit hakkında malûmat sahibi olmakla beraber hâdiseyi birlikte yaşamış gibi esaslı bir intiba elde ederler. Fakat ceza davasına katılanlar arasında, bu davanın bünyesi icabı, mutlak bir müsavat mevcut değildir. Ezcümle savcı kendisine bahş edilen yetki ve bundan doğan imkânlar dolayısiyle kudretlidir. Sanık ise savcı derecesinde imkânlara malik değildir. Bu itibarla savcı ve sanık mücadelesi müsavi şartlar altında ceryan etmez. İşte modern usul kanunları bu ciheti göz önünde tutarak sanığı kendini koruyabilecek vasıtalarla mücehhez kılmıştır. Bunun neticesi olarak mâsum bir sanık kudretli bir teşkilâtın zebunu olmaktan kurtarılmıştır.

Ceza davasının yerini ve cephesini kaideten sanık ile savcı tâyin eder. Fakat başka şahıslarda ya sanık veya savcının yanında ve faaliyetlerini onların faaliyetine uydurmak suretile davaya katılabilirler. Bilhassa sanık yanında yer alan kanuni müessil, sanık için bir müdafi tâyin edebileceği gibi re'sen bir müdafi seçilmesini talep edebilir. Bundan başka kanuni müessil, temsil ettiği sanık lehinde kanun yollarına müracaat etmek, iadei muhakeme talebinde bulunmak gibi haklara sahip olduğundan, ceza davasına katılanlar zümresine dâhildir. Sanık bir kadının kocası muayyen suçlarda karısını temsil etmek yetkisini haiz olduğu cihetle ceza

davasında yer alabilir. Kayıp addedilen bir sanığın akrabaları da aynı vaziyettedir. Bundan başka ceza mahkemeleri usulü kanununun 430 ncü ve müteakip maddeleri gereğince muayyen eşyanın müsaderesi, zaptı ve imhası veya istimalden kaldırılması hallerinde bu nevi eşya üzerinde istihkak iddiasında bulunanlara ve hatta ceza davasına iştirak etme hakkı tanınmıştır. Sanığın mahkûm edildiği tazminattan müteselsilen ilgili olanlar da bu meyandadır. Müdafiler ve çocuk mahkemeleri kanununun 29/3 ncü maddesine göre cuçlu çocukları müdafaa etmek üzere tâyin olunan müşavirler ceza davasında taraf teşkil edemez. Ancak muhakemenin neticesile müstekilen ve bilâvasıta alâkalı olan kimseler ve makamlarda savcı yanında yer alarak davaya iştirak edebilirler. Suçtan zarar gören şahıslarla, vergi kaçakcılığı suçlarında, idarî salâhiyetlerine binaen, adlî takibatı tahrik etmiş olan idarî makamlarda bu kabil alâkadarlardan sayılır. Mağdurların ve yukarda bahsedilen makamların şahsî davacı veya müdahil olarak davaya iştirakleri sureti kanunda esaslı bir surette tanzim olunmuştur. Bu iştirak, fikri veya sanayı mülkiyetinin korunmasına mütedair olan kanun hükümlerine müstenit bulunduğu takdirde, ehemmiyet kesbeder.

Ayrıca ceza muhakemeleri usulü kanununun 111-nci maddesine göre suçtan zarar görmüş olan bir kimseden alınan eşya ve maddeler hakkında üçüncü bir şahıs iddiada bulunduğu takdirde bu baptaki davaya iştirak etmek suretile taraf teşkil edebilir.

Bir ceza davasında kimlerin vasıtasız olarak alâkadar sayıldığını kelimenin geniş mânasile taraf teşkil ettiğini umumî olarak izah etmiş bulunuyoruz. Böyle bir davaya fer'i mânada daha bir takım eşhas iştirak edebilir. Ezcümle, fiilin aydınlatılmasına hizmet eden veya görgü ve bilgisi sübut delili teşkil eyleyen şahit ve ehlihibreler veya suça mevzu olan bir maddeyi yedi emin sıfatile saklayan eşhas tâli mânada ceza davasına iştirak ederler. Bunların durumları hak ve vecibeleri keza usul hukukunda musarrahtır. Netekim şahitlikten sebepsiz yere çekinme, yalan şahadet, davete icabet etmemek veya kendisine teslim edilen eşyayı geri vermekten imtina halleri müeyyide altına alınmıştır. Bu nevi kimselerin hak ve yetkileride keza usul hukukunun 304 ncü maddesinin 2 nci fıkrasında yazılı olduğu üzere, bunların kendilerine taallûk eden kararlara ve emirlere karşı itiraz hakkı tanınmak suretile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Ceza davası davasına iştirak eden kimselerin durumlarını umumi mânada mutalâa etmiş bulunuyoruz. Ayrıca usul hukukunun ve maddi hukukun kabul ettiği (taraf) mefhumuna, ceza davasına fiilen ve vasıtasız iştirak eyleyenlerin dâhil bulunup bulunmadığını tetkik etmek faidelidir. Zira usul hukuku, kimlerin (taraf) teşkil ettiğini veya edeceğini sarahatle tesbit etmiş değildir.

Devam edecek

Tahkime müteallik hükümler üzerinde bir inceleme

Yazan:
Müfit ERKUYUMCU

ÖZ

1—Tahkimin ehemmiyeti 2—Mahiyeti hukukiyesi. 3—Tahkim yolile halledile meyecek işler. 4—Hakemlerin intihabı ve kimlerin Hakem olabilecekleri. 5—Tahkim müddetinin uzatılması. 6—Tahkim davasının açılması şekli. 7—Yargılama usulü. 8—Hakemlerin verecekleri kararlar. 9—Hakem ücretleri. 10— Hakem kararları aleyhindeki yollar.

— 1 —

H.U.M. Kanunumuzda kabul edilen faydalı kanun yollarından birisi de şüphesiz ki tahkim müessesesidir. Fertlar arasındaki anlaşamamazlıkların bilgili eller tarafından sür'atle hallini, mahkemelerdeki işlerin azalmasını ve tarafların fazla masraftan korunmasını temin etmesi bakımından tahkim cidden önemli ve bünyemize uygun hukukî bir müessesedir. Her hangi bir nizaın tahkim yolile halledilmesinde hem fertler ve hem de Devlet için mühim menfaatler elde edileceği inkâr edilemez. Bu sayede fertler itimat ettikleri hakemler aracila en az masrafla ve mümkün olan sür'atle haklarını alabilecekleri gibi, mahkemelerin de esasen pek fazla olan işleri azalmış ve tevzii adalet işile ödevlendirilmiş olan yargıçlara mukaddes vazifelerini ifa ederken daha ilmî ve esaslı incelemeler yapmak imkânı hazırlanmış olur.. İhtilâfın tarafların itimadını kazanan bilgili ellerce sür'atle neticelendirilmesini temin etmesi tahkimin kabili inkâr olmayan diğer bir faydasını teşkil eder. Tahkimin bu pratik kareterini ve Adaletin sür'atle tahakkuk ettiğini nazara alan bir çok devletler kanunlarında bu usulü kabul etmişlerdir. İnceleme konumuz olan tahkim hükümleri H.U.M. kanununda kabul olunan tahkime müteallik hükümlerdir. Ayrıca resmî daireler arasındaki ihtilaflârın tahkim yolile halli hakkındaki 3533 sayılı kanunla ciheti askeriyece yapılacak istimlâklerde bedeli istimlâkin hakemlerce takdir edileceğine müteallik bulunan 3887 sayılı kanunda kabul edilen diğer bâzı tahkim hükümleri mevcut ise de, inceleme konumuz dışında kalan bu hükümleri yazıda tetkik etmiyeceğiz.

—2—

Tahkim ne demektir? Mahiyeti hukukiyesi nedir?

H.U.M. Kanunumuzun 516 ve 517 ci maddeleri bu soruya cevap teşkil etmektedirler. Sözü geçen maddelerin hükümlerine göre tahkim iki tarafın aralarındaki nizaın hallini yazılı bir sözleşme ile seçecekleri hakemlere tevdi etmeleridir. Tahkim özel bir sözleşme ile yapılabileceği gibi, her hangi bir sözleşmeye bundan çıkması umulan anlaşamamazlığın hakemler aracı ile çözüleceğine dair bir şart koymak suretile de yapılabilir. Sözleşmenin her halde yazılı olması gerektir. yazılı olmayan tahkim sözleşmenin kanunen hiç kıymeti yoktur. Her sözleşmede olduğu gibi tahkim mukavelesi de tarafların rızalarını karşılıklı ve yazılı olarak bir birlerine bildirmeleri ve imzalayıp tevsik etmelerile tekemmül eder. Bu sebeple taraflardan birinin diğerine ihtilâfın hakem vasıtasile hallini mektupla teklif ve diğerinin de yine mektupla buna muvafakat etmesi tahkim mukvelesinin tamlanması için kafi değildir. Sözleşmenin tamam olması için iki tarafın buna muvafakatlerini yazılı bir sözleşme tanzim ve imza etmek suretile bidayetten kabul etmiş olmaları lâzımdır. Tatbikatta yargıtayın görüşü de bu merkezdedir. Ezcümle Ticaret dairesinin bir kararında (tarafların birer mektupla mütekabilen hakem intihap ettiklerini yekdiğerine bildirdikleri hakem, tahkimin bir sözleşme mahiyetinde olması ve mektupların sözleşme vasfını havi bulunmamaları dolayısile resmî bir hakem olarak kapul edilemez. Böyle bir hakem tarafından verilen kararda kanunen muteber bir hakem kararı sayılamaz) denilmektedir.(6/4/945 tarih ve 2623/838 sayılı karar)

Diğer mukavelelerde olduğu gibi tahkim sözleşmesinde de borçlar kanununun akitlere mütaallik bulunan umumi hükümleri tatbik edilir. Bu sebeple tahkim sözleşmelerinin de hata, hiyle, cebir ve ikrah gibi akdin sıhhatini ihlâl ve rızayı ifsat eden butlan unsurlarından âri olması ve akiilerin hakiki ve müşterek arzularının mahsulü bulunması lâzımdır. Tahkim sözleşmesi ancak mevzuu içine giren anlaşamamazlıklarda tatbik edilebilir. Bu sözleşmenin şümulü harıcinde kalan ihtilâflarda tatbik kabiliyeti yoktur. Netekim yargıtay bu konu ile ilgili bir kararında (Şirketin esas mukavelenamesindeki bu mukaveleden doğacak ihtilâfların hakem marifetile halledileceğine dair olan kayt şirketin devamı sırasında mukavelenin tatbikinden mütevellit ihtilâfrara münhasır

olup hâdisede olduğu gibi şirketin hukukan ortadan kalkmasına müntehi olan fesih ve tasfiyeden mütevellit ihtilâflara şâmil değildir) denilerek bu görüş teyit edilmiştir,(Ticaret Dairesinin 9/·/12/940 Tarih ve 2918/833 sayılı kararı)

Tahkim sözleşmesi hakkında bu kısa izahattan sonra tahkimin mahiyeti hukukiyesine dair olan incelemeye geçebiliriz.

Tahkimin hukuki mahiyeti hakkında müellif ve hukukcuların görüşleri arasında mühim ayrılıklar vardır. Bir kısım müellifler hakemlerin verdikleri kararların mahkeme kararları mahiyetinde olduğu fikrindedirler.

Bunların düşüncelerine göre tarafların hakem seçmek hakkını Kanundan almaları lâyen azil olan hakemlerin taraflara hesap vermekle mükellef bulunmamaları, maddi ve hukuki gerekçelere dayanması muktazi olan hakem kararlarına karşı yargıtay ve iadei muhakeme yollarına müracaatın kabil bulunması ve bu yollardan bidayeten vaz gecmenin caiz bulunmaması gibi sebelper dolayısiyle hakemlerce mahkeme kalemine verildiği ve taraflara tebliğ edildigi tarihte bir mevcudiyet arzeden hakem karar mahiyeti hukukiyesi itibarile mahkeme kararlarına benzer. Kuvvetini sözleşmeden değil kanundan alır. Binaenaleyh bu karar kazaî mahiyettedir.

Diğer bazı hukukçu vc müellifler tahkimin mukavele mahiyetinde olduğu tezini müdafaa etmektedirler. Bu ikinci tezi müdafaa edenlerin düşünceleri de şöylece telhis edilebilir.

Hakem kararlarının dayanağı sözleşmedir. Hakemler yetkilerini Kanundan değil taraflardan alırlar. Hakemleri seçen fertlerdir. Ferdin sözleşme ile izhar ettiği arzu olmadıkça anlaşamamazlığın hakemlerce incelenmesine imkân yoktur. Gerçi kanun hakemlerin kararlarını maddi ve hukukî gerekçelere istinat ettirmeye mecbur tutmuşsa da hakemlerin kararlarının kanuna aykırı olmasını bozma sebebi saymamıştır. Kararda gerekçe göstermek mecburiyeti Hakemlerin ne için karar verdiklerini izah etmeleri için kabul edilmiştir. Hakem kararları ancak hakemlerin yetkilerini aşmaları veya tahkim müddeti içinde karar vermemeleri gibi kanuni sebeplerin mevcudiyeti halinde yüksek mahkemece bozulabilir. Kararın mahkeme kalemine verilmesi ve mahkeme tarafından taraflara tebliğ edilmesi mükellefiyeti ise buna resmi bir icra kabiliyeti vermek için kabul olunmuştur. Bu mecburiyet hakem kararının mukavele mahiyetinde olmasına mâni teşkil etmez [1].

[1] (H. U. M. K. nu şerhi prf. Mustafa Reşit Belgesay)

Bu fikirlerden hangisinin daha doğru olduğu hakkında katî birşey söylemeğe imkân olmamakla ve birinci noktai nazarda kabili müdafaa olmakla beraber tahkimin kuvvetini daha ziyade sözleşmeden almakta olması sebebile bize ikinci tez daha muvafık ve mülâyim gelmektedir. Çünkü tahkim serbestii mukavele esaslarına dayanarak tarafların birriza aktettikleri bir mukaveleden ibarettir. Taraflar bu sözleşmeden bilittifak her zaman rücu edebilirler. Onların rücuu ile mukavelede bittabi hükümsüz kalır. Ve bu vaziyette usulün tahkime mütedair hükümleri de tatbik edilemez. Bu böyle olunca tahkimin bir sözleme olduğuna dair olan ikinci fikir diğerine kolayca galebe eder.

Tatbikat sahasında yargıtay da içtihatlarile tahkimin mukavele mahiyetinde olduğuna dair olan ikinci fikre iştirak etmekte ve ezcümle Ticaret dairesinin bir kararında aynan (Umumun intizamına taallûku bulunmayan ve mukaveleden doğmuş olan bir hakkı kullanıp kullanmamakta sahibinin muhtar olmasına ve dava edilen mukabil dava açmak ve davayı defeden iddealarda bulunmak suretile tahkim mukavelesinden doğmak hakkını kullanmamış ve bu hakka müsteniden bir defi de dermeyan etmemiş bulunmasına ve tahkim mukavelesine rağmen tarafları mahkemeye müracaattan men eden bir hükmi kanunî mevcut olmamasına ve kullanılmamak suretile ıskat edilmiş olan tahkim hakkının hasmın muvafakati olmadıkça ileri sürülmesi caiz olmamasına göre dava edilenin tahkim mukavelesine istinaden bilahâra ileri sürdüğü def'in reddi icabederken bu noktanın düşünülmemesi yolsuzdur) denilerek tahkimin sözleşmeden mütevellit bir hak olduğuna işaret edilmiştir, (13/4/944 tarih ve 1604/42 sayılı karar) Fransız Temmyiz mahkemesi de tahkimin bir sözleşme mahiyetinde olduğu fikrini vermiş olduğu müteaddit kararlarla kabul etmiştir. [2]

—3—

H.U.M.K.nun 518 ci maddesi mucibince yalnız tarafların arzularına tâbi olmayan meselelerde tahkim cereyan etmez. vazii kanun bu hükmü intizamı âmme mülahazasile sevk ve kabul etmiştir. tarafların müşterek arzularile çözülemiyecek meseleler hakkında yaptıkları tahkim sözleşmesi kanunen muteber değildir. Meselâ Kanunu Medeninin 256 cı maddesi mucibince evlât edinen kimsenin ikametgâhı yargıcının izni üzerine tanzim edilecek res-

[2] (H. U. M. K. nun şerh'i Prf. Mustafa Reşit Beglesay)

mî bir senetle yapılabilecek bir muameledir. Bu sebeple evlat edinecek kimse ile evlât edinilmek istenilen çocuğun velisi arasında bu yüzden çıkan ihtilâfın tahkim yolile halline kanunen imkân yoktur. Keza nesebi gayrı sahih bir çocuğun nesebinin tâyini hususunda erkekle kadın arasında zuhur eden nizaın da tahkim usulile hakemlerce tetkik edilmesi kanunen imkânsızdır.

Kanunumuzun 549 cu maddesi, bir nizaın hakemler aracile çözülüp çözülmeyeceği hususunda tevellüt eden anlaşamamazlıkların mahkemece seri usulü muhakeme kaidelerine tevfikan halledilmesini emretmektedir. Bu ihtilâfı tetkik ile mükellef olan mahkemenin esas dâvayı rüyete görevli ve yetkili olan mahkeme olması icabeder. Yani ticarî bir ihtilâfın hakemlerce tetkik edilip edilemiyeceği hususunda çıkan ihtilâf ticaret mahkemesinde âdi bir alacak ve haktan doğan bir nizaın hakemler marifetile hallolunup olunamayacğına mütedair bulunun anlaşmamazlık da hukuk mahkemesinden inclenip intaç edilir. İhtilâfın hakemler aracile halledilip edilemeyeceğine mütedair olan itirazlar kanunen muayyen bir müddetle takyit edilmemiş olduğundan bu gibi itirazların her zaman ileri sürülmesi kabildir. Netekim yargıtayın ilgili bir kararında (ihtilâfın hakemler marifetile halledilip edilemiyeceğine müteallik itirazlar kanunen muayyen bir müddete tâbi değildir) denilmektedir.(Yargıtay Ticaret Dairesinin 17/2/938 tarihli kararı)

Mahkeme davayı incelerken seri usulü muhakeme kaidelerini uygunlamakla mükelleftir. Seri usulü muhakeme kaideleri usulün 501 ve müteakip maddelerinde tarif edilen kaidelerdir. Bu maddelerin açık hükümlerine göre seri usulü muhakeme kaideleri tatbik edilen davalarda alelâde usulü muhakeme kaideleri tatbik olunmakla beraber, bunlara ilâveten müddeialeyhin cevabında itirazatı tptidaiye ve esasiyesini birlikte demeyan etmesi yargıcın vesaiki ibraz için taraflaıa birden fazla mehil vermemesi birinci cevap müddetinin 7, ikinci cevap müddetinin de 5 günü geçmemesi ve yargılamanın en yakın günlere bırakılması ve nihayet muhakemenin bittiğinin bildirilmesinden âzami beş gün içinde hüküm verilmesi mecburiyetinin kabul edilmesi gibi davayı mümkün mertebe kısaltacak kaidelerin tatbik edilmesi lâzım gelir.

Bir nizaın hakemlerce halledilip edilemiyeceği hususunda çıkan anlaşamamazlık üzerine mahkemece verilen kararların kabili temyiz olup olmadığı hakkında tahkime mütedair hükümlerde bir

kayt ve sarahat mevcut olmamakla beraber kaideten nihaî mukarrerattan olan bu gibi kararlar aleyhine alâkalılarca kanunî müddeti içinde yargıtay yoluna baş vurulabilir. Ve yargıtayca verilen kararlar hakkında da tashihi karar istenilebilir. Bundan başka temyiz edilmiyerek veya yargıtayca tasdik edilerek katîleşen bu çeşit kararların H.U.M.K.nun 445 inci maddesinde muayyen sebeplerin mevcudiyeti halinde iadei muhakeme yolile iadeten tetkikide hükmü veren mahkemeden talep edilebilir.

— 4 —

H.U.M. Kanunumuzun 520 ci maddesi hükmüne göre sözleşmede aksine kayt olmadıkça hakemlerin üç kişi olmak üzere davayı rüyete yetkili yargıç tarafından intihap edilmeleri lâzımdır. Sözleşmede sarahat bulunan hallerde tabiatile sözleşme hükümlerinin tatbiki ve hakemlerin de mukaveledeki kayıtlar dairesinde taraflar veya bunların memur ettikleri üçüncü şahıslar tarafından seçilmeleri gerektir. Bunlardan başka hakemlerin isimlerinin sözleşmeye yazılması suretile bidayette ve doğrudan doğruya taraflarca seçilmeleri de mümkün olduğu gibi, iki tarafın ihtilâf halinde hakemlerin nasıl seçilecekleri hakkında sözleşmeye koyacakları bilcümle şartlar da kanunen muteberdir. kanun vazii bahsi geçen maddede sözleşme ile seçilecek hakemlerin adedini tâyin ve tahdit etmemiş olduğundan tarafların istedikleri miktarda hakem intihap etmeleri kabildir. Yalnız ihtilâf halinde tesaviiâra olmaması için bunların adetlerinin üç veya beş olarak kabul edilmesi selâmeti muamele namına yerinde bir hareket olur.

Adı geçen maddenin açık hükmü gereğince mukavaledeki sarahat veçhile mübaşir veya noterlik vasıtasile yabılan teblgat üzerine kabul edilen müddet içinde hakemini itihap etmiyen taraf hakeminin mahkeme tarafından sözleşmede yazılı şartlar dairesinde seçilmesi lâzım gelir.

Tarafların seçilen hakemlerin H.U.M.K.nun 28 ve 29 cu maddelerinde gösterilen istinkâf ve ret sebebeplerine binaen kanunî müddet içinde ret etmeğe hakları vardır. (H.U.M.K. Madde 521) Ret sebepleri sözü geçen maddelerde tasrihan tadatedilen sebeplerden ibaret olduğundan bu sebepler dışındaki taraflarca hakemlerin aleyhine şikâyet edilmesi, hakemlerle taraflar arasında dostluk bulunması, hakemin taraflardan birinin memuru olması, gibi sebepler

kanunen ret sebebi olarak kabul edilemez.Mümasil hâdisatta yargıtay içthatları da bu düşünceleri desteklemekdedir. Ezcümle Dördüncü Hukuk Dairesinin bir kararında (Hakemin hükmünden sonra aleyhine Adalet Bakanlığına şikâyet edilmiş olması reddi mucip sebeplerden değildir.) denildidiği gibi, Ticaret dairesinin diğer bir kararında da (Birrıza hakemin müddei aleyh idareye mensup bir memur bulunması reddini mucip esebaptan madut sayılamaz.) denilmiştir. (Yargıtay 4 üncü hukuk dairesi 22/12/939 tarih ve 2507 sayılı kararı) keza (Yargıtay Ticaret Dairesinin 2/10/940 tarih ve 2242 sayılı kararı).

Sözleşmede aksine sarahat mevcut olmadığı takdirde ret isteğinin esas davayı incelemeğe yetkili olan mahkemede incelenmesi lâzımdır. Yargıç tarafları ve reddi istenilen hakemi dinledikten ve ileri sürülen delilleri inceledikten sonra ittihaz edeceği bir kararla ret isteğini kabul veya ret etmelidir. Mahkemece ret talebinin kabulüne karar verildiği takdirde ret olunan hakemin yerine sözleşmedeki açıklama gereğince hakem tâyini için kabul edilen usul gözetilerek yeni bir hakem seçilir. Yani, mukavelede hakem tâyinine hangi makam ve şahıs memur edilmişse reddi kabul olunan hakem yerine yeni bir hakem seçmek hakkı da ona aittir. Reddi kabul edilen hakemin yerine ret kararını veren mahkemece yeni bir hakem intihabı da caiz olamaz. Tatbikat alanında yargıtay da kararlarile bu görüşe iltihak etmekte ve Ticaret Dairesnin bir kararında (Mahkeme kararile ret edilen hakemin seçilmemiş olmasına ve reddi kabul olunan hakemin yerine diğer birini seçmek hakkı ilgililere ait bulunmasına ve vekilin vekâletnamesinde hakem seçmege veya hakemi mahkemeye tâyin ettirmeğe salâhiyeti bulunmadığının vekâletnamenin tetkikinden anlaşılmasına göre hâdisede iki taraf yeniden hakemlerini seçmekte muhtar olmak üzere sadece hakemlerin reddine karar verilmesile iktifa edilmek lâzım gelirken vekilin salâhiyeti harıcındeki beyanı üzerine hakemlerin mahkemece tâyini cihetine gidilmesi usul ve kanuna uygun görülmemiştir) denilmektedir. (15/10/945 Tarih ve 2024/2342 sayılı karar).

Tahkime müteallik hükümlerde kimlerin hakem seçilebilecekleri hakkında kanunî bir takvit mevcut olmadığından tarafların istedikleri şahısları hakem olarak seçmeğe hakları vardır. Hakem, Memur, Hâkim, avukat, Tüccar, Mimar veya Mühendis olabileceği gibi ecnebiler de hakem olabilir. Bu düşünceleri yargıtayın aşağıdaki kararları teyit etmektedir.

Yargıçlar hakem olabilirler. Anayasanın yargıçların görevlerinden başka resmî ve hususi hiç bir vazife deruhte edemiyeceklerine dair olan hükmü yargıçların hakemlık yapmalarına mâni teşkil etmez. (Yargıtay Ticaret dairesinin 10/10/942 tarih ve 2312 sayılı kararı).

Tarafların ittifakile tâyln ettikleri hakemler ecnebi olabilirler. (Yargıtay Ticaret dairesini 6/6/943 tarihli kararı).

Hakem memur olabilir. Hakemlerden birinin taraflardan birisinin memuru olması hakemlik yapmasına mâni değildir. (Yargıtay Ticaret Dairesinin 2/10/942 tarih ve 2242 sayılı kprarı).

— 5 —

H.U.M.K nun 522 ci maddesinde, tahkim müddeti içinde iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemlerin azledilemiyeceklri bir kaidei esasiye olarak kabul edilmiştir. Hakemlerden birinin ret veya istifa suretile hakemlikten çekilmesi halinde yerine diğer bir hakem seçlir. Bu vaziyette yargıç işin intaç edilebilmesini temin için tahkim müddetini uzatabilirse de yargıcın bu hakkının fikrimizce kanunî tahkim mdddetine münhasır olması ve tarafların sözleşmede kabul ettikleri mukaveleden mütevellit müddete şâmil bulunmaması lâzım gelir. Yukarda belirttiğimiz gibi tahkim tarafların rızalarile yaptıkları karşılıklı bir sözleşmeden ibarettir. Taraflar aralarındaki niza ve ihtilâfın bu sözleşmede kararlaştırılan şartlar ve müddet içinde hakemlerce halledilmesini kabul etmişlerdir. Yetkilerini mukaveleden alan hakemlerin salâhiyetleri sözleşmede kabul edilen müddete münhasır ve ancak bu müddetle mukayyettir. Hakemlerin sözleşmede muayyen müddetle takyit edilen salâhiyetlerinin müddetin hitamında kendiliğinden mürtefi olacağından şüphesiz olması ve yargıcın sözleşmedeki müddetin temdidi hakkındaki kararının tarafların kabul ettikleri süre içinde nizaın halli hususundaki müşterek arzularına uygun düşmiyeceğinin bedihi bulunması dolayısile yargıcın tarafların rızaları olmadıkça mukaveledeki tahkim müddetini uzatmaması icap eder. Netekim tatbikatta yargıtay da bu görüşü teyid etmekte ve ticaret dairesinin bu konu ile ilgili bir kararında (Tahkim için taraflarca sözleşmede tâyin olunan müddetin hitamına kadar mahkemece işin karara bağlanmaması üzerine dava edilen belediye sular idaresi vekilinin müracaatı hesabile İstanbul ikinci Ticaret Reisliğince tahkim müddeti iki ay uzatılarak hakemler tarafından bu süre içinde temyiz olunan karar verilmişse de, tarafların rızaları ile kararlaştırılan

sürenin bitmesinden sonra tahkimnamenin hükmü kalmamış ve davacı da mahkemeye müracaatla dava açmış olmasına göre artık tahkim müddetinin uzatılmasına kanunen cevaz olmadığı halde mahkeme Reisliğince müddetin uzatılması ve uzatılan müddet içinde işin karara bağlanması yolsuz ve verilen hakem kararı tahkim süresi geçtikten sonra verilmiş bir karar mahiyetini göstermek itibarile hükümsüz bulunduğundan kararın BOZULMASINA) denilmektedir (Yargıtay Ticaret Dairesinin 8/7/943 Tarih ve 600/1361 sayılı kararı).

Tahkim müddetinin uzatılmasına dair reis veya yargıç tarafından verilen kararların kabili temyiz olup olmadığı hakkında H. U. M. K. nunda açık bir hüküm yoktur. Bu gibi kararlar aleyhine yargıtay yoluna baş vurulup vurulamıyacağının tesbit edilebilmesi için usulün kabili temyiz mukarrattan bâhis olan 427 ci maddesine müracaat edilmesi lâzım gelir. İsmi geçen maddede (Asliye mahkemelerinden verilen kararlarla 2500 kuruşa kadar olan alacak davaları müstesna olmak üzere sulh mahkemelerinden verilen kararların) temyiz edilebileceklerinin açıkca yazılı olması ve tahkim süresinin uzatılmasına dair olan kararların mahkemelerce verilmeyip reis veya yargıç tarafından münferiden verilmekte bulunması dolaysile bu gibi kararların kabili temyiz olmamaları lâzım gelir. Tatbikatta yargıtay içtihatları da bu merkezdedir. Netekim ticaret dairesinin bir kararında aynen (Tahkim müddetinin temdidine dair olan kararlar H. U. M. K. nun 529 cu maddesi hükmü mucibince mahkeme reisi veya yargıç tarafından verilmekte olmasına ve muamelenin mahiyetine nazaran kabili temyiz olmadıklarından bu baptaki temyiz talebinin reddine) denilerek temyiz itirazları bilâ tetkik ret edilmiştir. (5/4/943 tarih ve 710/671 sayılı karar)

Yüksek yargıtayın bu kararı ve yukarda zikri geçen düşünceler tamamen yerinde ve kanuna uygun olmakla beraber, fikrimizce müddetin temdidi hakkında verilen kararların temyiz edilebilmesi ve mevzuatımıza bunu temin edecek hükümlerin ilâvesi adaleti ve muamelenin selâmetini temin etmesi bakımından daha muvafık olacaktır. Çünkü, tahkim müddetinin temdidine mütedair olan karalar bazan tevlit ettikleri neticeler itibarile nihaî bir mahiyet arzetmekte ve Başkan veya yargıç tarafından uzatılan süre

içinde hakemlerce ihtilâf kat'î serette intaç edilmaktedir. Bu vaziyetin tarafların tahkimnamede kabul ettikleri müddet içinde nızaın halli hususundaki müşterek arzularına uygun düşmüyeceği ve serbestii mukavele esasına istinaden tanzim ve imza edilen tahkim sözleşmesi hükümlerile telif edilemiyeceği şüphesizdir. Bu itibarla sözleşmede kararlaştırılan sürenin arzusu hilâfına yargıç tarafından uzatıldığını gören tarafa beğenmediği bu karar aleyhine kanun yollarına baş vurmak imkânının verilmesi yerinde olur. Bu böyle olmakla beraber yapılacak tâdil mukavelede müddet kararlaştırılan hallere de yargıcın kanunî tahkim müddetini temdidi hakkındakikararların eskisi gibi taraflarca temyiz edilememelidir.

(6)

Usul kanunumuzun 523 cü maddesi hükümüne nazaran tahkim davası hakemlerin tâyini için mahkemeye müracaat edildiği tarihte ikame edilmiş addolunur. Eğer sözleşme gereğince hakemlerin tâyini taraflara ait ise davacının hakemini intihap edip hasmına hakemini seçmesi için tebligat yaptığı tarihte dava açılmış olur. Bu madde hükmü usulün 529 cu maddesi hükümüne mütenazır olarak kabul edilmiştir. Sözü geçen maddenin açık hükümlerine göre hakemler ilk toplantılarından itibaren altı ay içinde kendilerine tevdi edilen ihtilâfı halle kanunen mecbur bulunduklarından vazii kanun sevk ettiği bu hükümle tahkim davasının açılması tarihini tesbit etmek istemiştir. Tahkim davasının nesuretle ikame edileceği hakkında kanunumuz bir şekli mahsus kabul etmemiş olmakla beraber tarafların usulen iddia ve müdafaalarını yazılı birer dilekçe ile hakemlere bildirmeleri icabeder. Zira, aksi takdirde hakemlerin tarafların iddialarının her biri hakkında 530 cu madde hükümlerine göre ayrı, ayrı karar vermeleri imkânı güçleşir. Tarafların yazılı dilekçeleri mütekabilen yekdiğerlerine tebliğ edildikten sonra hakemler toplantılarına devam ederek verecekleri bir kararla işi hal ve intaç ederler.

Tahkim davasının hakemlerce rüyet edildiği sırada taraflardan birisi vefat etse dahi tahkim mürtefi olmaz. Hakemlerin salâhiyetleri devam eder. Hakemler taraflardan birinin vefatından sonra dahi tahkimnameden aldıkları yetkiye dayanarak nizaı halledebilirler. (Madde :524)

— 7 —

H. U. M. K. nun 525 ilâ 528 ci maddeleri hükümleri tahkim davasında, hakemlerin uygulayacakları yargılama usulünü açıklamaktadırlar. Bu maddelerin hükümleri gereğince hakemler hilâ-

fına sözleşmede kayıt olmadıkça kendilerine arzedilen nizaı incelerken H. U. M. K. nu hükümlerile bağlı değildirler. Tahkikatın şeklini ve uygnnlanacak süreleri istedikleri gibi tâyin ve tesbit edebilirler. Bununla beraber hakemlerin yapacakları incelemelerde H. U. M. K. nunda gösterilen usullerden ayrılmamaları adaletin daha kolay tecellisin temin etmasi bakımından yerinde olur. Eğer sözleşmede taraflar tahkikatın şekli için ayrı hükümler kabul etmişlerse hakemlerin sözleşme hükümlerine vc kabul edilen müddetlere riayet etmeleri icabeder.

H. U. M. K. nunda deliller ve bunların ikameleri hakkında kabul edilen kaidelerin hakemler önünde yapılan tahkikatlarda da tatbik olunması lâzımdır. Bu sebele hakemlerin yapacakları tetkikatta umumiyetle H. U. M. K. nun sübut delillerine ve bunların ikamesi şekline müteallik hükümleri gözden uzak tutmamaları gerektir. Hakemler lûzum gördükleri takdirde usulen tarafları davet ederek kendilerinden şifahî izahat alabilirler. Ve tetkike lûzum gördükleri vesikaları da taraflara ibraz ettirebilirler. Kanunumuzun zikri geçen 527 ci maddesinde hakemlerin bizzat yapamayacakları işler tasrih edilmiştir. Bu madde hükümleri mucibince hakemlerin taraflara va şahitlere yemin verilmesi imtina eden şrhitlerin dinlenmeleri, bir ecnebi mahkemeye istinabe yazılmrsı, senet veya vesikaları muhafaza eden kimselerle noterlerin bunları ibraza mecbur tutulması, mahallinde incelenmesi gereken vesikaların mahallinda tetkik ettirilmesi, üçüncü şahıslar yedlerinde bulunan vesikaların bunlardan alınması gibi hususatın yapılması için sulh mahkemesine müracaat edebilirler. Hakemlerin yaptıkları tahkikat sırasında ceza takibatına dayanak teşkil edecek bir sahtelik olayı meydana çıkarsa ceza mahkemesinde bu hususta karar verilinciye kadar tahkikatın geri bırakılması lâzımdır. Bu gibi hallerde takkim süresi işlemez. (Madde: 528)

Kanunumuzda hakemlerin yapacakları tetkikatta mahkemelerde olduğu gibi bir tutanak tanzim edeceklerine dair kayıt ve sarahat yoksa da, hakemlerin tetkikata başladıkları tarihi ile inceleme sırasında usule müteallik olarak yaptıkları bütün muameleler ve verilen ara kararları ancak usulü dairesinde tanzim edilen bir zabıtname ile tesbit ve tevsik edilebileceğinden hakemlerce bir inceleme tutanağının tanzim edilmesi muvafık olur. Mamafih Kanun hakemlerin tutanak tanzim etmemelerini bozma sebebi addetmiş olduğundan zabıtname tazim edilmemiş olması verilen kararın yüksek mahkemece bozulması için kanunî bir sebep teşkil etmez.

Hakemlerin ilk toplantılarından itibaren altı ay içinde incelmeyi bitirerek karar vermeleri lâzım gelir. Bu müddet içinde karar verilmediği takdirde tahkim mürtefi olacağından hakemlerce yapılan bilcümle muameleler hükümsüz sayılarak nizaın halli yetkili mahkemeye intikal eder. Altı aylık tahkim süresi tarafların yazılı izinleri veya mahkeme başkanının veya yargıcının kararile uzatılabilir. Tek yargıçlı bulunan mahkemelerde yargıcın müddeti temdit etmesi tabiî ise de toplu mahkemelerde temdit kararının yalnız başkan tarafından verilmesi doğru ve kanun vazıinin hakikî maksadına uygun olmayacağından toplu mahkemelerde sürenin uzatılması kararını vermek yetkisinin mahkeme heyetine verilmesi ve kanunumuzun bu esas göz önünde tutularak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Her nekadar sözü geçen maddede tahkim süresinin hakemlerin ilk toplantılarından itibaren işlemeğe başlaması kabul edilmişse de, kanunun bu hükmü tatbikat alanında suistimal edilmekte ve suiniyet sahibi tarafın seçtiği hakemi içtimaa göndermemesi yüzünden hakem heyeti içtima edememekte ve niza da sürüncemede kalarak halledilmemekte olduğundan kanundaki bu hükmün de degiştirilmesi ve maddedeki (içtima) tabirinin yerine (intihap) veya (Teşekkül) tabirlerinden birinin ikame edilmesi selâmeti muamele adına muvafık olacağı kanaatindeyiz.

—8—

Hakemler kararlarında tarafların isim ve adreslerini ve aralarındaki münazaanın neden ibaret oluğunu maddî ve hukukî gerekçeleri, kararın mahiyetini ve tarihini ve yapılan masrafların miktarile kimin tarafından ödeneceğini göstermeğe mecburdurlar. (H. U. M. K. Madde: 530) ayrıca karara tahkimnamenin rapt ve zirinin hakemlerce imza edilmesi lâzımdır. Hakemlerin çoğunlukla verecekleri kararlar muteberdir. Bu takdirde kararın çokluğu teşkil eden hakemlerce yazılması ve muhalif kalan hakemin de sebebi muhalifetini beyan etmesi lâzım gelir. Muhalif kalan sebebi muhalifetini yazmaktan ve verilen kararı imzadan çekinirse keyfiyet diğer hakemlerce kararın altına işaret edilmelidir.

—9—

Hakem ücretlerini kim ve ne suretle takdir edecektir? kanunumuzda bu suale karşılık teşkil edecek açık bir hüküm mevcut olmamakla beraber incelediğimiz 530 cu madde hükmü bu soruya

zımnî bir cevap teşkil etmekte ve mezkûr maddedeki (masraflar) tabirinin şümulü içine hakem ücretlerinin de girmekte olması dolayısile hakemlerin ücretlerinin bizzat takdir edecekleri neticesi istidlâl edilmektedir. Hakemlerin kendi ücretlerini bizzat takdir etmeleri sözleşmede taraflarca kabul edildiği takdirde bunun hiç bir mazuru yoksa da mukavelede sarahat olmayan hallerde bu vaziyet bâzı anlaşamamazlıklara sebebiyet vermekte ve hakemlerin takdir ettikleri ücret miktarına fâhiş ve fazla olduğu iddiasile taraflarca itiraz edilmektedir. Hakemlerin inceledikleri davada müddeabihin miktarile mütenasip olmayan fâhiş bir ücret takdir etmeleri halinde vaziyet neolacaktır? yani hakem kararını inceleyen yargıtay ücret miktarı noktasından bu kararı bozabilecekmidir?

H. U. M. K. nun 533 cü maddesinde, hakem kararlarının bozma sebeplerinin mahdut ve muayyen olması ve bu maddede yazılı sebepler içinde tahkim ücretinin bulunmaması dolayısile bu soruya menfi cevap verilmesi ve kararın yargıtayca ücret noktasından bozulmaması lâzım gelir. Netekim tatbikatta yargıtay içtihakları da bu görüşü teyit etmektedir. Diğer taraftan takdir edilen fâhiş ücretlerin tediyesine tarafların mecbur tutulmaları da Adalet ve hakkaniyet kaidelerile telif edilemez. Zira, her emeğin ücretinin sarfedilen mesai ile ve işin hacmile mütenasip olması icabedeceği gibi hakemlerin tarafların rızaları hilâfına kendi ücretlerini pek fâhiş olarak bizzat takdir etmeleri de mevzuatımıza esasen uygun düşmez. Bu itibarla bu gibi hallerde tarafların umumi hükümlere istinaden görevli mahkemelere hakem ücretinin tenzili hakkında dava açabimeleri lâzım gelir. Tatbikatta yargıtayın kararları da bu düşünceleri takviye etmektedir. Ezcümle Ticaret Dairesinin bir kararında (Hakemlerin hakemlik ücreti olarak karar altına alınmış ve hakemlerle onları tahkim edenler arasındaki hukukî münasibet ticaret kanununda bahis mevzuu olan ticaret maddelerinden olmadığı gibi, bu kanunun birinci babının üçüncü fasılında yazılı tüccari muamelelerden de madut bulunmamasına göre davaya bakmak mahkemenin görevi harıcinde olup hukuk mahkemesine ait bulunduğu halde bu cihet nazara alınmaksızın davanın esasına girişilerek yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuzdur) denilmek suretile esas itibarile tahakim ücretinin tenzili davalarının tetkik ve istima edilebileceği kabul edilmiştir (1/4/943 Tarih ve 1503/622 sayılı karar) Bu karara karşı mahkemenin görevi noktasından Asliye Ticaret mahkemesince verilen ısrar kararı da Hukuk Genel Kurulunun 16/7/943 tarih ve 10/13 sayılı kararile aynı sebeplere binaen nakzedilmiştir.

37

Hakemler kararlarını yetkili olan mahkeme kalemine tevdi etmekle mükelleftirler. Tetkiki hukuk mahkemesine ait olan bir ihtilâf hakkındaki hakem kararının mahallin hukuk mahkemesine ve incelenmesi Ticaret mahkemesine ait bulunan bir nizaa mütedair hakem kararınında ticaret mahkemesi kalemine verilmesi ve ortada hıfzedilmesi lâzımdır.(H. U.M. K. nun Madde :533) Mahkemekalemi verilen hakem kararını aynen veya hulâsatan iki tarafa tevdi ederek birer tebliğ makbuzu almakla mükelleftir. Karar ancak tebliğ tarihinden itibaren taraflar için hüküm ifade eder. Tebliğ tarihi aynı zamanda temyiz müddetinin başlangıç tarihidir. Hakem kararının behemal tahkim müddeti zarfında kaleme tevdi edilmesi şart değildir. Müddet bitmezden evvel verilen kararlar sürenin geçmesinden sonra da hakemlerçe kaleme verilebilir. Netekim Yargıtay Ticaret Dairesinin bu görüşü teyit eden bir kararı (Hakem kararının behemehal tahkim müddeti zarfında mahkeme kalemine tevdi edileceğine dair H. U. M. K. nunda bir kayıt ve sarahat mevcut olmadığı gibi, karar suretlerinin mahkeme kalemine tevdii de muamelâtı kalemiyeden madut olup esbabı nakziye ile alâkalı değildir) mealindedir. (23/5/941 Tarihli karar)

—10—

Hahkem kararları aleyhine yargıtay kanun yoluna baş vurulabilir. Temyiz edilen kararlar yüksek mahkemece ancak bahsi geçen 533 cü maddede tasrih edilen sebeplerden birinin mevcdiyeti halinde bozulabilir bu sebepler:

1—Tahkim müddetinin bitmesinden sonra karar verilmiş olması.

2—istenilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş bulunması.

3— Hakemler yetkileri içinde olmayan birşey hakkında karar vermeleri.

4— Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermiyerek bir kısım iddiaları meskût bırakmaları gibi sebeplerden ibarettir. Kararın son üç sebepten birinin mevcudiyeti dolayısile bozulması halinde hakemlerle müddetin yeniden intihap ve tâyin edilmeleri lâzım gelir.

Hakemler anlaşamamazlığı halletmek hususundaki yetkilerini sözleşmeden aldıklarından ancak sözleşme ile kendilerinden çözülmesi islenilen hususat hakkında karar verebilirler. Sözleşmede

tahkim yolile halli kabul edilmeyen ve sarehat olmayan hususlar hakkında hakemlerin karar vermeğe hakları yoktur. Meselâ, mukavelede açıkca bahsi geçmedikçe icra tazminatına hükmedemezler. (Yargıtay Ticaret Dairesinin 1/7/933 tarih ve 2713/1197 sayılı içtihadı)

Hakem kararları umumiyetle kabili temyiz olmakla beraber temyizi kabil olmayan diğer bâzı hakem kararları da mevcuttur. Meselâ, Ticaret borsası hakem heyetince verilen kararların kabiliyeti temyiziyeleri yoktur. Çünkü, bu gibi kararlara kanaat etmiyen alâkalılar ihtilâfın halli için mahkemeye müracaat edebilirler Yargıtay Ticaret dairesinin bu görüşü destekleyen bir kararında (Ticaret borsası hakem heyeti canibinden verilen karara müstedi kanaat etmediği takdirde ait olduğu mahkemeye müracaatta muhtar bulunması hasebile bu kararın da kabiliyeti temyiziyesi yoktur.) denilmektedir. (18/3/932 tarihli karar)

Hakemlerin kararları açıkça kanuna aykırı ise veya kararda maddei kanuniye gösterilmemişse yargıtay kararı bozabilecekmidir ? Mevzuatımızda bu soruya karşılık teşkil edecek açık bir hüküm yoksada, zikri geçen 533 cü maddede bozma səbeplerinin tahdiden tadat edilmiş olması hasebile buna menfi cevap verilmesi icbedeceğine şüphe edilemez. Tahkim anlaşamamazlığın mümkün olan süratle ve âdilâne halledilebilmesini temin için kabul edilen olağanüstü bir kanun yoludur. Bu yol ile seçilen hakemler arasında hukukçular olabileceği gibi ekseriya hukukçu ve kanuna âşina olmayanlar da bulunabilir. Kanundan anlamayan hakemlerin her vaziyette kanun hükümlerine uygun olarak karar vermelerine bittabi imkân yoktur. Bu böyle olunca hakemlerden kanuna aykırı kararların çıkması da beklenebilir. Bu gibi kararların yargıtayca bozulmasına usulün 533 cü maedesi hükmü esasen müsait değildir. Tatbikat sahasında yüksek mahkeme de içtihatlarile bu düşünceleri teyit etmektedir. Ezcümle Ticaret Dairesinin 5/10/942 tarih ve 2272/2262 sayılı kararında (Hakemlerin mukavele ve kanun hükümlerini bir içtihat hatası olarak yanlış tatbik etmeleri hakem karının bozulmasını icabettirecek kanunî sebeplerden değildir.) gerekçesine dayanılarak mukaveleye ve kanuna muhalif olan hakem kararı onanmıştır.

Hakemlerin verdikleri kararda maddei kanuniye göstermemeleri halinde de vaziyet aynıdır. Bu vaziyette hakem kararının ev-

leviyetle bozulamaması lâzım gelir. netekim Yargıtay Ticaret Dairesinin bir kararında (hakemlerin kararlarında maddei kanuniye göstermemeleri sebebi nakız olarak kabul edilemez) denilmektedir. (22/2/931 tarihli karar) keza ayni dairenin diğer bir kararında da (Takimnamedeki tarafların lâyiha teati etmeleri ve bilâhara hakemlerce dinlenmeleri icabedeceğine müteallik hükümlere ademi riayet hakem kararının bozulması için 533 cü maddede kabul edilen sebeplerden birini teşkil etmez). denilmiştir. (30/6/944 tarih ve 1594/2156 sayılı karar)

Kanunumuzda hakem kararları aleyhine tashihi karar talep edilebileceği hakkında açık bir kayt mevcut olmadığından bu kararlar aleyehine tashihi karar kanun yoluna baş vurulamazsa da, H. U. M. K. nun 445 inci maddesinde yazılı sebeplerden birine istinaden yargılamanın iadesi istenilebilir. (H.U.M.K. Madde: 534) İadei muhakeme dilekçesinin mahkeme hükümlerinde olduğu gibi kararı veren hakemlere verilmesi ve onlar tarafından incelenmesi icabeder. Netekim yargıtayın bu görüşü takviye eden bir kararında (Hakem kararları aleyhine iadei muhakeme talep edilebileceği H.U.M.K. nun 534 cü maddesinde tasrih edilmiş ve bu talebi mutazammın arzuhalin hükmü veren mahkemeye ita ve orada tetkik edileceği 448 ci maddesinde muharrer bulunmuş olmasına göre hakem kararı aleyhine sevkedecek yargılamanın iadəsi isteğinin esas hakkındaki kararı vermiş olan hakemler tarafından tetkik ve hallonulacağı anlaşılmasına ve hakem kararının temyizen nakzı halinde de hakemlerin yeniden intihap ve müddetin tâyin olunacağı 533 cü maddede tasrih olunmasına göre temyizen serdedilen itirazlar vârit değildir).denilmiştir. (Ticaret Dairesinin 9/10/932 tarih ve 1688/1928 şayılı kararı)

Kanunumnzun 535 ci maddesi hükmüne göre tarafların iadei muhakeme isteğinden ve hakem kararlarının bozulması için 533 cü maddede gösterilen sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde Yargıtay yolundan vaz geçmek hususunda evvelce aktettikleri sözleşmelerin hükmü yoktur. Bu gibi sözleşmeler kanunen bâtıl addedilmiştir.

Hakemlerin verdikleri kararın temyiz müddeti geçtikten veya yargıtayca tasdik edilerek katîleştikten sonra mahkeme başkanı veya yargıç tarafından onanması lâzımdır. Onanma keyfiyeti kararın altına ve hakem kararlarının kaydı hakkında mahkemece tutu-

lan zaptı mahsusa yazıldıktan sonra hâkim kararı infaz edilebilir. Hâkim kararlarının başkan yeya yargıç tarafında tasdik edilmesi usulü bu karara resmî bir mahiyet ve icra kabiliyeti vermek için kabul edilmiştir. Kararı tasdik eden yargıcın bu kararla doğrudan doğruya bir alâka ve münasebeti olmadığından hakeme tevdi edilen hakem kararı üzerine yargıcın yeniden yargılama yapmasına lüzum yoktur. Netekim mümasil bir hâdisede Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ittihaz edilen bir kararda (Hakem kararı üzerine ayrica yargılama yapılması ve karar ittihazı ve bu kararın da temyizen incelenmesi yolsuzdur) denilmesi suretile bu noktai nazar kabul edilmiştir. (5/1/930 Tarih ve 347 sayılı karar)

Irza tasaddi suçu üzerinde bir inceleme

Yazan: Abdullah ÜNER
Ankara Yargıcı

1—Birinci bölüm
A—Tarif ve ırza tasaddinin mahiyeti
B—Irza tasaddi ile ırza geçme arasındaki farklar
C—Irza tasaddi ile sarkıntılık " "
D— " " " alenen hayasızca vaz—u harekette bulunmak arasındaki fark
E— " " " söz atma ve edebe muhalif hareket arasındaki farklar
F— " " " ırza geçmeğe teşebbüs arasındaki farklar
2—İkinci bölüm:
A—15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına tasaddi
3—Üçüncü bölüm:
A—15 yaşını bitiren bir kimsenin ırzına tasaddi
4—Dördüncü bölüm:
A—Ağırlatıcı sebepler
5—Beşinci bölüm:
A—Kovuşturma şulü

Birinci Bölüm

Tarif: Irza Tasaddi suçunun eski bir tarihçesi yoktur. İlk defa 1810 tarihli Fransız kanunu ırza geçmekle ırza tasaddiyi aynı sıraya koyarak aynı ceza ile cezalandırmış ve 1832 tadilinde de ırza tecavüz ve ırza tasaddi suçları bir birinden ayrılmıştır.

Yeni kanunlar, ırza tasaddiye ehemniyetli bir yer vermişlerdir. Bunun da sebebi cinsî ve şehevî arzuların anormal yol ve vasıtalarla tatmin arzusunun fazlalaşmış bulunmasından ileri gelmektedir.

Muhtelif müellifler, ırza tasaddiyi başka başka suretlerle tarif ediyorlar.

Bir tarife göre: (Bu fiiller bir kimse üzerinde doğrudan doğruya ika edilen âdaba mugayir fiillerdir.) (Garçon. sözü geçen eser. S: 8449)

Garoya göre: (Bir kimse üzerinde doğrudan doğruya ika edilen âdetlere muhalif fiillerdir. Garaud. S: 481)

Majno'ya göre mağdurun iffetini zedeleyecek yahut bu nevi tecavüzü husule getirecek mahiyette fiillerdir.)

Manziniye göre ırza tasaddi, cinsî münasebet derecesine varmayan şehvanî hareketlerdir.

Irza tasaddiyi biz şu şekilde tarif edeceğiz: Bir kimse üzerinde doğrudan doğruya ika edilen ve cinsî münasebet derecesine varmıyan şehvanî hareketlerdir.)

Bu hareketler pek çeşitlidir. Kanunumuz, bu hareketleri, bütün yabancı memleketler kanunlarında olduğu gibi, ne tarif etmiş ne de birer birer saymıştır. Meselâ: Bir kadın veya erkeğin şehvetini tahrik edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağına oturtmak, tenasül aletini sürüştürmek, bir şahsa istimna yapmak ve yaptırmak, badana yapmak, tenasül aletini ağza sokmak, tenasül aletini mağdurun muhtelif yerlerine sürtmek, kız çocuklarına karyolaya yatırıp tenasül aletlerini okşamak [1] vesaire gibi fiil ve hareketler ırza ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerdir.

Demekki: ırz ve namusa tasaddi, cinsî zevk ve arzunun münasebet derecesine varmıyacak surette muhtelif şekillerle tahrik veya tatmin edilmesine matuf fiil ve hareketlerdir.

Şurasını ilâve edelimki Yargıtayımızın içtihadına göre ırza tasaddinin mutlaka şehvet kastine matuf olması lâzımdır [2].

Fransız müellifleri ise bu suçun vücude gelmesi için şehvet kastini aramağa mahal yoktur diyorlar. Bunlara göre failin maksadı ve gayesi ne olursa olsun (Meselâ: hakaret, zarar vermek, intikam almak)

Şehevî mahiyette hareketler icra olununca ırza tasaddi suçu teşekkül eder. Yoksa bu cürmün mevcudiyeti için fiilin cinsî bir ihtirası tatmin gayesi ile ika edilmiş bulunmasını aramağa mahal yoktur.

Fransız müelliflerinin bu noktayı nazarlarına göre objektif olarak şehevî mahiyetteki hareketleri ika eden şahıs bu fiili meselâ mağduru tahkir etmek, başkalarının nazarında küçük düşürmek için yapsa ve kendisinde şehvet tatmin maksadı mevcut olmasa dahi ırza tasaddiden dolayı hüküm giymesi lâzımdır.

[1] Kız çocuklarını karyolasına yatırıp tenasül mahallerini okşamak ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil ve harekettir. (Yargıtay ceza genel kurulu 9/10/933 tarih ve 319/161 sayılı kararı. Temyiz kararları S: 539)

[2] Irz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerin mutlaka şehvet kastine mukarin olması suçun tekevvünü için vücudu muktazi esaslı şartlardandır. (Yargıtay birinci ceza dairesi. E: 3634, K: 1326. Karar tarihi: 5-4-937).

Netekim Fıransız Yargıtayı, birisinin üzerine saldırıp pantolonunu çıkararak tenasül aleteni, çocuk yapmaya muktedir olup olmadığını anlamak için ölçen sahsın hareketini ırza tasaddi mahiyetinde olarak kabul etmiştir. Halbuki Yargıtayımızın içtihadına göre bu şahısta şehvet hissini tatmin maksadı bulunmadığı için hâdisede ırza tasaddi suçu mevcut değildir.

Yargıtayımız, bir kimsenin, kızlık zarından mahrum etmek için parmakla kızlık zarını bozmasını müessir fiil olarak kabul etmiştir. [3]. Fıransız müellifleri ve yargıtayı ise bu fiili ırz ve namusa tasaddi mahiyetinde kabul eylemektedir.

Irza geçme ile ırza tasaddi arasındaki farklar

Irza geçmede unsur cinsî münasebet. cinsi münasebetin icrasıdır. Tasaddide ise unsur cinsî münasebet derecesine varmıyan ve mağdur üzerinde doğrudan doğruya ika olunan şehvanî hareketlerdir.

Irza tasaddinin suç teşkil edebilmesi için mutlaka bedenî bir hareket mahiyetinde bulunması yani mağdurun vücudunda temasla cinsî arzunun tatmin edilmiş olması lâzımdır. Diğer bir deyimle ırza tasaddi, iki şahıs arasında cinsî münasebet derecesine varmıyan şehevî, bedeni bir temastır. Irza tasaddi suçunun tekevvünü için fiil ve hareketler mutlaka bir başkası üzerinde işlenmelidir.

Irza tasaddi suçunda, ırza geçmekten farklı olarak gerek kadın ve gerekse erkek fail olabilirler. Diğer bir tabirle ırza geçme suçu yalnız erkekler tarafından işlenebildiği halde ırza tasaddi fiili hem kadın hem de erkek tarafından işlenebilir.

Bâzı fikirlere göre karının kocası tarafından cebren tebiata aykırı bir münasebete icbar edilmesi ırza tâsaddı mahiyetindedir.

Sayın hocamız Profesör Fahri Ecevit,e göre, bir erkeğe fiili livata, bir kadının şercinden cima yapmak fiilleri ırz venamusa tasaddi suçlarını teşkil eder. (1935/II sayılı adliye ceridesi S: 623-638 bak)

Irz ve namusa tasaddi ile sarkıntılık arasındaki farklar

Yukarda ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerin mahiyet ve unsurlarını izah etmiş ve ne gibi hareket-

[3]: Irz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerin mutlaka şehvet kastına mukarin olması suçun tekevvünü için şarttır. Parmakla kızlık zarını yırtmak fiili müessirden ibarettir. (Yargıtay ceza dairesi. 5/4/937 gün 3634/1325 sayılı kararı)

lerin ırza tasaddi mahiyetinde bulunduğunu bir kaç misalle izah ederek bu hususlaki Yargıtayımızın içtihadı ile Fıransız müelliflerinin düşünüşleri arasındaki farkı belirtmeye çalışmıştık.

Kanunumuzun 421. maddesinin ikinci cümlesi "... sarkıntılık edenler bir aydan altı aya kadar hapis olunur" hükmünü ihtiva etmektedir.

İncelemekte olduğumuz suçun daha iyi anlaşılabilmesi için bu fiil ile sarkıntılık suçu arasındeki farkın izahını lüzumlu gördük.

Filhakika tatbikatta çok vakit bu iki fiilin bir birine karıştırıldığı ve ırza tasaddi mahiyetinde olan bir fiil sarkıntılık mahiyetinde ve sarkıtılıktan ibaret olan bir hareket de ırza tasaddi mahiyetinde kabul edilerek ona göre ceza tâyin edildiği görülmektedir.

Sarkıntılık belli bir şahsın edep ve iffetine tecavüz teşkil eden bir harekettir. Bir kimsenin bir şahsa edep yerini göstermesi, rızası hilâfına şehvetle yanağını öpmesi, yüzünü göğsünü veya mahrem bir yerini tutması, sıkması, okşaması veya bir kadına karşı gül koklaması [1] veya kadının omuzlarına sarılması [2] sarkıntılıktır.

Binaanaleyh sarkıntılıkta şehevî hareket öpme, sıkma gibi mücerret ve münferit bir hareketiir. Failin şehvetini teskin etmeksizin kendi ihtiyarile vaz geçtiği tasaddiler sarkıntılıktır.

Irza tasaddide ise, maksat failin şehvanî ihtirasını münasebet derecesine vardırmayan iptidaîi şekillerde fiilen tatmin etmesidir. Meselâ bir kadını kendi maksadına meyil ettirmek için telkinlerde bulunmak, çıplak resimler göstermekten başlıyarak tenasül yerini tutmak, tutturmak, tenasül yerlerini açmak, kucağına oturtmak, sıkmak, istimna yapmak, ve yaptırmak, badana yapmak gibi müteselsil fiil ve harereketlerin bir kaçını ihtiva edebilir ve şehvetini teskine kadar devam eder.

[1]: Suçlunun kadına karşı gül koklamaktan ibaret olan fiil ve hareketinin sarkıntılık addile 421 inci madde ile tecziyesi doğrudr. (Yargıtay ceza genel kurulu E: 110 K: 51 karar tarihi: 25/2/934. 1934 temyiz kararları S: 303)

[2]: Suçlunun taayyün eden hareketi kadının yalnız omuzlarına sarılmaktan ibaret olup feryat üzerine bırakıp savuşmuş olduğuna ve ırza geçmek için muktazi içraî fiillerden suçlunun maksadını tebarüz ettirecek tarzda tahakkuk etmiş maddi ve İcraî anasır bulunmadığı cihetle haddi zatında tamam olan kısım nazara alınarak buna mürettep ahkâmın tatbiki icap ederken sarkıntılıktan ibaret olan bu hareketin ırza ve namusa tasaddi mahiyetinde telâkkisi ve o şekilde karar verilmesi yolsuzdur. Yargıtay birinci ceza dairesi 7/6/937 gün ve E: 4075 ve K: 2391.

Bundan başka ırza tasaddide ırz ve namusa tecavüz mahiyetinde fiil ve harekette bulunmak lâzımdır. Sarkıntılıkta ise fiile iktiran etmese bile alelâde söz atmak derecesini geçen herhangi bir suretle bir kimsenin iffet ve namusuna tecavüz hali mevcuttur.

Irza tasaddi ile alenen hayasızca fiil ve harette bulnnmak arasındaki fark

Alenen hayasızca vaz ve hareket muayyen bir şahsa tecavüz şeklinde değildir. Fakat her görenin edep ve iffetine dokunan ve en az iki kişi tarafından alenen yapılan hareketlerdir, Bedenî ve uzvî hareket ve vaziyetleri tazammuneder.

Tasaddi ise, muayyen bir şahsa karşı işlenir, alenî olması şart değildir. Meselâ iki kişinin herkesin görebileceği bir yerde birbirlerinin tenasül aletlerini okşamaları alenen hayasızca vaz ve hareket sucunu teşkil eder.

Irza tasaddi ile söz atma ve edebe muhalif hareketler arasındaki farklar.

Söz atmada fiilî bir hareket mevcut değildir bu da Irza tasaddi de olduğu gibi muayyen bir şahsa karşı işlenir. Halk önünde edepsiz sözler ve şarkılar söylemek, tenasül uzuvlarını göstermek, (T.C.K.M. 576) çırıl çıplak dolaşmak edebe muhalif hareketlerdir. [2]

Yukarda izah ettiğimiz gibi tasaddi ise. şehvani ihtirasın bir kimse üzerinde münasebet derecesine vardırmıyan iptidaî şekillerle tatmin edilmesidir.

Irza tasaddi ile ırza geçmeğe teşebbüs arasındaki farklar

Irza geçmeğe teşebbüs, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarında her üç suçun niteliği şehvet hissinden doğmaktadır.

Irza tasaddi yukarda da izah edildiği gibi cinsî münasebet derecesine varmamak üzere şehvet hissini tatmin maksadile yapılan hareketlerdir. Şehvet hissi cinsî münasebeti, tatmin maksadile yapılmağa başlanıpta failin elinde olmayan mâni sebeplerle yarıda kalan fiiller ırza teşebbüs mahiyetindedir.

[2]: Çıplak yerlerini çeşmeye su almaya gelen Kadınlara göstermek alenen hayasızca vaz ve hareket olmayıp edebe muhalif hareket mahiyetindedir (Yargıtay ceza genel kurulu R: 2/19. K: 13 Karar tarihi 1/5/934. 1930—1934 Temyiz ceza heyeti U. Kararları S: 602)

Irza teşebbüs ile ırza tasaddiyi, yapılan fiilin hal ve derecesile belli olabilen maksada diğer bir tabirle fiilin kasti belli etmeğe yarayabilecek mahiyet ve hususiyetine göre ayırt etmek lâzımdır [1].

İKİNCİ BÖLÜM

Onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına tasaddi

Irza geçme suçunda olduğu gibi ırza tasaddi cürmünde de kanunumuz onbeş yaşını haddi fâsıl olarak kabul etmiştir.

Onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddi suçun 415 ve onbeş yaşını bitiren bir kimsenin ırzına tasaddi suçu ise 416 ıncı maddenin ikinci fıkrası hükmünü müstelzimdir.

Madde 415 :(herkim onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunnrsa bir sene altı aydan üç seneye ve bu fiil ve hareket yukarıki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa iki sene altı aydan beş seneye kadar hapis olunur.) hükmünü ihtiva etmektedir.

Bu maddenin tatbiki için:

1 — Irz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve harekette bulunulması

2 — Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş olması lâzımdır.

Irz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketi yukarda izah ettiğimizden burada tekrarına lûzum yoktur. Kanaatimize ve tatbikatta tezahür eden içtihade göre hâdisede mağdurun cinsiyetinin ehemmiyeti yoktur. Hedef ister erkek ister kadın olsun ister namuslu isterse fuhşu kendisine meslek edinen bir kimseye kaşı işlenmiş olsun müsavidir. Yalnız şurasını ilâve edelimki hedefin insan olması şarttır. Bu fiilin hayvan üzerinde işlenmesi bu suçu teşkil etmez Mağdurun rızasının bulunup bulunmaması da bu suçun tekevvününde tesiri haiz değildir. Çünkü: hedefin rızası mevzuu bahis olabilmesi için rıza vermeğe muktedir ve işlenilen fiilin iyiliğini ve kötülüğünü anlıyabilecek bir yaşta bulunması gerektir. Kanunumuz onbeş yaşını bitirmeyen bir kimseyi fiilin iyiliğini ve kötülüğünü anlıyabilecek bir çağda görmemiştir. Onun için onbeş yaşını bitirmeyenlerin rızaları ile ademi rızaları arasında kanunen bir

[1]. Yargıtay birinci ceza dairesi 20/12/944 gün ve K: 2991 S. K bak.

fark gözetilme miştir. Ancak şimdiden şursını söyliyelimki bu fiilin; onbeş yaşını bitirmeyen bir kimse üzerinde rıza hilâfına işlenmesi halini kanun cezayı ağırlatıcı sebep olarak kabul eylemiştir.

Suçun vücudu için bu fiil ve kareketlerin şehvet kastine mukarin olması lâzım geldiğine yukarda işaret etmiştik.

Kanun onbeş yaşını bitirmeyen bir kimsenin ırz ve namusuna tasaddiyi tazammun eden fiil ve harekette bulunanlar haklarında bir sene altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tâyin etmiştir.

Ağırlatıcı Sebepler:

Kanun vazıı ırza tasaddi suçunun bâzı şartlar altında işlenmesi halinde faile verilecek cezayı artırmıştır. Bu şartlar şunlardır:

1 — cebir ve şiddet kullanmak suretile yapılması

2 — Tehdit kullanmak suretile yapılması

3 — Akıl ve beden hastalığı dolayisile fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmesi

4 — Failin fiilinden başka bir sebepten dolayı fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunaan küçüğe karşı işlenirse

5 — Failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunan küçüğe karşı işlenmesi. Bu hallerde failin cezası iki sene altı ayden beş seneye kadar hapistir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Onbeş yaşını bitiren bir kimsenin ırz ve namusuna tasaddi

Yukarda söylediğimiz gibi onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün rızasile ademi rızası arasında kanun bir fark gözetmemiştir. Çünkü bu yaştakiler her hangi bir fiilin iyiliğini ve kötülüğünü anlıyacak bir seviyeye erişmemiş, aklî melekeleri tekevvün etmemiştir. Bunun için kanun bu kimselerin rızalarile dahi olsa ırz ve namuslarına tasaddi fiillerini rıza hilâfına işlenmesi halinde cezayı artırmıştır. Onbeş yaşını bitiren kimselerde ise hal böyle değildir bu gibi kimselerin aklî melekelerinin inkişaf etmiş olduğu, her hangi bir hareketin iyilik ve kötülüğünü anlayabilecek bir seviyeye çıkmış oldukları farz olunur. Bunun için de onbeş yaşını bitirenlerin rızalarile ırzlarına geçilmesini veya ırz ve namuslarına tasaddi edilmesini kanun suç saymamıştır.

Madde 416 nın ikinci fıkrası onbeş yaşını bitirmiş olanların ırz ve namuslarına tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketleri bahis mevzuu etmiştir. Bu fıkrada: (Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden beş seneye kadar hapis olunnr) denilmektedir. Buna göre onbeş yaşını bitiren bir kimsenin ırz ve namusuna tasaddi fiilinin suç olabilmesi için bu fiillerin:

A — Cebir ve şiddet kullanmak suretile yapılması

B — Tehdit kullanmak suretile yapılması

C — Akıl veya beden hastalığı dolayısile fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı işlenmesi

D — Fiilin failinden başka bir sebepten ötürü fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunan bir kimse hakkında işlenmesi

E — Failin kullandığı hileli vasıtalardan dolayı fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunan kimseye karşı işlenmiş olması lâzımdır. Cezası da iki seneden beş seneye kadar hapistir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ağırlatıcı sebepler

İkinci ve üçüncü bölümlerde bahsedilen fiiller ve cezaları yalnız bir kimse tarafından işlenmesi ve faille mağdur arasında hiç bir alâka ve münasebetin mevcut bulunmaması hallerine aittir.

Bu fiillerin meselâ mağdurun babası, öğretmeni, mürebbisi veya üzerinde nüfuz ve tesiri bulunan kimseler tarafından işlenmesi de kabildir. Bu gibi hallere nadirde olsa tatbikatta raslanmaktadır. Bu gibi sıfat ve nüfuzu haiz olan kimseler mağdur üzerinde daha kolaylıkla telkinde bulunabilirler. Bir öğretmenin talebesi, bir mürebbinin terbiye ve nezareti altında bulundurduğu çocuk üzerindeki nüfuz ve tesirleri aşikârdır. Bundan başka suçun bu gibi kimseler tarafından talebelere terbiye ve nezaretleri altına bırakılan kimseler üzerinde işlenmesi âmme vicddnını daha çok müteessir ettiği gibi bunların aynı zamanda ahlâkî redaetlerinin ziyadeliğini de gösterir Bunun için kanun vazıi bu gibi kimselerin gerek ahlâkî redaetlerini gerekse fiilin cemiyette bıraka-

cağı tesirin ehemmiyetini nazarı dikkate alarak bu hususta ayrı hüküm koymuştur. Kanunumuzun 417 nci maddesi buna dairdir. Bu maddeye göre ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden hareketler:

1 — Müteaddit kimseler (birden ziyade kimseler)
2 — Usul
3 — Veli
4 — Vasi
5 — Mürebbi
6 — Öğretmen
7 — Hizmetkâr
8 — Terbiye ve nezaret ve muhafazası altında bırakılan
9 — Suça mâruz kalanların üzerlerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler. tarafından işlenmesi halinde 415 nci madde ile 416 ncı maddenin ikinci fıkrasında yazılı cezaların yarıları artırılarak hüküm olunacaktır.

Ağırlatıcı sebepleri şahsa bağlı ağırlatıcı sebepler ve fiile bağlı ağırlatıcı sebepler diye ikiye ayıracağız.

— Şahsa bağlı ağırlatıcı sebepler.

II — Fiilî ağırlatıcı sebepler

Türk ceza kanununun 418 inci maddesinin: (Yukardaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa müebbet veya onbeş seneden aşağı olmamk üzere muvakkat ağır hapis cezası verilir.

Eğer bu fiil ve hareketler beş seneden aşağı müddetle hürriyetten mahrumiyeti müstelzim olupta bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakıse irasını veya mâlûliyet veya mâyubiyetini müstelzim olursa beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası hüküm olunur.

Eğer cürüm beş seneden fazla hüriyetten mahrumiyet cezasını müstelzim ise ceza üçte birden yarısına kadar ziyadeleştirilir) hükmünü ihtiva etmektedir. Bu madde ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerin fiile bağlı ağırlatıcı sebeplerini göstermektedir.

Bu maddenin birinci fıkrasına göre ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olmuş ise failin göreceği ceza müebbet veya on seneden asağı olmamak üzere muvakkat ağır hapistir. Bunu bir misalle izah edelim: Bir kimsenin tenasül aletini şehvet hissine makrun olarak iki ile üç yaşlarındaki bir çocugun ağzına sokması neticesinde mağdurun asfeks den ölmesi gibi.

Maddenin iki ve üçüncü fıkralarında ırz ve namusa tasaddi fiillerinde tatbik kabiliyeti olup olmadığını ve tatbik kabiliyeti mevcut bulunduğu takdirde ise ne suretle ve hangi hallerde tatbik edilebileceğini izah edlim:

İkinci fıkrada (sğer fiil ve hareketler, beş seneden aşağı müddetle hüriyetten mahrumiyeti müstelzim olupta bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakısa irasını veya mâlûliyet veya mâyubiyetini müstelzim olursa beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası hüküm olunur) denilmekte ve üçüncü fıkrada ise cürüm beş seneden fazla hüriyetten mahrumiyeti müstelzim bulunması hali bahis mevzuu edilmektedir.

Buna göre ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden cürümler:

1 — Beş seneden aşağı müdddetle hüriyetten mahrumiyeti müstelzim olupta:

A — Bir marazın sirayetini

B — Mağdurun sıhhatine büyük bir nakise irasını

C — Mâlûliyetini

D — Mâyubiyetini mucip bulunursa failin görcceği ceza beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapistir. muvakkat ağır hapis cezasının son haddi 24 sene oldugundan mahkeme faile beş senc ile yirmi dört sene arasında ağır hapis cezası hüküm edebiliecektir. Mesela bel sogukluğuna müptelâ olan bir kimse onbeş yaşını bitirmeyen bir çocuğa badana yaptığı ve bunun neticesinde bu hastalık mağdura sirayet ettiği takdirde 415. maddenin birinci cümlesile 418 inci maddenin ikinci fıkrasına tevfikan sanık hakkında beş sene ile yirmi dört sene arasında ağır hapis cezası hüküm edilecektir. Keza firengi hastalığına tutulmuş biri, onbeş yaşını bitirmiyen bir kimseye zorla badana yapmış ve bu suretle mağdura hastalık geçmiş ise failin cezası 415 inci maddenin ikinci cümlisile 418 ici maddeuin ikinci fıkrası gereğince beş sene ile yirmi dört sene arasında ağır hapistir.

51

Bundan başka meselâ: Bir kimse onbeş yaşını bitiren bir kız çocuguna zorla badana yapmış ve mağdur da bundan gebe kalmış olsun(duhul vâkı olmadan sırf badana ile kadınların gebe kaldıgı tıbben vâkıdır. Adli tababet tarihinde bu nevi hâdiselere rastlanmaktadır) her ne kadar fiil neticesinde kızlık zarı yırtılmamış ise de doğum sırasında yırtılacağı şüphesizdir bu da magdurnn mâyubiyetini mucip bir haldir. Bu takdirde sanıgın cezası 416 ıncı maddenin ikinci fıkrası delâletile 418 inci maddenin ikinci fıkrası mucibicince beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapistir Irz ve namusa tasaddiyi tazammun eden filler:

II— Beş seneden fazla hüriyetten mahrumiyeti müstelzim olupta

A— Bir marazın sirayetini

B— Mağdurun sıhhatine büyük bir nakise irasını

C— Mâlûliyetini

D— Mâyubiyetini

mucip olursa faiilin cezası üçte birden yarısına kadar artırılarak hüküm olunacaktır,

Mesela: Bir öğretmen, onbeş yaşını bitirmeyen bir talebesinin zorla ırzına tesaddi edipte mağdura bir hastalık geçmiş ise fiilin 415/2 ve 417 inci maddelere göre müstelzim bnlunduğ cezanın beş seneyi geçtiği ve binaenaleyh bu maddelerle tâyin edilen ceza 418 inci madde mucibine üçte birden yarısına kadar artırılacağı ve bundan başka bir uşağın zorla hanımının ırzına tasaddi etmesi halinde 415 ve 417 inci maddelere göre hüküm edilecek cezanın 418 inci maddenin son fıkrası gereğince üçte birinden yarısına kadarının artırılacağı yeknazarda hatıra gelebilirsede Yüksek Yargıtayca, 418 inci maddedeki(cezayı müstelzim olursa) tâbirinin suça mahkeme tarafından takdir ve tâyin olunan ceza mânasında kabul edildiği ve 418 inci maddenin de 417 inci maddeden evvel tatbıki lâzım geldiğine karar verildiği göz önünde tutulack olursa vehleten hatıra gelebilecek olan bu düşüncenin tatbıkatta yeri bulunmadığı meydana çıkar [1].

[1]: Ceza kanunun 414, 4152, 416 ve 417 inci maddelerinde yazılı fiil ve hareketler hakkında bir marazın sirayerini ve mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakise irasını veya mâlûliyet veya mâyubiyetini müstelzim olması hesebile 418 inci maddenin de tatbıki iktiza ettiğinde suçun kanunen iki had arasında müstelzim olduğu ceza müddeti nazara alınmayıd hüküm olunan ceza miktarının esas ittihazı yani sabit görülen suç için temas ettiği madde mucibince hüküm olunan ceza beş seneden aşağı ise mezkür maddenin ikinci bendinin, fazla olduğu takdirde üçüncü bendine tevfikan cezanın ziyadeleşmesi icap edeceğine karar verilmiştir. Yargıtay C. K:2/4/930 B·15/24 .5.K.)

418 inci maddenin 417 inci maddeden evvel tatbiki lâzım geldiği 13/5/938 tarih 14/16 sayılı içtihadı birleştirme karariletakarrür etmiştir.

Yüksek Yargıtayın içtihadını ve tatbikatın bu yolda devam etmesinni göz önünde tutarak 418 inci maddenin son fıkrasının ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketlerde tatbik edilip edilemiyeceğini inceleyelim.

Irz ve namusa tasaddi neticesinde mağdurun ölümü halinde hüküm olunacak ceza 418 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilmiştir. Bundan tereddüdü mucip bir cihet yoktur.

Her ne suretle işlenirse işlensin gerek onbeş yaşından aşağı bir çoçuk üzerinde gerekse onbeş yaşını bitiren bir kimse hakkında irtikâp olunsun ırz ve namusa tasaddi suçlarının cezaları 415 ve 416/2 inci maddeleri mucibince beş seneyi geçmediğine ve 418 inci maddenin de 417 inci maddeden evvel tatbik edilmesi lâzım geldiğine göre bu gibi fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakîse irasını veya mağdurun mâlûliyet ve mâyubiyetini müstelzim olursa fail hakkında ancak 418 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki kabildir. Binaenaleyh bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden fiil ve hareketler dolayisile 418 inci maddenin üçüncü fıkrasının tatbik kabiliyeti mevzuu bahis bulunmamaktadır.

T. C. K. nunun 438 inci maddesi hakkında bir düşünce

Bu bahsi bitirirken kanunumuzun 438 inci maddesi hakkındaki düşüncemizi de kaydetmeden geçemiyeceğiz. Bu maddede kanunumuz ,gayet haklı olarak ırza geçme ve kaçırma fiillerinin fuhşu kendisine meslek edinen bir kadın hakkında işlenmesi halini cezayı hafifletici sebep olarak kabuleylemiştir. Bu hüküm menşeini mantıktan ve viçdanın duygnsundan almıştır. Irza gecme ve kaçırma suçu namuslu bir aile kadınına karşı işlenmesile para ve menfaat mukabilinde kendisini başkalarının cinsî zevklerine terkeden ve bunu meslek ittihaz edinen bir kadın hakkında işlenmesi arasında hiç şübhesizki bir fark gözetmek lâzımdı. Kanun buhususu bu madde ile nazarı itibara almıştır. Ancak biz bu maddede bir eksiklik görüyoruz ,fuhşu kendisine meslek ittihaz edinen ve menfaat karşılığında kendisini başkalarının zevk ve arzularına terkeden bir kadının ırz ve namusuna tasaddi fiili maddenin şümulu haricinde

bırakılmıştır. Namuslu, afif dir aile kadınının ırzına tasaddi fiili ile fuhşu kendisine meslek ittihazeden bir kadının ırzına tasaddi fiili arasında fark gözetilmek lâzımdır. Kanunumuz nedense bu ciheti nazarı itibara almamıştır. Bu sebeple de tatbikatta birtakım aykırılıklaı husule gelecektir. Bir adam fuhşu kendisine meslek edinen bir kadının zorla ırzına geçerse kanunun tâyinettiği cezanın üçte ikisine kadarı indirildiği haldde bu kimse böyle bir kadının ırzına geçmeyipte şadece tasaddide bulunursa ceza indirilemeyecektir. Biz bu maddenin ırz ve namusa tasaddiyi tazammuneden fiil ve hereketleri de içine alabilecek surette değiştirilmesinin adalet ve hakkaniyet kaidelerine uygun olacağını düşünüyornz.

Mahkemelerimiz bu gibi fiil ve hareketler fuhşu kendisine meslek ittihaz edinen bir kadın hakkında işlenilmesi halinde 59 ncu maddeyi tatbik etmek suretile cezayı indirme yolunu tutarlarsa kanunun bu boşluğu kısmen telâfi edilmiş olaçaktır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

1 § Kovuşturma usulü

Suçların kovuşturulması, soruşturma ve yargılama usulleri C. M. U. K. nunda tâyin ve tesbit edilmiştir. Suç işlendiğini haber alan C. Savcıları kamu davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek için ya doğrudan doğruya veya zâbıta makam ve memurları vasıtasıle her usulü soruşturmaya başlayacaklardır.

Biz burada ancak ırza ve namusa tasaddi suçunun kovuşturma ve yargılanmasında diğer suçlara nazaran haiz oldukları bâzı özellikleri kayıt etmekle iktifa edeceğiz.

Bilindiği gibi bâzı suçların kovuşturulması suçta zarar görenlerin şikâyetlerine bağlı tutulduğu halde diğer bir kısım suçların işlenmesi halinde C. Savcıları, ilgililerin ister şikâyetleri olsun ister olmasın doğrudan döğruya harekete geçerrek soruşturmağa başlarlar.

Hangi suçların kavuşturulmasının şikâyete bağlı olduğnu kanun göstermiştir

Konumuzu teşkil eden ırz ve namusa tasaddi suçlaırnın kovuşturulması şikâyete bağlı değildir. Bu suçların işlendiğini haber alan C. Savcıları gerek doğrudan doğruya gerekse zâbıta me-

murlarını vasıtasile suçtan zarar görenlerin müracaat ve şikâyetlerini beklemeden derhal soruşturmağa başlıyacakıardır.

C. Savcıları ve Zâbıta makam ve memurları bu gibi suç ihbarlarında hâdisenin mahiyetini ve suçun işleniş şeklini tesbit ve delillerini toplamakla beraber bilhassa aşağıdaki hususları önemle göz önünde tutmaları gerektir.

I — Evvelâ mağduru muayeneye sevk ederek ırzına geçilip geçilmediğini; mağdurun vücüdunda veya sair yerlerinde cebir ve şiddete delâlet eden sıyrık, kedme ve diğer âraz mevcut olup olmadığını, mağdur kız ise kızlık zarının yırtılıp yırtılmadığını, suç sebebile mağdura bir hastalık sirayet edip etmediğini veya bu yüzden sıhhatinde sair bir nakîse husule gelip gelmediğini ilmi esas ve sebeplere dayanan raporla kat.î ve açık bir surette tesbit ettirmek lâzımdır.

II — Suç işlendiği sırada mağdur aklî melekelerine malik mi idi yoksa idare ve temyiz kudretini selp eden bir mâlûliyete müptelâmı idii, yahut şuuru marazî inhisaf halindemi bulunuyordu? bu cihetlerin tesbiti de esas neticeye yetkilidir.

III — Suç sırasında mağdurun mukavemete muktedir bulunup bulunmadığının tâyin ettirilmesi de önemlidir.

IV — Faille mağdur arasında kanunun tâyin ettiği akrabalık veya diğer haller mevcutmudur? Fail mağdurun usulü, velisi, vasisi, mürebbi veya muallimi, hizmetkârı olup olmadığını veya failin nezareti veya muhafazası altında bulunup bulunmadığını araştırmak lâzımdır.

V — Mağdurun yaşı da nüfus idaresinden sorulup tesbit ettirilmelidir.

Bütün bu cihetler ve lüzumlu bulunan sair hususlar soruşturulup tesbit edildikten ve kamu davasının açılmasına yeter delil de elde edildikten sonra C. Savcısı kamu davasını açacaktır.

Tutma (Tevkif):

Namusa tasaddi suçlarının özelliklerinden biri de tutma meselesinde kendini gösterir. Sanıkların tutulmasına ait hükümler C. M. U. Kanunun 104 ve 105 inci maddelerinde yer almıştır. 104 üncü maddeye göre bu suçu (ırz ve namusa tasaddi) işlediğine dair aleyhinde kuvuetli emmareler elde edilen sanık hakkında yargıç, tutma kararı verebilecektir. (C.M.U.K. nunun Mad. 104 birinci fıkrası ile üçüncü bendine bak.).

Bu tutma kararını verme yetkisi, henüz kamu davası açılmamış ise yetkili sulh yagıcına (C.M.U.K. Mad. 124; 125) Kamu davası açıldıktan sonra da davaya el koyan mahkeme veya yarğıca aittir. Eğer suç meşhuden işlenmiş ve sanık hakkında 3005 sayılı kanun hükümlerine göre soruşturmaya başlanmış ise tutma kararı vererek C. Savcısına aittir. (Meşhut suçların M.U.K. nunun Mad 6)

Irz ve namusa tasaddiyi mutazammın fiil ve hareketlerde meşhut suçların muhakeme usulu kanuna tâbi bulunmadığı hallerde ilk soruşturma yapılmıyacağının takdiri C. Savcısına aittir. (C. M. U. K. Mad. 171 fık. 1 Cümle 2)

Duruşmanın önce görülmesi: C. M. U. K. nu 206 cı maddesinde âdabı umumiye aleyhin eişlenen suçların duruşmasında diğer suçlara nazara ayrıklı bir hüküm kabul etmiştir. Bu da âdabı umumiye alayhine işlenen suçlarda bu maddede yazılı diğer suçlara ait davaların diğerlerinden önce görüleceğidir. Malûmdurki usul kanunlarında üç esaslı prensip hâkimdir: Sürat, adalet, emniyet. C. M. U. K. numuzun kabul ettiği ana prensiplerden biri de duruşmaya fâsılasız devam edilmesı ve bir celsede bitirilmesidir. Fakat buna rağmen bâzı zarurî sebeplerle duruşmanın uzun zaman devam etmesi de münkündür. Kanun vazii bu hususu nazarı dikkate alarak asayişe ve cemiyetin nizam ve intizamına tesirleri bakımından önem verdiği bâzı suçlara ait devaların behemehal süratle intaç edilmesini ve bu gibi işlerin diğerlerine tercihan görülmesini iltizam etmiştir. Binaenaleyh ırza tasaddi suçları da âdabı umumiye aleyhine işlenen suçlardan olduğnndan bunlara müteallik davaların mahkemelerce diğer işlere tercihan görülüp intaç edilmesi lâzımdır. fakat bu gibi işlerin yargıtayda diğerlerinden önce inceleneceğine dair kanunda bir hüküm mevcut değildir. 206 ıncı maddedki bu hükme mütenazır olarak bu davalara ait hüküm dosyalarının Yargıtayca diğerlerinden önce incelenmesi lûzumu hakkında kanuna bir hüküm konmasının yerinde olacağı düşünmekteyiz.

Söylemeğe hacet yokturki usulün 206 cı maddesindeki bu hüküm, davanın âdi yargılama usulüne göre rüyet edilmesi haline münhasırdır.

Eğer davaya meşhut suçların muhakeme usulü kanununa göre bakılıyorsa artık bu maddeden bahis edilmesi abes olur; bu takdirde davanın, sözü geçen kanunun usul hükümleri dairesinde en kısa yoldan ve en kısa bir zamanda intaç edilmesi zaruridir.

Yaş düzeltilmesi: Bu bahiste bir meseleye bir kaç satırla da olsa temas etmeden geçmeyi doğru bulmadık. Muhtlif vesilelerle açıkladığınız gibi bahis mevzuu ettiğimiz suçlarda suçtan zarar görenlerin yaşları bilhasas önemi haizdir. Mağdurun suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş olup olmadığı esas ve neticeye etkilidir. Çok vakit sanıklar mağdurun yaşı büyük olduğu halde nüfuz kütüğüüne küçük yazılmış oldugunu idda ederler bu gibi hallerde yaplacak işlem usulün 255 inci Maddesinde gösterilmiştir. Buna göre mahkemece lûzum görüldügü takdirde nüfus kanununun 11 inci Maddesindeki usule göre ve C. Savcısı ile nufus memurunun da huzuru ile duruşma ve inceleme yapılarak suçıan zarar görenin yaşı düzeltile bilecektir. Bu hususta verilecek kararlar ancak esas hükümle birlikte temyiz olunabilir (C. M. U. K. mad. 255, 306) . Yaş düzeltilmesine dair olan kararlar, kesinleştikte nüfus kütüğüne kayıt ve teşcil olunur.(31/1/945 gün 22/3 sayılı içtihat birleştirme kararına bak.)

Durşmanın gizli yapılması: C. M. U. K. nunun 373 maddesinde konumuzu ilgilendiren suçların duruşmalarına ait başka bir hüküm mevcut bulunmaktadır, bu maddeye göre umumî âdabı muhafaza maksadile duruşmanıu bir kısmının veya tamamının gizli yapılmasına mahkeme karar verebileckir. Duruşmaların açık yrpılması esaslı bir kaidedir bunun ihlâl edilmesi hükmün bozlmasını gereklendirir(C. M. U . K. Mad. 308/6). Fakat bâzı suçlar vardırki bunlara ait duruşmaların açık yaplması her bakımdan mahzurlu, olabilir, umumî âdap aleyhinde işlenen suçlar bu cümledendir. Irza tasaddi suclarının da umumî âdap aleyhine işlenen suçlardan bulundugunu tekrara luzum yoktur. Bu gibi fiillerle tecavüze mâruz kalmış olanların şeref ve haysiyetleri ihlâl olunmuş, muhitleri ve cemiyet içindeki itibarları sarsılmıştır. Bu suç mağdurlarının maruz kaldıkları bu gibi hâdiselerin herkese açık bir yerde alenen tekrarlsnması işlenen fiilin bütün teferruatile herkesin önünde teşhir edilmesi ve bu meselenin dedi kodu halinde etrafa yayılıp dal budak salması doğru olamaz suç mağdurlarının da buna razı olmıyacaklrı tabiîdir. onlar bilâkis bu hâdisenin gizli kalmasını mümkün mertebe kimsenin duyup işitmemesini iltizam edeceklerdir. Bu gibi davalara ait duruşmaların açık yapılması demek suçtan zarar görenleri cemiyet huzurunda teşhir etmek suretile mânen cezalandırmk demektir. İşte kanun vazıi çok yerinde olarak bu gibi suçlara müteallik duruşmaları gizli yapmak hususnuda 373 üncü maddede makemelere takdir hakkı tanımıştır. Mahkeme, işin oluşun ve duruşmanın acık yapılmasındaki mahzurları takdir ederek duruşmayı gizli yapabilecektir.

57

Ancak kanun vazii. duruşmaların açık yapılması lâzım geldiği hakkındaki ana kaideden büsbütün ayrılmağı da doğru görmiyerek duruşmanın gizli yapılması kararile sebeplerinin ve esas hükümün her halde açık olarak fefhim edilmesini emir etmiştir.

Gizli yapılan duruşmaların neşri yasaktır (C. M.U.K.mad. 377 F.2).

Bu gibi suçların duruşmalar açık yapılsa bile mahkemenin başında yayınlanmamasına karar vermesi lâzımdır.

Açık ve gizli duruşmaları mennuiyet hilâfına neşir etmek suçtur C.M.U.K. Mad. 377 .F.4. Matbuat K. Mad. 35 B. 5 F. son) .

Millî Korunma kanunu ile 1609 ve 3005 sayılı kanunların münasebetleri

YAZAN: **Ahmet ERDOĞDU**
Ankara Yargıcı

Plân:

1 — Amaç
2 — 1609 sayılı kanun hakkında
3 — 1609 sayılı kanunda ilk soruşturma mecburîmidir?
4 — Millî korunma kanununun bu işe dair hükümleri
5 — 3005 sayılı kanunla 1609 sayılı kanunun ilgileri
6 — Duruşmanın tutuklu olması
7 — Tahliyenin caiz olmayışı
8 — Bu hususdaki düşüncelerim

1 — Amaç

Uygulamada ekseri Yargıç ve Savcı arkadaşlar Millî korunma kanunu muvacehesinde 1609 sayılı kanuna giren işlerden dolayı gerek tevkif gerek tahliye ve gerekse ilk soruşturma bakımından tereddüde düşmektedirler. Bâzıları millî korunma kanununun son değişikliklerinden sonra 1609 sayılı kanunu ilgilendiren işlerin artık ilk soruşturmadan geçmiyeceğini bâzıları da bunların ilk soruşturmadan geçmesinde kanuni bir engel olmadığını ileri sürmektedirler. Uyuşmazlık sadece bunlarla da kalmıyor. 1609 sayılı kanunun şümulüne giren işlerin duruşmaları tutuklu olmaları hususunda kanunun gösterdiği açıklığın kefaletle veya re'sen tahliye hükümlerinin uygulanmasına engel olamıyacağı kanaati ile hareket eden yargıçlar bulunduğu gibi aksi kanaatte bulunanlarda vardır. Bütün bunlar kanunun uygulanmasında ve anlayışında ayrılıklar doğurmaktadır.

1609 sayılı kanunun şümulüne giren işlerin duruşma safhalarında tutuklu olarak yürütülmesini ileri sürenler bahsi geçen kanunun 3 üncü maddesine ve millî korunma kanununun 66 nci maddesine dayanmaktadırlar. Filhakika mezkûr üçüncü madde 1609 sayılı kanunun birinci maddesinde sayılı suçlardan dolayı (haklarında son tahkikatın açılmasına dair verileck karar üzerine sanık derhal tevkif edilir ve mahkemede duruşma mevkufen ceryan eder). demektedir. Millî korunma kanununun 66 ncı maddeside o kanuna giren suçların yargılanmalarının tutuklu olacağını emretmiştir. Aksi fikirde olanlar bu hükmün kefalet karşılığı veya kefaletsiz sa-

livermeye (tahliyeye) engel olmıyacağını ve nitekim millî korunma kanununun usul bakımından çerçevesine sokulan 1609 sayılı kanunun 3005 sayılı kanundaki usullere göre işleme bağlı olduğu ve meşhut suçların muhakeme usulü kanununda ise tutulmuş bulunan sanığın salıverilebileceğini açıkca ifade ettiğini ileri sürmektedirler. (Meşhut suçların muhakeme usûlü kanunu madde 11, 13)

Yargıtayın 1609 sayılı kanuna giren suçların ilk soruşturmadan geçmesine zaruret bulunmadığı yolundaki içtihadına rağmen bu kanunun üçüncü maddesindeki (son tahkikatın açılmasına dair verilecek karar üzerine) ibaresinde görülen açıklık karşısında bu suçların ilk soruşturmadan geçmesi iktiza edeceği düşüncesinde olanlar vardır.

Bu düşünce ayrılıkları uygulamayı aksatmakta ve uygulamadaki ahengi, düzeni bozmaktadır. İşte bu yazımızın amacı bu düşünce uyuşmazlığını gidermek ve uygulama şeklini ve kanunun anlamını açıklamaktır.

2 — 1609 sayılı kanun hakkında

Bilindiği gibi yiyicilikten, rüşvet alıp vermekten, ihtilâs ve zimmetine para geçirmekten, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet görevini kötüye kullanmak suretile kaçakçılıktan ve resmen vukubulan alım ve satımlara fesat karıştırmaktan ve devletin dış işlerine ait gizli evrakı veya şifreleri ifşa veya ifşaya sebebiyet vermekten ve bu cürümlere katılmaktan sanık olanlar hakkında yapılan kovuşturmalar memurin muhakematı kanununa bağlı tutulmamıştır. Bu gibiler hakkında kovuşturma sanık bir ilin irade ile mansup olmıyan veya tâli memurlarından bulunan bir memur ise Valinin, millî irade ile mansup memurlardan ise o memurun bağlı bulunduğu Bakanlığın müsaadesile Adalet makmlarınca yapılır. Bu kanunun istisnaları (ayrığı) daşunlardır.

a — Müsteşarlar, Valiler

1609 sayılı kanunun birinci maddesi son fıkrasında bu kuralı koymuş müsteşarlarla valilerin özel durumlarını göz önünde tutarak onları bu kanun çerçevesine almamıştır.

b — Subaylar, askerî memurlar

Görev dolayısile ve memuriyet görevinin icrasından doğan 1609 sayılı kanunun birinci maddesindeki suçlar askerler tarafından işlendiği takdirde esasen askerlik görevinin istilzam ettiği

özellik göz önünde tutulrak kabul olunan askerî yargılama usulü kanunu bu hususlarda da cari olacaktır. Çünkü askerlerin de bu kanuna göre yargılanacakları hakkında askerî yargılama usulü kanununu takyit eder mahiyette 1609 sayılı kanunda bir açıklık bulunmamakta bilâkis askerlerin işledikleri bu ve buna benzer suçlar hakkında askeri yargılama usûûl kanunu özel hükümler koymaktadır.

c — Yargıçlar

Yargıçların görevlerile ilgili olan veya olmıyan bütün suçları hakkında yargıçlar kanunun 110 ve 105 nci maddelerine göre işlem yapılır. Binaenaleyh bunlar da 1609 sayılı kanun çerçevesinin dışındadırlar.

Saylavların özeldurumu milletvekilliği dokunulmazlığının re'fi halinde genel hükümlere bağlı bulunduğundan başlıca bir istisna diye tavsif olunamaz. Yargıçlar hakkında yalnız yiyicilik veya rüşvetten sanık olanlarla suç ortaklarının gerek kendilerinin servetlerini gösterir bir beyanname hususunda 3/3/1926 tarih ve 766 sayılı yargıçlar kanunu gereğince haklarında kovoşturma yapılacak sanıklar da bu kayda bağlanmıştır.

Konu ile ilgisi bakımından burada şu noktayı da belirtmekte fayda vardır. Bu kanuna giren ve millî irade ile nasbolunmayan memurlarla bir ilin tâli memurları hakkıuda kovuşturma için C. Savcısının validen müsaade istemesi prensip itibarile hatalıdır. Eğer bundan maksat memur hakkında yapılan işlemden dolayı valiye haber vermek ise bunun normal bir yazışma ile sağlanması kabil olurdu. Bu böyle olduğu kadar bir kaza (Yargı) organının bir idare organından yargı işlemleri dolayisile müsaade istemesi yargı cihazının bütün müdahalelerden korunması için başta anayasa tarafından gösterilen titizliğe ve kıskançlığa da her halde aykırı olsa gerektir.

Bu kanunun en önemli vasfı mümeyyizi sanık hakkında son soruşturmanın açılmasına dair verilecek karar üzerine sanığın derhal tutulacağı ve yargılamanın da tutuk olarak cereyan edeceğidir. Bu noktaya aşağıda 6 ve 7 no: lu kısımlarda genişce temas edeceğiz.

Bu kanunun 6 ncı maddesi bu işe ait davaların nihayet iki ay içinde bitirilmesini ve yargılamanın uzamasını haklı gösterecek mücbir sebepler dolayısile vukua gelen uzatmalardan dolayı

BİLİM YÜKSEKOKULU ANKARA

61

keyfiyetin C. Başsavcılığına bildirilmesini âmirdir. Uygulamada zayif bir durumda kalan bu madde kanuna belli başlı bir fayda sağlıyor denemez.

3— 1609 sayılı kanunda ilk soruşturma mecburimidir?

Herşeyden önce söyliyelimki Hukuk ve Adalet makinamızın nâzımı olan yargıtayımız bu alanda içtihadını bildirdi. Yargıtaya göre 1609 sayılı kanunn çerçevesine giren suçlardan ilk soruşturma mecburiyeti yoktur

Buna rağmen uygulama alanında çalışan yargıç ve savcı arkadaşlarımızın bu hususta iki düşünce grupunda bulumduklarını açıklamak gerektir.

a — İlk soruşturmanın zaruri olmadığ düşüncesinde olanlar

Bu grupa dahil olanları Yargıtayın inanına, içtihadın uymanın doğurduğu itiyatla düşünmekte ve ilk soruşturmadan geçmesi gerekli bulunan cürümlerin kanun tarafından ağır cezalı suçlara inhisar ettirildiği cihetle bu kanunda böyle bir işaret olmadığına göre asliye mahkemesi görevine dâhil işlerden dolayı da ilk soruş turmanın zaruri olmıyacağını kabul etmektedirler,

b — İlk soruşturmanın zaruri olduğu düşüncesinde olanlar

Bu grup bu sonuncu 1609 sayılı kanunun ruhundan ve maddelerindeki lâfızalardan çıkarmaktadır.

1609 sayılı kanunun birinci maddesinin 5 inci fıkrasında (bu cürümler hakkında ilk tahkikat yapılmadan önce) sözü kullanılmakta ve ikinci maddenin ikinci fıkrasında da (sorguya çekmek suretile hazırlık tahkikatının ikmali ve Hukuku âmme davasının açılma ve ilk tahkikatın ve karar Hâkimliği vazifesinin yapılması bu salâhiyetli mahkemelerde bulunan Müddeiumumilere ve Mustantiklara aittir) denmekte ve 3 üncü madde ise : (Birinci maddede yazılı cürümlerden dolayı haklarında son tahkikatın açılmasına dair verileck karar üzerine maznun derhal tevkif edilir) denmekte ve 4 üncü madde : (Mustantik tarafından gerek kendilerinin gerekse karılarının bütün servetlerini ve yaşayış tarzlarını menbalarile gosterir bir beyanname vermeleri emrolunur) dedikten sonra aynı maddenin ikinci fıkrasının da (son tahkikatın açılmasına karar vermek bu beyannameye müsteniden tahkikatın ikmaline bağlıdır) ibaresi kullanılmaktadır.

Bütün bu sözlerden, lâfızlardan (la lettre) çıkan açık sonuç ve maddelerde geçen son tahkikat, müstantik karar Hâkimi, ilk tahkikat gibi sözler tamamile ilk soruşturmayı çevreleyen ifadelerdir 1609sayılı kanunun kabul tarihi olan 15/5/1930 tarihinde sorgu yargıcının adı mustantik idi. ve ceza muhakemeleri usulü kanunumuz tadilden öncə Almanyada olduğu gibi karar Hâkimliği teşkilatını muhafaza etmiş idi. Bilindiği gibi usul kauunumuzun aslı olan Alman ceza yargılama usulü kanununda ilk soruşturma iki safha halindedir. Birinci safhasında sorgu yargıcı yalnız soruşturma yapar. Son soruşturmanın açılması veya muhakemeden men kararı vermek veya muvakkaten tatil kararı vermek sorgu yargıcından ayrı karar Hâkimi dedigimiz yargıca aittir. Karar hakimliği almanyada toplu bir mahkeme halindedir. Bir kaç yargıçtan terekküp eder. Bizde ise bir yargıç idi ve kanunun muvakkat maddesile müstantikle karar Hâkimliği aynı kimsede birleşiyordu. Işte Usul kanunumuzun o günkü durumuna göre düzenlenen 1609 sayılı kanunda bu terimleri sayarken ilk soruşturmayı kasdetmiş bulunduğunu kabul etmek mümkündür. Çünkü bir prensibi ihata eden mefhumların ayrı ayrı ifade edilmesi o prensibin izahı anlamındadır. Binaanaleyh bu Grupta 1609 sayılı kanunda yazılı suçların ilk tahkikattan geçmesini kanunun bu suretle iltizam ettiğini kabul etmek zaruretinde bulunduğunu ileri sürmektedirler.

Ceza yargılama usulü kanunumuz ilk soruşturmanın ağır ceza işlerinde zarurî olduğunu asliye işlerinde ise ilk soruşturmanın C . Savcısının ölçümüne bırakıldığını kabul etmiştir. (Ceza muhakemeleri usulü kanunu madde 171). Hal böyle olunca 1609 sayılı kanunun birinci maddesinde yazılı İhtilâs gibi ağır cezalı suçlar(Ceza kanunu madde 203) bu grupa dâhil olanlar bakımından bir anlam ifade eder. Fekat bu neticeyi de dar mânada almamız gerektir. Çünkü aşağıda 4 no : lu madde de anlatıldığı gibi Millî korunma kanununun bu işe müdahalesinden sonra netice pek bu kadar kolay kestirilüp alılamaz. Millî korunma kanunu 1609 sayılı kanunu çerçevelemiştir. Binaanaleyh Hukukî durum değişik bir yüz arzeder.

4 — Millî korunma kanununun bu işe dair hükümleri

Millî korunma kanununun 67 inci maddesi 4180 sayılı kanuna kadar uğradığı değişikliklerde 1609 sayılı kanun hakkında bia kayıt ihtiva etmiyordu. Fakat bahsi geçen 67 inci madde 4648 sayılı kanunla değişince 1609 sayılı kanunu da içine aldı. Nitekim 4648 sayılı kanunla değişen millî korunma kanununun 67 inci mad-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

desi birinci bendinde : (Adliye vekâleti lûzum görülen yerlerde , bu kanunla 1609 ve 4237 sayılı kanunların hükümlerine giren suçlara, bu kanun hükmünce resmî evrak ve vesikalardan sayılan evrak ve vesikalar işlenen suçlara, bu kanuunuu 64 üncü maddesinde yazılı memurların işledikleri snçlara taallûk eden davaları ve bu davaların görüldüğü sırada işlenen yalan yere şahadet suçlarına müteallik davaları görmek üzere Hâkimler kanununun her sınıf yeya derecesindeki Hâkimlerden müteşekkil olarak toplu veya tek Hâkimli millî korunma mahkemeleri kurabilir) demektedir. Sonradan bu madde tekrar 4945 sayılı kanunla değiştirildi. Bu yenî değişiklik üzerine madde birinci bendinde: (Adalet Bakanlığı lûzum görülen yerlerde yiyicilikten, rişvet alıp vermekten, ihtilâs ve zimmete para geçimekten, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet vazifesini sui istimal suretile kaçakçılıktan ve resmen vukubulan alım ve satımlara fesat karıştırmaktan ve devlet hariciyesine ait gizli evrakı veya şifreleri ifşa veya ifşaya sebebiyet vermekten ve bu cürümlere iştirak etmekten sanık olanlar haklarındaki davaiarla 4237 sayılı kanun hükümlerine giren suçlara ve bu kanunda yazılı suçlar ile bu kanun hükmünce resmî evrak ve vesikalardan sayılan evrak ve vesikalar üzerinde işlenen suçlara, bu kanunun 64 üncü maddesİnde yazılı memurların işledikleri suçlara taallûk eden davaları ve bu davaların görüldüğü sırada işlenen yalan yere şahadet suçlarına müteallık davaları görmek üzere Hâkimler kanununun her sınıf veya derecesindeki yargıçlardan müteşekkil olarak toplu veya tek yargıçlı milli korunma mahkemeleri kurabilir.) demektedir. Bu madde bu sefer 1609 sayılı kanun tâbiri geçmemişse de bu kanunun birinci maddesindeki suçlar birer birer sayılmak suretile 67 inci maddeye mal edilmiştir

Millî karunma kanununun şümulüne giren suçların o kanunun 68 inci maddesine göre meşhut suçların muhakeme usulü hakkındaki kanunun usul hükümleri dairesinde yargılanacakları kabul edildiğinden ortaya yeni bâzı hukukî vaziyetler doğmuştur. Bir defa 3005 sayılı meşhut suçların muhakeme usulüne dair olan kanunun 3749 sayılı kanunla değişen 4 üncü maddesi gereğince ağır ceza mahkemesinin görevine dâhil bulunan suçlar hakkında bile genel hükümlere bir istisna teşkil ederek ilk soruşturma yapılmaz. Diğer taraftan 3005 sayılı kanun Adliye teşkilâtı olan yerlerde ve Belediye sınırları içinde ve panayirlerde işlenen suçlara şâmil olduğu halde Millî korunma kanunu bu kayıtlardan ayrık olarak kasabalarda ve hattâ köylerde işlenen suçlara da şâmil bulunmaktadır.

Bu böyle olunca 1609 sayılı kanuna giren suçların artık ilk soruşturmadan geçip geçmiyeceği bir mesele halinde ortaya çıktı. İşte bu durumu aydınlatmak için Adalet Bakanlığı Zatişleri umun müdürlüğü ifadesile yayımladığı 17/11/1944 tarih ve 118/12 sayılı genelgesinin ikinci maddesinin B bendine göre: (Toplu millî korunma mahkemesi kurulmıyan ve bu mahkemelerin kaza mıntakaları haricinde kalan yerlerde tahaddüs eden 1609 ve 4237 sayılı kanunlara göre ağır cezayı müstelzim olan fiiller oralardakı ağır ceza mahkemelerince ve 1609 ve 4237 sayılı kanunlara giren ve ağır cezayı istilzam etmiyen suçlar vazife ve salâhiyet hususları nazara alınarak mahallî mahkemelerince) görülecektir. Aynı tamimin ikinci maddesinin (C) bendine göre de: (Millî korunma mahkemesi kurulmıyan yerlerde cezası millî korunma kanununda gösterilen suçlar o yer asliye ceza Hâkimi tarafından ve asliye ceza Hâkimlerinin taaddüt ettiği yerlerde de vazifelendirilecek Hâkim tarafından görülecektir) denmektedir.

Diğer taraftan millî korunma kanununun 68 inci maddesi de Adalet Bakanlığının 9/2/942 tarih ve 519/5 sayılı genelgesile izah olunmuş ve bu genelge ile C. Savcısının, zâbitanın görevlerile millî korunma kanununun uygulanması dolayısile meşhut suçların muhakeme usulüne dair olan kanun hükümlerinin bir birine karşı durumları incelenmiştir.

Millî korunma kanununun 67 inci maddesinin en son 4945 sayılı kanunla değiştirilmesi üzerine Adalet Bakanlığı zatişleri Umum Müdürlüğünün 2/7/946 tarih ve 121/4 sayılı genelgesile durumu yeniden ele alarak izahat vermiştir. Bu genelgeye göre yukarda bahsettiğimiz 17/11/1944 tarih ve 118/12 sayılı tamimin (A) ve (B) bentleri yeniden değiştirilmiştir. Bu yeni genelgeye göre 1609 sayılı kanuna giren suçlardan (sanık olanlar hakkındaki davalarla 2237 sayılı kanuna tevfikan ikame edilen davalar toplu millî korunma mahkemesi kurulan yerlerde ve kaza mintakaları dahilinde bu mahkemeler tarafından) görülecektir. Genelgenin (A) bendi bu şekilde değiştirilmiş ve nihayet (B) bendide aynen: (Toplu millî korunma mahkemesi kurulmıyan ve bu mahkemeler kaza mıntakaları haricinde kalan yerlerde yiyicilik, rüşvet alıp vermek, ihtilâs ve zimmete para geçirmek gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet vazifesini sui istimal suretile kaçakçılık ve resmen vukubulan alım ve satımlara fesat karıştırmak ve devlet

hariciyesine ait gizli evrakı ve şifreleri ifşa ve ifşaya sebebiyet vermek suçlarından ağır cezayı müstelzim olanlarla 4237 sayılı kanuna göre ağır cezayı istilzam eden davalar o yerlerdeki ağır ceza mahkemelerince ve bunlardan ağır cezayı istilzam etmeyen suçlar vazife ve salâhiyet hususları nazara alınarak mahallî mahkemelerince görülecektir) demektedir. Bu (B) bendinin eski tamimin (B) bendinden mâna itibarile ayrılığı yoktur. Yalnız orada 1609 sayılı kanunun numarası sayılarak geçilmiş yeni tamimde ise bu kanunun birinci maddesindeki suçlar sayılmak suretile aynı anlam muhafaza edilmiştir.

Görülüyorki burada da ilk soruşturma konu dışı bırakılmıştır.

5 — 3005 sayılı kanunla 1609 sayılı kanunun ilgileri.

Gerek 3005 sayılı kanun ve gerekse 1609 sayılı kanun her biri ayrı ayrı bağımsız birer usul kanunlarıdır. Bu itibarla ve bu konuda bu iki kanunun bir birile ilgisi yoktur denebilir. Fakat millî korunma kanunu bu iki kanunu yan yana getirip bir zincirin halkası gibi bir birine bağlamak rolünü yapmıştır. Millî korunma kanunun şümulüne giren suçlar ne olursa olsun 3005 sayılı kanuna bağlıdır. (Millî korunma kanunu madde 68/1) burada ne olursa olsun dedik. Bundan maksat şudur. Meşhut suçların muhakeme usulü kanunu ancak Belediye sınırları içinde işlenen suçlarla panayırlerde işlenen suçlar hakkında ancak uygulanabilir. Millî korunma suçlarında ise durum böyle değildir. Köy ve kasabalarda işlenen millî korunma suçları da 3005 sayılı kanundaki merasim ve usule göre yargılanacaktır. Burada amaç çabukluğu sağlamak ve bu kanunun ivedili hükümlerinden faydalanmaktır. Hal böyle olunca yukarda 4 no: lu maddede belirttiğimiz gibi millî korunma kanununun 67 inci maddesi 1609 sayılı kanunu da içine aldığından netice şudur. Millî korunma suçları ve 1609 sayılı kanuna giren suçlar 3005 sayılı kanun çerçevesinde yargılanacaklardır. Binaenaleyh 1609 sayılı kanunda ilk soruşturmayı ima eden kısımlarla Validen izin ve müsaade alınmasını gereklendiren hükümler kendiliğinden kalkmış demektir. 1609 sayılı kanuna göre daha sonra bir kanun olan 3005 sayılı kanun millî korunma kanununun içinde 1609 sayılı kanunu kucağına almış olmasına göre çabukluğa engel olan bâzı usul hükümlerinin şüphesiz hukukî durumu artık değişmiştir.

Kovuşturma için Validen izin alınması prensip itibarile esasen doğru değildi. Bir yargı organının bir idare üstünden bu çeşit müsaade istemesi kaza prensiplerile uyuşmazlık halinde olduğu

gibi uygulamada gördüğümüz ve rastladığımız veçhile ekseriya anlaşmazlıklara ve işlerdede aksaklıklara sebebiyet vermekte idi. Millî korunma kanunu bu aksaklığı düzeltmiş olmak itibarile zikre değer.

1609 sayılı kanunun sanıktan beyanname istenmesi ve son tahkikat kararile birlikte sanığın tevkif edilmesi hakkındaki hükümleri de bu durumdadır. Duruşmanın tutuklu olması veya olmaması hakkında esasen millî korunma kanunu kesin hükümler koymuştur (Millî Korunma kanunu madde 66.) Eğer millî korunma kanunu 1609 sayılı kanundaki bu kayıtları aynen kabul etseydi ayrıca 66 ıncı maddesini de koymağa lûzum duymazdı.

Nihayet 1609 sayılı kanunun 6 ıncı maddesindeki iki aylık sürede bu gün gayesi dışında kalmış ve netice itibarile bu hükümde 3005 sayılı kanunun bir oturumda bitirilmesi amaç olan çabuk hükümleri önünde kendiliğinden uygulamayı terk etmiştir.

6 — Duruşmanın tutuklu olması

3780 sayılı millî korunma kanunu 66 ıncı maddesile ilk yürürlüğe girdiği zamanda bâzı cürümlerin duruşmalarının tutuklu olarak yapılmasını zaruri kılmış idi. Bu suçlar o kanunun 56, 59 ve 64 üncü maddesinde yazılı olan suçlardı. Sonradan bu madde 3954 sayılı kanunla değişerek yine 56, 59 ve 64 üncü maeddelerde yazılı suçların duruşmalarının tutuklu olarak yapılacağını kabulle raber 59 uncu maddeuin üçüncü ve 4 üncü fıkralarında yazılı hallerde Yargıcın kefaletle tahliye kararı verebileceği de kabul olunmuş idi. Bu madde üçüncü defa 4180 sayılı kanunla tekrar değiştirilerek (56 ıncı maddenin 1 inci ve 2 inci fıkralarile 59 uncu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında ve 64 üncü maddede yazılı suçlardan dolayı yapılacak son tahkikat mevkufen icra edilir) demektedir. Şu halde yine 66 ıncı maddenin en son üçüncü defa değişmesi neticesinde de tutukluluk hali muayyen maddelere inhisar ettirilmiştir.

Burada 66 ıncı maddenin en etraflı ve esaslı şekilde tadili 4945 sayılı kanunla olmuş ve şimdiye kadar olandan dana şümullü bir durum arzetmiştir. Nitekim 4945 sayılı kanunla değiştirilen madde :(yiyicilikten, rişvet alıp vermekten, ihtilâs ve zimmetine para geçirmekten, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet vazifesini sui istimal suretile kaçakcılıktan ve resmen vukubulan alım ve satımlara fesat karıştırmaktan ve devlet hariciyesine ait gizli evrakı veya şifreleri ifşa veya ifşaya sebebiyet vermekten

ve bu cürümlere işiiraktan sanık olanlar haklarındaki duruşmalar tutuklu olarak yapılır) diyor. Bu sayılan suçlar 1609 sayılı kanunun şümulüne giren suçlardır. Binaanaleyh bu suçlar hakkında yapılacak duruşmalar muhakkak tutuklu olarak yapılacaktır.

7— Tahliyenin caiz olmayışı

Millî korunma kanununun 66 ıncı maddesinin 4945 sayılı kanunla değişen şeklini yukarda 6 Nı:da aynan göstermiş bulunuyoruz, Maddenin yazılış şekline göre 1609 sayılı kanunun şümulüne giren işlerden dolayı son soruşturmanın tutuklu olacağında tereddüt yoktur. Kanun vazii bunu gayet açık ve kesin olarak ifade etmiştir. Buna rağmen uygulamada bâzı mahkemelerce bu gibi suçların kefaletle veya re'sen tahliyesi yoluna gidilmektedir. Burada hâkim olan düşünce şudur: 1609 sayılı kanuna giren suçlar mademki 3005 sayılı kanuna göre yargılanıyor ve mademki 3005 sayılı kanunun 13 üncü maddesine göre kefaletle tahliye imkâni verilmiştir o halde 1609 sayılı kanuna giren suçların yargılanmasında bu kaideye engel olan sebep nedir ? Binaanaleyh bu gibi suçlar hakkında da kefaletle tahliye caizdir diye tahliye yapılmaktadır.

Bu düşünüş doğru değildir. Çünkü 3005 sayılı kanundan çok sonra yürürlüğe giren 4545 sayılı kannnun 66 ıncı maddesi duruşmanın mutlaka tutuklu olarak yapılacağını açıklamakta ve tahliye den bahsetmemektedir. Millî korunma kanununun 66 ıncı maddesi son soruşturmanın sadece tutuklu olarak yapılacağını emretmekte idi. Bu madde 4648 sayılı kanunla değişince son soruşturma sırasında mahkeme sanığın nakti kefaletle tahliyesine karar verebileceği esasını kabul etmiştir. Keza maddenin 3954 sayılı kanunla da değişmesi sırasında sırf 59 uncu maddenin 3 üncü ve 4 üncü fıkralarına münhasir olmak üzere kefaletle tahliyeyi kabul etmiş idi. 4648 sayılı kanun işi daha geniş tuttu. Nitekim 66 ıncı maddenin 4648 sayılı kanundaki ikinci fıkrası: (Şu kadarki, son tahkikat sırasında mahkeme maznunun nakdi kefaletle tahliyesine karar verebilir) demekte idi. Bu gün hâdise böyle değildir. 66 ıncı madde en son 4945 sayılı kanunla değişmiş ve duruşmanın tutuklu olarak yapılacağını açıkca göstermiştir.

8— Bu hususiaki düşüncelerim

Millî korunma kanunu 1609 sayılı kanunu kendi çerçevesine aldıktan sonra Millî korunma kanununun değişen 67 inci maddesile de açıkca belirtildiği gibi bu işlerde artık ilk soruşturma mevzuubahs olmıyacağı ve son soruşturmanın da tutuklu olacağı tesbit

olunduğundan bu noktalara diyecdk sözümüz yoktur. 1609 sayılı kanuna giren suçlardan dolayı da artık Validen izin almıya lüzum kalmamıştır. Ancak tutukluluk halinden biraz bahsetmek yerinde olur. Uygulamada öyle hallerle karşılaşıyoruzki duruşmaya gelen sanık hakkındaki deliller mahkemenin ölçümüne (takdirine) bırakılmış ve o deliller de zayıf ve mahkûmiyet cihetine gidilecek derecede olmadığı halde duruşmanın yine tutuklu devam etmesi Adalet duygularına uygun düşmemektedir. Deliller istinabe suretile toplanacak, iş uzayacak ve fakat neticede hüküm beraetle bitecektir, Ve sanık ta hem tutuk kalacak hem de sanık sandalyasinde sürtecektir. Bu hal formaliteyi Adalete tercih etmek kadar ağır bir netice doğurmaktadır. Binaanaleyh millî korunma kanununun 66 ıncı maddesi 3954 ve 4648 sayılı kanunlarda olduğu gibi hiç olmazsa yargıca kefaletle salıverme imkânlarını vermelidir. Yargıç, formalitenin Adalete tercih edilmesini ve bunun acılarını açıkça duyabileceği gibi beraatla neticelenen yargılamalarda sanığın beyhude yere ceza evinde kalması vicdani ammeyi incitecektir. Bu netice hiç bir zeman adalet adına iyi bir netice değildir.

5020 sayılı kanuna göre tahliye sebepleri.

Plân

Yazan
Volf Çernis

I. Kanun hakkında düşünceler.
II. 5020 sayılı kanundan önceki rejim.
III. 5020 sayılı kanundan sonraki hukukî durum.

A.—Kanunî ve akdî hükümlere muhalefet sebebile tahliye.

B.—Diğer tahliye sebepleri,

1.—Kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse icraya müracaatla kiralayan tahliye talebinde bulunabilir.

2.—Kiralıyan gayrimenkulü kendisi veya çocakları için konut olarak kullanma ihtiyacında kalırsa, kira sözleşmesinin hitamında tahliye davası açabilir.

3.—Gayrimenkulü kendisinin veya çocuklarının muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için kullanma ihtiyacında olan gayrimenkul maliki, sözleşmenin hitamında tahliye davası açabilir.

4.—Bir gayrimenkulü Medenî Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimseler kendisi veya çocukları veya mirasçılar yahut bunların bir kısmı için tamamen veya kısmen konut olarak kullanma ihtiyacında iseler, umumî hükümler dairesinde tahliye davası açabilirler.

5.—Kiralıyan, kira bedelini vaktinde ödememelerinden dolayı haklı olarak bir yıl içinde iki defa ihtar yapılan kiracılar aleyhine kira müddatinin hitamında ve ayrıca ihtara hacet kalmaksızın tahliye davası açabilir.

I Kanun hakkında düşünceler.

Millî Korunma Kanununun en son 4648 sayılı kanunla değişmiş bulunan 30 uncu maddesi, 21/2/1947 de kabul edilen ve 27 şubat 1947 de yürürlüğe giren "Millî Korunma Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun" ile bir daha tâdile uğramış bulunuyor. Kanunun heyeti umumiyesi göz önünde tutulduğu vakit, kanuncunun bellibaşlı iki maksat takip etmiş olduğu görülür: 1.—Kira bedellerinde muayyen nispetlerde zam yapmak hakkını mülk sahiplerine vermek; 2.—tahliye imkânlarını gayrimenkul sahipleri lehine olarak genişletmek.

Fevkalâde haller sürdüğü müddetçe devam etmek üzere kabul edilen ve birçok tahdit edici hükümleri ihtiva eden Millî Korunma Kanunu gayrimenkullerde mülkiyet hakkının bahşettiği tasarruflar bakımından o kadar şümullü takyitler koymuştur ki,

5020 sayılı kanunun Büyük Millet Meclisinde müzakeresi sırasında bir milletvekili kendi kanaatine göre "esasen Anayasamıza mugayir bir kanun olan bu Millî Korunma Kanununun 30 uncu maddesinin kaldırılması için Yüksek Meclisten rica ediyorum ve bunun için bir önerge veriyorum" demiştir [1]

Millî Korunma Kanununun yürürlüğe girdiği tarihtenberi arada yedi yıl geçmiş bulunuyor. Bu devre içinde İkinci Cihan Harbi sona ermiş, sürekli bir barış henüz sağlanmamış olmakla beraber, ne de olsa silâh sesleri susmuştur. İktisadî ve içtimaî zaruretlerle gayrimenkul sahipleri aleyhine kabul edilmiş olan bir çok takyitlerin tamamen değilse bile kısmen ortadan kaldırılması lüzumu kendini kuvvetle hissettirmiş, kira konusunda normale dönüş için adım adım ilerlenmesi bir zaruret halini almıştır. İşte 5020 sayılı kanun böyle bir ihtiyacın ifadesidir. Geçici komisyonun sözcüsü Kırşehir milletvekili Sahir Kurutluoğlu, bu kanunun bariz vasfını Meclisteki müzakereler esnasında şu sözlerle pek güzel belirtmiştir: «Bu tâdil tasarısı ile normal zamana avdetin ilk kademesi sağlanmak istenmiştir[2] . . . biz bu kanunla kayıtları kaldırmak, serbest rejime avdet etmek için ileri bir adım atmış bulunuyoruz» [3].

Hedef, normal zamanlarda cari olan rejime tekrar kavuşmaktır. Ancak bu hedefe bir anda ulaşmanın mahzurlu olduğu düşünülerek, Millî Korunma Kanununun bâzı maddelerini değiştiren kanun tasarısının gerekçesinde kaydedildiği üzere «Kira konusunda normale dönüş, ancak müteaddit yıllar içinde ve kademe kademe tahakkuk ettirilebilir bir kefiyet olarak kabul edilmiş ve tasarının hazırlanmasına bu görüş hâkim olmuştur» [4].

Kanunun karekteristik vasıflarını bu suretle izaha çalıştıktan sonra, kiralara yapılan zamlar meselesi üzerinde hiç durmuyarak, bu yazımızda sadece kanunun tahliye hususunda getirdiği yenilikleri incelemeğe çalışacağız.

Şu cihet kayde değer ki, Hükümetin teklifi, tahliye imkân ve sebepleri bakımından —türkçeleştirilen bir iki terim bir tarafa bırakılırsa— 11 Ağustos 1944 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 4648 sayılı kanundaki son şekli aynen muhafaza etmiş olduğu halde, ge-

[1] Fahri Karakaya, T.B.M.M. Tutanak Dergisi, dönem VIII cilt 4, toplantı 1, kırkyedinci birleşim sah. 329.

[2] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim sah. 332.

[3] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim sah. 346.

[4] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim S. Sayısı 95.

çici Komisyon, yukarda anlatılan sebeplerden dolayı tahliye imkânlarını genişletmeği lüzumlu saymış. Büyük Millet Meclisi bu imkânları biraz daha çoğaltmış ve bu suretle normal rejime avdet yolunda esaslı bir adım atılmıştır.

Kanunun ruhunu ortaya koymağa yaraması itibarile, bu baptaki Hükümet teklifini, onu takiben Geçici Komisyon'un kabul ettiği hükümleri ve nihayet kanun metnini dercetmek faydadan hâli olmıyacaktır.

Hükümetin bu hususstaki teklifi aynen şöyle idi:

V — a) Kira sözleşmelerinin bütün hükümlerine kiracılar tarafından riayet edildiği sürece Millî Korunma Kanununun uygulamadan kaldırılmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhinde tahliye davası mesmu değildir. Kira süresinin bitiminden en az onbeş gün evvel kiracı, gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirilmediği takdirde, sözleşme aynı şartlarla, bir yıl için uzatılmış sayılır.

b) Kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edilceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse veya gayrimenkulü kendisi için konut olarak kullanma mecburiyetinde kalırsa, kiralıyan kira sözleşmesinin hitamında tahliye talebinde bulunabilir.

Geçici Komisyon'un değiştirişi:

V — a) Kira sözleşmelerinin ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayır olmıyan vecibelerine, kiracılar veya mirasçıları ve konutlarda ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarafından tamamen riayet edildiği sürece Millî Korunma Kanununun uygulamadan kaldırılmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye davası mesmu değildir. Kira müddetinin bitmesinden en az 15 gün evvel kiracı, gayri menkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirmediği takdirde sözleşme ayni şartlarla bir yıl için uzatılmış sayılır.

b) kira şartlarına ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine riayet edilse bile aşağıda yazılı hallerde kiralıyan:

1.— Kiracı tarafından gayri mekulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayri menkul tahliye edilmezse, icraya müracaatla tahliye ettirebilir.

2.— Gayrimenkulü kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira sözleşmesinin hitamında,

3.— Bir nevi ticaret veya sanatla iştigal etmekte iken askerlik, hastalık gibi zarurî sebeplerle gayri menkulünü kiraya vermiş olanlar, bu mânilerin zevalinden sonra ayni gayrimenkulde tekrar ticaret ve sanatını icra etmek isterse; kezalik sözleşmenin hitamında;

4.— Bir gayrimenkulü satın alan kimse kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında ise,

5.—Konuttan başka bir gayrimenkulü satın alan kimse kendisinin veya çocuklarının muayyen meslek veya sanatlarının bizzat icrası için kullanma ihtiyacında ise;

6.—Kira bedelini vaktinde ödememelerinden dolayı haklı olarak bir yıl içinde iki defa ihtar yapılan kiracılar aleyhine kira müddetinin hitamında veya ayrıca ihtara hacet kalmaksızın;

Umumî hükümler dairesinde tahliye davası açabilir.

Büyük Millet Meclisinde ceryan eden müzakerelerden sonra kanun şu şekli almıştır:

V—a) Kira sözleşmelerinin ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine, kiracılar veya mirasçıları ve konutlarda ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarafından tamamen riayet edildiği sürece Millî Korunma Kanununun uygulamadan kaldırılmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye dâvası mesmu değildir. Kira müddetinin bitmesinden en ay 15 gün evvel kiracı, gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirmediği takdirde sözleşme aynı şartlarla, bir yıl için uzatılmış sayılır.

b) Kira şartlarına ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine riayet edilse bile aşağıda yazılı hallerde kiralıyan:

1—Kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse icraya müracaatla tahliye ettirebilir.

2—Gayrimenkulü kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira sözleşmesinin hitamında,

3—Gayrimenkulü kendisinin veya çocuklarının muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için kullanma ihtiyacında ise sözleşmenin hitamında,

4—Bir gayrimenkulü Medenî Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimseler kendisi veya çocukları veya mirasçılar yahut bunların bir kısmı için tamamen veya kısmen konut olarak kullanma ihtiyacında ise,

5—Kira bedelini vaktinde ödememelerinden dolayı haklı olarak bir yıl içinde iki defa ihtar yapılan kiracılar aleyhine kira müddetinin hitamında ve ayrıca ihtara hacet kalmaksızın,

Umumî hükümler dairesinde tahliye davası açabilir.

II—5020 sayılı kanundan önceki rejim.

Adalet Dergisinde çıkan bir yazımızda kaydettiğimiz gibi [5], 4648 sayılı kanuna göre ancak üç halde tahliye davası açılabilirdi:

1 - Kiracının, kira mukavelesinin hükümlerine riayet etmemesi, genel hükümlere aykırı harekette bulunması;

2 - Kiracının,gayrimenkulü boşaltacağını kira müddetinin sona ermesinden en az onbeş gün önce kiralıyana yazı ile bildirmiş olmasına rağmen tahliyeye yanaşmaması;

3—Başka meskeni olmadığı için mal sahibinin, gayrimenkulü kendisi için mesken olarak kullanma mecburiyetinde kalması.

İşte tahliye davalarının behemehal bu sebeplerden birine dayanması gerekti.

III—5020 sayılı kanundan sonraki hukukî durum.

Bu kanunun V. bendinin a) fıkrası kaideyi tesbit ediyor. Kanunun derpiş ettiği hallerden biri mevcut olmadığı müddetçe tahliye davası dinlenmez. Demek oluyor ki, 4648 sayılı kanundaki kaide değişmemiştir. Fakat hemen ilâve edelim ki, yeni kanunun bu V. bendinin a) fıkrası gerek tahrir tarzı bakımından gerek ihtiva ettiği hükümler bakımından bir yenilik taşımaktadır. Bu fıkranın metni şöyledir: «Kira sözleşmelerinin ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine, kiracılar

[5] Volf Çernis, Tahliye şartları ve tahliye mektupları, Adalet Dergisi, Kasım 1945 sayı 11, sah. 1150.

veya mirasçıları ve konutlarda ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarafından tamamen riayet edildiği sürece Millî Korunma Kanununun uygulamadan kaldırılmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye davası mesmu değildir».

Bu fıkradaki değişiklikleri daha iyi anlamak için eski ve yeni ibareleri karşılaştıralım: «Kira mukavelelerinin bütün hükümlerine kiracılar tarafından riayet edildiği müddetçe» şeklindeki eski ibarenin yerine «kira sözleşmelerinin ve Borçlar Kanununun Milli Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine kiracılar veya mirasçıları ve konutlarda ölen kiracı ilebirlikte ikamet edenler tarafından tamamen riayet edildiği müddetçe» ibaresi geçmiştir.

Millî Korunma kanunu âmme intizamı mülâhazasile kabul edilmiş bir kanun olmak itrbarile hükümlerinin çoğu emredici mahiyettedir. Normal zamanlarda kiralıyanla kiracı arasındaki münasebetleri düzenliyen ve Borçlar Kanununun 248—269 uncu maddelerinde yer alan hükümlerin bâzıları, emredici ve istisnai mahiyette olan Millî Korunma Kanununun normları tarafından tâdil edilmiş, daha doğrusu bunların tatbiki durdurulmuştur. İşte kanuncu, yalnız kira sözleşmelerinin hükümlerine değil, ayni zamanda Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa aykırı olmıyan vecibelerine de tamamen riayet edilmesi lâzım geldiği hususunda hiçbir tereddüde meydan vermemek için, bu noktayı açık bir şekilde belirtmeği faydalı bulmuştur. Fakat asıl enteresan olan değişiklik, kanuncunun, kiracıların miasçılarını ve konutlarda ölen kiracı ile birlikte ikamet edenleri de, maddeye ithal etmiş olmasıdır.

Bilindiği gibi, B.K. nun 265 inci maddesi kiracının ölümünden bahseder. Bu maddeye göre: «kiracının vefatı halinde gerek mirasçıları gerek kiralıyan, bir sene veya daha uzun müddetli kiralarda kanunî mehillere riayet şartile, en yakın vakit için tazminat vermeksizin akdin feshini ihbar edebilirler». Bu madde, mecurdan istifade keyfiyetile mecurdan istifade eden şahıs arasında mevcut olması melhuz sıkı alâka dolayısile, kiracının ölümü halinde her iki tarafa yani gerek kiralıyana gerek ölen kiracının mirasçılarına kira aktinin feshini tazminatsız olarak ihbar etmek imkânını vermek istemiştir. Riayeti gereken feshi ihbar müddetleri B.K. nun 262 nci maddesinde gösterilmiştir. Dikkat edilecek bir nokta da, bir yıldan az müddetli kira akitlerin de kiracının ölümünün hiçbir tesir icra etmediğidir. Müteaddit kiracılardan biri ölürse,

diğerleri ancak 264 üncü maddeye göre feshi ihbar edebilirler. kiracının müteaddit mirasçıları varsa, karşılıklı hak ve borçları muhtevi bölünmez bir borç münasebeti bahis mevzuu olmak itibarile, feshi ihbar hepsine tevcih edilmeli veya hepsi tarafından sâdır olmalıdır. Bir şirketin veya bir hükmî şahsın feshi kiracının ölümü hükmünde tutulmadığı gibi, kiralıyanın ölümü de bu mahiyette sayılmaz. Bununla beraber her iki hâdise B.K. nun 264 üncü maddesinin anladığı mânada mühim sebepler teşkil edebilir [6].

Görülüyor ki, Borçlar kanununun 265 nci maddesi kiracının ölümü halinde kira akdini kendiliğinden ortadan kaldırmıyor, gerek kiralıyana gerek kiracının mirasçılarına müddetlere riayet etmek kaydile feshi ihbar edebilmek hakkını veriyor.

İşte kiralıyanın haiz olduğu bu fesih hakkı, Millî Korunma kanununun son tâdili ile muvakkat bir zaman için bertaraf edilmiş oluyor. Bunun aksine kararlaştırılacak şart, B.K. nun 20 nci maddesi gereğince bâtıldır. Şu hale göre:

1. — Kiracı vefat ederse, mal sahibinin kira akdini feshettiğine dair yapacağı ihbar hükümsüzdür.

2 — Kiracının mirasçıları akdi feshetmek istemezlerse, mevcut kira mukavelelerine ve Borçlar kanunu hükümlerine riayet etmek şartile haklarında tahliye dâvası açılamıyacaktır [7].

5020 sayılı kanunun V. bendinin a) fıkrasında geçen mirasçılar tâbirile kimler kastedilmiştir? Aceba tek başına bir evde oturmakta iken ölen ve başka bir semtte ikamet eden kardeşinden başka mirasçısı olmıyan bir kiracının bu kardeşi, kanunun bu hükmüne dayanarak, ölen kardeşinin evine yerleşebilecekmi?

Kanunun gözettiği tafsil şudur: Kiralanan yer konut ise, ancak ölenle beraber oturmakta olan mirasçılara; konuttan başka bir yer bahis konusu ise, o yerde müverrisle beraber çalışmış olup olmadıklarına bakılmaksızın müteveffanın mirasçılarına, kira akdini devam ettirmek hakkını tanımak lâzımdır. Hükümetin hazırladığı gerekçede « Buna mukabil kiracının vefati ile mukavelenin feshi imkânı dolayısile, binada ölen kiracı ile beraber ikamet eden diğer şahısların Borçlar kanununun 265 nci maddesine daya-

[6] Karşılaştırınız: Oser und Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht 2. Teil, Zurich 1936 sah. 1050.

[7] Tahsin Okur, Değişen Millî Korunma Kauununa göre kira, İstanbul 1947, sah 20]

nılarak tahliyesi yoluna gidilmesi, Millî Korunma kanununun 30 ncu maddesinin maksat ve gayesine tamamile aykırı bulunmaktadır» [8] denilmiş olması ve geçici komisyonun raporunda «Konutlara gelince: Bu hak ölen kiracı ile beraber oturanlara tanınmış olup bunların mirasçı olup olmadıklarına bakılmaz. Asıl mirasçılar esasen bir başka meskende ikamet etmekte iseler ölen kiracının oturduğu meskeni de işgale hakları olmıyacaktır. Burada gaye, mirasçı olsun olmasın ölen kiracı ile beraber oturanların mesken ihtiyacı bakımından himayelerini sağlamaktır» [9] diye yazılı bulunması, durumu aydınlatmaktadır [10].

Demek oluyorki, şu noktaya dikkat edeceğiz: Kiracının mirasçıları, yukarda verilen izahat dairesinde, ister konut ister konuttan başka gayri menkuller bahis mevzuu olsun, Millî Korunma Kanunu nazarında kiracı gibi farzedilmişlerdir yani kiracının mirasçıları müverrislerinin haiz olduğu aynı haklara sahip ve aynı borçlarla mükelleftirler. Halbuki ölen kiracı ile birlikte ikamet eden fakat onun mirasçısı olmıyan kimselerin hukukî bakımdan kiracı gibi farzedilebilmeleri için, bir konutun bahis mevzuu olması şarttır. Müşahhas birer misalle meseleyi canlandıralım: A isminde bir tacir ölüyor, mirasçısı yoksa da B adında çok samimî bir arkadaşı vardır ve bu arkadaşı, ölenin kiracı bulunduğu Beyoğlu İstiklâl caddesindeki apartman dairesinde yıllardanberi kendisile beraber ikamet etmektedir, aynı zamanda yine ölenin kiracı bulunduğu Mahmutpaşadaki dükkânda eskidenberi beraber çalışmaktadır. B, ölen A nın mirasçısı olmadığı halde hâdisede konutun tahliyesi için kendisine karşı açılacak tahliye davası dinlenmiyecek, halbuki dükkânın maliki tahliye davası açarsa, tahliyey karar verilmek lâzım gelecektir.[11].

[8] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim (S. Sayısı 95) sah. 7.

[9] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim (S. Sayısı 95) sah. 9.

[10] Tahsin Okur, a g.e. sah. 21.

[11] Adalet, Bütçe, Ekonmi, İçişleri, Maliye ve Ticaret Komisyonlarından seçilen beşer üyeden kurulan Geçici Komisyonun hazırladığı 19/2/1497 tarihli rapor, a) fıkrasında yapılan değişikliklerin sebeplerini gayet açık bir şekilde izah ettiği için buna müteallik kısmı buraya aynen geçirmekten kendimizi alamadık:

V — a) Bu bendin (a) fıkrasına yapılan ilâveler, "Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibeleri„ ile ölmüş kiracının " Mirasçıları ve konutlarda ölmüş kiracı ile birlikte ikamet edenler„ kayıtlarıdır.

Bugüne kadar devam eden tatbikatta 30 ncu maddenin V nci bendindeki kira sözleşmelerine riayet kaydında Borçlar kanununda yazılı vecibelere de riayetin dâhil olup olmadığı üzerinde bâzı tereddütler görülmüştür. Bunu izale maksadiyle Borçlar kanununun, sözleşmelerde münderiç olmıyan ve fakat taraflarca ittibaı zaru-

Yeni kanunun V.bendinin a) fıkrasının ikinci cümlesine göre: «kira müddetinin bitmesinden en az 15 gün evvel kiracı, gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirmediği takdirde sözleşme aynı şartlarla bir yıl için uzatılmış sayılır.»

Kiracıları esaslı surette koruyan bu cümle eski kanunda da vardı. Bu hükümle kira aktini devam ettirip ettirmemek kiracının ihtiyarına bırakılmıştır. O kadar ki, kanun kiracıyı tam mânasile korumak için, onun kira aktinin devamını arzu ettiğini kaide diye kabul ediyor ve kiracı, kira müddetinin bitmesinden en az onbeş gün önce gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirmiş ve taraflar sarahatan yeni bir mukavele yapmış olmadıkça, sözleşmeyi aynı şartlarla bir yıl daha uzatılmış sayıyor. Demek ki taraflar eski kontratonun süresi bittiği zaman, bilfarz üç aylık yeni bir kira mukavelenamesi yapmışlarsa, bu takdirde bu üç aylık müddet esastır, yoksa sözleşme bir yıl uzamış olmaz. Kanunun kabul ettiği bir yıllık mihanikî uzama, kiralıyanın, kira aktini yenilemekten imtinaı halinde caridir, yoksa bu fıkranın taraf. ların müddet husu:undaki karşılıklı ve birbirine uygun rızalarına

---

rî bulunan kiraya müteallik diğer hükümlerine de riayetin maddeye ithali yerinde görülerek bu şekilde ilâve yapılmıştır.

Tatbikatta görülen diğer bir tereddüt noktası da, kiracının ölümü halinde kira mukavelesinin devam edip etmediği hususu idi. Esasen Borçlar kanununun 265 nci maddesinde kiracının ölümü halinde kira mukavelesinin, kiralıyan veya ölen kiracının mirasçıları tarafından yapılacak ihbarla feshi istenebileceği yazılıdır. Böyle olunca bu hüküm akdin kendiliğinden münfesih olacağını ifade etmemektedir. Normal zamanlardaki akitlerin kiralıyanlar tarafından feshedilmesi imkânı fevkalâde zamanlar için bâzı tahditlere tâbi tutulduğuna ve bununla da sadece içtimaî ve iktisadî nizamın korunması derpiş edilmiş bulunmasına göre, kiracının ölümü halinde kiralıyan yani mucir, kiracıya karşı aynı hukukî durumdadır ve bu itibarla fevkalâde zamanlar sürdükçe akdin feshini istiyememesi icabeder.

Ölen kiracının mirasçıları ve konutlarda ölen kiracı ile birlikte oturmakta olanlar akdin temadisini arzu ettikleri taktirde kira mukaveleleri devam edecektir. Konut olanla olmıyanların tefrikinde gözetilen gaye de şudur:

Ölen kiracının işgal ettiği yer bir mağaza veya Otel gibi gayrimenkullerden ise mirasçıları işin devamını temin için kira mukavelesinin Millî Korunm kanunu hükümlerine göre uzatılmasından istifade edebileceklerdir.

Konutlara gelince: Bu hak ölen kiracı ile beraber oturanlara tanınmış olup bunların mirasçı olup olmadıklarına bakılmaz. Asıl mirasçılar esasen bir başka meskende ikamet etmekte iseler, ölen kiracının oturduğu meskeni de işgale hakları olmıyacakcaktır. Burada gaye mirasçı olsun olmasın ölen kiracı ile beraber oturanların mesken ihtiyacı bakımından himayelerini sağlamaktır„ (Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim S. Sayısı 95 sah. 8 ve 9).

müdahalesi yoktur ve olmaz. Bir misal verelim: A Beyoğlundaki bir evi 1 ocak 1946 tarihinden 1 ocak 1947 tarihine kadar olmak üzere bir yıl müddetle B den kiralamıştır. 1 ocak 1947 de taraflar üç aylık yeni bir kira kontratosu imzalamışlardır. Şu hale göre, ev sahibi B bu üç ayın hitamında, bilfarz mesken ihtiyacı sebebile tahliye davası açabilir. A, bu üç aylık kontratonun müddet bakımından muteber olmadığını ve kira mukavelesinin mihanikî olarak bir yıl uzamış sayılması lâzım geldiğini ve bu ihtibarla B nin ancak 1 ocak 1948 de tahliye davası açabileceğini iddia edemez. Bunun sebebi de açıktır: Kiracı A bu gayrimenkulü ilk defa kiralamayor ki, iktisadî bakımdan ve mevcut mesken buhranı dolayısile kiralıyanın nüfuzu altında kalarak, onun iradesine boyun eğdiği kabul edilebilsin. A hâdisede Millî Korunma Kanununun himayesi altında bulunuyordu. Bu itibarla 3 aylık bir kontrato tanzimi hususunda kiralıyanın yaptığı teklifi pek âlâ rededebilir ve bu takdirde sözleşme aynı şartlarla bir yıl daha uzamış olurdu. Üç aylık kontratoyu imzalamakla, kiracı kira müddetinin bu kadar devam etmesini arzu ettiğini açıkca ifade etmiştir. Nasıl ki, Millî Korunma Kanunu, tarafların karşılıklı rızaları ile akti feshetmelerine müdahale edemezse müddet hususunda da tarafların iradesine hürmet etmek zorundadır. V. bendin a) fıkrası, ancak tarflar sarahaten yeni bir kira mukavelenamesi yapmadıkları takdirde, kiracıyı korumak için sevkedilmiş bir hükümdür. Aksini kabul etmek hukukan ve mantıkan mümkün değildir, çünkü bu takdirde kanuncunun ille bir senelik kira kontratosu yapılmasını istediği neticesine varmak lâzım gelir ki sözü gecen fıkra böyle bir tefsire katiyen müsait değildir.

A—Kanunî ve aktî hükümlere Muhalefet sebebile tahliye.

Yeni kanuna göre tahliyeye sebep teşkil eden hallerden birincisi; kiracılar veya mirasçıları ve konutlarda ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarfından kira sözleşmelerinin ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa aykırı olmıyan vecibelerine tamamen riyet edilmemesi halidir Hukuk nizamımızın temeli olan ve geçici komisyonun sözü geçen raporunda [12] «mukaddes» diye vasıflandırılan mülkiyet hakkının malike bahşettiği tasarruf haklarını fevkalâde hallerin devamı müddetince mühim tahditlere uğratan Millî Korunma Kanununun 30 cu maddesinim içtimaî ve iktisadî

[12] Adı geçen Tutanak Dergisi, S, Sayısı 95 sah. 7.

zaruretler dolayısile kiracılara sağladığı feyizlerin, onların aktî ve kanunî hükümlere harfiyen ve titizce riayet etmelerile mukayyet olması kadar tabiî bir şey olamaz. Bu itibarla, akde ve kanuna muhalefet eden ve bu suretle Millî Korunma Kanununun kendisine bahşettiği müstesna feyizleri ayaklar altına alan kiracı zaten hukukî bakımdan himayeye lâyık değildir.

B—Diger tahliye sebebleri.

5020 sayılı kanun, kira şartlarına ve Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine riayet edilse bile aşağıda yazılı hallerde kiralıyana tahliye davası açmak hakkını vermiştir.

1— Kiracı tarafınkan gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bidirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse icraya müracaatla kiralıyan tahliye talebinde bulunabilir.

Bu bahiste akla şöyle bir sual geliyor: Kira kontratosu yapıldığı sırada kiracının kira müddetinin sonunda mecuru tahliye edeceğini ve Millî Koruma Kanununun hükümlerinden faydalanamıyacağına dair, mukavelenamenin özel sartları kısmında kendisine yazdırılan veya bu yolda kendisinden alınan tahliye mektubunun hukukî kıymeti varmıdır? Yüksek Yargıtayımız yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce bile bu meseleyi ele almak zorunda kalmış ve 4—10—1944 gün ve 15/20 esas ve 28 sayılı tevhidi içtihat kararında »mukavele edilen müddetin hitamında mecurun tahliye edileceğine dair kira mukavelelerine dercedilecek şart ve taahhütlerin Millî Korunma Kanununun yürürlükte kaldığı müddeçe muteber olmadığı» sonucuna varmıştır[13]. Ehemmiyetle kaydetmek lâzımdır ki sözü geçen tevhidi içtihat kararının temas ve kastettiği hâdise, kiralıyanla ilk defa kira mukavelesi yapan kiracının onun nüfuzu altında kalarak, böyle bir tahliye şartının mukaveleye dercine peşinden razı olmuş olmasıdır, çünkü bu rıza serbest bir irade mahsulü değildir, çünkü kiracı ancak kira akti dediğimiz hukukî münasebet meydana geldikten sonra Millî Korunma Kanununun himayesi altına girecektir. Böyle olunca, değerli yargıç hakkı Ketenoğlunun haklı olarak işaret ettiği gibi, «eskidenberi devam eden kira akdine ait tevali eden mukavelenamelerden ikinci, üçüncü ve bunlardan sonra yapılacak olan mu-

]13] Resmî Gazete, 9 Şubat 1945, Sayı 5927.

kavelenameye kiracının muayyen müddet sonunda tahliye edeceğini taahhüt etmesi mümkün ve böyle bir taahhüdün akit başlangıcında yapıldığını kabul etmek gayri kabildir. Bu şekildeki taahhüdüne riayet etmiyen kiracı aleyhin tahliye davası açılabilir» [14]

Adalet Dergisinde bu tevhidi içtihat kararı münasebetile yazdığımız makalede [15] Yüce Mahkememizin bu kararının gayet isabetli olduğunu kayıt ve bunun sebeplerini etrafile izah etmiş, ve yazımızı bitirirken «serbest bir irade mahsulü olmıyan tahliye mektuplarına da yüksek Mahkememizce kıymet yerilmiyeceğini mukakkak sayarız» demiştik [16]. Çünkü ilk defa yapılan kira mukavelelerine dercedilen tahliye şartları hangi sebeplerden dolayı bâtıl ise, serbest bir irade mahsulü olmıyan tahliye mektupları ile kiracının yaptığı taahhüt yine aynı sebeplerden dolayı hukukan makbul değildir. Yargıtayımızın son içtihatlarının bu merkezde olduğunu memnuniyetle öğreniyoruz. Nitekim Yüksek mahkememiz son kararlarından birinde« bildirişler serbest bir irade ile yapılmadıkça muteber sayılmıyacağından, aktin başlangıcında gayri menkulü elde edememek endişesi ile vâkı yazılı bildirişlerin serbest bir iradeden doğduğu söylenemiyeceğinden, hüküm ifade etmezler» [17] neticesine varmakla isabetli kararlarından birini daha vermiş bulunuyor.

5020 sayılı kanunun V. bendinin b) kısmının 1 inci fıkrasındaki yenilik, kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği kiralıyana yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse, gayrimenkul malikinin artık eskisi gibi sulh mahkemesinde dava açmak mecburiyetinde olmayıp, doğrudan doğruya icraya müracaatla tahliye talebinde bulunabilmesidir. Kanuncu tarafından bu yolun ihtiyar edilmiş olması, bu sebebe dayanan tahliye isteklerinin kısa bir zamanda neticelendirilmesini mümkün kılacağı gibi, sulh mahkemelerinin yükünü biraz hafifletmeğe yardım edecektir. Fakat bu faydalarına karşılık bunun birtakım esaslı mahzurları da yok değildir. Meslekdaşımız Mehmet Ali Sebük, ma-

[14] Hakkı Ketenoğlu, „Hukukta, Cezada kira ve tatbikatı„ Üniversite Kitabevi İstanbul, sah. 129,

[15] Volf Çernis, adı geçen makale, sah. 1150.

[16] Volf Çarnis, adı geçen makale, sah. 1161.

[17] 3. H. D. 30/4/946. 4829 E. Son. içtihatlar, ikinci kitap, Sah. 8.

kelesinde [18] bu hususta duyduğu endişeleri şöyle ifade ediyor: "Millî Korunma Kanununa göre, kiracı, evden çıkacağını, 15 gün evvel yazı ile bildirebilirdi. Mukavele müddetinin sonunda çıkmazsa, mal sahibi mahkemeye başvuruyordu. Şimdi ise, böyle bir hal karşısında, mal sahibi mahkemeye dâva açmadan, doğrudan doğruya icraya giderek tahliyeyi kestirme yoldan temin edebilecektir. Geçen tatbikat hayatı, bize, bu değişikliğin ne kadar suiistimallere sebep olabileceğini vâzıhan göstermektedir. Zira, evvelce de tatbikatta mal sahipleri, kiracılarından böyle kâğıtlar alıyorlardı. Fakat bunlar bazan tarihsiz veya kira müddetinin sona ermesinden 15 gün evvelki tarihi taşıyordu. Kiracı gününde çıkmayınca mal sahipleri ellerindeki bu kâğıtlara istinaden, mahkemeye tahliye dâvası açıyorlardı. Fakat kiracılar mahkemedeki müdafalarında, bu kâğıtların peşinen ve tarihsiz verildiğini veya sözleşme için kiralıyan tarafından şart koşulduğunu ileri sürüyorlardı. Mahkeme de, usulü dairesinde bunların ispatına müsaade ederek, neticeye göre kararını veriyordu. Şimdi, yeni kanuna göre, mal sahibi, elindeki kâğıtla, doğrudan doğruya icraya baş vuracaktır. Kiracı, yukarıdaki müdafaalarını, icra hâkimine izah edemiyecektir. Zira mahdut yetkili olan bu hâkim, bahis mevzuu cevapları dinleyemiyecektir. Bu suretle kiracı, şahit dinletmek veya yemin teklifi gibi deliller göstererek bu iddiasını ispat hakkından mahrum kalır. Bundan başka kâğıttaki yazı ve imza tatbikat ve istiktabı gibi işlerin yapıl p yapılamıyacağı da, düşünülmeğe lâyıktır. Zira icra ve iflâs kanununa göre, icra hâkiminin bu hususta yetkisi de yalnız alacak takiplerindeki vesikalara münhasırdır. İçtihat, buna kontratları da ilâve etmiştir. Filhakika, icra ve iflâs kanunu, icra hâkimine ancak borç için istiktap salâhiyeti vermiştir. Bu itibarla tahliyenin doğrudan doğruya icraya terkedilmesi, birçok haksızlıklara kapı açabilecektir. Maamafih, Yargıtayın vazedeceği içtihatlar ve mahkemelerimizin, hâdisenin mahiyeti ile telif kabul edecek her zamanki gibi iyi görüşlerile bu tehlike kısmen önlenebilir.

Gerçekden de icra tetkik mercilerinin vazife ve salâhiyetleri icra ve iflâs kanunu ile tâyin ve tahdit edilmiş olduğundan, kiracı tahliye mektubunun kira aktinin başlangıcında verilmiş olduğunu ve bu itibarla serbest bir irade mahsulü olmadığını iddia ederse, bu iddiayı incelemek, sözü geçen mercilerin tetkik sahası dışında kalmaktadır. Durum bu merkezde olduğuna göre, 18/3/1942 tarih ve 6 sayılı tevhidi içtihat kararında başka bir mesele münasebeti-

[18] "Kiracı — evsahibi münasebetleri", 12 Mart 1947 tarihli Vatan gazetesi.

le ifade edilen ve hâdisemiz için de vârit ve doğru olan düşüncelerden kuvvet alarak şöyle diyeceğiz: Kiracıların bu mahiyetteki iddialarını ait olduğu mahkemede dâva ve ispat hakları mevcut olduğu ve bu dâvanının neticesine kadar icranın tehiri lâzım geldiği kabul edilerek bu yolda bir iddia dermeyan eden kiracıların ait olduğu mahkemeye müracaatı için kendilerine mehil; ve dava neticesine kadar icranın tehirine karar verilmek lâzımdır. Bu suretle, yukarda bahsedilen mahzurların önüne geçilmiş olacaktır.

2 — ***Kiralayan gayri menkulü kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında kalırsa, kira sözleşmesinin hitamında tahliye davası açabilir.*** Bu hüküm pek mühim yenilikleri ihtiva etmektedir. 4648 sayılı kanun, ancak mal sahibine, o da, gayri menkulü kendisi için mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kaldığı takdirde tahliye istemek hakkını veriyordu. Hattâ tatbikatta hep "mesken zarureti"nden bahsediliyordu. Yargıtayımız da »mesken olarak kullanma mecburiyeti» ibaresini eski kanun ruhundan kuvvet alarak dar tefsir ediyordu. Nitekim Yüksek Mahkememiz, malikin tahliye davası açabilmesi için, kendisinin kiracı olarak oturduğu yerden mahkeme hükmü ile çıkarılmış olmasını arıyor; kira ile oturmakta olduğu ev sahibine, aleyhine tahliye davsı açtırmak suretile kendi satın aldığı evi tahliye ettirmek için tahliye sebebi ihdas eden kimsenin davasını reddediyor [19]; kira evinde oturmağı mesken mecburiyetinin tahakkukuna kâfi görmüyor [20]; davacının ailesi efradını kaç kişi ve kaçar yaşında olduklarının tesbitini, mesken buhranının da nazara alınmasını emrediyor [21]; davacının davalıya evi kiraladığı zaman, tahliye sebebi olarak ileri sürülen hastalığa karısının müptelâ bulunmuş olması halinde kira zamanındaki durumda bir değişiklik görmiyerek tahliye kararını yolsuz buluyor [22]; kira akdinin tecezzi kabul etmiyeceği yolundaki esbabı mucibeye iltifat etmiyor [23]; malî durumun bozulmasını mesken mecburiyeti için bir sebep saymıyordu [24].

[19] Üçüncü Hukuk Dairesinin 11—9—1945 tarih ve 7167 sayılı kararı (Hakkı Keteoğlu a. g. e. sah. 146).

[20] Üçüncü Hukuk Dairesinin 8—12—1944 tarihli kararı (Ketenoglu, a. g. e. sah. [143].

[21] Hukuk Cenel Kurulunun 27—12—1944 tarihli kararı (Ketenoğlu, a. g. e. sah. 143)

[22] Üçüncü Hukuk Dairesinin 26—11—1943 tarihli kararı (Ketenoğlu, sah. 144).

[23]Hukuk Genel Kurulunun 11—4—1945 tarih ve 98 sayılı kararı Ketenoglu sah. 145 Hukuk Genel Kurulunun 1/4/1945 tarih ve 3/93 esas ve 193 sayılı kararı (Ketenoğlu, sah. 149).

[24] Üçüncü Hukuk Dairesini 12/11/1943 tarihli kararı (Ketenoğlu, sah. 141).

Şu ciheti de işaret etmeden geçmiyeceğiz ki, bâzı kararların birbirine zıt olduğu göze çarpmaktadır. Bu durumun hukuk emniyet, ve istikrarı bakımından mahzurlu olduğu açıktır.

Acaba yeni kanun yukarda anlatılan durumu değiştirmiş midir? Acaba "konut olarak kullanma ihtiyacı" nın mevcut olup olmadığını tesbit ederken, yargıç, gayri menkul malikleri lehine daha müsamahakâr davransınmı, davranmalı mıdır? Bu suale verilecek cevabın birçok tahliye davalarının mukadderatı üzerinde oynıyacağı rol meydandadır.

İnkâr olunamıyacak bir vâkıa varsa, o da, eskiden yalnız mal sahibinin kendisinin mesken mecburiyeti için tanınmış olan tahliye imkânının bu kere genişletilerek çocukların mesken ihtiyacı için de kabul edilmesidir. Kayıt ve işaret edilmeğe değer ikinci nokta, eski kanundaki "mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalırsa" ibaresinin yerine tâdilden sonra "konut olarak kullanmak ihtiyacında kalırsa" ibaresinin geçmiş olmasıdır.

Şunu teslim etmek lâzımdır ki, lâfız bakımından her iki ibare arasında fark vardır. Çünkü mecburiyet kelimesi zaruret kelimesinin müteradifi olduuğu halde, ihtiyaç kelimesi, derece bakımından daha az şiddetli bir lüzum ifade eder.

Bilindiği gibi Medeni Kanunumuz 1 inci maddesinde lâfız veya ruhtan bahsetmektedir. Lâfız açık ise, tefsire mahal kalmıyacaktır. Fakat Prof. Egger'in Adalet Bakanlığı tarafından dilimize çevirtilen "Giriş ve kişinin hukuku" adlı meşhur şerhinde haklı olarak işaret ettiği gibi, " lâfız başlıbaşına müstakil bir varlığı haiz olmayıp, en yakın mâna her zaman kontrol edilmeğe muhtaçtır. Lâfız hukukî fikrin tam ifadesi olabilir, fakat fazla dar fazla geniş olması da daima mümkündür" [25]. Bu itibarla mücerret lâfza bağlanmak doğru olmayıp, bu lâfzın vârit olduğunu mucip sebeplerile göstermek lâzımdır.

Kanunun muhtelif tefsirlere müsait olduğunu göz önünde tutarsak, "tefsirci, yalınız mümkün olan tefsirleri açıkça göstermek değil bunlar arasında seçim yapmak vazifesile de karşılaşmaktadır. Bu sebeple tefsirde hedef, norm'dan kabil olan en iyi. en değerli hukukî fikri elde etmekten ibarettir. Bu ancak ve ancak,

[25] Prof. A. Egger, Zürich şerhi, Giriş ve kişinin hukuku (Volf Çernis tarafından terceme edilmiş olup yakında yayınlanacaktır) türkçe tercemesi, sah. 59.

normun temas ettiği ihtilâf için en âdil hal suretini arzeden mâna olabilir. Bunun iki cephesi vardır. Yargıç, hâdisenin hususiyetine en iyi bir şekilde cevap veren hal suretini ihtiyar etmelidir. Fakat bu seçimi yaparken bu normun kanunun bütünü ve tekmil hukuk nizamı ile münasebetini de iyiden iyiye hesaba katmalıdır. Demek oluyorki, tefsirde hedef, bahis mevzuu ihtilâfa en iyi cevap veren ve aynı zamanda hukuk nizamının heyeti umumiyesi içinde kabil olduğu kadar ahenkli bir surette yer alan bir kanun hükmünün mânasını elde etmektir" [26].

Başlıca üç tefsir metodu vardır: 1.— Mefhumlardan ve sistemden istınbat suretile tefsir metodu. 2.-- Tarihî tefsir metodu. 3.— Tartıcı metot.

Mantıkî veya dialektik metot da diyebileceğimiz birinci metod, elverişsiz vasıtalarla çalıştığı için bizi hedefe götüremez. Nitekim eserlerde rastlanılan zıt mütalâalar, en farklı hal suretlerinin dialektik bakımdan pek âlâ haklı gösterilebileceğini ispat etmektedir. Tarihi tefsir metoduna gelince: Kanun, kanuncunun iradesine göre tefsir olunmalıdır; işte bu iradeyi kanunun desteklerinden (meselâ Büyük Millet Meclisi tutanakları, komisyon raporu, Hükümet gerekçesi) çıkarmak, tarihî tefsir metodunun vazifesidir. Ancak Egger'in [27] pek güzel canlandırdığı gibi, "desteklerin ilzam edici hiçbir kuvveti yoktur; ne derunî kıymetleri, ne de Anayasa bakımından. Bunlar ne kanuncunun iradesini, ne de kanunun iradesini tecelli ettirirler. Kanun; komisyon ve parlamentoların ibdai değildir, ve orada verilen reyler, o zamanki hukuk oluşu âmillerinin ancak eksik, gelişigüzel, tezat dolu bir parçasını aksettirmektedir. Bunlar, kendi başlarına hiç bir otorite iddiasında bulunamazlar (bahusus ki, bir kanunun millet çoğunluğunun iradesine uygun bulunup bulunmadığı, bizzat yargıç için ehemmiyetli değildir, Federal Mahkeme kararı 50 I 339). Kaldı ki, kanun, her nesle, o neslin dilile hitap eder ve bu itibarla, o neslin varmak istediği hedeflere ve peşinde koştuğu gayelere göre tefsir edilmelidir. Kanun, o nesil için, tıpkı ilk muhatapları için olduğu gibi aynı "değişmez canlı kudret kaynağı"dır, yoksa tarihî bir eser değil. " "... Desteklerin ilzam edici mahiyette olmaması, bunların *göz önünde tutulmasına* mâni teşkil etmez. Destekler çok kere kıymetli bir reel (sosyolojik) malzeme ve hayat-

[26] Egger, a. g. e. sah. 59.
[27] Egger, a. g. e. sah. 61 ve 62.

85

taki ihtilâflar hakkında hukuk siyaseti ile ilgili değerli mütalâalar ihtiva ederler. Bunlar kanunlaştırma işini gösterirler ve bu itibarla asıl, kanunu tartıcı metoda göre tefsir eden yargıca değerli bilgiler verebilirler. Asıl, kanuncunun işine devam etmesi gerektiği için, bu hazırlayıcı çalışmalar yargıcın işine çok yarıyabilir"

İsviçrenin en büyük hukukçusu sayılan Prof. Egger'in, bizim de taraftarı bulunduğumuz tartıcı metodun gayesi hakkındaki izahatını okuyalım: "Tefsir demek, mâna çıkarış mâna veriş demektir. Norma, hâdise hakkında hüküm vermeğe elverişli bir hale sokan mânayı veren odur. Norm, mahiyeti itibarile menfaatleri âdil bir surette uzlaştırmağa matuf bir teşebbüstür. Tefsirde gaye şu olmalıdır: Normun adalete uygun mânasını elde etmek. Bundan dolayı, değil yalnız boşlukların doldurulması, tefsir bile, kanuncunun fikrî çalışmasına devam demektir. Tefsirde bile, yargıç hukuk kaidesini " kendisi kanuncu olsa idi onu nasıl koyacak idi ise" o şekilde anlamalıdır. "İnteressenjurisprudenz" denilen ve menfaatler vaziyetini göz önünde tutan mektebin gayesi budur; yargıç, normu; menfaatleri değerlendirme diye anlamalı ve bu normun mevcut menfaat ihtilâfına tatbik edilebilip edilemiyeceğini kendi kendine sormalıdır. Ve gaî metodun amacı şudur: Normun takip ettiği gaye, muayyen kıymet hükümlerine istinaden muayyen bir hukukî durum meydana getirmektir. Doğru hukuk yaratmak hususundaki bu maksada, tefsir de hizmet eder; daha geniş mânada alınınca, bu tartıcı metottur. Yargıç kıymet hükmü vermeli ve buna göre karar vermelidir. O, vâkıayı bile tartıcı bir tarzda mütalâa etmeli ve ehemmiyetsiz olan bütün cihetleri atmalıdır (o, vâkıayı, ilkönce hukukî tahlile elverişli bir hale getirmelidir). Bundan sonra, o, kanunî veya taamülî normun muhtevası ile vüsat ve şümulü üzerinde düşünmelidir: O, normdaki hukukî fikri meydana koymalı ve tereddüde yol açan bütün hallerde, ona, daha değerli olan mânayı vermelidir. Ve nihayet, bu normun artık hâdise için tatbik kabiliyetini haiz bir kaide mi temin ettiğini yoksa bu hâdisenin yargıcın yaratacağı hukuka göre mi halledileceğini, inceden inceye tartmak suretile tâyin etmelidir. [28]

Bu izahatttan sonra ihtiyaç kelimesinin tefsiri için yargıcın takip edeceği metot taayyün etmiş oluyor: Tartıcı metodu esas itti-

[28] Egger, a g.e sah. 63 ve 64.

haz etmek, salim bir neticeye varmak için aynı zamanda destekleri yani Büyük Millet Meclisi zabıtlarını, Geçici Komisyonun raporunu Hükümet gerekçesini ehemmiyetle göz önünde tutmak ve bu suretle kanunun ruhundan ilham almak.

Hâdisede kiracının menfaatile mülk sahibinin menfaatleri karşılaşmaktadır. Kiracının menfaati, mevcut ev ve dükkân buhranı dolayısile, olduğu yerde kalmaktadır. Buna mukabil mülk sahibinin kendi mülküne geçebilmesi mülkiyet hakkının en tabiî bir neticesi olmak lâzım gelir. İhtiyacın ölçüsü ne olacaktır? Kabul etmek lâzımdır ki, bu hususta bir kıstas koymak imkânsızdır, çünkü kanunun aradığı « ihtiyaç » şartının mevcut olup olmadığı, her hâdisede yargıç tarafından ayrı ayrı tetkik edilmesi gereken takdirî bir meseledir. Şu kadar var ki, yargıç takdir hakkını kullanırken gelişigüzel hareket edemez. Mülk sahibinin içtimaî durumunu, ailesinin nüfus miktarını, sıhhî sebepleri göz önünde tutmak zorundadır. Tereddüt halinde, mülk sahibi lehine olarak ihtiyacı mevcut farzetmelidir, çünkü Meçliste geçen müzakereler esnasında ifade edildiği gibi, tadil tasarısı ile normal zamana avdetin ilk kademesi sağlanmak istenmiştir, çünkü bu kanunla kayıtları kaldırmak, serbest rejime avdet etmek için ileri bir adım atılmıştır [29] ve bunu başka adımlar takip edecektir, çünkü 5020 sayılı kanunun ruhu bu merkezdedir, çünkü mülk sahibi hukuk nizamımızın temelini teşkil eden mülkiyet kakkına dayanmaktadır. Dahası var: Yargıtayımız, daha 5020 sayılı kanundan önce yani eski kanunun cari olduğu zamanda bile bâzı içtihatlarında "mesken mecburiyeti» ni geniş mânada anlamak temayülünü göstermiştir. Aşağıdaki içtihatlar bunun canlı delilleridir:

«Ev sahibinin evi sükna ittihazı için satın almış ve kendisinin müsteciren başka bir evde oturmasına göre mülküne geçmesi tabii hakkı cümlesinden bulunmuş olmasına nazaran müsteciren oturduğu yerden çıkarılmak tehdidinde bulunulmadığından ve davalının kendisine oda tahsis ettiğinden bahisle davanın reddi yolsuzdur". (Üçüncü Hukuk Dairesinin 6/3/1944 tarih ve esas 2735 karar, 2132 sayılı kararı, Ketenoğlu. sah. 146).

«Oturdğu mülkünü satan kimse başka bir apartmanın başka bir dairesine geçebilir. Tahliye kararı doğrudur". (Üçüncü Hukuk Dairesinin 29/1/1945 tarih ve esas 1093 karar 918 sayılı kararı, Ketenoğlu sah. 147).

[29] Adı geçen tutanak dergisi, Kırkyedinci birleşim sah. 332 ve 346.

«Tahliyesi istenen dairenin kirası 35 lira olduğunu ve kendisinin kira ile oturduğu yerde ise 60 lira aylık verdiğini ve bu nispet arasında her ay bir aile bütçesi için azımsanamıyacak derecede olan farktan kurtulmak için müddeti biten kiralanan yere geçmesi kendisi için bir zaruret bulunduğu halde hilâfına mütalâa beyanile tahliye davasının reddine karar verilmesi yosuzdur". (Üçüncü Hukuk Dairesinin 9/3/1945 tarih ve esas 2799 karar 2505 sayılı kararı, Ketenoğlu sah. 148).

Bu mevzuda akla şöyle bir sual geliyor: Reşit ve mümeyyiz olan bir kimsenin, beraber oturduğu ana veya babasından ayrılıp müstakil bir yuva kurmak istemesi karşısında, ana veya babanın oturmakta olduğu ev veya apartman dairesinde odaların çokluğu itibarile kendisi ve karısile çocuğu dâhil olmak üzere hepsinin bir arada oturabileceği ispat ve bu itibarla mesken ihtiyacının vârit olmadığı iddia edilirse, mahkeme o kimsenin açacağı tahliye davasını ret yani onu ana veya babasile beraber yaşamağa icbar edebilecek midir? Bu suale katî bir hayır cevabı verilmek lâzımdır. Bir kere, herkesin müstakil bir aile yuvası kurması en tabiî haklardandır. Bundan başka, devrimizdeki ailenin bariz vasfı, küçük aile tipi olmasıdır. Kaldı ki, müelliflerin de reyi bu merkezdedir. Değerli Medenî Hukuk Profesörlerimizden Samim Gönensay, eserinde [30] karının kocasının akrabasile beraber oturmıya zorlanamıyacağını şu mütalâasile güzelce belirtmiş oluyor:

«Kocanın intihap edeceği ikametgâhta kararın ikamete mecbur olması için bu ikametgâhın kocanın ana, baba ve akrabasının ikametgâlarından müstakil olması lâzım geleceği hakkında bir sarahat olmamakla beraber, müelliflerin reyine göre, koca ayrı bir ikametgâh ittihazına muktedir ise, karı kocasından müstakil bir iakmetgâh ittihaz etmesini talebe salâhiyettar ve bu talebin isaf edilmemesi halinde birlikte ikamet mecburiyetinden varestedir. Bu rey örf ve âdatımıza muvafakati itibarile şayanı kabuldür".

Büyük Hukukçu Egger de bu ikametgâhın müstakil olmasının şart olduğunu ve karının, kayın babası veya anasının evinde oturmağa kaide olarak icbar edilemeyeceğini yazıyor [31].

[30] Medenî Hukuk cilt 2, Aile Hukuku, kısım 1, İstanbul 1937, sah. 125.

[31] Egger, Kommentar zum Schweizrischen Zivilgesetzbuch, II. cilt "Das Familienrecht", erste Abteilung das Eherecht, 2. bası, Zürich 1936. sah. 219.

Yargıtayımız da bu mesleyi ele almak zorunda kalmıştır. Daha eski kanunun yürürlükte bulunduğu zamanlara ait aşağıdaki iki içtihada göre, yüksek Mahkememiz, geçimsizliğin şahadetle sabit olması halinde, bunu ayrı yaşamak için muhik bir sebep saymakta ve konut zaruretini sabit görmektedir:

«Kendi oğlu ve gelini ile geçinemeyen ananın bu geçimsizliği şahedetle anlaşıldıktan sonra kendi mülküne geçmesi tabiî bir hakkıdır. Bu hal tasarruf hakkını himaye eden Kanunu Medeniye, tasarruf hakkını bu derece tahdit ve takyit edecek bir hükmü ihtiva etmeyen Millî Korunma Kanununa aykırı değildir. Mecurun tahliyesi ve mülk sahibine teslimi doğrudur. (Hukuk Genel Kurulunun 27/12/1944 tarih ve esas 3/195 karar 203 sayılı kararı, Ketenoğlu sah. 147).

«Dinlenen şahitlerin sözlerine ve bilirkişi raporuna ve davacının kızı ve damadının yanında daimî surette ikamete mecbur bulunamıyacağına göre konut zarureti sabit iken davanın reddi yolsuzdur». (Üçüncü Hukuk Dairesinin 19—1— 1946 tarih ve 949 esas 662 sayılı kararı, Ketenoğlu sah. 148).

Yukarda anlatılan sebeplerden dolayı, bize kalırsa, geçimsizlik şartını da aramağa lüzum yoktur. Evlenmiş olan ve bu suretle müstakil bir aile yuvası kuran bir kimse için, karısı ve—eğer varsa— çocuklarile beraber ayrı bir meskende oturmak, yalnız bir ihtiyaç değil, bir zarurettir de. Mesken buhranı mevcuttur diye böyle bir kimseyi—velev ortada geçimsizlik olmasın—anası, babası veya kayınbabası ve kayınvalidesile beraber oturmağa icbar etmek, hayat icaplarına aykırı olduğu gibi, Millî Korunma Kanununun hiçbir hükmü bu şekilde bir tefsire müsait değildir ve olamaz. Zaten kaynana—gelin geçimsizliği asıldır. Değerli yargıç Hakkı Ketenoğlu da bizimle hemfikir olduğunu şu sözlerile ifade etmiş bulunuyodu: »Reşit çocuklar, ana ve babalarından ayrılacaklarını ileri sürerek kendi mallarının tahliyesi için dava açabilmelidirler»(32).

Hulâsa ihtiyaç kelimesini, genel olarak mütalâa edilince mecburiyet tâbirinden daha geniş mânada anlamak lâzımdır. Hattâ kendi kanaatimize göre, kiracı olarak başkasının gayri menkulünde oturmakta olan ve bu itibarla Millî Korunma Kanununun koruyucu kanatları altında bulunan bir malsahibinin kendi mülküne geçmesi

[32] Hakkı Ketenoğlu, a.g.e.sah. 132.

de, yeni kanunun zaviyesinden bir ihtiyaç olarak telâkki edilmek doğru olur. Şuhalde böyle bir dava açılınca, hakkın suiistimali memnuiyeti mahfuz kalmak üzere, eski bâzı içtihatların aksine olarak, tahliye kararı verilmelidir, çünkü her malikin kendi mülkünde otura bilmesi,hukuk nizamımızda mukaddes diye bilinen mülkiyet hakkının tabiî ve zarurî neticesi olduktan başka, hâdisede mesken buhranı bakımından esaslı bir mahzur bulunduğu söylenemez, zira malik kendi mülküne geçtiği zaman kiracı sıfatile işgal etmekte bulunduğu gayri menkulü boşaltmış olacaktır.

Hâkim olan kanaate göre de, »mesken ihtiyacı„ tâbiri geniş tefsir edilmek lâzimdır. Tecrübeli meslekdaşlarımızdan avukat Mehmet Ali Sebük „Kiracı evsahibi münasebetleri" başlıklı makalesinde [33]bu mesele hakkındaki düşüncelerini şöyle ifade ediyor:

> Millî Korunma Kanununda «mesken mecburiyeti» tâbiri vardı. Şimdiki kanun "msken ihtiyacı» tâbirini kullanmıştır. Hiç şübhesiz ki, ihtiyaç kelimesi çok geniş ve şâmil bir anlamdad r. Şahsın içtimaî seviyesi, yaşayış tarzı ve kültür vaziyeti ile alâkalı olduğundan, oraya herşey girebilir. Fakat obligation mânasına gelen mecburiyet kelimesi daha dar ve mahdut bir çerçeve içinde mütalâa edilir. Nitekim ihtiyaç esasına göre verilen tahliye kararlarından hiçbirsi Temyiaz Mahkemesince kabul edilmemiştir. Nihayet, kirada oturan bir ev sahibine, mes ken mecburiyeti sebebile tahliye davası açmak hakkı olmadığına içtihat edilmiştir. Fakat şimdi, bu tâbir değişikliğinden sonra, ki ada oturan ev sahiplerinin dava açmak hakkını tanımak icap eder. Mahkeme kararlarının da bu istikamete doğru inkişaf edeceği umulur».

Değerli arkadaşımız avukat Naim Yener de, kendisine bu hususta sorulan suale Akşam Gazetesinde [34] şu cevabı vermiştir:

> «Yeni kanun tahliye imkânlarını genişlettiğine göre her halde ihtiyaç kelimesi oraya tesadüfen konmamıştır. zarurete nazaran ihtiyaç daha geniş bir tahliye imkânı temin ediyor sanıyorum».

Şu cihete dikkati çekelim ki, yeni kanunun V. bendinin b kısmının 2 nci fıkrası, gayrimenkul sahibinin; kiracı ile akit yaptıktan sonra hâdis olacak sebepler yüzünden kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında kalması hallerini kastetmekte-

[33] 12 Mart 1947 tarihli Vatan gazetesi
[34] 5 Mart 1947 tarihli sayısı, Sah. 4.

dir, Bu hallerde gayri menkul sahibi, kira mukavelesinin hitamında tahliye talebinde bulunabilir. Meselâ mal sahibi oğlunu veya kızını evlendirmiştir yahut kendisi memur olup ta Ankarada vazife görmekte iken İstanbula tâyin edilmiştir ve burada bir evi vardır.

3 — Gayrimenkulü kendisinin veya çocuklarının muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası içiu kullanma ihtiyacında olan gayrimenkul maliki, sözleşmenin hitamında tahliye dâvası açabilir.

5020 Sayılı kanunun en mühim yeniliklerinden biri bu hükümdür. çünkü eski kanun yürülükte iken, muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için olsa dahi, malsahibi, akdî ve kanunî borçlarına riayet eden mağaza kiracısını çıkarmak imkânını haiz değildi. Bilindiği gibi yalnız «mesken mecburiyeti» halinde tahliye imkânı kabul edilmişti. Konut olmıyan gayrimenkullerde de, muayyen şartlar altında tahliye imkânı verilmesi, normal rejime doğru bir kademe teşkil eden yeni kanunun takip ettiği maksat ve gayeye uygundur, Geçici komisyonun tasarısında 3 ve 5 inci fıkralar olmak üzere bu meseleye dair iki fıkra derpiş edilmişti. 3 üncü fıkraya göre «bir nevi ticaret veya sanatla iştigal etmekte iken askerlik, hastalık gibi zarurî sebeplerle gayrimenkulünü kiraya vermiş olanlar, bu mânilerin zevalinden sonra aynı gayrimenkulde tekrar ticaret ve sanatını icra etmek isterse, sözleşmenin hitamında «ve 5 inci fıkraya göre» konuttan başka bir gayrimenkulü satın alan kimse kendisinin veya çocuklarının muayyen meslek veya sanatlarının bizzat içrası için kullanma ihtiyacında ise, umumî hükümler dairesinde» tahliye davası açılabilir.

Konut olmıyan bir gayrimenkulün yeni satın alınması halinde malike, kendisinin veya çocuklarının muayyen meslek veya sanatlarının bizzat icrası için kullanma ihtiyacında olduğu takdirde umumî hükümler dairesinde tahliye davası açmak imkânı verilmesine karşılık, bir kimsenin böyle bir mecura daha önce yani 27 Şubat 1947 den evvel malik bulunmuş olması halinde kendisine ancak bâzı ağır kayıt ve şartlarla bu imkânın verilmesi ve çocuklarının bundan istifade ettirilmemesi, Büyük Millet Meclisinde çetin münakaşalara yol açmıştır. Bu tefrikin kabulü halinde, mu vazaalara meydan verilmiş olacağı ve böyle bir tefrik gözetmek için ortada mühim bir sebep de bulunmadığı haklı olarak işaret edilmiştir. [35] Bu sebepten dolayı Büyük Millet Meclisi bu tefriki ortadan

[35] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim, Sah 344.

kaldırarak yeni kanunda gördüğümüz metni kabul etmiştir. Meclisdeki müzakereler esnasında bahis konusu olan bâzı misalleri vermek suretile, bu fıkrayı aydınlatmağa çalışalım: Meselâ içinde yazıhaneler bulunan bir gayrimenkule malik olan bir kimse Mil letvekili seçiliyor, fakat yeni seçimde kazanamayınca tekrar eski mesleği olan avukatlığı icra etmek istiyor. Başka bir misal: Bir dükkâna malik olan bir kimsenin oğlu sanat okulundan mezundur, kunduracılık yapacak. Babası tahliye davası açabilir. Yahut da, gayrimenkul sahibinin çocuğu avukat, doktor, dişçi oluyor, yazıhane veya muayenehaneye ihtiyacı vardır. Nihayet son bir misal olmak üzere, Geçici komisyon sözcüsü Sahir Kurutluoğlu'nun Mecliste verdiği misalı gösterebiliriz. Bu misal, ihtiyaç tâbirinin nekadar geniş tefsir edilmekte olduğunun canlı delili olmak bakımından da kayda değer mahiyettedir. Komisyon sözcüsünün sözlerini aynen naklediyoruz:

«Bir adam bir mahalle içerisinde ufak bir bakkal dükkâ. nı işletmekte iken basireti sayesinde iştigal ettiği mevzuu genişletmiş ve daha büyük bir bakkaliye mağazası açmağa muvaffak olmuşsa, bu kudrete gelmişse ve bunun için umumî bir cadde üzerinde bir dükkân satın almışsa esasen kendisinin iştigal ettiği mevzuda genişliyen bu adama satın aldığı yerde geniş bir tiçaret hak ve imkânını vermek için tahliye hakkını tanıyoruz» [36] .

V. bendin 3 üncü fıkrasına «bizzat» kaydının konmasıyla; her hangi bir şekilde baş vurulacak muvazaalara mâni olunmak gayesi güdülmüştür [37] . İcra edilecek meslek veya sanatın muayyen olması da şarttır. Bu şartın mevcut olup olmadığını yargıç geniş takdir salâhiyettini kullanmak suretile tâyin edecektir. Bilfarz hayatında hiç ticaretle meşgul olmamış olan bir gayrimenkul malikinin, ben bu dükkânda ticaret yapacağım yolundaki iddiasına da yanan davasını kaide olarak reddedecektir.

Dikkati çeken bir nokta, yeni kanunda mal sahibi kadın veya kocanın, eşinin bir meslek veya sanat icra etmesi için tahliye dâvası açabileceği hakkında bir hüküm mevcut olmamasıdır. Halbuki gayrimenkulün sahibi olan kadın veya kocanın eşi de, bir meslek veya sanatı icra zorunda kalabilir, hattâ eşin bir meslek veya sanatı icara etmesi bâzı hallerde evlilik birliğinin menfeati ba-

[36] Adı geçen Tutanak Dergisi, Kırksekizinci birleşim, Sah. 354.
[37] Adı geçen Tutanak Dergisi, Kırkyedinci birleşim S. Sayısı 95, sah 10

kımından bir zaruret halini bile alabilir. Yeni kanun ise, ancak malik sıfatını haiz olan eşin bir meslek veya sanat icrası için sadece ona tahliye talebinde bulunmak hakkını vermektedir. Bu durum karşısında gayrimenkulün maliki olan fakat bizzat muayyen bir meslek veya sanat icra etmiyeceği için kanunun aradığı şartları tahakkuk ettiremiyen kadın veya erkek, eşinin kiracıyı çıkararak mecurda meslek veya sanatını icra etmesi için, o gayrimenkulün mülkiyetinin tamamını veya şayi bir cüzünü muvazaa yolu ile ona devredecektir.

Kanunun V. bendinin 3 üncü fıkrasına istinaden tahliye davası açmak için sözleşmenin hitamını beklemek lâzımdır. daha önce açılacak davalar bu noktadan reddedilmek lâzım geldiği gibi, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren bir ay geçtikten sonra açılan davalarda aynı âkibete uğrıyacaktır. Fakat acaba kira aktinin bitmesinden evvel kiracıya bir ihtarname göndermek kanunen lüzumlumudur ? Bu suale şu cevabı verebiliriz: Nasıl ki, mesken ihtiyacı sebebile açılacak davalarda Yargıtay'ın müstakar içtihatlarına göre, daha önce kiracıya ihtarname göndermek şart değilse muaayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için mal sahibi tarafından açılacak davalarda böyle bir ihtarnamenin yollanmasına hukukan lüzum yoktur. Fakat ahlâkî bakımdan, malsahibinin kiracıyı keyfiyetten haberdar etmesi herhalde doğru olur.

4. — Bir gayrimenkulü Medenî Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimseler kendisi veya çocukları veya mirasçılar yahut bunların bir kısmı için tamamen veya kısmen konut olarak kullanma ihtiyacında iseler, umumî hükümler dairesinde tahliye davası açabilirler.

Yeni kanun V. bendinin bu 4 üncü fıkrası, eski kanuna ve hattâ Geçici Komisyonun kabul ettiği metne nazaran çok mühim yenilikleri ihtiva etmektedir. Bilindiği gibi, Yagıtay'ın müstakar içtihatları, «bey'le icar infisah eder» kaidesini ihtiva eden B.K. nun 254 üncü maddesinin, Millî Korunma Kanunu yürürlükte bulunduğu müddetçe tatbik edilemiyeceği ve yeni malikin eski kiralıyanın haiz olduğu aynı haklara sahip ve aynı borçlarla mükellef bulunacağı merkezinde idi. Ancak yeni malik, kendi mesken mecburiyeti sebebile kira sözleşmesi sonunda tahliye davası açabilirdi.

Ahval ve şartların değiştiğini göz önünde tutan Geçici Komisyon, yeni malike bu hususta bâzı imkânlar vermek ve bu suretle normal rejime avdet yolunda bir adım atmak istemiştir. İşte Geçici Komisyonun:

«bir gayrimenkulü satın alan kimse kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında ise umumî hükümler dairesinde tahliye davası açabilir»

metnindeki 4 üncü fıkrası bu düşüncelerin mahsulüdür. Görülüyor ki, Geçici Komisyonun metni, Borçlar Kanunumuzun bey'le icarın infisah edeceğine dair olan prensibine mutlak bir şekilde avdet etmiş olmaktan uzaktır. Çünkü B.K. nun 254 üncü maddesine göre, kiracı, ancak yeni malik kabul ettiği takdirde kiranın devamını istiyebilir. Aradaki farkların daha iyi anlaşılabilmesi için B.K. nun 254 üncümaddesi hakkında biraz izahat verelim: Borç doğuran bir akit olmak itibarile kira akti taraflar arasında yalnız şahsî münasebet tesis eder, yoksa aynî bir münasebet vücude getirmez. Böyle olunca, malikin, kiralanan gayrimenkulün mülkiyet hakkını kira aktinden sonra başkasına devretmesi veya o gayrimenkul üzerinde kira aktile telif edilemiyerek aynî bir hak tesis etmesi mümkündür. Bu yüzden kiracının kullanma hakkı haleleldar olursa, kiralıyan gerçi mukavele hükümlerine aykırı hareket etmiş olur, fakat yeni meydana gelmiş olan aynî hak, kiracının şahsî hakkına tekaddüm eder. Kiracı için kiralıyana karşı tazminat davası açmaktan başka çare yoktur. Buuun gibi, kiralıyanın aynî hakkı (mülkiyet, intifa) -ki kira bu temele dayanmaktadır- kiralıyanın rızası hilâfına ortadan kalkabilir ve bu takdirde de kiracının kullanma hakkı bundan müteessir olmuş olabilir. İsviçre Federal Mahkemesinin eski yargıçlarından Oser'in haklı olarak kayıt ve işaret ettiği gibi [38], bu münasebet maddenin matlabında yer alan «satımla kiranın infisahı» yolundaki vecize ile pek doğru olmıyan bir tarzda ifade edilmektedir. Bu ifade tarzı doğru değildir, çünkü bir kere satım keyfiyeti değil, satımın yerine getirilmesi yani mülkiyetin nakli kira münasebeti üzerinde tesir icra etmektedir v ikincisi, kira akti bu yüzden ortadan kalkmış (infisah etmiş) olmaz, bilâkis mecurun kullanılmasını terketme suretindeki ifa yerine onun muadili yani müspet zarar ve ziyanın dermeyanı kaim olur.

254 üncü maddenin 2 nci fıkrası, Roma hukukuna uygun olan bu prensibin şiddetini, bir gayrimenkulün kiracısı olan kimse lehine azaltmaktadır. Buna rağmen kanunumuz, kiracıyı himaye hususunda Fransız hukuku (C. c. mad. 1743), Alman hukuku (§ 571 ve müt. BGB) ve İtalyan hukuku kadar ileri gitmiyor. Bu hukuk nizamlarında **kira satıma tekaddüm eder** kaidesi daha kuvvetli bir şekilde tecelli etmektedir. Kiralananın, B. K. nun 254 üncü

[38] Oser und Sehönenberger, adı geçen eser, cilt 2, s. 1017

maddesinin 1 nci fıkrasının anladığı mânada olmak üzere, kiralıyandan nezedilmiş sayılması için borç doğuran aktin meselâ alım—satım aktinin tekevvün etmiş olması kâfi olmayıp, mülkiyeti nakleden aynî tasarrufun tamam olması lâzımdır. Kiracının kiralanana zilyed bulunmasını ve ondan istifade etmesini imkânsız hale getiren başka bir aynî hakkın tesisi de, üzerinde ittifak edilen fikre göre, tıpkı mülkeyetin geçmesi vaziyetindeki neticeleri husule getirir. Bey, trampa, hibe, bir gayrimenkulün bir şirkete aynî sermaye olarak konması gibi buna matuf olan hukukî muameleler netice itibarile mülkiyetin intikalini hedef tuttuğu gibi gayrimenkulün icra veya iflâs yolu ile paraya çevrilmesi yani cebrî icra halinde aynı netice meydana gelecektir. Gayrimenkulün istimlâk yolu ile kiralıyandan nezedilmesi buraya girmez, çünkü istimlâk eden 2 nci fıkradaki feshi ihbar müddetlerine riayetle mükellef değildir (B. k. mad. 254 f, 3). Kanuncu, gayrimenkulü kira aktinden sonra iktisap eden yeni malikin, kira aktinin derhal ortadan kaldırılmasını istemesini hakkaniyet ve hayat icapları bakımından mahzurlu görmüş ve bu itibarla gayrimenkullerde yeni malikin kanunen ihbarı caiz olan miada riayet etmesini şart koşmuştur. Kanunun fesih hususunda bahşettiği bu fevkalâde fesih hakkı ancak ve ancak yeni malike ait bir haktır, bu itibarla sadece kiralıyanın yerine geçen ve ondan fazla hakka sahip olmıyan iflâs masası bu hakkı kullanamaz. Müktesip, ancak mülkiyet kendisine geçince feshi ihbar edebilir , daha önce meselâ sırf bey aktine istinaden yapılacak feshi İhbar hükümsüzdür. Şunu da ilâve edelim ki, eğer kira aktinde kabul edilen feshi ihbar müddeti kanunî müddetten daha kısa ise, yeni malik bu aktî müddet için feshi ihbar edebilir [39].

Demek oluyor ki, kiralananı iktisap eden kimse kiracı lehine olarak aktin devamına razı olmağı taahhüt etmemişse veya kiracı kira aktinin devamı hususundaki salâhiyetini kullanmak istemezse, kiracının müktesipten kira aktinin devamını istiyemiyeceği yolundaki kaide cari olur (B. K. mad. 251 f 1). Buna rağmen müktesip gayrimenkul kirasında, kiracının muvakkaten mecurdan istifade etmesine tahammül etmek zorundadır. Arada hakikî mânada akdî bir temel olmamasına rağmen bu kira münasebeti, kira mukavelesi veya kanuna göre feshin ihbarı caiz olan miada kadar devam eder. Müktesip, aslına bakılırsa, kendisi ile kiracı arasında hiç bir aktî münasebet olmadığı halde, fesih ihbarını kiracıya tevcih etmelidir; en yakın miada kadar feshi ihbar etmezse, bu takdirde kanuni faraziye

[39] Oser und Schönenberger, a. g. e. cilt 2, sah. 1022 ve müt.

Hükmünü gösterir ve müktesip ihbarı yapmamak suretile akdi kabul etmiş addolunur (B. K. mad. 254 f. 2) [40]. Bu, bir praesumptio juris et de iure yani hilâfının ispatı caiz olmıyan bir karinedir[41]. Fakat acaba yeni malik hangi zamana kadar feshi ihbar etmediği takdirde akti kabul etmiş sayılacaktır. İşte bu sualin cevabını, Hakkı Ketenoğlu'nuu pek yerinde olarak işaret ettiği gibi, kanunumuzda bulmak güçtür. Bu itibarla biz de kendisinin fikrine iştirakle aynı sözleri söyliyeceğiz« . . . mücbir sebebler olmadıkça yeni malikin temellükten sonra gelen ay içinde Kiracıya ihbarda bulunmaması akti kabul ettiğinin ifadesi sayılmalıdır. Gelecek ay ve senelerde yeni malikin bu hakkının devamını kabul etmek kiracıyı müşkül duruma sokar. Birinci ayda ihbarı yapmamış olan yeni malik zımnen bu aktî kabul etmiş sayılır» [42].

Dikkat buyurulmuştur ki, geçici komisyonun kabul ettiği metne göre, ancak ***satın alma*** halinde yani kiracı olarak bir yerde oturmakta iken bir gayrimenkulü satın alan kimseye, burada kendisi veya çocukları oturmak ihtiyacında iseler borçlar kanununun hükümleri dairesinde ve sözleşmenin hitamını beklemeden tahliyeyi istemek hakkı vardı.

Büyük Millet Meclisinde bu fıkra görüşülürken, yalnız satın alma halinde böyle bir imkân verilmiş olması tenkid edilmis, miras yolu ile bir gayrimenkulün mülkiyetini iktisap edecek olan mirasçıların da aynı imkândan faydalanabilmeleri ileri sürülmüştür [43].

Kanundaki metin, tahliye imkânlarını daha da çoğaltmış bulunuyor. Malûm olduğu üzere Medenî Kanun hükümlerine göre bir gayrimenkulün iktisabında kaide olarak iki hâdiseyi birbirinden ayırt etmek lâzımdır. Bir kere iktisabın dayandığı bir sebep, bir hüccet mevcut olmalıdır ki, buna iktisap sebebi denir, meselâ bey, trampa, hibe, miras, iktisabî müruru zaman, işgal, mahkeme kararı, kanun gibi. Bu iktisap sebebi tekbaşına ekseriya kâfi gelmez, mülkiyetin iktisabını tamamlıyan ikinci bir tasarrufa daha lüzum vardır ki, o da, tapu siciline kayıt düşürülmesinden ibarettir. Demek oluyor ki, gayrimenkul mülkiyetinin iktisabı için kaide olarak her iki

[40] Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. bası, Zürich 1944, sah 255.

[41] Karşılaştırınız: Oser und Schönenberger, a.g.e. cilt 2, sah. 1023.

[42] Hakkı Ketenoğlu, a.g.e. sah. 57.

[43] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim sah. 345.

şartın yani hukukî sebep ve tescil şartlarının birleşmiş olması icap eder. Mülkiyetin bir mukavele ile nakledilmesinde, keza bir gayrimenkulün vasiyet edilmesinde durum bu merkezdedir. Sırf hukukî sebep burada yalnız borç doğuran neticeler husule getirir; muktesibe tescili istemek hususunda malike karşı sadece şahsî bir talep hakkı bahşeder. Malik bu hususlaki yardımını esirgerse, muktesip mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini yargıçtan istemelidir ve bu takdirde bu ilâma istinaden kendisi tescilin icrasını temin edebilir. Buna mukabil bâzı istisnaî hâdiselerde yani işgal, miras, istimlak, cebrî icra ve mahkeme ilâmı hallerinde bizatihi iktisap sebebi mülkiyeti meydana getirir, mülkiyet tescilden önce doğar, tescil sadece temlikî tasarruflarda bulunabilmek için aranan bir şarttır. Burada muktesibin, tescili istemek hususunda şahsî bir haktan daha fazla bir hakkı vardır; o, tescil muamelesini doğrudan doğruya yaptırabilir, eski malikin imtinaı halinde yargıçtan karar almasına lüzum yoktur. Mednî Kanunumuz «iktisap tarikleri" matlabı altında gerek bilvasıta gerek doğrudan doğruya mülkiyetin iktsabını temin eden sebpleri ele almaktadır. Zikredilen sebepler şunlardır. Mülkiyeti nakleden akitler, işgal, yeni arazi teşekkülü ve iktisabî müruru zaman [44].

İşte bu suretle bir gayrimenkulü iktisap eden kimse, kendisi veya çocukları veya mirasçıları yahut bunların bir kısmı için tamamen veya kısmen konut olarak kullanmak ihtiyacında ise, tahliye davası açabilecektir. Çocuk tâbirinden maksat, bir kimsenin birinci derecedeki füruudur. Bu çocuğun kız veya erkek, nesebi sahih veya gayri sahih (babasının onu tanımış veya babalık hükmile ona nispeti sabit bulunmuş olmak lâzımdır) yahut evlâtlık olması ehemmiyeti haiz değildir. Torunlar bu tâbirin şümulüne girmez. Mirasçılar tâbirine geliince; bilindiği gibi iki türlü mirasçı vardır: Kanunî ve mansup mirasçılar. Kullanılan tâbir gerçi mutlaktır, bununla beraber burada yalnız kanunî mirasçıların kast edilmiş olduğunu ve bu tâbirin böylece tefsir edilmesi lâzım geldiğini sanıyoruz, çünkü kanuncu, bir kimsenin, kendisinin kan hısmı olan veya evlâtlıkta olduğu gibi kanunun farziyesine göre hısım sayılan şahıslara olan hısımlık sevgisini göz önünde tutarak, miraşçıların ihtiyacı için de tahliye imkânını kabul etmeği uygun bulmuştur. Şu da var ki, Medenî Kanunumuz miras hukukunda

[44] P. Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1940, sah. 462 ve 463.

97

zümre usulünü kabul etmiş olup, daha önceki zümrede bulunan mirasçılar daha sonraki zümrede mevki alan mirasçıları mirastan tamamen uzaklaştırırlar, ilmî tâbirile onları "hacbi hirman" ile hacbederler. Aynı zümredeki derece veya tabakalar hakkında da aynı mülâhaza vârittir yani üst derecede bulunanlar varken alt derecedeki mirasçılar miras alamazlar.

Şu halde, V. bendin 4 üncü fıkrasında geçen mirasçılar tâbirini doğru bir şekilde tefsir edebilmek için, Medenî Kanunumuzun bu ana prensibini nazarı itibara almamız lâzımdır. Bu izahatımızla şu neticeye varmak istiyoruz: Mirasçılar tâbirinden burada maksat, bir gayrimenkulü 5020 numaralı kanunun yürürlüğe girmesinden yani 27 Şubat 1947 tarihinden sonra iktisap eden kimse, o tarihte ölse idi, kimler onun kanunî mirasçıları olacak idi ise, ancak ve ancak o kimselerdir, yoksa başka hısımlarıda değil. Müşahhas bir misal verelim: A isminde bekâr bir şahıs 1 Nisan 1947 tarihinde bir ev satın alıyor. Kendisinin, anası, babası ve bir kızkardeşinden başka kimsesi yoktur. Şu duruma göre, alıcı ve yeni malik A 1 Nisan 1947 yani evin mülkiyetinin iktisap tarihinde ölse idi, anası—babası onun mirasçısı olacaktı, halbuki kızkardeşi mirasçı olmıyacaktı. Binnetice bu evin mülkiyetini iktisap eden A, onu kendisi veya ana—babası veya bunlardan yalnız biri için tamamen veya kısmen konut olarak kullanma ihtiyacında ise, umumî hükümler dairesinde tahliye davası açabilecektir.

Çocukların veya mirasçıların bir kısmının konut ihtiyacı sebebile de tahliye istenebilir. Dikkat edilecek bir nokta bu fıkranın yalnız konut ihtiyacı için tahliyeye cevaz verdiğidir. Gayrimenkul ister ev veya apartman, ister dükkân olsun, konut ihtiyacı için tahliye ettirilebilir. Halbuki bir evin mülkiyetini 27 Şubat 1947 den sonra iktisap eden bir kimse, çocuktan başka mirasçılarının orada bizzat muayyen bir meslek veya sanat icra etmek ihtiyacında bulunmaları sebebile tahliye istiyemez [45].

4 üncü fıkra umumî hükümler dairesinde tahliye davası açılacağını beyan etmektedir. Acaba bu, malikin hiçbir müddetle mukayyet olmıyarak gayrimenkulü iktisap eder etmez, tahlive davası açabileceği mi demektir? Bu nazik nokta da yanılan Hukukçularımız olmuştur. Nitekim değerli meslekdaşımız avukat Mehmet Ali Sebük, makalesinde bu noktaya temas ederek diyor ki:

[45] Tahsin Okur, a. g. e. sah. 26.

"Bir gayrimenkulü iktisap edenler, onu mesken olarak kullanmak ihtiyacında bulundukları takdirde, tahliye davası açabilirler. Yeni kanunun en mühim hükmü budur. Bu yeni hükümle, mal sahiplerine, iki ayrı avantaj da kabul edilmiştir. Birisi, gayri menkulü iktisap eden kimselerin, kendileri olduğu kadar, çocukları ve mirasçıları için de bu hakkı kullanabilmeleridir. Diğeri ise, bu kabîl tahliye davalarının açılması, sözleşmenin hitamına bağlı tutulmamasıdır. Gayrimenkulü iktisap eden adam, her ne zaman isterse, yukardaki sebeplerden dolayı, kiracısı aleyhine tahliye davası açabilir. Yani vaziyet, tamamen, malı iktisap edenin insafına kalmıştır. Kanaatimce, kiracılar aleyhine konulmuş olan hükümlerin en ağırı budur. Zira kiracı, şahsını tanımadığı, yüzünü görmedği yeni mal sahibinden, hiç te ummadığı bir zamanda tahliye davasının arzuhalini alabilir» [46].

Mecliste bu fıkranın müzakerəsi esnasında ileri sürülen mütalaâlarda bu noktayı açıkça aydınlatmış olmamakla beraber, hâdisede «Borçlar Kanununa tevfikan muamele yapılacagı» belirtilmiştir[47].

Tahsin Okur bu meseleye doğru cevap vermekle beraber feshi ihbar müddetlerini ve bu müddetleri göstren mddeyi bildirmiyor:

«Bununla beraber, kanunun bu fıkrasında tahliye talebinin ne zaman yapılacağı da yazılı değildir. Diğer bütün hallerde kira sözleşmesinin sonu esas olarak kabul edilmişse de, burada böyle bir kayıt yoktur. Bu itibarla, Borçlar Kanununun vazettiği feshi ihbar müddetlerine umumî hükümler dairesinde riayet zarureti vardır»[48].

Borçlar Kanunumuzun «satımla kiranın infisahı» matlabını taşıyan 1 ve 2 nci fıkralarına göre:

«Kiranın akdinden sonra, kiralanan, kiralayan tarafından âhara temlik yahut icraen takibat veya iflâs tariki ile kendisinden nezedildiği takdirde; kiracı, kiralananın ahiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile kiranın devamını ve kiralıyandan akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir. Bununla beraber kiralanan şey bir gayrimenkul olduğu takdir

[46] "Tahliye davaları", 17 Mart 1947 tarihli Vatan gazetesi.
[47] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim sah. 348.
[48] Tahsin Okur, a.g.e. sah. 25.

99

de, akit daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, kiraya riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur»

Millî Korunma Kanununun 5020 sayılı kanunla değişen 30 uncu maddesinin V. bendinin 4 üncü fıkrası, Borçlar Kanununun verdği bu imkânı, — diğer şartlar da varsa — Medenî Kanunda yazılı diğer iktisap suretlerine de teşmil etmek suretile çok genişletmiş oluyor. Şu halde miras yolu ile bir gayrimenkulü iktisap eden kimse de, diğer şartlar mevcut olmak kaydile, bu imkândan faydalanarak kira akdinin feshini ihbar edebilecek demektir Halbuki küllî halefiyetten başka bir şey olmıyan mirasta yalınız mecur üzerindeki mülkiyet değil, kira aktinden doğan borçlar da mirsaçıya geçer. Bu kimse kiralıyan durumunu kazanır, Borçlar Kanununun 254 üncü maddesi kabili tatbik değildir [49]. Görülüyor ki, 5020 sayılı kanun bu bakımdan Borçlar Kanunundan bile ileri gitmiştir.

Feshi ihbar müddetleri, B.K. nun 262 nci maddesinde gösterilmistir. [50]. Bu mabdenin 1 ve 2 nci bendlerine göre:

«1—mefruş olmıyan apartmanlar, yazıhane, tezgâh, dükkân, mağaza, mahzen, samanlık, ahır ve bu gibi mahaller ancak mahallî âdetince muayyen en yakın vakit için ve böyle bir âdetin fıkdanı halinde altı aylık bir müddetin hitamı için ve her iki halde üç ay evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile.

2— Mefruş abartımanlar yahut müstakil odalar yahut süknaya mahsus mefruşat ancak bir aylık müddetin hitamı için ve iki hafta evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile. »

gayrimenkulün maliki feshi ihbar edebilecektir.

5.—*Kiralıyan ,kira bedelini vaktinde ödememelerinden dolayı haklı olarak bir yıl içinde iki defa ihtar yapılan kiracılar aleyhine kira müddetinin hitamında ve ayrıca ihtara hacet kalmaksızın tahliye davası açabilir.*

Kirayı ödemede temerrüdün tahliye sebebi olarak kabul edilmesi çok yerindedir. Zira Millî Korunma Kanununun 30 uncu mad-

[49] Karşılaştırınız: Theo Guhl, a.g.e. sah. 254.

[50] Karşılaştırınız: Oser und Schönenberger, a. g. e. cilt 2, sah. 1022.

desinin içtimaî ve iktisadî zaruretler dolayısile kiracılara sağladığı feyizler, onların akdî ve kanunî hükümlere harfiyen ve titizce riayet etmelerile mukayyettir. Kira bedelini vaktinde ödememek de, hiç şüphe yok ki, akde ve kanuna muhalefettir. Yeni kanundan önce, bu tarzda muhalefeti itiyat edenlere karşı tesirli bir müeyyide yoktu, çünkü akde muhalefet sebebile tahliye istemek için, kiranın kanunî müddeti içinde ödenmesini kiracıya ihtar etmek lâzım geliyordu. Kötü niyetli kiracı da ancak bu ihtar üzerine kira bedelini, muziplik olsun diye, müddetin son gününde getirip teslim ediyordu. Geçici Komisyonun raporunda kaydedildiği üzere:

> "Kira bedelini vaktinde ödemiyen kiracıya bu vecibesini hatırlatarak ademi ifa takdirinde gayrimenkulün tahliyesi isteneceği ihtarı yapılmak lâzım gelmektedir. Ancak hakikî durumu dolayısile istisnaî bir mahiyette kiraçılar lehine konmuş olan bu umumî hükümden birçok kimseler münhasıran ızrar maksadile kiralayanı her defasında ihtarda bulumağa ve bu sebeple masraf ve külfetler ihtiyarına mecbur kılmakta ye ihtar müddeti bitmeden borçlarını eda ettikleri görülmektedir. Normal zamanlarda mal sahipleri akdin hitamında kendisini bu şekilde taciz eden kiracıyı çıkarmak hakkını haiz iken bugünkü kanunî kayıtlar dolayısile buna imkan bulamamaktadır. Bir hakkın suiistimali kanunlarla himaye göremiyeceğinden bu gibi hallerin kesin bir surette önlenmesi için bir yıl içinde haklı olarak mal sahibini iki defa ihtarda bulunmağa mecbur kılan kiracıların akdin hitamında ayrıca ihtara hacet kalmaksızın umumî hükümler dairesinde tahliyesi istenebilmesi esası kabul edilmiştir» [51].

Gönderilecek ihtarnamede, kira bedelinin bir daha vaktinde ödenmemesi halinde akdin feshile tahliye isteneceginin ayrıca işaret edilmiş olması da şart değildir, bu ihtarnamede kira bedelinin vaktinde ödenmemiş olduğunun kaydedilmesi ve ihtarın haklı olarak yapılması kâfidir. Kira bedeli kendisine usulü dairesinde arzolunduğu halde kiralıyan muhik bir sebep olmaksızın onu rededer veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için tekaddümen kendi tarafından yapılması lâzım gelen muameleleri icradan imtina ederse, ihtar haklı olmaz.

[51] Adı geçen Tutanak Dergisi, kırkyedinci birleşim (S. Sayısı 95) sah. 10.

Acaba kiralıyan, kiracının ihtarına rağmen Noterlikçe tasdikli bir kira kontratosu tanzim ve imza etmekten imtina ederse, keyfiyet B. K. nun 90 ıncı maddesinin anladığı mânada olmak üzere, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için tekaddümen alacaklı tarafından yapılması lâzım gelen muameleleri icradan imtina saymak mümkünmüdür? Gerçi hâlâ yürürlükte bulunan 19 Cemaziyelevvel 1299 ve 5 Nisan 1298 tarihli icar-ı akar nizamnamesi bir mukavele tanzimine mecbur kılmakta ve aksine hareket edildiği takdirde para cezası alınacağını tasrih etmektedir. Fakat bu hüküm, sırf varidat temini mülâhazasile konmuş olup, yazılı şekil kira aktinin tamam olması için sıhhat şartı değildir. Esasen Borçlar Kanunumuz kira aktini bir şekle tâbi tutmamıştır. Buna rağmen Yargıtayımız yakın zamanlara kadar kira akitlerinin yazılı olmasını içtihat buyurmuştu. Fakat sonradan böyle bir şart aramanın yanlış olduğu anlaşılarak 18—3-1942 tarih ve 6 sayılı tevhidi içtihat kararı ile, kira aktinin sıhhat ve inikadının şekle bağlı olmadığı tesbit edilmiştir [52]. Şu halde kiralıyanın kira mukavelenamesi yapmak istemediği sabit olsa bile, kiracı bunu ileri sürerek kira bedelini vaktinde ödememişse, bu yüzden kendisine yapılacak ihtar yine haklı olur.

Bu münasebetle hatırlatalım ki, kira bedeli umumiyetle bir miktar paradan ibaret bir borç olmak itibarile, B.K. nun 73 üncü maddesinin 1 inci bendine göre ve hilâfına bir şart mevcut olmadığı surette, tediye, kiralıyanın verme zamanında mukim bulunduğu yerde vuku bulur, başka bir ifade ile' kiracının kira bedelini ev sahibine getirmesi lâzımdır.

---

[52] Hakkı Ketenoğlu, a. g. e. sah. 10.

Bibliyografya

Ceza Tatbikatında KAMU HAKLARI DAVASI.
Celil CEVHERİOĞLU. İzmir Doğanlar Basımevi :
1747, Krş: 100.

Ceza hukukunda suçun ve suçlunun meydana çıkarılması, cezanın lâyık olana verilmesi kamu emniyeti bakımından pek önemlidir. Kamunun emniyetini muhafaza için bu hakkın kullanılmasına, suçlunun kovuşturulmasına vasıta olan kamu hakları davasının açılabilmesi için yapılacak bir çok mütenevvi muamelelerin icra ve ikmaline ait işler; Aydın Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Celil Cevherioğlu'nun bu kere yayınladığı " Ceza Tatbikatında KAMU HAKLARI DAVASI" adlı kıymetli kitabında pek mükemmel bir surette tetkik olunmuştur.

Değerli eser fihrist listesi, Önsöz ve Başlangıç yazılarile başlamakta ve Ceza Yargılamaları Usulü Kanunu ile güdülen prensipler, Kamu hakları davası ve bu davanın hazırlanmasında gözetilen esaslar, bu günkü adalet teşkilâtı ve tarihçesi, Kamu hakları davasını ikame ve takibe memur savcılar ve yardımcıları ve karşılıklı idarî ve kazaî münasebetleri, Savcıların görev ve yetkileri, İhbar, İhbarın mahiyeti ve mercileri, şikâyet ve Hukukî mahiyeti, Hazırlık soruşturmasının önemi, Meşhut suçlar, Ağır cezalı olmıyan meşhut suçlar, Ağır cezalı meşhut suçları kamu hakları davasının açılması; Kamu hakları davasının açılması şarta bağlı olan suçlar, Kamu hakları davasının açılması, Şikâyete veya makamın isteğine bağlı olan suçlar; Şahsî Dava ikamesine bağlı suçlar; Şikâyet, Şahsî dava, Müşteki, Şahsî davacı tâbirlerinin hukukî mahiyetleri; Şahsî dava karşısında C. Savcısının durumu; Şahsî davacının hakları ve şahsî davanın açılması usullerini; Müdahale; Usulü ve Müdahilin hakları; memur suçları; Askeri suçlar, şahsî ve madde itibarile; Kamu davasının açılmasına mâni olan sebepler, Kamu davasının açılmasına mâni olan sebeplerden kaziyei muhkeme, Hukuktaki kaziyei muhkemenin ceza davasına terisi; Ceza davasının açılmasına katî veya geçici surette mâni olan sebepler; takibata mahal görülmemesi halinde yapılacak işler, fiilin suç teşkil etmesi ve şikâyetin takibe değer mahiyette bulunmaması

halleri; Ademi takip kararı, ademi takip kararına itiraz, ademi takip kararının hukukî mahiyeti, İtiraz mercii, İtiraz üzerine yapılacak muamele hakkında geniş bilgi ve izahat verilmiştir.

Kıymetli kitap, Aydın Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olan eser sahibinden istenebilecektir.

* *
*

İdare Hukuku Dersleri:

I. nci Bölüm:

İDARE'NİN DENETLENMESİ; (EK: Devleti İlgilendiren Uyuşmazlıklar).

Hasan Refik ERTUĞ: Siyasal Bilgiler Okulu İdare Hukuku Profesörü Ankara Ar Basımevi 1947, lira: 2, 5.

Kendisini her gün bir çok kıymetli yazılarını okumak suretile tanıdığımız Profesör Hasan Refik ERTUĞ Siyasal Bilgiler Okulunda okutmakta olduğu "İdare Hukuku Dersleri"ni bölüm bölüm yayınlamağa karar vermiş ve ilk bölümü teşkil eden "İdare'nin Denetlenmesi"ni çıkarmıştır.

Değerli kitabın asıl konu kısmı dört bölüme ayrılarak incelenmiştir. Ayrıca ek bölümü de iki kısma ayrılarak izahat verilmiştir.

Eser; Önsöz ve Konuya giriş bölümündeki İdarenin denetlenmesi yazılarından sonra birinci kısımda idarenin kendi kendini denetlenmesi: Gözetim, siyasî denetleme, İdareye başvurma anlatılmıştır.

İkinci bölümde: İdare yargısı, Gene fikirler, İdare yargısının ihdası, İdare davası hakkında geniş izahat verilmiştir.

3. üncü bölümde: İdare yargısı usulleri; davanın safhaları, Kamu yolları, İdare davasında savunma yolları, Yargılama yolunun sağladığı faydalar etrafile belirtilmiştiir.

4. üncü bölümde: Çözüm yeri uyuşmazlıkları, Genel fikirler, Tarihî gelişim, Uyuşmazlık mahkemesinin işleyişi, Uyuşmazlık mahkemesinin kuruluşu gösterilmiştir.

Ek bölümü 1. inci kısmında: Kamu tüzel kişilerile ilgili özel hukuk uyuşmazlıkları; II. nci bölümünde: Kamu tüzel kişileri arasındaki özel hukuk uyuşmazlıkları anlatılmış ve güzel bir fihrist ilâve edilmiştir.

Kıymetli kitap; Ankara posta kutusu 310 dan ve İstanbulda üniversite kitabevinden tedarik edilir.

* *
*

Hukuk ve İçtihatlar dergisi. Mayıs — Haziran 947, Sayı: 9, Krş.70.

Konya avukatlarından Hasan Halis Sungur'un iki ayda bir yayınladığı bu kıymetli hukuk dergisinin bu sayısı da aşağıdaki münderecatla çıkmıştır:

A. Refik GÜR: Hukuk Bakımından iki büyük yurt davası: (Nikâhsız Karı — Tapusuz tarla); Kemâl ONSUN: Kooperatif şirketleri ticarî mahiyetleri ve tasfiye halinde iken iflâsları; A. Rıfkı KİPER: Şehir ve kasaba dışında izinsiz silâh taşımak ve rüşvet; Yargıtay kararları (Tevhidi içtihatlar).

* *
*

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ. Haziran: 947, Sayı: 6, Krş. 50

Kıymetli hukuk dergisinin bu sayısı da şu yazılarla çıkmıştır:
Avukat Faik Şevket RUMELİ: Beyaz ciroya müstenit devir; Avukat Haydar ÖZKENT: Kitaplar arasında (Kanunu Medenî de Aynî haklar C.1); Avukat Emcet AĞIŞ: Meslekî seyahat notları; Avukat Fuat S. PAÇALIOĞLU: Bibliyografya (Profesör İsmail Hakkı KARAFAKI Tercümesi Aynî Haklar C.1); İçtihatlar, Ölenlerimiz; Adalet Ailesinin Güzel bir toplantısı; Tamimler; İstanbul Barosu Genel Toplantısı Tutanağı.

AYNI DERGİ. TEMMUZ: 947, SAYI: 7, Krş. 50.

Avukat Ahmet Refik GORBON: Hak ve Adalet Önünde Düşünceler; Avukat Dr. Reşat ATABEK: Ticaret Kanunu Muvacehesinde evvelce keşfolunan hal nazariyesi; Avukat Dr. Necmettin BERKİN: Sigorta Hukukunda Tehlikenin Artması halinde ihbar; Mevzuat, Ölenlerimiz, Mevzuat, Yargıtay özel daire Kararları...

SİYASİ İLİMLER MECMUASI. Nisan: 947, Sayı: 193.
27 nci yıl yayımına devam eden kıymetli derginin 193 ncü Sayısı aşağıdaki yazılarla yayınlanmıştır:

Namık Zeki ARAL: 1946 yılında dış ticaretimiz, Ordinaryüs Prof. H. Ş. BABAN: dış ticaret engelleri, Sait KANDAN: İşçi Ve işveren sendikaları 1, Fıtrat NİGÂR: Fransa'nın İktisadî sıkıntıları 1 (Terceme), Kâmuran ACET: Milletlerarası ahlâk söylevi (Terceme).

YAŞAMA ÇALIŞMALARI: Namık Zeki ARAL: Ufak paralarımız,

FİKİR HAYATI: Hasan Refik ERTUĞ: yurt içinde ve dışındaki konferanslar.

EKONOMİK KRONİK: Namık Zeki ARAL: 7 Eylûl Kararları ve akisleri.

POLİTİK KRONİK: Ahmet Şükrü ESMER: Bu ayın olayları.

BİBLİYOGRAFYA: Hasan Refik ERTUĞ: «Türkiye'de para meseleleri».

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın aylık vaziyet hesapları.

* * *

AYNI DERGİ. MAYIS: 947, Krş. 50.

MAKALELER:

Hasan Refik ERTUĞ: Gazetecilik öğretimi; Namık Zeki ARAL: Fiatlar Meselesi; Fıtrat NİGÂR: Fransa'nın İktisedî sedikaları (Terceme) II; Said KANDAN: İşçi ve İş veren sendikaları: II; Altan BALTACIOĞLU; Britanya şehircilik kanunu (1947);

YASAMA ÇALIŞMALARI:

Hasan Refik ERTUĞ: İşçi ve iş veren sendikaları ve sendika kanunu;

FİKİR HAYATI:

Gazetecilik öğretimine dair;

EKONOMİK KRONİK:

Namık Zeki ARAL: 1946 yılı sonunda T. C. Merkez Bankası;

POLİTİK KRONİK:

Ahmet Şükrü ESMER: Bu ayın olayları;

BİBLİYOGRAFYA:

H. R. ERTUĞ: Hukuk Çalışmaları için değerli bir rehber;
T. C. Merkez Bankası'nın aylık vaziyet hesapları...

* * *

AYNI DERGİ. Haziran: 947, Sayı: 195, Kr. 50.

MAKALELER:

106

Hasan Refik ERTUĞ: Gazeticilik öğretimi: II; Namık Zeki ARAL: Amerikan Malî Yardımı; Kâmuran ACET: Milletler cemiyeti ve Birleşmiş milletler teşkilâtı; Namık Zeki ARAL: Memleketimizin Altın ve Döviz mevcudu; Fıtrat NİGÂR: Fransa'nın İktisadî sıkıntıları (terceme) II;

YASAMA ÇALIŞMALARI:

Hasan Refik ERTUĞ: Son Kanunlarımıza toplu bir bakış;

FİKİR HAYATI:

Dr. A. ŞÜKRÜ ESMER: Birleşmiş Milletler Teşkilâtı 2 yaşında;

EKONOMİK KRONİK:

Namık Zeki ARAL: 1946 sonunda T. C. Merkez Bankası;

POLİTİK KRONİK:

Ahmet Şükrü ESMER: Bu ayın olayları.

BİBLİYOGRAFYA:

Muslih FER: "İdarenin Denetlenmesi„

T. C. Merkez Bankası'nın aylık hesap vaziyeti...

*
* *

Kâmil BORAN: İLERİ HUKUK DERGİSİ. Ağustos: 947, sayı: 26, Krş:50.

Her ay muntazaman yayınlanan bu kıymetli hukuk dergisinin bu sayısı da aşağıdaki münderecatla çıkmıştır:

MAKALELER: Kâmil BORAN: Bir tüzüğün bir maddesi hakkında; Yavuz FINDIKGİL: Radyo suçları, Dr. iur. Necmettin BERKİN: Mecelle ve eski hukukumuzun kiyafetsizliği;

KARARLAR: "Tapu sicilline kayıtlı olan ve olmıyan gayrimenkul tasarrufları, Tapusuz gayri—menkulün satışı ve zamanaşımı„ hakkında Yargıtay tevfidi İçtihat Genel Kurul Kararı; "Sulh Yargıçlığına verilmesi gereken şahsî dava dilekçesinin C. Savcılığına verilmesi ve merciin tâyininde yapllan hatanln müştekinin hukukunu ihlâl edemiyeceği" hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı;

"Borçlunun borcundan ötürü iştirak halinde olan otomobilinin haczen satışında izalei şüyu davasına lüzum olmadığı" hakkında Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi Kararı...

Mehmet Tarcan. Özel ve Kamu Hukuku bakımından 2311 sayılı kanun ve tatbik şekli. İstanbul Aydınlık Basımevi: 1947, Krş: 100.

*
* *

Dr. Cemal Tukin. Osmanlı İmparatorluğu devrinde Boğazlar meselesi, İstanbul Ünüversite Basımevi: 1947. (İstanbul Üniversitesi Yayınları: Edebiyat Fakültesi Bölümü) Kr. 400.

*
* *

Dr. Recai G. Okandan. Âmme Hukukumuzda İkinci meşrutiyet devri. İstanbul Kenan Basımevi: 947, (İstanbul Üniversitesi yayınları, Hukuk Fakültesi yayınları: Doktora İhtisas kurları servisi) Krş. 185.

*
* *

Azmi Arıkut. İzahlı yeni Kira hükümleri. Ankara Sakarya Basımevi: 1947, Krş: 100.

*
* *

Mustafa Reşit Belgesay. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Rasyonal tefsirleri — Gerekli tadilleri — Bir proje. C: 1. İstanbul M. Sadık kâğıtçı Basımevi: 1947. Krş: 180.

*
* *

Sâfı Dümer. Memur Dâvası, İstanbul Güven Basımevi: 1947, Krş: 65.

*
* *

Prof. Zeki Mesut Alsan. Devletler Hukuku dersleri. Ankara Sakarya Basımevi: 1947, Krş: 750.

*
* *

Sabri Aksüyek. Medeni kanun hükümlerine göre kanunî mirasçılar ve eski kanun hükümlerine nazaran millî arazi ve musakkafat ve müstegallatı vakfiyenin sureti intikaline dair esaslar. Ankara Türk sözü Basımevi: 1947, Krş: 350.

*
* *

Mustafa Reşit Belgesay. Türk Kanunu Medenisi şerhi: IV Fasikül: 3, üncü bası. İstanbul Maarif kitapevi: 1947.

*
* *

Haşiyeli Memurin Kanunu zeyilleri ve tefsirleri. İstanbul Cihan Kitapevi: 1947, Krş: 50.

*
* *

Kiracılar ve kiralayanlar. Millî Korunma Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesi hakkında 5020 sayılı kanun ile hükûmetin ve geçici komisyonun gerekçeleri. Ankara Çankaya Kitapevi: 1947, Krş: 50.

Kâzım DERELİ

Federal Mahkeme Kararları

Istisna sözleşmesi. Elektirik tesisleri

Bir elektirik ustası, bir telefon tesisatını yaparken bir telefon telinin, yüksek cereyan nakleden bir başka tel ile temas etmesi üzerine, elektirik cereyanın tesiri ile ölmüştür. — Ölenin yakınları, yardımcıdan mahrum kaldıkları iddiasile özel kamu kanunu ve borçlar kanunu hükümlerine göre İsviçre Konfederasyonundan tazminat talep etmişlerdir.—Bu talep mahkemece ret olunmuştu.

Elektirik tesisleri hakk. Federal Kanun madde. 27,

İBK 58, 127, 339, 363.
TBK. 58, 125, 332, 355.

1. *Elektirik tesisleri hakkındaki federal kanunun 27. maddesinde tesbit edilen mesuliyet ancak tesisin işletilmesi esnasında vâkı olan kazalara taallûk eder, tesisin inşası esnasında vâkı olan kazalar bundan hariçtir.*

2. *İnşa edilmekte olan bir telefon hattı BK. 58. madde hükmüne göre «imal olunan bir şey» değildir.*

3. *İşciyi himaye için tetbirler almak mükellefiyetini İşverene yükleyen İBK. 339 (TBK 332) kıyas yoluyla istisna akdinde iş sahibine karşı da uygulanır; hususile iş sahibi işin kendisinin bildiği ve mütaahhidin bizzat bilemeyeceği tehlikelerine karşı mütaahhidin dikkatini çekmekle mükelleftir.*

Yüksek tevettürlü bir cereyanın geçtiği elektirik hattına dokunmaktan doğacak ve meslek adamı olmıyanların bile anlayacağı bir ölüm tehlikesi böyle bir tehlike değildir.

Şu halde iki elektirik telinin karşılaşma noktasında işçi tarafından alınması gereken pek hususî ihtiyat tetbirlerinin alınmaması ağırbir kusur teşkil eder.

Sulzer — İsviçre Konfederasyonu, 12 Şubat 1934
RO 60 II, JDT 1935 s. 194.

110

Olaylar: Davacıların oğlu elektirikçi W. Sulzer 1931 yılında Olten şehri telgraf idaresile bir mukavele yapmıştı. Buna göre, Sulzer telefon tellerini tesis etmek hakkını almıştı. Fakat mukaveleye merbut talimata ve hususile 34. maddeye temamile riayete mecbur tutulmuştu. Bu madde bir telefon telinin yüksek tansiyonlu bir elektirik hattı ile karşılaştığı zaman alınacak tedbirleri gösteriyordu.

33 Nisan 1931 tarihinde Sulzer'in çektiği bir telefon teli yüksek tansiyonlu bir cereyan nakleden bir hat ile temas ettiğinden elektirik çarpması suretile ölmüştür.

19 Nisan 1933 tarihinde Sulzer'in anababası Konfederasyon idaresi aleyhine yani İsviçre devleti aleyhine dava açtılar. Cenaze masrafları için 2000, yardımdan mahrumiyet sebebile zarar ve ziyan olarak 28785 ve mânevi zarar olarak 6000 frank istediler.

Davalı idare davanın reddini istedi. Federal Mahkeme davayı ret etti.

Gerekçe:

1 Davacılar 1902 tarihli Federal kanunun 27. maddesine istinat etmektedirler. Fakat bu maddenin açık ve sarih metni, ancak elektirik tesisinin işletilmesi yüzünden vukua gelen kazalara taallûk etmektedir. Bu metin bu tesislerin yapılması sırasında vukua gelen kazalara şâmil değildir. Esasen bu maddenin doğuş tarihçesi de bunu teyit eder. Gerçekten bu madde ilk şeklinde inşaat kazalarına da şâmildi. Fakat bir elektirik tesisinin inşası her hangi bir binanın inşasından farklı bir tehlike arzetmediği, tesisin ancak cereyan çektikten sonra böyle hususî bir tehlikenin hâsıl olacağı, bu itibarla maddenin sevk ettiği sebep mesûliyetinin (objektif mesûliyet) elektirik tesislerinin inşanında tatbik edilmesinin doğru olmayacağı ileri sürülerek bu kısım tay edilmişti.

Hâdisede, kazanın vukua geldiği sırada telefon hattı henüz işletmeye açılmamıştı. Yani bu hat henuz inşa halinde idi. Şu halde 27. maddenin tatbiki bahis mevzuu olamaz.

2 — Şu halde hâdisede umumî hükümlerin yani BK. İstisna akdi hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira Sulzer istisna akdi mahiyetini taşıyan bir sözleşmenin ifası sırasında bu kazaya kurban gitmişti. Davacılar imal olunan bir şey malikinin mesûliyetine müteallik BK. 58. madde hükmüne de istinat eder görünmektedirler.

14

Fakat bu hüküm burada uygulanmaz. Zira telefon hattı kaza vukuunda henüz yoktu, zaten tesisi bahis mevzuu olan da o idi. Şu halde BK. 58. maddeye göre bir tesisten bahsedilemez. Diğer taraftan, davalının ileri sürdüğü zamanaşımı def'i yersizdir. Çünkü BK. (127), 125 de yazılı 10 yıllık zamanaşımı burada uygulanır. İş sahibi tarafından istisna akdine mütedair 363(355) ve sonraki maddeler mütaahhidin korunması için gerekli ihtiyat tedbirlerinin iş sahibi tarafından alınmasını sarih surette derpiş etmiş değillerdir. Fakat bu hal, iş sahibinin bu yolda bir mükellefiyeti bulunmadığı mânasına gelmez. Bilâkis, istisna akdinin hususiyetleri göz önünde tutulmak şartile, hizmet akdine müteallik 336(332) madde hükmü kıyas suretile tatbik edilmek gerekir (Bak. İBK şerhi madde 363 N. 15; ***Oser***, aynı madde 3b. ***Rümelin***: Dienstvertrag und werkvertrag s. 272) Şu halde iş sahibi işin icrası tehlike arzettiği zaman, kendisince malûm fakat mütaahhitçe bilinmeyen tehlikeleri ona bildirmekle mükelleftir. Bundan başka iş sahibi, kendisine düşen ve mütaahhide düşmeyen tedbirleri almalıdır.

Davalı, Olten şehrinde telgraf idaresinden bir memurun, telefon hattının yüksek tansiyonlu bir elektirik hattı ile karşılaştığı (Kruvazman yaptığı) zaman hâsıl olan tehlike üzerine ölü Sulzer'in dikkatini bilhassa çektiğini iddia ediyor. Bu iddianın doğruluğunu araştırmak lüzumsuzdur. Çünkü bu tehlike elle tutulacak kadar belli idi, hatt âmeslekten olmayan bir kimsenin hele bir elektirikçinin hemen farkına varacağı kadar açık idi. Hususî talimat verilmemiş bile olsaydıölü Sulzer'in yine gereken özel tedbirleri almadan telefon hattını yüksek cereyanlı hattın altından geçirmemesi lâzım gelirdi. Bundan başka inşaat talimatının 34, maddesi yüksek cereyanlı telin sahibi ile bir anlaşma yapılarak yüksek cereyan kestirilmeden hatların karşılaştığı yerde inşaat yapılmasını menediyordu. Hâdisede bu hususta yani cereyanın kestirilmesi için gereken muameleyi yaptırmak işini telefon idaresi üzerine almıştı. Sakat hatların karşılaştığı noktada inşaatın hangi saatte yapılabileceğinin kendisine bildirilmesini mütaahhidin beklemesi lazım gelirdi. Halbukiölü Sulzer böyle bir yazı almadan işe başlamıştır.

Esasen sulzer'in o noktada tel germek vazifesi de değildi. Onun işi direkler için çukur kazmak ve direkleri tutturmak için taş getirmekten ibaretti. Bu iş yüksek cereyanlı tele dokunmak tehlikesini arzetmiyordu. Sulzer, işinin çerçevesi dışına çıkmakla, direkleri dikmek, telleri çekmekle tehlike ve hasar kendisine ait

olmak üzere hareket etmiştir. Bu itibarla iş sahibinin mesûliyetini mucip bir hal yoktur.

Müteveffanın işlediği bu ağır kusur, Federal elektirik kanununun 27, maddesi uygulanmış olsaydı bile yine davalının mesûliyetini bertaraf ederdi.

II. Hukuk dairesi.— Strebel, Soldatı, Zaeger, Leuch, Hablüzle, Gue, Rossel.

İlân Bastırma Sözleşmesi. İstisna Bagıtı.

Üç yıl zarfında müşterinin istediği tarihlerde basılmak üzere yüz dört ilân basmak hususunda bir abonman mukavelesi yapılmıştır. — Müşteri bu sözleşme hükmünü yerine getirmemiştir.— Müşteriye göre bu sözleşme, feshi kabil bir vekâlet akdidir. — Basımevi ise bu sözleşmenin bir istisna akdi olduğunu iddia etmiştir. —Federal Mahkeme bu son fikri doğru bulmuştur.

İBK 107, 363. 394.
TBK. 106, 355, 386.

1. *İlân mukavelesi (contrat de publicité) öyle bir mukaveledir ki onunla taraflardan birisi bir bedel mukabilinde bir dergi veya gazetede ilânlar neşretmeği ve ya ettirmediği taahhüt eder. Bu sözleşme, muayyen bir hizmet görülmesini değil, ilân muamelesinden ibaret bir neticenin istihsalini tazammun eder. Mahiyeti icabı bir taraflı olarak ve her zaman fesedilemez. Şu halde bir istisna akdidir.*

2. *Bir sözleşmenin mahiyetini tâyin eden şey o sözleşmeye taraflarca verilen ad degil, o sözleşmeden doğan hak ve borçların hepsidir.*

Wagner et Cie S. A – İmpimerie Bollmann S. A.
5 temmuz 1933, *Ro 59 II s.* 260.

İsviçrenin Zofingue şehirinde Wagner ve Şürekası anonim şirketi kadın çorapları fabrikası 8 ağustos 1929 tarihinde Bollmaann basımevini bir ilânı journal textile Suisse gazetesinde 104 def'a neşretmek işi ile vazifeledirilmiştir. Kararlaştırılan bedel 4622 franktır. Müşteri icabında ilân metnini ve tertibini değiştirebilecek ve üç yıl içinde istediği tarihte neşrettirebilecektir. Müşteri tadil etmek bahanesile ilânın 1932 yılına kadar neşredilmesine mâni oldu. Ve basım husunda verdiği emirlerin adedi pek mahdut oldu. Taraflar basım emri yerine ***Auflage*** kelimesini kullanıyolardı. Bu almanca kelime vekâlet mânasına geldiği gibi, emir, sipariş mânalarını da ifade eder. Basımevi müteaddit defalar ihtarda bulunduğu, ilân yapmak için müsait fırsatları tavsiye ettiği ve vadenin 8 ağustos 1932 tarihinde sona ereceğini ve bu tarihte ücretin ödenmesini arzu eylediğini bildirdiği halde müşteri fabrika hiç bir harekette bulunmamıştır. Bu fabrika, bir yıl zarfında kusuru olmadığı halde ilan neşrettiremediğini iddia etmiştir. Basımevi buna karşılık rakip bir dergide 1929 dan 1932 tarihine kadar müşterinin ilanlar neşrettirdiğini ileri sürerek bu davayı açmıştır.

Davalı, kanton mahkemesi önünde bahis mevzuu sözleşmenin borçlar kanunun vekâlet akdine ve iki taraflı akitlerin feshine müteallik hükülerine istinat etmiştir. Mahkeme davacının görüşünü kabul etti. Sözleşmenin istisna akdi mahiyetinde olduğunu ve müşterinin mütemerrit olduğunu belirtti. Mahkeme zarar ve ziyan mıktarını 2500 frank olarak tesbit etmiştir. Bu miktara hükmederken bir taraftan davacının akdin ifasındaki menfaatini, diğer taraftan iktisadî buhran devrinde ilân yaptırmaktan hiç bir menfaat belmeyecek durumda olan davlının kusurundaki hafifliği göz önünde tutmuştur.

Davalı, Federal mahkemeye baş vurmuştur. İleri sürdüğü iddialar şunlardır:

a) Davacı dahi hâdisede bir vekâlet mevcut olduğunu ileri sürmüştür.

b) Bu tez kabul edilmeyip te ortada bir istisna akdi bulunduğu terviç edilse bile, davacının zarar ve ziyan isteyebilmesi için, eseri ikmal etmiş olması veya BK. 107 (106) madde mucibince davalıya bir mühlet verdikten sonra eseri icradan vaz geçmiş bulunması lâzımdır, iş sahibi mütaahhide zarar ve ziyan vermek suretile sözleşmeyi her zaman feshedebilir. Fakat bu tazminat eserin

imal edimesindeki müsbet menfaate müsavi değildir. Zararın ispatı mütaahhide düşer. Mütaahhit zararın miktarını bu hâdisede ispat edememiştir.

Fedaral Mahkeme davalının müracaatını ret etmiştir.

Gerekçe:

Münazaaya sebep olan ilân sözleşmesi, istisna akdi hükümlerine mi yoksa vekâlet hükümlerine mi tâbidir?.

Bir sözleşmenin hukukî mahiyetini tâyin eden, tarafların sözleşmeye verdikleri ad değildir. Şu ciheti belirtmek lâzımdır ki tarafların kullandıkları ***Auftrag*** kelimesi vekâlet demek olmakla beraber istisna veya hizmet akitlerinde verilen emirleri ifade etmek için de kullanılır. Şu halde münazaaya sebep olan sözleşmeden doğan hak ve borçların bütününü göz önünde tutmak lâzımdır (Bak. ***Staudinger***: Alman Medenî Kanunu şerhi, 9. basım Cilt II, s. 1079, ***Warneyer***: Alman Medenî Kanunu şerhi 2. basım cilt I. s. 1139).

İsviçre hukukuna göre vekâlet öyle bir mukaveledir ki bununla vekil müvekkiline karşı BK. da yer alan öteki akitlerde derpiş edilmeyen bir hizmet görmeği vadeder (bak. ***Becker***: İsviçre Borçlar Kanunu şerhi madde 394 s. 529,). Vekâletin meccani olması sözleşmenin ayırt edici vasfı değildir. Fakat hilâfına bir hüküm veya âdet yoksa vekâlette asolan meccaniliktir. Vekâlet gerek vekil gerek müvekkil tarafından istenildiği zaman fesh edilebilir (İBK 404 TBK 396.) Taraflar bu hakkı ne tahdit, nede bertaraf edebilirler. 404 madde hükmü âmir hükümlerdendir (***Becker***: madde 404 N. 8, ***Oser***, 1. basım aynı madde N. 1).

Hiç şüphe yokki ilân mukavelesinde ne müşteri, nede yayan (editör) veya basan (emprimör) her zaman ve bir taraflı olarak akdi fesh hakkına malik değildir. Böyle bir hak, sözleşmenin mahiyetine, muhtevasına ve hedefine aykırı düşerdi. Şu dalde bu sözleşme hukukî ve teknik mânada bir vekâlet değildir. Taraflar 8 Ağustos 1928 tarihinde ***Journal Texlile Suisse*** gazetesinde ilânlar neşretmeği kararlaştırdığı zaman BK. 394 (396) hükmüne göre alelâde bir vekâlet aktetmiş değillerdir. Davacı her zaman kabuli fesih bir mukavele yani menfaatlerine mugayir bir mukavele yapmağı hiç bir zaman düşünmemiştir. Davacı böyle bir görüş tarzını ne akit yapıldığı sırada, nede daha sonraki mektuplarında kabul etmiştir. Bu dava açılıncaya kadar davacı herhangi bir fesih veya rücu hakkını kullanmsmıştır. Şu halde bu söleşmeye vekâlet hükümleri tatbik olunamaz.

İlân mukavelesi bir tarafa, bir ücret karşılığında bir mevkutada ilânlar neşretmek veya ettirmek mükellefiyetini yükler. Şu halde aktin mevzuu muayyen bir hizmetin görülmesi değil, hizmet veya iş görerek müşterinin menfaatine bir netice istihsal etmektir.

Tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da vekâletin ayırt edici vasfı onun ivazsız oluşu, yani meccaniliğidir. Bu bakımdan o hukukta istisna akdini vekâletten tefrik etmek kolaydır. Netekim ilân mukavelesinin bâzı şart ve şekillerle mahiyeti tebdil edilmedikce, bir istisna akdi olduğu bütün müelliflerce kabul edilmiştir (*Staub*: Alman Ticaret kanunu şerhi 310 basım Cilt 2, s. 1157 N. 15, Madde 381, *Warneyer*: Alman Medeni Kanunu 2. basım Cilt 1, S. 1141) Alman İmparatorluk Mahkemesi de bu fikirdedir (RG. 2 aralık 1925, Seipziger Z. FDR. 1933, *Seuffert's* Archiv.n.65.s. 270).

Fransız hukukunda ilân mukavelesi bir istisna akdi sayılmıştır. Çünkü bu akit zaman, iş ve malzeme kullanmak suretile ilân. muamelesi denilen nihaî bir netice elde etmeği hedef tutuyor. Bak. *Teltaine*: De la Publicité commerciale thèe caen 190 3, *Demontaine*, Les contrats de publicité Paris 1925).

Bir eser (ouvrage, imal olunan şey) bir ek, hizmet neticesidir. Bu netice gayri maddi de olabilir (*Becker*: madde 363 N. 4, s. 457). İsvçre hukukunda hizmet ve istisna akitleri şu suretle tefrik edilir: hizmet akdinde bir kimse doğrudan doğruya emeğini kiralamıştır. İstisna aktinde muayyen bir neticenin istihsali, bir hizmetin neticesi tahhüt edilmiştir (*Becker* sözu geçen yer). Bu sebepten dolayı Federal M elektirik enerjisi verilmesini,meselâ bir binanın aydınlatılması gibi bir maksatla verildiği zaman bir istisna akdi sayılmış, sırf bir miktar enerji verilmesi bahis mevzuu olduğu zaman bir satış saymıştır (RO 48 II s. 370) Aynı sebepten dolayı basım mukavelesinin bir istisna akdi saymıştır. Buna mukabil bir ilân şirketinin bir matbaa lle yaptığı mukaveleye gelince, burada iş değişir: Bu mukavele ile matbaacının ilân şirketine ilân bastırma hususunda bir inhisar hakkı tanıdığı malûmdur. Bu sözleşme, ilânların ancak yayımı bakımından bir istisna akdidir.
fakat diğer bakımlardan hasılat akdine müşabir bir akittir. (Bak. FMK 57 II S. 162).

Şu halde Kanton Mahkemesinin kararında belirtildiği gibi ilân mukavelesi bir istisna akdidir.

Federal Mahkeme I. Hukuk dairesi: Thèlin, Honegger, Ursqrung, weiss, Robert, Engeler, Bolla

Nakliye Mukavelesi

Bir nakliye şirketi İsviçreden Türkiyeye mal naklini taahhüt etmiştir.— Mallar bir alman gemisine yüklenmiş, fakat harb sebebi ile Pire limanında mahsur kalmıştır.— Nakliye ücretinin ödenmesi için nakliye şirketi bir dava açmıştır.— Davalı, akdin icra edilmemiş olduğunu ileri sürerek defide bulunmuştur.— Dava ret olunmuştur.

İBK. 119
TMK 117.

1. *Bir malı bir yerden başka bir yere nakletmeği götürü olarak üzerine alan dir kimse; mal. gönderme yerine vâsıl olmadıkça kararlaştırılan fiyatı isteyemez. Bu malın yerine varamamasının nakliyecinin kusurundan ileri gelmemiş olmasının önemi yoktur.*

Şu halde Bal'den İstanbula nakledilmesi taahhüt edilen bir mal, yüklendiği alman gemisinin harbin başlangıcında Pire Limanına sığınması yüzünden Pire'de mahsur kalırsa nakliye şirketi yollayıcıdan mukarrer nakliye bedelini isteyemez.

All. Bruss et Cie— ondrad kadeşler 28 haziran 1918.

JdT. 1919 s 79.

Bal'da bulunan davalı Alli. Bruss şirketi, Türkiye hesabına tramvay hatti inşası için gereken malzeleyi vermeği taahhüt etmiştir. Davalı şirket bahis mevzuu inşaata gerekli demir parçalarının Bal'den ıstanbul da Haydarpaşaya nakli işini Bal'deki Gondrand şirketine vermiştir. Kararlaştırılan bedel 100 kilo başına 3 frank 75 santimdir. Budan başka sigorta, gümrük, yol masrafları ve Haydar paşa (rıftımda teslim) masrafları iade edilecektir. Taraflar nakil işinin en ucuz yoldan yapılacağı (yani Bal'den Hamburg'a trenle, Hamburg'dan İstanbula vapurla Cebelüttarık yoluyla).

Mal Bal'den üç parça halinde yollanmıştır. En son kısım Bal'den 4 temmuz 1941 tarihinde gönderilmiş. Hamburg'da serifos alman gemisine yüklenmiştir.

Davacı nakliye şirketi 31 temmuz 1914 tarihinde üç parça nakliyata ait faturayı davalıya gönderdi. Fatura bedeli 6908 franka yükseliyordu. Davalı verdiği cevapta, malların mahaline vasıl olduğunu haber alır almaz hesabı kapatacağını, ilk iki parçanın mahaline vâsıl olduğunu öğrendiğini, fakat üçüncü posta hakkında hiç bir haber almadığını bildirdi. Bunun üzerine davacı, masrafları peşin ödediğini ileri sürerek ilk iki parçaya ait kısmi tediyenin yapılmasını istedi. Bunu üzerine davalı, 4000 frank ödemiştir. Davacı Üçüncü parçanın usulen gemiye yüklediğini ve şark seferi yapan geminin hali hazır şartlar içinde gecikmesinin normal olduğunu, bakiyenin ödenmesini istemiştir. Davalı 15 ağustosta verdiği cavapta (Dünkü mektubunuzu aldık. Gereken parayı elde eder etmez, borcunuzu ödeyeceğiz. Siz de biliyorsunuz ki buradaki bankalar pek büyüp müşkilatla para veriyorlar.) fakat davalı bir kaç gün sonra üçüncü parçanın mahaline varmadığını ve zarardan davacıyı mesul tutacağını bildirdi.

Sonrada öğrenildi ki ağustosun ilk günlerinde gemi sicilya ile Yunanistan arasınaki sularda sefer ederken İngiliz harp gemilerinden kutulmak için Pire limanına iltica etmiştir. Malların başka bir gemiye nakli husundaki teşebbüslerin neticesiz kaldığı ögrenilmiştir.

8 Ağustos 1917 de davacı fatura bakiyesinin ödenmesi için dava açmıştır. Bakiye 2908 frank ile bunun 14 ağustos 1914 tarihinden itibaren faizini isteyordu.

Federal Mahkeme bu davayı ret etmiştir,

Karar:

1.—Kanton mahkemesi kararında, davalının 14 ağustos 1914 tarihli mektubunda faturanın üçüncü parçaya ait kısmını kabul eylemediğini kandırıcı delillerle ispat edilmiştir. Bu hususta o kararda ileri sürülen gerekçe temamile doğrudur.

2.—Bu davanın İşviçre hukukuna tâbi olduğu hakkında kanton mahkemesinin görüşü de doğrudur. Çünkü her iki tarafın ikametgâhı İsviçredir. Taraflar İsviçre hukukunun bu hâdiseye tatbik edilmesi hususunda müttefiktirler. Akit İsviçrede yapılmıştır ve kısmen İsviçrede icra edilecektir.

3.— Sözleşme yalnız malların yollanmasını değil, önceden tesbit edilen sabit bir ivaz karşılığında varış mahalline kadar naklini de tazammun ediyordu. Bu nakil keyfiyeti davalının hesabına değil, davacının kendi adına ve kendi hesabına yapılıyordu. Bu sözleşme istisna akdine benzeyen, götürü bir mukaveledir. Davacının iddiası hilâfına olarak bu sözleşme davacının Hamburgta Alman Şark Deniz Yolları kumpanyası ile yaptığı deniz nakliye mukavelesi ile tadil edilmiş değildir. Davacı, davalıya karşı hiç bir kayıt ve şart olmaksızın malları nakletmeği taahhüt etmiştir. Davacının deniz nakliyatını üçüncü bir şahsa tevdi etmesi davalıyı alâkadar etmez. Davalı ile bu üçüncü şahıs arasında akdî bir münasebet yoktur. Bu itibarla davacının kendisine konşimentoyu bildirmesi önemi haiz değildir. Gerçekten davalının elinde konşimentonun bulunması lâzımdır. Çünkü varış mahallinde malı teslim alabilmek için konoşimentonun elinde bulunması gerekir. Vâkıa 20 Mayıs 1914 tarihli faturada matbu olarak şu ibare vardır: Mesuliyetimiz, hizmetlerinden faydalandığımız deniz nakliye şirketlerinin mesuliyetinden daha vasi değildir. Fakat bu kayıt ancak malın kaybolmasından mütevellit mesûliyeti istihdaf eder.

4.— Diğer taraftan, verilen izahlara göre yapılan mukavele davacı tarafından ifa edilmemiştir. Bu itibarla davacı, davalı aleyhine ücretin ödenmesi davasında haklı değildir. Çünkü nakil işini sonuna kadar başarmamıştır. Mal varma mahallinde teslim edilmemiştir. Şu halde davacının mukabil ivaza istihkak kesbetmemesine göre davanın şimdilik ret olunması yerindedir.

Fakat davacı, mukaveleyi abluka sebebile yerine getiremediğini iddia ediyor. Lâkin malın Piredeki Alman gemisi üzerinde olduğu Kanton mahkemesinde tesbit edildiğine göre bu delil kabul edilemez. Esasen mukavelenin icrasında 119(117) maddeye göre objektif imkânsızlık olduğu kabul edilse bile yine davacının talebini kabule imkân olmıyacaktır. Zira bu maddenin 2. fıkrasına göre imkânsızlık sebebile borcundan kurtulan taraf, diğer taraftan borcunu ifa etmesini isteyemez. Meğerki kanun veya mahkeme, borcun ifasından önce hâsıl olan hasarın alacaklıya ait olduğunu derpiş etsin. Halbuki bu davada böyle bir hal bahis mevzuu değildir.

Federal mahkeme I. Hukuk Dairesi—Picot, Favey, Honegger, Schmid, Affolter, Stoos ve Oser.

Hizmet mukavelesi. Rekabet memnuniyeti.

Bir ticaret şirketi Nöşateldeki şubesine bir müdür tâyin etmiştir.— Hizmet mukavelesine şirketten ayrıldıktan sonra müdürün Şirketle rekabet edemeyeceğine dair bir rekabet memnuniyeti kaydı konmuştur.— Bir müddet sonra müdüre yol verilmiştir.— Eski müdür Nöşatelde rakip bir ticarethanin hizmetine girmiştir. — Eski ticarethane bundan dolayı zarar ve ziyan talep etmiştir.— Rekabet memnuniyetinin ihlâline dayanan bu dava Kanton mahkemesince ret olunmuştur.— Davacının yaptığı müracaat Federal mahkemece kabul olunmuş, dosya mahallî mahkemeye iade edilmiştir.

İBK. 347, 348, 352, 356, 359, 360.
TBK. 340, 341, 345, 349, 352, 353.

S. A. P. Gonset — Jaronjki.
La Semeine Juduciaire 1945 *s.* 113.

1. *Bir hizmet sözleşmesinde rekabat memnuniyeti İBK. nun* 356—360 *maddeleri hükümlerine tâbidir.*

2 — *İBK. Madde* 356 (*TBK* 349) *da rekabet memnuniyetinin caiz olması için konan şartlar mütenaviptir (alternatiftir). Maddeyi (müşterilere vukuf* veya *iş sahibinin esrarına nüfuz şeklinde okumalıdır (maddedeki (ve) rabıtası yanlıştır*).

3. — *Bir mağaza müdürünün bulunduğu şehir küçük olur, ve diğer bâzı şartlar bulunursa onun müşterilere vukufu kabul olunur.*

4. — *Müstahdemin hareketi hizmet akdinin feshi için haklı bir sebep teşkil etmediği halde iş vereni hizmet akdini fesh ederse halinde rekabet memnuniyeti hükmünü kaybeder. Fesih, ister mukavelede muayyen zamanından önce vâki olsun (İBK* 352 — *TBK* 347) *ister en yakın kanunî miad için iş veren tarafından usulen yapılan bir ihbar suretile olsun (İBK* 347, 347 — *TBK* 340, 341) *bu esas cari olur. Buna mukabil iş sahibinin akdi feshetmesi için haklı sebepler varsa, akit derhal feshedilmiş olsa bile rekabet memnuniyeti kaydı devam eder.*

5. — 365. *Maddenin 2. fıkrası çerçevisinde haklı sebep kavramı* 352 *maddedekine nazaran daha genişce yorumlanmalıdır.*

120

6. — *Müstahdeme yol verilirken onun hiç bir kusuru ileri sürülmemişse ve akit derhal fesih edilmişse, müstahdem prensip itibarile ortada hiç bir haklı sebep bulunmadığını kabul edebilir ve rekabet memnuniyeti kaydı artık kendisini bağlamaz. Fakat iş veren fesih sebebini izah etmemekle beraber işçi, akdin haklı sebeplerden dolayı feshedildiğini lâyıkı ile biliyordu ise bu karine hükümsüz kalır.*

7. — *Rekabet memnuniyeti şartının ihlâli halinde tatbik edilecek bir cezaî şart derpiş edilmemişse, rekabet memnuniyetinden faydalanan kimse bu memnuniyetin ihlâlinden uğradığı zararı ispat etmekle mükelleftir.*

Gonset — Hendrot anonim şirketi (bundan böyle bu şirket P. G. H. harflerile gösterilecektir) tuhafiye ticaretile uğraşmaktadır. Bu şirketin başlıca müessesesi İsviçrede Yverdon şehirindedir. İçlerinde İsviçrenin büyük merkezleri de bulunan 9 şehirde şubeleri vardır. Bundan başka bu şirket aynı mahiyetteki bir çok şirketlerle de alâkalıdır. Yverdon şehrinde bir alım merkezi vardır. Şirkete tâbi bütün mağazalar mal ve malzemelerini bu merkezden satın almaktadırlar.

Bu şirket 1934 yılında A. Z. adındaki zati, Nöşatel'deki Au sans Rival adlı şubesinin müdürlüğüne tâyin etti. Bu ticarethane 31 reyonu (kısmı) ihtiva etmektedir: makara ve iplik, yün, maroken işleri, kırtasiye, şemsiye, mobilye, elbise, ayakkabı, ev eşyası, oyuncak, musiki alet ve notaları, reçelcilik kısımları gibi. J. becerikli ve tecrübeli bir tüccardır.

17 mayıs 1937 Tarihinde PGH şirketi j. ile yeni bir hizmet mukavelesi yaptı. Bu mukaveleye göre j. bütün zamanını müdürlük işine tahsis edecek ve iş vereinin talimatına uyacaktı. Her hangi bir namla komisyon almaycaktı. Sabit ücreti ayda 800 franktır. Bundan başka yıllık satışlar miktarı üzerinden hesaplanan bir komisyon ve bu miktar ile ortalama mal istoku arasındaki nispet üzerinden bir prim almağa hakkı olduğu kabul edilmiştir. Mukavelenin 7. maddesine göre (j. ne doğrudan doğruya ne de dolayısı ile her hangi bir sıfat veya şekilde olursa olsun, yani ne kendi adına ne de aynı mahiyette veya rakip bir ticarethanede çalışmak, nede böyle bir ticarethaneye ortak veya herhangi bir sıfatla alâkalanmak suretile PGH şirketine rekabet etmekten memnudur. Bu

memnuniyet mukavelenin hitamından itibaren iki yıl müddetle muteberdir. Yalnız Nöşatel ilçesinde tatbik edilcektir. J. ücret ve komisyonu takdir edilirken bu rekabet memnuniyeti şartı göz önünde tutulmuştur.) Bu mukavele 1 ağustos 1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu muhavele 1 ağustos 1938 tarihinden itibaren sükût ile yenilenebilecektir. Fakat her iki taraf müddetin bitmesinden üç ay önce feshi ihbar edebilir. Yverdon mahkemesi bu mukaveleden doğacak ihtilâfları halletmekte yetkilidir.

Bu mukavele imzalanır imzalanmaz müşküller de baş gösterdi. İş veren, J. nin talimatına temamile riayet etmediğinden hususile Yverdon merkez alım müessesesinden mal alacağına başka yerlerden mal almasından dolayı J. yi tenkit ediyordu. Davalı ise faaliyetine gem vurulmasından sızlanıyordu. Bunun üzerine taraflar, 12 Eylûl 1938 tarihinde bir zeyl mukavele imzalayarak müdürün selâhiyetlerini tasrih ve bir dereceye kadar tevsi ettiler. Fakat J. bununla kanaat etmedi. 8 Kasım 1938 tarihli bir mektupla bâzı tekliflerde bulundu. PGH, bunlardan bir kısmını nazarı itibare aldı.

Davalı müdür aldığı tâlimat sınırı dışına çıkmağa devam etti. Şirket bu hâdiseler üzerine bir çok defa J, nin dikkatini çekti (15 mayıs 1937 den Nisan 1940 tarihine kadar bir çok defalar mektup yazdı.). Lâkin J, merkez alım müessesesine baş vurmaksızın doğrudan doğruya siparişler vermeğe devam etti. Ve ticarethanenin merkez müessesesi bunları kabul etmiş görünüyor. Bundan başka ticarethane müdürün haddinden fazla stok bulundurmasını da tenkit etmektedir. Çünkü merkezin fikrince bu stokun yenilenmesi çabuk olmayacaktı (22 ocak, 22 şubat 9 nisan tarihli mektuplar).

27 Şubat 1940 tarihinde XGH şirketi, 17 mayıs 1927 tarihli mukaveleyi ve 12 eylül 1938 tarihli zeyl mukavelenin feshini, 31 temmuz 1940 tarihinde ihbar etti. j. ye verdiği muvakkat bir şehadetnamede J. nin işini ihtimamla gördüğünü) bildiriyordu. İşine son verilen müdür yeni bir iş aramıştır. Teşebbüsleri uzun zaman neticesiz kalmıştır. J. Bloch ticarethanesine girdi. Bu ticarethane ***Au sans Rival*** ticarethanesinin yüz metre uzağındadır ve aynı ticaretle uğraşmaktadır.

B. — PGH Şirketi, (rekabet memnuiyetini ihlal ettiğinden dolayı, eski müstahdemi aleyhine 12 Kasım 1940 tarihinden itibaren yüzde beş faizi ile birlikte onbin frank alacak için icraya müracaat

122

etti. J. takip talebine itiraz etti. PGH Şirketi 21 mart tarihinde aynı meblağdan dolayı J. aleyhine dava açtı. Davalı bu davanın reddini ve mukabil dava olarak 18 eylûl 1940 tarihinden itibaren yüzde beş faiz talep etti. Davacı şirket, mukabil iddiayı kabul ancak faize itiraz etti.

Vaud Kanton mahkemesi 29 mart 1944 tarihinde davacının talebini ret, davalının mukabil iddiasını kabul, ancak faiz nisbetini yüzde dörde indirdi.

C. Davacı bu karar aleyhine Federal mahkemeye müracaat etti.

Gerekçe:

1. — Taraflar birbirine bir hizmet akdile bağlı idiler. Bu itibarla rekabet memnuiyeti BK. 356—360 (349—353) madde hükümlerine tâbidir.

a) Rekabet memnuiyeti şartının muteber olması için ilk şart (işçinin işverenin müşterilerini tanıması veya onun işlerine nüfuz etmesi) imkânın mevcut olmasıdır (Mad. 356 fıkra 1, TBK 349 f.ı)

Bu davada sözü geçen şart tahakkuk etmiştir. Davacının Nöşatel'deki şubesinin müdür ve nâzımı olan davalı ticarethanenın müşterilerini tanımak ve varsa sırlarına nüfuz etmek imkânına sahiptir. Esasen bu iki şarttan birisinin varlığı kâfidir.

b) Bundan başka 356. maddenin 2. (TBK,349 f.r) fıkrasına göre işçinin, bu vukufu sayesinde iş sahibine hissedilir bir zarar vermesi mümkün olmalıbır (fransızca metindeki müşterilere vukuf ve esrara nüfuz ibaresindeki ***ve*** kelimesini ***veya*** olarak kabul etmelidir, bak. RO 4 II s. 95)

Kanton mahkemesi bu şartın tahakkuk edip etmediğini hiç nazarı itibara almamıştır. Diğer taraftan bu mahkemenin kanaatine göre iş veren memnuiyetin devamında hakiki bir menfaate de sahip değildi.(BK 360 F·I). Kanton mahkemesinin kanaatına göre (bu nevi ticarethanelerde müşteriler ticarethaneye merbut değildirler o suretleki müdürün müşterilerle esasen pek mahdut ölçüyü geçmeyecek olan şahsî münasebetleri ancak pek tâli bir rol oynayabilmişlerdir) Yine Kanton mahkemesine göre davalının davacının sırlarını yeni patronuna ifşa edebildiği isbat edilmiş değildir. Nihayet, Kanton mahkemesi ticarethaneye iptidaî malzeme ve mal satan kimselerin müdürce malum olmasına hiç bir ehemmiyet atfetmiyor. Hatta rekabet memnuiyetini ihlal etmek suretile davalının davacıya hissedilir bir zarar vermesinden şüphe etmiştir.

2.—356. maddenin 2.(TBK.349 f.r) fıkrasının bu tarzda uygulanması hakkındaki görüşe iştirak edilemez. Burada bahis mevzu olan bir zararın fiilen vukuu değildir. Bahis mevzu olan şudur: rekabet memnuiyeti şart edildiği sırada, işçinin müşterilere vukufundan veya iş sahibinin esrarına nüfuz etmesinden dolayı iş sahibine bir zarar vermek için faydalanması imkânın bulunmasıdır. Vakıa Nöşatel'deki tuhafiye mağzasının iştigal sahasına giren şeyler pek mütenevvidi. (mağzanın 31. kısmı vardı) Fekat bu mağza büyük şehirlerde temamile anonim bir mahiyet alan ve büyük mağaza adıyla anılan ticarethanelerden değildi, Au sans rival, orta büyüklükte bir mağazadır. Harpten önce yıllık alış veriş miktarı 400,000 frankı geçmeyordu. Ve bu ticarethane, nüfusu 20, 25 bin arasında olan bir şehirde kâindir.

Şu halde böyle bir halde bilhassa müşterilere vukuf ehemmiyetli bir rol oynayabilir.

Halbuki davalı rekabeti ile patronuna hissedilir bir zarar veremiyecek alelâde bir sürveyyan veya reyon şefi değildi. Şubesinin müdürü idi alımlara, işletmeye ve satışa ait her şeyi biliyordu.

Hususile müşterileri, müşterilerin muhtelif sınıflarına (köylü, şehirli, işçi, burjuva), mağazaya mal satanların yâni doğrudan doğruya mal satanlarla alım merkezi vasıtasıyla mal satanları, mutat fiyatları ve yapılan tenzilatı biliyordu. Bu malûmattan eski patronunun zararına faydalanabilirdi. Bundan başka davalı bütün malların satış fiyatını, mutad farkları reklam satışı için yapılan tenzilâtı ve ticarethanenin reklam olarak satmak âdetinde bulunduğu malları vesaire.. biliyordu. Muamele miktarını, personelin ücretlerini, ticarethanenin malî esaslarını, teşkilâtına dahi vakıf olabilirdi. Bu malumattan da istese eski patronu aleyhine istifa edebilir.

Bu şartlar altında davalının, aynı mahalde rakip bir müessese ye iş aldığı zaman eski patronuna hissedilir bir zarar verebilecek durumda olmadığı iddia edilemez.

Bundan başka dava dosyasında, yapıldığı sırada haklı olan rekabet memnuiyeti şartının. iş verenin bu şartın ibkasında hiçbir menfaatı kalmadığından dolayı, hükmünü kaybetmiş sayılmasını gerektiren hiç bir mesnet yoktur. (Madde 360 F. 1).

3.— 360 maddenin 2. fıkrasına (TBK.353) göre iş veren, işçinin kusurundan ileri gelen haklı bir sebep olmaksızın akdi feshederse rekabet memnuiyeti sona erer. Federal mahkemenin içtihadına göre bu hüküm, yalnız 352. maddede yazılı vaktinden önce fesih haline değil, iş veren tarafından hizmet akdinin feshi için kanunun koyduğu en yakın miad için ihbari halinde de tatbik olunur. (FMK.56 II 274, Sem. Jud. 1931 S.14). Bundan anlaşılıyor ki bu son halde dahi ortada haklı bir sebep olmaksızın iş sahibi akdi feshederse rekabet memnuiyeti şartı hükümsüz kalacak ve bilmukabele fesih için haklı sebepler varsa mukavele bir müddete riayet suretile fesih edilmiş olsa dahi memnuiyet hükmü baki olacaktır (bak. fe. deral mahkemenin yayımlanmamış 26 ekim 1937 tarihli Pfandlar—Orion kararı). Gerçekten, hizmet akdini derhal feshetmek için haklı sebepler bulunduğu halde bir mühlet vermek suretile işçiye karşı yumuşak davranan bir iş vereni, fesih hakkındaki mutlak hakkını kullanarak işçisini hem kapı dışarı eden bir iş verene nazaran daha sert bir hükme tâbi tutmak hakkaniyete aykırı düşerdi (kiyas suretile bak. FMK. 57. II s. 332),

Kanton mahkemesine göre davacı şirketin akdi feshetmesi için haklı sebepler mevcut değildi. Mahkeme içtihatlarına ve doktirine göre (FMK 56S.274, Oser—Schönenberger madde 360, No.6). 360. maddenin 2 (353) fıkrasındaki haklı sebep mefhumunu 352.(345) maddenin 2. fıkrasındaki haklı sebep mefhumuna nazaran daha geniş tutmak icap etmesine rağmen yine haklı sebebin vücudunu kabul etmek, bu mahkemenin, fikrince mümkün değidir.

İlk derce yargıçlarını bu görüş tarzı her iki ihtimali birbirinden yetesiye tefrik etmemektedir. Doğrudan doğruya mubayatta bulunmaması için ve stokları artırmaması için davacının verdiği bütün emirlere ve tamimata, tenkidlere, ihtarlara rağmen davalının aldığı emirlere aykırı hareketlerin davacının altı yıl müddetle göz yumduğu doğrudur. Bu hal işverenin, yeni bir itaatsizlik halinde derhâl işine son verileceğini kesin bir hale sokan katî bir ihtar dahi yapılmaksızın ve kanunî feshi ihbar müddetine riayet etmeksizin işçiyi derhal işinden çıkarma hakkını nez ediyordu(mad.352). 360. Maddenin 2. fıkrasının (353) tatbiki halinde durum başkadır. Yıllarca müsamaha gösterdikten sonra bir gün iş verenin sabrî tükenerek en yakın kanunî miad için işçiye feshi ihbar etmesi hüsnü niyete asla aykırı değildir. Bu hâdisede işveren, ortada haklı sebepler olmadığı halde feshi hakkını kullanmış değildir. Bu

hakkı kullanmasının sebebi işçinin hareketinden dolayı durumun çekilmez bir hal almasıdır. Davalının akde muhalif hareketleri gün geçtikce ziyadeleşmekte ve ağırlaşmakta idi. Davalının iddiası veçhile yaptığı siparişlerin davacının menfaatine daha uygun olmasının önemi yoktur. Kendisi üzerine atılan kabahat, mağazaya doğrudan doğruya mal satanların fiyatına nazaran fiyatları daha ehven olmasına rağmen alım merkezinden mal almamaktır. Davacının şuhareketinde davacı durumunun hissediler derecede ağırlaştığını görebiliyordu. Mal stokunun zararlı olabilecek derecede artırılmasında da durum aynıdır: (353 F.2).

Bu şartlar içinde ve 360 maddenin 2 fıkrasından istihraç edilen vasıtaya cevap vermek için, davacı hakikatte feshi davalının akde aykırı hareketleri sebebile yâni haklı sebeplerden dolayı ihbar ettiğini iddia da haklıdır.

4.— Kanton mahkemesi kararının sebeplerini davalıya bildirmeden davacının akdi fesh etmesinden dolayı, haklı sebepler varmıdır meselesini incelemeksizin davayı red etmiştir. Mahkeme fesih sebeplerinin davalıya bildirilmesini esaslı bir şekil meselesi saymaktadır. Buna riayet edilmemesi, rekabet memnuniyeti şartına istinat etmek hakkından mahrum eder. Kanunda böyle bir hüküm yoktur. Mahkeme içtihatlarına ve doktrine nazaran iş sahibi 352 (345) maddeye göre bir işçiye yol verirken haklı sebepleri daima tasrih etmek mecburiyetinde değildir. Fakat 360 maddenin 2. fıkrasının) 353 F. 2) tatbiki bahis mevzuu olduğu zaman işçinin durumu eyice bilmesi lâzımdır. Çünkü eski patronuna rakabet etmemek memnuniyeti, feshin sebeplerine bağlıdır. Şu halde kendisine karşı hiç bir tenkit yapılmamışsa esas itibarile işçi fasih için haklı bir sebep bulunmadığını karine olarak kabul edebilir ve artık memnuniyet kaydile bağlı kalmaz.

Fakat bu karine, işçinin hüsnü niyetli olması halinde muteberdi. İş veren sebebini söylememekle beraber işçi hangi sebeplerden dolayı işten çıkarıldığını lâyıkı ile biliyorsa, rekabet memnuiyeti kaydından kurtulmak için iş verenin sükutuna istinat edemez. İşveren feshi ihbar ettiği sırada fesih sebeplerinin ayrıca bildirilmeğe hacet olmayacak kadar açık ve işverenden bunları ayruca bildirmesini istemek hüsnü niyete aykırı görünmesi memnuiyet kayıdının devamı için kâfidir.

126

Hadisede PGH şirketi feshi ihbar ederken bunun sebeplerini bildirmemiştir. Mukavelede yazılı miad için feshi ihbar etmekle ve talebi üzerine davalıya muvakkat bir şehadetname vermekle yetinmiştir. Fakat bu hale rağmen işçinin fesih sebeplerini bilmesi gerekmiyor muydu? İşte şimdi bu noktayı araştırmak lâzımdır.

İlk derece yargıçları bu meseleyi incelemişlerdir. bununla beraber bu suale müsbet şekilde cevap vermek icap ettiği şüphesizdir. Ticarethanenin Nöşatel şubesi müdürü, itaatsizliği ile sonunda iş sahibinin sabrını tüketeceğini, aldığı son emirlere karşı gösterdiği son itaatsizliklerin, hususile 1939 yılı sonunda ve 1940 yılı başında kendi bildiği gibi yaptığı siparişlerin, stok ile satış miktarı arasındaki elverişsiz nisbetin bardağı taşıracak son damlalar olması tehlikesi bulunduğunu anlaması icap ederdi. Şu halde akdin bildirilmeyen fesih sebebini bilmemesine imkân yoktu. Netekim hiç bir izahat istememesi ve rekabet memnuiyeti kaydi ile bağlı olduğunu bildiği için önce Nöşatel dışında bir iş araması bu bakımdan manâlıdır.

Şu halde akdin, işçi tarafıdan malûm haklı sebeplerden dolayı fesh edidilği ve iş verenin bu kayda dayanarak dava açtığı kabul edilmelidir.

5. — Esas itibarile rekabet memnuniyeti kaydı bu kayda aykırı hareket halinde tatbik edilecek bir cezaî şartı ihtiva eder. Ve bu şart iş vereni zararı isbattan kurtarır (160 f. 1) TBL (158). Taraflar bir cezaî şart üzerinde uyuşmadıklarından işçinin memnuniyete aykırı hareketi halini, tazminini istediği zararı isbat etmek işverene düşer. Bu hususları isbat edemezse davası red olunur.

İrat edilen delillerin takdiri ve zararın mevcudiyetini ve derecesini tâyin etmek fiilî hadiseye bakan mahkemenin işidir. Hadisede kanton mahkemesi bu meseleleri halletmeğe hacet görmemiştir. Çünkü onun fikrince davacı memnuiyet kaydına dayanmak hakkını haiz değildi. Vakia davalının hareket tarzının davacıya hissedilir bir zarar verecek mahiyette olduğunu kabul etmenin güç olduğunu bildirmişti. Fakat kanton mahkemesi bu ifadesile hakikatte bir zararın mevcut olmadığını tesbit etmiş sayılmaz. Bu ifadeesi bir önem taşımıyor. Çünkü, (zarar meselesini kesin bir surette halletmeğe hacet olmadığını) bizzat mahkeme beyan etmektedir. Şu halde dava yeni bir veçhe aldığına göre dosyayı yeniden kanton mahkemesine yollamak lâzımdır. Bu mahkeme davalının akde aykırı hareketinden davacıya bir zarar gelip gelmediğini ve zarar gelmişse icap eden tazminat miktarını tâyin etmelidir.

127

Bu sebeplerden dolayı Federal Mahkemeye müracaatı kabule, kanton mahkemesinin kararını iptale ve yukarıda izah edilen gerekçeye göre yeni bir karar verilmek üzere dosyayı kanton mahkemesine iadeye karar vermiştir.

Banka kredisi. Bu kredinin iptali.

Bankanın, her müşteriye açtığı krediyi her zaman iptal edebileceğine dair genel — ve haddi zatinde hukuka uygun olan şart, kredi açılmasının süresi hakkında kabul edilen özel bir şart ile muattal bırakılmıştır.

Golbin — Banque d, escompte suisse
Ro 70 S. II,

Konkordat sebebile tasfiye halinde bulunan Banque d, escompte Suisse (bundan sonra B. harfi ile gösterilecektir), Comptoir d'esdompte de Genevé'in halefidir (bundan sonra bu şirkette C. harfi ile gösterilecektir). C, nin Lozan şubesi uzun zaman önce Leipzig'de Golbin be Pin müessesine iki kredi açmıştır. Bu müesseseseinin infisahından sonra Golbin kendi hesabına C. ile ticarî münasebetlerini devam ettirmiştir. Sonra gidip Milano'da vermemiştir.

1930 Yılında mart ayının 19—21 tarihinde Golbin'e ayni yılın 31 aralık tarihine kadar C. krediler açtı, bu kredilerin yenilenmesi mümkündü.

C. nın halefi olan B. ödemelerini tatil ettiği için Golbin ile aralarında mevcut ticarî münasebetler 3 nisan 1934 tarihinde sona ermiştir.

31 aralık 1934 tarihinde tarafların hesapları C. lehine alacaklı görünmekteydi. Golbin bu farkı ödemekten kaçındığı için B. tarafından aleyhine Lozan hukuk mahkemesinde te'diye davası açılmıştır.

Davalı hesap bakiyesinin doğruluğunu kabul etmekle beraber davacının talebine karşı zarar ve ziyandan mütevellit alacağını takas zımnında dermeyan etmiştir davalının iddiasına göre davacı birdenbire ve beklenmedik bir şekilde kradileri keserek kendisine bir zarar vermiştir.

129

Vaud kanton mahkemesi, 21 eylül 1943 tarihli kararında davalının iddialarını ret ile davacının iddialarını kabul etmiştir.

Gerekçeden özet:

Taraflar arasındaki münasebetleri düzenlemek üzere davalı tarafından 19 şubat 1925 tarihinde kabul ve imza edilen 19—24 mayıs 1930 tarihli mukavele ile genel şartların 14. maddesi, bu davanın görülmesinde Vaud kanton mahkemesine yetki tanımakta ve hâdisede İsviçre kanunun uygulanacağını bildirmektedir. Bu itibarla Federal mahkemeye yapılan müracaat incelenebilir.

Şu halde münazaalı olan hususu şudur:

davalının kabul edilen alacaklarına karşı takas yoluyla dermeyan edilen ve kredi bağıtının zamanından önce feshinden mütevellit zarar ve ziyan talebi yolunda mıdır?.

Vaud kanton mahkemesi, taraflar arasındaki iş münasebetinin 1934 yılında henüz mart 1930 mukavelesi ve genel şartların davacıya verdiği kredileri önceden ihbarda bulunmaksızın her zaman ve istediği şekilde fesetmek ve alacaklarının ödenmesini istemek hakkını veren II maddesile tanzim ettiğini kabul etmektedir.

Bu şartlar davacı tarafından Şubat 1929 tarihinde imzalanmış olmakla beraber, Mart 1930 tarihli bağıtın yürürlükte bulunduğu müddet esnasında dahi onu esas itibarile bağlamakta devam ediyorlardı. Çünkü bu şartların Golbin ile C. arasındaki münanasebetlere genel olarak, yâni ilerde yapılacak işler ve mukaveleler bakımından da uyğulanması gerekiyordu.

Davacı tarafından şart koşulmuş olan II madde haddi zatında hukuka uygundur. Bir bankerin, kendisine kredi açtığı kimse ile münasebetleri o bankerin, borçlunun işine ve şahsına beslediği itimada dayanır. Şu halde bu güven ortadan kalktığı zaman sebep göstermeksizin bu münasebetlere son verebilmesidir.

Netekim İsviçre ticaret bankalarının genel şartları davacı tarafından konmuş şartlara benzer Şartlar ihtiva etmektedir. (Almanya için bak, H. Kaeferlin: Der Bankkredit und seine Sicherungen s. 32) .Bundan başka buşart alelâde kredi açma muameleleri bakı-

129

mından genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş bir kaideyi ifade etmekten başka bir şey yapmamaktadır. Kredi veren kimse, istediği zaman avanslarına son verebilir (Cosack:Lehruch des Handelsrecht 7. basım S. 339).

Bununla beraber, bu hâdisede II maddenin uygulanması, bizzat bağıt tarafından imkânsız bir hale getirilmiştir. Bağıt yalnız kredinin âzami haddini değil aynı zamanda süresini de tâyin etmiştir: (. . bu bağıt Golbin'nin bilânçosunu 31 Aralık 1930 tarihinde tanzim ve C. tarafından tasvip edilir edilmez sona erecektir, meğer ki o arada yenilenmiş olsun). Hâdiselerin daha sonraki seyri gösteiyor ki bu suretle göz önünde tutulmuş olan tarih, gelecek yılın Ocak sonu veya Şuat başlangıcı idi.

Bağıt süresinin tespit edilmiş olması, kredilerin bu müddet zarfında idamesini istilzameder. Bu kredilerin baliğ olduğu yüksek miktarlar (100, 200, 200 bin frank), bir defada değil fakat Golbin'in işleri ihtiyaç hissettirdi geçen yâni bu zatın mal satın alması hariçte verilmiş kredilerin bahis mevzuu olduğunu göteriyor. Ödünç alan kimsenin, kendisine verilen kredilerin vaktinden önce kesilmiyeceğine dair teminat elde etmesi lâzımdı. İşte bu sebepten bağıtın süresi için bir tarih tespit edilmiştir. B. nin, Golbin'nin işleri üzerinde bir kontrol hakkı olduğunu tanıtması ve 31 aralık 1930 tarihindeki eski safî kazanç üzerinde yüzde yirmi bir iştirak hissesi kabul ettirmesi ortada muayyen süreli bir takım münasebetler olduğuna alâmettir.

Genel mahiyetteki II madde hükmü özel bir şart ile bu suretle felce uğratıldığına göre 1930 tarihli bağıt ahkâmının 1934 tarihinde yürürlükte bulunduğu takdirde davacı bu hükme istinat edemez.

(Bundan sonra Federal Mahkeme 1930 tarihli bağıtın 1934 tarihinde yürürlükte olmadığını, fakat bahis mevzuu bakiye kredilerin 1934 tarihinde yenilenemediğini, busuretle, davacının talebinin haklı, mütekabil davanın esassız olduğunu ispat etmektedir).

Federal mahkeme I. hukuk dairesi: Bolla, Sauffer, Hasler, Leuenburger.

* * *

JdT. nun notu:

Genel olarak iltihaî bağıtlar denen bağıtları tanzim eden ve ezcümle sigorta, banka, kira, tip iş bağıtlarında rastlanan genel

şartlar hakkında yeni İtalyan kanunu, bağıta iltihak eden taraf, meselâ kiracı, ödünç alan veya sigortalı hakkında münasip şekilde bilgi edinmediği ve bile bile kabul etmiyeceği kayıt ve şartların uygulanmasına karşı korumak hususunda mevcut tamamile cevap verecek (borçlar) başlıklı 4. kitabında hükümler, tâbir caizse ihtiyatî tedbirler koyuyor.

Bu hükümlerin tercümesini veriyoruz:

(***Madde* 170.** — ***Bağıtın genel şartları***: Akitlerden birisi tarafından tesbit edilmiş olan genel şartlar ancak bağıt yapıldığı sırada bunları bildiği veya mutad dikkatı gösterseydi bunları bilmesi gereken diğer akide karşı ileri sürebilir.

(Kendilerini tesbit eden taraf lehine sorumu tahdit edici, bağıttan kurtulma veya bağıtın yerine getirilmesini geri bırakma hakkının tanıyıcı, yahut öteki taraf aleyhine hakları düşürücü, defilerde bulunmak hakkını tahdit edici üçüncü şahıslarla bağıt yapmak serbestisini daraltıcı, bağıtın zımmen uzatılmasını tazammun edici, hüküm şartını ihtiva edici, mahkemelerin selâhiyeti hakkında hususî mahiyette kayıt ve şartlar, özel surette yazı ile tasvip edilmedikçe hiç bir zaman muteber değildirler.) .

***Madde* 174**: tip veya formüle bağlı bağıtlar vasıtasile yapılan sözleşmeler.—Tip mahiyetindeki bağıtlar veya muayen akdi münasebetleri yeknesak bir şekilde tanzim etmek amacile hazırlanmış formüllerin imzalanması suretile yapılan bağıtlarda, tip mahiyetindeki bağıta veya formüle ilâve edilen kayıt ve şartlar, tip veya formüldeki kayıt ve şartlarla telif edilemediği takdirde bu kayıt ve şartları iptal edilmemiş olsa bile muteberdir.

Bundan başka 2. maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanabilir.).

Bu münasebetle hatırlatalım ki İsviçrede seyyar tüccar memurları tarafından sunulan sipariş mektuplarında ekseriya—tâbir caizse —gizlice sokulmuş selâhiyet şartı o kadar sui istimale mahal verdi ki ve o kadar haklı itirazlar uyandırdı ki, kanuncu seyyar tüccar memurları hakkındaki 4 ekim 1930 tarihli kanunnn (federal, kanunlar dergisi. 1931 s. 55) II. maddesinde şu hükmü koydu:

(Sipariş almakla ödevli perakendeci seyyar tüccar memuru tarafından yapılan ve alıcının mutât yetkili mahkemenin selâhiyetinden vaz geçtiğini tazammun eden her bağıt hükümsüzdür. Bu butlan mahkemece re'sen nazarı itibare alınır.).

Bu butlan uluslar arası bağıtlarada şamildir. Tanzim ettiği alan münhasır olmak üzere bu II, madde (davalının sarih bir bağıt ile) hakkı kazasını kabul ettiği devlet mahkemelerinin yetkisini kabul eden uluslar arsı konvansiyonlar hükümlerinden de üstündür meselâ bak kasım 1929 tarihli İsviçre Alman sözleşleşmesinin 2, 15 (mart 1927 tarihli İsviçre—Avusturya konvasiyonun madde 2, FMK 58 1 s. 304, 59 1 294. JDT 1933 s. 617 1934 s. 374).

BK. nın 100 maddesinin 1. fıkrası borçluyu hiyle ve ağır kusuru halinde sorumdan kurtarmağı istihdaf eden iptidai bir şartın hühümsüzlüğünü bildirmektedir. Buna benzer diğer hükümler şunlardır: BK. madde 100 fıkra 2, 101 f. 3, 129, 227 f. 3, 254 f. 3, 265 F. 3, 317 f. 2, 359 f. 2 541F. 2 (***Türkçeye çevirenin notu***: Ticaret kanunumuzda bilhassa sigortalar bahsinde bunlara benzer hükümler vardır).

Fakat İsviçre hukuku bağıtlara kabili tatbik genel bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bununla beraber taraflardan birisi tarafından önceden tamamiyle hazırlanmış ve fiilen akit serbestisini hayatî bir hale getiren bağıtlara imza koymağa davet edilen tarafın korunmasını bizi mmemleketimizde dekuvvetlendirmek yerinde bir hareket olmaz mı?