ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

YIL : 39

SAYI: 5

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

937

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.

538

b.y.gn.md.

ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA HER AY ÇIKARILIR

Yıl : 39 | Mayıs 1948 | Sayı : 5

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :		Sahife
Dr. r. K. FİKRET ARIK	Acentecilik Sözleşmesi (Yeni İsviçre Tasarısına göre)	525—544
Dr. r. ŞAKİR BERGİ	Adlî Psikoloji Yönünden Tanık	545—547
Dr. r. A PULAT GÖZÜBÜYÜK	Türk Hukukunda Evlenmenin çocuğun tabiiyetine tesiri, ve evliliğin zevalinde kadının tabiiyeti.	548—561
ÖMMER KUNÜ	Kocanın zinasın hakkında Yargıtayın bir kararı münasebetile	562—564
MUHSİN TUĞSAVUL	Boşanmanın ve ayrılığın usulü muhakemesi	565—572
AHMMET ERDOĞDU	Ceza Hukukunda kasd	573—596
İSMMAİL DOĞANAY	İhtar davalarında salâhiyetli mahkeme hangi mahkemedir.	597—609
BİBLİYOGRAFYA		510—516
	Terfi için prensip kararı	517

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

539

ANKARA
MILLI KÜTÜPHANE

075

ADALET DERGİSİ

Acenteelik Sözleşmesi (1)

(Yeni İsviçre Tasarısına Göre)

Yazan : **Dr. K. Fikret ARIK**
S. B. O. Medenî Hukuk Profesörü

Geçen yazıda acente, acente sözleşmesi, bu mukavele ile diğer bağıtlar arasındaki farkları, İsviçre tasarısına göre acentenin borçlarını — bu tasarının metnine ve bu tasarı ile ilgili federal hükümet gerekçesine dayanarak — kısaca izaha çalışmıştık. Şimdi acente akdinde müvekkilin borçları, acente akdinin sona ermesi hakkındaki hükümlerle tasarı metninin kendisini vermeğe gayret edeceğiz.

*
**

IV. — MÜVEKKİLİN BORÇLARI :

Tasarı müvekkilin borçları kısmında önce genel prensipleri koyuyor, sonra acenteye verilecek olan komisyon hakkında etraflı hükümler sevkediyor, daha sonra acentenin çalışmaması halinde hasıl olacak durumu tesbit ediyor, masraflar ve bunların müvekil tarafından ödenmesi hakkında kaideler vazediyor, acentenin haiz olduğu hapis hakkını tâyin ediyor.

I. Müvekkilin borçları hakkında genel esaslar :

(418 e) Maddesinin ilk iki fıkrası şu esasları koyuyor : (Müvekkil, acentenin işlerini başarı ile görebilmesi için elinden gelen her şeyi yapmakla mükelleftir. Bilhassa acentenin emrine gerekli vesikaları vermekle ödevlidir. Kararlaştırıldığı yahut durumun ümit ettirdiği ölçüde acentenin mukaveleler akdedemeyeceğini tahmin ettiği takdirde keyfiyeti gecikmeden acenteye bildirmekle mükelleftir).

Görülüyor ki bu iki madde müvekkile bir **ihtimam ve basiret ödevi** (un devoir de diligence) yüklemektedir. Müvekkil, nümune katalogları, reklâm malzemesi vermek, satış şartlarını bildirmek, gereken salâhiyeti bahşetmek suretiyle acenteye faaliyette bulunabilmesi imkânını vermelidir. Bundan başka müvekkil, kararlaştırıldığı yahut durumun ümit ettirdiği ölçüde acentenin mukaveleler akdedemeyeceğini tahmin ettiği takdirde keyfiyeti acenteye bildirmelidir. Bunun sebebi açıktır : Acenteyi faydasız çalışmalarda bulunmaktan ve faydasız masraflardan korumaktır. Meselâ müvekkil muayyen bir nevi ticaret şubesinden vaz geçmiştir yahut işletmesinde siklet merkezini teşkil eden bir madde yerine

(1) (Bk) kısaltması İsviçre Borçlar Kanunu, TBK. Türk Borçlar Kanunu demektir. MK, İsviçre Medenî Kanunu; (TMK), Türk Medenî Kanunu demektir.

başka bir maddeyi almıştır. Bu ödevin müeyyidesi ilerde (418 1 maddesinin ilk fıkrasında yer almıştır.

(418 e) maddesinin üçüncü fıkrası (bölge acentesi; agent de district) denilen acentelerden bahsetmektedir : (kendisine belli bir müşteri veya bir bölge tahsis edilen bir acente bu müşterilerle veya bu bölgede muamele yapmak hususunda tekele : İnhisara malik sayılır). Demek ki böyle bir acente kendisine verilen bölgede veya kendisine tahsis edilen müşteri kütlesi ile müvekkili için akitler müzakere etmekte veya akdetmekte yalnız olacaktır. Başka deyimle bu bölge veya müşteri kütlesi karşısında tekel mahiyetini taşıyan bir temsilci olacaktır. Bununla beraber bu hüküm emredici bir mahiyet taşımaz. Şu halde taraflar mukavele ile başka bir hüküm kabul edebilirler ve acentenin bir hakkından feragatını tazammun etmesine rağmen bu akit hususi bir şekle bağlanmamıştır (krş. Federal Mahkeme Kararları cilt 54, kısım II s. 377 ve cilt 57 kısım II, s. 162).

II. Komisyon ücreti vermek borcu :

Tasarının 418 f — 418 k maddeleri acentenin bir komisyon — (provision) talep edebilmek hakkına taallûk eder.

1. Müzakere ve akdedilen akitler için komisyon :

Müzakereci acente müvekkili için müzakere ettiği bütün bağıtlar için, mukavele akdedici acente akdettiği bütün sözleşmeler için bir komisyona müstahaktır (mad. 418 f, 1 fıkra).Komisyon, mukavelenin neticelenmesi halinde ödenecek olan bir ücrettir. Bu komisyon genel olarak akdedilen akdin temsil ettiği kıymetin muayyen bir yüzdesi ile tâyin olunur. Bazen bu suretle tâyin edilen komisyonda asgarî bir ücret garanti edilir. Tasarı acentenin ücrete müstahak olmasını aşağıda yazılı şartlara tâbi tutulmuştur :

1 — Bir hal müstesna mukavelenin, acentenin faaliyeti neticesi olması lâzımdır. Şu halde yapılan mukavele ile acentenin faaliyeti arasında bir illiyet rabıtasının mevcudiyeti şarttır. Bu illiyet rabıtası mütemmim mukaveleler denilen akitler hakkında da aşikâr olarak mevcuttur Meselâ bir müşterinin acente vasıtasiyle yaptığı doğrudan doğruya siparişler böyledir. Bununla beraber bazı hallerde, hususile aynı işin yapılmasında müteaddit acente çalıştığı takdirde mukavelenin inikadı kimin faaliyeti eseri olduğunu tâyin bazen zordur.

Şu halde tasarıya göre acente doğrudan doğruya kendi yardımı olmaksızın müvekkili tarafından acente akdinin devamı sırasında akded-

llen mukaveleler için aynı komisyonu almak hakkına maliktir, şu şartla ki müvekkilin akdettiği akitler acentenin bu çeşit işler için edindiği müşterilerle yapılmış olsun. Mamafih, bu gibi hallerde acentenin bir komisyona müstahak olmayacağı hususunda bir akit yapmak mümkündür Ancak bu akdin yazılı şekilde yapılmış olması lâzımdır.

Bir halde akdin inikadı ile acentenin faaliyeti arasında bir illiyet rabıtası bulunması şart değildir. Bu hal acentenin **inhisarî temsil hakkına** malik olması halidir (818 f. 2; krş. madde 418 e f. 3 ve seyyar tüccar memurları hakkındaki kanunun 10 maddesinin 1. fıkrası). Acente inhisarî surette kendisine tahsis edilen bir bölgede veya müşteri kütlesi ile akdedilen bütün sözleşmeler için bir komisyon almak hakkına maliktir. Fakat acente kendi inhisarı bahis mevzuu olan hallerde bizzat edinmediği müşterilerle yapılan akitler veya kendi yardımı olmaksızın müvekkili tarafından veya müvekkili için hareket eden bir başka acente tarafından yapılan sözleşmeler için dahi komisyona müstahak olur. Ancak bu hüküm emredici kaidelerden değildir. Bunun hilâfına mukavele yapmak caizdir. Bu mukaveleler hususî bir şekle de tabi tutulmamıştır.

2 — Bundan maada komisyonuna müstahak olabilmek için mukavelenin müşteri ile muteber şekilde akdedilmesi lâzımdır (Mad. 418 f, fık. 3).Bu bakımdan acente, simsar(BK.413 1, fık TBK 405), komisyoncu(BK 432 f.I TBK 423),seyyar tüccar memuru (seyyar tüccar memurlarının işe alınma şartları hakkındaki kanunun 10 madde. f. 2; Alman Ticaret Kanunun 88 nci maddesi; ticarî acenteler hakkındaki Avusturya Kanununun 66. maddesi) için konmuş olan aynı kaideye tabidir. Şu halde mukavele sonuçlandırılmadığı takdirde acente ücrete müstahak olamaz. Müvekil, acentenin müzakere ettiği bir akdi yapıp yapmamakta serbest olmalıdır ve haklı sebepler göstermeden akdi yapmaktan imtina edebilmelidir(Bazı mahkeme kararları bunun aksini kabul etmiştir; meselâ bakınız : Zurich yüksek mahkemesi tarafından verilip Blaetter für zürcherische Rechtsprechung 22, no. 52; aynı kantonun ticaret mahkemesinin aynı dergi 20 No. 174 de çıkan kararı). Bununla beraber kötü niyetli müvekkil aleyhine tazminat davası açılabilir. Bunun gibi, müşteri ile yapılan akit batıl veya iptali kabil (nisbî butlanla malûl) ise acente yine komisyon talep edemez. (Bununla beraber krş. Federal mahkeme kararları cilt 40 kısım II, sh. 392 ve 29 II sh. 110). Taraflar acentenin komisyona ancak akdin yapılmasından sonra müstahak olabileceğini mukavele edebilirler. Fakat bu mukavelenin yazılı şekilde yapılması lâzımdır. Çünkü bu mukavele acentenin durumunu ağırlaştırmaktadır. Buna mukabil, müşteri ile yapılan akdin batıl veya kabili iptal olduğu sonradan anlaşılsa bile

acentenin yine de komisyona müstahak olacağı hususunda yapılan akit hiç bir şekle tabi değildir. Bu cihet tasarının 418 f. madde. f. 3).

3 — Kendi kusuru olmaksızın işin başarısızlığa uğradığı hallerde komisyon ödemesi müvekkilden istenemez. Netekim Borçlar Kanunu komisyon akdi bahsinde 432(TBK 423)maddenin I. fıkrasında, muamelenin ifa edilmesi veya ifanın komisyon verene isnadı mümkün bir sebepten dolayı kabil olmaması halinde komisyon ücreti verileceğini derpiş ediyor. Bu hal tarzının şu mahzuru vardır : Akdin ifa edilmemesi bir istisna olmasına rağmen bu hal tarzına göre bütün hallerde komisyon ücretinin ödenmesi işin sona ermesine kadar askıda kalmaktadır. İşte bu sebepten dolayı yeni kanun tasarısında seyyar tüccar memurlarının işe alınma şartlarına dair kanunun 10. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gözönünce tutulmuş ve mukavele akdedilir edilmez acentenin komisyon ücretine müstahak olduğu kabul olunmuş ancak müvekkilin kusuru olmaksızın mukavele hükümleri icra edilmediği takdirde acentenin bu hakkının kaybedeceği tasrih edilmiştir. (Krş. Federal mahkeme kararları, cilt 29 kısım II sh. 110).

Şu halde komisyon ücretini istemek hakkının doğması için işin ifası şart değildir. Hilafına yazılı bir akit olmadıkça, akdin daha yapıldığı anda bu hak doğar (madde 418 f. fıkra 3). İfası birbirini takip eden edalara yapılan akitlerde (parça parça teslim akitlerinde : Contrat de livraisons successives, taksitle satış, ilân kaitleri ilâh.), dahi acentenin komisyon talep etme hakkı muamelenin tamamının akdedildiği anda doğar. Tasarı sigorta işleri için dahi bir istisna kaydetmiyor. (Halbuki bu işlerde ancak ilk prim ödendikten sonra acente komisyona müstahak olur). Bununla beraber buna muhalif mukaveleler yapılabilir, ancak bu akitlerin yazlı şekilde yapılması lâzımdır (krş. mad. 418 f. fıkra 3).

Acente bir netice dolayısiyle yani müşterinin fiilen borcunu ifa etmesi halinde ücrete hak kazandığı için müvekkil borcunu kusuru olmaksızın ödemezse, hususile müşteri borçlarını yerine getirmezse komisyon ücreti hakkı sukût etmelidir (mad. 418 g, Seyyar Tüccar Memurları Hakkındaki Kanunun 10. maddesinin 3. fıkrası, krş. Zürich kantonu yüksek mahkemesinin Blaetter für zürcheriche Rechtsprechung 22 No. 98 sayılı kanan yazısı). Müşterinin bir kusur işlemiş olması şart değildir. Şu halde müşteri borcunu ödemekte aciz halinde bulunduğundan dolayı borçlarını yerine getiremezse ve müvekkil akidden rücu ederse acente yine ücrete hak kazanmaz. Bu hususta müvekkilin daha önce müşteri aleyhine akdin ifası için bir dâva açmasına lüzum yoktur. Müstahak olmadan ödenniş olan fazla komisyon ücreti müteakip hesaplaşmada tenzil olunur. Taa-

rıda mevcut bir hükme göre, müvekkiline karşı doğruluk kaidelerine uymayan hareketler yapmış olan acente de ücret talep etmek hakkını kaybediyordu. Fakat bu hüküm mütehassıslar komisyonu tarafından tasarıdan çıkarılmıştır. Bununla beraber simsarlık ve (mad. 415, TB 407, ve komisyon akdi (BK. 433, TBK. 424) bahsinde mevcut mütenazir kaideler kıyas yolu ile tatbik olunur.

Akit müşteri tarafında ancak kısmen ifa edildiği takdirde komisyon ücret bununla mütenasiben indirilir (mad. 418 g, Seyyar Tüccar Memurlarının İşe Alınma Şartları Hakkındaki Kanunun 10 maddesinin 3. fıkrası). Misal olmak üzere parça parça teslimatı ihtiva eden bir akitte bütün teslimatın ifasından önce akdin feshedildiğini veya zamanından önce sona eren bir sigorta akdini düşünmek kâfidir. Bununla beraber müvekkil satılan malın tamamını müşteriye teslim etmiş fakat müşterinin iflâsı sebebiyle satış bedelinin ancak yarısını tahsil edebildiği takdirde müvekkil hiç bir veçhile komisyon ücretine müstahak olamayacaktır. Şu halde acente, müşterilerin üstlendikleri borçları yerine getirmelerini üstlenmemiş olsalar bile, borçlarının ödemeğe kabiliyetli müşterilerle iş görmekte menfaat görecektir. Buna mukabil, komisyon ücretinin verilip verilmemesi, akdedilen mukavelenin müvekkile bir kâr temin edip etmemesine bağlı olmayacaktır.

4. Acentenin alacağı komisyon ücretinin miktarı alâkalılar tarafından bir sözleşme ile tesbit olunur. Bir sözleşme akdedilmiş değilse carî ve mutad komisyon ücreti esas tutulur (madde 418 f. I). Görülüyor ki İsviçre tasarısı dellâllık ve(BK 414, TBK 406)ve komisyon akdi(BK 432, TBK 423)bahsinde carî kaide ile Alman hukuku(Alman Ticaret Kanunu madde 88 f. 3), ve Avusturya hukuku (ticarî Acenteler Hakkındaki Kanunun 6. maddesi) tarafından kabul olunan kaidelerden ilham almıştır. Buna karşılık, alacağı ücret münhasıran veya başlıca bir komisyon ücretinden ibaret olan bir seyyar tüccar memuru bu komisyonun münasip bir ivaz teşkil etmesini istemek hakkına maliktir (Seyyar Tüccar Memurlarının İşe Alınma Şartları Hakkında Federal Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrası). Tasarı, acenteye buna muadil bir himaye sağlamamıştır. Bunun sebebi şüphesiz şudur : Acente, arzu ettiği kadar müvekkili temsil etmesine imkân verecek, daha müstakil bir durumda bulunur. Bu bahiste olsa olsa şu cihet münakaşa edilebilir : Yalnız bir ticari müesseseyi temsil eden bir acenteye münasip bir komisyon ücreti garanti etmek icap etmez mi? Tasarı bu alanda bir açıklık getirmiş değildir. Şekil meselesine gelince kanun acenteye verilecek komisyon ücretini tâyin eden sözleşme için özel bir şekil şartı koymamıştır.

545

Bazen tereddütlere yol açan bir mesele şudur : Acentenin alacağı komisyon ücreti müşteri tarafından ödenen paranın tamamı üzerinde mi yoksa bu meblağ üzerinden bazı fer'î ücretler (meselâ emtea satışında nakliyat masrafları, ambalaj masrafları, gümrük masrafları ilâh..). Tenzil edilmek icabeder mi?. Uzmanlar komisyonu, komisyon ücretinin her akitte müşterinin ödediği işin mecmuu üzerinden hesap edilmesi gerektiğini kabul eden bir hükmü ön tasarılardan çıkarmıştı. Şu halde bu noktada ihtilâf hasıl olursa ticaret hayatında carî esaslar esas tutulur.

Komisyon ücretinin muaccel oluşu :

418 h maddesi komisyon ücretinin muacceliyeti meselesini hal etmektedir. Bu münasebetle komisyon ücreti üzerindeki hakkın doğumu anı ile komisyon ücretinin muacceliyeti anını birbirinden ayırmak lâzımdır. Tasarıda tesbit edilen muacceliyet miatları özel bir merasime hacet kalmaksızın tadil edilebilecektir. Sigortalar bahsinde hususi bir hüküm konmuştur. Çünkü bu alanda komisyon ücreti ancak ilk primin ödenmesinden sonra tediye edilmek adettir. İşte bunun için komisyon ücretinin ancak ilk yıllık prim ödendikten sonra muaccel olabilecektir. Bu ilk primin yarısının ödenmesinden sonra, binnetice ,komisyon ücretinin ilk yarısı muaccel olacaktır.

Hesap hülâsası tanzim etmek mükellefiyeti müvekkile düşer; ancak alâkalılar bu hususta yazılı bir mukavele yaparak hesap hülâsası tanzim etmek mükellefiyetini acenteye yükledikleri takdirde acente komisyon ücretleri hakkında hesap vermekle mükellef olur. Buna mukabil, acente hesap pusulası tanzimi hususunda iş birliği etmekle daima ödevlidir (krş. Seyyar Tüccar Memurlarının İşe Alınma Şartları Hakkında Kanun m. II, f. 3)

418 i maddesinin 2. fıkrası acentenin defterleri ve evrakı müsbiteyi tetkik etmek hakkını tesbit etmektedir(krş. Mad. 330 f. 2; TBK 323). Bu hak acente bakımından mühimdir. Çünkü hesap hülâsalarının istinat ettiği belgelerden acente ekseri ahvalde mahrumdur.

Tasarının 418 k maddesi acentenin hangi hallere tahsilâtına mutabil bir komisyon alabileceğini tâyin etmektedir. Acente tahsilâta menur edildiği (krş. 418 d, fıkra 2) ve tahsil ettiği meblağları müvekkiline tevdi ettiği takdirde tahsilât komisyonu adı ile bir para almağa hak kazanacaktır (418 h, I fıkra). Takas mevzuu olabilecek meblağlar, acente tarafından müvekkile tevdi edilmiş gibi muamele görecektir.

Acente mukavelesi sona erdiği zaman acente tahsilâta devam hak-

kını kaybettiği gibi, bu tahsilât için bir komisyon istemek hakkını da kaybeder. Bu esas bilhassa sigortalar bahsinde mühimdir.

İlâve etmek icabeder ki 418 i maddesi tahsilât komisyon ücretlerine dle tatbik olunur.

Acentenin çalışmasına engeller çıktığı zaman ne yapılacaktır? 418 1., maddesi bu noktayı tanzim etmektedir. Bu maddenin ilk fıkrası müvekkili kusuru ile yani, kanunî veya akdî vecibelerini ihlâl etmek suretiiyle kararlaşmış veya müstahak olması icabeden ücreti kazanmaktan acenteyi men etmesi halinde, acentenin bir tazminat istemek hususundaki mutlak hakkını tesbit etmektedir (krş. Seyyar Tüccar Memurlarının İşe Alınma Şartları Hakkındaki Kanunun 12.maddesi; götürü hizmet akitlerine dair 331. (TBK 324) madde; Alman Ticaret Kanununun 88 inci maddesinin 2. fıkrası). Meselâ müvekkil 418 e maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı vecibelere riayetsizlik ettiği zaman durum budur.

Bu maddenin 2. fıkrası gelince, yalnız tek bir teşebbüsü temsil eden bir acentenin müvekkiline karşı aşağı yukarı bir müstahdem durumundla olduğu düşünülerek, kusuru olmadan çalışamayacak bir halde olması takdirinde, bir müstahdeme tanınan ücret hakkına müşabih bir hak ta(:328) maddesinde yazılı hükmü duruma uydurarak tekrarlamıştır.

Acentenin yaptığı masrafların ne olacağı meselesi tasarının 418 m. maddesinde yer almıştır. Komisyoncunun(mad. 431, TBK 422),vekilin(402) (TBK 394)ve seyyar tüccar memurunun(Seyyar Tüccar Memurlarının İşe Alınma Şartları Hakkında Kanun madde 13), faaliyetinden tevellüt eden masraf ve umumî sarfiyatı acente bizzat çekmeğe mecburdur (meselâ büro ve antrpolara için kira bedeli, bürosu için malzeme, müstahdemlerinin maaşları, seyyahat masrafları, ilân sarfiyatı). Ancak muayyen işler dolayısiyle sureti mahsusada yapılan masrafların tediyesini istiyebilir.

Acentenin haiz olduğu **hapis hakkı** konusu tasarının 418 n maddesiinde yer almıştır. Bu maddenin ilk fıkrasına göre acente Medeni Kanunun 895 ve sonraki (TMK 864) maddeleri mucibince esasen bir hapis hakkına maliktir. Fakat bu hükümler bir çok sebeplerden dolayı gayri kâfidir. Akdin devamı müddetince nümune ve emteanın akde uygun olarak kullanılması hususunda mevcut mükellefiyet ile hapis hakkı felce uğraamıştır(MK. 896 TMK 865).Medenî Kanunun 895(TMK 864)maddesi müşmıştır MK. 896 TMK 865). Medenî Kanunun 895 TMK 864 maddesi müşterilerin kendisine tevdi ettikleri meblağlar hakkında acenteye kâfi bir

567

himaye bahşetmemiştir. Duruma göre belkide acentenin alacağı ve üzerinde hapis hakkı kullanılan eşya arasında bir irtibat olmaması muhtemeldir; esasen Medenî Kanunun bu hükümleri âmir mahiyette değildir. Çok kere hissedilen bir ihtiyaca cevap vermek üzere hapis hakkını genel mahiyette ve âmir bir kaide olarak tatbik etmek ehemmiyetli telâkki edilmiştir. Fakat acente, salâhiyeti olmadan tahsil ettiği paralar üzerinde hiç bir hapis hakkına malik değildir.

2. Fıkraya gelince, kanun bu maddede nümuneleri hapis etmek hususunda bir memnuiyet koymamıştır. Medeni Kanunun 896. maddesi kâfi gelmiyen hallerde demiryolu abonmanlarının hapsini men etmek haklı görülebilirdi.

V. ACENTE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.

Acente sözleşmesi hizmet akdi gibi muayyen bir süre için akdedilmiş olduğu için vekâlet akdinin sona ermesine mütedair hükümlerin tatbiki bilhassa uygunsuz görülür. Bilhassa vekâlet akdinin her zaman bir mehle riayet etmeksizin ve haklı bir sebep bulunmasa dahi feshedilebileceğine müteallik mutlak hak acente akdi için hiç te elverişli değildir(BK. 404, TBK 396).

Bunun gibi, vekâlet akdinin vekil veya müvekkilin ölümü, ehliyetsizliği veya iflâsı halinde sona ereceğini ifade eden hükümler de acente akdine mahiyetleri itibariyle uygun gelmez. Fakat bu hükümler adil bir hal suretinin kabulüne mâni değildirler. Zira bu hükümler hilâfı iin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde tatbik olunurlar (BK. 405 TBK 397). İşte acente akdinde durum böyledir. Çünkü bu akitte müvekkiin ölümünün veya ehemmiyetini kaybetmesinin fesih sebebi teşkil etmediği umumiyetle kabul olunmaktadır. Hizmet akdine müteallik hükümler acente akdinin sona ermesi bakımından daha uygun düşmektedir (BK. 355, TBK 347). Netekim, aynı suretle acentenin iflâsı otomatik olarak akdin feshini intaç edemez. Bu hal duruma göre akdin derhal feshi için haklı bir sebep teşkil edebilir. Tasarının gerekçesinde şöyle deniyor : (Bu meseleyi daha eyi tanzim etmek zarurî sayılırsa 418 n maddesinden sonra yeni bir madde daha koymak icabeder. Bu maddenin matlabı şöyle olmak icabeder : E. akdin sonra ermesi. I. Ölüm, ehliyetsizlik, ifâs. Maddenin metni ise şöyle olmak icabeder :

(Acente akdi, acentenin ölümü, ehliyetsizliği veya müvekkilin iflâsı ile sona erer.).

(Akit, bilhassa şahsı göz önünde tutularak yapıldığı takdirde müvekkilin ölümü ile de sona erer.).

Diğer münakaşalı bir mesele de şudur : Hayat süresince veya on yıldan çok bir müddet için akdedilen hizmet sözleşmeleri hakkındaki BK 351 (TBK. 343) hükmü acente akitlerine de tatbik edilecek midir?. Bu suale müsbet şekilde cevap verileceği umumiyetle kabul olunmaktadır. Bu bakımdan bu ciheti teyit için tasarıya özel bir hüküm konmadığı gerekçede belirtilmektedir.

Yine gerekçeye göre, acentelerin en esaslı iddialarından biri de akdiin zamanında önce feshedilmesi tehlikesine karşı acentelerin himayesini sağlayacak özel hükümlerin kabulüdür.. Bu sebepten tasarıda, hizmet akdi hükümlerinden ilham almak suretiyle, feshi ihbar müddetleri kabul edilmiş, akdin feshi halinde acentenin haklarının ne olacağı tanzim edilmiştir.

(418 o) maddesine göre, acente akdinin muayyen müddetin sona ermesi suretiyle nihayet bulması konusu hizmet akdi bahsinde olduğu gibi tanzim edilmiştir (BK 345 ve sonrakiler, TBK. 338).

(418 p) Maddesi **gayrı muayyen bir zaman için yapılmış olan akdiin feshine** taallûk etmektedir; bu madde Borçlar Kanunun 347 (TBK. 340) ve sonraki maddelerinden ilham alarak tanzim edilmiştir.

I. Fıkraya göre, akit bir yıldan fazla bir zaman devam etmiş ise bir ayy önce yapılan bir ihbar ile bir ayın sonu için her zaman feshedilebilir. Taraflar akit yapılırken yahut daha sonra kabul ettikleri bir hüküm ile bu esasa istisna vazedebilirler; daha kısa bir müddet kabul ettikleri takdiirde, bu hususta yazılı şekle riayet edeceklerdir. Fakat daha uzun bir müddet kabul etmek istiyorlarsa bu şartın sıhhati hiç bir şekle bağlı değiildir.

2. Fıkraya göre, bir acente akdi en az bir yıl devam etmiş bulunuyorsa, iki ay önce verilen bir ihbar üzerine ancak üç aylık bir müddetin sonu için feshedilebilir. Taraflar daha kısa bir feshi ihbar müddeti kararlaştırmazlar. Fakat daha uzun bir feshi ihbar müddeti tayin edebiliirler. Bu hususta yapacakları akit özel bir şekle tabi değildir. Bundan başka fesih miadı olarak üç aylık müddetin sonundan başka bir miat tayiin edebilirler. Fakat bu takdirde dahi iki aylık feshi ihbar müddetine riiayet etmek şarttır; bu hüküm, bilfarz, mevsimlik işleri nazarı itibare allmağa müsaittir. Tasarıya ve gerekçesine göre, bu gibi hallerde yazılı şekle riayete lüzum yoktur.

Maddenin üçüncü fıkrası Borçlar Kanununun 347. maddesinin (TBK. 340) 3. fıkrasına tekabül etmektedir.

869

(418 q) Maddesi, acente akdinin **haklı sebeplerden dolayı feshi** hususunu, Borçlar Kanunun 352 (TBK. 344) maddesinde kabul edilen esaslar dairesinde tanzim etmiştir (krş. Federal Mahkeme Kararları 60 II, s. 336). Burada bahis mevzuu olan fesih keyfiyetinde makable şümul bahis mevzuu olmadığından akdi derhal feshetmek terimi kullanılmış, hizmet akdi faslında olduğu gibi yanlış olarak akitten rücu (se départir) kelimesi kullanılmamıştır. Gerekçeye göre bu maddenin ilk fıkrası emredici hükümlerdendir.

(418 r) Maddesi akdin feshinde hangi çeşit işlerde bir komisyon ücreti vermek icabettiği ve hangi anda bu ücretin muaccel olacağı meselelerini halletmektedir.

Bu maddenin **ilk fıkrasına** göre, acentenin faaliyetinin doğrudan doğruya eseri ve neticesi olan işler hakkında 418 f maddesinin ilk fıkrası açıkça ifade ediyor ki, acentenin akdin devamı esnasında akdettiği veya müzakere ettiği işler — sonradan icra edilmese bile — için komisyon ücretine müstahaktır. Aynı kaide doğrudan doğruya işler (madde 418 f. fıkra 2). Fakat mütemmim siparişler için istihkak kesbedilen komisyon ücretleri meselesini de halletmek icap eder. Şu noktayı tesbit etmek mühimdir : Akdin sona ermesinden sonra yapılan siparişler, — acentenin akit devam ettiği sırada edindiği müşteriler tarafından yapılmış olsalar bile — bir komisyon ücretine hak vermezler. Tasarı bir taviz olmak üzere bu halde acentenin bir çıkış tazminatına müstahak olacağını kabul etmiştir (çıkış tazminatı hakkında bak madde 418 s.). Buna mukabil, akit devam ettiği sırada yapılan mütemmim siparişler için, bu siparişler akdin feshinden sonra kabul edilmiş olsalar bile — yine komisyon ücretine hak verirler. Tasarı bu noktayı açıklamayı zarurî saymıştır. Çünkü, 418 f maddesinin ilk fıkrası akit süresi içinde yapılmış olan ve yalnız bu akitlerden bahsetmektedir.

(418 r) maddesinin 2 ve 3. fıkralarına gelince : Muacceliyete mütealliik 418 h maddesi akdin infisahı halinde tatbik edilemez. Sigortalar bahsinde carî teamülleri göz önünde tutarak taraflar 2. fıkradaki kaideye istisna koyabilirler. Fakat bu istisna ancak akdin sona ermesinden sonra yapılacak işlere taallûk etmeli ve yazılı şekle riayet edilmelidir.

(418 s) maddesi çıkış tazminatına taallûk etmektedir.

Akdin infisahı halinde bir çıkış tazminatı verilmesi acentelerin en belli başlı taleplerinden birini teşkil etmektedir. Bir ticarî işletme için bir müşteri çevresi ve muhiti kurmak hususunda yıllarca çalışıp çaba-

laadıktan sonra ve bahis mevzuu işletme bu faaliyetin semerelerini almaktan devam ettiği halde acentenin sokağa atılıvermesinin pek haksız bir şey olduğu acente muhitlerince daima iddia edilmiştir. Bir çok müşterilerin siparişlerini yıllarca müddetle yeniledikleri tasavvur edilirse, müşteri çevresinin iktisadî bakımdan önemli bir kıymet teşkil ettiği muhakkaktır. Acente akdi devam ettiği müddetçe acente hiç bir zahmete katlanmaksızın bir taviz elde eder. Çünkü, mütemmim ve yeni siparişlere tekabül eden komisyon ücretlerini adeta hiç zahmet çekmeden elde eder. Acentenin, akit sona erdikten sonra dahi kendi edindiği müşteriler tarafından yapılan siparişler için bir komisyon ücreti almasa bu bakımdan tabii sayılmak icap ederdi. Çünkü bunlar da nihayet onun faaliyetinin bir neticesi demektir. Fakat böyle bir hal sureti girift ve karışık bir durum ihdas eder ve işletmelerin muhasebelerini ziyadesiyle karıştırmak tehlikesini arzederdi. Bu sebepten, tasarıda, hilâfına bir hüküm yoksa, acentenin bu siparişler için hiç bir komisyona müstahak olmıyacağı tesbit edilmiştir (madde 418 r fıkra 3). Fakat tasarıya konan bu hükmün neticesinde acente faaliyetinin semeresini kaybetmiş olacak ve eski müvekkiline karşı rekabet etmeme yasağını kabul ettiği hallerde bu kayıp kendisi için bilhassa ağır olacaktır. İşte bu sebepten kendisine münasip bir tazminat istemek hakkını vermek uygun görülmüştür. Fransız hukukuna göre, müşteriler (portefeuile, good-will) bile acenteye aittir, acente onu satabilir (krş. Federal Mahkeme Kararları 23 sh. 1709) İsviçre tasarısı gerekçesinde, akdin infisahı halinde müvekkili acenteye münasip bir çıkış tazminatı vermeğe mecbur etmek daha adil bir hal sureti telâkki edilmektedir. Tasarının 418 s maddesi Avusturya Kanunun 25. maddesi esas tutularak kaleme alınmıştır.

Bu suretle tasarıda teklif edilen çıkış tazminatı, acentenin akdin devamı süresince iktisap ettiği ve akdin hitamında kanun vazıının nazik bir duruma yol açmamak üzere bertaraf ettiği bir nevi iradın iştirasına tekabül etmektedir. Bu itibarla bu tazminat, hizmet akdinde müstahdeme verilen çıkış tazminatı ile mukayese edilemez. Müstahdeme verilen çıkış tazminatı onun ücretinin bir kısmına tekabül eder ve bu bakımından akdin süresi ne kadar uzun ise bu tazminatın miktarı da o nisbette yüksek olur. Halbuki acente için verilen çıkış tazminatı bir taraftan bu acentenin edindiği müşteri kütlesinin işletme için arzettiği kıymete, diğer taraftan, acentenin mütemmim siparişler için daha önce tahsil ettiği komisyon ücretlerinin önemine bağlıdır. Mütemmim siparişler için tahsil ettiği komisyon ücretlerini aldığı müddet ne kadar uzun ise çıkış tazminatı da o kadar az olacaktır. Acentenin alacağı çıkış tazminatı bu bakımdan işçinin hizmet akdinde aldığı çıkış tazminatından tamamiyle farklı

551

olduğu için, bu tazminat hizmet akdinde kabul edilmediği müddetçe acenteler için böyle bir tazminatın kabul edilmesinin doğru olmadığı yolundaki iddialarda isabet yoktur (krş. Ticarette ve Esnaflıkta çalışanlar hakkında 23 Haziran 1945 tarihli ön tasarının 25 ve sonraki maddelerine bakınız).

Akdin sona ermesinden sonra dahi yapılan mütemmim siparişler için bir komisyon ücretine istihkak kesbedildiği haller için bir istisna vazetmeğe mahal görülmemiştir. Çünkü acente bu hususta hiç bir kontrol imkânına sahip değildir.

Buna mukabil, çıkış tazminatının, ancak akit müvekkil tarafından feshedildiği veya onun kusuru neticesinde feshedildiği hallerde lâzım geleceği tarzında bir tahdit kabul etmek icap eder mi?. Ön tasarılar çıkış tazminatının istenebilmesi için; müvekkilin, akdin inikadından sonra üç yıl geçmeden ve acentenin kendi hareketi ile feshi haklı gösteren bir hareketine istinat etmeden akdi feshetmesi icap ettiği fikrini müdafaa etmişler ve bu fikri Avusturya Kanunundan almışlardı. Uzmanlar komisyonu bu hükmü kaldırdı. Şu halde, bir iktilâf vukuunda acentenin bir çıkış tazminatına müstahak olup olmadığını hâkim kendi takdir hakkına dayanarak beyan edecektir.

Akdin feshi halinde acenteye bir çıkış tazminatı verilmesi hususunda kabul edilen hüküm, tam bir tesir hasıl edebilmek için emredici hükümler arasına alınmıştır. Fakat gerekçeye nazaran İsviçre Sigorta Şirketleri bu hükme itiraz etmişlerdir. Onların dayandığı sebep şudur : Sigorta acentesi, acente akdinin feshinden sonra dahi devam eden bir müşteri kütlesi edinmez. Bu itiraz hayat sigortaları için belki de doğrudur. Fakat diğer bütün sigorta nevileri için haklı sayılamaz. Hattâ bu itiraz doğru olsaydı bile tasarıda teklif edilen hâl şekli bu gibi hâllerde sigorta acentelerine bir çıkış tazminatı istemek hakkını vermez. Çünkü bu tazminatın verilmesi, acentenin müşteri sayısını hissedilir derecede artırması ve müvekkilin acente akdinin feshinden sonra dahi bu müşteri kütlesinden istifade etmesi şartına bağlı olacaktır. Tasarıda teklif edilen metin esasen sigorta acentelerinin özelliklerini göz önünde tutmaktadır.

(418 t) maddesi acentenin iade ödevine taallûk etmektedir. Bu ödev bilhassa nümune kolleksiyonları, carî fiyatlar ve tahsil edilen meblâğlara taallûk eder.

VI. NİHAÎ HÜKÜMLER.

Nihaî maddelerden ilkinin birinci fıkrasına göre, tasarının bir tahm

hükümleri daha önce akdedilmiş acente akitlerine tatbik edilecek, yani makable şâmil olacaktır. Bu hükümler, acentenin sır saklamak mükellefiyetine, müvekkilin acenteye kendi faaliyetini yapabilmesi fırsatını vermesi ödevine, acentenin defterleri ve müsbit evrakı tetkik edebilmek hakkına, hapis hakkına, muayyen müddetin sonunda akdin sona ermesine ve haklı sebeplerden dolayı akdin derhal feshine ilişgin olan hükümlerdir.

Geçici birinci maddenin ikinci fıkrasına göre mevcut ve mer'î akitlerin Yeni Kanuna intibakını emretmekte ve bunun için iki yıllık bir müddet koymaktadır (seyyar tüccar memurlarının işe alınmaları hakkındaki kanunun 20 maddesinin 2 fıkrası da böyle bir hükmü ihtiva etmekteydi).

Nihaî ikinci madde **acentenin alacağının imtiyazlı** oluşuna taallûk etmektedir. Gerekçeye nazaran acentelerin en esaslı taleplerinden birisi de müvekkilin iflâsı halinde acentenin alacağının imtiyazlı bir hâle konulmasından ibarettir. Acenteler kendi alacakları için böyle bir imtiyazın kabul edilmemesini vahim bir mahzur saymaktadırlar. Bu gün İsviçre İcra ve İflâs Kanunun 219 maddesi yazıhane memur ve müstahdemlerinin iflâsı takaddüm eden altı aylık maaşlarını ilk dereceden imtiyazlı saymaktadır. Kanunun bu hükmü ortada bir hizmet akdinin bulunmasını şart koşmakta ve acentelere kabili tatbik görünmemektedir (krş. Jaeger, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu şerhi, 219 madde şerhi N. 15). Alman ve Avusturya Kanunları da acentelerin ücretleri için bir imtiyaz hakkı tanımamaktadır.

İşçi ve müstahdemler hakkında böyle bir imtiyaz tanınmasının sebebi bunların müflise olan münasebetlerinde ona karşı bir tabiiyet vaziyetinde bulunmalarından ibarettir. Fakat acente müstakil bir tacir olduğu için, bu delil müvekkilin iflâsı halinde onun alacaklarına da bir imtiyaz tanınması hususunda ileri sürülemeyecek gibi görünür. Bununla beraber unutmamak icap eder ki acentenin bu istiklâli mahiyeti itibariyle sadece hukukîdir; amelî ve iktisadî bakımından acente müvekkiline tâbidir. İşte iflâsta bir imtiyaz tanınması için mühim olan da bu noktadır. Acente daimi bir vekil olmak itibariyle müvekkiline karşı bilfarz komisyoncu veya dellaldan daha sıkı bir tâbiiyet münasebeti halindedir. Mamafi bu tâbiiyet müstahdemin bağlılık ve tâbiiyeti kadar da sıkı değildir. İşte bu düşüncelerle tasarı acentenin alacaklarını ilk dereceye almamıştır. Fakat bu alacaklara hekimlerin, ebelerin, eczacıların alacakları ile birlikte üçüncü dereceden imtiyaz tanımıştır. Bu imtiyaz bir yıllık alacaklar için caridir. Bu imtiyaz komisyon ücretinden doğan alacaklar için kabul edilmiştir. Fakat bazan sair alacaklara, meselâ zarar ve ziyan alacaklarına da teşmil edilmektedir.

553

Şimdiye kadar verilen izahlardan sonra artık tasarının tam metnini okuyabiliriz :

Acente sözleşmesi hakkında federal kanun tasarısı

30 Mart 1911, 18 Aralık 1936 tarihli Borçlar Kanunun vekâlete müteallik 13. babına acente sözleşmesine aşağıda yazılı ait IV. fasıl eklenmiştir.

FASIL IV

Acente sözleşmesi

A. Genel kaideler.

Madde 418 a. Devamlı olarak bir veya müteaddit müvekkil için akit yapmak için müzakerelerde bulunmak veya onlar nam ve hesabına akitler yapmak hususunda kendilerine bir hizmet akdi ile bağlanmaksızın taahhüt altına giren kimseye acente denir.

Taraflar hilâfını mukavele etmedikçe, işbu fasılda yer alan hükümler ancak tali ve fer'î olarak acente sıfatiyle çalışan kimselere tatbik olunmaz. 418 b maddesinin 3. fıkrası, 418 c maddesinin 2. fıkrası, ve 418 q maddesi hükümleri mahfuzdur.

Dellalığa ait fasıl hükümleri tali derecede müzakereci acentelere, komisyona müteallik fasıl hükümleri de akit yapıcı acentelere aynı suretle uygulanabilir.

B. Acentenin borçları I. Genel olarak.

Madde 418 b. Acente eyi bir tacirde aranan basiret ile müvekkilinin işlerine bakmakla mükelleftir.

Hilâfına yazılı bir mukavele yapılmadıkça başka müvekkiler hesabına da çalışabilir.

Acentenin, edindiği müşterilerin taahhütlerini ifa etmesi veya borçlarını ödemesi hususunda mes'ul olması veya alacakların tahsil masraflarının tamamını veya bir kısmını çekmesi için yazılı bir akit yapılmış olması ve acenteye ayrıca bir ücret taahhüt edilmiş olması şarttır.

II. Sır saklama mükellefiyeti ve rekabet yapma memnuiyeti

Madde 418 c. Acente; müvekkilinin kendisine tevdi edilen veya akit

ddolayısı ile öğrendiği iş sıralarını hiç bir hâlde hattâ akdin feshinden soonra dahi ifşa veya istimal edemez.

Rekabet memnuiyeti hususunda acentenin akitle üstlendiği mükelleefiyet hakkında hizmet akdi faslında yer alan hükümler kıyas yolu ile uyygulanır. Lâkin müvekkil acenteye münasip bir tazminat vermemişse reekabet memnuiyeti akdin infisahı üzerine her halde sona erer.

C. Selâhiyetleri.

Madde 418 d. Acente ancak mukaveleleri müzakere etmek, şeyin ayıplarına müteallik şikâyetleri ve müvekkilinin noksan edası hasebiyle müşterilerin haklarını istimal ettiklerine veya haklarını mahfuz tuttuklarına dair yaptıkları beyanları kabul ve müvekkilinin ispat vasıtalarını temin etmek için onun haiz olduğu hakları istimal etmek hakkına malik farzolunur.

Buna mukabil acente, ödemleri kabul etmek, ödeme için vadeler vermek, yahut üçüncü şahıslarla akdin başka surette tadillerini kararlaştırmak hakkını haiz olmadığı farzolunur.

2 Nisan 1908 tarihli sigorta akdi kanunun 34. maddesi ile 44. maddesinin 3. fıkrası hükümleri saklıdır.

DD. Müvekkilin Borçları

1. Genel olarak.

Madde 418 e. Müvekkil, acentenin işlerini başarı ile görebilmesi için elinden gelen her şeyi yapmakla mükelleftir. Bilhassa acentenin emrine gerekli vesikaları vermekle ödevlidir. Acentenin kararlaştırıldığı veya durumun ümit ettirdiği ölçüde mukaveleler akdedemiyeceğini tahmin ettiği takdirde keyfiyeti gecikmeden acenteye bildirmekle mükelleftir.

Kendisine belli bir müşteri veya bir bölge tahsis edilen bir acente bu müşterilerle veya bu bölgede muamele yapmak hususunda tekele (inhisara) malik farzolunur.

556

II. Komisyon ücreti.

1. Müzakere ve akdedilmiş sözleşmeler için.

a. Komisyon isteme hakkı ve şümulü.

Madde 418 f. Acente; akit devam ettiği müddetçe müzakere ettiği veya akdettiği bütün akitlerden, dolayı akdi veya müteamil bir komisyon ücretine müstahaktır; acente, hilâfına yazılı mukavele olmadıkça bu nevi işler için acente tarafından edinilen müşterilerle müvekkilinin akdin devamı esnasında fakat kendisinin yardımı olmaksızın akdettiği akitlerden dolayı da ücrete müstahaktır.

Kendisine muayyen bir çevrede veya muayyen bir müşteri kütlesi ile muamelede bulunmak hususunda inhisar hakkı verilen bir acente, akdin devamı esnasında bu çevre veya kütleye dahil müşterilerle yapılan bütün akitler için komisyon ücretine müstahaktır.

Hilâfına yazılı akit olmadıkça, müşteri ile akit muteber bir surette yapılır yapılmaz acente komisyon ücretine müstahak olur.

b. Komisyon ödeme borcunun sükûtu.

Madde 418 g. Kusuru olmaksızın müvekkil akdi ifa edemediği halde bir komisyon ödemek mükellefiyeti sona erer.

Müşteri borçlarını ifa etmez veya ancak kısmın ifa ederse bu mükellefiyet yine sona erer.

c. Komisyonun muacceliyeti.

Madde 418 h. Hilâfına akit veya adet olmadıkça, komisyon ücreti, akdin yapılmasını takip eden takvim yılının altı sonunda muaccel olur; bununla beraber sigorta acentelerinde komisyon ancak yıllık ilk primin ödenmesinden sonra muaccel olur.

d. Hesap hulâsası.

Madde 418 i. Kendi komisyon ücretleri hakkında bir hesap hülâsası vermek hususunda acente ya-

zılı bir akit ile mükellefiyet altına girmediği takdirde, müvekkili her vadede komisyon talebine hak veren akitleri göstererek acenteye bir hesap hülâsası vermeğe mecburdur.

Acente, hesap hülâsasının istinat ettiği defter ve müsbit evrakı tetkik etmek hakkına haizdir. Bu hakkından önceden vaz geçemez.

2. Tahsilât için ücret

Madde 418 k. Hilâfına bir adet veya mukavele olmadıkça, acente müvekkilinin emri ile tahsil ve ona tevdi ettiği paralar için bir tahsil ücreti almağa müstahaktır. Acente mukavelesi sona erdiği zaman acente tahsilâta devam etmek selâhiyetini ve bundan sonra yaptığı tahsilâttan dolayı komisyon istemek hakkını kaybeder.

III. Acentenin çalışmasının mümkün olamaması.

Madde 418 l. Müvekkil, kanunî veya akdî mükellefiyetlerini ihlâl etmek suretiyle kendi kusuru ile, acentenin kararlaşmış veya duruma göre beklemekte haklı olduğu komisyon ücretini almasına mâni olduğu takdirde ona karşı münasip bir tazminat ödemekle mükelleftir. Bunun hilâfına yapılan her akit batıldır.

Yalnız bir müvekkil hesabına çalışan ve kendi kusuru olmaksızın hastalık, federal kanunlar dolayısiyle mecburî askerlik hizmeti veya bunlara benzer başka bir sebeple çalışmasına engel çıkan bir acente, akit enaz bir yıldan beri devam ettiği takdirde kaybettiği komisyon ücretleriyle mütenasip olarak münasip bir ücrete müstahak olur. Bunun hilüfına yapılan sözleşmeler ancak yazılı olmak şartı ile muteberdir.

IV. Masraflar.

Madde 418 m. Hilâfına mukavele veya âdet yoksa, akitler yapmak gümrük vergilerini, telgraflar,

şehirlerarası telefon konuşmaları için veya buna benzer şeyler için yaptığı masrafların kendisine ödenmesini istemeğe acente selâhiyetlidir; fakat kendi faaliyetinden mütevellit umumî masraflar için yaptığı sarfiyatı isteyemez.

V. Hapis hakkı.

Madde 418 n. Acente müvekkili ile yaptığı akitten doğan muaccel alacaklarını temin için, kendi tahsil hakkına istinaden müşteriler tarafından kendisine ödenen paralar, menkul eşya ve kıymetli evrak üzerinde kanunî bir hapis hakkına maliktir; acente bu haktan önceden vaz geçemez; müvekkil borcu ödemekten aciz ise acente bu hakkı henüz muaccel olmayan alacakları için dahi haizdir.

Acente, tarifeler ve müşteri listeleri üzerinde hapis hakkını istimal edemez.

E. Akdin sona ermesi.

I. Muayyen zamanın sona ermesi.

Madde 418 o. Muayyen bir süre için yapılmış veya süresi gayesi ile muayyen acente sözleşmesi, muayyen müddetin sonunda, feshi ihbara hacet kalmaksızın, sona erer.

Muayyen bir süre için yapılmış olan akit her iki tarafça zımnen uzatıldığı takdirde aynı süre için fakat en çok bir yıl için uzatılmış sayılır.

Akdin feshi daha önce feshin ihbarı şartına bağlı tutulmuşsa taraflardan hiç biri akdi feshetmek hususunda bir ihbarda bulunmadığı takdirde akit yenilenmiş sayılır.

II. Fesih ile

1. Genel olarak.

Madde 418 p. Akit muayyen bir süre için yapılmış değilse veya böyle bir süre akdin gayesinden anlaşılmıyorsa, taraflardan her biri ilk yılda bir ay önce yapacakları bir ihbar ile bir ayın sonu için akdi feshedebilir. Daha kısa bir feshi ihbar müddeti

derpiş eden anlaşmanın yazılı şekilde yapılması şarttır.

Akit en az bir yıl devam etmiş ise iki ay önce yapılan bir ihbar ile takvim yılının üç aylık süresinin sonu için feshedilebilir. Taraflar daha uzun bir ihbar müddeti veya başka bir fesih miadı tâyin edebilirler.

İhbar için kabul edilen süreler müvekkil veya vekil için başka başka olamaz.

2. Haklı sebeplerle.

Madde 418 q. Müvekkil ve acente daha önce bir ihbarda bulunmaksızın haklı sebeplerden ötürü akdi her zaman feshedebilirler.

Hizmet akdine ait hükümler kıyas yolu ile tatbik olunur.

III. Acentenin hakları.

1. Komisyon ücreti.

Madde 418 r. Hilâfına mukavele veya âdet yoksa, acente akit devam ettiği sırada edindiği bir müşterinin ancak akdin hitama ermesinden önce yaptığı mütemmim siparişler için bir ücret isteyebilir.

Acentenin komisyon ücreti olarak veya yaptığı masraflardan mütevellit her türlü alacağı akdin sona ermesi ile muaccel olur.

Tamamen veya kısmen akdin hitama ermesinden sonra ifa edilen işlerden mütevellit komisyon ücretlerinin daha sonra muaccel olacağına dair yapılan anlaşmaların yazılı şekilde olması şarttır.

2. Çıkış tazminatı.

Madde 418 s. Acente faaliyeti ile müvekkilinin müşteri sayısını hissedilir derecede artırmış ve müvekkil veya onun halefi onun bu müşterilerle kurduğu münasebetten acente akdinin sona ermesinden sonra dahi istifade ettiği takdirde, acente münasip bir çıkış tazminatına müstahak olur.

Bu hak yalnız sigorta acenlteri bakımından akit ile bertaraf edilebilir.

IV. Geri verme mükellefiyeti.

Madde 418 t. Taraflardan herbiri akdin devamı ile mahdut olmak üzere gerek diğer tarafın, gerek üçüncü şahıslar tarafından diğer taraf hesabına kendisine tevdi edilen bütün şeyleri akdin hitamında diğer tarafa geri vermekle mükelleftir. Tarafların hapis hakları mahfuzdur.

II. Nihaî hükümler.

A. Geçici rejim.

Madde 1. Bu kanunun 418 c maddesinin 1. fıkrası, 418 e maddesini I, fıkrası, 418 i maddesinin 2. fıkrası, 418 n, 418 o ve 418 q maddeleri hükümleri yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş olan acente akitlerine derhal tatbik olunur.

Yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten daha önce akdedilmiş olan acente akitleri iki yıl içinde bu kanun hükümlerine uydurulmak lâzımdır. Bu müddetin sona ermesinden sonra yeni kanun daha önce akdedilmiş olan akitlere de tatbik olunur.

Hilâfına akit yoksa, iki yılın sonunda bu fasıl hükümleri, işbu kanun yürürlüğe girdiği tarihte ancak tâli olarak acente sıfatı ile çalışan kimselere de tatbik olunur.

B. İflâsta imtiyaz.

Madde 2. II Nisan 1889 tarihli Borç İçin Takip ve İflâs Hakkındaki Kanunun 219. maddesine şu hüküm eklenmiştir :

(Üçüncü sınıf :

c. Acentenin acente akdinden doğupta iflâsın açılmasından önceki yıl içindeki alacakları.).

C. Yürürlüğe giriş.

Madde 3. Bu kanunun yürürlüğe giriş tarihini Federal Hükümet tâyin eder.

Adli Psikoloji yönünden Tanık

Yazan : **Dr. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK**

Tanıklık gerek ceza ve gerekse medenî usul hukuku yönünden incelenirken aynı zamanda normal ve marazı psikoloji bakımlarından da biir tahlile tabi tutulmak zorundadır. Fakat ne yazıkki üniversitelerimiz ussul derslerinde psikoloji ve psiko-pataloji bakımından, bu konu üzerinde durulmamaktadır. Bir isbat vasıtası olan ve bir çok davalarda adaleti hataya düşüren tanıklığın hem kanuni unsurları yönünden hem de psikoloji ve psikopataloji bakımlarından gerçek mahiyetinin tahlil edilmesi gerektir. Aksi takdirde gerçek adalete ulaşmak mümkün olmıyacaktır.

Hukukî kavram olarak, tanıklık, belli vakıalara ait olmak üzere bir kiimsenin gördüğünü, işittiğini ve bildiğini yetkili makamlar önünde bildiirmesidir.

Meşhur bilgin Boirac'ın «Büyük ansiklopedi=La grnde encyclopédiie»sinde tanıklık, tecrübe ve akıldan sonra insan bilgisinin kaynaklarındaan üçüncüsü olarak vasıflandırılmaktadır. Tanıklık tarihin olduğu kadar biir çok içtimaî müesseselerin ve hususile adaletin temellerinden biridir. Fakat ne yazıktır ki bu isbat vasıtası çürük ve çok defa aldatıcıdır. O suretleki adaleti hataya düşüren sebepler arasında tanıklık başta gelmektedir.

Tanıklığın temellerinden biri samimiliktir. Halbuki gerçekte samimi olan tanık çok azdır. Bu sebeple, kaide olarak tanığın samimi olmadığı farz edilmelidir. Bazı tanıkların istemeyerek müşahedelerinde hataya düşmelerinin, bazılarının marazı olarak yalan beyanda bulunmalarının ve bazılarının türlü ruhî sebeplerin tesiri altında intibalarını tahrif, tadill ve tağyir etmelerinin, tanıklığa mutad olarak atıf edilen değeri ve önemi ölçüsüz derecede azaltmış olduğu bedihidir. Tanıklık tehlikeli bir delildir. Çünkü samimiyeti bir çok âmillere bağlıdır. Vakıalar tarafsızca ve gerçek mahiyetine uygun olarak bildirilirse doğru bir neticeye varılalbilir. Türlü âmillerin tesiri altında bulunan tanığın vakıayı mahiyetine uygun olarak bildirmesi, nakletmesi, anlatması şüphelidir. Bilmiyerek ve istemiyerek de olsa bu ruh aykırılığı dolayısiyle gerçek bir sonuca ulaşmak mümkün olamamaktadır. Nitekim filozof Jules Simon, her insan diyor, bir vakıayı kendi tarzına göre nakleder. Bundan ötürü, bir çok dürüst insanların şahidi oldukları vakıaları bir birini nakzeder şekilde beyan etmelerine hayret etmemelidir. Zira, her insanın zihni, hafızası mü-

temadi surette hayali ile mücadele halindedir. İnsan gördüğünü. hatırladığını zanneder ve fakat mütemadiyen icad eder. Tanığın zihninde hayal ve ekseriya yanlış muhakemesinin katıldığı gayri şuuri bir çalışma olur. (René Garraud, Traité de procédure penal, t. II. p. 2).

Tanıklık, tanığın sadece bildiklerinin beyanından ibaret kalmamakta, kendi temayüllerinin, tecrübelerinin, hadiseyi takip eden şahsi hayatının bir inikasi halini almaktadır. Bundan dolayı, fizik, psikolojik ve sosyal namütenahi tesir altında bulunan tanığın tarafsızlığı ve samimiliği imkânsızdır. Tanık, seyrettiği vakıaya nüfuz ve onu anlatmak için hem zihniyle hem hayaliyle çalışır, gördüğü vakıanın teferrüatını ve şartlarını meylettiği duygulara (sempati-antipati gibi), fikirlere, prensiplere ve teorilere benzetir ve onların yapı ve şekline uygun olarak hafızasında tutar ve anlatır. Başka deyişle, tanıklık müşahedeye başlanmasından itibaren, vakıanın, gerek zihin ve gerekse hayal yolu ile mübalâğa edilmesinden ibaret bir takım ameliyeler neticesidir. Bundan dolayı meşhur bilgin Claparède, tamamen doğru, samimi ve tarafsız olan tanıklığın bir istisna olduğunu laboratuvarlarında yaptığı tecrübeye dayanarak söylemiştir. (Claparède, Psychologie du témoignage, Bull. Un. Dr. Pé V. 17).

Tanıklığı tağyir eden kıskançlık, kin gibi şahsi duyguların, menfaat gibi egoist kayguların, propaganda, dedikodu gibi toplumsal akıntıların ve beslenen siyasi temayüllerin önemi çok büyüklür. Bütün bu hallerde tanığı şahsi duygularına, toplumsal telâkkilerine, siyasi temayüllerine göre harekete geçen biricik melekesi hayalciliğidir. Tanık vakıanın ne şekilde olduğunu değil duygularına temayüllerine ve düşüncelerine göre netarz da olması gerekeceğine göre vakıayı adeta icad eder. Tecrübî ruhiyat hayalin tanıklıkta geniş rolü olduğunu göstermiştir. (Dr. Wallon, Prencipe de psychologie appliquée, p. 200).

Her insan ruhî yapısı itibariyle diğerlerinden farklıdır. Bu sebeple tanıklar için bir karakter ve heyecan ruhiyatı bahis konusudur. Bundan başka her şahidin derece derece bir ruh hastası olabileceğinin, zaman zaman marazı denecek kadar oynak duygulara ve heyecanlara bağlı olacaklarının düşünülmesi ve böylece Adalet cihazında «Tanıklık psiko-patalo-ji»sinin yer alması zaruridir. Çünkü, tanıklığın değerini meydana çıkarmak için psikolojik ve karakterolojik incelemelere önem vermekten başka çare yoktur. Manevî duyguları bulanık veya sapık, şuur hali derece derece bozuk ruh hastalarından gerçeği ortaya çıkaran, şüpheyi ortadan kaldıran, vakıayı aydınlatan bir tanıklık beklenemez. Tanıklığı takdirde önemli olan her ruh aykırılığı veya hastalığının ruhî dokusudur. Meselâ

962

bir hırsızlık suçunda, kendisi hırsızlıktan geçmişli bir tanık ya geniş bir telâkki ile sanığın lehine yahut da şuur dışına ait bir telâkki ile en namuslu bir insan edasını takınarak tamamiyle aleyhine şehadet edebilir.

Erken bunama, budalalık, ileri derecede hezeyan, şiddetli mâni gibi ruh hastalarından hiç bir vakit sadık ve gerçek bir tanıklık beklenemez. (Prof. Dr. R. Adasal, Ruh Tababetine Göre Şahitlik - 1946).

Adalet cihazının amacı gerçeği meydana çıkarmaktır. Fakat gerçek nedir? Bu konuyu incelemek ispat vasıtası olan tanıklığın çürük ve aldatıcı mahiyetini de ortaya koymuş olacaktır.

Umumî olarak var olanı gerçek olarak kabul ederiz. Gerçek yalnız var olan değildir. Gerçek varolandan açığa vurulandır. Bundan dolayı gerçek açığa vurulduğu zaman, ona muayyen bir nisbilik ve netice itibariyle gayri muayyenlik izafe olunmaktadır. Şüphesiz her varolan aynı zamanda gerçek olandır. Fakat bütün gerçekler daima doğru değillerdir. Zira gerçekler ifade olunurken tağyir edilmişlerdir. Gerçeklerin doğrulukları aynı derecede değildir. Bir kısım gerçekler diğerlerinden daha doğrudur. Birinci ve ikinci derecede doğru olan hakikatlar vardır. Bu garip görünmemelidir. Zira, katiyetler arasında silsileler derecesi olduğu için hakikatlar arasında da silsileler derecesi vardır. Katiyetler arasındaki bu eşitsizlik garip görünebilir. Halbuki hiç bir katiyet muayyen değildir. Bu sebeple katiyetler bir birine eşit değildirler. Çünkü, katiyet, muayyen değildir. Bu sebeple katiyetler bir birine eşit değildirler. Çün, kü, katiyet, insan bilgisinin durumuna göre değişmektedir. Eskiden dünyanın güneş etrafında döndüğüne dair olan katiyetin insan bilgisiyle müvazi olarak değişmiş olduğu ve yanlışlığı meydana çıktığı bedihidir. Varolan hiçbir şey muayyen değildir. Bergson'nun ifade ettiği gibi VARLIK oluş'tan ibarettir.

Görülüyor ki her varolan gerçektir ve fakat her gerçek varolan değildir. Hal böyle iken doğru, samimi ve tarafsız şahitlikten bahsetmek ilmin ortaya koyduğu sonuçlarla tezada düşmek demektir. Bu sebeple her tanığın psikolojisi ve karakteri ve hattâ patalojik durumu incelenerek tanıklığının takdiri gerektir. Yalnız ve ancak bu yol ile doğru bir sonuca ulaşılabilir, adalet hatasız olarak tahakkuk edebilir. Yine bu sebeplerledirki adalet cihazı temsilcilerinin yani yargıç ve savcıların özel bir anlayış, olgun bir kafa ve ihtiyatlı bir tefekkür melekesiyle mücehhez olmaları zaruridir. Bu suretle mücehhez olan adalet temsilcisi tanığı psikoloji, karakteroloji ve pataloji yönlerinden inceliyerek tanıklığının değerini takdir edecek ve vicdanî kanaatine destek yapacaktır. Aksi takdirde derece derece adalet telâfisiz hatalara kurban olacaktır.

563

Türk hukukunda evlenmenin çocuğun tabiiyetine tesiri ve evliliğin zevalinde kadının tabiiyeti.

Yazan : **Dr. Şakir BERKİ**

Bu yazımızda Türk Devletler Hususî Hukukunda evlenmenin Türklerle evlenen yabancı kadınların bu evlilikten evvelki yabancı çocuklarının tabiiyeti ile, evliliğin zevalinde bizzat kadının tabiiyeti meselesini tetkik edeceğiz.

Yazımızın birinci kısmı Vatandaşlık Kanunumuzda ancak bir prensip ile hal edilmiş, ikincisi ise Türk doktrininde uzun münakaşalara yol açmış ve halen ihtilâflı durumunu muhafaza etmektedir.

Şu halde yazının gayesi birinci meseleyi tavzih ve çeşitli ihtimallerle kanunî prensip ve istisnalara uygun bir halde genişletmekten ve ikincisini Türk doktrinine hâkim prensiplerini de göz önünde tutarak hal etmeğe çalışmaktan ibaret olacaktır.

I — Evlenmenin çocukların tabiiyetine tesiri.

Türk Devletler Hukukunda evlenmenin çocukların tabiiyetine tesirini net ve vazıh bir neticeye vararak mütalâa edebilmek için Vatandaşlık Kanunumuzun bu meseleyi hükme bağlayan 13 üncü maddesinin bu hususla ilgili metnini aynen kaydetmek zaruridir. Sözü geçen maddenin mezkûr kısmı şudur : «Türklerle evlenen ecnebî kadınlar Türk vatandaşı olurlar. Ecnebilerle evlenen Türk kadınları Türk kalırlar. Ecnebî bir kadının bir Türk ile evlenmesi ecnebî kocasından evvelce olan çocuklarının tabiiyetine tesir etmez ancak babaları sağ değilse küçüklerin tabiiyeti analarına tâbi olur.....».

Şu halde mevzuatımız mesele hakkında iki prensip koymuş bulunmaktadır :

1°) Yabancı ile evlenen Türk kadını Türk kalacağından meselenin bu bakımdan incelenmesine lüzum dahi yoktur.

2°) Türklerle evlenen yabancı kadınların çocuklarının tabiiyeti hususunda ise kanun şu prensibi koymakla iktifa etmiştir : Yabancı kadınların Türklerle evlenmeden evvel edinmiş oldukları yabancı çocukların, yabancı babaları sağ değilse, anaları gibi Türk sayılırlar.

Görülüyor ki kanun ancak bir prensip vaz'ı ile iktifa etmiştir. Bilhassa bu prensibin reşit çocuklar hakkında mı, yoksa gayri reşit çocuklarr için mi ve nihayet, yalnız meşru veya ayni zamanda gayrı meşru çocuklar hakında da mı tatbik edileceği meselelerine temas etmiş değildir.

Her şeyden evvel bütün bu meseleleri sırası ile ve mümkün mertebe bütün ihtimalleri de nazara alarak halledeceğiz :

1. Evlenme evlenme anına kadar henüz rüşde erişmemiş bulunan yabancı çocukların tabiiyetine tesir eder. Filhakika, reşit kimselerin tabiiyeti Devletler Hususî hukukunun genel prensipleri gereğince ebeveynim tabiiyet değişikliklerine maruz değildir. (1).

Şu halde, rüşd çağının hangi kanunla tâyini meselesinin tesbiti kalıyor : Hiç şüphesiz yabancı ananın Türkle evlenmeden evvelki kanun lehine mütalâa beyanı zarurîdir. Bu, tabiiyet meselelerinde daima tabiiyeti mevzuubahis olan şahsın Millî Kanunun tatbik edilmesi prensibinin bir neticesidir. Zira tabiiyet, bir devletin yalnız iç değil, aynı zamanda dış amme intizamı ile sıkı sıkıya ilgili bir meseledir.

2. 13 üncü maddenin evlenmeyi çocukların tabiiyetine şâmil kılan hükmü meşru çocuklara olduğu kadar evlilik haricinde doğan çocuklara da sâridir. Zira, umumî tefsir kaideleri icabından olarak, kanunda aksine sarih veya zımnî bir hüküm bulunmadıkça «Çocuklar» tâbiri her iki kategoriye dahil çocukları ifade eder. Öyle ki, çocuklar tabiri evlenmeleri yasak olan kimselerden doğan, yani tanınmaları memnu bulunan çocukları da ihtiva eder (2).

Bu iptidaî bilgiden sonra sadedi iki tefriki göz önünde bulundurarak incelemek yerinde olur :

1 — Evlenmenin meşru çocukların tabiiyetine tesiri.

Bu meselenin tetkiki şu tefrik zarurîdir :

(1) Valéry, Manuel, 1914, p: 180, no: 155. Muammer Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 1947, sa: 47.

(2) Bu gibi çocuklar hukuk hususiye bakımından, medenî hukuk zaviyesinden, hukukî mânası ile çocuk mânasına gelmeyebilirler. Bu, bilhassa, Fransız sisteminde olduğu gibi, evlenmeleri yasak olanlardan doğmuş olan çocukların ana ve babalarına karşı neseplerinin tanıma veya hâkim hükmü ile kurulamamasını âmir mevzuatda böyledir. Fakat bu gibi çocuklar vatandaşlığın tayini bakımından aynen diğer çocuklar gibi mütalâa olunur, ancak bunların uyruklarının tâyinindeki teknik değişebilir. Vatandaşlığın tâyini bakımından «Çocuk» tabiri daima hukukî bir mahiyet arz eder ve nesebi müesses olmayan çocukları da içine alır.

568

A — Evlenmenin doğuşta meşru çocuğun tabiiyeti üzerine tesiri.

Doğuşta meşru çocuk demek doğduğu andan itibaren gayri meşru çocuk statüsü yaşamamış çocuk demektir. Muteber veya bâtıl evlenmeden doğan çocuklar bu gruba dahildirler (3).

Meşru çocukları bu bakımdan ikiye ayırmak nazarî bir mütalâa mahsulü olmayıp tamamiyle tatbikatla ilgilidir. Zira, sırasında görüleceği üzere, doğuşta meşru çocuklarla sonradan meşru çocuk statüsü almış olanların taabiiyetlerinin tâyininde ehemmiyetli farklar vardır.

Türklerle evlenen yabancı kadınların doğuşta meşru olan çocukları yabancı babalarının hayatta bulunmaması şartiyle Türk tabiiyetini alırlar.

Hayatta olmamak tabirinden yalnız hakiki ölümü değil, hükmî ölümü de kast etmek lâzımdır. Ancak, gaipliğe hükmedilmiş olmak lâzımdır. Zira, gaipliğine henüz hükmedilmemiş olan kimse kaybubet etmiş olan bir kimseden ibarettir. İlân müddeti bitmeden kendisinden haber alınmayan kimse hükmen ölmüş sayılamaz (4).

Netice itibariyle, ananın bir Türkle evlenmesi anında çocuğu babası hakkında gaiplik kararı verilmemiş olan çocuk, babasından uzun zamandır haber alınamamış olmasına rağmen, Türk tabiiyetine geçmiş sayılamayacaktır. Aksine hükmedilmiş olsa idi, yani amiyane gaybubetin tabiiyete tesiri kabul edilse idi, bu, anasının Türkle evlenmesi hadisesi ile Türk tabiiyetine geçmiş sayılan çocuğun statüsünü alt üst etmek olurdu. Çünkü gaipliğe hüküm için verilen ilân müddeti bitmeden babası çıkagelen çocuğa tekrar eski tabiiyeti verilecekti.

Şu meselenin halli gerekir : Yabancı babanın gaipliğine kadının bir Türkle evlenmesi muamelesi bittikten sonra hükmedilmiş olunursa çocuk yine Türk tabiiyetine geçmiş sayılacak mıdır?.

Bizce, cevap müspettir. Yeter ki, çocuk babasının gaipliğine hükmedilmiş olduğu anda henüz rüşde erişmemiş bulunsun.

Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü maddesinin meseleye temas eden hükmü de bu fikri teyit edici mahiyettedir. Sözü geçen maddenin bu bahisle ilgili hükmü aynen şudur : «Ecnebi kadının bir Türk ile evlenmesi ecnebi kocasından evvelce olan çocuklarının tabiiyetine tesir etmez. Ancak babaları sağ değilse küçüklerin tabiiyeti analarına tâbi olur...».

(3) Medenî Kanunun 125 inci maddesinin birinci bendi ana ve babaları kötü niyetli olsalar bile bâtıl evlenmeden doğan çocukları meşru addetmektedir.
(4) İsv. Medenî K. M: 36, 37, 38; Türk Medenî K. M: 32, 33, 34. Fık: 1.

566

Görülüyor ki, Kanun yabancı kocanın (sabık) hayatta olmaması halinin kadının Türkle evlenmesinden evvel veya sonraya raslayıp raslamayacağına dair bir şart koymuş değildir.

B — Evlenmenin sonradan meşru kılınan çocukların tabiiyetine tesiiri.

Evlilik haricinde doğmuş iken ana ve babasının sonradan evlenmesi (5), veya hâkim (6) hükmü ile meşru çocuklar grubuna dahil bulunmuş olan çocukların tabiiyetini şu ihtimallere göre tâyin etmek gerekir :

a) Evlenmenin nesebi hâkim hükmü ile tashih edilmiş olan çocuğun tabiiyetine tesiri.

b) Bu evlenmenin nesebi ana babasının sonradan evlenmesiyle tashiih edilen çocuğun tabiiyetine tesiri.

a : Nesep tashihi hükümle vaki olmuş ise, (7) çocuğun tabiiyeti şu ihtimallere göre tâyin olunacaktır :

1°) Hâkim hükmü ile nesep tashihinin sebebi evlenme vadinde bulunmuş olan yabancı erkeğin ölümünden ibaret ise, çocuk, Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü maddesi hükmünce Türk sayılacaktır.

Tashih hükmü yabancı erkeğin akıl hastalığı veya evlenmeğe mâni diğer bir sebepten ötürü verilmiş bulunuyorsa, çocuk, babası anasının bir Türkle evlenmesi anına kadar hayatta kaldıkça, yabancı tabiiyetini muhafaza edecektir.

Bu mütalâat nesep tashihine dair hükmün ananın henüz Türkle evlenmemiş olması anına rasladığı haller için muteberdir.

2°) Hüküm, yabancı kadının (ana) ölümü sebebi ile verilmiş ise, aşağıdaki ihtimaller akla gelir :

Eğer hüküm kadının bir Türkle evlenmesinden evvel verilmiş ise, meselenin münakaşası abestir, çünkü böyle bir halde kadının Türkle evlenmesine imkân maddî mevcut değildir.

---

(5) Türk Medenî K. M: 247.

(6) Türk Medenî Kanunu, M: 249.

(7) Hükümle nesep tashihi mümkündür : Birbirlerine evlenme vadinde bulunmuş olup da sonradan evlenmeye mâni bir sebep zuhur etmiş veya müstakbel ana veya babasından biri başka biri ile evlenmiş ise, çocuğun nesebinin tashihine mâni yoktur. Birbirlerine evlenmeye mâni derecede hısım bulunanların evlenme vadi muteber olamayacağından bunlardan doğan çocuğun nesebi prensip itibariyle hükümle tashih edilemez. Ancak, bu vait hüsnüniyetle vakı olmuş ise, hükmün tashih lehine olacağında şüphe yoktur.

567

Eğer hüküm, kadının bir Türkle evlenmesinden sonra sadır olmuş ise ki bu mümkündür, iki ihtimal belirecektir :

a) Nesep tashihi kocanın (yabancı) ölümü sebebi ile ise, çocuk bizzarur Türk kalacaktır.

b) Nesep tashihi yabancı erkeğin (çocuğun babası) evlenmeye mâni hali bulunmasından vaki olmuş ise —bu mâni yabancı kadının Türkle evli bulunmasından ibarettir— çocuk öz babasının tabiiyetine dönecektir.

Mamafih, sonradan evlenme ile nesebi tashihi edilen çocuğun tabiiyeti hakkında ileri sürülen fikrin (8) bu ikinci ihtimalde de desteklenmesi bizce hukukî değilse de mantıkidir.

— b : Evlenmenin, nesebi ana babasının sonradan evlenmeleri ile tashih edilmiş olan çocuğun tabiiyetine tesiri.

Ana babanın sonradan evlenmeleri bizzarur yabancı kadının Türkle evlenmesi anına tekaddüm edecektir ki, bu takdirde öz babanın (yabancı) Türkle evlenmiş olan karısından ya ölüm veya boşanma suretiyle ayrılmış bulunması mevzu bahistir. Aksi takdirde, meselenin tabiiyet bakımından incelenmesine yer yoktur; çünkü poligami memnudur.

Böyle bir halde çocuğun tabiiyetini tâyin için şu ihtimaller düşünülecektir :

Türkle evlenen yabancı kadın ile yabancı erkek (sabık koca) arasındaki evlilik kocanın (sabık) ölümü sebebi ile zail olmuş ise, çocuğun tabiiyeti 13 üncü madde gereğince evlenmenin tesirine maruz bulunacak ve yerini Türk tabiiyetine terk edecektir. Eğer evlilik boşanma ile ortadan kalkmış bulunuyorsa, çocuk babasının tabiiyetini muhafaza edecektir. Filhakika, Vatandaşlık Kanunumuz, evlenmenin yabancı kadının yabancı çocuğunun tabiiyetine tesirini ancak çocuğun babasının ölmüş bulunması şartına tâbi tutmaktadır : «Babası hayatta olmayan çocukların tabiiyeti analarına tâbi olur.».

Mamafih, eğer çocuk, anasının bir Türkle evlenmesi anında onun velâyetine terk edilmiş bulunuyorsa, çocuğa, babasının hayatta bulunmasına rağmen anasının yeni tabiiyetini (Türk tabiiyeti) vermek fikrimizce çocuğun menfaatleri icabındandır. İlk bakışta çocuğun tabi bulunduğu yabancı devletin menfaatına aykırı görünen bu mütalâa zannımızca o devletin âli menfaatlerine aykırı değildir. Zira, bu suretle Türk vatandaşlığına alınmış olacak olan çocuk rüşde vusulünden itibaren yine eski va-

(8) Bak: I, 1, A, b.

569

tandaşlığını isteyip elde edebilir. Nihayet, bir ferdin tâbi bulunduğu devletin yüksek menfaatlerini ilgilendirdiği çağın normal olarak erginlik çağında başlıfacağını da hatırlatmak lâzımdır. Tabiiyet tâyininde Devletlerin menfaati gözetilirken fertlerinkinin de dikkatle nazarda tutulacağı Devletler hususî hukukunun teslim ettiği hakikatlerden biridir(9).

Mamafih serdettiğimiz delillerle vardığımız fikrin hususî hukuk prensiplerine, mevzuata, aykırılığını ve fakat mantıkla ilgili bulunduğunu işaret etmek ihtiyacındayız (10).

Nesebin tashihinin feshi halinde çocuğun tabiiyeti.

Meseleyi iki bakımdan incelemek lâzımdır :

1°) Tashih edilen nesebi fesh edilen çocuk tanınmaları yasak olmayan çocuklardan ise (Enfants naturels proprement dits).

2°) Tashih edilen nesebi feshedilen çocuk tanınması memnu olan çocuklardan ise. (Enfants adulterins ou incestueux).

Birinci halde meselenin mütalâası iki tefrike ehemmiyet vermeyi icap ettirir : Fesih, Türkle evlenmeden evvel vakı olmuş ise, mesele basittir : Eğer fesih yabancı babanın hakiki baba olmamasından ileri gelmiş ise; çocuğun Türkle evlenen anası gibi Türk tabiiyetine geçmiş sayılabilmesi için anasına karşı nesebi kurulmuş bulunmalıdır. Ananın eski Millî Kanunu anaya karşı nesebi İsviçre sistemindeki gibi mütalâa ediyorsa, yani çocuğun nesebini sırf doğumu hadisesiyle otomatik olarak anasına karşı kuruyorsa (11), çocuğun tabiiyeti anasının Türkle evlenmesi tesirinde kalacaktır. Ananın eski Millî Kanunu nesep hususunda Fransız sistemini takip ediyorsa, yani her gayri meşru çocuğun anasına karşı nesebinin kurulabilmesi ana tarafından yapılacak olan tanımaya veya bu

(9) Nesebi gayri sahih çocukların ana ve babalarının sonradan evlenmeleri ile neseplerinin tashihi şu iki halde mümkündür : 1°) Ana veya babasından biri evli bulunduğundan gayri sahih nesepli doğan çocuk, bu evliliğin zevalinden sonra ana babasının evlenmiş olmaları ile sahih nesepli olabilir. 2°) Evlenmeğe mâni derecede hısım olduklarından çocukları gayri sahih nesepli doğmuş olanların, doğumdan sonra dahi olsa, zuhulen evlenmiş olmaları. Bu, bâtıl evlenmeden doğan her çocuğun mutlaka meşru çocuk sayılacağını âmir kanun hükmünün (Medeni K. M: 125) bu çocuklar lehine tefsirinin bir neticesidir.

(10) Fikir hususi hukuk mevzuatına aykırıdır. Çünkü, nesep tashihi ile meşru statü kazanmış olan çocuklar prensip itibariyle babalarının tabiiyetini alırlar. Diğer cihetten, velâyeti anaya verilmiş bulunan bir çocuk sonradan babasının velâyetine de terk edilebilir. Bütün bunlara rağmen, mantık sonradan ve bilhassa hükümle meşru çocuk durumuna girmiş olan çocukların tabiiyetini tâyinde başka hükme sevk eder : Şakir Berki, thèse, Fribourg, 1945, p:

(11) İsv. Medenî K. M. 302 : Türk M. K. M. 290.

569

cektir : Fesih, babanın (yabancı gayrı meşru koca) hakiki baba olmamasından mütevellit ise ve ananın eski Millî Kanunu gayri meşru çocukları sırf doğumları hadisesi ile analarına karşı neseblerini tesis eden bir sistem takip eyleyorsa, çocuk anasının Türkle evlenmesi ile aldığı Türk tabiiyetini muhafaza edecektir. Fesih, ananın hakiki ana olmamasından ileri gelmiş ise, çocuğa verilecek tabiiyet, eski yani anasının Türkle evlenmesinden evvelki tabiiyetten ibaret olacaktır.

b) Nesebinin tashihi feshedilen çocuk, tanınmaları yasak olan çocuklar zümresinden ise yine iki ihtimalden hareket etmek lâzımdır :

1°) Fesih, babanın hakiki baba olmamasından ileri gelmiş ise ve Türkle evlenmiş olan ananın eski Millî Kanunu İsviçre sistemini kabul eden bir nesep sistemini takip ediyorsa, çocuk Türk tabiiyetini muhafaza edecektir. Ananın Millî Kanunu aksi sistemi, Fransız sistemini tatbik ediyorsa, çocuk eski tabiiyetine rücu edecek veya, daha doğru bir deyimle, doğduğu yerin tabiiyetini alacaktır.

2°) Fesih, ananın Türkle evlenmesinden sonra vakı olmuş ise, yine aynı ihtimaller nazara alınarak hükmetmek lâzımdır. Bu ikinci halde şu hususî neticeler doğabilecektir :

Türkle evlenmiş olan kadının eski Millî Kanunu evlenmeleri yasak olan kimselerden doğan çocukları da analarına karşı sırf doğum hadisesi ile neseben bağlamakta ise ve fesih babanın hakiki baba olmamasından ileri gelmiş bulunuyorsa, çocuk nesebinin tashihi feshine rağmen Türk tabiiyetini muhafaza edecektir.

Kadının eski Millî Kanunu Fransız sistemini tatbik ediyorsa çocuğa, ana ve babasına karşı nesebinin kurulmasına imkân bulunmadığından, Jus soli gereğince doğduğu yerin vatandaşlığını izafe etmek gerekecektir. Doğum yeri belli değilse anasının Türkle evlenmesinden evvelki tabiiyeti vermek lâzımdır.

2 — Evlenmenin evlilik haricinde doğan çocukların tabiiyetine tesiri.

Türk Vatandaşlık Kanununun Türklerle evlenen yabancı kadınların bu evlenmeden evvel edindikleri gayri meşru yabancı çocuklarının tabiyetini sarih surette belirtmemiş olduğuna ve fakat 13 üncü maddenin bunlar hakkında da tatbikinin zarurî bulunduğuna başlangıçta işaret etmiştik. Bu fikri sözü geçen madde metnindeki «Baba» tabiri yerine «Koca» tabirinin kullanılmamış olduğu ile de teyid etmek yerindedir. Eğer kanun «baba» yerine Türkle evlenen kadının kocasından bahsetmiş

muş ise, çocuğun tabiiyetini şu ihtimalelre göre tâyin etmek iktiza edehususta bir hükme vabeste kılıyorsa, çocuk, anasının Türkle evlenmesi anında anasına karşı nesebi kurulmamış ise, yabancı tabiiyetini muhafaza edecektir.

Nesep tashihinin feshi ananın Türkle evlenmesinden sonra vakı ololsa idi, yabancı kadınların Türklerle evlenmeden evvel edindikleri gayri meşru çocukların tabiiyetini evlenmenin tesirine terk etmemiş olurdu.

Bir Türkle evlenen yabancı bir kadının bu evlenmeden evvel edindiği gayri meşru çocuğunun tabiiyetini şu ihtimaller dahilinde tatbik etmek icap eder :

1°) Çocuk, anası Türkle evlenmeden ve yabancı babasından daha evvel anası tarafından tanınmış ise, evlenmenin tesirine maruz kalarak Türk tabiiyetine geçecektir. Bu ilk ihtimal ananın eski Millî Kanunun Fransız sistemini kabul ettiği hal için varittir. Yabancı baba tarafından yapılacak olan tanıma veya baba nesebini kuran hâkim hükmü daha sonra vakı olursa, çocuk evlenmenin tesiri ile aldığı Türk tabiiyetini muhafaza edecektir. Bu, doktrince kabul edilmiş bir kaidenin neticesidir(12).

2°) Çocuk, anası bir Türkle evlenmeden evvel yalnız baba tarafından tanınmış bulunuyorsa, hüküm yabancı tabiiyet lehinedir. Öyle ki, baba, çocuk henüz rüşde varmadan ve yabancı kadının Türkle evlenmesi anında ölmüş bulunsa bile hüküm aynıdır; zira, faraziyeye göre, çocuğun anasına karşı nesebi henüz müesses değildir. Mamafih, eğer ananın eski Millî Kanunu gayri meşru çocukların analarına karşı nesebini doğum hadisesi ile tesis eden bir nesep sistemi takip ediyorsa, çocuk, yabancı babası hayatta olmamak şartı ile anası gibi Türk tabiiyetine geçmiş sayılacaktır.

İşaret edelim ki, bu sonuncu halde bile, baba hayatda kaldıkça ve tanımayı yabancı kadının (gayri meşru karı) Türkle evlenmesi gününde yapmış ise, Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü maddesinin Türk tabiiyet siyasetini tatmin edici şekilde tefsiri imkânsızdır. Çünkü, kanunumuz hiç bir tâli şart koşmaksızın, sırf çocuğun babasının hayatta bulunmasını nazara alarak hükmetmiş bulunmaktadır.

---

(12) Mr. Bartbi tarafından ileri sürülmüş bulunan bu fikir, ekser müelliflerce de kabul edilmiştir : Weiss, Traité théorique et pratique, 2 éme. ed. t. I, La Nationalité p: 70-71; Şakir Berki, Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tabiyeti (Ankara Hukuk F. Dergisi, 1947, Cilt. III, s: 33 ve sonraki.

574

3°) Evlilik dışında doğan çocuğun hem ana, hem babasına karşı nesebi aynı zamanda kurulmuş bulunduğu takdirde, hüküm baba tabiiyeti lehine olacaktır (13).

Yabancı babanın hayatta olmaması bu halde bile çocuğun 13 üncü madde gereğince Türk sayılmasını doğuracaktır.

4°) Çocuk, tanınması memnu çocuklardan ise, mesele daha basittir : Ananın eski Millî Kanunu İsviçre ve Türk Medenî Kanunundaki nesep sistemini kabul ediyorsa, çocuk, babası hayatta olsa bile Türkle evlenen anası gibi Türk tabiiyetine geçecektir. Zira böyle bir çocuk, babasına karşı nesebe sahip olmak imkânından mahrum olduğundan, babası hukuken hayatta olmayan bir çocuk demektir. Kanunların kullandığı baba tabirini âmiyane baba tabirinden ayıran şey, birincisinin nesebin tahakkuk etmiş olmasından ileri gelmektedir. Daha açık bir deyimle, babası hayatta olan bir çocuğu ona karşı nesebi kurulmuş bulunmadıkça babası ölmüş, hayatta olmayan bir çocuk olarak mütalâa etmek lâzımdır.

Türkle evlenen yabancı kadının Millî Kanunu Fransız sistemini kabul ediyorsa, çocuk yabancı tabiiyetini muhafaza edecektir. Zira bu sistemde evlenmeleri yasak olan kimselerden doğan çocukların analarına karşı da nesepleri tanıma veya hâkim hükmü ile tesis edilemez (14).

İşaret edelim ki, bu gibi çocukların (enfants icestueux) tabiiyeti neseplerinin tashihi imkân dahilinde bulunduğu nisbette, evlenmenin sonradan meşru çocukların tabiiyetine ait kaidelerle tâyin olunacaktır (15).

II — Evliliğin zevali halinde kadının tabiiyeti.

Yazımızın ikinci konusunu teşkil eden bu meseleyi inceleyebilmek için her şeyden evvel Vatandaşlık Kanunumuzun bu hususu tanzim eden hükmünü kaydetmek zaruretindeyiz. Kanunun 13 üncü maddesinin me-

(13) Bu da, doktrince makbul bir kaidenin neticesidir: Weiss, adı geçen eser, s: 71. Şakir Berki, La nationalité des enfants naturel dans le droit international privé de la Turquie, The, 1945, p: 36, No: 1.

Bu hususta keza bak : Muammer Raşid Sevig, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 1947, Birinci cilt. İkinci bası, s: 56—57.

(14) Fransız M. K. M: 335, 341; İsviçre ve Türk M. Kanununda ise anaya karşı nesep bakımından vaziyet aksinedir: İsv. M. K. M: 302, Türk M. K. M: 290.

Alman Medenî Kanununda evlilik haricinde doğan her çocuğun babası tarafından tanınmak veya hâkim hükmü ile babaya karşı nesebinin tesisi mümkün değildir. Anaya karşı ise, evlilik dışında doğan her çocuk sırf doğum anında nesebe sahiptir: Decoppet, L'enfant naturel et son père, Dissertation, Lausanne, 1917, p: 23. § 10.

(15) Bak: I, 1, A, b.

572

sele ile ilgili metni aynen şöyledir : «... Evlenme ile tabiiyeti değişmiş olan sabık ecnebi kadınlar Türk kocalarından **her hangi bir sebeple** evlilik halinin zevali ile ayrıldıkları tarihten itibaren üç sene zarfında tabiiyeti asliyelerine rücu hakkını haizdirler. Şu kadar ki, ecnebiliğe avdet etmek istiyen kadının Türk babadan çocuğu mevcut değilse ikametgâhını ecnebî memlekete nakletmesi şarttır.» Maddenin bu kısmı iki hususun incelenmesini icabettirmektedir :

Eski tabiiyete rücu şartları, evliliğin butlanı halinde kadının tabiiyeti.

1 — Evlenmenin zevali halinde eski tabiiyete rücuun şartları.

Bu şartları şöylece saymak doğru olur :

1°) Evliliğin zeval bulmuş olması. Binaenaleyh, evlenmeye son vermeyen hukukî ve fiili vaziyetler rücua hak vermez : Ayrılık halinde kadın Türk kalacaktır. Türk kocanın gaipliği halinde, hıyar hakkı, gaiplik hükmü verilmedikçe işlemeye başlamaz. Yine meselâ, Türk kocanın sabık yabancı kadınla evli iken ikinci bir evlenme akdi yapmış olması, bu ikinci evliliğe rağmen birincisinden zevalini doğuramaz.

2°) Evliliğin zevalinden itibaren sabık yabancı kadının üç sene içinde muhtariyeti lâzımdır. Bu müddetin geçmesine kadar Türk vatandaşlığından çıkacağını bildirmemiş olan kadın Türk kalır.

Evlenmenin zevalinde bu müddet, boşanma, fesih ve butlanın katiyet kesbettiği tarihten ve Türk kocanın ölümü halinde ölüm hadisesinin mahsus siciline kaydı gününden itibaren işlemeye başlar (16).

Fikrimizce, kadın bütün bu hallere muteber mazeretlerle vakıf bulunamamış ise, hıyar hakkı (droit d'option) ittilâ tarihinden itibaren hesap olunmalıdır. Bu, bu hakkın mahiyeti icabından olduğu gibi umumî hüsnüniyet kaidelerinin de bir neticesi sayılmalıdır.

2 — Evlenmenin butlan sebebi ile zevali halinde sabık yabancı kadının tabiiyeti.

Mesele, evlenmenin diğer zeval sebeplerine nazaran hususiyet ve nezaket arzeder.

İncelememizi daha derli bir hale koyabilmek için konuyu iki şıkda tetkik etmeliyiz :

(16) Osman Fazıl Berki, Devletler Hususî Hukuku Notları, 1948, s: 32.

877

A — Bir Türkle evliliği butlan ile zail olmuş bulunan hüsnüniyetli sabık ecnebi kadının tabiiyeti.

B — Türkle evliliği butlan ile zeval bulmuş olan suineytli kadının tabiiyeti.

A — Türkle evliliği butlan ile zail olmuş bulunan sabık ecnebi kadın hüsnüniyetli ise, yani evlilik anında butlan sebebini bilen bir kadın ise Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü maddesi gereğince evlenmenin zevalinden itibaren üç sene içinde eski tabiiyetine dönebileceği gibi, dilerse bu müddeti geçirerek Türk vatandaşlığını muhafaza edebilir.

Filhakika, Medenî Kanunumuzun 126 ncı maddesi hükmünce butlan ile zeval bulmuş olsa bile hüsnüniyetli kadın evlilikten doğan hukukunu muhafaza eder. Şu halde Türkle evlenen ve bu evliliği butlanla zeval bulmuş olan hüsnüniyetli sabık ecnebi kadın 13 üncü madde hükmünce dilerse yabancı, dilerse Türk tabiiyeti lehine hareket etmek serbestisine maliktir (17).

B — Bir Türkle evliliği butlanla zail olan sabık suiniyetli yabancı kadının tabiiyeti.

Vatandaşlık Kanunumuzda sarih bir şekilde hükme bağlanmamış olmasından ve Medenî Kanunun 126 ncı maddesinin mefhumu muhalifinden suiniyetli kadının butlanla zail olmuş evlenmeden doğan hukuku muhafaza edemeyeceği meselesinden ötürü Türk doktrininde uzun ve ihtilâflı münakaşalara meydan vermiş olan bu meselenin hallini, her şeyden evvel Türk doktrinine hâkim fikirleri, bilahara, Devletler hususî hukukuna hâkim kuralları ve nihayet mesele ile ilgili Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü madesinin hükmünü göz önünde tutarak hal etmeğe uğraşacağız.

Mesele etrafında ileri sürülen Türk doktrinine hâkim fikirleri üç grupta tetkik etmek yerindedir :

a) Bir kısım müelliflere göre, Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü maddesi evliliğin butlan ile zeval bulması halinde suiniyetli sabık ecnebi kadının tabiyetine menfi şekilde, yani bu kadının mutlaka Türk tabiiyetinden çıkacağı yolunda tatbik edilecektir.

(17) Türk doktrini bu hususta müttefiktir : Muammer Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku, 1947, Cilt. I, Bası II. s: 79.
Osman Fazıl Berki, Devletler Hususî Hukuku Notları, 1948. Ankara, s: 32.

Bu müelliflere (18) göre, sözü geçen kadın butlan hükmünden itibaren otomatik olarak Türk tabiiyetinden çıkmış sayılacaktır.

Bu görüş tarzının kabulüne bizce iki bakımdan imkân yoktur :

Her şeyden evvel, Vatandaşlık Kanununun 13 üncü maddesi suiniyetli sabık yabancı kadının evliliğin butlanla zevali halinde Türk tabiiyetini otomatik olarak kaybedeceğine dair zımnî dahi olsa hiç bir hüküm ihtiva etmemektedir. Vatandaşlık Kanununda sarih veya zımnî bir hüküm olmadıkça sırf Medenî Kanunun 126 ncı maddesinin, oda mefhumu muhaliften hareket edilerek, hükmünü tabiiyet meselesine tatbik etmek münasip değildir; zira, Vatandaşlık Kanunu umumî bir kanundur ve üstelik Medenî Kanundan sonra yapılmıştır. Şu halde kanun vazının Medenî Kanunun mefhumu muhalifinden çıkan hükmünü hiç değilse zımnen tabiiyet meselesinde mevzubahis etmesi lâzımgelirdi. Kanun koyucu bu suretle hareket etmemiş olduğundan sabık ecnebi kadının tabiiyetini Medenî Kanunun 126 ncı maddesi ile ilgili görmemiş sayılmalıdır.

Saniyen, böyle bir fikri kabul etmek, yani sabık suiniyetli yabancı kadının evliliğin zevali ile otomatik olarak Türk tabiiyetinden çıkmış farzeylemek, Devletler Hukukunun Haymatlozlar adedini indirmeye çalışan faaliyetine engel olmak demektir. Filhakika, Türkle evlenen sabık yabancı kadının eski tâbi olduğu devlet evlenmenin butlanından haberdar olmamış bulunduğundan onun tabiiyetten çıkarılması muamelesini ikmâl etmiştir. Binaenaleyh, evliliğin butlanına hükmedildiği anda sabık yabancı suiniyetli kadını Medenî Kanunun mefhumu muhalifinden çıkan bir netice gereğince otomatik olarak Türk vatandaşlığından mahrum olmuş farzetmek onu haymatloz durumuna düşürmek neticesini verecektir.

b) Bazı müellifler ise, aracı bir hal tarzından hareket etmek suretiyle aynı neticeye varmaktadırlar (19). Bu ikinci görüş tarzının taraftarı bulunan sayın Profesör Muammer Raşit Sevig bu hususta şu suretle mütalâa beyan etmektedir : «Kadın hüsnüniyetle evlenmiş değilse 126 ncı madde hükmüne göre evlenme ile iktisap ettiği vaziyeti muhafaza etmediği ve bu da tabiiyet bakımından evlenme zamanına râci ol-

(18) Hikmet Gündüz, Evlenmenin Tâbiiyet Üzerinde Tesiri ve Vatandaşlık Kanunumuzun bu hususlaki hükümleri (Adliye Ceridesi, 1941, sayı. 4, s: 263. Reşat Aksoy, La nationalité de la femme mariée et des enfants mineurs en droit turc, thèse, Fribouıg, 1941, p: 54, Kemalettin Birsen, Devletler Hususî Hukuku, Cilt. I, s: 36; Schwarz, Aile Hukuku. Cilt. I, s: 13.

(19) Muammer Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku, 1937, s: 77.

575

duğu cihetle kadın hiç tabiiyet değiştirmemiş gibi olur. Bu takdirde ise kadına rücu hakkını tanımaya mahal yoktur.» (20).

Medenî Kanunun 126 ncı maddesinde sözü geçen hükmün, butlan müessesesinin mahiyetinden hareket etmek suretiyle Vatandaşlık Kanununa tatbik etmek isteyen bu görüş tarzının da, birinci fikri red için serd edilen sebeplerden dolayı, vatandaşlık bakımından isabetli olamayacağı fikrinde bulunmak yanlış olmaz. Böyle bir fikir, Türkle evliliği butlan ile zeval bulmuş olan kadının tabi olduğu eski devletinin kendi sabık vatandaşının (kadın) Türkle evlenmesi anında butlana vakıf bulunmuş olması halinde muteber olabilirdi. Çünkü böyle bir halde kadının evliliği muteber olamayacağından sözü geçen devlet onu vatandaşlıktan silmiş olmayacaktır. Halbuki, meselenin mahiyeti böyle bir ihtimale yer vermekten uzaktır. O halde, bu ikinci görüş tarzı kabul edildiği halde de Türkle evliliği butlanla zeval bulmuş olan sabık yabancı kadının haymatlozluğa düşmesi mevzuu bahistir.

3) Meseleyi inceleyen üçüncü bir fikre göre, Vatandaşlık Kanunumuzun 13 üncü madesi Medenî Kanunun 126 ncı maddesinden suiniyetli kadının Türk tabiiyetinde kalamayacağı neticesini veren hükmünü tadil etmiştir (21). Netice itibariyle hüsnüniyetli olsun suiniyetli bulunsun bir Türkle evliliği butlan ile zail olan sabık yabancı kadın 13 üncü maddedeki hıyar hakkından faydalanacaktır.

Bu üçüncü fikre iştirakin doğru olacağını şu delillerle desteklemek bizce muvafıktır :

1°) Vatandaşlık Kanunu Medenî Kanundan sonra yapılan ve umumî bir kanun olduğuna göre, Medenî Kanunun 126 ncı maddesinin mefhumu muhalifinden çıkacak olan neticeyi vatandaşlık bakımından ortadan kaldırmış sayılmalıdır.

2°) Vatandaşlık Kanunun 13 üncü maddesi ve diğer hükümleri arasında bir Türkle evliliğin zevali halinde sabık suiniyetli yabancı kadının hıyar hakkından faydalanamayacağına dair zımnî bir hüküm dahi yoktur.

3°) Netice itibariyle, suiniyetli kadın da evliliğin butlanla zevali halinde Türk tabiiyetinden otomatik olarak çıkmış sayılmayacak, üç se-

(20) Mamafih müellif aksi fikrede yer vermiş görünmektedir : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, 1947, İkinci Bası, s: 80.

(21) Ahmet Esat Arsebük, Medenî Hukuk, Cilt. I. s: 656; Ahmet Samim Gönensay, Medenî Hukuk, cilt. II. s: 770; Osman Fazıl Berki, Türk Hukukunda Evlenmenin Tabiiyete Tesiri (Ankara H. F. dergisi, sene, 1946.) ,

nelik müddetten faydalanabilecektir. Şu halde, taraftar olduğumuz bu üçüncü görüş tarzı bir ve ikinci fikirlerin doğuracağı mahzuru bertaraf etmek meziyetini de haizdir.

Şu son meselenin halli kalmaktadır : Suiniyetli kadın bu hıyar hakkı müddeti içinde Türk tabiiyetinden mutlaka çıkmak zaruretinde midir?.

Bazı müelliflerce kadının Türk tabiiyetini muhafaza edemeyeceği (22), bazılarınca da aynı ve aksi netice bir arada ileri sürülmüş bulunmaktadır (23).

Her iki müellif de meseleyi yine Medenî Kanunun 126 ncı maddesinden hareket etmek suretiyle halletmek isteğini gütmüş bulunmaktadır.

Bizce Türkle evlenmiş olup da bu evliliği butlan ile zail olmuş bulunan sabık yabancı suiniyetli kadının mutlaka eski tabiiyetine geçmek mecburiyetinde olamayacağı mütalâasında bulunmak iktiza eder. Bu mütalâayı teyid için Vatandaşlık Kanununun 13 üncü maddesindeki «**Her hangi bir sebeple** evlilik halinin zevali ile» kaydını hatırlamakla iktifa ediyoruz. Bu kaydın bütün ihtilâfları halledici bir hükümden ibaret bulunduğu kanaatindeyiz. Medenî Kanuna göre umumî bir kanun mahiyetinde bulunan ve ondan sonra yapılmış olan Vatandaşlık Kanununun bu ifade tarzından evlilik butlanla dahi zail olsa suiniyetli sabık yabancı kadının da dilerse Türk tabiiyetinde kalmaya haklı bulunduğunu teslim etmek bize muvafık görünüyor.

---

(22) Osman Fazıl Berki, Devletler Hususî Hukuku Notları, 1948, s: 32-33.
(23) Muammer Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku, İkinci Bası, 1947, s: 79-80.

872

Kocanın zinası hakkında Yargıtayın bir kararı münasebetile

Yazan : **Ömer KÖNÜ**
Kastamonu C. Savcısı

Kocanın zinası fiilinde zina eden erkeğin evli olması aranmakta isede T.C.K.nununun 440 ıncı maddesinde olduğu gibi 441 inci maddedeki cürmün teşekkülü için cinsi münasebetin aranılıp aranılmıyacağı üzerinde durulacak kadar önemlidir.

441 inci maddenin sevk sureti 440 ıncı maddeden çok farklı olduğundan bu müşkülât kendisini göstermektedir.

Nitekim; bu noktada Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesiyle C. Baş Savcılığı birbirinden ayrı görüş izhar etmişlerdir.

Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesi kocanın zinasında da cinsi münasebat için tenasül kudreti aramakla hakkaniyete ve kanun koyanın hakiki maksadına ve yargıçlara yol göstermekle cidden hizmet etmiş oluyor.

T.C.K. nununun 8 inci babının 5 inci faslını zina suçları teşkil etmektedir.

Zina, kadının ve erkeğin zinası olmak üzere Kanunumuzun 440 ve 441 inci maddelerinde yer almıştır. 440 ıncı madde hükmü kadının zinasına ait olup 441 inci madde ise erkeğin başkasiyle evli olmıyan bir kadınla karı koca gibi yaşaması suretiyle işlenmiş olan zinasına aittir.

Kocanın zina fiiline ceza verebilmek için kanunnumuz kadının bu yoldaki fiiline nazaran daha ziyade bazı şartları aramıştır. Mamafih; bunların her ikisinde de müşterek şartlarda vardır. Meselâ; muhakkak zina suçunu işliyenlerden birisinin evli olması şartı gibi... zina fiilini kadın işlemiş ise; davacı erkeğin suçlu kadınla sahih bir evlenme bağıtiyle bağlanmış olması lâzımdır ve bu nikâh akdidir ki erkeğe dava edebilmek yetkisini vermektedir. Kadın evli olmayıpta erkek evli ise erkek karısını dava etmek hakkını haizdir ki bu hal erkeğin zinası olup evlenme bağıtından doğmuş ve aile, çocukların hukukunun korunması sebeplerindendir.

Evli erkek karısı ile birlikte ikamet ettiği evde yahut herkesce bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkasiyle evli olmıyan bir kadını tutması olayında cinsi birleşmenin aranıp aranmıyacağı konusu cidden üzerinde durulmaya değer bir konudur.

578

Evli bir kadının zinasında açıkca cinsi birleşmenin aranılacağı 440 ıncı maddedeki «zina eden karı...» kelimelerinden anlamaktayız.

Nitekim T.C.K. nununun 440 ıncı maddesinin birinci fıkrasında; (zina eden karı hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası tertip olunur.) denilmiştir. Burada «zina eden karı» denilmekle zina fiilinin yani birleşmenin olması kanun yapıcısı tarafından açıklanmıştır.

Fakat 441 inci maddeyi mütalâa ettiğimizde orada 440 ıncı maddeden ayrı kayıtlar ve olayların aranıldığını görürüz.

441 inci maddede 440 ıncı maddedeki gibi açıkça «zina eden koca» denilmemiştir. Bununla beraber metindeki «karı koca gibi geçinmek için» kelimelerinde cinsi birleşme dahil olarak mütalâa edilebilir mi?

Mehaz İtalyan Ceza Kanunu şarihlerinden (Majno) 440 ıncı maddenin unsurlarını sayıp incelerken ikinci şart olarak cimaın maddeten vukuunu zikretmektedir. Aynı şarih 441 inci maddeye ait kısmında da adi cima veya münasebet fiilleri kâfi olmayıp karı koca gibi geçinmek üzere nikâhsız bir kadını evinde veya herkesce bilinecek bir mahalde tutmuş olmanın icabettiği de ilâve olunmaktadır.

Binaenaleyh; Majno diğer unsurlarla beraber cinsi münasebetin mevcudiyetini aramış oluyor. Yargıtay raportörlerinden Sayın Muhsin Tuğsavul 948/2 sayılı Adalet Dergisinde yayınlanan yazısında; (... 440 ve 441 inci maddeler bir arada tetkik edilirse kanun vazıının evli bir kadının bir kere dahi olsa zina yapmasını suç saymış ve fakat evli bir erkeğin evli olmıyan bir kadınla bir veya bir kaç kere cinsi münasebette bulunmasını suç saymamış, ancak evli bir erkeğin mahkûmiyeti için evli olmıyan kadınla bir arada yaşaması gerektiğini ifade etmek suretiyle müsamahalı hareket etmiş) .... olduğunu yazmakla bir arada yaşama içerisinde cinsi münasebetin teaddüdü aranılmış oluyor.

Yüksek Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin müteaddit içtihatlarında belirtildiği veçhiyle bir arada yaşama suçunun tekevvünü; zina fiilinin müteaddit kereler vukuuna bağlı olduğu ve bu fiilde teselsülden bahis 8 inci maddenin tatbikına imkân olamıyacağı takarrur etmiştir. Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 18/4/935 tarihli olan mezkûr içtihadında «... zina fiilinin ...» kelimeleriyle cinsi münasebetin aranması icabettiğini belirtmiş bulunuyor.

Kaldı ki; kanun koyan kocanın zinasına kadının zinası faslında yer vermiş olmakla bahse konu münasebetin aranması gerektiğini işaret etmiştir. 441 inci maddenin yazılış tarzında cinsi münasebetin aranması icabettiğini ilk bakışta kestirmek hakikaten oldukça üzerinde durulacak

S79

bir mahiyet taşımaktadır. Bu noktaları açıklayıp kayıt ettikten sonra Yüksek Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin konumuzla ilgili kararına geçebiliriz.

Evli bir erkek karısı tarafından terkedilmiş ve yalnız kalan koca başkasiyle evli olmıyan bir kadınla karı koca gibi yaşamağa başlamıştır. İş mahkemeye intikal ediyor ve yargıç kadının haksızlığından ötürü kocasını ve şeriki cürmünü 441 inci madde delâletiyle 442 inci maddeye tevfikan ve takdiren altışar gün hapis cezası ile hükümlendiriyor.

Hüküm Savcılıkca; sanık (..... erkek) nin savunma tarzına ve Hükûmet tabipliğinin 29/11/947 gün ve 238 sayılı raporunda, iki senedenberi ademi iktidarda bulunduğunu ifade etmekle beraber halende ademi iktidarda olduğu bildirilmesine ve köy muhtarı ... nın şehadetine göre cürüm unsurları olup olmadığının düşünülmemesi noktasından temyiz edilmiştir.

Yargıtay C. Baş Savcılığı 31/3/948 gün ve 6/1543 sayılı tebliğnamesinde; (**441 inci maddenin suç unsuru evli olmıyan kadını karı koca gibi bir arada yaşamak için yanında tutmak olup zina meşrut olmamasına göre Savcının bu noktaya matuf itirazı yerinde değilse de...**) denilmek suretiyle Baş Savcılık **cimaın vücudunu aramamaktadır.**

441 inci maddenin zina faslında yer almasına, yabancı bir kadınla karı koca gibi yaşayan koca, aile hukukunu bozmuş olduğu gibi kadınla çocuk yapması da ihtimal dahilindedir.

Yüksek Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 15/4/948 gün ve esas : 4054, karar : 4571 sayılı ilâmında (..... sanık «.....» nın raporla teeyyüt eden kudreti tenasüliyeden mahrum olduğu yolundaki müdafaasının aksini kabule sürükleyen sebepler belirtilmeden sübutü bu kudrete muhtaç olan karı koca gibi geçinme suçundan ceza verilmesi) yolsuz olduğundan bahsiyle mahkûmiyet kararını bozmuş olduğu görülmektedir.

Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesi kocanın zinasında cinsi münasebeti aramakta ve karı koca gibi geçinme kelimelerinde tenessülü faaliyetin dahil olduğunu kabul etmiş bulunuyor. Bu suretle Yargıtay, Baş Savcılığın düşüncesinden ayrılmak suretiyle eski içtihadını bir kere daha tevit etmiştir.

Yargıtayın yukarıdaki içtihadı hakkaniyete çok uygundur. Yukarıdaki izahattan anlaşılacağı üzere; bakım gibi zaruri sebeplerden bir arada yaşayan erkek ve kadının sıhhî ve şahsi münasebetlerini yargıç bir arada ve geniş ölçüde araştırıp takdir ettikten sonra kanuni gereğini yaparak ve bu suretle hak kaideleriyle kanun yapıcısının hakiki isteğine yer vermiş olur.

580

Boşanmanın ve ayrılığın üsulu muhakemesi

Yazan : Muhsin TUĞSAVUL
Yargıtay 4. Hukuk Raportörü

Plân:

1 — Boşanma ve ayrılık davalarının hukukî mahiyeti,

2 — Boşanma ve ayrılık davalarında ayrı muhakeme usulü takip etmek zarureti neden doğmuştur?,

3 — A — Yargıcın bu hususta kanaatine müessir olacak âmiller nelerdir?,

B — Boşanma ve ayrılığa sebep olan hadiseler üzerinde subut bakımından yemin teklif edilebilir mi?, Edilemezse neden?,

C — Boşanma ve ayrılık davalarında ikrar, hukuk yargıcını takyit eder mi?,

D — Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dâir akdedilecek mukaveleler nelerdir?. Bu mukaveleler neden yargıcın tasdikına tabi tutulmuştur?.

1 — Boşanma ve ayrılık davalarının hukuki mahiyetleri.

Boşanma, cemiyet hayatı içinde hukuk nizamının tanıdığı ve kanuni bağlarla vücut bulmuş olan âile birliğinin yargıç kararıyle çözülmesidir. Evlenmede tarafların serbest iradesini mutlak mahiyette arıyan kanun vazıı, boşanmada tarafların serbest iradesini kâfi görmemiştir?. Bunun sebebi basittir : Evlenme, tarafların serbest iradeleriyle vuku buluyor (Kanuni memnuiyetler müstesna) çünkü, hiç kimse kendisiyle kültür, yaş ve ahlâk... bakımından farklı olan hattâ güzellik bakımından hoşlanmadığı bir kimse ile müşterek hayat idamesine icbar edilemez. Aksi noktai nazarın kabulü ferdin en mukaddes haklarına tecavüz teşkil eder. Halbuki kanun vazıları fertlerin bu kabil haklarına tecavüz etmek yetkisini haiz değildirler.

Ancak, tarafların müsbet iradeleriyle meydana gelen nüve, yani âile, artık o iki ferdin malı olduğu kadar cemiyetin de malı olmuştur. Çünkü, cemiyet ailerin yekûnudur ve bir cemiyetin her sahadaki kudreti aile bağlarının kuvvetiyle ölçülür. Kanun vazıı aile nüvesinin kolaylıkla infisahında o cemiyet kötü akıbetlerin doğuşunu sezdiğinden iki tarafın rızasiyle boşanmaya cevaz vermemiştir.

Son zamanlarda aktüel bir mahiyet alan bu mevzuda biz şu kanaatı muhafaza ediyoruz : Boşanma tarafların rızasiyle olmamalıdır. Hukuk nizamı cemiyet nam ve hesabına bu işe müdahale etmelidir.

Fakat burada şu noktayı da tebarüz ettirmek isteriz ki, kanunun bu müdahalesi her ne sebeple olursa olsun bir arada yaşamaları imkânsız hale gelen eşlerin bu azabını mutlaka devam ettirmek kararına dayanmamalıdır. Yargıç, eşlerden herhangi birini himaye ve sahabet düşüncesiyle esasen mevcut olmıyan veya gösterdiği araz itibariyle tereddi ve infisah ettiği aşikâr bulunan evlilik bağını zorla tarafların boynuna geçirmekte israr etmemelidir. Bu sebepledir ki biz senelerce süren boşanma davalarının Medenî Kanunun ruhuna uygun olmıyarak sevk ve idare edildiğine inanıyoruz. Senelerce birbirlerini mahkemelere sürükleyen eşlerin bir daha bir araya gelmelerine imkân yoktur. İmkân olsa bile bu birleşme sun'i ve mevzii olarak muvakkat bir müddet için devam eder. Buna mukabil eşlerde, müşterek hayatı mütekabil fedakârlıkları bahasına dahi olsa idame iktidarında olmadıklarına kat'i olarak kani olmadıkça mahkemeye müracaat etmemelidirler. Çünkü açacakları dava ile ailenin bütün hususiyet ve mahremiyetleri mahkemede bahis konusu edilecek ve bir daha taraflar yüz yüze bakamıyacaklardır.

Ayrılık davasına gelince, kanun vazıı boşanma davasına hakkı olan tarafın dilerse boşanma, dilerse ayrılık istiyebileceğini tasrih etmiştir. (Medenî Kanun Madde 135).

Bu maddeye göre boşanma sebeplerinin mevcudiyetine rağmen davaya hakkı olan eşe boşanma istemiyerek ayrılık istiyebileceği hakkında hıyar hakkı tanımıştır. Bunun mucip sebebi şu olsa gerektir. Boşanmaya hakkı olan eş bir müddet yargıç kararıyle diğer eşten ayrı yaşarsa belki aile hayatına avdet edecek derecede nedamet hissi duyar, yuvasından veya eşinden ayrı yaşamak ona boşanma sebeplerini ihdâs hususundaki kusurlarını vicdanen ve bazı hallerde maddeten ihsâs eder o zaman yuvasına dönmek ve iyi bir insan olarak aile hayatının bütün icaplarına uymak hususunda içten bir arzu duyabilir ve bu suretle de aile birliği sarsıntıdan kurtulur. Fakat itiraf ve kabul etmek lâzım gelir ki, ayrılık kararı memleketimizde ekseriya malî bakımdan daha zaif durumda olan kadınlar tarafından sırf nafaka vesair şahsi endişelerle istenmektedir ve yine ayrılık müddetinin devamınca erkek ve kadın birbirinin hususi ahvalini ezcümle zina yapıp yapmadığını takip etmekte ve ayrılığın bu şekli her iki taraf için çekilmez bir hal almaktadır. Fikrimizce, bu gibi maddî ve malî endişelerle, esasen yokluğu fiilen tahakkuk etmiş olan bir ailenin devamını vehmetmek ve bu vehmi hukuk nizamının himayesi altına koymak isabetsiz bir düşünce olsa gerektir.

Kaldıki, ayrılığın devamı erkek ve kadını yaşadığı muhite ve yaşlarına göre bâzı ahvalde eşlerin yeniden evlenme şanslarını da ortadan kaldırabilir.

582

(Curti et forrer) şerhinin 244 üncü sayfasında zikredildiği gibi (Müddeialeyhin en ağır kabahatları karşısında ve müşterek hayatın iadesi hakkında her türlü ihtimal bidayettenberi gayri mümkün telâkki edilse bile boşanma esbabı arasında tefrika mahal kalmaksızın müddei zevç böylece şimdiye kadar hukuka muhalif olarak arzu ederse bu ayrılık hükmünün istemek salâhiyetini haizdir).

M. K. 138 inci maddesinin 2 nci fıkrasında (Dava yalnız ayrılığa dair ise boşanmaya hükmolunamaz.) denmektedir. Şu halde eşlerden biri ayrılık davası açarsa yargıç boşanma kararı veremez. Çünkü; davacının istemi yalnız ayrılığa dâirdir. Hakkında ayrılık istediği eşinin ayrılık sonunda evine bağlanacağı kanaatindedir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, davanın boşanmaya dair olması halinde karı ve kocanın barışmaları ihtimali mevcut ise, yargıcın ayrılığa karar verebileceği zikredilmek suretiyle birinci fıkradaki selâhiyet vuzuhlandırılmıştır.

Federal Mahkemenin 21/7/929 tarihli bir kararında belirtildiği üzere (dava, boşanmaya dair olduğu zaman ancak inkıtaın nihaî addedilmesi lâzım geldiği ve barışma ihtimalinin mevcut bulunduğunu gösterecek kat'i ve muayyen ve müşahhas vakıalar mevcut olduğu takdirde ayrılığa hükmolunabilir. Sadece nazari bir barışma ihtimali bu husus için kâfi değildir.) demekki ayrılık kararını kat'i delil ve müsbet şahadet ve vakıalara istinat ettirm[illegible] zorundadır. Yoksa, (ben bunların bir arada yaşayabileceklerine kâni oldum) demesi kâfi değildir.

Kanun vazının ayrılık müessesesini ihdas etmekten kasdı, evliliğin bekasını ve devamını temin endişesi ise, barışmayı temin eden bütün ihtimallerin iflâsına rağmen müddeiye bu hususta dava hakkı tanımakta ne fayda mülâhaza edilebilir? Biz, zararı faydasına galip olan bir kaidenin kanunda bir hukuk kaidesi olarak yer almaması kanaatini muhafaza etmekteyiz.

2 — Boşanma ve ayrılık davalarında ayrı muhakeme usulü takip etmek zarureti neden doğmuştur?

Yukarıda da izah edildiği gibi evlenme, kaide olarak tarafların serbest iradelerine istinat ettiği halde, evlenme ile ortaya çıkan aile, onu terkip fertler kadar cemiyetin de malıdır. Bu itibarladır ki kanun, boşanma ve ayrılık davalarında hukuk yargıcına hem tarafların hemde cemiyetin hukukunu siyanet noktasından geniş usuli salâhiyetler tanımıştır.

583

Hukuk yargıcına bu kabil salâhiyetlerin tanınması zaruridir : Çünkü, bu gibi davalar bünyesi icabı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ekserisi formel olan usuli ve tahdidi kaideleriyle kabili hal değildir. Bu gibi davalarda maddi meselelerden ziyade içtimai dertler, psikolojik ... hadiseler tahlil edilecek ve tarafların bir arada yaşama imkânları göz önünde tutularak deliller tahlil, terkip ve takdir edilecektir. Bu sebeplerledir ki davayı gören yargıcı geniş usuli salâhiyetlerle teçhiz etmek ve delillerin takdirinde daha geniş bir hareket serbestisi tanımak icabeder.

Hukuk yargıcına böyle bir salâhiyetin tanınması faydalıdır : Çünkü, yargıca böyle bir salâhiyet tanınmayacak olursa yargıç davanın seyrine ve mahkeme önünde teşrih edilecek hadiselerin bünyesine uygun kararı ittihaz edemiyecek ve usulün dar kalıpları arasında bunalıp kalacaktır. Yargıcın önündeki mesele bir senet iptali veya şu veya bu mala istihkak iddiasına ait bir dava değildir. Onlardan daha çok mürekkep ve mudil bir meseledir. Yalnız tarafları değil neticesi itibariyle taraflar kadar belkide daha fazla cemiyeti ilgilendiren bir meseledir. İşte bu mucip sebeplerledir ki kanun vazıı bu kabil davalarda her şeyden evvel yargıcın vicdanı kanaatine ehemmiyet vermiştir. Yargıç boşanma ve ayrılık davalarında kanunun verdiği geniş yetkiye dayanarak beyyinatı serbestçe takdir edecektir. (M. K. Madde 151. Bent 4).

3 — A — Yargıcın bu hususta kanaatine müessir olacak âmiller nelerdir ?

Medenî Kanunun 150 nci maddesinin açık muhtevasına göre, yargıç boşanma ve ayrılık davalarında geniş bir hareket serbestisini haizdir. Yargıç bu gibi davaların çözümünde, bu aileyi mahkemeye sürükliyen saikler hakikaten aile birliğinin gerek taraflar, gerek çocuklar ve gerekse cemiyet bakımından kat'i saikler midir? Daha açık bir ifade ile boşanmıya ve ayrılığa sebep olarak gösterilen hadiseler ve bu hadiselerin mahkemeye intikaline kadar geçirdiği ve gösterdiği şümul ve inkişaf ne dereceye kadar ailenin deva mve bekasına engel teşkil edecek vusattadır? Taraflar veya davacı kat'i bir lüzum ve zaruretle mi, yoksa ani ve fevri kararla yahut haddi zatında ehemmiyetsiz olan bir hadiseyi izzetinefis meselesi kabul ederek mi dava açmışlardır? Ailenin bu şekilde geçimsizliğine müessir olan kimseler var mıdır? Meselâ tarafların ana veya babalariyle bir arada yaşamaları buna müessir olmuş mudur? Hülâsa yargıç, boşanmıya sebep olarak gösterilen hadiselerin hususiyetlerini, tarafların psikolojilerini, ve buna müessir olan âmilleri ve boşanmıya sebep olarak gösterilen hadiselerin muvakkat veya daimi olup olmadı-

546

ğını ... ve netice olarak evliliğin devamında taraflar, çocuklar ve cemiyet için bir fayda mevcut olup olmadığını inceden inceye tetkik ederek vicdanî kanaat süzgecinden geçirdikten sonra en doğru sonuca varmaya çalışacaktır.

Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27/1/943 tarihli kararında açıklandığı üzere (Kanun, boşanmıya müteallik hükümler ile birliğin devam ve ademi devamını istihdaf edip ahlâk ve muaşeret üzerinde müessir olmak gayesini takip etmemiş ve filhakika böyle uzun müddet adavet ve muhasama kaynağı olan evliliğin ne cemiyet ve ne taraflar için bir faydası olmayıp bilâkis taraflar için daimi iztırap ve elem vesilesi olacağı derkâr bulunmuştur.) demek suretiyle tashihi karar talebini varit görerek bozma hükmünü kaldırmış ve mahalli mahkeme kararını tasdik ederek yargıcın araması lâzım gelen hususlara işaret etmiştir.

Alelıtlak hukuk davalarında yargıç tarafların iddia ve müdafaalariyle mukayyettir.

Boşanma ve ayrélık davalarında yargıç bu usuli kaideye o kadar bağlı değildir. Meselâ, kadın, kocasının zina yaptığını iddia ederek boşanma davasını ikame etmiş, kocada zina yaptığını kabul etmiş ise yargıç tarafların aynı noktada birleşen bu iddia ve müdafaalarını kâfi görmiyerek onlardan delil arıyacak ve bu delilleri ne kendi geniş takdir süzgecinden geçirerek bana şu sebeplerle erkeğin zina yaptığına kanaat gelmedi diyebilecektir. Tabir caizse taraflar boşanmıyacak, tarafları yargıç boşıyacaktır. Ancak yargıç, davacı eşin geçimsizliğine istinat ederek dava açması halinde tahkikat sonunda zina neticesine vardım, bu sebeple boşanmanıza karar verdim diyemez.

Vicdanî kanaat ne demektir? Bu gibi davalarında yargıcın geniş takdir hakkına malik olduğunu biliyoruz. Ve yine yargıç bu kabil davalarda boşanma ve ayrılık sebeplerine vicdanen kail olmadıkça müsbet bir karar veremez. Bu sebepledir ki vicdani kanaatın ne olduğunu esaslı şekilde tesbit etmek zorundayız. Yargıçlara tanınan bu salâhiyetin hudut ve şumulü nerelere kadar dayanır?,

Vicdani kanaat, yargıcın mevcut delillerin samimiyetine kani olmak kayıt ve şartiyle bu delillere göre hiç bir sübjektif tesire kapılmadan kendi iş âleminde kanun hükümlerine vicdani sesin telif ettiği zaman vardığı neticedir. Boşanma ve ayrılık davalarında da yargıç, davaya sebep olan hadiseleri inceden inceye tetkik ve tahlil edecek ve dava için gösterilen sebeplerin mevcudiyetine vicdanen kani olacaktır. Aksi takdirde, mürettep olduğu neticesine vardığı şahadet veya haksız olan eş tarafın-

585

dan ihdas edilmiş olan geçimsizliği veya boşanma sebebini subut yönünden kararına esas alamıyacaktır.

Ancak, yargıç vicdanî kanaatinin şu veya bu yolda tahassul ettiğini maddi ve hukuki gerekçeleriyle kararında açıklamıya mecburdur. Bundan başka yargıcın vicdani kanaati şu noktada da ehemmiyet kesbeder, tarafların irat edip mahkemece tetkik ve tahlil edilen deliller eşit karekter arzederse, daha açık bir ifade ile dava ve def'e ait deliller aynı derecede kuvvetli gibi görünüyorsa yargıç burada delillerin mahiyetine, şahadetin şekil ve derecesine ve şahitlerin ahvaline, ve tarafların mahkemede iddia ve müdafaalarını yaparken samimi olup olmadıklarına, hulâsa maddi hâdiseler kadar ve belki daha fazla ruhi ve deruni hadiselere ehemmiyet atfederek vicdaniyle şu veya bu taraf lehine delillerin ağır basması için dokunabilir. İşte vicdani kanaat ve takdir hakkının şu veya bu istikamette tecellisine saik olan âmiller bunlardır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9/2/932 tarih 7/5 sayılı kararında : (Boşanma davasında ikame olunan deliller, mahkeme tarafından kıstas gösterilmek suretiyle serbestçe takdir edilerek sebeplerin mevcudiyetine kanaat getirilmiş olduğuna göre, delillerin kanaat verecek mahiyette olmaması ve müdafaa hakkının ihlâl edilmesi sebeplerinden dolayı bozma kararına karşı...) vaki olan ısrar kararını tasdik etmiştir.

Şu halde yargıç, deliller hakkında kıstas göstererek vicdani kanaatini serbestçe izhar edebilecektir.

B — Boşanma ve ayrılğa sebep olan hadiseler üzerinde subut bakımından yemin teklif edilebilir mi? Edilmezse neden?

Medeni Kanunun 151 inci maddesinin 2 inci bendinde boşanma ve ayrılık için gösterilen hâdiseler hakkında gerek resen ve gerek iki tarafın talebi ile yemin teklif olunamıyacağı gibi yemin makamına kaim olacak beyanatta dahi bulunulmasının istenemiyeceği yazılıdır.

Aile birliği kendisine has mahremiyetleri olan ve bünyesi içinde acı ve tatlı bir çok hatıralar taşıyan bir birliktir. Bu birlik içinde vukua gelmiş olan her hadisenin her yerde hâttâ mahkemede bile açıklanması imkânsız olabilir. Bu itibarla karı veya kocanın talebiyle yargıç tarafından sorulacak bazı suallere eşlerden biri hakikat hilâfına cevap verebilir. Kanun vazıı aile birliğinin hususiyetini ve eşlerin hakikat hilâfına beyanda bulunabileceklerini düşünerek ne yargıç tarafından ve ne de tarafların istemiyle eşlere yemin verilemiyeceğini hattâ yemin makamına kaim olacak beyanatta bulunmalarının istenemiyeceğini tasrih etmiştir.

576

C — Boşanma ve ayrılık davalarında ikrar hukuk yargıcını takyit eder mi?

Medenî Kanununn 151 inci maddesinin 3 üncü bendinde bu gibi davalarda iki tarafın bu bapta sebkedecek her türlü ikrarlarının dahi yargıcı takyit etmiyeceği tesbit edilmiştir. Bu bendi birinci bent ile karşılaştırsak şu neticeye varırız : Yargıç, boşanma veya ayrılık için gösterilen hâdiseleri yani maddi vakıaları vicdanen kani olmadıkça sabit adedemiyeceğine göre bu hadiselerin mevcudiyetini isbat sadedinde taraflardan birinin ikrarını da elbette kabul etmemesi lâzımdır. Zira, aksi halde, iddialarını isbat edecek iktidarda olmıyan eşlerin bir ikrarla yargıcı delil ve subut yönünden takyit etmeleri mümkün olurki buda boşanma ve ayrılık müessesesinde yargıca tanınan geniş takdir hakkına aykırı olur.

(Curti et Forrer) maddenin üçüncü bendindeki hüküm için (Bu hüküm lafzi mânasında tefsir edilemez. Usulen tarafeynin bazı beyanatı meselâ davadan feragat beyanı hâkimce muteber olmak lâzımdır. Nefselemirde bu maddenin 3 numaralı rakamı hususi hiç bir mânayı haiz değildir. Sadece itirafların hâkimi bağlamıyacağını tasrih ettiğinden 1. numaralı bendin tekrarından başka bir şey değildir.) diyor. Biz bu fikre iştirak edemiyoruz. Kanun vazıı maddi hadiselerin subutu hususunda yargıcın bağlı olmadığını birinci bentte zikrettiği gibi hukuk usulünde yegane ve ehemmiyetli delil olması itibariyle be tahsis ikrarın dahi yargıcı takyit edemiyeceği hususunda ayrı bir hüküm sevk etmeyi lüzumlu bulmuştur. Ve her iki bent birbirinin tekrarı olmayıp belki itmamı ve yargıcın delilleri takdir hususunda serbestliği tesbit yönünden teyit ve takviye mahiyetinde sevk edilmiş bir hükümdür.

D — Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair akdedilecek mukaveleler nelerdir? Bu mukaveleler neden yargıcın tasdikına tabi tutulmuştur?.

Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümleri Medeni Kanunun 143-148 nci maddelerinde tasrih edilmiş bulunmaktadır. Boşanma halinde maddi ve manevi tazminat (M. K. Madde 143) kabahatsiz olan karı veya kocanın boşanma neticesi büyük bir yoksulluğa düşerse diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olması halinde kudretiyle mütenasip olarak bir sene müddetle nafaka verilmesi (Mk. 144) veyahut mukavele ile karı veya kocaya boşanma ve ayrılık halinde maddi veya manevi tazminat veya na-

587

faka olarak irat tahsis edilmiş olan veya kocaya yeniden evlenirse iradın kesileceğine dair şartlarla yapılmış olan mukaveleler, taraflar arasında malların tasfiyesi hususunda yapılmış olan anlaşmalar, (M. K. madde 146-147) ve çocukların nafakası hususunda yapılacak mukaveleler Medeni Knunun 150/5 maddesine göre yargıcın tasdikinden geçtikten sonra muteber olur. Aksi halde hüküm ifade etmez.

Bunun sebebi nedir? Kanun vazı boşanma ve ayrılığa verdiği hususî ehemmiyet sebebiyle boşanma veya ayrılık sebebiyle taraflar arasında yapılması mümkün ve muhtemel olan mukavelelerin evlenmenin fer'i hükümlerine uygun şekilde olmasına ahlâka, adaba ve kanuna mugayir bulunmamasına ve evlilik müessesesinin mürettep bazı mali mukavelelerle ihlâl edilmemesine ve tarafların sonradan zarurete düşmemeleri ve aldanmamalarını temin sebebiyle yargıç tarafından tasdik edilmesi lüzumuna işaret etmiştir. Bittabi yargıç ahlâka, adaba ve kanunun ruh veya metnine muhalif olan ve kanundaki şartları ihtiva etmiyen mukaveleleri tasdik etmiyecektir. Bundan başka bu mukavelelerin yargıcın tasdikına arzedilmesinin bir hikmetide, bu mukavelelerle tarafların boşanmayı temin maksadiyle birbirlerine yaptıkları her türlü tavizleri önlemektir. Yargıtay Hukuk Genelkurulu 26/5/937 tarih 51/28 sayılı kararında (Medeni Kanunun 150 inci maddesinin son fıkrası mucibince boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair taraflar arasında akdolunacak mukavelelerin muteber olması için dava ve husumetten evvel yargıcın kabul ve tasdikına iktiranı meşrut...) olduğuna işaret etmiş bulunmaktadır.

CEZA HUKUKUNDA KASD

Yazan : **Ahmet ERDOĞDU**

Plân :

1 — Mevzua genel bakış,
2 — Kasd ve tarifi,
a — Kasdın nazari unsurları,
b — Kasdın emosyonel unsurları,
3 — Kasdı vücude getiren unsurlar,
I — Fiilin cezayı müstelzim olduğunun fail tarafından bilinmesi,
A — Cezayı müstelzim fiilde kasdın maddi unsurları,
B — Kasdda hatanın rolü,
a — Mevzuda hata, yahut şahısta hata,
b — Fiilde hata,
C — Fiili ve şahsi sebeplerde kasdın durumu,
a — Cezayı artırıcı esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,
b — Cezayı kaldırıcı (iskat edici) esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,
c — Cezayı indirici esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,
D — Cezayı azaltıcı sebeplere taallûk eden kasd hakkında nazariyeler,
a — Sübjektif nazariye,
b — Normatif nazariye,
II — Fiilin mâna ve mefhumunun fail tarafından kavranması,
A — Fiil unsurlarını failin kavrayışına göre tâyin eden sebepler müvacehesinde kasd hakkında görüşler,
B — Fiilin kanuna aykırılığının fail tarafından kavrandığının tesbiti hakkında görüşler,
C — Kasdda iradenin muhtevası bakımından fiilin mâna ve mefhumunun kavranması,
D — Fiille irade aralarındaki münasebetler ve bu hususlaki düşünceler
4 — Kasd hakkında nazariyeler,
A — İzhar nazariyesi,
a — Cezayı müstelzim fiilin sübjektif şartları ve unsurları,
b — Fiilin haricinde bulunan unsurlar,
c — Hukuka muhalif hareket,
B — İrade nazariyesi,
5 — İhmalle kasdın münasebetleri,
a — Kasd ve bir fiili işleme niyeti,
b — Fiil ve onun neticelerini tahakkuk ettirmek için hareket etmek,
c — Şarta bağlı kasd,
6 — Alman Ceza Kanununa göre kasd,
7 — İsviçre Ceza Kanununa göre kasd,
8 — Türk Ceza Kanununa göre kasd,
A — Cürümde aranan kasd,
a — Fiilin neticesi bakımından,
b — Maddî hata bakımından,
c — İzrar niyeti,
D — Hata ve tecavüziyet,
B — Kabahatlerde kasd.

1 — MEVZUA GENEL BAKIŞ :

Kasd, Ceza Hukukunun en önemli bir mevzuudur. Genel olarak denebilir ki kanunun cezalandırdığı ve binaenaleyh suç saydığı fiillerde daima başta gelen ve suçun belli başlı temeli olan kasdın ceza hukukunda sahası pek geniştir. Gerçi, kanunun cezalandırmak için kasd aramadığı yani gayri kasdi dediğimiz fiillerde yok değildir. Fakat bunlar Ceza Hukuku bakımından umumi prensiplerin istisnaları mahiyetindedir. Esas itibariyle suç olarak kabul ettiğimiz fiillerde kasd, o fiilin maddei esasiyesidir. Kasd, cezayı müstelzim eylemin içindedir, onunladır, onu doğuran âmildir. Başka bir ifade ile kasd, faille onun fiili arasında manevi bir bağdır. Bu rabıta eylemin doğmasını kuvveden fiile çıkmasını sağlar. Çünkü suçlunun zihninde mevcut ve herhangi bir fiilin işlenmesini istihdaf eden arzu maddî bir hareketin başlangıcı ve bir icranın hareket noktası olmadıkça bir mâna ifade etmez. Binaenaleyh kasd, neticesi fail tarafından arzu edilen bir eylemin işlenmesine matuf fiili bir hareketle ilgilidir. Bu hareket bir işi yapmak şeklinde yani müsbet şekilde olabildiği gibi kanunun yap dediğini yapmamak suretiyle menfi şekilde de olabilir. Her hangi şekilde olursa olsun kasd, fiiliyat sahasına intikal eden maddi delil ve eserleriyle ölçülür. O halde onun için bir icra başlangıcı şarttır. Bu sebepledir ki kasdı, teşebbüs ile karıştıranlar ve hattâ teşebbüs diyenlerde yok değildir. Meseleâ, geceleyin meskûn bir evin etrafını çevreleyen çit kıyıdan avluya atlıyarak içeri giren şahsın oradaki köpeğin saldırması yüzünden geri dönüp kaçması halinde kasdın nereye matuf olduğunun tesbiti kolay değildir. Acaba fail, yalnız eve girmek mi istiyordu? Yoksa hırsızlık mı yapacaktı? Yahutta o evde gözüne kestirdiği bir kadının ırzına mı geçmek istiyordu? Bu hal kasdın — henüz malûm olmıyan bir fiille — teşebbüsle karıştığı bir noktadır.

Bir başka misallen meseleyi daha açık olarak ifade edebiliriz :

Bir genç delikanlı bir kızla sevişmektedir. Her ikiside evlenmek istemekte iselerde ana babaları razı değildir. Bu durum karşısında bunlarda kaçmağı kararlaştırıyorlar. Bir akşam muayyen bir saat tesbit ederek belli bir yerde buluşmyı plânlaştırdıktan sonra erkek çocuk bir at hazırlayıp buluşma yerine geliyor. Orada tesadüfen bulunan ve çocuğun sevgilisi olmıyan bir başka kızla karanlıkta fark etmiyerek atın terkisine bindirdiği gibi kaçıyor. Kız bağırıp çağırıyor. Sevgilisinin her hangi bir korku sebebiyle feryat ettiğine zahip olan genç delikanlı kaçırmak istediği yere varınca bakıyor ki bu kız kendi sevgilisi değil. Ertesi günü onu tekrar evine bırakıyor. Fakat ertesi gün delikanlı asıl sevgilisiyle buluşuyor ve onunla evleniyor. Burada failin kasdı sevgilisini kaçırmaktı.

İkinci ve tanımadığı bir kızı kaçırdı. Şimdi öyle bir netice ile karşılaşıyoruz ki fiil başka kasd başkadır. Şu halde kasdın, arzu edilen neticeye varmak için o fiille müteveccih olması lâzımdır. Mamafih failin neticeyi ne zaman ve nasıl arzu ettiği ve bunun kesin olarak tesbiti Ceza Hukuku Literatürünü hayli meşgul etmiş ve bir çok fikir ayrılıklarını doğurmuştur. Bununla beraber çocuğun ikinci kızı kaçırması gayri kasdi bir fiildir, denebilir. Kanun bazı gayrı kasdi fiilleri de suç saymış ve cezalandırmıştır. Gerçi Kanununumuzun 52 nci maddesinde (bir kimse..... kasdettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunamaz. Belki cürüm kasdolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder) demektedir. Kanun burada kasdı kabul ediyor. Fakat suç işleme kasdını kabul ediyor. Failin vurmak istediği kadın yerine yanlışlıkla annesini vurması gibi. Burada kasd, anneyi vurmak değildir. Hedef ve gaye başka kadındadır. Bu itibarla failde suç işleme kasdı mevcuttur. Ancak fiilden doğan esbabı muhaffeden faydalanır.

Tarihi tekamül itibariyle ceza kanunlarının kasdi ve gayri kasdi suçları ayırdıkları görülmektedir. Bir tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya hata neticesinde işlenen eylemlerle aksine olarak failin işlemeği arzu ettiği ve işlemek için harekete geçtiği ve bir kudret sarfettiği eylem arasında fark bulunduğu ta eski çağlarda bile kabul olunmuş ve ayrı usullere tabi tutulmuşlardır. Bu neticeye varırken bize kasdın varlığını kabul ettiren hareket noktası şu olmaktadır. Fail, nasıl bir netice arzu etti. Ve çünkü şu şu sebeplerden arzu etti. Bu (nasıl) ve (çünkü) kasd bakımından bizi aydınlatan birer meşaledirler.

2 — KASD VE TARİFİ :

Genel olarak ceza kanunları kasdı tarife yanaşmamışlardır. Kasd daha ziyade tatbikatta içtihatlara terk edilmiştir. Bununla beraber kasdı tarif eden ceza kanunları da yok değildir. Meselâ 21/12/1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunundan önce Bar. Obwalden, Thurgau kantonlarında olduğu gibi (1). Bu arada nazariyat sahasının belli başlı faaliyetlerini de göz önünden uzak tutmamak lâzımdır. Bazı hukukçular kasdı sureti mahsusada tarif etmişler isede tarifte kesin bir birliğe varılamamış, belki muhtelif görüşler ortaya çıkmıştır.

Bunlardan belli başlı bir kaç tanesini zikredebiliriz.

(1) Dr. Ernst Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1946, sayfa 117.

591

BİNDİNG'e göre kasd, suç işleme arzusunun kanuna aykırı olduğunu bilmek yahut kanuna aykırı olduğunu bilerek bir suç işlemektedir.

v. Liszt'e göre kasd : Fiilin neticesini istihdaf eden yapmak veya yapmağa teşebbüs etmek gibi fiili sebeplere dayanan, illiyet rabıtalarını icra başlangıcı ile fiiliyata koyan bir görüşle bir suçun işlenmesidir. Dr. Erns Hafter'e göre kasd : Bir suçun bilerek ve istenerek işlenmesidir.

Dr. Robbert v. Hippel'e göre kasd : Fiilin unsurlarının tahakkukuna matuf iradedir. Başka bir tabirle kasd, suçun bütün maddi unsur ve emarelerinin bilinmesi ve arzu edilmesidir. Yahut kısaca kasd, fiilin neticesini arzu etmektir (1).

Dr. Edmund Mezger'e göre kasd : İşlediği fiili ve onu vücude getiren unsurları kavrayan (tanıyan) fiilin neticesini kendi arzusu ile kabul eden kimse kasden hareket etmiştir (2).

Bu tariflere katılan diğer müelliflerde bulunduğu gibi itiraz edenler de vardır. Hiç şüphe yok ki her müellif kendi görüş ve tarifini ispat maksadiyle bir çok deliller ve tezler ileri sürmüştür. Bunların hepsini burada ayrı ayrı belirtmeye imkân yoktur.

Bu hususta Dr. Edmund Mezger diğerlerine nisbetle daha geniş taraftar toplıyan orijinal fikirler ileri sürmektedir. Bu itibarla Mezger'in düşüncelerini burada izah etmekle mühim bir ekseriyetin görüşlerini açıklamış sayılabiliriz. Mezger'in düşünceleri Alman Ceza Kanununun 59 uncu maddesine dayanmaktadır. Binaenaleyh kasd için bu maddenin kabul ettiği şekilde tanıma yahut bilme (Die Kenntnis) başta gelen bir unsurdur. Bu bilme kanunun suç saydığı fiilin unsurlarını terkip eden emarelere şamil bir bilmedir. Buna kasdin nazari unsurları denebilir.

Birde bu tanıma suç işleme arzu ve iradesiyle olan ilgisinde kendini gösterir. Bu münasebet ve ilgi hususi bir önemi haizdir. Burada da kasdın tahriki elemanları unsurları mevzubahsolur (emotionalen Element des Vorsatzes). Şimdi bunları sıra ile izaha çalışalım.

a — Kasdın nazari unsurları (intellektuelles Element des Vorsatzes)

Kasdın nazari unsurları, fiilin kanuna aykırılığının tanınması ve mâna ve mefhumunun kavranmasıdır. Bilindiği gibi bir suçun unsurları muayyen bir fiili terkip ederler. Ve onların mevcudiyeti ve tekemmü-

(1) Dr. Robbert v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts 1937, s. 131.
(2) Dr. Edmund Mezger, Strafrecht, 1933, s. 303.

lü ancak ceza uygulanmasını sağlar. Açık bir tabirle ceza uygulanması ancak fiilin maddi unsurlarının mevcudiyeti halinde mümkündür. Yani kasd, eylemin teferrüatından olan unsurlara müteveccihtir. Demek istiyoruzki kasdın unsuru olan (a) tanıma ile hareket olunması ve diğer unsuru olan (b) bu hareketin mâna ve mefhumunu kavraması, tanınarak yürünmesi lâzımdır. Burada şu noktayı unutmamak gerektir ki fiilin tanınması ve mâna ve mefhumunun kavranması ile suçu terkip eden unsurların tanınması arasında fark vardır. Çünkü fiili veya onun mâna ve mefhumunu tanımamak, bilmemek halinde karşımıza hata çıkar yani fail suçta ve onun mefhumunda yanılmış, hata ile hareket etmiş olur. Binaenaleyh hatanın olduğu yerde kasd mevzuubahs olmaması lâzım gelir.

Bu vardığımız neticeye Olshausen ve Frank itiraz etmektedirler. Onlara göre bu şekilde yürümek yanlıştır. Çünkü hata, kelimenin kesin mânasiyle fiilin tanınmamasını veya suç mefhumunun kavranmamış olması demek değil belkide iradenin positif ve fakat yanlış olarak tezahür etmesidir. Halbuki ceza hukukunda kasd mefhumu bakımından iradenin yanlış tezahür etmesi kasdin olmadığını kabul etiren bir sebep değildir. Kasdın olmadığını kabul etiren sebep ancak cürmün anasırı üzerine müteveccih bulunan iradenin yokluğudur. Yoksa yanılmak hata ile hareket etmek veya cürüm unsurlarını bilmemek tanımak değildir derler.

b — Kasdin emotionel — muharrik — unsurları.

Kasd için şart olan bilme (Die Kenntnis) suç işleme iradesinin muhtevasıdır, bu iradede mündemiçtir. Fakat haddi zatında bilme veya tanıma kasd değildir. Failin bu bilmesinin suç işleme iradesi ile ilgili bulunması şarttır. Çünkü bu ilgi iledir ki sanığın suç işlemeği arzu ettiği anlaşılabilir. Ve sanığın iradesi emotionel, tahrik edici bir hadise olarak ceza hukukunun sahasına intikal eder.

Şimdi bu söylediklerimizden bir netice çıkarabiliriz. Bu görüşe göre kasdın esaslı unsuru olarak failin bilerek, tanıyarak işlemeği arzu ettiği suç hakkında iradesini izhar etmesi şarttır, esastır. Bu görüşe ceza literatüründe, izhar nazariyesi (Die Vorstellungstheorie) denmektedir. Failin işlemeği arzuladığı fiille iradesinin ilgisi bulunması görüşüne de arzu nazariyesi (Die Willenstheorie) denmektedir. Bu nazariyeleri ayrı ayrı olarak aşağıda (4) üncü numarada izah edeceğiz.

3 — KASDI VÜCUDE GETİREN UNSURLAR :

Kasdı vücude getiren unsurları başlıca iki grup halinde incelemek yerinde olur.

I — Fiilin cezayı müstelizim olduğunun fail tarafından bilinmesi,

II — Fiilin cezayı müstelzim olduğunun fail tarafından bilinmesi kâfi bir kıstas olmadığından, fiilin mâna ve mefhumunun fail tarafından kavranması.

Şimdi bunları ayrı ayrı inceleyelim.

I — Fiilin cezayı müstelzim olduğunun fail tarafından bilinmesi cezayı müstelzim bir eylemin bilinerek, tanınarak işlenmiş olması kasdın belli başlı delil ve unsuru olduğunda şüphe yoktur. Bu mânada olmak üzere failini farik ve mümeyyiz olduğunu tesbit eden ve bu itibarla ceza verilmesini gerekli kılan objektif unsurların mevcut olduğunu failin bilmesi kasd için kâfi sayılamaz. Burada sadece cezayı müstelzim fiilin bilinmesi kasd için kâfidir. Bunu tesbit içinde aşağıdaki maddi unsurların bulunmasını aramak bizi aradığımız neticeye ulaştırır.

A — Cezayı müstelzim fiilde kasdın maddi unsurları,

a — Kasd için halihazırda mevcut bir fiilin bilinmesi tanınması lâzımdır.

Fiilin tanınması mevzuunda şüphesiz bu fiilin fail tarafından işlenmesi arzu edilen unsurlarının tanınması, bilinmesi hedefi güdülmektedir. Fakat bu unsurlar henüz işlenmemiş ve failin iradesiyle irtibat haline geçmemiş ve fiille illiyet bağları henüz tahakkuk etmemiştir. Hiç şüphe yoktur ki unsurların failin iradesiyle irtibat haline geçmesi fail tarafından kasdın teşebbüs sahasına intikalini sağlıyacak ve o zaman suç işlenmeye başlanmış olacaktır. Bir misalle izah edelim. A. zihninde tasarladığı plân gereğince(B)yi öldürmek istiyor.(A)nın zihnindeki bu tasarı gün geçtikçe plânlaşıyor.(A)plânı kesin olarak kafasında çizdikten sonra harekete geçecektir. Buraya kadar olan kısım (A)nın batını alemine ait olup ancak zahiri delilleri olmadıkça kasdın mevcudiyeti hakkında bize daima meçhûl kalan bir cihettir. Şimdi (A) nın geceleyin kahveden dönen (B) nin yolunu karanlık köşe başında beklemesi, yanına tabancasını alması ve tabancaya mermi sürmesi failin zihninde plânlaşan kasdının zahiri delilleridir. Bütün bu hareketleri failin arzu ettiği fiili tamamlaması için birer icra başlangıcıdırlar. Bunlar o şekilde bir birine bağlıdırlar ki her bir hareket bir zincirin halkası gibidir. Arada birisinin kopmasına sebep olur. (A) cebine bir tabanca koydu. Bu kasdın icra sahasına yani fiilin işlenmesine intikal eden ilk delilidir. Tabancaya mermiyide koydu. Çünkü mermi konmadan tabancanın patlaması ve binaenaleyh fiilin vukua gelmesi imkân dahilinde değildir. Muhal suçlar dediğimiz hadiselerde bu şekildedir. Mermi tabancaya konduktan sonra (A) evden çıktı.

(B) nin gece geç vakit geçeceği yolun dönemecine bir köşeye saklandı. Muayyen saat sonra (B) evine dönerken (A) evvelce hazırladığı tabancayı cebinden çıkardı, (B) ye tevcih etti, tetiği elledi ve nihayet ateş etti. Burada bir fiil vukua gelmiştir. Bu fiili terkip eden unsurlar plânlaşmış kasdın muhtelif harekelteriyle vücude getirilmiş ve tamamlanmıştır. Bu hareketler bir birinin sebebi ve aynı zamanda neticeleridir. İlliyet bağlariyle bir birine bağlıdırlar. Ve baştan sonuna kadar devam eden bir sürü hareketlerin toplamı, yekûnu kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini, doğmasını hedef tutmuştur. Fail ise, harekete geçmeden evvel bu neticeyi istiyordu. İşte bu sebepledir ki fail, bu fiili evvelceden bilmiştir. Ve bunun suç olduğunu tanımıştır. Onun bu şekilde, kanunun suç saydığı bir eylemi tanıyarak, bilerek işlemesi kasd için belli başlı bir sebeptir.

Misalimizde (A) nın ölüm fiilini vücude getiren muhtelif hareketleri icraya başlamasında bu fiil hakkındaki kasdını izah ediyor. Bazı müellifler bu hareketlerin suça teşebbüs için icra başlangıcı olmaları bakımından teşebbüs ile kasdı bir birine karıştırırlar. Hattâ teşebbüs kasıddır diyen bile var. Haddi zatında teşebbüsü vücude getiren hareketler kasdın tecellileridir. Kasdın tecellisi olan hareketlerde teşebbüsü tamamlayan icra başlangıçlarıdır. Bu icra başlangıçları bazen teşebbüsü tamamlamayabilir, hattâ teşebbüsü nakıs için gerekli unsurları ihtiva etmiyebilir. Bu hareketler bu bakımdan teşebbüs sayılmazlar, amma kasdın mevcudiyetini izaha kâfi olabilirler.

Şunuda açık olarak ilâve etmelidir ki yukarıda da söylediğimiz gibi farik ve mümeyyizliği vücuda getiren sebeplerin tanınması kasd için kâfi değildir. Sebebi şudur : Çünkü bu sebepler bizatihi işlenmesi arzu edilen fiilin unsurları değildirler. Bu konuyu yukarıda kasdın nazari unsurlarından bahsederken ele almış ve hata ile olan münasebetlerinden de bahsetmiştik. Farik ve mümeyyizliği vücude getiren sebeplerin tanınması kasd için kâfi olmamakla beraber bu şerait içinde suç işlenirse ne olacaktır? Fail farik ve mümeyyiz olmadığını biliyor. Yani farik ve mümeyyizlik için lüzum eden unsurları biliyor. Meselâ 11 yaşından küçüktür. Bu sebebi bildiği halde tabanca ile yaralama suçunun unsurlarını bilmemekle beraber farik ve mümeyyizliği vücude getiren sebepleri bilerek hareket etmişse kasdı olmadığını kabul etmek zaruretin de bulunursak acaba yanılmıyor muyuz? Bu ciheti halletmek lâzımdır. Bu nokta bizi yanlış neticelere götürmek, ulaştırmak nezaketini haizdir. Fail evvelce akli malûliyete müptela olduğuna dair aldığı rapora güvenerek kendisine ceza verilmiyeceğini düşünüp o şekilde suç işlemişse kasd yokmudur diyeceğiz? Bu meselede Dr. Edmund Mezger fail için kasdın mevcudiye-

595

tini kabul ettiren diğer sebepler — kasd unsurları — mevcutsa fail için bu sebep kasdın olmadığını kabul ettiremez, fail kasden hareket etmiştir diyor (1). O halde koyduğumuz kaide ile bu netice nasıl kabili izahtır? Gayet kolay : Fail suçu işlerken kendinin farik ve mümeyyiz olmadığını ele alarak hareket etti. Yoksa işlediği fiilin unsurlarını bilerek ve onun cezayı müstelzim olduğunu anlıyarak hareket etmiş değildir. O halde bu bakımdan kasd yoktur.

Birde acaba kanunun suç saydığı bir eyleme ceza tatbikını gerekli kılan şartların bilinmesi kasdın kabulüne imkân verir mi? Kasdın vücudu için cezanın objektif şartlarının bilinmesi şart değildir. Meselâ zina suçunda nikâhın mevcut olmadığını veya mevcut olan nikâhın boşanma dolayısiyle kalkmış olduğunu bilmemek gibi. Yabancı bir memlekette yaptığı hareketin suç olduğunu ve o memleket kanunlarının işlenen fiili suç saydığını bilmemek gibi.

b — Kasd için fiilin istikbale matuf neticesinin önceden tasarlanması lâzımdır. Binaenaleyh failin suç işleme iradesinin tahakkuk edecek netice ile ilgisi bulunması zaruridir. Suçlu bir adamı öldürmek istiyor. Attığı kurşun bir başka şahsın hayvanına rastlayıp onu öldürmüştür. Failin arzu ettiği netice belli bir şahsı öldürmekti. Fakat fiil o safhaya girdi ki onun arzulamadığı netice husule geldi. O komşusunun hayvanını öldürmek istemiyordu. Şu halde burada failin iradesi daha ilk başlangıçta henüz tahakkuk etmemiş bulunan adam öldürme suçunun müstakbel neticesiyle ilgili idi. İşte kasd buradadır. İzrar suçu kasden işlenmiş değildir. Keza Ahmedi öldürmek istiyen failin kendi babasını vurması halinde de irade Ahmedi öldürme fiilinin tahakkuku ile ilgili idi. Babasının öldürülmesiyle değil. Burada bu şekilde babanın öldürülmesi kasden işlenmiş bir suç mahiyetinde değildir. Nitekim Ceza Kanunumuzun 52 nci maddesinde (bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kasdettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa) diyor. Kanunumuz failin cürmü kasdettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemesini bir (Hata) veya (Arıza) ya bağlamakta ve kasd olarak kabul etmektedir.

b — Kasd için, yalnız fiilin istikbale matuf neticesinin önceden tasarlanması da kâfi değildir. Belkide fiilin neticesini hedef tutan iradenin bu maksada ulaşmak için tezahür eden fiili hareketleri terkip eden illiyet silsilesinin (Die Kausalreihe) de önceden plânlaştırılması ve bir birini tamamlayıcı şekilde yürütülmesi lâzımdır. İlliyet silsilesinden maksat

(1) Dr. Edmund Mezger, Strafrecht, 1933, s. 308.

fiili işlemeye müteveccih iradenin fiiliyat sahasına intikal eden tezahürlerinin nihai netice ile irtibat temin etmesidir. Çünkü bu rtibat fiili terkip eden unsurların en esaslı bir çekirdeğidir.

v. Hippel bu düşünceye katılmamaktadır. Hippel'e göre kasd olsun ihmal olsun bir birini takip eden illiyet silsilesinin sıra ile ve mücerret olarak dış alemdeki tezahürü ile irtibat halinde değildirler. Çünkü ne kusur ve nede Adalet prensipleri bunu mümkün kılmamıştır. Bu konuda bir çok düşünceler ortaya atılmış ve tartışılmıştır. Bu noktada, bilhassa hata hakkındaki görüşleri kısaca açıklamak faydalıdır.

B — Kasdda hatanın rolü :

a — Mevzuda hata (Error in Objecto) yahut şahısta hata.

Mevzuda hata : Failin muayyen bir mevzu hakkında işlemeyi kasdeylediği fiili istemediği bir mevzu aleyhinde işlemiş omasıdır. Bunun belli başlı örneklerinden birisi şahısta hatadır. Nuriyi vurmak istiyen kimsenin Hasanı vurması gibi. Burada kasd öldürmektir. Fakat failin bu kasdı mevzuda hata ile neticelenmiştir. Fakat burada fail ceza bakımından bir fayda görmüş olmıyacaktır. Zira ceza hukukunda ceza şahsi değildir.

b — Fiilde hata (Aberratio ictus) :

Muayyen bir fiilin işlenmesi kasdedilmiş bulunduğu halde onun yerine başka fiilin işlenmesi hali de fiilde hata mevcuttur. Meselâ Hasanı öldürmek için atılan kurşunun Hasana isabet etmiyerek komşunun pencere camını kırmak suretiyle izrar suçu vukua gelmesinde olduğu gibi. Ceza hukuku sahasında bu noktada belli başlı bir ayrılık yoktur. Fakat görüşler kâfi derecede vazıh değildir.

Kasdı vücude getiren unsurlar kısmında bir kaç noktayı daha aydınlatmak gerekiyor. Bunlarda kısaca şunlardır :

C — Fiili ve şahsi sebeplerde kasdın durumu,

a — Cezayı artırıcı esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,

b — Cezayı kaldırıcı (iskat edici) esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,

C — Cezayı indirici esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,

Bunlar tatbikatı en çok işgal eden mevzulardır. Bu itibarla bunlardan kısaca bahsetmek lâzımdır.

597

a — Cezayı artırıcı esbabı havi bir fiilin işlenmesinde kasd,

Burada kasdın bulunması hususi bir şarta bağlıdır. Yani failin kasdının tecavüz edilmesi başka bir tabirle işlemeği kasdeylediği fiile kanunun tâyin ettiği cezadan daha fazla ceza verilmesi failin cezayı artırıcı fiil unsurlarını bilerek hareket etmesine bağlıdır. Meselâ memuriyet sıfatı ile işlenen suçlar. Kanun memuriyet sıfatı olmıyan bir kimsenin işlediği yaralama suçuna tertip ettiği ceza ile bir memurun memuriyet vazifesini yaptığı sırada işlediği yaralama suçuna uygulamak istediği cezayı bir tutmamıştır. (Ceza Kanunu Madde 251) Keza aksine olarak memura, vazifesini ifa ederken işlenen hakaret ve yaralama fiilleriyle bu sıfatı haiz olmıyan kimse aleyhine işlenen aynı fiillerin cezaları bir değildir (Ceza Kanunu madde 266, 271, 258 ve ilâh, gibi).

Mezger bu noktaya içtima hükümlerinin de dahil olacağını kabul ediyor? Cezayı artırıcı esbabı ihtiva eden bazı fiillerde bu şekilde bir kasdın bulunmaması halinde acaba kanun mutlak olarak tatbik edilmiyeceği neticesiyle mi karşılaşacağız? Buna evvet diyemiyeceğiz. Zira öyle mevsuf suçlar (erfolgsqualifizierten delikten) vardır ki müstesna olarak onlarla kasdın vücudu için cezayı artırıcı unsurların bilinmemesi keyfiyeti kasdın mevcut olmadığını bize kabul ettiremez. Meselâ ölümle neticelenen ırza geçmek, adam öldürmek kasdiyle yangın çıkarmak yahut ölümle neticelenen yangın çıkarmak zehirle öldürmek gibi.

b — Cezayı kaldırıcı (iskat edici) esbabı havi bir hiilin işlenmesinde kasd,

Cezayı kaldırıcı sebepleri hataen kabul ederek işlenen suçlarda kasddan bahsolunamaz. Meselâ müdafaai meşruada olduğu gibi. Meşru müdafaa cezayı kaldıran bir sebeptir. Bunun tesiri altında işlenen suçlarda kasd yoktur. Hataen cezayı kaldırıcı sebepleri kabul etmek ve bu mebdeden yürümek suretiyle suç işlemek halinde kasd yoktur. Yani bu sebepler mevcut olsa idi yine ceza verilemiyecekti. Fakat burada fail kasden hareket etmiş olmaktan mütevellit bir kusurun mesuliyeti altında olması lâzım değil midir? Zira yukarıdan beri izah ettiğimiz veçhile kasden hareket edilerek işlenmiş bulunan bir fiil ancak harici tezahürleriyle muayyendir, mahduttur. Bu mevzuda işlenmiş bulunan bir fiilde kusuru kaldıran (Schuldausschhlussende) yani kusurun mevcut olmadığı neticesini tevlit eden sebeple fiilin kanuna aykırı olmadığı neticesini tevlit eden sebebin mahiyet itibariyle ayrı olmadıklarını tebarüz ettirmek yerinde olur. Çünkü her ikisinde de netice birdir ve mahiyet itibariyle bir fark yoktur. Burada bir fark olduğu kabul edildiği takdirde Meşru müdafaada fail bu hatadan istifade ederken yani meşru müdafaa halinde

işlenen suçun müstelzimi ceza olmadığını kabul ettiğimizde ceza verilemiyecekken kusuru olmaksızın işlediği fiillerden dolayı — korkutma ve zorlama ile işlediği eylemlerden — ceza verilecek gibi bir netice ile karşılaşacağız. Halbuki haddi zatında kasd bakımından bu ayrılığın mânası olamaz. Bir defa bu ayrılık failin zihninde belirmiş ve iyice tasarlanmış değildir. Zira kusur faile ait bir sebep, fiilin cezayı müstelzim olmaması ise doğrudan doğruya fiile ait bir sebeptir. Fiilin cezayı müstelzim olmaması failden ziyade maddi hukukun, ceza hukukunun eseridir. Kusur ise sanığın manevi aleminin maddi aleme intikal eden aksülâmelidir. Burada ise biz ancak kasdın mevcudiyeti veya ademi mevcudiyetini araırız. İşte bu sebepledir ki işlenen fiilin kanuna aykırı olmadığını kabul ettiren sebebe dayanan fiili hareketlerde ve kusuru kaldıran, kusurun olmadığını kabul ettiren hareketlerde kasd yoktur.

Bu gün bu mevzu ilim sahasında tartışmasız ve gayet açık olarak düşünce birliğine mazhar olmuştur. Yalnız v. Liszt, Eberhard Schmidt, M. E. Mayer bazı itirazi kayıtlar serdetmek suretiyle bu düşünceye katılmışlardır.

c — Cezayı indirici sebepleri bulunan bir fiilin işlenmesinde kasd,

Cezayı tahfif edici sebeplerin hataen kabulü suretiyle işlenen suçlarda kasden hareket etmenin sorumluluğu da azalır. Buradaki esas prensip şudur : Fail, işlediği fiilin hakiki hüviyetine göre değil zahiri ve nazari durumuna göre cezalandırılır. Bu sebepledir ki cezayı inidirici sebeplerin fail tarafından hataen kabulü suretiyle harekete geçilmesi halinde dahi esbabı muhaffefenin tatbikı ve az ceza verilmesi zaruri bulunmaktadır.

Misal, gayrı meşru doğurduğu çocuğunu öldüren anaya verilecek ceza veyahut kendisi hakkında kanuni takibat yapılmasını gerekli kılacak bir meseleden dolayı yalan şahadet veyahut şahadetten çekinmeye hakkı olduğu kendisine bildirilmiyen şahsın bu haktan istifade edemiyerek yalan şahadette bulunması gibi.

D — Cezayı azaltıcı sebeplere taallûk eden kasd hakkında nazariyeler,

Cezayı indirici sebepleri bulunan eylemlerin işlenmesinde kasdın mevcudiyeti hakkında iki görüş birbiriyle tartışma halindedir.

a — Sübjektif nazariye,

Bu gruba dahil olanların düşüncelerine göre failin sübjektif olan ve ruhunda suç unsurları olarak tanıdığı mevzuları hesaba katmazlar. Çün-

599

kü onun bu şekildeki bir tanıması failin suç unsurlarını tanıması mânasında değildir. Belkide doğrudan doğruya onun mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti demektir.

b — Normatif nazariye :

Bu gruba dahil olanların görüşlerine göre de, fiilin normatif unsurlarının bir birine olan irtibatı ile kasdın mevcudiyeti anlaşılır. Bu irtibatın cezayı indirici sebeplerde fiili unsur olması da elzemdir. Fiilin mâna ve mefhumunun kavranması bakımından fiil unsurlarının bilinmesi ve onların mânalarının tanınması demek değildir.

Haddi zatında bu iki grubun da bir birinden belli başlı bir ayrılığı yoktur. Her ikisi de (Tanıma) prensibine dayanmaktadır. Her ikisinde de müşterek nokta zahiri haline göre cezayı hafifletici sebeplerin bilinip bilinmemesidir. Bir fiilde haddi zatında yahut aslında mevcut olmıyan esbabı muhaffefeyi hataen kabul ederek suç işleyen fail hakkında yine aynı hükümler tatbik olunur.

Fakat bu görüşlere muhtelif noktalardan itiraz edilmiştir. Bilhassa bu hususta Finger ve Olshausen ve Binding muterizler arasındadırlar.

II — Fiilin mâna ve mefhumunun fail tarafından kavranması,

Bir fiilin kasden işlenmiş olması o fiilin normatif olan unsurlarının mâna ve mefhumunun bilinmesi ve tanınması ile mümkündür. Kasd, fiilin tanınması demek değildir. Bilâkis kasd için fiilin unsurlarının vücut bulduğu muhtelif halleri de ihata eden geniş bir mâna ve mefhum kavrayışı (die Bedeutungskenntniss) lâzımdır. Çünkü bir fiili terkip eden unsurların tahakkuk etmesinde mevcut âmillerin fail tarafından bu kavrayışla bilinmesi ve failin ona göre hareket etmesi ve bu fiil hakkında karar verecek yargıcın da bu sebeplere göre bir kanaat sahibi olması veya bunun sağlanması icabeder.

Bu izahattan sonra şu mühim suali kendi kendimize sorabiliriz. Kasdın mevcut olduğunu kabul edebilmemiz için fiili terkip eden unsurların tahakkuk etmesinde mevcut âmillerin normatif sebeplerin fail tarafından ne dereceye kadar tanındığını ve bilindiğini nasıl kestireceğiz? İşte bu çok önemli bir noktadır. Normatif sebeplerin fail tarafından tanındığını ve bilindiğini ve bunun derecesini tesbit çok müşkül olduğu kadar kesin bir şekilde tâyini de elbette zordur. Buda yargıcı işgal eden belli başlı bir meseledir. İşte bu sebepledir ki bu sorunun cevabı düşünce ayrılıklarını doğurmuştur. Bu nokta etrafında vücut bulan düşünceleri belli başlı iki grup etrafında toplıyabiliriz.

600

A — Fiil unsurlarını failin kavrayışına göre tâyin eden sebepler müvacehesinde kasd hakkında nazariyeler,

B — Fiilin kanuna aykırılığının faili tarafından kavrandığının tesbiti hakkında görüşler,

C — Kasdda iradenin muhtevası bakımından fiilin mâna ve mefhumunun kavranması,

D — Fiille irade arasındaki münasebetler ve bu hususta düşünceler,

Şimdi bu noktaları ayrı ayrı izah edelim.

A — Fiil unsurlarını failin kavrayışına göre tâyin eden sebepler muvacehesinde kasd hakkında nazariyeler.

a — Failin, fiiline ait düşüncesine, niyetine geniş mikyasta sahip olması lâzımdır. Yani failin kanunlar arasında ve fiilini terkip eden unsurlar arasında topyekûn bir kavrayışa (Subsumtion) sahip olması lâzımdır. V. Liszt yalnız fiillerin muhtelif kanunlara nazaran topyekûn kavrayışını kabul etmiştir. V. Liszt'e göre bu kavrayıştaki hata halinde kasd yoktur. V. Lisztin bu fikri ceza literatüründe temamen reddolunmuştur. Bu meyanda V. Liszt belli başlı itiraz edenler arasında Beling ve Frank vardır. Alman temyiz mahkemesi de bu hali yalnız senetler bahsinde kabul etmiştir.

b — Bazı müellifler (a) bendinde bahsettiğimiz görüşten ayrılarak kasdın mevcut olduğunu kabul ettirecek sebep için faile ait bir cürüm unsurunun tahakkukuna yarayan şartın yerine getirilmesi (bu fikirde olanlar, v. Bar ve v. Hippel) veyahut failin suç mevzuuna dahil ve kanunun himaye ettiği bir hukuki menfaata (Rechtsgut) başlaması lâzımdır. Frank bu hususta başka fikirdedir. Franka göre kasd için hukuki menfaata müteveccih ve suç mahiyetinde bulunan bir eylemin fail tarafından bilerek veyahut bir vazifenin ifası sırasında o vazifenin objektif olarak kötü kullanılması fiilin anasırı asliyesini teşkil eden hallerde bile bile görevin kötü olarak ifa edilmesi lâzımdır. O halde failin başkasına ait hukuki menfaatın ihlâl edildiğini veya yaptığı işin memuriyet sıfatından neşet ettiğini anlaması lâzımdır. Meselâ zinada karı veya kocanın başkasiyle evli olduğunu bilmek, üzerinde sahtecilik yaptığı senedin vazife dolayısiyle kendisine tevdi edilmiş olduğunu anlamak gibi.

c — Kasd için cürmü vücude getiren unsurlara ait âmillerin fail tarafından tanınması veya normatif olarak onların mâna ve mefhumunun bilinmesi lâzımdır. Meselâ memur suçlarında failin geçicide olsa devlet hizmetinde çalıştığını ve bir kamu işi gördüğünü bilmesi bu hususta kâ-

fi bir sebeptir. Akıl hastalığına müptela bir failin harekatında bile hastalığının derecesine göre kasdının tesbiti önemlidir. Böyle bir halde failin kendi ihata kabiliyetine de Pisişiyatr (Pschyatrie) ilmine göre ölçülmesi icap eder. Alman Yargıtayı bu noktadan yürümemiştir. Mezkûr mahkeme fail tarafından suç yahut fiil unsurlarının kavranmasında hata olup olmadığı noktasından hareket etmiştir. Bu hatanın ehemmiyetli (relevant) veya ehemmiyetsiz olduğuna bakmak ve ona göre bir neticeye varmak lâzımdır. O halde ceza hukukunun mevzuu dışında kalan hatadan dolayı kasdı kabul etmek temyiz mahkemesine göre doğru değildir.

Yukardanberi bahsettiğimiz tanıma, bilme, kavrama terimlerinden anlatmak istenilen mâna hakkında da görüşler tamamen ayrıdır. Yalnız bütün bu inceleme sonuna göre bir failin kasden hareket ettiğini kabulde fiilin kanuna aykırı bulunduğunu hakiki olarak bilmesi lâzımgeleceği neticesine varıyoruz. Binaenaleyh bu bakımdan fiilin cezayı müstelzim olduğunun bilinmesi lâzımdır. Esassen ceza hukuku literatüründe fiilin kanuna aykırı bulunduğunu failin bilmesi lâzımgeleceği noktasında da bir çok fikir ayrılıkları vardır. Bunları sıra ile izah edelim.

B — Fiilin kanuna aykırılığının fail tarafından kavrandığının tesbiti hakkında görüşler,

a — Bir kısım müellifler kasdın mevcut olduğunu kabul için kesin olan fiilin kanuna aykırı olduğunun bilinmesi esasını tutarlar.

b — Bir kısım müellifler kasdın mevcut olduğunu kabul için kanuni vezaifa aykırı hareket (die Pflichtwidrigkeit) etmeği kabul ederler. Kanuni vezaife aykırı hareket tabiri elâstikidir ve ne demektir? Bundan muhtelif mânaların çıkarılması mümkündür. Ekseriya bu tabirden ahlâka, adaba, kültüre karşı bir fiil işlemek mânasından daha başka bir mâna anlamak lâzımdır. Bu terim hukuki bir mefhum olmaktan uzak ve hukuki düşüncenin sahası dışındadır.

c — Bir kısım müellifler için kasd bir fiilin kanuna aykırı olduğunu bilmek veya fiilin kanuna aykırı olduğunu ihmale dayanan ve kusurlu olan bir bilmemezlik, tanımamazlık, başka bir tabirle kanuni vezaife aykırı bir hareketin vücudu şarttır. Şu hale göre ihmale dayanan bir bilmemezliğin kusurlu olması lâzımdır. (Adolf Merkel, M. E. Mayer, Max Rümelin) bu düşünceyede hayli itirazlar yapmışlardır.

d — Dördüncü gruba dahil olan bir kısım müellifler ise kasd için fiilin kanuna aykırı olduğunu bilme unsurunu kabul etmezler. Bunlara göre kasd için kusurun şeklini (Schuldform) hesaba katmak lâzımdır. Çünkü kusur olmaksızın suçun mâna ve mefhumunu kavramağa imkân

yoktur. Alman Temyiz Mahkemesi de bu düşünce ile hareket etmiştir (1). Alman Yargıtayı kusur ve hatanın muhtevası üzerinde değil sebepleri üzerinde durmaktadır. Alman yargıtayı kasd için fiilin unsurlarını teşkil eden efal ve harekatın dış alemde tezahhürünün failin arzu etmesini kabul ediyor. Burada failin her hangi bir hatasının önemli olması lâzımdır. Bu hata ister faile ait olsun ister hukuki bir hata olsun netice birdir. Alman Yargıtayının bu görüşünü kanuna uygun bulmıyan müelliflerde çoktur.

C — Kasdda iradenin muhtevası bakımından fiilin mâna ve mefhumunun kavranması,

Buraya kadar verilen izahatta kasden hareket edildiğini anlamak için fiilin teferruatını ve onun mâna ve mefhumunu kavramayı hesaba katarak hareket etmiştik. Halbuki yalnız bu düşünüş ve bu yoldan gitme kasdın izahı için tam bir netice vermez. Çünkü failin iradesinin bir tanıma ve bilme ile nasıl bir münasebet tesis ettiğini nereden anlıyacağız? Fiili ve unsurlarını bilmiş olmakla beraber iradenin bunlarla ilgili olmadığı zaman yok mudur? İşte bu sorular bizi şu neticeye götürür. Fail işlediği fiille nasıl bir neticeyi elde etmeyi arzu etmiştir, nasıl bir neticeye niyetlenmiştir? Çünkü bu netice yani fiilin işlenmesinden hasıl olan netice kasdın bir teferruatıdır. Fakat kasdın kendisi değildir. Zira fail nihai bir gaye ile fiili işlememiş olabilir. Meselâ fail öldürmek istediği hasmını yağmurlu bir havada ormana göndermiştir. Maksadı ormanda şimşek fazla çaktığı için öldürmek istediğini yıldırım çarpar ve öldürür. Burada fail öldürmeyi arzu etmiştir. Fakat kendi yapmak istememiştir. Bu mevzuuda bir kaç noktada toplıyabiliriz :

a — Fiilin zaruri olan gaye ve neticesinin istiyerek işlenmesi kasdı ifade eder. Burada irade ve fiil unsurlarının mâna ve mefhumunun kavranması bir birine olan ilgililerıyle kabili izahtır. Çünkü fiilin neticesi arzu edilmiştir. Ve fiilin doğması ve beklenen neticenin hasıl olması için zaruri olan gaye failin iradesiyle kendi arzu ve niyeti ile istenmiştir.

b — Neticesi muhal olmıyan ve tahakkuku mümkün bulunan bir fiilde fail neticeyi elde etmeyi arzu eder, yahut neticeyi bu iradeden tamamen müstekil olarak düşünür ve hattâ bu netice için iradesini ihtimali bir hesapla dahi kullanırsa kasd mevcuttur. Mümkün olduğu nisbette vücut bulan fiil gayesini acaba hangi şartlar altında vukua geldiğini ve arzu edi-

(1) **Dr. Edmund Mezger, Strafrecht 1933, s. 335.**

603

lerek işlendiğini kabul edebiliriz? Bu hususta gene bir çok fikir ayrılıkları mevcuttur.

Bazı müellifler muhtemel olan neticenin bütün şümuliyle ağır suçlara hasrini kabul etmektedirler. Buna ihtimali nazariye (Die Wahrscheinlichkeitstheorie) denmektedir. Lucas, Bünger, Kohler bu meyandadırlar. Diğer bazı müelleflerde bunu yani — muhtemel olan neticenin şumulünden ve kasdla suç arasında ki hasrından ziyade failin iradesini izhar ettiği his ve irade unsurlarının fiilin kuvveden fiile çıkmasiyle olan münasebetinin hudutlarının tâyin edilmesini kabul etmektedirler.

Bu görüşlere ceza literatüründe çok itiraz olunmuştur. Bir defa fail iradesini ihtimali bir şekilde izhar etmesi tatbikat alanında tesbiti çok zor bir iştir. Çünkü bu, failin hakiki kasdını bize izahta bir rol oynıyamaz. Ve failin, fiilin neticesine karşı olan durumunu izah edemez. Saniyen içtimai hadiselerde iradenin bu mânada mevcudiyetini veya ademi mevcudiyetini izaha hadesat daima mânidir. Çünkü fail, suçtan beklediği neticeyi kendi iradesinden tamamen ayrı olarak veya iradesiyle ilgili olarak düşünebilir. O halde bu izah ettiğimiz hususları iki noktada toplıyabiliriz Bunlarda aşağıda (D) bendinde izah edilmişlerdir.

D — Fiille irade arasındaki münasebetler ve bu hususlaki düşünceler,

a — Fail, mümkün olan neticeyi kendi iradesinden müstakil olarak tasarlamıştır, düşünmüştür. O zaman fail neticenin tahakkukunu istemiştir. Eğer arzu etmiş ise. Meselâ ameliyat yapan bir doktor hastasının ölümünü arzu etmemiştir. Fakat onu ölümden kurtarmak için en son müdavatı yapmamıştır. Bu yüzden hasta ölmüşse, fiilin neticesi olan ölüm failin kasdi bir hareketi ile olmamıştır. Fakat, doktor bu neticeyi arzu etmiştir.

b — Fail mümkün olan neticeyi kendi iradesinden müstakil olarak tasarlamıştır. Fakat netice ile irade irtibat halinde değildir. O takdirde fail fiilin muhtemel olarak tahakkukunu düşünmüşse onun neticesini arzu etmiştir. Yani fiilin husule gelmesi imkânlarını hesaplamıştır. Binaenaleyh eğer fail yukarıdaki (a) bendinin aksine olarak hadisede kasdın mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır. Fail, fiilin işlenmesinden önce her hangi bir suç unsuruna hazır olarak rastlamışsa bunun kendi iradesiyle alâkası mevcut değildir. Henüz 14 yaşını ikmâl etmiyen bir küçüğün ırzına geçmekte olan sanığın durumunda olduğu gibi. Burada dikkata şayan olan nokta şudur. Sanık madurun 14 yaşından büyük olmasını mümkün veya muhtemel mi gördü? Yoksa aksine olarak mümkün veya muh-

temel görmiyerek mi hareket etti. Mümkün görerek hareket etmiş ise bittabi kasdı mevcuttur. Aksi halde yoktur. Neticesi, istikbalde tahakkuk edecek fiiller de vardır. Bunlarda da kasdın rolünü tâyin etmek lâzımdır. Fail bugün işlediği bir fiille ileride tahakkuk etmesini arzu ettiği neticeyi sağlıyabilir. Bir arkadaşına tarruz eden birisini, arkadaşını bu taarruzdan kurtarmak için yarlayan kimse kasdi hareket etmiş değildir. Keza bir yaralıya ameliyat yapan operatörün ameliyatı muvaffakiyetsizlikle neticelenmiş ve ölüm vukua gelmişse hadisede kasd yoktur. Her ikisi de kurtarmak arzu ve gayesiyle hareket etmişlerdir. Her iki misalde neticesi ileride tahakkuk etmesi muhtemel filler için yapılan hareketlerdir.

4 — KASD HAKKINDA NAZARİYELER :

Kasd hakkındaki nazariyeler belli başlı iki grup halinde mütalâa edilebilir.

a — İzhar nazariyesi — Die Vorstellungstheorie —

b — İrade nazariyesi — Die Willenstheorie —

Şimdi bunları ayrı ayrı izaha çalışalım.

A — İzhar nazariyesi — Die Vorstellungstheorie —

Bu nazariyeye göre kasd suçun, neticeleriyle birlikte meydana gelmesi için önceden failin iradesiyle irtibat halinde bulunacaktır. Fail arzusu ile yani kendi iradesiyle suçu işlemeye azmetmiştir. Failin bu şekildeki hareketinde kanunun suç olarak tavsif ve kabul ettiği fiili bütün unsurları ile birlikte ve bilerek işlemesi ve fiilin neticesinin kuvveden fiile çıkmasını zuhurunu tasarlaması esastır (1). Bu nazariyenin taraftarları Frank ve v. Liszt'dir. Nazariyenin en karakteristik tarafı, failin bilerek hareket etmesi ve fiilin neticesinin tahakkuk etmesi için iradesini izhar etmesi yani izhar unsurunun mevcudiyetidir. Esasen umumi mânada ve geniş olarak alınırsa bilerek hareket etmekle (das Wissen) iradeyi izhar etmek (die Vorstellung) fiilin objeklif unsurlarını top yekûn ifade eden mefhumlardır. Şu hale göre aşağıdaki haller izhar unsurunun mevzuuna dahil olmazlar.

a — Cezayı müstelzim fiilin sübjektif şartları ve unsurları,

(1) Dr. Otto Schwarz, Strafgesetbuch. 5, neubearbeitete und erweiterte Auflage 1938, s. 121.

Ceza hukukuna göre sorumluluğu vücuda getiren veya ona müessir bulunan ve şahsa merbut bulunan hallerin faili tarafından belli olmaması gibi. Meselâ farik ve mümeyyizlik veya nakıs farik ve mümeyyizlik (1) failin hukukan çocuk veya kahil (yaşlı) sayıldığını bilememesi halleri izhar unsurunun mevzuuna dahil olmazlar.

b — Fiilin haricinde bulunan unsurlar,

Fiilin unsurlarına dahil olmıyan failin sıfatı ve madurla evvelce olan münasebeti bu arada sayılabilir. Bu hallerin suçtan sonra anlaşılması ve onun dışında olarak tezahür etmesi kasdı ifade etmez. Bu sıfatlar nihayet cezanın artmasını veya indirilmesi için sebep olabilirler. Fakat kasdın mevcudiyetini veya ademi mevcudiyetini ifade veya tâyin bakımından bir delil olamazlar. Meselâ failin sıfatının memur olması, failin evvelce vesayeti altında bulunan ırzına geçmesi gibi.

c — Hukuka muhalif hareket,

Hukuka muhalif hareket kasdının izharı için bir unsur değildir. Bunu kanun bilmemek suretiyle suç işliyene ceza verilemiyecek şeklinde yorumlamamak lâzımdır. Kanun hükümlerini bilmeden bir fiilin işlenmesi kasdın olmadığını ifade etmez belkide tatbikat sahasında yargıcın serbest takdirine göre cezayı azaltıcı bir sebep olabilir veya olamaz. Öyle fiiller vardır ki hukuka muhaliftir. Fakat ceza tehdidi altında değildir. Misal, kişede sıra bekliyenlerden birisinin önüne arkadan gelen bir başka kişinin geçmesi öndekinin hakkına bir tecavüzdür. Fakat bu hareket cezayı müstelzim bir fiil değildir. Burada öne geçen şahsın hareketi her hangi bir suçun işlenmesini istihdaf eden bir icra başlangıcı olarak kabul edilemez ve kasdın izharı için bir unsur sayılamaz (2).

B — İrade nazariyesi — Die Willenstheorie —

Bu nazariyeye göre kasd, fail işlediği fiili kanunun bütün unsurları ile bilerek işlemiş ve neticesinin tahakkukunu arzu etmişse mevcuttur. Cürmün bazı unsurlarının izharı veya bilme bu hususta kâfi değildir. İrade ve bilhassa fiilin neticelenmesi bu nazariyeye göre elzemdir (3). Bu nazariyenin kuvvetli taraftarlarından v. Hippel'e göre kasd, fiilin tahakkukuna müteveccih iradedir. Başka bir tabirle fiile ait bütün unsurların fail tarafından bilinmesi ve arzu edilmesidir. (Das Wollen des Erfolges).

(1) **Bilindiği gibi nakıs farik ve mümeyyizlik İsviçre Ceza Kanununun II nci maddesinde kabul edilmiştir.**

(2) Dr Ernst Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1944, s.

(3) Dr. Robbert v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts.

606

Bunlardan anlaşıldığına göre irade nazariyesi kasd için failin arzu ve iradesinin cezayı müstelzim muayyen bir fiilin neticelenmesine matuf olmasını sübutünü istiyor ve bu halde kasd mevcuttur diyor. Bu isbat haddi zatında çok güçtür, zordur. Bunu uygulamada şüphesiz halin icaplarından fiili terkip eden safhalardan çıkarmak lâzımdır.

5 — İHMALLE KASDIN MÜNASEBETLERİ :

Kasd ve ihmâl gerek taallûk ettikleri hadise gerek bu hadiselerin neticeleri ve gerekse fail bakımından bir birinden temamen ayrıdır. Şimdiye kadar yaptığımız incelemeden de anlaşılacağı veçhiyle kasda hareket eden bir fail kanuna aykırı bulunan bir eylemin neticelenmesini istiyerek hareket etmiştir. Burada eylemin bütün neticeleriyle beraber doğması fail tarafından daha münasip ve arzuya şayan görülmüştür. Fail eylemi işlemekten vaz geçmek istememiştir. Failin egoizmi onu, kanuna aykırı hareket etmeye sevk etmiştir. Halbuki ihmalde netice hiçte böyle değildir. Burada failin kayıtsızlığı rol oynamaktadır. Kayıtsızlık yahutta savsaklık — Leichtsinn — faili suç işlemeye sevk eden âmildir (1).

İhmalle kasdın münasebet ve sınırlarını daha geniş bir surette çizecek prensip şudur. Bir suç işlenirken fiilin bütün neticeleriyle tamamlanmasını fail ne zaman arzu etmiştir. Yahut failin ne zaman bu gayeyi arzu ettiği nazariyle bakılabilir? Bu suallerin cevabı kasdı ve ihmali bir birinden ayıran sebepleri ihtiva edecektir. Şimdi bu duruma göre bu sorunun cevabını yani kasdla ihmâl aralarındaki ayrılık sebeplerini birer birer izah edelim.

a — Kasd için bir fiili işleme niyeti, maksadı — Absicht — lâzımdır. Bahsettiğimiz niyet şüphesiz fiilin neticeleriyle birlikte meydana getirilirken failin dayandığı noktadır. Böyle bir netice fail tarafından gaye, amaç edinilmiş, arzu edilmiş ve istiyerek tahakkukuna çalışılmıştır. Adam öldüren, bir şahsın malını izrar eden hırsızlık eden şahıslar hep bu maksatla hareket etmişlerdir. Halbuki ihmalde böyle bir maksatla ve niyetle bir fiilin işlenmesi arzu edilmiş değildir. Kasdda fiili bir hareket, aktif bir faaliyet vardır. İhmalde tersine olarak bir şey yapmamak passif kalmak durumu var. Fakat bilindiği gibi kanunun yap dediğini yapmamakta bir suçtur. İşte ihmali suçlar bu çeşit bir hareket noktasının neticeleridir.

b — Fail, eylemin sonucunu esaslı ve emniyetli olarak ele almış

(1) Dr. Robberd v. Hippel, aynı eser s. 135-136.

607

ve bu sonucu kendi hareketinin neticesi olduğunu bilerek arzulamışsa kasden hareket etmiştir. İhmalde fiilin bilerek işlenmesi arzu edilmemiştir. Orada fail eylemin neticesini kendi kayıtsızlığı sebebiyle istemiştir. Eğer neticeyi kayıtsizlik ve teseyyübü ile arzu etmişse yine kasd mevcuttur. Halbuki ihmâl neticeye değil eyleme tevcih edilmiş bir teseyyüptür.

c — Birde (eventuelle) yahut şarta bağlı kasd (bedingte Vozsatz) vardır. Buda ihmalin sınırlarını belli eder. Bir misalle izah edelim. Elinde bir kürekle çalışmakta olan bir işçi yakınında oyun oynıyan ve çalışırken kendisini taciz eden bir kaç çocuğun üstlerine hedef tâyin etmeksizin elindeki küreği atar ve çocuklardan biriside yaralanırsa burada durum nedir? Bu olay karşısında düşünmeden işçinin o çocuğu yaralamayı kasdettiğini kabul edemeyiz. Bununla beraber işçinin elindeki küreği atmasiyle oradaki çocuklardan birisinin yaralanacağını veyahut yaralanmak ihtimali olduğunu bilmediğini iddia edemeyiz. Fakat onun bu bilgisi kasdı için sebep teşkil etmez. Eğer fail yaralama suçunu işlesin yahutta işlemesin, her ne olursa olsun hareketi yalnız küreği atmağa müteveccih ise eylemde kastla hareket etmiş olduğunu kabul edebiliriz. Stooss, burada işini tehlikeye matuf kasdı olduğunu (Gefaehrdungsvorsatz) kabul eder. Stooss, burada failin şarta bağlı bir kasdı olduğunu yani fiilin neticesini hedef tutan kasdanda ziyade tehlike tevlit eden kasdı olduğunu söyler. Muhal olan bir neticeyi hedef tutan iradede şüphesiz ki bir kasd unsuru olamaz. Hafter'de bu düşünceye muarızdır. Zira Haftere göre kanun bu şekilde kasdı tarif ettiği veya bu şekilde formaliteyi esas tuttuğu takdirde Stoouss'un fikri doğru olabilir (1).

İhmali suçlar bilerek veya bilmiyerek işlenebilirler. Bilerek işlenen suçlarda fail neticeyi arzu etmemekle beraber, yukarıdaki misalde izah olunduğu gibi hareketinin kanunen memnu sayılan bir eylemi tevlit edeceğini anlar. Netice, failin hatasından veyahutta kaçınılmaması kabil olmamasından doğmuştur. Bilerek işlenen ihmali suçlarda ise failin, neticenin böyle olacağına evvelden ne anlamasına, ne de kaçınmasına imkân yoktur.

6 — ALMAN CEZA KANUNUNA GÖRE KASD :

Alman Ceza Kanunu 59 uncu paragrafında kasddan bahsetmiştir. Fakat bu madde de kasdı tarif etmiş değildir. Bu madde: (Her kim cezayı

(1) Dr. Ernst Hafter, Lebrbuch des Schweizerischen Strafrechts, s.

müstelzim bir fiilin işlenmesi sırasında filin unsurlarını teşkil eden veya cezayı artıran âmillerin mevcudiyetini bilmezse (tanımazsa - nicht kannte) bu âmiller faile tahmin olunamaz.

II — İhmal dolayısiyle işlenen suçlarda ceza tâyin edilirken âmillerin bilinmemesi ihmalden mütevellit bir kusur neticesi olmadığı takdirde yukarıdaki hüküm uygulanır (13).

Cezayı müstelzim bir fiile taallûk eden bütün anasırın fail tarafından tanınması, bilinmesi kanunen lâzımdır. Bu, bilme, tanıma kasdı vücude getirmektedir. O halde failin suçun işlenmesinden önce kanuni unsurları bilmesi ve tanıyarak hareket etmesi gerekir. Meselâ hırsızlıkta, failin başkasına ait olduğunu bildiği malı kendi menfaatı için kendi elline geçirmesi, kendine mal etmesi iktiza eder. Alman ceza literatürü bu maddenin çeşit çeşit yorumlariyle ve bu (bilme, tanıma) kelimesinden doğan kasdın uzun uzadıya incelemeleriyle doludur. Bu hususta ciltlerce eser yazılmıştır. Biz ancak Alman Kanununun kasd hakkındaki ihtaısını açıklamak bakımından burada maddenin metnini almakla iktifa ettik.

7 — İSVİÇRE CEZA KANUNUNA GÖRE KASD :

İsviçre Ceza Kanunu da kasddan 18 inci maddesinde bahsetmiştir. Fiilhakika bu maddeye göre : (Kanunda açıkça hilâfına hüküm bulunmadıkça bir kimse ancak bir cürüm veya cinayeti kasden işlerse cezalandırılır).

Eylemini bilerek ve irade ile işlemiş olan kimse ika ettiği cürüm veya cinayeti kasden işlemiş sayılır.

Eğer fail hareketinin neticesini vazifeye aykırı bulunan kayıtsızlığı (Pflichwidriger Unvorsichtigkeit) dolayısiyle hesaba katmamış veya nazara almamış ise o takdirde cürüm veya cinayeti ihmal dolayısiyle işlemiş sayılır. Eğer fail halin icap ettirdiği veya şahsi durumuna göre yapması lâzım gelen ihtimamı yapmazsa bu vazifeye aykırı bulunan kayıtsızlıktır).

Görülüyor ki İsviçre Ceza Kanunu 18 inci maddesinin dayandığı prensip itibariyle irade nazariyesine bağlı kalmıştır. Madde aynı zamanda ihmalden de bahsediyor.

8 — TÜRK CEZA HUKUKUNDA KASD :

(13) Majino, s. 159.

Kanunumuz 45 inci maddesinde : (Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır) demektedir. Binaenaleyh kanunumuzda da kasd tarif edilmemiş ve cürümde kasdın bulunması şart koşulmuştur. Kanunumuzun aslı olan İtalyan Ceza Kanununda 45 inci maddesinde : (Hiç kimse bir cürmü teşkil eden fiili **istemedikçe** o cürümden dolayı cezalandırılamaz. Meğerki failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir halden dolayı kanun aksini tasrih etmiş ola). Demekki fail cürmü teşkil eden fiili **istememesi** lâzımdır. Fiilin vukuunu istemiyen bir kimseye ceza verilemez. İstemek kasd için şarttır. Bunun istisnası da yine maddenin ikinci cümlesindedir. Kanun eğer failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı ceza tertip etmişse artık kasdı aramağa lüzum yoktur.

Cürümlerde kasd aranması esas tutulduğu halde kabahatlerde kanun kasdın sübutunu aramamaktadır. Binaenaleyh herkes kendi eyleminden veya savsamasından sorumludur. Maddede (Kabahatlerde kasd sabit olmasa bile) denmektedir. Binaenaleyh maddenin yazılış şekline göre kabahatlerde de kasd aranır. Fakat kasdin sübut bulmaması da ceza uygulamasına engel teşkil etmez. Bu kısımları cürüm ve kabahat için ayrı ayrı inceleyelim.

A — Cürümde aranan kasd,

a — Fiilin neticesi bakımından.

Kasd bir eylemin icrasına sebep ve saik olarak tezahür ettiği halde bazen netice gayri kasdi olabilir. İtalya'da 1887 tarihli Zannardelli projesinde bu düşünceye muvazi olarak : (Kasdı bir icra veya ihmal olmadıkça suç bulunmadığı esasını vazetmek kâfi değildir. Kasd fiilin icrasına sebep ve saik olduğu halde netice gayrı kasdi olabilir. Kanun arzu edilmiyen veya arzu edilmesi mümkün olmıyan bir neticeden dolayı meselâ dikkatsizlik, ihtiyatsızlık, ihmal, sanat veya meslekte acemilik hata veya doğrudan doğruya veya muahher bir netice için sureti sarihada mesuliyeti ilân etmedikçe arzu edilmiyen bir neticede, isnat olunmak kabiliyeti olmamalıdır ve olamazda. Sayılan haller müstesna olmak üzere arzu edilmiyen neticede de isnat olunmak kabiliyeti yoktur. Çünkü sureti umumiyede fiilicehil veya hata eşyanın mahiyeti itibariyle ve bütün dünyanın kabul ettiği veçhile hadisedeki mesuliyeti bertaraf eder) (14) denmektedir. Fakat bu proje bilâhare İtalyan Kralına taktim edilen projeye nazaran değiştirilmiştir. Kasddan murat failin bütün zihni fa-

(14) Ceza Kanunu şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, cilt, 1. s. 153-154.

aliyetlerinin fiile değil neticeyede matuf bulunması lâzım geldiği ileri sürülmüştür. Daha açık bir ifade ile kaideten fail tarafından işlenen fiilin kasdi olması ve aynı zamanda fail tarafından o fiili neticesinin de arzu edilmesi lâzımdır. Binaenaleyh cürümler fiil veya netice bakımından mücrim tarafından arzu edilmedikçe tecziye olunamaz. Ancak kanunun açık olarak tesbit ettiği haller müstesnadır.

b — Maddi hata bakımından,

Mücbir bir kuvvetin, maddi bir tazyikin neticesi değil maddi bir hata neticesi işlenen fiillerde bile kasd yoktur. İtalyan ceza müellifleri burada şu misali vermektedirler. Bir nehrin kenarında gezinen üç kişiden birisi diğerini ittiği ve bu itme neticesi ikinci şahıs kendi iradesi haricinde olarak üçüncü şahsı ittiği ve bu suretle üçüncü şahsında nehre yuvarlanıp boğulduğu halde olduğu gibi. Burada ikinci şahsın kasdı yoktur. Maddi hata dolayısiyle fiil vukua gelmiştir. Ancak birinci şahıs için mesele değişir. İkinci şahıs nihayet birinci şahsın hareketinin mevzuu olmuştur.

Hatayı, bir çok hukukçular esaslı hata, arizi hata diye ikiye ayırarak mütalâa etmektedirler.

Esaslı hata : Bilmiyerek işlenen ve binaenaleyh kasdin unsuru esasisi mevcut olmıyan ve daha açık olarak failde cürüm işlemek fikrinin kabulünü imkânsız kılan hallerde mevcuttur. Meselâ kendisinin zannederek başkasına ait tesbihi alan kimsenin hareketinde hırsızlık suçunu kabule imkân yoktur. Keza zina ettiği kadının evli olduğunu bilmiyen ve bekâr zannı ile hareket eden erkeğin eylemide cezayı müstelzim olmaması lâzımdır.

Arizi hata : Bir kimsenin yerine diğerinin öldürülmüş olması gibi. Burada fail, ölen kimseyi öldürmeyi kasdetmemiştir. Fiil başka bir şahısta tecelli etmiştir. Kanun bu şekildeki hataları cezasız bırakmamıştır. Çünkü maddede : (Bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahvali) cezalandırma bakımından zaruri bulmuş ve bunu kasd mefhumuna bir istisna saymıştır.

c — İzrar niyeti :

Kasdden dolayı sorumluluk için izrar niyeti şarttır. Çünkü umumi olarak kasd için kabul edilen kaide fail tarafından neticenin arzu edilmesi prensibi izrar niyetine bağlıdır. İzrar niyeti ya muayyendir veya gayrı muayyendir. Muayyen olur, eğer izrar kasdı yalnız bir fiile tevcih edil-

mişse. Gayrı muayyen olur, izrar kasdı müteaddit vakalara tevcih edilmişse. Bir kaç kişinin iştirak ettiği bir kavgaya katılarak boğuşan kimsenin hareketinde olduğu gibi.

d — Hata ve tecavüziyet,

Hatadan yukarıda (b) bendinde bahsettik. Fail, işlediği fiili filhal tecavüz kasdiyle yapmamış yani fiilin neticesini arzu etmemiş ve buna rağmende fiil husule gelmiş ise hadisede adi hata vardır dedik. Tedbirsizlik, ihmal dikkatsizlik acemilik hallerinde olduğu gibi.

Tecavüziyet ise, failin kasdını tecavüz etmesi keyfiyetidir. Yaralamak kasdiyle işlenen müessir fiilden ölüm vukua gelmesi gibi. Kanun bu her iki halde de tahdidi şekilde bu fiilleri saymıştır.

B — Kabahatlerde kasd,

Kanun, bir fiil işlemek kasdı sabit olmasa bile kabahatlerde herkesin kendi fiil veya ihmalinden mesul olduğunu emretmektedir. Italyan Ceza Kanununun Krala taktim edilen projesinde : (Cürümlerde kanunun vaz eylediği istisnalar hariç olmak üzere cürmü teşkil eden fiilin fail tarafından arzu edilerek yapıldığını isbata lüzum yoktur. Hilâfında bir arzunun mevcudiyeti isbat edilmedikçe, kabahati tevlit eden fiil veya ihbunlardan sonra sizlerin ve bizlerimde o toplanıdaya gelmemiz muhakkak malin vukuu kâfidir. Cürümler ve kabahatler arasında bir fark vardır. Birisinde ancak istisnaen tasavvur edilen şey diğerlerinde kaideten hilâfı sabit oluncuya kadar mevcut farzolunur) denmektedir (15). Fakat Majno'ya görede kabahatlerde de failin maddi fiil veya ihmalinin kasdi olması zaruridir. Bu itibarla yangından kurtulmak için çırılçıplak sokağa kaçan kimseye alenen hayasızca vazı hareketlerde bulunduğundan bahsiyle ceza verilemez. Hattâ İtalyan mahkemeleri vukuundan korktuğu muhik bir taarruzu def etmek üzere elinde tüfekle sokağa çıkan şahsı memnu silâh taşımak kabahatinden dolayı kasd olmadığı için beraat ettirmişlerdir. Keza ebe olmadığı ve elinde ehliyetini tevsika yarar bir sahadetnameside bulunmadığı halde sıkışık ve tehlikeli bir doğum vaziyetinde bulunan bir gebeyi kurtaran kadını İtalyan mahkemesi beraat ettirmiştir (16).

(15) Majno, s. 159.
(16) Majno, aynı eser cilt 1, s. 160-161.

İhtar Davalarında Salâhiyetli Mahkeme Hangi Mahkemedir. ?

(Hukuk ve İçtihatlar Dergisinde çıkan bir yazı münasebetiyle)

Yazan : İsmail DOĞANAY

I — Giriş ve meselenin vaz'ı,

1 — Karara mesnet olan hadise,
2 — Asliye hukuk mahkemesince ittihaz olunan hükmün esbabı mucibesi,
3 — Davacı kocanın temyiz sebepleri ve Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin bozma kararı,

II — İkametgâhla mesken arasındaki fark,
1 — İkametgâh mefhumu,
2 — Mesken mefhumu,

III — Karı kocadan herhangi birinin eşinden ayrı bir mesken ittihaz edebileceği haller ve ihtar davası,

IV — İhtar davalarında salâhiyetli mahkeme hususunda Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin eskidenberi deva meden içtihadı.

— I —

GİRİŞ VE MESELENİN VAZ'I

Konya'da neşredilmekte olan «Hukuk ve İçtihatlar Dergisi»nin Mart ve Nisan aylarına ait 14 üncü sayısında, Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinin kıymetli yargıcı İmran Öktem'in «İhtar davalarında salâhiyetli mahkeme» başlığı altında bir yazısı neşredildi. Neşredilen bu yazıda; Eskişehir'den Ankara'ya naklen tâyin edilmiş bulunan bir Devlet demir yolları memurunun, kendisiyle birlikte Ankara'ya gelmiyerek Eskişehir'de anası yanında kalan karısı aleyhine, Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinde açtığı ihtar davasının salâhiyet noktasından reddolunması üzerine, Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesince verilen bozma kararı aynen nakledildikten sonra, Yargıtayca ötedenberi bu kabil davalarda tatbik edilegelmekte olan eski içtihattan acaba bir dönüşmü vardır suali de sorulmaktadır.

Gerek eserlerinden ve gerekse muhtelif dergilerde intişar eden meslekî makalelerindeki fikirlerinden daima istifade ettiğim kıymetli Yargıç İmran Öktem'in mevzubahis yazısındaki fikir ve mütalâalarından bizim anladığımıza göre; Yüksek Yargıtayca ötedenberi ihtar davalarında da diğer davalarda olduğu gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu-

nun 9 uncu maddesindeki «Her dava ikame edildiği tarihte müddeaaleyhin Kanunu Medenî mucibince ikametgâhı addolunan mahal mahkemesinde bakılır.» Umumî prensibine uygun bir içtihat tatbik edilmekte iken ve aynı zamanda bir kimsenin her hangi bir mahalde memur veya amele olarak bulunmasını orasını ikametgâh olarak tâyin ettiğine bir karine saymazken bu içtihattan vazgeçilerek yeni bir içtihatta bulunulduğu zannedilmektedir. Halbuki, Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesince ötedenberi tatbik edilmekte olan içtihada göre; bir kimsenin mücerret bir yerde memur veya amele olarak oturması halinde orasını kendisi için kanunî ikametgâh ittihaz ettiğine bir karine olamıyacağı gibi, aynı zamanda, ihtar davasının mesmu olabilmesi için davanın mutlâka müddeaaleyhin kanuni ikametgâhı olan mahal mahkemesinde açılmış bulunması şart olmayıp, kocanın fiilî ikametgâh yani mesken olarak intihap ettiği mahal mahkemesinde de karısı aleyhine ihtar davası ikame edebileceği merkezindedir.

Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin eskidenberi takip etmekte bulunduğu içtihadından bir dönüş mevzubahis olmadığı gibi bilâkis, eski içtihadın aynı şekilde devam etmekte bulunduğunu arzedeceğimiz muhtelif Yargıtay kararlariyle izaha çalışmadan evvel, meselenin tavazzuhu bakımından Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesince salâhiyet noktasından reddolunan ihtar davasının mahiyetini arzetmenin daha faydalı olacağı kanaatındayız.

— I —
KARARA MESNET OLAN HADİSE

Karara mesnet olan hadisenin cereyan şekli değerli yargıç tarafından mezkûr dergide telhisen izah edilmişse de biz de dosya muhteviyatına göre davaya mevzu olan hadiseyi şu şekilde nakledeceğiz :

Müddei F. G. aslen Eskişehirli olup halen ora nüfusunda kayıtlıdır. Müddeaaleyh karısı Ş. G. ile 29/12/945 tarihinde Eskişehirde evlenmişlerdir. Müddei, Eskişehir Devlet Demir Yolları Cer Atelyesinde çalışmakta iken 19/4/1947 tarihinden itibaren Ankara Devlet Demir Yolları 2 nci İşletme Deposuna kazancı ustası olarak naklen tâyin edilmiştir. Müddeaaleyh karısı, kendisiyle birlikte Ankara'ya gelmiyerek Eskişehir'de bulunan annesi yanında kalmıştır.

Müddei koca, 14/5/1947 tarihinde Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinde karısı Ş. G. aleyhine ikâme ettiği ihtar davasında :

Mahkemece yapılacak keşif neticesinde de görüleceği veçhile bir

ailenin oturmasına elverişli ve aynı zamanda mefruşatı havi ... mahallede ... sokak 45 numaralı evi kiralayıp orada oturmakta bulunduğundan karısı müddeaaleyhin haneyi zevciyete dönmesi lüzumunun kendisine ihtarını talep ve dava etmiştir.

Müddeaaleyh Ş. G. gönderdiği cevap lâyihasında : Nikâhlarının Eskişehir'de aktedildiği gibi müşterek ikâmetgâhlarının da yine Eskişehir olduğunu ve müddeinin muvakkaten içşi sıfatiyle Ankaraya gittiğini ileri sürerek davanın salâhiyet noktasından reddini istemiştir.

Müddei, duruşma esnasında dava arzuhalinde dermeyan ettiği hususları tekrarla beraber, müddeaaleyh karısiyle Eskişehir'de evlendiklerini ve halen ora nüfusunda kayıtlı bulunduklarını, ikametgâh nakli muamelesini yaptırmadığını, Ankara Devlet Demiryolları 2 nci İşletme Deposuna kazancı ustası olarak naklen tâyin edildiğini, salâhiyet itirazı yersiz olduğundan reddi gerektiğini bildirmiştir.

Müddeinin Ankara'da ne sıfat ve maksadla oturduğu hakkında Devlet Demiryolları İşletme Umum Müdürlüğünden sorulan suale gelen cevapta; mumaileyhin Eskişehir'den Ankara 2 nci İşletme Deposuna naklen tâyin edildiği ve halen Ankara'da bulunduğu bildirilmiştir.

— 2 —

ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNCE İTTİHAZ OLUNAN HÜKMÜN ESBABI MUCİBESİ

Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesince 12/9/1947 tarihinde ittihaz olunan hükmün esbabı mucibesinde aynen şöyle denilmektedir :

«Dava M. K. nun 132 nci maddesine müstenit bir ihtar davası olmasına ve gerçi bu gibi davalar davacının ikametgâhı mahkemesinde ikame edilebilinirse de her iki tarafın aslen Eskişehirli oldukları ve davacının memuriyet dolayısiyle 15/4/1947 de Ankara'ya geldiği ve bu sebeple Ankara'da bulunduğu davacının beyaniyle anlaşılmasına, usulün 20 inci maddesine göre memur sıfatiyle bir mahalde muvakkaten sakin olanların o mahalde ikametgâh tesis etmiş sayılamıyacaklarına, davacının Ankara'da yerleşmek niyetiyle oturduğuna ve bu arada ikametgâh tesis ettiğine dair bir vakıa ileri sürülmemiş bulunmasına ve bu itibarla Ankara'nın davacı için ikametgâh addedilemiyeceğine ve Ankara mahkemelerinin davacının ikametgâhı makemesi sıfatiyle davanın tetkikine salâhiyetli bulunmamasına ve bu sebeple salâhiyet itirazı yerinde görülmesine binaen :

615

1 — Davanın salâhiyet noktasından reddine,

2 — Evrakın salâhiyetli Eskişehir Asliye Hukuk Mahkemesine tevdiine;

3 — 880 kuruş yargılama masrafının davacıya aidiyetine 12/9/947 tarihinde karar verildi» denilmektedir.

— 3 —

DAVACI KOCANIN TEMYİZ SEBEPLERİ VE YARGITAY İKİNCİ HUKUK DAİRESİNİN BOZMA KARARI

Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesince salâhiyet noktasından davanın reddine dair verilen hüküm, müddei koca tarafından şu esbabı mucibelerle temyiz edilmiştir :

1 — Dava Medenî Kanunun 132 nci maddesine istinaden açılmış olmasına mebni ikametgâh mevzubahis olamıyacağını,

2 — Eskişehir'den mecburi olarak ve naklen Ankara'ya gelmiş bulunmasına göre Ankara'daki ikametinin muvakkat olmadığını ve ilerde nüfus kaydını da nakletmek suretiyle Ankara'ya yerleşmesinin ihtimal dahilinde bulunduğunu,

3 — Medenî Kanunun 152 nci maddesine göre evin intihabı kocaya ait bir hak olmasına ve halen de Ankara'da mesken intihap edip otırmakta bulunmasına göre karısının kendisi yanına gelmesi mecburi olıp, davanın salâhiyet noktasından reddine dair verilmiş olan hükmün nakzî gerektiği,

Müddeinin bu temyizi üzerine Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesince verilen kararda aynen şöyle denilmektedir : «Mesken ve ikanet olunacak mahallin tâyini kocaya ait olduğu cihetle hadisede salâhiyet bahismevzu olamıyacağı halde salâhiyet noktasından davanın reddne karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün (bozulmasına) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasna 17/2/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (1).

— II —

İKAMETGÂHLA MESKEN ARASINDAKİ FARK

— 1 —

İKAMETGÂH MEFHUMU

Bugünkü hukukî telâkkilere göre her şahsın muayyen bir yere bağ-

(1) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, esas : 7723, karar : 1009.

lı bulunması iktiza etmektedir. Hukukun, her şahsı muayyen bir yere bağlı tutmak istemesi keyfiyeti hiç şüphesiz ki bir şahsın arandığı zaman hukukan bağlı bulunduğu yerde kolayca bulunabilmesi gayesine mattuftur.

İkametgâh, medenî ve içtimaî zaruretlerin doğurduğu bir müessesedir. Bu günkü içtimaî hayatta insanlar arasındaki hukukî, ticarî ve iktisadî münasebetlerin emniyet dahilinde cereyan edebilmesi için mutlâka ikametgâha ihtiyaç vardır. Şahıs ile o şahsın bağlı bulunduğu yer arasındaki hukukî ittisali ifade eden ikametgâhı ortadan kaldırdığımız zaman, birbiriyle münasebette bulunan şahıslar arasında cari olan emniyet ve itimat da ortadan kalkar. Çünkü; böyle bir vaziyet karşısında alacaklı olan bir şahıs kendisine hukukan borçlu bulunan şahsın nerede bulunduğunu bilmek imkânından mahrum bulunduğu için alacağını elde etmekte büyük müşkülâta maruz kalır. Bu itibarla Medenî Kanunumuz ikametgâhsız bir kimse tanımamaktadır. Onun nazarında her şahsın muayyen bir ikametgâha bağlı olması lâzım ve zaruridir.

M. K. nun 20 inci maddesine göre, bir kimsenin ikametgâhının değişmesi yenisinin ittihazına mütevakkıftır. Binaenaleyh, yeni bir ikametgâh ittihaz olunmadıkça eski ikametgâh devam eder. M. K. numuzun 20 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki «Bir kimsenin evvelce bir ikametgâhı mevcut olduğu tâyin edilemediği, yahut memâliki ecnebiyedeki ikametgâhını terketmekle beraber Türkiye'de henüz yeni bir ikametgâha sahip olmadığı takdirde elyevm sakin olduğu mahal'le, ikametgâhı nazariyle bakılır» denilmesi hali ikametgâhın lüzumu prensibinin tabiî bir neticesidir. Bu fıkranın ihtiva ettiği hallerde kanun, sakin olunan yere ikametgâh nazariyle bakmıştır ki bu da, her şahsın bir ikametgâha bağlanması lüzum ve zaruretinin neticelerindendir.

Medenî Kanunumuzun 20 inci maddesine göre ikametgâh şu şekilde tarif olunmuştur :

«Bir kimsenin ikametgâhı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir.» Kanunun bu tarifine nazaran bir kimsenin bir yerde ikametgâh ittihaz edebilmesi için birisi objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki şartın birleşmiş olması lâzımdır.

1 — Objektif (Maddî) şart : Bir kimsenin muayyen bir yerde oturmasıdır. Bir kimsenin hayat münasebetlerinin merkezini nerede kurmak niyetinde olduğu bilhassa onun o mahalde oturmasiyle belli olur. Oturmanın uzun sürmesi kâfi değildir; az çok devamlılık mahiyeti arzetmesi lâzımdır, bu da ancak, o şahsın hayat münasebetlerinin merkezini o yerde kurmak arzusunda olup olmamasiyle belli olur. Oturmak, her

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

617

hangi bir mahalli daimî surette işgal etmek yani oradan ayrılmamak mânasına da gelmez. Bu itibarla bir yerde yerleşmiş olan kimse geri dönmek üzere başka bir mahalle gitse dahi kanun nazarında o şahsın ikametgâhında oturduğu kabul edilir.

2 — Sübjektif (Manevî) şart : Bir kimsenin muayyen bir yerde yerleşmek niyetidir. Yerleşmek niyeti, harici tezahürlerden anlaşılır. Bir kimse bir yeri hayat faaliyet ve muamelelerinin merkezi yaparsa o yeri ikametgâh ittihaz etmiş addolunur. Bir yerin ikametgâh addedilebilmesi için bu iki şartın bir arada bulunması lâzımdır. Bilfiil bir yerde oturmak vâkıası, o yerin ikametgâh addolunabilmesine kâfi olmadığı gibi, fiilen oturmaksızın her hangi bir yerde ikameti sadece niyet etmek de kâfi bir sebep değildir. Fakat, ikametgâhın teessüsünden sonra objektif unsur ortadan kalkmış olsa dahi sübjektif unsurun devamı ikametgâhın idamesi için kâfi bir sebeptir.

Yerleşme niyetinin bulunup bulunmadığını tâyin etmek bir tefsir meselesidir. Bir yerin, bir kimse için, ikametgâh olup olmadığına karar verebilmek için, o şahsın o yerde yerleşmek niyetiyle oturup oturmadığının anlaşılması lâzımdır. Binaenaleyh, bir kimsenin oturduğu yer o kimsenin hayat ve faaliyetlerinin merkezi vaziyetinde ise, o şahsın o yerde yerleşmek niyetiyle oturduğu mânasında kabul etmek iktiza eder.

— 2 —

MESKEN MEFHUMU

Mesken, bir kimsenin fiilen oturup kalktığı yer demektir. İkametgâh tamamen hukukî bir ittisalin ifadesi olduğu halde, mesken ise münhasıran fiili bir mahiyet arzetmektedir. Mesken fiilî vakıanın devamı müddetince temadî eder. Bu itibarla bilfiil oturmak keyfiyeti ortadan kalkar kalkmaz mesken vaziyeti mevzubahis olmadığı halde, ikametgâhın devam etmesi, fiilî vâkıanın devamına mütevakkıf değildir. Bir yeri ikametgâh ittihaz eden şahıs, ister o yerde bizzat bulunsun, ister bulunmasın daima o yerde hazır olduğu ad ve itibar olunur.

KARI KOCADAN HER HANGİ BİRİNİN EŞİNDEN AYRI BİR MESKEN İTTİHAZ EDEBİLECEĞİ HALLER VE İHTAR DAVASI

Evlilik birliği eşlere beraber yaşamak mükellefiyetini tahmil eder.

Evlenmenin eşlere tahmil ettiği bu mükellefiyetin ifası için muayyen bir meskenin intihap edilmiş bulunması lâzımdır.

M. K. zun 152 nci maddesi, evin intihabı hakkını kocaya bırakmıştır. Evin intihabı, sadece bir hak olmakla kalmaz; bu, aynı zamanda kocaya teveccüh eden en mühim bir vazifedir. Kanun tarafından kocaya tahmil edilen bu vazifeye karşılık karının da kocası tarafından iskâna sâlih bir şekilde temin edilmiş bulunan meskene gitmek mecburiyeti vardır. Karının haklı bir sebep olmaksızın kocasının intihap ettiği meskene gitmekten imtina eylemesi hali aile vazifelerini ihmal mânasını tazammun eder. Bu itibarla böyle bir vaziyet karşısında koca, hâkimin müdahelesini istemek hakkını haizdir.

Kanunun tâyin ve tesbit ettiği sebeplerden her hangi birinin mevcudiyeti halinde, karı kocadan her biri, ayrı bir mesken ittihaz etmek salâhiyetine sahiptir.

A — Medenî Kanunumuzun 162 nci maddesine nazaran eşlere ayrı bir mesken ittihaz etmek salâhiyeti veren sebeplerden biri, müşterek hayatın devamı yüzünden karı kocadan birinin sıhhatinin tehlikeye maruz kalmış olması halidir. Meselâ, eşlerden biri her hangi bir sarî hastalığa düçar olupta kendisini müşterek meskende tedavi ettirmekte ise, diğer eş sıhhatinin tehlikeye maruz kalmış olmasından dolayı ayrı bir mesken ittihaz edebilir (2).

Bu maddenin tanzim tarzından anlaşıldığına göre; tehlikenin, eşlerin birlikte yaşamalarından tevellüt etmesi lâzımdır, ancak, bu takdirde ayrı yaşamak keyfiyeti haklı görülmektedir.

B — Eşlerden birine ayrı bir mesken ittihazına salâhiyet veren sebeplerden biri de müşterek hayatın devamı yüzünden karı kocadan birinin şöhretinin tehlikeye düşmesidir. Meselâ, koca müşterek meskende şeref ve haysiyeti muhil bir san'atla iştigal ettiği veya müşterek mesken olarak seçtiği ev, suişöhretiyle maruf bir mahalde bulunması halinde karı ayrı bir mesken ittihazına salâhiyettardır.

C — Müşterek hayat yüzünden karı kocadan birisinin «işinin terâkkisi ciddî bir surette tehlikeye» düşmesi de ayrı bir mesken ittihazı salâhiyeti veren üçüncü bir sebeptir. Meselâ, koca müşterek meskende ic-

(2) Bu hususda fazla tafsilât için : İsmail Doğanay, Muhtelif Nafaka Dâvaları, Adalet Dergisi, s. 1948, sayı 2, sayfa : 132.

619

rayı tababetle veya başka bir san'at veya işle iştigal ettiği halde karısının hırçın ve huysuzluğu yüzünden müşterek meskende çalışmak imkânı mevcut olmaz veya koca müşterilerini kaybetmek tehlikesine maruz kalırsa; ayrı bir mesken ittihazına salâhiyettardır.

D — Ayrı bir mesken ittihazına salâhiyet veren diğer bir sebepte, boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra karı kocadan her biri dava devam ettiği müddetçe diğerinden ayrı bir mesken ittihazına salâhiyetlidir. Bu itibarla ihtar davasından evvel eşlerden her hangi biri tarafından diğeri aleyhine ikame edilmiş bir boşanma veya ayrılık davası mevcutsa, bu dava kesbikat'iyet edinciye kadar taraflar ayrı mesken ittihzına kanunen salâhiyetli olduklarından bu müddet içerisinde ihtara karar verilemez.

Kanunun tâyin ve tesbit ettiği bu sebeplerden her hangi birine istinaden ayrı bir mesken ittihazı için mahkemeden bir karar istihsali mecburiyeti yoktur. Fakat, karı kocadan her hangi biri kendiliğinden ayrı bir mesken ittihaz eylediği zaman diğer eş, ayrı bir mesken ittihazını mucip sebebin mevcut olmadığına itiraz edecek olursa, meselenin mahkemece halli zaruridir.

Karı kocadan her hangi birine diğerinden ayrı bir mesken ittihazı salâhiyeti bahşeden bu sebeplerden gayri her hangi bir sebeple müşterek meskeni terk eden eş aleyhine diğeri ihtar davasında bulunabilir.

M. K. nun 132 inci maddesine göre «Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle diğerini terk ettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise diğeri boşanma davasında bulunabilir. Davaya hakkı olan tarafın talebi ile hâkim, diğer tarafa bir ay zarfında evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilân tarikiyle yapılır. Şu kadar ki, boşanma davasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar talebinde bulunamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dava ikame olunamaz.».

M. K. nun bu maddesi hükmüne göre, eşlerden biri tarafından diğeri aleyhine ihtar davası açabilmesi için, eşlerin yekdiğerinden ayrı yaşamaları şarttır. Karı ile koca bir mesken içinde ve bir arada yaşadıkları müddetçe, birbiriyle temastan kat'i olarak içtinap etseler bile, yekdiğeri aleyhine ihtar davası açıp istihsal edecekleri ilâma müsteniden boşanma davası ikame edemezler. Ancak böyle bir vaziyette, eşler, başka bir sebebe istinaden yekdiğeri aleyhine boşanma davası ikame edebilirler.

670

M. K. nun 132 nci maddesine göre ihtar davası açabilmek için, eşlerin gerek yekdiğerini terk ve gerek muhik bir sebep olmaksızın müşterek meskene dönmemeleri halinin en az mütemadi bir şekilde iki ay devam etmiş olması şarttır. Fakat mücerret ihtar davasının ikamesine mâni olmak gayyesiyle meskeni terk eden veya avdet etmiyen taraf, arada bir görünerek diğer eşle karşılaşır veya ciddi bir surette aile birliğini mutat üzere tesis ve idame etmek niyetiyle hareket etmezse, hiç şüphesiz ki kanunun derpiş ettiği müddet inkıta'a uğramaz.

Müşterek meskeni terk veya meskene dönmemek keyfiyetleri iki ay devam ettikten sonra davaya hakkı olan taraf talep ettiği takdirde yargıcın diğer tarafa haneyi zevciyete bir ay zarfında avdet etmesini ihtar eylemesi iktiza eder. Yargıç tarafından vaki bu ihtara rağmen bir ay zarfında haneyi zevciyete avdet etmemekte ısrar eden eş aleyhine terke itimaden boşanma davası ikame edilir. Kanunumuza göre terke istinaden boşanma davası ikame edebilmek için 1+2=3 ayın geçmiş olması şarttır.

Haklı bir sebep olmaksızın haneyi zevciyeti terk eden eş aleyhine istihsal edilen ihtar ilâmı hükümleri ifa edilmediği müddetçe, müddeaaleyh vaziyetinde bulunan eşin diğer eş aleyhine, tedbir veya siyanet nafakası davası ikame ederek nafaka talep etmesine imkân yoktur.

— IV —

İHTAR DAVALARINDA SALÂHİYETLİ MAHKEME HUSUSUNDA YARGITAY İKİNCİ HUKUK DAİRESİNİN ESKİDENBERİ DEVAM EDEN İÇTİHADI

«Hukuk ve İçtihatlar Dergisi» ndeki mevzubahis yazıda; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin nakız kararı nakledildikten sonra yazının «Not» kısmında aynen şöyle denilmektedir :

«Ötedenberi Yargıtay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 20 inci maddesinin muhalif mefhumundan bir kimsenin memur ve amele olarak bir yerde bulunmasını orasını ikametgâh olarak tâyin ettiğine bir karine saymıyordu. Mümasil davalarda hakiki ikametgâhın tesbitini arıyordu. Bu davada dahi davacı Ankara'da memur olarak, hattâ kazancı ustası gibi çalışmak üzere bulunuyordu. Buna rağmen Yargıtay davacı için Ankara'yı ikametgâh saymış davanın Ankara'da tetkik edilebileceğini içtihat etmiştir.

«Acaba eski içtihattan bir dönüşmü vardır..?».

Buraya aynen dercettiğimiz sayın yargıcın mütalâasına göre, ihtar davalarında salâhiyetli mahkeme, tıpkı diğer hukuk davalarında olduğu

gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9 uncu maddesindeki umumî prensip veçhile müddeialeyhin ikametgâhı mahkemesidir. Kocanın ikametgâhı aynı zamanda karının da ikametgâhı addedilmesine ve mezkûr hadisede de tarafların kanunî ikametgâhları Eskişehir olmasına göre, Ankara mahkemesinin bu davayı rüyete salâhiyettar olmadığı kanaatındadırlar.

Bu davada, Devlet demir yollarında kazancı ustası olarak çalışan koca için Ankara'nın kanuni ikametgâh addedilemiyeceği hususunda sayın yargıçla hemfikiriz, kendilerinden ayrıldığımız cihet; ihtar davalarında salâhiyetin mevzubahis olamıyacağı hususudur. Çünkü; M. K. numuzun 152 nci maddesine göre meskenin intihabı hakkı münhasıran kocaya aittir. Evlilik birliği eşlere beraber yaşamak mükellefiyetini tahmil ettiğine göre, karı, M. K. nun kendisine ayrı mesken ittihazı salâhiyeti bahşeden sebepleri dışında kocasını takibe ve onun intihap edeceği evde oturmaya mecburdur. Aksi halde, evlilik birliğinin en esaslı gayelerinden biri olan müşterek hayatı bir arada idame ettirmek imkânı tasavvur dahi edilemez. Kadın arzu ederse kocasiyle müşterek hayatı idame ettirir, arzu etmezse kocasından ayrı bir şekilde yaşamayı tercih eder. Hiç şüphesiz ki kendisiyle birlikte yaşamaktan imtina eden karısı aleyhine ihtar davası açacak olan kocayı ikametgâh mahkemesinde dava ikamesine icbar etmek, evlilik birliğinden beklenen en mühim gayenin tahakkukuna mâni olmak demektir.

Bir insanın gerek içtimaî ve gerek medenî bütün ihtiyaçlarını tatmin edebilecek imkânları haiz bulunan büyük şehirlerimizden biri olan İstanbul'dan, evli bir memurun her hangi bir sebeple, senelerden beri oturduğu ve kanunî ikametgâhı haline soktuğu o güzel şehirden, içtimaî ve medenî ihtiyaçlar bakımından çok daha dun bir vaziyette bulunan şark vilâyetlerinden birine veya Orta Anadolu'da bir kasabaya naklen tâyin edilmiş bulunduğunu tasavvur edelim... İstanbul'un o güzel hayatından bir türlü ayrılmak istemiyen kadın, kocanın naklen tâyin edildiği şehre veya kasabaya birlikte gitmiyerek İstanbul'da kaldığını ve bilâhare de kocası tarafından haneyi zevciyete vaki davetlere icabet etmediğini düşünelim... Vatanın bu hücra köşesinde binbir mahrumiyetler içerisinde Devlet hizemti ifa eden bu zavallı memurun, memuriyet mahallinde, İstanbul'dan bir türlü ayrılmak istemiyen ve hattâ kocasından tedbir ve siyanet nafakası dahi almayı düşünen karısı aleyhine açtığı ihtar davasını salâhiyet bakımından reddederek kocaya; «Sen gitte ikametgâhınız bulunan İstanbul mahkemesinde karın aleyhine ihtar davası ikame et, veya kendine vekil tut da dava ikame et» demek, bilmem ki ne derece hukukî mantık ve aklıselime uygundur...?

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin mevzubahis ihtar davasında verdiiği nakız kararında aynen «Mesken ve ikamet olunacak mahallin tâyini kcocaya ait olduğu cihetle hâdisede salâhiyet bahis mevzuu olamıyacağı hıalde...» diyerek, nakız kararının hiç bir yerinde ikametgâhtan hiç bahseedilmiyerek münhasıran «Mesken ve ikamet olunacak mahallin tâyinii...» ıstılâhları kullanıldığı halde, her nedense sayın yargıcın «Not» bıaşlığı altındaki yazısında aynen «Bu davada dahi davacı Ankara'da memıur olarak, hattâ kazancı ustası gibi çalışmak üzere bulunuyordu. Buna raığmen Yargıtay davacı için Ankara'yı ikametgâh saymış davanın Ankaara'da tetkik edilebileceğini içtihat etmiştir.» ibaresi kullanılmaktadır.

Türk Hukuk kütüphanesine «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İçttihatları» adında çok faydalı bir eser hediye etmiş bulunan değerli yaargıcın, nakız kararındaki «Mesken ve ikamet olunacak mahal» tabirini «ikkametgâh» mânasında kabul etmesine veya bu iki hukukî istılâh arasımdaki farkı sezmemesine maddeten imkân olmadığı kanaatındayız.

Sayın yargıç, «Not» başlığı altındaki yazısının en sonunda da «Acaba eski içtihattan bir dönüşmü vardır...?» sualini sormak suretiyle, son mevzubahis ihtar davasında ki nakız kararına gelinceye kadar Yargıtay İkiinci Hukuk Dairesince ihtar davalarında salâhiyetli mahkemenin kanunî ikametgâh mahkemesi olduğu ve bir kimsenin memur veya amele olarak her hangi bir yerde oturması halinde orasının kanunî ikametgâh olamıyacağı yolunda içtihat edegelmekte iken bu nakız kararından itibaren eskki içtihadı terkederek yeni bir içtihat kabul edildiğini zannetmektedirler. Halbuki, yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin eskidenberi devam eden içtihadı; ihtar davalarında salâhiyetin mevzubahis olamıyacağı ve bir kimsenin her hangi bir yerde sadece amele veya memur olarak oturması halinde orasının kendisi için ikametgâh değil, mesken olacağı şeklindedir...

Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin arzedeceğimiz şu iki gayri ımünteşir kararında da görüleceği veçhiyle, dairece eskidenberi ihtar davalarında salâhiyetin mevzubahis olamıyacağı, kadın, her hangi bir yerde kocasının intihap eylediği meskene gitmekle mükellef olduğu yolunıda içtihat edegelmektedir.

Mezkûr Yargıtay kararlarından birinde : «Müddeaaleyhanın muhik sebep olmaksızın davacı kocasının Bursa'da ihzar ettiği eve gelmediği şahadetle tahakkuk etmiş ve mümaileyha hazır olduğu celsede evin keşfolunmasını istemişse de keşfi icabettirecek bir hal ve sebep iddia ve beyanı eylememiş olmasına ve M. K. nun 152 nci maddesi mucibince karı

her hangi bir mahalde kocasının intihap ettiği meskene gelmekle mükellef olduğuna binaen itirazlar varid değildir reddiyle hükmün (tasdikına) 4/4/1940 tarihinde ittifakla karar verildi.» (3) denilmektedir.

Bu Yargıtay kararından üç sene sonra aynı daire tarafından ittihaz olunan diğer bir Yargıtay kararının müstenidatı olan hadise de şöyle cereyan etmiştir :

Otuz senelik karı koca olan taraflar Ankara'da ikamet ederlerken, kadın, ortada muhik hiç bir sebep mevcut olmadığı halde Ankaradaki kocası evini terk ederek, her iki tarafında kanunî ikametgâhları bulunan Burdurdaki babası yanına gitmiştir. Koca, Ankara Asliye Birinci Hukuk mahkemesinde ikame ettiği davada; muhik bir sebep olmaksızın evi terk eden karısının haneyi zevciyete avdetinin ihtarına karar verilmesini talep etmiştir. Ankara Asliye Birinci Hukuk mahkemesi tıpkı mevzubahis ihtar davasında olduğu gibi tarafların kanunî ikametgâhları Burdur olmasına mebni salâhiyet noktasından davanın reddine karar vermiştir. Müddei kocanın temyizi üzerine Yargıtayca verilen nakız kararında; «Her ne kadar müddeiaaleyh nüfus kayıtlarının halen Burdur'da olup nakil ettirmediğini ifade ve ikrar etmiş ise de dava evlilik birliğinin devamı için ihtar talebinden ibaret ve karı kocasını takibe mecbur olmasına göre salâhiyet itirazı varit olmadığı halde salâhiyet noktasından davanın reddine karar verilmesi muhalif ve temyiz itirazları varid olduğundan mümeyyezünbih hükmün (Nakzına) 23/3/1943 tarihinde ittifakla karar verildi.» (4) denilmektedir.

Buraya naklettiğimiz şu iki Yargıtay kararı da gösteriyor ki, sayın yargıcın zannettikleri gibi eski içtihattan bir dönüş mevzubahis olmayıp bilâkis, eski içtihat aynen tatbik edilmektedir.

Kadına, kocasından ayrı bir mesken ittihazı salâhiyeti bahşeden kanunî sebeplerden her hangi biri mevcut olmadıkça, kadının, kocası tarafından intihap edilen meskene gitmesi zaruridir. Burada, kocanın müşterek ikametgâhtan ayrı olarak intihap ettiği meskende uzun veya kısa bir müddet için oturup oturmaması keyfiyeti de haizi tesir değildir. Meselâ, koca yaz mevsimini geçirmek üzere her hangi bir yerde veya bir sayfiyede mesken intihap etse karısı kendisini takibe mecburdur. Hattâ koca, muvakkat bir zaman için dahi olsa bir ecnebi memlekete giderek karısını yanına davet etse, kadının bu davete icabet etmek mecburiyeti vardır.

(3) Yargıtay 2. H. D., esas : 3275, karar : 1266.
(4) Yargıtay 2. H. D., esas : 4564, Karar : 1396.

Çünkü meskenin intihabı hakkı münhasıran kocaya bahşedilmiş kanunî bir haktır.

Burada bir noktayı bilhassa arzetmek isterim ki o da, koca, karısı aleyhine salâhiyet mevzubahis olmadan istihsal ettiği ihtar ilâmına istinaden terk sebebiyle boşanma davası ikame etmek istese bu davayı mutlâka kanunî ikametgâhları olan mahal mahkemesinde ikameye mecburdur. Bu husus Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin müstekâr içtihadındandır.

BİBLİYOGRAFYA

Mukbil ÖZYÖRÜK : **Kamulaştırma Hukuku.** Sayfa : 247, lira : 6.

Ankara Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Asistanı Dr. Mukbil Özyörük tarafından yayınlanan **«Kamulaştırma Hukuku»** adlı eser, Hukuk Kütüphanemizdeki bir boşluğu daha doldurmuştur.

Kıymetli eser; Prof. Süheyp Derbil'in bir önsözü ile başlamakta, giriş, üç bölüm, iki ek ve bir sonuç ile bitmektedir.

Girişte : Kamu hizmetlerinin ayni icra vasıtaları ele alınmakta, bu vasıtaların temini hususundaki hukukî imkânlar araştırılmakta ve söz kamulaştırılmağa getirildikten sonra «Genel Bilgiler» başlığını alan I. bölümde : Kamulaştırmanın mahiyeti, tarihi, gelişimi, kamulaştırma hakkının fikrî ve maddî kaynakları ile mevzuatımızın durumu, Kamu faydasının mahiyet, gelişme ve hükümleri incelenmiş ve tazminat meselesi ile kimler için kamulaştırma yapılabileceği, nelerin kamulaştırılabileceği gözden geçirilmiştir.

II nci bölümde : İdarî safha, Adlî safha ve jüri safhaları ile kamulaştırma hükmü etraflı olarak tetkik olunmuştur.

III üncü bölümde, Çeçitli kamulaştırmalara ayrılmış : Kısmî ve istisnaî kamulaştırmalar, bölge kamulaştırmaları, özel kamulaştırma, Köy, Devlet demiryolları, Millî Savunma, Çiftçiyi topraklandırma, Orman ve maden kamulaştırmaları izah olunmuştur.

Ek : I de : Kamulaştırmadan cayma, Ek : II de : Şerefiye meselesi belirtilmiştir.

Eser aynı zamanda kamulaştırma hukukumuzu; kanunlarımızı tefsir, Danıştay ve Yargıtay Kararları ile Bakanlık tamim ve tebliğleri yönünden de aydınlatıcı değerdedir.

***

Dr. Fahri ÇALKIN ve Muhsin TUĞSAVUL : **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları.** İstanbul Cumhuriyet Basımevi : 1948, lira : 5.

Ankara Asliye 2nci Hukuk Yargıç Yardımcısı Dr. Fahri Çalkın ile Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi yetkili raportörü Muhsin Tuğsavul taraflarından hazırlanıp bu kerre bastırılan eser, konuya giriş yazısiyle başlamakta olup mevzuu dört kısımda incelemektedir :

Kısım I. de : Haksız fiilden doğan mesuliyetin esası ve sahası; Kısım II. de : Tazminat davaları; Kısım III. de : Hususî kanunlardan doğan tazminat davaları; Kısım IV. de : Uyuşmazlık mahkemesi kararları tetkik olunmuş ve kitap sonuna haksız fiillere dair Yargıtay Kararları ilâve olunmuştur.

Kıymetli eserin birinci kısım birinci bölümü : Kusur, Tehlike nazariyelerinin tahliline ve içtimaî tesanüt fikri neticelerinin izahına hasredilmiş ve haksız fiilden doğan mesuliyetin sahası, Hukukî ve cezaî mesuliyet, Cezada ve Hukukta kusur, Ceza mahkemesinde mahkûmiyetin hukuk mahkemesinin kararına tesiri, Ceza mahkemesindeki beraatin hukuk mahkemesine tesiri, Akdi - adi kusur, Akitten doğan mesuliyet, Haksız fiilden doğan mesuliyet sahası konuları hakkında bilgi verilmiştir.

Birinci kısım ikinci bölümde : Haksız fiilden doğan mesuliyetlerin şartları, Haksız fiilin tarifi ve mahiyeti, bu hususiaki sübjektif ve objektif nazariyeler, Hukuka aykırılğın isbatı, Fiilden doğan haksızlık bahsini kaldıran sebepler, Kanunun veya âmirin verdiği emrin ifası, Hususî hukukun verdiği hak ve vazifelerin kullanılması, meşru müdafaa, ıztırar hali, İhkakı hak, Mağdurun rızası, Fiilden - Hukuka aykırılık vasfını kaldıran sebeplerin isbatı, ahlâka aykırı fiilden doğan zararın ödenmesi hususlarında durulmuş ve yine bu kısımda tazminatla mükellef olanlar hakkında izahat verilmiştir.

İkinci kısımda : Adam öldürmeden, Müessir fiilden doğan tazminat davalariyle namus, şeref ve haysiyete tecavüzden doğan tazminat halleri ve bina sahipleri, hayvan sahiplerinin sorumluluklariyle istihdam edenlerin, Devlet ve belediyelerin, Askerlerin, Veli ve vasilerin, Nakil vasıtası işleten ve kullananların haksız fiilleri sebebiyle mesuliyetleri ve haksız ve gayri kanuni rekabetten doğan tazminat davaları, Borçlar Kanunu ve diğer alâkalı mevzuat ve temyiz içtihatları yönünden incelenmiş bulunmaktadır.

Üçüncü kısımda : Yargıç ve Savcıların mesuliyeti, Yargı erkini veya âmme haklarını kullanırken vaki olan kararlarda dolayısiyle sorumluluk, Hukuk yargıçlarının mesuliyeti ve bu mesuliyetten doğan davalarda vazifeli mahkeme, Ceza yargıçlarının mesuliyetlerinden dolayı vazifeli mahkeme, Yargıç ve savcıların idarî vazifelerini ifa ederken yaptıkları haksız fiiller sebebiyle mesuliyet, Bakanların haksız muameleleri sebebiyle mesuliyetleri, Yargılama mercii, Husumet, Doktor, Dişçi ve sünnetçilerin haksız fiilleri sebebiyle mesuliyet, Dişçi ebe ve sünnetçilerin sorumlulukları, Veterinerlerin mesuliyetleri, Eczacıların mesuli-

yeti, Orman suçlarından doğan tazminat davaları ve bu davalarda zamanaşımı, çiftçi mallarını tahripten doğan tazminat davaları, iş hukuku ve maden kazalarından doğan tazminat davaları, Avukat ve dava vekillerinin haksız muameleleri sebebiyle mesuliyetleri, Noterlerin mesuliyeti, Polis Vazife Ve Salâhiyet Kanunundan doğan tazminat davaları gibi her biri hususî hukuk sahasında ehemmiyet arzeden mevzular ince bir tetkike tabi tutulmuş ve bu konulara ait muhtelif nazariyeler izah edilmekle beraber eserin son kısmına ilâve olunan Yargıtay Kararlariyle de bunların tatbikat şekilleri gösterilmiştir. Eser gerek nazari ve gerek tatbiki bakımlardan fayda sağlayıcı kıymettedir.

*
* *

Necdet UL : **Askerî Adliyede Görev ve Yetki.** İstanbul Tan Basımevi : 948, sayfa : 52, 125 krş.

Pertek eski Savcı Yardımcısı ve halen yedek Askerî Adlî Yargıç Necdet Ul tarafından yayınlanan bu eserde : I — Umumî olarak Görev ve Yetki mefhumları, II — Askerî mahkemelerin görevleri, III — Askerî Adliyede yetki, IV — Davaların birleştirilmesi, V — Görev ve yetki uyuşmazlıkları konuları incelenmiş ve bu konudaki kanun maddeleri kitap sonuna alınmıştır.

Eserde görev ve yetki mefhumları hakkında genel mahiyette ve kısaca bilgi verilmiş askerî mahkemelerin görev ve yetkileri bahis konusu edilerek umumî mahkemelerdeki görev ve yetki ile mukayese yapılmıştır. Ayrıca Askeri Adliyedeki görevi tâyine yarayan kıstaslar ve âmiller kısaca gösterilmiştir. Daha sonra askeri mahkemeler arasındaki görev ve yetki bölümleri izah olunmuş, istisnaları ve özel adlî âmirlik yetkileriyle davaların birleştirilmesi, gerek görev ve gerek yetkiye müteallik uyuşmazlıklar belirtilmiştir.

Konu hakkındaki adlî ve Askerî Yargıtayın en son içtihatlarını kapsayan ve üzerinde pek az durulmuş olan askeri görev ve yetki meselesini aydınlatan eser Türk hukuku için fayda sağlayan değerdedir.

*
**

İçtihadı Birleştirme Kararları : Ceza Kısmı 930/947. Ankara Yeni Cezaevi : 1948, lira : 4.

Adalet Bakanlığınca son günlerde yayınlanan meslekî kitaplardan 930-947 yıllarına ait Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk kısmını evvelce tanıtmıştık. Bu kerre aynı serinin Ceza kısmı da ilki gibi pek iyi kâğıda itinalı bir şekilde basılmıştır.

Faydalı olan bu kitaptan edinmek istiyenlerin bedeli olan 4 lirayı ambalaj, muhabere ve taahhütlü posta ücrei masrafı 36 kuruşla birlikte Adalet Bakanlığı Yayım Müdürlüğüne göndermeleri gerekmektedir.

***

İsmail Hakkı ÜLGEN : **Hukuk Bilgisi.** İstanbul Millî Eğitim Basımevi, krş. 120.

***

Naim TEZMEN : **2311 Sayılı Kanunun İdarî Makamlarca Tatbik Şekli ve Ceza Davası.** İstanbul Yeni Mecmua Basımevi : 1948, krş. 100.

***

Mazhar Nedim GÖKNİL : **Hava Hukuku Notları.** İstanbul İbrahim Horoz Basımevi. krş. 120.

***

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (Son değişikliklere göre) : İstanbul İnkılâp Kitapevi. krş. 125.

***

İleri Hukuk Dergisi. Sayı : 35, krş. 50.

Makaleler : Dr. Necmettin Berkin : Alman Hukukunda İflâsın İcra aktine tesiri (terceme); Galip Menteşe : Devlet Alım Satımlarında mukavele tanzimi için 15 günde taahhüdün ifası hali;

Kararlar : «Âmme menfaati için yapılan istimlâklerde idare namına tescil, İtiraz müddetleri ve resmi dairelerce istimlâkten sarfı nazar edilmesi,, hakkında Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurul Kararı; Ayrıca muhtelif konularda 4 tane ticaret, 1 beşinci Hukuk, 4 İcra ve İflâs ve 1 ve 4 üncü Ceza Daireleri kararları....

***

Ayın Dergi. Sayı : 36, krş. 500.

Makaleler : Kâmil Boran : Rıza ile öldürme ve intihar; Kemal Ş. Onsun : Vekâletnameyi haiz olmıyan vekilin açtığı dava mesmu olabilir. Dr. Necmettin Berki'nin Dr. Franz Leonhard'dan dilimize çevirdiği Alman Hukukunda Vasiyetnamenin şekli;

Kararlar : 1 Yargıtay Tevhidi İçtihat, 7 Ticaret, 1 üçüncü, 5 beşinci Hukuk ve 1 üçüncü Ceza Dairesi kararları.

629

*
**

İstanbul Barosu Dergisi : Sayı : 3, Yıl : XXII, krş. 50.

Kıymetli Hukuk Dergisinin Mart 948 nüshası : Ordinaryüs Prof. Ebül'ûlâ Mardin'in kat mülkiyeti; Avukat Nihat Bartu'nun yazıları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul ve Özel Daire kararlariyle Baronun yıllık aile toplantısı, vefat eden avukatlar hakkındaki meslek haberler ve Cemal Köseoğlu'nun haşiyeli Türk Ceza Kanununa dair bibliyoğrafya ile yayınlanmıştır.

*
**

Aynı Dergi : Sayı : 4.

Doktrin : Prof. Mazhar Nedim Göknil : Denizde Devletçilik ve hususî teşebbüs, Avukat Nurullah Kunter : Ceza davası zamanaşımının durması, İçtihatlar : Yargıtay İçtihadı Birleştirme, Genel Kurul ve Özel Daire kararları.

Meslek haberleri : Avukat Ölüler.

*
**

Maliye ve Hukuk Dergisi, Yıl : 7, Sayı : 4, Krş. 50.

Heray muntazaman yayınlanan derginin Nisan 948 sayısı : Yeni Emeklilik Kanunu maddelerinden alınana bazı kısımlar ile İzzet Gener'in : Yüksek öğretimini yapan öğrenciler çocuk zammından ne suretle faydalanırlar; Avni Arıkut'un : Tüccar ve esnafın ödiyecekleri kira Kazanç Vergisi zamları hakkındaki yazılardan başka Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Kanunlar, yönetmelikler, Bakanlar Kurulu Kararları, Maliye Bakanlığı genelgeleri ile sorulara verilen cevabı yazılarla çıkmıştır.

*
**

İdare Dergisi. Sayı : 191, Krş. 100.

İki ayda bir yayınlanan derginin Mart - Nisan 948 aylarına ait sayısı aşağıdaki münderecatı ihtiva etmektedir :

Dr. Halim Alyot : Dünya harbini kovalayan günlerde idareye düşen vazifeler ve idarî konuda bu harbin tecrübelerinden alınacak dersler; Ekrem Polat Avşaroğlu : Seçim Hüviyet Kartı. Yusuf Danışman : İngiliz ve Kanada Merkez Teşkilâtı; Suat Engin : Gayrimenkule Tecavüzün mahiyet ve neticeleri; İzzet Eraydın : İngiltere Mahallî İdare kuruluş ve yetkileri; Sahip Örge : Özel İdare Bütçelerinin bugünkü durumu, Fahri Tokmakçıoğlu : Köyün ve köylünün ihtiyaçları; Sabati Ataman : Belçi-

630

kada Komün muhtarlığı; Ertuğrul Berkson: Sulhun anatomisi; H. Berkson : Umumî Efkâr ve Hükûmet; Fransız Memurin Kanunu; İsviçre - Zürih Kantonunun Seçim Nizamnamesi; Zühtü Gökçeeren : Alaşkirt ilcesi; Danıştay kararları.

Danıştay kararlar dergisi. Sayı : 33, krş. 50.

***

Danıştayca her üç ayda yayınlanan derginin bu sayısı : Danışma, Yargı, Dava Daireleri Genel Kurulu, İçtihadı birleştirme ve uyuşmazlık mahkemesi ve 4, 5, 6 ncı daire kararlariyle yayınlanmıştır.

***

Aynı Dergi : Sayı : 34, 35, krş. 100.

Bu sayılarda yine Danışma, Yargı, Dava daireleri, Genel Kurul kararları ile başka kararlar, 4, 5, 6 ncı daire kararları ve uyuşmazlık mahkemesi kararları ile çıkarılmıştır.

***

İnsan Hakları. Sayı : 16, Krş. 50.

Derginin Nisan 948 ayına ait nüshası : Prof: Zeki Mesud Alsan : Hürriyet ve esaret mücadelesi; Nazım Poroy : İnsan ve vatandaş hakları; Orhan Kutlu : «Genocidi» bir insan topluluğunun kasden imhası (devam);

Prof. Zeki Mesut Alsan : İnsanların güvenliği; Nazım Poroy : İnsan san hakları anayasa tasarısı; Doçent Bahri Savcı : Sıhhat hakları (devam).
ve Vatandaş hakları beyannamelerine dair (devam): Seha L. Meray : İn-

***

Doçent Bahri Savcı : Sıhhat Hakkı yazılariyle yayınlanmıştır.

Aynı Dergi. Sayı : 17.

***

İş. Sayı : 80, Nisan : 948.

İ. Ş. : Marşal; Prof. Fındıkoğlu Z. Fahri : Kominizm ile Sosyolizmin farkları; H. C. Honey - Dr. H. Sait : Yeni Türkçe; Dr. Orhan Tuna : İsviçre de sendikacılık, Prof Andre Hourion : Bugünkü Fransız esas teşkilâtı; Y. Rıdvan : Ereğli İşletmelerinde ücret; M. Ali Gökberk: Ormancılığımız hakkında teşkilât; Y. Yaşar : Madencinin kitabı, Dr. Koyulhi-

sarlı : Sovyet işçilerinin ücreti; Almanyadan bir mektup, Bilmecemiz, Soyadlarımız, Halit Nazmi'nin ölümü v. s.

***

Aynı Dergi. Sayı : 81, Mayıs : 948.

İ. Ş. Bir kene daha; Y. Yaşar : Marshall plânı; Cahit Okurer : Prof. Remzi Oğuzun kitabı; Madencilere dair bir eser, Bilmece; Bir şikâyet, İş ve işçi bulmada faaliyet, Bulgaristan Türkleri, Bugünkü Almanya v.s.

***

Siyasî İlimler Mecmuası. Ocak : 948, Sayı : 202, krş. 50.

Çeşitli konulardaki yazılarla ayda bir çıkan dergi bu sayısiyle 17 nci yıl neşriyatına başlamış bulunmaktadır.

İsmet İnönü : Kâzım Karabekir'in aziz hâtırası; Halide Edip Adıvar: Büyük idealist Mahatma Gandi; H. R. Ertuğ : 948 yılına girerken, Muhtar Yazır : **Hukukî sistem ihtiyacı;** N. Z. Aral : Yeni hükümetin malî siyaseti; Ord. Prof. H. Ş. Baban : Serbest altun piyasası; Kâmuran Acet : Avrupanın iktisadî kalkınması (terceme); N. Z. Aral : 948 bütçesine dair; Prof. Andre Houriou'ın ziyareti münasebetiyle; H. R. Ertuğ : Avrupa bölgesi çalışma konferansı; Dr. N. Â. Sav : Milletlerarası ticaret ve çalışma konferansı; Naci Serez : Doğu Avrupada kominizm : II (terceme); H. R. Ertuğ : «Türkiye de genel kolluk» adlı eser hakkında bibliyoğrafyası v. s.

***

Aynı Dergi. Şubat : 948, Sayı : 203.

Prof. H. R. Ertuğ : Hukukî ve iktisadî muvazene; N. Z. Aral : Devlet Borçları; İ. A. Uçkun : Belçikada yapılan malî tecrübe : I (terceme); Naci Serez : Hindistan Pakistan; H. R. Ertuğ : **Hukuka giriş;** N. Z. Aral : Katma bülçeler; 1. Emel Semizoğlu : M. Andre Hauriou'nun konferansları; Dr. N. Â. Sav : Frangın yeni değeri; N. Serez : Doğu Avrupada komünizm III (terceme); A. H. Özkent : (Vakıflar) adlı eser bibliyografyası.

Aynı Dergi. Cilt XVII. Sayı : 204.

Prof. H, R. Ertuğ : Haberleşme hürriyeti konferansı; N. Z. Aral : Devlet borçları : II; İ. A. Uçkun : Belçika'da yapılan malî tecrübe II; N. Serez : Avrupa federasyonunun kurulmasına doğru; H. R. Ertuğ : **Hukuka Giriş;** N. Z. Aral : Katma bütçeler; Prof. Andre Hauriou ile bir mülâkat; Dr. N. Â. Sav : Sterling'in değeri; Naci Serez : Doğu Avrupa'da Kominzm (terceme); A. H. Özkent : «Vakıflar» adlı eser bibliyoğrafyası mabaadı.

K. D.

632

Terfi İçin Prensip Kararı

ADALET BAKANLIĞINDAN :

Yargıç ve Savcılarla Yardımcılarının bir yükselme süresinde gördükleri işlerle verdikleri kararlardan Yargıtaya intikal eylemiş olanlarının yapılan Temyiz incelemesi sonunda verilen notlara bakılarak grafik münhanisinin derecesine göre bir sene evvelki başarı muvacehesinde Genel olarak yükselme için evvelce konulmuş bulunan esas hadleri ve prensipleri değiştirmeyi gerekli kılacak mahiyette olmadığı görüldüğünden önümüzdeki sene için de geçen sene karar altına alınıp yayınlanmış olan hususların değiştirilmemesine ve yürürlüğüne karar verilmiştir.

Şöyle ki :

1 — Bir Yargıç veya Savcının Yargıtaya intikal eyliyerek incelenip karara bağlanmış olan karar ve lâyihalarından aldığı notların yüzde yetmişinin çok iyi, iyi veya orta olması yükselmede esastır.

2 — Karar ve işlemleri yüzde seksen altıyı bulanlardan aldıkları notların yüzde elliden fazlası ortanın üstünde olanlar tercihan yükseltilebilirler.

3 — Tercihan yükselmede en aşağı 40 karar veya işlemin Yargıtaya gelmiş ve incelenmiş bulunması gereklidir.

4 — Yargıtaya 40 işi gelmemiş olanların, ehliyetlerini ispat için gönderecekleri kararlar veya diğer vesikalarla ilmî ve meslekî kudret ve kabiliyetleri anlaşıldığı ve kurulca buna kanaat edildiği takdirde tercihan yükseltilmelerine karar verilebilir.

5 — Aldığı notların yüzde sekseninden fazlası çok iyi ve iyi olanların umum notları içinde zayıf bulunmamak şartiyle mümtazen yükseltilmelerine karar verilebilir.

6 — Ayırma Kurulunun incelemeye tabi tutacağı notlar bir yükselme süresi olan iki takvim yılıdır.

ADALET DERGİSİ

Sayısı 100, yıllık abonesi 1000 kuruştur.

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

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

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

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar. yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

615

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 4 8

686