ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

SAYI: 6

637

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.

638

ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA HER AY ÇIKARILIR

Y Yıl : 39 | Haziran: 1948 | Sayı: 6

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :		Sahife
Profroff.Dr.FARUK EREM	Memnu Hakların İadesi.	621—649
ÂKİKİL ÖNDER	Öz adla soy adının değiştirilmeleri davalariyle öz ad soy adı ve yaş ve kayıt tashihi davalarının mahiyetleri ve mukayeseleri	650—664
Dr. ir. IREŞAT D. TESAL	Modern Hukukun Kaynakları	665—676
Dr. r. H. UMA	İsviçre Ceza Kanunu	677—712
İSMSMAİL DOĞANAY	Evlât edinme ve bir kimse kardeşini evlât edinebilir mi?	713—740
AHMHMET TURGUT ERTEM	Beyyine	741—750
MUIUHARREM İLLEEZ	T. C. Kanununun 430 uncu maddesinin 2 nci fıkrası üzerinde bir inceleme	751—754
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI		755—782
BİBLİYOGRAFYA		783—787

639

ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞINCA AYDA BİR AY ÇIKARILIR

Yıl: 39 Haziran 1948 Sayı: 6

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER : Sahife

Ceza Kanunumuzun Hakların Tadeli ..... 621—649

Ceza, Borç ve Ticaret Kanunlarında Bir Suçun Cezasının Değiştirilmesi Davasile Bir Suçun Sebebi Olduğu Hak ve Borç Davalarının Mahiyetleri ve Tesirleri ..... 650—664

Devletçilik ve Ticaret Hukukun Kaynakları ..... 665—676

Devlet ve Suç İsviçre Ceza Kanunu ..... 677—712

Amme Borçlarının Evlât edilmede ve bir kimse Kardeşini evlât edinebilir mi? ..... 713—740

Ahmet Turgut Beyzade ..... 741—750

Muhakeme Usulleri T. C. Kanununun 430 uncu maddesinin 2 nci fıkrası üzerinde bir inceleme ..... 751—754

İsviçre Federal Mahkeme Kararları ..... 755—782

Bibliyografya ..... 783—787

Memnu Hakların İadesi

Yazan : **Prof. Dr. Faruk EREM**

Plân : I. Tarif ve mahiyeti II. Tarihçe, III. Mevzuu : A. Amme hizmetlerinden memnuiyet, B. Diğer ehliyetsizlikler, IV. Şartları : A. Deneme müddeti (a. Diğer bir cezaya bağlı ehliyetsizlikler : «aa. cezanın çekilmek suretiyle kalkması, bb. cezanın af ile kalkması cc. cezanın zamanaşımı ile düşmesi, b. diğer bir cezaya bağlı olmayan ehliyetsizlikler c. mükerrirler), B. İyi hal, C. Mahkûmiyet borçlarının ödenmiş olması, V. Usul: A. Talebin şekli, B. Merci, C. İnceleme, Ç. Karar (a. talebin reddi kararı: 1. Esastan red 2. Şekil noksanından) VI. Neticeleri : A. Mahkûmiyet B. Makable şâmil olmama, VII. Tenkid.

I. TARİF VE MAHİYETİ : Memnu hakların iadesi, ceza mahkûmiyetinden doğan müebbet memnuiyet ve müebbet ehliyetsizlikleri, istikbal için kaldıran, adli bir muameledir. Kaybedilen ehliyet hükümlüye, bu yol ile geri verilmek suretiyle, cemiyette «iyi hal» sahibi olmanın karşılığı tanınmış olur (1).

---

(1) Bibliyografya : ALLEGRA (Giuliano) il riconoscimento della sentenza penale straniera, Milano 1943. - ANDRE (Louis), La récidive, Paris 1899. Archivio Penale, 1946, fascicolo V, VI, s. 325 : Estensione ai partigiani delle norme per la riabilitazione dei condannati che abbiano participato ad cperazioni belliche con fedelta ed onore. - BALKUVAR (Ziya), Memnu hakların iadesi, Adliye Dergisi, 1942, s. 1273. - BATTAGLINI (Giulio), Diritto penale, Bologna 1940. - BETTIOL (Giuseppe), Diritto penale, Palermo 1945. - BRAAS, Précis de droit pénal, bası 3, Bruxelles 1946. - BRUNO, Codice penale del Regno d'italia, Floransa 1925 .- CAIAZZO (Domenico), La recidiva, Genova, 1942. - CARRIVE (F.), Chronique de jurisprudence, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1939, s. 95. - CLERC (François), Introduction á l'étude du code pénal suisse, Partie générale Lozan 1942. - DALLOZ, repertoire pratique de legislation, de doctrine et de juris prudence, C. X, Paris 1924. - DALLOZ, Code d'instruction criminelle et code pénal, bası, 20, Paris 1922. - DEGOIS, Traité élémentaire de droit criminel, bası 2, Paris 1922. - DONNEDIEU DE VABRES (H.), Traité élémentaire de droit criminel et de lègislation pénale comparee, Bası 2, Paris 1943. - ayni müellif, La justice pénale d'aujourd'hui, Paris 1941. - FERRI, Principii di dritto criminale, Torino 1928. - ayni müellif, Sociologia criminale, C. II, Torini 1930. - FLORIAN, Trat tato di diritto penale C. I. - ayni müellif, Principii di diritto processua le penale, bası 2, Torino 1932.-FROSSALI, diritto penale, Milano 1942. - ayni müellif, procedura penale, Milano 1942. - HIPPEL (R.), Manuale di diritto penale, Napoli 936. - GABRIELI (F.) Gli istuti generali del codice penale, Roma 936. - GARRAUD, Traité théorique et pratique de droit pénal français, C. II, bası 3, Paris 1928. - ayni müellif, Traitéthéorique et pratique d'instruction criminelle, C. V. Paris 1928. - GOYET, Le ministere public, Paris 1939. - Guitteau (A.) Réhabilitation des condamnés, Paris 1901. - NYPELS - SERVAIS, Le code pénel Belge interprété Bruxelles 1938.

641

Hükûmlü kanunun aradığı şartlar içinde, muayyen bir müddet geçirdikten sonra memnu haklarının iadesi hususunda «sübjektif hak» iktisap eder; adli makam bu hakkın husulü için kanunun aradığı şartların mevcut olup olmadığını, talep üzerine, aramakla mükelleftir. Bu suretle memnu hakların yeniden iktisabı adli bir karar ile «tanınmış» olur. Memnu hakların iadesi adli bir «atıfet» değildir. Kanunun aradığı şartların mevcudiyeti sabit olunca mahkeme, memnu hakların iadesi talebini reddedemez, bu sebeple red kararının gerekçeli olması lâzımdır. Kararın gerekçeli olması mecburiyeti, hükümlünün sübjektif hakkının teminatıdır (2).

An'anevi telâkki, memnu hakların iadesini «Egemen Merhametin Tezahürü» sayar. Bu sebeple memnu hakların iadesi ile «Af» yetkisi uzun zaman birbiriyle karıştırılmıştır. Bâzı Alman müelliflerinin, memnu hakların iadesini, umumi ve hususi affa dahil saymaları bu yüzdendir (3). Memnu hakların iadesinde bu anlayış «Ceza» hakkındaki modern prensiplere uymaz : Memnu haklar, adli makam tarafından, mahkûmun haklarını, iktisaba ve kullanmağa temamiyle ehil olduğuna dair tam bir tahkikattan sonra geri verilir. Halbuki «Egemen Merhamet Muameleleri «bağımsız bir takdire dayanır, bu takdir hakikata uygun düşebilir, fakat hakikata uygun olmayabilir de (4).

Memnu hakların iadesi «Suçluyu Islâh» işinde son basamaktır, «İnfaz Sistemi» ni tamamlar (5).

Memnu hakların iadesi hükümleri TCK.nda müstakil bir «Bap»da

- LISZT, Traitéde droit pénanl Allemand, Paris 1911. - LOGOZ, Commentaire du code pénel suisse, 1939. - Majno, Ceza Kanunu şerhi, Bakanlik tercümesi. - Manfredini (M.), Manuale di diritto penale, - MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, C. III, Bası 2, Torino 1926. - ayni müellif, Trattato di diritto penale italiano seccondo il codice del 1930. - ORTOLAN, Eléments de droit pénal, bası 5, C. II, Paris 1886.-PANCHAUD, Le code pénal suisse, Lozan 1942 . -PANNAIN (R.), Manuale di diritto penale, Roma 1942. - PINATEL (J.), Précis de science pénitentiaire Paris 1945. - PRINS, Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899. - ROUX (J. A.), Cours de droit criminel Français, C. I, bası 2, Paris 1927. - SABATINI (G.), İstituzioni di diritto penale, C. III, Catania 1946. - SCHUIND (G.), Traité pratique de droit criminel, bas(3, Bruxelles 1944. - TALAT, İade hukuku memnua, Ceridei Adliye 1326 N. 34 s. 1785. - VALENTINO, (Luigi), Codice penale, Roma 1947. - VIDAL - MAGNOL, Cours de droit Criminel et de science péniten tiaire, bası 8, Paris 1935.

(2) Aynı mahiyette, Manzini n. 776, 784.

(3) Bu hususta bak. Florian § 11, s. 442 not 1; Liszt § 75, s. 436, II; karşılaştırınız : Hippel § 63, s. 306, IV; Donnedieu de Vabres (La justice..) s. 189.

(4) Bak. Florian § 11.

(5) Bak. Vidal n. 598; Pinatel s. 66; Prins n. 947.

(onuncu bap) yer almıştır (6). Usule taallûk eden hükümler, CMUK.ndadır.. (Dokucuncu kitap). TCK. memnu hakların iadesi hükümlerine müstakil bir bap tahsis etmek suretiyle meyhaz kanundan ayrılmış bulunuyor. Meyhaz kanunda memnu hakların iadesine müteallik hükümler «Ceeza Davası ve Ceza Mahkûmiyetlerinin Sukûtu» başlıklı bap (Dokuzuncu Bap m. 100) dadır. Memnu hakların iadesine müstakil bir bap tahsisi ve bu suretle cezaları düşüren diğer sebeplerden farklı tutulması, TCIK.nun TBMM.ne sevk edilen ilk metninden (7) başlamıştır, «Adliye Nezzareti»nce hazırlanmış olan meyhaz kanunun ilk tercümesinde (8) ve Eskişehirde Yargıtayda kurulan komisyonun müzakeresine konu olan mettinde (9) bu ayrılık yoktur.

Meyhaz Kanun «Hakların ademi iadesi halinde mahkûmiyetin neticesi olan ehliyetsizlik ve mahrumiyetlerin ilânıhaye devam edeceği» (10) ve bu sebeple memnu hakların iadesinin mahkûmiyetin neticelerini düşüren bir sebep sayılması gerektiğini düşünmüş ve bu müesseseyi diğer sukût sebepleri ile birlikte aynı bapta toplamıştır. Bu sebeple meyhaz kanunu şerhedenler arasında memnu hakların iadesi mefhumunu, mahkûmiyetten mütevellit ehliyetsizlikleri düşürücü, zaman aşımının hususî bir şekli sayanlar vardır (11).

Memnu hakların iadesinin sukût sebepleri arasında sayılması mümkün ise de bu müessesenin bâriz hususiyetleri de aşikârdır : Genel, özel af, zamanaşımı müesseselerinde ferdin iradesine değer tanınmamıştır (12)). Memnu hakların iadesi ise «talep»e bağlıdır (13). Diğer taraftan memnu hakların iadesinde «mahkûmiyetin ehliyetsiz kıldığı kimseye ehliyetin iadesi» ni tazammun eden «adli bir beyan» vasfı mevcuttur (14).

Memnu hakların iadesinin, diğer müesseselerden teknik farklarına gelince : Memnu hakların iadesi «Muhakemenin İadesi»nden ayrıdır. Muhakemenin iadesi bir «haksızlığın giderilmesi»ni sağlamak maksadı ile kanunun vazettiği «hususi mahiyette» bir yoldur. Memnu hakların

(6) Memnu hakların iadesi müessesesinin mevzuuna göre tetkiki de mümkündür. Burada yalnız TCK ve CUMK. na göre memnu hakların iadesi incelenecektir. Ticari ehliyetsizlikler hakkında bak. Garraud n. 780, s. 667; Balkuvar s. 1304; Manzini n. 777; Vidal n. 602 bis; Majno n. 598. - İnzibati cezalarla ilgili iade hakkında bak. Garraud s. 653 not 5; Balkuvar s. 1309; Vidal n. 602 bis.

(7) Adliye Vekâleti TCK. lâyihası, Ankara 1925, onuncu bap m. 148 - 151.

(8) Adliye Nezareti, Ceza Kanunu lâyihası, İstanbul Matbaayı Âmire 1325.

(9) Basılmamış zabıt s. 93, 1 Eylül 1341 tarihli toplantı.

(10) Majno m. 100 n. 587.

(11) Ezcümle Manzini n. 776.

(12) Bak. TCK. 117.

(13) Bak. TCK. 121-124; CUMK. 416-420.

(14) Logoz s. 315 n. 3; karşılaştırınız Braas n. 566.

iadesi bir haksızlığın giderilmesi değil, bir kimsenin mahkûmiyetten mütevellit ehliyetsizlikte tutulmasını haklı gösteren sosyal ve ahlâkî sebeplerin kalkmış olmasına dayanır. Muhakemenin iadesi kararı geçmişe tesir eder, memnu hakların iadesine müteallik kararın ise, tesiri ancak gelecek içindir. Mahkûmun ölümü, muhakemenin iadesi talebine mâni değildir. Onun hatırasının temiz kalması için, kanunda gösterilen kişiler (15) iade talebinde bulunabilirler. Ölünün memnu haklarının iadesi — bu iade ile bazı muamelelerin muteber sayılmasını sağlamak mümkün olsa bile — mümkün değildir. Geçmişi temamiyle silen «umumi af» ve mahkûmiyeti bırakan, yalnız cezaya tesir eden «hususi af» mahkûmiyetin doğurduğu ehliyetsizlikleri yalnız gelecek için kaldıran, memnu hakların iadesinden ayrı müesseselerdir.

Memnu hakların iadesine ait olan hükümler TCK. nun «Umumi Hükümler»i meyanında yer alır. Bu sebeple :

Ehliyetsizlik tevlit eden hükümlülüğün mevzuu olan suç ne olursa olsun memnu hakların iadesi yoluna gidilebilir. Kanun bâzı suçları bâzı müesseselerden hariç tutmak yolundaki sistemi (16) memnu hakların iadesi için kabul etmemiştir. Başka türlü hükme bağlanmamış özel kanun konularında da, memnu hakların iadesine dair hükümler uygulanır. Özel bir kanundan doğan ehliyetsizliklerin bu yol ile giderilebilmesi için, o kanunda bu ehliyetsizliklerin memnu hakların iadesine konu olabileceğine, dair sarahata lüzum yoktur (TCK. 10).

II. TARİHÇE : Bu günkü mânada memnu hakların iadesi müessesesinin menşe'i Fransız mevzuatıdır (17). Eski Fransız hukukunda «lettres de réhabilitation», orta devir Fransız hukukunda medenî vaftiz (baptême civique) isimleri altında anılan bü müessese, önceleri muhtelif tahditlerle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa alındı. Bilâhire muhtelif kanunlarla (18) müessesenin modern prensipleri ortaya çıkmağa başladı. En esaslı değişiklik 14 Ağustos 1885 Kanunu ile yapıldı (19). O zamana ka-

(15) CUMK. 329.

(16) Meselâ zamanaşımı için TCK. 102, son f. 118.

(17) Roma Hukukunda bu müessese «restitutio in integrum» halinde mevcut idi. Bu hususta bak. Florian § 11; Roma Hukukundaki bu müessese ve bilhassa «indulgentia» bir çok müelliflerce memnu hakların iadesi olarak sayılmaktadır. Fakat bu müessese şimdiki memnu hakların iadesi müessesesinden daha çok genişti ve özel affın bir neticesinden başka bir şey değildi. bak. Nanzini n. 775; Garraud n. 772.

(18) 18 Nisan 1848, 3 Haziran 1852, 14 Ağustos 1885, 10 Mart 1898, 4 Nisan 1915, 19 Mart 1919, 18 Nisan 1919 Kanunları.

(19) Loi sur les moyens de prévenir la récidive (Liberation conditionelle, patronage réhabilitation). Bu kanun hakkında bak. André s. 49-50.

dar Devlet Reisi veya Adliye Nazırı tarafından idari yol ile yapılan memnu hakların iadesi bu kanundan sonra adli makamın (istinaf mahkemesi) yetkisine ithal edildi. Bu kanundan evvel memnu hakların iadesi, ehliyetsizlikleri gelecek için kaldırıyordu. Halbuki 1885 Kanunundan sonra, memnu hakların iadesi «mahkûmiyeti kaldıran» bir sebep sayıldı.

Bilâhara 26 Mart 1891 Kanunu ile Fransız hukukunda müeccel mahkûmiyetler hakkında memnu hakların bi hakkın iadesi (réhabilitation de droit) usulü ihdas edildi. İlerde mahiyetini izah edeceğimiz bu müessese, adli sicil hakkındaki 1899 ve 1900 Kanunları ile umumî bir müessese haline getirildi (20).

Fransız kanunlarının tesiri ile memnu hakların iadesi yolunun diğer memleketlere (21) ve bu meyanda İtalyaya intikal ettiği görülmektedir.

Memleketimize gelince : Evvelki CMUK. nu (m. 463 - 478) Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan alınmış ve bu müessese böylece memleketimize girmiş bulunuyordu. Bilâhara İtalyan 1889 Kanunundan alınan Ceza Kanununun memnu hakların iadesine ait hükümleri eski hükümlerden farklıdır. Fakat müessesenin İtalyaya da Fransız kaynaklarından intikali, prensiplerde az çok vahdeti sağlamaktadır.

III. MEVZUU : Ceza mahkûmiyetinden mütevellit olmak şartı ile her çeşit ehliyetsizlik memnu hakların iadesi yoluyla giderilebilir. O halde memnu hakların iadesi müessesesinin mevzuu «Ceza mahkûmiyetinden mütevellit ehliyetsizlikler» dir. Bu ehliyetsizliklerin Ceza Kanununda yazılı olması şart değildir. Ceza Kanunundan gayri kanunların ceza mahkûmiyetine müsteniden tâyin etmiş oldukları ehliyetsizlikler de buraya girer. Fakat ceza mahkûmiyetinin hiç bir müebbet ehliyetsizlikte tevlit etmiyeceği sabit olmuş ise memnu hakların iadesi talebi kabul olunmamalıdır (22). Usul Hukukunda «mevzuu olmayan talep»lere yer verilemez. Bazı müellifler, bilhassa Fransız müellifleri hiç bir ehliyetsizlik tevlit etmiyen mahkûmiyetler hakkında da memnu hakların iadesi yoluna

(20) Müessesenin tarihi gelişimi hakkında bak. Vidal n. 598; Balkuvar s. 1275; Logoz s. 314; Garraud n. 772; Roux s. 525; Manzini n. 775; Florian § 11; Ortolan n. 1923.

(21) 1885 Fransız Kanununun tesiri ile memnu hakların iadesinin münhasıran adli bir muamele olmak vasfı 25 Nisan 1896 Belçika Kanununa (bak. Braas n. 571), 6 Ağustos 1897 Norveç Kanunu, 22 Mart 1903 tarihli Rus Kanunu, yeni İsviçre Ceza Kanunu (m. 76-79), Yeni İtalyan Ceza Kanunu (bak. Manzini s. 429 not 7), intikal etmiştir. Bak. Le nouveau projet de code pénal hellénique, Louvain 1947, m. 104.

(22) 1 CD 11/6/940, 1641-1667 : «121 inci madde serahatına göre suçlunun mahkûm olup çekmiş olduğu cezasının miktarı itibariyle bir çok medeni haklardan istifade edemiyeceği düşünülmeksizin talebinin reddine karar verilmesi yolsuzdur.». Köseoğlu m. 121.

gidilebileceği fikrindedir. Bu müelliflere, kendi memleketleri mevzuatı karşısında hak vermek mümkündür. Ezcümle Fransada (23) memnu hakların iadesi «mahkumiyet»i de kaldıran bir sebebdir. Binaenaleyh iadeyi istemek için her zaman sebep var demektir. Memnu hakların iadesi halinde adli sicildeki kaydın silineceğine dair kanuni bir hükmün mevcut olduğu memleketlerde de hal yine böyledir. Adli sicildeki kaydın silinmesini sağlamakta elbette hükümlünün menfaatı vardır. Fakat bizim mevzuatımız bu iki sebebe de yer vermemektedir (24).

TCK. «Hidematı ammeden memnuiyet ve ceza mahkûmiyetinden mütevellit diğer nevi ademi ehliyet cezaları»nın bu yol ile giderilebileceğinden bahseder. Bu ibarede kullanılan «Ceza» tabiri meyhaz kanunda yoktur. Kanunumuzda bu kelimenin kullanılması bir tercüme hatasından ibarettir. Kanun vazıının hususi bir kasdı mevcut olduğu sanılmamalıdır. Binaenaleyh ceza mahiyetinde olan ehliyetsizlikler (hukuku bağlayıcı cezalar) bu yol ile giderilebileceği gibi, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olan her çeşit ehliyetsizlikler de aynı yol ile giderilebilir. Mahkûmiyet hükmünde «memnuiyet» veya «ademi ehliyet» den bahsedilmiş olması şart değildir (25). Her hangi bir kanunun Ceza mahkûmiyetine müsteniden «kanuni netice» olarak kabul ettiği bütün ehliyetsizliklerin giderilmesine bu yol açıktır.

TCK. «müebbet» ehliyetsizliklerden gayrısına bu yola kapalı tutmuştur. Ceza Kanunu (m. 121) «müebbeden âmme hizmetlerinden memnuiyet» ve «diğer nevi ademi ehliyet»in memnu hakların iadesi yoluyla giderilebileceğini bildirmektedir. Bu madde kanunda daha iyi yazılabilirdi. Yalnız âmme hizmetlerinden memnuiyetin «müebbet» olması, diğer nevi ehliyetsizliğin «muvakkat» dahi olabileceği neticesine varmak doğru değildir. Kanun memnu hakların iadesini âmme hizmetlerinden ancak «müebbet» memnuiyete hasredip diğer ehliyetsizliklerin muvakkat olanlarına dahi bu yolu açık tuttuğunu zannetmek «mantık yorumu» sayılamaz.

A. Amme hizmetlerinden memnuiyet : Çok geniş ehliyetsizlik tevlit eden (TCK. 20) âmme hizmetlerinden memnuiyetin bir «ceza mahkûmiyetinden mütevellit» olacağı tabiidir. Amme hizmetlerinden memnuiyet

(23) Bak. Garraud n. 775, s. 652 not 4; André s. 190.
(24) Adli Sicil K. 3, C; Aksi mütalâa Balkuvar s. 1286.
(25) Yargıtay, Başsavcılığın şu mütalaâsını kabul etmemiştir : «Suçlu aleyhine tatbik olunan 456-2, ve 56 ncı maddelerde ve tâyin olunan cezayı mutazammın hüküm fıkrasında hidematı âmmeden mahrumiyeti mucip bir feri ceza ve mahkûmdan nezedelmiş bir hak ve ehliyetsizliğe müteallik bir kayıt bulunmamasına binaen memnu hakların iadesi hakkında sebk eden talep gayri varittir», CGK 22/9/941, tem. kar. 941-492 s. 73.

bazı hallerde asli bir cezanın yanında fer'i ceza olarak yer alır (26). Bazı hallerde de Ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesidir (27).

Âmme hizmetlerinden muvakkat memnuiyetin gerek ceza (TCK. 20, f. 3), gerek kanuni netice (m. 31) olduğu halerde, yukarı haddi beş senedir. Memnu hakların iadesi talebinde bulunulabilmek için de kanunun yine beş senelik müddet kabul etmiş olması bir tesadüf sayılmamalıdır. Bu suretle kanun şöyle bir haksızlığın önüne geçmek istemiştir :

Evvelce işaret edildiği veçhiyle ancak âmme hizmetlerinden «müebbet» memnuiyet, memnu hakların iadesi yoluyla giderilebilir (TCK 121). Binaenaleyh muvakkat memnuiyete çarpılan kişi, ceza müddetini doldurmağa mecburdur. Muvakkat memnuiyet bu suretle çekilmek veya zamanaşımı ile düşmek (TCK. 115) suretiyle nihayete erer. Âmme hizmetlerinden müebbeden mahrum olanın bu mahrumiyeti memnu hakların iadesi yoluyla gidermesi mümkün iken bu cezaya muvakkaten mahkûm olanın aynı imkândan istifade edememesi doğru olamaz. Bu sebeple kanun memnu hakların iadesi talebinde bulunulabilmek için asgari müddeti «beş sene» kabul etmiş ve muvakkaten âmme hizmetlerinden memnuiyetin azami müddetini yine beş sene olarak tâyin etmiştir. Fakat kanunun kabul ettiği sistem ile haksızlık ancak bir dereceye kadar giderilmiş olmaktadır. Çünkü kanunda âmme hizmetlerinden muvakkat memnuiyetin beş seneyi aştığı haller vardır (TCK. 75). Bu hususdaki haksızlığı bertaraf etmek için, memnu hakların iadesi yolunu, âmme hizmetlerinden muvakkat memnuiyete de teşmili düşünülemez. Böyle bir yorum kanunun sarahatına aykırı düşer (26).

B. Diğer ehliyetsizlikler : Kanun yalnız âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet hakkında değil, «ceza mahkûmiyetinden mütevellit diğer nevi ademi ehliyet» hakkında da memnu hakların iadesini kabul etmiştir. Memnu hakların iadesi yoluyla giderilmeleri için bu ehliyetsizliklerin de «müebbet» olması lâzım geldiği evvelce işaret edilmişti. Bu çeşit ehliyetsizlikler yalnız TCK. unda yazılı olanlar değildir. Diğer kanunlarda yazılı ve ceza mahkûmiyetinden mütevellit her çeşit müebbet ehliyetsizliğe (27) karşı memnu hakların iadesi yolu açıktır. Yargıtay İçti-

(26) Âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet hakkında bak. m. 225, 230, f. 2, 232, 302, f. 3 vs.

(27) Âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet için bak. m. 31.

(26*) Aynı mahiyette Florian § 11; Manzini n. 778; aksi mütalâa s. 1279.

(27*) Manzini n. 778.

hadı da bu yoldadır (28). TCK. nun 121 inci maddesindeki «diğer nevi ademi ehliyet» tabirine yalnız TCK. unda yazılı ehliyetsizlik (hiyleli, taksiratlı iflâsda olduğu gibi, m. 506, 507) dahil olduğu iddeası kabul edilemez (29).

TCK. unda yazılı müebbet ehliyetsizlikler meyanında, bazı cürümlerden mahkûm olan usulün velâyet hakkını, vasinin vesayeti kaybetmesi (TCK 437, 479), ruhani memurların görevlerini icradan mennedilmeleri (TCK. 242), zikredilebilir. Muayyen bir meslek veya sanatın icrasının tatili ehliyetsizlik tevlit eden bir ceza olmakla beraber, muvakkat olması hasebiyle (TCK. 25) memnu hakların iadesi yoluna gidilemez. Bu cezanın 290 ve 295 inci maddelerde âmme hizmetlerinden memnuiyet cezasiyla birlikte verildiği hallerde memnu hakların iadesine tabi olabileceği mütalâası (30) varit değildir, çünkü bu maddelerde muayyen bir meslek veya sanatın icrasından «müebbet» memnuiyet bahis mevzuu değildir.

Bir çok hususi kanunlar, ceza mahkûmiyetinden mütevellit müebbet ehliyetsizlikler vaz'etmişlerdir. Bütün bu ehliyetsizliklerin memnu hakların iadesi yoluyla giderilmesi mümkündür. Yegâne şart bu ehliyetsizliğin bir «ceza mahkûmiyetinden mütevellit» olmasıdır (31). Memnuiyet veya ehliyetsizlizlik birden ziyade mahkûmiyet kararından neşet edebilir.

Mahkûmiyet kararının Türk mahkemelerinden verilmiş olması lâ-

28) CGK 2/2/941 tem. kar. 941-942 s. 73 : «121 inci maddede ceza mahkûmiyetinden mütevellit ademi ehliyetin dahi memnu hakların iadesi tariki ile izale edilebileceği sarahaten gösterilip bu nevi ehliyetsizliklerin başkaca çarei izalesi olmadığı düşünülerek talebin nazara alınması iktiza ederken yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur». - CGK 13/1/937 tem. kar. 937 s. 151 : «121 ve ondan sonraki maddeler hükmüne göre memnu hakların iadesi gerek bu mahkûmiyetin neticesi olan ve gerek ceza şeklinde hükmedilmiş bulunan mahrumiyetlerin bazı ceza mahkûmiyetlerinden mütevellit her nevi ehliyetsizliklerin bertaraf edilmesi demek olup Ceza Kanunu bakımından olan memnuiyetlere maksur değildir».

(29) CGK. Başsavcılığın şu mütalâasını kabul etmemiştir : «Gerçi 121 inci maddede memnu hakların ve ehliyetsizliklerin iadesi bir takım kuyut ve şeraiti kanuniye dairesinde talep olunabileceği musarrah ise de bu talep TCK. unda mündemiç bilûmum cezalar hakkında mutlak surette mevzuu bahis olmayıp ancak hukuku âmmeden mahrumiyet cezasını müstelzim cürümlerde ve ehliyetsizliği istilzam eden hiyleli veya taksiratlı iflâs suçlarında kabili tatbik olduğu halde bu esasatı kanuniye nazari dikkate alınmayarak 121 inci maddenin mutlak bir mânada telâkkisiyle fiili müessir gibi hiç bir suretle teallûk etmiyen hallere teşmil edilmesi doğru değildir», tem. kar. 941-942 s. 73.

(30) Balkuvar s. 1282.

(31) Misal olmak üzere bak. İstiklâl Madalyası K. 7; Vakıflar K. 33; Memurin K. 5; Köy K. 33; Belediye K. 23 vs.

zımdır. Meyhaz kanunu şerhedenlerde aynı neticeye varmışlardır. (32). Bu müellifler eski İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 629 uncu maddesindeki şu hükme dayanmaktadırlar : «Kazası dahilinde mahkûmiyet kararı verilmiş olan istinaf mahkemesi»ne memnu hakların iadesi için müracaat olunacaktır. Binaenaleyh ancak İtalyan Mahkemelerinden verilen mahkûmiyet hükmünden mütevellit hukuku bağlayıcı neticelere karşı memnu hakların iadesine müracaat edilebilecektir. Diğer taraftan İtalyan Ceza Kanununun 7 nci maddesi (f. 2) «vatandaş»dan bahsetmektedir. Usul Kanunumuz da böyle bir yoruma dayanak olabilecek lafzi bir hüküm yoktur, İtalyan Ceza Kanununun 7 nci maddesine tekabül eden TCK. nun 8. maddesinde, bu hükmün vatandaşa münhasır olduğuna dair sarih bir kayıt mevcut değildir. Fakat buna rağmen gerek Usul, gerek Ceza Kanununun memnu hakların iadesine ait olan hükümlerinden mahkûmiyet kararının Türk mahkemelerinden verilmiş olması lâzım geldiği neticesi çıkmaktadır. Esasen memleketimizde yabancı ceza ilâmlarının tenfizi bir sistem olarak kabul edilmiş değildir ve yabancı mahkemelerden verilen bir mahkûmiyet hükmü kanunda bir serahat mevcut olmadıkça, Türkiyede cezai netice husule getiremez (33). Eğer 8 inci maddeye müsteniden «mahkeme yabancı memlekette hükmolunan mahrumiyet ve iskatı ehliyet cezaları netayicinin Türkiyede dahi cari olacağına» karar vermiş ise, ehliyetsizliklerin giderilmesi için memnu hakların iadesi yoluna baş vurmak hakkını hükümlüden esirgemek için bir sebep yoktur.

IV. ŞARTLARI : Kanunun tâyin ettiği «deneme müddeti»ni «iyi hal» ile geçirmiş ve «mahkûmiyet borçları»nı ödemiş bulunan hükümlü memnu haklarının iadesini istiyebilir. Kanun, müddet, iyi hal, mahkûmiyet borçlarını ödeme şartlarından başka şart aramamaktadır. Şartların mevcudiyeti halinde hükümlünün sübjektif hakkı kanunen doğmuş olacağından bu şartlara ilâve sayılabilecek tahditler ve mükellefiyetler vazetmeğe mahkemenin hakkı yoktur. Bu sebeple meselâ bazı yabancı memleket kanunlarınca aranan, hükümlünün muayyen bir komünde asgari bir müddet ikamet etmiş olması şartı, hükümlüye tahmil olunamaz. Mahkûmun ikametgâhının bağlı bulunduğu yer mahkemesini yetkili sayan Usul Kanunu (m. 416) o yerde hükümlünün asgari bir müddettenberi ikamet etmiş olması mecburiyetini tahmil etmemektedir.

(32) Ezcümle Manzini n. 778.

(33) Ecnebi mahkemelerden verilen ceza mahkûmiyetlerinin tanınmasına dair yeni yabancı kanunlarda sarih hükümler konulmak yoluna gidilmiştir. Ezcümle bak. Yeni İtalyan Ceza Kanunu m. 12, karşılaştırınız m. 181; bak. Allegra s. 82.

A. Deneme müddeti : Kanun memnu hakların iadesi için asgari bir müddetin geçmiş olmasını lüzumlu görmektedir. Böylece asgari bir müddetten evvel memnu hakların iadesine cevaz verilmemesi şu düşüncelere dayanır : Mahkûm, memnuiyet ve ehliyetsizliklerin tevlit ettiği mahrumiyeti bir müddet hissetmiş olmalıdır ki ehliyetin nimetini takdir edebilsin. Diğer taraftan hükümlünün iyi hale kat'i surette dönmüş olduğu kanaatinin yargıçta husulü için asgari bir deneme müddetine ihtiyaç vardır. Çünkü hakiki iyi hal sürekli olandır. Deneme müddetinin kanunda tâyini hususunda iki şekilde hareket olunabilir : Mahkûmiyete sebep olan suçun nev'ine göre deneme müddetlerini farklı olarak tâyin etmek veya böyle bir fark yapmaksızın tek müddet kabul etmek (34). TCK. sonuncuyu kabul etmiştir.

TCK. nun kabul ettiği deneme müddetleri beş ve yedi senelik müddetlerdir. Mükerrirler hakkında kanun bu müddetlerin iki mislini kabul etmiştir.

a. Diğer bir cezaya bağlı ehliyetsizlikler : Âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet veya müebbet başka bir ehliyetsizlik diğer bir cezaya bağlı ise, deneme müddetinin gerek uzunluğu gerek başlangıcını tâyin için bu cezanın ne şekilde ortadan kalktığını araştımak lâzımdır. Cezanın hükümlünün ölümü ile veya mahkûmiyetin genel af ile ortadan kalkması halinde memnu hakların iadesi esasen bahis mevzuu değildir. Çünkü ölüm ve genel af ceza mahkûmiyetini «bütün neticeleri ile birlikte» kaldırır (TCK. 96, f. 2; 97).

aa. Cezanın çekilmek suretiyle kalkması : Halinde müddet beş senedir (35). Müddetin başlangıcı cezanın tamamiyle çekildiği gündür. Müddet «cezanın temamen infazından» başlar, cezanın «temamen» infazının yalnız mükerrirlerde (TCK. 123) aranılan bir şart olduğu sanılmamalıdır.

---

(34) Florian (§ 11) birinci fikri kabul eder.

(35) 3038 sayılı Kanunla 122 nci maddenin tadilinden evvel müddet üç sene idi. Haklı bir gerekçe ile değiştirildi : «Bu maddenin mer'i kanunumuzda ki şekline göre âmme hizmetlerinden müebbeden memnu olanlar, bu cezaya muvakkaten mahkûm olanlardan daha imtiyazlı bir vaziyette bulunmaktadırlar. Filhakika beş sene müddetle âmme hizmetlerinden muvakkaten memnu olan kimse asıl cezadan sonra bu müddet geçmedikçe memnu hakların iadesi talebinde bulunmadığı halde müebbeden bu cezaya mahkûm olan kimse asıl cezayı çektikten veya bu ceza af ile sakit olduktan itibaren üç sene geçer geçmez memnu haklarını talep edebilecektir. Bu yanlışlığı değiştirmek için encümenimiz birinci fıkradaki 3 ve 5 senelik müddetleri beş ve yedi seneye çıkarmak suretiyle maddeyi değiştirmiştir», 3038 sayılı K. hakkında Ad. Komisyonu raporu.

Müddet cezanın tamamen infazından başlayacağına göre müebbet mahkûmiyetlerde memnu hakların iadesi yoluna gidilemeyecektir. Fakat müebbet cezanın muvakkatleşmesi (m. 13, f. 5) veya muvakkate çevrilmesi (m. 98) halinde bu yoldan faydalanma mümkün olabilecektir.

Şartla salıverilme halinde müddetin başlangıcı, şartla salıverilme günü değil cezanın «icra edilmiş sayılacağı» (TCK. 17, f. 2) gündür. Çünkü şartla salıverilme kararı geri alınmaksızın ceza müddeti geçmiş olmalıdır ki ceza «çekilmiş» sayılabilsin.

Şartla salıverilme müddeti esnasında ceza «çekilmekte» sayılır (36) ve şartla salıverilme kararının bu müddet içinde geri alınması mümkündür (37). Şartla salıverilme kararı geri alınmış ise müddet hükümlünün yeniden kati olarak tahliye edildiği günden başlar.

«Tecil» edilmiş ceza «çekilmiş» ceza değildir. Bu sebeple cezası tecil edilmiş olan kimse memnu hakların iadesi yoluna gidemez. Tecildeki deneme müddeti geçtikten sonra mahkûmiyet «esasen vaki olmamış» sayılacağından (TCK. 95) ceza mahkûmiyetinden mütevellit ehliyetsizlikler bahis mevzuu olamıyacaktır (38). Fakat kararda bazı ehlyetsizlikler sarahaten tecil dışı bırakılmış ise (TCK. 91) bunların deneme müddeti sonunda mahkûmiyetiyle birlikte «esasen vaki olmamış» sayılmalarına kadar giderilmeleri mümkün olamayacaktır (39). Âmme nizamı mülâhazaları ile vazedilmiş olan tecilden hükümlünün feragatı da bahis mevzuu olamaz (40). Eğer tecil düşmüş ise (TCK. 95) memnu hakların iadesi deneme müddeti cezanın çekildiği günden başlar (41). Müeccel mahkûmiyetin cezası hususi af ile kaldırılmış ise deneme müddetinin bu tarihten işlemeğe başlayacağına karar verilmiştir (42).

Hükümlünün asıl cezasını çektikten sonra «Emniyeti Umumiye Nezareti» tedbirine tâbi tutulması halinde deneme müddetinin sonunda memnu hakların iadesini istemesine mâni yoktur. Çünkü kanun asıl «ceza»nın çekildiği tarihi deneme müddetine başlangıç saymıştır. Emniyeti Umumiye Nezareti ise ceza değil (bak. TCK. 11) emniyet tetbiridir (43). Diğer taraftan hükümlüye memnu haklarını iade etmek onu emniyeti

(36) Manzini n. 783; bak. Dalloz (code) m. 621 not 1; Vidal s. 699 not 4.
(37) Garraud n. 776.
(38) Aynı mahiyette Donnedieu de Vabres n. 998.
(39) Bu hususta bak. Vidal s. 698 not 2; Garraud n. 776; André s. 194; Dalloz (code) m. 619 n. 3; Logoz m. 76 n. 2; Balkuvar s. 1288; Dalloz (rêpertcire) n. 23.
(40) Vidal s. 698 not 2; Garraud n. 776.
(41) Logoz m. 76 n. 2.
(42) Fransız mahkeme içtihadı, Dalloz (rêpertoire) n. 23.
(43) Aynı mütalâa Manzini n. 783; Aksi mütalâa Balkuvar s. 1280 not 3.

umumiye nezareti altında bulunmak tedbirinden kurtarmaz. Bu tedbirin tâyin edilen müddetten evvel kaldırılması hususunda kanun hükümlüye başka bir yolu açık bulundurmaktadır (TCK. 42). Emniyeti umumiye nezaretinden gayri tetbirler hakkında da aynı mütalâa varittir. Yeni İtalyan Kanunu emniyet tetbirine tâbi bulunanların memnu haklarının iadesini isteyemeyeceklerine dair sarih hüküm koymak suretiyle meseleyi halletmek istemiştir (44).

bb. Cezanın af ile kalkması : Halinde müddet yine beş senedir. Kanun aynı müddeti kabul etmek suretiyle, cezanın çekilmiş olması ve devletin cezayı çektirmek hakkından feragatını aynı değerde kabul etmiştir. Burada bahis konusu olan özel aftır. Genel af, ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile kaldırdığından iade edilecek memnu bir hak yoktur (45).

Müddetin başlangıcı cezanın af ile kalkmış olduğu gündür. Bilâhara beyani mahiyetteki kararların müddetin başlangıcına tesiri olamaz (46).

cc. Cezanın zamanaşımı ile düşmesi : Halinde müddet yedi senedir (47) (48). Müddetin başlangıcı ceza zamanaşımının dolduğu gündür. Eğer cezaya muvakkat bir ehliyetsizlikte ilâve olunmuş ise, müebbet ehliyetsizliğin memnu hakların iadesi yoluyla giderilebilmesi için muvakkat ehliyetsizliğin de ortadan kalkmış olması lâzımdır. Manzini (49) böyle hallerde deneme müddetinin asıl cezanın çekildiği veya düştüğü günden başlayacağı fikrindedir.

Zamanaşımının af gibi cezayı düşürücü «kanuni» bir sebep olmasına rağmen deneme müddetinin ceza özel af ile düşmüş ise beş sene, zaman aşımı ile düşmüş ise yedi sene olarak kabulünü izah müşküldür. Bununla beraber zamanaşımında «kanuna karşı gelmek suretiyle cezadan kurtulmak» vasfının mevcut olduğu, bu sebeple ceza, zamanaşımı ile düşmüş ise deneme müddetinin daha uzun olması lâzım geleceği düşünebilir. Fakat bu düşünce varit ise deneme müddetini uzun tutmak değil, belki de

(44) M. 179, bak. Gabrieli s. 340.

(45) 1 CD 3/3/936 734-371 : «2330 sayılı Af Kanununun mutlak sarahati ile bu gibi eşhasın aftan istifadeleri icap eylemesine binaen TCK. nun 97 nci maddesinde yazılı olduğu üzere umumî affa dahil olan hukuku âmme davası ve hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte kalkacağından affa dahil olan fiil ve cezasının neticesinden olan müebbeden rütbe veya memuriyetten mahrumiyet cezasının da asıl cezaya tebean ortadan kalkması tabiidir».

(46) Bu hususta bak. Vidal s. 698 not 2; Garraud n. 776; André s. 194, Logoz m. 76 n. 2.

(47) Meyhaz kanunun kabul ettiği müddet daha uzundur, on sene. bak. m. 100 f. 2.

(48) Bak. bu makalenin 35. numrolu notu.

(49) N. 783, bak. İtalyan Eski Ceza Muhakemeleri Usulü K. m. 629, n. 1.

652

cezası zamanaşımı ile düşmüş olana memnu hakların iadesi yoluna başvurmak hakkı tanımamak makûl olur. Bununla beraber asıl mahkûmiyetim müstelzim olduğu cezaların ortadan kalkmış olmasına rağmen mahkûmiyetten mütevellit ehliyetsizliklerin devam etmekte olduğunu kabulde isabet görülemez. Meselenin halli zamanaşımı müessesesinin mahiyeti hakkındaki kanaatlere göre değişir. Zamanaşımına yer verildiği takdirde en makûl olan hal şekli «aslî cezanın zamanaşımına uğraması ile ehliyetsizliklerde müruruzamana uğramış sayılır» tarzında müruruzamana teallûk eden fasılda sarih bir hüküm vazetmektir. İsviçre Ceza Kanunu (50) meseleyi buna benzer surette halletmiştir.

Fransa'da 10 Mart 1898 Kanunundan evvel zamanaşımı ile cezanın düşmüş olması halinde bu yola gidilemiyordu. Mahkeme içtihadı cezanın zamanaşımına uğraması sebebinde bir tefrik yapıyor ve cezanın failin iradesi haricindeki sebeplerden dolayı mahkûmiyeti öğrenememiş olması yüzünden zamanaşımına uğraması halinde hükümlünün bu yola gidebileceği kabul olunuyordu. 1898 Kanunu zamanaşımı ile düşmede de memnu hakların iade edileceğini tasrih etmek suretiyle bu duruma nihayet verdi (51).

b. Diğer bir cezaya bağlı olmayan ehliyetsizlikler : Âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet veya sair müebbet ehliyetsizlikler diğer bir cezaya bağlı değilseler deneme müddeti beş senedir. Müddetin başlangıcı mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği gündür.

Kanunumuz diğer bir cezaya bağlı ehliyetsizliği «şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya merbut» ehliyetsizlik (TCK. 122, f. 1) ve diğer bir cezaya bağlı olmayan ehliyetsizliği de «diğer bir cezaya ilâveten tertip olunmamış» ehliyetsizlik (TCK. 122, f. 2) tabirleri ile ifade eder. Bu ifade tarzı tereddütlere yol açabilir. Müebbet bir ehliyetsizlik şahsi hürriyeti bağlayıcı cezadan gayri bir cezaya meselâ para cezasına bağlı ise deneme müddetinin başlangıcı nasıl tâyin olunacaktır? Paza cezası «hürriyeti bağlayıcı ceza» olmadığından (TCK 11, f. 2) bu halin birinci tâbire, ehliyetsizlik diğer bir cezaya ekli bulunduğundan ikinci tabire sokulması imkânsızdır. Meyhaz kanun diğer bir cezaya bağlı olan ve olmayan ehliyetsizlikler tâbirlerini kullanmıştır. Bu sebeple o kanuna göre tereddüdü mucip bir cihet yoktur (52) (53). Kanunumuzun, memnu hakların iadesinde

(50) M. 73, bu hususta bak. Logoz s. 319, 2, a.
(51) Bak. Garrud n. 776; s. 654 not 8; karşılaştırınız Andrê s. 194; Donnedieu de vabres n. 999.
(52) Manzini n. 783.
(53) Bak. André s. 195; Vidal n. 601; Garraud n. 776.

653

para cezalarını nazara almadığı da iddia edilemez, çünkü memnu hakların iadesi için mahkeme masraflarının dahi ödenmiş olmasını şart koşan kanununun (CMUK. 417, bent 2) para cezalarını nazara almadığı iddiası güçlükle kabul edilebilir.

c. Mükerrirler : Kanun mükerrirler hakkında deneme müddetini iki misline çıkarmıştır. Bu sebeple cezalarını çeken veya cezaları hususi af ile kaldırılan mükerrirler on sene, cezaları zaman aşımı ile düşen mükerrirler on dört sene geçmedikce memnu haklarının iadesini istiyemezler (TCK. 123).

Kanun «mükerrirlik» tabirini teknik mânasında kullanmıştır. Bu hükmün tatbiki için birden ziyade suç işlemiş olmak yetmez, mükerrir sayılmış olmak lâzımdır. Bu sebeple sonraki suçunu tekerrür müddetinden (beş ve on senelik müddetler, TCK. 81) sonra işlemiş olanlar evvelki mahkûmiyetlerinden mütevellit ehliyetsizliği gidermek için müddetin iki mislini beklemek zorunda değildirler. Fakat mahkeme mükerrir sayılmasa dahi hükümlünün «iyi hal» ini takdir ederken tekrar suç işlemiş olmasını nazara alabilir. Bu suretle «iyi hal»in bulunmaması yüzünden iade talebinin reddi neticesinde, yeniden talep için bir bu kadar müddet daha geçmesi gerektiğinden (CMUK. 419) müddet yine iki misline çıkmış olur. Tekerrüre esas olmayan haller (TCK. 87) de de aynı düşünce varittir.

Kanun «mükerrirler»den bahsetmektedir. Bir kimsenin mükerrir sayılması için tekerrür şartlarının objektif olarak mevcudiyeti kâfi değildir. Mükerrir olduğunun kazai bir kararla beyan edilmiş olması da lâzımdır. Bu sebeple hatalı bir hükümle mükerrir sayılması gerekenin, mükerrir sayılmaması halinde deneme müddeti iki misline çıkmış olmaz (54). Memnu hakların iadesine karar verecek mahkemenin müddet şartını tahkik vesilesi ile mahkûmiyet hükmünün hatalı olduğu, hükümlünün mükerrir sayılması, binnetice müddetin iki misli hesaplanacağı neticesine varmasına cevaz verilmemelidir.

Mükerrirlik memnu hakların iadesi talebine konu olan müebbet memnuiyet veya ehliyetsizliği husule getiren mahkûmiyete mi müstenit olmalıdır? Meyhaz kanunu şerhedenler arasında (55) kanunun doğrudan doğruya mükerrirliği nazara aldığı, müddetin iki kata çıkması neticesinin husulü için tekerrür şiddet sebebinin ehliyetsizliği tevlit etmiş olan mahkûmiyetteki cezaya tatbik edilmiş olmasının şart bulunmadığı, şahsın

(54) Manzini s. 443, not 4.
(55) Ezcümle Manzini n. 783; karşılaştırınız Majno n. 590.

hukuki varlığa sahip her hangi bir kararla mükerrir olarak mahkûm edilmiş olmasının kâfi bulunduğu kanaatinde olanlar vardır. Fakat bu yorumun «mükerrirler hakkındaki müddetleri iki mislidir» diyen meyhaz kanundan (m. 100), yazılışı itibariyle ayrılan kanunumuz hükmüne (m. 123) uygun düşübileceğini sanmıyoruz.

B. İYİ HAL : Memnu hakların iadesini haklı gösteren yegane sebep «iyi hal»dir. Deneme müddeti, mahkûmiyet borçlarının ödenmiş olması şartları bile iyi hal ile ilgilidir. Deneme müddetinin iyi hal ile ilgisi evvelce görülmüştü. Mahkûmiyet borçlarının ödenmesini de kanun iyi halin karinelerinden biri saymıştır.

Memnu hakların iadesindeki «iyi hal» şartı ile cezaların infazında ikinciden üçüncü devreye, üçüncüden dördüncü devreye geçmek (TCK. 13) ve şartla salverilmek (TCK. 16) için kanunun aradığı «iyi hal» şartı ile karıştırmamak lâzımdır. Devrelerden geçmek ve şartla salıverilmek için aranılan iyi halin nasıl tâyin olunacağı «Ceza ve Tevkif Evleri» nizamnamesinde (m. 136) gösterilmiştir. Bu hususta ki nizamname hükmünün mahiyeti (56) bu hükmün memnu hakların iadesindeki iyi hal mefhumuna tatbikına mânidir (57).

Memnu hakların iadesinde Kanun (TCK. 122) «işlemiş olduğu cürümden dolayı nedamet etmekte olduğunu ihsas edecek surette iyi hali görülen kimse'den bahseder. Kanunun, bu hükmü suçlu psikolojisinin çok karışık bir sahasında yer alan «nedamet» duygusu ile «iyi hal» arasında bir bağ yaratmaktadır. Kanuna göre yalnız «iyi hal» yetmiyecek, iyi halin «nedamet» duygusunun mevcudiyetini «ihdas edecek surette» olması lâzım gelecektir. Hattâ buda yetmiyecek, hükümlü «mahkûm olduğu cürümden pişman olduğunu ihsas edecek surette hüsnü hali görüldüğüne dair» «vesikalar» (!) ibraz etmek mecburiyetinde tutulacaktır (CMUK. 417. bent 3).

Bu anlayışın maksada uygun olduğunu sanmıyoruz. Bir kimse işlediği cürümden iyi hal sahibi olmaksızın da nedamet edebilir. Halbuki kanunun maksadı sadece ve kısaca «iyi hal» sahibi olmaktır.

İyi hal «devamlı» olmalıdır. Hükümlünün son tahliyesi veya son mahkûmiyetinin sukûtundan sonra veya mahkûmiyet hükmünün kesin-

(56) Madde 136 : «bir mahkûm hakkında iyi hal kararı, müessesedeki umumi hal ve vaziyeti, okulda ve iş sahasındaki çalışma derecesi ve gösterdiği terakki göz önüne alınarak inzibat meclisi tarafından tespit olunur».

(57) Karşılaştırınız, Balkuvar s. 1293.

655

leşmesinden itibaren (TCK. 121, f. 2) ve mahkemece memnu hakların iadesine karar verilinceye kadar geçecek zaman zarfında iyi hal sahibi olması lâzımdır. Bu sebeple deneme müddeti zarfında, hattâ bu müddetten daha fazla sürmâş, fakat bilâhara muhafaza edilmemiş olan eski iyi hal memnu hakların iadesi için kâfi sayılamaz. Eğer deneme müddeti içinde ikinci bir suç işlenmiş ise, bu suçun mahiyetine göre, mahkeme «iyi hal»in mevcut olmaması gerekçesi ile talebi reddedebilir. Bu suçun mahiyeti (meselâ bâzı taksirli suçlar) her zaman talebin reddine sebep olmayabilir.

İyi halin «müsbet» vakıalarla sabit olması lâzımdır, sadece karinelerle veya ikinci bir suç işlenmemiş olması hali ile iktifa edilemez. Suç sayılmayan ahlâksızca hareketler pek çoktur.

İşine hareretle sarılmak, muntazam ve namuslu bir hayat sürmek, her türlü eski gayri ahlâki münasebetleri mutlak surette terk etmiş olmak, mağdur ile barışmağa teşebbüs etmiş olmak vs. (58) «müsbet vakıalar» dandır.

«İyi hal» her türlü meşru vasıtalarla ispat edilebilir. Usul Kanununun (m. 417, bent 3) «vesika»dan bahsetmesi, bu hususta münhasıran tahriri beyyineye yer verildiği mânasına alınmamalıdır. Bu hususta şahsi beyyine, bir çok hallerde «vesika»dan daha inandırıcıdır.

«İyi hal» i mahkeme takdir eder. Bu bir kanaat meselesidir. Yargıtayın mürakabasından hariç kalmalıdır.

C. MAHKÛMİYET BORÇLARININ ÖDENMİŞ OLMASI : Kanun ,CMUK. 417, bent 2) hükümlünün, memnu haklarının iadesini istiyebilmek için, «mahkeme masrafları» ve «şahsi hakları» ödemiş olmasını şart koşmaktadır. Mahkûmiyet borçlarının ödenmiş olmasını kanun «iyi hal» in «zaruri» bir karinesi saymaktadır. Ödemenin «cebri» yollarla icrası halinde bu kanuni karinenin hakikata uygunluğunu izah etmek güçtür. Diğer taraftan kati ödeme imkânsızlığı içinde bulunduğu halde tam mânasiyle iyi hal sahibi hükümlüler mevcut olabilir. Hattâ memnu hakları kendisine iade edilmediği için ödeme imkânını istihsal edememiş olanlar da vardır. Mahkûmiyet borçlarını ödemediği için haklarını iade etmemek ve hakların iade edilmemesi yüzünden de borçlarını ödemeyecek halde bırakılmak hükümlüyü bir çıkmaza sokmak demektir. Bu sebeple borçlarını ödememiş olmak hali her zaman memnu hakların iadesine mâ-

(58) Manzini n. 784.

mi bir hal sayılmamalıydı. Bazı yabancı kanunlarda olduğu gibi (59) kanunumuzda da ödeme imkânsızlığı halinde, mahkemeye bu şartı aramamak yetkisinin tanınması muvafık olurdu. Mahkemenin bu şartı aramaması, borçların sukûtu mânasına gelemeyeceğinden, hak sahiplerine zarar verilmiş olmayacaktı.

Kanunumuz (CMUK. 417, bent 2) «ödeme»den bahseder. Şahsi haklardan vazgeçilmiş olması «ödeme» sayılmalıdır. Bu maddede medeni hukukun anladığı teknik mânada «ödeme» bahismevzuu değildir. Alacaklının temerrüdü halinde «tevdi» yoluna gidilebilir, alacaklının bulunmaması halinde de bu tarzda harekete mâni yoktur.

Şahsi hakları ödemiş olmak mecburiyeti, bu haklara «hükmedilmiş» olması halindedir. Bu sebeple suçtan mütevellit borçların hüküm altına alınmasına kadar memnu hakların iadesi talebi hakkında kararı geri bırakmağa mahkemenin hakkı yoktur. Şahsi haklara «hükmedilmiş» olması kâfidir, bunun mahkûmiyet hükmünde veya ayrı açılan hukuk dâvası sonunda verilen hükümde zikredilmiş olması arasında fark görülemez.

Kanunumuzun şahsi haklarda «hüküm» şartını araması yerindedir. Çünkü bu suretle suçtan zarar görenin hakkını aramamak suretiyle kasdi veya ihmali hareketsizliğinin hükümlü aleyhine netice doğurmasına mâni olunmuştur.

V. USUL : Memnu hakların iadesine baş vurmak hakkı, münhasıran «mahkûm»a aittir. Bir veya müteaddit mahkûmiyetten mütevellit müebbet ehliyetsizliğe uğrayan ve memnu hakların iadesi hususunda kanunun ön gördüğü şeraiti haiz bulunan (60) hükümlü bu yola gidebilir.

Hükümlünün, memnu haklarının iadesi talebinde bulunabilmesi için müebbet ehliyetsizliğin devam etmiş olması lâzımdır. Bu ehliyetsizliğin, talep anında veya karar safhasında hususi af ile düşmüş olması halinde memnu hakların iadesine karar verilemez.

Memnu hakların iadesini istemek hakkının kullanılması münhasıran hükümlüye ait olduğundan, hükümlü kadının kocası böyle bir yetkiye sahip değildir. Kanuni mümessile de bu hakkın tanınmasına usul kanununun kullandığı ifade tarzı (CMUK. 416) mânidir. Esasen memnu hakların iadesini istemek hakkının kişiye «sıkısıkıya bağlı haklar»dan sa-

(59) Meyhaz kanun zamanında yürürlükte olan İtalyan CMUK. m. 629, bent 2 (bu hususta bak. Manzini 784); Fransız CMUK. m. 623 (bu hususta bak. Garraud n. 776, André s. 196; İsviçre CK. m. 76 (Bu hususta bak. Logoz m. 76, n. 2).

(60) Manzini n. 779.

697

yılması icabeder. Mirasçılar da ölü - hükümlünün memnu haklarının iadesini isteyemezler. Bu husus Fransız cezacıları arasında ihtilâflıdır. Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (m. 619) yazılışı böyle bir ihtilâfa meydan verebilecek derecede müphemdir (61) (62). Fakat memleketimizde böyle bir ihtilâfa düşmek için sebep yoktur. Çünkü Ceza Kanunumuza göre hükümlünün ölümü, ceza mahkûmiyetini «bütün cezai neticeleri» ile birlikte düşürür. Diğer taraftan Usul Kanunu bu hakkı yalnız «mahkûm» a tanımış ve meselâ muhakemenin iadesinde olduğu gibi (CMUK. 329) müteveffanın hatırasını temiz tutmak maksadı ile memnu hakların iadesi imkânını verecek istisnai bir hüküm vazetmemiştir.

A. TALEBİN ŞEKLİ : Mahkûm, memnu haklarının iadesini bir «istida» ile ister. Bu «memnu hakların iadesi istidası»dır (CMUK. 416). Bu sebeple hükümlünün, memnu olan haklarının kendisine geri verilmesine dair sarih bir talebini ihtiva etmelidir. Çünkü kanun, memnu hakların resen geri verilmesini kabul etmemiştir. Sarih bir talebi ihtiva etmiyen istidanın «şekil noksanından» geri çevrilmesi lâzımdır.

İstidaya, ayrıca suretlerinin eklenmesi mecburi değildir (63). İstidaya şu evrakın eklenmesini kanun (CMUK. 417) emreder :

a. «Mahkûmiyeti gösteren kararın sureti». Bunun «tasdikli» bir suret olması tabiidir. Mahkûmiyet kararını veren mahkeme ile memnu hakların iadesine karar verecek mahkeme her zaman aynı olmadığından, karar suretinin tasdikli olması mâkuldür. «Mahkûmiyeti gösteren kararın sureti» tâbirini «hüküm fıkrası»na hasdetmek doğru değildir. Kanun ilâmın tam bir suretini kasdeder. Suret, umumiyetle hükmü veren mahkemeden alınır.

b. «Müstedinin mahkûm olduğu cezanın infaz edildiğini veya kanuni sebeplerden dolayı düştüğünü ve tarihlerini ve mahkeme masrafları ile hükmolunmuş ise şahsî hakların ödendiğini müsbit evrak». Cezanın infaz veya sukûtuna dair evrak infaz memuru olan savcılıktan alınmalıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezalarda cezanın çekilmiş olması, para cezalarında tahsil veya âciz halinde para cezası yerine kaim olan hürriyeti bağlayıcı cezanın çekilmiş olması, «cezanın infazı»dır. Hususi af, ceza müruruzamanı «kanuni sukût sebepleri»ndendir. Mahkûmiyet borçlarının ödenmiş olduğu her türlü vesika ile (makbuz vs.) ispat olunabilir.

(61) «... cezalarına mahkûm olan her hükümlünün memnu hakları iade edilebilir».

(62) Bu hususta bak. Vidal n. 599; Garraud n. 775, s. 652 not 4; Dalloz (codre) m. 619 n. 1; André s. 191; Manzini n. 779, s. 437, not 1; Roux § 154 s. 532.

(63) Karşılaştırınız CMUK. 350.

c. «Mahkûm olduğu cürümden pişman olduğunu ihsas edecek surette hüsnü hali görüldüğüne dair vesikalar». Bunlar bilhassa «iyi hal kâğıtları» (hüsnü hal şahadetnameleri)dir. Resmi makamlardan gayrısı tarafından verilmiş iyi hal kâğıtları da «vesika» sayılır.

ç. Kanunun «istida»ya sarahaten eklenmesini istediği bu evraktan başka, aşağıda izahedilen sebepler dolayısiyle, «ikametgâh senedi»nin de ilâvesi lâzım geleceğini sanıyoruz. Burada sadece tebliğatın kabulünü temin bahismevzuu olmadığından bir vekil nezdinde ikametgâh gösterilemez (64).

B. MERCİ : İstida hükümlünün «ikametgâh»ının bulunduğu yerin tâlbi olduğu ağır ceza mahkemesine veya ağır ceza işlerini gören mahkemeye (müstakil olmayan ağır ceza mahkemesi) verilir (65).

«İkametgâh» Medeni Kanun hükümlerine göre tâyin olunur (66). Kanun burada «meskenin bulunduğu mahal mahkemesi»ne salâhiyet tanımamıştır. Kanunun «ikâmetgâh» unsuru üzerinde durmakta maksadı vardır : İkametgâh sahibi olmak şarttır. Muayyen bir yerde ikametgâh sahibi olmayı kanun, iyi halin teminatı sayar. Hattâ bazı yabancı kanunlar bunu da kâfi görmemekte, aynı mahalde ikametin asgari bir müddettenberi devam etmiş olmasını da şart koşmaktadırlar (67) (68) (69).

Halen pek çok «gezici meslekler»in mevcudiyeti de (70) kanunumuzun sistemine hak vermektedir. Bununla beraber kanunumuz temamen «hukuki» bir mahiyet taşıyan ikametgâhdan ziyade «fiili» bir mahiyet taşıyan «mesken»i nazara alsaydı, «lüzumlu görülen malûmat»ı doğru ve tam toplamak bakımından gayeye daha uygun hareket etmiş olurdu.

Kanunumuza göre hükümlünün asgari bir müddet Türkiyede yaşamış olması lâzım geleceği neticesine de varılamaz (71). Böyle bir hükümlü hakkında «lüzum görülen malûmat» (CMUK. 418) yabancı memlekettеki konsolosluk makamlarından istenebilir (72). Buna mukabil yabancı memlekette ikamet eden bir kimse memnu haklarının iadesi talebinde

(64) Karşılaştırınız Manzini n. 785.
(65) Mer'iyet K. nun 38 inci maddesi hükmü, daha sonra yürürlüğe girmiş olan CMUK ile kaldırılmıştır, bak. CMUK 416-420.
(66) MK. 19-22.
(67) Bak. Fransız CMUK. 621; Vidal n. 600, André s. 201; Garraud s. 656; Donnedieu de Vabres n. 1002.
(68) Bak. Eski CMUK. 565.
(69) Bak. Florian § 11.
(70) Florian § 11.
(71) Karşılaştırınız Balkuvar s. 1295.
(72) Manzini n. 784.

bulunamaz (73). Çünkü Türkiyede «ikametgâh» sahibi olması şarttır (CMUK. 416).

C. İNCELEME : Memnu hakların iadesinde takip edilen usul aleni ve şifahi değildir. Tetkikat «evrak üzerinde» cereyan den bir «itham usulü» ne göre yapılır (74).

Kendisine memnu hakların iadesi istidası verilmiş olan ağır ceza mahkemesi üyelerinden birini raportör tâyin eder (CMUK. 418). Bu tâyin mahkeme başkanına, başkan olmak sıfatı ile verilmiş yetkilerden değildir. Bu sebeple tâyinin mahkeme kararı ile olması lâzımdır.

Raportörün ödevi zannımıza göre karar verilmesini sağlayacak bilgi ve belgeleri bir araya getirmeğe inhisar etmelidir. Kendisi de mahkemenin üyesi olmasına ve kararın mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine göre raporunda kanaatini izhar etmesi doğru olmaz.

Raportör üye hükümlünün «adli sicil kayıtları»nı getirtir, adli sicil kayıtlarında etraflı malûmat mevcut değildir, fakat bununla beraber hükümlünün sakladığı başka mahkûmiyetleri mevcut olup olmadığı hakkında, bu kayıtlardan ip ucu elde etmek mümkündür. Ayrıca raportör lüzum gördüğü malûmatı da toplar. Bu meyanda - lüzum görürse - hükümlüyü dinleyebileceğini ve hatta «iyi hal» in «vesikalar»dan lâyıkı ile anlaşılamadığı hallerde hükümlünün tavır ve hareketi yaşama tarzı gibi iyi hal ile yakından ilgili hususlarda tanıkta dinleyebileceğini sanıyoruz. Muamelenin «evrak üzerinde» cereyan etmesi buna mâni sayılmamalıdır. Kanunumuzun koyduğu usule göre karar verecek merci ikametgâh ağır ceza mahkemesidir. Hükümlüyü mahkûm eden mahkeme ile ikametgâh mahkemesi ayrı mahkemeler olduğu zaman memnu hakların iadesi hususunda hükmü veren mahkemeden de mütalâa istemek, bazı hallerde faydalı olabilir. Böyle bir mütalâa istemeğe mâni hüküm kanunda mevcut değildir. Bu mütalâa «lüzum görülen malûmat»dan sayılmalıdır (CMUK. 418).

Raportör deneme müddetlerinin dolup dolmadığını da hesaplar ve bunu takiben evrakı savcılığa verir.

Savcılık raportörce toplanılan bilgi ve belgeleri kâfi görürse ayrıca araştırmaya baş vurmaz, mütalâanamesini dosyadaki delillere istinat ettirebilir. Aksi takdirde munzam bir araştırma yapmalıdır.

(73) Belçika Yargıtayı (31 Ekim 1932, bak. Schuind s. 166) bu gibi hallerde menşe ikametgâhının bulunduğu mahal savcılığına müracaat edilebileceğini kabul eder.

(74) Bak. Florian (diritto processuale) s. 527.

Savcılığın bu esnada gizlilikle uzlaşmaz şekilde hareket etmemesi lâzımdır. Aksi takdirde belki de temamiyle unutulan, hattâ bir çok kimseler tarafından hiç bilinmeyen eski bir mahkûmiyetin bu vesile ile açığa vurulabileceği korkusu bir çok hükümlüleri bu yola gitmekten döndürebilir.

Savcı «mütalâasını sözle bildiremez (75) Bir «mütalâaname» yazması lâzımdır.

Savcılık mütalâanamesini yazarken, âmmenin müdafii olmak sıfatını daima göz önünde tutar. Mahkûmun lehine de mütalâa verebilecektir. Mahkûmun lehinde veya aleyhinde olsun mütalâaneminin «delilli» olması lâzımdır.

Savcılığın aleyhdeki mütalâası karşısında hükümlünün müdafaasının alınması muvafık olur. İadenin itham usulüne uygun cereyanı zarureti bunu haklı gösterir.

Suçdan zarar görene tebliğatta bulunmak ve bu hususta bir diyeceği varsa bildirmesini istemek — zannımıza göre — kanuna uygun bir muamele değildir.

Ç. KARAR : Mahkeme raportörün tetkikatını kâfi görmezse bunun genişletilmesine karar verebilir. Bu iş için aynı üyenin veya diğer bir üyenin tâyini mümkündür.

Mahkeme raportör üye de dahil olmak üzere yapılacak müzakereden sonra kararını verir. Bu hususta karar vermek münhasıran mahkemeye aittir (76). Duruşma yapılamaz.

Duruşma yapılamayacağı hususu kanunda açıkca yazılıdır (77).

Zannımıza göre mahkeme ilk defa deneme müddetinin dolup dolmadığını incelemeli ve müddet dolmamış ise esasa girmeden ve yalnız müddet dolmadığı gerekçesiyle talebi reddetmelidir. Hem müddetin dolmadığı ve hem de esasa ait bir şartın meselâ iyi halin ademi mevcudiyetine müsteniden talebi reddedecek olursa yeniden müracaat için geçmesi lâzım gelecek zamanı tâyin imkânsız olacaktır. Çünkü deneme müddeti dolmadığı için red halinde, müddetin dolması ile yeniden müracaat mümkündür. Fakat esasa taallûk eden red halinde bir deneme müddeti daha geçmeden talepte bulunulamaz.

(75) Karşılaştırınız CMUK. 31, 418.

(76) CGK. 13/1/937 6307-92, tem. kar. 937 s. 152.

(77) Bu sarahat karşısında 3/3/936 tarihli (734-371) kararda şu kaydı izah etmek imkânsızdır : «Hükümlünün memnu haklarının iadesine dair vakı talebi üzerine yapılan duruşmada...» tem. kar. 936 s. 158.

Karar «tefhim» edilemez, çünkü alâkadarın yüzüne karşı ittihaz edilmemiştir (78), tebliğ şarttır.

Karar memnu hakların iadesi talebinin reddine veya kabulüne dairdir :

a. Talebin reddi kararı « nın — bir talebin reddine dair bütün kararlarda olduğu gibi — gerekçeli olması lâzımdır. «İyi hal» hakkında mahkemede kanaat tahassül edememiş, hükümlünün bu hususta kâfi delil getirememiş olmasını zikreden bir karar «gerekçeli» sayılmalıdır.

Red kararına karşı hükümlü veya hükümlü lehine savcı (79) Yargıtaya başvurabilir. Temyiz müddeti kararın tebliğinden başlar.

Talebin reddi kararını — aynı neticeleri tevlit etmemesi bakımından — ikiye ayırmak lâzımdır :

1) Esasdan red edilmiş bir talep, deneme müddeti yeniden geçmedikçe tekrarlanamaz. Yeni deneme müddetinin başlangıcı red kararının kesinleştiği gündür.

Kanunumuzun esasdan red halinde yeniden bir bütün deneme müddetinin geçmesine ihtiyaç gösteren bu hükmü yerinde değildir. Talebin esasdan reddi halinde red kararını veren mahkemece, ikinci deneme müddetinden fazla olmayacak surette tesbit edeceği bir müddetten evvel ikinci talebin yapılamayacağına dair karar verme yetkisini tanımak muvafık olurdu. Bu suretle ancak her hadisenin hususiyetlerine uygun olduğu takdirde kendisinden iyi neticeler beklenebilecek olan memnu hakların iadesi müessesesine daha fazla «tatbiki kolaylık» verilmiş olurdu (80). Tatbikat kanun hükmünün sertliğini gidermeğe çalışmakta, ezcümle şöyle hareket edildiği görülmektedir : Yapılan inceleme sonunda hükümlünün iyi hali tahakkuk etmiş ve fakat hukuku şahsiyenin tamamını ödememiş olmakla beraber suçtan zarar görenle anlaşarak ödemeyi takside bağlamış ve ikinci deneme müddetinin hitamından çok evvel son taksidi ödemiş olacağı anlaşılmış ise mahkeme red kararını esastan değil, şekil noksanından vermektedir. Her hangi bir evraktaki noksanlık bahane edilerek verilen bu iade kararının hakiki mahiyeti hükümlüye şifahen izah edilerek, kendisine esasa taallûk eden şartı tamamladıktan sonra müracaatı tavsiye olunmaktadır.

2) Şekil noksanından red : edilmiş bir talebin her zaman tekrarlan-

(78) CMUK. 33.
(79) Bak. Tem. kar. 936 s. 159.
(80) Bak. İsviçre CK. 81.

ması mümkündür. «Bazı evrakın noksan olması» veya mevcut olmakla beraber usulüne uygun olmaması şekil noksanıdır. Fakat şekil noksanından red keyfiyetini yalnız bu hale inhisar ettirmek doğru değildir.

«Deneme müddeti dolmadığı için talebin reddi» esastan red sayılamaz., müddet dolunca talep tekrarlanabilir (81). Yanlışlıkla veya her hangi bir sebeple bir kimsenin muayyen müddeten evvel müracaatı üzerine, talebinin reddi halinde yeniden bir o kadar müddet daha bekletilmesini haklı gösterecek hiç bir sebep düşünülemez, bu bakımdan Yargıtayın, kanunun lafzına lüzumundan fazla bağlı, içtihadında isabet göememekteyiz (82).

b. Talebin kabulü kararı : nın da gerekçeli olması lâzımdır (83). Bu karara karşı savcının Yargıtaya başvurabileceğini sanıyoruz. Usul Kanunundaki (m. 420) «karar katileştikten sonra» kaydi kararın savcılığın temyiz hakkını kullanabileceği müddet dolmadıkça kesinleşemeyeceğini binnetice savcının temyizhakkı olduğunu gösterir.

Karar kesinleştikten sonra, hükümlü isterse, resmi gazetede yayınlanır, yayın masrafı hükümlüye aittir.

Kararın adli sicille geçirilmek üzere Adalet Bakanlığına bildirilmesi lâzımdır (84). İlerde karışıklığa meydan vermemek için kararın mahkûmiyet hükmünü vermiş olan mahkemeye, şerh verilmek üzere, bildirilmesi muvafık olur (85).

VI. NETİCELERİ : Memnu hakların iadesi ceza mahkûmiyetinden mütevellit âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet ve diğer nevi müebbet ehliyetsizlikleri, yalnız istikbal için kaldırır. Bundan anlaşılacağı veçhiyle memnu hakların iadesi yalnız ceza mahkûmiyetinin müebbet olan neticelerini kaldırır ve makabline şamil değildir. Bu sebeple :

A. MAHKÛMİYET : Baki kalır. Mahkûmiyetin dahi kalkacağına dair kanunumuzda sarahat yoktur (TCK. 121). Eskişehirde TCK. nun ihzarı için teşkil edilmiş olan Yargıtay Komisyonu şöyle bir hüküm ka-

(81) Aynı mahiyette Sebatini n. 612.

(82) 1 CD 3/3/936 734-371, tem. kar. 936 s. 159 : «... evvelki talebinin 122 nci maddede gösterilen müddein bitirilmemiş olmasından reddedilmiş olmasına ve CMUK. nun 419 uncu maddesinin son fıkrasında gösterilen istidanın tanzim şekline ve buna iliştirilmesi muktazi evraka ait olup esasın tetkikine taallûk eden hususların bu kabil şekil noksanına şümulü olamayacağına göre 418 inci madde açık hükümleri itbiariyle red kararının katileştikten sonra geçen müddetin kanunda muayyen müddete baliğ olmadığı...».

(83) CMUK. 32.

(84) Adli Sicil K. 3. C.

(85) Bu hususta bak. Vidal n. 601.

683

bul etmişti : «Hukuku memnuanın iadesi kararı mahkûmiyeti sabıkayı izale eder...» (86). Bu hüküm kanuna alınmamıştır.

Neticeleri bu yol ile kaldırılmış bir ceza mahkûmiyeti tekerrüre esas olabilir mi? Fransa'da böyle bir mahkûmiyetin tekerrüre esas tutulmaması istenmiş ve bu maksadı temin için de memnu hakların iadesinin «mahkûmiyeti kaldıracağı» sarahaten, bir kanun hükmü ile (87) vazedilmiştir. Bizim mevzuatımıza göre aksi neticeye varmak lâzımdır. Her ne kadar bir mahkûmiyetin tekerrüre esas tutulması, ceza mahkûmiyetinin geniş münada bir neticesi (mahkûmiyetten mütevellit aleyhde bir durum) sayılabilirse de, bu hal müebbet bir «ehliyetsizlik» değildir. Bu sebeple memnu haklarının iadesini istihsal etmiş bir hükümlünün tekerrür müddeti içinde yeniden suç işlemesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanmalıdır (88) (89) (90).

Buna mukabil «tecil ehliyeti» (para cezasından gayrı cezaya mahkûm olmamış olmak) (TCK. 89) memnu hakların iadesi ile avdet etmiş olur. Çünkü, hükümlünün evvelki mahkûmiyeti dolayısiyle cezanın tecil edilememesi, mahkûmiyetten mütevellit müebbet bir ehliyetsizliktir (91).

Eğer Af Kanununda, afdan faydalanmak için, evvelce mahkûm olmamış olmak şartı mevcut ise, memnu hakları iade edilmiş hükümlünün aynı sebeple afdan istifade ettirilmesi lâzımdır.

B. MAKABLE ŞAMİL OLMAMA : Memnu hakların iadesi müessesesinin zaruri vasıflarından biridir(92).«Memnu haklar'ın iadesi» tabirine aldanarak, hükümlüden alınmış hakların ona iade edileceği neticesini çıkarmak yanlış olur. Memnu hakların iadesi, hükümlünün bu hakları yeniden iktisap ve istimal ehliyetini elde etmesi demektir. Kaybedilmiş olan haklar geri gelmez. Bu sebeple meselâ, ceza mahkûmiyetinden dolayı memuriyetten müebbeden mahrum olan hükümlü eski memuriyetin-

(86) Komisyonun gayri matbu zabıtları, 1 Eylül 341 tarihli toplantı s. 93.
(87) 1885 Kanunu.
(88) Bu mesele hakkında bak. Vidal n. 602; Braas n. 566; Garraud n. 778; André s. 214; Degois n. 807; Donnedieu de Vabres n. 1009.
(89) Aksi mütalâa Balkuvar s. 1299 n. 2; Majno n. 594; aynı mahiyette Manzini n. 786.
(90) Meyhaz kanunundan bu hususta farklı hüküm ihtiva eden Yeni İtalyan CK. memnu hakların iadesinin tekerrürden dolayı cezasının artırılmasına mâni olacağını kabul etmiştir. Bu hususta bak. Valentino m. 178 not; «nezaret gerekçesinde bu hususa dair sarahat vardır», Caiazzo s. 211.
(91) Yeni İtalyan CK, tecil ehliyetsizliğinin, memnu hakların iadesine rağmen devam edeceğine dair sarih bir hüküm vazetmiştir. m. 164, f. 1. Bu hususta bak. Valentino m. 178 not.
(92) Makable ademi şümul hakkında bak. Vidal n. 602; Roux § 154. s. 532; Garraud n. 778.

de hak iddia edemez. Fakat Memurin Kanununun koyduğu memur olamamak ehliyetsizliği (93) (94) ortadan kalkmıştır. «Yüz kızartacak fenalık» dan mahkûm olanların ihtiyar meclisi üyeliğini kaybetmiş olmaları (95) halinde memnu hakların iadesiyle yeniden seçilmek ehliyetini iktisap edecekleri tabiidir. «Haysiyet ve şerefi bozan suçlardan biri ile veya ağır hapis veya altı aydan fazla hapis ile mahkûm olmak» neticesinde mütevelliliği kaybetmiş olan kimse (96) memnu haklarının iadesinden sonra yeniden mütevelli seçilmek ehliyetini iktisap etmiş olur.

Memnu hakların iadesi makable şamil olmadığından, ehliyetsizliğin devamı sırasında, üçüncü kişiler tarafından «elde edilmiş haklar» (97) mahfuz kalır, hakları iade edilmiş olan hükümlü, bu kişilerin kendi zararına iktisap ettikleri hakları bırakmalarını istiyemez. Esasen memnu hakların iadesi ceza mahkûmiyetinin neticesi olan ehliyetsizliği kaldırmak için ihdas edilmiştir, ceza mahkûmiyetinin neticelerinin neticelerini kaldırmak için değil (98). Bu sebeple :

«Terzil edici cürüm işlemiş olan eş aleyhine verilmiş boşanma kararı (99) memnu hakların iadesi ile sukût etmez (100). Fakat memnu hakların iadesinden sonra diğer eşin artık, bu sebebe müsteniden dava açmak hakkı yoktur (101). Çünkü bu hak dava, ehliyetsizliğin devamı sırasında açılmadığından «elde edilmiş haklar» dan sayılamaz, hattâ eş böyle bir mahkûmiyetten geç haberdar olmuş olsa bile.

Mahkûmiyet neticesinde bir mesleğin icrası ehliyeti müebbeden kaybedilmiş ise, memnu hakların iadesi yoluyla bu ehliyet elde edilebilir, fakat ehliyetsizliğin devamı sırasında, üçüncü kişilerin iktisap ettikler hak ve menfaatler (meselâ «kıdem»e hukuki bir değer tanılan meslekler-de), üstünlükler baki kalır.

---

(93) Memurin K. 5, 49.

(94) Memurin K. nun 5 inci maddesinde memur olmak ehliyeti şöylece gösterilmiştir : «Hüsnüahlâk eshabından olmak ve muhilli haysiyet ve namus cürüm ve alelıtlak ağır hapis veya o derece cezayı müstelzim bir fiil ile mahkûm bulunmamak» «Muhilli haysiyet namus ve cürüm» tabirinin yorum mevzuu olamayacağına, bunun «kanunu tatbik ile mükellef olan selâhiyetli mercilerin takdir ve içtihatlârına bırakılması muvafık olacağına» karar verilmiştir, TBMM. kararı 12/5/937 n. 991.

(95) Köy K. 3.

(96) Vakıflar K. 33.

(97) Bu hususta bak. Garraud n. 778; Roux § 154, s. 532.

(98) Manzini n. 786.

(99) MK. 131.

(100) Bu hususta Roux § 154, s. 532; André s. 214, 215.

(101) Garraud n. 778, s. 665, not 28; Roux § 154 s. 532; Donnedieu de Vabres n. 1009.

Ceza mahkûmiyeti neticesinde kaybedilen velâyet hakkı (meselâ TCK. 437) memnu hakların iadesiyle avdet eder, fakat ehliyetsizliğin devamına ait intifa haklarının (MK. 280) iadesi istenemez (102).

Memnu hakların iadesi «şahsi haklar»a tesir edemez. Kanunun memnu hakların iadesinde «şahsi hakların ödenmiş olması»nı şart koşması da bunu teyit eder.

VII. KANUN KAİDELERİNİN TENKİDİ : Delaquis (103) hukuku, önleyici, cezalandırıcı, mükâfatlandırıcı olmak üzere ayırmış ve memnu hakların iadesini sonuncu gruba ithal etmişti. Prins (104) memnu hakların iadesinde tecil, şartla salıverme, patronaj vs. gibi hükümlünün cemiyette yerini tekrar almasını sağlamağa matuf tetbirleri tamamlayıcı bir vasıf görmüştü. Memnu hakların iadesi müessesesinin büyük bir ahlâki gaye (yardıma lâyık düşmüşü kaldırmak) (105) için vazedilmiş olduğu muhakkaktır. Müessesenin sosyat değeri de inkâr edilemez. Geleceğin tamamiyle kaybolduğu düşüncesi, kötüye götürücü tesirler yapar. Memnu hakların iadesi bu tesirleri gidermek suretiyle, suçluyu islâh işinde «ümitsizlik» unsurunu bertaraf eder.

Faydalarına rağmen bu yola, diğer memleketlerde olduğu gibi, bizde de pek az başvurulmaktadır. Bunun iki sebepten ileri geldiği düşünülebilir : Seneler geçtikten sonra suçlunun hükümlülüğü unutulmuştur. memnu hakların iadesi yoluna başvurmak suretiyle, hükümlülüğü tekrar ortaya atmaktan çekinilmektedir (106). Diğer taraftan memleketimizde ceza mahkûmiyetinden mütevellit ehliyetsizliklere pek çok ahvalde riayet edilmemektedir. Çünkü adli sicil teşkilâtı arzu edilen şekilde işleyememekte ve mahkûmiyetler bilinememektedir. Bu sebeple mahkûmiyet esasen gizli kaldığından memnu hakların iadesinde ekseri ahvalde bir fayda umulmamaktadır.

Bu müessesenin muvaffakiyeti, her şeyden evvel tatbik şekline bağlıdır. «İyi hal» hakkında inandırıcı delil mevcut olmaksızın, sadece yersiz bir merhamet duygusu ile hükümlüye memnu haklarını iade etmek, onun ileride daha geniş imkânlardan faydalanarak yeniden suç işlemesinden başka bir netice doğurmaz. Bu sebeple memnu hakların iadesi hükümlerinin uygulanmasında «ferdileştirme» ye azami derecede yer vermek lâzımdır.

(102) Bazı müellifler ehliyetsizlik esnasında sadece müeccel hale gelmiş semerelerin dahi geri alınamayacağı fikrindedirler, ezcümle André s. 214, 215
(103) Ferri (Sociologia) den naklen s. 469 not 2.
(104) N. 947.
(105) Manzini n. 787.
(106) Aynı mütalâa, Clerc n. 127.

Kanunumuz münhasıran müebbet ehliyetsizlikler hakkında memnu hakların iadesi yoluna gidilebileceğini kabul eder. Şüphesiz kısa müddetli ehliyetsizliklerde bu yolu kabul etmek mahzurludur. Çünkü ehliyetsizliği, acısını duyurmadan kaldırmak doğru değildir. Fakat çok uzun müddetli bir ehliyetsizlik bahis mevzuu ise, memnu hakların iadesine imkân verilmesi doğru olurdu. Bazı yeni yabancı kanunlar (107) memnu hakların iadesinde müebbet — muvakkat ehliyetsizlik tefrikini yapmamışlar ve muvakkatlerde de bu imkâna yer vermişlerdir. Muvakkat ehliyetsizliğin müddeti, deneme müddetinden uzun olmak şartı ile memnu hakların iadesi mümkün olabileceğinden bu suretle yukarıda işaret edilen «kısa müddetli ehliyetsizlikler» mahzuru da önlenmiştir.

Kanunumuz hükümlerine yapılacak en haklı tenkid şudur : Memnu haklarının iadesinden sonra hükümlünün bir başka suçu sabit olursa ne şekilde hareket olunacaktır. Bu suçun memnu hakların iadesi kararının kesinleşmesinden evvel veya sonra işlenmiş olmasına göre bir tefrik yapmak doğru olur :

Suç kararın kesinleşmesinden evvel işlenmiş ve kesinleşmesinden sonra sabit olmuş ise — zannımıza göre — memnu hakların iadesinde isabet olmadığı tahakkuk etmiştir. Kanun memnu hakların iadesinde «iyi hal» şartını aramaktadır. Deneme müddeti içinde iyi hal ile telifi mümkün olmayan taksirli bir suç veya umumiyetle kasdı bir suç işlemiş olan hükümlü, kanunun aradığı şeraiti haiz olmaksızın memnu haklarını istihsal etmiş demektir. Bu sebeple «beyani» mahiyette olan iade kararının kanuni mesnedi yoktur. Fakat kesinleşmiş adli bir kararı ne şekilde kaldırmak mümkün olabilecektir?

Suç kararın kesinleşmesinden sonra işlenmiş ise, kararın kanuni mesnedi olmadığı iddiası dahi dermeyan edilemez. Halbuki kanun iyi hali, münhasıran geçmiş için değil, gelecek için de teminat sayar. Sonradan suç işlemekle hükümlü, gösterilen ihtimada lâyık olmadığını ispat etmiştir.

Bu iki hale şâmil olmak üzere memnu hakların iadesi kararının sukûtuna dair kanunda bir hüküm bulunması muvafık olurdu. Bir çok yabancı kanunlar, bu gibi hallerde kararın «kendiliğinden» düşeceğini kabul etmişlerdir (108).

(107) Ezcümle Yeni İtalyan CK. m. 178, «1889 Kanununun 100 üncü maddesinden farklı olarak yeni kanunun 178 inci maddesi müebbet ve muvakkat ehliyetsizlik arasında hiç bir tefrik yapmamıştır, Manzini (nuovo codice) s. 607; aksi mütalâa Valentino m. 178 not.

(108) Ezcümle Yeni İtalyan CK. m. 180; bu hususta bak. Brasiello m. 180, Manzini (nuovo codice) n. 726.

661

«Mahkemeye verilmiş olmak» «hakkında adli takibat yapılmış olmak», «delil yokluğundan beraat etmiş olmak» gibi haller hususi bir kanunda ehliyetsizlik sebebi sayılmış ise memnu hakların iadesi yoluna gidilemeyecektir. Çünkü bu ehliyetsizlik «mahkûmiyetten mütevellit» değildir. Her ne kadar mahkûmiyetten gayri kararlara ehliyetsizlik tevlit etmek neticesini tanımak hukuk tekniğine uygun değilse de, bu çeşit kanunların mevcudiyeti halinde, haksızlığa meydan vermemek için, memnu hakların iadesinde hususi bir usul kabulü muvafık olur (109).

Kanunumuz «memnu hakların kendiliğinden iadesi» (110) usulünü kabul etmemiştir. İlk defa Fransada, tecil hakkında 26 Mart 1891 Kanunu, tecildeki deneme müddetinin geçmesi ile mahkûmiyetin ortadan kalkacağını bildirmek suretiyle bu müessesenin esasını teşkil eden fikri ortaya attı. Fakat bu kanundan ancak cezası tecil edilmiş olanlar faydalanıyordu. Bilhassa adli sicil hakkındaki 1899 ve 1900 tarihli kanunlar memnu hakların kendiliğinden iadesi usulünü umumileştirdiler.

Fransadan evvel Danimarka 1897 Kanunu ile ehemmiyetsiz bazı suçlar hakkında memnu hakların bihakkın iadesini umumi olarak kabul etmişti (111). Fransayı 1896 Kanunu ile Belçika takip etti. Nihayet 1906 Kanunu ile bu müessese İtalyaya geçti (112).

Memnu hakların kendiliğinden iadesi, kanunun tâyin ettiği müddeti, yeni bir mahkûmiyete çarpılmaksızın geçiren kimselerin, memnu haklarını kendiliğinden yani adli bir karara lüzum kalmaksızın elde etmeleri demektir. Kazai iadede hükümlünün talebi üzerine durumunun incelenmesi ve neticesine göre memnu hakların iadesi hakkında bir karar verilmesi lâzımdır. Kazai iade bu sebeple az çok bir aleniyeti icap ettirmekte ve unutulması, saklanması arzu edilen mahkûmiyetin şayi olması tehlikesini tevlit etmektedir. Halbuki kendiliğinden iadede böyle bir tehlike yoktur (113).

Zahiren makûl gözüken bu müessese haddizatında, memnu hakların iadesini haklı gösteren gerekçe ile uzlaşamaz. Sadece muayyen bir müddetin suç işlenmeksizin geçirilmiş olması, memnu hakların iadesine kâfi gelemez. İyi halin tahakkuku şarttır. Sadece muayyen adette senelerin

(109) Karşılaştırınız Yeni İtalyan CMUK. m. 601; bu hususta bak. Pannain n. 393; Eski İtalyan CMUK. 633, Manzini n. 77.

(110) Memnu hakların kanunen iadesi (réhabilitation légale, - de droit).

(111) Florian s. 445 not 1; Ferri (Principii) s. 750 not 1.

(112) Eski İtalyan Kanunu hakkında bak. Manzini n. 780, s. 438-441.

(113) Bu müessese hakkında bak. Goyet s. 470; Garraud s. 669; Roux § 154; s. 532; Vidal 598 bis.

geçmiş olması ve mükerrir olmamak gibi menfi bir şart ile iktifa etmek müessesesinin ruhuna uygun değildir. Bu sebeple Ferri projesine (114), bu müessese alınmamış, Yeni İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları (115) bu müesseseye yer vermemişlerdir. Kanunumuzda da bu çeşit iadenin mevcut olmaması bir eksiklik sayılamaz. Tecilde mahkûmiyetin «esasen vaki olmamış» sayılmasını (TCK. 95) memnu hakların kendiliğinden iadesine yaklaştıran benzerlikler vardır.

(114) Ferri (sociologia), II, s. 469 not 2; (principii) s. 751.
(115) Bak. Logoz s. 317 n. 6.

ÖZ adla soy adının değiştirilmeleri davalariyle öz ad soy adı ve yaş ve kayıt tashihi davalarının mahiyetleri ve mukayeseleri

Yazan : Akîl ÖNDER

P l â n :

İsim,
İsimin himayesi,
Açılacak dava mahiyeti,
İsimin değiştirilmesi,
İsim değiştirme davası ve mükerrer ad davası açılıp açılamıyacağı
İsim, yaş ve kayıt tashihi davaları,
Bu davalarda tatbik olunacak usulü muhakeme,
İsim, yaş ve kayıt tashihi davalarına müdahale ve verilen hükme itiraz,
Kanun yolu,
İsim, yaş ve kayıt tashihi davalarında harç,
Ad değiştirme davalariyle ad, yaş ve kayıt tashihi davalarının mukayesesi.

Öz ve soy adının değiştirilmesi keyfiyeti ile bunların tashihi muamelesinin tatbikatta yekdiğeriyle karıştırılmakta ve gayri muttarit usule tabi olarak ruyet edilerek karara bağlanmakta olduğu görüldüğünden bu yazımda yukarıda gösterilen plândaki hususlar hakkında izahat vermeği faydalı buluyorum.

İsim :

Medeni hatta gayri medeni camialarda her ferdin mutlak tasarrufu altında bir serveti vardır ki oda isimdir. İsim gayri maddi ve devir ve ferağı caiz olmıyan mülklerdendir. Her mülk ve servet gibi isim dahi kanunun himayesine mazhardır. İsim mefhumunda, öz ve soy adları hattâ gazetecilerin roman yazarlarının kullandıkları müstear namlar dahi dahildir.

Aile ve fertlerin yekdiğerinden temyize medar olan isim oldukça karanlık bir maziye maliktir. İsim bahsinde geçmişte her camia başka başka sistemler takip ederek ayrı ayrı hükümler kabul etmişlerdir. İsmin tarihçesine ait bu tafsilât mevzuumuz dışında kaldığından burada bahsedilmemiştir.

İnsanların tabiat kuvvetlerine tapdıkları devirlerde kullanılan isimler bu kuvvetleri ifade eden mefhumlardır. Bilhassa islâmiyetin kabulünden evvel Türkler arasında tabii kuvvetlere ait isimlerin kullanılması revaçta idi. Hıristiyanlığın ve bilhassa islâmiyetin zuhur ve intişarından sonra Hıristiyanlar tarafından geçmiş peygamberlerin ve azizlerin ve müslümanlar tarafından yine geçmiş peygamberlerin ve islâm dininde temayüz eden velilerin ve kahramanların isimleri istimal olunmaya başlandı. Muasır cemiyetlerde dinlerde husule gelen inhitat dolayısiyle de yine kuvvet ifade eden tabiat isimlerinin istimali revaç bulmaktadır.

İsim ikiye ayrılmaktadır. Birincisi, öz adı diğeri, soy adıdır. Öz ada göbek adı dahi denilir. Öz ad, her şahsın doğduğu zaman aldığı isimdir. Bu isim, sahibini ailenin diğer fertlerinden ayırmaya yarar ve intikal etmez. Soy adı ise muayyen bir şahsa ait olmayıp validi müşterekten erkek tariki ile teselsül edegelen bütün aile efradına aittir. Soy adı ailenin erkek fertleri arasında müşterek bir mala benzer ve bunlar tarikiyle nesle intikal eder.

Memleketimizde öteden beri bir çok aileler tarafından lakap halinde gayri resmi olarak soy adı istimal edilmekte idi. Meselâ, Hasırcı Oğulları, Kömürcü Oğulları gibi lâkaplar soy adı yani bir aileyi terkip edenlerin müşterek adı olarak kullanılmakta idi. Söylediğimiz gibi ailelerin ekserisi böyle bir müşterek ad taşıyorlardı. Fakat bunlar resmi olmadığından istimalide ihtiyari bulunuyordu.

21/Haziran/1934 tarihinde intişar eden soy adı kanunu, her Türkü öz adından gayri bir de soy adı almaya mecbur etmiş ve bu suretle soy adı öz isme tekaddüm ederek resmi bir mahiyet almış ve kullanılması ihtiyari olmaktan çıkarılarak mecburi bir hale konmuştur. Ailenin erkek uzvu marifetiyle nesle intikal eden ad, kanunla iktisabı mecburi hale konan bu soy adıdır.

İsmin Himayesi :

Yukarıda arz olunduğu veçhiyle isim gayri maddi ve şahsın tasarrufuna tabi ve gayri kabili devir ve ferağ, bir servettir. Her mamelekin olduğu gibi kanun vazıı, ismin himayesinide derpiş edici hükümler sevketmiştir.

İsmin himayesine ait hüküm Medeni Kanunun 25 inci maddesinde yer almıştır. Bu maddede : (İsmi, ihtilâfa mahal veren kimse, hâkimden hakkının tanınmasını talep edebilir. İsmi gasbolunmasiyle mutazarrır

671

olan kimse, bunun men'ini ve taksir vukuu takdirinde maddi tazminat talebine halel gelmemek üzere maruz kaldığı haksızlığın mahiyeti icabediyorsa manevi tazminat namiyle bir meblağ itasında talebedebilir.) denmektedir.

Yukarıki maddeye göre kanunun isim üzerindeki himayesi dört şekilde tezahür etmektedir :

a) Şahsın isim üzerindeki hakkının tanınması,

b) Başkalarının isim üzerindeki iddia ve itirazlarının bertaraf edilmesi;

c) İsim gasbedilmişse gasbın men'i,

d) İsmin gasbı bir zarar tevlit etmişse bunun tazmini,

İsmi ihtilâfa mahal veren kimse yargıçtan o isim üzerindeki hakkının tanınmasını istiyebilir. Kanundaki isim tabirinin şümulüne, öz, soy adları ve ticari adlar ve gazeteciler ile roman yazarları tarafından istimal olunan müstear adlar dahildir. Meselâ (Mehmet Cavit Pirinç Evi) ticari ismini (M. C. Pirinç Evi) şeklinde bir tüccar istimal ederken ayni iş üzerinde ticaret yapan (Mustafa Cahit) dahi ticari adını (M. C. Pirinç Evi) şeklinde kullandığı takdirde Mehmet Cavit Ticarethanesinin (M. C. Pirinç Evi) ismi üzerindeki hukukunun tanınmasını yargıçtan istiyebilir. Müddeinin böyle bir talepte bulunabilmesi için isim üzerindeki ihtilâftan ötürü bir zarar veya hasarın vukuu şart değildir. Diğer bir değimle böyle bir talepte bulunacak kimsenin ayni zamanda isim üzerinde hasıl olan ihtilâftan mutazarrır olduğunu ispat etmesi gerekmez. O sadece bu ismin kendisine ait bulunduğunu, bu ismi taşımak ve kullanmak hakkının kendisine münhasır bulunduğunu ispat etmekle mükelleftir.

İhtilâfı intaç eden vakıa bir tecavüzü de ihtiva ediyorsa buna maruz kalan kimse Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin şümulü dahilinde mütecavizden tazminat talebinde bulunabilir.

İsmin gasbı halinde mutazarrır olan kimse gasp fiilinin men'ini isteyebileceği gibi gasıbın kusurlu bulunması halinde hem maddi ve hemde manevi tazminat talebinde bulunabilir. Ancak maddi tazminat talep olunması için failin kusurlu olmasından başka maddi bir zararında husulü şarttır. Ve gasp fiili ile zarar arasında illiyet rabıtasının mevcudiyeti iktiza eder. Manevi zararın lüzum ifade edebilmesi gasbolunan ismin, müddeinin şeref ve haysiyetini ihlâl edici yerlerde kullanılmış olması iktiza eder. Ezcümle bir muharrir romanında yüz kızartıcı ve haysiyet kırıcı hareketleri ifa eden şahsa haksız olarak başkasının adiyle ihtilât edecek

mahiyette bir isim vermiş ise bundan zarar gören şahıs bu hareketin men'ini ve varsa maddi ve manevi zararının tazminini istiyebilir. Şüphesiz roman muharrirleri, tiyatro müellifleri eserlerinde yarattıkları tiplere birer isim verirler ve bu isimleri yaşayan insanlar arasında taşıyan çok kimseler bulunabilir. Bu itibarla romanda bu kabil tiplere verilen ismin kendi isminin ayni olması, ona dava hakkı vermez. İsim ayni olmakla beraber roman yahut piyes kahramanının ifa ettiği rollerle müddeinin hayat tarzı huy ve meşrebi arasında bir müşahabet bulunması yani müddeiyi tanıyan bir kimsenin romandaki tiple müddei arasında tam bir benzerlik olduğuna kanaat getirmiş olması gerekir. Bundan başka ismin gasbı halinde yargıcın davaya el koyabilmesi için müddeinin mali durumuna, şöhret ve itibarına bu gasp dolayısiyle bir zarar iras edilmiş olmalıdır. Meselâ, bir lokantada geçen hadiseyi tasvir eden müellifin lokanta sahibine verdiği isimle kendi ismi arasındaki müşahabetten dolayı lokantanın müşterilerinde bir azalma olmalıdır ki lokanta sahibinin, isminin bu suretle gasbı dolayısiyle bunun men'ini ve maddi zararın tazminini istiyebilsin. Şurası hatırdan çıkarılmamalıdır ki ismin gasbı fiilinde maddi ve manevi zararın istenebilmesi için gasıbın taksirli olması lâzımdır. Kusur mevcut değilse ancak gasbın men'i istenebilir ne maddi ve nede manevi tazminat istenemez.

Açılacak dava mahiyeti :

İsmi ihtilâfa mahal veren kimse bunun üzerindeki hakkının tanınmasını doğrudan doğruya yargıçtan istiyebileceği gibi bu talebi itiraz şeklinde de dermeyan edebilir. Meselâ (Mustafa Haşim Oğlu) isminde bir şahıs ve (Mahir Harmancıoğlu) adında diğer bir şahıs mevcut oldukta bunlardan Mustafa Haşimoğlu ismini (M. H. Oğlu) olarak kullanırken Mahir Harmancıoğlu dahi adını (M. H. Oğlu) olarak istimal etse Mustafa Haşimoğlunun, M. H. Oğlu ismi üzerindeki hakkının tanınmasını hatta bu tecavüz neticesi bir zarar vuku bulmuş ise Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin hükmü dahilinde bununda tazminini istiyebileceği şüphe götürmez bir hakikattır. Mahir Harmancıoğlu tarafından başka biri aleyhinde böyle bir iddia ve dava dermeyan edilirken Mustafa Haşimoğlu itiraz yoluyla davaya müdahale ederek Mahir Harmancıoğlunun dava ve iddiasının reddi ve bu suretle vaki tecavüzün men'i ve defi istenebilir.

İsmin gasbından dolayı açılacak dava, gasbın men'i ve maddi tazminatın tahsili ve hal icabettiriyorsa manevi tazminatın ödetilmesi talebinden ibarettir.

Kanunun isim üzerindeki himayesinden herkes mütesaviyen istifa-

de eder. Bu sebeple bir yabancı dahi, isminin ihtilâfa mahal verdiğinden bahsiyle bu isim üzerindeki hakkının tanınmasını veya gasp vaki ise bunun men'ini yargıçtan istemek ve zararın tazminini talep etmek hakkına maliktir. Medenî Kanunun 16 ncı maddesine göre, mümeyyiz bulunan küçüklerle mahcurlar dahi kanuni mümesillerinin rizalarını istihsal etmeksizin kanunun isim üzerindeki himayesinden istifade etmek hakkına maliktirler.

İsmin gasbolunmasından veya tecavüze uğramasından mutazarrır olan şahsın dava hakkının tabi olacağı zaman aşımı hakkında hususi bir hüküm bulunmaması hasebiyle bu kabil davaların Borçlar Kanununun 125 inci maddesinde ki umumi zaman aşımına tabi olacağını kabul etmek icabeder.

İsmin değiştirilmesi :

İnsanlar gibi lisanda daimi bir tekâmül halindedir. Aynen insanlar gibi kelimelerde fanidirler. Onlarda tıpkı insanlar gibi doğarlar, yaşarlar ve yavaş yavaş yerlerini başka başka terim ve kelimelere terkederler. Yahut evelâ delâlat ettiği mefhumdan büsbütün başka bir mânada kullanılmağa başlarlar. İşte lisan ve onu takip eden kelimelerde husule gelen bu tebeddülât neticesi bir insanın taşıdığı bir ismin (bu ekseriya soy adlarında vaki olur) delâlet ettiği mâna gülünç ve çirkin bir mahiyet iktisap eder. Bu değişiklik öz adlarında nadiren vaki olursa da asırlarca nesilden nesile intikal etmiş olan soy adlarında böyle bir değişikliğe ekseriya tesadüf mümkündür. Bazan bir devrin icabı memduh olan bir soy adı zamanla herkesin takbih edeceği bir mahiyet arzeder. Ezcümle Mutlâkiyet devrinde hafiyelik bir nevi saraya intisap ve asalet addedilmekte iken Cumhuriyet zamanında hattâ meşrutiyet devrinde bu sıfat herkesin menfuru olmuştur. Bir zamanlar asalet alâmeti olan (Hafiye zade) bu günün telâkkileri muvacehesinde hiçte taşınacak bir ad olamaz. Bir kimse İsa dininde iken taşıdığı soy adını Müslüman dinine girdikten sonra kullanmak istemez. Keza Türk uyrukluğunu iktisap etmiş olan bir İtalyan Türk ismi taşımak ister. Bu kabil ahvalde kanun şahsa ismini değiştirebilmek imkânını bahşetmiştir. Bu hususiaki hüküm Medeni Kanunun 26 ncı maddesinde yer almıştır. Maddede : (Muhik sebeplere binaen bir kimse isminin değiştirilmesini isteyebilir. İsmin değişmesi nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Şahsın ismi değişmekle ahvali değişmez. Bir ismin değişmesinden mutazarrır olan kimse ittila gününden itibaren bir sene içinde tebdil kararına itiraz edebilir) denmektedir.

Maddeye göre bir kimse isminin değiştirilmesini mahkemeden talep edebilmesi için değiştirmeyi gerektirecek haklı bir sebebe veya sebeple-

re istinat etmesi lâzımdır. Muhik sebebin ne olduğu kanunda gösterilmemiş ve bunun takdiri yargıca terkedilmiştir. Yargıç bir ismin zaman bakımından geçirdiği tahavvülü ve bu gün için veya mekân itibariyle delâlet ettiği mânayı göz önünde tutarak takdir hakkını ona göre istimal eder. Yargıç icabı halinde etymologist'lerin hattâ tarihçilerin reylerini sorar. Eğer isim, kelimenin mânasındaki tahavvül sebebiyle değiştirilmek istenmeyipte meselâ ailenin ötedenberi muayyen ve müşterek bir ad taşıdığı iddiasiyle değiştirilmek isteniyorsa, yargıç bu ciheti inceleyerek kararını verir.

İsmin değiştirilmesi kararı kesinleşince nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Karar muhteviyatı nüfus siciline kaydedilmeden ilân olunmaz.

İlânın ne suretle yapılacağı yargıç tarafından tensip edilir. İlândan maksat; bu değişmeden mutazarrır olan kimseler varsa ismin tebdili keyfiyetinden bunları haberdar etmektedir. Çünkü böyle bir tebeddülden mutazarrır olanlara kanun itiraz hakkı vermiştir. Nitekim maddenin son fıkrasında; (Bir ismin değişmesinden mutazarrır olan kimse ittilâ gününden itibaren bir sene içinde tebdil kararına itiraz edebilir) denmiştir.

İtiraz süresi; ismin tebdili kararına ittilâ tarihinden itibaren bir senedir. Zaman aşımı ittilâ tarihinden işlemeye başlar. İttilâ vaki olmadıkça zaman aşımı cereyan etmez. Bu itibarla bir kimse 15 sene sonra böyle bir tebeddüle muttali olsa o kimsenin yine itiraz hakkı bakidir. Bir sene içinde bu hakkı kullanabilir.

Muterizin böyle bir değişmeden mutazarrır olduğunu ispat etmesi lâzımdır. Çünkü itirazın mesmu olabilmesi için ad değişmeden muterizin zarar görmüş olması şarttır.

İsmin değişmesi şahsın ahvalinde bir değişikliği icabettirmez. İsmi değişen şahsın, evlilik, yaş, hısımlık halleri eskisi gibi kalır.

İsim değiştirme davası :

İsim değiştirme davası tek kaza sistemine tâbi davalardandır. Bazı mahkemeler yanlış olarak bu kabil davalarda nüfus memuru ile C. Savcısının huzurlarına lüzum göstermektedirler. Halbuki isim değiştirme taleplerinin amme menfaatleriyle hiç bir ilgisi olmadığından savcının ve nüfus muamelâtını alâkadar etmediğinden nüfus müdür veya memurlarının bu nevi davalarda huzurlarına ihtiyaç yoktur. Gerçi mahkemenin vereceği karar, nüfus kayıtlarında binnetice bazı değişiklik yapılmasını icabettirecekse de nüfus memurunun nüfus muamelâtının sıhhatini iddia ve ispat olmayıp mahkeme kararını nihayet bir tescilden ibaret bulunmaktadır.

İsim değiştirme davası üzerine talebe uygun olarak verilen hüküm tescil ve ilân edildikten veya dava reddolundukta hüküm kesinleştikten sonra müddeinin bazı esbabı muhikka ileri sürerek isminin tekrar tebdilini isteyip istemiyeceği meselesi bazı yargıçları tereddüde düşürmekte hattâ bu yolda menfi kararlar verilmiş bulunmaktadır. Halbuki hadisede tereddüdü mucip olacak hiç bir şey yoktur. Bir ismin değiştirilmesi için muhik bir sebebin vücudü ve subutu kâfidir. İsmin evvelce değiştirilmiş olması hadisenin mahiyetini tebdil ve davanın istimaına mâni teşkil etmez. Çünkü bir ismin değiştirilmesi dava talebine imkân veren muhik sebep, isim sahibinin hayatı müddetince müteaddit defalar zuhur edebilir. Biraz evvel söylediğimiz gibi içtimaî ilerleyiş arttıkça kelime medlülleri de değişikliğe uğrar. Bu bakımdan bir ismin değiştirilmesinden sora yeni isim dahi zaman hayluletiyle medlûlunu değiştirirse bu şahsa ismini değiştirmek hakkını tanımamak realiteye uygun düşmez. Bilfarz bir hıristiyan islâmiyeti kabul edip eski ismini değiştirdikten sonra tekrar eski dinine döner veya başka bir dine sülûk ederse ismini değiştiremiyecek midir? Yahut bir hıristiyan bu dinde iken bazı esbaba binaen adını değiştirmiş ise islâmiyeti kabul ettikten sonra tekrar ismini değiştirmek isterse ona bu hakkı tanımayacak mıyız? Görülüyor ki bu suallerin cevabını menfi vermek insanın şuurunda ve mantığında bir rahatsızlık tevlit eder. Dahası var, soy adı evvelce baba tarafından değiştirilmiş olduğundan nüfusta çocuğa ait soy adı dahi karar gereğince değiştirilecektir. Aradan zaman geçtikten sonra çocuk büyüyüpte bazı muhik sebebler ileri sürerek soy adını değiştirmek isterse ona baban vaktiyle değiştirmiş idi, artık sen değiştiremezsin mi diyeceğiz, Tereddütsüz bu sualin cevabı hayırdır. O halde öz ismin veya soy adının evvelce değiştirilmiş olması yeniden açılacak isim değiştirme davasının ruyetine mâni teşkil etmez. Muhik sebeb tahakkuk ettikçe evvelce iktisap edilmiş ismin değiştirilmesi her zaman dava ve talep olunabilir. İsim tebdili davaları tek taraflı kazaya tabi davadan olmakla beraber Adliye Harç Tarifesi Kanununda bunlar için hususi harç derpiş edilmediğinden kıymeti malûm olmayan davaların tabi oldukları harca tabidirler.

İsim değiştirmesi davalarına bakacak muayyen bir mahkeme kanunda derpiş edilmediğinden bunlara Asliye Hukuk Mahkemelerinin baknası lâzımdır. Bu sebebe binaen bu kabil davalar üzerine lâhik olan hükimlere ait temyiz süresi hükmün tebellüğ tarihini takip eden günden itibaren 15 gündür.

İsim, yaş ve kayıt tashihi davaları :

İsim değiştirme davalarının tamamiyle Medenî Kanunun 26 ncı mad-

desi hükmü dairesinde hallolunacağını biraz evvel söylemiştik. Talebin mevzuu ad değiştirme olmayıpta adın, yaşın yahut nüfus sicilindeki her hangi bir kaydın tashihi ise bunu Medenî Kanuna göre değil Nüfus Kanununa göre halletmek icabeder.

Nüfus kayıtları bir milletin askerî, malî, iktisadî hattâ ticarî can damarıdır. Devletin en fazla hassasiyet göstermesi lâzım gelen kayıtlar, nufus kayıtlarıdır. Nüfus kayıtları ne kadar muntazam ve sıhhatli olursa Devletin askeri, iktisadi, ticari ve mali tedbirleri o kadar isabetli olur. Bu bakımdan nüfus muamelâtının zabıta altına alınması ve üzerinde titizlikle tevakkuf edilmesi icabeder.

Cumhuriyet devrine girinciye kadar nüfus muamelâtına önem verilmiş değildir. Bu yüzden bu devrelere ait kayıtlar sıhhatlı olmaktan çok uzaktırlar. Sık sık tekerrür eden harpler dolayısiyle oğlunun biraz geç askere alınmasını sağlamak istiyen ana babanın erkek çocuklarını ekseriya yaşlarından çok küçük olarak tescil ettirmeleri keza ileride bir mahzur teşkil edeceği korkusiyle kız evlâtlarını dahi nüfusa geç ve hakiki yaşlarından çok küçük olarak kaydettirmeleri, yeni doğan çocuk ayni cinsten ise ölen çocuğun sicilini buna mal ederek yeniden tescil zahmetini ihtiyar etmemeleri, muhtarların nüfus işlerine ehemmiyet vermemeleri, nüfus dairelerinin bu işlerde mürşit vazifesini göreceklerine müşkilât çıkarmaları yüzünden ahvali şahsiye kütüklerinden beklenen emniyet ve selâmet maalesef şimdiye kadar sağlanamamış ve nüfus kayıtlarına ait tashih davalariyle mahkemeler mahmul bir hale gelmiştir.

İsim, yaş ve kayıt tashihi davalarının tabi oldukları usulü muhakeme:

Bu nevi davaların tabi oldukları usulü muhakeme hakkında Nüfus Kanunun muaddel 11 inci maddesinde hususi hükümler vardır. Mezkûr maddede : (tashihi sin ve kayıt ve isim davaları gerek kendi sin ve kayıt ve ismini tashih ettirmek istiyen ve gerek devairi müteallâkasınca gösterilecek lüzuma binaen Müddeiumumilerin müracaatı üzerine Bidayet Mahkemesi Hukuk Dairesince Müddeiumumi hazır olduğu halde şahsi mezkûr ile nüfus memuru müvacehesinde alellusul muhakeme ve rüyet ve ilâma raptolunur. Kendi sin ve kayıt ve ismini tashih ettirmek istiyen şahsın bu babtaki iddiası hüviyet cüzdanının itası tarihinden 6 ay müruruna kadar mesmu olup ondan sonra mesmu olmaz. Hüviyet cüzdanının itası esnasında kayıtlarına nazaran 18 yaşına dahil olmamış bulunanların hakkı itirazı dahi 18 yaşına duhullerinden altı ay müruruna kadar devam eder. Tashihi sin ve kayıt ve isim davaları ikame olunacak şahitlerin badettahlif şahadetleri ve ibraz olunacak kuyut ve vesaik münderecatı ile ispat olunabilir. Ve her suretle zahiri halin davayı mükezzip olma-

ması şarttır. Tashihi sin ve kayıt ve isim davalarını hini rüyetinde kendini mutazarrır addedenlerin şahsi salis sıfatiyle duhulü caiz olduğu gibi bu bapta sadır olacak ilâmlar aleyhine gerek eşhas tarafından ve gerek devairi müteallikasının müracatı üzerine müddeiumumiler canibinden itirazülgayir davası dahi ikame olunabilir. Tashihi sin ve kayıt ve isim davaları üzerine sadır olan ilâmlar kabili istinaf olmayıp ancak alâkadaran veya müddeiumumiler tarafından temyiz olunabilir. Mahkemeyi temyiz istida dairelerinde tetkiki keyfiyet edilir. İşbu madde mucibince rüyet olunacak deaviden harç alınmaz.) denmektedir.

Yukarıdaki madde : 1 — Yaş, isim ve kayıt tashihi davalarının kimler tarafından açılabileceğini, 2 — Davada kimlerin taraf olabileceğini, 3 — Davayı rüyete salâhiyettar mahkemeyi, 4 — Delilleri, 5 — Davaya müdahaleyi, 6 — Hüküm aleyhinde itiraza mütedair usul hükümlerini ihtiva etmektedir. Fazla olarak maddede ayrıca bu kabil davaların tabi olacakları zamanaşımı da gösterilmiştir ki bu cihetin ayrı bir madde halinde kanunda yer alması kanun tekniği bakımından daha muvafık olurdu.

Maddeye göre; her kes isim, yaş ve nüfustaki kaydını tashihini dava ve talep etmek hakkını maliktir. C. Savcıları bu nevi davaları ancak ilgili dairenin göstereceği lüzum üzerine açabilirler. Maddedeki (Devairi müteallikasınca) tabirinden biz, ismi yahut yaşı veya kaydı tashih edilmek istenilen kimseyi alâkadar eden işin görüldüğü her hangi bir resmî bir daireyi anlarız. Ezcümle, şahsın askeri muameleleriyle ilgili şube, vergisi ile ilgili Maliye, Özel Saymanlık, Belediye velhasıl bil cümle devairi resmiye mezkûr tabirin şümulü içindedir. Fakat resmî sıfatı olmayan diğer bir deyimle amme hizmeti görmeyen bir banka, bir şirket yahut iktisadî bir teşekkülün bu yoldaki talepleri C. Savcısını harekete getiremez.

Yaş, isim ve kayıt tashihi davalarını görmeye yetkili mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Her yer asliye hukuk mahkemesinin bu kabil davalara bakmak yetkisi vardır.

Dava nüfus idaresi aleyhine açılır. C. Savcısı da davada hazır bulunur. Nüfus kayıtları devletin mürakabesi altında olup bu kayıtların âmme menfaatiyle sıkı alâkası vardır. Bir kimsenin adının değişmesi ahvali şahsiyesinde tebeddülü icabettirmeyeceğinden o şahsın fert ve devletle münasebetlerinde her hangi bir değişiklik bahis mevzuu olamaz. Fakat bir kimsenin nüfus kayıtlarında vuku bulacak değişiklik ilgilerinin bu münasebetlerinde bazı değişiklikler meydana getirir. Yaşı itibariyle henüz askerlik mükellefiyeti çağında bulunmayan bir kimsenin yaşında yapılan düzeltme neticesi kendisini bu mükellefiyet altına koyar. Nüfus

679

kaydına göre ticaret yapacak yaşta olmayan bir şahıs tashih neticesi bu sanatı icraya ehliyet kazanır, vergi mükellefiyeti altına girer. Velhasıl bu kabil tashihat ferdin fert ve devletle münasebetlerine tesirden hali kalmaz. Bu bakımdan nüfus kayıtlarında her hangi bir değişikliği istihdaf eden bu nevi taleplerle fertler ve devlet yakından alakadar bulunduğundan bu talepleri ihtiva eden davaları kendi organları muvacehesinde rüyeti lüzumlu görülmüş ve bu hususu sağlıyacak hükümler tedvin edilmiştir. Bu itibarla ad değiştirme davalarında nüfus memuru ile C. Savcısının huzurlarına kanuni lüzum ve mahal bulunmadığı halde, isim, kayıt ve yaş tashihi davalarında bu devlet organlarını vücutları zaruridir.

Bir kimse başkalarına ait kayıt ve ismi tashih ettirebilir mi? Kanunda buna dair bir hüküm yoktur. Biraz evvel işaret ettiğimiz prensibe göre, tashih davasını ya ilgili şahsın bizzat kendisi yahut şahsın muamele itibariyle alâkalandığı devlet dairelerinden birinin talebi üzerine savcı açar. Lâlettayin bir şahıs diğer bir şahsa ait kayıt ve isim tashihi davası açamaz. Fakat bu prensibin hilâfına tatbikatta hâsıl olan bir teamüle göre ölmüş bir şahsın isim ve kaydının düzeltilmesi diğer bir kimse tarafından dava ve talep olunabilir. Ancak tashih davasını açacak şahsın kaydı tashih edilmek istenilen kimse ile arasında hukuki bir ittisal olmalıdır. Böyle bir ittisalden mahrum olan kimse başkasına ait kayıt ve isim tashihi davası açamaz. Tatbikatta hâsıl olan bu teamüle binaendir ki kanunda sarahat olmadığı halde bir şahıs tarafından ölmüş hısımlarına ait kayıt ve isim tashihi talebiyle açılan davalar rüyet edilmekte ve karara bağlanmaktadır.

Yaş, kayıt ve isim tashihi davalarında zaman aşımı :

Yaş, kayıt ve isim tashihi davalarında zaman aşımı atı aydır. Alâkadar şahsın hüviyet cüzdanını aldığı tarihten itibaren zaman aşımı işlemeğe başlar. Hüviyet cüzdanının itası tarihinde cüzdan sahibi küçük ise zaman aşımı bunun on sekiz yaşına duhulünden itibaren cereyana başlar. Maddenin bu hükmü Medenî Kanunun rüşte müteallik hükmü ile taarruz halindedir. Medenî Kanunun 11 inci maddesine göre rüşt 18 yaşın ikmaliyle başlar. 18 yaşına giren kimse bunu ikmal etmedikçe reşit sayılamaz. Zaman aşımının rüşt yaşına duhulden itibaren başlaması kanunlarımızın istinat ettiği umumî prensibe göre daha muvafık olur. Bundan başka evlenmek suretiyle reşit olupta henüz 18 yaşına girmiyen bir kimse içinde kanundaki mütlak hüküm muvacehesinde zaman aşımı işlemeyecektir. Halbuki rüşt, şahsa tam bir tasarruf yetkisi vermektedir. Buna binaen kanunun bu hükmünde Medenî Kanunun dayandığı genel

679

prensiple taarruz halindedir. Fakat Nüfus Kanunun mevkii mer'iyete vaz'ı tarihinde Medenî Kanun henüz tedvinedilmemiş bulunduğundan bu kabil taarruzların mevcudiyetini tabii görmek icabeder. Yeni baştan tanzim ve sevk edilecek olan Nüfus Kanununun Medenî Kanunumuza muvazi olacağı şüphesizdir. Bununla beraber Nüfus Kanunu hususi bir kanun olduğu için evlenmek suretiyle reşit olan bir kimse hakkındaki zaman aşımıda 18 yaşına duhullerinden başlar.

Tashihi sin ve kayıt ve isim davalarında deliller; şahit, kayıt ve vesikadan ibarettir.

Bu davalarda dinlenecek şahitlerin yemin ettirilmeleri ve yeminin istimadan evvel tevcihi mecburidir. H. U. M. K. na göre, şahitlerin istimaına başlanmadan yeminin neticeleri üzerine dikkat nazarı celbedildikten ve yeminin akibetleri hakkında gerekli ihtar yapıldıktan sonra dinlenmeleri ve şahadetleri bittikten sonra yemin verilmesi gerektiği halde, Nüfus Kanununa göre halli icabeden davalarda tanığa evvelâ yemin tevcih olunması ve badehu istima edilmesi icabeder. Çünkü Nüfus Kanunu bu hususta ayrı ve müstakil hüküm ihtiva ettiğinden Usul Kanunu hükümleri dahilinde muamele yapılamaz.

Maddedeki (kayıt ve vesaik) tabirinin şümulüne her türlü kayıt ve vesaik girmektedir. Hastahane kaydı, mektup davacı ve yaşı, adı ve kaydı tashih edilmek istenen şahıs yabancı bir uyrukluktan Türk uyruklu-ğuna geçmişse pasaport, hekim raporu velhasıl davanın halline müessir olacak ve iddia hakkında yargıca kanaat verecek her nevi resmi, gayri resmi vesaik bu ibarenin şümulü içine girer.

Yaş tashihi davalarında bazı mahkemeler alâkalıyı muayene ettirerek hükümlerini alacakları rapora istinat ettirmektedirler. Halbuki kanun da böyle bir muayene mecburiyetini tazammun eden her hangi bir hüküm mevcut değildir. Diğer deliller müddeanın ispatına yeter derecede ise yaşı tashih edilecek kimsenin ayrıca muayenesine lüzum yoktur. Ancak insanlar yaradılış itibariyle fiziki bakımdan değişik inkişaflar arzederler. Veçhen çocuk manzarası arzeden bir şahsın bedenen mütekâmil bulunduğu ve veçhen büyük bir adam halini gösteren bir şahsında bedenen gayri mütekâmil bir durumda olduğu ekseriya zuhur eden hadiselerdendir. Böyle bir durum karşısında bulunduğu hissine kapılan yargıcın hekim muayenesine lüzum göstermesi faideli ve kanaatını takviye bakımından isabetli bir tedbir olur.

Yaş tashihi davalarında yaşı tashih edilen şahıs delil bakımından en önemli mevkii işgal eder. Kanun bu noktaya bilhassa ehemmiyet vere-

rek zahir halin davayı tekzip etmemesini şart kılmıştır. Kanuna girmiş olan bu hüküm tatbikatta bu davaları halle memur mahkemeleri bazı zorluklarla karşılaştırmaktadır. Davayı şahıs açtığı takdirde böyle bir güçlük mevzuubahis olmıyorsa da davanın C. Savcısı tarafından ikâmesinde bu zorluk ekseriya kendini göstermektedir. Burada kasdettiğimiz zorluk yaşı amme namına tashih olunmak istenen şahıs davete icabet etmez, bu suretle zahir hali yargıç tarafından müşahade imkânı hâsıl olmazsa yapılacak muamele hakkında kanun sakit kalmıştır. Bazılarının düşünüşlerine göre ortda bir âmme menfaati varsa da bu menfaatin korunması için mahkemelerin ve resmi dairelerin alabilecekleri tedbirlerin hududunu kanun vazıı çizmiştir. Gayesi âmme menfaatini himayede olsa kanun vazıı her hangi bir organına verdiği yetkinin hududunu aşmasına müsaade ve imkân vermemiştir. Buna binaen ferdi hürriyeti kısmen selbedici bir işlemin ifası meselâ yaşı tashih edilmek istenen bir şahsın mahkemeye ihzarı gibi bir muamelenin yapılmasına cevaz yoktur. Diğer taraftan yaşı tashih edilmek istenilen kimse yargıç tarafından müşahede edilmedikçe dava karara bağlanamaz. Bu hakikaten kanunda mevcut boşluktan ileri gelmektedir. Yeni Nüfus Kanununun ihzarında bu boşluğun doldurulacağı ümit edilmekle beraber zorluk bugün için mevcuttur. Tatbikatta mahkemeler ayrı ayrı ve kanuni mesnedi olmayan yollar takip etmektedirler. Bazı yerlerde C. Savcıları yaşı tashih edilmek istenen şahsı idari yollarla getirip mahkemeye tevdi etmekte bazı yerlerde tashih isteyen daire o şahsı mevcuden savcıya teslim etmekte ve bu suretle davanın o şahsın huzuru ile görülmesi sağlanmış bulunmaktadır. Bazı mahkemelerde ilgilinin zahir halini görmeksizin davayı intaç etmektedirler. Bu gibi hallerde mahkemeye ilgilinin zahir halini görmek imkânı sağlanmazsa davanın reddi icabeder. Çünkü yaş tashihi davalarında ilgilinin yargıç tarafından görülmesine dair kanun hükmü emridir. Davada ibraz olunan kayıt ve vesikalar iddiayı teyit ederse şahitler davaya muvafık şahadette bulunsalar dahi zahiri hal iddiayı tekzip edici durumda ise davanın reddi iktiza eder. Zira yaş tashihi davalarında kanun yargıca büyük bir takdir hakkı vermiştir.

Davaya müdahale :

Tashihi sin ve kayıt ve isim davalarına, bundan kendini mutazarrır addeden her şahıs müdahil sıfatiyle girebilir. Davaya müdahale eden üçüncü şahsın zararın vücudunu müdahale sırasında göstermesi icabetmez. Davada mutazarrır olduğu zannında bulunması kâfidir. Nüfus Kanununda davaya müdahalede ifa edilecek merasim hakkında hususi bir hüküm bulunmadığından H. U. M. K. daki davaya müdahale bahsinde mevcut hükümler dairesinde muamele yapılması icabeder.

Hükme itiraz :

Yaş, ad ve kayıt tashihi davaları üzerine mahkemelerce tesis edilecek hükümler aleyhinde itiraz caizdir. 11 inci maddenin 3. üncü fıkrasında itiraz hakkına malik olan kimseler ve merciler gösterilmiştir. Fıkradaki hükme göre, şahısların, C. Savcılarının ve ilgili dairelerin verilen karara karşı itiraz hakları vardır.

Kanundaki (Eşhas) tabirinin şümulüne hükümden kendini mutazarrır addeden tabiri diğerle davaya müdahale hakkı olan herkes dahildir. Daireden maksadda; yaşı, kaydı ve ismi tashih edilen şahısla mali, askeri, idari ilgisi bulunan Devlet daireleridir. Ancak tashih talebinde bulunan daire ile C. Savcısının itiraz hakları yoktur.

İtiraz dava halinde açılır. Mahkeme muterizi istima ve itirazları tetkik ettikten ve ibraz olunan kayıt ve vesikaları da inceledikten sonra itirazı varit görürse hükmü iptal aksi takdirde davayı reddeder.

Kanun yolu :

Yaş, isim ve kayıt tashihi davaları üzerine verilen hükümler aleyhine ilgili şahsın ve C. Savcısının temyiz hakları vardır.

Nüfus Kanununda temyiz müddeti ile bu müddetin ne zaman cereyana başlayacağına dair bir hüküm bulunmadığından Usul Kanununda asliye mahkemelerince verilen hükümler mevcut hükümlerine tevfikan muamele yapılması iktiza eder. Buna binaen yaş, kayıt ve isim tashihi davaları sonunda verilen hükümlerin C. Savcısına, nüfus memuruna ve ilgili şahsa tebliği lâzımdır. Bunlardan biri tarafından 15 gün içinde temyiz yoluna baş vurulmazsa hüküm kesinleşir.

Biraz evvel yaş, kayıt ve isim tashihi davalarını prensip itibariyle ilgili şahsın veya dairei aidiyesince gösterilecek lüzuma binaen C. Savcısının açabileceğini ve buna istisna olarak ölmüş bir şahsın kayıt ve isminin tashihine ancak o şahısla arasında hukuki ittisal olan kimsenin isteyebileceğini söylemiştik. Bu nevi davalarda yine nüfus memuru ile C. Savcısının huzurları şarttır. Yalnız dava neticesinde verilecek hükümden hukuki durumları müteessir olacak şahısların davada taraflar arasında bulunması Yargıtayın içtihadı cümlesinden bulunduğundan davada bunların da hasım mevkiinde bulunmaları icabeder. Diğer bir deyimle davada bunların müddeialeyh olarak gösterilmeleri lâzımdır. Üçüncü şahıslara sin ve kayıt tashihi davalarına müdahale imkânı verildiği gibi bu davalar sonunda ittihaz olunacak kararlara itiraz imkânı bahsedilmiş bulunduğundan dava sahibine ve karşı tarafa iptidaen külfet tahmil edecek

olan mezkûr Yargıtay Kararı Kanunun teknik tanzimi şekline uygun değildir.

İsim, yaş ve kayıt tashihi davalarında harç :

İsim, yaş ve kayıt tashihi davalarında harç alınamayacağı Nüfus Kanununun 11 inci maddesinin son fıkrasında açıkca yazılı bulunduğu gibi 934 yılında yapılan teşrii tefsir ile kanunun bu hükmü teyit olunmuştur. Bu davalar yanlız harçtan istisna edildiklerinden Adliye Harç Tarifesine göre alınması gerekli bulunan harçların istifa edilmesi icabeder. Resim muafiyetine dair gerek kanunda gerekse kanunun bu hükmünün tefsirinde bir hüküm bulunmadığından Damga Kanunu gereğince ödenmesi lâzım gelen resimlerin bu davalardanda alınması gerekir. Ancak tatbikatta mahkemelerde ölmüş bir kimsenin isim veya kaydının tashihi talebini mutazammın davaların Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin İçtihadına göre hasmı hakiki muvacehesinde görülecekleri ileri sürülerek bunlardan miktar ve kıymeti belli olmayan davalardan alınan harçlar gibi harç alınmakta isede Nüfus Kanununun 11 inci maddesindeki sarahat muvacehesinde bu muamele doğru değildir. Çünkü bu nevi davalarda Nüfus Kanununun 11 inci maddesi hükmü dairesinde hal olunacak davalardan bulunduklarından bunlarında harca tabi tutulmamaları iktiza eder.

İsim, yaş ve kayıt tashihi davaları tekrar edilemez :

İsim, yaş ve kayıt tashihi davalarının mevzuu, nüfus siciline geçmiş olan bir kaydın tashihi talebinden ibarettir. Mahkeme talebi kabul ettiği takdirde verilen hüküm, mevcut bir yanlışlığın düzeltilerek doğrusunun kaydını tazammun ettiğinden, hükme binaen tesis edilmiş olan bir kaydın artık aksi iddia olunamaz. Dava iddianın ademi sübutundan dolayı reddedilmişse mevcut kaydın doğruluğu hükmen tahakkuk etmiş olacağından doğru bir kaydın yanlışlığı bahis mevzuu olamaz. Bu itibarla Nüfus Kanununun 11 inci maddesinin şümulüne giren davalar hükme bağlandıktan sonra yapılan tescillerin tashihi istenemez.

Ad değiştirme davalarile, yaş, kayıt ve ad tashihi davalarının mukayesesi :

Ad değiştirme davalarında medar itihaz olunacak kanun maddesi Medenî Kanunun 26 ncı maddesi olup ad, yaş ve kayıt tashihi davalarında ise Nüfus Kanununun 11 inci maddesidir.

Ad değiştirme davası mevzuu; mevcut bir adın terkedilerek başka bir adın alınmasıdır. Ad, yaş ve kayıt tashihi davasının mevzuu ise; yan-

(68)

lış bir kaydın düzeltilmesi olup şahsın adında, yaşında bir değişiklik vücuda getirmez.

Ad değiştirme davaları tek taraflı kaza sistemine tabi olup yaş, ad ve kayıt tashihi davalarında taraflı kaza sistemi uygulanır.

Ad değiştirme davalarının âmme menfaati ile ilgisi yoktur. Halbuki ad, yaş ve kayıt tashihi davaları kamu menfaati ile sıkıca ilgilidir.

Ad değiştirme davalarında nüfus memuru ile C. Savcısının huzurlarına mahal olmamasına mukabil ad, yaş, ve kayıt tashihi davalarında bunların huzurları şarttır.

Ad değiştirme davaları, H. U. M. K. nun umumi hükümleri dairesinde hal ve faslolunur. Ad, yaş ve kayıt tashihi davaları Nüfus Kanununda mahsus usul kaidelerine tevfikan rüyet ve karara raptolunur.

Ad değiştirme davalarının harca tabi olmalarına mukabil ad, yaş ve kayıt tashihi davaların harçten istisna edilmişlerdir.

Bir ad değiştirildikten ve yenisi alınıp tescil ettirildikten sonra muhik bir sebebin tahaddüsünde yeniden ad değiştirme davası açılabileceği halde yaş, ad ve kayıt tashihi davalarında tashihin kabul veya reddine karar verildikten sonra bir daha bunların tashihi, dava ve talep edilemez.

Modedern Hukukun kaynakları

Yazan : Dr. Reşat D. TESAL

(Düşünme kudretine sahip olduğu gündenberi insanlık, tabiattan ve kendi ferdî ve cem'î hayatından edindiği çeşitli intiba ve tecrübeleri dimağ atölyesinde bir takım ameliyyelere tabi tutmak suretiyle (bilgi) dediğimiz muğlâk, bin bir köklü ağacı yaratmış bulunuyor. Her an yeni buluşlar, yeni konbinezonlar sayesinde değişikliklere uğrayan bu ağacın nüskünü teşkil eden hukuk ilminde de, mütemadiyen bu tarzda yenilikler husule gelmekte veya evvelce vücuda getirilmiş bir terkip çözülerek yerine yenisinin kaim olması veya mevcut sistemlerden birine ilâveler yapılması suretiyle bu bilgi geliştirilmektedir. Bu cümleden olarak, hukuk mefhumunun bizde ilk teşekkülü anından beri kendi kendimize sormaktan geri kalmadığımız hukuk nedir? Sualine dahi bu güne kadar bin bir hal sureti bulunmuş, ortaya sayısız nazariyeler atılmış olmasına rağmen yine de zihnimiz bu sualle kurcalanmaktan geri kalmamakta ve her gün bu hususta yeni sonuçlara varılmaktadır.

Aşağıdaki satırlar, çalışmalarını bu mevzuda toplamış değerli bir hukuk filozofu olan Lausanne Üniversitesi Profesörlerinden müteveffa P. de Tourtoulon'un (Les trois Justices) adlı eserinin bir hulâsasından ibarettir. Hukuk nedir, onu terkip eden elemanlar nelerdir? Sualine orijinal bir cevap teşkil eden profesörün eserini, yeni adlî sistemine kavuştuğu gündenberi hukuk hakkındaki telâkkilerini garp âleminin tefekkür tarzına uygun olarak geliştirmekte bulunan memleketimiz hukukçularına tanıtmayı ve bu suretle mezkûr geliştirme yolunda bir hizmette bulunmayı vazife bilerek işe girişmiş ve (Üç Adalet) ismi altında kitabın bir tercemesini ortaya koymuş bulunuyoruz. Ancak, bir kopyası Yüksek Adalet Bakanlığına sunulmuş bulunan bu tercemenin bastırılmasına henüz imkân hâsıl olamadığı cihetledir ki, profesörün nazariyesini, ileride tam tercemesini neşretmek ve ayrıca tenkid ve tahlilini de yapmak tasavvuruyla şimdilik hulâsaten okuyuculara arzetmeyi münasip gördük. Değeri nisbetinde okunması ve izahı çetin olan eserin bu telhisinde rastlanacak aksaklık ve kusurların mazur görülmesini önceden dileriz).

Profesör Tourtoulon, 1930 senesinde ikmâl eylediği ve 1932 senesinde yarılanan tab'ını, bu tarihte vukubulan ölümünden sonra, vasiyeti mucibince, meslekdaşları Profesör R. Guex ve Ph. Meylan'ın tamamladıkları eserinde, hukuk mefhumunu terkib ettiklerini kabul eylediği üç aslî un-

685

suru ayrı ayrı tetkik ve tahlil etmekte ve bunların değişik nispetler dairesinde birleşerek nasıl çeşitli hukuk müessese ve mevzuatının doğmasını intaç eylediklerini anlatmaktadır. Düşünen ve düşündüklerini söz ve yazı ile ifade eden biz insanlar için bir teşvik ve iftihar kaynağı teşkil eyleyen cümlelerle başladığı kitabının mukaddemesinde hukuk bilgisinin, kanunların bilinmesi, bunların tefsiri ve hukuk felsefesinden müteşekkil olan üç merhalesini gözden geçirdikten, mevzuatın bir tenkidi demek olan hukuk siyaseti ile hukukî hadiselerin felsefî bünyelerini tetkik eden objektif hukuk felsefesini güzelce tefrik eyleyip hukukun etraflı bir tarifini yaptıktan ve bu mefhumun üç asli unsurdan mürekkep olduğunu tebarüz ettirdikten sonra profesör, eserin diğer kısımlarında bu üç unsuru derin ve ihatalı bir tetkike tabi tutmaktadır.

Ona göre, hukuk mefhumunda hukukî kaideleri ilham eyleyen ve onlara kudret ve kutsiyetlerini temin eden bir öz vardır. Hukukun varlık sebebini teşkil eden ve onda devamlı olarak bulunan bu öze Profesör (justice - adalet) ismini vermektedir. İnsanlığın, asırlardanberi mevcudiyetini müphem bir surette idrak ettizi hukukun bu özü, basit olmayıp birbirinden ayrılabilir bir takım unsurlardan mürekkeptir.

Hukukun nüvesini teşkil eden ve terkib ettikleri mefhumun varlığını tehlikeye koymadan hiç birisinin ifnasına imkân mütesavver olmayan bu yaratıcı psikolojik elemanları Tourtoulon :

1 — İlerde izah edeceğimiz (Suum cuique) düsturuna dayanan : ferdî veya metafizik adalet,

2 — Kollektif düşüncenin bir tezahürü olan : Cemiyet adaleti,

3 — (En kavinin hakkı) meselesi ile ifade edebileceğimiz : Devlet adaleti. diye bölerek adlandırmaktadır.

Muharririn, Lafontaine'in meşhur bir masalı, şimalî Amerika Hintlilerine ait bir efsane ve bir arap hikâyesi ile izah ve tasvir eylediği bu tecezzi kabul etmeyen üç aslî adalet unsuru, felsefî bünyeleri bakımından birbirlerinden tamamen farklıdırlar. Aralarındaki tek birlik noktası ayni gaye, hukukun vücuda getirilmesi gayesi uğrunda işbirliği etmiş olmalarından ibarettir. Bazen bu üç unsurun hem ahenk oldukları, anlaştıkları görülürsede diğer bir çok hallerde ayrılırlar. Meselâ, cemiyet veya Devlet adaletleri bakımlarından doğru görünen bir hadisenin ferdî adalet telekkisine tamamen aykırı kaldığı ve bu telâkkiye göre bir suç teşkil eylediği çok vakidir. Bu itibarla, bu üç unsurun birbirleriyle anlaşma veya ayrılma derecelerine göre değişiklikler arzeden sonsuz bir takım hukukî kombinezonlar mevcut olacaktır. Profesör, fizik dünya kadar

zengin ve çeşitli renkler ve değişiklikler gösteren hukuk âleminin bu halini, üç aslî renk ve bu renklerin aralarındaki nihayetsiz imtizaçlar ile ifade etmeyi düşünmüş ve ferd adaletini kırmızı, cemiyet adaletini mavi, devlet adaletini ise sarı renklerle temsil eylemiştir.

Tezini bu suretle hulâsa eyledikten sonra profesör, eserin beş fasıldan müteşekkil olan birinci kısmında, evvelî adalet adını da verdiği ferdî veya metafizik adaletin etraflı bir tahliline girişmektedir. Ötedenberi insanlarda, cemiyet ve devlet adaletlerinden gayri ve bütün teşkilât ve mevzuatın fevkinde bir adaletin mevcudiyeti hakkında bir kanaat bulunduğu ve menşe ve şümulini tamamen kavrayamadığımız bu mefhumun, hukukun gelişmesinde en mühim rolü oynadığı ve hattâ bir çok kimselerin dünyayı bu ideal adalete kabil olduğu kadar yaklaştırmak uğrunda hayatî fedakârlıklara katlandıkları malûmdur. İçimizden, hattâ imanı en zaif olanların bile ufak bir haksızlık karşısında isyan eylemeleri bu adalet duygusunun mevcudiyetine delildir. Ancak, benliğimizin bilinemez neresinden, bazen pek kuvvetle yükselen bu duygunun hangi esaslara dayandığı, hayattaki rolünün neden ibaret olabileceği ve her zaman ona istinad edilip edilemiyeceği ve ne olduğu hakkında fikir ve kanatlar o kadar karışık ve müphemdir ki, üzerinde herkesin birleşebileceği bir tarife ve hal çaresine varılmasını ümid etmek beyhudedir. Bu yüzden, bu günün bir çok mütefekkirleri ve hukuk filozofları bu adalet mefhumunun müspet bir tetkik mevzuu olamayacağı neticesine varmaktadırlar ki bu cereyan, hukuktan ferdî her türlü elemanın ifnasına yol açabilir. Profesör bu isticale mahal olmadığına işaret ederek, üzerlerinde tam bir fikir birliğine varılamayan bütün müphem noktaların terki cihetine gidildikte, felsefe ile hukukun ne akibete düşeceklerini sormaktadır. Ona göre evvelî adalet, işlenmemiş bir saha olan halk düşüncesinin mahsuli bir telâkkidir. Ve bu sebeple, bu düşüncenin hususiyetini teşkil eden derinlik ve vuzuhsuzluk burada da kendini göstermektedir. Gerçe rasyonel düşünce bu adalet mefhumu üzerinde işlemeğe çalışmıştır. Ancak, mevzu hukuk ile ideal hukukun bu adalet telâkkisine dayanılarak izahına kalkışılmış olması keyfiyeti bu çalışmanın mantık bakımından semeresiz kalmasını bilhassa intaç eylemektedir. Diğer taraftan, nasafet ve hakkaniyet bakımlarından tenkidi mümkün bir takım kanunların meşruluğunu ispatta kullanılması da evvelî adaletin mânasının yanlış anlaşılmasında âmil olmaktadır. Bu itibarla, uğrunda pek çok çalışıldığı muhakkak olan evvelî adalet mefhumunu mantığın çerçevesine tamamen sokabilmek için yapılacak daha çok şey vardır. Profesör burada bu gayeye varmak iddiasında

687

bulunmadığını, maksadının metafizik adaletin, hukukun kurucu bir unsuru olduğunu ve bu unsurda, müphem olmakla beraber değişmeyen ve insan tabiatı ile ilgili bir eşitliğe irca edilebilen bir cevher bulunduğunu izah ve ispat eylemekten ibaret olduğunu söylemekte ve müteakiben adalet ve eşitlik mefhumları üzerinde durarak, bu güne kadar adalet telâkkisinin nasıl muhtelif şekillerde tezahür eylediğini, bunların en tanınmışı olan ve mutlak eşitliği hedef tutan evvelî adalet düşüncesinin halk tarafından, adaleti temin maksadı altında kendisini itaate mecbur etmeğe kalkışan dinî, ahlâkî ve siyasî otoritelere karşı ne suretle ileri sürüldüğünü anlatmaktadır. Adaletin nihaî haddini teşkil eyleyen bu telâkkisinden başka profesör, hilkaten zaif ve düşkün olanların elinden tutmayı istihdaf eden bir (merhamet adalet ve eşitliği) ile, cemiyet içinde her ferdin aynı servet, hayat ve mevki şartlarından istifade eyleyebilmesini temine çalışan (demokratik eşitlik) in, her kese iktidarına göre hak tanıyan ve tahakkuk edebilme imkânına yaklaşmakla beraber, gaye adaletten uzaklaşan bir (tevzîî adalet)in, mukavelelerde tarafları korumayı güden (muavazalı ve telâfici adalet)in ve nihayet, gaye adaletten en çok uzaklaşmasına mukabil, tahakkuk ettirilmesi en fazla imkân dairesinde bulunan ve fertleri ayrı ayrı nazara almayarak şematik bir nizam kuran (hukukî ve adlî teknik eşitliği)nin mevcudiyetinden bahseylemektedir. Ona göre, bu çeşitli adalet telâkkilerinde yekdiğerini nakzeder hiçbir nokta yoktur. Bilâkis, adaletin bütün bu tezahürleri birbirlerini tamamlamakta ve her biri, gayesi (mutlak adalet) olan bir fasla mihveri üzerinde alınmış bulunup tahakkuk imkânını temsil eden tertip mihverine doğru yaklaşan birer nokta teşkil eylemektedirler.

Bu izahattan sonra eserde evvelî yani ferdî adaleti ifade eyleyen (suum cuique) formülünün tetkik ve tahliline geçilmektedir. Çok eski olan ve Roma hukukşinaslarından Ulpien ve Ciceron taraflarından adaletin tarifinde kullanılan bu tabir, şimdilik «herkese kendi hakkı» şeklinde terceme edeceğimiz bir tekrirden ibarettir. Bir çok filozofların pek safdilâne buldukları ve bir kıymet atfetmek istemedikleri bu, benzeri tekrirler gibi görünüşte mânası olmayan ve fakat dikkatle okundukta bir şey ifade etmek istediği anlaşılan formüle hakiki değerini, asrımızın büyük hukuk filozofu Giorgio Del Vecchio verebilmiştir. Cuique kelimesi topluluğu teşkil eden fertlerden her birini ifade eylemektedir. Filozofun fert telâkkisi ile hukukçunun fert telâkkisi birbirinden farklı olup halkın bu hususiaki fikri de bu iki telâkki arasında oynayan bir kanaattan başka bir şey değildir. Esasen hukuk felsefesinde de fert hakkında kabil olduğu kadar geniş bir anlayışa varılmasına çalışılmaktadır. Suum'a gelince, bu suretle tâyin edilen hak sahibinin, yine şahsında mündemiç bu-

lunması icabeden hak mevzuunu ifade eylemektedir. Ancak, cuique, yani topluluğu teşkil eden fertler değişik kimseler olduklarına göre, bunların, varlıklarına nazaran ifade edilen hakları, yani suum hususunda da muhtelif telâkkiler mevcut bulunacaktır. Hukuk felsefesinde mühim olan cihet, en geniş mânada kavranması ve saf enfüsiyet (ene) olarak kabuli lâzım gelen cuique ile tâyin ve tahdit edilmiş suum'un bilinmesidir. Evvelî adaleti anlamak için diğer insanları sadece birer maddî varlık şeklinde değil, fakat enfüsiyet sahibi diğer eneler olarak kabul etmek zaruridir. Zira, felsefî bakımdan hukuk münasebetlerinin bir ene ile bir lâ ene arasında doğmasına imkân bulunmayıp bunlar, Del Vecchio'nun dediği gibi, ancak iki ene arasında teessüs edebilir. Diğer taraftan, diğer insanlarda kendi varlığımızı tamamen bulmamıza da imkân yoktur. Çünkü bütün insanlar her bakımdan tam bir benzerlik ve mütabakat arzetmekten uzaktırlar. Aradaki müşterek nokta, tesadüfî ve şahsî sıfatlardan tecerrüt ettikten sonra kalan enfüsiyettir. Evvelî adalete sadık kalmak için her ferde bu saf benliğine kıyasen hak tanımak icabedecektir.

Bu cihetler tesbit edildikten sonra eserde artık yukarıda işaret olunan basit mânada alınmayarak felsefe dilile «her eneye kendi bünyesinin icabettirdiğini vermek» şeklinde ifade edilebilecek olan (suum quique)'nin lâyikiyle anlaşılabilmesini temin için ene'nin etraflı bir tahliline girişilmektedir. Tourtoulon'a göre, insanda ferdiyet, şahsiyet ve ene diye üç varlık cephesi tefrik etmek mümkündür. Halk ve hattâ felsefe dilinde maalesef birbirine karıştırılan bu tabirler ayrı şeyleri ifade etmektedirler. Ferdiyet insanın, sözler ve dış hareketlerle ifade olunan fizikî, ahlâkî ve fikrî vasıflarının heyeti mecmuasıdır. İnsan, dış âleme akseden bu ferdiyeti sayesinde diğerleri tarafından tanınır. Şahsiyet, meş'ur olan veya bu hale gelebilen ve her insanın ancak kendisi tarafından bilinebilen ruhî varlıktır. Hakikî insanı bu varlık teşkil eder. Eneye gelince o, bizim her türlü vasıf ve hatıradan tecerrüt ettikten sonra kalan saf enfüsiyetimizdir.

Yapılan bir tetkik neticesinde insanın, diğer insanlar tarafından dışardan çizilen bir portresi olan ferdiyet, fizik, biolojik, fizyolojik, psikolojik, içtimaî ve hukukî olmak üzere bir takım talî ferdiyetlerden müteşekkildir. Tam bir şahsiyet sahibi olabilmek için ise, psikolojik geçmişin kısmen hatırlanabilmesi şarttır. Enfüsî hayatını kendisine hatırlatabilecek bir hafızası olmayan kimsede her hangi bir şahsiyet bulunamaz. Şu halde, şahsiyeti tamme hatıralardan ve bunların fark ve temyizinden müteşekkildir. Derunî hayatımız daimî bir tahavvül geçirmektedir. Mükemmel bir şahsiyet sahibi isek bu devamlı değişme içinde benliğimizi bilmek ve haricî âlemden tefrik eylemek iktidarında olmamız lâzımdır. Mühim

olan nokta ferdiyetle şahsiyeti birbirine karıştırmamaktır. Ferdiyet sun'î ve müktesep bir halettir. Şahsiyet ise hariçten bilinmesi imkânı olmayan ve ademe, böyle meydana çıkmadan karışan bir hakikattır. Ancak, haricî her hangi bir tezahürü olmamakla beraber, şahsiyeti, velev müphem bir surette olsun, tasavvur ve idrak eylememiz kabildir. Halbuki, farkına varabildiğimiz en açık vakıa olmasına rağmen, eneyi hattâ tasavvur etmek bile mümkün değildir. Her insan ancak kendi enesinin farkındadır. Diğer insanların enfüsiyetinin mevcudiyetinden bahsedemiyeceğimiz gibi, mutlâk olarak eneden de bahsedemeyiz. Ene, farkettiği şeylere bir varlık atfetmek bakımından ziruhun ta kendisidir. Onun en bariz vasfı, her insan için vakaların en açık ve en katisi, fakat ayni zamanda da en anlaşılmazı olmasında görülmektedir. Basit bir kimse çekinmeden «varım» deyebildiği halde derin düşünceli bir çok filozoflar bu iddiada bulunmakta tereddüt eylemektedirler. Eskiden olduğu gibi bu gün de, spiritüalistler insanı ruh ile, materyalistler ise hayat ile izah eylemektedirler. Ancak, bu mefhumların ikisi de eneyi anlamak hususunda işimize yarayamazlar. Metafizik bir faraziye olan ruhun vücattan ayrı olduğu ve onun göçmesinden sonra da yaşadığı kabul edilmektedir. Eğer hakikaten mevcutsa ruh, ancak özü teşkil eyleyen eneyi de ihata ederek bedende yerleşmiş bulunabilir. Hayata gelince, onun ne olduğu meydana çıkarıldığı gün dahi ene meselesi izah ve halledilmiş olmayacaktır. Bir lâboratuvarda sun'î insan yapılabildiğini kabul edelim. Bu yapma insana soracağımız «nereden geliyorsun, seni nasıl imal eylediler?» suallerine kendisinden cevap alacağımız muhakkak ise de «kimsin, sen olup ta başka bir kimse olmayışının sebebi nedir?» tarzındaki suallerin cevaplandırılacağı şüphelidir. Eğer bu yapma insan bu soruları cevaplandırabilirse işte o vakit bugüne kadar çözemediğimiz sır aydınlanmış olacaktır.

Kitabının bu kısmında profesör, esasında bir sır teşkil eyleyen eneyi inkâr eyleyenlere karşı tarih boyunca girişilen mücadeleyi anlatmakta ve Descartes'ın meşhur «Cogito, ergo sum-düşünüyorum, o halde varım» formülünün geçirdiği tekâmülü ve uğradığı tenkidleri izah eylemektedir. Ona göre, mantık mihekine vurulmaması ve «düşünüyorsun, o halde varsın» veya «her düşünen vardır, ben de düşünüyorum, ohalde ben de varım.» şekillerine sokulmaması icab eyleyen bu formül ancak söylendiği zaman, söyleyenin enesinin varlığını ispata yarayabilir. Bünyesinin hususiyeti dolayısiyle bu formülün pek fazla reybî olanlar ve kâfi derecede olmayanlar tarafından anlaşılmasına imkân yoktur. Cogito'nun tarihçesi bize, varlıklarını dolayısiyle inkâr eden filozofların eneyi kabul edenlerden fazla olduğunu ve birincilerin kaideyi ikincilerin ise istisnayı teşkil eylediklerini göstermektedir. Bu vaziyet Descartes'tan evvel mev-

cut olduğu gibi, ondan sonra da ve bugün de ayni şekilde devam etmektedir. Léon Blanchet bu formülün Descartes tarafından keşfedildiğini ve insaniyetin bu formüle varıncaya kadar uzun bir hazırlanma devresi geçirdiğini yazmaktadır. Profesöre göre, Descartes'ın da dediği gibi, «düşünüyorum...» formülü o kadar basittir ki herkes onu, hiç bir felsefî hazırlığa ihtiyaç olmaksızın ifade eyleyebilir.

Cogito'nun tarihçesinde ilk merhalelerden biri, bütün nazariyesini: «sadece nefsanî meyiller bilinebilir», yahut, daha iyi bir tabirle, «yalnız enfüsî hayat bilinebilir» şeklinde bir fomülde teksif eyleyebileceğimiz Sirenaykalılar felsefe mektebidir. Bu mektebe nazaran objektif hakikatı idrak etmemize imkân yoktur. Ciceron, enfüsî ve afakî şeniyetler arasında bu şekilde fark gözetilmesinin doğru olamayacığını, (Lucullus) adlı eserinde izah eylemeğe çalışmıştır. Fakat, Sirenaykalılara doğrudan doğruya cevabı asıl Saint Augustin vermiştir. İnsanın bedahete ancak kendi varlığını idrak etmekle varabileceğini ortaya koyan çalışmaları kırk senelik bir devrede meydana gelen ve Allaha inanmayanlara karşı giriştiği mücadelede daima enenin inkâr edilemez varlığını ileri süren bu felsefe ve din adamının eneyi idrak edebilmek hususunda kurduğu sistem, bazı noktalardan Descartes'in sisteminden zaif olmakla beraber, bir çok cihetlerden ona hattâ üstün bulunmaktadır.

Saint Augustin'in sistemi şu üç formülle hulâsa edilebilir :

«Seis te esse?» — Seio «— kendi varlığından eminmisin? — Eminim».

«Unde Scis? — Nescio» — «Ne suretle eminsin? Bilmiyorum».

«Si fallor? — Sum» — «Bunda aldanıyorsam? O halde varım.».

Birinci formül, hiç bir veçhiyle bir kıyas olarak kabul edilemeyeceğine ve Descartes'ın rakiplerinin üzerinde çok oynadıkları «düşünce»yi işe karıştırmadığına göre, Cogito'ya üstündür.

Fakat asıl üstünlük ikinci formüldedir. Filhakika burada Saint Augustin en büyük bedahetle en kat'i meçhul arasında, yani enenin varlığını bilmek ile ne için var olduğunu bilememek arasında bir hudut çizmiş oluyor hi, Descartes bunu yapamamıştır. Üçüncü formülü vazetmekte filozofun takibettiği gayeye gelince bu, rakiplerinin «varlığınızı tasdik ediyorsunuz, fakat belki bunda aldanıyorsunuz» şeklindeki iddialarını «eğer haklı isem, mesele yoktur. Eğer aldanıyorsam, yine haklıyım.» şeklinde garip, fakat aldanmış olabilmek için var olmanın meşrut bulunduğu göz önünde tutulursa, pek yerinde bir mantık oyunuyla bertaraf etmektir.

Saint Augustin'den Descartes'a kadar geçen on iki asırlık uzun zaman içinde ene meselesi hemen de hiç ele alınmamıştır. Reybilere, dine ve Allaha inanmayanlara karşı kullanılan bu silâha, garpta Hristiyanlığın adeta körükörüne hâkim olduğu bir devrede müracaata hiç lüzum yoktu. Şarkta ise, arap ve yahudi mütefekkirler, tıpkı hristiyan filizoflar gibi, her şeyi objektif bir gözle gören Aristot'a bağlanmışlardı. Mamafih, bir iki filozof, müstesna olarak bu meseleye temas etmişlerdir. Birinci asırda Claudien Mammert ve Descartes'tan az evvel veya hemen de onunla ayni zamanda Campanella bunlardandır.

Cogito, Descartes için felsefinin eşiğini teşkil etmektedir. Filozof, sistemini kuvvetlendirmek için insanı hakikatta mevcut olmayan bir haricî âlemin mevcudiyetine inandırmağa çalışan bir şeytâni deha tasavvur eylemektedir. Bütün kudretine rağmen bu deha insanı enesinin varlığına inanmaktan alıkoyamamaktadır. Descartes'tanberi üç asır geçtiği halde vaziyet değişmiş değildir. O zamanki gibi bu günde, bir kısım filozoflar kendi varlıklarını inanmakta, diğerleri ise bu varlığı inkâra devam etmektedirler. Daha ilk andanberi Descartes'ın bir çok tarafdarları olmuştur. Fakat, bunların yanında Hollandalı papas Voet gibi amansız rakipler de zuhur etmiştir. Tourtoulon, Descartes felsefesinin muarızlarını (egoistler, sözde Descartes'çılar ve onsekizinci asrın üç bedahet nazariyecileri) diye üçe ayırmaktadır.

Ene hakkındaki bu tetkikattan sonra profesör, eserinin bir bahsini doğum ve ölüm meselesine tahsiseylemekte ve felsefe bakımından, hayattan sonrasına metafizik şahsiyeti örten esrarın hâkim olduğunu, hayatta ne olduğumuzu bilmediğimize göre, öteki dünyada ne olacağımızı tasavvur etmemize de elbette imkân bulunmadığını, fakat ölüm düşüncesinin, hayat boyunca aynı kalıp onunla birlikte sönen enenin mevcudiyetini ayrıca ispat eylediğini söylemektedir.

Uzun ve felsefî bakımdan çok kıymetli fikirleri muhtevi bulunmakla beraber, yazımızı fazla uzatacağı endişesiyle burada telhisine fazla yer veremediğimiz bu bahislerden sonra profesör, ene ile evvelî adaletin münasebetlerini araştırmaktadır. Onun kanaatınca, her insan yalnız kendi enesinin farkında olabildiğine göre, diğer insanları ancak haricî şekilleri ve havas vasıtasiyle idrak edilebilen hareketleri sayesinde tanımak mümkündür. Filhakika, başkalarının enelerini doğrudan doğruya idrak etmemize imkân yoktur. Yalnız kendi enemizi, dış görünüşleri ile alelâde ecsamdan farklı olmayan diğer insanlara intibak ettirmek suretiyle ve kıyas yoluyladır ki, onların da bizim gibi birer ene sahibi olduklarını ve onlar için dahi kendi enfüsiyetlerinin başlı başına bir âlem teşkil eyle-

diğini fark etmemiz kabildir. Bu itibarla, felsefî diğerbinlik bir nevi (égotisme transposé)den ibaret kalıyor demektir. Diğer insanların enelerini anlamak yolunda kendi enemizin başkalarına böylece tamamen tatbikı, metafizik adaletin ilk temelini teşkil eyler. Objektif bakımdan, bir tek kâinat vardır. Sübjektif bakımdan, birbirini tanımayan ve hepsi müstakil birer varlık teşkil eden sayısız âlemler mevcuttur. Çünkü, her ene ayrı bir kâinattır. Ve ayni zamanda bunların her biri, geniş ve sonsuz mânada kâinatın ta kendisidir. Kâinatla enfüsiyet arasındaki bu yaklaştırma yeni değildir. Netekim, Kur'anın beşinci suresinde Allahın Beni İsrail'e: «Bir insanı öldürmek, bütün insanları öldürmek demektir. Bir kimsenin hayatını kurtarmak ta bütün insanların hayatını kurtarmağa bedeldir.» dediği naklolunmaktadır. Allah insanları hep ayni damga ile damgalamıştır. Ve her insan kendi şahsiyetini muhafaza eylemektedir. Bu itibarla, bir kimse : «Dünya benim için yaratılmıştır.» derse kendi zaviyesinden yanlış bir hükme varmış olmaz.

Halk nazarında mükemmel bir adaletin, insanlar arasında mutlak eşitliği temin eden adalet mânasına geldiği ve böyle bir adaletin ise ne bu dünyada ne de öteki dünyada mevcut bulunmadığı kanaatının hâkim olduğu malûmdur. Bütün ziruhlar arasında mutlak bir eşitlik bulunması arzusunun sebepleri araştırıldıkta görülür ki, bu her insanın enfüsiyeti bakımından tecrit edilmiş ve diğer insanlarla müşterek bir ölçüye tabi tutulamayacak bir âlem teşkil eylemekte bulunmuş olmasından mütevellittir. İki ziruhu bu noktadan yekdiğeriyle mukayese etmek imkânına malik değiliz. Benim için bir sinek nasıl ehemmiyetsiz bir varlıksa, sinek için de benim, ehemmiyetten tamamen âri bir mevcudiyet olduğum muhakkaktır. Objektif bir esastan hareket ederek insanlar arasında mukayeseler yapmak ve fikir kabiliyetine, beden kuvvetine ve faide mefhhumuna göre farklar gözetmek kabil olabilirse de, metafizik ene mefhumu, eşitliği yaratıcı olmamasına rağmen, insanlar arasında enfüsî bakımdan hiç bir fark tesis edilememesini icabettirmektedir. Böyle, kendi enemizin diğer insanların enfüsiyetine tatbikı suretiyle varılan eşitlik, mevzu bir müsavat olmayıp bilâkis, menfî bir mahiyeti haizdir. İnsanlar birbirlerinin şahsiyetlerini nasıl eneler beyninde girişilen böyle bir intibak sayesinde idrak edebiliyorlarsa, evvelî adalet telâkkisini kavramak ta yine ancak böyle bir ameliye ile kabil olur.

Yardımlaşma mefhumuna dayanılarak bir hukuk felsefesi kurulmasına çalışılmış ise de, insanlar arasında bu bakımdan bir iştirakin ancak mahdut sahalarda mümkün olduğu görülmüştür. Profesör Tourtoulon, misal olarak, kendisini büyük bir yabancı şehrin işlek bir caddesindeki bir kahvehanenin taraçasında farzederek, etrafta dolaşan insanlarla olan

bağlılığını araştırıyor. Ve kendisini hiçbir veçhile ilgilendirmeyen bu insan kitlesinin varlığından, burada hiç te mevzuubahis edilemiyecek olan yardımlaşma fikri sayesinde değil, fakat ancak eneler arasında, yukarıda anlattığımız tarzda yapılacak bir yaklaştırma ile haberdar olabildiği neticesine varıyor.

İnsanların müşterek bir ölçüye tabi tutulamamaları neticesi, birbirlerine müsavi olduklarını ve «metafizik eşitlik» diyebileceğimiz bu müsavatın menfî mânada ve mutlâk bir eşitlik olduğunu böylece izah eyledikten sonra profesör, bunu, izafî ve farazî olan «hukukî ve siyasî müsavatla» karşılaştırmaktadır. Bu ikinci müsavatta, bir grup teşkil eden bir takım kimselerin, müşterek bir imtihana tabi tutularak bunun neticesinde, muayyen hukukî bir fiili icraya ayni derecede hak kazanmış ve müsavî bir iktidar göstermiş oldukları farzedilmektedir. Bu faraziye, eğer tatbikatta iyi neticeler veriyorsa, nazarî bakımdan doğru mudur, değilmidir diye araştırmağa lüzum yoktur. Hukukî müsavat tamamen izafidir. Ekseriya, müstehiklerinin pek az alâka gösterdikleri veya tatbikına hemen de hiç imkân bulamadıkları bir takım haklara taallûk eyler. Halbuki, bu müsavatın mevcudiyetine rağmen, fertler arasında mevki farkları sonsuz denecek kadar çok olmakta berdevamdır.

İhtiva eylediği halk sınıfları arasında çok büyük eşitsizlikler bulunmadığı hallerde bir cemiyete demokratik adı verilir. Hakikî bir demokratın gayesi, halkın, hiçbir ferdin kendisini diğerlerinden ne yüksek ne de alçak göremeyeceği şekilde ayni seviyeye getirilmesidir. Samimî olduğu takdirde bu ideal ile evvelî adalet arasında bir yakınlık görülebilir. Yani mefkûreci demokrat, başarmağa çalıştığı inkilâpların sebeplerini, farkında olmaksızın insan tabiatının derinliklerinden almaktadır. Ancak, demokrasi siyasî bir sistemdir. Az başarmak için çok vaadetmek mecburiyetindedir. Bu sistem, herşeyi eşitlik prensibine tabi kılmanın insanlar için mümkün olduğu kanaatını gütmekle beraber, muvaffak olmak uğrunda halk kitlelerini bir az da kabaca aldatmaktan çekinmez. Mutlak demokrasi fikri bilhassa muhaliflerde zevale varır. İş başına geldikte bunlar, en ateşli taraftarlarını bile sukûtu hayale uğratacak şekilde hareket ederler. Bununla beraber, fazla mübalâğa etmemek ve tarih boyunca demokratların sarfettikleri gayretlerin umumiyetle evvelî adaletin lehinde tecelli eylediğini kabul etmek yerinde olur.

Her enfüsiyet diğer enfüsiyetlere yabancı olduğuna göre, bir iradenin diğerlerinden müstakil olması evvelî adaletin en esaslı prensibini teşkil eyler. Hürriyet, Lalande'ın tarifi gibi, tamamen (başkasının istediğini değil, kendi dilediğini yapmak) demek değildir. Çünkü, her fert ancak

kendi faaliyet sahası içinde serbest olabilir. Başkasının sahasına tecavüze hakkımız yoktur. Hürriyet, iradelerin istiklâlidir. denebilirse de fiilen bu bağımsızlığı tam olarak tahakkuk ettirmek imkânsızdır. İçtimaî, iktisadî ve bilhassa ruhî birçok mâniler fert hürriyetini oldukça büyük tahditlere tabi tutarlar.

Hakikatta insan, sınıf ve bilhassa ırk farklarına göre değişen nispetler dairesinde, hürriyete hiç bağlı değildir veya pek az bağlıdır. Tecribî ruhiyat bunu göstermiştir. Bununla beraber, galeyan anlarında nice milletler hürriyeti en büyük ideal ve en yüksek adalet prensibi diye kabul eylemişlerdir. Birçok tahrikçiler hürriyet kelimesini âlet ederek halkın ruhundaki metafizik adalet aşkından istifade etmesini çok güzel bilirler. Çünkü, tatbikatta hürriyete o kadar ehemmiyet vermiyen insan nazarî hürriyete pek aşıktır. Bütün ömrünce kendisini tazyik altında tutan yabancı bir kudretin tesirinden kurtulmak imkânına malik olduğunu bilmek, bir kimseyi bu tesirden kurtulmak için en ufak bir harekette bulunmamakla beraber, hür olduğuna tamamen inandırmağa kâfidir. Bu gösterir ki insan, kendisine verilen hürriyeti her zaman kullanmadığı halde bile, hür olduğuna inanmak ihtiyacındadır.

Ene, yaratıkların hiç şüphesiz ki en karışığı, en esrarlısı ve en mükemmeli olan vücutla muhattır. Teşrihî bakımdan vücut yüksek vasıfta bir teşekküldür. Hayatî faaliyetler ise insan üstü bir dirayetle idare ediliyor gibidirler. Dimağa gelince o, hududunu tâyine imkân olmayan bir zekâ ve iktidar kaynağıdır.

Bu evsafta olan vücut canlı mahlûk için bir kalıp vazifesini görür. Ve onu, âmiyane tabiriyle, bir fert haline getirir. Suum cuique formülünün suum'u, felsefî bakımdan, her ferdin bu psiko-fizyolojik teşekkülünden mütevellit kudreti ifade eder.

Bununla beraber, her ferdin doğuştan sahip olduğu kudret hazinesinin muhtevası olduğu gibi insanın emrinde bulunmayıp küçük dozlar halinde ve müktesep ve hemen kullanılabilir vasıflar şeklinde sunulmaktadır. Bu muhteva, hayatın icaplarına göre, çeşitli ve gayri müsavi bir surette meydana çıkacak sonsuz meknî kuvvetlerden müteşekkildir. İnsanın ne demek oldupğunu bilmiyen bir müfekkire, çocuğun ne olabileceğini kavrayamaz. Tıpkı bir tohumun bir ağacı meydana getirebileceğinin kavranamaması gibi.

İnsanın fikrî ve ahlâkî gelişmesinde terbiyenin ve tabiatın, en mahir pedagokların bile hesaplayamadıkları nispette rolleri olduğu muhakkaktır. Tecrübesiz bir dimağın, gün görmüş bir kimseyle yaptığı her temasta bir terbiye tesiri mevzuubahistir. Bu terbiye hareketi kastî veya

tesadüfî olabilir. Her cemiyetin asgarî bir terbiye mecburiyeti vazetmek zaruretinde olduğu muhakaktır. Müşkil olan cihet, cemiyettin insan ruhuna bu el koyuşunun ne zaman makûl ve doğru hadleri aştığını kestirmektir.

Sosyalistlerin gayesi, ferdin cemiyete yarayacak kabiliyetlerini inkişaf ettirip diğer kabiliyetleri köreltmek yolunda tecelli eder. Tarih bütün müstebitlerin kendilerine kolayca tabi olacak fertler yetiştirmeğe çalıştıklarını göstermektedir. Her cemiyette varlıklarını umumî disipline uydurarak yaşayan iyi vatandaş tiplerine rastlandığı gibi, hayatlarını diledikleri gibi yaşamak istiyen isyankâr ruhlara da tesadüf edilir. Felsefi bakımından bu(hayatını)istediği gibi yaşamak)düsturunu, içtimaî terbiyenin massedemediği benliğin isteklerine göre yaşamaktır. Cemiyet adatına aykırı yaşayanlara umumiyetle sınıfsız derler. Eğer bu ruhda bir kimse harekâtiyle başkasını zarara sokup cezalandırılırsa evvelî adalet halel-dar ediliyor diye sızlanmamalıdır. Fakat böyle bir şahsı, hiç kimseye zarar vermediği takdirde dahi cezalandırmak, meselâ bir serseriyi, mahza şurada burada geziyor diye hapse atmak acaba doğru olur mu? Suum Cuique'ye göre doğru olmaz. Öteden beri sorula gelen bu sual üç adalet arasında bir ihtilâfa sebebiyet vermeden halledilemez.

Umumiyetle duygu sahası henüz serbest ve ferdî kalmaktadır. Yalnız bazı solcu rejimler insan sevgilerini dahi nizamlandırmağa kalkışmaktadırlar. Bunlardan daha mülâyim idareler bile, vatandaşların sempati ve antipatileri üzerinde kısmî bir kontrol tesisine memnuniyetle taraftardırlar.

Evvelî adâlet hakkındaki bu etraflı tetkiklerden sonra Profesör Tourtoulon, eserinin ikinci kısmında içtimaî adâletin tahliline girişiyor. Cemiyetin hukuk telâkkisi hakkında enterasan görüşleri ihtiva eden bu kısmın izah ve telhisini bir ikinci yazı mevzuu yapacağız.

6976

İSVİÇRE CEZA KANUNU

(21/11/1937)

Birinci kitap : Genel hükümler.

Çeviren : Dr. H. UMA

Birinci Kısım
Cinayet ve Cünhalar
Birinci Bölüm :
Ceza Kanununun Uygulanması

Madde : I

1 — Kanunsuz ceza olmaz.

İşlediği eylem için kanun tarafından sarahaten bir ceza derpiş edilmiş olmadıkça kimseye ceza verilemez.

Madde : 2

2 — Zaman şartları (kanunun zaman itibariyle yürürlüğü).

İşbu kanun yürürlük tarihinden itibaren cinayet veya cünha işleyen her şahıs hakkında uygulanır.

Bu kanunun, yürürlüğe girmesinden evvel işlenmiş cinayet ve cünhalar hakkında dahi uygulanması, failin bu tarihten sonra yargılanmasına ve bu kanun hükümlerinin suçun işlendiği zamanki kanun hükümlerine nazaran failin lehinde bulunmasına bağlıdır.

Madde : 3

3 — Mekân şartları (kanunun yer itibariyle yürürlüğü).

İsviçre'de işlenmiş cinayet veya cünhalar.

1 — İşbu kanun İsviçre'de cinayet veya cünha işleyen herkes hakkında uygulanır.

Eğer işlenmiş olan bu suç dolayısiyle, fail ecnebi bir memlekette kısmen veya tamamen bir cezaya çarptırılmışsa, İsviçre yargıcı infaz olunan bu cezayı hükmedeceği cezaya mahsup eder.

2 — Bir ecnebi memlekette, İsviçre makamlarının talebi üzerine, takip olunan ecnebi : Ecnebi mahkemenin kendisini kesinleşmiş bir hükümle beraet ettirmesi hükmolunan cezanın infaz olunmuş veya af edilmiş veyahut zamanaşımına uğramış bulunması hallerinde ayni eylem için

bir daha İsviçre'de cezalandırılamaz. Eğer fail hakkında mezkûr ceza ecnebi memlekette hiç infaz olunmamış veya kısmen infaz olunmuş ise, bu ceza veya mütebaki kalan kısım İsviçrede infaz olunur.

Madde : 4

Ecnebi memleketlerde devlet aleyhine işlenmiş cinayet veya cünhalar.

İşbu kanun, ecnebi bir memlekette, devlet aleyhine cinayet veya cünha işleyen (Mad. 265 - 268, 270, 271), casuslnk yapan (Mad. 272 - 274) veya 275 inci maddede yazılı suçu işleyen (kanunsuz birlikler) : askerî güvene halel getiren (Mad. 276, 277) herkes hakkında uygulanır.

Eğer bu eylem dolayısiyle, ecnebi bir memlekette fail hakkında tamamen veya kısmen bir ceza infaz olunmuş ise İsviçre yargıcı bu cezayı hükmedeceği cezaya mahsup eder.

Madde : 5

Ecnebi memleketlerde bir İsviçreli aleyhine işlenmiş cinayet veya cünhalar.

Ecnebi bir memlekette bir İsviçreli aleyhine cinayet veya cünha işleyen herkes hakkında, bu eylem için işlendiği yer kanunlarınca da bir ceza derpiş olunmak şartiyle, fail İsviçrede bulunur ve ecnebi memlekete iade olunmazsa, veya bu eylem dolayısiyle İsviçreye iade edilmiş bulunursa, işbu kanun uygulanır. Bununla beraber, suçun işlendiği memleket kanunu failin lehinde olduğu takdirde mezkûr kanun uygulanır.

Ecnebi memlekette aleyhine hükmolunan ceza infaz olunmuş veya af edilmiş veyahut zamanaşımına uğramış bulunursa fail bu eylem için bir daha cezalandırılamaz. Eğer fail hakkında mezkûr ceza ecnebi memlekette hiç infaz olunmamış veya kısmen infaz olunmuş ise, bu ceza veya mütebaki kalan kısım İsviçrede infaz olunur

Madde : 6

Bir İsviçreli tarafından ecnebi memleketlerde işlenen cinayet veya cünhalar.

1 — Ecnebi bir memlekette, İsviçre Hukukuna göre suçluların iadesine sebebiyet verebilen her hangi bir cinayet veya cünha işleyen her İsviçreli hakkında, eğer eylem işlendiği mahal mevzuatında da cezayı müstelzim ise ve fail İsviçrede bulunur veya İsviçreye bu eylem dolayısiyle iade olunursa, işbu kanun uygulanır.

Bununla beraber, failin lehinde olduğu takdirde suçun işlendiği mahal kanunu uygulanır.

2 — Fail;

Eğer ecnebi memlekette, aynı eylem için, kesinleşmiş bir hükümle beraet etmiş olur yahut ecnebi mahkeme tarafından aleyhine hükmolunan ceza infaz olunmuş veya af edilmiş veyahut zamanaşımına uğramış bulunursa bir daha İsviçrede cezalandırılamaz.

Eğer fail ecnebi memlekette cezanın yalnız bir kısmını çekmiş ise, bu kısım, aleyhine hükmolunacak cezaya mahsup edilir.

Madde : 7

Bir cinayet veya cünhanın işlendiği mahal.

Bir cinayet veya cünha, failin suçu irtikâp eylediği ve eylemden doğan sonucun husul bulduğu mahallerde işlenmiş addolunur.

Bir teşebbüs, failin onu irtikâp eylediği ve, kastına göre, sonucun tahassül etmesi icabeden yerlerde işlenmiş addolunur.

Madde : 8

4 — Şahsî şartlar.

İşbu kanun, Askerî Ceza Kanununa tâbi şahıslar hakkında uygulanmaz.

İKİNCİ BÖLÜM :
Cezalandırmanın şartları.

Madde : 9

1 — Cinayet ve Cünhalar.

Haklarında ağır hapis cezası derpiş olunan eylemler cinayettir.

Haklarında derpiş olunan en ağır ceza, hapis olan eylemler cünhadır.

Madde : 10

Cezaî sorumluluk, sorumsuzlar.

Suçu işlediği vakit aklî bir hastalık, belâhet veya şuûrun ağır şekilde muhtel olması dolayısiyle eylemin yasaklık niteliğini takdir etmek veya bu takdire göre hareket eylemek iktidarından mahrum olan kimse cezalandırılamaz.

699

Madde : 11

Mahdut sorumluluk.

Suçlu; suçu işlediği vakit, aklî hâletinde veya şuurunda mevcut bir teşevvüş, veyahut noksan bir aklî inkişaf sonucu olarak, eyleminin yasaklık niteliğini takdir veya bu takdire göre hareket eylemek hususunda tam bir idraka sahip olmadığı takdirde, yargıç cezayı serbestçe azaltır (Mad. 66).

Madde : 12

İstisna.

Suçlu, muayyen bir suç işlemek niyetiyle, şuurun bozukluğu veya teşevvüşü halini bizzat tevlit etmiş bulunursa, hakkında 10 ve 11 inci maddelerin hükümleri tatbik olunmaz.

Madde : 13

Sanığın aklî hâleti hakkında şüphe.

Sorgu yargıcı veya esası hakkında hüküm vermekle ödevli ceza yargıcı sanığın cezaî ehliyeti hakkında şüpheye düşecek olursa, onun aklî haletini bir veya müteaddit bilirkişiye incelettirir.

Sanık sağır — dilsiz olur veya saralı olduğu iddia edilirse bilirkişiye her zaman baş vurulur.

Bilirkişiler sanığın hâli üzerine bir rapor verirler. Sanığın bir hastane veya sair bir müesseseye (hospice) konmasının uygun olup olmıyacağı hususu, kamu gürevi veya düzeni için sebebiyet verebileceği tehlikelerde bu raporda bildirilir.

Madde : 14

Sorumsuz veya mahdut sorumlu suçluların bir müesseseye konması (internemet).

Sorumsuz veya mahdut sorumlu bir suçlu kamu gürevini veya kamu düzenini tehlikeye koyar ve kendisinin bir hastane veya sair buna benzer bir müesseseye konmasını zarurî bulursa yargıç bu tedbirin yerine getirilmesini emreder.

Yargıç mahdut sorumlu suçlu hakkında hükmolunan cezanın infazını tehir eder.

Madde : 15

Sorumsuz ve mahdut sorumlu suçluların hastaneye yatırılması.

Sorumsuz veya mahdut sorumlu bir suçlunun sıhhî durumu, kendisinin bir hastane veya sair buna benzer bir müessesede tedavisini veya kalmasını gerektiriyorsa, yargıç bunu emreder.

Yargıç mahdut sorumlu suçlu hakkında hükmolunan cezanın infazını tehir eder.

Madde : 16

İkamet yasaklığı.

Yargıç, cezai ehliyetsizliği dolayısiyle beraet ettirilen veya hakkındaki kovuşturma tatil olunan veya, mahdut mesuliyeti dolayısiyle, cezası azaltılan tehlikeli her ecnebi suçlunun İsviçrede ikametini menedebilir.

Madde : 17

Bir müesseseye konma ve hastaneye yatırma kararlarının icrası.

1 — Sorumsuz veya mahdut sorumlu suçlunun bir müesseseye konması veya bir hastanede yahut buna benzer bir müessesede tedavi altına alınması veya yerleştirilmesi hususunda yargıç tarafından verilecek kararları kantonların idarî makamları yerine getirirler.

2 — İdarî yetkili makam, sebep kalkar kalkmaz, müesseseye koyma, veya yerleştirme tedbirine son verir.

Yargıç, bu halde, mahdut sorumlu suçlu aleyhine hükmolunan cezanın infaz olunup olunmayacağına veya ne dereceye kadar infaz olunacağına karar verir.

Madde : 18

3. Suçluluk (culpabilitê, Schuld).

Kanunun sarih ve aksine dair bir hükmü olmadıkça, yalnız kasdile cinayet veya cünha işleyen kimse cezalandırılabilir.

Şuur ve irade ile cinayet veya cünha işliyen kimse onu kasdile işlemiş olur.

Kusurlu bir ihtiyatsızlıkla eyleminin sonuçlarını hesap etmeden veya bu sonuçları hesaba katmadan hareket eden kimse taksir ile suç işlemiş olur. İhtiyatsızlık hal ve şartların ve şahsî durumunun gerektirdiği tedbirleri almadığı takdirde, kusurludur.

Madde : 19

Fiile müteallik hata (Erreur sur les faits).

201

Hadiselerin hattalı bir takdirinin tesiri altında hareket eden kimse kendi lehinde olması halinde, bu takdir gereğince cezalandırılır.

Fail lüzumlu tedbirleri alarak hatanın önüne geçebilir idise, kanun bu suçda taksir içim ceza derpiş ettiği takdirde, taksir dolayısiyle cezalandırılır.

Madde : 20

Hukukî hata (Erreur de droit).

Haklı olarak hareket ettiğine dair yeter sebep mevcut olduğu kanaatiyle bir cinayett veya cünha işliyen kimse hakkında, yargıç cezayı serbestçe azaltabilir (Mad. 66). Yargıç suç failini her türlü cezadan muaf dahi tutabilir.

Madde : 21

4. Suçun tahakkuk dereceleri.

Nâkıs teşebbüs, Feragat.

Eğer bir kimse bir cinayet veya cünhanın icrasına başlamakla beraber bu suçu sonuçlandırmezse hakkındaki ceza azaltılabilir (Mad. 65).

Kendi ihtiyariyle, suçun tekemmülünü sonuna kadar takipden vaz geçen kimse, bu teşebbüsü için, her türlü cezadan muaf tutulabilir.

Madde : 22

Tam teşebbüs (tekemmül etmemiş suç). Fiilî pişmanlık.

Cinayet veya cünhanın tekemmülü için zaruri olan sonucu elde etmeksizin, cezayı müstelzim eylemini sonuna kadar takip etmiş olan kimse hakkındaki ceza azaltılabilir (Mad. 65).

Kendi ihtiyariyle, suçun sonucunun husul bulmasına mâni olan veya mâni olma hareketine iştirak eden kimse hakkındaki cezayı yargıç serbestçe (Mad. 66)) azaltabilir.

Madde : 23

Muhal suç.

Kullanılan aracın veya aleyhine suç işlenen mevzuun tabiatı iktzası, suçun işlenmesine kesin imkânsızlık mevcut olan bir halde, bir cinayet veya cünha işllemiye kalkışan kimse hakkındaki cezayı yargıç serbestçe (Mad. 66) azaltır.

Eğer fail akıl noksanlığı sebebiyle bu şekilde hareket etmiş ise yargıç kendisini her türlü cezadan muaf tutabilir.

Madde : 24

5. İştirak. Azmettirme.

Kasten, başkasını bir cinayet veya cünha işlemeye karar verdiren kimse hakkında, suç işlenmiş olduğu takdirde, o suçun failine verilmesi gereken ceza hükmolunur. Başkasına bir cinayet işleme kararını verdirmiye teşebbüs eden kimse, bu suçun teşebbüsü için derpiş olunan ceza ile cezalandırılır.

Madde : 25

Tâli şeriklik :

Kasden, başkasına bir cinayet veya cünha işlenmesi için yardım eden kimse hakkındaki ceza azaltılabilir (Mad. 65).

Madde : 26

Şahsî münasebetler.

Cezanın çoğaltılmasını, azaltılmasını veya kaldırılmasını gerektiren özel ve şahsi münasebet, nitelik ve durumlar ancak taallûk ettikleri fail, azmettiren ve tâli şerik hakkında hüküm ifade ederler.

Madde : 27

6. Basının sorumluluğu.

1 — Aşağıdaki hükümler mahfuz kalmak üzere, basın aracile işlenmiş ve yayın ile tekemmül etmiş bir suçtan yalnız yazı sahibi sorumludur.

2 — Gazete veya mecmuadan gayri bir matbua bahismevzuu olursa ve yazının sahibi meydana çıkarılamaz veya yazı kendi haberi olmaksızın veyahut arzusu haricinde neşredilmiş bulunursa tâbi veya, tâbiin bulunmaması halinde, matbaacı suçun faili sıfatiyle cezalandırılır.

3 — Bir gazete veya mecmuada neşrolunan bir makalenin sahibi meydana çıkarılamaz veya bu kimse aleyhine İsviçre mahkemelerinde dava ikame olunamaz, veya makale, sahibinin haberi olmaksızın veyahut arzusu haricinde neşredilmiş bulunursa neşriyat müdürü suçun faili sıfatiyle cezalandırılır.

Neşriyat müdürü makale sahibinin ismini vermekle mükellef tutulamaz. Muharririn adını meydana çıkarmak amacile ne neşriyat müdü-

703

rü ve matbaacı veya müstahdeminine ve nede gazete ve mecmuanın idare müdürü (Administateurg'ran) veya tabiine karşı yargılama usulü kanunlarında derpiş olunan tazyik tedbirlerine baş vurulamaz.

4 — Bir ilân varakasında veya bir gazete veya mecmuanın ilân sütununda neşrolunan bir ilânın sahibi meydana çıkarılamazsa, bu matbuanın ilânlardan mes'ul tutulan şahsı; bu şahsın bulunmaması halinde, tâbi veya matbaacı suçun faili sıfatiyle cezalandırılır. Matbanın ilânlardan mes'ul olarak gösterdiği şahıs bir para cezası tediyesine mahkûm olursa bu tediyeden tâbi dahi sorumludur.

5 — Resmî bir makâmın alenî müzakerelerinin aslına uygun tutanağını neşreden kimse hiç bir cezaya çarptırılamaz.

6 — Ceza davası, matbuanın neşrinden itibaren bir sene sonra zamanaşımına uğrar.

7 — Vatana ihanet, konfederasyonun istiklâline tecavüz ve diplomatik ihanet (Mad. 265 - 267, bent. 1, fık : 1), Casusluk (Mad. 272, 273, Bent 2, 3 ve Mad. 274). askerî güvene halel getirme suçlarında, 3 üncü bendin 2 nci fıkrası ve 6 ncı bendi hükümleri uygulanmazlar.

Madde : 28

7. Mağdurun şikâyeti. Şikâyet hakkı.

Tâkibi şikâyete bağlı suçlar için her mağdur kimse şikâyet etmek hakkını haizdir.

Mağdur, medenî haklarını istimal salâhiyetini haiz değilse şikâyet hakkı kanunî mümessiline aittir. Vesayet altında olduğu takdirde şikâyet hakkı aynı zamanda vesayet makamına da aittir.

Mağdur en aşağı on sekiz yaşında ve temyiz kudretine malik ise kendisi de şikâyet hakkını haizdir.

Mağdur şikâyet etmeden ve şikâyet hakkından sarahaten vaz geçmeden ölürse yakın akrabalarından her biri şikâyet hakkını haiz olur.

Şikâyet hakkını haiz olan kimse bu haktan vaz geçtiğini sarahaten bildirirse, feragat kesinleşir.

Madde : 29

Mehil.

Şikâyet hakkı üç ay içinde kullanılmalıdır. Bu mehil şikâyet hakkını haiz olan kimsenin suçun fâilini tanıdığı andan itibaren işlemeğe başlar.

Madde : 30

Şikâyetin bütünlüğü.

Şikâyet hakkını haiz olan kimse suça iştirak edenlerden biri aleyhine bu hakkı kullandığı takdirde, diğer iştirak edenlerin hepsi hakkında takibat yapılması lâzım gelir.

Madde : 31

Şikâyetin geri alınması.

Birinci derece mahkemesi hükmünü vermediği müddetçe şikâyetin geri alınması mümkündür.

Şikâyetin geri alan kimse tekrar onu yenileyemez. Suçlulardan biri hakkında şikâyetin geri alınmasından diğerleri de istifade eder. Şikâyetin geri alınması ona itiraz eden suçlu hakkında hükümsüzdür.

Madde : 32

8 — Yasak olmayan eylemler.

Kanun, memuriyet veya meslekten doğma görev.

Kanun tarafından emrolunan veya bir memuriyet veya meslekten doğma görev icabı olan eylemlerle kanunun müsaade ettiği veya cezalandırılamaz diye tavsif eylediği eylemler suç teşkil etmezler.

Madde : 33

Meşru müdafaa.

Haksız bir tecavüze uğrayan veya çok yakın bir tecavüzle haksız olarak tehdit olunan kimse, hal ve şartlarla mütenasip araçlarla bu tecavüzü def hakkını haizdir, üçüncü şahıslarda aynı hakka maliktirler. Tecevüzü def eden kimse, meşru müdafaa hudutlarını aşmış bulunursa,

Yargıç cezayı serbestçe (Mad. 66) azaltır; eğer bu hal tecavüzün doğurduğu mazur bir teheyyüç veya anî bir korkudan ileri gelmiş ise hiç bir ceza verilmez.

Madde : 34

Zaruret hâli.

1 — Hayat, cismanî bütünlük, hürriyet, şeref, servet gibi fâile ait bir şeyin, çok yakın ve başka türlü önüne geçilmesi kabil olmayan bir tehlikeden korunması gayesiyle işlenmiş bir eylem için, tehlikenin doğuşu fâilin bir kusuruna isnat olunamadığı ve, işlendiği şartlar içinde, tehdit olunan şeyin feda edilmesi makûl olarak kendisinden istenemiyeceği hallerde, faile ceza verilmez.

Eğer tehlike failin bir kusurundan doğmuş ve, eylemin işlendiği şartlar içinde, tehlikeye düşen şeyin feda edilmesi failden, makul olarak, istenebilir idise yargıç cezayı serbestçe azaltır (Madde : 66).

2 — Hayat, cismanî bütünlük, hürriyet, şeref, servet gibi üçüncü şahsa ait bir şeyin, çok yakın ve başka türlü önüne geçilmesi kabil olmayan bir tehlikeden korunması gayesiyle işlenmiş olan eylem cezalandırılmaz. Eğer fâil, kurtarılan şeyin sahibi tarafından feda edilmesinin daha makul olacağını takdir edebilir idi ise, yargıç cezayı serbestçe azaltır (Madde : 66).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cezalar, Emniyet tedbirleri ve diğer tedbirler.

Birinci Fasıl :
Çeşitli ceza ve tedbirler

Madde : 35

1. Hürriyeti bağlayıcı cezalar.

Ağır hapis.

1 — Hürriyeti bağlayıcı cezaların en ağırı ağır hapis cezasıdır.

Ağır hapis cezası bir seneden yirmi seneye kadardır.

Kanunun sarahaten derpiş ettiği yerlerde ağır hapis müebbittir.

2 — Ağır hapis, münhasıran bu gayeye tahsis olunan bir müessesede veya ceza evlerinin özel bir bölümünde infaz olunur.

Ağır hapse mahkûm olan kimseler hususî bir elbise giyerler ve müessese tarafından verilecek yiyecekle iktifa ederler. Hükümlü ancak kontrol altında ve mahdut bir şekilde ziyaretçi kabul eder ve mektuplaşabilir.

Madde : 36

Hapis.

1 — Kanunun sarih ve aykırı bir hükmü olmadıkça, hapis cezasının asgarî haddi üç gün ve âzamî haddi üç senedir.

2 — Hapis cezası, münhasıran bu gayeye tahsis edilen bir müessesede veya ceza evlerinin özel bir bölümünde infaz olunur.

Hapis cezasına mahkûm olan kimseler hususî bir elbise giyerler ve müessese tarafından verilen yiyecekle iktifa ederler. Hücrede geçirilen devre esnasında kendi elbiselerini giyebilirler.

Hükümlü ancak kontrol altında ve müessesenin intizamiyle telifi kabil olabilecek hallerde ziyaretçi kabul eder ve mektuplaşabilir.

Madde : 37

Ağır hapis ve hapis cezalarının infazı.

Ağır hapis ve hapis cezaları hükümlü üzerine terbiyevî bir tesir yapabilecek ve onun serbest hayata atılmasını hazırlıyacak şekilde infaz olunmalıdır. Cezaevleri tüzükleri hükümlüye bahşolunabilecek olan tedrisi kolaylıkların şartlarını ve muhtevasını tesbit ederler. Kaideten, hükümlü ağır hapisde ilk üç ayı, hapis halinde, ilk bir ayı hücrede geçirir.

Hükümlünün bedenî veya aklî hâleti veyahut cezanın gayesi gerektirdiği takdirde müessese müdürlüğü hücrede geçen süreyi uzatabilir veya kısaltabilir veyahut hükümlüyü yeniden hücreye koyabilir. Hükümlü çalışmakla mükelleftir. Her hükümlüye verilen iş, mümkün olduğu kadar onun istidadına uymak ve kendisini, tahliyesinden sonra, hayatını kazanabilecek bir duruma sokmalıdır. Kaideten hükümlüler bir arada çalışırlar. Fakat istirahat saatlarında hücreye konmalıdırlar.

İş, ağır hapis ve hapis cezaları mahkûmlarının bir birlerinden ayrı kalmalarını temin edecek şekilde teşkilâtlandırılmalıdır. Müessesenin işletme zaruretleri gerektirmedikçe bu kaideye aykırı şekilde hareket olunamaz.

Madde : 38

Şartla salıverme.

1 — Ağır hapis veya hapse mahkûm olan kimse, hapis için en az üç ay olmak üzere, cezasının üçde ikisini çekmiş bulunursa, yetkili makam onu : müessesede iyi hareket etmiş olmak, serbest hayatta iyi hareket edeceğine kanaat getirilmek;

Ve mahkeme kararıyle veya mağdur ile aralarında yapılan anlaşma neticesinde tesbit olunan zararı, kendinden beklenebilen nisbet dahilinde, tazmin etmiş bulunmak kaydiyle yetkili şartla salıverebilir. Makam müebbet ağır hapse mahkûm olan bir kimseyi, on beş senenin hitamında şartla salıverebilir.

Slıvermeden unce : Yetkili bir makam, müessese memurlarının bu hususlaki düşüncelerini sorar.

2 — Yetkili makam salıverilen hükümlü için muayyen bir deneme süresi tâyin eder ve bu süre zarfında patronaja tâbi tutabilir. Bu süre,

kaideten, cezanın infaz edilmemiş olan kısmını tecavüz edemez; bununla beraber, bir seneden aşağı ve beş seneden yukarı da olamaz.

Müebbet ağır hapse mahkûmiyet halinde deneme süresi beş senedir.

3 — Yetkili makam hükümlüyü içki içmekden çekinmek belirli bir yerde veya bir müessesede ikamet etmek veya belirli bir iş verenin nezdinde çalışmak gibi bir hareket hattı takibine tâbi tutabilir.

4 — Eğer şartla salıverilen kimse, deneme süresi esnasında cinayet veya cünha işler, yetkili makam tarafından yapılan sarih ihtarı nazara almıyarak kendisine emir olunan hareket tarzına riayet etmez, muannidane bir şekilde patronaj nezaretinden sıyrılır veya her hangi bir şekilde yargıç tarafından kendisine gusterilen itimadı selp eylerse, yetkili makam kendisinin yeniden çıktığı müesseseye konmasını emreder. Serbest olarak geçirilen süre ceza süresine mahsup edilmez.

Madde : 39

Hafif hapis.

1 — Hafif hapis cezası bir günden üç aya kadardır.

2 — Hafif hapis cezası bu hususa tahsis olunan bir müessesede veya, hiç olmazsa, diğer hürriyeti bağlayıcı cezaların infazına hasrolunmıyan bir mahalde infaz olunur.

Hükümlüler kendi şahsî elbiselerini taşırlar ve müessesenin verdiği yiyecekle iktifa ederler. Mamafih, tüzüklerin tesbit ettiği sınır içinde dışarıdan yemek getirtmelerine müsaade olunabilir.

Hükümlü, müessesenin intizamını bozmıyacak şekilde, ziyaretçi kabul eder, mektup gönderir ve alabilir.

3 — Hükümlü çalışmakla ödevlidir. Üzerinde çalışmak üzere uygun bir meşguliyet bulması için kendisine yetki verilir, bulmadığı takdirde müessese tarafından gösterilen işi yapmak zorundadır.

4 — Geceleyin hükümlü hücreye konur.

Madde : 40

Hürriyeti bağlayıcı cezalar hakkında müşterek hükümler.

Hürriyeti bağlayıcı bir cezanın infazı ancak önemli sebepler vukuunda kesilebilir.

Eğer cezanın infazı esnasında hükümlünün bir hastahane veya sair buna benzer bir müesseseye nakledilmesi mecburiyeti hasıl olursa hükümlünün bu müessesede geçirdiği süre cezasına mahsup edilir. Eğer hükümlü böyle bir müesseseye naklini hileli bir şekilde temin eylemişse bu müessesedeki ikamet süresi; veya bu ikametini hileli bir şekilde uzatmış ise, uzatılan bu süre, cezasına mahsup edilemez.

Madde : 41

Ceza infazının ertelenmesi.

1 — Bir seneyi geçmiyen hapis cezasına veya bir hafif hapis cezasına mahkûm olan kimsenin cezasının infazı :

Hükümlünün ahlâkî temayülleri ve geçmişdeki hali bu tedbir ile kendisinin yeni bir cinayet veya cünha işlemekten alıkonabileceğine hükmettirecek vasıfda olmak; cinayet veya cünhanın işlemesinden önceki beş sene zarfında hükümlü hakkında İsviçrede veya ecnebi bir memlekette, kasda müstenit bir cinayet veya cünha dolayısiyle, hürriyeti bağlayıcı bir ceza infaz olunmamış bulunmak;

Ve nihayet, hükümlü, mahkeme kararıyle veya mağdur ile aralarında yapılan anlaşma neticesi tesbit olunan zaruri, kendinden beklenebilen nisbet dahilinde, tazmin etmiş bulunmak şartiyle ertenebilir.

Yargıç, hükmün infazının ertlerken hükümlü için iki seneden beş seneye kadar bir deneme süresi tâyin eder.

2 — Yargıç hükümlüyü bir patronaja tâbi tutabilir. Keza yargıç hükümlüye, deneme süresi esnasında, bir sanat öğrenmek veya belirli bir mahalde ikamet etmek veyahut alkollü içkilerden imtina eylemek veya zararı belirli bir zamanda tazmin etmek gibi bazı hareket tarzları yükleyebilir.

Hüküm, ertelemenin mucip sebeplerini ve yargıç tarafından emrolunan hareket hattını gösterir.

3 — Eğer hükümlü, deneme süresi esnasında, kasdi bir cinayet veya cünha işler, yargıç tarafından yapılan kesin ihtara rağmen kendisine emir olunan hareket hattına riayet etmez, muannidane bir şekilde patronaj nezâretinden sıyrılır, veya her hangi bir şekilde kendisine gösterildiği itimadı selp eylerse, yargıç cezanın infazını emreder.

4 — Hükümlü, deneme süresini iyi şekilde sona erdirirse, yargıç mahkûmiyet kararının adlî sicilden silinmesini emreder.

709

Madde : 42

2. Emniyet tedbirleri.

İtiyadî suçluların enterne edilmesi.

1 — Hakkında, hürriyeti bağlayıcı müteaddit ceza infaz olunmuş bir kimse tekrar, bir cinayet veya cünha dolayısiyle, hürriyeti bağlayıcı cezalardan birine mahkûm olur ve cinayet veya cünha işlemeye ve serseriliğe, tenbelliğe karşı bir temayül gösterirse, yargıç bu kimsenin berlirsiz bir süre için bir müesseseye kapatılmasını (enterne) edilmesini emredebilir. Bu kapatma, hükümolunan ceza yerine geçer.

Hükümlü ecnebi olduğu takdirde yargıç kapatmaya hükmedecek yerde, hürriyeti bağlayıcı cezaya İsviçreden tard cezasını ilâve edebilir.

2 — Kapatma, münhasıran bu hususa tahsis olunan bir müessesede veya bir müessesenin böyle bir bölümünde infaz olunur.

Enterne edilenler özel bir elbise giyerler ve müessesenin verdiği yiyecekle iktifa ancak kontrol altında ziyaretçi kabul eder ve mektup yazar ve alabilir.

3 — Enterne edilen kendisine gösterilen işi yapmakla ödevlidir.

4 — Kaideten bu kimseler geceleyin hücreye konulur.

5 — Enterne edilen en aşağı üç sene, ve aleyhine hükmolunan ceza daha uzun süreli ise, enaz bu süre esnasında müessesede kalır. Bu sürenin bitiminde, yetkili makam müessese memurlarının mütalaâsını aldıktan sonra, kapatmanın artık lüzumsuzluğuna hüküm ettiği takdirde, enterne edileni üç sene süre ile şartla salıverebilir.

6 — Yetkili makam hükümlüyü parronaja tâbi tutacağı gibi kendisine bazı hareket tarzı da yükleyebilir (Madde : 38, Bent. 3). Eğer hükümlü, salıverilmesini takip eden üç sene zarfında yeni bir suç işler veya yapılan kesin ihtara rağmen, kendisine tahmil olunan hareket tarzına aykırılıkda israr eder veya muannidane bir şekilde patronajın nezaretinden sıyrılırsa yetkili makam kendisinin tekrar bu müesseseye, asgarî beş sene için, kapatılmasını emredebilir.

Şartla salıverilen kimse üç sene zarfında iyi hareket ederse salıverilmesi kesinleşir .

7 — Mahkûmiyet kararından itibaren, kapatma yerine getirilmeksizin on sene geçmiş bulunursa, yetkili makam kapatma veya cezadan hangisinin infaz olunacağına karar verir. Eğer ceza zamanaşımına uğra-

mış bulunursa kapatma infaz «olunamaz» Almanca metin) olunmamalıdır.

Madde : 43

İş terbiyesi evine gönderme.

1 — Bir cinayet veya cünha işliyen kimse hapse mahkûm olursa yargıç :

Eğer hükümlü serseri ve tenbel bir hayat süryor ve işlenen suç da bu şekildeki hayatla ilgili bulunuyorsa ;

Eğer hükümlüye çalışma terbiyesi verilmek imkânı mevcut görülüyorsa;

Ve eğer kendisi, evvelce ne ağır hapse mahkûm olmuş ve ne de bir müessede enterne edilmiş bulunmazsa cezanın infazını tehir ve hükümlünün belirsiz bir süre ile iş terbiyesi vermeye mahsus bir müesseseye konmasını emredebilir.

Yargıç evvelâ suçlunun bedeni ve aklî hâletini muayene ve işe olan istidadını tâyin ettirir ve keza suçlunun terbiyesi ve geçmişteki hali hakkında bilgi edinir.

2 — İş terbiyesi evi münhasıran bu hususa tahsis olunmalıdır. İş servisler birbirinden ayrı olmak ve sakinleri bir arada bulunmamak üzere, iş terbiye evi ayyaşlara mahsus evle birleştirilebilir.

3 — Her hükümlü istidadına uygun ve salıverildiği vakit hayatını kazanmasını sağlıyabilecek bir işi öğrenmiye çalışacaktır. Verilecek derslerle hükümlünün bedenî ve aklî teşekkülü ve ezcümle meslekî bilgisi geliştirilecektir.

Kaideten, hükümlülerle geceleyin hücreye konulur.

4 — Eğer hükümlünün iş terbiyesi almağa kabiliyetsizliği tahakkuk ederse yargıç hükmolunan cezanın kısmen veya tamamen infazını emreder.

5 — Hükümlü bir seneden aşağı olmamak üzere, mahkûmiyet süresinin enaz üçde ikisini iş evinde geçirir. Bu sürenin bitiminde yetkili makam, çalışmağa müstait ve hazır addettiği takdirde, hükümlüyü bir sene için şartla salıverebilir. Yetkili makam hükümlüyü patronaj nezaretine tevdi edeceği gibi kendisine bazı hareket tarzları da yükleyebilir (mad. 38 bent 3).

Deneme süresi esnasında hükümlü kasda müstenit bir cinayet veya cünha işlediği takdirde aleyhine hükmolunan ceza infaz olunur.

Eğer hükümlü deneme süresi esnasında, yeniden serseri bir hayat geçirmeğe başlar veya, verilen sarih ihtara rağmen, kendisine emrolunan hareket tarzına muhalefette israr eder veya muannidane bir şekilde patronaj nezaretinden sıyrılırsa, yetkili makam kendisinin tekrar iş evine konmasını emreyleyebildiği gibi yargıçtan cezanın infazı emrini de talep eyleyebilir.

Eğer hükümlü deneme süresinin hitamına kadar iyi hareket ederse salıverilmesi kesinleşir ve aleyhindeki ceza düşer.

6 — Eğer iş evinde üç sene kaldıktan sonra hâlâ şartla salıvermeye hak kazanmamış olursa yargıç hükümlü aleyhinde hükmolunan cezanın kısmen veya tamamen infazını emreder.

7 — Beş sene zarfında infaz olunmamış bulunan bir iş evine gönderme kararı bir daha infaz olunamaz.

Madde : 44

Ayyaşların bir tedavi müessesesine gönderilmesi.

(Ayyaşlığın tedavisi).

1 — İçkiyi ihtiyat haline getiren bir kimse aleyhinde, işlediği bir cinayet veya cünha suçundan dolayı hapis veya hafif hapis cezasına hükmeden cezanın infazından sonra hükümlünün ayyaşlara mahsus müesseseye kapatılmasını emredebilir. Hükümlünün hâli gerektirirse yargıç cezanın infazını tehir ve hükümlünün derhal bu müesseseye konmasını dahi emredebilir.

2 — Ayyaşlara mahsus müessese (asile pour buveurs) tahsisen bu gayeye hasrolunmalıdır. İç servisi ayrı kalmak ve sâkinleri bir birleriyle temas etmemek şartiyle bu müessese, iş terbiyesi evile birleşik olabilir.

3 — Yetkili makam hükümlüyü salâh kespeder etmez serbest bırakır. Hiç bir halde kapatma süresi iki seneyi geçemez.

Hükümlüyü serbest bırakmadan önce yargıç eğer ceza infaz olunmamış ise, müessese müdürünün mâtalaâsını aldıktan sonra, cezanın infazını veya kısmen veya tamamen düşmesini emreder.

4 — Yetkili makam serbest birakılan kimseyi bir patronaj nezaretine tevdi edebileceği gibi kendisine belirli bir süre zarfında alkollü içkilerden imtina etmesini emir ve bazı hareket tarzları da tahmil eyleyebilir. Patronajın sarih ihtarına rağmen kendisine tahmil olunan hareket

tarzına muhalefette devam eden veya patronajın nezaretinden sıyrılan kimsenin tekrar müesseseye konmasını yetkili makam emredebilir. Bu tedbirler en çok iki sene süre için alınabilir.

5 — Salıverilen kimse deneme süresinin sonuna kadar hareket etmiş bulunursa salıverilme kesinleşir ve cezası düşer.

6 — Beş sene zarfında infaz olunmıyan ayyaşlara mahsus müesseseye konma kararı bir daha uygulanamaz.

Madde : 45

Uyuşturucu maddelere müptela olan kimselerin tedavisi.

44 üncü maddenin hükümleri kıyas yolu ile uyuşturucu maddelere müptela olan kimseler hakkında da uygulanır. Yargıç tedavi için uygun gelen müesseseyi tâyin eder.

Madde : 46

3. **Müşterek hükümler.**

Kadın ve erkeklerin birbirlerinden ayrılması.

Mağnevi müzaheret.

Bütün müesseselerde kadın ve erkekler kesin olarak bir birlerinden ayırt edileceklerdir.

Bütün bu müesseselerde tutulanların dinî âyinlere iştirak edebilmeleri, mağnevi müzaheret alabilmeleri ve kütüphaneden istifadeleri temin olunacaktır.

Madde : 47

Patronaj

Patronajın vazifeleri şunlardır :

Namuslu bir şekilde yaşamalarını temin için ezcümle iş bulmak veya bir işe yerleştirmek suretiyle nezaretleri altına verilen kimselere destek olmak ve gereken nasihatları vermek;

Himayeleri altına verilen kimselere, durumlarını tehlikeye veya şüpheye düşürmiyecek şekilde, ihtimamla nezaret etmek.

Madde : 48

4. **Para cezası. Miktarı.**

1 — Kanunun sarih ve aykırı bir hükmü olmadıkça para cezasının yukarı haddi yirmi bin franktır.

Eğer suçlu hırs ve tamâla hareket etmiş bulunursa yargıç bu yukarı hadle bağlı değildir.

2 — Yargıç para cezasının miktarını, hükümlünün durumuna göre onun duçar olacağı mahrumiyet ile suçluluk derecesi arasında bir karşılık temin edecek şekilde tesbit eder.

Hükümlünün durumunu takdir için yargıç başlıca : Hükümlünün gelir ve sermayesini, medenî hâli ve ailevî ödevlerini, meslekile, meslekî kazancını, yaş ve sağlığını gözönünde tutar.

3 — Hükümlünün ölümüyle para cezası düşer.

Madde : 49

Para cezasının infazı.

1 — Yetkili makam hükümlüye bir aydan üç aya kadar bir ödeme mehli tâyin eder. Eğer hükümlünün İsviçrede sâbit bir ikametgâh yoksa kendisi derhal cezayı ödemekle veya teminat vermekle mükellef tutulabilir.

Yetkili makam hükümlüye para cezasını taksitle ödemek yetkisini verebilir ve taksitlerin miktarını ve ödeme tarihlerini hükümlünün durumunu gözeterek tesbit eder. Keza, yetkili makam hükümlünün, ezcümle devlet veya belediyeler hesabına çalışmak suretiyle, cezasını ödemesine müsaade edebilir. Böyle bir halde cezanın ödenmesi için tesbit olunan mehil uzatılabilir.

2 — Hükümlünün tâyin olunan mehil içinde parayı ödemediği veya çalışarak cezasını itfa etmediği takdirde yetkili makam, bir sonuç elde edilebileceğini ümit ederse, hükümlü aleyhine cebrî icra emrini verebilir.

3 — Hükümlü parayı ödemediği veya çalışarak cezasını itfa etmediği takdirde, para cezası yargıç tarafından hafif hapse çevrilir. Hükümlü, kendi kusuru olmaksızın, cezayı ödemek imkânsızlığı içinde bulunduğunu ispat ederse, yargıç hüküm ile veya sonraki bir kararla cezanın hafif hapse çevrilemiyeceğini emredebilir. Çevirme imkânsızlığına sonraki bir karar ile hükmolunursa takip olunan yargılama usulü parasızdır.

Çevirme halinde bir günlük hafif hapis cezası on franga karşılık tutulur. Bununla beraber para cezasından çevrilme hafif hapis üç ayı geçemez.

Yargıç bu hafif hapis cezasının ertelenmesini işbu kanunun bu hususa müteallik hükümlerini gözeterek emredebilir.

Madde : 50

Para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya eklenmesi.

Suçlu hırs ve tamala hareket etmiş bulunursa yargıç hürriyeti bağlayıcı cezaya feran, onu para cezasına da mahkûm edebilir.

Kanunun hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezasından birine hükmetmek hususunda serbest bıraktığı yerlerde yargıç, her vakit iki cezayı birlikde hüküm altına alabilir.

Madde : 51

5. Fer'i cezalar. Azil.

Yargıç bu kanuna göre yargılanan ve işlediği cinayet veya cünha ile memuriyetine liyakatsizliği sâbit olan memurun azline ve iki seneden on seneye kadar her hangi bir memuriyete tâyin olunamıyacağına hükmeder.

Azil ve tâyin olunamamazlık, bunu emreden ilâmın kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade eder. Eğer memur hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olmuşsa tâyin olunamamazlık süresi ancak bu cezanın infazından veya affından itibaren işlemeğe başlar. Eğer hükümlü şartla salıverilmiş ve deneme süresi esnasında da iyi hareket etmiş ise tâyin olunamamazlık süresi şartla salıvermeden itibaren hüküm ifade eder.

Madde : 52

Hizmetlerinden yasaklık.

1 — Ağır hapse mahkûm olan her suçlu iki seneden on seneye kadar kamu hizmetlerinden mahrum edilir. Hapse mahkûm olan kimse, eğer işlediği suç karkterinin aşalığını gösterecek mahiyette ise, bir seneden beş seneye kadar kamu hizmetlerinden mahkûm edilebilir.

Enterne edilmiş her itiyadî suçlu on sene müddetle kamu hizmetlerinden mahrumiyete çarptırılır.

2 — Kamu hizmetlerinden mahrumiyete uğrıyan şahıs genel seçim ve oylara iştirak edemez, seçilemez ve memur, resmî bir makamın üyesi, vasi veya kayyum ve şahit olamaz.

3 — Kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası kararın kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade eder. Mahrumiyet süresi, hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz veya affından, veyahut enterne edilmiş olan kimsenin kesin olarak salıverilmesinden itibaren işlemeğe başlar.

Eğer hükümlü şartla salıverilmiş ve deneme süresi esnasında iyi hareket etmiş bulunursa, kamu hizmetlerinden mahrumiyet süresi bu salıverme gününden itibaren hüküm ifade eder.

718

Madde : 53

Velâyet veya vesayet hakkının düşmesi.

İşlediği bir cinayet veya cünha dolayısiyle hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş ve bu suçla veli, vasi veya kayyumluk ödevlerini ihlâl etmiş olan bir kimse hakkında yargıç velâyet, vesayet ve kayyumluk haklarının düşmesine karar verebilir. Yargıç bu şahsın velâyet hakkını kullanmaya vasi veya kayyumluğa ehilsiz bulunduğunu da kararında bildirebilir. İşlediği suçla hükümlünün velâyet, vesayet veya kayyumluk haklarını kullanmaya liyakatsiz olduğuna hüküm ettiği diğer hallerde yargıç vesayet makamını haberdar eder.

Madde : 54

Bir meslek, sanat veya ticaret icrasının meni.

Resmi müsaadeye bağlı bir meslek, sanat veya ticaretin icrasında bir cinayet veya cünha işlenir ve fail bu suç dolayısiyle üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunursa yargıç, yeni suiistimallerden korkulduğu takdirde, hükümlüyü altı aydan beş seneye kadar meslek, sanat veya ticaretini icradan men edebilir. Memnuiyet, kararın kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade eder. Memuriyet müddei hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından veya affından itibaren işlemeğe başlar. Şartla salıvermede memnuiyet, ancak salıvermenin kesinleşmemiş olması halinde ve geriye kalan hürriyeti bağlayıcı cezanın çektirilmesinden sonra işlemeğe başlar.

Madde : 55

Sürgün.

Yargıç, ağır hapis veya hapis cezasına mahkûm olan her ecnebinin üç seneden on seneye kadar İsviçreden sürülmesine karar verebilir. Sürgün, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı veya affı gününden itibaren işlemeğe başlar.

Şartla salıverilen kimse deneme süresi esnasında iyi hareket etmiş olursa yargıç, aleyhindeki sürgün cezasını kaldırabilir.

Tekerrür halinde müebbet sürgüne hükmolunabilir.

Madde : 56

Alkollü içkiler satışının meni.

Eğer bir cinayet veya cünhanın işlenmesi alkollü içkilerin itidalsız şekilde kullanılmasından ileri geliyorsa yargıç, verdiği cezadan başka

suçluyu altı aydan iki seneye kadar içki satılan yerlere girmekten men edebilir.

Hal şartlara göre bu memnuiyetin hükümleri yalnız belirli bir yere inhisar ettirilebilir.

Memnuiyetin ilânı hususlarını kantonlar temin ederler.

Memnuiyet, hükmün kesinleşdiği günden itibaren işlemeğe başlar. Eğer suçlu hürriyeti bağlayan bir cezaya mahkûm edilmiş ise, memnuiyet cezanın infaz veya affı gününden itibaren hüküm ifade eder. Eğer hükümlü şartla salıverilmiş ve deneme süresi esnasında iyi hareket etmiş bulunursa, memnuiyet süresi salıverme gününden itibaren işlemeğe başlar. Yargıç, deneme süresinin bitiminde memnuiyeti kaldırabilir.

Madde : 57

6. Diğer tedbirler.

Önleyici kefalet.

1 — Başkasını cinayet veya cünha işlemekle tehdit etmiş olan bir kimsenin bu suçu işleyeceğinden korkulursa veyahut bir cinayet veya cünha hükümlüsü bu suçu tekrarlamaya olan kesin niyetini izhar ederse yargıç, tehdit edilenin talebi üzerine, bu kimseden suçu işlememek teahhüdünü ve yeter bir teminat vermesini istiyebilir.

2 — Tehditte bulunan kimse böyle bir teahhüdü reddeder veya tesbit olunan mehil içinde, kötüniyetle, teminatı vermezse yargıç kendisini tutmak suretiyle buna zorluyabilir.

Bu tutukluk hâli iki ayı geçemez ve hafif hapis cezası gibi infaz olunur.

3 — Bu şahıs, teminatın verilmesinden itibaren iki sene zarfında bahis konusu suçu işlerse, teminat devlete mal olur. Aksi takdirde teminat, sahibine geri verilir.

Madde : 58

Tehlikeli eşyanın müsaderesi.

Yargıç, belirli hiç bir kimse takip veya mahkûm edilememekle beraber, bir suçun işlenmesine yaramış veya yarayabilecek veyahut bir suçtan doğmuş olan ve kişilerin güvenliğini, ahlâk veya kamu düzenini tehlikeye koyacak mahiyette bulunan eşyanın müsaderesine karar verir.

Yargıç müsadere olunan eşyanın istimal olunamaz hale getirilmesini veya tahribini emredebilir.

212

Madde : 59

Devlete intikal.

Bir kimseyi bir suç işlemesi için azmettirmeye veya işlediği bir suç için mükafatlandırmağa yaramış veya yarayacak olan hediye ve sair menfaatlar devlete mal olur. Eğer bu eşya mevcut değilse onları alan kimse değerini ödemekle ödevlidir.

Bir kimsenin işlediği bir suçtan elde eylediği eşya dahi, resmî ilândan itibaren beş sene zarfında sahibi meydana çıkarılamadığı takdirde, devlet malı olur.

Madde : 60

Mağdur lehine tahsis.

Bir cinayet veya cünha neticesi bir kimsenin zarara uğraması halinde, suçlunun bu zararı tazmin etmiyeceği anlaşılırsa yargıç, mahkeme tarafından tesbit olunan veya mağdur ile suçlu arasında kararlaştırılan tazminat miktarını geçmemek üzere, müsadere olunan eşya hâsılâtını ve devlete mal edilen hediye vesair menfaatleri, aynen veya nakten, ve keza önleyici kefalet akçesini mağdure tahsis edebilir.

Eğer zarar mağduru sefalete düşürecek derecede büyük olur ve suçlunun bunu tazmin etmiyeceği tahmin olunursa, yargıç ona ödenmiş olan para cezası hâsılatını da kısmen veya tamamen, tahsis edebilir Mağdur lehine yapılan bu nevi tahsis halleri; ancak kendisinin istemine ve alacak hakkının, bu tahsise tekabül eden kısmından, devlet lehine ferağatına bağlıdır.

Madde : 61

Hükmün ilânı.

Genel menfaat veya mağdurun veyahut şikâyet hakkını haiz olan kimsenin menfaatı gerektirdiği takdirde yargıç masrafları hükümlüye ait olmak üzere, hükmün ilânını emredebilir.

Genel menfaat veya beraet etmiş olan sanığın menfaatı gerektirirse yargıç, masrafları devlete veya muhbire ait olmak üzere, beraet kararının ilânını emredebilir. Mağdur, şikâyet hakkını haiz olan kimse ve beraet eden sanık lehinde hükmün ilânı bu kimselerin istemine bağlıdır.

Yargıç ilânın şekil ve muhtevasını tesbit eder.

Madde : 62

Adlî sicil.

Hükmolunan cezalar ve emniyet tedbirleri adlî sicille kayıt olunurlar (Mad. 359 - 364).

İKİNCİ FASIL

Cezanın tesbiti.

Madde : 63

1 — Genel kaide.

Yargıç cezayı, failin suçluluk derecesine (culpabilitê) göre suçun saiklerini, suçlunun geçmişteki halini ve şahsî durumunu nazara alarak, tesbit eder.

Madde : 64

2 — Cezanın azaltılması.

Hafifletici sebepler..

Yargıç aşağıdaki şartlar altında, cezayı azaltabilir. Eğer fail, suçu işlediği vakıt :

Şerefli bir saikin tesiri altında hareket etmiş,

Derin bir ruhî istirap içinde bulunmuş,

Ağır bir tehdidin tazyiki altında kalmış,

Kendisine itaata borçlu olduğu veya tabi bulunduğu bir kimsenin nüfuzu altında hareket eylemişse;

Eğer fail, mağdurun hareketiyle suçu işlemeye meyil ettirilmiş bulunursa;

Haksız bir tahrik veya hakaretin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suçu işlemişse;

Hareketiyle samimi bir nedamet izhar etmiş ve ezcümle, kendinden beklenebildiği kadar zararı tazmin eylemişse, suçun işlenmesinden beri uzun bir müddet geçmiş ve bu esnada suçlu iyi şekilde hareket etmiş bulunursa.

Madde : 65

Azaltmanın sonucu.

Yargıç cezanın hafifletilmesini gerekli bulursa, indirme aşağıdaki şekilde yapılır :

Müebbet ağır hapis yerine on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis;

718

Asgarî haddi tâyin olunmuş bir ağır hapis yerine sadece ağır hapis ;

Ağır hapis yerine altı aydan beş seneye kadar hapis;

Asgarî haddi tâyin olunmuş bir hapis yerine sadece hapis;

Hapis yerine, hafif hapis veya para cezası.

Madde : 66

Serbest tahfif.

Kanunun serbest tahfifi derpiş eylediği hallerde yargıç cinayet veya cünha için kanunda yazılı cezanın ne nevi ve nede asgari haddi ile bağlı değildir. Yargıç her nevi cezanın kanunen muayyen aşağı haddi ile bağlı kalır.

Madde : 67

3 — Cezanın ağırlaştırılması. Tekerrür.

1 — Ağır hapis veya hapse mahkûmiyet halinde, eğer fail suça takaddüm eden beş sene zarfında, kısmen veya tamamen, bir ağır hapis veya hapis cezası çekmiş veya 42 - 45 inci maddelerde derpiş olunan müesseselerden birinden tahliye edilmiş ise yargıç cezanın süresini uzatır. Yargıç bu suç için kanunda yazılı cezanın azamî haddiyle bağlı değildir. Fakat bu ceza nevinin kanunî haddini tecavüz edemez. Hürriyeti bağlayıcı bir cezanın affı infaza tekabül eder.

2 — Ecnebi bir memlekette infaz edilmiş olan bir mahkûmiyet, İsviçre hukukuna göre suçluların iadesine sebebiyet verebilen bir suç dolayısiyle hükmedilmiş ise, tekerrüre esas teşkil eder.

Madde : 68

Suçların veya ceza hükümlerinin içtimaı.

1 — Bir veya birden fazla eylemle müteaddit hürriyeti bağlayıcı cezaya müstahak olan suçlu hakkında yargıç, en ağır suça terettüp eden cezaya hükmeder ve cezayı, hal ve şartlara göre, bu suç için kanunda yazılı cezanın âzami haddini yarısından fazla geçmemek kaydile, arttırır. Yargıç, fazla olarak, ceza nevinin kanunî azamî haddile bağlı kalır.

Eğer suçlunun müteaddit para cezalarına mahkûmiyeti lâzım geliyorsa yargıç, failin suçluluğile mütenasip bir para cezası tesbit eder.

Her nevi feri cezalar, emniyet tedbirleri ve diğer tedbirler, içtimaa giren suçlardan yalnız biri için veya yalnız bir madde tarafından derpiş olunsalar bile, uygulanabilirler.

2 — Bir kimse hakkında hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükmolunduktan sonra bu şahsın mahkûmiyetinden evvel hürriyeti bağlayıcı cezalardan birini müstelzim diğer bir suç işlediği anlaşılırsa, yargıç cezanın süresini, bu muhtelif suçlar yalnız bir hükme mevzu teşkil ettikleri vakit failin alacağı cezadan fazla olmamak üzere, tesbit eder.

Madde : 69

Tutukluluğun mahsubu.

Hükümlü, suçun işlenmesinden sonra, tutulmasına veya tutukluk halinin uzatılmasına bizzat kendi hareketiyle sebebiyet vermediği taktirde, yargıç tutuk olarak geçirdiği müddeti aleyhine hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezadan indirir. Yalnız para cezasına mahkûmiyet halinde yargıç adilâne bir şekilde tutukluluk müddetini nazara alır.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Zamanaşımı.

Madde : 70

1 — Ceza davasının zamanaşımı. Müddetler.

Kamu davası : ....

Müebbet ağır hapsi müstelzim suçlarda yirmi sene;

Ağır hapsi müstelzim suçlarda on sene;

Başka bir cezayı gerektiren suçlarda beş senenin geçmesile zamanaşımına uğrar.

Madde : 71

Mebde.

Zamanaşımı suçlarının cezayı müstelzim eylemini işlediği günden;

Eğer bu eylem müteaddit defalar işlenmişse, son eylemin icra gününden ;

Eylem belirli bir süre devam etmişse, eylemin son bulduğu günden itibaren işlemeğe başlar.

Madde : 72

Zamanaşımının durması ve kesilmesi.

1 — Suçlu ecnebi bir memlekette hürriyeti bağlayıcı bir ceza çekmekte ise bu cezanın infazı süresince zamanaşımı durur.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

721

2 — Sanığın sorgu yargıcı veya bir İsviçre mahkemesi önüne gelmesini tazammun eden her tebliğ ve soruşturma sırasında yapılan her sorgu zamanaşımını keser. Her kesimden sonra yeni bir zamanaşımı süresi işlemeğe başlar. Bununla beraber, âdî zamanaşımı süresi yarısını geçtiği ve basın aracile işlenen suçlarla şeref ve haysiyet aleyhine işlenen suçlar ve kabahatlar için mevcut olan zamanaşımı süreleri bir mislinin bulduğu takdirde kamu davası kesin olarak düşer.

Madde : 73

2. Cezanın zamanaşımı.

1 — Cezalar,

Müebbet ağır hapis halinde otuz sene;

On sene ve daha fazla ağır hapis halinde, yirmi beş sene;
Beş seneden on seneye kadar ağır hapis halinde, yirmi sene;
Beş seneden az ağır hapis halinde, on beş sene;
Bir seneden fazla hapis halinde, on sene;
Diğer her türlü cezalar için, beş sene;
Geçmesile zamanaşımına uğrarlar.

2 — Aslî cezanın zamanaşımına uğraması feri cezanın da zamanaşımına uğraması sonucunu doğurur.

Madde : 74

Mebde.

Zamanaşımı hükmün kesinleştiği eğer mahkûm tecilden istifade etmekle beraber cezasının infazı gerekiyorsa bu infazın emrolunduğu günden itibaren işlemeğe başlar.

Madde : 75

Kesilme.

Zamanaşımı cezanın infazı ve infazla görevli makamların, bu gayeye müteveccih her türlü muamelesi ile kesilir. Her kesilmeden sonra yeni bir zamanaşımı süresi işlemeğe başlar. Bununla beraber, âdi zamanaşımı süresi yarısından fazla tecavüz edilirse ceza kesin olarak zamanaşımına uğrar.

DÖRDÜNCÜ FASIL

Memnu hakların iadesi.

Madde : 76

Kamu hizmetlerinden memnuiyet cezasının kaldırılması.

Bir kimse kamu hizmetlerinden memnuiyete çarptırılır ve hükmün infazından itibaren asgarî iki sene geçmiş bulunursa, yargıç, hükümlünün hareket tarzı bu memnuiyetin kaldırılmasını mabik gösterdiği ve mahkeme huzurunda veya mağdur ile aralarında kararlaştırılan zararı, kendinden beklenebildiği kadar tazmin etmiş bulunduğu takdirde, hükümlünün istemi üzerine, bu memnuiyetin kaldırılmasına karar verebilir.

Madde : 77

Bir memuriyete tâyin olunabilmek memnuiyetinin kaldırılması.

Bir memuriyetten azil hükmünün infazından itibaren asgarî iki sene geçmiş olduğu ve hükümlünün hareket tarzı kendisinin tekrar bir memuriyete intihap olunabilmesini haklı gösterdiği takdirde, eğer mahkûm mahkeme huzurunda veya mağdur ile aralarında kararlaştırılan zararı tazmin etmiş bulunursa, yargıç, hükümlünün istemi üzerine, bu memuriyet kararını kaldırabilir.

Madde : 78

Velâyet veya vesayetten mahrumiyetin kaldırılması.

Bir suçlunun velâyet veya vesayet veya kayyumluğa ehliyetsiz olduğuna hükmolunur ve bu hükmün infazından itibaren asgarî iki sene geçmiş bulunursa, yargıç, hükümlünün istemi üzerine, hareket tarzı ehliyetsizliğin kaldırılmasını muhik gösterdiği ve mahkeme huzurunda veya mağdur ile aralarında kararlaştırılan zararı, kendinden beklenebildiği kadar tazmin etmiş bulunduğu takdirde, vesayet makamının mütaleasını aldıktan sonra, bu ehliyetsizlik kararını kaldırabilir.

Madde : 79

Bir meslek, sanat veya ticaret icrası memnuiyetinin kaldırılması.

Suçlu hakkında bir meslek, sanat veya ticaret icrasından memnuiyete hükmolunur ve bu hükmün infazından itibaren de asgarî iki sene geçmiş bulunursa, yargıç, hükümlünün istemi üzerine, artık bir suiistimalden korkmağa mahal kalmadığı ve hükümlü mahkeme huzurunda veya

mağdurla aralarında kararlaştırılan zararı, kendinden beklenebildiği kadar tazmin etmiş olduğu takdirde, bu memnuiyet kararını kaldırabilir.

Madde : 80

Hükmün adlî sicilden terkini.

Bir kimse hürriyeti bağlayıcı bir cezaya veya para cezasına mahkûm olur ve bu mahkûmiyetin infazından itibaren, ağır hapse mahkûmiyet veya enterne edilme halinde asgarî on beş sene; diğer her hangi bir ceza veya tedbirin uygulanması halinde asgarî on sene geçmiş bulunursa yargıç, hükümlünün istemi üzerine, mahkûmiyet kararının adlî sicilden terkini, böyle bir tedbire liyakat kesbetmiş olduğu ve mahkeme huzurunda veya mağdur ile aralarında kararlaştırılan zararı, kendinden beklenebildiği kadar tazmin etmiş bulunduğu takdirde, mahkûmiyet kaydının adlî sicilden terkinini emredebilir. Hükümlünün fevkalâde değerli bir hareketi bunu muhik gösterdiği takdirde, tabiî müddetlerin geçmesinden evvel dahi, hükümlünün istemi üzerine, terkine karar verilebilir.

Madde : 81

Müşterek hükümler.

Bir cezanın affı infaz addolunur.

Enterne edilen bir hükümlü hakkında, memnu hakların iadesine, ancak kesin olarak salıverilmesinden beş sene sonra, hükmolunabilir. Yargıç, memnu hakların iadesine müteallik bir istemi reddederken bunun, iki seneyi geçmemek üzere, belirli bir süre içinde tekrarlanamıyacağına karar verebilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Küçükler.

Birinci fasıl.

Çocuklar.

Madde : 82

Genel hükümler.

İşbu kanun altı yaşını bitirmemiş olan çocuklar hakkında uygulanamaz.

Altı yaşından fazla, fakat ondört yaşını bitirmemiş bir çocuğun işbu

kanunda yazılı suçlardan birini işlemesi halinde aşağıdaki hükümler uygulanır :

Madde : 83

Soruşturma.

Yetkili makam hâdiseleri tesbit eder. Verilecek karar için lüzumlu olduğu takdirde, çocuğun yaşayış tarzı, terbiyesi ve genel durumu hakkında bilgi edinir; çocuğun bedenî ve akli hâleti hakkında bilir kişi ile istişarede bulunarak bu hususiaki raporu alır. Yetkili makam çocuğun belirli bir süre içinde müşahede altına alınmasını da emredebilir.

Madde : 84

Nezaret altında terbiye.

Eğer çocuk ahlâken terk edilmiş, düşmüş olur veya böyle bir tehlikeye maruz bulunursa, yetkili makam kendisini güven değer bir ailenin yanına veyahut bir terbiye müessesesine yerleştirir.

Çocuk kendi ailesine de bırakılabilir.

Bütün bu hallerde çocuğun terbiyesine yetkili makam tarafından nezaret edilecektir.

Bu tedbirler, gayelerine ulaşdıkları ve en geç çocuk yirmi yaşını bitirdiği vakit sona erecektir. Çocuğun on dört yaşını bitirmesinden itibaren terbiyesi, olgun çocuklar hakkındaki hükümlere göre takip olunabilir.

Madde : 85

Özel tedavi.

Çocuğun aklî bir hastalığa, ruhî zâfa müptela, kör, sağır, dilsiz veya saralı olması gibi hallerde yetkili makam lüzumlu olan tedaviyi emreder.

Madde : 86

Tedbirlerin değiştirilmesi.

Yetkili makam alınan bir tedbir yerine başka bir tedbirin ikamesini her vakit emredebilir.

Madde : 87

İnzibatî tedbirler.

Eğer çocuk ahlâken metruk veya düşmüş vaziyette olmadığı gibi böyle bir tehlikeyede maruz bulunmaz ve durumu özel bir tedaviyi ge-

rekli kılmazsa, yetkili makam, çocuğu kusurlu ad ettiği takdirde, bir ihtar veyahut mektep hapsi ile (izinsizlikle) cezalandırır.

Az vahim hallerde yetkili makam her türlü tedbirden vaz geçerek çocuğun cezalandırılmasını velîsine bırakabilir.

Madde : 88

Her türlü tedbirden feragat.

Velâyet hakkını kullanan kimse yeter tedbirler almış bulunur veya eylemin işlenmesinden itibaren üç ay geçmiş olursa yetkili makam her türlü tedbirden vaz geçebilir.

İKİNCİ FASIL
Olgunluk çağında çocuklar (Adolescents).

Madde : 89

Genel hükümler.

On dört yaşından fazla, fakat on sekiz yaşını bitirmemiş çocukların bu kanununda yazılı suçlardan birini işlemeleri halinde, haklarında aşağıdaki hükümler uygulanır.

Madde : 90

Soruşturma.

Yetkili makam hâdiseleri tesbit eder. Verilecek karar için lüzumlu olduğu takdirde, çocuğun yaşayışı, terbiyesi ve genel durumu hakkında bilgi toplar ve aynı zamanda bedenî ve aklî hâleti hakkında bilir kişi ile istişarede bulunarak rapor alır. Yetkilimakam çocuğun belirli bir süre içinde müşahede altına alınmasını da emredebilir.

Madde : 91

Terbiye müessesesi (Masion d'êducation).

Bir aile yanına yerleştirme.

1 — Eğer çocuk ahlâken terk edilmiş, düşmüş olur veya böyle bir tehlikeye maruz bulunursa yetkili makam kendisinin bir terbiye müessesesine gönderilmesini emreder.

Çocuk terbiye müessesinde, en az bir sene olmak üzere, terbiyesi sağlanıncaya kadar kalır. Yirmi ikinci yaşının bitiminde suçlu mutlâka serbest bırakılır.

2 — Yetkili makam çocuğu güvenilebilir bir aile yanına da yerleştirebilir. Eğer, yapılan tecrübe ile bu tedbir kifayetsiz görülürse yetkili makam çocuğu bir terbiye müessesesine gönderir. Çocuk kendi ailesi yanında dahi bırakılabilir.

3 — Eğer suçlu, ahlâken çok düşkün ise veya işlediği ağır bir cinayet veya cünha ile çok tehlikeli olduğunu gösterirse yetkili makam kendisini olgun çağdaki çocuklara mahsus terbiye müessesesine gönderir ve orada diğerlerinden tecrit eder. Bu takdirde çocuk, üç seneden aşağı olmamak, on seneyi geçmemek üzere, islâhı nefs edinceye kadar müessesede kalır.

4 — Bütün bu hallerde yetkili makam çocuğun terbiyesine nezaret eder.

Madde : 92

Özel tedavi.

Eğer çocuğun hali özel bir tedavi gerektirir ve ezcümle aklî hastalığa, ruhî zâfa duçar, kör, sağır - dilsiz, saralı, içkiye mübtelâ olur veyahut aklî veya ahlâkî gelişmesinde anormal bir gerilik bulunursa yetkili makam gerekli tedaviyi emreder.

Madde : 93

Bir tedbir yerine diğerinin ikamesi.

Yetkili makam alınan bir tedbir yerine başka bir tedbirin ikamesini her vakit emredebilir.

Eğer terbiye müessesesinde on sekiz yaşını dolduran çocuğun islâh olunamayacağı kanaatına varılır veya bu kimse hareketlerile müessesedeki diğer çocukların terbiyesini tehlikeye düşürürse, yetkili makam kendisinin bir cezaevine naklini emredebilir. Cezaevinde çocuk, diğer reşit olan hükümlülerden ayırt edilir.

Madde : 94

Şartla salıverme.

Terbiye müessesinde asgarî bir sene, veya 91 inci maddenin 3 üncü bendinde yazılı halde üç sene kaldığı takdirde çocuk yetkili makam tarafından, müessese müdürlüğünün mütaleası alındıktan sonra, şartla salıverilebilir.

Yetkili makam salıverilen kimseyi bir patronaja tabi tutar ve patronaj mümessilerile beraber onun nezaret altına alınmasını temin ve ter-

biye ve iaşesine yardım eder; ona en az bir senelik bir deneme süresi tesbit ve icabı halinde, bir sanat öğrenmek belirli bir yerde ikamet etmek mecburiyetleri veya alkollü içkilerden imtina gibi bazı hareket hatları yükler. Eğer salıverilen kimse, deneme süresi içinde ve yapılan ihtara rağmen kendisine yüklenen hareket tarzını ihlâl veya her hangi bir suretle hürriyetini suiistimal ederse yetkili makam kendisinin tekrar müesseseye konmasını emreder.

Aksi takdirde salıverme kesinleşir.

Madde : 95

Tecziye.

Olgunluk çağındaki çocuk ahlâken metruk, düşmüş veya böyle bir tehlikeye maruz olmaz veya çok tehlikeli olduğunu gösterir bir cinayet veya cünha işlemiş bulunmaz ve hali de özel bir tedaviyi gerektirmezse, yetkili makam, kusurlu telâkki ettiği takdirde, kendisine tevbih veya para cezası veya bir günden bir seneye kadar kapatma cezası verebilir. Para cezası ve kapatma birlikte verilebilirler. Para cezasına hükmolunduğu takdirde, bu kanunun para cezası hakkındnaki hükümleri uygulanır.

Kapatma (d'tention)i cezaevi veya reşit kimselere mahsus iş evine tahsis olunan binalarda çektirilemez. Suçlu uygun bir işle uğraşmakla ödevlidir. Kapatma, hafif hapis cezası gibi infaz olunur.

Üç sene içinde infaz olunmayan bir kapatma cezası, bir daha infaz olunmaz.

Madde : 96

Şartlı erteleme.

Hükümlünün seciyesi ve geçmişteki hâli cezası ertelendiği takdirde ileride yeniden suç işlemesinin önleneceği kanaatını verir ve bilhassa evvelce cezalı hiç bir eylem işlememiş veya pek az vahim eylemler işlemiş bulunursa, yetkili makam hakkındaki kapatma ve para cezasının infazının tehir ve altı aydan bir seneye kadar bir deneme süresi tesbit eder.

Özel hal ve şartlar istisnayı muhik kılmadıkça, suçlu bir Patronaja tabi tutulur. Yetkili makam kendisine bir sanat öğrenmek, belirli bir yerde ikamet etmek veya alkollü içkilerden imtina eylemek gibi bazı hareket hattı yükliyebilir.

Deneme süresi içinde ve verilen sarih ihtara rağmen çocuk, tâyin olunan hareket hattını ihlâl eder veya, her hangi bir şekilde, kendisine yapılan itimadı selbeylerse yetkili makam cezanın infazını emreder.

Çocuk deneme süresini muvaffakiyetle sonuna erdirirse yetkili makam cezanın adlî sicilden terkinini emreder.

Madde : 97

Hükmün tâliki.

Eğer çocuğun ahlâken terk edilmiş, düşmüş veya böyle bir tehlikeye maruz veyahut özel bir tedaviye muhtaç olup olmadığını kesin olarak tâyin etmek mümkün değilse, yetkili makam, bundan evvelki maddede sözü geçen şartlar içinde bir ceza veya tedbire hükmetme hususunda alacağı kararı tâlik edebilir. Çocuk bir patronaja tâbi tutulur, ve altı aydan bir seneye kadar bir deneme süresi tâyin olunur.

Eğer çocuk deneme süresini başarı ile bitirmezse yetkili makam kapatınca veya para cezasına ve yahut olgun çocuklar hakkında derpiş olunan tedbirlerden birine hükmeder.

Eğer çocuk denemeyi başarı ile sona erdirirse yetkili makam cezanın adlî sicilden silinmesini emreder.

Madde : 98

Her nevi tedbirden feragat.

Eylemin işlenmesinden beri zamanaşımı süresinin yarısı geçmiş bulunursa yetkili makam her türlü tedbirden vaz geçebilir.

Madde : 99

Tedbirlerin adlî sicilden silinmesi.

Yetkili makam, ilgili kimsenin istemi üzerine, aleyhine alınmış olan tedbirlerin adlî sicilden silinmesini; tedbirlerin infazından itibaren on sene geçmiş olmak, istem sahibinin hareketi bunu muhik göstermek mahkeme huzurunda veya mağdur ile aralarında kararlaştırılan zararı kendinde beklenebildiği kadar tazmin eylemiş bulunmak şartile, emredebilir.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Onsekiz yaşından yirmi yaşına kadar olan küçükler

Madde : 100

1 — Eğer, cinayet veya cünhanın işlenmesi sırasında, fail on sekiz yaşından fazla, fakat yirmi yaşını bitirmemiş bulunursa hakkında aşa-

ğıdaki hükümler uygulanır :

Müebbet ağır hapis yerine beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis kaim olur.

Eğer kanun aşağı haddi tâyin olunmuş hürriyeti bağlayıcı bir ceza derpiş eylemişse yargıç bu asgari hadden daha aşağı bir cezaya hükmedebilir.

Hafifletici sebeplerin mevcudiyeti halinde yargıç, her nevi ağır hapis cezasını altı aydan beş seneye kadar hapse, her nevi hapis cezasını da hafif hapis cezasına çevirebilir.

2 — Kaideten, bu hükümlüler, diğer reşit olan mahbuslardan ayırt edilirler.

İKİNCİ KISIM
Kabahatler.

Madde : 101

Kabahat.

Hafif hapis veya para cezasından biri veyahut yalnız para cezası ile cezalandırılan suçlar kabahattır.

Madde : 102

Birinci kısmın genel hükümlerinin uygulanması.

Aşağıdaki maddelerden doğan değişiklikler müstesna olmak üzere, kabahatlar hakkında dahi bu kanunun birinci kısmının genel hükümleri uygulanır.

Madde : 103

Uygulanamayan hükümler.

İtiyadî suçluların enterne edilmesine kamu hizmetlerinden mahrumiyete müteallik hükümler kabahatlar hakkında uygulanamazlar.

Madde : 104

Bazı hükümlerin uygulanma şartları.

Teşebbüs ve iştirak ancak kanunun saraheten zikrettiği hallerde cezalandırılır.

43 - 45 inci maddelerde yazılı müesseselerden birine gönderme; velâyet, vesayet hakkından mahrumiyet; bir meslek, sanat veya ticaret icrasından memnuiyet; sürgün ve hükmün neşredilmesi hususlarına ancak kanun tarafından serahaten derpiş edildikleri hallerde hükmolunabilir.

Madde : 105

Erteleme.

Ceza infazının ertelenmesi halinde deneme süresi bir senedir.

Madde : 106

Para cezası.

Kanunun sarih ve aykırı bir hükmü olmadıkça, para cezasının yukarı haddi iki bin franktır.

Suçlu hırs ve tamaha hareket etmişse yargıç bu yukarı hadle bağlı değildir.

Madde : 107

Cezanın hafifletilmesi.

Hafifletici sebeplerin mevcudiyeti halinde hafif hapis cezası para cezasına çevrilir.

Madde : 108

Tekerrür.

Kabahatı işlediği anda, hürriyeti bağlayıcı cezayı çektiğinden veya 43 - 45 inci maddelerde yazılı müesseselerden birinden salıverildiğinden beri en az bir sene geçmiş bulunursa tekerrür nazarı itibare alınmaz.

Madde : 109

Zamanaşımı.

Kamu davası altı aylık ve ceza bir senelikzamanaşımına tâbidir.

Madde : 110

Kanunî tarifler.

Bu kanunun uygulanmasında aşağıdaki tarifler caridir :

1 — Kadın tâbiri en az on altı yaşında bulunan bütün kadınlara şâmildir.

2 — Bir kimsenin yakın akrabaları (les proches) şunlardır. Evli bulunduğu kimse, usûl ve fürûn, öz veya üvey kız ve erkek kardeşleri, edinmiş olduğu evlâtları ve kendisini evlât edinen kimseler.

3 — Bir kimsenin aile efradı (familiers) kendisile aynı evde müşterek yaşayan şahıslardır.

4 — Memur tâbiri bir kamu idaresi teşkilâtına veya adliyeye mensup memur ve müstahdemlere uygulanır. Muvakkaten bir memuriyet işgal eden veya istihdam olunan veyahut muvakkat bir kamu görevi ifa eden kimseler dahi memur addolunurlar.

5 — Hukukî ehemmiyeti haiz bir hâdiseyi ispata tahsis edilen veya ispat edebilen her türlü yazılar, ve böyle bir hüdiseyi ispata tahsis edilen işaretler evrak addolunurlar (Titres). Resmî bir makamdan, memuriyeti dolayısiyle hareket eden bir memurdan veya (offcier public) noterler ve buna benzer görevleri ifa eden kimselerden bu sıfatla sâdır olan evrak, **resmî evrak** addolunur (Titres authentiques). Bununla beraber, devletin iktisadî teşebbüsleri ve inhisarları idarelerinden veya diğer kamu müessese veya korporasyonlarından, medenî hukuka müteallik işler hakkında sadır olan evrak resmî evrak tabirine girmez.

6 — Gün, birbirini takip eden 24 saatten ibarettir. Ay ve sene takvime göre hesap olunur. (Alman metinde).

7 — Bir ceza davası sırasında soruşturmanın selâmeti veya emniyet sebeplerine dayanılarak emrolunan her nevi tutma, ihtiyatî hapis addolunur.

732

Evlât edinme ve bir kimse kardeşini Evlât edinebilirmi ?...

Yazan : İsmail DOĞANAY

∴

I — Giriş ve evlât edinme müessesesinin mahiyeti,
II — Medenî Kanunun neşrinden evvelki devirde evlâtlık müessesesi ve o devirde «evlâdı manevî» olarak nüfusa tesçil edilmenin bu gün için hukukî bir kiymeti haiz olup olmadığı?...
III — Evlât edinme için icap eden şartlar :
1 — Evlât edinen kimsede bulunması lâzım gelen şartlar,
2 — Evlâtlık için lâzım gelen şartlar.
3 — Evlât edinmek isteyen karı koca hakkında lâzım gelen şartlar.
4 — Vesayet altındaki bir kimsenin evlâtlık olması veya başka bir kimseyi evlât edinmesi,
IV — Bir kimse kardeşini evlât edinebilir mi?...
V — Evlâtlık mukavelesi :
1 — Evlâtlık mukavelesinin şekli.
2 — Evlâtlık mukavelesinin tevlit edeceği hüküm ve neticeler,
3 — Evlâtlık mukavelesinin infisahı ve fesih sebepleri :
A — Evlâtlıkla evlât edinen kimsenin evlenmesi hali.
B — Evlâtlıkla evlât edinen kimsenin ittifakiyle evlâtlık mukavelesinin feshedilmesi,
C — Evlâtlığın talebi üzerine evlâtlık mukavelesinin feshi.
D — Evlât edinen kimsenin talebi üzerine evlâtlık mukavelesinin feshi.

— I —

GİRİŞ VE EVLÂT EDİNME MÜESSESESİNİN MAHİYETİ

Evlât edinme, aralarında tabiî bir usul ve füruu münasebeti bulunmayan iki şahıs arasında mukavele ile farazî ve itibarî olarak bir nesep tesisidir (1).

Bu günkü Türk Hukukunda, Kanunu Medenînin neşrine tekaddüm eden devirlerde cari olan İslâm hukuku hükümleri hilâfına «evlât edinme» müessesesi kabül edilmiştir. Vazıı kanun bu müesseseyi kabul etmekle; muhtelif sebeplerden dolayı dünyaya çocuk getirmek zevk ve nimetinden mahrum kalmış olan karı kocaların çocuk merak ve iştiyaklarını tatmin edebilmelerini, ve evli olmayan bekâr veya dul kalmış olan kimselere analık ve babalık şefkat ve muhabbet hissiyle mütehassis olabilmek fırsatını bahşetmiştir. Bundan başka; istisnaî olmakla beraber

(1) İsmail DOĞANAY, Muhtelif Nafaka Davaları, Adalet Dergisi, Sene 1948, Sayı 3, s. 275.

733

miktarının hiç de az olmadığı kanaatında bulunduğumuz nesebi gayri sahih çocukları evlat edinmek suretiyle neseplerini meşrû hale irca etmek imkânı da temin edilmiş bulunur. İki kişinin günah ve gafletinin mahsulü olan bir masuma hayatı müddetince gafil anasının cezasını çektirmek ve onu içinde yaşadığı cemiyetin daimi töhmetine maruz bırakmak ne vicdan duygusuna ve ne de cemiyetin menfaatine uygundur. İşte bu gibi çocukların vaziyetlerini ıslâh ederek içerisinde yaşadıkları cemiyetin zelil mevkiinden onları kurtarmak ve muhtelif sebeplerin tahtı tesirinde hakiki ana ve babaları tarafından terkedilmiş olan kimsesiz ve masum çocuklara aile yuvası nimetlerinden istifade etmek imkânı ancak «evlâtlık» müessesesi sayesinde mümkün olabilir. Hiç şüphesiz ki, evlâtlık müessesesi bu imkânları bahşetmekle beraber aynı zamanda içtimaî bir ihtiyacı da telâfi etmiş olur.

Bu gün memleketimizde hali faaliyette bulunan «Çocuk Esirgeme Kurumu», «Yardım Sevenler Derneği» ve bunlara mümasil menafiî umûmiyeye hâdim cemiyet ve müesseselerin gelir kaynaklarını teşkil eden iâne ve bazı sabit varidat membalarının kifayetsizliği bu müesseselerin gayelerine uygun bir mahiyette çalışmalarına imkân bahşetmemektedir. Ezeli ve ebedî içtimaî dertlerimizden olup ve bu gün için teşriî bir siyaset mevzu olarak ele alınması zaruri olan «Kimsesiz çocuklar» meselesinin halli, evlât edinmek için kanunun aradığı şartları haiz olan bir kısım hamiyetli vatandaşların bu nevi çocuklardan bazılarını evlât edinmeleri sayesinde nisbeten imkân dahiline gireceğini ümit ediyoruz.

«Evlât edinme» müessesesi bir kimseyi diğer bir kimsenin mirasçısı haline soktuğu için tarihin muhtelif devirlerinde ve hemen hemen her devlette yekdiğerinden farklı kayıt ve şartlara tabi tutulmuştur. Bir kısım devletler bu müesseseyi o kadar ağır şartlara tabi tutmuşlardır ki müessesenin inkişaf ve tatbiki çok dar bir sahaya inhisar etmiştir.

Bundan sonraki kısımda bu müessesenin İslâm hukukundaki mevkiini ve o zamanlar «evlâdı mânevî» olarak nüfusa tesçil edilmiş olmanın bu gün için hukuki bir kıymeti haiz olup olmadığını geniş bir şekilde izaha çalışacağız.

Biz bu müesseseyi incelemeye çalışırken, Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinde; gerek tarafımızdan ve gerek diğer raportör arkadaşlar tarafından tetkik ve takrir edilen davaları müteakip muhterem heyet tarafından verilmiş olan kararlar arasında evlât edinmeye dair üç dört senelik mukarraratı tetkik ettik, neşrinin faydalı olacağına inandığımız

bir kısım içtihatları — bu gün için — günü gününe takip etmek imkânından mahrum bulunan meslektaşlarımızın ittılâlarına arzedebilmek fırsatını da bu vesileyle bulduğumuzdan dolayı ayrı bir zevk duymaktayız.

— II —

MEDENİ KANUNUN NEŞRİNDEN EVVELKİ DEVİRDE EVLÂTLIK MÜESSESESİ VE O DEVİRDE «EVLADI MÂNEVİ» OLARAK NÜFUSA TESÇİL EDİLMENİN BU GÜN İÇİN HUKUKİ BİR KIYMETİ HAİZ OLUP OLMADIĞI

Kanunu Medenînin neşrine tekaddüm eden devirlerde memleketimizde cari olan İslâm hukuku hükümlerine göre sadece sahih nesep vardır. Aralarında tabiî bir nesep rabıtası bulunmayan şahıslar arasında bir mukavele ile vücuda getirilen farazî ve itibarî bir nesep tesisi olan evlât edinme yoktur. İslâm hukukunda «evlât edinme» müessesesinin teessüsünü men eden hüküm, Kur'anda; Sureî Ahzâb'ın üçüncü ayetindedir.

Sureî Ahzâb'da, (2) «Ve ma caale ezvaceküm'ül lâi tüzâhirune minhünne ümmehatiküm — zevcelerinizden zehar (3) ettiğiniz hatunlarınızı Allâhü Taâla sizin valideniz kılmadı», «Ve ma caale ed'iyâeküm ebnâeküm — ve sizin oğul ittihaz edip oğlum diyerek çağırdığınız kimseleri Allâhü Taâlâ size öz oğlunuz kılmadı», «Zâliküm kavlüküm biefvahiküm — İşte şu gerek «zehar» ve gerek gayrin evlâdını oğul ittihaz etmek mücerret ağzınızdan çıkan bir sözdür», «Vallahü yekulül hakka vehüve yehdissebile — Halbuki Allâhü Taâlâ hak söyler ve kullarını doğru yola sevk le hidayet kılar».

«Yani ey müminler- Siz zevcelerinizden zehar ettiğiniz hatunu vali-

(2) MEHMET VEHBİ, Hülâsatülbeyan Fitefsirül Kuran, sene 1341-1343, cilt 12, s. 6.
— Sureî Ahzâb'ın tefsirini Mehmet Vehbinin kitabından başka :
— Elmalılı MUHAMMET HAMDİ YAZAR, Hak Dini Kur'an Dili, C: 5, s. 3865.
— ALİ HİMMET BERKİ, Aile, İslâm-Türk Ansiklopedisi, 1941, Cilt I, No. II, s. 171.

(3) Zehar; bir kimsenin kendi zevcesini «sen bana benim validem gibisin» veyahut «validemin zahrine yani arkasına benzersin» gibi bir tabirle hürmeti validesinin bir uzvu mühimmine teşbih etmek mânasınadır. Lisanı şer'ide bu teşbihe «zehar» denir. MEHMET VEHBİ, adı geçen eser, s. 7.

735

deniz oldu zannetmeyin, zira; sizin zehar ettiğiniz kadınları Allâhü Taâlâ size valideniz kılmadı. Binaenaleyh; bir kimsenin iki kalbi olmadığı gibi iki validesi de olamaz. Çünkü, insan bir anadan doğar, iki anadan doğamaz ki iki validesi olsun. Kezalik gayrin evlâdını veled ittihaz ettiğinizde o veled sizin velediniz oldu zannetmeyin. Zira; Allâhü Taâlâ sizin veled ittihaz ettiğiniz kimseyi size veled kılmadı. Çünkü; bir kimsede iki kalp olmadığı gibi iki baba da olmaz. Zira; adatı ilâhiye bir şahsın bir pederin sulbünden nazil olmasıdır. İki pederin sulbünden nazil olması değildir. Gerek zehar ve gerek gayrin oğlunu oğul ittihaz etmek mücerret sizin ağzınızdan çıkan bir sözdür. Bu misüllü sözünüzle gayrin çocuğunu kendinizin çocuğu zannetmeyin. Çünkü, mücerret bir söz ile insanın zevcesi kendi validesi ve başkasının çocuğu kendi çocuğu olamaz. Halbuki Allâhü Taâlâ hak söyler ve doğru yola irşad eder.

Binaenaleyh siz kendi kelâmınızı terkle Allâhın kelamına itimat edin. Zira doğru kelâm; Allâhın kelâmıdır, yoksa sizin zevcenize anamız oldu demenizle ananız olmaz. Çünkü; ananız dediğiniz söz doğru değildir.».

İslâm hukukunda, farazî bir surette bile nesep rabıtası vücuda getirmeyen evlât edinme müessesesine «tebenni» ismi verilir.

Yalnız İslâm hukukunda neseb ikrarı vardır. Bir kimse mevlidinde (yani doğduğu yerde) nesebi belli olmayan birisi için «bu benim oğlumdur veya kızımdır» diye ikrar edip mukarrünleh (nesebi ikrar olunan) de tasdik etse bu ikrar muteber olup bunlar nesebi sahih diğer varisler gibi varis olurlar. Şu kadar ki ikrar edenin ikrara ehil olması ve mukarrunlehin nesebinin başka bir kimseden sabit olmaması ve zahiri halin bu ikrarı tekzip etmemesi ve bundan başka mukarrunlehin ikrar edeni tasdik etmesi şarttır. Binaenaleyh baliğ ve mümeyyiz olmayan kimselerin ikrarlariyle nesebi maruf olan bir şahsın nesebini kendisine izafe etmesi ve yaş itibariyle kendisinden olmak ihtimali olmayan birine «bu benim oğlumdur veya kızımdır» diye vaki ikrarı muteber değildir (4).

Yukarıda geniş bir şekilde izah edildiği veçhiyle, Kanunu Medenînin neşrinden evvel «evlât edinme» müessesesi mevcut olmamasına rağmen bazı kimselerin «evlâdı mânevî» adıyle, kendilerine her hangi bir sebeple yakın olan veya diğer bir sebeple şefkat ve merhametlerini celbetmiş olan kimseleri nüfusa tesçil ettirdiklerine raslıyoruz. Bu şekilde «evlâdı mânevî» olarak kabul edilerek nüfusa tesçil edilmiş olmanın hiç bir hukukî kıymeti yoktur. Bu husus yüksek Yargıtayın muhtelif kararlarında tebarüz ettirilmiş bulunuyor. Mezkûr kararlardan birinde; «Me-

(4) ALİ HİMMET BERKİ, Miras ve Tatbikat, 1947, s. 94.

denî Kanunun neşrinden evvel Ayşe ile Ahmedi evlâdı mânevî diye nüfusa kaydettirmiş olduğu anlaşılan müteveffa Çakır Hüseyinin bu muamelesi hukuki bir kıymeti haiz olmadığı cihetle nüfustaki aile efradı arasından mezkûr kaydın kaldırılmasında mümaileyhlerin haklarını ihlâl edecek bir cihet olmamasına mebni itirazlar varit değildir, reddiyle hükmün (Onanmasına) 9/3/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (5). Diğer bir kararda da; «Eski hükümlere göre evlâdı mânevi olarak alınmak hukuki bir hüküm ifade etmiyeceği gibi kanuna göre evlât edinildiği de iddia kılınmamış olmasına nazaran itirazlar varit değildir, reddiyle hükmün (Onanmasına) 29/5/1947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (6) deniliyor.

— III —
EVLÂT EDİNME İÇİN İCAP EDEN ŞARTLAR

Medenî Kanunumuz, İslâm hukukunda bir ayeti kerime ile teessüsüne cevaz verilmeyen «evlât edinme» müessesesini kabul ederek, farazî ve itibarî bir nesep rabıtasının doğmasına imkân bahşetmiş olmakla beraber bu müesseseyi bir takım kayıt ve şartlara da tabi tutmak mecburiyetinde kalmıştır.

Aile hukuku ve umumiyetle ahkâmı şahsiyeye müteallik hususlar âmme intizamına merbut bulunmaları dolayısiyle devletin geniş bir mikyasta müdahale ve mürakabasına tabidirler. Bilhassa evlât edinme, resmi mercilerin en ziyade murakaba ve müsaadesine tabi tutulmuş olan bir müessesedir (M. K. M. 256).

Bu farazî nesep rabıtası, teessüsü bakımından bir çok kayıt ve şartlara tabi tutulmakla beraber hakiki nesebin meydana getirdiği aile münasebetlerinin hemen hemen aynını tevlid eder. Hiç şüphesiz ki bu takyidlerin pek çoğu gayrî ahlâkî gayelerin tahakkukuna mâni olmak için konmuştur. Diğer taraftan evlâtlığın sun'i baba veya anaya mirasçı olması, hakiki mirasçıların zararını intaç edebilir. Fakat, müessesenin temin ettiği iyiliklerin, ihdas edeceği fenalıklara üstün bir vaziyette olması bu müessesenin hukuki mevzuat arasına girmesine sebep olmuştur.

— I —
EVLÂT EDİNEN KİMSEDE BULUNMASI LÂZIM GELEN ŞARTLAR

Evlât edinen kimsede bulunması lâzım gelen şartların nelerden iba-

(5) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, Esas : 229, Karar : 1540.
(6) Yargıtay 2. H. D. E. 98, K. 3073.

737

ret olduğu Medenî Kanunumuzun 253 üncü maddesinde gösterilmiştir. Ayrıca bu maddede gösterilmemiş olmakla beraber evlât edinen kimsenin temyiz kudretini haiz olması da şarttır. Evlât edinebilmek için muktazi şartlar şunlardır :

1 — Evlât edinen kimsenin temyiz kudretini haiz olması ciheti kanunda yazılı olmamakla beraber bu cihet, hukukun umumî prensiplerinin tevlit ettiği bir zarurettir. Temyiz kudretinden mahrumiyet yaş küçüklüğünden ileri gelebileceği gibi, fikrî faaliyetin teşevvüşe uğramasından da ileri gelebilir. Hiç şüphesiz, evlât edinen kimsede temyiz kudretinden mahrumiyet hali yaş küçüklüğü sebebiyle mevzubahs olmasına imkân olmadığından buradaki temyiz kudretinden mahrumiyet hali; münhasıran, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından tevellüt eder. Temyiz kudretinden mahrum bulunan bir kimsenin hukuki muamele icra ehliyeti mevzubahis olamıyacağı için evlât edinen kimsenin de temyiz kudretini haiz olması şarttır. Bir Yargıtay Kararında; «Evlât edinen Safiyenin evlâtlık muameleleri tarihinde ehliyetsizliği ispat edilememiş ve... olmasına mebni varit olmayan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 12/12/1946 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (7) denilmektedir.

Evlât edinme sadece mamelekî bir mahiyeti hâiz olmayıp aynı zamanda şahsî bir mahiyet ve karakter de arzetmesi hasebiyle, Türk Hukukunda evlâtlık mukavelesinin hini akdinde evlâtlığa alan kimse bakımından temsilin ceryanına imkân yoktur. Yüksek Yargıtayın bir kararında; «Evlât edinme münhasıran şahsa bağlı haklardan olup müteveffa Fatma tarafından verilen vekâletnamede vekili Cemilin bu hususta kendisini temsile yetkili olduğu açıklanmamış iken vekili mümaileyhin vaki müracaatına binaen evlât edinmeğe izin verilmesi yolsuz ve itirazlar bu bakımdan varit olduğundan hükmün (Bozulmasına) 29/1/1946 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (8) deniliyor.

2 — Evlât edinebilmek için evlatlık mukavelesinin tekemmül ettiği zamanda, evlât edinen kimsenin en az kırk yaşında bulunması şarttır. Kanun asgari yaş haddini gösterdiği halde azami yaş haddini göstermiyor. Şu halde, bir adam kırk yaşından sonra ne kadar yaşlı olursa olsun ateh getirmek suretiyle temyiz kudretini kaybetmiş olmadıkça evlât edinmesi mümkündür.

Evlât edinebilmek için erkek veya kadın gibi ne bir cinsiyet tefrikine ve ne de evli veya bekâr olmağa lüzum vardır. Erkek veya kadın,

(7) Yargıtay 2. H. D. E. 2711, K. 5169.
(8) Yargıtay 2. H. D, E. 45, K. 4541.

evli veya bekâr, boşanmış veya eşinin vefatı suretiyle dul kalmış bulunan her kes evlât edinebilir.

3 — Evlât edinen kimsenin mukavelenin akdi sırasında nesebi sahih füruu bulunmaması şarttır. Medenî Kanunumuzun 253 üncü maddesindeki bu hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı veçhiyle; evlât edinmek istiyen kimsenin evlâtlık mukavelesinin tanzimi esnasında nesebi gayri sahih çocuklarının mevcudiyeti evlât edinmeye bir mâni teşkil etmez.

Nesebi tashih edilmiş olan çocuklar da nesebi sahih füruun hukuki vaziyetini haiz olduğundan, evlât edinmek istiyen kimsenin nesebi tashih edilmiş füruu bulunduğu cihetle evlât edinmesine imkân yoktur. Ayrıca M. K. nun 125 inci maddesi mucibince butlanına hükmolunan bir evlenmeden doğan çocukların da nesebi sahih olduğundan böyle bir çocuğa sahip olan bir kimse de evlât edinemez. Burada şunu da zikretmek lâzımdır ki o da; kanun «füruu» dan bahsettiğine göre, nesebi sahih torunu bulunan bir kimse evlât edinemez.

Evlât edinmek istiyen kimsenin nesebi sahih veya nesebi tashih edilmiş füruu'nun bulunmaması şartı, evlâtlık mukavelesinin tanzimi zamanında aranacak bir keyfiyettir. Evlâtlık mukavelesi tekemmül ettikten sonra nesebi sahih bir çocuğun doğumu evlâtlık mukavelesinin hükümsüzlüğünü icap ettirmez. Hattâ evlâtlık mukavelesinin tekemmülü esnasında evlât edinen kimsenin karısının gebe olması hali dahi mukavelenin sıhhatine mâni değildir. Yüksek Yargıtayın bir kararında; «Müteveffa Mehmet tarafından ilâm istihsal edildikten sonra resmi senet tanzim ettirilmek suretiyle evlâtlık mukavelesinin tekemmül ettiği anlaşılmış ve tesçilin evvel veya sonra olması muamelenin hükümsüzlüğünü müstelzim bulunmamış olduğu gibi çocukların da bilâhare dünyaya geldikleri anlaşılmış olmasına mebni varit olmayan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 9/11/946 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (9) deniliyor.

Bir veya müteaddit evlâtlıkların mevcudiyeti yeniden evlât edinmeğe mâni değildir. Hattâ aynı kimse müçtemian veya birbiri arkasından bir çok kimseleri de evlât edinebilir. Bu hususa dair yüksek Yargıtayın bir kararında, «Şeraitinin vücudu halinde bir evlât edinilebilip müteaddit evlât edinilemiyeceği hakkında kanuni bir hüküm olmayıp kanunun metnindeki nesebi sahih füruu kaydını evlâtlığa teşmile ne lâfzi ve ne de mantıkî tefsir kaideleri müsait olmadığına mebni varid olma-

(9) Yargıtay 2. H. D, E. 2171, K. 4541.

739

yan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 13/1/1945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (10) denilmektedir.

Baba ve ana nesebi gayri sahih çocuklarını evlât edinebilirler. Nesebi gayri sahih çocuğun anasına ve anasının hısımlarına karşı olan hakları, ayniyle nesebi sahih çocukların hakları gibidir. Bununla beraber ananın nesebi gayri sahih bir çocuğunu evlât edinmesi doğrudan doğruya, çocuk üzerinde velâyeti haiz olması gibi bir neticeyi haizdir. Çünkü ananın nesebi gayri sahih çocuğu üzerinde resen velâyeti olmayıp velâyet ancak M. K. nun 311 inci maddesinin son fıkrası mucibince mahkeme tarafından kendisine verilebilir.

4 — Evlât edinen kimsenin evlâtlıktan en az on sekiz yaş büyük olması şarttır. Yine kanun burada da yaş farkının asgarisini gösterdiği cihetle aradaki farkın on sekiz yaştan daha büyük olmasında bir mâni yoktur.

Kanunun aradığı bu şartta ahlâkî mülâhazalar varit olmakla beraber, hakikatta; evlât edinmeden meydana gelen farazi ve itibari nesebin hakiki ve sahih bir nesebe müşabih olması keyfiyetine yani evlât edinme neticesinde evlât edinen ile evlâtlık arasında ana ve baba ile çocukları arasındaki münasebetlere müşabih münasebetlerin husule gelmesi sebebine müstenittir.

— 2 —
EVLÂTLIK İÇİN LAZIM GELEN ŞARTLAR

Kimlerin evlâtlığa alınabileceği, diğer bir tabirle, evlâtlık için muktazi şartların nelerden ibaret olduğu Medenî Kanunun 254 üncü maddesinde gösterilmiştir. Bu maddenin vazettiği şartlara göre; evlâtlığa alınacak olan kimse temyiz kudretini haiz ise kendisinin rızası olmadıkça evlâtlığa alınamaz. Rıza ve muvafakatin muteber olması için temyiz kudretini haiz olmak kâfi olup reşit olmak şart değildir.

Gerek evlât edinen kimsenin ve gerekse evlâtlığa alınan kimsenin rıza ve muvafakatinde, irade fesadını intaç eden hata, hile, ikrah gibi sebeplerden her hangi birinin mevcudiyeti, evlâtlık mukavelesinin nisbi butlanla malûliyetini icap ettirir. Evlâtlık mukavelesinin akdi esnasında beyan ettiği rızanın bu sebeplerden birinin tahtı tesirinde vaki olduğunu iddia eden taraf, Borçlar Kanununun 23 ve müteakip maddeleri hükümlerine tevfikan mukavelenin fesih ve iptalini talebe salâhiyetlidir. Evlâtlık mukavelesini hata, hile veya ikrah tesiri altında yapan şah-

(10) Yargıtay 2. H. D, E. 5959, K. 266.

sın, bu mukavele ile mülzem olmamasının sebebi hile veya ikrahın kanunen memnu veya ahlâka mugayir olmasından neşet etmeyip, hata, hile veya ikrah tesiri altında teşekkül eden rızanın, yani evlâtlık mukavelesini aktetmek için izhar olunan rıza ve beyanın serbest olmamasından ileri gelir.

Evlâtlık mukavelesinin iptal edilebilmesi için hata, hile ve ikrahın ne zaman vuku bulması şarttır? Yani, rıza beyanını ifsat eden bu sebepler; M. K. 256 ncı maddesine göre evlât edinen kimsenin ikametgâhı hâkiminin müsaadesi istihsal edilirken mi, yoksa bu müsaadeye istinaden aktedilecek olan evlâtlık mukavelesinin tanzimi esnasında mı?... Kanaatımızca gerek hâkimin müsaadesi istihsal edilirken ve gerekse resmi mukavelenin tanzimi esnasında rızayı ifsat eden sebeplerden birinin mevcudiyeti evlâtlık mukavelesinin iptaline imkân verir; yoksa her iki safhada da rızayı ifsat eden sebebin devamı ve mevcudiyeti şart değildir. Bu sebeplerden birinin sadece bir safhada bulunması kâfidir. Birinci safhada; yani M. K. nun 256 ncı madesine göre evlât edinen kimsenin ikametgâhı hâkimi, evlâtlık mukavelesinin akdine izin verebilmesi için, M. K. nun 253 - 255 inci maddelerindeki şartların mevcudiyetine kani bulunması lâzımdır. Hâkimin izni istihsal edilmiş olmakla beraber, bilâhara evlâtlık mukavelesini aktedecek olan âkitlerden birisi her hangi bir sebeple, akdin in'ikadını arzu etmiyebilir ve bu arzusu hilâfına da hata, hile ve ikrah tesiriyle rıza beyanında bulunursa, elbetteki evlâtlık mukavelesinin iptalini talep edebilir. Çünkü, kanaatımızca evlât edinen kimsenin ikametgâhı hâkiminin müsaadesi lâzım ve fakat kâfi olmadığından hâkimin müsaadesine rağmen evlâtlık mukavelesinin resmen tanziminden imtina eden tarafı, mukaveleyi akte icbar edebilecek hiç bir hukuki hüküm mevcut değildir. Bu itibarla asıl evlâtlık münasebetini tevlit eden mukavelenin hini aktinde rızayı ifsat eden her hangi bir sebebin mevcudiyeti aktin iptalini mümkün kılar.

Evlâtlığa alınacak kimse mümeyyiz ve reşit ise ana ve babasının rızasını istihsale mecbur değildir, kendisinin rızası lâzım ve kâfidir. Medenî Kanunun 256 ncı maddesinde mevzubahs olan hâkimin izni burada esas değil; şekle ait bir keyfiyettir.

Reşit olmamakla beraber mümeyyiz bulunan bir küçüğün evlâtlığa alınabilmesi için hem kendisinin hem de ana ve babasının rıza ve muvafakatı şarttır. Kanaatımızca bu gibi küçükler hakkında ana ve babalarının rızalarını beyan edebilmeleri için küçük üzerinde velâyet hakkını haiz bulunmaları şart değildir. M. K. 254 üncü maddesinin tanzim tarzından anladığımıza göre; ana ve baba çocukları üzerinde velâyet hakkını ha-

iz olsunlar veya olmasınlar, birlikte veya ayrı yaşasınlar veyahutta boşanmış bulunsunlar her halde muvafakat ve rızaları lâzımdır. Ancak bu muvafakatin ana ve babanın temyiz kudretini kaybetmiş bulunmaları veya ikametgâhlarının meçhûl bulunması veyahutta gaip bulunmaları halinde rızalarını istihsale imkân yoksa o zaman evlât edinme mukavelesini hâkimin izni üzerine vasi tanzim eder.

Küçüğün ana ve babası mevcut olmakla beraber her hangi bir sebeple küçük üzerindeki velâyetleri nez'edilmiş ve küçüğe de vasi tâyin edilmiş ise o zaman izin vasi ve vesâyet dairelerinden alınır (M. K. 406/1).

Yazımızın giriş kısmında da arzettiğimiz veçhile nesebi gayri sahih çocuklar tabiî ana ve babaları tarafından evlât edinilebilinirler.

Bir kimsenin evlâtlığa alınabilmesi için şahsiyetin teşekkülü şarttır; yeni doğacak bir cenin sağ olarak doğmadıkça evlâtlığa alınamaz.

Hiç şüphesiz ki vasiyet yoluyla bir kimse evlâtlığa alınamıyacağı gibi, bir kimse karı kocadan başka aynı zamanda iki kişinin evlâtlığı da olamaz(M.K.266).Çünkü hem evlâtlık münasebetinin icabettirdiği karşılıklı hak ve vazifelerin ifasına imkân kalmaz ve hem de bir kimsenin normal ve tabiat icabı hilâfında birden fazla ana ve babasının mevcudiyetine sebep olur. Halbuki evlât edinme tabiatın taklididir.

— 3 —
EVLÂT EDİNMEK İSTİYEN KARI KOCA HAKKINDA LÂZIM GELEN ŞARTLAR

Aralarında evlilik rabıtası bulunan karı veya kocadan birisi bir kimseyi evlât edinirse; evlât edinmeyen eşin, evlâtlık yüzünden miras hakkı halâldar olur. Çünkü, evlât edinilen kimse, evlâtlık mukavelesinin tanzimiyle evlât edinen kimsenin nesebi sahih bir çocuğu gibi mirasçısı olacağından (M. K. 447), evlât edinen eşin karı veya kocasından kendisine isabet edecek olan miras hissesi azalacağı gibi, evlât edinen eşin evlâtlığa karşı mükellef olacağı infâk ve iaşe vazifesiyle de evlilik birliği malî bir müzayakaya düçar olabilir. Binaenaleyh eşlerden birinin, diğerinin rıza ve muvafakatı olmaksızın bir kimseyi evlât edinmesi veya bir şahsın evlâtlığını kabül etmesi karı koca arasında bir geçimsizliğe sebep olabilir. İşte bu sebepledir ki M. K. nun 255 inci maddesi, karı kocadan birinin evlât edinmesi veya başkası tarafından evlâtlığa alınması keyfiyetini diğerinin rıza ve muvafakatine tabi tutmuştur.

Bu maddenin tatbik edilebilmesi için, evlâtlık mukavelesinin tanzimi ve evlât edinen kimsenin ikametgâhı hâkimin müsaadesi zamanındaki evlilik münasebetine bakılır. Evlatlık mukavelesi aktedilerek bir kimseyi evlât edinen veya evlâtlık alan kadın veya erkek bu muamelelerin ikmalinden sonra evlenirse, eşinin rıza ve muvafakatini istihsale mecbur değildir.

Binaenaleyh karı kocadan birinin evlât edinmesi veya evlâtlık olması için hâkimden müsaade talep ettiği zaman, hâkimin her şeyden evvel evlât edinmek veya evlâtlık olmak istiyen karı veya kocanın eşinin rıza ve muvafakatı olup olmadığını tetkik etmesi ve bu rıza mevcut olmadıkça talep edilen müsaadeyi vermemesi icabeder.

Medenî Kanunumuzun 255 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünce; bir kimse karı kocadan başka diğer herhangi iki kimse tarafından gerek aynı zamanda ve gerekse ayrı ayrı zamanlarda bir şahsın evlâtlığı olamaz. Karı koca birlikte olarak aynı şahsı evlât edinebilecekleri gibi, aynı şahsı başka başka zamanlarda da evlât edinebilirler. Eşlerden birinin ölümünden sonra aynı şahsı diğer sağ kalan eşin evlât edinmesi gibi...

— 4 —

VESAYET ALTINDAKİ BİR KİMSENİN EVLÂTLIK OLMASI VEYA BAŞKA BİR KİMSEYİ EVLÂT EDİNMESİ

Vesayet; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini görmekten âciz veya israf, ayyaşlık, suihal, suiidare veya bir sene veya daha ziyade hürriyeti selbeden bir ceza ile mahkûm olanlarla, ihtiyarlığı, malûliyeti veya tecrübesizliği sebebiyle işlerini lâyıkiyle görmekten âciz olupta (M. K. 354-358) kendilerine vasi tâyin edilmiş olan mahçurların şahıslarına muavenet ve takayyütte bulunmak, emvallerini idare etmek ve hukuki muamelelerde temsil eylemek üzere ehliyeti haiz bir kimseye tahmil olunan bir vazifedir.

Evlâtlık mukavelesinin gerek evlât edinen ve gerek evlâtlık olan şahıs hakkında tevlit edeceği mühim neticeleri nazarı itibare alan kanun vâzii vesayet altındaki bir kimsenin böyle bir mukavele ile evlâtlık olması veya evlâtlık edinebilmesi için, hem sulh mahkemesinin, hem de asliye mahkemesinin müsaadesine lüzum görmüştür (M. K. m. 406/1).

Kimlerin evlâtlığa alınabileceğini, diğer bir tabirle, evlâtlık için muktazi şartların nelerden ibaret olduğunu izaha çalışırken ana veya babanın veya hâkimin muvafakatı alınmadıkça, mahçur ile küçüğün —

Temyiz kudretinin haiz olsalar bile — evlâtlığa alınamıyacaklarını arzetmiştim. Halbuki M. K. nun 406 ncı maddesinin birinci fıkrası mucibince evvellemirde sulh mahkemesinin kararı alındıktan sonra asliye mahkemesinin de müsaadesinin lâzım geldiğini tasrih etmiştir. Binaenaleyh bir mahcurun evlât edinmesi veya evlâtlığa alınabilmesi için bu hususta evvelemirde sulh mahkemesi tarafından müsbet veya menfi bir karar verilmek ve ondan sonra da asliye mahkemesince müsaade edilmiş olmak lâzımdır.

M. K. nun 406 ncı maddesinin birinci bendi mucibince vesayet altındaki kimsenin evlâtlık olması veya başka birini evlât edinebilmesi için evvelemirde sulh mahkemesi tarafından bir karar verilmez ve sonra da asliye mahkemesince evlâtlık mukavelesinin aktine izin verilmiş olmak lâzım geleceğine nazaran, sulh mahkemesinin kararı bir nevi teklif mahiyetinde olacağından asliye mahkemesi sulh mahkemesinin kararı hilâfında da müsaade edebilir.

Yüksek Yargıtayın bir kararında; «Müteveffa Ömer Kurtoğlu ve karısı Raziye hali hayatlarında sulh yargıçlığına müracaatla bunlardan Raziyenin vesayeti altında bulunan Kâzım oğlu 337 doğumlu Mehmedi kendilerine evlât edinmelerine dair olan talepleri yargıçlıkca bilkabul bunların küçük Mehmedi evlât edinmelerine dair istihsal eyledikleri 30/4/935 tarihli karara ve haiz oldukları ehliyet ve kanuni şartların mevcudiyetine binaen asliye mahkemesinden dahi küçük Mehmedin kendilerine evlât edinmelerine 4/6/935 tarihli kararla müsaade aldıktan sonra bu vesaike istinaden noter huzurunda evlâtlık mukavelesi tanzim ve 30/11/935 tarihinde de nüfus kütüğüne kayıt ve tesçil edildiği ve bu muameleler esnasında adı geçen Ömer Kurtoğlunun tam şuûr ve melekâtı akliyesine sahip ve ehliyeti kâmileyi haiz bulunduğu dosya meyanındaki etipba raporlarını teyit eden sair vesaikle tahakkuk etmesine ve Medenî Kanunun 406 ncı maddesi mucibince sulh yargıçlığının izin ve muvafakati alındıktan sonra küçük Mehmet için ayrıca kayyım tâyinine ve bu kayyımın asliye mahkemesi ve noter dairesinde huzuruna lüzum ve mahal bulunmamasına ve esasen asliye ve sulh yargıçlıklarından verilen izin ve müsaadeler küçük Mehmedin menfaatlerine uygun olması itibariyle sudur etmiş mukarrerattan olup kanunu mezkûrun 376 ncı maddesinin ikinci fıkrası hadisede medarı tatbik bulunmamakla beraber davacı vekillerinin gerek mahkeme esnasında ve gerek temyiz lâyıhalarında dermeyan eyledikleri itirazlar evlât edinme muamelelerinin şekil ve ceryanına nazaran ölü Ömer Kurtoğlunun evlât edinmesine de haizi tesir bulunmamasına mebni temyizen ileri sürülen bilcümle itirazların

reddiyle esbabı mucibeye müsteniden usul ve kanuna uygun olan hükmün (Onanmasına) 7/5/946 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (11) denilmektedir.

Bir dosyanın tetkiki esnasında rasladığımız bir davada; füruu bulunmayan bir karı koca, evlâtlık için icabeden kanunî şartları haiz bulunan bir karı kocayı evlât edinmek istemektedirler. Evlât edinmek isteyenlerden kadın mahçur olduğu için sulh mahkemesince kendisine iki kişi vasi tâyin edilmiştir. M. K. nun 256 ncı maddesi mucibince evlât edinmek isteyen karı kocanın ikametgâhı asliye hâkiminin müsaadesi istihsal edilirken vasilerden bir tanesi vasisi bulunduğu kadının evlât edinmesine müsaade etmemiştir. Bu vaziyet karşısında asliye mahkemesi mahçur kadının evlât edinme davasının reddine ancak diğer davacı kocasının mümaileyhleri evlât edinebilmesine karar vermiştir. Yüksek Yargıtayca bu hâdise için verilen kararda; «Vasiden izin ve muvafakat istihsaline mütevakkıf olan bu kabil hususlarda mahçurun vasilerinden birinin rey ve muvafakati muteber olacağına dair vâsi ilâmında bir sarahat mevcut olmamasına mebni varit görülemiyen itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 30/9/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (12) deniliyor.

— IV —

BİR KİMSE KARDEŞİNİ EVLÂT EDİNEBİLİR Mİ?...

Bir şahsın kendi öz veya üvey kardeşini evlât edinebilmesi hali ilk bakışta oldukça garip ve aynı zamanda hukuki bakımdan imkânsız gibi görünmektedir. Bundan evvelki kısımlarda, evlât edinen bir kimsede ve evlâtlıkta bulunması lâzım gelen şartların nelerden ibaret olduğunu geniş bir şekilde izaha çalışmıştık.

Medenî Kanunumuzun 253 üncü maddesine göre bir kimsenin evlât edinebilmesi için en az kırk yaşında olması ve nesebi sahih füruu bulunmaması ve bir de evlâtlıktan en az on sekiz yaş büyük olması şarttır. Mezkûr maddenin vazıî kanun tarafından tanzim ve tertibinde kullanılan kelimelere dikkat edilecek olursa görülür ki; «Evlât edinme hakkı en az kırk yaşında olup da, nesebi sahih füruu bulunmayanlara münhasırdır» ibaresi kullanılmıştır. Bu hükme nazaran kanun vazîi; hısımlık bakımından evlât edinmeye mâni olan ahvali sadece usul ve füruu münasebetine inhisar ettirip bu meyanda kan ve sıhrî hısımlıktan hiç birisini evlât edinmeye mâni olan bir sebep olarak göstermemiştir.

(11) Yargıtay 2. H. D, E. 800, K. 2142.
(12) Yargıtay 2. H. D, E. 3586, K. 4925.

Müşterek bir sulbden meydana gelen kardeşler arasındaki kan hısımlığı evlât edinmeye mâni sebepler arasında gösterilmediğine göre — ve kanun vazıînca evlât edinmek için ileri sürülen diğer bütün şartların mevcudiyeti halinde — bir kimsenin kardeşini evlât edinmesine mâni olan hiç bir kanuni hüküm mevcut değildir.

Bir dosyanın tetkiki esnasında tesadüf ettiğimiz bir davaya göre; kanunî ikametgâhı Manisa bulunan bir kimse, evlât edinmek için kanunun derpiş ettiği bütün şartları haiz olduğundan ana baba bir kız kardeşinin evlât edinmek istemiştir. Mahalli mahkeme; «Taraflar arasında kardeşlik münasebeti ve sevgisi carî iken bu münasebetin evlâd edinme suretiyle ana ve evlât münasebet ve sevgisine inkılâp etmesine imkân görülememiş olduğu» esbabı mucibesiyle davayı retdetmiştir.

Mezkûr hükmün her iki kardeş tarafından temyiz edilmesi üzerine Yüksek Yargıtayca verilen kararda; «Kardeşin evlât edinilemeyeceği hakkında kanunî bir mâni olmadığı halde hilâfında mütalâa ile yazılı şekilde karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün (Bozulmasına) 4/11/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (13) denilmektedir.

— V —
EVLÂTLIK MUKAVELESİ

— 1 —
EVLÂTLIK MUKAVELESİNİN ŞEKLİ

Evlâtlık mukavelesinin hukukî bakımdan hükûm ve netice tevlit edebilmesi için bir takım şekli şartlara riayet edilerek tanzim edilmiş olması lâzımdır.

Medenî Kanunun 256 ncı maddesine göre; evlât edinme, evlât edinen kimsenin ikametgâhı hâkiminin müsaadesi üzerine yapılacak resmî bir senet ile olur ve keyfiyet doğum kütüğüne kayıt olunur. Evlâd edinen kimsenin ikametgâhı hâkiminin müsaadesi istihsal edilmeden akdedilmiş bulunan evlâtlık mukavelesi nüfus siciline tesçil edilmiş olsa dahi hiç bir hükmü yoktur. Çünkü, evlât edinenle evlâtlıkda bulunması iktıza eden kanunî şartların (M. K. 253-255) mevcudiyeti bir mahkeme hükmiyle tetkik ve tesbit edilmeden yapılan tesçile kıymet izafesine imkân yoktur.

Gerek Medenî Kanunun 139 uncu maddesindeki ayrılık müddeti içerisinde ayrı bir ikametgâh ittihaz eden eş, ve gerekse aynı kanunun 162 nci maddesinde tesbit edilen şartların devamı müddetince eşinden

(13) Yargıtay 2. H. D, E. 4538, K. 5603.

ayrı bir yerde ikamet eden karı veya kocadan birinin, bu ayrılık müddetinde, evlâd edinmek istemeleri halinde M. K. nun 256 ncı maddesindeki izni vermeğe eşlerden hangisinin ikametgâhı hâkimi salâhiyetlidir?... Evlât edinme, ikametgâhları ayrı olan karı kocadan biri veya her ikisi tarafından beraberce yapılmak isteniyorsa, kocanın ikametgâhı hâkiminin müsaadesi alınmak lâzımdır. (14).

M. K. nun 256 ncı maddesinde, müsaadesi alınacak olan hâkimin, evlât edinen kimsenin ikametgâhı sulh hâkimi mi, yoksa asliye hâkimi mi olduğu hususu açıkca belirtilmemiştir. Yalnız aynı kanunun 406 ncı maddesinin birinci fıkrasında; vesayet altındaki bir kimsenin evlâtlık olması veya başka birisini evlât edinmek istemesi halinde; evvelemirde sulh hâkiminin ve sonra da asliye hâkimi tarafından verilmesinin iktiza edeceği kanaatındayız. Nitekim Yüksek Yargıtayın içtihadı da bu merkezdedir. Bir Yargıtay kararında, «Sulh hâkiminin verdiği izne müsteniden yapılan evlâtlık mukavelesinin muteber olmadığı düşülmeksizin yazılı mütalâa ile davanın reddine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan temyiz olunan hükmün (Bozulmasına) 15/7/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (15) deniliyor.

Evlât edinmek isteyen kimsenin ikametgâhı hâkimi evvelemirde M. K. nun 253-255 inci maddelerde beyan olunan şartların mevcut olup olmadığını tetkik etmesi iktiza eder. Şayet hâkim, mezkûr maddelerde derpiş edilen şartların fıkdanına rağmen evlât edinmeye müsaade etmişse, mukavele kendiliğinden bâtıl olmadığından alâkadarlardan her hangi birinin talebi üzerine feshi cihetine gidilebilinir.

Evlât edinmek için icabeden kanuni şartların mevcudiyeti hiç bir zaman hâkime müsaade mecburiyetini tahmil edemez. Hâkim evlât edinilen kimsenin vaziyet ve menfaatlarını iyi bir şekilde tetkik ettikten sonra her hangi bir zarar melhuz ise evlâtlık mukavelesinin in'ikadına müsaade etmemelidir. Hattâ Rossel'e göre (16), evlât edinme arzusu, evlât edinen kimsenin hısımlarına karşı olan memnuniyetsizliğinden veya geçici bir hevesinden ileri geldiğine kani olduğu zaman hâkim, talep edilen müsaadeyi reddetmek vazifesiyle mükelleftir. Tarafların hukuki vaziyetini esaslı bir surette değiştirecek olan böyle bir karar ancak serbest ve ciddi bir düşüncenin mahsulü olmalıdır. Bu itibarla evlât sevgi ve tahassürünü samimi bir surette tatmine matuf olmayan sâikler, evlâtlık mukavelesinin akdine hiç bir zaman sebep olarak gösterilemez.

(14) CURTİ — FORRER, Madde 267 — 256, No. 5.
(15) Yargıtay 2. H. D, E. 2693, K. 4117.
(16) Rossel, s. 425.

M. K. nun 256 ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmünce, kanuni şartlar mevcut olmakla beraber evlât edinmek istiyen kimsenin, evlât edinilecek olan şahsı, az çok bir zaman zarfında bir ana baba gibi infak ve iaşesine ,tahsil ve terbiyesine bakıp gözetmiş olması lâzımdır. Bu bakıp gözetmenin ne kadar bir müddet devam etmiş olması iznin istihsaline kâfi geleceği hususunun takdiri hâkime aittir.

Yukarıda yazılı olan haller tahakkuk etmiş olsa dahi, ayrıca bunlardan başka hâkim, evlât edinilen kimsenin içtimaî ve ahlâki menfaatleri bakımından da vaziyeti tetkik etmesi lâzımdır. Meselâ evlât edinen kmseyle, evlâtlığın ayrı ayrı dini telâkkilere inanmış olmaları, veya başka başka tabiyette bulunmuş olmaları evlâtlığa verilecek olan terbiye ve telkinin şekil ve mahiyetine müessir olacağı gibi, evlât edinen kimsenin ahlâki seviyesinin ve içtimaî mevkiinin düşük olması da evlât edinilen kimse için zararlı ve mahzurlu olabilir.

Netice itibariyle denilebilir ki, hâkim kanuni şartlar (M. K. 253 - 255) haricinde evvelâ, evlât edinmeye sâik olan âmilleri veya evlâtlık mukavelesinin akdini icabettiren muhik sebeplerin mahiyetlerini iyice tahlil ve tetkik edecek, daha sonra da evlâtlığa alınan şahsın menfaatlerinin haleldar olmaması keyfiyeti üzerinde duracaktır.

Evlât edinen kimsenin ikametgâhı hâkiminin verdiği müsaade üzerine evlâtlık mukavelesinin derhal aktedilmiyerek uzun bir zaman sonra tanzim edilmiş olması verilen müsaadenin hükümsüzlüğünü icabettirir mi, yoksa şartlar baki kaldıkça bilâhare evvelce istihsal edilmiş olan müsaade üzerine evlâtlık mukavelesi aktedilebilinir mi?... Böyle bir vaziyet karşısında, iznin istihsalinden evlâtlık mukavelesinin in'ikadına kadar geçen zaman zarfında evlât edinmek için icabeden kanuni şartlarda, evlât edinen kimsenin bilâhare çocuğu olması gibi veya diğer her hangi bir şekilde iznin istihsaline imkân bahşetmiyen yeni bir sebep ortaya çıkmadıkça evvelce verilmiş olan müsaadeye istinaden evlâtlık mukavelesi aktedilebilinir. Nitekim Yüksek Yargıtayın bir kararında «Müteveffa Fatma Zehra tarafından kız kardeşi Ayşenin çocuklarını evlât edinmek üzere mahkemeden 8 Nisan 1928 tarihinde istihsal eylemiş olduğu izne müsteniden nüfusa kayıt ve tesçil ettirmiş ise de ahiren mümaileyha vefatından evvel Mayıs 1943 tarihinde noterden senet de tanzim ettirmiş ve bu veçhiyle evlât edinme muamelesi de tekemmül edip iptali mucip bir sebep mevcut bulunmamış olduğu gibi hikâye edilen mezkûr iznin ilâmı ve dava arzuhali münderecatına nazaran diğer itirazlar da yerinde görülmemiş olduğundan cümlesinin reddiyle temyiz edilen hükmün (O-

nanmasına) 16/12/1947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (17) denilmektedir.

Yüksek Yargıtayca verilen bu onanma kararına karşı müddeiler vekili tarafından vâki tashihi karar talebinden sonra muhterem heyet tarafından verilen mufassal kararda deniliyor ki; «Taraflar arasında cereyan eden evlât edinme muamelesinin ve izin ilâmiyle noter senedinin iptali davasına dair verilen 18/4/1947 tarih ve 112/200 sayılı hüküm indettemyiz dairece onanmasına mütedair sadır olan 16/12/1947 tarih ve 3654/6573 sayılı ilâmın tashihi istenilmekle yapılan incelemede tashihi karar dilekçesinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaştırıldıktan ve dosyada mevcut evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

Evlât edinmek için hâkimden müsaade alınmak ve resmi bir mukavele yapılmak lâzım olup hâkimden müsaade alınmadığı veya mukavele yapılmadığı surette evlât edinmenin tamam olmayacağı M. K. nun 256 ncı maddesi iktizasındandır. Hâkimden müsaade alınmak evlât edinme şartları mevcut olup olmadığı ve evlât olmak evlâtlığa alınacak çocuğun menfaatine muvafık bulunup bulunmadığını tetkik ve tesbit etmek içindir. Kanunda mukavelenin muteberiyeti için izin ve müsaade ile mukavele arasında muayyen bir müddet tâyin olunmadan ve meselede davalarda cereyan eden zamanışımının cereyan etmiyeceği aşikâr bulunmuştur. Filhakika hâkimin müsaadesiyle mukavele arasında ahval ve şerait değişmiş ve evlât edinmeğe mâni bir hal tahaddüs etmiş olabilir. Fakat hadisede böyle bir tebeddül ve evlât edinmeğe mâni bir hal vukuu iddia olunmamış ve H. U. M. K. nun 295 inci maddesinde dahi yazıldığı üzere mahkeme ilâmlarıyle noterce resen tanzim olunan senetler sahteliği sabit oluncaya kadar muteber bulunmuş ve dava arzuhalinde senedin sahteliği iddia olunmayıp yalnız şekil bakımından hükmü olmadığı ileri sürülmüştür, kaldıki evlât edinilen Vedia ve Belkisin kocalarının karılarının evlât edinilmesine rızaları aranılarak bu cihet izin ve müsaade ilâmına derç edilmiştir. Mezbureler hakkında evlât edinme muteber olunca izin ve müsaade ilâmından sonra evlenmiş olan Nigârın kocasının izin ve rızasının alınmamış olması hakkında davacıların dava ve husûmet hakları olamaz. İşte bu esaslara dayanan temyiz kararına karşı tashihi karar istidasında ileri sürülen itirazlar varit ve tashihi istidası tashih sebeplerinden hiç birine mutabık olmadığından reddiyle 5 lira ceza alınmasına ve aşağıda yazılı tashih masraflarının da tashihi karar

(17) Yargıtay 2. H. D, E. 3654, K. 6573.

istiyenden alınmasına 30/4/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (18) denilmektedir.

Evlâtlık mukavelesinin kanunen hüküm ve netice tevlit edebilmesi için, evlât edinen kimsenin ikametgâhı hakiminden istihsal edilmiş olan müsaadenin resmi bir senede raptolunması şarttır. Noter senedi tanzim edilmedikçe evlâtlık mukavelesinin tekemmülüne imkân yoktur. Bu hususta Yüksek Yargıtayın verdiği muhtelif kararlarda, «Her ne kadar davalı Ali Erkan ve karısı Sıdıka Erkan'ın mahkemenin 17/12/1934 tarihli kararıyle müteveffa Mehmet Erkanı mânevi evlâtları olarak nüfusa tesçil ettirmiş oldukları anlaşılmış ise de M. K. nun 256 ncı maddesi hükmü gereğince noterlikçe tanzim edilmesi lâzım gelen senedin yapılmadığı anlaşılmış olmasına mebni serdedilen temyiz itirazları varid görülemediğinden reddiyle hükmün (Onanmasına) 20/11/1947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (19) deniliyor. Diğer bir karar da, «Evlât edinme mukavelesinin tekemmülü için istihsal olunan hükümden sonra noter senedi tanzimi icabedip yapılan tetkikat ve davalının muhakemeten vaki beyanından böyle bir senedin tanzim edilmemiş olduğu anlaşılmış ve mümaileyh muhakemeten tetkike değer başka bir iddia ve müdafaada bulunmamış olmasına mebni varit olmayan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 22/10/946 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (20) denilmektedir.

Evlât edinme mukavelesinin akdinden sonra keyfiyet nüfus siciline kaydedilmelidir. Nüfus siciline kayıt meselesi diğer ahvâli şahsiye meselelerinde olduğu gibi tevsike matuf bir husus olduğundan aktin anasırından madut değildir. Binaenaleyh evlâtlık mukavelesinin nüfusa tesçil edilmemiş olması akdin tamamiyetine mâni teşkil etmiş olmaz. Mukavelenin in'kadından sonra tesçil için bir müddet de bahis mevzuu değildir. Yüksek Yargıtayın bir kararında, «Evlât edinme yargıcın müsaadesi üzerine resmi senedin yapılmasiyle tekemmül edip nüfusa tesçil için müddet bahis mevzuu olmadığı halde hilâfında mütalâa ile zamanaşımı noktasından tesçilin iptaline karar verilmesi yolsuz ve itirazlar bu bakımdan varit olduğundan hükmün (Bozulmasına) 27/2/1948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (21) denilmektedir.

Binaenaleyh evlâtlık mukavelesinin nüfusa tesçil edilmiş olması keyfiyeti ihdasî bir mahiyette olmayıp sadece izharî mahiyettedir.

(18) Yargıtay 2. H. D, E. 3196, K. 2706.
(19) Yargıtay 2. H. D, E. 3449, K. 5948.
(20) Yargıtay 2. H. D, E. 1939, K. 4259.
(21) Yargıtay 2. H. D, E. 8108, K. 1326.

780

Evvelce yukarıda bir vesileyle arzedildiği veçhiyle evlâtlık mukavelesi Borçlar Kanunun 23 ve müteakip maddelerinde mevzubahis olan hata, hile ve ikrah sebeplerinden birinin tahtı tesirinde aktedilmiş ise bir senelik müddet içerisinde mukavelenin iptali talebine hiç bir kanuni mâni yoktur.

— 2 —

EVLÂTLIK MUKAVELESİNİN TEVLİT EDECEĞİ HÜKÜM VE NETİCELER

Medenî Kanunumuzun 257 nci maddesine nazaran «Evlâtlık kendisini evlâtlığa alanın aile ismini taşır ve onun mirasçısı olur. Asıl ailesindeki mirasçılığına da halel gelmez.» Bu maddenin hükümlerine nazaran evlâtlık mukavelesi, evlât edinen kimse ile evlâtlık arasında ana ve baba ile nesebi sahih çocukları arasındaki münasebetlere müşabih münasebetler tevlit eder. Yani, evlâtlık, evlât edinen kimseye karşı nesebi sahih bir füruu vaziyetine girmiş olur.

Mezkûr madde hükmünce, evlâtlık kendisini evlâtlığa alanın aile ismini yani soyadını taşır. Evlâtlıkla evlât edinen kimsenin aynı soy adını taşımaları keyfiyeti, evlâtlık mukavelesi neticesinde meydana gelen farazi usul ve füruu'luk münasebetinin tabii bir neticesi olmakla beraber aynı zamanda evlâtlığın, evlât edinene karşı göstermekle mükellef olduğu minnet ve şükran borcunun da bir ifadesidir.

Evlât edinenle evlâtlık, asliye mahkemesinden aldıkları müsaadeye istinaden evlâtlık mukavelesini aktederlerken, mukavele hükümleri meyanında evlâtlığın soy adı intihabında serbest bulunduğunu kabul ederek ve o şekilde mukavele tanzim edilmişse: evlâtlık, evlât edinen kimsenin soyadını kullanmak mecburiyetinde olmadığından istediği soy adını kullanmakta serbesttir. Bu şartı haiz olarak aktedilmiş olan evlâtlık mukavelesi hükümleri neticesinde evlât edinen kimsenin sayadının kullanmayan bir evlâtlık aleyhinde açılmış olan evlâtlık mukavelesinin iptali davasında verilen hükmü, yüksek Yargıtay şu esbabı mucibeyle bozmuştur. Kararda, «Evlâtlık mukavelesinde, evlâtlığın kendisini evlâtlığa alanın aile ismini taşımakta muhtar olduğunun yazılması mukavelenin iptalini icap ettirmiyeceğine ... yazılı mütalâa ile evlâtlık rabıtasının ref'ine karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün bu sebeple (Bozulmasına) 11/3/1948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (22) deniliyor.

(22) Yargıtay 2. H. D, E. 7926, K. 1577.

781

Prensip itibariyle evlâtlık, evlât edinen kimsenin aile ismini alır. Fakat bazı hallerde evlâtlık kendi aile ismini taşımak mecburiyetinde kalabilir. Meselâ, evli bir kadın kocasiyle birlikte olmayarak yalnız başına evlâtlığa alınmışsa evlât edinen kimsenin aile ismini taşıyamaz. Çünkü karı kocanın yekdiğerinden ayrı soyadı taşımalarına müsaade edilemez. Fakat karı koca birlikte olarak bir kimsenin evlâtlığı olmuşlarsa ve evlâtlık mukavelesinde hilâfında bir şart yoksa o zaman evlât edinenin aile ismini yani soyadını her iki evlâtlığında taşıması şarttır.

Evlâtlık, evlât edinen şahsa karşı nesebi sahih bir füruu vaziyetini iktisap edeceğinden evlât edinen şahsın nesebi sahih bir füruu derecesinde mirascısı olur. Fakat buna mukabil evlât edinen kimse ve evlât edinenin hısımları evlâtlığın mirasçısı olamazlar. (M. K. 447, fıkra 2). Bu hüküm kanunun âmir hükümlerinden birisi olduğu cihetle, evlâtlık mukavelesinde, evlât edinen kimsenin evlâtlığın mirasçısı olabileceği yolunda bir şartın ilâve edilememesi lâzımdır. Fakat Curti - Forrerin Kanunu Medenî Şerhinde, evlâtlık mukavelesinde bu hükmün hilâfına bir şartın tasrih edilebileceği anlaşılmaktadır (23).

Evlâtlık evlât edinen şahsın nesebi sahih füruu vaziyetinde olmakla beraber, asıl ana ve babasiyle kendisi arasındaki kanuni mirasçılık sıfatı devam eder. Ayrıca evlâtlığın sair kan hısımlariyle olan rabıta ve münasebetleri de bakidir.

Evlâtlığın, evlât edinen kimseyle ve hakiki ana ve babası ve hattâ sair kan hısımları arasındaki nafaka mükellefiyeti de bakidir (24).

Evlâtlık, evlât edinen şahsın nesebi sahih füruu vaziyetine girmesi itibariyle, evlâtlık reşit değilse ana babaya ait olan hak ve vazifeler evlât edinen kimseye intikal eder. Yani ana babanın haiz olduğu velâyet hakkı, evlât edinen kimse tarafından istimâl olunur. Bu meyanda, küçük olan evlâtlığın evlenebilmesi için muktazi olan izin (M. K. 88), evlât edinen kimseden istihsal edilmek lâzımdır.

Evlâtlık, evlât edinen kimsenin sahih füruu vaziyetine girerek onun mirasçısı olmakla beraber, evlât edinenin müsaadesi olmadıkça onun mallarından tasarrufta bulunmak hakkını haiz değildir.

Bir dosyanın tetkiki esnasında tesadüf ettiğimiz bir davada; bir kadın kanuni şartları haiz olan beş yaşındaki bir çocuğu evlâtlık olarak yanına alarak kendisini kunduracı yetiştirmiştir. Günün birinde evlât edinen ka-

(23) Curti-Forrer, Kanunu Medenî Şerhi, madde : 268-257, not : 2.
(24) İsmail DOĞANAY, Muhtelif Nafaka Davaları, Adalet Dergisi, Sene 1948, sayı 3, s. 275.

dın, köye misafir olarak gelenlerin barınabilmelerini temin maksadiyle yaptırdığı hayrat odayı, evlâtlık, kendisine dükkân olarak tahsis etmesi için müdahelede bulunmuştur. Evlât edinen kadın, evlâtlık mukavelesinin ref'iyle vaki müdahalenin men'i hakkında evlâtlık aleyhine dava ikame etmiştir. Mahalli mahkeme, müddeinin ileri sürdüğü sebebi evlâtlık mukavelesinin ref'ini müstelzim kâfi bir sebep olarak kabul etmemekle beraber vaki müdahelenin men'ine karar vermiştir. Yüksek Yargıtay bu hadisede verdiği kararda, «Müddeaaleyhin muhakeme sırasındaki beyanına nazaran davacının evinde onun müsaadesiyle ve evlâtlık sıfatiyle oturduğu anlaşılmış ve infâk ve iaşe zarureti olmadıkça evlâtlığı evlât edinenin malında onun izni olmaksızın tasarruf hakkı bulunmamış olmasına mebni yerinde olmayan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 13/4/1948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (25) denilmektedir.

Evlâtlık mukavelesi diğer mukaveleler gibi ancak âkitler hakkında tesirini gösterir. Bu itibarla evlâtlık mukavelesi, evlât edinenin hısımlariyle evlâtlık arasında hiç bir aile rabıtası ve münasebeti husule getirmez.

M. K. nun 257 nci maddesinin son fıkrası, kanun hükümlerine muhalefet edilebilecek hususları zikreder. Fakat bütün bu hususların evlâtlık mukavelesinin tekemmülünden evvel resmi senede raptolunması lâzımdır. Kanun, evlâtlık mukavelesinin kat'i ve sabit bir vaziyet ihdas etmesini arzu ettiği cihetle, bu nevi mütemmim mukavelelerin evlâtlık mukavelesinden sonra yapılmasına müsaade etmemektedir. Binaenaleyh evlâtlık mukavelesinin aktinden sonra âkitlerden biri diğerini mezkûr maddedeki haklarından feragata icbar edemez. Bittabi âkitler, bilihtiyar kendi haklarından feragat edebilirler.

— 3 —
EVLÂTLIK MUKAVELESİNİN İNFİSAHI VE FESİH SEBEPLERİ

— A —
EVLÂTLIKLA EVLAT EDİNEN KİMSENİN EVLENMESİ HALİ

Medenî Kanunun 92 nci maddesinin 3 üncü bendi hükmüne göre; evlâtlıkla evlât edinen ve bunların biriyle diğerinin koca veya karısı arasında evlenmek memnudur.

Evlâtlık münasebeti bu günkü hukuk nizamlarının ekserisinde bir

(25) Yargıtay 2. H. D, E. 1086, K. 2315.

evlenme maniî teşkil etmektedir. Bununla beraber, mâniin şümul ve derecesi hususunda muhtelif hukuk nizâmlarında farklar mevcuttur. Bizde; evlât edinen kimse ile evlâtlık, keza evlât edinen kimsenin eşi ile evlâtlık veya evlât edinenle evlâtlığın eşi birbiriyle evlenemezler. Evlât edinen erkek ise, kız evlâtlığıyle evlenemiyeceği gibi, erkek evlâtlığının boşanmış karısını veya dulunu dahi alamaz. Bu mâni evlâtlık rabıtasının ref'inden sonra da hüküm ifade eder.

Evlâtlıkla evlât edinen kimse arasındaki evlenme manî, M. K. 92 nci maddesinin 1 ve 2 nci bendindeki evlenme maniî hükümlerine nisbeten daha zayıftır. Çünkü mezkûr iki bentdeki maniin mevcudiyetine rağmen aktedilen evlenme, M. K. nun 112 nci maddesinin üçüncü bendi mucebince mutlâk bûtlan ile malûl olduğu halde evlâtlıkla evlât edinen ve bunlardan biriyle diğerinin karı veya kocası arasındaki evlenme manii'in hükmü infisahî değil, ancak tâlikî mahiyettedir. Bu itibarla, K. Medeninin 92 nci maddesindeki evlenme manii'ne rağmen evlenirlerse, bu evlenme mutlâk bûtlanla malûl değildir. Çünkü mezkûr kanunun 121 nci maddesi hükmünce, evlâtlık sebebiyle evlenmeleri kanunen memnu olan kimselerin, evlenmesi fesholunamaz, evlenme muteberdir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası hükmünce evlenme ile evlâtlık münasebeti zeval bulur.

— B —
EVLATLIKLA EVLÂT EDİNEN KİMSENİN İTTİFAKİYLE EVLÂTLIK MUKAVELESİNİN FESHEDİLEBİLMESİ

Evlâtlık mukavelesi tarafların rızasiyle aktedildiği gibi, aktedilen bu mukavele yine tarafların rızasiyle her zaman fesih de edilebilir.

Medenî Kanunun 258 inci maddesi hükümlerine göre evlâtlık mukavelesinin tarafların rızasiyle feshedilebilmesi için, mukavelenin akti esnasında müracaat edilmiş olan bütün kaide ve şartlara riayet etmek lâzımdır. Bu itibarla evlâtlık mukavelesinin tarafların rızasiyle feshedilebilmesi için; evvelâ evlâtlık mukavelesinde olduğu gibi bir resmi senedin tanzimi, saniyen icabeden kimselerin rızaları lâzımdır.

Evlâtlık mukavelesinin tarafların rızasiyle feshedilebilmesi için, evlâtlık ile evlât edinen kimsenin hayatta olmaları ve her ikisinin de temyiz kudretini haiz bulunmaları lâzımdır.

Evlâtlık reşit olmadığı takdirde, evlâtlık mukavelesinin feshedilebilmesi için, ana ve babasının veya hâkimin rızası lâzım geldiği gibi, taraflardan biri mahçur ise yine hâkimin izni istihsal edilmek lâzımdır.

Çünkü vesayet altındaki bir kimsenin evlâtlık olması veya başka birini evlât edinebilmesi için vesayet dairelerinin izin ve müsaadesini istihsal etmeleri lâzım geldiği gibi evlâtlık mukavelesinin her iki tarafın rızasiyle feshedilebilmesi için de yine aynı dairelerin müsaadesini istihsal etmek lâzımdır.

Evlâtlık mukavelesinin hini aktinde küçüklüğünden dolayı vasisinin rızası istihsal edilerek aktedilen evlâtlık mukavelesi, küçüğün rüşte vüsulünden sonra bizzat kendi rızasiyle fesholuna bilir.

Karı koca aynı çocuğu birlikte evlâtlığa almış oldukları takdirde, evlâtlık mukavelesinin feshedilebilmesi için her iki eşin de rızasına ihtiyaç vardır. Bu halde eşlerden birisi vefat etmişse sağ kalan eş, yalnız kendisine münhasır olmak üzere evlâtlık mukavelesinin feshini istiyebilir.

Hiç şüphesiz ki evlâtlık mukavelesinin feshine mahkeme tarafından karar verildikten sonra keyfiyetin nüfus siciline bildirilmesi ve oradaki kaydın terkin edilmesi lâzımdır.

— C —
EVLÂTLIĞIN TALEBİ ÜZERİNE EVLATLIK MUKAVELESİNİN FESHİ

Evlâtlık mukavelesinin feshini mucip olacak derecede muhik sebeplerin mevcudiyeti halinde evlâtlığın talebiyle hâkim tarafından evlâtlık mukavelesi feshedilir.

Evlâtlık mukavelesinin ref'ine karar verebilmek için evlâtlık, evlât edinen kimsenin kendisine karşı lâyık olmayacak bir surette hizmetçi gibi bir muamele yaptığını, veya kendisine karşı ırza tasâddide veya daha ileri giderek ahlâksızca tecavüzde bulunmak istediğini, veya evlât edinen kimsenin bir baba ve ana gibi ifasını muktâzi vazifelerde ihmâl ve terâhi gösterdiğini, kendisini hırsızlığa, dolandırıcılığa veya sahtekârlığa alıştırmak istediğini veyahutta evlât edinen kimsenin terzil edici bir suçtan dolayı mahkûm olması vesaire gibi muhik bir sebebin mevcudiyetini ispata mecburdur.

Ne gibi hadiselerin muhik bir sebep teşkil ederek evlâtlık mukavelesinin feshine kâfi geleceğini tâyin etmek oldukça güçtür. Bir hadise için muhik görülen bir sebep, diğer bir hâdisenin arzettiği hususiyete göre haklı olmayabilir.

Evlâtlık mukavelesinin aktedilebilmesi için hâkim sair şartlardan başka, evlâtlık mukavelesinin aktini muhik gösterecek bir sebebin mev-

cudiyetine kani olması nasıl lâzım gelirse, evlâtlık mukavelesinin feshine karar vermek için de kezalik aynı şekilde muhik bir sebebin mevcudiyetine kani olması iktiza eder.

— D —

EVLÂT EDİNEN KİMSENİN TALEBİ ÜZERİNE EVLÂTLIK MUKAVELESİNİN FESHİ

Evlât edinen kimsenin talebi üzerine evlâtlık mukavelesinin feshedilebilmesi için ancak; evlâtlığı mirastan mahrum bırakacak bir sebebin mevcut olması ve ayrıca bu sebebe istinaden evlât edinen kimsenin evlâtlık mukavelesinin feshini hâkimden talep etmesi ve onun da evlâtlık mukavelesinin feshine karar vermesi lâzımdır (M. K. 258 f. 2).

Medenî Kanunumuzun bu maddesi hükmüne istinaden evlâtlık mukavelesinin evlât edinen kimsenin talebi ile hâkim tarafından feshedilebilmesi için bir kimsenin mirastan ıskatını mucip olan sebeplerden herhangi birinin mevcudiyeti iktiza etmektedir.

Yüksek Yargıtay M. K. nun 258 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki «ve mirasından mahrum bırakacak bir hal hudusunda» ibaresini, «mirastan ıskatı mucip bir hal hudusunda» evlâtlık mukavelesinin, evlât edinen kimsenin talebi üzerine hâkim tarafından feshedilebileceği şeklinde tefsir ve tatbik etmek iktiza edeceği içtihadındadır. Bu hususa mütedair verilen kararlarlardan birinde, «M. K. nun 258 inci maddesindeki (ve mirasından mahrum bırakacak bir hal hudusunda) ibaresi (mirasından iskatını mucip bir hal hudusunda) demek olduğu cihetle mezkûr kanunun 457 nci maddesinin son fıkrası dairesinde keyfiyetin tetkiki lâzım gelirken zuhul edilmiş olduğundan hükmün (Bozulmasına) 25/11/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (26) denilmektedir.

M. K. nun 258 inci maddesindeki «mirasından mahrum bırakacak bir hal hudusunda» ibaresi tatbikatta pek çok yanlışlıklara meydan vermektedir. Maddedeki mirastan mahrumiyet sebeplerinden birinin hudusu halini lâfzî bir şekilde tefsir ettiğimiz zaman mezkûr kanunun 520 inci maddesinde tahdidî olarak gösterilmiş olan mirastan mahrumiyet sebeplerinden birinin hudusu halinde evlât edinen kimsenin talebi ile evlâtlık mukavelesinin feshine karar verilebileceği anlaşılmaktadır.

Halbuki mirastan iskat ile mahrumiyet arasında tevlit ettikleri hüküm ve netice bakımından bir münasebet ve müşabehet mevcut olmakla beraber, aralarında mühim farklar da vardır :

(26) Yargıtay 2. H. D, E. 5571, K. 6086.

Mirastan mahrumiyet, müteveffanın arzusu nazarı itibare alınmaksızın kanunen vaki olduğu halde, mirastan iskat; müteveffanın arzu ve iradesine müstenittir, yani mirastan mahrumiyet sebeplerinden birisini murisine veya vasiyet eden kimseye karşı ika ve irtikâp etmiş olan kimse kanunen kendiliğinden mirastan veya vasiyet olunan şeyden mahrum olduğu halde, mirastan iskat ancak muris tarafından yapılan iskatı âmir ölüme bağlı tasarrufla vaki olur. Mirastan iskat sebepleri aynı zamanda mahfuz hisseli müteaddit mirascılar hakkında mevcut olursa, muris hepsini mirastan iskat edebileceği gibi arzu ederse iskat hakkını yalnız bazıları hakkında da istimâl edebilir. Hattâ iskat sebepleri mevcut olunca, muris mirasçısını miras hakkının tamamından iskat edebileceği gibi, arzu ederse yalnız bir kısmından da iskat edebilir.

Bu iki madde arasında bu kadar mühim farklar mevcut olduğu halde İsviçre Kanunu Medenisi iktibas edilirken bizdeki 258 inci maddeye tekabül eden İsviçre K. M. sinin 269 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki evlât edinilen kimsenin mirastan iskatını mucip bir hal mevcut ise evlâtlık mukavelesi feshettirilebilinir, şeklindeki hükmü aynen alınmadığından tatbikatta yukarıda arzedilen yanlışlığa sebep olmaktadır.

Kendisine hakaret ve fena muamelelerde bulunan evlâtlığını mirastan iskat etmek istiyen evlât edinen bir kimsenin bu talebi, M. K. nun 520 inci maddesindeki mirastan mahrumiyet sebeplerinden hiç birisine uymadığından bahsile davanın reddine dair verilmiş olan bir kararı Yüksek Yargıtay, M. K. nun 457 nci maddesi mucibince karar verilmek iktiza edeceği esbabı mucibesiyle verilen hükmü bozmuştur. Kararda, «M. K. nun 258 inci maddesinde yazılı mirastan mahrum bırakacak bir hal hudusunda tâbirinden maksat mirastan iskatı mucip bir hal vukuunda demek olduğu cihetle mezkûr kanunun 457 nci maddesi sarahatı gözönüne alınarak davanın o dairede hal ve faslı lâzımgelirken 520 inci madde hükmü veçhiyle karar verilmesi doğru olmadığından hükmün (Bozulmasına) 15/12/1945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (27) denilmektedir.

Mirastan iskat, bir şahsın mahfuz hisseli bir mirasçısını mirasından mahrum bırakmasıdır. Bir kimsenin nesebi gayri sahih füruu ve evlâtlığı o kimsenin mahfuz hisseli mirasçısıdır.

M. K. nun 457 nci maddesindeki mirastan iskat sebepleri münhasıran mahfuz hisseli mirasçılara mütaallıktır; çünkü mahfuz hissesi olmayan kanuni mirasçıları mirastan iskat için iskat sebeplerinden her hangi birinin mevcudiyetine lüzum yoktur, mirasın ölüme bağlı bir tasarrufla başka bir kimseye bırakılması kâfidir.

(27) Yargıtay 2. H. D, E. 4294, K. 5629.

737

M. K. nun 457 nci maddesindeki iskat sebeplerinden biri, mahfuz hisseli bir mirasçı tarafından muris veya murisin yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika ve irtikâp edilmiş olmasıdır. Cürmün ağırlığı, failin bu suçu ika ve irtikâptaki kasdına veya sâikine nazaran tâyin ve takdir edilmek iktiza eder. Meselâ, evlât edinen kimse, evlâtlığını, bir türlü boşayamadığı ve kendisinden nefret ettiği karısını öldürmeğe teşvik ve azmettirmesi neticesinde evlâtlıkda bu fiili ika ve irtikâp etmişse, evlât edinen kimsenin bu madde hükmünden istifade ederek evlâtlık mukavelesinin feshini talebe hakkı yoktur. Evlâtlık mukavelesinin feshini talep eden evlât edinen kimsenin işlenilen suçtan müteessir olması lâzımdır.

Hangi nevi fiillerin ağır cürüm sayılacağı meselesi evlâtlık mukavelesinin feshine karar verecek olan hâkimin takdirine kalmıştır. Bununla beraber evlâtlığın, evlât edinen kimsenin hayatına şeref ve nâmusuna vaki her hangi bir tecavüz ve iftira gibi suçlar hiç şüphesiz ağır cürümlerdendirler.

Cürmün iskat sebebi olabilmesi için cürümden dolayı failin yani evlâtlığın mahkûm olması şart değildir. Cürüm ika ve irtikâp edilmiş olunca mahkûmiyet vaki olmasa ve hattâ müruruzaman veya af gibi ceza davasını düşüren sebeplerden her hangi birisiyle takibata imkân kalmasa bile fiilin ika ve irtikâp edilmiş olması hali yine mirastan iskat için kâfi bir sebeptir. İka ve irtikâp edilmek istenilen cürmün tam veya nâkıs teşebbüs derecesinde kalmış olması dahi mirastan iskat için kâfi bir sebeptir.

Cürüm sebebiyle mirastan iskat için, cürmün faile yani evlâtlığa kabili isnat olması lâzım geleceği şüpheden varestedir. İka ve irtikâp olunan cürümden dolayı evlâtlığa mesuliyet teveccüh etmediği veya cürüm meşru müdafaa veyahutta iztirar halinde işlenmiş olduğu takdirde mirastan iskatı mucip bir sebep mevzuubahs olamaz.

Evlâtlık mukavelesinin feshine karar verecek olan hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin verdiği beraet kararıyle de bağll değildir (B. K. 53).

Evlât edinen kimseye karşı ika ve irtikâp olunan ağır cürüm mirastan iskat sebebi olduğu gibi evlât edinen kimsenin yakınlarına karşı işlenen ağır cürüm de kezalik bir iskat sebebidir. Maddedeki «yakınlarına» kelimesinden maksat, evlât edinen kimsenin huzur ve istirahatiyle alâkalı hısımları ve pek sevdiği dostlarıdır. Bunlara karşı ika ve irtikâp olunacak ağır bir cürümden dolayı evlât edinen kimsenin hissedeceği elem ve teessür de mirastan iskat sebebi sayılmıştır.

Evlâtlığın, evlât edinen kimse aleyhine ika ve irtikâp eylediği ağır

cürüm, M. K. nun 520 inci maddesinin bir ve ikinci bendine dahil cürümlerden ise bu takdirde evlâtlığın şahsen mirastan mahrumiyeti mevzubahistir.

Evlât edinen kimsenin cürmü ika ve irtikâp etmiş olan evlâtlığı af etmiş olması halinde 520 nci maddenin son fıkrasına kıyasen, iskat hakkının kalkacağı kabul edilebilinir.

Evlâtlık mukavelesinin feshini talep etmek hakkı şahsa bağlı bir hak olduğu cihetle, evlât edinen kimsenin ölümü halinde mirasçıları tarafından evlâtlık mukavelesinin feshi talep olunamaz.

Bir dosyanın tetkiki esnasında tesadüf ettiğimiz bir davada, bir karı koca her ikisi birlikte iki kardeşi evlât edinmişlerdir. Her iki evlâtlık, evlât edinenlere karşı ifasiyle mükellef bulundukları vazifeleri ifa etmedikleri gibi, bunlardan birisi evlât edinenlerden istediği zahirenin kendisine verilmemesinden münfeil olarak kasden kocayı öldürmüştür. Evlât edinenlerden diğer sağ kalan eş evlâtlık mukavelesinin feshine karar verilmesini talep etmiştir. Mahalli mahkeme, evlât edinenlerden kocayı öldüren evlâtlığın M. K. nun 520 nci maddesi hükmünce mirastan mahrumiyetine ,evlâtlık rabıtasının ref'ine, ancak evlât edinen kocayı öldüren evlâtlığın murisin vefatından 4 ay 10 gün sonra dünyaya gelen çocuğunun mirastaki vaziyetini de M. K. 521 inci maddesi mucibince tâyin ve tespit etmiştir. Yüksek Yargıtayın bu hadise için verdiği kararda, «Evlâtlık rabıtasının kaldırılmasını istemek hakkı evlâtlık edinen kimseye ait olup bu hususta evlâtlık edinenin açtığı davayı takibe veya müstakillen dava açmağa mirasçıların hakkı bulunmamış ve haksız yere evlâtlık edineni öldürmüş olması sebebiyle mirasçı olmayan davalılardan Mustafanın murisin vefatından 4 ay kadar sonra doğduğu anlaşılan oğlu Mustafa Medeni Kanunun 521 inci maddesi gereğince mirasa müstahak bulunmuş olmasına mebni yerinde görülmeyen itirazların reddiyle Mustafa oğlu Mestafanın mirasçılığına âit hükmün (Onanmasına) ve temyiz edilmediğinden davacı Rahime ile davalılar arasındaki evlâtlık bağının kaldırılmasına âit hükmün incelenmesine mahal olmadığına 20/II/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (28) denilmektedir. Diğer bir kararda da, «Davacıların murisi Cemile tarafından müddeaaleyh Ahmet Yılmaz'ın usulü dairesinde evlât edinildiği ve bu evlâtlığın ref'i için açılan davadan sonra ve fakat hükümden evvel Cemilenin öldüğü anlaşılmıştır. Medenî Kanun hükümlerince evlât edinilen kimsenin ölümü halinde hiç bir surette evlâtlığın ref'ine cevaz yoktur. Varit olmayan

(28) Yargıtay 2. H. D, E. 2627 K. 5407.

temyiz itirazlarının reddiyle muvafık olan hükmün (Onanmasına) 29/5/945 tarihinde ekseriyetle karar verildi.» (29) deniliyor.

Mirastan iskat sebeplerinden ikincisi evlâtlığın, evlât edinene veya âilesine karşı mükellef olduğu kanunî vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp eylemesidir.

Aile mefhumundan maksat, evlât edinen kimse ile birlikte bir çatı altında oturup kalkmış olmak şart olmayıp evlât edinen kimsenin infak ve nezareti altında bulunmuş olmak lâzımdır. Medenî Kanunumuzun 457 nci maddesindeki âile mefhumuna, evlât edinen kimsenin evinde iaşe edilen hizmetçilerin de dahil olması lâzım geleceği fikrindeyiz. Bu itibarla, evlât edinen kimsenin evindeki hizmetçiye münasebeti cinsiye teklifinde bulunan evlâtlığın bu vaziyeti, evlât edinen veya âilesine karşı ifasile mükellef olduğu hizmet ve sadakatın ağır bir surette ihlâli mahiyetinde telâkki edilmelidir.

Evlâtlığın, evlât edinen kimseye veya âilesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada irtikâp eylediği büyük kusurların nelerden ibaret olduğunu, evlâtlık mukavelesinin ref'ine karar verecek olan müddeaaleyhin ikametgâhı hâkimi tâyin ve takdir eder. Bu hususa dair Yüksek Yargıtayın bir kararında, «Evlâtlık, evlât edinen kimseye karşı kanunen hürmet, itâat ve muavenetile mükellef olmasına ve Medenî Kanunun 258 inci maddesinin matufunaleyhi olan 457 nci maddesi hükümlerine ve davacı hastalanıp haber gönderdiği halde evlâtlığı olan müddeaaleyhin gelip kendisine bakmadığı ve lâzım gelen muavenette bulunmadığı gibi hakkında galiz elfâz istimali suretile tahkir eylediği de dinlenen şahitlerin ihbar ve ifadelerinden anlaşılmasına ve bu da mumaileyhe karşı irtikâp edilmiş büyük bir kusur teşkil etmesine nazaran evlâtlık mukavelesinin ref'ine karar vermek lâzım gelirken yazılı mütalâa ile karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bu itibarla mümeyyezünbih hükmün (Nakzına) 24/11/943 tarihinde ittifakla karar verildi.» (30) denilmektedir.

Evlâtlık mukavelesi gerek tarafların rızasiyle ve gerekse kazâi bir şekilde ref edilsin, reften sonra artık hiç bir hukuki netice meydana getirmez. Evlâtlık mukavelesinin ref'inden sonra evlâtlıkla evlât edinen kimse yekdiğerine karşı yabancı olurlar, evlâtlık kendi soy adını kullanır. Fakat evlâtlık mukavelesinin ref'i zemanına kadar taraflar arasında husule gelmiş olan neticeler baki kalır.

(29) Yargıtay 2. H. D, E. 214, K. 2938.
(30) Yargıtay 2. H. D, E. 2529, K. 4865.

760

BEYYİNE

Yazan : **Ahmet Turgut ERTEM**
Afşin Sulh Yargıcı

I — Beyyinenin mahiyeti ve tarifi.

İnsanlar objektif hukuk sayesinde bir takım hak ve salâhiyetlere malik olurlar (1). Çok defa bunların isbat olunmaları lâzım gelir. Bu ise beyyinelerle mümkündür. Beyyine (2), hakka vücut veren ve esas olan hadiselerin mevcudiyet ve doğruluğu hakkında yargıca kanaat vermek için başvurulan vasıtalardır.

Beyyine kelimesi beyandan alınmıştır. Beyyine belli ve aşikâr olmak mânasınadır. Bu sayede hak batıldan ayrılacağı cihetle bunlara beyyine denmiştir (3). Hukuk U. M. K. beyyine karşılığı olarak delil kelimesini kullanmıştır (4).

Hususî hukuk münasebetlerinde beyyine meselesi ehemmiyetli bir rol oynar. Bu itibarla bir çok hukuk bilginleri beyyine meselesini Medenî Hukukun ve bilhassa Usul Hukukunun bel kemiği sayarlar.

Hakikaten, bir hakkı istimal edebilmek için, lüzumu halinde beyyine vaz ve ikame etmek, yani hakkımıza vücut veren hukuki vak'a ve hadiselerin neler olduğunu isbat etmek lâzımdır. Hukukta bir hakkın kıymeti onun isbat kabiliyeti ile ölçülür. Bir hakkın varlığı onun isbatına tabi olmamakla beraber, isbat ile mükellef olan taraf, iddiasını isbat edemezse hasmın iddiası doğru farzedilerek dava ona göre neticelendirilir (5). İsbat edilmiyen bir hak devlet tarafından cebri vasıtalarla temin olu-

(1) Objektif hukuk, muayyen bir devir ve muayyen bir camiada yaşıyan şahısların malik oldukları hürriyetlerin hududunu tesbit ve şahıslar arasındaki içtimai münasebetleri tanzim eden riayeti mecburi kaidelerdir... Her hak, objektif hukuk kaidelerinden birinin şahıs lehine tecellisinden ibarettir.

(2) La preuve : - ce qui dêmontre, êtablit la verite d'une chose; les probabilites commencent ou finissent les preuves. (renouvier) : Delil, isbat eden, bir şeyin hakikatini ifade eden demektir. Deliller bitince ihtimaller başlar. - La Rousse -.

(3) Esat Arsebük.

(4) Delilden anlaşılan mâna, bir hakkın, bir hadisenin bilinmesine, hakikatin tezahürüne isal edecek bütün yollardır.

«Madde. 238 - Delil davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları isbat için ikâme olunur.

Maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz.».

(5) Fertler arasındaki nizaların mümkün olan bir sür'atle ve bir daha mevzuubahis edilmemek üzere neticelendirilmesinde sosyal zaruretler vardır.

namaz. Demekki bir hakkı yaşatan ve onu ayakta tutan kuvvet beyyine, yani isbat vasıtalarıdır.

İsbat Nedir? İsbat etmek (Prouver), mahkeme huzurunda bir tarafın tasdik, diğer tarafın inkâr ettiği bir hadise üzerinde hakikati tesis etmektir. Başka deyişle, bir hakkı doğuran ve ona vücut veren hukuki hadise (6) nin vukuu hakkında yargıçları ikna edecek, kanunen tâyin edilmiş vasıtaları istimaldir. İşte bu vasıtalar beyyinedir.

Demekki, beyyine ve isbat mecburiyeti umumiyetle iki şahıs arasında bir hakkın mevcudiyetine müteallik ihtilâf dolayısiyle olur. Bunlardan iddia edene (Davacı) aleyhine iddia edilene de (davalı) denir. İkisine birden taraflar denir. Her hak ihtilâf mevzuu olunca bu iki şahıs mevcuttur.

II — Ne isbat edilecektir?

Medenî Kanunun 6 ncı maddesine göre : «Kanun hilâfını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını isbatla mükelleftir.».

Müddea, bir kimsenin hakkına esas olmak üzere vukuunu veya ademi vukuunu iddia ettiği ef'al ve vekayidir. Bu itibarla, bir davanın filî cihetiyle hukukî cihetini tefrik etmek lâzımdır. Bir hakka vücut veren maddî vak'a ve hadiseler, bir veya müteaddit şahıslar tarafından yapılmış iradi muameleler davada fiili ciheti teşkil eyler. Bir şahsın diğer birine karşı bir alacak hakkı dermeyan ettiğini farzedelim. O, bu alacağını doğuran, (vasiyet, mukavele, iş akti vs.) gibi hukuki muameleleri, yahut (haksız fiil, sebepsiz iktisap v.s.) gibi hukuki hadiseleri isbat etmek mecburiyetindedir. Demekki davanın fiili cihetini isbat etmek taraflara aittir.

İddia edilen vak'a ve hadiselere tatbik edilecek huku kaidelerini tâyin eylemek, davanın hukuki cihetini teşkil eyler. Bu ise yargıcı ilgilendirir. Hadiseler tesbit edildikten sonra, onların hukuki neticelerini söylemek yani bir kelime ile — hüküm vermek — yargıca aittir.

Lâtince eski bir söz bu anlattıklarımızı kısaca hülâsa edebilir : Yargıç taraflara derki : (DA MİHİ FACTUM DABO TİBU JUS), Fransızcası : (İndique-moi quels - sonts les faits je te dirai le droit) olup, bana hadiseleri (7) göster sana hakkın olup olmadığını söyliyeceğim, demektir. Demekki davanın fiili cihetini isbat davacıya ait olduğu halde, hukuki

(6) Hukuki hadise : Yeni bir hak doğuran veya mevcut bir hakkın mahiyetini değiştiren veyahut bir hakkı büsbütün izale eden bir vak'adır.

(7) Des faits prouvents plus que le raisonnement. (B. Constant).

762

ciheti tamamen yargıcı alâkadar eder. Meselâ, bir kimse diğerine haksız fiil ile zarar vermiştir. Zarar gören kimsenin isbat edeceği nokta haksız fiilin yapıldığıdır. Haksız fiilin tazmin borcuna vücut verdiğini isbata lüzum yoktur. Çünkü bu kanunda yazılıdır (8.

Bununla beraber, tatbikatta hemen ekseriya davanın fiili cihetiyle hukuki ciheti birbiri sahasına girerler. Ve davacı davasının istinat ettiği ef'al ve vekayii isbata çalışırken bunların hukuki neticelerini göstermek için de gayret sarfeder. Gayesi yargıçta iddiası için müsbet bir kanaat husule getirmektir. Fakat davanın hukukî ciheti doğrudan doğruya yargıca ait olduğundan tarafların bu hususdaki gayretleri yargıcın takdir hakkını takyit etmez. Belki tenvire yardım edebilir. Hülâsa iddia eden taraf istinat ettiği maddî vekayii isbata mecbur isede kanun hükmünü isbat ile mükellef değildir. Kanunlar, — bizatihi — delilin mevzuunu teşkil edemedikleri gibi, kanuni kaideler kezalik delile mevzu olamazlar. Kanun gösterilir, fakat isbat edilmez. Yargıç kanuni hükümleri bilmekle ve bunları resen tatbik etmekle mükelleftir. (JURA NOVİT CURİA) kanun mahkemece malûmdur (9).

Fakat, hadisede ecnebi kanunun tatbiki lâzımgelirse bunu iddia eden taraf isbata mecburdur. Hukuk U. M. K. nun 76 ncı maddesi : «Hâkim resen Türk kanunu mucibince hüküm verir. Ancak bir ecnebi kanunun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinat eden taraf, o kanun hükmünü isbat ile mükelleftir. İsbat olunmazsa Türk kanunları mucibince hüküm olunur.» demektedir. Mamafih, yargıç resen tetkikat yaparak ecnebi kanun hükmünü arayabilir. Yalnız yargıcın tetkikat mecburiyeti yoktur. Çünkü yargıçların bütün ecnebi kanunları bilmesine ve bunlar üzerinde kendi kanunlarında olduğu gibi aynı ilmi salâhiyetle tasarruf etmesine maddeten imkân yoktur. Bu itibarla bunları isbat etmek taraflara düşer. Burada, davacının, sadece kendi meselesine temas eden kanun hükmünün ibaresini, metnini, mevsuk tercümesi ile birlikte ibraz etmekle kalmıyarak, ayni zamanda o kanun hükmünün cari olduğu memlekette ki tatbik ve tefsir tarzlarını da isbat etmesi lâzımdır. Ecnebi kanunun

(8) «Gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlikle haksız bir surette diğer kimseye zarar ika eden şahıs o zararı tazmine mecburdur.» B. K. Md. 41. f. 1.

(9) Hadisenin tevafuk ettiği maddenin yanlış gösterilmiş olması davanın reddi için sebep teşkil etmez. Yargıtay, 2. H. D., Esas : 3432, Karar : 4192.

— Davacı (filân) maddelere istinad etmemiş olsa veya istinat ettiği maddeler maddi hadiseye tevafuk etmese bile mahkemece maddi hadisenin tevafuk ettiği kanun hükümlerine göre muhakeme ve tetkikat yapılmak ve neticesine göre bir karar verilmek lâzım gelip davacının kanun maddelerine istinat etmesi ve yanlış maddeler göstermesi davanın reddine sebep teşkil etmez. Yargıtay 4. H. D. Esas : 71, Karar : 1271.

763

tatbik edilmemesi, ancak ecnebi kanun hükmünün isbat edildiği takdirde temyize sebep teşkil eder.

Ecnebi kanunun tatbiki lâzım gelen halleri devletler hususi hukuku tâyin eder. Devletler de buna göre kaideler vazederler...

Bundan başka devletler muahede yolu ile de ecnebi kanunun tatbiki lüzumuna dair kaideler ittihaz ederler. Muahedenin hükmü aynı kanun hükmü gibi mer'idir. Esasen muahedename B. M. M. den geçmekle kanunlaşmış sayılır. Böyle bir muahedenin mevcudiyeti halinde akit devletlerin taahhüdü ile ecnebi kanunun tatbiki mecburiyeti altına girilmiş olduğundan buna istinat eden tarafın ecnebi kanunun hükmünü isbat mükellefiyeti yoktur. Hangi husus hakkında taahhüt mevcut ise o hususta ecnebi kanunun mutlaka tatbiki lâzım gelir. Binaenaleyh taraflar bu kanun hükmünü isbattan aciz olsalar bile mahkeme bunu resen araştırmalı ve tatbik etmelidir; netice itibariyle, bizimle muahedesi olmıyan devletler teb'ası hakkında 76 ncı madde hükmününün cari olması icabettiği aşikârdır. Muahedede musarrah olmıyan hususlar hakkında 76 ncı maddenin tatbiki iktiza eder (10).

Biz de DOZAN MUAHEDESİ nin salâhiyeti adliyeye müteallik ahkâmı ile mezkûr hususata misal teşkil eden bir taahhüt altına girmiş bulunuyoruz. Lozan muahedesine imza koyan yabancı devletler teb'asına ait işlerde Türk yargıcı yabancı devlet kanununu kendiliğinden arayıp bulmak mecburiyetindedir (11) (12).

Diğer taraftan, tatbiki talep edilen veya hadisede medarı tatbik olan örf ve adet kaidesi ise (13) maruf ve meşhur olduğu takdirde bunların

(10) Muammer Raişt Sevig.

(11) «Lozan muahedesinin ikamet ve selâhiyeti adliye hakkındaki faslının birinci kısmında münderiç beşinci maddesinde diğer düveli akideden herhangi birisinin arazisinde usulüne tevfikan teşekkül etmiş olan ticari, sanai veya mali şirketlerin Türkiyede tanınacağı ve bu gibi şirketlerin teşekküllerine, ehliyetlerine ve ikame, ve defi dava, haklarına müteallik bilcümle hususatta kanunu millilerine tevfikan muamele görecekleri muharrer olmasına ve mezkûr şirketin İzmirde Körfez İdaresinin tesisi üzerine tatili faaliyet ettiği ve bu sebeple merasimi kanuniyenin ifa edilmediği iddia edilmiş bulunmasına mebni bu iddianın tetkiki ile hasıl olan neticeye göre. H. U. M. K. nun 76 ncı ve muahedenamenin zikrolunan 5 inci maddesi hükümleri nazara alınarak tetkikatı lâzime icrası iktiza ederken noksanii tetkikata müsteniden karar verilmesi yolsuzdur. Yargıtay, H. U. 934/2, 966 K. N. 930/934 Temyiz Kararları sahife 612 (182) VEHBİ TETİK.

(12) Düstur, Üçüncü tertip. Cilt 5. Selâhiyeti Adliye...

(13) «Kanun lâfzile veya ruhuyla temas ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hakim Örf ve Adete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi kanun vazıı olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder. Hakim hükümlerinde ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder.» Medeni Kanun. Madde : 1.

mevcudiyetini isbata ihtiyaç yoktur. Filhakika. H. U. M. K. numuzun 238 inci maddesi delilin davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları isbat için ikame edileceği kaidesini koyduktan sonra, maruf ve meşhur olan veya ikrar (14) olunan vakıaların münazaalı sayılmıyacağını beyan etmiştir.

Mecellenin de marufiyet hakkında kaideleri vardır (15).

Demekki delilin mevzuu maruf ve meşhur bulunmuş ise delil ikamesine lüzum yoktur.

«Bir vakıanın mahkemenin nezdinde maruf ve meşhur olması, o vakıanın, fıkıh tabiri ile, bir kavmi mahsur veya gayri mahsur nezdinde yani ufak veya büyük bir muhitte umumiyetle bilinmesi itibariyle mahkeme âzalarınca da malûm olması demektir.

Binaenaleyh, vakıanın yalnız bir kaç hâkim nezdinde — o hâkimlerin münferiden vazifei mevdualarını ifa sadedinde, bilfarz evrak ve kuyudata bakarak muttali olmaları suretiyle — malûm olması, bu vakıanın mahkemece maruf ve meşhur olması demek değildir...

Bir vakıanın bir mahkeme nezdinde maruf ve meşhur olması o vakıanın bütün mahkemeler nezdinde maruf ve meşhur olması demek değildir. İmdi bir mahkemede maruf ve meşhur olan husus diğer mahkemede maruf ve meşhur olmıyabileceğinden, bir husus maruf ve meşhur olduğundan dolayı münazaalı addedilmemesi için yani beyyine külfetinden kurtarması için o hususun davanın rüyet edildiği mahkeme nezdinde maruf ve meşhur olması lâzım ve kâfidir..» (16).

Örf, mecburi mahiyette olduğu kanatile alâkadarların ekseriyeti tarafından riayet edile edile kendiliğinden teessüs eden kaidelerdir. Kanunu Medeninin 1 inci mad. de mevzubahs olan örfler Türkiyenin her tarafında taammüm etmiş örflerdir. Yalnız bu örfler kanunun boşluğunu doldurabilir. Rossel No. 51, Curti. M. 18,.. Örf ile ticari adeti karıştırmamalıdır. Adetde halkın istekleri ile tabi oldukları kaidelerdir. Fakat örften farklı olarak adete halk bir riayet mecburiyeti hissetmeksizin uyar. Adet mukavele yerine kaimdir... (Sadri Maksudi).

(14) Herkesin bildiği, meşhur hadiselerin isbatına lüzum yoktur. Meselâ: Bir davada umumî harbin hangi sene başladığı, İzmirin hangi gün istirdat edildiği, Lozan muahedesinin ne zaman imzalandığı, Cumhuriyetin hangi tarihte kabul edildiği mevzubahis olsa bu hadiselerin ayrıca isbatı lâzım gelmez. (İmran Öktem).

Pazar günü dairelerin kapalı olduğuna dair yeni bir beyyine istenemez. (Mustafa Reşit Belgesay).

İkrar : Bir münazaanın devamı esnasında bir tarafın hasım tarafından iddia olunan veya hukukan kendi aleyhine olan bir vakıanın sahih ve hakikat olduğunu beyandır.

(15) «Şer'an mahud olan örfen maruf gibidir... örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir...» Tatbikatı mecelle...

(16) Vasfi Raşit Sevig. (Hukuk Usulü. M.) - Arap harfli - .

Yukarıda, bir kimsenin hakkına esas olmak üzere vukuunu iddia ettiği ef'al ve vekayii isbat etmesi icabettiğini söylemiştik. İlâve edelim ki müsbet hadiseler olduğu kadar menfi hadiseler de isbata muhtaçtırlar. Eski hukukta menfi vakıaların isbat edilemiyeceği kabul edilirdi. Mecellenin 1699 uncu maddesinden de anlaşılacağı üzere nefi üzerine şahadet makbul değildi. Roma hukukunda ve mecellede menfi işler görülmediği için isbatları da mümkün addolunmuyordu. «NEGANTİS NON PROBATİO EST» vecizesi bugün mer'i değildir. Hakikatta, **ekseriya, zahiri** bir nefy altında sarih bir tasdik gizlenmiştir. Zaten bir çok iddiaların menfi şekilde olduğu kadar müsbet şekilde de ifade edilmesi kabildir. Misal, nafaka borçlusunun zengin veya refah içinde olmadığı, kendi başına maişetini temin edemediği iddiası menfi bir iddiadır. Fakir olduğu iddiası ayni iddianın müsbet şeklidir.

III — Kim isbat edecektir ?

Beyyine külfeti prensibi :

Bir davada kimin isbat ile mükellef olduğunu tâyin mühim bir meseledir. Çünkü isbat ile mükellef olan taraf isbatta aciz gösterirse dava diğer tarafın lehine olarak hallolunmak lâzım gelir. Medenî Kanunun 6 ncı maddesi : — Beyyine külfeti — matlabı altında bu meseleyi hükme bağlamış ve «kanunun emretmediği yerlerde» bu külfetin taraflardan herbirine ait olduğunu söylemiştir. Maamafih prensip itibariyle davasının istinat ettiği hadiseleri isbat etmek evvela müddeiye düşer. Bu da lâtince olarak (ACTORİ İNCOMBBİT PROBATİO) şeklinde ifade edilir. Acaba isbat niçin müddeiye düşer?

Burada büyük bir esas hâkimdir. Hukuk felsefesinde hâkim olan bir fikre göre devlet ve camia mümkün olduğu kadar tebellür etmiş vaziyetlere hürmet eder. Dahili sükûneti muhafaza ve siyanet devletin esas vazifelerindendir. Binaenaleyh aksi isbat edilmedikçe bütün hadiseleri olduğu gibi kabul etmek lâzımdır. Yoksa eğer isbat külfeti davalıya düşse idi, hiç kimse huzur içinde malını kullanamazdı ve böylece en haksız davaların bile kolayca kazanılması mümkün olurdu. Mecelle'nin — Beyyine hilâfı zahiri isbat için, yemin aslı ipka içindir. — diyen 77 nci maddesi hükmüne göre beyyine külfeti zahiri halin hilâfını iddia eden tarafa düşer. Normal olmıyan vaziyeti veya sabit olan bir vaziyetin değiştiğini iddia eden isbat ile mükelleftir. Yine Mecelleye göre — sıfatı arızada asıl olan ademdir. —

İşte, aksinin isbatına kadar bir şeye zilyet bulunan onun malikidir. Yahut, bir kimse başkasına karşı hiç bir borçla mükellef değildir (17). Şeklinde düşünmek makul ve mantıkidir.

(17) (Berati zimmet asıldır) - Mecelle.

766

Demekki umumî kaide olarak davasının istinat ettiği hadiseleri isbat evvelâ müddeiye düşer (18). Meselâ, bir alacak davasını düşünelim: Alacağı olduğunu iddia eden şahıs yani davacı davasını isbat eder. Başka deyişle kendi hakkına vücut veren vakıanın doğruluğuna yargıcı ikna ederek kendisi lehine bir hak doğduğunu tesbit eylerse alacağını isbat etmiş olur.

Eğer, davalı, davacı lehine bir hak meydana getiren vakıanın hükmünü ortadan kaldıracak diğer bir vakıa ileri sürerse yani Romalıların (EXEPTİO) dedikleri defi dermeyan ederse bu defa isbat külfeti kendine düşer (19).

Bunun da lâtince ifadesi : (REUS İN EXCİPİENDO FİT ACTOR) olup defi dermeyan eden davalı, davacı olur demektir (20).

Def'inde muvaffak olan davalıya karşı, davacı tekrar mukabelede bulunmamak imkânına maliktir. Böylece davada taraf olanlardan herbiri mukabil iddia serd ve buna esas olan hadise ve vakıaları isbat edecek vaziyette bulundukça; yani tarafların mukabil cevapları devam ettikçe beyyine külfeti birinden diğerine geçer.

Beyyine külfeti prensibinin istisnaları : Karineler :

Beyyine külfetinin taraflardan herbirine ait olduğunu söyliyen 6 ncı madde bu umumî kaidenin ancak kanunun hilâfını emretmediği yerlerde tatbik olunacağını da kaydetmiştir. Demekki kanun bazı meselelerde umumi kaideden ayrılarak istisnai hükümler vazetmiştir. İşte bu istisnai hükümler — Karineleri teşkil eder. Bunun Roma hukukundaki tabiri — Prêsumptio — dur ki bu kelime ayni mânada olarak Fransızcada — Prêsompion — şeklinde kalmıştır. Bu tabirler; (Mevcut ve muayyen hâdiselere istinaden varlığı kaviyyen zannolunan herhangi bir şeyin mevcudiyetine hükmetmek) mânasına gelir. Meselâ, sabahleyin caddeleri ıslak görünce gece yağmur yağdığına hükmederiz (21). Şu halde karineler kuvvetli zan ve ihtimallerin neticesidir; Fransız Medenî Kanununun 1349 uncu maddesi karineyi şöyle tarif ediyor : (Les prêsompions l'gals

(18) Davalının ikrarı altında bulunmıyan müddeabih kısmın davacı tarafından isbatı, aksi takdirde red edilmesi lâzımdır. H. H. U. 3/12/930.

(19) Davalının def'ine karşı, davacının mukabil defide bulunarak bunu isbat etmesi ile davalının def'i de ortadan kalkar. H. H. U. 27/6/934.

(20) Dava gibi def'in de beyyine ile isbatı muktezidir. 2. H. D. 1341.

(21) Mecelle karinei katıayı - Haddi yakine baliğ olan emmare - diye tarif eder. Mad. 1741.

767

sont des consêque la loi tire d'un fait connu â un fait inconnu) — Kanuni karineler malûm bir hadiseden meçhul bir hadisenin mevcudiyetini mutazammın olarak kanun tarafından çıkarılan neticelerdir.

Demekki, bu kanuni karineler mucibince yargıç muayyen bazı hadiselerin mevcudiyeti ile diğer bazı hadiselerin varlığını aksi isbat olununcaya kadar kabul etmek mecburiyetindedir. Başka deyişle : Kanuni karine sayesinde bir şey aksi isbat edilene kadar sabit olmuş farz ve kabul edilir.

Kanunun bu şekilde karineler vazetmesinin muhtelif sebepleri vardır : Ezcümle bazen davacı için isbatı çok müşkül hattâ imkânsız addedilebilecek hadise ve vakıalar bulunabileceği gibi iddianın normal ve isbatı lüzumsuz addedilmiş olduğu haller de mevcuttur. Buna mukabil davalının beyyine bakımından vaziyeti çok daha müsait veya beyyine külfetinin ona tahmili daha münasip olduğu için bu gibi hallerde umumi kaideden inhiraf ederek davacıyı müddeasını isbattan ve beyyine külfetinden muaf tutmuş olabilir; bu takdirde davacı lehine karine mevcut demektir. O halde, kanuni karine beyyine külfetinden muafiyetin ifadesidir.

Kanunumuzda karineye ait bir çok misaller vardır : Ezcümle : Hüsnüniyetten bahseden 3 üncü madde karineye bir misaldir. Bu maddeye göre (Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde aslolan onun vücududur.) Yani hüşnüniyet isbatsız olarak kabul olunur. Meselâ, temlik eden kimseye ait olmayıp onun nezdinde emanet olarak bulunan bir menkulü yahutta tapu sicilindeki yanlış kayda istinaden ve bu kayda istinad ederek bir gayrimenkulü iktisap eden kimsenin lehine bir hak doğabilmesi, yani bu hukuki muamelenin sahih ve muteber olabilmesi müktesebin hüsnüniyetine bağlıdır. Bu hüsnüniyetin isbatı gayet müşkül olduğu için, aksi isbat oluncaya kadar mevcudiyeti, kanuni karine olarak kabul edilmiştir.

Misal 2 — Nesebin sıhhatine ait olan karinedir : Eski bir Roma hukuku kaidesi şöyle demektedir : (Mater semper certa est) bir insanın annesi yani çocuğun kimden olduğu malûmdur. Buna mukabil babalık yani çocuğun kimden olduğu belli değildir. Tereddüt ve şüpheyi mucip hallerde babalığı ispat gayri mümkün olduğundan veyahutta bunu ispat için delil serdetmek her zaman nahoş bir vaziyet tevlit ettiğinden kanun vazıları bu hususta eski zamandan beri bir karine koymuştur. Bu karine Roma Hukukunda (PATER EST QUEM NUPTİA DEMOSTRANT) şeklinde ifade edilmiş olup, baba, anası ile kendi arasındaki izdivaca tevfikan baba mevkiinde bulunan kimsedir. Mânasına gelir. Kısaca ifadesiyle baba ananın kocasıdır, demektir..

Türk K. Medenisi de — Nesebin sıhhatine karine — matlabı altında 241 inci maddesiyle — Evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğunu — karine olarak kabul ediyor. Yani bu müddeti içinde doğan çocuğun nesebi sahihtir. Bununla beraber mevcut karinenin hilâfını isbat etmek imkânı vardır. Bu hususta açılacak davanın adı : Nesebi red — davasıdır. Bu dava muvaffakiyetle neticelenirse bu karine kıymetini kaybeder.

Misal 3 : Medenî Kanunun 28 inci maddesinin son fıkrasında : «Hangisinin evvel veya sonra öldüğü tâyini mümkün olmaksızın ölenler bir anda ölmüş sayılırlar.» demektedir. Meselâ, bir sabah karı koca kömürle zehirlenme neticesi yatak odalarında ölü olarak bulunmuşlardır. Yahutta bir vapurun batması neticesi olarak baba ve oğul boğulmuşlardır. Veyahutta muhtelif kimseler ayni tehlikeye maruz kalmıyarak ayrı ayrı tehlikelerden ölmüş olabilirler. Bu ve buna benzer ahvalde bu şahıslardan hangisinin evvel hangisinin sonra ölmüş olduğunun tâyini Miras Hukuku bakımından çok ehemmiyetli bir keyfiyettir. Bir çok ahvalde bunu tâyin mümkün olmaz. İşte bu sebeple Medeni Kanun, bu gibi hallerde bunların aynı anda öldüklerini kabul etmek suretiyle bir karine koymuştur. Bu karineye istinaden Miras Hukukuna müteallik bir talepte bulunan kimse bunların aynı zamanda öldüklerini isbat ile mükellef değildir.

Misal : 4 — Medenî Kanun : 898 inci maddesinde (Mülkiyet karinesi) matlabı altında : Menkul bir şeyin zilyedi onun maliki addolunur — demektedir. Menkulün zilyedi olduğu belli ve aşikâr ise kanun bundan, şey üzerindeki mülkiyetini bir netice olarak çıkarmakta yani lehine bir karine kabul etmektedir. Demekki zilyetlik mülkiyete bir karinedir.

Misal : 5 Borçlar; K. nun 88 inci maddesine göre : Alacaklının borçluyu borç senedini iade etmesi, borcun veya ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin müteakip taksitin istifası evvelki taksitin düştüğünün kanuni bir delilidir.

Çünkü normal olarak alacağı baki iken hiç bir alacaklı senedini borçlusuna iade etmez (22).

Kanunumuzda karineye ait daha pek çok misaller gösterebilirse de söylediğimiz misaller maksada kâfidir.

Prensip itibariyle kanuni karinelerin yanlışlığı isbat olunabilir. Umumiyetle normal sayılan vak'aların hakikatte normal olmaması veya-

(22) Bir senedin iadeden gayri bir suretle borçlunun eline geçtiği hakkındaki iddianın alelusul alacaklıya issbat ettirilmesi lâzımdır. 4. H. D. 18/Mart /1929.

hut normal olmakla beraber istisnai olarak bşka âmillerin ve sebeplerin tesiriyle iddia edilen neticeye delâlet etmemesi çok mümkündür. Binaenaleyh Kanunu Medenî kabul ettiği kanuni karinelerin istisnai olarak iddiayı isbat etmediğini veyahut mevcut olan bazı vaziyet ve sebepler icabı olarak kıymet ve ehemmiyetlerini kaybettiklerini isbat için diğer tarafa salâhiyet vermektedir. Ezcümle, koca karısının doğurduğu çocuğun kendisinden olmak ihtimali bulunmadığını isbat suretiyle mevcut karineyi çürütebilir.

Bibliyografya :

1 — Hüseyin Cahit Oğuzoğlu : Medenî Hukuk (ders notları) C. 1.
2 — Sadri Maksudi Arsal : Hukukun Umumî Esasları;
3 — Esat Arsebük : Medenî Hukuk 1938.
4 — Mustafa Reşit Belgesay : Kanunu Medeni Şerhi.
5 — „ „ „ : H. U. M. K. Şerhi.
6 — „ „ „ : Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller. İ. Ü. Neş.
7 — „ „ „ : İsbat Külfeti. İ. Ü. Kitabevi. Neş.
8 — „ „ „ : Adliye Hukukunun Umumî Esasları. 1944.
9 — Ahmet Samim Gönensay : Medenî Hukuk Dersleri. C. 1.
10 — Ebululâ Mardin : Medenî Hukuk Dersleri. C. 1.
11 — İmran Öktem : (Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa Edilir).
12 — Marcel Planiol.
Traité élémantaire du droit civil. T. ı. P. 139 - 143.
13 — Henri Capitant et Ambroise colin.
Cours élémantaire de droit civil Français. T: 1. P: 93. 103.
14 — Henri Capitant.
İntroduction â l'êtude du droit civil. P. 375.
15 — Sabri Şakir Ansay. Hukuk Usulü Muhakemeleri, 1942.
16 — Rasih Yeğengil. — Beyyine —.
17 — Muammer Raşit Sevig : T. C. Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi. İstanbul. Üniversite Doktora İhtisas Kurları. 1941.
18 — E. HİRŞ : Pratik Hukukta Metot, 1944.
19 — Mansuri Zade Mehmet Sait : Tatbikatı Mecelle, 1328.
20 — M. P. Febreguettes. Adalet Mantığı ve Hüküm Verme San'atı. (Adalet) Bakanlığınca teşkil edilen heyet tarafından tercüme edilmiştir.).

T. C. Kanununun 430 uncu maddesinin 2 nci fıkrası üzerinde bir inceleme.

Yazan : **Muharrem İLLEEZ**
Adana C. Savcı Yardımcısı

Kanaatımızca T. C. K. nun 430 uncu maddesinin 2 nci fıkrası değiştirilmelidir.

Sebepleri :

1 — Maddenini 2 nci fıkrasını evvelâ beraberce okuyalım. (Eğer reşid olmayan kimse cebru şiddet veya tehdid veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadı ile kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise cezası 6 aydan 3 seneye kadar hapistir).

Görüyoruz ki kanunun metni mutlâk, açık ve âmir mahiyettedir. Bu fıkraya göre bir kimsenin işlediği fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için şu şartların tahakkuku lâzımdır.

A) Kaçırılan veya alıkonulan kimse reşid olmıyacak,

B) Rızası ile kaçırılmış veya alıkonulmuş olacak,

C) Şehvet hissi veya evlenme maksadı bulunacak.

Yaş bakımından yukarı had 18 yaşının ikmâline kadardır. Çünkü rüşd Medenî Kanunun 11 inci maddesine göre 18 yaşının ikmâlile başlar. Aşağı had 12 yaşının doldurulmasına kadardır. Yani 13 ile 18 yaş arasında olacaktır. Çünkü 12 yaşını dolduramıyanlar için T. C. K. nun 431 nci maddesiyle ayrıca ceza tâyin olunmuştur. Bu yaşta bulunan bir kimse şehvet hissi veya evlenmek maksadı ile kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise 6 aydan 3 seneye kadar hapis cezası tâyin edilebilecektir. Yargıtay muhtelif içtihatlarla bu maddenin sert hükümlerini hafifletmeğe çalışmış ise de; içtihatlar da kanuna uygun değildir. Yargıtay bu işte şu prensibi kabul ediyor. «Kanunun 8 inci babının başında adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler diye yazılıdır. Mademki bu nizamı aile aleyhinde işlenen bir suçtur, başlangıçta velinin rızası mevcutsa ceza verilmez.» Binaenaleyh evvel emirde bu hususların tahkiki lâzım geldiğini ileri sürüyor. Diğer bir içtihatta da sonradan vaki rıza kanuni bir hüküm ifade edemez demekle iş büsbütün çıkmaza sapıyor, demekki velinin rızası olmadan kaçırılma veya alıkonulma fiili ile suç tekemmül edi-

771

yor. Sonradan rızası olduğunu ve evlenmeğe razı olduğunu bildirse dahi takibata devam edilecektir.

Ceza kıyas kabul etmez, ceza kanaat ile de olmaz, bir fiilin cezası tâyin edilebilmek için kanundaki unsurlar tahakkuk edecek, sübut bulacak ondan sonra tatbikatına gidilecektir. Kanunun hiç bir yerinde bu hususta velinin rızasından bahis yoktur. Ve esasen bu fıkraya uyan suç şahsi şikâyete de bağlı değildir. Savcılık resen takibat yapar ve suç unsurları görürse davayı açar. Ancak ve ancak T. C. K. nun 434 üncü maddesine göre bundan bir tek kurtuluş yolu vardır o da kaçırılan kız veya kadın ile sanık veya hükümlülerden birisi arasında evlenme vukubulursa hukuku âmme davası ve hüküm verilmişse cezanın çektirilmesi ertelenir.

İçtihadın kanuna aykırı olmaması lâzım gelir. Eğer kanun toplumun ihtiyaçlarına cevap vermiyorsa değiştirilmesi doğru olur. Yoksa içtihatlarla kanunu toplumun bünyesine uydurmağa çalışmak kanun dışına çıkmak olur. Çünkü halk kanunu bilir farz olunur. Fakat içtihatları bilmiyebilir.

2 — Kanun her şeyden evvel toplumun ihtiyaçlarını kavraması lâzım geldiğine göre insan mantığı içtihatlara da hak verdiriyor. Çünkü :

Bu madde Medeni Kanunla da ilgilidir. Ceza Kanununda bu sert hükümler mevcut iken Medenî Kanunda daha mülâyim değişikler olmuştur. Nitekim Medenî Kanunun 88 inci maddesine göre evvelce erkek 18, kadın 17 yaşını ikmâl etmedikçe evlenemezken, bu değiştirilerek erkek 17, kız 15 yaşını bitirince evlenebilir. Hâkim ise kız 14, erkek 15 yaşını bitirince evlenmeğe müsaade edebilir şekline konmuştur. Demekki kızın uzvi teşkilâtı, akli durumu 15 yaşını bitince evlenmeğe müsait olduğu kabul ediliyor. Velinin veya vasinin muvafakatı ile 18 yaşını ikmâl etmeden dahi evlenmeğe Medeni Kanun hükümleri müsaittir. Hal böyle iken cezaî bakımdan şayet kaçırılan kimse 18 yaşından aşağı ise ana baba sonradan muvafakat etse dahi yine erkek ceza giyecektir. Aile nizamı bakımından bu ilk bakışta çekici gibi görünürse de kanunen büyük zararlar doğabilir. İzah edelim :

3 — Bu günkü taamül ve geleneklere göre nişanlı bulunan erkek ve kadın beraberce gezerler, eğlenirler, sinamaya giderler ilh... Bir gün nişanlı bulunan çiftler kızın ebeveyinin haberi yok iken gezmeğe çıksalar ve o gün eve gelmeseler. Hemen babası da kalkıp benim kızım haberim yok iken rızam hilâfına götürülmüş ve bir yerde alıkonulmuş diye şikâyette bulunduktan sonra kız ve erkek çıkıp gelseler kanuna gö-

re mademki evvelâ şikâyette bulundu. Sonradan rızası bulunduğunu söylese dahi takibat yapmak lâzım geliyor ki ruh ve maksada uygun düşmüyor.

Kanaatımızca sonradan vaki rızayi da kabul etmek doğru olur. Eğer bu işi aile şeref ve haysiyetine dokunur bir hal olarak kabul ediyorsak, ihlâl edilen haysiyetin velinin veya vasinin rızası ile düzeltilebileceğine kani değiliz. Peki bunlardan ana razı değil baba razı, aksi de olabilir. Hattâ ikisi de razı olsa kardeşleri razı olmıyorlar. Mademki kanun çok hassas davranarak aile nizamını gözetiyor. Kaçırılma veya alıkonma ile o ailenin şeref ve haysiyeti haleldar oluyorsa, kardeşlere de bu hal dokunur, diyeceksiniz ki aile birliğinin reisi kocadır. Öyle ise babanın reyi üstündür. Fakat unutmamak lâzım gelir ki bu anlaşmazlığı yalnız Medenî Kanun hükümlerine göre değil Ceza Kanununa ve sonun cezaya vardığını düşünerek mütalâa etmek lâzım gelir.

Diğer bir mahzur daha :

Mademki evlenmekle âmme davası ve ceza erteleniyor. Erkek hakkında takibata başlandıktan sonra tutukluluğuna karar verilse ve tahkikatta o şekilde devam etse ki ekseriye tatbikatta böyle oluyor, taraflar ve ebeveyin sonradan evlenmeğe muvafakat ettikleri halde evleninceye kadar aradan geçecek uzun zamanda bu vatandaşın tutuk kalması her halde hoş görülmez.

Bir misal daha :

18 yaşını ikmâl etmeğe bir gün kala kızın rızası ile kaçırılma veya alıkonma fiili vukubulsa fail 6 ay ceza giyecek, fakat bir gün sonra kaçırılsa bu cezadan kurtulacak. Eğer yaşların büyük küçük yazılma meseleleri de karıştırılmış olsa büsbütün değişir.

4 — 430 uncu maddenin ikinci fıkrasının ayni babın 1 inci faslındaki alacağım vadile kızlık bozmağa taallûk eden 423 üncü madde ile mukayese edelim. Her kim 15 yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa 6 aydan 2 seneye kadar hapistir. Bu 423 üncü madde şahsi davaya (Yazılı şikâyete bağlıdır. T. C. K. nun 425.) kızlık bozma alıkoymadan daha ileri giden bir fiildir. Bu gibi olaylarda şahsi şikâyet olmadıkça takibat yapamıyoruz. Veyahut şahsi şikâyetten vaz geçmekle davayı düşürüyoruz. Bu madde de aile nizamına dahildir. Belki Avrupanın bazı yerlerinde kızlık mefhumuna kıymet verilmez. Orası için bu doğru olabilir. Fakat bizim aile nizamımız kızlık mefhumuna fazla kıymet verir bir misal ile izah edeyim :

Bir şahıs velisinin rızası olmadan bir kızı hem alıkoysa, hem de alacağım vadile kızlığını giderse, sonradan da velisi rızasını beyan etse kızlığın bozulması bakımından davayı düşüreceğiz. Fakat alıkoyma bakımından takibata devam edeceğiz. Kızlığın izalesile o şahıs cemiyetimizin bünyesi bakımından daha büyük bir damga taşıyacaktır. Bundan dolayı dava düşüyor da alıkoymak bakımından düşmüyor.

5 — Rızaya dayanan kaçırma ve alıkoyma fiili aile nizamına dokunur. Bu halde kaçıran ile beraber kaçırılan kimsenin de cezaen sorumlu olması lâzım geleceği de düşünülebilirse de tabiatiyle kanun yalnız kaçıranı cezalandırıyor. Çünkü kanuna göre çocuğun rızası da olsa artık burada iğfal edilmiş olduğunu kabul etmek zaruri oluyor. Fakat 19 yaşında iğfal edilen bir kimse bulunduğu gibi 17 yaşında aklı başında olan bir kızın iğfal edilmemesi de mümkündür. Atalarımız akıl yaşta değil başta derler. 19 yaşındaki bir kimseyi iğfal edilmez farz ediyoruz da 18 yaşındakini iğfal edilmiş farz ediyoruz. Burada da bir müsavatsızlık vardır.

Keza küçük iken evlenen bir kadın rızası ile kaçırılsa veya alıkonsa bu zaman ne olacak; yine 430/2 tatbik edilecek mi? Hayır; çünkü bu takdirde şöyle düşüneceğiz. Bir defa evlenmek kişiyi reşid kılar, saniyen evli kadının kaçırılışı ebeveyninden ziyade kocasını ilgilendirir. O halde bu madde ile ceza tâyin edilemez. Kocanın şikâyeti üzerine diğer hükümlere başvurmak lâzımdır.

6 — Kaçırılan veya alıkonulan kimsenin hem velisi hem de vasisi yoktur. Bu zamanda kanunen ceza tâyin etmek lâzım geliyorsa da içtihad rızadan bahsediyor. Halbuki velide yok vasi de yok. Kimin rızasını alalım? Velisi veya vasisi bulunsa idi belki muvafakat edecekti. O halde sanığın lehine olarak velisi veya vasisi bulunmıyanların kaçırılma veya alıkonulma işinde ceza vermemek lâzımdır. Kanunen bu hususların da halli gerekir. Şunu da ilâveten söyliyelim ki; T. C. K. nundaki 430 ve 431 inci maddeler İtalyan Ceza Kanunun 341 inci maddesine takabül etmektedir. Bizde yaş bakımından tâyin edilen ceza ayrı ayrı madde halinde gösterildiği halde İtalyan Ceza Kanununda bir madde halinde yalnız fıkralara ayrılarak gösterilmiştir. Fakat unsurlar ve ceza miktarı aynidir.

Sonuç : T. C. K. nunun 430 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının değiştirilmesi lüzumunu açıklamış bulunuyoruz.

Federal Mahkeme Kararları

Gayrımenkul satışı

İki kimse birlikte bir gayrimenkul satın almışlardır. Kararlaştırılan bedelin bir kısmı resmî satış senedinin yapılmasından önce ödenmiştir. Senette gösterilen meblağ, ferağ harcını kısmen bertaraf etmek gayesile, satış bedelinin bakiyesinden ibarettir. — Bu bakiyenin ödenmesi üzerine gayrımenkul müşteriler adına tapuya tescil edilmiştir. — Müşterilerden biri alelâde yazılı senetle kendi hissesini öteki müşteriye devretmiştir; buna mukabil öteki müşteri devredenin satıcıya ödemiş olduğu taksiti, devredene iade etmeği kabul etmiştir. — Hisseyi temellük eden müşteri satıcı aleyhine açtığı davada satışın iptalini ve satış bedelinin tamamının iadesini talep etmiştir. — Bu dava kabul edilmiştir. — Fakat bu karar aleyhine satıcı tarafından vaki müracaat Federal Mahkemece kabul olunmuştur.

İsviçre MK 2, 3, 661, 973; İsviçre BK 18, 20
TMK. 2, 3, 638, 931; TBK. 19, 20.

1. Bir gayri menkulü müştereken satın alan bir takım kimselerden birisi diğer müşterilerin hisselerini alelade yazılı senetle temellük etmiş olsa bile, satıcıya karşı satış akdinin batıl olduğunu ileri sürerek dava açabilir; ancak bunu yapabilmesi için, diğer satıcıların hisselerini satın alırken satış akdinin iptalini istemekten feragat etmiş olduğu hal ve şartlardan istidlal olunamamalıdır. Diğer müşterilerin hissesini devralan kimse devir sırasında satış akdinin iptali mümkün olduğunu bilmiyordu ise bu şartın tahakkuk ettiği yeni dava hakkında mevcudiyeti bilhassa kabul olunur.

2. Bir akit adaba mugayir ve bu itibarla BK 20 maddeye göre batıl sayılmak için tarafların yaptıkları ahlaka aykırı fiil o akdin bizzat mevzuuna taalluk etmelidir. Tarafların ferağ harcının bir kısmından kurtulmak maksadile satış senedine hakikatte kararlaştırılan ve ödenen bedelin ancak bir kısmını yazmaları halinde bu satış akdi adaba mugayir değildir.

3. Resmi şekilde tanzim edilen bir gayrımenkul satış senedinde gösterilen bedel, daha önce taraflar arasında hakikaten kararlaştırılan ve kısmende ödenen bedelin ancak bakiyesi olduğu takdirde böyle bir satış akdi ne muvazaalı, ne de şekil noksanı ile maluldur.

4. İsviçre Medeni Kanunu sistemine göre, Alman Medeni Kanununun 313. maddesi hükmü hilafına, gayrımenkul mülkiyetinin devrini istihdaf eden bir akdin tapu sicilline tescili şekil noksanı ile malul olan bu akde sihhat ve muteberiyet veremez.

Buna mukabil, bir gayrımenkul satış senedinde mevcut şekil noksanı sadece satış senedin de hakiki satış bedelinin saklanmasından ibaret ve sadece ferağ harcını ödememek maksadına mûpteni ve tarafların iradeleri akdin mevzuu bakımından tam mutabakat halinde ise; böyle bir akit icra edilmiş ise taraflar artık bu şekil noksanı dolayısı ile iptalini talep edemezler.

5. Satış bedelinin hakiki miktarını bile bile gizleyen ve bu hususta diğer âkitle arasında mutabakat bulunan bir tarafın talebi üzerine bir gayrımenkul satışının iptaline ve tescilin terkin edilmesine, tapu sicilinde istikrar bulunmasını gerektiren kamunun itimadı müsaade etmez.

HALDİMANN—WALTİ, 3 nisan 1924
J dT 1924 s. 432.

A. Bu davada davacı — Federal Mahkemeye müracaat edilmesi hasebile mümeyyizunaleyh durumunda bulunan — C. Walti, kayın biraderi Rösti ile birlikte 9 Nisan 1921 tarihinde Unterlangennegg nahiyesinde bulunan bir ziraî gayrımenkulü 42000 frank mukabilinde satın almışlardır. Müşterilerden Rösti resmi satış senedi tanzim edilmeden önce bu meblâğdan 12000 frangı tediye etmiş ve resmi senette satış bedeli 30000 frank olarak gösterilmiştir. Müşteriler gayrimenkulü takyit eden borçları üzerlerine almışlardır. Bu borçların yekûnu 25118 frank tutuyordu. Diğer müşteri Walti satış bedelinde gösterilen fiyatın bakiyesini yani 4881 frangı ödemiştir. Satış senedinin Kanton Hükümeti tarafından tasdık ve tasvibinden sonra gayrimenkul 17 Mayıs 1921 tarihinde müşteriler adına tapu siciline tescil edilmiştir.

Her iki müşteri satın aldıkları gayrimenkulü 1921 yılı son baharına kadar müştereken ekip biçmişlerdir. Bundan sonra aralarında anlaşmazlıklar çıkmıştır. Bundan başka bu toprak kendi nafakalarını temin edemiyordu. Bu sebepten Rösti kendi hissesini Walti'ye satmıştır. Her iki alâkalı arasında yapılan hesaplaşmaya gayrimenkulün satıcı ve bu davada davalı durumunda bulunan kimse de iştirk etmiştir. Bu anlaşmaya göre, Rösti satış senedinin tanziminden önce ödemiş bulunduğu 12000 franklık taksitin karşılığı olarak 11500 frank alacaktır, bu paranın 1500

frangı davalı satıcı tarafından kendisine ödenmiştir. Geri kalan 10000 frangı ödemeği diğer müşteri Walti üzerine almış, bu paranın 5000 frangını peşin ödemiş ve geri kalan kısmı için 5000 franklık bir senet vermiştir. Fakat daha sonra bu beş bin franklık senedi ödeyemediği için satıcı ile yapılan satış akdinin şekil noksanı hasebiyle bâtıl olduğunu iddia ve bu hususta bir de dava açmıştır. Davada hasım olarak satıcıyı göstermiştir. Bu davada satıcıya ödenmiş olan meblâğların iadesini ve bundan başka gayrimenkul üzerinde masraf ederek yaptığı tarım işlerinden dolayı miktarı yargıç tarafından tesbit edilecek bir miktar paranın tediyesine mahkûm edilmesini talep etmiştir.

B. Bern İstinaf Mahkemesi 1 Şubat 1924 tarihinde verdiği bir kararla davayı kabul eyledi ve gayrimenkul satışının bâtıl olduğunu ve tapu siciline vaki tescilin terkini icabettiğine karar verdi. Bundan başka verdiği kararda; tarafların gayrimenkulün kullanılması, ipotekli alacak faizlerinin ödenmesi, sigorta primlerinin tediyesi ve vergilerin ödenmesi.. ile ilgili karşılıklı taleplerini göz önünde tutarak, davacının yaptığı tediyatın ve faizinin ve yaptığı zarurî masrafların kendisine ödenmesine buna mukabil gayrimenkulün ve teferrüatının davalıya iadesine de hükmetmiştir.

C. Davalı bu karar aleyhine Federal Mahkemeye müracaatla talebin reddine ve ikinci derecede olarak da dosyanın tamamlanması ve yeniden hüküm verilmesi için davanın Kanton Mahkemesine iade edilmesini istemiştir.

Federal Mahkeme bu müracaatı kabul etmiştir.

KARAR :

1. Davacının satış akdinin iptalinin dava etmek hususundaki sıfatına Federal Mahkeme önünde açıkca itiraz edilmiş değildir. Bununla beraber, Kanton Mahkemesinin haklı olarak kabul ettiği gibi, bu sıfat 24 Ocak 1924 tarihli anlaşmanın neticesidir. Bu anlaşmaya göre diğer müşteri Rösti'nin bütün hakları davacı Walti'ye intikal etmiştir. Yine Kanton Mahkemesinin haklı olarak kabul ettiği gibi davacı bu anlaşmayı yapmak suretile satış akdinin butlanını iddia etmek hakkından vaz geçmiş değildir. Söylemeğe hacet yok ki gayrimenkul satışının muhtemel butlanı, resmî şekilden mahrum alelâde bir anlaşma ile telâfi edilemez. Fakat satış akdinin butlanını talep etmek mümkün olduğunu öğrendikten sonra, davacının davalıdan satış bedelinin iadesini talepten vaz geçmesi muteberdir. Böyle bir feragat davacının, gayrimenkulü iade etmek hususunda davalının borcunu ileri sürmekten feragatını da zarurî olarak

tazammun eder. Fakat Kanton Mahkemesinin müşahedesine göre, davacı anlaşma yapıldığı sırada satış akdinin bâtıl olduğunu asla bilmiyordu. 24 Mayıs 1922 tarihli bir mektup ile ilk defa olarak dikkat nazarı bu imkân üzerine çekilmiş oldu. Şu halde, anlaşmanın yapıldığı sırada satış akdinin sıhhati münakaşalı değildi, her halde davacı bu anlaşmayı yapmak suretile satış akdine sıhhat ve muteberiyet bahşetmeği düşünmemiştir. Davalı satıcının 1500 frank ödemek suretile bu anlaşmaya iştirak etmiş olması bu durumda bir değişiklik yapmaz. Davalı satıcı tarafından böyle bir meblâğın ödenmiş olması; davacının icabında satış akdinin butlanını ileri sürmek hakkından vaz geçmesine karşılık verilen bir tazminat değildir. Davalının satış akdinin yapıldığı sırada yaptığı vergi kaçakçılığının meydana çıkmamasında menfaatı vardı. Bu keyfiyet, davalının iki müşteri arasında kendisinin vergi kaçakçılığının ortaya vurabilecek olan bir davanın önlenmesi için elinden geleni yapması için kâfi bir sebep teşkil etmiş olabilir.

2. Davacı, satış akdinin malî kanunlara aykırı olmasından dolayı B. K. madde 20 mucibince bâtıl olduğunu iddia etmiştir. Kanton Mahkemesinin bu iddiayı red etmesi de doğrudur. Hazineye ait olan verginin bir kısmını gizlemekten ibaret olan adaba aykırı fiil, iptali istenen akdin temeli değildir. Akdin mevzuu bir gayrimenkul satışı idi ve takip edilen gaye adaba aykırı değildi. Sadece satışın yapılış şekli şayanı tenkiddi, çünkü senet o tarzda kaleme alınmıştı ki taraflar normal olarak hazineye vermeleri icabeden ferağ harcının bir kısmını vermek mükellefiyetinden kurtulmakta idiler. Fakat bu hal satış akdinin kendisinin adaba uygunluğu hususunu asla haleldar etmez ve bu hal bu gayri menkul satış akdinin butlanı için asla bir sebep teşkil etmez. (Karş. Federal Mahkeme kararları. Cilt 41, s. 274, gerekçe 2, Praxis cilt XIII N. 4).

3. Kanton Mahkemesine göre, gayrimenkul satışı bâtıldır. Çünkü taraflar kanunî şekle riayet etmeden muayyen bir satış bedeli kararlaştırmışlar ve sonra, bir taksit ödendikten sonra hakiki bedelden dun ve henüz ödenmemiş olan bakiyyeyi satış bedeli gibi senette göstermişlerdir. Bu görüş tarzı doğru değildir. Bir kere bu muamelede hiç bir şekil noksanı yoktur. Bu muamele mevcut olduğu şekilde kanunun tam istediği şekilde tanzim edilmiştir. İddia olunuyor ki senette gösterilen bedel muvazaalıdır ve bedel gizlenmiş ve tarafların hakikaten arzu etmiş oldukları bedel üzerindeki anlaşma resmî bir enedin mevzuu olmadığı içi nkanunî şekilden mahrumdur. Federal Mahkeme daha önce Oberhausli — Bruggman davasından verdiği 14 Kasım 1923 tarihli kararda da (Prakis cilt XII, JdT 1924 s. 101) böyle bir halde muvazaa yoktur. Taraf-

lar mevhum, uydurma bir satış akdi yapmış değildirler. Onlar resmî bir senetle tesbit edilen gayrimenkul satımı yapmağı hakikaten arzu etmiş lerdir. Keza senette yazılı 30000 frank rakamı, senet tanzim edildiği tarihteki hakiki arzularına tevafuk ediyordu ve kararlaştırılan bedelin resmi senette yazılı miktara nazaran arzettiği fark yani 12000 frank daha önce tediye edilmiş olduğuna göre senette yazılı olan 30000 frank objektif olarak tesbit edilebilen satış bedelini temsil ediyordu. Satış akdinin esaslı bir unsuru olan bedelin zikredilmesi şüphesiz elzemdir, fakat müstekar içtihada göre bunun tâyini kabil olması kâfidir. Daha önce vaki tediyelere müteallik belgelere müracaat edilmek suretiyle miktarı tesbitedilebilen hallerde satış bedeli kabili tâyindir. Daha önce ödenmiş olan miktarın senette gösterilmesini şart olarak aramak (karşılaştır : Leemann, Schweizerische Juristan Zeitung 15 Mart 1924 s. 270) ve bu cihetı belirten bir kaydın mevcut olmaması halinin satış akdini batıl kılacağını kabul etmek çok ileri gitmek olurdu. Satış senedi, satış bedelinin ödendiğini ispat etmek için zaruri bir belge teşkil etseydi bunu şart olarak icap ederdi. Fakat ödeme alelâde bir makbuz ile de ispat olunabilir. Ayrı menkul satışlarını resmî şekle bağlanmasının esas hedefi âkitleri alelacele hareket etmekten doğan tehlikelerden korumakta ve bu gaye, akitlerin şekli hakkında kanunun koyduğu hükümlerle elde edilebildiği nisbette, satış muamelesinin bir senetle tesbiti yolu ile gerçekleşmiştir. Resmî senet tanziminin tazammun ettiği âkitlerin resmi memur önüne gelmeleri, mukaveleye müteallik kayıt ve şartların münakaşası, alâkalılar düşünmek, satış aktinin şartlarını inceden inceye tartmak ve, mümkün olduğu nisbette onların serbest iradelerinin anî bir tehevvür veya his yahut şaşkınlık tesiri altında kalmaması fırsatını vermiştir. Senede tanzim eden memur gösterilen satış bedelinin gayrı menkulün hakikî bedeline uygun olup olmadığını tetkik vazifesi ve borcu değildir. Esasen, resmî bir tahmin yapılmaksızın böyle bir kontrol bir çok hallerde hiç de mümkün olmaz. Şu halde, resmî satış senedini tanzim kimsenin dahi, bir gayrı menkulün ne çok ucuz ne de çok pahalı satılmasını mürakabe etmesi bahis mevzuu olamaz .Satış bedelinin miktarı sadece tarafları alâkadar eden bir iştir ve kamu nizamı satış bedelinin resmî senette tamamile gösterilmesinde himaye edilmeğe lâyık hiç bir menfaata sahip değildir.

4. Bundan başka, Kanton mahkemesi ile birlikte muvazaa olduğu fikrinden hareket edilse bile, satış bağıtının sıhhat ve muteberiyetine itiraz olunabileceği kabul olunamaz. Bu halde muvazaalı 30000 frank bedelli satış akdi Borçlar Kanunun 18 inci maddesine göre muteber bir şekilde akdedilmemiş olurdu, çünkü taraflarda bu bapta bir irade mevcut

779

değildir; tarafların hakikaten arzu ettiği 42000 franklık satış da, bedel senette gösterilmediği için kanuni şekle riayetsizlik hasebile batıldır (İsviçre M. K. 657, B. K. 216; T. M. K. 634, T. B. K. 213).

Kanton mahkemesi, Alman Medeni Kanunun 313. maddesinin kıyas yolu ile tatbik edilemeyeceğini, devir ve temlik muamelesine müteallik bir şekil noksanının tapu siciline vaki bir tescil ile bertaraf edilemeyeceğini kabul etmekte haklıdır. Şekil noksanının bu suretle telâfisi İsviçre Medenî Kanunun mülkiyetin nakli bahsinde kabul ettiği sistemle uzlaşmaz. Filhakika bu sisteme göre, tapuya tescil müşterinin muvafakatına hacet olmaksızın satıcının bir taraflı irade talebi ile vaki olabilir. Şu halde Alman Medenî Kanunun 313. maddesini kıyas yolu ile tatbik etmek istenirse satıcı müşterinin şekil noksanını ileri sürmesine mâni olmak imkânına sahip bulunurdu.

Buna mukabil satış akdi yalnız tapu siciline tescil edilmiş değil. Fakat aynı zamanda, tarafların iradesine uygun olarak icra ve ifa edilmiş bulunursa durum başkadır. Böyle bir halde, tarafların hakikatte arzu ettikleri satış bedelinin senette gösterilmemiş olmasından dolayı akdin butlanını istemek hukuk duygusuna aykırı olurdu. Kanunun koyduğu şekil şartının gayesi — daha önce de belirtildiği gibi — tarafları eyice düşünmeden, alelacele alınmış bir kararın tehlikelerinden korumaktır. Halbuki taraflar mukaveleyi serbestçe ifa etmişlerse artık böyle bir himayeye ihtiyaçları yoktur. Bu halde kabul etmek icabeder ki akdin mevzuu her türlü tekitten masundur. Şu halde tarafların; muvazaadan mütevellit bir şekil noksanına istinat ile, daha sonra meydana çıkan şartlardan biri diğeri aleyhine (gayri menkulün kıymeti yükseldiği halde satıcı müşteri, bu kıymet düştüğü zaman müşterinin aleyhine) iptal davası açmak suretiyle istifade imkânına sahip olması caiz görülemez. Böyle bir imkânın kabulü bir şekil noksanının suiistimal edilmesini kabul etmek demek olur ki Medeni Kanunun 2. maddesine buna cevaz verilemez. Bu hadisede olduğu gibi taraflar, yaptıkları muvazaa ile, gizli tutulan satışı ifsat eden şekil noksanına iştirak ettikleri takdirde hakkın suiistimali hissiyatı bilhassa rencide edici bir mahiyet alır. Esasen muvazaalı bir mukavelenin taraflarından birinin, tarafların gerçekten arzu ettikleri mukaveleyi iptal ettirmek istemesi — hele bu mukavele tarafların arzularına uygun bir şekilde ifa edilmiş bulunuyorsa — hüsnüniyet prensibine aykırı olurdu (karş. **von Tuhr**, Eigentumsübertragung nach schweiz. Recft, Zeitschr. für schw. R. 1921 s. 54 - 55. Bu inceleme **Kudret Ayıter** tarafından Türkçeye çevrilmeğe başlanmıştır, bak : Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt III, sayı 2-3-4).

780

5. Bu hal sureti, halkın tapu sicilindeki istikrara itimat edebilmesindeki menfaatin de icabatındandır. Vakıa âkitlerin talebi üzerine yapılmış olan tescile istinat ederek mülkiyet hakkı veya sair aynî haklar iktisap eden hüsnüniyetli üçüncü şahısın bu iktisabı, tescil sonradan iptal edilse bile, Medenî Kanunun 973 (TMK 931) maddesi mucibince, muteberdir ve himayeye mazhardır. Lâkin bu himaye batıl akdi yapmış olan âkitlere şâmil değildir. Vaki tescil kendisine sebep teşkil eden hukukî muameledeki şekil noksanı sebebile haksız bir tescil mahiyetini taşıdığına göre müşteri mülkiyet hakkı iktisap etmemiş olurdu ve gayrimenkul hakkında yaptığı bütün hukukî muameleler kendisi ve mirasçıları için satıcı ve onun mirasçıları karşısında her türlü hukukî mesnetten mahrum olurdu. Şekil noksanına rağmen müşterinin hüsnüniyetli bir müktesip olduğu kabul olunursa; zilyetliği on yıl devam ettiği takdirde Medenî Kanunun 661 (1MK 638) maddesi mucibince mülkiyet hakkına ve gayrimenkul üzerinde yaptığı hukukî tadilâta artık itiraz edilemezdi. Buna mukabil kâfi bir dikkat göstermek suretile şekil noksanını farketmesi gerekiyordu ise hüsnüniyeti hakkındaki karine ortadan kalkardı; bir muvazaa mevcut olduğu zaman bu karinenin mevcut olmadığını kabul etmek icap eder. Bu takdirde satıcının ve onun mirasçılarının; müşterinin, mirasçılarının ve onlardan suiniyetle iktisapta bulunanların ellerinden mülkiyet hakkını geri almak hakkı zaman bakımından gayrı mahdut olmak icabederdi. Bu hal ise ilgililer arasında bitmez tükenmez nizalara yol açmakla kalmaz, tapu sicili bakımından da tahammül edilmez bir durum yaratırdı, bu sebepten bu hale mâni olmak umumun menfaati icabıdır. Genel mahiyette olan bu mülâhazalar; hakikî fiyata tekabül etmemesi ihtimali bulunduğu için satış senedinde gösterilen fiyata üçüncü şahısların, hususile hazinenin tam bir emniyet gösterememesi korkusununa nazaran daha kuvvetlidir. Daha öncede belirtildiği gibi, satış bedeli ancak âkitleri ilgilendirir ve tarafların bu bedeli bilmekte himayeye lâyık hiç bir menfaatı yoktur. İzah edilen hukukî maksat ve gayesine göre resmî senet ve tapu sicili, alacağı aidat ve vergileri tesbit etmesi için gereken malûmatı vermeğe tahsis edilmiş müesseseler değildir.

II. Hukuk Dairesi . — Soldati, Jagaer, Ostertag, Rossel, Hauser, Rambert ve Strebel.

GAYRİMENKUL SATIŞI

Bir gayrimenkul satılmıştır. — Müşteri bir taksit ödemiştir. — Satış senedinde yazılı olan miktar hakikî satış bedelinden ödenen taksit çık-

781

tıktan sonra geriye kalan kısımdır. — Müşteri bu satış akdinin şekil noksanı hasebiyle butlanının iddia etmiştir. — Bu iddia Federal mahkemece reddolunmuştur.

İsviçre BK. 20.
Türk BK. 20.

Bir gayrı menkul satışında taraflar müşterinin ödemiş olduğu bir taksiti tenzil ederek bedelden bakiye kalan kısmı semen olarak resmî senette göstermek imkânına sahiptirler. Tarafların ferağ harcından kurtulmak maksadını takip etmiş olmaları akdin sıhhatına müessir değildir.

Oberhaeusli — Bruggmann Dobler, 14/kasım/1923 JdT 1924 sah. 101.

Bu davada davacı durumunda olan Bruggmann-Dobler ile davalı durumunda olan Oberhausli aralarında bir satış akdi yapmışlardır. Bu suretle Brrggmann-Dobler, Hinteregg mevkiinde bulunan (zum Frieden) adlı ve hem ev hem de birahane olarak kullanılabilen bir gayrimenkulü mobilyası ile birlikte Oberhaeusli'den satın almıştır. Müşteri anlaşma yapıldığı gün 300 frank tutarında bir taksit ödemiştir. Ertesi günü notere müracaat edilmiş, fakat noter satış senedinde semeni yalnız 37000 frank olarak göstermiştir. 6 Temmuz 1922 tarihinde tapuda tescil yapıldığı sırada da keza aynı semen gösterilmiştir.

Brrggmann açtığı davada ödemiş olduğu 3000 franklık taksitle daha sonra ödediği 5000 frangı 22 Ekim 1922 tarihinden itibaren yüzde beş faizi ile birlikte talep etmektedir. Davacının iddiasına göre resmî satış senedi tarafların kararlaştırmış olduğu 40000 frangı göstermediği için bâtıldır. Davacının iddiasına göre satış senedinde yazılı rakamın hakikata uymamasının sebebi davalının, daha önce ödenmiş olan taksitin senette gösterilmesine lüzum olmadığı, bu miktarın gösterilmemesi ile ferağ harcının azalacağı hususunda yaptığı beyandır. Davacı gayrimenkul alışverişlerinde tecrübesiz olduğunu ve davalının sadece davacı ferağ harcından kurtulmak istediğini bilemediğini iddia etmiştir. Verdiği muvafakat sadece bilgisizliğinden ileri gelmiştir. Davacı ikinci derecede şu talepte bulunmuştur : Satıcı kendisini gayrimenkulün geliri hakkında kasden hataya düşürdüğü için satın akdinin hiyle sebebile iptali gerekir.

Davalı bu davanın reddini istemiştir. İleri sürdüğü mütalâalar şunlardır : Gayrimenkulün ve mobilyasının bedeli 37000 frank olarak tesbit edilmiştir; bu fiyat satış senedinde doğru olarak gösterilmiştir. 3000

782

franklık bakiye, umumî yekûnde dahil olmayan bazı mobilyaların ve gayrimenkulde yapılmış olan tamiratın karşılığıdır. Davalı ikinci derecede şu iddiada bulunmuştur. Satış senedinde gösterilen miktarın kararlaştırılan satış bedelinden aşağı olması satış akdini batıl kılmaz. Davalı, davacının neticei talebinin de yanlış olduğunu, davacının satış akdinin iptalini talep etmesi gerektiğini, esasen Borçlar Kanununun 66 maddesinin davacının talebini imkânsız kıldığını beyan nihayet davacıyı hiyle ile hataya düşürdüğünü inkâr etmiştir.

Zürich Kanton Mahkemesi 27 Haziran 1923 tarihinde verdiği bir kararla talebi kabul ve davalıyı 22 Ekim 1922 tarihinden itibaren yüzde beş faizi ile birlikte 8000 frank ödemeğe ve davacıyı da satın aldığı şeyleri müşteriye devir etmeğe mahkûm etmiştir.

Davalının bu kararı temyiz etmesi üzerine Federal mahkeme Kanton mahkemesinin kararını bozmuştur.

KARAR :

Resmi şekilde yapılmış olan satış senedi ve tapuya yapılan tescil satış bedelinin yani 37000 frangın tutulan mevcudat defterine göre tesbit edilen molbilya bedelini de ihtiva ettiğini kaydetmektedir. Kanton mahkemesinin müşahedesine göre, davalının bizzat bulunduğu celsede yaptığı beyana göre satış bedeli ancak mevcudat defterinde yazılı olan mobilyaya şâmil bulunmaktaydı.Kanton mahkemesinin bu müşahedesi Federal mahkemeyi bağlar. Kanton mahkemesi davalının bu beyanının hakikate uygun olduğunu kabul ve davalı avukatının aksi beyanatına rağmen bu ifadelere istinat edilmesi kanaatindedir. Federal mahkeme Kanton mahkemesinin bu takdirini kantrol edemez. Diğer taraftan Kanton mahkemesi gayrimenkulde yapılan tamirata dair davalı tarafından ibraz edilen faturanın 3000 franlık fark ile münasebettar bulunduğu hususunun sabit olmadığı kanaatindedir. Davalı bu nokta hakkında iddiasını teyir eder mahiyette kâfi delil irat edememiştir. Bu itibarla Kanton mahkemesinin görüşünü kabul eylemek icabeder. Demek oluyor ki, satış senedinde ve tapuda gösterilen meblâğ, tarafların satıcının aynı edası yani gayrimenkulün ve mevcudat defterinde yazılı mobilyenin mülkiyetini nakletmesi keyfiyetinin karşılığı olarak şifahen kararlaştırdıkları miktardan dundur.

Bununla beraber, bu olaylara bakarak Kanton mahkemesinin; tarafların hakikî niyetinin resmî senette tesbit edilmediği gerekçesiyle sa-

783

tış akdini bâtıl saymması isabetsizdir. Bir kere, daha evvelâ Federal mahkemeye intikal eden davalardaki durumun hilâfına olarak (bak Federal mahkeme kararları cilt 45 N. 5 ve cilt 46 kısım II N. 7) tarafların bir gayrimenkul satışı akdetmek istedikleri ve resmî noter senedinin bu arzuyu tevsik ettiği muhakkaktır. Bundan başka, senette gösterilen satış bedeli tarafların bu senet yapıldığı sırada beslediği niyete de uygundur, çünkü bu bedelin ödenmesi ve satılan şeylerin mülkiyetinin nakli ile bu bedelin ödenmesi ve satılan şeylerin mülkiyetinin nakli ile akit tarafların derpiş ettikleri suurette icra ve ifa edilmiş oldu, bununla tarafların edaları arzu ettikleri miktardan ne az ne de çok olmuştur; halbuki kararlaşmış eda ile senette gösterilen eda arasında bir tezat olsaydı netice şöyle olurdu.

Vakıa taraflar başlangıçta daha yüksek bir bedel kararlaştırmışlardı. Lâkin bu anlaşma ile resmî senedin yapılması arasındaki fasıla esnasında müşteri 30000 franklık bir taksit ödemiştir. Bu ödeme durumu tadil etmiştir. O suretteki artık senette müşterinin borçlu olduğu satış bedeli olarak 40000 frangı göstermek mümkün değildir. Eğer bu miktarı satış bedeli olarak muhafaza etmek icabetseydi 3000 frangın daha önce tediye edildiğini zikrettmek icabederdi. Bununla beraber, mukavelât serbestisi mevcut olduğuna göre, satış bedeli üzerinde ödenmiş olan miktar bakımından ilk anlaşmayı muhtevasız addetmekten ve bu ödemeden sonra geri kalan borç miktarının senede geçirmek suretile senetteki miktarı hakiki duruma intibak ettirmekten men etmek mümkün olamazdı. Taraflar bu nevi tecddide müracaat etmekte mukaveleyi tatbikatta tezahür eden duruma uygun olarak kaleme aldırmakta serbesttirler. Başka tabirle, taraflar satış bedeli olarak senette, müşterinin daha tediyeye borçlu olduğu miktarı göstermeğe salâhiyetlidirler. Tarafların bu hadisede yaptığı da işte budur. İlk anlaşma ve müşterinin daha önce ödemiş olduğu taksit taraflar arasındaki bir uzlaşmaya tevfikan yazılı mukavele haricinde bırakılmıştır ve vakı satışın şeklen kanuna uygun olup olmadığı meselesinin halllinde bir rol oynayamazlar.. Taksitin iadesine gelince müşteri bu meblâğın iadesini istemek ve bu suretle satış akdinin sıhhatini tehlikeye koyamaz. Çünkü bu ödeme dolayısı ile satış senedi tarafların arzu ettiği muhtevayı almıştır.

Demek oluyor ki müşteri satış akdinin şekil noksanı dolayısı ile bâtıl olduğunu iddia ettiği zaman hata içindedir. Ödenen taksit çıkarıldıktan sonra satış bedelini senede yazmaktan maksat ferağ harcını eksiltmek, bu harçtan kısmen olsun kurtulmak maksadına dayanması vakıası da satış akdinin yine butlanını mucip olmaz. Satış akdinin muhtevası ne gay-

ri kanunî ne de adaba aykırı (BK. 20) dir. Malî yani hazine mülâhazaları satış akdinin tâyini hususunda nazarı itibara alınmazlar. Satıcının, müşteriyi aldatmak maksadını güttüğü hususu ispat edilmiş değildir. Bu bakımdan hiyleye dayanan defi'de kabule şayan değildir. Bu itibarla davanın reddi icabeder. Davalının iddia ettiği gibi, davacının talebinin yersiz olduğunu da bu sebeplerden araştırmağa mahal yoktur.

II. — Hukuk dairesi . — Jaeger, Ostertag, Weiss, Rossel, Rambert, Strebel ve Fazy.

El yazısı ile vasiyet. İptal davası. Husumet

Bir vasiyetin iptali davası, vasiyetteki tasarruftan müstefit olanların hepsi aleyhine açılmamış olsa bile mesmudur. Bu takdirde verilen hüküm ancak davanın tarafları hakkında hüküm hâsıl eder.

Yazıldığı mahalli irae etmeyen el yazısı ile bir vasiyetin butlanı — Hangi şartlar altında bir vasiyetin dışındaki unsurlara ve malûmata müracaat caizdir?. — Şekil noksanı sebebile açılan bir iptal davası hakkında Medenî Kanunun ikinci maddesinin tatbik edilemiyeceği.

İMK. 505 ve 519. TMK. 485, 499.
RO. cilt 57 yıl 1931 kısım II s. 150 - 154.

A. Cenevre doğumlu ve bu kantonda mukim Matmazel J. Raymond 21 Ocak 1930 tarihinde Cenevrede vefat etmiştir. Daha önce yapmış olduğu bir vasiyette Matmazel Fryer - Faczensky adında birisini, vefatı anında malik bulunduğu bütün menkul ve gayrimenkul mallar hakkında küllî musaleh : lêgataire universelle, tâyin etmiştir. Fakat bu musalehi birtakım vasiyetlerin ifası ile mükellef kılmıştır. Matmazel F. Paczensky, küllî musaleh olarak şu kimselere birtakım teberrülerde bulunacaktır. Sen Jozef Katolik cemaatı, Compensiêre katolik paruvası, kendi vaftiz kızı matmazel Monik Furniye. Vasiyetname şu kelimelerle sona ermektedir : (Terekemin, doğum yeri kantonum olan Cenevrenin kanunlarına göre tasfiye edilmesini arzu ediyorum. Bu vasiyeti baştan sona kadar kendi el yazımla yazdım. Yedi Kasım bin dokuz yüz yirmi dokuz (7 Kasım 1929). İmza : Jeanne Raymond).

Vasiyetçinin amca zadeleri olan Bayan Nozeran ve bayan Papet'den ibaret bulunan kanunî mirasçıları 8 Mayıs 1930 tarihli bir arzuhal, ile bu vasiyetin iptalini ve müteveffanın kanunî mirasçıları olmak itibarile terekenin tamamı üzerinden ki hak ve hisselerinin verilmesini dava etmişlerdir.

785

Bu talebin dayandığı olay şu idi : Bahis mevzuu vasiyet, Medenî Kanunun 505 (485) maddesinin sarahati hilâfına tanzim edildiği mahalli göstermektedir.

Küllî musaleh Freyer - Paczensky, bu davanın reddini talep etmiştir. İleri sürdüğü mucip sebep şudur: İptal davası bütün musalehler aleyhine açılmamıştır. Bundan başka davalı, vasiyetin Cenevreden başka bir yerde yapılamayacağını gösterdiği kanaatinde olduğu birtakım olaylar bilhassa hissî mahiyette âmiller ileri sürmüştür.

Cenevre Bidayet mahkemesi 24 Ekim 1930 tarihli kararında davacının talebini kabul ve davalıyı muhakeme masraflarına mahkûm etmiştir.

B. Cenevre Kanton mahkemesi 6 Şubat 1931 tarihli kararile bu hükmü tasdik etmiştir.

C. Davalı bu karar aleyhine Federal mahkemeye müracaat etmiştir.

KARAR :

1. Davalının verdiği ve davacılar tarafından itiraz ve inkâr edilmeyen malûmata göre terekenin aktifi (safi mameleki) 134939 franktır. Diğer vasiyet miktarları çıkınca bundan davacıya kalan miktar 67347 franktır. Bu itibarla müddeabihin miktarı Federal mahkemeye müracaat hakkını veren hadde baliğ olmakta ve şifahî muhakeme usulünün tatbikine cevaz vermektedir.

2. Davalının ileri sürdüğü ilk itiraz şudur : Davacılar açtıkları davada yalnız kendisini hasım göstermiş, vasiyetten istifade diğer kimseleri davaya idhal etmemişlerdir. Bu defi yersizdir. Kanunda bir vasiyetin iptalini istiyen kimsenin o vasiyetten istifade eden bütün kimseleri birlikte dava etmesini icabettiren bir madde yoktur. Bundan başka böyle bir hükmün İsviçre Medenî Kanunun sistemi içindeki yeri anlaşılamazdı. Ehliyetsiz bir kimse tarafından yapılmış olan bir vasiyete müteallik davanın rüyeti esnasında daha önce Federal mahkemenin belirtmiş olduğu gibi (bak. Federal mahkeme kararları cilt 44 kısım II s. 116), Medenî Kanunun 505 (Türk MK 485) maddesindeki hususlar vasiyeti mutlak butlan ile batıl kılmaz, sadece vasiyetin iptalini istemek hakkını verir. Bu itibarla dava kabili istimadır. Fakat verilecek hüküm, davanın mahiyeti ve usulü muhakemenin umumî bir prensibi icabı olarak, Cenevre Kanton mahkemesinin fikri hilâfına, bütün ilgililere karşı kabili dermeyan değildir (bak: Federal mahkeme kararları cilt 40, kısım II, s. 192) Bu

386

hal sureti pratik bakımdan da doğrudur. Çünkü kanunî bir mirasçı olan davacının vasiyet hükümlerinden yalnız bir kısmının iptalini talep etmekle niçin iktifa edemeyeceğini anlamak imkânsızdır.

3. Davalı, mütevaffanın el yazısı ile yapılan bir vasiyetin muteber olması için, hem tarihi hem de yapıldığı yeri ihtiva etmesi gerektiğini kabul ediyor (Federal mahkeme kararları 44, II, s. 354; 49 II, s. 10, 51 II s. 371). Mütevaffa matmazel Raymond'un yapmış olduğu vasiyetin bu şarta uygun olmadığını da kabul etmektedir. Bununla beraber bu şekil noksanının telâfisi mümkün olduğunu, bizzat vasiyetin yapıldığı yerin neresi olduğu hususunda hiç bir tereddüde mahal bırakmadığını bundan başka vasiyetin içindeki unsur ve malûmatın birtakım hal ve şartlar tarafından teyit edildiğini ve bu hal ve şartları isbata hazır bulunduğunu bildirmektedir.

Cenevre Hukuk mahkemesi haklı olarak bu muhakeme ve isbat tarzını ret etmiştir.

Vakıa Federal mahkemenin içtihadına göre tarihin yanlış veya eksik olması mutlaka vasiyetin iptalini icabetmez (**tarih** kelimesini, vasiyetin yapıldığı **yer** ve **tarih** mânasına kullanıyoruz, netekim kanun da 505 inci maddede bu kelimeyi bu tarzda kullanıyor). (**Çevirenin notu** : 505 inci maddenin harfiyen tercemesi şöyledir : El yazısı ile vasiyetin baştan aşağıya kadar vasiyetçinin el yazısı ile yazılmış, tarihlenmiş ve imzalanmış olması lâzımdır; tarih, vasiyetin yapıldığı yerin, yılın, ayın ve günün zikredilmesinden ibarettir. Bizim bu maddeye tekabül eden maddemiz olan 485 inci madde ise biraz farklı bir ifade ile yazılmıştır : Vasiyetçinin bizzat tanzim ettiği vasiyetname; baştan aşağı kadar tanzim edildiği mahal, sene, ay ve gün de dahil olduğu halde bizzat kendi el yazısı ile yazılmış ve imza edilmiş olmak lâzımdır.). Fakat bunun kabil olması, tarihin bizzat vasiyet tarafından temin edilen unsurlarla tashih veya itmam edilebilmesi sarih şart ile mümkündür. Vasiyetnamenin dışındaki unsurlar olsa olsa vasiyet metnindeki malûmatı tefsir etmeğe yararlar, fakat hiç bir halde o malûmatın yerini tutamazlar (bak. Federal mahkeme kararları cilt 45 II s. 153, 50 II s. 8). Federal mahkemenin bu kaidelerden inhiraf etmesi için hiç bir sebep yoktur. İmdi bu kaideleri işbu davaya tatbik edersek Kanton mahkemesinin kararı aleyhine yapılan müracaatın reddi gerekir. Kanton istinaf mahkemesinin de haklı olarak belirttiği gibi, vasiyetin Cenevre noterlerince cari ve müteamil şelke uygun olarak yapılmış olması, tenzilinden iki gün sonra bir Cenevreli notere tevdi edilmiş olması, terekesinin Cenevre Hukukuna göre tasfiye edileceği hakkında vasiyetçinin yazdığı cümle, vasiyetin yazılmış

olduğu yer hakkında takribî mahiyette dahi bir malûmat ihtiva etmiyor. Filhakika bu sebeplerden ve hallerden hiç biri vasiyetnamenin Cenevre şehiri dışında yazılmış olması faraziyesini imkânsız göstermiyor. Matmazel Raymond'un Sen Josef paruvasını sadece adı ile göstermeği kâfi görerek Fransada ikamet eden Vaftiz kızı Monik Funiye'nin adresini tam olarak göstermiş olması da aynı mahiyettedir. Matmazel Raymond Cenevrede ikamet ettiğine göre bu şehirdeki paruvası bahis mevzuu olduğuna göre, vasiyetini başka bir yerde yapmış olsaydı dahi, dava fazla açıklamağı lüzumsuz sayması pek alâ mümkündü.

Vasiyetname hakikatte yapıldığı hakkında hiç bir malûmatı muhtevi olmadığından vasiyetnamenin dışındaki unsurlara müracaat etmek bahis mevzuu olamazdı. Bu sebepten davalının delil serdetmek hususundaki teklifi kabule şayan değildi.

Davalının, davacıların müteveffaya verdikleri nasihat ve yaptıkları tavsiyenin bir ikrar teşkil ettiği hakkındaki iddiasına gelince, bunun doğru olduğu kabul edilse, hattâ vasiyetnamenin Cenevrede tanzim edilmiş olduğu sabit olsa bile; vasiyetnamenin dışında kalan bu unsurlar ihtilâfın halli üzerine müessir olamazlar. Çünkü daha önce bir kararda belirtildiği gibi (bak. Federal mahkeme kararları 45 II s. 154) tarihin kat'î surette bilinmesi kâfi değildir; kanunun aradığı şart tarihin bizzat vasiyette gösterilmiş olmasıdır.

Nihayet davayı temyiz edenin Medenî Kanunun 2. maddesine istinaden yaptığı müdafaa da kabule şayan değildir. Kanunun muayyen bir şekle tabi kıldığı bir hukukî muamelenin bu şekle uygun olarak yapılmaması hasebile taraflardan birinin butlan iddiasında bulunması hüsnüniyete aykırı bir muamele teşkil etmez. Bu husus Federal mahkemenin müstakar içtihadı cümlesindedir (bak. Federal mahkeme kararları 54 II s. 331). Eğer taraflardan biri bu şekile riayet edilmemesi hususunda diğer tarafı aldatmış sonra şekil noksanı hasebile butlan iddiasında bulunmuş ise ancak o zaman bu hareket hüsnüniyete aykırı bir muamele teşkil eder (Federal mahkeme kararları 43 II s. 29 54 II s. 331). Hadisede böyle bir şey yoktur.

Bu sebeplere binaen Federal mahkeme vaki müracaatı ret ve Cenevre Hukuk mahkemesinin 8 Şubat 1931 tarihli kararını tasdik eder.

El yazısı ile vasiyet

Müteveffanın el yazısı ile yaptığı bir vasiyetin iptali istenmiştir. — İleri sürülen sebep mütevaffanın vasiyetname üzerine değil zarfın

üzerine imza atmış olmasıdır. — İmzanın tarifi. — Böyle bir vasiyet muteber değildir.

MK 505, 564.
TMK. 485, 543.

1. Mükellefiyet ile takyit edilmiş bir vasiyetin iptali talep edildiği takdirde müddeabihin kıymeti, mükellefiyetler nazarı itibara alınmaksızın, vasiyet edilen şeyin değerine muadildir.

2. Müteveffanın el yazısı ile yaptığı vasiyette imza ile irade beyanı arasında bulunması gerekli zarurî irtibat, harici unsurlarla isbat olunamaz; Bu irtibat vasiyetin bizzat metninden anlaşılmalıdır : İmza metni derhal takip etmelidir; metninin aralarında aşikâr bir rabıta bulunan müteaddit kâğıt veya bir kâğıt ve bir zarf üzerine yazılmış olmasının farkı yoktur (meselâ bir yaprak üzerinde başlayan bir cümle müteakip yaprakta veya zarfta bitmekle ve imza yalnız bu müteakip kâğıt veya zarfta bulunmakta ise bahis mevzuu aşikâr rabıta mevcut demektir).

3. Şu halde imza, bizzat vasiyetin bir mütemmim cüz'ü olmadığı üzerindeki ifade ve beyanlardan anlaşılan bir zarf üzerine atıldığı ve el yazısı ile yapılmış vasiyetin bizzat metnini takip etmediği takdirde, böyle bir vasiyete imza edilmiş nazariyle bakılamaz.

Golay ve dava arkadaşları — Redard ve dava arkadaşları, 14 Mart 1914.

A. Mütevaffa August Redard Verriêres'de mukimdi. 12 Eylül 1912 tarihinde Neuchâtel'de vefat etmiştir. Hastaneye yatmadan önce 30 Ağustos 1912 tarihinde vasiyetini yapmağa karar vermişti. Vasiyeti şu kelimelerle başlayordu : (Aşağıda imzası olan ben,) ve şu suretle hitama eriyordu : (Evimde kendi elimle 31 Ağustos 1912 tarihinde yazdığım son arzularım bunlardır). Bununla beraber bu vesika imzalı değildir; mütevaffa bu kâğıdı kendi el yazısı ile yazılmış şu ibareleri ihtiva eden bir zarfın içine kaymuştu : (bu kâğıt benim son arzularımdır. Ate Redard); mütevaffa bu zarfı üç yerinden balmumu ile ve kendi şahsî mühürü ile mühürlemiştir. Vasiyetçi bu vasiyetnamesinde kendi ikamet ettiği evin yanında bulunan küçük evi, küçük bir bahçeyi ve yatak odasının mobilyesini davalı Edouard Golay'e (Neuchâtel'de musiki hocası idi) vasiyet ediyordu. Bundan başka Villeneuve'de demir yolu müstahdemlerinden olan E. Jeanin'ede Barraud adında birinin oturduğu bir evin yarısını ve bazı müştemilâtını ve muhtelif mobilyaları vasiyet etmişti. Bundan başka üçüncü davalı F. Dubois'ya, kendi ikamet ettiği ev

789

ile bütün tarlalarını ve yulaf stokunu vasiyet etmiştir. Fakat bu sonuncu musallehe (bütün borçlarını ödemeği : payer tout ce qu'il devait) tahmil etmişti. Bundan başka bir takım küçük vasiyetler daha vardır ki onların müstefitleri bu davaya dahil değildirler. Davanın tahkikatı esnasında dinlenen şahitlerin ifadelerinden anlaşılmıştır ki müteveffa vasiyetnamesini gösterilen tarihte zarfın içine bizzat koymuştur. Bununla beraber vasiyet kendisine tevdi edilen noter vasiyetnamenin kendisine daha 26 Ağustosta tevdi edildiğini beyan etmiştir.

B. Mütevaffa Auguste Redard'ın kanuni mirasçıları, vasiyetçinin tâyin ettiği bütün musallehlere karşı dava açarak kendilerine 14 Kasım 1912 tarihinde tebliğ edilen vasiyetnamenin iptalini ve mütevaffanın bütün mamelekinin kendilerine verilmesini talep etmişlerdir. Yalnız davalılardan üçü dava dilekçesine cevap vermişler, diğerleri aleyhine gıyap kararı talep ve istihsal edilmiştir. Bu davaya dahil üç davalı davanın reddini ve mukabil dava olarak kanunî mirasçıların kendi lehlerine yapılan vasiyetleri tanımalarını ve hükümlerini gereği gibi yerine getirmelerini talep etmişlerdir.

C. Neuchatel mahkemesi taraflara 14 Mart 1914 tarihinde tebliğ edilen 3 Mart 1914 tarihli kararı ile mütevaffanın bıraktığı 31 Ağustos 1912 tarihli senedin bir vasiyetname olmadığını, hukukan muteber olmadığını ve bu itibarla davacıların kendilerini mütevaffanın kanunî mirasçıları olarak ileri sürmekte haklı bulunulduklarını kabul eylemiştir. Tarafların geri kalan taleplerini ret eylemiştir.

Davalılar müddeti içinde bu karar aleyhine Federal mahkemeye baş vurdular ve ilk mahkeme önündeki iddialarını tekrarlamışlardır.

Federal mahkeme bu rüracaatı ret etmiştir.

KARAR :

1. Hükmü temyiz edenlerin işaret ettiği gibi, Federal mahkeme bu davadaki salâhiyetini tâyin için A. Redard'ın terekesinin safı kıymetini esas olarak ele alması icabetmez. Filhakika kendilerine karşı açılan vasiyetin iptali davası müteveffanın yaptığı ölüme bağlı teberrülerden ancak bir kısımına taallûk etmektedir. Şu halde yalnız onalara taallûk eden vasiyetlerin kıymeti nazara itibare alınabilir; buna mukabil gıyaplarında muhakeme cereyan etmiş olanlar lehine yapılmış olan vasiyetlerin kıymetini nazarı itibare almamak gerekir.

280

Hakikatte davacıların ileri sürdüğü hukukî mütalâa vasiyetin tamamının iptaline hüküm verilemesine müncar olur; fakat iptale karar verilmiş olursa bu iptal tesirlerini ancak kısmen ve ancak davalılar hakkında hâsıl edebilecektir; fakat butlan kararı, davaya itiraz etmemiş olan ve vasiyetin muteber olduğunu kabul etmesi muhtemel bir kararın haklarında her hangi bir netice tevlit edemiyeceği musahelmer muvacehesinde esasen mevcut telâkki edilmelidir. Nasıl kanunî mirasçıların batıl bir vasiyetin o vasiyette gösterilen müstefitlerden yalnız bir kısmı hakkında hüküm hâsıl etmesine müsaade etmeleri mümkünse, bu davada verilecek hükmün ancak bu hükmün verilmesine âmil olanlar hakkında hüküm hâsıl edebilecektir. Bu şartlar altında müdeabihin kıymeti yalnız üç mümeyyiz davalıya yapılan ölüme bağlı teberrülerin : Vasiyetlerin kıymetine göre tâyin edilecektir.

2. Terekenin mevcudat defterine göre müteveffanın davalılara bıraktığı menkul ve gayrimenkullerin değeri 24845 franktır. Bunun 20515 frangı gayrımenkul kıymetindedir. Diğer taraftan terekenin passifi, müteveffanın kefalet borçları hariç, 20160 franktır. Müteveffanın alacaklıları, Medenî Kanunun 564 (TMK. 543) maddesi mucibince musalehlerin haklarına takaddüm edeceklerinden musalehler vasiyetlerle mütenasip olarak bu pasifi tediye etmek ile mükellef tutulabileceklerdir.

3. Bahis mevzuu olan mesele, Kanton mahkemesinin ilk anda sandığı gibi, itiraza uğrayan vasiyetin müteveffanın iradesinin bir ifadesi olup olmadığı hususu değildir; bahis mevzuu olan sadece müteveffahnın — MK. nın 505 (TMK. 485) tarafından talep edildiği gibi — vasiyetnamesini (imzalayıp imzalamadığı) meselesidir. Çünkü vasiyetçinin imzası müteveffanın el yazısı ile yaptığı vasiyetin menşeini gösteren sadece bir delil değil, bu çeşit vasiyetin mevcut olması için kanunun aradığı resmî şekillerden birisidir.

İmza; hukukî neticeler hâsıl edecek olan bir iradeyi ishar için bir kimsenin müracaat ettiği harici alâmet olduğundan, atıldığı yer kendisi ile, te yit etmek istediği irade beyanı arasındaki mevcut münasebeti göstermelidir. Bu vazifesinden başka imza, taallûk ettiği senedin başka malûmat ile tamamlanmasına ve bu suretle o senedin muhtevasının tadil edilmesinin önüne geçmek gibi bir vazifesi daha vardır. Vasiyetnamelerde bilhassa önem kazanan bu ikinci fonksiyon (vazife) imzanın kendisine hukukî kuvvet verdiği metninin umumiyetle altına konması ile tezahür eder; netekim Almanca imza mânasına gelen **Unterschrift** kelimesinin harfiyen mânası **alta yazılan yazı** demektir.

İmzanın gerçekleştirmek istediği netice, imzanın taallûk ettiği senet birden çok kâğıt yaprağı üzerine yazılmış olsa da hâsıl olabilir, fakat bunun için her yaprağın muhtevasından anlaşılacak surette bu yapraklar arasında aşikâr bir bağ olmalıdır; meselâ birinci yaprak üzerinde başlayan bir cümlenin ikinci yaprakta devam etmesi ve bu suretle ikinci yaprağın üzerine konan imzanın birinci yaprağın muhtevasına da şâmil olduğunda hiç bir şüphe bulunmadığı zaman böyledir (bak. Staudinger's Kommentar Erbrecht V s. 609 not 3; Pandectes francaises, Donations et testaments kelimelerine Suppl. N. 936; Dalloz per. 1894, I, s. 534 ve 1902 II s. 226). Diğer taraftan bu ikinci kâğıtın mahiyet ve şekli ikinci derecede önemi haizdir, bu kâğıtın vasiyetçinin son arzularını ikmal eden ve vasiyetini ihtiva eden bir mektup zarfı olmasına hiç bir mâni yoktur.

4. Şu halde Federal mahkemenin bu davada araması icap eden husus mütevaffa Auguste Redard'ın zarf üzerine yazdığı cümlenin, vasiyetnamesini ihtiva eden yaprağın bir devamı ve bu itibarla o kâğıtla bir kül teşkil edip etmediğidir. Vasiyetnamenin son cümleleri zarf üzerine yazılmış ve bu cümlelerden hemen sonra imzası gelmiş olsaydı bu suale müsbet cevap vermek gerekirdi; fakat vaziyet böyle değildir, zarf üzerine yazılan ibareler yalnız başlarına mükemmelen anlaşılacak bir mânayı haizdir. Bundan başka, Kanton mahkemesinin haklı olarak belirttiği gibi, son sahife üzerinde imza atacak kadar yer kaldığını da belirtmek lâzımdır. Zarf üzerine atılmış olan imza olan imzanın; gerek bizzatihi, gerek kendisinden önce gelen metin karşısında zarfın muhtevasından mutlak surette müstakil bir mahiyet taşıdığını kabul etmek icabeder.

5. Bir zarf üzerine atılan imza ile o zarf muhtevası arasında zarurî bir rabıta bulunduğu harici birtakım hal ve şartlardan çıkarılabilir mi meselesini de araştırmak lâzımdır. Fransız mahkemeleri bu suale önceleri menfi şekilde cevap vermişlerdi (bak. Padectes françaises ve Dalloz adı geçen yerleri. Daha sonra Fransız temyiz mahkemesi fiili meseleyi tahkik eden ilk derce mahkemelerinin buna muhalif bir hal sureti kabul edebilmeleri ihtimalini derpiş etmiştir (Dalloz pêr. 1894 T. s. 534); netekim Paris İstinaf mahkemesi, vasiyetin ve imzanın aynı zamanda atılmış olmasında ve müteveffanın vasiyeti kilitlediği bir çekmeceye koymuş bulunmasında, bu rabıtanın bir delilini görmüştür. Almanyada bu mesele umumiyetle menfi şekilde halledilmiştir (bak. R. d. O. L. G. 1905 s. 306 ve R. G. cilt 61 s. 8), bununla beraber Berlin Yüksek mahkemesinin bir kararında vasiyetin yalnız tarihi bakımından, başka bir hal suretinin kabul edilmesi imkânı bulunduğunu, fakat bu cihetin fiilî meseleyi tahkik eden ilk derce hhâkiminin takdir hakkı çerçevesine girdiğini kabul etmiştir (bak Sêuffert's Blaetter für Rechtsprechung, 1901 s. 77).

792

İsviçrede bu mesele Federal Adlî Teşkilât Kanunun 81. maddesinin 2. fıkrasına göre Federal mahkemenin salâhiyeti cümlesindendir. Federal mahkeme daha önce kefalet akdi münasebetile, bir irade beyanı ile ona kanuni bir kuvvet verecek olan imza arasındaki rabıtanın bu beyan ve imzaya mücavir hal ve şartlarda aranıp aranamıyacağı meselesini incelemiştir (Bak Federal mahkeme kararları cilt 33 kısım II s. 106). Federal mahkemenin kanaatine göre, bir irade beyanının mâna ve hakiki şümulünü tâyin etmek için bu şekilde hareket etmek mümkündür, fakat bir irade beyanı ile o beyanı yapan kimsenin imzası arasındaki zarurî münasebet bakımından böyle harekete cevaz yoktur. Bu görüş vasiyetler hakkında da kabul edilmek icabeder. Bir irade beyanı ile bu beyanın bulunduğu kâğıttan başka bir kâğıta atılan imza arasındaki münasebeti tali birtakım hal ve şartlardan çıkarmak mümkün olursa, bunun neticesi, bu imzanın bu rabıtayı da teyit etmesi ve şümulü içine alması hiç bir zaman mümkün olamıyacaktır. Halbuki bir vasiyetnamenin imzalı olduğunu beyan edebilmek için zaruri olan şey de budur. Bu davada imza ile irade beyanı arasındaki rabıtayı ispat edebilecek olan tek olay senedin Redard tarafından yapılmış olması onun tarafından zarfa konması, onun kendi mühürü ile mühürlemesidir, yani imzanın zarf üzerine atılması ile sıkı bir rabıta halinde olmayan bir takım fiillerdir. Böyle hareket edilirse, müteveffanın vasiyetini bitirip bitirmediği, biraktığı kâğıtın alelâde bir vasiyet projesi olup olmadığını tâyin için şahitlerin hemen her zaman muhakkak olmayan ifadelerine müracaat etmek ve bu meselelerin hallini bu şahadetlere bağlamak icabedecektir. Danz adındaki bir Alman müellifi (bak. Auslegung der Rechtsgeschefte s. 176 ve devamı) ile birlikte, imza ile onun atılış tarzının genel olarak kabul edilen itiyat ve âdetlere tabi olduğu kabul olunsa bile, davalıların ifadesine göre müteveffanın vasiyetnamesini imzalayış tarzı bu mahiyeti haiz değildi; her halde Kanton mahkemesi böyle bir âdetin vücudunu tesbit etmiş değildir, davalılar da böyle bir şey ileri sürmüş değildirler.

6. Bu hale göre Federal mahkeme tarafların ileri sürdüğü diğer meseleleri, hususile, müteveffanın kaleme aldığı vasiyete attığı ve noter'in vasiyetin kendisine tevdi edildiği tarih olarak beyan ettiği tarihten mukaddem olan tarihin doğru olup olmadığını tetkike mahal yoktur; bundan başka müteveffanın zarf üzerine imza mı atmak, yoksa sadece adını ve soy adını mı yazmak mı istemiş olduğunu aramağa da hacet yoktur (Kanton mahkemesi, vasiyetçinin mutat olarak kullandığı paragrafı kullanmış olmasına bakarak bunun bir imza olmadığına hükmetmişti).

II. Hukuk dairesi. — Ursprung, Soldati, Jagaer, Ostertag, Gottofrey, Rossel ve Hauser.

Vasiyet ehliyeti. İptal kararının nisbî tesiri.

Bir vasiyetin iptali için vasiyetçinin kanuni mirasçısı tarafından musalehler ve vasiyeti tenfiz memurları aleyhine dava açılmıştır. — İptal davası vasiyetçinin vasiyeti yaptığı sırada temyiz kudretinden mahrum olduğu hususuna dayanmaktadır. — Mahkeme ve Federal mahkeme bilirkişi olarak tâyin edilmiş olan hâkimlerin verdikleri raporları takdirine esas tutarak vasiyetçinin ehliyetsizliğini kabul etmiştir. — Federal mahkeme iptal edilen vasiyet ile tâyin edilen vasiyeti tenfiz memurları aleyhine açılan iptal davasının da mesmu olduğunu kabul etmiştir.

Hukukî ehliyet hakkında 1881 tarihli Kanun m. 4.

MK 518, 519, 520;
TMK. 498, 499, 500.

1 Hafızası işlemez bir hale gelecek ve dış hayata ait hadiseleri doğru bir surette anlayamayacak kadar ihtiyarlık bunamasına (dèmence sènile) uğrayan bir kimse vasiyet yapmak ehliyetinden mahrum sayılmalıdır. Bu huhusta uzman hekimler tarafından yapılan ince ve etraflı müşahedeler ve bunlara müstenit mütalâalar tıbbı bilgiden mahrum şahıtlerin günlük hayatta yaptıkları müşahedeler üstün bir isbat değeri taşır.

2. Bir vasiyetin iptalı hakkındaki dava yalnız mirasçı ve musalehlere karşı değil, bahis mevzuu vasiyette gösterilen vasiyeti tenfiz memurlarına karşı da açılabilir.

Bruggusser ve Isler—Seiler ve arkadaşları—25 nisan 1918
Jd T 1918 s. 624 ve deavmı

---

1. Hafızası işlemez bir hale gelecek ve dış hayata ait hadiseleri doğru bir surette anlayamıyacak kadar ihtiyarlık bunamasına (dêmence sênile) uğrayan bir kimse vasiyet yapmak ehliyetinden mahrum sayılmalıdır. Bu hususta uzman hekimler tarafından yapılan ince ve etraflı müşahedeler ve bunlara müstenit mütalâalar tabbı bilgiden mahrum şahitlerin günlük hayatta yaptıkları müşahedelere üstün bir ispat değeri taşır.

2. Bir vasiyetin iptalı hakkındaki dava yalnız mirasçı ve musalehlere karşı değil, bahis mevzuu vasiyette gösterilen vasiyeti tenfiz memurlarına karşı da açılabilir.

796

Bruggusser ve Isler - Seiler ve arkadaşları - 25 Nisan 1918.

J. d. T. 1918 s. 624 ve devamı.

Olaylar (çeviren tarafından çok kısaltılmıştır) :

A. Bayan Emilie, Isler 1842 tarihinde doğmuştur. 1906 yılında kardaşının ölümü üzerine onun 1000000 franklık servetine mirasçı olmuştur. Avukat Emile İsler, bayan İsler'in amcazadesi ve konduğu mirasın vekilidir. Fahat bu vekâletten 1908 de istifa etmiştir. Zira müvekkilesinin kendi haberi olmadan iki defa 100000 bin franklık hibe yaptığını öğrenmiş ve bu hali kendi hakkında gösterilmiş bir itimatsızlık saymıştır. 1907 yılında, aile hekiminin bir ifadesine göre, yüz adalelerinde ve sağ kolunda hafif felç alametleri görülmüştür. 1909 Şubatında daha kuvvetli bir felç artmasına uğradı. Sonra iyileşti. 6 Haziran 1910 tarihinde kendisinde zihnî zaaf görüldüğünden amca zadesi avukat Emilie İsler hacredilmesi için teşebbüse girişti ise de bu teşebbüs salâhiyet bakımından neticelenmedi. 30 Ağustos 1910 tarihinde vasiyetçinin en yakın kanunî mirasçısı olan yeğeni Otto Bruggrisser halasının hacredilmesi için yeniden bir müracaatta bulundu. Mahkemenin tâyin ettiği iki bilirkişi şunlardı : Königsfelden timarhanesi direktörü doktor Fröhlich ve Zürich'te sağlık müesseleri eski müfettişi Dr. Rcklin. Bu zatlar vasiyetçiyi Bern'deki ikametgâhında 7 ve 27 Mart 1911 tarihinde iki kere ziyaret ettikten sonra verdikleri raporda ezcümle şu hususu bildirmişlerdir : Bayan İsler'in müptela olduğu rahatsızlık gayet açık ve hiç bir tereddüde yer vermeyecek mahiyettedir : Bu bayan felç ataklarından ileri gelen zihni melekeler zaafına ve yaşının ilerlemesinden ileri gelen bir zihni zaafa müptelâdır (dêmence postapopleptique ve démence sénile)... Bunun üzerine vasiyetçi 13 Mayıs 1911 tarihinde hacredilmiş ve 1 Eylül 1913 tarihinde vefat etmiştir.

B. Vasiyetçinin vefatında dört vasiyeti olduğu görülmüştür. Bu vasiyetlerin tarihleri 17 Haziran 1908 ile 15 Eylül 1919 arasında yer almaktadır.

Otto Bruggrisser 1913 Aralık ayında bu vasiyetlerin iptali için dava açtı. 15 Eylül 1910 tarihli son vasiyet dolayısı ile açılan dava :

1. Vasiyetçinin mensup mirasçı tâyin ettiği ve 30 yıllık hizmetçisi olan Lina Seiler,

2. Bu hizmetçinin akrabaları olan Walter ile karısı ve kızları (musaleh sıfatı ile),

3. Vasiyeti tenfiz memuru olarak tâyin edilmiş olan avukat ve doktor Brand'lar

795

C. Argovie Kanton mahkemesi verdiği 1 Aralık 1917 tarihli kararda davayı kabul etti, ancak vasiyeti tenfiz memurları aleyhine a — bunların husumet ehliyeti olmamasından dolayı — davayı ret etti.

D. Bu karar aleyhine gerek davacılar gerek davalılar Federal mahkemeye baş vurdular.

Davacılar vasiyetin iptalı hakkındaki davalarının Brand kardeşler aleyhinde de kabul olunmasını talep etmişlerdi. Çünkü bunlar da vasiyetin icrasından ve tenfizinden mütevellit menfaatlerden faydalanacaklardır.

Davalılar da kararın bozulmasını ezcümle Otto Bruggrisser'in davasının tamamile ret olunmasını, ikinci derecede olarak da 15 Eylül 1910 tarihinden önce yapılmış olan vasiyetlerin iptalı hakkındaki talebin reddolunmasını, işin tekrar Kanton mahkemesine iade olunarak yeni bir bilirkişi tetkikatı yaptırılmasını talep etmişlerdir.

Federal mahkeme davalılardan Lina, Walter, Caroline ve Marta Seiler'in taleplerini ret eylemiştir. Kanton mahkemesinin onlar hakkındaki kararını muhafaza etmiştir. Buna mukabil davacıların müracaatını kabul eyledi. Yani onların vasiyeti tenfiz memuru hakkındaki davalarını varit gördü ve ilâmın bunların muhakeme masraflarının bir kısmını davacılara yükleyen kısmını bozdu.

GEREKÇEDEN PARÇALAR :

1 — .....

2 — Vasiyeti tenfiz memurlarına husumet teveccüh etmiyeceği hususunda Kanton mahkemesi tarafından kabul edilen fikir doğru değildir. Bahis mevzuu olan husus mirasçı nasbı veya muayyen malların teberrüü bahsinde çıkan bir ihtilâfta vasiyeti tenfiz memurlarına husumet teveccüh edip etmiyeceği meselesi değil, bundan çok farklı ve müstakil olan şu konudur : Vasiyeti tenfiz memuru tâyini hakkındaki tasarruf Medenî Kanunun 519 (TMK 489) ve müteakip maddeleri mucibince bir iptal davasına konu teşkil edebilir mi?. Kanunun vasiyeti tenfiz memurlarını tâyin ve iptal davasına verdiği şekil ve malûm olmasına göre bu suale müsbet şekilde cevap vermek icabeder. Kanun bir vasiyeti tenfiz memuru tâyin için vasiyet şekline riayet edilmesini ve bu tasarrufun başka konulu vasiyetlerin sıhhat şartlarına tabi olmasını emrediyor. Demekki kanun vasiyeti tenfiz memuru tâyini keyfiyetini açıkça bir ölüme

796

bağlı tasarruf yani miras hukuku alanına giren bir tasarruf muamelesi sayıyor. Hakikatte vasiyeti tenfiz memuru hasıl ettiği neticeler itibarile gerçekten ölüme bağlı bir tasarruf olarak tecelli ediyor. Çünkü 518 (TMK 488) maddeye göre haddizatında mirasçılara ait olan terekenin idare ve taksimi borçların ve vasiyetlerin hükümlerinin yerine getirilmesi gibi haklar onların elinden alınmış ve bir üçüncü şahsa yani tenfiz memuruna verilmiştir. Şu halde kendi haklarını ihlâl eden her hangi bir tasarruf gibi bu tâyin keyfiyetini de, — MK. 519 (TMK. 489) ve sonraki maddelerde yazılı noksanlarla malûl olduğu takdirde — iptal ettirmek bir mirasçının çok tabiî olan bir hakkıdır. Zaten 519 uncu madde bahis mevzuu noksanlara istinat eden bir iptal davasının yalnız mensup mirasçı veya musalehler aleyhine değil, davacının mirasçı veya musaleh sıfatile iptal ettirmekte menfaat mülâhaza ettiği (her ölüme bağlı tasarruf)a karşı açılabileceğini ifade ederken tesadüfi bir ibare kullanmış veya bir zaafı telifte bulunmuş değildir. Müteveffanın serveti üzerinde ancak müteveffanın ölümü halinde kullanılabilecek haklar ihdas eden her hukukî muameleye, ölüme bağlı tasarruf dendiğine göre, aynı ölçü dahilinde vasiyeti tenfiz memuru tâyini hakkındaki tasarrufun iptali imkânı kabul olunmalıdır. Mirasçılar ve musalehler aleyhine açılan davanın yanında bir de tenfiz memuru aleyhine bir iptal davası açmağa lüzum olmadığı, çünkü mensup mirasçı ve musalehlere yapılan teberrüler iptal edilmekle esasen tenfiz memuruna verilen vekâletin muhtevasız ve mevzusuz kalacağı ileri sürülüyor. Fakat bu itiraza önem vermemek lâzımdır. Bahis mevzuu mirasçı ve musalehler sadece iptali istenen vasiyetnamede tâyin edilenlerden ibaret olsaydı belki bu itiraz bir dereceye kadar değer kazanırdı. Halbuki durum böyle değildir. 15 Eylül 1910 tarihli vasiyetnamede bu davada dahil olan davalılardan başka birtakım müstefitler daha gösteriyor. İsviçre Medenî Kanununun sistemine göre vasiyet etmek ehliyetinden mahrum bir kimse tarafından yapılan bir vasiyet mutlak butlan ile malûl olmadığına sadece iptali kabil bulunduğuna göre ve umumî prensiplere göre, sadece bir butlan sebebini tesbit eden bir karar (ilâm) her kim aleyhine verilmişse ancak onlar hakkında kabiliyeti icraiyeyi haiz bulunmasına göre bu davadaki davalılara karşı vasiyetin iptalı talebinin kabul olunması 15 Eylül 1910 tarihli vasiyetin tamamının iptalını icap etmez, sadece bu musalehlerin lehlerine yapılmış olan teberrüleri iptal eder. Diğer bütün hususlarda, yani bu davada müddeialey durumunda bulunmayan kimselere yapılan diğer ölüme bağlı teberrüler bakımından bu vasiyet muvakkaten tesirini mumafaza eder. Bazı şarihlerin bu hal suretine muhalif bir mütalâa serdetmeleri Pandekt Hukukunda (müşterek hukukta) haklı olabilir; bu hukuk sistemine

792

göre mirasçı nasbı zaruri ve vasiyetin mütemmim cüzünü teşkil ediyordu bu itibarla hukuk sisteminde vasiyetin iptali vasiyetteki sair bütün şartların iptalini mucip oluyordu. Böyle bir tabiiyet rabıtasını tanımayan İsviçre Medenî Kanununa göre bu görüş tarzı doğru sayılamaz ve kanun metninde de bu görüş tarzı lehine hiç bir delil mevcut değildir. Vasiyetçinin tâyin ettiği diğer musalehler (yani bu davada dahil olmayan musalehler) tarafından açılan vasiyetlerin tenfizi hakkındaki davaya karşı bu davada davacı durumunda bulunan mirasçıların o musalehlerin lehine yapılmış olan vasiyetin butlanının def'i yolu ile ileri sürüp süremiyecekleri ve bu müdafaa vasıtasına karşı diğer tarafın iptal davasının zamanaşımına uğramasından mütevellit bir def'i dermeyan edip edemiyecekleri meselesini burada incelemek lüzumsuzdur. İlk hal suretinin doğru olduğu kabul edilse bile, davacılar ile musalehler arasındaki davada bu def'in haklı olduğunu teslim eden bir hüküm verilinciye kadar, bahis mevzuu hükümler baki kalırdı. İmdi, davacılara tenfiz memurlarının tâyinini iptal için hususi bir dava açmak imkânı ret olunursa, vasiyet hükmünü muhafaza ettiği müddetçe tenfiz memurlarının hakları da baki kalacaktır. Bunun neticesi olarak da davacılar tenfiz memurlarının vasiyetin iptal edilmemiş kısmının tenfizi için terekenin tasfiyesine müdahale etmelerine ses çıkaramamaları gerekirdi. İşte bu sebepten dolayı davacılar, vasiyetçinin vasiyet ehliyetinden mahrum olması sebebile vasiyetin iptalini yalnız müddeaaleyh mensup mirasçı ve musalehlere karşı değil, fakat vasiyeti tenfiz memurlarına karşı dermeyan etmekte de inkâr kabul etmez bir hukukî menfaata maliktirler.

3. Davacının esasına, yani davanın maddi hukuk bakımından temeline gelince, vasiyet etme ehliyetinin vasiyetin tanzim edildiği tarihte mer'î hükümlere göre incelenmesi icap ettiğini belirtmek yerinde olur. Şu halde 1 Ocak 1912 tarihinden önce yapılmış olan vasiyetler hukukî ehliyet hakkındaki 1881 tarihli Kanunun 4. maddesine göre tetkik edilmek gerekir. Şu halde davanın akibeti, müteveffanın, iptali istenen dört vasiyeti yaptığı sırada sözü geçen 4. maddenin ifadesine göre (aklını kullanmaktan) mahrum veya (muameleleri hakkında şuura gayri sahip) olup olmadığını tâyin lâzımdır. Federal mahkemenin haiz olduğu takdir salâhiyetinin şümulünü tâyin için bu kabil bütün davalarda olduğu gibi, bir taraftan muayyen bir zihnî durumdan vasiyet etme ehliyetinin mevcudiyetine intikal etmek muamelesi ile, bizzat bu aklı durumun tesbiti ameliyesini birbirinden ayırmak lâzımdır. İlk ameliyede, hukuku tatbik etmek yani fiilî bir durumu kanunun teyit ettiği muayyen bir hukuk mefhumu şümulüne idhal etmek bahis mevzuudur. Bu bakımdan Federal mahkemece tetkik olunabilir. İkinci ameliyeye yâni bir kimse-

nin muayyen bir anda haiz olduğu akli durumun tesbitine gelince bu, doğrudan doğruya bir maddî hadisedir. Bu bakımdan Federal mahkeme Kanton mahkemesinin bu hususa ilişkin müşahedelerile bağlıdır, meğer ki bu müşahedeler dosyadaki evrak veya beyyinelere müteallik Federal Hukuk ile taarruz halinde ola. Şu halde Federal mahkeme, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın dayandığı isbat vasıtalarını ve bunların isbat değerini yeniden gözden geçiremez... Federal mahkeme, ilk bilirkişileri bitaraf olmamaları hasebile yeniden bilirkişi tetkikatı yaptırmak üzere dosyanın Kanton mahkemesine gönderilmesi hakkında davalılar tarafından yapılan talebi de kabul edemez. Çünkü verdikleri rapora itimat edilebilmesi gereken şahsî kifayet ve teminatı haiz olup olmadıklarını tâyin keyfiyeti delillerin takdiri ve Hukuk Muhakemeleri Usulünün tatbiki meselesidir. Bu meselenin tetkiki ise Kanton mahkemesinin salâhiyeti cümlesindendir. Olsa olsa dosya, dava hakkında karar verilmesine müsaade etmiyecek kadar boşluk arzederse, Kanton mahkemesine iade olunabilir; bu takdirde de mahkemesi eski raporun onu verenler tarafından mı yoksa yeni bilirkişiler tarafından mı tamamlanacağını yine Kanton mahkemesi tâyin eder (F. M. Kararları c. 29 II s. 196; Praxis 1918 N. 35).

4. Bu mülâhazalara dayanarak münazaalı meselenin tetkikine girişilirse, hacir davası esnasında ilk defa bilirkişiler tarafından muayene edildiği sırda (Mart 1911) müteveffanın, kendisini hareket etmek iktidarından mahrum eden bir aklî melekeler za'finden muztarip olduğu şüphesizdir. Bilirkişilerin verdikleri raporda (konuşma, hafıza, düşünme ve muhakeme etme melekelerini müteessir eden vahim bozukluk ve teşevvüşler; iradenin anormal bir surette tesire maruz oluşu ve istiklâlden mahrum bulunuşu) gibi gördükleri alâmetleri sayarak sırf tıbbî müşahedelerle iktifa edecekleri yerde hukukî mefhumları tatbik ettikleri kabul edilse bile; vasiyetçiyi şahsen muayene ederek vardıkları ve raporlarında bildirdikleri neticeye dayanarak vardıkları neticelere iştirak etmek icabediyor. Bilirkişilerin verdiği rapordan müteveffanın; kendi yasını, doğum yılını, İngitlerede uzun zaman yaşadığın şehirin adını (Manchester), birlikte aynı çatı altında uzun yıllar birlikte yaşadığı hekiminin adını, hizmetçisi Julia Widmer'in adını söyleyebilecek durumda olmadığı anlaşılıyor. Kurşun kalem, manşet gibi her gün kullanılan eşyaları bir kelime ile ifade edemediği, uzun ve beceriksizce tarif ve tasvirlere giriştiği tesbit ediliyor. Cevap olarak bulduğu bir kelime veya ibareyi, kendisi ile hiç bir ilgisi olmayan diğer birtakım suallere de cevap

779

olarak bir müddet tekrarladığı, bilirkişilerin bu hususta bir çok dikkate değer misaller verdiği görülüyor. Basit mefhumların tarif ve tasvirlerle izahı (paraphasie) ve fikirlerin taannüdü (perseveratio), bilirkişilerin ifadasine göre felçten sonra görülen veya ihtiyarlık bunamaların (dêmence postapoplectique et sênile) tipik alametleridir. Şimdi bu alâmetler tesbit edilen diğer teşevvüslerle (en basit hadiseler hakkında bile hafıza noksanı, bizzat vasiyetçinin hayatından alınan en yeni hadiseler hakkında dahi bir dereceye kadar mazbut ve birbirbini tutar bir şekilde hikâye etmek imkânsızlığı), Hacır Usulü Muhakemesi esnasında bilirkişilerin hareket etmek ehliyeti hususunda vardıkları neticeleri haklı göstermeğe kâfidir : Eşyayı anlamak melekesi yani harici aleme ait hadiseleri makûl bir şekilde anlamak melekesi ve hafıza yani bu hâdiseleri tasavvur etmek melekesi bu derecede noksan olduğu zaman; hareket tarzını makbul sayılabilecek saiklere istinat ettirmek imkânı da noksan olur ve muamelede bulunmak ehliyeti biraz (hallucinations), sabit fikir sahibi olan veya bunlara benzer sair aklı hastalıklardan muztarip kimselerde olduğu kadar sarsılmıştır ve bu kimselerin acaip hareketleri bu hali hemen ilk bakışta herkese anlatır.

Bu suretle artık tetkiki icabeden mesele şundan ibaret oluyor : 1911 yılı Martında müşahede edilen bu aklî durumun daha önceki devrede yani 1909 yılı sonbahar ve kışı ile 1910 yılı yaz ve son baharında, yani vasiyetlerin yapıldığı tarihte mevcut mu idi?. Bu suale hiç tereddüt etmeden müsbet şekilde cevap vermek lâzımdır. Felç nöbetinin sebep olduğu had hastalığın alâmetleri nisbeten kısa bir zaman içinde ortadan kaybolmakla beraber vasiyetçinin bu kısmî iyileşmeğe rağmen, 1909 yazından 1910 yılı başlangıcına kadar daha sonra bilirkişiler tarfından tesbit edilen aklî durumda bulunduğunu kabul ettirecek bir çok alâmetler vardır. Aile doktoru olan ve hastayı 1909 yılı Mart, Nisan ve Ağustos aylarında ve Ocak 1910 yılında dört defa muayene etmiş olan Dr. Müller'in şehadet bu cümledendir. Bu hekim, bilirkişi Dr. Fröhlich ve Dr. Ricklin'in hastanın akıl ve karakter zafiyeti hakkındaki müşahedelerinin kendi müşahedelerine uygun olduğunu vasiyetçinin kendisinde hem ilk ziyareti esnasında hem sonraki ziyaretleri esnasında akıl zaifliği intibaını verdiği beyan ediyor. Vasiyetçinin noteri ve vekili olan Bocsler'in 1909 son baharında kendi müdahelesini icabettiren birtakım olaylar hakkında verdiği ifadeleri de belirtmek gerekir. Bu şehadetten anlaşılıyor ki(bu şehadete kimse itiraz etmemiştir) vasiyetçi 1908 de ve 1909 yazında müteveffa biraderi Otto'nun arkadaşı olup Lüsern şehrinde ikamet eden ve vasiyetçiyi sık sık görmeğe gelen H. Siegler adında bir zata 100000 franklık hibede bulunmuştur. Bundan biraz sonra M. Zehnder adında birisine

temsil salâhiyeti verdiği ve bu adamın bu temsil yetkisine dayanarak bankadaki hesabından 107000 frank çektiğin de beyan etmiştir. 1009 yılı Eylülünde Lina Seiler ve Bayan Zehnder tarafından vasiyetçinin Siegler adındaki adama yaptığı teberrüler ihbar edilip de vasiyetçi ile görüştüğü zaman olayların onun hafızasında hiç bir iz bırakmadığını müşahede etmiştir. Vasiyetçi Siegler'e ikinci defa yapılan 100000 franklık tediyatın bir hibe mi, yoksa bir karz mı olduğunu bu muameleler için senet tanzim edilip edilmediğini izah edemidiği, halbuki sonradan Siegler ile yaptığı temasta ortaya üç senedin çıktığı, bu senetlerden birinin bir karz makbuzu olduğu, ikincisinin bir hibe senedi üçüncüsünün ise banka için verilmiş bir salâhiyetname olduğu görüldüğü bildirilmiştir. İşin garip tarafı kendi verdiği borç ikrarı da dahil olduğu halde, bu üç belgenin de Siegler'in elinde bulunması idi. Vasiyetçi, daha önce 1908 tarihinde Siegler'e verdiği vekâletname ile bu zatın bankadan 100000 frank aldığını da hiç hatırlayamıyordu. Yine Zehnder'e verdiği vekâleti ve bu zatın 107000 frank çektiğini de ancak neden sonra ve Bochsler işi banka hesaplarından çıkardığı zaman hatırlayabilmiş ve bahis mevzuu meblağın küçük bir para olduğunu beyan etmiştir. Vasiyetçinin verdiği paraların yüzbinlerce franga baliğ olduğu düşünülürse bu durum; şu muamelelerin cereyan ettiği tarihte bile onun, günlük hayatın çerçevesi dışına çıkan olayları makûl bir şekilde anlamak ve değerlendirmek ve başkalarının yaptığı telkinlerin ve taleplerin meşrutiyetini ve şümulünü ölçmek iktidarından mahrum olduğuna kesin bir delil teşkil eder. Bu suretle Dr. Müller'in şehadeti, doğruluğu hakkında her türlü şüpheleri bertaraf edecek bir şekilde teyit edilmiş bulunuyor.

Müteakip yani 1910 yılı yaz ve son baharını içine alan devre için de durum aynıdır. Bilirkişilerin fikrine göre vasiyetçinin bedeni hatta aklî halinde bazı temevvüçler vuku bulmuş olması mümkündür. Ancak yine aynı bilirkişilerin fikrine göre vasiyetçinin durumunda sonradan vukua gelen zayıflama gözönünde tutulursa, bu durumun 1909 ve 1911 başlangıcındaki duruma nazaran 1910 yılında esaslı bir iyileşme olması varit olamaz. Bu, hastalığın mahiyeti, teşrihi ve psikoloji sebepleri, ruh tababeti iliminin (psychiâtrie) tecrübeleri üzerine müstenit bir tabiî müşahedir. Bu mahiyeti itibarile bu müşahede yargıcı bağlar...

Vasiyetleri tanzim ettiği sırada vasiyetçinin makûl bir surette hareket etmek iktidarını kendisinden nez'eden bir halde bulunduğunu kesin bir surette gösteren bu olaylar karşısında; aynı devrede vasiyetçiyi ziyaret edip onu akılca normal bulduklarını ifade eden ve tamamile makbul saiklerle şahadet ettikleri anlaşılan şahitlerin beyanatının nazarı itibare alınmasına imkân yoktur. Garip ve had tezahürler halinde belirmeyen,

801

fakat aklî kuvvetlerin çöküşü suretile ortaya çıkan akıl hastalıklarının, tecrübeden mahrum bir müşahidin gözünden kolayca kaçacağı ve ancak salâhiyetli bir kimsenin etraflı ve ince bir muayenesi ile meydana çıkacağı tecrübe ile sabit olmuştur. Çünkü aklî ehliyetin her şeyden önce, düşünme alanının pek mahdut olduğu günlük hayat hadiseleri bakımından devam ettiği ve bu itibarla konuşmalar bu hadiseler üzerinde cereyn ettikçe aklı melekelerin bozuluşu göze çarpmaktadır.

Bu hadisede de bahis mevzuu olan böyle bir hastalık olduğu için birtakım şahitlerin başka birtakım kimseler tarafından müşahede edilen aklı zayıflamayı farketmemiş olması kesin bir önem kazanamaz...

II. Hukuk dairesi . — Ostertag, Jagaer, Reichel, Gootfrey, Rossel, Hauser ve Thêlin.

Çeviren : **F. A.**

Mühim tashihi :

Adalet Dergisi yıl 39 syı 3. de sahife 296 da çıkan Fed. Mahkeme Kararının ilk satırları eksiktir. Şu ibarenin eklenmesi gerekir : «Bir takım esham ve tahvilât üzerine sahibi tarafından yazılan ve bu eshamın mülkiyetinin başkasına devir edildiğini ifade...».

BİBLİYOGRAFYA

Dr. ORHAN MÜNİR ÇAĞIL : «STAMMLER'İN CEMİYET VE HUKUK FELSEFESİ II. İstanbul İsmail Akgün Basımevi : 1948.

⁂

Prof. ZEKİ MESUD ALSAN : DEVLETLER HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER. Ankara Millî Eğitim B. 948, 400 Krş.

⁂

Ord. Prof. Dr. ALİ FUAD BAŞGİL : ANA HUKUK DERSLERİ. Cilt : I, Fasikül : I. İstanbul Halk Kitapevi : 1948, 400 Krş.

⁂

Prof. Dr. RECAİ OKANDAN : DEVLETİN BEŞERÎ UNSURU. İstanbul İsmail Akgün B. 948.

⁂

Dr. TARIK Z. TUNAYA : ÂMME HUKUKU VE JOPOLİTİK. İstanbul İsmail Akgün B. 948.

Dr. NURULLAH KUNTER : BUGÜNÜN CEZA HUKUKUNDA EMNİYET TEDBİRLERİNİN YERİ. İstanbul İsmail Akgün B. 948.

⁂

SÜLEYMAN NEHİP ULUKUT : ŞİKÂYETE VE ŞAHSÎ DAVAYA BAĞLI SUÇLARLA İCRA VE İFLÂS KANUNUNDAKİ ŞİKÂYETE BAĞLI SUÇLAR ÜZERİNDE BİR İNCELEME. İstanbul Osmanbey B. 948, 75 Krş.

⁂

Ord. Prof. EBÜL'ULÂ MARDİN : MEDENÎ HUKUK CEPHESİNDEN AHMET CEVDET PAŞA. İstanbul İsmail Akgün B. 948.

⁂

Prof. Dr. HIFZI VELDET : MEDENÎ HUKUKUN UMUMÎ ESASLARI. Üçüncü Bası. İstanbul Matbaacılık T. A. O. 948, 665 Krş.

803

⁂

Ord. Prof. MUSTAFA REŞİT BELGESAY : İCRA VE İFLÂS K. ŞERHİ. İkinci Bası. İstanbul Sucuoğlu B. 948, Forma : 1—3.

⁂

ŞEVKET MEHMET ALİ BİLGİŞİN : TİCARET HUKUKU PRENSİPLERİ. Cilt : I, İkinci Bası. İstanbul İsmail Akgün B. 948, 650 Krş.

⁂

ABDİ DENEL : TİCARET HUKUKU I. İkinci Bası. İstanbul Millî Eğitim B. 948. 165 Krş.

⁂

SON DEĞİŞİKLİKLERE GÖRE TİCARET K. Kitap : 2, DENİZ TİCARETİ. İstanbul İnkılâp Kitapevi. 125 Krş.

⁂

HUKUK VE İÇTİHATLAR DERGİSİ. Sayı : 15. 70 Krş.

İki ayda bir yayınlanan derginin Mayıs - Haziran 948 aylarına ait nüshası aşağıdaki yazı, Yargıtay ve Danıştay Kararları çıkmıştır :

Dergi : Yargıç adaylarına tanınan avukatlık hakkı; Kemal Onsun: Yeni Ticaret Kanunu Projesi Hakkında; İmran Öktem, Kemal Sayın, Nuri Ocakçıoğlu : Yargıtay Kararları Üzerinde İncelemeler; Yargıtay Ceza ve Hukuk Daireleriyle Danıştay Kararları.

⁂

İLERİ HUKUK DERGİSİ : Temmuz: 948, Sayı: 37, 50 Krş.

Avni Givda : Öldürerek iztıraptan kurtarma yanlış bir hareket midir (Terceme); Sadi Erten : Tapu işlerimizde sürati nasıl sağlayabiliriz; Dr. Necmeddin Berkin : İlletli senetlerde tasdik muamelesinin hukukî rolü adlı makalelerden başka Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 3 üncü Ceza Dairesinin 1, 2, 4, 5 inci Hukuk Dairelerinin 5, Ticaret Dairesi : 1, İcra ve İflâs Dairesi 2 kararı.

⁂

AYNI DERGİ. Sayı : 38, Ağustos : 948.

Yavuz Fındıkgil : Memurin Muhakematı Kanunu ve idarî kaza hakkında bir inceleme; Cahit Arif Tunger : Hukukî zihniyet; Dr. İur. Necmeddin Berkin : Tereke alacaklarının cebrî takibi; başlıklı makaleler ve

Yargıtay Ticaret Dairesinin 5; Birinci ve Dördüncü Hukuk Dairelerinin 8; Üçüncü Ceza Dairesinin I. kararı.

***

ISTANBUL BAROSU DERGİSİ: Mayıs 948, Sayı: 5, 50 Krş.

Doktrin : Avukat Dr. Necmeddin Berkin : Usul hukumuzda senetsiz ispat hakkı tanınan istisnai haller; Avukat Muin M. Küley : Şufa hakkının istimal müddeti.

Kanunlar : Avukat Hakkı Nezihi Savran : 1948 yılının ilk üç mevzuatı.

İçtihatlar : Avukat Dr. Reşat Atabek : Fransız Mahkeme Kararları; Yargıtay ve Danıştay İçtihadı Birleştirme ve Yargıtay Özel Daire kararları.

***

AYNI DERGİ. Sayı : 6.

A. Ziya Kayaoğlu : Gayrimenkul tescil davaları ve uygulanmalarımız; Avukat Nihat Bartu : Anonim şirketlerde hususi neviden hisse senetleri; Sahir Talât Akev : İsviçre Federal Mahkeme Kararları; Yargıtay Genel ve Özel Daire kararları, Bibliyoğrafya, Meslek habelreri, Ölülerimiz.

***

MALİYE VE HUKUK DERGİSİ: Yıl : 7, Sayı : 5. 50 Krş.

Nuri Habiboğlu : Cezanın hedefi nedir ve ölüm cezasının tatbik yeri hakkında düşündüklerim; Safi Dümer : Otuz senelik memuriyet hayatımda tanıdığım yegâne âmir; İzzet Gener : Yüksek öğretim müesseseleri bakımından çocuk zamlarının tahakkuk ve tediye şekilleri; Azmi Arıkut : Tüccar ve esnafın ödeyeceği kira, Kazanv Vergisi zamları; Nezağsız ve fasılâsız tasarruf; Yargıtay kararları, Kanunlar, T. B. M. Meclisi kararları v. s.

***

AYNI DERGİ : Sayı : 6. 948.

Avukat Mehmet Ali Sebük : Parlemento Teamülü ve Hâkimlerin takdir hakkı; İzzet Gener : Kadroya müstenit olmıyarak muayyen bir işin ifası maksadiyle ve yüzde üzerinden ücret almak suretiyle geçen hizmetler intibakta nazara alınabilir mi; Azmi Arıkut : Tüccar ve esnafın ödeyeceği kira Kazanç Vergisi zamları makaleleriyle Maliye ve Ticaret Bakanlığı tamimleri ve T. B. M. Meclisi ve Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararları.

805

*
**

İDARE DERGİSİ. Yıl : 19, Sayı : 192. 100 Krş.

İçişleri Bakanlığınca iki ayda bir yayınlanan derginin Mayıs - Haziran 948 ayları nüshası şu yazılarla çıkmıştır :

Atalay Akan : Ademi merkeziyet idareleri ve kazaî kontrol; Suat Engin : 2311 sayılı Kanuna göre gayrimenkule tecavüzün mahiyeti ve neticeleri; M. Savcı Eyüpoğlu : Tarihimizde köylü ve çiftçilikle ilgili olaylardan; Hulki Metin : Köy seçimlerinin bozulması; Rağıp Öğel : Ceza Kanununa göre memur, zimmet, irtikâp, rüşvet; Mihri Pektaş : Birleşmiş Milletler Kadın Hakları Komisyonunun 2 nci toplantısı hakkında rapor; H. B. : Ev işlerine yardım idareleri; H. B. : Şehirlerde seyrisefer ve troleybüs İzzettin Eraydın : Amerika Birleşik Devletlerinde memur; H. Berksun : Portekizde merkezî hükümet karşısında mahallî idarelerin durumu; H. Orhun : Alman Hukukunda memurların hukukî mesuliyeti; Hayri Ege : İsveçte sosyal plân; Nihat Yalkut : Belçika'da Seçim Kanunu; Fevzi Öncel : Alanya idarî coğrafyası; Danıştay kararları..

*
**

İSVİÇRE'NİN KADASTRO ÖLÇÜMÜ.

Tapu ve Kadastro Um. Md. lüğü yayınlarından olan broşür : 930 yılında Zürihde toplanan Milletlerarası Fen Memurları Konferansı münasebetiyle Federal Polis ve Adalet Dairelerinin nezareti altında yayımlanan lâyıhanın tercemesini ihtiva etmektedir.

**
*

İŞ. Cilt : 14. Sayı : 82.

Her ay çeşitli konulardaki yazılarla çıkmakta olan derginin bu sayısı şu yazıları ihtiva etmektedir :

İ. Ş. : Burası neresi; Dr. Orhan Tuna : İsviçre sendikaları; O. Çevik : Zonguldak amelesi; Kumahmetoğlu : Türkmen barakaları; Prof. Ö. Lütfü : İslâm memleketleriyle münasebetlerimiz; Musâ Carullah : Türklere beyanname; Yurtta orman azalması; Prof. L. Febvre'in konferansları;; Bir İsviçre mektubu; İstihlâk kooperatifçiliği. v. s.

*
**

AYNI DERGİ : Sayı : 83.

İ. Ş. : Yazılan ve yapılan yahut ideal ve reel; Musâ Carullah : Kur'anı Kerim ile hahikate erişmek; Kovancıoğlu : Rusya'da din; Fındıkoğlu : Muallimlerin teşkilâtlanması; Zamanımızın büyük filozofu : K. Jas-

806

pers; Rus ruhu; Soyadlarımız düzeliyor; Fırkalar ve seciyeleri; Mekteplerde Türkçe; Bir hayat.

*
* *

ASKERİ ADALET DERGİSİ. Yıl : I, Sayı : 4.

Üç ayda bir yayınlanan Derginin 947 yılı kolleksiyonunu tamamlayan bu nüshası münderecatı şunlardır :

Askeri Yargıtay Savcısı M. Kemal Kalkan : İstirdat, tazminat, masarifi muhakeme; As. Yarg. Ad. Üyesi Tuğg. Eşidi Hikmet Gerçekci : Kaza hakkına dair bir inceleme; As. Yarg. Ad. Üyesi Kadri Ünsal : Ceza Hukukundan bazı bilgiler; Askeri Yargıtaydan bir komisyon : Uygulamaya, Usule ait tenkidler, Adlî işlemde olağanüstü gecikme örnekleri, Genel Kurul ve İnanları Birleştirme Kararları.

*
* *

K. D.

802