ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

YIL : 40

SAYI : 11

621

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 göndereceklerler, 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

---

622

ADALET
DERGİSİ

YIRMİLİ: 40 Kasım: 1949 Sayı: 11

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :

		Sahife
Dr. SAHİR ERMAN	Hususî Evrakı Taklit veya Tağyir etmek	1535—1552
Dr. REŞAT D. TESAL	Suçlu çocuklar Hakkında notlar	1553—1561
FETHİ OLCAY	Cezaların Ertelenmesinde Esaslar ...	1562—1573
SADDIK OKAY—BEDDRİ ARSLAN	Adam öldürme Suçu	1574—1600
Dr. ZAHİT ÇANDARLI	Başkasının fiilinden doğan sorumluluk	1601—1621
MUHSİN TUĞSAVUL	Kefalet akdinin hukukî mahiyeti ve itibarı	1622—1635
HAYDAR TARAY	H. U. M. K. nun 61 inci maddesi etrafında inceleme	1636—1643
BİBLİYOGRAFYA		1644—1650
TERFİ CETVELİ		1651—1655
YARGITAY HUKUK KARARLARI		1656—1668
YARGITAY CEZA KARARLARI		1669—1681

623

Hususî Evrakı Taklit ve Tağyir Etmek

Dr. Sahir ERMAN
İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku Asistanı

1. **Kanunî hükümler** : Kanunumuzun 345 inci maddesi mucibince «Bir kimse tamamen veya kısmen **sahte olarak hususî** evrak ve senedat tanzim eder yahut sarih olarak tanzim olunmuş bir varaka veya senedin yazılarını tağyir eylerse, bundan umumî veya hususî bir mazarrat tevellüt edebildiği ve böyle sahte veya muharref bir varaka veya senedi fail yahut başkası bilerek kullandığı takdirde, bir seneden üç seneye kadar hapis cezasına mahkûm olur».

2. **Hususî evrak tâbirinin hukukî manası ve hususî evrakta sahtekârlığın tecrimile korunan menfaat.** — Umumî evrak mefhumuna (1) dahil olmakla beraber, resmî evraktan (2) madût bulunmıyan bilcümle yazılar, hususî evrak sayılırlar. Bu itibarla hususî evrak kavramı daha ziyade menfi bir mefhumdur (3) Yalnız şu iki cihetin belirtilmesi iktiza eder: a) Bir yazının hususî varaka sayılması, onun hususî bir şahis tarafından tanzim edilmesinden ileri gelmez (4): göz önünde tutulacak nokta, varakanın resmî bir fonksiyonun, yani 279 uncu maddede sözü geçen bir âmme vazifesinin icrası sırasında ve bu fonksiyon sebebiyle tanzim edilmiş bulunmasıdır (5); çünkü bir memur tarafından tanzim edilmekle beraber, bu memurun vazifesi cümlesine girmeyen yazılar da resmî evraktan madût olmadıkları cihetile- hususî evraktandır. Fakat, bir hususî varaka mevzuubahis olunca, bunu tanzim eden kimsenin ihtiyarile veya kanunen mecbur olduğu için varakayı düzenlemiş olması haizi ehemmiyet değildir. Bu itibarla, Ticaret Kanunu gereğince tutulması mecburî olan ticaret defterleri, zabıta kontroluna tâbi olan otel defterleri de hususî evraktan madûttur; b) Keza hususî varakanın kanunen muayyen şekilde yazılmış olmaması, hattâ pulsuz olması da mahiyetini tebdil etmez (6): bir senet pulsuz olunca, kanunî harcın ödenmediğini ifade edebilir ve belki de bu harcın cezalı bir surette tahsilini mucip olabilirse de,

(1) Bu hususta «Evrakta sahtekârlık suçlarında varaka mefhumu» adlı makalemize bakınız.
(2) «Resmî varaka» mefhumunu da başka bir yazımızda açıklıyacağız.
(3) CARNELUTTI, sah. 145.
(4) Aksi kanaatte: NAPODANO, Falsità in atti.
(5) CARNELUTTI ,sah. 142; MIRTO ,sah. 169.
(6) MIRTO, 1 oc .cit.

2 675

senedin «varaka» sayılmamasını intaç edemez. Hattâ resmî varaka olmak üzere tanzim dilmiş olmakla beraber, şekil noksanı dolayısiyle bu mahiyeti ihraz etmiyen yazılar dâ, hususî evrak sıfatını iktisap eder (7).

Bununla beraber, hususî evrakta sahtekârlığın cezalandırılabilmesi için, hususî varakanın hukuken himayeye şayan olması iktiza edeceğini, bazı müellifllr, bir şart olarak, ileri sürmekte, bilfarz bir fahişe ile onu istismar eden kimse arasındaki bu mevzua ait mukavelenin sahtekârlık fiillerine karşı kanunen korunmasının abes olacağına işaret etmektedir ler (8).

Fikrimizce, hususî evrakta böyle bir şartın aranmasına lüzum yoktur; çünkü bu keyfiyetin umumî esaslarla halli mümkündür. Filhakika Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi gereğince, mevzuu gayrı muhik yahut ahlâka ve âdaba mugayir mukaveleler muteber değildir, yani hukukî hüküm ifade etmezler, hukukî bir talebe mesnet olamazlar. Bu itibarla, verilen misalde, mukavele zaten varaka mahiyetini haiz değildir ki, buda vâki sahtekârlık fiillerinin cezalandırılması cihetine gidilebilsin. İşte bu mülâhazaya istinatla, sözü geçen şartın hususî evrak hakkında ayrıca aranmasına lüzum olmadığı kanaatini beslemekteyiz.

Demek oluyor ki, senetler gibi, tahrirî beyyine başlangıcı teşkil eden yazılar da hususî evraktan madûttur (9). Keza bir hakkı ispata medar olmasa bile, muayyen bir vakıayı ispata yarıyan hususî mektuplar (10) ve ezcümle aşk mektupları (11) da bu kabildendir. Bunun gibi kart-postallar (12), hususî surette tanzimolunan vekâletnameler (13), ilâç reçeteleri (14) bir suçun ihbarını muhtevi yazılar (15) hususî evraktandır.

---

(7) Yeni İtalyan Ceza Kanununun nihaî tasarısı hakkındaki Bakanlık raporundan (SALTTELLI e ROMANO-DI FALCO, Na. 998).

(8) MANZINI, Na. 1973, II.

(9) Bu itibarla «istimal olunan senedin mühürlü olmasına ve mühürlü senetler HUMK na göre bir hüküm ifade edemiyeceğine... nazaran fiilde suç unsuru mevcut değildir» içtihadında bulunan Ceza Genel Kurulunun 1/ 11/1937 gün ve 4-176/195 sayılı kararında (C. KÖSEOĞLU, tck. sah. 415) isabet görmüyoruz: Hocamız ustafa Reşit BELGESAY'ın doğru olarak tedris ettiği veçhile «mühürlü», hatta mühürsüz seentler de mukaddemei beyyine olabilir (sah .163). Bunun gibi imzanın bulunmaması halinde hususî evraktan bahsedilemiyeceği kanaatinde olan Roma Bid. Mahkemesinin kararına da iştirak etmiyoruz (29/4/1935 — Ann. Dir. Proc. Pen, 1935, sa. 1075).

(10) It. Ygt., 6 Şubat 1907 (BATTISTA, sah. 585, na. 122-124); 10 Ocak 1908; 5 Kasım 1896; 8 Mayıs 1908 (Aynı eser, sah. 588 ,na. 185-186; sah. 589 ,na 201-202; sah. 580, na 21).

(11) MANZINI, Na. 1973, III; It. Ygt. 26 Mayıs 1919 (MANZINI, sah. 131, Not 3).

(12) İt Ygt., 29 Kasım 1919 (MANZINI, sah. 131, not 4).

(13) İt. Ygt., 6 Ekim 1911 (BATTISTA, sah. 578 ,na. 11 ter-12).

Bu mebhaste telgrafnamelerin ne suretle tavsif edileceği hususu dikkatı çeken bir meseledir.

Evvelemirde şu noktayı belirtelim ki, burada mevzubahs olan telgraflar, hukuken önemli bir muhtevaya malik olanlardır (16); bu sebeple alacaklıyı müzayedeye iştirâkten men için oğlunun hasta olduğuna dair sahte bir telgraf keşidesini, keza intihabata iştirak etmemesini temin için bir müntehibe aynı mealde telgraf çekilmesini - müzayedeye veya intihabata fesat karıştırmak telâkki etmeyip te - hususî evrakta sahtekârlık şeklinde tavsifeden İtalyan Yargıtayının kararlarına (17) iştirak etmemekteyiz.

Telgrafnameler bahsinde mürsil tarafından telgrafhaneye verilen asıl nüsha ile, mürsilünlehe vasıl olan nüsha arasında bir tefrik gözetmek icabeder.

Telgrafhaneye verilen nüsha resmî bir memur tarafından ve ifa ettiği vazife dolayısiyle tanzim edilmişse resmî, hususî şehıs veya fonksiyonu dışında hareket eden bir memur tarafından vücude getirilmişse hususî varakadır (18). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 302 nci maddesi gereğince, bu nüshalar kat'i delil teşkil ederler (19). Ancak hususî şahıslar tarafından tanzim edilen ve binnetice hususî evraktan madûd olan işbu nüshaların altına veya arkasına telgraf memurunca yazılan şerhler ve atılan ımza resmî evrak sayılmak icap eder (20); binaenaleyh bu kısma müteallik sahtelik, resmî varakada vâki addedilmek lâzım gelir.

Mürselünileyhe tebliğ edilecek nüshaya gelince, bu hususta fikirler muhteliftir. Filhakika bazı müelliflere göre, bu nüsha keşide edilecek metni ahzeden memur tarafından ve vazifesi sebebile çekildiği cihetle, her halde resmî bir varakadır (21). Bazılarına göre ise, şöyle bir ayırma yapmak icap eder: Keşide edilen telgraf alıcı ahize tarafından doğrudan doğruya yazılıyor, yani şeridin üzerine harfler çıkıyorsa, ortada - mahiiyeti belirtilmeyen - bir varaka vardır; buna mukabil şerit yalnız

(14) İt. Ygt., 25 Mart 1935 (Ann, Dir. Proc. Pen., 1935, sah 904).

(15) İt Ygt., 28 Ocak 1932 (MIRTO, sah. 172, not 179).

(16) MIRTO, sah. 174; MANZINI, Na. 1995; İt. Ygt., 19 Mart 1900 (Suppl. Riv. Pen., C. IX, sah .184); 16 Kasım 1900 (Suppl. Riv. Pen., C. IX, sah. 241).

(17) İt. Ygt., 18 Mayıs 1900 (Suppl. Riv. Pen., C. IX ,sah. 109); 12 Mart 1901 (Suppl. Riv. Pen., C. X ,sah. 58).

(18) MIRTO, 1 oc. cit.; MANZINI, Na. 1995 ,I, a, d.

(19) MUSTTAFA REŞİT BEGESAY, sah. 197.

(20) MANZINI, Na. 1995, I, b.

(21) MIRTO, sah. 175.

67

morse işaretlerini yazıyorsa, fail bir memura yalan beyanları imlâ etiriyor demektir ve meydana gelen nüsha gene «varaka, hükmündedir (22). Buna mukabil diğer bazı müellifler mürsilünlehe tebliğ edilen nüshada - yani asıl telgrafnamede - mevcut resmî meşruhata ezcümle telgrafın keşide ve ahzolunduğu gün ve saat, hangi merkezden çekilip nerece alındığı, resmî varaka mahiyetini tanımakla beraber, telgraf metninin, iki istisnaî hal dışında, varaka mahiyetini dahi haiz olmıyacağını iddia ederler ve bunda vâki sahtekârlığın cezalandırılmasına imkân olmadığını ileri sürerler. Bu iki istisnaî hal de, resmî evrak hakkında bir kanun hükmünün muayyen bir resmî varakanın telgraf vasıtasile tanzimini emir veya tecviz etmesile (tehiri icra kararının Yargıtayca telgrafla bildirilmesi halinde olduğu gibi), hususî evrak hakkında aslın mürsil tarafından imzalanıp telgrafhaneye tevdi olunması ve telgrafnamenin işbu asla uygun bulunmasından ibaretir. Ancak bu iki haldedir ki, telgrafnamede vâki sahtekârlık, yerine göre resmî veya hususî evrakta sahtekârlık sıfatiyle cezalandırılabilir; aksi halde, ortada "varaka,, bulunmıyacağı cihetle suç ta olmıyacaktır (23).

Kanaatimizce Manzini'nin bu noktai nazarında isabet yoktur; aslı mevcut olmıyan veya muayyen bir müddetin geçmesi üzerine telgrafhanece imha edilen telgrafnameler de hukukî hüküm ifade edebilir : kat'i delil olamazlarsa da, takdiri delil olabilirler (24). Tahriri mukaddemei beyyinelere varaka mahiyetini tanıdıktan sonra, bunlar gibi takdiri delil olan telgrafnamelere aynı mahiyeti tanımamak tenakuzu ifade eder.

Telgrafnamenin varakadan madût olduğu böylece tespit edildikten sonra, bunun resmî veya hususî varaka sayılıp sayılmıyacağına gelelim. Biz, bu mevzuda, şöyle düşünmekteyiz : telgrafnameyi ahzeden memurca kaydolunan meşruhat her halde resmî evraktan maduttur; metin hakkında ise, keşide edilmek üzere telgrafhaneye tevdi edilen nüshanın mahiyetine bakmak icap eder: bu nüsha resmî evraktan madût ise, telgrafname de resmî varakadır; hususî evraktan sayılıyorsa, telgrafname de hususî yazıdır. Çünkü telgrafname bu nüshanın mihaniki bir vasıta ile nakledilmiş şeklinden başka bir şey değildir ve bu itibarla hukukî mahiyeti sözü geçen nüshaya nispetle tâyin edilmek lâzımdır (25).

(22) GARCON, sah. 394, na. 87 ve 88.

(23)) MANZINI, Na. 1996.

(24) MUSTAFA REŞİT BELGESAY, sah .198.

(25) MIRTO, sah. 174.

Hususî evrak tâbirinin mânasının (26) bu suretle aydınlattıktan sonra, bu gibi evrakta vaki sahteliği tecrimle korunan menfaatin incelenmesine geçelim.

Bu mevzuda doktrin sahasında iki noktai nazar çarpışmaktadır; bazı müellifler, himaye edilen menfaatin mamelekî olduğunu ve hususî evrakta sahtekârlığın «mal aleyhinde cürümler» icabında mütalâa edilmek lâzım geldikini ileri sürmekte, diğer bazıları ise bu nevi sahtekârlığı tecrimle korunan hukukî menfaatin âmmenin itimadı olduğundan bahisle, suçun mal aleyhine değil, âmmenin itimadı aleyhine bir cürüm olduğunu kabul ederler.

Birinci telâkki tarzını en hararetle müdafaa eden, hattâ resmî evrakta sahtekârlığı "sosyal cürümler,, meyanında tetkik ettiği halde, hususî evrakta sahtekârlığı "ferdî suçlar,, arasında inceleyen müellif, Carrara olmuştur (27). İtalyan cezacısı fikrini şöyle izah etmektedir : resmî evrakta sahtekârlıkta da — hususî evrakta sahtekârlıkta olduğu gibi — ihmali istihdaf olunan menfaat ferdî mülkiyettir; fakat sahtelik içtiamî müeesseselerce herkese karşı hüküm ifade edebileceği kabul olunan bir varakaya taallûk ettiği cihetle, işbu sahtelikle ihlâl olunan menfaat — ki bütün vatandaşların resmî evraka itibar olunmasını görmelerindlen ibarettir — neticede ihlâl edilecek menfaatten daha üstün bir mahiyet arzeder ve suçun artık gaye — menfaate göre değil de, vasıtamenfaate göre vasıflandırılmasını mucip olur. Hususî evrakta sahtekârlıkta ise vasıtanın gaye üzerinde böyle bir tefavvuku yoktur, çünkü muayyen bir ferdin yazı veya imzasına itibar olunması hususunda bütün vatandaşlara şâmil bir menfaatin mevcudiyeti iddia olunamaz : diğer fertler ancak kendi yazı veya imzaları hakkında da sahtekârlık fiilinin tekrarlanmasından endişe ederler, yoksa başkasına taallûk eden bir sahtekârlığın onları ilgilendirmesi kabili tasavvur değildir. Hususî varaka ancak taraflar arasında muteber olduğuna nazaran, taraflardan gayrısının bu varaka üzerinde müşterek bir menfaati yoktur (28): herkese kar-

(26) Bu mebhaste İsviçre Ceza Hukukunda mevcut bir hükme işaret edelim. Bu kanunun 110 uncu maddesinin 5 inci bendinin ikinci fıkrasına göre, Devlet İktisadî Teşekkülleri ve inhiasr idareleriyle diğer âmme hukuku korporasyon veya müesseselerinin hususî hukuk muamelelerine taallûk eden yazıları hususî evrak sayılmıştır. Mevzuatımız bakımından böyle bir hükme lüzum görmüyoruz: resmî evrak bir memur tarafından ve icra ettiği vazife sebebiyle tanzim olunan evrak diye târif edilince, memur da âmme vazifesi ifa eden kimse olunca, sözü geçen teşekkül ve idarelerin hususî hukuka mütedair faaliyetleri bir âmme vazifesi sayılamıyacağı cihetle, bu faaliyet zımnında tanzim edilen yazılar resmî evrak addedilmiyecek ve hususî evrak zümresine girecektir.

(27) CARARA, § 2364-2381.

(28) CARARA, § 2366.

şı hüküm ifade edebilen resmî bir varakanın sahtelikten masun olması hususunda böyle müşterek bir menfaat mevcutsa da, kimse mücerret kendi yazı veya imzasının taklit veya tahrif edilmemesini talep etmek hakkını haiz değildir; ancak bu taklit veya tahrif cürmî bir gaye ile ika olunduğu takdirdedir ki, ferdin kendi yazı veya imzasının sahtelikten masuniyetini talep hakkı zuhur edebilir; şu halde suçluluk vasıtada değil gayededir. O kadar gayededir ki, bir kimse cürmî bir gaye ile kendi el yazısını — bilfarz ticarî defterlerini — tahrif etse gene suç işlemiş olur. (29). Binaenaleyh, gaye ferdî mülkiyetin ihlâl edilmesi olduğu cihetle, hususî evrakta sahtekârlık, mülkiyet, yahut - kanunumuzun tabirile - mal aleyhine bir cürümdür.

Bundan şu mühim netice çıkmaytadır: Mülkiyet aleyhine olan suçlar ancak hak sahibinin bir mal üzerindeki yedinin mürtefi olmasile tamam olacakları cihetle, hususî evrakta sahtekârlık cürmünün tamam olması için de sahte varakanın kullanılması lâzım ve fakat gayrı kâfidir: Bu istimal neticesinde hak sahibinin bir malı üzerindeki yedinin izale edilmiş olması lâzımdır (30). Netice itibarile, hususî evrakta sahtekârlık, müstakil bir cürüm olmayıp, dolandırıcılığın mevsuf bir şeklinden başka bir şey değildir (31).

Buna mukabil, hususî evrakta sahtekârlığı âmmenin itimadı aleyhine bir suç sayan müelliflere göre, hususî varakaya da kanun ispat edici bir kuvvet tanımıştır; âmmenin itimadı da bilûmum ispat vasıtalarının masuniyetine güvenmekten başka bir şey değildir; bu itibarla hususî evrakta bu masuniyeti ihlâl eden bir sahtelik sözü geçen güveni her halde sarsar (32). İlâve edelim ki, bu itimad hususî verakın sihhatine taallûk etmeyip, hakikiliğine taallûk eder: Nasıl ki insanların sözlerinin sihhatine inanmıyorsak, yazılarının da sahih olduğuna kanaat getirmeyebiliriz; fakat her hangi bir hususî varaka ile karşılaşınca, bunda bir sahtekârlık yapılmış olduğunu aklımızdan bile geçirmeyiz (33). Bu varakanın muayyen bir şahıs tarafından yazıldığını, onun iradesini, düşüncesini olduğu gibi aksettirdiğini düşünürüz (34). İmdi bu varaka sahte olunca, biz bu düşüncemizde aldanmış, hususî yazıların muayyen bir şahsın irade beyanını hakikate uygun bir şekilde aksettirdiği hakkında tecrübelerimizle edindiğimiz bu güvenimizde iğfal edilmiş oluruz (35). Hususî varakanın ancak taraflar beyninde hüküm ifade edip, diğerlerini

(29)CARRARA, § 2366, not 1.
(30) CARRARA,§ 2371.
(31) CARRARA, § 2373.
(32) CIVOLI sah. 123 not. 1
(33) MANZINI, Na. 2040, I.
(34) MIRTO sah. 83.
(35) MANZINI, loc .cit.; MIRTO .loc .cit

ilgilendirmediği ve bunları bu gibi evrakta vâki sahtekârlık yüzünden ancak dolayısiyle, yani sıranın kendilerine gelebileceğini düşünerek, endişeye düşecekleri de doğru değildir: Hususî varaka hususî iddialara mesnet teşkil edebilmekte, bir ispat vasıtası olarak kabul olunmaktadır; bir cemiyeti terkip eden her ferdin ise ispat vasıtalarının sahtelikten masûn kalmalarında menfaati vardır. Hususî varakanın ancak taraflar arasında muteber olması, onun, resmî varakaya nisbetle, daha az bir ispat kuvveti olduğunu gösterir, fakat bu, esasa taalûk eden bir cihet olmayıp, bir derece meselesidir (36).

Kaldı ki, resmî evrakta sahtekârlığın da bilâ istisna herkesi ilgilendirdiği mutlak surette iddia olunamaz: tapu kaydını tahrif ederek, mevcut intifa hakkı şerhini silen kimse, ancak bu intifa hakkı sahibini mutazarrır etmiş olur; binaenaleyh, Carrara' nın noktai nazarı kabul edilirse bu fiilin de âmmenin değil, belki hassanın itimadını sarstığı neticesine varmamız icap eder. Halbuki, âmmenin itimadı bilûmum ispat vasıtalarının sahtelikten masun kalmalarına güvenmekten ibaret telâkki edilir, bu masuniyeti teminde bütün vatandaşların müşterek menfaati derpiş olunursa, gerek resmî gerekse hususî evrakta sahtekârlığın bu itimat ve müşterek menfaati neden dolayı ihlâl ettiği anlaşılır.

Fakat arada bir derece farkının mevcudiyeti inkâr olunamaz: resmî evrakın ispat kuvveti, hususî evraka nazaran, çok daha üstündür. Bu itibarla bu derece farkının nazara alınması icap eder. Nitekim kanunumuz bu farkı göz önünde tutmuş ve hem hususî evrakta sahteekârlığa daha hafif bir ceza tertip etmiş, hem de bu fiilin cezalandırılması için istimal unsurunu ilâve eylemiştir. 1887 İtalyan ceza kanunu tasarısının Esbabı Mucibe Lâyihasında denildiği veçhile, «hususî evrakta sahtekârlığın ammenin itimadını ilgilendirmesi için, bu gibi evraka umumiyetle izafe olunan hakikat karinesinin ortadan kalkması icab eder »(37). Bu keyfiyet ise ancak cürmî kastın haricen tezahür etmesi; yani sahte varakanın kullanılmasile tezahür eder (38),

(36) MANZINI, loc. cit.

(37) 1887 tasarısı hakkında Bakanlık Raporu na. CXX (MANZINI, sah 213, not 1).

(38) Bu itibarla 1/10/1936 tarih ve 3038 sayılı Tadilât Kanununun Esbabı mucibe lâyihasında isabet görmüyoruz. Filhakika işbu lâyihada, ezcümle, şöyle denilmektedir: «Resmî evrakta sahtekârlık cürümleri ile âmme itimadına taaruz edilmiş olduğundan bu cürümler mal aleyhine işlenmiş addedilen hususî evrak sahtekârlığı cürümlerinden...» (F. EREM, TCK, sah 363). Şayet Türk Ceza Kanunu hususî evrakta sahtekârlık suçunu onuncu bâbda bu mal aleyhine işlenen cürümler meyanında tanzim etmiş olsa idi, lâyiha bir dereceye kadar izah edilebilirdi. Fakat kanun metninin âmmenin itimadı aleyhine bir suç saydığı bir fiilin Gerekçede mal aleyhine işlenmiş sayılması kolay izah edilen garibelerden değildir. Bu suretle kanunun Esbabı mucibe Lâyihası yalnız ilmî esaslara münafı olmakla kalmamakta, fakat bizzat kanunun sistemine de aykırı bulunmakta, yani onun «esbabı mucibesi »ni teşkil etmemektedir.

671

3. **Fail.** - Hususî evrakta sahtekârlık fiili herkes tarafnndan işlenebilir. Bu itibarla bir memur da fail olabilir, ancak suçu ika etmek için memuriyetine ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde, 281 inci madde gereğince cezası altıda birden üçte bire kadar tezyit olunur.

4. **Maddî unsur.** - I) Hususî evrakta sahtekârlık suçu iki şekilde işlenebilir: ya fail tamamen veya kısmen sahte bir varaka tanzim eder; yahut sahih bir varakayı tağyir eyler.

A) **Tamamen veya kısmen sahte bir varaka tanzim etmek:** Bu tâbir ile kanun hakikî bir varakanın taklidini kasdetmiştir. Zira hakikî bir varakayı tağyir eden kimse gibi, gayrı sahih keyfiyet ve ifadeleri sahih imiş gibi gösteren şahıs da, netice itibariyle, sahte bir varaka tanzim etmiş olur. (39). Bu itibarla «sahte bir varaka tanzim etmek» ibaresini daha dar ve mahsus bir mânada, yani «taklit» anlamında almak iktiza eder. Taklit mefhumu ise, sahte olarak vücude getirilen varakadan önce, hakikî ve sahih bir varakanın vücudunu istilzam eylediği gibi, sahtekârlık neticesinde bu varakanın olduğu gibi kalmış olmasını da tazammun eder (40).

a) Tamamen sahte bir varaka tanzim etmek hali, varakanın hüviyetini yanlış aksettirmek şeklinde de ifade olunabilir; filhakika bu halde varaka, taklit edenden başkası tarafından vücude getirildiği zahabını uyandırmaktadır; şayet fail tarafından tanzim olunduğu anlaşılan bir varakada sahtekârlık mevcutsa, bu halde sahtekârlıktan bahsedilemez, çünkü bir kimsenin esasen bizzat tanzim edebilmek mevkiinde bulunduğu bir varakayı taklit etmesi faydasız olduğu gibi fikrî sahtekârlık hali hususî evrakta cezalandırılamaz.

Varakanın başkası tarafından vücude getirildiği zehabı, hususî evrak hakkında, hakikî varakayı tanzime yetkili şahsa ait el yazısı veya imzanın taklidi suretiyle tevlit olunabilir. Aksi takdirde sahte varaka taklit edilmiş sayılamaz, çünkü el yazısı veya imzanın taklidi, «taklit» unsurunu vücude getiren en önemli bir sahtekârlık şeklidir.

b) Kısmen sahte bir varaka tanzim etmek halinde ise, fail yerinde yine sahih bir varaka vardır ve sahtekârlık bu varakanın tamamiyetine halel iras etmemektedir: Ancak fail, tamam olan bu sahih varakaya sahte hükümler ilâve eylemekte (41), şöyle ki sahte kısım sahih kısma eklenmektedir (42).

Kısmen sahte bir varaka tanzim etmek fiili, bizzat hakikî varakayı vücude getirmiş olan şahıs tarafından işlenebileceği gibi, başka bir kimse tarafından da ika olunabilir.

(39) CARNELUTTI, sah. 153.
(40) MANZINI, na. 2005.
(41) MANZINI, Na. 2005, II
(42) SALTELLI e ROMANO-DI FALCO, Na. 1002.

632

Gerçekten bir kimse sahih bir varakayı tanzim ettikten ve bu varaka imza ile kapandıktan sonra, buna fer'i bir takım hükümler ilâve debilir; bilfarz bir şahıs, bizzat tanzim eylediği bir borç senedinin altına - bilâhare - borcun itfa olunduğuna dair şerh verir.

Kısmî taklidin mevzuubahis olabilmesi için, varaka hakikate uygun olarak tanzim edilip tamamlandıktan sonra, buna gayrı hakikî hükümlerin ilâve edilmesi iktiza eder (43). Diğer taraftan, sahih kısmı olduğu gibi bırakılmakta olması bakımından, kısmî taklit tağyir halinden ayrılmaktadır.

Fakat üçüncü şahısta kısmî taklit te bulunabilir; bu hal başkası tarafından tanzim edilmiş hakikî bir varakaya failin fer'i bir takım hükümler ilâve etmesi suretiyle tahakkuk edebileceği gibi, nâtamam ve bizatihi «varaka» mahiyetini gayrı haiz bir vesikayı ele geçirip itmam ve ikmal eylemesi suretiyle de vücude gelebilir. Ancak, şurasını kaydedelim ki, bir kimse eline geçirdiği böyle bir varakaya başkasının sahte imzasını atmalıdır ki, kısmî taklit mevzuubahis olsun: Haiz olmadığı bir unvanı kendisine izafe etse bile, fail kendi imzasını atacak olursa, evrakta sahtekârlık suçu teşekkül etmez.

B) Hakikî bir varakayı tağyir ve tahrif etmek — Kanundaki ibareden de anlaşılacağı veçhile, bu sahtekârlık suçunun mevcut olabilmesi için gereken bütün anasırı câmi hakikî bir varakanın mevcudiyeti şarttır. Bu itibarla, zaten sahte olan bir varakayı tağyir ve tahrif etmek suç teşkil etmez: Kanun sahte varakaları himaye etmemektedir (44). Ancak bazı kısımları tağyir edilmiş bir varakanın diğer aksamının tahrif edilmesi mümkündür: Bu takdirde failler ayrı ise müteaddit suçlar mevzuubahis olacak, ve şartları varsa, iştirak hali manzur olabilecektir; fail aynı ise, belki müteselsil suç mevcut bulunacaktır (45).

Şurasını belirtelim ki, tağyir suçunun mevcudiyeti için hakikî varakanın tamam olması iktiza eder. Failin esas vesikayı tanzim edenden başkası olması halinde mesele yoktur. Fakat varakayı tanzim eden kimse tahrifatta bulunacak olursa vaziyet ne olacaktır? Bu takdirde şöyle bir ayırma teklif olunmaktadır (46). Varaka failin yedinde kaldıkça, yani fail onun üzerinde tasarrufta bulunabildikçe, silinti ve ilâveler tashihat mahiyetinde olup, tağyir mefhumuna girmezler. Bu tasarruf yetkisi mürtefi olunca, yani varaka müstakil bir mevcudiyet iktisap edince, bundan sonra vukubulacak bilcümle ilâve veya silintiler tağyir sayılır.

(43) MANZINI, Na. 2005, II, a.
(44) MANZINI, Na. 2006, I.
(45) MIRTO, sah 208.
(46) MIRTO, loc. cit.

637

Ancak, fikrimizce, bu kıstas kabule şayan değildir. Çünkü failin varaka üzerindeki tasarruf salâhiyetinin mürtefi olmasını şart kılmak, hakikî varakanın kullanılmış olmasını iltizam etmek demektir; yani varakayı tanzim eden şahsın bunu tağyir edebilmesi, daha doğrusu tağyir ettiği ahvalde cezalandırılabilmesi için, evvelemirde, hakikî varakanın faili tarafından istimal edilmiş olması iktiza edecektir ki, tağyirin sahasını pek fazla daraltacak, hakikî varaka failine yedinde bulunduğu müddetçe, tağyir ve tahrifatın cezasız kalmasını mucip olacaktır. Bir varakayı tanzim eden kimsenin, bilâhare bazı tashihatta bulunmak salâhiyetini haiz olduğunu teslim ederiz, fakat, bu takdirde, sözü geçen tashihatın mahiyetine bakılmak icabedeceği fikrine (47) iştirak etmekteyiz: Filhakika maddî bir takım hatalar tashih edilmişse suç yoktur, çünkü bu tashihat varakanın tâliline değil belki tekemmülüne mâtuftur; şayet mânayı tebdil edecek tashihat vukubulmuşsa, bu tashihat tağyir fiilini vücude getirir; fail tanzim ettiği varakada beyan eylediği fikri değiştirmek istiyorsa, bu varakayı iptal eyledikten sonra, fikrine uygun bir yenisini tanzim etmelidir.

Hakikî bir varakanın tağyiri bir takım ilâvelerle olabileceği gibi, kazıntı ve silinti şeklinde de olabilir. Şurasını belirtelim ki, yapılan ilâve esas varakanın metninde vukubulmak icabeder. Şayet esas metinde tahrifat vâki olmaksızın, bunun altına, arkasına (meselâ bir çekin arkasına hattâ allonjuna sahte bir ciro şerhinin verilmesi) bir takım ilâveler yapılmışsa, yukarda işaret ettiğimiz veçhile, kısmen sahte bir varakanın tanzimi fiili işlenmiş olur. Bu itibarla, yeni İtalyan Ceza Kanununun 485 inci maddesinin şu hükmünü yerinde görmemekteyiz: «Kat'i surette tanzim edildikten sonra, hakikî bir yazıya sahte olarak yapılan ilâveler dahi tağyir sayılırlar». Bizce, tasvir olunan halde, tağyir değil, kısmî taklit hali vardır.

Silinti veya kazıntı suretiyle vâki tağyir ve tahrifat halinde bir noktaya dikkat etmek iktiza eder. Filhakika, silinti veya kazıntılarla yazının bir kısmının mânası değiştiriliyorsa (meselâ, menfi bir fiili müspet yapmak; bir rakamı silmek ilh.) tağyir vardır; fakat bu silinti neticesinde varakanın bir kısmının veya bütünün mânası gizleniyorsa (meselâ, bir cümlenin tamamiyle yok edilmesi; bir kayıt veya şerhin silinmesi ilh.). hakikî bir varakanın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması veya bozulması fiili teşekkül eder (48).

(47) MANZINI Na 2006, II.

(48) MANZINI, **loc. cit.** — «Muhtevasını tebdil edecek şekilde yazının bir veya bir ka ckelimesi silinirse tağyir suretiyle sahtekârlık suçu işlenmiş olur. Buna mukabil bizzat varakanın tamamen veya kısmen imha veya iptali ,ortadan kaldırmak suretiyle sahtekârlıktır» (İt. Ygt., 23 Ocak 1916 — MANZINI ,sah .176 ,not 1).

634

Tağyir veya tahrif fiili, varakanın mâna ve muhtevasına taallûk edebileceği gibi, hüviyetine mütedair de olabilir; diğer bir tâbirle, tağyir suretiyle varakanın ya menşei, ya tarihi veya muhtevası hakikatte olduğundan farklı bir şekilde gösterilir (49).

Varakanın menşeine mütedair tahrifat, vesikanın yalnız imzasına taallûk eden sahtekârlıktır. Bilfarz, bir kimse eline geçirdiği bir varakadaki imzayı siliyor ve yerine başka bir şahsın imzasını vazediyor. Bazı müelliflere göre, bu halde tağyir değil, taklit vardır, çünkü imzanın sahte olması, bütün varakanın sahteliğini de müeddidir (50). Buna mukabil diğer bazılarına göre ise fiil mahiyeti itibariyle tağyirden ibarettir (51). Zaten ister taklit ister tağyir suretinde tavsif edilsin, netice aynı olacak ve ceza bakımından hiç bir fark bulunmıyacaktır.

Varakanın tarihinde vâki tahrifat ta tağyir mefhumuna girer. Bu fiil, gerek hakikisinden daha eski bir tarihin yazılması halinde, gerekse daha yeni bir tarih vazolunduğu takdirde manzur olur.

Varakanın muhtevasına taallûk eden tağyir ise, vesikanın mânasını hukukan önemli bir şekilde tadil eden tahrifattır (52): Mânayı değiştirmiyen maddî hataların tashihi tağyir fiilini vücude getirmez.

II) Ancak hususî evrakta sahtekârlık suçunun teşekkülü için, bu iki sahtekârlık fiilinden birinin yapılması kâfi gelmeyip, başka bir unsurun da tahakkuku icabeder: Bu unsur sahte varakanın bizzat veya bilerek başkası tarafından kullanılmasıdır (53). İspat vasıtalarının masuniyetine vâki tecavüzün cezalandırılmasının bilâhare tahakkuk edecek böyle bir unsura bağlı tutulması hukuk mantığına aykırı görülebilir; fakat böyle bir unsurun kabul sebebini tarihî an'anede, hususî evrakta sahtekârlığın

(49) CARNELUTTI, sah. 152.

(50) SALTELLI e ROMANO-DI FALCO, Na. 1002.

(51) MANZINI, na. 2006, II, b.

(52) MANZINI, na. 2006, II, a.

(53) Hususî evrakta sahtekârlığın cezalandırılması bakımından ,kullanın bir unsur mu yoksa bir cezalandırabilme şartı mı olduğu münakaşa edilmiştir. Ezcümle MANZINI (na. 2043, II) ile CARNELUTTI (sah .57)bunun bir şart olduğunu kabul ederler (maahaza bu son müellif eserinin başka bir yerinde (sah .162) bu hususta bir hayli müteredditdir görümnektedir). Buna mukabil MIRTO (sah 238) bunun bir unsur olduğunu müdafaa etmketedir: bu müellife göre mademki suçun tahakkuku kullanma neticesinin failce istenmesine vabestedir ,o halde bunun bir şart sayılmasına imkân yoktur? Sonra kullanma vâki olmadıkça suç bulunmıyacağına nazaran yine bir şartın kabulü cihetine gidilemez. — Biz de kullanmanın bir unsur olduğu kanaatindeyiz. Madem ki unsur «öyle bir şeydir ki, o bulunmayınca fiil ya hiç suç teşkil etmez yahut başka ad taşıyan bir suç teşkil eder» (TAHİR TANER, sah. 463), o halde kullanmanın da bir unsur olarak kabulü iktiza eder, çünkü varaka istimal edilmedikçe, hususî evrakta sahtekârlık suç teşkil etmemektedir.

675

âmmenin itimadı aleyhine bir suç olup olmadığı hakkındaki nazarî münakaşalarda aramak iktiza eder (54).

Evvelemirde şurasını belirtelim ki, burada mevzuubahis olan kullanma unsuru, iki cihetten tahdit edilmek icabeder: Bir kere, kısmen sahte bir yazının tanzimi veya hakikî bir varakanın kısmen tağyiri halinde, unsurun tahakkuku için kullanmanın bu sahte aksama taallûk etmesi lâzımgelir: Sahte olmıyan kısımlara müteallik bir istimal, «sahte varakanın» kullanılması sayılamaz (55); bundan başka işbu kullanmanın sırf maddî olmayıp, hukukî olması da iktiza eder, yani sahte varaka hangi iddianın delili olmak üzere imal edilmişse, o maksatla istimal edilmelidir: Bu maksat haricinde vâki bir kullanmanın sahtekârlık sıfatiyle cezalandırılmasına imkân yoktur (56). Bilfarz bir kimse, hasmını korkutmak ve sulh mukavelesine yanaştırmak maksadiyle, elinde bir senet bulunduğunu ve bunu ibraza hazır olduğunu söylese - bu senet mevcut ve muharref olsa bile - bunu kullanmış olmaz. Hattâ kendisinin aciz halinde olmadığını ispat için sahte borç senetleri gösterse (57), yahut sahte bir vasiyetnamenin doğruluğunu ispat sadedinde diğer bir vasiyetname ibraz eylese (58) yine sahte varakayı «kullanmış» olmaz: Her ne kadar bu hallerde bir istimal varsa da, bu istimal sahte varakanın mesnedini teşkil eylediği hukukî iddiaya teferru etmeyip, buna yabancı maksatlara taallûk etmektedir, şu halde «hukukî» değil, «maddî» mânada bir istimal vardır (59).

Sahte bir varakanın kullanılması iki şekilde olur: Ya fail varakayı adlî makamlar huzurunda istimal eder, veya böyle bir makamın huzurunda olmaksızın kullanır.

Varakanın adlî makamlar huzurunda kullanılması demek, haiz olduğu ispat kabiliyetini mevkii fiile koymak üzere, varakanın adlî bir mercie ibraz olunması demektir (60). Bu itibarla tarihi tahrif edilmiş bir faturayı mahkemeye ibraz etmek (61), bir vekilin imzasını taklit ederek düzenlenen dâva arzuhalini mahkeme kalemine ibrazla dâva ikame etmek (62), müdafaa maksadiyle sorgu hâkimine muharref bir makbuz ibraz et-

(54) MIRTO, sah 237.
(55) MIRTO, sah 239; it. Ygt., 6 Nisan 1937 (MIRTO, **loc. cit.**, not 190).
(56) MANZİNİ Na. 2049, I; Mirto, loc. cit.
(57) MIRTO, sah. 240
(58) MIRTO, **loc. cit.**
(59) Tabiî bu kullanma şekillerinin başka sıfatla tecrim edilmiş olmaları mevzuumuzun dışındadır.
(60) MIRTO, sah 241,
(61) İt: Ygt., 27 Haziran 1912 (BATTISTA, sah 578, na 7 bis)
(62) İt Ygt., 31 Ocak 1912 (BATTISTA, sah. 578, na. 9 bis).

636

mek (63), bir hesap vesikasında kısmî bir tediyenin tarihini değiştirip, borcu muhtevi bir pusulayı yok ettikten sonra, hesap vesikasını hukuk mahkemesine ibraz etmek (64), hasmın küçük yaşta ve işin mahiyetini gayri müdrik kızına bizzat imlâ edip yazdırılan ve altı imzalatılan bir makbuzla, haksız bir iddiaya mesnet olarak hukuk mahkemesinde ihticaç etmek (65), bir varakanın tam ve musaddak fotoğrafını mahkemeye arzetmek (66), varakanın adlî makamlar huzurunda istimal olunmasını ifade eder (67).

Fakat sahte varakanın kullanılmış sayılması için, istimalin adlî makamlar huzurunda vâki olması şart değildir. Nitekim İtalyan Yargıtayı da bunu açıkça ifade etmiştir (68). Bu itibarla «... ibrazın ya mahkemelere veya hakemlere veyahut aleyhine sahtekârlık yapılan şahsı izrar kastinin husulünü temin için kuvvei teyidiyeyi haiz makamlara vukuu lâzımgeldiği ve halbuki suçlu tarafından mezkûr senetlerin kendi şerikine ibraz edilmesi» halinde istimal unsurunun tahakkuk etmediğini kabul eden Yargıtayımızın noktai nazarına iştirak etmemekteyiz (69). Fikrimizce kokain elde etmek için sahte bir tabip reçetesinin eczahaneye verilmesinde (70), sahte bir senedin protesto edilmesinde (71), böyle bir senedin ihtiva ettiği alacağın temlik edildiğinin borçluya ihbar edilmesinde ve berayı tediye ibraz olunmasında (72), iskonto veya tecdit maksadiyle tevdiinde (73), muhataba mektup veya telgrafla irsal veya tebliğinde (74), senedin

(63) Torino İst. M.ahk., 3 Haziran 1903 (BATTISTA, sah. 481 ,na. 50)1

(64) İt. Ygt., 1 Mayıs. 1902 (BATTISTA, sah. 582 ,na 58).

(65) İt.. .Ygt., 4 Mayıs 1898 (BATTISTA, sah. 583, na. 72).

(66) SALTTELLI o ROMANO-DI FALCO, Na. 1027 bis.

(67) Bu mebhaste Fransız CMUK nun 458 inci maddesinde şöyle bir hüküm mevcuttur: «Bir tahkikat veya dâva esnasında ibraz olunan bir varakanın sahteliğini iddia eden taraf, diğer tarafı bu varakaya istinat edip etmiyeceğini beyana davet eder». 459 uncu maddeye göre de «Bu taraf varakaya istinat etmiyeceğini bildirir veya sekiz gün zarfında hi çbir beyanda bulunmazsa, varaka dâvada nazara alınmaz ve tahkikat veya muhakeme devam eder. — Taraf vesikayı kullanmak istediğini beyan ederse ,esas dâvaya bakan mahkeme ,sahtelik iddiası hakkında da tahkikat yapar». Bazı müelliflerin bu müesseseye taraftar olmalarına rağmen, bir çokları ,bu suretle sahtekârların teşvik edilmis olacağı, çünkü diğer taraf sahtelik iddiasında bulunsa bile, böyle bir davet vâki olmadıkça hakkında ceza dâvası açılamıyacağını bileceği mülâhazasiyle, muhalif kalmışlardır. Tafsilât için bk.: NEGRI, sah. 594-599).

(68) İt Ygt., 12 Ocak 1897 1 Mayıs 1902 (BATTISTA, sah. 583, na 76; sah 582, na. 60).

(69) Ygt. IV CD. 7/9/1938 — 1412/1612 (S. BAŞOL. sah. 25).

(70) MIRTO, **loc, cit.**

(71) İt .Ygt., 11 Şubat 1908 (BATTISTA, sah 580, na 22).

(72) İt. Ygt., 19 Eylûl 1907 (BATTISTA, sah. 580, na. 28).

(73) İt. Ygt., 8 Nisan 1904; 21 Eylûl 1897 (MANZINI, ash. 219 ,not 6).

(74) İt. Ygt., s. g. 19 Eylûl 1907 tarihli karar (Bk.: not 72).

bir suretle tedavüle vaz'ında (75), kullanma unsurunun tahakkuk ettiğini kabul etmek icabeder.

Bu mebhaste sahte bir varakanın tescil veya imzasını tasdiki için resmî bir mercie - meselâ sicil memuruna veya notere - ibraz edilmesinin kullanma sayılıp sayılmıyacağı doktrin ve jürisprüdansta ihtilâfa sebebiyet vermiştir. Filhakika Zerboglio (76) ile Majno (77), tescilin bir «istimal» olmayıp, varakanın istimal edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken bir şart olduğu fikrini müdafaa ettikleri halde, İmpallomeni (78) ile Manzini (79) aksi kanaattedirler. İtalyan mahkemelerinin içtihadında ittırat yoktur; ezcümle İtalyan Yargıtayı (80) ile Palermo İstinaf Mahkemesinin (81) tescili kullanma saymalarına mukabil, aynı istinaf mahkemesiyle (82) başka bir istinaf mahkemesi (83) aksi noktai nazarı terviç eden kararlar vermişlerdir.

Ancak kullanma unsurunun tahakkuku için, işbu istimali failin bir fiili neticesinde vâki olması iktiza eder: Ezcümle sahte varaka bir arama neticesinde salâhiyettar mercilerce zaptedilse, kullanma vâki olmuş sayılamaz, meğer ki fail varakadan istifade maksadiyle, bilâhare bunun sahih olduğunu iddia etmiş osun (84). Demek oluyor ki, istimal unsurunun mevcudiyeti için, sahte varakanın failin ihtiyarî bir fiili neticesinde kullanılmış olması lâzımdır; bu bakımdan salâhiyettar merciin ibrazı emretmiş olup olmaması haizi ehemmiyet değildir: Bilfarz taraflardan biri mahkemede sahte bir senedin ibrazını mümkün kılmak maksadiyle, mahkemenin ibrazını emretmesini kaçamaklı sözlerle temin etmiş olsa ve bu emir üzerine sahte senet meydana çıkmış bulunsa, senet yine failin ihtiyarî bir fiili neticesinde kullanılmış sayılmak iktiza eder (85).

Kanunumuz hususî evrakta sahtekârlığın cezalandırılması için, sahte varakanın bizzat sahtekâr veya bilerek başkası tarafından kullanılmış olmasını iltizam etmektedir. Sahte varakayı tanzim veya hakikî varakayı tağyir eden kimsenin, başkası tarafından vâki bir istimal dolayısiyle mesul tutulabilmesi için, işbu üçüncü şahsın sahtekârın malûmatı dairesinde sahte senedi kullanmış olması icabeder. Bu vaziyette sahte senedi istimal

(75) MANZINI, Na. 2049, I, a.
(76) ZERBOGLIO, sah. 306.
(77) MAJNO, S: G. E. 1323.
(78) Zikredilen: ZERBOGLIO, loc. cit.
(79) MANZINI, **loc. cit.**
(80) İt. Ygt., 12 Aralık 1895 (MANZINI, sah .219, not 3).
(81) Palermo İst. Mahk. 31 Mayıs 1895 (BATTISTA, sah. 584, n. 103).
(82) Palermo İst. M. 29 Aralık 1894 Battısta, sah. 584 Na. 104 bis.
(83) Venezla İst. Mahk. 27 Ağustos 1897 (BATTISTA sah. 584, n. 102).
(84) MANZINI, Na. 2049, I, e.
(85) MANZINI, loc. cit.

638

eden şahıs, sahtekârla hemfiil sayılmak lâzımgelir (86). Ancak üçüncü şahıs sahtekârın haber ve malûmatı olmaksızın eline bir suretle geçirdiği sahte senedi kullansa sahtekâr - mânevî unsurun fıkdanı hasebiyle - mesul tutulamaz (87). Üçüncü şahıs tarafından vâki istimal senedin sahteliğini bilerek vâki olmalıdır. Her ne kadar kanunumuz bu keyfiyeti - mehaz kanunun 280 inci maddesi hilâfına - ayrıca tasrih etmişse de, fikrimizce 45 inci maddedeki genel kaide muvacehesinde, buna lüzum yoktu.

5. **İcra.** — Hususî evrakta sahtekârlık suçu sahte varakanın bizzat sahtekâr veya başkası tarafından kullanılmasiyle tamam olur. Ancak üçüncü şahıs tarafından vâki istimalin 345 inci maddeye tevfikan cezalandırılabilmesi için, sahtekârla aralarında kullanma hususunda bir anlaşmanın mevcudiyeti iktiza eder (88). Aksi takdirde, yani sahtekârın haberi olmaksızın sahte varakanın üçüncü şahıs tarafından istimali halinde 346 ncı madde tatbik edilir ve üçüncü şahıs, 345 inci maddede olduğu veçhile, sahtekârla hemfiil sayılmayıp, müstakil fail sıfatiyle cezalandırılır (89).

Bu itibarla, sahtekârlık fiili ile sahte varakanın istimali arasında uzun bir müddetin geçmiş olması haizi ehemmiyet değildir (90). Bundan başka, mücerret istimal keyfiyeti suçun teşekkülü için kâfi gelmeyip, istimal olunan varakanın da sahte olması iktiza eylediğinden, yalnız istimalin devamı suçun mütemadî sayılmasını icabettirmez: Hususî evrakta sahtekârlık fiili ânî bir suçtur, istimal vâki olur olmaz teşekkül eder ve aynı zamanda tamam olur (91); istimalin bir müddet devam etmesi, suç eserlerinin bir müddet devam etmesinden başka bir şey değildir (92). Nasıl ki «bir hırsızın çaldığı paltoyu giyip kullanması, hırsızlığın mütemadî sayılmasını icabettirmez» ise (93), failin sahte varakayı bir defa kullandıktan sonra, bunun az çok daimî bir mahiyet arzetmesi (94) de istimal fiilinin mütemadî sayılmasına sebebiyet veremez. Bu itibarla bir kimse sahte bir senedi mahkemeye ibraz edince, dâva bir kaç sene sürse bile, müruru zaman ibraz tarihinden hesaplanmak iktiza eder (95).

(86) MANZINI, Na. 2042, II.
(87) MANZINI ,loc .cit.
(88) MAJNO, Na. 1323.
(89) MANZINI, Na. 2042 ,II.
(90) MIRTO, sah. 239.
(91) MANZINI, Na. 2043, I.
(92) MIRTO ,loc. cit.
(93) TAHİR TANER, sah. 97, Sa. No. 63
(94) Daimî suç mefhumu hakkında bk.: TAHİR TANER, sah. 98.
(95) İt. Ygt., 13 Ocak 1932 (MIRTO, loc. cit., not 189).

639

Keza hususî evrakta sahtekârlık fiilinde müselsel suç vaziyeti de derpiş olunamaz (96): Fiil yalnız istimalden ibaret bulunmayıp, sahte olarak tanzim edilen veya tağyir olunan bir senedin bizzat sahtekâr veya onun malûmatı tahtında başkası tarafından kullanılması mevzuubahis olmasına binaen, maddî unsurun tekrarlanması için, mükerrer istimal kâfi gelmeyip, başka bir senedin sahte olarak tanzim veya tağyir edilmesi icabeder (97) ki, bu keyfiyet ayrı bir suç işleme kararının mevcudiyetini istilzam ve tazammun eder.

Hususî evrakta sahtekârlık suçuna teşebbüs de mevzuubahis olamaz; istimalden önce suç bulunmıyacağına ve istimal edilir edilmez suç tamam olacağına göre, icra hareketlerinin yalnız bitmesiyle değil, fakat sadece icraya başlanmakla suç tamam olur: Sahte varakadan menfaat teminine teşebbüs etmek dahi bir «kullanma» olduğu cihetle (98), işbu suçun icrasını safhalara bölmeğe, bu icra keyfiyetinde bir «iter criminis» derpiş etmeğe imkân yoktur (99). Kullanma ânına kadar vâki sahtelikler ise ancak hazırlık hareketidir (100); fakat bu anda, yani icraya başlanmakla suç ta kendiliğinden tamam olur: Ne muhatabın aldatılması (101) ne de bir malı üzerindeki yedinin izale edilmiş olması (102) şart değildir. Netice itibariyle, diyebiliriz ki, hususî evrakta sahtekârlık suçu, ânî, basit ve ne nakıs ne de tam teşebbüs haline gayrı müsait bir suçtur (103).

Ancak hususî evrakta sahtekârlıkla diğer suçların içtimaı hali mahsus bir önem arzeder. Bu mevzuda evvelce işlenmiş bir suç dolayısiyle hususî evrakta sahtekârlık fiilinin irtikâp edilmesiyle, işbu fiilin ikinci bir suçun işlenmesine vasıta olması halini biri birinden tefrik etmek icabeder.

Birinci vaziyette mesele yoktur: Evvelce işlenmiş olan suç hususî evrakta sahtekârlık fiilinin ne unsur ne de ağırlatıcı sebebini teşkil edemiyeceğinden, 78 inci maddedeki umumî esas dolayısiyle, hakikî içtima kaidelerinin tatbikı muktazidir (104). Nitekim İtalyan Yargıtayı emniyeti suiistimal suçunu gizlemek maksadiyle hususî evrakta sahtekârlık yapılması halinde, hakikî içtima kaidelerini uygulamıştır (105).

(96) İt. Ygt., 12 Kasım 1906 (BATTISTA, sah. 580 (na. 33-35).
(97) MANZINI, loc. cit.
(98) MANZINI, Na. 2043, II.
(99) MIRTO, sah. 341.
(100) ZERBOGLIO, sah. 306.
(101) Aksi kanaatte: CRIVELLARI — SUMAN, sah. 251.
(102) Aksi kanaatte :CARARA, § 2371.
(103) İt Ygt. bir kararında bu suçta tesebbüs vaziyetinin manzur olamıyacağına karar vermiştir (22 Mayıs 1936 — MIRTO, sah. 241 not 198).
(104) MIRTO, sah. 260, Na. 157.
(105) İt Ygt., 11 Temmuz 1893 (BATTISTA, sah. 588 ,na. 166 ,167).

İkinci vaziyette, yani hususî evrakta sahtekârlığın kaçak bir suçun ve bilhassa dolandırıcılığın ikaında bir vasıta olması halinde, durum daha karışıktır.

Bir telâkki tarzına göre, bu vaziyette mürekkep suç hali mevcuttur: Mademki hususi evrakta sahtekârlığın mevcudiyeti için sahte evrakın istimal edilmesi lâzımgelmektedir ve mademki dolandırıcılığın bir unsuru da hile ve sania ile failin kendisine veya başkasına haksız bir menfaat temin etmesinden ibarettir, o halde sahte varakanın istimali neticesinde böyle bir menfaat elde edilmişse, işbu istimal fiili dolandırıcılığın bir unsuru oluyor demektir. O halde mürekkep suç vaziyeti mevcuttur ve dolandırıcılıkla hususî evrakta sahtekârlıktan hangisinin cezası daha ağırsa onun tatbikı icabeder (106).

Diğer bir noktai nazara göre, hâdisede mürekkep suç vaziyeti derpiş edilemez, çünkü hususî evrakta sahtekârlık, dolandırıcılığın bir unsuru değildir: Mademki dolandırıcılık böyle bir sahtekârlık olmadan da ika edilebiliyor, o halde sahtekârlığı dolandırıcılığın unsuru saymağa imkân yoktur. Bu vaziyette, sahte hususî varakayı kullanan fail, aynı bir fiille, hem hususî evrakta sahtekârlığa mütedair kanun hükmünü hem de dolandırıcılık maddesini ihlâl etmiş olacağı cihetle, hâdisede fikrî içtima hali manzur olacaktır (107).

Üçüncü bir telâkkiye göre ise, bu vaziyette fikrî içtima halini derpiş etmek doğru olmaz: Hususî evrakta sahtekârlıkta iki fiilin bir arada bulunması iktiza eder ki, bunlardan birincisi sahtekârlık, diğeri ise istimaldir; halbuki dolandırıcılık hakkında yalnız istimal mevzuubahis olabilir; bu itibarla sahte bir varakayı kullanan kimse aynı bir fiille kanunun iki hükmünü ihlâl etmemiştir, çünkü fiil aynı değildir. Kaldı ki, istimal bir «hile ve sania» sayılsa bile, gene dolandırıcılık suçuna vücut veremez, çünkü bu suçun teşekkülü haksız bir menfaatin teminine vabestedir, halbuki bu keyfiyet hususî evrakta sahtekârlığa tamamiyle yabancı olan bir unsurdur (108). Bu itibarla, derpiş olunan farazîyede, iki ayrı fiille iki suçun işlenmesi hali mevcuttur ve binnetice hakikî içtima kaidelerinin tatbikı iktiza eder (109). İşaret edelim ki, İtalyan Yargıtayı, son kararlarında, bu noktai nazarı terviç eylemiştir (110).

(106) RENDE (Zikredilen: MIRTO, sah. 262. not 249).
(107) NEGRI, sah. 591; CRIVELLARI — SUMAN, sah. 351;
(108) MANZINI, Na. 2043 .III.
(109) MANZINI, loc .cit.
(110) İt Ygt., 14 Ocak 1935 ve 28 Kasım 1934 (**Ann. Bir Proc. Peen., 1935**, sah. 945 ve 940).

Nihayet dördüncü bir telâkki tarzına göre bir tefrik yapmak iktiza eder: Şayet hususî evrakta sahtekârlık, menfaat temini için mevkii fiile konulan yegâne hile ve saniayı teşkil ediyorsa, yani fail hulûs ve saffetinden istifade ettiği kimseye karşı bundan başka hiç bir hileli vasıtaya başvurmamışsa, fikrî içtima hali vardır; yok, sahte varakanın istimalinden gayrı diğer bazı hilelere müracaat edilmişse, hakikî içtima mevcuttur (111). Mehaz kanunun tatbikında olduğu gibi, yukarda arzettiğimiz telâkkinin kabul edilmesine kadar, yeni kanunun uygulanmasında İtalyan Yargıtayının noktai nazarı - bazı istisnalar hariç tutulursa - bu merkezde idi (112).

Biz, bu vaziyette, hususî evrakta sahtekârlıkla dolandırıcılık arasında hakikî içtima halinin mevcut olduğu kanaatine iştirak etmekteyiz. Fikrimizce istimal keyfiyeti, failce mevkii fiile konulan yegâne hile ve sania olsa bile, fikrî içtimaın kabulü cihetine gidilemez, çünkü hem böyle bir tefrikın tervici indî bir mahiyet arzeder, hem de ortada bir fiille iki ayrı hükmün ihlâli mevcut değildir: Dolandırıcılığı vücude getiren fiille hususî evrakta sahtekârlığı teşkil eden fiil (ki, tekrar edelim, sahtekârlık zait istimalden mürekkeptir) arasında ayniyet yoktur.

(6) **BİBLİYOGRAFYYA:** CARNELUTTI, Teoria del falso, Paodva 1935; CARRARA, Programma del Croso di diritto criminale, C. VI, 11 .tabı Firenze 1923; SALİM BAŞOL ,TCK nun evrakta sahtekârlık hükümleri hakkında bir tetkik ,İstanbul 1944; BATTISTA' in CONTI Giurisprudenza sul codice penale, C. II, Milano 1916; MUSTAFA REŞİT BELGESAY, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, Kısım 2, İstanbul 1940; BRUNO ,Codice peanle del Regno d'Italia, CIVOLI, Dei delitti contro la fede pubblica, in PESSINA, Enciclopedia, C. VIII, Milano 1909; CLERC, Cours élémentaire sur le code pénal suisse, Hususî kısım C. II, lausane 1945; CRIVELLARI—SUMAN, Codice penale interpretato, C.VII, Torino 1896; FARUK EREM, Gerekçeli TCK, Ankara 1948; GARÇON, Code pénal annoté, C. I, Parii 1901 — 1906.; MAJNO, Commento di diritto penale italiano, C. VI, Torino 1922; MARACHI, II falso in scittura privata come mezzo alla consumazione della truffa (Suppl. Riv. Pen., C. III sah. 56); MIRTO, La falsità in atti, 2. tabı, Roma 1946; NAPODANO, Falsità in atti (Suppl. Riv. Pen., C. 146); NEGRI, Dei reati contro la fede pubblica, in COGLIOLO, trattato, C. II, K. 1/A, Milano 1893; SALTELLI e ROMANO—DI FALCO, Commento teoricopratico del nuovo codice penale, C. III, 2. tabı, Torino 1940; TAHİR TANER, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. tabı, İstanbul 1947—1949; ZERBOGLIO Dei delitti contro la pubblica fede ecc., Milano tarihsiz (FLORIAN'ın Trattato'sunda).

SAHİR ERMANN, Evrakta Sahtakârlık suçlarında «Varaka»» mefhumu (Not. HFM. C. XV. Sayı 1—2).

(111) MARCHI, sah. 56 ve son.
(112) Bk.: BATTISTA, sah. 587-588 ,na. 152 — 173; BRUNO, sah. 315 not 1.

Suçlu çocuklar ve bunların tâbi tutulmaları gereken özel rejim hakkında notlar

Balkan memleketlerinde suçlu çocukların durumu

Dr. Reşat D. TESAL

b — Suçlu çocukların Romanya'da tâbi tutuldukları özel rejim

Geçen yazımızda Balkan memleketlerinden Yunanistan'ın suçlu çocuklar hakkındaki mevzuatını incelemiştik (1). Bu defa diğer bir Balkan memleketinin, Romanya'nın aynı dâva uğrunda almış bulunduğu tedbirleri gözden geçireceğiz.

Bugünkü Rumen mevzuatı, küçük yaştakilerin suç işlemesini önlemek ve suçlu çocukları özel bir rejime tâbi kılmak bakımlarından, harpten evvelki Rumen kanunlarından daha etraflı hükümler ihtiva etmektedir. 27 Şubat 1948 de yayınlanıp yürürlüğe giren yeni Ceza Kanunu, 138 ilâ 153 üncü maddelerini suçlu çocuklara ayırmış bulunmaktadır. Bu maddelerde yazılı özel hükümler, 12 ile 18 yaş arasındaki küçüklere tatbik olunmaktadır. Yani Romanya'da ceza ehliyeti bakımından rüşt yaşı, 12 sinde başlayıp 18 yaşında tamam olmaktadır. Kanunun 139 uncu maddesinin birinci fıkrası, 12 yaşından aşağı çocukların hiç bir suretle ceza ehliyeti olamıyacağını ifade etmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, 12 ile 15 yaş arasındaki küçükler, ancak işledikleri fiilin suç olduğunu anlıyabilecek akıl durumunda oldukları takdirde sorumlu tutulabilirler. Bununla beraber, kanun vâzıı, 12 sinden küçük olup ta suç işlemiş bulunanlarla yaptıkları işin mahiyetini kavrayamıyan 15 yaşına kadar küçükleri her türlü tedbirden uzak tutmak istememiş, bu gibiler hakkında da bazı çareler düşünmüştür. Rumen Ceza Kanununun 140 ıncı maddesinde sayılan bu tedbirler şunlardır:

1 — Bu yaş ve durumda çocuklar, gelecekte daha sıkı bir teyakkuz ve ihtimama tâbi tutulmaları ihtariyle ana ve babalarına teslim olunurlar. Bunlardan mektebe gidenler hakkında gereken disiplin tedbirlerinin alınması hususu ayrıca devam ettikleri okul idaresine bildirilir.

2 — Aileleri olmıyan veya olup ta yeter ahlâk sağlamlığı göstermi-

(1) Adalet Dergisi, yıl: 40, sayı: 6

603

yen küçükler, kendilerine lâzımgeldiği şekilde bakmayı taahhüt eden bir yakına tevdi edilirler.

3 — Böyle bir yakının da bulunmadığı hallerde çocuklar, bakımı taahhüt etmeleri şartiyle, şeref ve namusu belli kimselerin yanına verilir veya resmî yahut devletçe tanınmış özel bakım ve yardım müesseselerinden birine yerleştirilirler.

4 — Buna dahi imkân bulunmadığı takdirde, çocukların terbiyesinin bir ıslah müessesesince yapılması kararlaştırılır.

Bu rejimlerden birine tâbi tutulan küçüğün ayrıca hürriyetinin kontrol ve tahdidi cihetine de gidilebilir. Bu şartlar altına konulan çocuklardan tedbirin devamı sırasında yeniden suç işliyenler olursa, bu defa bunlar hakkında artık yalnız 3 üncü veya 4 üncü rejimlerden biri tatbik olunabilir (141 inci madde). Bu özel tekayyüt rejiminin çocuk 21 yaşına varıncaya kadar devam edeceğini kabul eden Rumen Kanunu, bu gibi suçlu çocukların ana ve babalarının sorumluluğunu da gözönünde bulundurmayı uygun görmüş ve 12 yaşından aşağı olan veya 12 ile 15 yaş arasında olup ta fârik ve mümeyyiz bulunmıyan küçüklerin sarhoşluk sebebiyle suç işlemeleri halinde ebeveynin dahi cezalandırılmaları esasını vazeylemiştir (140 ıncı maddenin son fıkrası). Diğer taraftan, 143 üncü maddeye göre, bu yaş ve şartlardaki suçlu çocuklardan, akıl durumları bakımından anormal olanlarla inkişafları gecikmiş, yahut ta bir hastalığa tutulmuş bulunanlar, yukarda anlatılan rejimlerden birine tâbi tutulmayıp, mütehassıs bir doktorun mütalâa ve tavsiyesi alındıktan sonra, tamamen iyileşinceye kadar kalacakları ve tedavilerinin gerektirdiği bir bakım evi, yurt veya sanatoryuma yerleştirilirler.

12 ile 15 yaş arasında olup ta işledikleri fiilin suçluluk mahiyetini tefrik edecek akıl durumunda bulunan çocuklar hakkında tatbik edilebilecek emniyet tedbirleri ile cezalar, Rumen Ceza Kanununun 144 üncü maddesinde sayılmaktadır. Bu maddeye göre, emniyet tedbirleri: Küçüğün hürriyetinin kontrol altına alınması ve kendisinin ahlâkan yeniden ıslaha tâbi tutulmasından, cezalar ise: Tevbih ve hafif hapis veya hapisten ibarettir. Aynı kanun maddesi, bu tedbir ve cezaların 15 yaşından yukarı çocuklar hakkında da tatbik olunacağını âmir bulunmaktadır. Yine 144 üncü maddeye göre, hakları tahdit eden cezalardan hiç biri suçlu çocuklar hakkında tertip edilemiyeceği gibi, para cezaları dahi ancak 15 yaşından büyük olup ta bir geliri olan veya hayatını kazanan küçükler hakkında hükmolunabilir.

Keza, aynı maddenin son fıkrası, âmme nizamına veya Devletin iç

ve dış emniyetine karşı suç işledikleri takdirde küçüklerin bu istisnaî tedbir ve cezalardan faydalanamıyacaklarını ve genel ceza hükümlerine tâbi tutulacaklarını ifade eylemektedir.

Şimdi yukarda saydığımız emniyet tedbirleri ile cezaların izahına geçelim:

Murakabeli hürriyet tedbiri; suçlu çocuğun bir sene müddetle hareketlerinin çok sıkı bir kontrola tâbi tutulması şartiyle serbest bırakılmasından ibarettir. Evvelce bir aydan fazla hapse mahkûm olmuş küçükler hakkında hükmedilemiyecek olan bu tedbire karar veren mahkeme, çocuğu kanunî mümessiline teslim etmek veya onunla meşgul olmayı taahhüt eden resmî veya hususî bir hayır müessesesine yahut ta emin bir kimseye tevdi eylemek suretiyle kararının yerine getirilmesini sağlıyacaktır. Nezaret ve bakımla mükellef tutulan kimse veya müessese, suçlu çocuğu devamlı mürakabe altında bulundurmak ve edindiği neticeleri sene sonunda yetkili mahkemeye bildirmek mecburiyetindedir (146 ncı madde). Suçlu çocuk hakkındaki nihaî cezanın hükmolunup olunmaması bu tecrübe devresinin vereceği neticeye bağlıdır. Eğer çocuk, şarta bağlı olarak serbest bırakıldığı bu bir sene içinde iyi hareket etmiş ve hareketlerini ve ahlâkını düzeltmeğe, kendisini yeniden suç işlemeğe sürükleyecek yolsuzluklardan uzaklaşmağa ciddi bir surette girişmiş ise, artık hakkında başkaca ceza tertibi cihetine gidilmiyecek ve aleyhinde açılmış bulunan dâva, bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırılacaktır. Fakat, şayet küçük tâbi tutulduğu kontroldan sıyrılır veya kötü bir hayat sürmekte devam eder, yahut ta yeni suçlar işlemeğe kalkışırsa, nezaretle görevli kimse veya müessese durumu derhal tafsilâtiyle ilgili mahkemeye bildirir. Mahkeme, yaptığı inceleme sonunda çocuğun hakikaten kontroldan kaçıp fena gidişinde israr eylediğini veya yeni bir suç işlediğini tespit eylerse, mürakabeli hürriyet tedbirini kaldırarak küçüğü ya bir ıslah evine gönderir yahut ta, durumun derecesine göre hafif hapis veya hapis cezalarından biriyle mahkûm eder (147 nci madde).

Ahlâkan yeniden ıslaha tâbi tutulma tedbirine, çocuğun, geçmişteki hali, yaşadığı çevre ve işlediği suçun bünyesi gözönünde bulundurulmak suretiyle yapılan müşahede sonunda ahlâk durumunun düşük ve geri olduğuna hükmedildiği takdirde başvurulur. Bu tedbirde güdülen gaye, çocuğun normal bir ahlâk durumuna dönmesini ve namuslu bir hayata alıştırılarak bir meslek edinmesini sağlamaktır. Islaha, bu uğurda kurulmuş özel müesseselerde girişilir. Bu tedbir müddetle kayıtlı değildir. Çocuk 21 yaşına varıncaya kadar devam edebilir. Islah müessesesine gönderilen çocuğun ilk sene içinde durumunu düzelttiği görülürse müessese

nezdinde çalışan mürakabe komisyonu onun, deneme mahiyetinde ve kontrollu olarak iki sene müddetle serbest bırakılmasına karar verebilir. Eğer bu zaman içinde çocuk hakikaten doğru yoldan giderse, serbest bırakılma kat'îleşir. Aksi takdirde mahkeme onun, 21 yaşını doldurunca kadar disiplin oltında yaşatılacağı bir müesseseye yeniden konulmasına karar verir (148 ve ve 149 uncu maddeler).

Tevbih cezası, yapılan yargılama sonunda işlediği anlaşılan fiilin kötülüğünün ve bu türlü hareket eylemesinin doğru görülmediğinin suçlu çocuğa mahkeme tarafından anlatılmasıdır. Yargılama sonunda, açık oturumda yerine getirilir. Mahkeme çocuğa aynı zamanda bu ceza ile uslanmaz ve yeni bir suç işlerse daha şiddetle cezalandırılacağını da ihtar eder (145 inci madde). Bir seneden fazla hafif hapis veya hapsi gerektiren suçlar için tevbih cezasına başvurulamıyacağı gibi, evvelce işledikleri bir suçtan dolayı Ceza Kanununun 140 ıncı maddesinde yazılı tedbirlere (12 yaşından küçük çocuklarla 12 ile 15 yaş arasında olup ta fark ve temyiz ile hareket etmemiş bulunanlar hakkındaki tedbirler) tâbi tutulmuş olanlar hakkında da buceza hükmolunamaz. Bu gibi ahvalde mahkeme, bir mükerrir olması hasebiyle çocuğu, suçunun derecesine göre, hafif hapis veya hapse mahkûm edecektir (140 ıncı maddenin son fıkraları).

Suçlu çocuklara tatbik edilebilecek hafif hapis veya hapis cezaları şunlardır:

1 — Ağır hapsi gerektiren suçlardan dolayı 3 seneden 15 seneye kadar hapis,

2 — Hafif hapsi veya hapsi icabettiren suçlardan dolayı, genel hükümlere göre verilebilecek cezanın yarısı,

İkinci halde hükmolunacak ceza üç seneyi geçemiyeceği gibi, on beş yaşından küçük olup ta ağır cezayı gerektirir bir suç işlemiş bulunan çocuklar hakkında verilecek hapis cezasının da yukarı haddi 10 senedir.

Bu hürriyeti bağlayıcı cezalara kayıtsız şartsız olarak ve derhal müracaat mecburiyeti yoktur. Mahkeme dilerse ve çocuğun diğer tedbirlerle yola gelebileceğine hükmediyorsa, suçun ağırlığına rağmen bu cezaları tatbik etmiyebiilr. Diğer tedbirlerin kâfi gelmiyeceği ve çocuğun daha şiddetli bir disipline tâbi tutulması kanaati hâsıl olduğu takdirdedir ki Rumen Ceza Kanunu hürriyeti bağlayıcı bir cezaya başvurulmasını emretmektedir. Bu hususu: «Yukarda yazılı cezalar, ancak mahkemece diğer tedbirlerin suçluyu ıslaha kâfi gelmediğine kanaat getirildiği takdirde hükmolunabilir» mealinde olan 150 nci maddenin üçüncü fıkrasiyle sağlayan Rumen Kanununun aynı maddesinin son fıkrasına göre, küçükler hakkın-

da hükmolunacak hürriyeti bağlayıcı bütün cezaların, bunların çektirilmesi uğrunda özel olarak kurulan ıslah müesseselerinde infazı lâzımdır.

Hafif hapis veya hapse hükmeden mahkeme aynı hükümle suçlunun, cezasının üçte ikisini çektikten sonra geri kalan müddeti kontrollu bir serbestlik içinde geçirmesine de karar verebilir. Bu kontrol ve şarta bağlı salıverme kararı ancak suçlunun hapis cezasını çektiği sırada salâh eseri göstermiş olması halinde yerine getirilebilir. Serbest bırakıldığı müddet içinde çocuk, suçuna göre tâyin edilmiş bulunacak bir takım kayıtlara boyun eğmek ve doğru bir yol tutmak mecburiyetindedir. Aksi yolda yürüdüğü veya yeni bir suç işlediği takdirde, şarta bağlı salıverme kararı geri alınır. Yeni suç para cezasını gerektirir mahiyette olsa dahi vaziyet aynıdır. Suçlunun şartlı serbestlik süresi içinde düzgün yaşadığı görülürse geri kalan hapis cezası yerine getirilmiş sayılır (151 inci madde). İstitraten şu noktayı kaydedelim: Şimdi bahsettiğimiz şarta bağlı salıverme tedbiri ile Rumen Ceza Kanununun 149 uncu maddesinde yazılı olup daha yukarda anlattığımız deneme kabilinden serbest bırakmayı birbirine karıştırmamak lâzımdır. Her ikisi de aynı gayeyi, çocuğun kabil olduğu kadar ceza mahiyeti gösteren baskılardan uzak tutulması ve böylece ruhunda cezalandırılmaya karşı bir yüzsüzlük, bir alışkanlık uyanmasından imkân dairesinde sakınılması amacını gütmekle beraber, bu iki tedbir, gerek karşılık teşkil ettikleri cezaların mahiyeti, gerekse doğurdukları neticeler bakımından çok farklıdırlar. Yalnız her iki halde de kanun vâzıı, çocuğun nezaret ve idaresi kendisine verilmiş olan kimseyi, koruma cemiyetlerinin yardımı ile gerekli tedbirleri almak ve küçüğe iyi bir muhit ve dürüst bir çalışma yolu sağlamak ile aynı derecede mükellef tutmaktadır (153 üncü madde). Keza aynı madde, cezalarını çekip katî olarak serbest bırakılmış bulunanlara iş temini hususunda da lüzumlu çarelere başvurulmasını emretmektedir. 152 nci madde ise mahkemeye, suçun vehametine göre, çocuğun mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezayı çektikten sonra bir ıslah müessesesine konulmasına karar vermek yetkisini tanımaktadır. Diğer taraftan 153 üncü maddenin son fıkrasına göre, çocuğun ahlâk durumunun resmî veya özel müesseselerden birinde ıslahına girişildiği müddet içinde gereken mürakabeyi yapmak yetkisi, Adalet Bakanlığı tarafından bu uğurda tâyin olunacak bir makama ait bulunacaktır.

Suçlu çocuklar hakkında saydığımız bu tedbir ve cezaları hükmeder ve çocuklar tarafından işlenen suçları yargılarken mahkeme sanığın:

1 — Fizik ve normal durumu ile geçmişteki halini,

2 — İçinde yetiştirildiği ve bulunduğu şartları ve

647

3 — Ailesinin maddî ve ahlâkî durumunu

inceleyip gözönünde tutmak suretiyle olayları ve suçun işlenmesinde başvurulmuş olan vasıta ve usulleri tahkik etmek mecburiyetindedir (Ceza Kanununun 139 uncu maddesinin son fıkrası). Mahkeme bu esaslar dairesinde edindiği bilgi ve inanca göre suçlu çocuk hakkında en uygun bulduğu tedbir veya cezayı uygulayacaktır.

Suçlu çocukların hangi mahkemeler tarafından ve ne esaslar dairesinde yargılanacağını 13 Şubat 1948 tarihinde neşrolunup meriyete giren Rumen Ceza Yargılama Usulü Kanununun 30 Nisan 1949 da tadil edilen 474 üncü ve sonraki maddeleri tâyin etmektedir.

474 üncü madde, kabul edilen istisnalar dışında genel usul hükümlerinin çocuklar tarafından işlenen suçların yargılanmasında da uygulanacağı prensibini koymaktadır. 475 inci maddeye göre ise, 15 yaşından aşağı suçlu çocuklar genel mahkemeler yanında çalışan özel (çocuk mahkemeleri) tarafından yargılanırlar. Bu mahkemeler, bu yaştaki çocuklar tarafından işlenen her nevi suçları yargılamak yetkisine sahip olup çocuk yargılama sırasında 15 yaşını geçmiş bulunduğu takdirde dahi bu yetkileri devam eder.

Çocuk mahkemesini, yanında çalışacağı genel mahkemenin başkanı tarafından yapılacak teklif üzerine Adalet Bakanınca seçilecek bir yargıç idare eder. Genel mahkemenin üyeleri arasından seçilecek olan bu yargıç, çocuk mahkemesini üç sene müddetle idare edecektir. Yeniden seçilme imkânı vardır. Çocuk mahkemesini idareyle görevlendirilen üye, asıl mahkemesindeki vazifesinden affedilmiş sayılmaz. Ancak, çocuk mahkemesinin işlerini tercihan görmek esastır (476 ncı madde).

Rumen Ceza Usulü Kanununun 477 nci maddesi, çocuk mahkemelerinin yetkisi dışında kalan halleri saymaktadır. Bu maddeye göre, 15 yaşından aşağı bir çocuğun işlediği suça bu yaştan yukarı kimseler de iştirak etmiş veya kovuşturma sanığın 15 yaşını aşmasından sonra yapılmış ise, yargı yetkisi genel mahkemelere aittir. Ancak, genel mahkeme dilerse, ortak işlenmiş suçlarda küçük yaştaki sanıkların dâvasını ayırarak özel mahkemeye gönderebilir. Aksi takdirde, dâvayı birlikte görmek kararını çocuk mahkemesine bildirmek ve bu mahkemece gerekli tedbirlerin alınmasına imkân vermek zaruretindedir.

Romanya'da, 15 yaşından küçük çocuklar tarafından işlenen suçlar hakkındaki bütün soruşturma ve kovuşturma muamelelerini yapma yetkisi çocuk mahkemesi yargıcına verilmiştir. O bu hususta sorgu yargıcının bütün salâhiyetlerini haizdir (Usul Kanununun 480 inci maddesi). 15 yaşından aşağı bir küçüğün işlediği suçtan zarar görenler veya böyle bir

suç işlendiğini duyanlar, doğruca çocuk yargıcına şikâyet veya ihbarda bulunabilirler. Savcılık ta, kendisine yapılan ihbar veya şikâyetleri resen takip edemeyip derhal çocuk yargıcına bildirmek mecburiyetindedir. Yargıç, kendi çevresi içinde 15 yaşından küçük bir çocuğun suç işlediğini öğrenir öğrenmez, savcılıktan gelmiyen ihbarlarda evvelâ bu makamı olaydan haberdar etmekle beraber, küçüğü kanunî mümessili veya yanında oturduğu kimse ile birlikte celbeder ve ilk araştırmaların yapılması için gerekli emirleri verir. Sorgu ve diğer tahkik safhalarında hazır bulunmak hakkına malik bulunan savcı, yargıcın emirlerinin yerine getirilmesi ile bizzat meşgul olur veya varsa yardımcılarından birini bu işle vazifelendirir. Kovuşturma sırasında çocuğun ailesinin maddî ve ahlâkî durumu, hareketleri ve geçmişteki hali ile içinde yaşadığı ve yetiştirildiği şartlar üzerinde bilhassa durulur ve icabediyorsa tıbbî müşahede ile küçüğün zekâ derecesi de tesbit olunur (481 inci madde).

Yargıç lüzum görürse, Ceza Kanununun 140 ıncı maddseinin 3 üncü ve 4 üncü bentlerindeki tedbirlere başvurarak 15 gün müddetle küçüğü bu bentlerde yazılı müesseselerden birine kapatabilir. Bu müddetin ancak bir defaya mahsus olmak üzere yenilenmesi mümkündür. Çocuk müessesede diğer küçüklerden ayrı tutulur. Kapatma tedbirine dair yargıcın verdiği kararın, çocuk mahkemesinin bağlı bulunduğu genel mahkeme heyeti tarafından görüşülüp onanmadıkça yerine getirilmesine imkân yoktur (482 nci madde).

Soruşturma sonunda suç sabit görülmez veya kâfi delil bulunmazsa yargıç dâva açılmasına lüzum olmadığına karar verir. Aksi takdirde yargılama için bir gün tesbit eder.

15 yaşından küçük çocukların yargılanması özel bir mahkeme salonunda ve gizli olarak yapılır. Duruşmada savcı, taraflar (yani sanık ve varsa müdahale yolu ile dâvaya katılan mağdur), çocuğun ana, babası veya vasisi yahut ta yanında oturduğu kimseler, tarafların avukatları, küçüğün soruşturma sırasında tevdi edildiği kimse veya müessese mümessili ile yargılama sırasında kendilerine lüzum hâsıl olacak eşhas bulunur. Çocuğun avukatı yoksa mahkeme resen bir müdafi tâyin eder. Duruşmada hazır bulunanların hepsi konuşmak ve suçlu hakkında alınması düşünülen tedbirler hususunda tekliflerde bulunmak hakkına maliktirler.

Sorgusundan ve suçu hakkında kendisinden gereken izahat alındıktan sonra çocuk salondan çıkarılır ve duruşmanın geri kalan safhası, iddia ve savunmalarla hükmolunması düşünülen tedbir veya cezalar hakkındaki görüşmeler, onun gıyabında cereyan eder.

Yargılama sonunda verilen kararlara karşı açık olan kanun yolu istinaftır. Yalnız tevbih yapılmasına, çocuğun ıslah evine konulmasına veya hafif hapis veya hapis cezası ile mahkûm edilmesine dair olan kararlara karşı kanun yoluna başvurmak imkânı vardır. Bu hak çocuğun kanunî mümessillerine ve savcıya aittir. Müdahil taraf sadece kararın kendisini ilgilendiren tazminat kısmına karşı kanun yoluna müracaat edebilir (487 nci madde).

Kanun yoluna başvurmak, hapse ve tazminata dair hususlar müstesna, mahkeme kararının infazını geciktirmez. Kararın yetkili yüksek mahkemede tetkiki sırasında da Usul Kanununun yukarda izah edilen 484 üncü ve müteakip maddeleri hükümleri dairesinde hareket olunur. Kaldırılan hükümler mahkeme nezdindeki savcı tarafından yerine getirilir. Savcı bu hususta adlî zabıta memurlarından ve yardım cemiyetleri mensuplarından faydalanır.

Rumen Ceza Usulü Kanununun 490 ıncı maddesi 15 ile 18 yaş arasındaki suçlu çocukların ne şekilde yargılanacaklarına dair hükümler koymaktadır. Bu maddeye göre, buyaştaki suçlular:

1 — Halk mahkemelerinin yetkisine giren suçlardan dolayı bu mahkemeler önünde,

2 — Asliye mahkemelerinin yetkisine giren suçlarla küçüklere tatbik edilebilecek ağır hapsi gerektiren fiillerden dolayı asliye mahkemelerinde ve,

3 — Küçüklere tatbiki mümkün ağır hapsi müstelzim suçlardan dolayı ağır ceza mahkemesinde

yargılanırlar.

Yargılama sırasında uygulanacak usul hükümleri genel usul kaidelerinden ibaret olmakla beraber, Usul Kanununun 481, 482, 483/2 ve 485 inci maddelerinin dahi gözönünde bulundurulacağı ve küçüğün suçuna 18 yaşından büyük kimselerin karışmamış olması şartiyle, 484 üncü maddenin ikinci fıkrasının da uygulanması gerektiği 490 ıncı maddenin ikinci fıkrasında açıklanmaktadır.

491, 492 ve 493 üncü maddeler suç işlememiş küçüklerin korunmasına dair tedbirler koymaktadır. Bu tedbirler, 18 yaşına kadar bütün çocuklar hakkında uygulanabilir. 491 inci maddeye göre çocuk mahkemesi yargıcı, suç işlememiş olmakla beraber ahlâkan düşme tehlikesi gösteren küçükler hakkında Ceza Kanununun 140 ıncı maddesindeki korunma tedbirlerini alabilir. 492 nci madde herkesi, mânen terkedilmiş bulunan, yahut ahlâkan düşmek ve kendilerini fuhş, dilencilik, serserilik veya diğer

650

kötülük ve suçlara kaptırmak tehlikesinde olan çocukları savcılığa veya çocuk mahkemesi yargıçlığına derhal haber vermekle mükellef tutmaktadır. Keza aynı madde, idare ve zabıta erkânını da aynı mecburiyetle görevli kılmaktadır. Bu suretle Rumen mevzuatı, çocuk suçluluğunu önlemek hususunda önemle giriştiği savaşa genel bir mahiyet vermiş ve bütün Rumen halkını bu savaşa katılmaya mecbur tutmuş buulnmaktadır.

Suçlu çocuklar hakkında diğer Balkan memleketlerinde ne gibi tedbiirler alındığını başka bir yazıda inceleyeceğiz.

691

Cezaların Ertelenmesinde Esaslar
İctihatlar ve Tatbikat

Yazan: Fethi OLCAY

Ceza Kanunumuzun müstakil bir faslını teşkil eden (Cezaların Ertelenmesine) müteallik hükümler Türk kanun yapıcısının her şeyden önce ahlâkî düşüncelere müsteniden koymuş olduğu esasları ihtiva etmektedir.

Ekser mütemeddin memleketlerin kanunlarında (1) yer almış olan (TECİL-ERTELENME) hükümlerinin vazındaki gaye, suç işlemiş bir şahsın isteyerek veya istemiyerek ika ettiği bir fiil ile ihlâl olunan nizam ve kaidenin kendisinde yani iç âleminde husule getirdiği pişmanlık ve nedametin yargıç tarafından sezilmesi, geçmişteki hali ve ahlâkî temayüllerine göre ileride suç işlemiyeceği hakkında mahkemece mutlak kanaat hâsıl olduğu takdirde cezanın infazının tehirinden ibaret bir tedbirdir (2).

Demek oluyor ki yargıç mahkûm ettiği kimsenin geçmişteki ahlâk, hal ve temayüllerini tetkik edecek ve neticede hâsıl olacak vicdanî kanaate göre ve tamamen takdir hakkını kullanarak sanığa vereceği cezayı erteleyebilecektir. Şu halde erteleme sanığa verilmiş bir hak değil, şartları mevcut olduğu takdirde kanunun yargıca sanık lehine lüzumunda kullanabilmek imkânını verdiği bir salâhiyetten ibarettir.

Netice itibariyle bir inkılâp hükmü (3) olarak vasıflandırabileceğimiz bu müessesenin pek büyük ve ahlâkî faydaları olduğunu tecrübeler bize göstermiş bulunmaktadır. Gerek kabahat ve gerekse cürüm nev'inden küçük bir ceza ile mahkûm edilen bir şahsı, cezasını çekmek için cezaevine koymakla daha büyük zararlar husulü de mümkündür. Esasen geçmiş ve ahlâkî temayülleri iyi olup ta tesadüfen suçlu olan bir şahsın zaten suçu iş-

---

(1): Amerika, Fransa, İtalya ve bazı farklarla İngiltere ve Belçika (İngiltere ve Belçika kanunlarına göre Ertelemenin hüküm ifade edeceği müddeti Yargıç tâyin eder.)

(2): Hükmün tecili ile cezanın tecilini (Ertelenmesini) karıştırmamak lâzımdır. Hükmün tecilinde (kararın verilmesi) geri bırakıldığı halde, cezanın ertelenmesinde, hükme bağlanmış bir cezanın infazının geri bırakılması bahis mevzuudur.

(3): Türk Ceza Kanunu lâyihasının kamutaya sevki münasebetiyle Adalet Komisyonunun raporunda aynen şöyle denilmektedir: «Başka memleketlerden bu hususta edinilen tecrübelerden kemâlile istifade edilmek üzere medenî usulü mücazatın kabulü Encümenimizce elzem görülerek o yolda ahkâm vazedilmiştir. Bu usule müteferri olmak ve mahkûmlara nefsini ıslah ederse, tekrar bir cürüm ve kabahat işlemekten çekinirse Türk cemaatının kendileri hakkında rıfkile muamele edeceğini göstermek üzere mücazattaki şiddetin tahfifi, mesruten tahliye, te'cili mücazat, tevbihi adlî ile iktifa gibi usullerde kabul edilmiştir.»

lediği anda pişman olacağı ve nedamet getireceği muhakkak gibidir. Türk kanun yapıcısı tesadüfî değil taammüdî suçluları bile ıslahı nefs gayesiyle en ahlâkî ve en âdil şekilde cezalandırmayı ve hattâ bu nevi suçluların cezalarını çekip ceza evlerinden çıktıktan sonra Devletin onun namusluluğunu ve artık suç işlemiyecek şekilde ıslahı hâl ettiğini taahhüt ederek himayeci bir sistem (Patronaj) (4) tatbik etme gayesini güderken bu gayeye muvazi ve esasen iyi ahlâklı olup tesadüfen suçlu bulunmuş bir kimseyi himaye etmesi de aynı düşüncenin pek tabiî olan bir neticesidir. Ekseriya tesadüfî olarak işlediği küçük bir cürüm ve kabayati sebebiyle pek az cezaya mahkûm edilen bir kimsenin cezaevine konulmasında her zaman fayda melhuz değildir. Onun ahlâkî yetişkenliği ve içtimaî mevkii gibi hususî halleri zaten suçu işlediği ve hele hüküm giydiği anda en büyük pişmanlığı yaratmıştır. Cezanın ertelenmesinin, böyleleri üzerindeki ahlâkî tesiri pek büyük olur. Aksi halde cezaevinin karışık havası ona belki de kötü telkinler yapabilir ve bu sebeple cezadan beklenilen gayeden daha başlangıçta iken uzaklaşılmış olur.

Kanunumuza göre cezanın ertelenmesi için şu şartlar aranır:

1. Suçlu adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmamış bulunmalıdır.

Bir hak olmadığını yukarda izah ettiğimiz ertelemeden, kaide olarak evvelce suç işlememiş ve ceza görmemiş olanlar istifade ederler. Fakat her kaidenin olduğu gibi bunun da istisnalarını yine kanunumuzda görüyoruz. Bunlardan biri de Adliye mahkemelerinden verilen para cezalarının hiç bir şekilde sonradan işlenilen cürüm ve kabahat cezalarının ertelenmesine mâni olmaması keyfiyetidir. Bu hükmün sebebi vaz'ı, umumiyetle para cezası ile mahkûmiyeti müstelzim suç işlemiş olanların redaeti ahlâkiye sahibi olmadıklarının nazarî bakımdan kabulüdür.

Ancak burada bir noktayı açıklamak lâzımgelmektedir.

Meselâ adliye mahkemelerinden başka mahkemelerden - Askerî mahkemeler gibi - sâdır olan mahkûmiyet kararları, son verilen cezaların ertelenmesine mâni olabilir mi?

Kanun maddesinin ruh ve ibaresinden anlaşılan mânaya göre bu kabil mahkemelerden verilen mahkûmiyet kararları adliye mahkemelerince verilen cezaların ertelenmesine mâni olmıyacaktır.

Meselâ askerî şahıslardan birinin Umumî Ceza Kanununa göre cezayı mucip bir suçu yine askerî şahıslardan biri aleyhine işlemeleri halinde askerî mahkemelerce duruşmaları yapılır. Eğer askerî mahkemelerce ya-

(4) Patronaj — İleri hukuk dergisi — Mayıs 1946 sayı 11 deki makalemiz.

pılan yargılamaları sonunda bu şahıslar Umumî Ceza Kanununa göre mahkûm olsalar ve bilâhare da umumî adliye mahkemelerince ertelemeye müsait bir suçun sanığı olarak yargılanıp mahkûm olsalar, evvelki mahkûmiyet sırf askerî mahkemeden verilmiş olduğu için kanunun şu hükmü karşısında evvelki mahkûmiyet sonraki cezanın ertelenmesine mâni olmıyacaktır (5).

Yine burada bir noktayı açıklamak faydalı olur.

Acaba para cezasından muhavvel hapis cezaları sonraki cezanın ertelenmesine mâni olur mu? Yani esas cezası para cezası olan ve mahkûmun bu cezayı ödeyememesi sebebiyle hapse tahvil edilmiş ve neticeten infaz edilmiş ceza sonraki cezanın ertelenmesine engel olur mu?

Şeklen değişmiş olan bu kabîl cezaların sonraki cezanın ertelenmesine mâni olmaması lâzımdır. Çünkü, mahiyeten para cezası olan ve ertelemeye hiç bir şekilde engel olmıyan bircezanın muhtelif saiklerle ödenememesi netıcesi şeklî ınfazı değişmiş ve hapse tahvil edilmiştir. Meselâ: T. C. Kanununun 230/1 inci maddesine göre görevini savsamaktan dolayı para cezasına mahkûm edilen bir memur ödemekle mükellef olduğu para cezasını ödeyememek durumuna düşse, kanunî şekle uyarak para cezası hapse tahvil edilir ve fakat ceza maddesi, mahiyeten ve aslen para cezası ile tecziyeyi müstelzim bulunduğu için sonraki suçun ertelenmesine evvelki suç maddesinin şekli aslisini nazara almak lâzımdır. Şu izahata göre ikinci suçun - şartları mevcut olduğu takdirde - ertelenmesine birincisi mâni olmıyacaktır.

2. **Ertelenebilmesi için cezanın neticeten ağır veya hafif para cezası veya muvakkat sürgün yahut altı ay ve daha az hapis ve hafif hapis cezası olmalıdır.**

Ertelemenin maddî şartı olarak kabul edebileceğimiz bu ikinci şart bize ertelemenin aynı zamanda hududunu da çizmiş oluyor, asgari haddden âzamî hangi miktara kadar ve hangi nevi cezaların ertelenebileceğini gösteriyor.

Maddenin açık hükmüne göre ağır ve hafif para cezaları, muvakkat sürgün ve altı ay dahil olmak üzere bu miktardan daha az olan hapis ve hafif hapis cezaları da ertelenebilir. Buradaki altı aylık miktar kanunen verilmesi lâzımgelen miktar değil, neticede kalan ve bütün kanunî ve takdirî indirmeler yapıldıktan sonra elde edilen miktardır.

Kanunun bu maddesindeki umumî hükmün istisnasını müteakip 90

(5) Bu mes'ele nazarî bakımdan münakasalıdır. Bazılarına göre askerî mahkemelerden verilen evvelki mahkûmiyet kararları sonraki suçun ertelenmesine mâni olmalıdır.

ıncı maddede görmek kabildir. Şu şartla ki, mahkûm olan kimse on sekiz yaşını bitirmiş bir çocuk veya yetmişine varmış bir ihtiyar ise o takdirde mahkûm oldukları hapis miktarı bir seneden fazla olmadığı halde dahi cezaları ertelenebilir.

3. **Hükümlünün geçmişteki haliyle ahlâkî temayüllerine göre cezasının ertelenmesinin ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemeye kanaat gelmelidir.**

Mahkemece böyle bir kanaatin tahassülü için mahkûmun geçmişteki haliyle ahlâkî temayüllerinin behemehal tetkik ve tahkiki gerekir (6). Adlî sicil kayıtlarının bu bakımdan ehemmiyeti bir kere daha kendisini göstermiş oluyor. Sabıka ve ilâmat kayıtlarının fiş ve kartodeks esaslarına göre tanzimi her bakımdan olduğu gibi bu müessesenin tatbiki için de lüzumludur. Mahkemelere sahih malûmatın gönderilmesi ve sanığın geçmişi, gidişi hakkında yargıcın tam bir bilgi ve kanaat sahibi olabilmesi için bu işlerin gereği gibi takip ve tahkiki lâzımdır.

İleride o şahsın suç işlemiyeceği hakkındaki kanaatin teessüsü için maddenin çerçevesi dışındaki hal ve vaziyetler de nazara alınabilir.

Netice itibariyle şu şartlar tahakkuk ettiği takdirde yargıç verdiği cezayı erteleyebilir. Bu onun en mühim takdir haklarından birini teşkil eder.

Yargıç erteleme hükmünü esas kararla birlikte verir. Ancak, maddenin ikinci fıkrası yargıca bir mecburiyet daha tahmil ediyor ve erteleme sebebinin muhakkak hükümde yazılmasını emrediyor.

Erteleme için talebin şart olup olmadığı meselesine gelince:

Kanunumuz bu hususu yargıcın takdirine bırakmış ve talep hususunda bir açıklamada bulunmamıştır. Fakat herhalde sanığın erteleme talebine hakkı olduğu gibi, hakkında kamu dâvası açılan şahsın duruşma safhalarındaki bütün hal ve hareketlerine yakinen vâkıf olup geçmişini dahi tahkik ve bu suretle o şahıs hakkında bir kanaat ishibi olması mümkün bulunan savcının dahi mahkemeden erteleme talebinde bulunmak ve resen bu teklifi yapmak yetkisi vardır.

Ne sanık ne de savcının talepleri olmadan bile yargıç hakkı takdirini kullanmak suretiyle hükmedeceği cezanın ertelenmesine karar verebilir.

Fakat kaydetmek lâzımdır ki, erteleme için umumiyetle sanık tarafından bir talebin vâki olması aranmaktadır ve bu suretle ertelenme hak-

(6) Geçmiş hükümlülüğü araştırılmadan cezaların ertelenmesine karar verilmesi hükmün bozulmasını mucibtir 4. C. D. 7620 E. 7870 K. 22/6/1948.

695

larından bir çok defalar sanık sandalyesinde oturanlar istifade edememektedirler. Kanaatimizce böyle kanunun kendilerine tanıdığı bir hakkı mahkeme kürsüsünün mahabeti karşısında muhtelif ruh hâleti geçirmesi sebebiyle istiyemiyen, hakikatte ertelemeye müstahak bulunan bir şahsı bu haktan lâyık olduğu halde faydalandırmamak bir haksızlık olur.

Acaba, erteleme talebinin reddedilmesi halinde yargıcın sebep göstermek mecburiyeti var mıdır? Bu cihet de münakaşalıdır. Mahkemeye vâki her türlü taleplerin cevaplandırılması, red veya kabulü sebeplerinin kararda gösterilmesi mecburiyetini yargıca tahmil eden bir kaide mevcut ise de, hususî bir kaide mevcut iken umumî kaideyi tatbik etmenin doğru olamıyacağını kabul edenler de vardır. Kanunumuz bu bahiste red sebeplerinin değil, ancak erteleme sebeplerinin gösterileceğini açıklamıştır. Nitekim Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesi oyçokluğu ile verdiği bir kararında (7), erteleme isteminin kanunî olmıyan sebeplere dayanılarak ve bazı mütalâalar beyan edilerek reddedilmesinin bozmayı mucip olacağı içtihadında bulunmuş ve bu kararda pek kıymetli Daire Başkanı Sayın Necmeddin Zâhir Sencer aynen «Yargıcın ancak erteleme için sebep göstermek mecburiyetinde olmasına binaen hükmün onanılması» reyinde bulunduklarını bildirmişlerdir. Bu esas fikrin kanuna uygunluğu taayyün ve takarrür etmiş olmalıdır ki son içtihatlarında hemen ekser dairelerce artık red sebeplerinin gösterilmemesi bozmayı mucip sayılmamaktadır.

Böyle olmakla beraber gerek savcının (8), gerekse suçlunun (9) erteleme istemleri hakkında yargıcın mutlaka bir karar vermesi lâzımdır. Red sebeplerini göstermekle mükellef değildir. Fakat kanunen kabul sebebini göstermesi mecburidir.

Kanunumuz içtimaî fayda mülâhazasiyle bazı suçlara verilecek cezaları adeta bir şekli mahsus ile teşdit etmiş ve bir tek cezayı az görüp aslî olan cezaya ek olarak bir de fer'î ceza hükmedilebileceği esasını vazeylemiştir.

Fer'î ceza hükmedilmesi bazan mecburî, bazan da hâkimin takdirine bırakılmış muhayyer bir mahiyet taşır.

İster mecburî, ister hâkimin muhayyerliğine bırakılmış fer'î ceza olsun, kanunumuzun 91 inci maddesi sarahatine göre hilâfı mahkeme kararında açıklanmadıkça erteleme keyfiyeti aslî ceza ile birlikte fer'î cezaya da şâmildir. Fakat yargıç yine âmme menfaati mülâhazasiyle erte-

(7): 4. C. D. 9361 E. 11053 K. 21/10/1948
(8) Erteleme istemi hakkında karar verilmemesi yolsuzdur 4. C. D. 1771 E. 2943 K. 25/2/1949.
(9) Savcılıkça ileri sürülen erteleme istemi hakkında bir karar verilmemesi bozmayı mucipdir. 4. C. D. 15546 E. 365 K. 13/1/1948

696

lemeyi fer'î cezaya teşmil etmiyebilir. Teşmil etmemesinin sebeplerini kararda her halde göstermelidir.

89 uncu maddeye göre para cezalarının ertelenmesi mümkün ise de, 92 nci maddede yine kısmen para cezasına benzeyen fakat mahiyeti itibariyle ayrı bulunan tazminat kabilinden olan para cezalarının ertelenemiyeceğinden bahsile 89 uncu maddenin bir istisnası açıklanıyor.

Böyle bir tefrik ve istisnanın konulması iki nevi cezanın yani para cezasiyle tazminat kabilinden olan para cezalarının mahiyeten farklı bulunmalarından ileri gelmektedir.

Para cezası müessir bir ceza gayesiyle verildiği halde, tazminat kabilinedn olan para cezaları adeta bir şahsî hak ve alacağın tahsili zımnında verilmiş hüküm mahiyetini taşırlar. Nasıl ki müdahil veya şahsî dâvacı lehine hükmedilen maddî veya mânevî tazminat ertelenemezse, tazminat kabilinden olan para cezaları da, yukarıda arzedilen vasıf ve hususiyetleri itibariyle ertelemeye müsait değilleridr.

Keza, zabıt ve müsaderesinde kanunî mecburiyet bulunan eşya ve mahkeme masrafları da ertelenemez (10).

Zabıt ve müsadere, neticeyi husule getiren vasıtaya mâtuf kanunî bir tedbirdir. Bu tedbir alınmadığı takdirde ve bu vasıta o şahsın elinde bulundukça tekrar suç işlemesi umulabilir. Meselâ, Türk Ceza Kanununun 404 üncü maddesine göre uyuşturucu maddeleri kullanmak ve yanında bulundurmak hapis ve ağır para cezalarını müstelzim bir suçtur. Böyle mevcudiyeti suç teşkil eden bir maddenin zabıt ve müsaderesi kanunen lâzım olduğu gibi âmmenin sıhhat ve selâmeti için de lüzumlu ve hattâ suçlunun yeniden bir suç işlemesine mâni olabilecek yerinde bir muamele olur. Binaenaleyh ceza ertelenebildiği halde suç vasıtası olan maddenin zabıt ve müsaderesi keyfiyeti ertelenemez.

Mahkeme masraflarına gelince: Bu da Devletin şahsî alacakları mahiyetini iktisap ettiği için ertelenmemesi tabiidir.

Ertelenme, redaeti ahlâkiye sahibi olmadığı mahkemece takdir edilen mahkûmlara kabili tatbik bir hüküm olmakla beraber yargıç, şahsî hak sahiplerinin mahkemece müsellem ve hükme bağlanmış olan haklarını teminat altına alabilmek için 93 üncü maddedeki sarahat veçhile cezanın ertelenmesini, şahsî hakların hükümlü tarafından rızasiyle ödeme şartına talik edebilir (11). Bu takdirde erteleme keyfiyeti ancak (rıza ile ödeme)

(10): Cezaya münhasır olması gereken ertelemenin harca teşmili bozmayı mucibtir. 4. C. D. 14608 E. 16001 K. 18/12/1947.

(11): Müeccel cezaların infazı, sahsi hakların yani tazminatın, iadenin hükümlü tarafından rıza ile itfa ve teminine talik edilebildiği halde hapsin tecili keyfiyetinin para cezasının ödenmemesine talik edilmesi doğru değildir. C. G. K. E. 212 K. 206 17/10/1938.

657

den sonra hüküm ifade eder. Buradaki (Rıza ile) kaydının konulmasına sebep, suçtan zarar görenin şahsî hakkını alabilmesi için mahkûmun peşinden koşmamasını temindir. Yoksa icra marifetiyle veya sair yollarla şahsî hakkın takibi maddenin şu tarifi dışında kalır ve her halde ertelemeye mâni bir hal sayılır.

Yargıç cezanın ertelenmiş olduğunu mahkûm hazırsa hükümle birlikte kendilerine bildirir ve ertelemenin bir af olmadığını, mahkûmiyet hükmünün baki olduğunu, ancak kendisinin geçmişteki hal ve ahlâkı ile mahkemeye ileride bir suç işlemiyeceği hakkında kanaat gelmiş olduğunu ve bu sebeple cezanın infazının geri bırakıldığını ve tekrar bir suç işlerse 95 inci madde hükmü dairesinde infazı geri bırakılan ceza ile son suçun cezasının da birlikte ve aynen çektirileceğini ve sonradan işlediği suçun cezasının, şartları mevcut olduğu takdirde tekerrür sebebiyle artırılacağını hatırlatır (12).

Ancak burada bir noktayı açıklamak isteriz. 94 üncü maddede (Mahkûm hazır ise) kaydı vardır. Eğer mahkûm hazır değilse hüküm gıyapta verilmiş ve ertelenmiş ise aynı ihtarat bu defa mahkûma tebliğ edilen karar örneğinde açıklanmalı ve onu ileride bir suç işlememesi için ikaz etmelidir. Her ne kadar maddenin aksi mânası bunu ifade eylemekte ise de tereddüde yol açması sebebiyle ekseriya bu hatırlatma ihmal edilmekte ve böylece bir çok mahkûmlar bu ikaz keyfiyetinden mahrum kalmaktadırlar.

Ertelenme bir af değildir. Böyle olmakla beraber ertelenmiş olan bir ceza, kanunun tâyin ettiği müddetler içerisinde diğer bir suç işlenmediği takdirde bütün neticeleriyle ortadan kalkar ve bu müddetler hitam bulunca hiç suç işlenmemiş farzolunur. Mahkûmiyet mevkufen geçmiş olsa bile — şartları mevcut olduğu takdirde — ertelenmesine kanunî bir mâni yoktur (13). Bu suretle mahkûm lehine bazı kazançlar sağlanmış olur. 95 inci maddedeki müddetlerin geçmesi neticesi hüküm vâki olmamış gibi sayılmakla sanık, işlemesi muhtemel bulunan sonraki suçundan dolayı tekerrür artırmasından kurtulmuş olur.

(12) Maddenin 3112 sayılı kanunla değiştirilmesine âmil olan husus adı geçen kanunu hazırlayan Adalet Komisyonu raporunda aynen şöyle izah edilmektedir. (89) uncu maddeye nazaran sürgün ve para cezaları da tecil edilebilir. Bu cezalardan biri ile mahkûm olan kimsenin cezası tecil edilirse ileride ne gibi hallerde tecilin iptal edileceğine dair 95 inci maddede hiçbir sarahat yoktur. Bu suretle işbu cezalardan dolayı vaki tecil adeta af mahiyetini almaktadır. İşte bu noksanı ikmâl ve aynı zamanda maddenin esasen yanlış olan ibaresinin tashihi maksadiyle 95 inci madde değiştirilmiş ve bu değişikliğe uygun olmak üzere hâkim tarafından yapılacak ihtarın şeklinden bahseden 94 üncü madde ona göre düzeltilmiştir).

(13) Cezanın mevkufen ikmal edilmesi ertelenmeye mâni değildir. I: C. D. 160 E. 81 K. 14/1/1944

699

Ertelenmiş bir cezanın affedilmiş cezadan farkı, birinin af ile birlikte diğerinin de muayyen müddetlerin geçmesinden sonra hiç işlenmemiş gibi hüküm ifade etmelerindedir.

Pek önemli içtihatlara yol açmış olan 95 inci madde ertelenmiş bir cezanın hangi müddetler hitamında işlenmemiş farzedileceğini açıklamıştır.

Mezkûr maddeye göre kabahatler ve cürümler için ayrı iki müddet zikredilmektedir.

Kabahat fiiline mahsus cezanın ertelendiği tarihten itibaren (Bir sene) içinde cürme mahsus bir ceza ile veyahut evvelki hükmün verildiği mahkemenin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir ceza ile mahkûm olmadığı takdirde evvelce ertelenmiş ceza esasen vâki olmamış sayılır.

Keza, aynı maddenin II numaralı bendine göre de cürüm ile mahkûm olup buna mahsus cezası ertelenmiş olan kimse hüküm tarihinden itibaren (Beş sene) içinde diğer bir cürüm işler ve bu cürümden dolayı da evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olmazsa, ertelenen evvelki cezayı esasen vâki olmamış saymak lâzımdır.

Ertelenen cezaya müessir olabilecek ef'ali memnuayı gösteren şu maddenin evvelki şekilleriyle son şekli arasında fark vardır. Tadillerden (14) evvelki şeklinde, maddenin sonunda iki bende de şâmil olmak üzere (Evvelkı mahkûmiyet infaz edilmiş sayılır) kaydı vardı. Sonraki kanunla son şeklini alan maddede bu kayıt kaldırılarak yerine (Cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyet esasen vâki olmamış sayılır) kaydı kondu.

Bu iki şekil arasındaki fark, mahkûmun ilerdeki muhtemel mahkûmiyetlerine tesir bakımından ehemmiyet arzetmektedir. Evvelki mahkûmiyet infaz edilmiş sayılır) sözile mahkûmun suçluluk ve dolayisile sabıkalılık durumu ortadan kalkmaz, sadece ceza çektirilmiş farzolunur, tekerrür hükümlerinin tatbikına engel olmaz denilmek istenmiştir. Halbuki yeni ve muaddel şekliyle maddedeki (Esasen vâki olmamış sayılır) kaydı, mânayı tamamen değiştirmiş ve muayyen olan şu müddetler içerisinde maddenin tarif ve tavsif ettiği şekilde suç işlenmediği takdirde ertelenen ceza esasen vâki olmamış sayılacağı gibi, binnetice bütün memnu haklar avdet ve tekerrür hükümlerinin de tatbikına mahal kalmıyacağı açıklanmıştır.

95 inci maddenin son fıkrasındaki kayda göre, şu şartlara riayet edil-

(14) 3112 sayılı kanun (Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında) Meriyet T. 11 Şubat 937.

4055 sayılı kanun (Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında) Meriyet T. 2 Haziran 941.

859

mediği ve ikinci suç işlendiği takdirde ertelenen mahkûmiyetiyle birlikte her iki ceza ayrı ayrı tenfiz edilir (15).

Şu halde ertelemenin neticelerinden bihakkın istifade, ancak muayyen olan müddetlerin yeni bir suçtan dolayı hükümsüz geçmesi şartına muallâktır.

Ertelenmiş mahkûmiyetin hangi hallerde aynen çektirileceğini şu tabloda görmek mümkündür.

AYNEN İNFAZ TABLOSU

Ertelenmiş suç	Sonra işlenen suç
Kabahat	**A. Kabahat ise:** a. Müeccel (ertelenmiş) kabahat suçuna verilen cezadan sonra fakat (Bir) sene içinde işlenmişse. b. Sonraki suç için hafif hapis cezası hükmedilmiş ise. c. İlk ve ertelenmiş kabahat fiiline mahsus cezanın verildiği mahaldeki asliye mahkemesinin kazası dairesinde işlenmiş ise. **B. Cürüm ise:** a. Müeccel (ertelenmiş) kabahat suçuna verilen cezadan sonra fakat bir sene içinde işlenmişse. b. Son cürüm sebebiyle para cezasından başka bir ceza ile mahkûm edilirse.
Cürüm	a. Cürüm ise. b. Evvelki ertelenmiş cürme mahsus hüküm tarihinden sonra ve (Beş) sene içinde işlenmişse. c. Bu cürüm sebebiyle evvelki cürme mahsus ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis ve daha ağır bir cezaya mahkûm olursa.

(15) 95 inci maddenin son fıkrası hükmünce ertelenmiş cezanın yeni suçtan dolayı verilmiş ceza ile birlikte çektirilmesi esas bulunmasına ve halbuki sanık hakkında yeni suçtan tâyin olunan cezanın ertelenmiş olması dolayisiyle halen infazı bahis mevzuu olmamasına göre evvelki ertelenmiş 100 lira ağır para cezasının sözü geçen maddeye dayanılarak tenfizine karar verilmesinde isabet yoktur. 4. C. D. 744. E. 410 K. 14/1/1948 T.

660

Tabloda da görüleceği üzere 95 inci maddenin 2 nci fıkrası ertelenmiş cürüm cezasından sonra ikinci bir cürüm işlenmesi halinde aynen infaz dan bahsetmektedir. Bu hal karşısında akla şöyle bir sual gelebilir. Sonra vukubulan kabahat fiillerinden dolayı verilen cezalar evvelce ertelenen cürüm cezalarının aynen infazına müessir olabilir mi?

Maddede bu hususta bir sarahat yoktur. Olmadığına göre mahkûmun lehine olarak, sonraki kabahat cezasanın ertelenmiş cürüm cezasına tesir etmemesi ve binnetice evvelki mahkûmiyetin aynen çektirilmemesi lâzım gelmektedir.

95/2 nci maddedeki cins tâbirinin suça değil cezaya ait bir tâbir olduğunu burada hatırlatmak faydalı olur (16).

Gerek ertelenmiş kabahat cezalarının gerekse cürüm cezalarının aynen infazları için tabloda görülen (Bir) ve (Beş) senelik müddetlerin hükümlü lehine olarak karar tarihinden itibaren hesaplanması lâzımdır, hükmün kesinleşmesini beklemeğe lüzum yoktur. Buna mukabil ertelenmiş bir cezanın, sonradan verilen bir ceza ile birlikte ve aynen infazı için kesinleşmiş olup olmadığına bakmak iktiza eder. Eğer kesinleşmiş ise - 95 inci maddedeki şartlarda olduğu takdirde - aynen çektirileceği kabul edilmekle beraber olayın bazan aksine tezahürü de yani ertelenmiş mahkûmiyetin kesinleşmesinden evvel de bir suç işlenmesi mümkündür. Bu takdirde yüksek Yargıtayın hemen her dairesince bugüne kadar istikrarlı bir şekilde tatbik edilegelen içtihatlarına uygun olarak içtima ahkâmını tatbik etmek ve ertelenmiş evvelki mahkûmiyet miktarını yine ertelenmiş olarak içtima tutarından indirmek lâzımgelir. Nitekim Yargıtay Ceza Dairelerinin ve hattâ Ceza Genel Kurulunun müteaddit ve müstakar içtihatları da bunu müeyyiddir (17).

---

(16): 95/2 ci maddedeki cins tâbirinin suça değil cezaya ait olmasına ve evvelki hapis cezasının bu defaki hapis cezasile aynı cinsten bulunmasına göre ertelenmiş cezanın çektirilmesine karar verilmemesinde isabet yoktur. 4.C.D. 5816 E. 7217 K. 13/5/947

(17): Sonraki cürüm, müeccel eski mahkümiyetin kesinleşmesinden önce işlenmiş olmasına ve müeccel cezanın katileşmesinden evvel işlenmiş olan suç için verilen ceza ile müktesep hak ihlâl edilemiyeceğine göre, hakkında içtima hükmünün tatbikile hasılından müeccel cezanın indirilerek geri kalanın infazına karar verilmesi gerekirken bu lüzuma riayet edilmiyerek müeccel cezanın çektirilmesine karar verilmesi yolsuzdur. 3.C.D. 97 E. 4395 K. 10/5/948

Ertelenmiş cezanın bu suçtan sonra kesinleşmiş olmasına göre 69 cu madde ile içtima yapılması ve ertelenmiş miktarın yine ertelenmiş olarak içtima tutarından indirilmesi gerekirken zuhul olunması bozmayı muciptir. 4. C. D. 55219 E. 5650 K. 8/5/1948

Suçlu hakkında evvelce verilip tecil edilen cezaya mütaallik hüküm ikinci suçları işlediği tarihte henüz kat.iyet iktisap etmemiş olmasına nazaran tecil olunan cezanın ayrıca çektirilmesi caiz olmayıp hâdisede içtima kaidesinin tatbiki icap eder. C. G. K. 85 E. 26 K. 21/2/1938

661

Böyle olmakla beraber ertelenmiş cezanın kesinleşmesi bahsinde mühim bir içtihat değişikliğine yol açmış bulunan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun pek önemli bir kararından ve bu karara mesnet olan mahallî mahkeme kararından bahsetmek faydalı olacaktır.

Olay ve karar şudur:

Evvelce ..... tarafından aleyhine ikame edilmiş bulunan ve müeccel üç gün hapis, bir lira ağır para cezasına mahkûmiyeti ile neticelenen hakaret dâvasının son celsesi olan 7/3/1947 gününde mahkemeden çıkarak evlerine gitmekte bulundukları sırada hakkında verilmiş olan bu hükümden müteessir ve münfail olarak yolda, yukarıda adı geçen ..... in yüzüne karşı üç defa (Tu, Tu, Tu) diye tükürmek suretiyle âdiyen hakarette bulunmaktan sanık ..... ın yargılaması sonunda, eylemin sübutuna mebni hareketine uyan T. C. Kanununun 482/3 üncü maddesine göre tâyin kılınan üç gün hapis ve bir lira ağır para cezasiyle hükümlülüğüne ve sanığın evvelce yine dâvacıya âdiyen hakaretten verilmiş ve ertelenmiş olan üç gün hapis ve bir lira ağır para cezasının 7/4/1947 gününde katileşmiş bulunduğu baş kitabet yazısından anlaşılmış olduğundan suçun işlendiği tarih olan 7/3/1947 tarihinde evvelki mahkûmiyetin katileşmemiş olduğu nazarı itibara alınarak hapis cezaları hakkında mezkûr kanunun 69 uncu ve para cezaları hakkında da 76 ncı maddeleri ahkâmı tatbik edilerek içtimaen beş gün süre ile hapis ve iki lira ağır para cezası ile hükümlülüğüne ve 200 kuruş yargılama harcının kendisinden alınmasına dair (.....) yargıçlığından verilen hüküm sanığın vâki temyizine binaen Yargıtay İkinci Ceza Dairesince incelenerek sanığın dâva konusu olan sövme suçunu işlediği sırada evvelki ertelenmiş cezası henüz katileşmemiş olmasına göre içtima hükmünün tatbiki suretiyle ertelenen kararın kaldırılması yolsuz ve itirazlar bu bakımdan yerinde olduğundan bahsile hükmün bozulmasına karar verilerek yerine geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Sanık tecil edilen mahkûmiyetten sonra ikinci bir cürüm işlemiş olmasına nazaran tecil kararı mürtefi olup bu cihet müktesep bir hak teşkil etmiyeceği cihetle içtima ahkâmının tatbiki iktiza eylemesine ve Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21/2/1938 gün ve 85/26 sayılı kararıyle İkinci Ceza Dairesinin 17/9/1943 gün ve 6211/6527 sayılı kararı mahkemenin bu yoldaki düşüncesini teyit eder mahiyette bulunmasına binaen bozma kararı yerinde görülmemiş olduğu beyaniyle eski hükümde ısrarı kapsayan adı geçen mahkemeden sonradan verilen 23/6/1948 tarihli hükmün dahi temyizen incelenmesi üz ..... C. savcılığı tarafından süresi içinde verilen dilekçe ile istenilmesine mebni bu işe ait dâva dosyası C. Başsavcılığının

bozmaya uymak gerekirken kanuna uymayan ve yerinde olmıyan düşüncelerle ısrar kararı verilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün bozulması isteğini bildiren 17 / 9 / 1948 tarihli tebliğnamesiyle Birinci Başkanlık Dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Evvelki mahkûmiyet hükmünün aynen infazı lâzım gelirken içtima hükmünün tatbiki yolsuz ise de: Temyiz lehe olduğundan aleyhe bozma sebebi sayılmamış ve tebliğnamedeki mütalâa da yerinde görülmemiş olduğundan binnetice usul ve kanuna uygun bulunan ısrar hükmünün onanılmasına 14/2/1949 tarihide oyçokluğu ile karar verilmiştir (18).

Mevcut ve müstakar daire içtihatlarına - yeni bir istikamet verecek olan bu kararın, İçtihadı Birleştirme Kurulunca incelenmesi, kanun maddesinin ifade etmek istediği hakikî mânanın açıklanması bakımından pek büyük bir önem kazanacaktır.

(18) C. G. K. 2-192 E. 20 K. 14/2/1949

Adam Öldürme Suçu (★)

I

Adam öldürme suçu ve unsurları hakkında genel bilgiler

Yazanlar: Sadık OKAY — Bedri ASLAN

Plân

I — Târif, II — Unsurlar; 1 — Ölenin müstakil varlık sahibi olması, 2- Mağdurun hayatına son verme, 3 — Adam öldürme kastı; A - Genel olarak kast, B - Kastın târifi; 1 - Doktrindeki muhtelif telâkkiler; a) Fena niyet, şen'i düşünce telâkkisi, b) Kanuna muhalif olduğu bilinen bir fiilin yapılması telâkkisi, c) Kastı iradeye irca eden nazariye, 2 - Tatbikat bakımından kast, C - Kastın şartları, D - Saikle kast arasındaki fark, E - Teşebbüsle kast arasındaki fark, F - Suça göre kastın durumu, a) Şiddet sebebi mevcut bir fiilde kastın durumu, b) Cezayı kaldıran bir fiilde kastın durumu, c) Cezayı indiren bir fiilde kastın durumu, G - Kastın nevileri, a) Genel ve özel kast, aa) Genel kast, bb) Özel kast, b) Doğrudan doğruya olmıyan kast, aa) Doğrudan doğruya kast, 1 - Muayyen kast, 2 - Muayyen olmıyan kast, bb) Doğrudan doğruya olmıyan kast (muhtemel kast) H - Kastın ispatı, İ - Kastın Yargıtayca tesbiti meselesi, 4 - Nefsin telefine sebebiyet verecek bir fiilin bulunması, III — Adam öldürmede unsur olmıyan hususlar, A) Vasıta, B) Mağdurun rızası.

Adam öldürme suçu ve unsurları

I

I — Târif: Adam öldürme suçuna ait maddelerini tetkik ettiğimiz kanunlardan; İsviçre, Siam, Polonya, Çin, Danimarka, Lübnan ve kanunumuzun mehazını teşkil eden İtalyan Kanunu ile Türk Ceza Kanununda

[*] Bu etüd Türk Hukuk Kurumunun 1948 yılı müsabakasında birinciliği kazanmış Kurumun Tabii Başkanı Adalet Bakanı B. Fuat SİRMEN tarafından takdire lâyık görülerek bizzat taltif edilmiştir.

Bu yazının bir kısmı 1949 yılı 10. s. Ad. D. yayınlanmıştır.

adam öldürme fiilinin tarifine raslıyamadık (1). Zannımızca isimlerini zikrettiğimiz bu muhtelif kanunlar tarif işini doğrudan doğruya müelliflere terketmiş bulunuyorlar. Yapılan tariflerden bizce de en muvafık olanı Profesör Erem'in tarifidir ki bu, fiilin bütün unsurlarını ihtiva ediyor. Erem, adam öldürme: «Mustakil mevcudiyeti haiz olan bir kimsenin hayatına son vermektedir» (2) diyor.

Şimdi bu tarifi esas alarak adam öldürmenin unsurlarını inceliyelim:

II — Unsurlar: Yukarıda yapılmış olan tarife göre adam öldürme fiilinin unsurlarını şu dört gurupta toplamak mümkündür:

1 — Ölenin müstakil varlık sahibi olması.

2 — Mağdurun hayatına son verme.

3 — Adam öldürme kastı.

4 — Nefsin telefine sebebiyet verecek bir fiilin bulunması (3).

Saydığımız bu dörrt unsuru ayrı ayrı ele alalım:

1 — Ölenin müstakil varlık sahibi olması:

Müstakil varlığa sahip olabilmek her şeyden evvel yalnız başına yaşayabilmek kabiliyetini haiz olmakla kabildir. Yani kadın tarafından doğurulmak ve ananın vücudu dışında başlı başına varlığa sahip olarak teneffüsün ak ciğerler ile mümkün olması ânında başlar. Bu hususiyet bilhassa adam öldürme cürmü ile çocuk düşürme demek olan gebeliğin fizyolojik inkişafını durdurmak, suçunun tefrikında mühim rol oynar.

(1) Yalnız Fransız Ceza Kanunu mad. 295 de adam öldürme fiilini kasden işlemiş olan adam öldürme fiiline katil denir, diye târif etmiştir. Garçon, sh. 668

(2) Erem. Ceza Hukuku 1946-47 ders notları: Bu hususta yapılmış olan diğer târifler şunlardır: «Öldürmek müstakil bir vücude, bir varlığa, sahip olan kimsenin ruhunu vücudundan izale etmektir» Kantar (Baha) Ceza Hukuku (ders notları) 1945-46; «Bir kimsenin hayatını söndürmektir» Türk Hukuk Lûgatı; «Başkası tarafından insan hayatının yok edilmesidir.» İnönü Ansiklopedisi. sh. 116; Yargıtayın kararları arasında adam öldürmenin târifini ihtiva edenine raslayamadık.

(3) Aksi fikir:

Garçon, adam öldürme cürmündeki unsurları üçe irca etmektedir.

1 — Ölümü intaç edecek mahiyette olan maddî bir fiil, 2 — Mağdurun insan olması, 3 — Maddî fiilin failinde öldürmek kastının bulunması. Garçon S. 669)

Bizim kabul ettiğimiz unsurlara öldürülenin insan olması «ve» ölenin hayatta bulunması «gibi unsurlar ilâve edilmek isteniyorsa da öldürülenin insan olması adam öldürme fiilinden bahsettiğine göre bizatihi mevzu teşkil eden bir husus olup ayrıca bir unsur sayılmamak lâzım geldiği zannındayız.» Ölenin hayatta bulunması» da «mağdurun hayatına son verme» unsurundaki hayatiyet mefhumuna taallûk edip bunun dahi ayrı bir unsur olamıyacağı kanaatındayız.

669

Adam öldürmeği çocuk düşürmekten ayırdeden hal «Müstakil bir varlığa sahip olma» kaydıdır. Çocuk ananın karnında iken henüz müstakil bir varlığa sahip değildir (4). Şu halde ana rahminde bulunan bir ceninin öldürülmesi veya düşürülmesi adam öldürme suçunu teşkil edemez.

Binaenaleyh bir çocuğa öldürülmüş denilebilmek için o çocuğun sadece hali hayatta olması lâzımdır (5).

Bu bakımdan Ceza Kanunumuz çocuk düşürmeği, ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler adlı ayrı bir fasılda (mad. 468 - 472) ve fakat adam öldürme cürmünün de dahil olduğu «eşhasa karşı cürümler» adlı aynı babında cezalandırmıştır. (6).

2 — **Mağdurun hayatına son verme:**

Mağdurun hayatına son verme «tabirinden de anlaşılacağı veçhile» ölenin cürmün vukuundan evvel hali hayatta olması lâzımdır. Bu bakımdan ölmüş bir insanı canlı zannı ile öldürmek adam öldürme cürmüne taallûk etmez. Bu unsur adam öldürme ile ölüler üzerinde yapılan fiilleri tefrika yarar.

Binaenaleyh, bir kimsenin ölümünü tahkik zamanında mağdurun kabiliyeti hayatiyesinin de tahkiki muktazi olup olmadığı meselesi tetkik edilmiş ve bu bahiste tabiî hayatın vücudu lâzım görülmüştür (7). Meselâ, normal olarak doğmuş, fakat yaşamamış olan bir ceninin canlı zannı ile anası tarafından boğulması adam öldürme değildir.

Fakat buna mukabil ağır bir hastalığa müptelâ olan kimsenin hastalığı ümitsiz olsa ve kendisine taarruz olmadan dahi, yakın bir zamanda öleceği muhakkak bulunsa bile, o kimseyi kasten öldürmekte yine katil mevcuttur. Hattâ ölüm derecesine varmış olan bir kimseyi öldürmek de böyledir. Zira, bu suretle hayat tesmiye edilen kısa bir zamanın devamı selbedilmiş olur... Hayatta kalabilmek şartını gayri haiz olarak dünyaya gelmiş olan bir çocuğun berhayat addedilmiyeceğini (8) kaydeden nazariye hâkimler tarafından kabul edilmemiştir.

---

(4) Kantar (Baha) Ceza Hukuku (ders notları) 1945-1946

(5) Majno, Ceza Kanunu şerhi. md. 448 (364), sh. 219, No: 1573

(6) Kanunumuzun mehazı olan İtalyan Kanunu bu baba Toskana Kanununa tabaan kasten çocuk düşürmek ve düşürtmek... cürümlerini ithal etmiştir. Sardonya Kanunu saydığımız cürümleri aile intizamına karşı vukua gelen cürümler arasına koymuştur. Vâzıı kanunumuza göre çocuk düşürmek cürümlerinin bu baba ithal edilmesinin sebebi bu fiillerin sureti umumiyede aile intizamına taallûku olmayıp - zira sureti meşruada aile teşkil etmemiş bir kadının çocuk düşürmesi de vâki olabilir. Hayatına taarruz edilen nevzadın hakkına taallûk etmesinden dolayıdır. Majno, sh. 217, no: 1569.

(7) Majno .no: 1573 sh. 218.

(8) Majno, s. 219 .no: 1573

666

Hayata son verme keyfiyetinin vukuu için, biri hayatına son verilen diğeri de hayata son veren olmak üzere en az iki kişinin, mevcudiyeti lâzımdır. Bu bakımdan insanın kendi kendine hayatına son vermesi yani «intihar» adam öldürme sayılamaz.

Eski devirlerde olduğu gibi (sarı, beyaz, zenci, kırmızı ırklar aleyhine yahut esirlere veya düşmanlara) karşı işlenmiş olan adam öldürme suçlarının mazur görülmesi telâkkisi tamamen yanlıştır (9).

Hayata son verme unsurunun tamamen yerine gelmiş sayılabilmesi için ölüm neticesinin husulü lâzımdır. Aksi takdirde adam öldürme değil, belki katle teşebbüsten bahsedilebilir.

3 — **Adam öldürme kastı:**

A - Genel olarak:

Ceza Kanunumuz suçları cürüm ve kabahat olmak üzere ikiye ayırmış ve cürüm sayılan fiillerin cezalandırılabilmesi için de bu fiillerde kast unsurunun aranması yoluna gitmiştir (10).

Buna mukabil Ceza Kanunumuzun cezalandırmak için kast unsurunun mevcudiyetini lüzumlu görmediği gayrı kastî fiillerde (ezcümle kabahatler) mevcuttur (11). Yalnız şunu söylemek icabeder ki, bu, ceza hukuku bakımından umumî prensiplerin bir istisnası sayılabilir. Zira suç olarak kabul ettiğimiz fiillerde kastın bulunması esastır.

Kast cezayı müstelzim bir eylemin içindedir, onunladır; onu doğuran âmildir. Başka bir ifade ile kast faille onun fiili arasında mânevî bir bağdır (12).

Mademki kanunumuz mânevî sonrumluluk esasını kabul etmiştir ve suç teşkil eden bir fiilin sabit olması, o fiili yapanın cezalandırılması için kâfi gelmez, o halde fiili işlemek iradesiyle fiilin neticesi arasında sübjektif ve mânevi olan bir illiyet bağının bulunması esasta şarttır.

Adam ölürme suçu da kanunumuzun cürümler bahsinde olup, bu fiil için dahi kast unsurunun mevcudiyeti şarttır. Binaenaleyh kastın ne olduğunu anlamak elzemdir.

B - Târif: Kanunumuz cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır diyor. Fakat kastın ne olduğunu târif etmiyor (13) (14).

(9) Kantar (Baha), a.g.n.

(10) TCK. md. 45 «cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır.» demektir.

(11) TCK. md. 45/2 «kabahatlerde kast sabit olması bile herkes kendi fiil veya ihmalinden mesuldur.»

(12) Erdoğdu (Ahmet) sh. 574.

(13) Kantar, Ceza hukuku sh. 85-86

(14) Halbuki bu hususta mehaz kanunun hükümleri daha sarihtir. (Erem) a. g.d.n.

667

Bununla beraber bazı yabancı ceza kanunlarında kast târif edilmiştir (15).

Mademki kanunumuz kastın ne olduğunu târif etmemiştir öyle ise doktrinin bu hususta târiflerinden faydalanmak zorundayız:

Doktrinde de kast tam ve katî surette târif edilmiş değildir. Bu hususta hukukçular arasında şiddetli fikir ihtilâfları vardır (16).

a) Doktrinde eski sayılan bir telâkkiye göre kast «fena niyet, şenî düşünce» dir. Yani fiilin fena bir niyet ve şenî bir düşünce ile icra edilmiş olması halinde kast mevcuttur. O halde iyi veya insanî bir mülâhaza ile işlenmiş olan fiiller suç addedilmiyecektir (17).

Bu telâkkinin müspet hukuk anlayışına uymadığı ve artık eskimiş bir anlayışın ifadesi olduğu meydandadır. Zira (bu fikir iki sebepten dolayı doğru değildir. Birincisi; hukuk sahasında halledilmesi lâzımgelen bir meseleye ahlâk kıstası hâkim kılınıyor. İkincisi; bu suretle anlayışta kast ile suç saiki birbiriyle karıştırılmış oluyor.) (18)

b) Bazı müellifler ise, kastı «kanuna muhalif olduğu bilinen bir fiilin yapılması» haline istinat ettirirler. Bu kısım müelliflerin adedi çoktur (19), (20). «Fikrimizce bu târifte de büyük bir eksiklik vardır. Çünkü târif» kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (C. K. md. 44) kaidesiyle tezat teşkil etmektedir. Eğer bu târif kabul edilecek olursa ceza dâvalarında dâvacı kastı ispata muhtaç olduğu cihetle cürüm teşkil eden her suçta failin suçu istiyerek işlemiş olduğunu ispat kifayet etmiyecek fazla olarak bu fiilin Ceza Kanununa muhalif olduğunu bilerek işlemiş olduğunu da ispat lâzımgelecektir. Bundan başka bu târifin kabulü cemiyetin inzibat ve âsayişi içinde tehlikelidir. Zira bir kimsenin işlediği fiilin kanuna göre suç teşkil eylediğini bilmiş olduğunu ispat etmek pek çok hallerde mümkün olmıyacağı cihetle şerirlerden bir çoğu cezasız kalacaktır (21).

(15) Yeni İtalyan ceza kanunu md. 43, «icra veya ihmalin neticesi olan zarar husule getirici yahut tehlikeli hadise fail tarafından icra veya ihmalin bir neticesi olarak istenildiği ve kanununda suçun varlığını bunun mevcudiyeti şartına tâbi tuttuğu zaman suç kasten ika olunmuştur.» (Dönmezer kastın takdiri Yargıtayın kontrolüne tâbi midir? sh. 397) İsviçre ck md. 18, Polonya ck. md. 14.

(16) Kantar, sh. 86.

(17) Kantar, sh. 86.

(18) Kantar, sh. 87.

(19) Ezcümle Alman müellifi Binding tarafından kast bu tarife uygun olarak «suç isleme arzusunun kanuna aykırı olduğunu bilmek yahut kanuna aykırı olduğunu bilerek suç ilemek» diye tarif edilmiştir. Nakleden Erdoğdu, sh. 576

(20) Fransız hukukçularının hemen hepsi kasdı bu suretle tarifederler. Garcon, Garraud, Donnedieu de Vabres gibi, İtalyan cezacısı Carrarada proğrammasında kasdı» kanuna muhalif olduğu bilinen bir fiili yapmanın az veya çok bir surette tam olan niyetidir» seklinde tarif eder. Nakleden Kantar sh. 87 not 1.

(21) Kantar sh. 87

669

c) Yukarıda izahına çalıştığımız doktrin sahasındaki iki büyük telâkkiden başka en doğru izah şeklini bulduğunu zannettiğimiz üçüncü gurup telâkki ise kastı «iradeye» irca eden nazariyedir.

Bu nazariye taraftarları kastın vücudu için, yapılmış olan fiilin «fenaniyete» veya yapılan fiilin kanuna muhalif olduğunu bilmeğe» lüzum madığı kanaatindedirler.

Kasti «irade» mefhumu ile izah etmek kanunumuzun umumî sistemine de uygundur (22).

O halde bu kısım müelliflerce «kast failin kanuna muhalif olan bir fiili işlemek irâdesine denir» (23), (24).

Bu târif pek iyi gösteriyor ki kast için iradenin vücudu lâzımdır. Çünkü irade bulunmıyan yerde kasttan bahsedilemez. İrade şuuru, yani bilmeği istilzam eylediği cihetle kast ancak bilerek yapılmak veya bilerek yapılmamak hallerinde mevcuttur. Bundan başka kastın vücudu için iradenin bir fiile (meselâ adam öldürme fiiline) tevcih edilmiş olması da lâzımdır... Hülâsa kastın vücudü için irade suçun bütün unsurlarını ihtiva eylemiş olmalıdır (25).

Bununla beraber bu târif bizi tatmin etmemektedir. Zira son zamanlarda ceza hukuku sahasına fazlaca nüfuz etmiş olan psikolojik vâkıaları ihtiva etmemektedir. Kanaatimizce Florian'ın yapmış olduğu daha iyi bir târife göre kast «suçu teşkil eden fiili, neticelerini bilerek ve istiyerek işlemek iradesi» dir (26).

---

(22) Erem, s.g.d.n.

(23) Kantar (sh.88)

(24) Aynı teoriyi kabul eden diğer bir kısım müelliflerin târifleri şunlardır: V. Liszt'e göre kast «fiilin neticesini istihdaf eden yapmak veya yapmağa teşebbüs etmek gibi fiili sebeplere dayanan illiyet rabıtasını icra başlangıcıile fiiliyata koyan bir görüşle bir suçun işlenmesidir. Erns Hafter'e göre kast bir suçun bilerek ve istenerek işlenmesidir. R.Von Hippel'e göre ise kast» fiilin unsurlarının tahakkukuna matuf iradedir başka tabirle kast suçun bütün maddî unsur ve emmarelerinin bilinmesi ve arzu edilmesidi yahut kısaca kast fiilin neticesini arzu etmektir.

E. Mezger'e göre kast» işlediği fiili ve onu vücuda getiren unsurları kavrayan (tanıyan) fiilin neticesini kendi arzusu ile kabul eden kimse kasten hareket etmiştir. Erdoğdu (sh. 576) ve (sayfa 576 not 1, 2)

Dönmezer'e göre «cürmü kast, failin iradesinin cürüm teşkil eden bir fiil ve neticesine teveccüh eylemesidir.» Dönmezer: kasdın takdiri Yargıtayın kontrolüne tabimidir? (sh. 379)

Taner'e göre «failde cürmü kastın mevcudiyetini kabul etmek için fiili işlemek istemesi ve fiilin kanunen bir suç teşkil ettiğini bilmesi lâzımdır. (Taner sh. 453)

Honig «kim kanunun ceza tahdidi altına koyduğu bir fiili bilerek ve istiyerek işlemişse kasten hareket etmiştir denilmekle bu nazariyeye taraftar gözüküyor. Honig-Abadan sh. 212

(25) Kantar, (sh. 38)

(26) Floriandan Nakleden Erem, a.g.n.

669

«Fiili neticelerini bilerek ve istiyerek işlemek iradesi» iradenin bilmek ve istemek hususunda şuurlu bir irade olduğu mânasına gelir. Bu sebeple hüsnüniyetle hareket eden kimsede suç kastının mevcudiyetinden bahsedilemez. Kendisinde işlenen fiilin meşruiyeti hakkında makul bir inanç mevcut ise fail hüsnüniyetli hareket etmiş sayılır. Hüsnüniyet daima fiilî hataya müncer olur. Ve suç kastının mevcut olmadığını gösterir. Fakat hüsnüniyetin mevcudiyeti failde fiilin meşru olduğu hususunda bir inancın mevcudiyetine bağlıdır. Fiilin meşru olup olmadığı hususunda failde şüphenin mevcut olması hüsnüniyeti bertaraf eder (27).

Fakat şunu da ilâve etmek lâzımdır ki kanunumuzun kastın mevcut olup olmadığına bakmaksızın cezalandırdığı halde (TCK. md. 45/2) hüsnüniyetli hareketler ceza sorumluluğunu bertaraf edemez.

2 — Tatbikat bakımından:

Doktrinde muhtelif devirlerde kastın nasıl anlaşıldığını böylece izah etikten ve yeni telâkkilere en uygun kast târifini verdikten sonra nazariyat sahasından ayrılarak tatbikatta kastın nasıl telâkki edildiğini de görmek yerinde olur kanaatindeyiz.

Bu bakımdan tatbikatın en doğru olarak tecelli ettiği Yargıtayımızın içtihatlarına göre kast «suçu işlemek iradesidir.» (28) İşaret etmek mecburiyetindeyiz ki bu tarif vazifesi biraz da ilmî araştırmalar yapmak ve neticeler vermek olan Yargıtayımız için oldukça eksiktir. Zira ancak yukarıda kabul ettiğimiz târif bizce doyurucu ve ilmîdir.

C - Şartları:

Yukarıda târif ettiğimiz kastın şartları şu olmak lâzımdır:

1 - Failin fiili ile bu fiilin husule getireceği netice arasında bir illiyet rabıtası olduğunu bilmesi.

2 - Failin kendi fiilini ve ondan vukua gelecek neticeyi irade eylemesi (29) bu iki şarta biz üçüncü bir şartın ilâvesini zarurî görüyoruz. Esasen bu şart da iradenin şuurlu bir irade olmasıdır ki ikincisinin bir neticesinden başka bir şey değildir.

D - Saikle kast arasındaki fark:

---

(27) Erem, a.g.n.

(28) Y. C. G. K. Esas 62, karar 58 k; tarihi 24/4/1944 (ad. Der. 1944 Yargıtay kararları; ceza kısmı, No: 6, sh. 87)

(29) Kantar (sh. 88)

Aksi bir fikir: kasdın unsurları 2 dir: 1-fiilin cezayı müstelzim olduğunun fail tarafından bilinmesi, 2- Fiilin cezayı müstelzim olduğunun fail tarafından bilinmesi kâfibir kıstas olmadığından, fiilin mana ve mefhumunun da fail tarafından kavranması . Erdoğdu (Ahmet) sh. 578

670

Çok defa «Suçu işlemeğe sevkeden his veya menfaatten ibaret olan» (30) saik ile kast birbiriyle karıştırılmaktadır.

Kast cezalandırmanın esasını teşkil eden suçun bir unsurudur. Ve daima mevcudiyeti kanun tarafından aranmaktadır. Saik ise her hâdisede değişebilen bir unsur olup kanun tarafından umumiyetle aranmamaktadır. Bu bakımdan saikın iyi veya kötü niyete dayanmış olmasının da ehemmiyeti yoktur Fakat bazı hallerde (meselâ kurtulamıyacak bir hastayı ıstırap çekmesine dayanamıyarak öldürmek gibi) nisbeten hüsnüniyetli bir saik takdirî veya kanunî tahfif sebebi olabilir. (TCK. 458, 472) Buna mukabil umumî kaideye istisnaen kanun fena niyetli saikı (meselâ parasına tamaan birisini öldürmek gibi) cezayı artırıcı (cezalandırmak için unsur olarak değil) bir sebep olarak kabul etmiştir. (TCK. md. 450/7, 8, 9,).

Yalnız bir kaç halde kastın bulunması fiilin cezayı müstelzim olmasına yetmez. Ayrıca fiilin bazı maksatlarla (saiklerle) işlemiş olmasını da kanun aramaktadır. TCK. Md. 145) (31)

E - Kastla teşebbüs arasındaki fark:

Herhangi bir şekilde olursa osun kast, fiiliyat sahasına intikal eden maddî delil ve eserleriyle ölçülür. O halde bunun için bir icra başlangıcı şarttır. Bu sebepledir ki, kastı teşebbüsle karıştıranlar ve hattâ teşebbüs diyenler yok değildir (32).

Meselâ birini öldürmek kastı ile o şahsın evine giren ve fakat herhangi bir sebeple fiili işliyemiyenin kastının adam öldürmiye mi yoksa meskene tecavüze mi mâtuf olduğunu kestirmek güçtür.

---

(30) Erem, a. s. d. n.

(31) Erem, a,g,d,n; Vidal ve Magnol'un eserlerinde de«yalnız jürilerin değil fakat mahkemelerin de bazı kere saikleri kâfi derecede hesaba katmıyan kanunun mübalağalı siddetini tashih eylemek gayesile saik ile kasdı karıştırdıklarını ve saikler faili mazur gösterecek şekilde iseler failin cürmü kasdinin mevcut bulunmadığını beyan ederek faili beraat ettirdikleri «yazılmıştır.(Vidal et Magnol Cours de Droit criminel et de secience pénitentiaire 1935 s. 166 ve bilhassa not 1) den nakleden Dönmezer, a.g.m. sh. 389; Kanun kaide olarak faili harekete getiren saiki nazarı itibara alması meselâ adam öldürme ister intikam ister kıskançlık ile işlensine netice aynıdır. Buna muhalif kanaatler de yok değildir. Ezcümle pozitivistlerden Ferri faili harekete getiren saika da bakmak ve saika göre failin mesul olup olmadığını cemiyet için arzettiği tehlike derecesini tâyin etmek lâzımgeldiğini ileri sürüyor. Cezaî mesuliyet için kaideten saik nazarı itibara alınmazsa da kanun vazıı bazı hallerde buna ehemmiyet vermiştir. Meselâ gayrımeşru bir çocuğu namusu kutaramk kaygusiyle doğması akabinde öldürmenin (c.k.md. 453) cezası daha az olmakla beraber hırsızlık için adam öldürmenin cezası idamdır. Görülüyor ki bu iki misâlde olduğu gibi kanun vazıı dahi istisnai bazı ahvalde saikin mesuliyet derecesine tesir edebileceğini kabul etmiştir. (Taner'den hulâsaten, sh. 217-220)

(32) Erdoğdu, sh. 574.

Bu hal kastın - henüz malûm olmıyan bir fiille - teşebbüsle karıştığı noktadır (33).

F - a) Şiddet sebebi mevcut bir fiilde kastın durumu:

Kanunda yazılı cezayı artırıcı hususların kasten işlenen fiillerde tatbik edilebilmesi için failin cezayı artıran fiilin unsurlarını bilerek ve istiyerek hareket etmesi lâzımdır. Meselâ Yargıtay bir kararında (34) «kardeşini öldürmek kastiyle suçlunun attığı kurşunun anasına isabetle ölümünü intaceylediği anlaşıldığına göre kardeşini öldürmek niyeti fiilen tahakkuk etmemiş, anasını öldürmek kastı da bulunmamış olduğu nazara alınarak suçlu hakkında 448 inci maddenin tatbikı icabederken 449 uncu madde ile mahkûmiyetinde ısrar edilmesi kanuna uygun değildir.» diyerek kastedilmiyen kanunî ağırlaştırıcı sebebin tatbikını uygun görmüyor. Nitekim Ceza Kanunumuz 52 inci maddesinde de «..... cürmü kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunamaz» demektedir (35).

Fakat kanun bazı hallerde failin şiddet sebebi teşkil eden kastını nazarı itibara almadan bazı objektif unsurlara bakarak (meselâ Tck. md. 449/3, 450/6) şiddet sebebini faile tahmil eder.

b) Cezayı kaldıran bir fiilde kastın durumu:

Fail cezayı kaldıran sebebi hataen kastedip bu kastla fiili işlemiş olsa haddizatında fiil cezayı müstelzim olmadığından bunun kastedilmiş olmasının ehemmiyeti yoktur. Meselâ meşru müdafaa kastiyle adam öldürmede adam öldürme kastı da mevcut olduğu halde işin içinde meşru müdafaanın bulunmuş olması cezayı kaldırdığından artık buradaki adam öldürme kastına bakarak faili cezalandırmanın imkânı yoktur. Başka bir deyimle (hataen cezayı kaldırıcı sebepleri kabul etmek ve bu mebdeden yürümek suretiyle suç işlemek halinde kast yoktur) (36).

c) Cezayı indirici bir fiilde kastın durumu:

Cezayı hafifleten sebeplerin cezayı indirici hususiyetlerini bilmeksizarı itibara almadan bazı objektif unsurlara bakarak (meselâ TCK. md. dalanır. Meselâ, fail kasten katil cürmünü namusunu kurtarmak için yeni doğmuş çocuk aleyhine işlese ve buradaki tahfif sebebini bilmiyerek sırf çocuğunu öldürmek kastiyle hareket etmiş olsa dahi tahfif sebebinden istifade eder (TCK. Md. 453).

(33) Erdoğdu, sh. 574
(34) Y.C.G.K. Esas 79, karar 89, karar tarihi 3/10/1938 (Erem, sh.432 No:4)
(35) Buna ait bakınız: Y.1.c.D. esas 936/4214, karar 1886, karar tarihi 8/5/1937
(36) Erdoğdu, sh. 582

G - Kastın nevileri:

Bir çok müellifler kastı muhtelif nevilere ayırmışlardır. Bunun sebebi kanunun bazı suçları cezalandırmak için âdî kastı (37) kâfi görmemesindendir.

Bazı hallerde kanun meselâ (izrar kastiyle), (faydalanmak kastiyle) tâbirini kullanarak âdî kasti kâfi görmediğini belirtmiştir.

Doktrindeki bir çok kast tasnifleri tatbikî kıymeti olmadığı için burada zikredilmemiştir ve ancak tatbikî değeri olanlar izah edilecektir:

a) Genel ve özel kast:

Ehemmiyetli olan bir kast tasnifi genel ve özel kast tasnifidir.

aa) Genel kasıt:

Genel kast kanunumuzun her cürümde bulunmasını şart koştuğu kast olup mevcutp olmaması halinde (TCK. md. 45) failin cezalandırılması yoluna gidilemiyecektir.

bb) Özel kast:

Özel kast ise kanunun genel kastı kâfi görmeyip cezalandırmak için ayrıca hususî bir kast aradığı hallerde (meselâ Tck. md. 491) mevzuu bahistir.

b) Doğrudan doğruya ve doğrudan doğruya olmıyan kast:

Diğer önemli bir tasnif te doğrudan doğruya ve doğrudan doğruya olmıyan kast tasnifidir. Şimdi kısaca bunları görelim.

aa) Doğrudan doğruya kast:

Doğrudan doğruya kast husule gelmiş olan neticenin failin kastetmiş olduğu hudutlar dahilinde kalması (38) yani vukua gelen neticenin failin kastına tevafuk etmiş olması lâzımdır (39)

Bunu da ikiye ayırabiliriz:

1 - Muayyen kast - Failin neticelerini önceden bildiği ve kastiyle netice arasında tam bir mutabakat olduğu hallerde muayyen kast vardır (40).

Çünkü fail evvelden tâyin ettiği netice kastına uygun bir şekilde tecelli etmiştir (41). Meselâ fail kardeşini öldürmek istemiş ve onu öldürmüştür.

2 - Muayyen olmıyan kast - Bir çok hallerde fail muayyen bir fiili kastetmiş, fakat neticeyi katî olarak kestirememiştir. Zira fiilden bir çok

(37) Taner, a.g.e. sh. 220
(38) Erem, Adı geçen ders notları
(39) Kantar sh. 92
(40) Diğer şekildeki tarifler için bakınız Kantar sh.92, Taner sh.220
(41) Erem, a.g:d.n.

673

neticeler husule gelmek ihtimali vardır. Ve bunlardan hangilerini arzu ettiğini, hangilerini etmediğini önceden kestiremez (42).

Meselâ fail bir düğünde heyecana gelerek ateş etmiş belki bunun bir keza meydana getireceğini de tahmin etmiş olabilir. Fakat kimin öleceğini tahmin edemez.

Fiil işlenmiş ve netice tam olarak husule gelmiş olduğu halde faili mesul saymak ve cezalandırmakta şüphe edilmiyecektir.

Burada muayyen kastla gayri muayyen kastı birbirinden ayırmakta fayda yoktur.

Zira (dolus indeterminantis determinantur eventu = netice muayyen olmıyan kastı tâyin eder) (43). Prensibi nazarı itibara alınacak ve fail fiilinden sorumlu tutulacaktır (44).

Ancak fiil teşebbüs derecesinde kalmışsa ve meselâ fail kalabalığa karşı silâhını çekip atacağı sırada kolu tutularak fiilden menedilmiş ise kastı muayyen olmadığı için kendisine ceza verilmemek lâzımdır (45).

bb) Doğrudan doğruya olmıyan kast - (Muhtemel kast)

Fiilden husule gelen netice failin muayyen veya gayri muayyen şekilde derpiş ettiği neticelerden daha fazla ise (46) yani failin kastı muayyen bir suç işlemek olduğu halde neticenin bu kastı geçmesi (kastın hudutlarını açmış olması) (47) halinde doğrudan doğruya olmıyan kast vardır.

Meselâ fail müessir fiil kastı ile hareket etmiş ve mağduru yaralamış fakat mağdur bu yaraların tesiri ile ölmüş olabiilr. (T C K. Md. 452, 458) İşte bu halde kast müessir fiile ait olduğu halde aşılmış ve neticede adam öldürmeye müncer olmuştur. Bu hale doktrinde kastı aşan cürümler denir (48).

Kastı aşan cürümlerdeki asıl mesele ceza tâyini hususunda kendini gösterir. Şüphesiz bir kere fail arzu ettiği kast ile işlemiş olduğu suçtan

(42) Taner sh. 221

(43) Erem a.g.d.n. TCK. da failin sorumluluğu bakımından doğrudan doğruya kastla doğrudan doğruya olmıyan kast arasında fark görmemektedir. Majno No: 180.

(44) Yargıtayın bir kararı (y.c.g.k. esas 1-185-12 karar 10 karar tarihi 4/1/1932 Bunun aksinedir. Bakınız Temyiz kararları. Ceza Genel Kurulu 1930-1934, sh. 278

(45) Taner sh. 221

(46) Erem a.g.d.n.

(47) Kantar sh. 93.

(48) Kasdı asan cürümlere (delitto preterintenzi auale) denir. Erem, a.g.d.n. Neticesi failin maksadını geçen fiillere (procter intenlionem) suç denir. Tarer, sh. 221

sorumludur. Fakat kastı aşarak meydana gelen neticeden de acaba mesul tutulabilecek mi? Bu husus münakaşalıdır.

Bazı müelliflere göre aşağıda yazılı iki unsur bulunduğu takdirde failin husule gelen netice ile mesul tutulması lâzımdır.

1) Failde muayyen ve zararlı bir netice husule getirmek iradesinin vücudu.

2) Failin iradesini geçen zararlı bir neticenin tahakkuk eylemesi.

Diğer bir kısım cezacılar ise bu iki unsurun kâfi olmadığını bunlara üçüncü bir unsurun daha ilâvesi lâzımgeldiğini beyan ederler. O da:

Neticeyi evvelden tahmin edebilme keyfiyetidir. Yani bunlara göre fail vukuunu istemediği daha ağır bir netice ile mesul edilebilmek için o neticenin kendisi tarafından evvelce tahmin edilmiş olması lâzımdır. Eğer vukua gelen ağır neticenin evvelce tahmini kabil ve mümkün değilse fail yalnız işlemeği kasteylediği fiilden dolayı cezalandırılır (49). Meselâ, birisini yaralamak kastiyle hareket eden failin bu kastı tazammun eden fiilinden ölüm husule gelmişse birinci kısım müelliflere göre bu misalde gösterildiği üzere failin muayyen bir netice husule getirmek iradesi ve kastı geçen bir netice vukubulmuş olduğu için suçluyu cezalandırmak mümkündür. CK. Md. 452) Halbuki ikinci kısım müelliflere göre, failin cezalandırılabilmesi fiilinden ölümün husule gelebileceğini de evvelden tahmin etmiş olması lâzımgelecektir.

İkinci fikri müdafaa eden müelliflerin daha çok olmasına rağmen birinci fikir daha makuldür. Çünkü fail muayyen bir suç işlemeğe giriştiği vakit neticesinin istediği hudut dahilinde kalmasının, daima mümkün olmadığını bilmek lâzım idi. Bu itibarla kendisinin fiilinden husule gelen neticeden de mesul edilmesi doğru olur (50).

Burada taksirle (yani neticeleri tahmin etmemekten mütevellit taksirle) karışık bir kast bahis mevzuu değildir. Çünkü suçu teşkil eden fiil tedbirsizlik, dikkatsizlik, nizamlara, emirlere riayetsizlik gibi kusurlu bir hareketten değil kasıtlı bir hareketten ileri gelmektedir (51).

Nitekim Türk Ceza Kanunu da bu fikre uygun olarak hareket etmiş ve neticelerin kabili tahmin olması şartını aramağa lüzum görmeden faili cezalandırma yoluna gitmiştir. (CT. Md. 452, 458).

Belki bu fikir kanunumuzun 45 inci maddesi ile tezat teşkil eder gibi gözüküyorsa da faillerin ancak kasten işledikleri suçlardan mesul olmaları kaidesine istisna teşkil eden aynı maddenin ikinci fıkrasına yani (fai-

(49) Kantar, sh. 95
(50) Kantar, sh. 95
(51) Erem, a.g.d.n.

lin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.) yolundaki kaydına tamamen uygun düşmektedir.

Netice olarak denilebilir ki kastı aşan cürümlerde fail kastına göre değil neticeye göre mesul tutulacaktır (52).

H — Kastın ispatı:

Türk Ceza Kanununun 45 inci maddesinde «cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır» demekle (istisnaî ahval hariç) CK. 45/2) cezalandırmak için kastı aramaktadır. Buna mukabil kastın ne olduğunu târif etmemiş ise de zikrettiği fiilleri işliyenleri cezalandırmakla o hallerde kastı karine olarak kabul etmiştir.

Bu bakımdan faili cezalandırmak için fiilin bütün unsurlarının isbatı zarurî olduğu halde kastın her hâdisede isbatı lâzım değildir.

Çünkü, aksi sabit oluncaya kadar her insanın ceza ehliyetine sahip olduğu farzolunur. Fiilin maddî müsebbibi olan kimse aksinin isbatı mümkün olan bir karine ile o fiilin mânevî müsebbibi de sayılır. Binaenaleyh bir başkasına silâhını tevcih eden ve onu öldüren kimsenin o şahsı öldürmek istediği de farzolunur (53). Her suç isnadı için kastın isbatını şart koşmak bu karinenin istinat ettiği psikolojik hakikati inkâr etmek olur (54).

Yargıtayımızın bir kararında (55) «suç işlemek iradesinden ibaret olan kastın neye mâtuf oduğunu tâyine yarayacak delillerin zâhirî medlûllerinden başka hüviyeti taşıdıklarını istidlâle elverişli mucip sebepler izah edilmedikçe o delillerin ifade ettikleri mânayı kabul zarurî bir neticei mantıkiye olur» demekle kast karinesini kabul etmiştir.

Buna mukabil gerek sanık gerekse mudafii bu karineyi bertaraf edebilirler.

Gerek mahkemelerimiz ve gerekse Yargıtay bir kararında (56) «kast umuru batinedendir. Delili zâhirisiyle hükmolunur...» demekle kastın insanın derununda yani ruhundaki bir unsur olduğunu kabul etmiş, bununla beraber tesbitini ancak dışa akseden maddî delillerle kabil görmüştür. Bu maddî delilleri tâyinde de muhtelif kıstasları esas tutmuş ve meselâ «..... kazmanın bizatihi âleti vahimeden olması (C. G. K. 23/11/1936. E. 50, K. 50); öldürmeğe elverişli olan ateşli silâh ile mükerreren kurşun atılması

(52) Aynı fikir için bakınız, erem, a.g.d.n., Kantar, sh.95
(53) Erem, a.g.d.n.
(54) Erem, a.g.d.n. Manzini (M.257) den naklen.
(55) y.c.g.k. Esas 62, karar 58, karar tarihi 24/4/1944
(56) Y. C. G. K. 17. 3. 1930, karar 47 (Köseoğlu sh. 520).

(1. C. D. 18/5/1938. E. 3454, K. 1903); ..... Maznunun silâhı maktule çevirip gizlice atması (C. G. K. 17/3/1930 K. 47); Yaranın çakı ile bağırsağı delinciye kadar açılması (Y. C. G. K. 2/7/1934 - E. 2/31, K. 55); öldürmek suçunun bıçakla işlenmesi (1. C. D. 13/4/1937 - E. 3864, K. 1456); ölenin husyelerinin sıkılması (1. C. D. 5/4/1938 - E. 3584, K. 1208); silâhın mükerreren istimali ve suçlu ile maktul arasında husumet bulunması silâhın münazaa vukubulmadan ve orak makinesi siper ittihaz edilerek atılması (1. C. D. 3/5/1938 - E. 1469, K. 5612); taşın etrafa vurulmayıp tehlikeli bir uzuv olan başa kafa kemiğini kıran bir şiddetle vurulması (C. G. K. 5/12/1938 - E. 430, K. 372); fiilin bıçakla işlenmiş ve raporda yazılı nazik uzva tevcih edilmiş olması (1. C. D. 20/4/1937 - E. 36/4063, K. 1609); tabancadan sonra evinden mavzeri getirerek onunla da taarruzda devam etmesi (1. C. D. 20/5/1938 - E. 1291, K. 1943)» gibi halleri katil kastının bir delili saymıştır. Halbuki diğer bazı kararlarında da aynı kıstasların meselâ «atılan silâh kurşununun yaralının mühim uzvuna isabet etmiş olmasını (Y. C. G. K. 31/12/1934 - E. 109, K. 101); katlin maktulün nazik ve tehlikeli uzvuna vurulmak suretiyle ikaının (C. G. K. 7/3/1932 - K. 38); kavga sırasında baltanın haricî yüzüyle vurmayıp ta küt tarafını kullanmasının (1. C. D. 1/9/1936 - E. 1017, K. 1357).» Katil kastının delili olmıyacağını beyan etmiş ve böylece tenakuza düşmüştür zannındayız. Aynı zamanda Yargıtayımızın muhtelif daireleri vermiş oldukları kararlarda sırf bu hususta (yani maddî delillere bakarak katil kastını tâyinde) de tenakuza düşmüşlerdir. Meselâ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda (57) «Öldürmeğe elverişli olan ateşli silâh ile mükerreren atılan kurşunlardan birinin isabet ederek mağdurun yaralanmış olması keyfiyeti hâdisede suçlunun öldürmek kastını tebaruz ettiren açık ve katî delillerden bulunmuş iken...» demekle beraber diğer bazı kararlarda (58) ise «katilin maktulün nazik

(57) Y.1.C.D.18/5/938, E. 3454, K. 1903 (Köseoğlu sh. 523) aynı mahiyette diğer Yargıtay kararları için bakınız: y.c.g.k. 17/3/1930, karar 47 (Köseoğlu 520), Y. C. G. K. 4/6/1934 Esas 37 karar 36) (Bora sh. 256) Y. C. G. K. 2/7/934, Esas 2/31. karar 55.

Köseoğlu 521) Y. 1. c. D. 13/4/1937 Esas 3861 karar 1456 (Erem 437), Y.1.C.D. 5/4/1938 Esas 3584 karar 1208, Y. 2. C. D. 3/5/1938 karar 5612 esas 1469) (Köseoğlu 523) Y. C. G. K. 5/12/1938 Esas 430, karar 372 (Bora 259) Y. 1. C. D. 20/4/937 Esas 936/4063 karar 1609 (Köseoğlu sh. 536) Y. C. G. K, 16/10/1944 Esas 82 ,karar 37 (Erem 433-434) Y. C. G. K. 23/11/1936 ,Esas 50 karar 50 (Bora sh. 257), Y. 1. c. D. 20/5/1938 esas 1291 karar 1943 (Köseoğlu sh. 523).

(58) Y. C. G. K. 7/3/1932 karar 38, esas 49 (Tem. kar. C. H. U. 930-934 sh. 353) Aynı mahiyette diğer kararlar için bakınız. Y. C. G. K 31/12/934 esas 109 karar 101 (Köseoğlu 521), Y. C. G. K. 4/1/1932 esas 1-185-12, karar 10 (Tem. kar. C. H. U. 930-934 sh. 278); Y. 1. C. D. 1/9/1936 esas 1017 karar 1357 (Köseoğlu 522).

677

ve tehlikeli uzvuna vurulmak suretiyle ikaının katil kastını tesbit eden delillerden mâdut olmıyacağına göre» diyerek zannımızca tenakuza düşmüştür.

İ — Kasdın Yargıtayca tesbiti meselesi:

Şimdi mahkemece sabit görülüp kabul edilen kastın acaba Yargıtayca tetkiki doğru mudur?

Hâdiseyi tetkik eden mahkeme yargıcı faili cezalandırabilmek için suçun bütün unsurlarının mevcudiyetini araması ve tesbit etmesi şarttır. Mademki kast da suçun bir unsurudur öyle ise hâkimin her türlü delil ve emareye başvurarak hâdisede kastın bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa ne çeşit bir kast olduğunun tesbit edilmesi lâzımdır.

Ceza Kanunumuzun mehazını teşkil eden İtalya'daki tatbikatında kastın esas mahkemesince tesbitinin tamamiyle takdiri bir mesele olduğu hususunda mahkeme kararlarında aşağı yukarı ittifak vardır. Ve bu değişmez bir içtihat olarak telâkki edilmiştir (59).

Şunu söylemek lâzımgelir ki Yargıtayımızın bir kararında (60) belirttiği gibi kast suçun mânevi bir unsuru olup menşei insanın derunundadır. Bu bakımdan ancak suçlu ile temasta bulunan ve hâdiseyi az çok yaşamış olan esas mahkemesi hâkiminin bu unsuru takdir ve tesbit edebilmesi kabildir. Hâkim bunun içinde yukarda da belirttiğimiz veçhile maddî delillerden istifade edecektir. Fakat kastın mevcudiyetini tesbit eden hâkimin kararında hangi delillere dayanarak hâdisede kastı tesbit ettiğini esbabı mucibeleriyle açıkça göstermesi lâzımdır.

Manzini de bir eserinde kastın tâyini hakkındaki esbabı mucibe hususunda bilfarz kastın fiilî ahval ve şeraitten anlaşıldığını söylemenin kâfi bulunacağını söylemekle (61) daha müsamahakâr hareket etmiştir.

Bir kere hâdise failinde umumî olarak cürmü kastın bulunduğu veya bulunmadığı hususunda Esas Mahkemesince verilecek kararlar vâkıaları yani işin maddî ve fiilî cihetlerini tesbit mahiyetinde olduklarından Yargıtay Esas Mahkemesinin bu hususiaki takdiratına karışamaz. Ve bunu kontrol edemez (62).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 260 ıncı maddesinde... «hükmün esbabı mucibesinde mahkemece suçun kanunî unsurları olmak

(59) Alfredo Janniti di guianga-ın ugo corti I rascolta della guirisprudenza sul c .p. cilt I. Milano .1927. sh. 862 den nakleden Dönmezer. kastın takdiri Yargıtayın kontrolüne tabimidir? sh. 398.

(60) Bakınız: not 61

(61) Manzini Trattato di diritto penale İtaliano. C. I. Torino 1920. No. 513 den naklen Dönmezer .a. g. m. sh. 398.

(62) Dönmezer. a .g. m.. sh. 398

üzere sabit ve muhakkak addedilen vâkıalar gösterilir» demektedir, kastta bir unsur olduğu cihetle esbabı mucibeli olmak lâzımgelir.

Fakat Yargıtay Esas mahkemesinin maddî cihetlerini tesbit için toplamış ve irat eylemiş bulunduğu delillerin mahiyet ve kıymetini takdir hususundaki salâhiyetine müdahale edemiyeceğinden (63) bu esbabı mucibeye nazaran hâdisede kast varken olmadığına yahut kast yok iken mevcut bulunduğuna karar vermek suretiyle Esas Mahkemesi hükmünü bozamaz (64).

Yani bizce Yargıtay sadece kastın bulunup bulunmadığı hakkında yargıca nasıl kanaat geldiğini ve ancak bunun gerekçesini inceliyebilir. Yoksa hâdisede «şu maddî fiiller vardır» diye kasta yahut «yoktur» diye kastsızlığa hükmedememesi gerekir (65).

4 - Nefsin telefine sebebiyet verecek bir fiilin bulunması:

Adam öldürme cürmünün mânevi unsuru olan kasttan sonra maddî unsuru olan telefi nefse sebebiyet verecek bir fiilin yani maddî bir unsurun mevcudiyetinin de lâzım geldiği muhakkaktır. Fakat müellifler (66) bunu bir unsur olarak telâkki etmemişlerdir. Halbuki bizce fiilin vukuu adam öldürme cürmü için muhakkak elzemdir. Bu unsurun eksikliği takdirinde fiil meydana gelemiyeceğine göre bu hususun dahi bir unsur olarak telâkkisi zaruridir zannındayız. Zira, Garçon'un (Sh. 669) dediği gibi: Adam öldürme suçunun Ceza Kanunu tarafından kavranıp cezalandırılabilecek bir fiil olarak tezahür etmiş olması lâzımdır.

Yalnız; kullanılan âlet ve vasıtanın da ölümü meydana getirecek kudret ve kabiliyette olması gerekir.

Yoksa fiilin daima maddî olması lâzımgelmeyip mânevî bir fiil dahi

(63) Taner (Tahir), 1945 sh. 366) dan Ceza Muhakemeleri Usulü nakleden Dönmezer ,a. g. m., sh. 398

(64) Dönmezer, a. g. m. sh. 398.

(65) Aynı fikir için bakınız: Y. C. G. K., karar tarihi 24/4/944, esas 62, kar. 58

Tenkidi için bakınız: Yargıtay C .G. K. nun noktai nazarına göre hadisede kasdın esas mahkemesince takdiri temamiyle esas mahkemesinin selâhiyeti dairesinde bulunan takdirî bir keyfiyet teşkil eylemez ve maksadın takdiri hususunda şu noktaları nazara almak lâzımgelir. Eğer kast iradenin neye mâtuf olduğunu tâyine yarayacak zâhiri delillerin medlûlüne mutabık olarak tesbit edilmiş ise mesele yoktur. Hattâ bu gibi hallerde yargıcın ayrıca esbabı mucibe dermeyanına mecburiyeti de yoktur...

Fakat zâhiri delillerin medlûlüne aykırı olarak kast başka suretle tâyin edilmiş ise bu takdirde bu hususu istidlâle elverisli mucip sebepler izah edilmek lâzım gelir. Ve yargıtay bu suretle izah edilen delillerin kandırıcı mahiyette bulunup bulunmadıklarını kontrol ve icabı halinde hükmü bozabilir. Yargıtayın kararından (K. ta. 24/4/1944, esas 62, karar 58 anladığımız mâna budur. Dönmezer ,a. g. m., sh. 397-398

(66) Aksi kanaat: Faruk Erem, a. g. d. n.

679

ölüme sebebiyet veren fiil unsurundan telâkki edilebilir (67). Meselâ, kalp hastalığı olan bir insana kendisini çok heyecanlandıracak bir haberin verilmesi neticesinde ölümün husule gelmesinde olduğu gibi.

Fakat tesiri katî olup olmadığı bilinmiyen (meselâ sihir, büyü, ipnotizma gibi) mânevî fiillerin ölüm neticesi meydana getirip getirmiyeceği münakaşalıdır (68).

Ölümü meydana getiren fiilin doğrudan doğruya ölümü meydana getirmsei yani fiille ölüm arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır. Meselâ bir şahsın öldürmek kastiyle attığı el bombasının gürültüsünden heyecana düşerek ölen başka bir kimsenin ölümünden bomabayı atanı mesul tutamayız. Bunun sebebi belki öldürme kastinin bulunmaması değil fakat ölümü intaç edecek mahiyette maddî bir fiilin mevcut olmamasıdır.

Öyle ise, fiilin mevcudiyeti için ölümün vukua gelmesi ve bu ölümün de failin fiilinden meydana gelmiş olması kâfidir. Fiili işlemek için failin kendi iradesi veya başkasının emriyle hareket edip etmemesinin ehemmiyeti yoktur.

Fiili meydana getirecek olan vasıtanın nevi dahi mevzuubahis olamaz. Her hangi bir şekilde ölümü intaç eden bir fiilin işlenmiş olması kâfidir.

Umumiyetle mücrim bir silâh veya bir âlet kullanacaktır. Fakat elleriyle mağduru boğan veya onu yumrukla öldüren kimsenin de bir katil suçu işlediği muhakkaktır. Bununla beraber zehir veya işkence ve diğer barbarca fiillerle işlenmiş kastî adam öldürme fiilleri zehirleme veya taammüden katil olarak cezalandırılmışlardır. Katil veya katle teşebbüs bir fiilden olabileceği gibi bir kaç fiilden, mütaaddit ve mütevali vasıtalardan da meydana gelmiş olabilir. Bu fiil ve vasıtaların yalnız başına nazarı itibara alındıklarında, mağdurun ölümünü intaç edemiyecek mahiyette olmaları ehemmiyeti haiz değildir. Yeter ki bir araya gelince veya tevali edince adam öldürme fiilinin işlenmesi temin edilmiş olsun (69).

Suçu meydana getirecek olan fiil icraî olabileceği gibi ihmalî de olabilir. İcraî olan fiil muhakkak bir hareketi icabettirir. Buna mukabil ihmalî fiil ise bir hareket yapmakla meydana geleceği gibi hiç hareket etmemek suretiyle de meydana gelebilir. Meselâ, tabancanın tetiğini çek-

(67) Aksi kanaat: Kantar ,ders notları.

(68) Garçon'a, göre ,birisini öldürmek için büyü vesaire yapan kimse takibata maruz kalamaz. Garçon ,sh. 669.

(69) Garçon, sh. 669

640

mek icraî bir fiil olup; ilâcı verilmediği takdirde ölecek olan hastaya ilâç vermemek ihmalî bir fiildir.

Suçun tesbiti bakımından icraî fiillerin müşahede edilmesi basit ve kolaydır. Zira ortada yapılmış olan bir fiil mevcuttur. Halbuki ihmalî fiillerde bunu her zaman tesbit etmek mümkün değildir. Meselâ boğulmakta olan bir insana yüzmeyi bilen başka bir kimsenin bu vaziyeti gördüğü halde yardım etmemesi gibi. Zira bu misalde olduğu gibi boğulmak tehlikesinde olan kimsenin ihmali mi yani iyi yüzmeyi bilmediği halde denize girmesi mi yoksa dğerinin yardım etmemesi mi ölümü intaç etmiştir? Bu hususun tesbiti, her zaman sarih olarak kabil değildir. Hattâ o kadar ki bazı hallerde bir fiili icra etmemek kanundan ziyade ahlâk tarafından müeyyidelendirilmiştir (70).

Yukarıda boğulma misalimizde olduğu gibi boğulanı kurtarmamanın müeyyidesi kanunî değil daha ziyade ahlâkidir.

Böylece ahlâk ve vicdan bakımından düşünüldüğü zaman bir kimseyi icraî bir fiille öldüren kimse ile boğulanın ölmesinden fayda temin edecek olanın hiç bir harekette bulunmaması arasında bir fark mevcut değildir. Bundan dolayı ikisi arasında ceza bakımından bir tefrik yapmak her zaman doğru bir netice vermez (71).

Bununla beraber ceza kanunları, suç teşkil eden icraî fiilleri her zaman cezalandırmakta ve tesbit edilmesi güç olduğu için ihmalî fiilleri bunun kadar nazarı itibara almamaktadır.

Fakat içtinap eden kimse müdahele etmek hususunda kanun veya mukaveleden mütevellit bir mükellefiyet altında bulunuyorsa cezalandırılması lâzımgeldiği hususunda hemen bütün cezacılar müttefiktirler (72).

III — Adam öldürmede unsur olmıyan hususlar:

---

(70) Bununla beraber; «Nullum crimen patitur is quinon prohribet ,cum probibere non potest» kaidesinin mefhumu muhalifinden çıkan bir cürmün önüne geçmeğe muktedir olan kimse bunu yapmazsa mesul olacağı prensibi ilk defa Roma Hukukunda Pulus'un «Lois 109 de. eRg. Jur.» Bir metninde görülmüştür. Dönmezer'den naklen (icra suretiyle ihmal sucları sh. 477)

Kanonik hukukta bir kimseyi ölümden kurtarabilecek vaziyette olduğu halde bunu yapmayan bir kimseyi suclu olarak telâkki etmektedir. (Dönmezer a. g. m; sh. 477).

(71) Bununla beraber; 1852 tarihli Avusturya Ceza Kanununun 169 ihmal suretiyle çocuğun ölümü halinde müsbet bir hareketle öldürmeğe nazaran daha hafif bir ceza tesbit etmiş bulunmaktadır. (Dönmezer ,adı geçen makale sh. 478).

1908 tarihli Siam Ceza Kanunu 252 nci maddesinde «ihmalde ölüme sebep olan kimseye üç seneye kadar hapis ve bin (ticaux) ye kadar para cezası vermekte veya bunlardan yalnız biriyle czealandırmakta halbuki kasden ölüme sebep olan kimseyi (madde 249) ölüm veya müebbeden hapis veya 15 seneden 20 seneye kadar hapis cezası vermektedir. (Georges Padaoux. 65-66)

(72) Garçon'da nakledilen, Dönmezer, a. g m. sh. 490-491.

Adam öldürmenin unsurlarının dört olduğunu yukarıda izaha çalıştık. Şimdi de unsur olmıyan hususları izaha çalışacağız:

A - Vasıta:

Bu bakımdan adam öldürmenin maddî unsuru olan fiilin işlenmsei için kullanılacak vasıtanın ehemmiyeti yoktur. Yani vasıta adam öldürmenin bir unsuru değildir.

Şüphesiz fail düşüncesini kuvveden fiile çıkartmak için bir vasıta kullanacaktır. Bu, maddî (meselâ silâh, bıçak, taş, balta, zehir gibi....) veya mânevi de (yani işkence, korkuya düşürme, iftira, hakaret ve söğme gibi....) olabilir.

Bir şahsın ifrat ve tefrit derecedeki şiddetli teessür hali ölümü intaç edebilir. Bu hal fizik şiddetle müterafik olarak veya olmıyarak ya cerhiyeti ruhiyenin tevlit eylediği hastalık, ya evvelce mevcut olan hastalığın şiddetlenmesi veya gizli bulunan bir hastalığın derhal tezahürü neticesi olarak ölüm tahakkuk edebilir. Teessürü mucip olan fiilin katil kastiyle yapılıp yapılmadığının terafük etmiş diğer sebeplerden ileri gelip gelmediğinin tahkik edilmesi lâzımdır (73).

Meselâ cimri bir kadının çok kıymetli mücevherinin çalınması dolayısiyle teessüründen ölmesi halinde gayenin hırsızlığa mı yoksa teessüre düşürerek öldürmeğe mi mâtuf olduğu tahkike değer bir meseledir.

Bununla beraber şunu söylemek lâzımgelir ki, Ceza Kanunumuz vasıtadan bir unsur olarak değil ve fakat bir şiddet sebebi olarak bahsetmiştir. (CK. 449/3, 450/3, 6) (74).

Tek başlarına maddî veya mânevî bir fiil ölümü intaç edebileceği gibi her ikisi bir arada da bulunmuş olabiilr. Meselâ, tehlikeli bir uzvundan yaralanmış olan kimseyi bu yaradan kurtulmanın tıbbî imkânı olmadığını söyliyerek teessüre sevkedip öldürmek gibi.

Vasıta mağdura doğrudan doğruya (meselâ tabanca ile öldürmek), tevcih edilmiş olduğu gibi dolayısiyle (meselâ bulaşıcı hastalık bulunan bir yere götürmek gibi) de olabilir.

Fakat ölümü intaç eden fiil bir tane olabileceği gibi bir kaç tane (75) de olabilir.

---

(73) Manzini, Trattato di diritto penale, c.7,s. 14-15 den nakleden Alabay,sh. 522.

(74) Yargıtay da «fevrî bir kararla zehirlemenin diğer öldürme için muayyen cezadan fazla olması sebebinin bu keyfiyetin zehirlenen kimsenin haberi olmadan ve bittabi mudafaaya da imkân bulamamasından ibarettir.» diyor. Yargıtay 1. c. D., 1/10/1940, esas 2725 karar 2361 (Bora, sh. 264).

(75) «.....Tabancadan sonra evinden mavzeri getirerek onunla da tecavüz ve taarruzda devam etmesi...» Y. 1. C. D., 20/5/938, Esas 1291, karar 1943 (Köseoğlu sh. 523)

Vasıtaların yalnız başına nazarı itibara alındıklarında mağdurun ölümünü intaç edemiyecek mahiyette olmaları ehemmiyeti haiz değildir. Yeterki bir araya gelince ve tevali edince adam öldürme fiilinin işlenmesini temin edebilmiş olsunlar (76).

B - Mağdurun rızası:

Unsur olmıyan diğer bir husus ta adam öldürme fiilinin mağdurun nizasına istinat etmesi halidir.

Mağdurun rızası veya talebiyle öldürmede, fail şu iki şekilde müdahele edebilir:

1) Mağdur kendi kendini öldürmüş fakat vasıtayı suçlu tedarik etmiştir.

2) Fail bizzat vasıtayı kullanmış ve öldürmüştür. Bu iki halde de müşterek vasıf mağdurun talebi veya rızasıdır. Faili öldürmeğe sevkeden sebep ise acıma duygusudur. Bu duygunun mevcut olduğu hâdiseleri âdî katil hâdiseleri ve meselâ menfaat temini saiki ile öldürme vakalarına benzetmek insan psikolojisini tanımamak olur (77).

Böylece mağdurun rızasına dayanan adam öldürme suçunda failin hareketinin cezayı müstelzim olup olmaması meselesi münakaşalı bir mevzudur.

Bu hususta şu nazariyeler ileri sürülmüştür:

a) İnsan kendi hayatının sahibidir. Kendi kendini yok etmeğe hakkı vardır. Bu hakkı kendi kullanabileceği gibi başkası vasıtasiyle de kullanabilir. Bu nevi suçlarda yalnız mağdurun talep ve rızasiyle değil aynı zamanda ahlâkî ve insanî saiklerle de hareket edilmiş olabilir. Bu sebeple fail ceza görmemelidir. Bu nazariyeyi müdafaa edenlerin başında Ferri gelir.

b) Chauveau ve Helie'ye göre de öldürmek kastında öldürmek suretiyle izrar niyeti aranması gereken bir unsurdur. Bu unsur olmadıkça kast, kast olmadıkça da suç mevcut değildir. O halde faile ceza verilmez. Bu noktada kanunda bir bozukluk vardır. Fakat böyle bir bozukluk yüzünden faile ceza vermek cemiyet menfaatine uygun değildir. Aynı zamanda bir insanın diğerinin hayatına kıymağa hakkı da olamaz. Diğer taraftan faile, âdî bir adam öldürme suçlusuna verilen cezayı vermekte suç

(76) Garçon, sh. 669
(Umumî kanaata göre kullanılan vasıta ölümü intaç edecek mahiyette olmazsa katle teşebbüsten cezalandırılmaz. Bu takdirde ortada «imkânsız suç mevcuttur» etmektedir. Meselâ silâh dolu olmasa ve fail bunu bilmiyerek ölüme teşebbüs etse) Garçon, sh. 669.

(77) Erem, adlî Psikoloji, sh. 118

ile ceza arasındaki nisbet kendisine muhalif netice verir. Bu sebeple mağdurun talebi veya rızasiyle adam öldürme fiilinin âdî adam öldürmeden ayrı müstakil bir suç telâkkisi ve kanuna bu yolda bir hüküm konulması lâzımdır (78)

c) Üçüncü nazariyeye göre de insanlara hangi saik ile olursa olsun öldürmek hakkı verilemez. İnsan hayatı mukaddestir. Failin adam öldürme suçundan mahkûm edilmesi lâzımdır. Bu nazariyeyi müdafaa edenlerin başında Garraud gelmektedir (79).

Ölüme rıza göstermek meselesi tesbiti güç ve ehemmiyetli bir meseledir. Acaba öldürülmeği mağdur kendi rızasiyle mi istemiş (meselâ mevcut hastalığın verdiği ıztıraplara dayanamıyarak öldürülmesini istemesi gibi....) Yoksa bu fikir kendisine öldüren tarafından mı (meselâ tutulduğu hastalıktan kurtulmanın imkânı olmadığını bu ıztıraplara dayanacağına zahmetsizce ölmenin ve öteki dünyada daha çok rahat edeceğinin mağdura telkiniyle rızasının istihsali gibi) kabul ettirilmiştir? Yahut öldüren ölenin rica ve yalvarmalarına dayanamıyarak sırf onu ıztıraplarından kurtarmak için mi? Yoksa kendi menfaati iktizasından mı bu fiili icra etmiştir?

Bütün bu meselelerin halli öldürme fiilinin asıl saikını tesbit edecek yahut öldürmede kastın mevcudiyetini veya ademi mevcudiyetini tahakkuk ettirecektir.

Bu bakımdan yukarıda zikredilen meselelerin halli sırf yargıcın dirayet ve takdirine terkedilmeli ve kanun tarafından bu hususta katî kıstaslar koyulmasından çekinilmelidir.

Ceza Kanunumuzun tetkiki bizi şu neticeye götürür: Kanunumuz iyi veya kötü saika ehemmiyet verdiği halleri ayrı ayrı ve açıkça göstermiş olup ayrıca saikın bir unsur olabileceğini kabul etmemiştir. Yani umumiyetle saik cezalandırmak bakımından rol oynamamaktadır. Mademki kanun rızaya müstenit adam öldürmedeki saikleri nazarı itibara almamıştır.

(78) Nitekim 942 de yürürlüğe giren İsviçre C. K. (Md. 114), 1932 tarihli Polonya C. K. (Md. 227) ve 1930 tarihli İtalyan C. K. (Md. 579) da bu nazariyeye uygun olarak âdi katilden ayrı birer madde halinde mağdurun rızasına dayanan adam öldürme suçunu cezalandırmışlardır.

(79) Erem, a. g. d. n. sh. 118-119; TCK. Rızaya müstenit adam öldürme suçu için ayrı bir madde vazetmemiş olduğuna göre bu nazariyeyi kabul etmiştir.

Öyle ise bu halde dahi faile âdiyen katil suçu ile ceza verilmek yoluna gidilecektir (80).

Fakat rızaya müstenit adam öldürmede failin iyi hisleri belki yargıç tarafından takdiri bir tahfif sebebi olarak kabul edilebilir. Görülüyor ki kanunumuz bu hususta insan psikolojisine ehemmiyet vermiyen pek sert bir yol tutmuş bulunmaktadır (81).

Gerek acımak saiki ile gerekse mağdurun talebi üzerine şifa bulmaz hastaların imhasının öldürme suçunu teşkil edip etmiyeceği meselesi doktrinde münakaşalıdır. Zira başkasına acımak duygusu veya yine başkalarının ıztıraplarına son vermek arzusu bazan failin derununda dayanılmaz bir istek haline gelebilir. Ve failin iradesine şiddetle tesir eden bu hal onu adam öldürmeğe sevkedebilir. Bu husus bilhassa tabipleri alâkadar etmektedir.

Binding isminde bir Alman Ceza Hukuku Profesörü ile Hoche isminde bir Alman doktoru 1920 de Leipzig'de neşrettikleri (Yaşamağa değeri olmıyan hayatın imhasına müsaade edilmesi) adlı kitaplarında fikirlerini şöyle izah ediyor:

1 - Hayatlarında ümit bulunmıyan ve ölümü istiyen hastaların rahat ölmelerine yardım edilmelidir. Bu yardımın bir suç teşkil etmemesi lâzımdır.

2 - Kendisini bilmiyen ve tedavisi kabil olmıyan akıl hastalarının da imhası doğrudur.

3 - Bir kaza neticesinde bir kaç günlük ömrü kalan ve baygın yatan insanların öldürülmesinin bir kaide olarak konmasına imkân olmıyacağı fikrindedirler. Onlara göre böyle hastaların öldürülmesi bir çok hallerde

---

(80) Halbuki bazı ceza kanunları daha mutedil bir yol takip ederek bu hususu ayrıca cezalandırmışlar vecezayı daha az tayin etmişlerdir. Meselâ 930 tarihli İtalya Ceza Kanunu579 uncu maddesinde «mağdurun talebi ile katil sucundan faile altı seneden onbeş seneye kadar hapis cezası verilir» diyor ki bu ceza aynı kanundaki adî katlin cezası olan 21 seneden asağıdır. Fakat ceza kanunumuzun mehazını teşkil eden 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda böyle bir hüküm yoktu. 1932 tarihli Polonya Ceza Kanununun 227 nci maddesi de «mağdurun talebi üzerine ve acımak saikiyle öldüren kimseye 5 sene kadar hapis cezası veya hafif hapis cezası verilebilir.» diyor. Halbuki aynı kanunun 225 nci maddesinde adiyen katle 5 seneden ziyade hapis veya müebbethapis ve ölüm cezası verilmiştir. 1942 tarihli İsviçre Ceza Kanunu madde114 te« her kim mağdurun ciddî ve israrlı isteği üzerine o kimseyi öldürürse hapis cezası ile cezalandırılır» demektedir. Adiyen katilden bahseden 111 inci maddesine bakılırsa cezanın 5 seneden aşağı olmayan ağır hapis olduğu görülür. Macar Ceza Kanunu ise 282 nci maddesinde «bir kimsenin sarih ve ciddî arzusu üzerine onu öldüren kimse 3 seneye kadar hapisle cezalandırılır» fakat aynı kanunun 279 ncu maddesinde âdiyen katlin cezası 10 seneden 15 seneye kadar hapistir. Alman Ceza Kanunu madde 216 da «öldürme maktulün sarih ve ciddî ısrarı neticesinde vaki olmussa katil 3 seneden aşağı olmamak üzere hapsolunur» demektedir.

(81) Erem, Adlî psikoloji, sh. 121.

685

doğru ve yerinde olabilir. Fakat bazı hallerde acele edilmiş bulunulabilir. Acaba böyle hastaları kim öldürecek? Bunların öldürülmesi lâzımgeldiğine kim karar verecektir? Bu müellifler meseleyi ikiye ayırıyorlar:

a) Bir çok hususlarda buna karar verecek devlettir. Bunlarda içtimaî mülâhaza hâkimdir. (Şifasız delilerin öldürülmesi gibi).

b) Kendini bilen ve çektiği müthiş ıztıraplardan kurtulmak için ölümü istiyen hastaların öldürülebilmesi hususunda bir takım şartlar konulmalıdır. Şayet vaziyet ve şartlar uygun ise hastanın doktoru ve ailesi efradı onun ölümünü teshil edebilmelidir. (82).

Yine Alman hukukçularından Jost 1895 yılında (Öldürme hakkı) isimli kitabında şifasız delilerin değil, sadece ölümü talep eden ümitsiz hastaların öldürülmesini caiz görmüştür. Çünkü ona göre hastanın iradesi şarttır. Jost'a gère devlet ya ümitsiz hastaların kolayca ve çabuk intihar etmeleri için onlara yardım etmeli yahut ta bir kaç doktorun katî fikri ve hastanın reyi alındıktan sonra öldürülmesine izin verilmelidir. Akıl hastalarının reyi mevzuubahis olmıyacağına göre onların öldürülmesine imkân yoktur (83).

Halbuki, E. Forgue, Alexander, Elster, Garreltz, Grabowski, Subra gibi bir çok müellifler ise tamamen yukarıdaki kanaatin aksini serdetmişler ve bilhassa E. Forgue şifasız hastaların öldürülmesinin cezasız bırakılması ve bunun kanunî bir kaideye bağlanması halinde suiistimallerin doğacağına aynı zamanda fennin şifasız hastaları katî olarak tesbit edemiyeceğini işaret etmiştir.

Halen tıbbın son inkişafları eskiden şifasız denilen bir çok hastalıkları tedavi imkânı bulmuştur. Buna göre şimdi tedavi imkânı olmıyan bir çok hastaların dahi gelecekte tedavisi kabil olacağı mantıkî bir neticedir. Ayrıca acıdan kurtarmak hissi sübjektif olup katî bir kıstas değildir. Bilhassa tesbitinin güçlüğü suiistimallere yol açmağa pek müsaittir. Bizce gaye imha (öldürmek) değil her ne şekilde olursa olsun yaşatmaktır. Bu bakımdan evvelki acımak hissi ve ıztıraptan kurtarmak gayesi ile olsun adam öldürme suçlarının cezasızlığı yoluna gitmek muasır kanun anlayışına uygun değildir. Kaldı ki insanî ve ahlâkî duygular ile acıma hissi belki başkalarının ölümünü değil ve fakat onları ıztırapsız yaşamaları arzusunu tevlit eder (84). (Devam edecek).

(82) Veldet, sh. 27-28
(83) Veldet, sh. 28 den (hülâsaten)
(84) Erem (a. g. d. n. sh. 121) de «Adlî Psikoloji bakımından bu nevi adam öldürme vakalarında cezasızlığa doğru gitmek lâzımdır. Çünkü acımak duygusu başkasının acısına son vermek isteği insanda dayanılmaz bir istek haline gelebilir. Ve failde iradesine geniş ölçüde müessir bir psikolojik durum yaratabilir» demektedir ki bizim kanaatimiz bu fikre aykırı düşmektedir.

Bibliyografya

— Adalet Bakanlığı, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu kararları, Ceza kısmı. Ankara 1948

— Adliye Vekâleti, Temyiz Mahkemesi, Ceza Heyeti Umumiyesi kararları. 1930 - 1934

— Adliye Vekâleti, 1938 Temyiz kararları, Ceza kısmı, Ankara 1939

— Adliye Vekâleti, Temyiz kararları, 1939 - 1940, Ceza kısmı, Ankara 1941

— Adliye Vekâleti, Temyiz kararları, 1941 - 1942, Ceza kısmı, Ankara 1943

— Alabay (A. Rifat), Adam öldürmek cürmü ve müessir fiiller ne suretle ve ne gibi vasıtalarla işlenebilir? (Adliye Ceridesi, 1938, Sh. 518 - 1526)

— Altavilla (Enrico), De la mosmanie homicide à la déliquance par toudance, (Revue İnternationale du droit pénal, 1930, sh. 226 ve müteakip)

— Berezowski (Conrad) Rappaport Emil Stanilos), Code pénal Polonais, du 11 juillet 1932. Paris

— Bora (Kemal), muaddel ve haşiyeli Türk Ceza Kanunu ve meriyet kanunu, (İstanbul, 4 üncü bası 1944)

— Chronique de jurisprudence et de droit pénal comparé, 1937, sh. 483 ve devamı (Tedbirsizlikle adam öldürmeğe dair)

— Dilemre (Saim Ali), Vefata sebebiyet işleri (Ad. Cer., 1938, No: 11 sh. 1869 ve müteakip)

— Dönmezer (Sulhi), Kastın takdiri Yargıtayın kontrolüne tâbi midir? (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 9 sayı 3-4, sh. 396-399)

— Dönmezer (Sulhi), İhmal suretiyle icra suçları (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası cilt 9, sayı 3-4, sh. 473-494)

—Erdoğdu (Ahmet), Ceza Hukukunda kast (Adalet Dergisi sayı 5, sh. 573- 596. 1948)

—Erem (Faruk), Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu, ikinci bası, Akay Kitabevi notlu kanunlar serisi 3, 1948)

— Erem (Faruk), Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre hukukî ve fiilî hata (Ad. Dergisi 1947, sayı 1, sh. 9-20)

— Erem (Faruk), Adalet Psikolojisi bakımından heyecanlar ve ihtiraslar (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, c. II, sayı 4, sh. 50-79, dan ayrı bası)

— Erem (Faruk), Haksız tahrik (Ad. Dergisi, 1946, sh. 637-654)

687

— Erem (Faruk), Adalet Psikolojisi ders notları, 1947 - 1948 (Hukuk Fakültesi öğrenci Derneği tarafından çıkarılmıştır.)

— Erem (Faruk), Ceza Hukuku ders notları, (Profesörün 1946-1947 ders yılında, Hukuk Fakültesinde verdiği takrirlerden tarafımızdan tutulabilen kısımlar.)

— Escarra (Jean), Code pènal de la République, de Chine, 10/Mars/1928, Paris 1930, cilt 2.

— Garçon (E.), Code Pénal Annoté Français, tom. I, Paris 1901-1906

— Goll (August), Schroll (Magda), Gautries (Jean Adıgard des), Code pénal Danois, Paris, 1935.

— Honig (Richard) - tt. (Abadan) Yavuz, Taksir ve ceza, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası cilt IV, sh. 209 - 219)

— Hugueney, Homicide commis dans l'éxercice l'un sport, Chronique Judidiciaire, (Revue Pàniten'et de droit pénal, 1931, N. 1 - 6, sh. 92 ve müteakip)

— Kantar (Baha), Ceza Hukuku, kısım 1. Hk. Fak. neşriyatından No.: 23, Ankara.

— Köni (Ekrem), Kanunî azaltma sebeblerinden tahrik (İst. Barosu Mec. 1938, sh. 203 - 209)

— Köseoğlu (Cemal), Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1947,6 ncı bası

— Kunter (Nurullah), Cezalardan neler bekliyoruz, neler beklemeliyiz. (Siyasî ilimler Mecmuası 1943, yıl 13, sh. 16 - 20)

— Kunter (Nurullah), Ceza yerine geçen tedbirler, (Ad. Cer. 1943, sh. 233 - 238)

— Kunter (Nurullah), çocuk suçluluğu ile nasıl savaşmalıyız. (siyasî İlimler Mecmuası. Yıl 15, sh.152 - 165)

— Majno, Ceza Kanunu şerhi, cilt 3, 1927 (Ad. İstatistik ve Neşriyat Müdürlüğü yayını).

— Martinet (C.), Dareste (P.), Code pénal Hongrois, 14 juin 1879, Paris 1885.

— Mollica Carmela (tt. Semsettin Talip), İtalyan Hukukunda ve mukayeseli Hukukta teammüt, (Adliye Ceridesi, 1941, sh. 96-111, 162-173)

— Öner (Hamdi), Türk Ceza Kanununda hata ve taksirli suçlar (Ad. Ceridesi 1945, sh. 755 ve müteakip)

— Padoux (Georges), Code Pénal du Royaume de Siam, 22 Sentrembre/1908 Paris 1909.

— Revue pénitentiaire et de droit Pénal, Chronique Judiciaire (Zehirle adam öldürmeğe dair), 1914, No :1 - 2, sh. 141 ve müteakip.

— Revue pénitentiaire et de droit pénal, Le Proces de la Camorra (Adam öldürmeğe dair mahkeme kararı) Chronique Judiciaire, 1912, No: 7 - 10, sh. 1007 ve müteakip.

— Sebük (Mehmet Ali), Kriminoloji ve Cinaî sosyoloji (Ad. Cer. 1941, sh. 548 - 561)

— Taner (Tahir), Ceza Hukuku, umumî kısım İstanbul 1935.

— Uma (Hakkı), İsviçre Ceza Kanunu (Ad. Dergisi 1948, sh. 1326-1366 bilhassa 1326 - 1327)

— Veldet (Hıfzı), Şifasız hastaların ölümünü kolaylaştırma meselesine hukukî bir bakış (C. H. P. konferanslar serisi, 1939, kitap 10 sh. 23 - 33)

Kanunlar

— Türk Ceza Kanunu
— İtalyan Ceza Kanunu
— İsviçre Ceza Kanunu
— Fransız Ceza Kanunu
— Polonya Ceza Kanunu
— Çin Ceza Kanunu
— Macar Ceza Kanunu
— Siam Ceza Kanunu
— Danimarka Ceza Kanunu
— Lübnan Ceza Kanunu

Kısaltmalar

a. g. e	adı geçen eser
a. g. n	» » not
C. K.	Ceza Kanunu
T. C. K.	Türk Ceza Kanunu
Sh.	Sahife
Bkz.	Bakınız
t.	tercüme

689

Y. İçt. Bir. G. K. Yargıtay içtihatları Birleştirme Genel Kurulu

Y. C. G. K.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Y. 1. C. D.	Yargıtay Birinci Ceza Dairesi
Y. 2. C. D.	Yargıtay İkinci Ceza Dairesi
Y. 3. C. D.	Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Y. 4. C. D.	Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi

690

BAŞKASININ FİİLİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Dr. Zahid Çandarlı.
Ankara Asliye 4 üncü Hukuk
Yargıcı

1 — Giriş
2 — Diğer mevzuatlarda
3 — Sorumluluğun bünyesi
4 — Sorumluluğun şartları
5 — İstihdam edenin sorumluluğu
6 — Devletin sorumluluğu
7 — Tatbikat : Yargıtay kararları
8 — Ev Reisinin sorumluluğu
9 — Tatbikat : Yargıtay kararları

1 — GİRİŞ :

Başkalarının fiilinden doğan sorumluluğu, Borçlar Kanununun 55 ve Medenî Kanunun 320 nci maddelerinde görmekteyiz. Başkasının fiilinden doğan sorumluluğun çerçevesini, daha geniş manada anlayan müellifler de vardır. Bunlar hayvanların sebebiyet verdiği zararlardan mütevellit sorumluluk ile, eşyadan doğan sorumluluğu da, başkasının fiilinden doğan sorumluluk hükmünün şümulü dahiilnde kabul ederler. (1)

Kanunumuzun ruhu itibariyle, hayvanların sebebiyet verdiği zararlarla, eşyanın malikîyetinden mütevellit doğan sorumluluğu, müstakillen ayrı bir müessese olarak, incelemek daha uygun olur kanaatindeyiz.

Borçlar Kanunumuzda bu üç nev'i sorumluluk için ayrı ayrı maddeler vazedilmiştir. Bunların unsurları ve bu hususları tanzim eden, bazı maddeler incelenece k olursa, her birinin ayrı bir hukukî esas ve prensipten hareket ettiği açıkça görülür.

Zaten başkasının fiilinden doğan sorumluluk deyince, diğer tarafta bir şahsın mevcudiyeti ve onun fiili (2) bulunması lâzımgelir. Hayvan ve

---

1—Hacı Adil: Borçlar kanunu şerhi sahife 327. «gayrın fiilinden mes'uliyet hükmünün şumulü sahasına girenler: B. K. nuna nazaran istihdam edenlerin mes'uliyeti. B. K. M. 55. Hayvanlar tarafından yapılan zararlardan hayvanı idare edenlerin sorumluluğu: B. K. 56, 57. Bina ve diğer şeylere malikiyetten sorumluluk. Madde 58, 59 da tafsil edilmiştir.

2 — Hukukî mânada fiil. «Hukukî bir netice tevlit eden müspet veya menfi mânada bir harekettir.

eşya bir şahıs olmadığı gibi, hukuki mânada bir fiilleri de mevcut olamaz. Yalnız bu hususun şümulüne giren bir keyfiyet varsa, o da Medenî Kanunumuzun 320 nci maddesinde tesadüf ettiğimiz, ev reisinin sorumluluğudur. «Evin reisi riyaseti altında bulunan küçüğün, mahcurun, akıl hastalığı ve zayıflığı ile malûl olan kimsenin, yaptığı zarardan mûtat veçhile ve ahvali muktazi bulduğu takdirde, ona nezaret ettiğini ispat etmedikçe mesuldür.» Gerek Borçlar Kanunumuzun 55 inci maddesi, gerekse Medenî Kanunumuzun 320 nci maddesi; başkasının fiilinden doğan sorumluluk kaidesini, tanzim etmiş ve sahası içine almıştır.

Her şahsın, kendi fiilinden mütevellit sorumluluğu ve bunun cezasını çekmesi esasına dayanan hukuk telâkisine göre, başkasının fiilinden dolayı, diğer şahsın sorumlu tutulması bu nizama aykırı gibi gelir, fakat kanunumuzun burada ruhuna nüfuz edilecek olursa, görürüz ki, her ne kadar sorumluluğu doğuran fiil, başka şahsa ait ise de, sorumlu addedilen şahsın o kimsenin zarar tevlit eden fiiline nezaret, mürakabe ve her türlü tedbir vaz'ına, kanunen mükellef iken buna riayet etmiyerek, zararın doğmasına sebebiyet veren ve neticeten sorumluluk yine kendi zâti fiilinden doğmuş olan kimsedir (3)

2 — DİĞER MEVZUATLARDA

Eski hukukumuzda, başkalarının fiilinden doğan sorumluluk müessesesi mevcut değildir. Mecelle hükümlerine göre, her fiilin hükmü ancak failine ait olurdu. Eğer fail ile, sebebiyet veren içtima ederse, hukuki sorumluluk failine tereddüp ederdi. (4)

Bu hukukî müesseseyi, Medenî Kanunumuz, beraberinde memleketimize getirmiştir. Mehazımız olan, İsviçre Medenî Kanununa bu müessese Lâtin ve Cermen hukuku mecralarile girmiştir.

Fransız Medenî Kanununda, ilk defa temeli kurulan «başkalarının fiilinden doğan sorumluluk» müessesesi Napolyan kanunu ile tesis edilmiştir. (5) Fransız Kanununda, üç türlü bu kabîl sorumluluk mevcuttur. Baba ve annenin çocuklarının yaptıkları zararlardan mütevellit sorumluluğu, iş verenin işçisinin yaptığı zarardan sorumluluğu, öğretmen ve ustaların, talebe ve çıraklarının yaptığı zararlardan mütevellit sorumluluklarıdır.

Alman Medenî Kanununda, aynı müessesenin mevcudiyetini görüyo-

3 — Fransız medeni kanunu madde 1384. Marcel Planiol et Georges Ribert T.E. de droit Civil Paris 1940.

4 — Hacı Adil Borçlar kanunu serhi S. 324.

5 — Mecelle: madde 96. 295.

692

ruz Alman Medenî Kanunu, her ne kadar başkasının fiilinden mütevellit, sorumluluğu kabul etmekte ise de bu kanuna göre sorumluluk mutlak değildir. Sorumluluğu mevzuubahis kimse «kendisinden beklenen murakabe, ihtimamı ve dolayısiyle kusuru olmadığını ve bu hususlaki bütün dikkat ve gayretini sarfetmiş olsa dahi, zararın vukuuna mâni olamıyacağını, ispat ederse» sorumluluktan kurtulması esası kabul edilmiştir. (6)

İtalyan mevzuatı, hemen aynı Fransız hukukundan mülhem olmuştur. Herkes kendisinin murakabesi altında bulunan başkalarının kasten, ihmal ve ihtiyatsızlıkla yaptığı zararlardan sorumludur. (7)

İngiltere'de, tedvin edilmiş bir Kanunu Medenî mevcut değildir. Örf ve adete müstenit bir hukuk sistemine dayanır, İngiliz Hukukçuları, uzun zaman devam eden bir tereddütten sonra, başkalarının filinden mütevellit sorumluluk esasını kabul etmişlerdir. Hali hazır, İngiliz hukukunda cari olan ahkâma göre, istihdam eden müstahdeminin zarar ika eden, fiilinden bazı şerait altında sorumlu tutulmaktadır.

3 — SORUMLULUĞUN BÜNYESİ

Başkalarının fiilinden doğan sorumluluk, mevzuunda Borçlar Kanununun 55 ve Medenî Kanunun 320 nci maddesi, mevzuubahis edildiğine göre bunların bünyelerini ayrı ayrı incelemek lâzımdır.

Borçlar Kanununun 55 nci maddesine göre sorumluluk bir arada tamamile hususi hukuk sahasına dahil «medeni» bir mahiyettedir. Burada cezaî bir mahiyet mevzuubahis değildir. Zira ortada mağdur denilen, bir kimsenin uğramış olduğu zararın tazmini gerekmektedir. Bu zararı tazmin eden kendinden sadır olmayan fakat,doğurduğu zararlı neticeyi tamir ile mükellef bir şahıstır. Bu tazmin, asıl fiilin failinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zararı tazmin eden asıl faile, rücü hakkı mahfuzdur. Eğer bu fiilden mütevellit, bir de cezai netice tevlit ediyorsa, bu tamamiyle fiili ika edenin şahsında kalır. Başka kimseye sirayet etmez. (8)

Borçlar Kanununun 55 inci madesinde, istihdam edenlerin, mes'uliyeti başlığı altında derpiş edilen, sorumluluk haksız fiilden doğan borçlar faslı içinde tanzim edilmiştir. Bu da gösteriyor ki, başkasının yani istihdam eden kimsenin maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelelerin hizmetlerini ifa ettikleri esnada, yaptıkları haksız fiilden doğan zarar-

6 — B. G. B. 831.

7 — İtalyan medeni kanunu Madde 1152. 1156.

8 — Cezaî sorumluluğu da nakdî olan cezanın diğerine sirayeti caiz olacağı mütalâası bizce doğru değildir. Para cezası ile tazminat aynı şey değildir. Para cezaları ödenmediği takdirde cismanî ceza şekline tebdil olur. «Hukukî bilgiler mecmuası 2/14.

693

dan sorumludur. Binaenaleyh, bu kimselerin hizmeti ifa sırasında, haksız fiil teşkil etmeyen, ef'allerinden doğan bir zarar mevcut olsa, istihdam eden bundan mütevellit bir sorumluluk altında değildir. Meselâ bir müstahdem, nafaka ile mükellef olduğu halde, eshabına bunu vermiyerek o şahsın birtakım zararlara, uğramasına sebebiyet vermiş olması, istihdam edenin kendi hizmeti esnasında olmakla beraber, müstahdeminin bu kabil zarar tevlit eden fiilinden mütevellit sorumlu değildir.

Sorumluluğun menşeinin haksız fiil olduğunu, kabul ettiğimize göre bu mes'uliyetin dayandığı, iki nazariyeye kısaca temas etmek lâzımdır.

Kusur nazariyesi : Bu nazariye, kusur esasına dayanmıştır. Burada istihdam edenin mahiyetinde istihdam ettiği kimseleri ve ameleleri intihap ve tâyin ederken, hal ve maslahatın icabettiği, bütün dikkat ve itinada bulunması lâzımdır. Bunların ihtiyatsız, beceriksiz, ihmâlci ve hizmetine tevdi edilen işi yapmağa kifayet eder, bilgi, meslekî vukufu ve hasseten, hüsnü hali olup olmadığını araştırmak ve bu hususlarda daimi bir mürakabede bulunması lâzımdır.

Eğer bu hususlara, lâyıkı ile ehemmiyet verilmemiş ise, bu durumu bir kusur teşkil eder. Kusuru bertaraf edecek, dikkat ve itina, o muhitteki örf ve âdetin, ne gibi tedbirlerden feragate cevaz vermiş olduğunu, aramak lâzımdır. Şu ciheti de tebarüz ettirmek isterim ki, İstihdam edenin, müstahdem ve amelesini yalnız hizmetine alırken göstermiş olduğu dikkat ve itina kifayet etmez; asıl mühim olan cihet, hizmetin tevdii esnasında da daimî şekilde bunların murakabe ve kontrol edilmesidir.

İstihdam edenlerin kusurlarının ekserisini işin ifası sırasındaki mürakabe noksanlığının sebebiyet verdiğine, tatbikat sahasında tesadüf etmekteyiz. Neticeten; herkes gibi, istihdam edenin de, bu kabil dikkatsizliği ve mürakabesizliği şeklindeki kusurundan mütevellit zarardan, sorumlu olacağıdır.

Zarar nazariyesi : Zarar nazariyesini müdâfaa edenler, kusur esasına müstenit nazariyeyi varit görmüyorlar. Bunlar kusur nazariyesini gayrı sabit ve istikrarsız addetmektedirler, (9) Kezalik, kusurun taktir ve tâyininide, pek şahsi ve nisbî bulmaktadırlar. Kusur denilen şey, muhit ve devrin temayül ve telakkilerine göre değişmektedir. Bu sebeple,

sahife 77. avukat Hamdi Haşim» 9 — Mülga Mecellenin kavaidi külliyesinden olan «Beraati zimmetin asıl olması» kaidesine mugayirdir. Mecelle madde 8. (Ali Haydar efendi Mecelle şerhi sahife 276).

696

bir kanun kaidesini, böyle mütehavvil ve gayrı sabit bir esasa istinat ettirmeyi doğru bulmuyorlar.

Fransız Kanunu medenisine göre, istihdam eden kendisine atfolunacak bir kusuru olmadığını, ispata salâhiyettar değildir. (10) Kusurun ademi mevcudiyeti, mademki kabili isbat değildir, bu taktirde kusurun mevcudiyetini farz etmek, «yok olan şeyin» varlığını ileri sürmekten farklı olmadığını iddia etmektedirler. Sorumluluğun hakiki sebebini, ancak zarar fikrinde aramanın daha doğru olacağını ileri sürerek, zarar nazariyesini vâz etmektedirler.

Zarar nazariyesinin mesnedi, istihdam edenin maiyetindeki müstahdem ve amelenin, mesaisinden istifade ettiğine göre, bu hizmetten mütevellit ve ondan ayrılması kabil olmayan zararlardan da, sorumlu olmasını icabettireceği esasına dayanmaktadır.

Borçlar Kanunumuzun 55 inci maddesine göre, kanun vazıı kusur nazariyesini kabul etmiştir. Maddenin ifadesi «şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulması için, hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile, zararın vukuuna mâni olamıyacağını ispat ederse, mesul olmaz» şeklindedir ki bu da kusur nazariyesinin açıkça kabulünü göstermektedir. Şu cihetı de açıklamak isterim ki, müfrit zarar nazariyecileri dahi, kusur nazariyesini tamamile terke, taraftar değildir. (11) Medeni Kanunun 320 nci maddesi, ev reisini, ev halkından akıl hastalığı, veya zayıflığı ile malul olanlarla, küçük mahcurların bizzat kendilerini, başkalarını tehlike ve zarara maruz bırakacak hususlarda gereken tedbirleri, almak ve lüzumu halinde bu tedbirelrin alınması için durumu zâbıta ve alâkalı makamlara bildirmekle mükellef bulundurmaktadır.

Medeni Kanunun 320 nci maddesindeki, sorumluluk Borçlar Kanununun 55 nci maddesine nazaran, bazı hususiyetler arzeder. Bunlardan biri, ev reisinin sorumluluğunu ikiye tefrik eder. Evvelâ bizzat, reisliği altında bulunanlara karşı sorumluluğu. Diğeri de, bunların yaptıkları zararlardan dolayı, üçüncü şahıslara karşı olan sorumluluğudur. Ev reisinin, kendisine tâbi olanlara karşı olan vazifelerini ihmâl etmesi, tedbirsizlik, dikkatsizliği sebebiyle doğan sorumluluğun müeyyidesi, aile hukuku hükümlerine (ve şartları mevcutsa haksız fiillere ait hükümlere)

10 — Fransız Medeni kanunu madde 1384.

11 — Eğer intihap ve idarede kusur fikrini bir tarafa bırakırsak, bu taktirde adam kullananların mes'uliyet sahasını kanunun murad ettiği miktardan fazla genişletilmiş olur (Marcel Plâniol ikinci cilt sahife 194)

695

dayanır. (12) Üçüncü şahıslara karşı olan sorumluluğuna gelince, ev reisinin buradaki sorumluluğu, bir kusur ve mes'uliyetinden ziyade bir «sebebiyet» sorumluluğuna benzemektedir. (13)

Ev reisinin, sorumlu tutulması için zararın, reisin hâkimiyetine tâbi küçük, mahcur, akıl hastası ve zayıflığı ile malûl kimseler tarafından, yapıldığının ispatı kâfidir. Failinin kusurunu ispata mahal görülmektedir. Zaten bu gibi şahısların temyiz kudreti de, mevcut bulunmadığından kendilerinin kusuru, mevzuubahis olamaz. (14) Halbuki, ev reisi başkalarının zarar eden fiilinden kendi şahsî kusuru olmadığı halde sorumlu tutulmaktadır. Kanun vazıı, ev reisine tahmil ettiği sebebiyet sorumluluğu, sorumluluktan kurtulma def'i ile kısmen yumuşatılmıştır. (15) Ev reisi zarar yapan kimseye, mûtat veçhile ve ahvalin muktazi bulduğu dikkatle hareketettiğini ispat suretiyle sorumluluktan kurtulabiliyor. Görüyoruz ki, buradaki sorumluluk, menşei itibariyle nezaret ve murakabe mükellefiyetinden doğmaktadır.

4 — SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

İstihdam edenin, başkasının fiilinden dolayı sorumluluğun tahakkuku için bazı şartların, mevcudiyeti lâzımdır. Evvel emirde bir maddi veya manevi zararın,tahakkuk etmiş olması lâzımdır. Zararın ikaına sebep olan, vasıtanın tesiri yoktur. Bunun maddi bir fiil ile, olabileceği gibi, söz, yazı, ve sair gibi fiillerle de ikaı mümkündür.

Zarardan maksat, bir şahsın maddi ve mânevi mamelekinde, diğerinin haksız bir fiili neticesi husule gelen noksanlıktır, zararın tâyini hususunda, Borçlar Kanununun 42 nci maddesi bir yol göstermemektedir. Evvelâ zarardan mutazarrır olan şahıs, hakiki zararın miktarını, ispat etmekle mükelleftir. Bir şoförün hatası neticesi, beygiri ezilerek bundan zarar gören kimse, hayvanının hakiki değerini ispat etmekle mükelleftir. Bu hususda vesaik, şahit, bilirkişi tetkikatı neticesi alınan raporlar gibi, deliller ikâme edilir. Eğer mutazarrır bu zararını, isbat etmiyorsa, meselâ bir otomobil kazası neticesi kırılan antika, vazosunun kıymeti kendi tarafından isbatı mümkün değilse, yargıç halin icaplarını ve diğer tarafın

12 — Medenî Kanunun madde 269, Fıkra 1, 2, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 393, 347 nci maddelerine ve Borçlar Kanununun 41 ve mütaakip maddelerine bakınız.

13 — Prof. Dr. Hıfzı Veldet Türk Medenî Hukuku. (Aile Hukuku) cilt 3, sahife 341 ve umumî esaslar sahife 236.) (İstanbul 1945-1948).

14 — Medeni kanun 12, 13, 14, 15, 16. ncî maddelerine bakınız.

15 — Prof. Dr. Hıfzı Veldet buna (Kurtuluş beyyinesi) demektedir. Biz bunu daha ziyade bir def'i mahiyetinde olduğunu kabul ediyoruz. Medenî Hukuk, Aile Hukuku cilt 3, Sahife 341, İstanbul 1948.

f96

yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikan kendi taktir edecektir.

Görüyoruzki, burada zararı iddia eden, bu iddiasını yani zararını isbata mecbur olduğu gibi, zararı haksız bir surette ika edildiğinin ve illiyet rabıtasını da isbat ile mükelleftir. Hakiki miktarını ispat mümkün olmayan ve yargıç tarafından, tâyin edilen zararı, Borçlar Kanunumuzun 47 ve 49 uncu maddelerindeki mânevi zararla karıştırmamak lâzımdır. (16

İkinci olarak, tetkiki gereken şart da istihdam edenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu olması için bu zararın, kendilerine tevdi edilmiş hizmetleri ifa ettikleri esnada, müstahdeminin yapmış olması şartıdır. Mühim olan cihet müstahdem ve amelenin ne vakit kendisine mevdu hizmeti ifa ettiğinin kabulüdür. Bu hususta ne kanun ve ne de hukuk prensiplerinin vaz ettiği bir esas vardır. Bu iş yargıcın taktiri ve tebellür eden, yargıtay içtihatları ile halli icabetmektedir, evvelâ müstahdem ve amelenin istihdam eden ile olan, münasebetini tâyin etmek lâzımdır. İşçi ve müstahdemin, yine istihdam edenin nezaret ve mürakabesi altında mı kalacaktır? Bu cihetlerin tâyini lâzımdır, Müellif «Schneider» bir tezgâhtarın kendilerine verilen hizmeti ifa ederken, müşterinin bir eşyasını çalmasından patronun sorumlu olmıyacağını, ileri sürmektedir. Bu hırsızlığı, vazifenin fiili ifasında yapmış bir zarar olarak addetmemektedir, yine bir banka memurunun, şeklen kusurlu bir «çeki» tediye ettiği takdirde bankanın bundan kusurlu olmadığını kabul etmektedir.

Bu mutalâa bize uygun gelmediği gibi, şarihlerin çoğu da bu kanaatte değildir. Dükkânında hırsız tezgâhtar bulunduran patron, bankasında beceriksiz, dikkatsiz memur istihdam eden banka, bunların hizmetleri sırasında yaptıkları bu haksız fiillerden, sorumlu olmamalarının hiç bir sebebi yoktur.

Bazı müellifler müstahdem ve amelenin kendisine tevdi edilen işin hududunu ve tarafına verilen salâhiyeti tecavüz ederek, yaptığı zarardan yine istihdam edenin sorumlu olduğunu bildirmekte iselerde, buna bir mesnet ve gerekçe vaz etmemektedirler. Türk şarihleri, bu mutalâanın aksi kanaatte bulunmaktadırlar bilhassa zarar ika eden fiil, amelenin veya müstahdeminin kendi zati bir teşebbüsü olmamalıdır demektedirler, halbuki, birinci fikir ve mütalâada kabili müdafaadır. Zira istihdam eden, seçtiği adamların, basiretli ve dikkatli olması esasını yapmakla

16 — Sabri Şakir, Fuat Hulûsi, Borçlar Kanunu şerhi S. 113.

697

mükelleftir. Başkasına zarar ika eden fiili tedbirsizlik ve acemilikle yapmakla bu hizmet hududunu geçerek, diğerine böylece zarar ika etmek hususunun tefrikı çok güçtür. Yalnız şu ciheti de açıklamak isterim ki, sorumluluğun mevcut olması için müstahdem ve amelenin zarar ika eden fiili, istihdam edenin, hizmetini ifa ederken vaki olmuş bulunmasıdır. Yoksa hizmetlerinin haricinde bu fiili yapmışlarsa tâbii bunun bir selâhiyet tecavüzü değil, hizmet harici yapılmış fiil olarak mütalâa etmemiz daha doğrudur.

5 — İSTİHDAM EDENİN SORUMLULUĞU

Herkesin kendi fiilinden sorumlu olması icabederken bu umumî kaideden ayrılarak başkalarının fiilinden dolayı, sorumluluğu kabul etmenin lüzumu uzun tartışmalara sebep olmuştur. Başkalarının fiilinden mütevellit sorumluluğu ilk defa tedvin eden, Fransız Kanununun kabulü sırasında bu husus, çirkin şekilde tartışmalara sebep olmuştur. Bu sorumluluğu yalnız, hizmetçi ve amelelerin fiiline inhisar ettirmek hususunu kabul etmek istiyen kanun vâzıları bunların tâbi mevkiinde bulunmaları, efendilerinin sorumluluğunu doğuracağı hususunu gerekçe olarak, ileri sürmelerine sebep olmuştur.

Halbuki bugün sosyal hayat, tamamiyle değişmiş, iş ve san'at şartları da tahavvüle uğramıştır. Büyük san'at tesislerinin ihdasından sonra, kanun yapıcılar, iş sahiplerinin sorumluluğu hususunda, yeni hükümler ihdas etmişlerdir. Hakikaten hukuk kaidelerini tetkik ederken, hayattaki fiiliyatı, onun tatbik tarzı ve doğurduğu zaruretleri düşünmekten uzak tutamayız.

Başkalarının fiilinden doğan sorumluluk, böyle bir zaruretin doğurduğu neticedir. Ancak bu sorumlulukdur ki, başkalarını istihdam eden kimseler, işinde çalıştıracağı adamları seçerken, hizmetlerini ifa ederken, bütün dikkat ve itinasını sarf etmesine, onları icbar etmektedir.

Borçlar Kanununun 100 üncü ve 55 inci maddeleri yekdiğeriyle karıştırılması mümkün olan maddelerdir. Aralarındaki en mühim fark, 55 inci maddedeki sorumluluk zarar gören her şahsa karşı, müteveccih olduğu halde 100 üncü maddedeki sorumluluk bağıt münasebetinden doğmakta, yani iş sahibinin bir borç münasebetiyle bağlı bulunduğu kimselere karşı sorumluluğu mevzuubahis olmaktadır.

İkinci mühim fark 55 nci madde de, sorumluluğu mevzubahis olan kimse «icabın zarurî kıldığı» her türlü tedbir ve dikkatle mürakabeyi ifa ettiği halde, zararın vukua geldiğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulmak imkânına mâliktir. Halbuki 100 ncü maddedeki sorumluluk-

ta böyle bir imkân yoktur. Bunların hizmetini icra esnasında, yaptıkları zarardan dolayı, diğer tarafa karşı mutlak sorumlulukları vardır. Görüyoruz ki, buradaki sorumluluk mutlaktır. İspatı ancak, zararın vukua gelmiş olmasına taallûk eder; Diğerinin defii de yalnızca zararın vaki olup olmadığına münhasırdır.

SORUMLU ŞAHIS: (İstihdam eden.)

Borçlar Kanunun 55 nci maddesinde, başkasının fiilinden mütevellit, sorumluluğu kabul etmiş olduğuna göre, bu sorumlu şahsın hukukî durumunu incelemek icabeder. Kanun buna başkalarını istahdam eden kimse demektedir. Kime başkasını istihdam eden kimse denileceğini, açık bir şekilde kanunda tasrih etmemiştir; Her müellif ve her şarih bu hususta, kendisine göre bir târif yapmaktadır.

Müellif Fick «Başkasının mesaisine müracaat eden, herkes istihdam eden kimse mef'umuna dahil olur» demektir. (17). Bu işin mahiyeti ister ticarette ister sınayi de, vesair her hangi bir meslekte olursa olsun, maddenin ifade ettiği manâya göre, istihdam eden kimse tâbiri iş sahibini ifade etmektedir. Hizmetleri kelimesinden çıkan manâda bunu açıkça göstermektedir. Bundan ötürü müstahdem kimin işini görüyorsa sorumlu olan o kimsedir. Yalnız şu cihetin tebarüzü yerindedir ki, müstahdemin iş sahibinin mahiyetinde onun mürakabe nezareti altında bulunsun bu başlıca aranacak bir keyfiyettir. (18)

Madde de yazılı olan «mahiyetindeki» kelimesi bunu açıkça, tebarüz ettirmektedir. Bundan ötürü avukata göre müvekkili, doktora göre hastası, arabacıya göre müşterisi, maiyet mevkiinde bulunan kimseler değillerdir. Bunlar kâr ve zararları kendilerine ait, serbest meslek erbabından mâdut kimselerdir. (19) Halbuki, bir araba sahibi ise, maiyetindeki arabacı ile olan münasebeti, istihdam edenle müstahdem arasındaki münasebetin tam bir misalini teşkil eder. Müellif Plâniol «iş sahibi işinin idaresini başka bir şahsa tevdi etmiş olursa, murakabe ve nezaret bu şahsa geçmiş olacağından, sorumluluk işin idaresini deruhte eden şahsa düşer» demektedir. Eğer hizmet ve işin sevk idaresi, mürakabesi bir kuruma tevdi edilmiş ise, sorumluluk bu kuruma isabet edecek midir? İşin intihap ve mürakabesi bu kuruma ait olacağına göre, düşünceyi bu merkezde toplamak lâzımdır. Burada ehemmiyetle düşünülmesi icabeden husus, işin idaresi kendisine tevdi edilen kurum tarafından, iş baş-

17 — İsviçre Borçlar kanunu şerhi (Fick) Fransızca tercumesi sahife 243.
18 — Avukat Hamdi Halim «Hukukî Bilgiler Mecmuası» 1/12 sahife 781.
19 — BGB, Madde 831 «Bir kimseyi bir iş yapmağa mecbur eden şahıs o kimsenin o işi ifa ederken haksız surette başkasına iras ettiği zarardan sorumlu bulunmaktadır.

699

kasının nezaret ve mürakabesi altına tevdi edilmiş olup olmadığıdır. Bu takdirde, sorumlu o murakıp mı olacaktır? Yukarıdaki bahsettiğimiz tezi müdafaa edenlere göre, sorumlu bu murakıptır. Yine başka bir ihtimal farzedelim ki, iş sahibi işin idaresini başkasına vermiş olmakla beraber işçilerin, ve amelelerin mürakabesini kendi uhtesinde bulundurmuş olsun, bu takdirde hiç tereddüt etmeden sorumluluğun iş sahibine ait olacağını beyan edebiliriz.

Mürakabe ve idaresi altında çalışanların, fiilinden dolayı bu şahısların sorumluluğunu kabul eden müelliflerin, telâkkileri bize pek mülâyim gelmektedir. Patron müstahdem ve amelesinin başına koyacağı, bir kontrol veya çavuş gibi kimseler, mürakip veya idare eden eşhas tâbiri içerisine girerler mi ki? Bu takdirde müstahdem veya amelelerin, ika ettikleri zarardan, bunların sorumlu olmasını icabettirir.

Halbuki, bu gibi kimseler bizce patron ve iş sahibinin bir müstahdemi çerçevesi içinden dışarı çıkartılamaz. Bunların fiillerinden, yine iş sahibinin sorumluluğu mevzubahistir. Eğer bunun aksi düşünülecek olursa, her iş sahibi sermayesiz ve zararın tazminini tahsil gayrı kabul kimselere, bu kabil vazifeler vererek, kendisini sorumluluktan kurtarabilir ve bu da üçüncü şahısların büyük bir şekilde hakları haleldar olmasını istilzam eder.

Şu cihetide, açıklamak isterim ki, işin mürakabe ve nazareti, büyük birşey ifade etmez. Asıl müstahdem ve ameleyi intihap ciheti mühimdir.

Mürakip ve nezaretçilerin sorumluluğu hususunu kabul etsek dahi, burada onların müstahdem ve ameleyi intihap hakkını sahip olup olmadıkları hususunu aramak lâzımdır. Eğer kendilerine böyle bir intihap hakkı verilmemiş ise, hiç şüphesiz sorumlulukları hususu da mevzubahs edilemez.

Sorumluluğun tekevvünü için yalnızca mürakabe ve nezaret kâfi gelmeyip, aynı zamanda, seçme hakkınında onun tarafından kullanılmış olması lâzımdır. (20)

Neticeten, istihdam eden kimse denildiği zaman, bir iş ve hizmetin sahibi olup, işin sevk ve idaresini deruhte eden kendi intihabı ile mahiyetinde ve mürakabesi altında müstahdem ve amele kullanan şahıs anlaşılır.

En mühim bulduğumuz cihet, bu şahsın «patron manâsında» ser-

20 — V. Rossel? İstihdâm eden kimse tabirini (Mâitre) ve patron mânasına almıştır. Fransız kanunu 1384. ncü maddesinde aynı tabir kullanılmaktadır.

700

mayesi itibarile, zararları tazmin etmeye muktedir kimseyi anlamak lüzumudur. Sorumlu bulunan, istihdam eden denilince mutlak hakiki bir şahıs olarak kabulüne lüzum yoktur. Hükmi şahsiyeti haiz olan bir kurum veya şirket gibi, manevi şahsiyeti haiz olmak bu sorumluluk için kâfidir. Bunlar istihdam ettikleri eşhas ve amelelerinin filinden, sorumludurlar. Eğer sorumlu şahıs maddi eşhastan ise, bunun medenî hakları istimali ehil olmasını, yani mümeyiz ve reşit bulunmasını aramak lâzımdır. Borçlar Kanununun 54 ncü maddesi bu hususu cevaplandırmaktadır. «Hakkaniyet iktiza ediyorsa, yargıcın temyiz kudretini haiz olmıyan kimseyi, ika ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkûm eder.» Bu ifadeye göre, temyiz kudretini haiz olmıyan kimseler, istihdam eden mevkiinde bulunuyorlarsa, başkalarının fiilinden doğan zarardan, sorumlu olacaklardır. Yalnız burada onlar lehine vâz olunmuş iki hüküm, husus göze çarpmaktadır. Bunlardan birisi «hakkaniyete uygun ise» tabirile ifade edilen, yani bu zarardan dolayı sorumluluk için yargıca bir takdir hakkı verilmiş olmasıdır. Sorumlu olduğu, iddia edilebilen şahsa da, bu tazminin hakkaniyete uygun olmadığı yolunda bir def'i hakkı tanımış olmasıdır. İkinci husus ta «tamamen veya kısmen» tâbiridir ki, temyiz kudretini haiz olmıyan kimsenin sorumluluğuna, kısmende karar vermek mümkün olacağını göstermektedir.

Bizim kanaatimizce, temyiz kudretini haiz olmıyanların, başkalarının fiilinden doğan sorumluluğu, mutlak değil nispidir. İstihdam edenin mutlak ticaret, san'at veya bu kabil bir iş sahibi olması icabetmez. Yeter ki, Yukarıda izah ettiğimiz gibi «istihdam eden kimse» mevkiinde bulunsun. (21)

İstihdam denin seçme hakkı : Seçme deyince, hatıra doğrudan doğruya istihdam eden tarafından yapılmış bir tâyin gelir. Bu bizzat istihdam eden tarafından seçme hususunu, bu kadar daraltmak doğru değildir. Müelliflerin çoğu, bu hususta daha geniş bir anlayış göstermektedirler. Bu sebeple istihdam edenin organları tarafından vaki seçme ve tâyin de tıpkı istihdam eden tarafından bizzat yapılmış gibi hüküm ifade eder. Yalnız burada, dikkat edilmesi icabeden bir cihet varsa, istihdam eden namına seçme yapan ikinci derecedeki kimsenin, buna salâhiyetli olması keyfiyetidir. Buradaki kukukî düşünceye mesnet, is-

21 — Bu şahısların, ticaret erbabı veya san'atçı olduğunu aramak o kabil teşekküllere dahil bulunduğunu, incelemeye mahal yoktur. Bahçesini yaptıran bir adamın amelesi burasını kazarken diğerine zarar vermiş olması halinde bahçe sahibinin sorumluluğu gibi.

701

tihdam edenin bu seçmeyi yapan memurun fiilinden sorumlu olmasına dayanmasıdır.

Mürakabe hususuna gelince, istihdam edenin bu salâhiyeti haiz bulunması kâfidir. Bu selâhiyetini kullanıp kullanmaması bir tesir icra etmez. Müellif «Plâniol» bu mürakabenin fiilen mevcut olmasına ihtiyaç göstermiyor, hükmen bu mürakabenin mevcudiyetinin kâfi olduğunu ileri sürerek «istihdam edenin hizmetçisini kendi gıyabında yaptığı zarardan sorumlu bulunması» gibi diyor. İstihdam edenin, kezalik kendisinden başka bir yerde, bulunması sebebiyle mezkûr mürakabenin fiillerinde imkânsız olduğu yolundaki def'i, şayanı kabul değildir.

6 — DEVLETİN SORUMLULUĞU

Devlet, de şahıslar gibi bir takım hizmetleri ifa için, memurlar istihdam etmektedir. Bunlar, muhtelif kanun ve statülere göre, hukukî vaziyetleri tâyin olunmuş kimselerdir. Meselâ memurlar, ücretli müstahdemler, gündelikçiler, ameleler... ilâ.

Acaba hükümetin sorumluluğu bakımından bu hizmette kullandığı kimselerin unvanlarındaki fark bir ehemmiyet arzeder mi?

Diğer bir mesele de, Hükümetin istihdam eden mevkiinde olup olmadığı ve onun hukuki bünyesi bu sorumluluğa mütehammil olup olmadığının, incelenmesidir.

Müelliflerin bu hususdaki mutalâaları, pek muhtelif ve karışıktır. Bunlardan bir kısmı devletin bir şahıs gibi Borçlar Kanununun 55 inci maddesi dahilinde, bir sorumluluğa maruz kalmasına imkân görmemektedirler. Bunların gerekçesi; bu bapta kanunda bir sarahat mevcut olmayışı esasına dayanmaktadır. Başkasının fiilinden dolayı sorumluluk, umumî bir kaidenin istisnası olarak dermeyen edildiğine göre, bu istisnada Hükümetin sorumluluğu hususunda bir açıklamanın bulunması veya hiç olmazsa, o madde de «İstihdam eden Hükümetin» tabirinin vâz edilmiş olması gerekirdi, denilmektedir.

Kanaatimizce bu mütalâa yerinde değildir. Mademki, Hükümet istihdam eden bir kimse yerine kaim oluyor ve prensip itibariyle, hükmî şahısların bu kabil sorumluluğu kabul ediliyor, o halde devletin hükmi bir şahsiyetten ne farkı vardır? Bu günkü devlet iktisadî ve içtimaî anlayışı, tamamile değişmiştir. Memleketin kalkınması gayesile, Hükümet tıbkı bir tüccar ve san'atçı gibi bir takım işler kurmakta ve bunları işletmektedir. Bu gün, memleketimizde büyük bir devlet san'atçılık teşekküllü kurulmuş ve gün geçtikçe, bu teşekküller genişletilmektedir.

702

Diğer bir zümre de, kanunun mutlak bir ibare kullanmış olmasına göre, sorumluluğun Hükümete de teşmilinde şüphe olmadığını, ileri sürmektedirler. Bunlar yalnız Hükümetin işini başkasına tevdi etmiş olanlardan, sayılıp sayılmıyacağı ve dolayısiyle, sorumluluktan kurtulması mümkün olup olmadığı hususunu da ayrıca mutalâa etmektedirler.

Bu yoldan hareket eden müellifler, Hükümetin hizmetlerini ikiye tefrik etmekte, Hükümetin sinai, zırai, ticari her hangi bir işletmeyi idare zımnında yaptığı işler, Diğeri de, bunların haricinde kalan «Kamu hizmeti teşkil eden» vazifeleridir. Bunlardan birinci grupa dahil olan işleri ifa ederken, istihdam ettiği müstahdem ve amelelerin fiilinden doğan zarardan, Borçlar Kanununun 55 inci maddesi gereğince, sorumlu oldukları kabul edilmektedir. Diğer ikinci grupa dahil işlerde ise, memur ve müstahdemlerinin yaptığı zararlardan, sorumlu addedilmemektedir. Zira bu gibi kamu vazifelerini de ifa ederken, işi başkasına tevdi etmiş bir duruma düşmektedir. Bu günkü hukuki anlayışa ve müstakar, içtihatlara göre muhtelif bakanlıklar ve idareler ile temsil edilen Hükümet işini, başkasına tevdi edenler gibi memur, müstahdem, ajans ve amelelerinin yaptığı haksız fiil neticesi, husule gelen zararların tazmini ile sorumludur.

Bu gün P. T. T. memurlarının vazifeleri sırasında, yapmış oldukları zarardan devlet sorumlu bulunmaktadır. Bu mutalâaların diğer muarızları da, kusur nazariyesini ileri sürmekte ve devleti sorumlu addedebilmek için, onunda kusuru bulunması lâzım geldiğini, ileri sürerler. Halbuki, Hükümete, şahsi bir kusur atfı mümkün değildir. Madem ki, kusurlu addedemiyoruz, bu takdirde Hükümeti sorumlu tutmak caiz değildir demektedirler. Bu mutalâa eski bir hukuki düşüncenin mahsulüdür. Bu gün Hükümetin Borçlar Kanununun 55 inci maddesi gereğince, sorumluluğu bedii addedilmektedir. İsviçre Borçlar Kanununun 61 nci maddesi Devletin mes'uliyetini kabul etmektedir. (22)

İsviçre Borçlar Kanunu iktibas edilirken, kanun vaziimiz, bu maddeyi iktibas etmemiştir. Bundan bazı müellif ve şarihler, Türk Kanun vaziinin Hükümetin sorumluluğunu kabul etmediğine dair bir manâ çıkarmakta ve bundan ötürü sorumluluğu kabul etmenin doğru olmıyacağını ileri sürmektedirler.

Borçlar Kanunumuzun, ilk şarihlerinden değerli bilgin Hacı Âdil

22 — Borçlar Kanunumuz mehazi olan, İsviçre Borçlar Kanununun 61 inci maddesi memurların ve Devlete ait müstahdemlerin fiilinden dolayı Hükümetin mesuliyetini kabul etmektedir.

705

«mademki kanun vazii, bu maddeyi iktibas etmemiştir binaenaleyh resmi memur ve müstahdeminin vazife esnasında ika ettikleri zarardan dolayı Hükümetin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını» bildirmektedir. (23) Neticeden, Borçlar Kanununun 55nci maddesinin ibaresindeki genişlik ve mehazımız olan Isviçre Kanununa hâkim olan ruh ve bu mülâhazalara göre, Hükümetin istihdam eden sıfatiyle sorumluluğu gerekir. Zaten Medenî Kanunun 917 nci maddesi mucibince «Hazine Tapu Sicillerinin» tutulmasından mütevellit bütün zararlardan, sorumlu addolunur. Hükümetin sorumluluğu Medeni Kanunumuzda da mevcuttur. Hükümetin işlerinde kullandığı, kimselerin memuriyet hüvüyeti ne olursa olsun, hepsi Hükümetin istihdam ettiği kimselerdir. Bu sebeple bunların maaşlı memur, ücretli memur, yevmiyeci, müstahdem olmasında bir fark yoktur. Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin şümulüne idhal için böyle bir farka da mahal yoktur kanaatindeyiz.

7 — TATBİKAT (YARGITAY KARARLARI) :

İstihdam edenin mesuliyeti şartları: Borçlar Kanununun 55. nci maddesinin sarahatinden anlaşıldığı üzere, istihdam edenin kendi işinde kullandığı, kimsenin yaptığı zarardan sorumlu olabilmesi için, zarar ika eden fiilin doğrudan doğruya, müstahdeminin kendi vazifesini görürken vâki olan faaliyeti neticesi doğmuş olması şarttır.

Yargıtay kararı : Ceza ve hukuk dosyaları, münderecatına ve bilhassa Genel Kurmay Başkanlığının yazısına göre, zararı yapan İ. nin Genel Kurmay Garajında telefon nöbetçisi iken, kazaya sebep olan otomobili, temizlemek hususunda kendisine bir vazife verilmemiş olduğu halde bu arabayı gûya temizlemek üzere garaj ve karargâhtan çıkardığı ve bu suretle diğer bir arabaya çarptığı, hasara uğradığı yazılı bulunmasına göre, zarara sebep olan fiilin hizmet ve vazife sırasında, vuku bulmamış olması, İ. nin kendi şahsına ait bir iş gördüğü sırada, vuku bulduğu anlaşılmış bulunmasına göre, Millî Savunma Bakanlığı zararla sorumlu bulunmamış iken aksine yazılı düşünce ve sebeplerle tazminata mahkûm edilmesi yolsuz olmakla hükmün bozulmasına mütedairdir.
(Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 19/9/1947 tarih ve 5673. sayılı karar)

İstihdam edenin sorumluluğu : Kaçak ev inşasına ait malzemenin, Belediye memurlarınca, yıkılması esas dâvanın mahiyeti, idari bir fiil ve zarardan doğan, tazminat sisteminden ibaret olmayıp, dâvalı Belediye Dairesinin istihdam ettiği memurların, kusurlarından doğan, tazminat isteminden ibaret bulunmuş ve Borçlar Kanununun 55 nci maddesi hü-

23 — Hacı Âdil Borçlar Kanunu şerhi Sahife 358, Gad Frango, Kanunu Medenî rehberi sahife 77.

704

kümlerine göre Belediye idaresi istihdam ettiği kimselerin hizmeti ifa ettikleri sırada yaptıkları zarardan sorumludur.

YARGITAY KARARI :

Dâvacının kaçak ev yaptığı tesbit edilmemiş olmakla beraber, dâvaya konu olan kerpiçlerin kaçak ev yapmak için, imâl edildiğinin kabulü halinde, Belediye memurlarına bu gibi malzeme ve âletlerin imha edileceği, hakkında kanunî bir hüküm bulunmamış, Belediye tarafından bu hususda bir emir ve karar dahi alınmamış olmasına binaen, memurların malzeme ile âletleri imha, etmeye selâhiyetleri olduğu yolundaki bozma talebinin reddine, ancak kerpiç bedelinin miktarı hususundaki mutalâa ve bilirkişi raporu hilâfına karar verilmesi yolsuz olmakla hükmün bu noktadan bozulmasına mütedairdir. (Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 22/10/1949 tarih ve 6113/4359 sayılı karar).

Nakil vasıtası işletenlerin sorumluluğu : Devlet Demiryolları İdaresinin sorumluluğu ve mürakabesi altında bulunan geçitlerin, memurları tarafından açık bırakılmak suretiyle vukua gelen zarar ve fiilden, nakil vasıtası işleten idare sorumludur.

YARGITAY KARARI :

Kazaya uğrayan kadının, bulunduğu hal itibarile makinenin durdurulması maddeten, imkânsız bulunmasından dolayı, makinist hakkında kamu dâvası açılmamış ise de, dâvalı idarenin, geçit mahallindeki bekçinin kapıyı açık bırakması ve vaktinde kapamaması gibi, dikkatsizlik ve tedbirsizliğile kazanın vukuuna sebebiyet verdiği tanıkların ifadesi ve bilirkişi raporu ile sabit bulunmasına ve yargıcın vicdani kanaati de bu yolda tahassül etmiş ve kazaya uğrayanın kendi fiili de, hâdisenin vukuuna yardım ettiğinden vaziyeti ağırlaştırmış bulunduğunun kabulü ile bekçiyi istihdam eden Devlet Demiryollarının Sorumluluğu cihetine dair verilen kararın onanmasına mütedairdir. (Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 18/5/1945 tarih ve 1390/191 sayı 1 karar).

Kamyon sahibinin sorumluluğu : Kamyon sahibi, olan Devlet Demiryolları Borçlar Kanununun 55 inci maddesi gereğince, şoförlerinin kusurundan doğan zarardan sorumludur.

YARGITAY KARARI:

Devlet Demiryolları İdaresine ait, bagaj kamyonunun dâvacının sürüsünü çiğnemesinden mütevellit tazminatın tahsili, isteminden ibaret olan dâvada, Devlet Demiryolları İdaresinin kullandığı şöför M. ve A. nın dikkatsizlikleri sebebile, dâvacıya ait, hayvanların telef olduğuna,

mahkemece kanaat getirilmiş ve Devlet Demiryolları, Borçlar Kanununun 55 inci maddesi gereğince, şoförlerin kusurlarından doğan zarardan sorumlu bulunmuş olmasına göre, Devlet Demiryolları vekilinin, itirazı yerinde olmadığı gibi, vaka zamanında hem şoförünün ve hem de muavinin kazaya sebep olan kamyonda, bulundukları cihetle, şöförün idareyi muavinine bırakmış olması, kendisini sorumluluktan ve Devlet Demiryollarını sorumluluktan kurtaramıyacağından kanun ve usule uygun hükmün onanmasına, mütedairdir. (Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 13/3/1947 tarihli karar).

İstihdam edenin isbat mükellefiyeti : İstahdam edenin, zararın vuku bulması için hal ve maslahatın icabettirdiği, bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile, zararın vukuuna mâni olmıyacağını ispat ederse sorumlu olmaz.

YARGITAY KARARI :

Borçlar Kanununun 55 nci maddesi gereğince dâvalılardan S. Veresesinin istihdam ettiği şöförün, vazife gördüğü esnada, yaptığı zarardan onu istihdam eden varsa sorumludur.

Gerçi bu maddenin, ikinci fıkrasında istihdam edenin, zararın vuku bulması için hal ve maslahatın icabettiği, bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut, dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamıyacağını ispat ederse, sorumlu olmaz diye yazılı ise de; mücerret şöförün ehliyetli olması ve kazaya sebep olan kamyonunda sağlam bulunması, verese hakkındaki dâvanın reddini mucip olmayıp, sözü geçen maddenin ikinci fıkrasında yazılı beraeti müstelzim hallerin ispatı, muktazi bulunmuş ve verese tarafından bu halleri isbat için bir delil ikâme edilmemiş iken, aksine yazılı düşünce ve sebeplerle, verese hakkındaki dâvanın reddine gidilmesi yolsuz, olmakla hükmün bozulmasına mütedairdir. (Yargıtay 4 ncü Hukuk Dai resi 13/1/1949 tarih ve 302/58 sayılı karar).

Devletin sorumluluğu : Gerek Borçlar Kanununun 41 nci ve gerek 55nci ve gerekse Medeni Kanunun 917 nci maddesine istinaden, Tapu Sicil Muhafızlığı, tarafından ika edilen zarardan, hazine sorumludur.

YARGITAY KARARI :

Tapu Sicil Muhafızlığı ve Hazine olarak gösterilen dâvalılar, ayrı şahsiyet olmayıp, bir şahsiyettir. Sahte veraset senedile, tapuya müracaat ettiği iddia olunan şahıs namına, intikal muamelesi yapılması hususunda tapu memurunun bir ihmali olup olmadığını araştırmak ve hasıl olacak neticeye göre, bir karar verilmek gerekli iken, bu hususda zu-

706

bul edilmesi, yolsuz hükmün bu bakımdan bozulmasına mütedairdir.

(Yargıtay 4ncü Hukuk Dairesi 30/4/1942 tarih 71/1271 sayılı karar.)

Hazinenin sorumluluğu : İcra memurunun ihtilâs etmesi sebebile, icrada borçlular tarafından yatırılan alacaklarını alamamak suretiyle, vaki zarardan hazine sorumludur.

YARGITAY KARARI :

Hazine haczi tahakkuk eden icra memurunun ancak ihtilâs etiği, para ile bunun, dâva tarihinden itibaren işliyecek kanunî faizlerinden sorumludur. Alacaklı, Bankanın yürütüğü faiz ve komisyona hükmolunması yolsuz, hükmün bu bakımdan bozulmasına dairdir. (Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 2/2/1937 tarih ve 76/255 sayılı karar).

Devletin sorumluluğu; ihmal ve terahi ile, yangına sebebiyet veren hükümet memurunun fiilinden mütevellit, zararlardan Hükümet sorumlu olup, memura rücuda muhtardır.

YARGITAY KARARI :

İhmal ve terahi ile, yangına sebebiyet veren hükümet memurunun, ihmalinden Hükümet sorumlu olup, memura müracaata muhtardır. Memur hakkında Ceza Mahkemesinde sadır olan mahkûmiyet kararının, katiyyet kesbetmesi Hukuk Mahkemesine müracaat için bir engel teşkil etmiyeceğinden, hilâfına mutalâa serdi ile vâki hükmün bozulmasına mütedairdir. (Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 25/2/1939 tarih ve 581/219 sayılı karar.)

8 — EV REİSİNİN SORUMLULUĞU:

Ev reisliği, aile halinde ve bir ev de toplu bir halde yaşayanların, bir ev nizamına riayet lüzumu, böyle birlikte yaşayanlardan küçükler ile, akıl hastalarının başkalarına karşı yapacakları zararlardan sorumlu bir kimsenin bulunması zarureti, bu müessesenin ihdasına sebep olmuştur.

Mehazımız olan, İsviçre Medeni Kanununun kabulü sırasında, ev reisinin sorumluluğuna ait maddenin, Medeni Kanundan çıkarılıp, Borçlar Kanununa idhali zımnındaki, teklifler kabul edilmiyerek, «aile disiplinine ait bir çok hükümlerin projeden çıkarılmasına rağmen» bu fasla taallûk eden maddeler. kanunda bırakılmıştır. (24)

Ev reisliğine ait, Medeni Kanunun koymuş olduğu kaidelerin asıl gayesi, aile birliğini, korumak olduğundan, bunlar ahlâki olduğu kadar, belki de daha ziyade Hukuki bir zaruretin icabıdır. Evlilik birliğinin, re-

24 — Tuor Aile Hukuku ikinci bası Sahife 2.

isi koca olduğu gibi velayet altında bulunan küçük üzerinde de velilik sebebile hakimiyet hakkı mevcuttur.

Koca, Medenî Kanununun 152 nci maddesi gereğince, aile birliğinin reisidir. Çocuklara karşı da, ana ile birlikte, müştereken velâyeti ifa ederler. Ailenin oturduğu «ev birliği» her zaman karı koca ve çocuklardan mürekkep değildir. Bazan bir kaç kardeş ana baba ile birlikte oturan kimselerde vardır. Bunların çocukları, gelinler, baldızlar, ilâh kalabalık bir aile ve ev birliği karşımıza çıkar, o zaman, vaziyet biraz değişiktir. Her koca kendi karısı ve çocukarının reisidir. Fakat ev reisi ailenin en büyük erkeği, meselâ sağ ve onlarla beraber oturuyorsa, ev reisi büyük babadır. Bundan ötürü evli bulunan çocuklar her birisi kendi çevrelerinde, veli ve evlilik birliği reisi olduğu halde, ev reisi değildirler. Bundan çıkan netice şudur ki, ev reisliği, kocalık, velâyet ve vesayet mefhumundan ayrı ve onlardan çok daha geniştir.

Ev reisliğine tabi olanlar, Medeni Kanunun 318 nci maddesinin ikinci fıkrası reislik hakkı kan ve sıhrî hısım sıfatiyle veyahut işçi, çırak ve amelede olduğu gibi, bir akit sebebiyle birlikte yaşayanların, kâffesi üzerinde caridir! demek suretiyle, ev reisliğine tâbi olanların, kimler olduğunu birer birer saymıştır.

Ev reisliğine tâbi olanların, birincisi hısımlardır. Hısım tâbiri, burada şahsın hukuku kavramında anlaşıldığı gibi, dar mânada değildir.(25) Buradaki hısımlık çerçevesine, sıhri hısımlılığı da idhal etmek lâzımdır. Bu konu da hâkim olan esas, bir evde oturmayı müstelzim olacak derecede bir hısımlıktır.

Kanunda, işçi çırak ve amele olduğu gibi, tabirlerinden anlaşıldığı veçhile aynı ev dahilinde yaşıyan hizmetçi, aşçı, bahçıvan ilâh.. gibi şahıslarında ev reisliği kadrosuna dahil olduğu anlaşılmaktadır. Amele ve işçi patronun evinde kaldıkları takdirde onlar da ev reisliğine tâbi kimseler arasına girerler.

Ev reisine, terettüp eden vazifeleri gözden geçirecek olursak, kanunun tahmil ettiği bu vazifeler oldukça karışık ve mühimdir. Ev reisi ev içindeki şahısların hayatlarını ve dışardaki üçüncü şahıslara karşı, alacakları durumları tanzim için, bir takım kaideler vaz ederler.

Ev reisi, bu kaideleri koyarken, ev dahilinde yaşıyanların her türlü menfaatlerini, âdilâne bir şekilde gözetmekle mükelleftirler. Ev dahilindeki kimselerin tahsil, terbiye, sanatlarını icra ve dinî ihtiyaçlarını temin için, gereken hüviyeti, onlara bahşetmekle mükelleftir. (26)

25 — Prof. Dr. Hıfzı Veldet Medeni Hukuk Cilt 3. Aile Hukuku sahifee 338.
26 — Medeni kanun Madde 319. Fıkra 1. ve 2. ve bakınız.

708

Aile reisi tedbirli, şefkatli bir aile babası zihniyetiyle, bu kaideleri tesbit etmelidir. Birlikte yaşıyanların, evdeki eşyasını kendi şahsî eşyasına karşı, göstereceği ihtimam ile muhafaza ve emniyet altında bulundurmakla mükelleftirler. Bizim asıl konumuz olan, ev reisinin sorumluluğuna dair olan hususlardır. Ev reisinin, sorumluluğu iki türlü olduğunu yazımızın başında bildirmiştik. Bunlardan bizi alâkadar eden, bu ev reisliği altında bulunanların yaptığı zararlardan dolayı üçüncü şahıslara karşı olan sorumluktur.

Kanun üçüncü şahıslara karşı, ev reisini sorumlu tutarken bunu bütün ev dahilinde bulunan ve riyaseti altındaki kimselere, haklı olarak tahmil etmemiş daha mahdut kimselere bunu hasretmiştir. Bu hususu bilhassa tebarüz ettirmek isterim. Ev reisi, riyaseti altındaki kimselerin yapmış oldukları haksız fiilden dolayı, diğerlerinin maruz bıraktığı zararlarla sorumlu değildir.

Medeni Kanunun 320 nci maddesinin birinci fıkrasına göre bunlar;

1 — Küçükler,

2 — Mahcurlar,

3 — Akıl hastası ve akıl zayıflığı ile malûl olan kimselerdir.

Bu şahıslar üzerinde ev reisinin diğerlerinden ayrı, sorumluluğundan doğan, özel bir nezaret ve mürakabe hakkı vardır. Bunların haricinde, mümeyyiz olan kimseler ev reisliğine dahil bulunmuş olsalar bile, yapmış oldukları haksız fiillerden dolayı kendileri sorumludur. (27) Görüyoruz ki, ev reisliği kendi riyaseti ve hâkimiyeti altındaki küçük, mahcur, akıl hastası ve akıl zafiyetine müptelâ kimselerin yapmış oldukları haksız fiillerden, bütün bundan doğan zararlardan kendi şahsi kusuru olmadığı halde sorumlu tutulmaktadır.

Bununla beraber, ev reisi zarar yapan kimseye «mutad veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle» nezaret ve mürakabe ettiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. (Medenî Kanun: Madde 320/1)

Ev reisinin sorumluluğunun şayanı kabul olup olmadığını, tâyin ederken bütün mesele nezaret ve mürakabe vazifesini her olaya göre, hududunu tesbit etmekte toplanır. Burada mühim rolü takarrür eden yargıtay içtihatlariyle, yargıçların takdir hakkı oynamaktadır.

9 — TATBİKAT, YARGITAY KARARLARI :

Küçüklerin orman yangınına sebebiyet vermeleri, halinde babalarının ev reisi sıfatı ile sorumluluğu: Köy çocuklarının, yalnız olarak köy-

27 — Prof.Dr. Hıfzı Veldet Medeni Hukuk Umumi esaslar sahife 236. Birinci bası İstanbul 1941.

709

ler arasında dolaşmaları ve mektep olan diğer köye gidip gelmeleri, mutad bulunmasına ve babalarının bu hususda itina ve tedbirsizliği olmadığı takdirde, sorumluluğu cihetine gidilemez.

YARGITAY KARARI :

Köy çocuklarının yalnız olarak köyden köye, yaylâdan yaylâya, gider gelir olduğu ve bunun mutad bulunduğu, anlaşılmasına binaen, suçlu addedilen kimsenin, Medeni Kanun 320 nci maddesi gereğince, sorumlu olmıyacakları anlaşılmış bulunmasına göre, mahkemece dâvanın reddine dair verilen hükmün onanmasına mütedairdir.

Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi 9/5/1941 tarih ve 1615/1395 sayılı karar).

Ev reisinin sorumluluğu : Ev reisi, riyaseti altında bulunan küçüklerin haksız fiilleri neticesi husule gelen zarardan, şahsen sorumludur.

YARGITAY KARARI :

Ev reisi, riyaseti altında bulunan küçüklerin üçüncü şahıslara karşı haksız fiil teşkil eden, fiilleri ile yaptıkları zararlardan sorumludur. Mûtad veçhile ve ahvalin muktazi bulduğu dikkatle, onlara nezaret ettiklerini ispat etmemiş olmasına göre, sorumluluğun sabit bulunmasına ve zararı mucip olan fiilin vuku bulduğu gün, ev reisinin orada bulunmamış olması, kendisinin sorumluluğuna halel getirmez. Mahkemece tazminatla mahkûmiyete dair verilen hükmün usul ve kanuna uygun bulunması itibarile onanmasına mütedairdir.

(Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesi 7/4/1944 tarih ve 2811/3130 sayılı karar).

Velinin dikkat ve ihtimamı: Zararı ika eden küçüğün, velisi lâzım gelen ihtimamı sarfettiğini ispat etmiş ve esasen bu zarardan kaçınmak gayrı mümkün olduğu, sabit olursa ev reisinin sorumluluğuna hükmedilemez.

YARGITAY KARARI :

Kendi riyaseti altında bulunan, gayrı reşit çocuğun velisi, bulunan ev reisi, elinden gelen ve hal ve maslahatın icabettirdiği dikkat ve ihtimamı, sarfettiğini ispat etmiş bulunmasına ve yine dâvalının olayin sureti şekline göre, bu kaza ve zarardan kaçınmasının mümkün ve gayrı kabil olduğu yolundaki def'ini dermeyan etmiş iken, bu cihetleri nazara almaksızın tazminata hükmedilmesi yolsuz ve hükmün bu bakımdan bozulmasına mütedairdir.

Ev reisinin sorumluluğu : Ev reisi küçüklerin yaptığı zarardan mü-

710

tad veçhile ve ahvalin muktazi bulduğu dikkatle, onlara nezaret etiğini, ispat etmedikçe sirumludur.

YARGITAT KARARI :

Kendi riyaseti altında bulunan ve velisi olduğu küçüklerin, fiillerinden doğan zarar, mütad veçhile ve halin icabı gereken dikkat ve itina ile onlara nezaret ve mürakabe ettiğini ispat etmedikçe ev reisinin sorumlu bulunacağı Medenî Kanunun 322 nci maddesi icabatından olup, dâva olunan bu suretle küçüğe nezaret ettiğini, iddia ve ispat etmemiş olduğundan; onun yaptığı zarardan sorumlu bulunmasına. Dâvacının maddî tazminattan vaz geçmesi hasebiyle, 800 lira mânevî tazminatın, tahsiline karar verilmesi yargıcın takdirine taallûk etmiş olmakla, hükmün onanmasına mütedairdir.

(Yarfıtay 4 üncü Hukuk Dairesi 13/4/1945 tarih ve 653/1369 sayılı Kararı.)

Kefalet akdinin Hukuki mahiyeti ve itibarı

Muhsin Tugsavul
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Yetkili
Raportörü

I — Kefalet akdinin hukuki mahiyeti,

1 — Kefalet feri bir akittir.

2 — Kefalet tek taraflı bir akittir.

II — Kefaletin şartları,

1 — Şekil mecburiyeti,

2 — Kefalet edilen mıkdarın muayyen olması,

3 — Muteber bir borç bulunması,

A — Fail Yönünden,

B — Borcun mahiyeti yönünden

a — Sebepsiz borç,

b — Kanuna, ahlâka, adaba ve umumi intizama uygunluk meselesi,

c — Akdin mevzuunun gayrimuhik ve gayrimümkün bulunması halı,

d — Diğer haller

I — Kefalet akdinin hukuki mahiyeti,

Bir borcun sadece borçlu tarafından kabul edilmesi, umumî ve ticiri hayatta ekseriyetle bir kıymet ifade etmeyebilir. Borçlunun mali yönden aciz içinde bulunması veya borçlunun fiili veya hukuki durumu itibarile alacağın tahsili imkânsız veya zor olduğu yahut da alacaklının mükellefiyetini yerine getirmesine rağmen borçlunun borcunu eda etmesinin bazı şartların tahakkukuna bağlı bulunduğu hallerde alacaklı, borçlunun borcunu kabulden başka, alacağını emniyet altına almak için bir teminatın mevcudiyetini arzu eder.

Teminat, bazı ahvalde ayni ve bazı hallerde de akitten doğan. Meselâ bir kimse kendi bahçe veya tarlasına zarar veren hayvanı, o hayvanın sahibi tarafından, iras olunan zarar ödeninceye kadar (Hapis hakkı) na sahiptir. Buradaki hapis hakkı haksız fiil sebebile iras olunan maddî zararların hayvan sahibi tarafından ödenmesi kanundan doğma bir teminatır. (B. K. 57)

712

Genel olarak, borçlunun rızası ile menkul ve kıymetli evrakına zilyet olan alacaklı, alacağını istifa edinceye kadar bu gibi eşyaları hapis etmek hakkına malik bulunduğu, Medenî Kanunun 864 üncü maddesinde yazılıdır. Bu da, ayni mahiyette bir teminattır. Ve kanundan doğmuş bulunmaktadır.

Keza bu cümleden olarak, alacaklının borcunu temin maksadile, borçlu tarafından, alacaklıya o borca tekabül eden değerde bir şey rehin edilebilir. Bu gibi hallerde de borç bir âyin ile teminat altına alınmıştır. Ve borç taraflar arasında tâyin edilen süre içinde ödenmediği takdirde mürtehin merhunu satarak alacağını istifa edebilir. (1)

Bazı ahvalde borçlu kendi gayrimenkulünü teminat oalrak gösterir. Şüphesiz bu da ayni teminattır. Gayrimenkul rehni dediğimiz bu kabil ayni teminatlar, ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde tesis eidlir. Ve hepsi de tapuya tescil ile hüküm ifade eder. Gayri menkul rehni ancak, borçlu borçlarını ödemediği surette alacaklı gayrimenkul satışını talep eder. Satış bedelinden alacağını istifa eder (2, 3).

Mevcut veyahut ileride vucut bulacağı kati veya muhtemel olan borçların temini için, tapu sicillinde gayrimenkul üzerine ipotek kaydı konur. (4) Bu da, alacaklının, mevcut olan veya ilerde tahakkuk edecek alacağının teminatı olmak üzere geyrimenkul üzerine konulmuş bir takyit ve tahdittir.

Otel, han, umumî ahır ve garajlara konan alacakların temin hususunda hapis hakları vardır. (5) Zikrolunan bu teminatlar mahiyetleri itibariyle aynîdir. Kanunun sarahati dairesinde bir gayrimenkul veya bir eşya yahut bir hayvan üzerine mevzu bulunmaktadır.

Kefalete gelince,

Kefalet, bir kimsenin, borçlu olan diğer bir şahsın borcunu temin etmeyi alacaklıya karşı kabul ve taahhüt etmesidir. Alacaklı, alacağının borçlu tarafından tamamen ödeneceğine kani olmaz ve alacağını mamelek itibariyle daha kuvvetli bir kimsenin teminatı altına almak isterse bu takdirde ondan bir kefil irae etmesini talep eder. Borçlunun aalcaklıya karşı göstereceği kefil borcun alacaklıya ödenmesini taahhüt eder. Binaenaleyh bunlardaki teminat aynî mahiyette olmayıp şahsidir. Aynî olan teminatta alacaklı alacağını o şeyin aynından, yani satışı suretiyle bedelinden istifa edebileceğine mukabil, şahsî teminatta kefil, alacaklının alacağını

(1) Medenî Kanun madde 853, 860
(2) Medenî Kanun madde 765, 788
(3) Medeni kanun madde 796
(4) Borçlar kanunu madde 482
(5) Hukuk Davaları, Cevat Abdürrahim gücün 2. kitap Sayfa 209

713

bütün mamelekiyle zâmin ve kâfildir. Zira o borç kefil için de aynî şekilde bir borç olmuştur.

Kefil, ekseri ahvalde borçlunun rica ve ısrarlarına dayanamadığından kefaleti deruhte eder. Kefalet müessesesi sayesinde mali itibari fazla olmayan kimseler hareket ve faaliyet imkânı kazanır ve başkasının kefaleti sayesinde herhangi bir müessesede çalışabilir veya ticarî işler yapar. Ekseri ahvalde kefil olan kimseler, borçlunun borcunu eda etmemesi itibariyle kendileri mesul olurlar ve çok kere kefiller o borcu şahsan ödemek zorunda kalırlar kefiller borçlunun borcunu ödeyememesi veya ödememesi yüzünden borcu şahsan ödemeye mecbur olurlar ilerde izah edileceği üzere, her ne kadar kefilin asıl borçluya karşı rucu hakkı varsada mali imkânları dar olan veya hiç bulunmayan borçludan bu alacağın istifası imkânsızlaşır. Bu sebeplerdir ki memleketimizde parası çok olanların kefil olmasını ima eden bir darbımesel dahi mevcuttur.

I — Kefalet fer'î bir akittir.

Kefalet, kefiil ilzam eden bir akittir. Asıl akdi münasebet alacaklı ve borçlu arasındadır. Ayrıca alacaklının alacağını teminen, alacaklı ile kefil arasında da feri mahiyette olan kefalet akdi mevcuttur. Yani kefalet akdi müstakil mahiyette bir akit değildir. Bizatihi kefalet akdi diye asıl akitten müstakil bir akit yoktur. Borçlar Kanununun 483. maddesindeki kefalet akdinin tarifinden de anlaşılacağı üzre (Kefalet, bir akittirki, onunla bir kimse borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüteder.) Buradaki taahhüt keilmesine dikkat etmek lâzımdır. Taahhüt hale muzaf olabileceği gibi istikbalede muzaf olabilir. Bu itibarla kefalet, tahakkuk etmiş, tahakkuk etmekte bulunmuş veya tahakkuk edecek borçların hepsi hakkında mümkün olur.

Marte'nin dediği gibi, (Kefaletin bu târifi nâkıstır. Kefilin edayı temin etmeyi taahhüt eylediğini söylemek doğru değildir. Kefilin taahhüdünün mevzuu meselâ bir teminat, bir rehin, bir ipotek verilmesi değildir. Kefil, borçlu borcunu ödemezse kendisi ödemeyi iltizam eder... Almanca metin daha doğrudur: «Kefalet akdiyle kefil üçüncü bir şahsın yani asıl borçlunun, alacaklısına karşı onun borcu ifadan mesul olduğunu taahhüt eder.»)

Kefalet akdinin doğumu için bu akdi alacaklı ile kefilin kabul etmeleri kâfidir. Borçlunun bu kefalete razı olup olmamasının veya kabul edip etmemesinin akdin sıhhatine bir tesiri yoktur. Asıl borç mevcut olmadıkça kefalet mevcut olmaz. Bunun hukuki neticesi olarak da

asıl borç şu veya bu sebeple sukut etmişse kefalette ortadan kalkar.

2 — Kefalet tek taraflı bir akittir.

Kefalet akdinde yalnız kefil, alacaklıya karşı borçlunun borcunu taahhüt eder. Bu akitte alacaklının kefile karşı bir taahhüt veya sorumluluğu yoktur. Bu itibarladır ki kefalet akdi, her iki tarafa vecibe ve mükellefiyet yükleyen bir akit değildir. Onun içindirki kefalet akdine tek taraflı akit diyoruz. Asıl borçlunun haberi olmadan kefil, borçlunun borcuna kefil olabilir. Bir çok ahvalde, hiç bir menfaati olmadığı halde kefil, tek taraflı olarak alacaklının haklarını temin etmeyi kabul ve taahhüt eder. Borçlunun borcunu ödemesi halinde alacaklı, kefilin bütün mamelekine müracaat ederek alacağını istifa eder.

II — Kefaletin şartları :

I — Şekil mecburiyeti,

Borçlar Kanununun II. maddesine göre (Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir.) Aynı maddenin son fıkrasına göre ancak Kanunun şekle tabi olmasını emrettiği hallerde bu şekle riayet edilmedikçe akit sahih ve muteber olmaz. Esasen şekil, akdi yapan süjelerin iradelerini bildirmek için kullandıkları bir vasıtadır.

Kanun bir akdin sıhhatını şekli mahsusa tabi tuttuğu hallerde şekle riayetsizlik o akdin butlanını icap ettirir. Almanya'da akidlerin tekemmül ve hukukan hüküm ifade etmesinde şeklin haizi tesir olmasına mukabil Fransız hukukunda akdin mevcudiyeti muayyen bir şeklin ifasına muhtaç olmamakla beraber bir ihtilaf vukuunda akdin mevzuu 150 lirayı tecavüz ettiği takdirde şahitle ispat edilemez.) (6) Yani yazılı olmak lâzımdır. Bizde ise bir kısım akitler kanunen şekli mahsusa tabi tutulmuş olduğundan bu gibi akitler her türlü vasıta ile isbat edilemeyip ancak o şeklin mevcudiyeti ile isbat kabiliyetini kazanırlar. Kanunun bir şekle bağlı tutmadığı akitler ise her türlü vasıta ve delil ile ispat olunabilirler.

Demek oluyor ki şekil meselesini iki yönden mütalâa etmek lâzımdır :

a — Bazı hallerde kanun, şekli, akdin tekevvün ve hukukan değer ifade etmesi için esaslı şart koymuş, başka bir ifade ile, şeklin adami mevcudiyetini, tarafların akdin esasında tasadduk etmelerine rağmen akdi bidayetinden itibaren muteber saymamıştır. (Form Solo nnelle).

(6) Hukuk Dâvaları, Cevat Abdürrahim Gücün, 2. kitap, sayfa 209.

b — Bazı hallerde ise şeklin yokluğu muamelenin butlanını icap ettirmez. Ancak akdin ispatı ve tevsiki şekli mahsusa tâbidir. Yani akit muteberdir. Yalzız bir tarafın inkârı halinde akdin vücudunu ispat edecek olan taraf, kanunun aradığı mânada hususî bir şekil ile akdin mevcudiyetini ispat edebilir. Yani akit her nevi delil ile ispat edilemez. (Forme Probatoire)

c — Ancak bir çok ahvalde halin, örf ve âdetin ve tarafların durumuna göre hiç bir şekle bağlı olmaksızın her türlü delil ile isbatı kabil akitlerde mevcuttur. (7) Bu gibi hallerde taraflar iddialarını veya aralarında vücut bulan anlaşmanın mevcudiyetini her türlü beyyine isabet iktidarına sahiptirler.

Kefaletde şekle bağlı bir akittir. Kefalet, kanun tarafından tâyin edilen bazı şart ve hususları ihtiva etmesi lâzımgelen bir akittir. Bu akdin kanunen hüküm ifade edebilmesi için, yani kefili ilzam edebilmesi için yazılı olması şarttır. Kefilin şifahi olarak şahitler huzurunda yapmış olduğu beyan bu akde itibar izafe etmez. Alacaklı ile kefil, kefalet akdinin mevcudiyetinde tasadduk etseler bile bu akit tahrirî şekilde yapılmış olmadığından hüküm ifade etmez ve yargıcı bağlamaz. Kısacası bu gibi kefalet akitleri mutlak butlan ile malûldur.

Fikrimizce kefalet müessesesi hukuki muhtevası ve doğurduğu neticeler yönünden amme intizamına taallûk eder. Borçlar Kanunun 484. maddesine göre kefaletin sıhhatinin şekle riayete bağlı bulunduğu açıkça belirtilmiş olmasına nazaran, bu akdin yazılı olarak yapılmaması halinde, akit mevzuubahis olamıyacağından şifahi kefalet iddialarına müstenit dâvaların mesmu olmaması lâzımgelir. Kanun vazii, kefaletin ehemmiyetini göz önünde tutarak acele ve şifahi şekilde yapılmış olan kefalet akitlerine tezvirat ve yalan şahadetler karıştırmak suretile karıştırmaya yol verecek olan iddiaları önlemek istemiştir.

B. Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası sarahatine göre, kefalet akdinde de, borca kefalet eden kimsenin imzasının bulunması ve aktin sıhhati için esaslı bir rükün teşkil eder.

Rossel kefalet aktinde şekle taallûk eden bu hükmü esas kaide olarak tavsiyeye şayan bulmakla beraber ekseri ahvalde amelî olmadığını ve kıymeti az olan ihtilâflarda şifahi kefaletlerin kabulünün doğru olacağını söylemektedir (8). Bize göre kefalet müessesenin yukarıda işaret edildiği gibi kanunen hususî bir şekle tâbi tutulması, kefillerin durumunu koru-

(7) H. U. M. K. 293 ve müteakip.
(8) Rossel şerhi sahife 729

mak ve alacaklının haklarını siyanet altına almak ve borçluyu da teemmüle sevk etmek itibariyle lüzumludur. Bu itibarla miktar nazarı itibara alınmaksızın bütün kefaletlerin yazılı olması zaruridir.

2 — Kefalet edilen miktarın muayyen olması,

B. Kanununun 484 üncü maddesine göre kefalette kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesi lâzımdır. Bu hükme göre kefil, ne miktar para ile mesul olacağını alacaklı da kefilin hangi miktara kadar borçlunun borcunu deruhte ettiğini bilir. Bu düşünce kefilin hukukî ve malî mesuliyetinin sınırlı olması icabettiğini ifade eder. Bu suretle kefil mesuliyetinin şümulünü idrak ve ona göre kefaleti kabul eder. Kefaletin muayyen bir miktarı ifade etmesi lüzumu mehaz B. Kanununun 1911 tadilâtı sırasında konulmuş bir hükümdür.

Kefilin mesul olacağı miktarın muayyen olması, bu miktarın yazılı kefalet taahhüdünde açıkça belli olmasını icabettirir. Şarih M. Oser ve Federal Mahkemenin içtihatları bu noktai nazarı teyit etmektedir. Fakat Fick aksi noktai nazarı iltizam ve kabul etmektedir. Marten ise, Fick'in naktai nazarının kanunun ruhuna daha uygun olduğunu söylemektedir.

Bize göre, 484 üncü maddenin metni kül halinde tetkik edilirse bu maddenin, kefaletin sıhhatini iki ana şarta bağladığı görülür. Birisi (yazılı şekil) diğeri de kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın iraesidir. Muayyen miktarın iraesi hususu kefalet aktinin sıhhatine bağlı olmasına göre aktin içinde sarahatle gösterilmesi icabeder. Yoksa borçlunun, borç senedini veya taahhüdünü ima ederek (yazılı borca), (yukarıda yazılı borca kefalet ettim) demesi kâfi değildir.

Fakat gerek Federal Mahkeme gerek Yargıtayımız aksi noktai nazarı kabul etmiş bulunmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 20/11/1939 tarih 2013/2237 sayılı kararında (.....hâdisede kefilin mesul olacağı miktarın emsali talebeler için vukubulan sarfiyata göre tâyini kabil olup bu itibarla kefilin mesul olacağı miktar kendisince meçhul bulunmamış olmasına binaen kefil hakkında dâvanın istimaı lâzımgelirken, kefilin mesul olacağı miktarın kefaletnamede irae edilmediğinden bahisle dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz..) diyerek mahallî mahkeme hükmünü bozmuştur (9).

Yukarda kefalet aktinin muayyen bir miktarı ihtiva etmesinin intizamı âmmeyi alâkadar bir hüküm olduğunu ve yargıç tarafından resen nazara alınması icabettiğini açıklamıştık. Bu nokta Yargıtay İçtihat Birleştirme Genel Kurulunca da halledilmiş bulunmaktadır. Genel Kurul bu

(9) Emsal içtihatlar (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi) Muhsin Tugsavul - Dr. Abdülkadir Özoğuz. Sayfa 241

717

kararında (kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tâyin olunmamış ise aktin bu şekle riayet olunmadıkça sahih olamıyacağına dair Borçlar Kanununun 11. maddesinde konulmuş bulunan hüküm kefalet aktine de şâmil olduğu şüphesizdir.

(Sureti umumiyede rızaların serbestçe telâhuku ile vücut bulan akitlerde bir tarafı ilzam edici vecibenin doğması için hiç bir şekil aranılmıyan halde kefalet aktinde yazılı şekle riayetin mecburi tutulması, borçlunun himayesi maksat ve gayesine dayandığına göre kefilden sâdır olan irade beyanını izhar zımnında kullanılan bir vasıta olarak telâkkisi icabeyliyen şekil vücut bulmadıkça kefalet aktinin sahih ve ilzam edici bir mahiyet taşıması mümkün olamıyacağı gibi mefulünbihin miktarı muayyen olmadığı takdirde de kefalet akti muteber olmaz.

Mahkemelerden ancak mevcut ve bir kanun hükmü ile himaye edilen haklar için karar istenebileceği cihetle dâvanın esaslı şartlarından olan hak vücut bulmamış ve kanun tarafından himaye edilmemiş ise diğer tarafın talebini beklemeksizin hâkimin bu dâvayı dinlememesi ve reddetmesi icabeder. Aksi takdirde hâkimin dâva edileni borçlu olmadığı ve dâvacının talebe hakkı bulunmadığı bir şeyle mahkûm etmesi gibi bâtıl bir netice husule gelir.

Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olmıyacağı hususunun hâkim tarafından resen nazara alınması) icabettiğine işaret etmiştir (10).

Borçlar Kanununun 493. maddesine göre mahdut bir zaman için yapılan kefaletler de muteberdir. Yani muayyen bir vâde sonunda doğacakvey a tahakkuk edecek bir borca kefalet caizdir. Meselâ bir talebenin okul masrafına kefalet eden kimsenin durumu böyledir. Hakikatte kefalet ettiği anda borcun miktarı her sene için muayyen ise de borç ancak çocuğun kendi kusuriyle sınıfta kalması veya çıkarılması yahut okulu ikmal etmesine rağmen mecburî hizmetini yapmaması gibi hallerde ve bu zamanlarda kefil mesul olur. Vâdeli olan senetler için de mahdut zaman için kefalet mevzuubahis olabilir.

(Borçlar Kanununun 493 üncü maddesi gereğince, kefaletin mahdut zaman için olması, kefaletnamede muayyen bir zaman gösterilmiş olmasına bağlı olup dosya içinde bulunan kefaletnamede kefilin mesul olabileceği muayyen zaman gösterilmemiş olmasına binaen bazı düşünce ve sebeplerle ve istidlâl yolu ile kefaletin mahdut kabul edilerek dâvanın red-

(10) 12/4/1944 tarih ve 13 sayılı İçtihat Birleştirme kararı.

dedilmesi yolsuz) (11) olduğu esbabı mucibesiyle mahkeme kararı Yargıtayca bozulmuş bulunmaktadır.

3 — Muteber bir borç bulunması.

Kefalet asıl borcun fer'î oaln bir akittir. Bu itibarla fer'in asla tâbi olacağına müteallik kaideye göre, asıl borç hukukan muteber bir borç değilse kefalet akdi de muteber olmaz. Bu mühim nokta Borçlar Kanununun 485 inci maddesinin birinci fıkrasında (Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder) şeklinde ifadesini bulmuştur. Esasen mevcudiyeti hukukan imkânsız bulunan veya butlan sebeplerinden biriyle bâtıl olan veya fâsit bir iradenin izhariyle doğmuş bulunan bir borç nasıl ki ıtibara sahip değilse bu borcun fer'î olan kefalette aynı şekilde itibarsızlıkla malûldür.

485 inci maddenin birinci fıkrasında, kefaletin ancak muteber bir borç hakkında cereyan edebileceğini tesbit eden kanun vâzıı, bu maddenin ikinci fıkrasında hata yahut ehilyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icabettirmiyen bir akitten doğan borca kefaleti, kefilin borca kefalet ettiği sırada borçlu yüzünden olan bu hasara vâkıf ise kefilin sorumlu olacağını tesbit etmiştir.

Kanun vâzıı bu son fıkrası ile, kanun nazarında itibarı olmıyan bir borcu yapan borçlunun bu borcu yapmaya ehliyetli olmadığı, yapsa bile bu borcun muteber olmadığını bilmesine rağmen bunu mevzuubahis etmeyip bu hususta kefalet eden kefili suiniyeti sebebiyle sorumlu tutmuştur. Zira kefilin, asıl alacaklıyı ikaz ederek esasen borçlunun böyle bir akit yapmıya ehil olmadığını alacaklıya söylemesi ve kefalet taahhüdünü imzalamaması lâzımdı. İyi niyeti himaye eden kanun, bunun hilâfına hareket eden kefilleri korunmaya lâyık görmemiş ve bu gibi hallerde alacaklının suiniyet sahibi kefilden istifa etmesi gerektiğini açıklamıştır. (12)

A - Fail yönünden:

Fail yönünden kefaletin itibarı meselesinin tetkikında, borcu kabul ve iltizam eden şahsın ehliyeti ile borcun hukukî mahiyeti olmak üzere iki ayrı meselenin halli icabeder.

1 - Borcu iltizam eden şahsın ehliyeti meselesi,

Bir borcun hukuk nazaramda muteber bir borç olabilmesi ve hüküm ifade edebilmesi için her şeyden evvel o şahsın kanunî ehliyeti haiz olması

(11) Emsal içtihatlar - Muhsin Tugsavul, Dr. Abdülkadir Özoğuz. Sayfa 243
(12) Borçlar Kanunu Madde 485

79

lâzımgelir. Kefalet te bir borç doğurmasına göre kefilin de bu akdi yapmıya ehil olması icabettiği tabiî bir keyfiyettir.

Kefalete ehliyeti, Medenî Kanun hükümleri tâyin ve tesbit eder. Bu kanunun 9 uncu maddesine göre (Medenî hakları kullanmıya salâhiyettar olan kimse iktisaba da iltizamda ehil olur.) Medenî haklardan istifade ile medenî hakları kullanma şüphesiz ayrı ayrı şeylerdir. Kezalik Medenî hakları kullanmakla onları tasarruf etmek arasında mutabakat aramak doğru değildir. Bunlar da ayrı ayrı şeylerdir. Bir dâvanın ikamesine mütaallik hak medenî haklardan istifade olmasına mukabil yargıç huzurunda hakkını müdafaa edebilmek ise hakların kullanılması demektir. (13) Aynı kanunun 14 üncü maddesinde, medenî hakları kullanmıya ehliyetsizlik matlabı altında, mümeyyiz olmıyan küçükler ve mahcurlar medenî hakları kullanmak salâhiyetinden mahrumdurlar. Bumaddenin mefhumu muhalifine göre, medenî hakları kullanmıya ehil olabilmek için, mümeyyiz olmak, küçük veya mahcur bulunmamak lâzımdır. Bir kimsenin küçük sayılmaması için de aynı kanunun 11 inci maddesine göre 18 yaşını ikmal etmesi lâzımdır. Bir kimsenin reşit olması için yargıç kararına veya her hangi bir izne ihtiyaç yoktur. Ancak medenî hakları kullanmıya ehil olmak için bu şart kâfi değildir. Aynı zamanda o şahsın mümeyyiz olması da icabeder. Mümeyyiz olmak demek, mâkul surette hareket iktidarına sahip olmak demektir. Medenî Kanunun 13 üncü maddesine göre (Yaşının küçüklüğü sebebiyle yahut akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden biriyle mâkul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmıyan her şahıs, Kanunu Medenice mümeyyizdir.) şu hale temyiz kudreti, iyiyi kötüden, doğruyu eğriden... ayrımak iktidarıdır. Ve 15 inci madde hükmüne göre de mümeyyiz olmıyan bir kimsenin tasarrufu hukukan bir kıymet ifade etmez. Ancak, 10uncu madde gereğince, mümeyyiz ve reşit olan kimse medenî haklarını kullanmıya salâhiyettardır. Bundan başka 11 inci maddenin son fıkrası gereğince evlenme kişiyi reşit kılar ve 15 inci maddeye göre de, 15 yaşını ikmal eden küçük ana ve babasının muvafakatiyle ve yargıç kararıyle kazaî yoldan reşit kılınabilir.

Keza bu cümleden olarak, medenî hakları kullanmıya ehilyet için o şahsın mahcur olmaması lâzımdır. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, suihal ve sui idare ile veya bir sene veya daha fazla hürriyeti salip bir ceza ile mahkûm bulunan reşit dahi hacir altına alınır. (Medenî Kanun madde 355 - 357)

(13) Curti et Forrer şerhi Sayfa 34

720

Bundan başka ihtiyarlık, malûliyet veya tecrübesizlik sebebiyle işlerini gereği gibi görmekten âciz olduğunu ispat eden kimseye kendi arzusiyle bir vasi tâyin edilerek hacir altına alınır. (M. K. M. 358)

Bir kimse reşit olmasına rağmen mümeyyiz olmıyabilir. Mümeyyiz olmak için kanun muayyen bir yaş haddi de tâyin etmemiştir. Bu, hâdisenin hususiyetine o şahsın aklî ve bedenî kabiliyet ve melekelerinin inkişafına, yetiştiği şartlara ve muhite göre değişir. Tıbbî ve psikolojik denemelerle taayyün eder.

Medenî Kanunun 14 üncü maddesine mütenazır olarak 16 ncı maddesinde münhasıran şahsa merbut haklar ve haksız fiiller dışında, mümeyyiz bulunan küçükler ile mahcurların kanunî mümessillerinin rızaları olmadıkça kendi tasarruflariyle ilzam edilemiyecekleri tasrih edilmiştir.

Borç iltizam etmek demek, hukukî bir muamele sonunda bir kimsenin borç altına girmesi demektir. (14)

Demek ki 16 ncı maddenin birinci fıkrasına göre, küçüklerle mahcurlar borç altına giremezler, bey yapamazlar, kiralayamazlar, bir kimseye kefalet edemezler, ödünç para alamazlar.... Hülâsa netice itibariyle kendilerinin sorumluluklarını mucip olacak veya ödemelerini intaç edecek muamele ve tasarruflarda bulunamazlar. Ancak bu gibi tasarruflar küçük ve mahcurları temsil eden şahsın, veli veya vasinin izin ve icazet ile hüküm ifade eder.

Buraya kadar verilmiş olan izahat hülâsa edilirse demek oluyor ki,

1 — Reşit olan mümeyyiz,

2 — Yargıç kararıyle reşit kılınan mümeyyiz,

3 — Yaşına göre küçük olduğu halde Medenî Kanunun 88/2 nci maddesi gereğince yargıç kararıyle ve evlenmek suretiyle rüştünü iktisap eden mümeyyiz,

4 — Veli veya vasilerinin rıza ve muvafakati ile mümeyyiz bulunan küçükler ile mahcurların yapmış oldukları tasarruflar,

hukukan muteber olur.

Bunun aksine olarak reşit ve mümeyyiz olmıyan bir kimsenin borç altına girmesi hukukan bir hüküm ifade etmez. Ve bu gibi hallerde kefalet dahi muteber olamaz. Binaenaleyh kefaletin fail yönünden itibar kazanması bu şartların tahakkukuna bağlıdır.

B - Borcun mahiyeti yönünden:

(14) Hukuku medeniye dersleri 1932 Prof. Abdürrahman Münip Birkan Sayaf 305.

a) Sebepsiz borç; Mecellenin 1628 inci maddesinde sebepsiz borç ikrarı muteber sayılmıştır. Borçlar Kanununun 17 nci maddesine göre (Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir.) Muhterem Hocam Ord. Prof. Dr. Andreas Scwarz'ın dediği gibi (Sebep ve illetin izahından âri ve mücerret bir borcun alacaklı tarafından ileri sürülmesinde kolaylık vardır.)

Eski Alman hukukunda sebebi olmıyan borç muteber sayılmazdı. Fakat Fransız Medenî Kanununun 1132 nci maddesinde mukavelâtın sebebi beyan olunmasa bile muteber olduğu tasrih edilmiştir.

Borcun sebebini zikretmek külfetinin taraflara tahmil edilmemesi yerinde bir düşüncedir. Taraflar borcun sebebini izhar etmemeyi arzu edebilirler. Buna hususî durumları veya taraflar arasındaki muamelenin mahiyeti yahut insanî bazı mülâhazalar sebep olabilir. Saniyen mücerret borç ikrarı alacaklının hakkını isabet bakımından alacaklıya kolaylık verir, borçlu sebebi zikredilen borçlarda o sebebin doğmadığını veya tahakkuk etmediğini ispat edebilir.

(Schneider'in dediği gibi, psikoloji noktai nazarından mücerret keyf için bir taahhüt altına girmek tasavvur edilemez. Fakat borçlu fuzulî veya gayri kanunî yahut gayri ahlâkî bir sebep üzerine borç iltizam ettiğini ileri sürerek bunu ispat edebilir. Yahut gayri muhik bir suretle mal iktisabından mütevellit bir dâva açabilir.) (15)

Ancak, borcun şu veya bu sebebe dayandığını alacaklı beyan etmeye mecbur değildir. Yani alacaklı sebebi tasrih edilmiyen alacaklarda alacağın sebebini beyan ve sebebin vusukunu iddia ve ispata mecbur tutulamaz. Bu alacağın karşılıksız veya gayri muteber olduğu dâvalı tarafından iddia ve ispat edilebilir.

Mücerret borç kabul ve ikrarı Roma ve İslâm Hukukunda muteber olduğu halde orta çağda kabul edilmemiş ve sonraları Fransız (Code Civile) nin 1732 nci maddesiyle muteber addedilmiştir.

(Sebebi gösterilmiyen borç senetlerine karşı dâvalı evvelâ borcun muayyen bir sebebi olduğunu saniyen bu sebebin tahakkuk etmediğini isbat hakkını haizdir.) (16)

Tafsil ve izahatımıza nazaran, kaideten mücerret borç muteber olmasına göre bu borca kefalette kefili ilzam eder. Bu itibarla kanunun men veya himaye etmediği bir sebep tahtında olduğu iddia ve ispat edilmemek

(15) Prof. Cevat Abdürrahim Gücün. Hukuk Davaları 2. Cilt Sayfa 226 ve müteakip

(16) 12/4/933 tarih 30/6 sayılı İçtihat birleştirme kararı

şartiyle bu gibi borçlara kefil olan kimse, kefalet ettiği miktarla sorumlu olur.

b) Kanuna, ahlâka, âdaba ve umumî intizama mütaallik hükümlere mugayir akitler,

Kaide olarak borcun mevzuu serbestçe tâyin edilir. (B. K. 19/1) Ancak her kaidenin istisnaları olduğu gibi bu kaidenin de istisnaları mevcuttur. Akitlerin mevzuu serbestçe tâyin edilir, edilir amma akdin mevzuu, kanun, ahlâk, âdap ve umumî intizama mütaallik yazılmış ve yazılmamış hukuk kaidelerine mugayir olmamak şartiyle.

Borçlar Kanununun 19 uncu maddesinin birinci fıkrasında ana kaide tesbit edildikten sonra ikinci fıkrasında bu kaidenin istisnaları tahdidî şekilde zikredilmiş bulunmaktaır. Bu maddenin matlabının (Akdin erkânı) şeklinde tertip edilmesi sebepsiz değildir. Akdin tekemmülü ve hukukî bakımdan muteberiyeti ve hukuk nizamı tarafından himayesi onun kanunların âmir hükümlerine o memelketin ahlâk, âdap yani şeref ve namusa ve sair kıymet hükümlerine, telâkkilerine aykırı olmaması şartına bağlı bulunmaktadır. Ayrıca kanun koyanın âmme intizamını tesis ve temin sadedinde vazedilmiş olduğu hükümlerle, şahsî hakları himaye maksadiyle şahsın hukuku sahasında koymuş olduğu hükümlere aykırı olmamak mecburiyetindedir. Meselâ Borçlar Kanununun 313 üncümaddesine göre ödünç alınan bir para kıymetli evrak ile veya emtia ile ödenecekse, bu ödemede esas o eşya ve kıymetli evrakın ödeneceği andaki değeri esas olarak alınır. Bunun hilâfına yapılan mukaveleler bâtıldır.

Gizli fuhuş yerlerinde gayri meşru birleşmelerde vukua gelecek ihtilâflarda kanunun himayesine mazhar olmazlar. Zira bu gibi yerleri hem kanun menetmiş hem de buralarda ahlâk ve âdaba mugayir fiiller icra edilmiştir.

Memleketin sıhhî durumunu korumak maksadiyle Hükümetin müsaadesiyle açılan genel evlerde vukubulacak ihtilâfların ise mesmu olmaması icabeder. Gayrimenkul satışı tapuya tescil ile hüküm ifade eder. Binaenaleyh, bu hükme mugayir olan haricî satışlar muteber değildir.

Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi 7/2/1934 tarih ve 42/35 sayılı kararıyle yapılan akdin mevzuu, ahlâk ve âdaba muhalif olduğu cihetle bu bapta tanzim edilen senedin iptali icabedeceği lüzumuna işaret etmiş bulunmaktadır.

Bundan başka boşanma eşlerin şahsî haklarındandır. Şarta muallâk mukavele ile eşlerin boşanmayı temin ve teshil için yaptıkları mukaveleler de bâtıldır.

Demek oluyor ki kanuna, ahlâk ve âdaba, intizamı âmmeye ve şahsî

hükümlere mugayir olarak yapılan akitler muteber olmıyacağına göre bu gibi borçları teminen kabul olunan kefalet dahi muteber olamaz. Yargıç resen kefaletin itibarını tetkike mecbur olmasına göre tarafların bu hususlaki defi veya tasadduk yahut kabulleriyle de bağlı değildir. Akit bu sebeplerden biriyle malûl ise kefalet te muteber olmaz. Yargıç ta kefilin bu kefaletle mülzem olmadığına resen karar verir.

Borçlar Kanununun 19 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında aktin mevzuunun kanunun âmir hüküm olarak sevk ettiği kaidelere, âdaba, umumî intizama.. muhalif olmamak şartiyle yapılan mukavelelerin muteber olduğuna işaret edilmiş ve 20. maddede bu gibi akitlerin batıl olduğu tasrih edilmiştir.

c — Akdin mevzuunun gayrimuhik ve gayrimümkün bulunması hali.

B. K. yukarıda işaret edilen 20. maddesi gereğince (Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayrimuhik.... ise o akit batıldır) Bu gibi hallerde o akde kefalet dahi batıl olur. Çünkü, kefalet asıl akde murtabit feri mahiyette bir akitir. Bu maddenin ikinci fıkrasna göre akdin havi olduğu şartlardan bir kısmı batıl ise akit batıl olmayıp ancak o şart batıldır. Şukadarki batıl olan şart veya unsur akdin esaslı rüknünü teşkil ediyor ve bu şartın butlanı akdin butlanını mucip mahiyet arz ediyorsa bu takdirde şart değil akit tamamen batıldır. Bir borcun yerine getirilmesinde imkânsızlık deyince bunda borçlunun şahsî ve enfüsi imkânsızlığı nazara alınmayıp bizatihi akdin icrasının maddeten veya hukukan imkânsızlığı nazara alınır. Gayrimuhik tabiriyle hak ve hukuka mugayereti anlamak lâzımdır. Akdin gayrimümkün olması ise, o akdin fiili, maddî, ve hukukî sebepler dolayisiyle icrasının imkânsız bulunmasıdır.

Muhterem ve Rahmetli Cevat Abdürrahim Hukuk dâvaları Adlı eserinde 19. madde mevcut iken 20. maddenin sevk edilmesindeki lüzumsuzluğa işaretle beraber, 20. maddedeki gayrimümkün tabirinden (müstehilmi, müteazzirmi, müteessirmi) kasdedildiğinin metinden belli olmadığını pek haklı şekilde ifade etmektedir. (17).

(Bir akitte vad edilen edimin yerine getirilmesi fiili veya hukukî sebeplerden dolayı gayrikabil olduğu takdire, o akit imkânsızır.... İfadaki imkânsızlığın, borçlunun icap eden vasait ve kabiliyette malik olmamasından ileri gelmesi, ve borçlunun yerinde başka birisi olmuş olsaydı bu ifanın mümkün bulunması halinde sübjektif imkânsızlık mevcuttur. Böyle bir halde akit sahih ve muteberdir. Edimler arasında

(17) Prof. Cevat Abdürrahim Gücün. Hukuk Davaları 2. Cilt Sayfa 239

nisbet kabul etmiyecek derecede aşırı ve mutlak bir fark olursa objektif imkânsızlık vardır. Böyle bir halde borçlu edimin ifasiyle mükellef tutulamaz). (18).

Hukuka aykırılık ise, (Hukuk nizamına muhalif olan yani meselâ gaye ve vasıtaları Türk Hukukunca memnu olan veyahut da mevzuu umumiyet itibariyle memnu bulunan her akit hukuka aykırıdır). (19).

Gayrimuhik borca misal olarak Yargıtayın aşağıdaki zararını zikredebiliriz. (Hukuk Fakültesince, talebenin devamı mecburiyet altına alındıktan sonra hükümet dairelerinde müstahdem talebelerin senede 105 yarım gün fakülteye devamlarına müsaade edildiği 14/1/935 tarihinde Başbakanlıktan tamimen tebliğ edilmiş ve bu sırada Hukuk Fakültesinde son sınıf talebesinden olan P. T. T. Umum müdürlü muamelât memurluğunda müstahdem bulunan dâvalının emsaline verilen müsaadattan mutlak surette istifade etmek hakkını haiz olduu halde bazı kuyut ve şurut altında yani mektebi bitirdikten sonra Posta idaresine beş sene hizme etmek aksi takdirde bin lira tazminat vermek şartile devamına müsaade edilmesi gayrimuhik ve binaenaleyh taahhütname Borçlar Kanununun 20. maddesine muhalif vebatıl olduğu nazara alınmıyarak yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz) olduğuna işaretetmiştir. (20).

Kefalet akdine gelince, asıl akit gayri mümkün gayrimuhik olduğu takdirde nasılki butlan ile malûl ise o akdi temin için tesis edilmiş olan kefalet akdide keza butlan la malûldur ve kefili ilzam etmez.

Yargıç hâdiselerin mahiyetini, tarafların maksat ve iradelerinin teveccüh ettiği gayeyi nazara alarak akdin butlan ile malûl olup olmadığını tâyin ve tesbite çalışacaktır. Eğer tarafların kasdı veya akdin mahiyet ve bünyesi, ahlâka adaba, umumi intizama, kanunen masun bulunan şahsî haklara mugayir veya ifası imkânsız yahut ifası gayrimuhik neticeler tevlit edecekse bu akdin batıl olduğuna karar verir. Ve buna müsteniden yapılmış olan kefalette batıl olur.

(Devamı var)

(18) Funk sayfa 33, (19) Funk Sayfa. 33
(20) Y. 4. H. Dairesi 27/2/941 - 894/443 karar

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNUN 61 İNCİ MADDESİ ETRAFINDA BİR İNCELEME

Yazan: Haydar Taray
Ankara Sulh Yargıcı

Avukatlık mesleğine intisap edenler gün geçtikçe artmakta ve yurdun hemen her tarafına doğru yavaş da olsa bir akış görülmektedir.

Böyle olmasına rağmen halen bir çok kazalarda değil avukat hattâ ruhsatnameli dâva vekili dahi bulmak mümkün değildir.

Bilindiği üzere bugibi yerlerde mahkemelerde iş takip ve vekâlet deruhte etmek vazifesini, Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanununun 61 inci maddesinin son fıkrasından faydalanmak suretiyle bazı vatandaşlar yapmaktadır.

Ancak bu maddenin şümul ve tazammun ettiği mâna ile bu madde hükmünden istifade edenlerin hukukî durumları bazı münakaşalara yol açtığından bu hususta mevcut tatbikatı gözönünde tutarak bir tetkik yapmağa ve zihinlere takılabilecek mukadder bazı suallere cevap vermeğe çalışacağız.

Mer'iyette bulunan 3499 sayılı Avukatlık KKanununun 23 üncü maddesi şu suretle umumî kaideyi vazetmiştir.

(Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde rey vermek mahkeme ve hakem veya kaza salâhiyetini haiz diğer merciler huzurunda hakikî veya hükmî şahıslara ait hukuku dâva, müdafaa eylemek ve bu hususlara ait bütün evrakı tanzim, adlî muameleleri ve resmî dairelerde nizalı ihtilâflı işleri takip etmek yalnız bu kanun hükümleri dairesinde baroya kayıtlı bulunan avukatlara aittir.

Dâva ikamesine ehil olan her şahıs kendi dâva veya işini bizzat ikame ve takip edebilir.

Usul ve füru ile ikinci dereceye kadar olan civar hısımları ve karı ve koca resmî dairelerdeki nizalı ve ihtilâflı işini vekâletle takip edebilir.

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarının avukatlarla müdafilere taallûk eden hükümleri mahfuzdur).

Bu madde avukatın vazife ve salâhiyetlerini çok açık olarak tesbit

etmiş, şahsa; kan ve civar hısımlarına ait bazı kayıtları koyduktan sonra son fıkrasında usul kanunlarındaki avukatlarla müdafilere taallûk eden hükümleri mahfuz tuttuğunu işaret etmiştir.

Bu madde ile atıf yapılan Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanununun 61 inci maddesi dört fıkradan ibarettir:

1) Vekil baroda resmen mukayyet bulunan avukatlardan ve baro teşekkül etmiyen yerlerde en aşağı üç dâva vekili varsa bunlardan intihap edilmek lâzımdır.

Bu fıkra Avukatlık Kanununun 23 üncü maddesiyle mütenazır ve onu teyit eder mahiyettedir. Ancak ayrıca ruhsatnameli dâva vekillerinden bahsetmekte ve bir mahalde avukat bulunmadığı takdirde en aşağı üç dâva vekili bulunmakta ise vekilin bunlardan intihabını şart kılmaktadır.

2) Birinci fıkra mucibince avukat veya dâva vekili olmıyan vekilmüvekkili namına esnayi mahkemede hazır olsa bile mahkeme gıyaben icra olunarak hüküm verilir.

Bu fıkra ilk fıkranın tabiî bir neticesi zarurî bir müeyyidesidir. Avukat veya dâva vekillerinden intihap olunmıyan vekiller muhakeme esnasında hazır olsalar dahi mahkeme gıyaben icra edilerek hükme iktiran edecektir.

3) Şukadarki şifahî usulü muhakemeye tâbi olan işlerde bu kaide cari değildir.

Maddede kabul olunan şu istisna ile baro bulunan ve üç dâva vekili olan yerlerde dahi şifahî usulü mahkemeye tâbi olan işlerde yani sulh mahkemelerinde bu kaide cari olmadığından vakilin herhangi bir surette intihabına cevaz verilmiştir.

4) Baro teşekkül etmiyen ve birinci fıkra veçhiyle dâva vekili bulunmıyan mahallerde herkes dilediğini tevkil edebilir.

Bu fıkra ilede ikinci ve daha şumullü bir istisna yapılmış baro teşekkül etmiyen üç avukat veya dâva vekili bulunmıyan yerlerde sulh ve asliye hukuk mahkemelerindeki dâvaları için herkesin dilediğini tevkil edebileceği kabul edilmiştir ki; bu da memleketimiz için zarurî bir netice ve lüzumu her zaman hissedilen bir ihtiyaca karşılıktır.

Bahis mevzuu 61 inci madde bu halile kalmamıştır. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunundan sonra neşrolunan ve (Avukatlık Kanununun 6 ncı maddesiyle 12 inci maddesi son fıkrası ve onu muaddel olan 2/1/1926 tarih ve 708 sayılı kanunun 4 üncü maddesi makamına kaim olan 11/Nisan/1928 tarih ve 1220 sayılı kanunun 2 inci maddesinde:

(Baro olan mahkemelerde avukatlar sulh mahkemelerinde icrayı vekâlet edebilecekleri gibi tarafeynin bulundukları karye veya kasabada mukim olupta vekâleti sanat ittihaz etmemiş olan akraba ve ehibbası da bilâ ücret vekâlet edebilirler. Baro olmıyan yerlerde bunlardan maada dâva vekilleri dahi ifayı vekâlet edebilirler. Ancak avukatlıktan men edilenler hiç bir veçhile vekâlet etmezler) denilmektedir.

Bu maddenin birinci fıkrası; muhteviyatı itibariyle Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 61 inci maddesinin üçüncü fıkrasını tadil etmiştir, şöyleki:

61 inci maddenin üçüncü fıkrasında; daha evvel vazolunan hükümlere bir istisna yapılarak (şifahî usulü muhakemeye tâbi olan işlerde bu kaide cari değildir). denilmekle; avukat veya dâva vekili olmıyan vekillerin mutlak olarak sulh mahkemelerindeki temsil salâhiyeti tanınmış ve buna müsaade edilmiştir. Meselâ bu fıkra hükmüne istinaden İstanbul'da sulh mahkemelerinden birine herhangi bir şahsın ücretle vekâlet alarak (orada baro ve bu baroya kayıtlı avukatlar bulunmasına rağmen) girip dâvayı takip etmesi mümkün bulunmaktadır. Halbuki 1220 sayılı kanunun ikinci maddesi sulh mahkemelerinde:

a — Tarafeynin bulundukları karye veya kasabada mukim olan,

b — Vekâleti sanat ittihaz etmemiş bulunan,

c — Akraba ve ehibbaya,

d — Bilâ ücret,

Olmak şartlariyle vekâlet deruhte etmek salâhiyetini tanımıştır. Bu kayıt ve şartlar tahakkuk etmediği takdirde, vekil olmıyan kimselerin sulh mahkemelerinde vekâlet etmesine imkân bırakılmadığı cihetle usulün 61 inci maddesinin mutlak ibaresi bu tahdidat ile tadile uğramış demektir.

Yine bilâhara neşrolunan ve 1/12/1938 tarihinde mer'iyete giren 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 139 uncu maddesinde diğer kanunlar meyanında 1220 sayılı kanunun ilga edildiği zikrolunmakla bu kanunun ikinci maddesi matufu bulunduğu ve tadil ettiği usulün 61 inci maddesinin üçüncü fıkrasını da ortadan kaldırmıştır.

61 inci maddenin; baro teşekkül etmiyen ve üç dâva vekili veya üç avukat bulunmıyan yerlerde herkesin dilediğini tevkil edebileceği fıkrasına gelince; bu husus nihayet bir zaruretin karşılanmasını temin maksadiyle vâzı tarafından sevkedilmiş olup hakkının müdafaasında âmmenin zarardide olmaması için istediği kimseyi vekili olarak seçebilmesini sağlamağa matuftur. Fakat tatbikatta muayyen bazı şahıslar bu fıkra

hükmünden faydalanarak müstemiren bu işi icra etmekte ve neticede bazı mütesep haklara sahip olduklarını iddiaya kadar gitmektedirler.

Bu suretle vekâlet deruhte edenler ne avukat ve nede ruhsatnameli dâva vekili sayılmıyacakları gibi onlara ait vecibe ve mükellefiyetlere tâbi tutulamazlar.

Bunun en bariz delili ruhsatnameli dâva vekiline ve avukatlara görecekleri vazifeye mesnet teşkil eden salâhiyet; bir takım kayıt ve şartların tahakkkukuna vabeste olarak (imtihan, staj vesair şartlar) peşinen yetkili makamlar tarafından tanınır ve bunu gösteren salâhiyetnameler de kendilerine verilir. Halbuki yukarıda zikri geçen fıkra gereğince vekâlet deruhte edenlerin evvelden böylece kendilelrine tevcih edilmiş bir sıfat ve salâhiyetleri mevcut değildir. Ancak kendilerine vekâlet verilmekle bu sıfat istisnaen doğar. Temsil yetkileri aldıkları işin sona ermesiyle hitam bulur. Devamlı surette bu işlerin yapılmasından müktesep bir hakkın doğacağına inanmak mesnetsizdir.

Esasen metnin yazılışı da bunu açıkça göstermektedir. Bir mahalde üç dâva vekili veya avukat bulunmazken sonradan bu adede baliğ olurlarsa maddenin sarahatine nazaran vekilin artık bu kabil şahıslardan intihabına kanun müsait görülmemektedir. Çünkü istisnaen verilen salâhiyet şartın tahakkuku ile birlikte ortadan kalkmıştır.

Fıkrada üç dâva vekili denilmekle beraber bir avukat, iki dâva vekili veya iki dâva vekili bir avukat olarak adetleri üçe baliğ olsa dahi elbette ki yine bu gibilerin vekâlet almalarına imkân bulunmamaktadır Çünkü dâva vekilini tenavül eden madde evleviyetle avukatlara da şâmil olacaktır.

Bir mahalde avukat veya dâva vekilinin bulunması ne demektir? Avukatlar baroya kayıtlı bulunmadıkça vekâlet icra edemezler. Baroya kayıt için de diğer şartlarla birlikte baro mıntakası dahilinde bir ikametgâh göstermek icap eder. Bir baro levhasına kayıtlı avukat devamlı olmamak şartiyle memleketin her yerinde mesleğini icraya salâhiyetlidir. (Av. K. m. 52)

O hlede mıntaka barolarında veya bir vilâyetin barosunda kayıtlı bir avukat ilce merkezlerinden birisinde ikametgâh tesis ederek yazıhanesini açtığı takdirde o mahalde bulunuyor demektir.

Ruhsatnameli dâva vekilleri ise, bunların barolarla alâkaları olmadığından, mahallî adalet heyeteri ve komisyonları tarafından tanzim olunan dâva vekilleri listesine kayıtlı olmalariyle vazife gördükleri yerde

bulunuyor sayılırlar. Nakillerde tekrar bulunacakları yerin listesine kayıt olunmak mecburiyetleri vardır.

Ruhsatnamesiz vekâlet deruhte edenler ne zaman mahkemeye giremezler? Bunların istisnaî olarak tanınan yetkileri iki suretle sona erer:

1) İş gördükleri mahalde avukat veya dâvavekili adedi üçe baliğ olmakla;

2) Mahallî yüksek dereceli yargıçlıkca işten menedilmeleriyle artık mahkemelerde temsil vazifelerine devam edemezler.

Birinci halde, kanunun şartı tahakkuk ettiğinden evvelce aldıkları işlerinin ikmâl ve intacı için dahi mahkemeye girmelerine cevaz yoktur. Vekâlet sıfatının zevali halinde vekil ne suretle işlerini tasfiyeye tâbi tutarsa bunların da o şekilde hareket eylemesi icap eder.

İkinci halde ise; bu kabil şahıslargerçi ne avukat vene de dâva vekili sayılmamakta iselerde: Vatandaşın haklarını müdafaa gibi mesuliyetli bir iş gördüklerinden tamamiyle başı boş bırakılmalarına da kanunun ruhu müsait görülmemiş Temyiz Üçüncü Ceza Dairesinin 29/1/1926 tarih esas 3549, karar 419 sayılı ilâmında belirtildiği üzere (ruhsatnamesi olmadığı halde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesinden faydalanmak suretiyle dâva vekâleti mesleğini vazife edinmiş olan şahıslar da; vaziyetlelri hakkında Avukatlık Kanununda bir sarahat yoksa da; bu gibi kimselerin mesleğin icap ettirdiği vazifeleri yapabilmeleri için manevî evsafı haiz olmaları meşrut olup bu vasfı haiz olmıyan kimselerin lâalettâyin mahkemeye kabulleri doğru görülemiyeceğinden bu gibi şahısların mahkemeye kabul edilmemeleri için mahallî hâkimine karar vermek hakkını tanımak zarurî olduğu gibi salâhiyetin kabulünün tabiî ve zarurî neticesi olarak mahkemelerin bugibi kararlarından mutazarrır olan kimselerin itiraz hakkını da tanımak iktiza ettiğine göre....) denilmekte ve aynı konuda Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 23/11/1944 tarih ve 121 Genel 100/23 özel sayılı Tamimler mecmuasında 11 No. lu genelgede (... Manevî vasıfları haiz bulunmıyan veya sonradan kaybeden bahse mevzu kimselerin mahkemeye kabul edilmeleri dâva vekillerinin işten çıkarılmalarına kıyas edilebileceğinden Avukatlık Kanununun muvakkat 4 üncü maddesinin B. bendi kıyasen tatbik olunarak mahkemeye kabul edilmemelerine mahallin en yüksek dereceli yargıcı tarafından karar verilmesi ve bu karara alâkalının yapacağı itirazın da ağır ceza mahkemesince tetkik edilip kat'î surette karara bağlanması icap....) ettiğinden bahsolunmaktadır.

Manevî vasıfların mevcudiyet veya mefkudiyeti keyfiyeti yargıcın

takdir ve tâyinine bırakılmış olmakla beraber bu hususun tâyin ve tesbitinde alâkalının mazisi, ağır cezalı veya şeref ve haysiyeti muhil suçlardan mahkûm vesair buna müteferri haysiyetsiken hallerle şaibedar olması işlerinin takibinde gerek müvekkillerine gerekse adlî makamlara karşı göstereceği kanunsuz hareketleri nazara alınacak esaslardandır.

Ruhsatnameli dâva vekilleri hakkında Avukatlık Kanununun 82 inci maddesinde mevcut (ihtar, tevbih, para cezası, muvakkaten işden men) cezaları da tatbik edildiği hale, bu kabil eşhas için kıyasen tatbik olunan işten men cezasından maada diğer disiplin cezalarının tatbikına imkân yoktur. O halde ya tamamen işden men olunur veyahut da bu vazifeyi görmesine müsaade edilir.

Bu gibiler ne avukat venede ruhsatnameli dâva vekili bulunmadıklarından; aynı zamanda bir başka meslek ticaret veya kazanç vasıtasiyle de birlikte olarak mahkemelerde vekâlet deruhte edebilirler. Buna mâni bir sarahat kanunda mevcut değildir.

Mahallin yüksek dereceli yargıcının kararı ile ağır ceza mahkemesinin itirazları tetkik neticesi vereceği kararların mahiyetine gelince:

Mahallî yüksek dereceli yargıç bu muamelelerin icrasında bir disiplin âmiri ve idarî inzibatî bir merci durumundadır. Binaenaleyh bu işleri tetkik ve bir karara raptettiği sırada vereceği kararalar bir mahkeme hükmü mahiyetinde olmayıp idarî ve inzibatî mahiyet taşıdığını kabul etmek zarurîdir. Bunun tabiî bir neticesi olarak da bir karar maddî bir hataya istinaden ittihaz olunmuş ise bunu veren merci tarafından düzeltilmesinde kanunî bir engel yoktur. Keza yüksek dereceli yargıcın verdiği kararı itiraz üzerine tetkik ve bir karara rapteden ağır ceza mahkemesi de bu incelemede idarî ve inzibatî bir tasarruf yaptığından vereceği kararlarda aynı mahiyeti taşımaktadır. Bundan dolayıdır ki bir ağır ceza heyeti kendisine sevkolunan bu işi her nasılsa bakmağa yetkili olmadığını düşünerek ret kararı verecek olsa bu kararın yazılı emirle bozdurulmasına ihtiyaç yoktur. Mezkûr mahkeme hatasını gördüğü takdirde bu kararından rücu ederek tekrar itirazı tetkik edebilir.

Yüksek haysiyet divanı 26/11/1943 tarihli bir kararında: (Avukatlık Kanunu hükümlerine tevfikan teşekkül etmiş olan disiplin meclisleriyle Haysiyet divanına bir kaza müessesesi ve tabiatiyle bir mahkeme vasıf ve mahiyeti izafe edilemiyeceği gibi ittihazına salâhiyettar bulunduğu inzibatî kararların ahkâmı cezaiye ile bir tutulmasına kavaidi esasiye ve cezaî doktrinlerin müsait bulunmadığı.....) nı Zikretmek suretiyle disiplin meclislerinin bünyesini mütalâa etmiştir. Yüksek dereceli yargıçlık

ve ağır ceza mahkemesi de bu kabil işlerin tedvirinde aynı bünyeye maliktir.

Mahalli yargıçlıkça verilen men kararına alâkalı tebellûğdan itibaren 15 gün içinde ağır ceza mahkemesi nezdinde itirazda bulunur. Ağır ceza heyeti itirazı haklı bulduğu takdirde men kararını kaldırır dosyayı iade eder. İtirazı varit görmezse rededer ki artık bu karar kesinleşmiş demektir. Buna karşı Bakanlığa üçüncü bir müracaatta bulunmak veya evrakın Haysiyet Divanına sevkini istemek mümkün değildir. İş neticelenmiştir. Alâkalı artık bu sıfatla mahkemelerde vekâlet deruhte edemez.

İtiraz dilekçesi bir sehiv eseri olarak ağır cezaya verilmeyip de müddeti içinde kararı veren mahkemeye veya bir başka mercie verildiği takdirde müddeti muhafaza edilmiş olur. Çünkü mercide hata edilmiş olması itiraz süresinin işlenmesine sebep teşkil etmez. Dilekçe ve dosyası ait olduğu makama berayi tetkik gönderilmesi icap eder.

Bu suretle kesinleşen bir kararla işden men edilen bir kimseyi aynı mahalle sonradan gelen yargıç bir ref kararı vererek tekrar mahkemelere kabule yetkisi yoktur.

Ancak burada hatıra bir sual varit olabilir. Bir kimsenin ıslahı-hâl etmesi veya zamanla kaybettiği mânevî vasıfları tekrar kazanması mümkün değilmidir?

Bu hususu tesbit çok güç olduğu gibi emin bir kanaate varmak da aynı derecede müşküldür.

Fakat mânevî evsafın bulunmayışı sebeplerini teşkil eden mahkûmiyetlerden dolayı alâkalı Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun 416 ve mütaakip maddelerinde tadat edilen şartlar dairesinde ait olduğu mahkemeden memnu hakların iadesine karar almış bulunuyorsa; böyle esaslı bir surette incelenip bir neticeye bağlandığından dolayı hüsnühali sübut mertebesine varmış olmakla tekrar mahkemelere kabulüne karar verilebilir.

Avukatlık Kanununun 49 uncu maddesi gereğince; avukatların vazifeden doğan veya vazife sırasında işlenen suçlardan dolayı haklarında takibat icrası Adliye Vekilinin iznine bağlıdır.

Tatbikatta bazan 61 inci maddeden istifade edenlerin işledikleri suçlardan dolayı da Bakanlıktan izin istihsali cihetine gidildiği görülmek tedir ki; buna lüzum yoktur. Çünkü bu imtiyaz kanunen avukatlara tanınmıştır. Bu haktan bu kabil eşhas istifade edemezler. Bunlar hakkındaki tatbikat umumî hükümlere göre yapılmalıdır.

Son olarak bugibilere takdir olunacak kefalet ücretleri bahsine temas edeceğiz.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunun 17/11/1948 tarih ve esas 5 ve 8 sayılı kararında (...Avukatlık ve dâva vekili evsaf ve ehliyetini haiz olmıyan bir kimseye bu hakları tanımak hukuk esaslarına ve takip olunan gayeye aykırı olmakla beraber kanunun bir zaruret neticesi de olsa bir avukatın göreceği işi görmeğe mezun kıldığı kimse tarafından görülen hizmetin ücretsiz görüleceği de kabul edilemez. Nitekim Borçlar Kanununun 386 ve mütaakip maddeleri, vekilin ücrete istihkak kesbedeceği halleri tâyin ve izah etmiştir. Bu da bu veçhile vazife ve hizmet ifa eden vekilin bir ücrete müstehak olacağını kabul etmek lüzumunu emreder...) Denildikten sonra (... Bu gibi vekillerin de gördükleri işin mukabili ücretin umumî hükümler dairesinde takdir ettirilmesi mevzuata uygun görülerek ve bu ücretin usul hükümleri dairesinde yargılama giderleri meyanında nazara alınması gerektiğine...) Üçte iki çoğunlukla karar verilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 61 inci maddesi gereğince verilen bu yetkinin ceza davalarına sumulü bulunmadığı keyfiyeti; Cezaişleri Umum Müdürlüğünün 30/12/1943 tarih ve 21 özel sayılı tamimi ile alâkalılara duyurulmuş ve (âmme haklarına doğrudan doğruya alâkası bulunan ceza davalarına daha şamil bir ehemmiyet atfeden kanun vazıı bu dâvaların daha sıkı bir nizam ve inzabata tabi bulunmasını iltizam ederek Ceza Muhakemeleri usulü kanununun 137 nci maddesinde müdafiin avukatlık veya dava vekilliği etmeğe kanunî salâhiyeti olan kimselerden intihap olunabileceğini tasrih etmiş ve kanunun bu sarahatı karşısında Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda mevcut hükümün mevridine hasrı suretile tatbiki zarurî bulunmuş olduğundan ceza davalarında ancak avukat veya dava vekillerinin vekâlet edebilecekleri) evvelce yapılan 10/3/943 tarih ve 7 sayılı tamimi tashihan yayınlamıştır.

BİBLİYOGRAFYA

HÂMİD ÖZDEMİR : Gayrimenkul Dâvalarında Uygulanan ve Yaşayan Hükümler. İstanbul Cemal Azmi Basımevi : 1949, sayfa : 336, lira : 5.

Ötedenberi mahkemelerimizi meşgul edegelen dâvaların çoğunun gayrimenkule ait iftilâflar buunlması sebebiyle Hayrabolu Yargıç Yardımcısı Hâmid Özdemir meslekdaşlarına tatbikatta fayda ve kolaylık sağlamak gayesiyle hukukun bu mühim konusundaki dağınık mevzuatı bir araya toplayarak «Gayrimenkul Dâvalarında Uygulanan ve Yaşayan Hükümler» adı altında yayınlamış bulunmaktadır.

Kitap, bu mevzuda halen tatbik edilmekte olan kanun, tüzük, talimat, Yargıtay İçtihatlarını, Danıştay kararlarını, örf ve âdetlerle müelliflerin noktai nazarlarını, tamim ve Federal Mahkeme Kararlarının toplu bir halde bulunmasını sağlaması bakımından uygulamada hakikaten büyük istifade ve kolaylık temin edecektir.

Mükemmel bir baskı ve güzel bir tasnifle tab edilen bu kıymetli eser Önsöz, Mevzua giriş, İslâm hukukunda toprak ve Osmanlı Devletinde arazi hukumuz hakkındaki yazılarla başlamakta olup diğer bahisler üç bölüme ayrılmıştır :

I inci bölümde : Mülkiyet, Müdahalenin men'i; Zilyedliğin iadesi; Yaylak, Kışlak ve mer'a hakkındaki Federal Mahkemenin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme, Genel Kurulu ve daire kararları; Mer'a, Kışlak ve Koruluklara dair özel kanunların ilgili maddeleri, notları; mer'a hukuku hakkında makale; su yolu dâvaları hakkında Federal Mahkeme ve Yargıtay kararları, Hukuk Genel Kurulu İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararları; Medeni Kanun'dan önceki hükümlerden notlar; Yol dâvaları; Yollar hakkındaki eski hükümler; Ecri misil ve gayrimenkulün fuzuli işgalinden doğan tazminat dâvaları hakkındaki kararlar; Eski tapu kayıtlarının itibarına dair olan mevzuattan : Mecelle hükümleri, 1275 tarihli Tapu Nizamnamesi; 1276 tarihli Tapu senedatı hakkında talimat; 1290 tarihli sırf emlâk ile mevkuf emlâk senetleri hakkında nizamat; Defteri Hâkani idarelerinin tensikatı ve teşkilâtına dair nizamname; eski kayıtların itibarı hakkında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tamimleri; Özel mülkiyette iken Devlete geçen gayrimenkuller hakkında notlar, Kanunlar, Nizamnameler ve İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararları; Müdahalenin men'i, Zilyedliğin iadesi, Ecrimisil ve sair gayrimenkul dâvalarında keşfin yapılma şekli hakkındaki kararlar; Gayrimenkul dâvaları hakkındaki notlar; Gayrimenkule tecavüzün def'ine dair 2311

sayılı Kanun ve Nizamnamesi ve buna dair Yargıtay Kararları; Mütemmim cüz'i ve tabii semereler, teferruat ve müşterek mülkiyet; taksim ve şüyuun izalesi (müşterek mülkün sonu) dâvası; Eski hükümler, İştirak halinde mülkiyet, Gayrimenkul mülkiyeti ve iktisabı, tesçil, iktisap tarikleri ve mülkiyeti nakleden akitler, İşgal ve yeni arazinin kayması ve buna dair Yargıtay kararları; Tesçil dâvaları : Adi iktisabî zamanaşımı, Fevkalâde iktisabî zamanaşımı ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme ve Daire kararları; Gayrimenkulün tesçili hakkında eski hükümler : Arazi Kanunun 78 inci maddesi; Defterhane İdarelerinin tensikatı hakkındaki Nizamname; 1275 tarihli Tapu Nizamnamesi; Ormanların tesçil edilmesi hakkında tamim; Hakkı karar ve senetsiz tasarrufat ve tashihi kayıt muamelâtının sureti icrasına dair 810 numaralı Kanun; Büyük Millet Meclisi tefsiri, İstanbul'da Balmumcu Çiftliğinde yapılmış olan binalarla ihya edilen arazinin tesçili hakkındaki kararname; Hazine arsaları üzerine izinsiz yaptırılan binalar hakkında Kararname; İşgale uğrayan bazı mahallerde vukubulan muamelâtı tasarrufiye hakkında olunacak muameleye dair Kanun; 1330 yılında imar maksadiyle yeni yol açılması veya genişletilmesi veya sair imar için Hükûmetçe ve Belediyelerce yıktırılan binalar hakkında Kanun; Tapu kayıtlarından hukukî kıymetlerini kayıp etmiş olanların tasfiyesine dair 1515 sayılı Kanun; 1515 sayılı Kanunun Nizamnamesi; Danıştay kararları; Vakıflar Kanununun, tesşilile ilgili maddeleri; Belediye Mezarlıklar Nizamnamesinin, Tapu Kanununun ve Tapu Kanunun tesçille ilgili maddesi, Tapu Kanunun 6 ncı maddesinin tefsiri ve buna dair Tevhidi İçtihad kararı; Çiftçiyi Topraklandırma Kanunun tesçille ilgili maddesi; Sahipsiz şeyler ve umuma ail mallar ve ona ait kararlar; Gayrimenkul mülkiyetinin hükümleri; Gayrimenkulün tahdidi ve sınırları; Arsa üzerinde inşaat ve ona dair kararlar; Bina sahibinin arsayı temellük edebilmesi ve kararlar; Başkasının arsasına tecavüz eden inşaat; Mecralar; Dikilen şeyler; Gayrimenkul malikin mes'uliyetleri ve bunlara dair kararlar; Şuf'a dâvaları ve ona dair kararlar (gayrimenkul mülkiyetini takyit eden hükümler); Komşuluk hakkı, Mülkiyeti kullanma ve kararlar, Mecelleden hükümler; Mürur hakkı, Lüzumlu geçit ve kararlar; Mecelleden hükümler; Kaynaklar ve kararlar; İrtifak hakkı ve Gayrimenkul mükellefiyeti; İrtifak hakkı; Gayrimenkul mükellefiyeti; Gayrimenkul rehini; İpotek; İpotekli borç senedi ve irad senedi; Zilyetlik ve tapu sicili;

II nci bölümde : Medeni Kanundan önceki arazide miras hükümleri: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tamimi; Tapu hakkında ve Cemaziyelahir 1263 tarihli Nizamnamenin intikale müteallik ahkâmı; Arazi Kanunun intikale dair hükümleri; Arazii emiriye ve mevkufenin tevsii in-

735

tikalâtına dair Nizamname ve zeyil; Musakkafat ve müstegallâtı vakfiyenin usulü intikalâtı hakkında 1284 tarihli Kanun; Emvali gayrimenkulenin intikalâtı hakkında 1328 sayılı Kanun ve Tapu Kanunu;

III üncü bölümde : İskân işleri : Son Balkan Harbinden dolayı hicret eden mütemevvilân muhacirine Hükûmetçe olunacak muavenet hakkında muvakkat kanun; Mübadele ve İmar ve İskân Kanunu; Artivin, Ardahan, Kars vilâyetleriyle Kulp ve Iğdır kazaları ve Hopa kazasının Kemalpaşa nahiyesindeki arazide hakkı tasarrufa dair Kanun; Mübadeleye tâbi ahaliye verilecek emvali gayrimenkule hakkında kanun; Borçlanma Kanunu; Mübadeleye gayritabi eşhastan metrûk olup, hakkı iskânı haiz olanlara verilmiş ve verilecek emvali gayrimenkule hakkında kanun; 885 sayılı İskân Kanunu; Bazı eşhasın şark manatıkından garp vilâyetlerine nakillerine dair Kanun; Mübadeleye gayritabi ahaliye verilecek emvali gyarimenkul hakkında Kanun; Mübadil, Gayri mübadil, muhacir ve saire Kanunlarına tevfikan tefviz veya adiyen tahsis olunan gayrimenkul emvalin tapuya raptına dair Kanun; Bulgaristan'da gayrimenkul mal bırakanlara verilecek emval hakkında Kanun ve protokol; 1331 tarihli Kanuna ek Kanun; Şark mânatıkı dahilinde muhtaç zürraa tevzi edilecek araziye dair Kanun; Ankara Mukavelenamesinden maddeler; Mübadele ve tefviz işlerinin kat'î tasfiyesine dair Kanun ve ekleri, İskânı adiye tâbi muhacirlerin iştiğal eyledikleri sanat ve mesleklere göre verilmiş olan emvalden gayrisinin istirdadı lâzımgelmiyeceğine dair Kanun; 2490 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi; Kars vilâyetiyle Beyazit, Erzurum ve Çoruh vilâyetlerinin bazı parçalarında muhacir ve sığıntıların yerleştirilmesi ve çiftçilerin topraklandırılması hakkında Kanun; 2510 sayılı İskân Kanunu ve ekleri, İlgili Yargıtay Kararları, Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu; Toprak tevzii talimatı bulunmaktadır.

Kıymetli kitap müellifinden tedarik edilebilecektir.

★

Tatbikatta Yargıtay Kararları. Sayı : 4, Kr. 50.

İstanbul 4 üncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik tarafından meslektaşlarına tatbikatta yol göstermek gayesiyle her ay Ticaret, Hukuk, İcra ve İflâs Dairesi kararlariyle neşrolunan Derginin Ağustos 1949 nüshası aşağıdaki seçme kararları ihtiva etmektedir :

«Kamulaştırmadan ferağat halinde ücreti vekâlet verilip verilmiyeceği», «Mirasçıların birbirlerine karşı açacakları istihkak dâvalarında iktisap zamanaşımında bulunup bulunulamıyacağı» hakkında Yargıtay Tevhidi İçtihat; «Bir gayrimenkulü haricen satın alan kimse içerisine bina yapıp ağaç diktirdiği takdirde, bedelin iadesi şartiyle müdahalenin önlenmesinin gerekli olduğu» na dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu;

«Borçlunun iflâsı ilân edildikten sonra merhunun mahkeme satışının yapılıp yapılamıyacağı», «Çekler hangi şartlar tahtında keşide olunabileceği», «Tevhit kararlarının temyizi kabil olup olmadığı», «Tasdikli olmıyan defterlerin delil kabiliyeti», «Nakliyecinin yanlışlıkla kısa mesafe için ücret alması halinde taşınan mesafeye kadar ücret talep edebilip edemiyeceği», «Hangi hallerde büyük avarya talebinde bulunabilinir», «Bir beyi ticaride kefilin mebiin ayıplı bulunduğu hakkında defide bulunup bulunamıyacağı», «Malın ayıplı bulunduğu hakkında mevcut müddetlerden iptidaen ferağat taahhüdü muteber midir», «Komisyoncunun ücret istemesi behemehal işinin ikmâline mi bağlıdır», «Şirketten çıkan şerikin eski tabelede isminin kalıp kalmıyacağı», «Redin satışına karşı yapılan itirazlar», «Müşterinin beyi akdi şartlarına iptidaen kendisinin riayet etmediği ahvalde beyiden mebii isteyebilip isteyemeyeceği», «Meclisi idare âzası olmanın ticaret ihtiyacı sebebiyle tahliye talebinde bulunmasına mâni teşkil edip etmiyeceği» hakkında Yargıtay Ticaret; «Vekâletin nezi dâvalarının Asliye Hukuk Mahkemelerinde görüleceği», «Gayrimenkulün muris namına kayıtlı olması halinde dahi şüyuun izalesi istenebilir»; «Gayrimenkuller hakkında eski tasarruf vesikalarının delil kabiliyetleri», «Tevtiyete karar verilirken istinat edilecek hususu» to keşide edilmesi lâzım geldiği» hakkında Yargıtay İcra ve İflâs Dairehakkında Yargıtay Hukuk; «Avalın mes'uliyeti. Kendisine ayrıca prolesleri kararları ve Haşiyeli Ticaret Kanunu ilâve forması.

★

Aynı Dergi. Sayı : 5.

Hayrettin Sezik: Deniz Ticaretinde Avarya; 1 — «Acenteye husumet tevcihi», 2 — «2490 sayılı Kanuna göre tazminatın irad kaydı», 3 — «Ticarî taahhüdün mücbir sebepten ademi ifası», 4 — «Buzhanedeki mallarda ayıp iddiası», 5 — «Mukavelenin infisahına sebebiyet, İki ihale arasında fark», 6 — «Kollektif şirket şeriklerinin mes'uliyeti», 7 — «Kiracının mecurdan zorla çıkarılması ve tazminat» 8 — «Deniz ticaret yollarında gemilere vinçle yapılan tahmil ve tahliyede yük bileti altındaki meşruhat ve zarar», 9 — «İki daire arasındaki ihtilâfın halli», 10 — Sürastarya tazminatı», 11 — «Kira hakkının maktu bedel ile devri», 12 — «Tashih sebeplerinin gösterilmemesi ve duruşma istenip istenmiyeceği», 13 — «Anonim şirket ile memurları arasındaki hukukî münasebet zamanaşımı», 14 — «Temyiz kudreti olmıyanların hukukî tasarrufu» hakkındaki Yargıtay Ticaret Dairesi; «Gabin iddiasiyle akdin feshi ve ivazlar arasındaki açık nispetsizliğin kâfi olup olmadığı», «5020 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin, Kanunun neşrinden evvelki ukûda şümulü», «Kardeşler arasındaki muamele ve münasebetlerde tanık dinlenmesine cevaz o-

737

lup olmadığı», «İştirâk halindeki mutasarrıfların bilittifak tasarrufları, iştirâk halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete kalbi», «Tedbir kararı dolayısiyle ödenen paranın tahsili», «Gemi adamlarının kusuru ve illiyet rabıtası», «Hazine namına kaydı emvalde hüsnüniyetle inşaat» hakkında Yargıtay Hukuk Daireleri kararları ve Haşiyeli Ticaret Kanunu ilâve forması.

★

İstanbul Barosu Dergisi. Yıl : 23, sayı : 8, Kr. 50.

İstanbul Barosunca her ay çıkarılan değerli hukuk dergisinin Ağustos 1948 nüshası : Dr. Muammer Tolga'nın : Memleketimiz İşçi sigortalarının içtimaî ve hukukî esasları başlıklı makalesiyle Yargıtay Tevhidi İçtihat kararları ve meslek haberleri ile yayınlanmıştır.

★

İdare Dergisi. Sayı : 198, Kr. 100.

İçişleri Bakanlığınca iki ayda bir çeşitli konulardaki yazılarla neşrolunan derginin 949 Mayıs - Haziran aylarına ait sayısı şu münderecatla çıkmıştır :

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; M. Akalın : Bütçe yılı ve mahallî İdarelerimiz; H. Alyot : Muhtelif seçim sistemleri; K. Aral : Uyuşmazlık müessesesi üzerinde etüdler; M. Balâ Saygun : Amerika Devlet idaresinden özetler (terceme); H. Berksun: 2 inci Cihan Harbi bozgunundan sonra Almanya'da mahalli idare (terceme); İ. Vehbi Berk : İsveç'te meslekî yönetim (terceme); M. S. Eyüpoğlu : Köylümüzün ruh özellikleri ve kalkınmada önemi; Fransız Kamulaştırma Kanunu; B. Özkul : Altıntaş ilcesi.

★

Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Sayı : 9, Kr. 30.

Edirne Sulh Yargıcı Naim Tezmen tarafından ayda bir çıkarılan kıymetli hukuk dergisinin Eylül 949 nüshası şu yazı ve kararlarla yayınlanmıştır :

Ekrem Şibay : Menkul zilyedliğinde hüsnüniyet; «Vergi aslı 100 liradan aşağı olan muamele vergisi tarhiyatının da temyiz tetkikatına tâbi bulunması icabedeceği» hakkında Danıştay İçtihadı Birleştirme; «Askeri kamyonun tramvay motorisine çarpmasından meydana gelen zararın tazmini», «Terikenin borca müstağrak olup olmadığının tesbiti ve pasaport verilmemek suretiyle vaki müdahalenin men'i» hakkında Uyuşmaz-

lık Mahkemesi; «Millî Korunma Kanununa muhalif olarak artırılan kira bedelinin verilmemesi» ne dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; «Gayrimenkulün üzerindeki hak ve vecibelerle birlikte satılması», «münazaalı yere tarafların ayrı ayrı ibraz ettikleri tapuların uyması», «Drahomanın iadesi meselesi», «Yemin beyyinesi» hakkındaki Yargıtay Hukuk; «İhaleden doğan zarar», «Temyiz kudretinden mahrum kimsenin mukavele yapması», «Haksız olarak alınan nakliye ücreti» ne dair Yargıtay Ticaret; «Terekenin borca müstağrak bulunması», «Devlet daireleri aleyhine icra tatbikatı» hakkında Yargıtay İcra ve İflâs; «İhtiyatî tedbir kararının infazına muhalefet», «18 yaşını ikmal etmemiş evli bir kadını zorla kaçırma da hangi maddenin tatbik olunacağı» hakkında Yargıtay Ceza Daireleri kararları.

★

Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Sayı : 22, Kr. 100.

Konya avukatlarından Hasan Halis Sungur tarafından dört yıldır değerli hukukî yazıları ve seçme Yargıtay kararları ile iki ayda bir neşrolunan «Hukuk ve İçtihatlar Dergisi» nin Temmuz - Ağustos 1949 nüshası : H. İnceoğlu'nun : Ceza Usulünde yapılması düşünülen değişiklikler dolayısiyle» başlıklı yazısını ve 21 adet Yargıtay Hukuk; 20 tane Yargıtay Ceza ve 7 Danıştay Dairelerinin ve 2 İsviçre Federal Mahkemesinin kararını ihtiva etmektedir.

★

Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası. Sayı : 12, lira 1.

Çeşitli mevzulardaki kıymetli yazılarla yayınlanan mecmuanın Ağustos - Eylül 949 aylarına ait sayısında şunlar bulunmaktadır :

MAKALELER : Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu : Sosyal Adalete Doğru; Ord; Prof. Dr. Ferit H. Sayman: Türkiye İş Hukukunun Gelişme Temayülleri : II Hastalık Sigortası Kanun Tasarısı; Halûk Dayıgili : Grev hakkına dair; Nahit İmre : Eti - Bank; Edip F. Çelik : Génocide Mukavelesi; Prof. L. Buquet'den Dr. Zahit İmre : Ücretler, Hayat Seviyesi ve Fiyat politikası.

İKTİSADİ HAYAT : Sulhi Alson : Amerikan Maliye Nazırı Mr. Snyder'in seyahati v. s.

SOSYAL HAYAT : Ziya Tataç : Tarım işçileri için Kanun tasarısı — Korunmaya muhtaç çocuklar Kanununun tatbik yönetmeliği — İskân; Veraset ve İntikal vergilerinde yapılan değişiklikler v. s.

★

739

İleri Hukuk Dergisi. Sayı : 51, Kr. 75.

Mardin Milletvekili Kâmil Boran tarafından her ay muntazaman yayınlanan değerli hukuk dergisinin 949 Eylül ayı nüshası aşağıdaki yazı ve kararlarla çıkmıştır :

Dr. Necmettin M. Berkin İflâs Hukuku bakımından defter tanzimi ve bilânço; Yüce Divan kararı; Yüce Divan yüksek vazifeli bir mahkemedir; «Cebrî irtikâp suçunun izahı ve teşekkül tarzı» hakkında Yargıtayın 5 inci ve «Devletin emniyet kuvvetlerini alenen tahkir etmek suçunun maddî ve manevî unsurları» hakkındaki 1 innci Ceza Daireleri; 1 — «Altı aydan fazla müddetli kira akdine riayetsizlik ve ihtiyaç sebepleriyle tahliye dâvaları», 2 — «Tediye yeri veya ihdas olunduğu yer yazılı olmıyan emre muharrer senedin tediyesi ve yetkili mahkeme», 3 — «Pazarlıkla satın alınan mallar için taahhüdün yapılmamasında şartnameye göre rızaen verilen teminatın irad kaydı; 4 — «Taahhüdün yapılmamasında uğranılan zarar, maktu tazminatı tecavüz etmesi ve etmemesi hallerinde hükmedilecek tazminat miktarı», 5 — «İhaleyi müteakip süresinde mukavele yapılmaması ve şartnamede sarahat bulunmamasında muvakkat teminatın irad kaydı», 6 — «Ticarî meselelerde ikrarın tecezzi ettirilmesi ve buna müsteniden karar verilmesi yolsuzluğu», 7 — «Ticarî meselelerde kanunen muteber mukavele hükümlerinin tatbiki», 8 — «Taahhüdünü yapmıyan tarafın verdiği pey akçası» hakkında Yargıtay Ticaret Dairesi kararları ve Hukukta Yargılama Usulü Kanunu tasarısı gerekçesi.

★

İş Mecmuası. Sayı: 96.

Kıymetli yazılarla neşrolunan derginin bu sayısı : İ. Ş. : Hariciye Vekâletine bir ihtar; Musluoğlu Lûtfi : Soyadı Kanunu üzerinde bir deneme ve soyadlarını tashih yolları; Nüsret Uzgören : Kooperatifçilik dâvası; Rusya - da Türk , Profesör Gabriel'in konferansı, Türkçeye hürmet, Sayın ne demektir?, Kanunlarımız hakkındaki yazıları ihtiva etmektedir. **K. D.**

Yükselme teklif listesi

Yükselmelerine halen kazai ve inzibatî engel olmıyan yardımcı Yargıç ve Savcılarla yargıç sınıfından sayılanların Ağustos/1949 sonuna kadar yükselmelerini bitirenler bu süre içinde 4379 sayılı kanundan faydalananların sicil sayısı itibariyle isimlerinin gösterir liste Yargıçlar Kanununun 29. uncu maddesi gereğince her meslek sınıfları için ayrı hazırlanarak aşağıda gösterilmiştir.

Kendilerini yükselmeğe lâyik gördükleri halde bu listede isimlerini ublamayanlar adı geçen maddenin ikinci fıkrası gereğince yayım gününden itibaren bir ay içinde 2 sayılı ayırma meclisine yazılı olarak itiraz edilebilir. (1).

İkinci sınıflarda beş veya bu sınıfların 4 ncü derecesinde 3 yılı bitirenler

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
1	178	Fehmi Erkan	Samsun Kadastro Yargıcı
2	622	Abdulbari Uğur	Yargıtay Raportörü
3	660	Ziya Ataç	Salihli Ağır Ceza Başkanı
4	688	Veysi Bayar	Diyarbakır Ceza Yargıcı
5	793	Asım Güven	Marmaris Yargıcı
6	925	Faik Esen	Serik Yargıcı
7	989	A. Muhtar Akşener	Van Yargıcı
8	1080	Rahmi Anlı	Trabzon Asliye Hukuk Yargıcı
9	1122	Kenan Ataergin	İstanbul Asliye Ceza Yargıcı
10	1265	Fevzi Omay	Yalvaç Hukuk Yargıcı
11	1290	Tevfik Öen	Afyon Ağırceza Mahkemesi Başkanı
12	1554	Fezlullah Şenol	Antalya Hukuk Yargıcı
13	2114	Cevdet Günday	Zonguldak Yargıcı
14	2136	Hilmi Ayık	Malatya Ceza Yargıcı
15	2920	Lütfü Erkan	Burhaniye Yargıcı
16	3429	Suphi Andiç	Osmaniye Hukuk Yargıcı
17	3527	İbrahim Ethem Alpaydın	Elâzığ Yargıcı
18	3549	Şevki Taşçıoğlu	Mustafakemalpaşa Hukuk Yargıcı
19	3665	Emin Nami Güven	Kırşehir Hukuk Yargıcı
20	3682	Hüsamettin Eroğlu	Ordu Asliye Ceza Yargıcı
21	4045	Senai Meriç	Diyarbakır Ağır ceza Mahkemesi Başkanı
22	4146	Cevat Erkul	Birinci sınıf Adalet Müfettişi
23	4723	Celâlettin Türkgeldi	İstanbul İcra Yargıcı
24	4903	Akil Önder	Ankara Yargıcı
25	5176	Suphi Örs	Birinnci sınıf Adalet Müfettişi
26	5199	Salim Başol	İstanbul Ağırceza Mahkemesi Başkanı

(1) Bu liste Resmî Gazetenin 14/9/1949 günlü sayısında yayınlandığından Hâkimler Kanununun 29 uncu maddesi gereğince itiraz süresinin başlangıcı bu tarihtir.

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve Soyadı	Memuriyeti
27	5201	Talât Karay	Ankara Yargıcı
28	5414	Hamdi Öner	İzmir C. Savcısı
29	5416	Orhan Nezih Babaoğlu	Adana Asliye Hukuk Yargıcı
30	5444	Niyazi Karakazan	Yalova Yargıcı
31	5463	Cemil Ulusal	Ankara Asliye Ceza Yargıcı
32	5506	Cemal Bilgin	İstanbul Asliye Ceza Yargıcı
33	5670	Müfit Erkuyumcu	İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanı
34	5676	Osman Nail Özkan	İstanbul Asliye Ceza Yargıcı
35	5789	Mehmet Kayakırılmaz	Manisa Hukuk Yargıcı

YARGIÇLIK SINIFI

Beşinci Derece

1	3668	Ali Şükrü Argun	Malkara Yargıcı
2	6310	Cevdet Özden	Ankara Yargıcı

ALTINCI DERECE

1	4988	Cemal Tümer	Kastamonu Sulh Yargıcı
2	5799	Adnan Sözmen	İstanbul Sulh Yargıcı
3	5984	Edip Alan	Bolu Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi

YEDİNCİ DERECE

1	6231	Ruhi Güven	Mudurnu Ceza Yargıcı

Sekizinci Derece

1	6989	Enver Özlü	Ermenek Sorgu Yargıcı
2	7455	Necip Karcı	Devrekâni Sorgu Yargıcı
3	8084	Riza Başar	Sivrihisar Ceza Yargıcı
4	8145	Şemsettin Ekmen	Karacabey Yargıç Yardımcısı
5	8254	Abdülmecit Belli	Elmalı Sulh Yargıcı
6	8691	Turgut Buharalı	Demirci Sorgu Yargıcı
7	8870	Hüseyin Orhan Devrim	Turhal Yargıç Yardımcısı
8	8940	Ekrem Ultav	Sütçüler Sulh Yargıcı
9	8978	Ali Çağlar	Şuhut Yargıcı
10	8982	Mustafa Akalın	Bingöl Hukuk Yargıcı
11	8988	İbrahim Safacı	Beyşehir Ceza Yargıcı
12	8989	Kemal Şener	Haymana Yargıcı
13	8990	Hilmi Aydın	Gülnar Yargıcı
14	8991	Kemal Canbazoğlu	Erzincan Sulh Yargıcı
15	8992	Muharrem Uzgünpınar	Cizre Sorgu Yargıcı
16	8993	Naim Oktay	Tire Sorgu Yargıcı
17	8997	Hilmi Sarsılmaz	Bucak Yargıç Yardımcısı

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve Soyadı	Memuriyeti
18	9000	Fehmi Ertan	Boğazlıyan Ceza Yargıcı
18	m. 9003	Fahrettin Kıyak	Şebinkarahisar Ceza Yargıcı
19	9008	Vahap Kısakürek	Reyhanlı Yargıcı
20	9015	Kenan Türgil	Gündoğmuş Yargıcı
21	9016	Mustafa Sarı	Nizip Yargıcı
22	9018	Naci Yıldan	Uzunköprü Sorgu Yargıcı
23	9019	Nüzhet Doröz	Avanos Sorgu Yargıcı
24	9021	Muhammet Bayramoğlu	Eskipazar Sorgu Yargıcı
25	9022	Mustafa Atay	Bartın Sulh Yargıcı
26	9024	Şefik Şensoy	Biga Sorgu Yargıcı
27	9029	Mustafa Özveren	Erzurum Sulh Yargıcı
28	9032	Sami Duyum	Manyas Sulh Yargıç Yardımcısı
29	9035	Enver Okvuran	Kemalpaşa Yargıç Yardımcısı
30	9039	Kutsi Malatyalıoğlu	Zonguldak Ağırceza Mahkemesi Üyesi
31	9047	Sırrı Gürsan	Akhisar Sulh Yargıcı

DOKUZUNCU DERECE

1	5629	Hadi Tanman	Simav Sorgu Yargıcı
2	6216	A. Hikmet Pak	Kalecik Sorgu Yargıcı
3	7764	Neyire Tuksavul	Ankara Sorgu Yargıcı
4	8040	Jale Arkun	Ordu Yargıç Yardımcısı
5	8072	Cevat Ulugöl	Balya Yargıç Yardımcısı
6	9107	A. Hulûsi Günay	Yozgat Yargıç Yardımcısı
7	9160	M.Reşit İpek	Akçadağ Yargıcı
8	9220	Salih Necati Gürsoy	Çorlu Yargıç Yardımcısı

ONUNCU DERECE

1	8535	Güllü Ayhan Toker	Ankara Yargıç Yardımcısı
2	8601	Ethem Ethemoğlu	Osmancık Sorgu Yargıcı
3	8900	Leman Ekmekçioğlu	İsparta Yargıç Yardımcısı
4	9190	Meliha Münevver Savaşçın	Karaman Yargıç Yardımcısı
5	9192	Lemanisar Avgan	Dursunbey Yargıç Yardımcısı
6	9225	Nedime Ocakçıolu	Kars Yargıç Yardımcısı
7	9226	Bedriye Öncer	Siirt Yargıç Yardımcısı
8	9227	Nuriye Özar	Diyarbakır Yargıç Yardımcısı
9	9240	Meliha Yalazan	Afyon Yargıç Yardımcısı
10	9310	Nazım Böğrek	Gündoğmuş Sorgu Yargıcı
11	9314	Necati Sayan	Yüsekova Yargıç Yardımcısı
12	10115	Hüseyin Boroğlu	Posof Yargıç Yardımcısı
13	10135	Mehmet Kaya	Mutki Yargıç Yardımcısı
14	10138	Lâmi Cimili	Suruç Sorgu Yargıcı
15	10139	Mehmet Emin Arıkan	Adıyaman Yargıç Yardımcısı
16	10272	Ali Rıza Özyol	Bingöl Yargıç Yardımcısı
17	10291	Kemal Günar	Göksun Yargıç Yardımcısı

SAVCILIK SINIFI
Sekizinci Derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve Soyadı	Memuriyeti
1	7468	İrfan Öztürk	Bayındır C. Savcısı
2	7792	Hakkı Kızılok	Çankırı C. Savcı Yardımcısı
3	7923	Hünü Akşit	Uzuköprü C. Savcı Yardımcısı
4	7990	Hasan Gebizli	Ilgaz C. Savcısı Yardımcısı
5	8103	Rifat Aslanoğlu	Adapazarı C. Savcısı Yardımcısı
6	8110	Zeki Çavuşoğlu	İstanbul C. Savcısı Yardımcısı
7	8207	Ahmet Çakacı	Edremit C. Savcısı
8	8979	Necdet Varol	Çorum C. Savcısı Yardımcısı
9	8985	Remzi Erkal	Kemalpaşa C. Savcısı Yardımcısı
10	8989	Atıf Atay	Avanos C. Savcısı
11	8999	Galip Mergen	Gelibolu C. Savcısı
12	9001	Kemal Saygı	Kangal C. Savcısı Yardımcısı
13	9026	Haydar Akdik	Germencik C. Savcısı
14	9036	Salim Ertem	Çanakkale C. Savcısı Yardımcısı
15	9041	Zeki Dayıoğlu	Zonguldak C. Savcısı Yardımcısı
16	9046	Zekeriya Moto	Adana C. Savcısı Yardımcısı

DOKUZUNCU DERECE

1	9074	Rasim Önel	Torbalı C. Savcısı Yardımcısı
2	9103	Muharrem İllez	Adana C. Savcısı Yardımcısı
3	9166	Muammer Sardaroğlu	Osmaniye C. Savcısı

ONUNCU DERECE

1	7952	Ahmet Niyazi Gencer	Saimbeyli C. Savcısı Yardımcısı
2	9621	Niyazi Akçay	Besni C. Savcısı Yardımcısı
3	9279	Mustafa Burhanettin Karaalioğlu	Şarkışla C. Savcısı Yardımcısı
4	9318	Naci Varlık	Mesudiye C. Savcısı Yardımcısı
5	9345	Hüseyin Orhanettin Atak	Viranşehir C. Savcısı Yardımcısı
6	9474	Hüseyin Yörük	Ağrı C. Savcısı Yardımcısı
7	10131	Oğuz Kart	Siverek C. Savcısı Yardımcısı
8	10165	Hasan Tahsin Durlu	Nazmiye C. Savcısı Yardımcısı
9	10200	Mustafa Orhan Buyan	Manavgat C. Savcısı Yardımcısı
10	10212	Reşadettin Hulki Sirkecioğlu	Nizip C. Savcısı Yardımcısı
11	10218	Yavuz Şemsettin Ekren	Iğdır C. Savcısı Yardımcısı

Adalet Bakanlığından :

Yükselmelerine kazaî ve inzibatî engel olmıyan yardımcı, yargıç ve savcılara ait olup Ağustos/949 sonuna kadar yükselme sürelerini doldurup 14/9/949 gününde resmî gazete ile yayınlanan listeye ektir.

YARGIÇLIK SINIFI

Yedinci Derece

No.	Adı ve Soyadı	Memuriyeti
8210	Naci Oğuzer	Rize Hukuk Yargıcı
8253	Mennan Akçalı	Antalya Sulh Yargıcı

Onuncu Derece

8977	Muzaffer Atayman	Nevşehir Yargıç Yardımcısı

Yargıtay Kararları

Hukuk Bölümü

Dâva Konusu olan yeri haricen satın alan Mustafa'dan yine haricen iştira eden dâvalının ilk satın alan yerine kaim olacağı ve şu suretle satış bedeli ve zarurî ve faideli masrafları verilinceye değin dâvalının müddeabih üzerinde hapis hakkı bulunacağı yolunda Hususî daire kararına uymak gerekirken eski hükümde ısrar olunması yolsuzdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas 5/19/14 — Karar 12

DÂVA : Mevki, hudut ve kiymetleri yazılı Bahçe ve ev arsasına dâvalı tarafından yapılan müdahalenin önlenmesini istenmiştir.

HÜKÜM: Dâvalının müddeabih gayrimenkullere vaki müdahalesinin men'ine ve dâvalının ileri sürdüğü masraflarını dilediği kimseden almakta ve ait olduğu mahkemeye müracaatta serbest olmasına dair verilen karar Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesince; Dâvaya konu olan yerin dâvacı tarafından vaktiyle Mustafa adında bir kimseye adî senetle sattığı anlaşılmasına ve dâvalı da bu yeri Mustafa'dan Haricen satın aldığını iddia eylemesine ve bu suretle haricî satış gerçekleştiği surette dâvalı; ilk müşteri olan Mustafa'nın yerine kaim olacağına ve şu hale nazaran satış bedeli ve zarurî ve faideli masrafları verilinceye değin dâvalının medenî kanun hük münce hapis hakkı besbelli bulunduğuna göre anlaşmazlığın bu çevre içinde çözülmesi gerekli olduğu ve bu husus hakkında dâvalı ayrıca dâva açmak zorunda bulunmadığı halde sözü geçen cihetler göz önünde bulundurulmaksızın ilâmda yazılı olduğu üzere masraflar hakkında ait olduğu mahkemeye müracaatta serbest olmasına ve saireye karar verilmesinde doğruluk görülmemiş ve bozma dileği bu bakımdan yerinde bulunmuş olduğu beyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda : mübrez 22/Ocak/942 tarihli noter senedi (2000) lira adî borç senedi olup bunda gayrimenkul satışı veya vadi hakkında bir kayıt bulunmamasına ve münazaalı yerdeki meyveli ağaçların dâvalı tarafından değil dâvacının babası tarafından yetiştirildiği bilirkişiler tarafından bildirilmesine ve ve dâvalının bu yerde inşaatı olmayıp henüz başladığı sırada inşaatın derhal durdurulmuş olduğu tedbir dosyasiyle sabit bulunmasına evvelki cevap lâyihasında (200) liray aaldığını söylediği bu kere verdiği 7/Mayıs/947 tarihli lâyihasında (300) liraya aldığını ileri sürmüş olmasına ve dâvalının bu yeri Mustafa'dan ne satın almış ve ne de inşaat vegersiyatta

bulunmuş ve ne de zarurî ve faideli bir masraf yapmış bulunmasına ve Müerret akrabası olan Mustafa'ya dayanarak dâvalı yere haksız olarak tecavüz etmesine mebni evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Ramazan Ak

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Tarafların iddia ve savunmalarına ve yargılama tutanağı münderecatına göre özel dairenin bozma ilâmı doğru olup uyulmak gerekli bulunmuş iken ilâmda yazılı sebep ve düşüncelerle ısrara karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz olunan ısrar kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan (BOZULMASINA) ve aşağıda müfredatı yazılı (870) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına16.1.1946 tarihinde çoklukla karar verildi.

Posta nakliyatı taahhüdü ticarî muamelelerden madut olduğundan nakliyat mukavelesine aykırı şekilde hareket eden müteahhit aleyhinde açılmış olan tazminat davasının rüyeti ticaret mahkemesinin vazifesi dahilindedir. Bu görüşe dayanılarak verilen ısrar kararı kanuna uygundur.

Yargıtay Genel Kurulu
Esas T/2/1 — Karar 20

DAVA: Dâvacı Vekili, 1939/1940 senesi Ankara—Balâ Postası nakliyatı, ayda 105 lira posta idaresine üste vermek şartiyle dâva olunana ihale edilmiş isede dâva olunan mukavele yapmağa yananşmamış olduğundan, mukavelenin 28 inci maddesi mucibince ihale feshedilmiş ve posta nakliyatı ayda (40) lira mukabilinde başka bir mütaahhide verilmiş olduğundan bu suretle müvekkili idarenin dâva olunan zimmetinde alacağı olan (1260) lira ile diğer mütaahhide verildiği (480) liraki, ceman (1740) liranın tahsilini istemiştir.

HÜKÜM : Batıl bir akde istinaden yatırılmış ve hazinece irad kaydedilmiş bulunan 135 lira muvakkat teminat akçasının istirdadı dâvalı tarafından karşılıklı olarak istenilmiş olmakla yapılan yargılama sonunda dâvacı idarenin alacağı olduğu tahakkuk eden (1389) lira (18) kuruştan (135) lira teminatın tenziliyle geri kalan (1254) lira 18 kuruşun % 5 faizle beraber dâva olunandan tahsiline ve dâvacının fazla iddiasiyle dâvalının

müdafaatının reddine dair verilen hüküm Yargıtay Ticaret Dairesinin; dâva edilen Ankara ile Balâ kazası arasındaki Posta nakil işini ücret almıyarak bilâkis üste her ay 100 küsur lira bir para vermeyi de üzerine almak suretiyle taahhüt eylemiş olduğu iddia ve müdafaa ve mübrez mukavele ve şartnameden anlaşılmaktadır. Ticaret Kanununun 887 inci maddesinde ancak ücret mukabilinde vaki olacak nakil taahhütlerinin nakil mukavelesini teşkil edebileceği tasrih kılınmıştır. Kanunun bu tarifine göre ücretsiz olarak vaki olacak nakil taahhütlerinin ticarî bir nakil mukavelesi teşkil edememeleri lâzım gelmektedir. Filhakika gayesi ticarî bir maksada müteveccih olmıyan muamelelerin doğrudan doğruya ticarî muameleler arasına girmesine imkân mutasavver değildir. Esasen posta idaresi tacir sıfatını haiz olmadığı için ona nisbeten de muameleye ticarî vasfı izafe olunamaz. Dâva edilenin sıfatına gelince; tâcir sıfatını haiz olsa dahi ücretsiz olarak posta naklini taahhüt etmesine ticarî muamelesini teshil edici ne de mahiyetten ticarî muamelelere kıyası caiz bir faaliyet olmaması itibariyle ona izafetende ortada ticarî bir muamele mevcuttur denilemez. Bu noktalar göz önünde tutularak dâvaya bakmak mahkemenin vazifesi dahilinde olup olmadığı hakkında bir karar verilmek iktiza ederken vazife meselesi düşünülmiyerek dâvanın kabuliyle yazılı olduğu üzere muamele ifa ve karar ittihaz edilmiş olması yolsuz olduğundan bahisle bozulup mahalline geri gönderilmekle; yeniden yapılan yargılama sonunda: Yargıtayca içtihatları birleştirme yoliyle verilmiş olan 26.4.1944 tarih ve 29.15 sayılı ilâmında yazılı gerekçeye göre dâvaya bakmak mahkememizin görevi içinde bulunduğundan ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı ve Müddealeyh.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; kısmen ısrarı kapsıyan son hükmün süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

26/Nisn/1944 tarih ve 15/29 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararına dayanmakta bulunan ısrar kararı usul ve kanuna uygun olmakla esas hakkında gerekli inceleme yapılmak üzere dosyanın Yargıtay Ticaret Dairesine gönderilmesine 2/2/1949 tarihinde oybirliğiyte karar verildi.

Nizalı mahallin yerini ve sınırlarını mahalinde tespit eden bilirkişilerin beyanına göre dâvacının dayandığı tapudaki sınırların iddia olunan yere uymamasına

ve bu yerin köyün mer'ası olduğu 1940 da ve bu kerre cereyan eden yargılama neticesinde tahakkuk etmesine göre ısrar kararı yerindedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas 1/50/4 — Karar 8

Dâva ; Tapulu ve 400 lira kıymetli tarlasına dâvalı mer'a olduğu bahanesiyle müdahale etmekte olduğundan men'i istenmiştir.

HÜHÜM : Keşif ve tatbikat ittifakla seçilen bilirkişilerle yapılmış olduğundan başkaca keşif yapılmasına lüzum görülmemiş ve dâva tapuya müstenit gayrimenkule müdahalesinin önlenmesi talebinden ibaret bulunmuş olmasına göre zilyetliğin tahkikıda icap etmemiş ve şu hale nazaran dâva sabit görülmemiş olduğundan dâvanın reddine dair verilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince ibraz edilen tapuların dâva edilen yere ait olup olmadığı hakkında bilir kimselerin ifadeleri kesin bulunmaması itibariyle bilir kimseler marifetiyle yeniden uygulama yapılması gerekirken bu gerekçenin nazara alınmaması yolsuz olduğundan bahisle bozulup mahalline geri gönderilmekle; yeniden yapılan yargılama sonunda: dâvacı; dere, yol keza yol ve Hacı Ömer tarlası gibi cihetleri belli olmıyan bir tapu ibraz etmiş ve bilirkişiler nizalı mahallin mevki ve hudutlarını belirterek nizalı yeri dâvalı köyün mer'ası olarak bildiklerini ve dâvacı ve murisinin bu yere tasarrufunu görmediklerini söylemişlerdir. Bu beyanat açık ve kesindir evvelce dâvacının akrabaları tarafından aynı tapuya istinaden müdahalede bulunduklarından dolayı dâvalı muhtar tarafından aleyhlerine dâva açılmış, tapuları uymamış ve müdahalelerininmen'ine dair verilen karar Yargıtayca onanmış olduğu bu kerre celbedilip dosya meyanına konulan evraktan anlaşıldığı beyaniyle eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Mehmet Gündüz.

YARGITAY KARARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Nizalı mahallin yerini ve sınırlarını mahallinde tesbit eden bilirkişilerin beyanına göre dâvacının dayandığı tapudaki sınırların iddia olunan yere uymamasına ve bu yerin köyün mer'ası olduğu 1940 da ve bu kerre cereyan eden yargılama neticesinde tahakkuk etmesine göre ısrar kararı yerinde olduğundan onanmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (670) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 16/2/1949 tarihinde çoklukla karar verildi.

749

Ferağın iptali dâvası mevzuu olan gayrımenkuller hakkında üçüncü şahıs tarafından dâvalılar aleyhinde açılan şur'a dâvası üzerine şur'a hakkının sübutuna dair verilen hüküm kesinleşmiş ve şu suretle dâvalıların sahılan hisselerde zilyedlik ve mülkiyet rabıtaları kalmamış olduğundan dâvanın husumet noktasından reddi lâzım geleceğine dair hususî dairenin bozma kararına uyulması lâzımgelirken eski hükümde ısrar olunması yolsuzdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas 1/170/103 — Karar 11

DÂVA: Dâvacı vekili, dâvalı Halil İbrahim müvekkillerinden İbrahimin damadı ve Haticenin oğlu olup müvekkillerinin tapusunun 24/2/945 tarih ve 420/437 numaralarında kayıtlı yeri ve sınırları ve miktarı belli sekiz parça gayri menkullerdeki hak ve hisselerini, cebir ve ikrahla dâvalı (1400) lira bedel ve ivaz göstererek uhdesine ferağ ettirildiğinden ,haksız olarak dâvalının uhdesine yapılan müddeabih sekiz parça gayrimenkul ferağınınniptaliyle müvekkilleri uhdesine kayıt ve hali sabıkına icrasını istemiştir.

HÜKÜM: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, cebir ve ikrah ve bedel gabin neticesinde dâvacıların dâvalı İbrahim Solağa 24/2/945 tarihinde (1400) Lira mukabilinde ferağ takririni vererek dâvalı ibrahim namına tescil edilen tapu kayıt ve senetlerinde yeri ve sınırları ve miktarları vesair vasıfları yazılı tapunun 430/437 numaralarında kayıtlı sekiz parça gayrimenkul için dâvalı tarafından dâvacılara verilen (1400) lira bedeli mebiin dâvacılar tarafından dâvalı İbrahime verilmesine ve cebrü ikrah ve gabin neticesinde yapılan mezkûr sekiz parça gayrimenkule ait ferağ akdinin feshiyle dâvalı namına tescil edilen gayrimenkullerin dâvalı üzerinden kayıtlarının silinerek eski kayıtları mucibince dâvacılar namlarına tescilinin icrasına dair verilen karar Yargıtay 1 inci Hukuk Dairesince; satışın iptali hakkında dâvacılar tarafından açılan işbu dâvanın Yargılanması sırasında satılan hisselerin şuf'a yoliyle kendisine temliki müdahil Ahmet tarafından bu dâvadan önce açılan dâva ile istenmiş ve alıcı huzuriyle yapılan incelemelerde şuf'a hakkı sabit görülerek olveçhile meşfuun adı geçen Ahmet'in uhdesine tesciline dair verilen karar dahi kesinleşmiş ve bu suretle alıcının satılan hisseleriyle zilyetlik ve mülkiyet rabıtası kalmadığından ötürü akdin iptali hakkında husumetin kendisine tevcih edilmiyeceği derkâr ve usulen şefi hakkında dâva açmakda dâvacılar muhtar olmak üzere dâvanın reddi gerekli bulunmuş olduşu halde dâvanın kabuliyle yazılı şekile karar verilmesi yolsuz ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen itirazlar bu bakımdan yerinde olduğu beyaniyle bozulmuş ve dâvacılar vekilinin tashihikarar talebi üzerine adı geçen dairece yapılan tahkikat neticesinde kararın tashihini gerektirecek sebepler bulunmadığından tashihi karar talebinin reddine karar verilip dosya ma-

halline iade edilmiş olmakla yeniden yapılan Yargılama sonunda: Dâvacılar tarafından dâvalı aleyhine açılan işbu ferağ iptali ve tescil dâvasının satılan hisselerin şuf'a yoliyle kendisine temliki müdahil Ahmet tarafından dâvalı aleyhine açılan şuf'a dâvası karara bağlanmadan evvel açılmış bulunmasına ve yargılamanın müdahil şefi Seyit Ahmet'in huzuriyle yapılarak bunun tarafından serdedilen iddia ve müdafaalarile bu hususlara ait delillerinde toplanmış bulunmasına ve dinlenen tanıkların ifadelerine, göre bozma kararı uyulmağa şayan görülmiyerek eski hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN ve duruşma isteyen: Müdahiller vekili avukat Yusuf Ziya Kösemen

YARGITAY KARARARI

Duruşma icrası için tâyin olunan 23/2/1949 tarihine rastlıyan çarşamba günü muayyen zamanda temyiz eden müdahiller vekili Avukat Yusuf Ziya Kösemen ve aleyhine temyiz olunan dâvacılar vekili Avukat Nevruz Tuksavul gelerek hazır olup temyiz müddeti aleyhinde temyiz olunan vekilinin bir diyeceği olup olmadığı sorularak ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşılmakla Hukuk Genel Kurulunca tarafların şifahi izahları dinlendikten sonra vaktindarlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanmasının başka bir güne bırakılması tensip kılınmıştır.

Bu gün Hukuk Genel Kurulunca dosyada mevcut kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Hususî daire ilâmında gösterilen gerekçeye göre bozma sebebi yerinde olup uymak lâzım gelirken bazı sebeb ve düşüncelerle yazılı şekilde ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün bu sebepden ötürü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan (Bozulmasına) ve aşağıda müfredatı yazılı (870) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/3/1949 tarihinde çoklukla karar verildi.

Suya müstakillen malik olmak için tasarruf vesikasına lüzum yoktur. Suyun hak iddia edenin tapusu içinde olması mülkiyetin sübutuna kâfidir. Bu sebeple bozmaya uymak gerekirken eski kararda ısrar olunması yolsuzdur.

DÂVA: Tapu ile mutasarrıf olduğu bahçesini öteden'beri sulamakta olduğu umuma ait suya dâvalının müdahelesini men'i isteminden ibaretti.

791

HÜKÜM: Davacının 15 sene evvel yetiştirmeğe başladığı bahçe; Mayıs başlangıcından Ekim sonuna kadar (20) günde bir suyun hey'eti Umumiyesiyle 3 saat su verilmesi davalının kadim 80 dekarlık Bahçesine zarar vermiyeceği anlaşıldığından davalının bu suretle su verilmesine müdahalenin men'ine; davacının bir iki sene-denberi ihdas eylediği bahçe için talebinin reddine dair cerilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; dâvacının temyiz itirazları yerinde değilse de asıl su harkı kuzeyden geçerek batı taraftaki birisi Hiristiyana ve diğeri de dâva olunanın dedesi Aliye ait iki değirmeni çevirdikten sonra ilerideki dava olunanın Bahçesini sulayan kadim hark olup bu harkın Millî Mücadele senelerinde bozulmasından terkedilerek 20 sene evvel başka mahalden yeni Hark ihdas edilmiş ve kuzeydeki kadim metrûk harkın bitişiğinde bulunan mahalli davacı sonradan Davut namında bir şahıstan haricen satın alıp meyve Bahçesini 10-15 Sene evvel Yetiştirmeğe başlamış ve kadim harkın suladığı Bahçeyi sahibi olan dâva olunan dedesi Ali Başkalarına kiraya vermiş olmasından bil'istifade dâvacı ihdas ettiği Bahçeyi ara sıra münazaalı su ile sulamış olduğu bilirkişiler ile şahitler tarafından bildirilmiş bulunduğuna ve şu suretle bu suda davacının kadim bir hakkı olmadığı anlaşıldığına göre mezkûrdeliller incelenerek kanun hükümleri çerçevesinde bir karar verilmek icabederken bundan zühûl ile ve gerekçeleri gösterilmeksizin bu sudan dâvacıya istifade hakkının tanınmış olması, 2 — Dâva olunan müdafaasında dâvaya konu olan suya tapu ile malik olduğunu bildirdiğine göre bu hususiaki tapusunu ibraz etmesi istenilmek ve kaynağın dâva olunanın tapusunun sınırları içinde olup olmadığı bilirkişiler marıfetiyle belirtilmek lâzım gelirken araştırmanın bu noktadan dahi eksik bırakılması, 3 — Bilirkişi ziraat mutahassısı Remzi bu suyun beş inces miktarında olup ancak dâva olunanın meyve Bahçesinin su ihtiyacını karşılayabileceğini beyan etmiş olduğuna ve yapılan keşiflerde dâvacının Bahçesinin ne miktar suya ihtiyacı olduğunu tesbit edilmemiş bulunduğuna rağmen hiç bir gerekçeye müstenit olmaksızın ve mutahassısın mütalâası Kanunî delillerle red ve talil edilmeksizin dâvacının Bahçesinin her sene Mayıs başlangıcından Ekim ayı gayesine kadar 20 günde bir; suyun hey'eti umumiyesiyle üç saat sulanmasına ve dâva olunanın müdahelesinin önlenmesine karar verilmesi, 4 — Hükmün infazını sağlamak için dâvacının bu sudan sulamak istediği Bahçeyi ve kaynağın bulunduğu mahalli ve kadim ve muhdes harkları ve muhdes harkların geçtiğiar-a zinin sahibi ve kaynağın ve harkların taraflara ait Bahçelerle olan münasebetini gösterir şekilde fen ehline muntazam bir kroki çizdirtilmek gerekli iken mezkûr hususları açık ve kesin olarak göstermemiş ve müphem bırakmış olan krokinin kâfi görülmesi yolsuz olduğundan bahsile bozu-

lup iade edilmekle; yeniden yapılan yargılama sonunda; bazı sebep ve düşüncelerle eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Hayrullah Sekmen.

YARGITAY KARARARI

Hukuk Genel kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Suya dâvalının müstakillen malik olduğunun sübut ve kabulü için mutlaka bir tasarruf vesikasına dayanılması gerekli olmayıp kaynağın dâvalının tapusu içinde olması ve kasimen mutasarrıf bulunması kâfi olacağına ve suda dâvacının eskidenberi intifa hakkı bulunmadığı anlaşılmasına göre bozma kararı varit ve uymak icabederken yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz olduğundan son hüküm dahi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan **Bozulmasına** ve aşağıda müfredatı yazılı (720) Kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 9/3/949 Tarihinde OYBİRLİĞİLE karar verildi.

Haciz edilen eşyaların kendisine adiyetini dâvacı usulen ispat edememiş ve teklif eylediği yemini dâvalı kabul ve icra eylemiş ve delillerin takdiri yargıca ait bulunmuş olduğundan ısrar kararı doğru ve kanuna uygun bulunmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas İc. İf. 4/1 — Karar 1

DÂVA: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas — ic. if. 4/1 karar 1 Dâva olunanın kocası İbrahim'de olan alacağından dolayı şahsına ait ve dâva dilekçesinde cins, miktar ve kıymetleri cıhaz eşyası üzerine konmuş olan hacizin kaldırılması isteminden ibarettir.

HÜKÜM: Faturada koltuk takımıyle masalar yazılı olup bunların da borçlu namına yapılıp satıldığı ve eski faturadaki İbrahim adının silinerek dâvacının adının yazıldığı Tanık Remzinin beyanından anlaşıldığından bunlar hakkında mübrez fatura hükme medar olamıyacağı gibi diğer müddeabih eşya hakkında da delil bulunmamasına ve teklif edilen yemini dâvalının kabül ve icra eylemesine mebni sabit olmayan dâvanın reddine dair verilen karar yargıtay icra ve iflâs dairesince; haczolunan mallara borçlu ile istihkak iddia etmiş olan dâvacı müştereken zilyet olup Medenî Kanununun 898 inci maddesi gereğince bir menkûlün zilyedi onun maliki sayılacağına göre hadisede bunun hilâfina iddia eden dâvalıya müddeası ispat ettirilmek ve eemediği surette yemin hakkını kullanıp kullanamıyacağı sorulduktan sora karar ittihaz edilmek icabederken mercice bu cihet göz önünde tutulmaksızın yazılı olduğu üzere; karar verilmesi yol-

753

suz olduğu beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan = yargılama sonunda: Dâvacının nakıs zilyetliğini mülkiyete delil saymak Kanun hükümleriyle telifi kabil görülmemiş ve dinlenen tanıkrarın beyanları kanaat verici mahiyette bulunmamış ve binnetice dâva delilsiz kalmış ve dâvalının yemini ile mes'ele halledilmiş olduğundan ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrar olunmamasına karar verildi.
TEMYİZ EDEN: Fatma Güçlü Vekili Avukat Vehbi akman

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dâvacı; haczedilen eşyaların kendisine aidiyetini usulen ispat edememiş ve teklif eylediği yemini dâvalı kabûl ve icra eylemiş ve delillerin takdiri yargıca ait bulunmuş olması ve karar yerinde gösterilen diğer kanunî gerekçelere göre yersiz olan temyiz itirazlarının reddiyle usûl ve kanuna uygun bulunan ve temyiz edilen ısrar kararının (ONANMASINA) ve aşağıda müfredatı yazılı (657) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 16/3/1949 tarihinde çoklukla karar verildi.

Dâva mevzuu gayrımenkulün, Hüseyin Kâhya tarafından Abraham kızı Adanaya tapuda takriri verilmek suretile uhdesine geçtikten sonra Hüseyin Kâhya üzerindeki kayda ferağ keyfiyeti işlenmemiş olmasından dolayı müddeabihin dâvalılar adına yapılan intikal işlemi bir hüküm ifade etmeyeceğinden bu kaydın iptaline ve ecri mislin tahsiline dair verilen karar Kanuna uygundur.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas 2450 — Karar 1547

Dâva: Müvekkilinin tapu ile mutasarrıf olduğu yer ve sınırları dâva dilekçesinde yazılı gayrımenkuller dâvalıların murisi Hüseyin Kâhya adına kayıtlı iken tarafından Abraham kızı Adanaya satılarak ferağ verilmiş ve Adananın kaybubiyeti üzerine Hazine intikal ederek tarafından Mustafa adındaki şahsa ihale olunmuş ve Mustafadan dahi müvekkili satınalmış olduğu halde dâvalıların murisleri evvelki malik Hüseyin Kâhya adına olan kayda münakale işareti konulmamış olmasından istifade ederek işbu gayrımenkulleri kendi adlarına intikal ettirmiş olduğundan bahsile yolsuz yapılan intikal işleminin iptaline ve dâvalıların fuzuli müdahalesinin önlenmesine ve beş senelik ecri misil tutarı 1750 Liranın dâvalılardan tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

Karar: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere bozma kararına uyularak evvelce gayrımenkuller hakkında hazine tarafından açılan

müdahelenin önlenmesi dâvasının dâva sırasında Hazinenin işbu gayrımenkulleri başkasına satarak ilgisi kalmamış olmasından dolayı husumet noktasından reddedildiği getirtilerek incelenen bu hususiaki dâva dosyası münderecatile anlaşılmış ve dâvanın esas noktasından reddedilmiş olmasına göre bured kararı dâvalılar lehine delil sayılacak nitelikte bulunmamış ve dâva konusu gayrımenkullerin dâvalıların murisi Hüseyin Kâhya adına kayıtlı iken kayıt sahibi tarafından Adana adindaki kadına satılarak ferağı yapıldığı ve Adananın kaybubiyeti üzerine Hazine tarafından Mustafa adindaki şahısa ihale edilerek adına tesçil edildiği ve Mustafadan da dâvacının satın aldığı incelenen tapu kayıt suretleri münderecatı ve tapuların bilirkişi marifetile mahallinde yapılan incelemesi sırasında tanzim olunan tutanak mündericatı ve bilirkişi beyanlarıyle subut bulmuş ve dâvalıların kötü niyetleri müdahelede devamlariyle tebeyyün etmiş olmasına mebni dâva konusu gayrımenkullerin dâvacıya teslimine ve dâvalıların müdahelesinin önlenmesine ve dâvalılar adına yolsuz yapılan 929 Tarih ve 87 ve 88 Sayıulı kayıt ve tescilin iptaline ve bilirkişi marifetile takdir olunan 1250 Lira ecri mislin dâvalılardan tahsiline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Dâvalılardan Satı Yıldırım ve Namız Kaya Vekilleri Avukat Halit Taşdemir

DURUŞMA İSTEYEN: Nazım Kaya Vekili Avukat Halit Taşdemir.

YARGITAY KARARI

Duruşma için tayin olunan 7/6/949 Tarihine raslayan Salı günü muayyen saata temyiz eden ve duruşma isteyen dâvalı Nazım Kaya ve aleyhine temyiz olunan dâvacının yapılan teplığata rağmen gelmedikleri anlaşılmakla gıyaplarında evrak üzerinde inceleme yapılmasına karar verilerek temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği görüldükten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Satı Yıldırım vekili Avukat Cevdet Topcu imzasiyle verilip müvekkili tarafından mündericatı yargıç huzurunda tekrar veteyid olunan 7/4/949 tarihli dilekçede temyiz dâvalarından feragat olunduğu yazılı bulunmasına binaen ferakat sebebile Satı Yıldırımın temyiz istemi üzerine inceleme yapılmasına yer olmadığından, diğer dâvalı Nazım Kaya vekilinin temyizine gelince:

Mahkemece uyulan bozma kararı dairesinde getirtilen dosya mündericatına göre nizalı gayrımenkullerin Hazinece başkasına satılması dolayisile Hazinenin ilgisi kalmamış olduğundan dolayı husumet noktasından reddedildiği cihetle olayda dâvalılar lehine delil teşkil etmiyeceğine ve 1515 Sayılı Kanunun İkinci ve 9331 Sayılı Tüzüğün 12 ci maddeleri hü-

755

kümlerince açılan dâvada mahkemece dâvalıların munisi Hüseyin Kâhya tarafından nizalı gayrımengullerin Abraham kızı Adanaya tapuda takriri verilmek suretile uhde sine geçtnkten sonra Adananın tegayubü sebebiyle Hazinece artırma ile Mustafa adındaki şahısa ihale edilerek Mustafa'nın ferağından dâvacı adına tesçil edildiği halde aynı gayrimenkullerin murisleri Hüseyin Kâhya uhdesindeki kaydın işlenmemiş olmasından dâvalılar adına yapılan intikal işlemi bir hüküm ifade edemiyeceğine göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının hepsinin reddiyle bozma kararı gereğince uygun olan hükmün (ONANMASINA) ve aşağıda yazılı 555 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 7/6/1949 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Dâva mevzuu gayrimenkullerin tapuda kayıtlı olup olmadığı soruşturulmak ve kayıtlı olmadığı surette borca karşılık olarak gayrimenkullerin dâvacıya bırakılmış olması zilyedliğin devri mahiyetinde olup olmadığı göz önünde bulundurulmak gerekirken dâvanın red olunması yolsuzdur.

DÂVA — Müvekkili murisi Ali'nin 40 senedenberi nizasız ve fasılasız tasarruf ve zilyedinde bulunan Adakuma köyünün Bozyer adiyle maruf 4 dönümlük incir bahçesinin şimâl kısmından iki dönümlük kısmı ile müvekkiline murisi tarafından sağlığında verilen fevkâni bir oda ve altında bir damdan ibaret 4 metre avluyu havi dâvalıların fuzulen müdahale etmekte olduklarından bahsile vaki fuzuli müdahalenin men'ine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Dâvayı ispat için dâvacı vekili tarafından ibraz edilen senet münderecatı itibariyle işbu seentle vaki satış akdinin eski ve yeni hükümlere göre uygun olmadığı gibi hibe mahiyetinde de bulunmamış ve dâvalılar ve diğer verese tarafından bu akdin mevcudiyeti kabul edilmekle beraber dâvacının zilyedliği de inkâr edilmiş olmasına binaen dâvacının senette yazılı para hakkınd aayrıca istirdat dâvası açmak ve gayrimenkulün tümü hakkında tescil isteminin hakkı mahfuz bulunmak üzere usulüne uygun olmıyan işbu dâvanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı vekili avukat Zeki Kaplan.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği hakkında görüşülüp düşünüldü.

Dâva mevzuu gayrimenkulerin tapuda kayıtlı olup olmadığı soruşturulmak ve kayıtlı olmadığı surette borca karşılık olarak gayrimenkul-

756

lerin dâvacıya bırakılmış olması zilyedliğin devri mahiyetinde olup olmadığı gözönünde bulundurulmak gerekirken yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 23/6/1949 gününd oybirliğiyle karar vrildi.

Cebri icra yoluyla bir gayrimenkulü iktisap eden tapuya tesçilden evvel ona malik olacağına göre bu kimsenin açacağı şuf'a dâvasının istimaı gerekir.

DÂVA : 2/9 hissesine müvekkilinin malik bulunduğu döşeme mahallesinde 34 ada ve 5 parselde kayıtlı gayrimenkulün 5/9 hissesi dâvalılar tarafnıdan satın alınmış olduğundan bahsiyle şuf'a hakları dolayısiyle işbu hissenin müvekkili adına tashihan tesçiline karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere dâvacının, cebri icra yaliyle satın aldığı tarihte satılan gayrimenkulü iktisap edeceği Medenî Kanunun 633 üncü maddesinde gösterilmiş ise de ayni maddenin son fıkrasında tesçil merasimi ikmal edilmedikçe satın alınan temliki tasarrufta bulunamıyacağı yazılı olmasına ve şuf'a hakkı dahi temliki tasarruflardan olup dâvacının sözü geçen maddenin ilk fıkrasında yazılı hallerle vaki iktisabına rağmen tesçil yapılmadıkça şuf'a dâvası açmıy ahakkı bulunmamış ve dâvacı adına tapu siciline vaki tesçilin dâvalıların tesçil tarihinden dört gün sonra yapılmış ve şuf'a hakkı subüt bulmamış olmasına mebni dâvanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden ve duruşma isteyen : Dâvacı vekili avukat Mahmut Mahir Avanos.

YARGITAY KARARI

Duruşma için tâyin edilen 5/7/1949 gününe rastlıyan salı günü muayyen saatte temyizeden dâvacı vekili avukat Mahmut Tahir Avanos gelerek hazır olup aleyhine temyiz olunanların tebliğat yapıldığı halde gelmedikleri anlaşılmakla gıyaplarında duruşmaya başlanarak temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşıldıktan ve temyiz eden vekilinin şifahi izahları dinlenip duruşmanın bittiği bildirildikten sonra işin incelenerek karara bağlanmasının başka bir güne bırakılması tensip edilmişti.

787

Bu kere dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Cebri icra yoliyle bir gayrimenkulün iktisap eden tapuya tescilinden evvel ona malik olacağı Medeni Kanunun 633 üncü maddesi hükmü gereğinden bulunmasına göre meşfu hisseyi cebri icra yoliyle iktisap eden dâvacının tapuya tescil işlemi yapılmadan evve lde şuf'a hakkı bulunduğu halde olaya uymıyan bazı düşüncelerle yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bu sebeple Hukuk U. M. Kanununun 428 inci maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı 870 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 9/7/1949 gününde oybirtiğiyle karar verildi.

Yargıtay Kararları

Ceza Bölümü

5321 sayılı Kanun, çakmak ve sun'i çakmak taşı kaçakçılığı fiillerinin suçluluğunu bertaraf etmeyip bu fiillerin mezkûr kanunun yürürlüğünden sonra gümrük kaçakcılığına inkılâp eder.

Yargıtay Tevhidi İçtihat
Genel Kurulu Kararı
Esas : 1949/8 — Karar : 1949/10

1503 sayılı Kanun ile Devlet Tekeline alınan çakmak ve sun'î çakmak taşı 10/2/1949 tarihinde yürürlüğe giren 5321 sayılı Kanun ile Devlet Tekelinden çıkarılmış olmasından dolayı İnhisara tâbi çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı suçu; gümrük resmine tâbi eşya kaçakçılığı suçuna inkılâbetmiş olmsaı hasebiyle Türk Ceza Kanunun (2) inci maddesi hükmünün yalnız para cezası bakımından nazara alınması icabettiği yolundaki Ceza Genel Kurulunun 28/3/1949 tarihli kararı ile 1503 sayılı kanun yürürlükte bulunduğu müddet içinde işlenen çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılıkları gümrük resmi kaçakçılığını tamamiyle zayi ederek 1918 sayılı kanunun birnici maddesinin (B) fıkrası gereğince ithal kaçakçılığı mahiyetini almış ve 1503 sayılı kanunun ilgası muvacehesinde bu maddeler; suç olmaktan çıkmış olduğundan faillerine ceza tatbikına Ceza Kanununun ikinci maddesi sarahati müsait olmadığına dair Beşinci Ceza Dairesinin 5/4/1949 tarihli kararı arasında husule gelen ayrılığın İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunca halli için C. Başsavcılığından vaki müracaat üzerine İçtihadı Birleştirme Kurulunda yapılan müzakere sonunda :

1503 sayılı Kanun ile Devlet Tekeline alınan çakmak ve sun'î çakmak taşı 10/2/1949 tarihinde yürürlüğe giren 5321 sayılı Kanunun birinci ve dördüncü maddeleriyle Devlet Tekelinden çıkarılmış ve çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümler kaldırılmıştır. Sözü geçen kanunun 7 inci maddesinde aynen : (Kaçak olarak tutulacak kibrit ve çakmak için (500) kuruş, her sun'î çakmak taşı için (25) kuruş para cezası alınır. Bu cezalar Tahsili Emval Kanununa tevfikan tahsil edilir. İnhisara muhalefet ve kaçakçılık edenlere kaçakçılık hakkındaki hükümlere göre ceza verilir) denmiştir.

Bu yedinci maddenin ihtiva ettiği cezaî hüküm; ikidir. Biri Kaçakçılık Kanunundaki hürriyeti bağlayıcı olan aslî ceza; diğeri idarenin şahsî hakkı cümlesinden olan ve tazminat kabilinden bulunan para cezasıdır. 1503 sayılı kanun yürürlüğe girdiği sırada 1126 sayılı Kaçakcılık Kanunu mevcut idi. Gerek bu kanun ve gerek bu kanundan sonra yürürlüğe girmiş olan 1510 ve 1918 sayılı Kanunlar kaçakçılık suçunun unsurlarını tâyin etmiş ve kaçakcılığın nevilerini göstermiştir. 1503 sayılı Kanun yürürlüğe girmezden evvel; çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı yalnız gümrük resmine tâbi eşya kaçakçılığı suçunu teşkil etmekte ve hürriyeti bağlayıcı ceza, 1126 sayılı Kanundaki hükümlere göre ve 1510 sayılı Kanunla 1126 sayılı Kanun kaldırılınca d aaslî ceza 1510 sayılı Kanuna istinaden verilmekte idi. 1510 sayılı Kaçakçılık Kanunu dahi 1918 sayılı Kanunla ilga edilince, Kaçakçılık suçunun cezası hallen yürürlükte olan 1918 sayılı Kanunla belli hükümlere nazaran tâyin edilmektedir.

1503 sayılı Kanun yürürlüğe girince, çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakçılığı, inhisara tâbi eşya kaçakcılığı sayıldığından bu maddelerin kaçakcılarına; Kaçakcılık Kanunundaki aslî ceza verildikten sonra evvelce gümrük resmi esası üzerinden verile gelmekte olan para cezası, İnhisar Kanununda yazılı miktar üzerinden hükmediliyordu. Bu kere yürürlüğe giren 5321 sayılı Kanun müşterek hükümleri ihtiva eden ve bu bakımdan bir ana kanun olan Kaçakçılık Kanununa hiç dokunmadan; çakmak ve sun'î çakmak taşlarını eskiden olduğu gibi gümrük resmine tâbi mevat arasına sokmuş ve imâl ve satışını serbest bırakmıştır. Bununla beraber 5321 sayılı Kanunun; Kaçakçılık Kanunundaki hükümlere müessir olup olmadığını ve müessir olduğu takdirde derecesini ölçebilmek için Kaçakcılık Kanununun hâdisemizle ilgili olan hükümlerini ve bu kanunun, kaçakcılık suçunun tekevvünü hususunda tâyin ettiği unsurları gözden geçirmek icabeder :

1918 sayılı Kaçakcılık Kanununun birinci maddesinde aynen (aşağıda yazılı fiilleri işlemek kaçakcılıktır.

A— Her hangi bir maddeyi veya eşyayı gümrük muamelesine tâbi olmaksızın Türkiye'ye ithal veya Türkiye'ye ithaline teşebbüs etmek,

B — Türkiye'ye ithali veya Türkiye'den ihracı memnu olan her hangi bir madde veya eşyayı ithal veya ihraç veya bunlara teşebbüs eylemek,

C — A, B, fıkralarında yazılı kaçak eşyayı memleket dahilinde bir yerden diğer bir yere bilerek nakletmek veya satın almak veya satma veya saklamak veya satılığa arzetmek veyahut alınıp satılmasına delâlet etmek,

760

d — Devlet inhisarı altında bulunan maddeleri mezun ve salâhiyeti olmaksızın :

1 — Türkiye'ye ithal etmek,

2 — Memleket içinde bir yerden diğer yere sevk ve nakletmek,

3 — Saklamak,

4 — Satılığa çıkarmak ve satmak,

5 — Bilerek kabul etmek, satın almak veya istimal veya istihlâk etmek,

6 — Türkiye dahilinde imâl etmek ve imâl için hariçten alât ve edevat ithal eylemek veya bu alât ve edevatı dahilde imâl etmek veya nakletmek veya istimal etmek veya hıfzetmek veyahut failin ne maksatla kullanacağını bilerek tedarik eylemek).

Kaçakcılık Kanununun birinci maddesinin bu a, b, c ve d bendlerindeki hükümler ile 1503 sayılı Kanunun çakmak ve sun'î çakmak taşları ile ilişkin hükümlerini karşılaştırdığımız zaman; Kaçakcılık Kanunundaki hükümlerin umumî ve mutlak olduğunu görürüz. Bir maddenin devlet inhisarı atında iken devlet inhisarından çıkarılması ile o madde; aslen gümrük resmine tâbi eşyadan ise Kaçakcılık Kanununun şümulü dışında kalamaz. Zira : 1503 sayılı Kanunun çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümleri yürürlükte bulunduğu zamanda bu maddelerin gümrük resmi, tekel idaresi tarafından verilmek suretiyle yurda ithal edilmekte idi. Bu sebeple bu maddeleri inhisar altında olduğu zamanda kaçak olarak yurda sokanlar veya yurt içinde satanlar hem İnhisar Kanununa muhalefet etmiş ve hem de gümrük resmi verilememesi sebebiyle Kaçakcılık Kanununa aykırı hareket etmiş oluyorlardı. Binaenaleyh çakmak ve sun'î çakmak taşlarının inhisar maddesi olmaktan çıkarılması bu maddelerin kaçakcılığını yapmış olan şahsın fiilindeki cürmiyeti tamamen izale edemez.

Zaten 5321 sayılı Kanun, kaçakçılık suçunun tekmil unsurlarını ortadan kaldırmış değildir, çünkü; Kaçakcılık Kanunu yalnız inhisara tâbi eşya kaçakcılığı hakkında hükümleri ihtiva etmeyip aslen gümrük resmine tâbi eşya kaçakcılığını da şümulüne almış bulunmaktadır.

Eğer bu maddelerin kaçakcılığından doğan cürmiyet hali yalnız 1503 sayılı Kanunla tekevvün etmiş ve 1918 sayılı Kanunla ilgisi bulunmamış olsaydı o vakıt bu hükümler kaldırılmakla kaçakcılık suçu da ortadan kalkmış olurdu.

Bugün 5321 sayılı Kanunla ortadan kalkan tek bir kaçakcılık durumu mülâhaza edilebilir. O da (Çakmak ve sun'î çakmak taşı memleket dahilinde imâl edilmiş ve elde mevcut dâva ve mahkûmiyet hükmü de,

761

dahilde imâl edilen çakmak ve sun'î çakmak taşına taallûk etmekte bulunuyorsa, işte o vakit ortada gümrük kaçakcılığı olmaksızın yalnız 1503 sayılı Kanunla inhisar maddesinin kaçakcılığı bulunacağı için cürmiyetin devamı iddia edilemez.

Vakıa, devlet tekeli altında olan bir maddenin dahilde imâli de Kaçakcılık Kanununun birinci maddesinin "D" bendinin altıncı fıkrası hükmünce kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir. Fakat bir madde, devlet tekelinden çıkarılınca, o maddenin dahilde imâli tamamen serbest bir hal alacağından artık memnuiyetin düşünülmesi mümkün değildir.

Kaçakcılık Kanununun şümulüne dahil olan bir maddenin devlet inhisarından çıkarılması, yalnız para cezası üzerinde tesiratını gösterir.

İhtilâfa konu olan hâdiseler ise, dahilde imâl edilmeyen ve devlet tekeline tâbi olduğu zamanda hem kaçakçılık ve hem de 1503 sayılı Kanun hükümlerine muhalefet edilmek suretiyle yurda ithal edilen ve satılmak üzere bulundurulan çakmak ve çakmak taşlarına taallûk etmektedir. Olay zamanında gümrük resmini verecek durumda olmıyan sanıklar; çakmak ve sun'î çakmak taşını kaçak olarak yurda ithal etmek veya yurt içinde satın alarak yanında bulundurmakla yalnız İnhisar Kanununa muhalefet etmiş olmayıp aynı zamanda Kaçakcılık ve Gümrük Tarife Kanunlarına muhalefet eylemiş bulunmaktadır.

1503 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasında bir kimsenin gümrük resmini ödemek suretiyle çakmak ve sun'î çakmak taşını yurt içine sokması mümkün olamıyacağına ve bu kanunun çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ilişkin hükümlerinin ortadan kalkması ile gümrük kaçakcılığının muhal bir suç teşkil ettiğine ve 1918 sayılı Kanunun birinci maddesinin (B) fıkrası hükmünce bu kabil suçların ithal kaçakçılığı mahiyetini alıp faillerine ceza verilmesine Türk Ceza Kanununun (2) inci maddesi sarahatının ve usulî hükümlerin mâni olduğuna ve bu maddelerin kaçakcılarının hareketinde olay tarihi itibariyle gümrük resmine tâbi eşya kaçakçılığı kastı bulunduğuna dair olmak üzere ileriye sürülmüş olan mütalâanın isabete makrun olup olmadığını tâyin için muhal suçların ne gibi ahvalde tekevvün ettiğinin ve elde mevcut hâdiselerde kaçakcılık suçunun tarifine nazaran gümrük kaçakcılığının hukukan ve esasen gayri mevcut farzedilmesini icabettirecek imkânsızlık halinin mevcut olup, olmadığının kısaca tahliline lüzum ve zaruret hasıl olmuştur.

Her cürmün teşekkül edebilmesi için bazı unsurların vücudu lâzımdır. Cürümler, bazan imkânsızlıklar dolayısiyle vücüt bulmaz, bu imkânsızlığı, 1 — Mahalli cürme, 2 — Suçu işlemek için istimâl olunan vasıtalara göre ayrılmış bulmaktayız. Meselâ zaten ölmüş bir adamı, bir kimse öldürmeğe tasaddî etmiş olsa buradaki mikânsızlık mahalli cürme göre

düşünülür. Zira; katil fiilini nvücudu için hayatın ortadan kaldırılması şarttır. Ha bu ki, öldürülmek istenilen adam esasen ruhsuz bir cesedden ibaret olduğuna göre katil suçunun tekevvün edebilmesi için gereken hayatın izalesine imkân olamaz. Ve yine istimâl olunan vesait; fiilin esasen ikaına kâfi değil ise bu takdirde imkânsızlık hali mütalâa olunabilir. Zehirlemek maksadiyle bir kimseye zehir yerine zühulen toz şekeri verilmesi gibi. Bu kabil ahvalde; yalnız kastı cürmisi bakımından faile ceza verilip verilemiyeceği hususu da hâdiselerimiz ile ilgili bulunmamaktadır. Cürmü müstehilin ana hatlarını, bu suretle göz önünde bulundurduğumuz zaman hâdiselerimizde; 1503 sayılı Kanundaki çakmak ve sun'î çakmak taşlarına taallûk eden hükümler kaldırılmazdan evvel İnhisar Kanununa muhalefet eden adamın fiili; aynı zamanda Kaçakcılık Kanununun birinci maddesinin A ve C bendlerine de muhalefet eylemiş olması itibariyle 5321 sayılı Kanunla 1503 sayılı Kanundaki çakmak ve sun'î çakmak taşlarına taalûk eden hükmünü kaldırmasından sonra dahi, ortada mahalli cürüm yani kaçakçılık suçunun tarifine uygun ve kaçakçılık suçunun unsurlarını cami işlenmiş bir fiili cürmî vardır. İnhisara tâbi eşya kaçakcılığının muahharan gümrük resmine tâbi eşya kaçakcılığı vasfını alması suçun yalnız hukukî vasfında bir tebeddül meydana getirmiş bulunmaktadır. Bu hal; Kaçakcılık Kanununun tatbikı bakımından ve bütün anasırını ihtiva etmekte olan kaçakcılık suçunun muhal suçlar arasında mütalâa edilmesini gerektirmez.

İşlenen fiilin aslî mahiyetini tâyin için 1918 sayılı Kanunun esbabı mucibesini tetkik etmek de faydalı olur. 1918 sayılı Kanuna ait Karma Komisyonu raporunda; (kaçakcılık vak'alarının çoğalması ve gümrük ve inhisarlara tâbi mevada müteallik ve mahiyeti itibariyle birbirinin aynı olması lâzımgelen bu fiil hakkında takip ve tahkik ve tecziye hususlarının müteaddit Kanun ve Nizamlarla muhtelif ahkâma tâbi olması hâdiseye müessir ve idaresinin mahzurlu olduğu aşikâr bulunmakla beraber şiddetli ve seri tedbirler almağa ihtiyaç olan işte merasim ve usule müteallik umumî hükümlerden müstesna olarak bazı kaidelerin kabuülndeki zaruret varit görülmüştür. Lâyihanın üçüncü faslı iki kısım olarak cezaî hükümleri tesbit etmektedir.

Gümrük Kanununun kaçakcılığa ait hükümleri tamamen ve inhisara tâbi mevadın hususî kanunlarındaki cezaya ait maddelerde ancak hükmolunacak para cezalarında nispeti gösteren kaçak inhisara tâbi eşyanın kıymet ve adet gibi esaslara müstenit ahkâmından maada cismanî mücazatına mütedair kısımları bu kanunda cemi ve telfik edilen hükümlerle ilga edilmiş olduğundan bu fiilin gerek münhasıran gümrüklere ait ve gerekse gümrükler ile inhisarlara mütaallik cezaî hükümleri, maksadı

763

temin edecek şekilde cezaları ve fiilin mahiyeti, icrası tarzı ve faillerin sıfatları itibariyle icabeden teşdidî hükümlerinde adilâne bir nispet esası gözetilerek bazı değişiklikler yapılmıştır) denilmektedir. Gerek 1918 sayılı Kanunun baştan aşağı mütalâasından ve gerek mucip sebeblerinin tetkikinden anlaşılmaktadır ki, inhisara tâbi bu madde kaçakcılığı Kaçakcılık Kanunu hükümlerinden tecrid ederek müstakillen mütalâa etmeğe hukukî imkân mevcut değildir. Esbabı mucibe raporunda açıklandığı üzere gerek gümrük ve gerek inhisara tâbi mevada taallûk eden kaçakcılık fiilleri aslî mahiyetleri itibariyle birbirinin aynı olunca çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakcılığını 1503 sayılı Kanun zamanında yapmış olan bir şahsın fiilini yalnız İnhisar Kanununa muhalefet şeklinde telâkki etmeğe ve bu maddenin inhisardan çıkarılmasiyle kaçakcılık suçunu muhal cürüm olarak saymağa kanunen cevaz bulunmamaktadır. İnhisara tâbi olduğu zamanda kaçakcılığı yapmış olan bir şahsın Kaçakçılık Kanununa da muhalefeti katdeylemiş olması itibariyle o maddenin inhisardan çıkarılması; failinin kaçakcılık yapması hakkındaki kasdı cürmisini ortadan kaldırmaz.

5321 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yakalanan bu maddelerin idarenin toptan satışa çıkardığı mallardan mı? Yoksa evvelden başkaları tarafından yurda sokulmuş olup da şahıslar elinde kalan mallardan mı? olduğunun tefriki mümkün olamıyacağı ve bu takdirde, aynı madde hakkında bir kısım vatandaşlara ceza verilmek ve bir kısmını beri tutmak gibi bir sonuca varılacağı yolundaki düşünce de yerinde görülmemiştir. Çünkü, bir maddenin kaçaktan mı? Yoksa gümrük resmi verilmek suretiyle mi tedarik edildiğinin tâyini işi Ceza Yargıçlarının duruşma icrasiyle halledecekleri takdirî mesailden olduğundan bu sebep 5321 sayılı Kanunun şümulünü tâyin emrinde esas tutulamaz.

1503 sayılı Kanunun yürürlüğü zamanında işlenen çakmak ve sun'î çakmak taşı kaçakcılarının 5321 sayılı Kanun karşısında durumu; tâyin ve tesbit edilirken; bu kaçakcıların fiili; 5321 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle 1918 sayılı Kanunun birinci maddesinin (B) fıkrası gereğince ithal kaçakcılığı mahiyetini almış olduğu ve ithalinin her gümrük resmi veren tarafından serbest bırakılmasiyle suçluluk halinin kalmadığını ve bu kabil kaçakcılara ceza verilmesine usulî hükümlerin mâni olduğu yolunda ileriye sürülen mütalâada da isabet yoktur. Zira; 1918 sayılı Kanunun değişen (57) nci maddesinde aynen : (56) ncı maddede yazılı suçlar hakkında ait olduğu idarelerin memurları tarafından tanzim olunacak zabıt varakaları ve tahkikat evrakı muktazi takibatın icrası için bir müzekkere ile C. Müddeiumumilerine verilir. Gümrük ve inhisar memurları bu müzekkereler ile şahsî hak dâvacısı ve müdahalecisi sıfatını alırlar. Kaçakcılık dâvalarına alâkalı idarelerin müdahale etmemiş ol-

764

ması; kaçak eşyanın müsaderesine ve kaçakcı hakkında para cezası hükmedilmesine mâni olmayıp bu cezalar; aslî ceza ile birlikte res'en karar altına alınır) denmektedir. 1918 ve 1503 sayılı Kanunlar gereğince çakmak ve sun'î çakmak taşlarına ait kaçakcılık dâvasını İnhisar İdaresi mahkemeye getirmiş olduğu ve Gümrük İdaresinin dâvası bulunmadığı takdirde dahi 5321 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra suçun gümrük resmine tâbi eşya kaçakcılığı bakımından takibedilmesinde hiç bir usulî mâni bulunmadığı sözü geçen 57 inci maddeden açık bir surette anlaşılmaktadır. Kaçakcılık dâvalarının takibi; şikâyete bağlı olmadığından 57 nci maddede zikredildiği gibi idarenin şahsî hakkı cümlesinden ve tazminat kabilinden olan para cezası, aslî ceza olan hapis cezasiyle birlikte mahkemelerce res'en karar altına alınmaktadır. 1918 sayılı Kanunun değişen 25 inci maddesinin üçüncü fıkrasında da aynen : (Yukarıki fıkralar hükmü tatbik olunmıyacak olan ve birinci maddede sayılan sair suçlar için altı aydan üç yıla kadar hapis ile beraber gümrük resmine tâbi işlerde tutulan eşyanın gümrük resmi ile sair Devlet resimleri tutarınca ağır para cezası ve inhisara tâbi işlerde hususî Kanun ve Nizamnamelerindeki para cezası hükmolunur) yolundaki esas cezaî kaide konulduktan sonra bu maddenin (4) üncü fıkrasında; hususî Kanun ve Nizamnamelerinde para cezası bulunmıyan yerlerde hapis cezasiyle birlikte eşyanın gümrüklenmiş piyasa değerinin ve memnu eşyanın da takdir edilecek değerinin iki katı ağır para cezası hükmedileceği gösterilmiştir. Bu maddelerin açık hükümleri de gösterir ki, inhisara tâbi eşya kaçakcılığında hususî kanundaki para cezası aslî ceza ile birlikte hükmolunur. Hususî Kanunda müstakil para cezası olmıyan ahvalde gümrüklenmiş piyasa değer esası üzerinden para cezası tâyin edilir. Bu tetkikat; çakmak ve çakmak taşlarının 1503 sayılı Kanunun yürürlüğü zamanında ithali memnu eşyadan değil; ithali inhisara tâbi eşyadan olduğunu göstermekte olması hasebiyle Beşinci Ceza Dairesinin kararında bahsi geçen 1918 sayılı Kanunun birinci maddesinin (B) fıkrasının elde mevcut hâdiselerle asla ilgisi yoktur. Zira; (B) fıkrasında; Türkiye'ye ithali veya Türkiye'den ihracı memnu olan her hangi bir madde veya eşyayı ithal veya ihraç veya bunlara teşebbüs edenlerden bahsedilmektedir. (1503) sayılı Kanun ile çakmak ve sun'î çakmak taşları yalnız ithali inhisara tâbi tutulmuştur. Bu mevat ithali memnu eşya meyanına ithal edilmemiştir.

1503 sayılı Kanun ile çakmak ve sun'î çakmak taşlarının memlekete ithaline set çektiği için bu maddelerin kaçakçılık fiilleri; gümrük resmine tâbi eşya kaçakcılığı mahiyetini tamamiyle zayi etmiş olduğu yolundaki düşünüşde; isabet yoktur. Zira, bir maddenin ithalinin inhisara tâbi olmasiyle o madde; ithali memnu eşya âdadına ithal edilmiş olmaz. İt-

765

hali memnu eşyayı kanunlar ve nizamlar irae ve tasrih etmiş bulunmamaktadır.

Nitekim, Gümrük Kanununun 17 nci maddesinde aynen : (Kavanin ve Nizamatı mahsusa ile ithali memnu olan eşyanın transit veya aktaktarması da memnudur. Şu kadar ki, bu memnuiyet İcra Vekilleri Heyeyeti kararı ile kısmen veya tamamen ref'olunabilir) denmiştir.

Gümrük Tairfe Kanunu tetkik edilince :

Tarife No :

637 — d) Harp silâhları için türlü fişenkler,

638 — c) Harp silâhları için fişenk kovanı,

640 — esliha ve mühimmatı harbiye,

641 — Torpiller, bombalar ve sair tahribat alât ve mevadı gibi maddelerin ithalinin memnu olduğu ve resimden muaf bulunduğu görülür. İşte bu gibi mevat bizatihi ithali memnu eşyadandır. Bunları resimden muaf olarak ithal eden Hükümet piyasaya arzetmez. Çakmaktaşı ve taşlarını 1503 sayılı Kanunun yürürlüğü zamanında ithal etmeğe mezezun olan inhisar İdaresi Gümrük resmini vererek ithal eder. Ve piyasadla a inhisar metaı olarak sattırır. Bunun içindir ki, inhisar altında iken çakmaktaşı ve çakmak taşı kaçakçılığını yapan şahıs; ithali memnun eşya kaçakçılığında olduğu gibi yalnız Kaçakçılık Kanununun hükmüne değil; hem Kaçakçılık Kanununun hükmüne ve hem de aslen gümrük resmine tâbi olmması itibariyle Gümrük Kanununa da muhalefet eylemiş olduğundan o maddenin inhisar altından çıkarılmasiyle kaçakcılık suçunda cürmiyet bakiy kalıyor. (5321) sayılı Kanun, aslî cezayı tâyin eden, Kaçakcılık Kanununa tesir etmez. Bu kanunun tesiratı yalnız mütemmim ceza olan para cezasındadır. Bu incelemeler, 5321 sayılı Kanun hükmünün çakmaktaşı ve çakmak taşı kaçakcıları hakkında bir af mahiyetini haiz olmadığını ve aksine mülâbis olan görüşün isabetsziliğini bütün vuzuhu ile meydana koymaktadır.

Sonuç : Kaçakçılık Kanununun hükümleriyle hususî kanun hükmünde sayılı Kanun ile Devlet Tekeline alınan çakmak ve sun'î çakmak taşı 10/2/1949 tarihinde yürürlüğe giren 5321 sayılı Kanunun birinci ve dördüncü maddeleriyle Devlet Tekelinden çıkarılarak çakmak ve sun'îi çakmak taşlarına ilişkin hükümler kaldırılmış olmasına ve sözü geçen kanun 1918 sayılı Kanunun tarif ettiği kaçakcılık suçunun unsurlarına dokunmamış ve Gümrük Tarife Kanununda bu maddelerin gümrük resmine tâbi olduğu gösterilmiş bulunduğuna ve 1503 sayılı Kanun ile çakmaktaşı ve sun'î çakmak taşı tekele alınmış olunca bu maddelerin gümrük resimleri Tekel İdaresi tarafından gümrük resmi verilmek suretiyle yurtda ithal edilmiş olması hasebiyle mutlak surelle ithali memnu eşyadan ba-

766

ADALET DERGİSİ

Sayısı 100, yıllık abonesi 1000 kuruştur.

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

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

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

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

767

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 4 9

7688