Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

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

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

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

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

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

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

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

ADALET
DERGİSİ

Yıl : 40 Temmuz : 1949 Sayı : 7

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :		Sahife
Dr. FARUK EREM	Türk Hukuk Kurumu Konferansları ...	935—954
Dr. ABDULLAH POLAT GÖZÜBÜYÜK	Modern Ceza Hukuku bakımından casusluk	955—971
Dr. NUSRET GÜRSEL	Çocuk malları ve ana babanın istifade hakkı	972—994
AKİL ÖNDER	Ölünceye kadar bakma akdi.	995—1022
NURİ ÜLGENALP	Evvelki hukukumuzda gayrimenkule tasarruf belgeleri.	1023—1053
Dr. REŞAT D. TESAL	Türk Adlî Sicilli bilgi verme faaliyetine Başlarken	1054—1064
	Bibliyografya	1065—1076
	Terfi Listesi	1077—1081
	Yargıtay Hukuk Kararları	1082—1099
	» Ceza »	1100—1106

1956 SA 94
MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

TÜRK HUKUK KURUMU KONFERANSLARI

Türk Hukuk Kurumu bu yıl yabancı memleketlerin hukuk bilginleri tarafından da konferanslar verdirmeyi sağlamıştır. Bu cümleden olarak İtalya'nın Padua Üniversitesi Ceza Hukuku Ord. Profesörü ve İtalyan Parlamento Üyesi **Giuseppe Bettiol** tarafından birisi "Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi,, konusu üzerine 5 Nisan 1949 tarihinde Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesinde, diğeri de "Klâsizm ile pozivitizm arasındaki tezadın bugünkü durumu,, konusu üzerinde 6 Nisan 1949 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesinde, Kurum adına, iki ilmî konferans verilmiştir.

Prof. Bettiol yalnız İtalya'da ilmî faaliyet ve yayımlariyle tanınmış otoritesi kabul edilmiş bir bilim adamı değil aynı zamanda İtalyan siyasî hayatında da hâlen müessir bir şahsiyettir; İlmini, memleketinin geniş mânâdaki siyaset hayatında faydalı kılabilmiş bir ilim ve aksiyon adamıdır. Bu itibarla bu tetkiklerin eriştiği neticeler bütün aydınlar ve düşünürler için öğretici olsa yeridir. Kaldı kibu iki konferans bir memleketin ceza siyaseti bakımından da kıymetli tecrübeleri dirayetli ve derli toplu ifade eylemek gibi bir faydayı da haizdir.

Bu konferansları gerek verildikleri sırada sözle ve gerekse basım için yazı ile Ankara Hukuk Fakültemizin Ceza Hukuku ve Adlî Psikolojisi profesörü değerli meslekdaşım Faruk Erem büyük ve müsellem bir salâhiyetle tercüme etmiştir.

Türk Hukuk Kurumu bu çalışmalarıyla eğer, memleket hukukçu ve aydınlarına faydalı olabilmişse kendisini gayesine biraz daha yaklaşmış olmakla bahtiyar addedecektir.

Bu konferansların verilmesine ve yayımlanmasına hizmet edenlere ve bilhassa bu konferansların verdirilmesi hususunda gösterdiği çok yakın alâka ve yardımlardan dolayı değerli Adalet Bakanı Fuat Sirmen'e en derin minnet ve teşekkürlerimizi ifade etmeği borç biliriz.

Haziran 1949

TÜRK HUKUK KURUMU BAŞKANI
Prof. Dr. Hüseyin Avni GÖKTÜRK

CEZA HUKUKUNUN İNSANÎLEŞTİRİLMESİ

Konferansı veren:
Prof. Giuseppe Bettiol

Çeviren:
Prof Dr. Faruk EREM

«Ceza Hukukunun İnsanîleştirilmesi» nden bahsedilince ne kastedilir? Vaz'edilişi bakımından, mesele bir hukuk tekniği meselesi değildir, Ceza Hukuku metefiziğine ve binnetice felsefeye taallûk eden bir meseledir. Eğer felsefe yapmak mütaaddit vakılaları, onları izah eden ve haklı gösteren genel ve tek bir prensibe irca, etmek mânasına geliyorsa, bu husus, felsefesiz ceza hukuku olamıyacağını bir kere daha ispat eder. Bir mevzuatın, suçlunun ailesine mensup olanların hepsini cezaen mes'ul saymasına mukabil diğer bir mevzuatın mesuliyeti «fiili işliyen» ne inhisar ettirmesi veya bir mevzuatın muayyen bir suç için «ağır hapis» diğerinin ise «uzuv kat'ı» cezası kabul etmiş olması karşısında, yalnız şekle bağlı bir yorumcu bigâne kalır. Birinci halde, «tepki» olarak ceza, failin şahsından öteye, mutlak bir mesuliyet karinesine müsteniden, tesir icra eder. İkinci halde ise, ağır hapis ve uzuv kat'ı «Ceza» nın nevinin tayininden ibarettir ve bunlar hakkında yorumcunun bir diyeceği de yoktur. Fakat yorumcu, bu üzücü mülâhazanın bağlarından kendini kurtarır ve muhtevaya bakacak olursa ceza mesuliyetinin haksız ve yersiz olarak teşmili veya insanın manevî vakarını inciten bir ceza karşısında vicdanının isyan ettiğini duyacaktır. «Varlık»ın kanunları «mubah olmıyan» ı, «mubah» göstermek için yapılan bütün teşebbüslerden, ne şekilde olursa olsun, intikamını alır. Daha o zamanda bile Pitagor şunu söylemişti: «İnsan her şeyin ölçüsüdür». Bunun hukukî alanda mânası, hukukun ve bilhassa ceza hukukunun rasyonel esaslarına ve ahlâkî isteklerine insanın riayet etmeğe mecbur olması bakımından, hukukun insan için yapılmış olduğudur. Şey-kişi ikiliğinde, ikinci unsurun üstünlüğü bertaraf edilemez. Kanun vâzıını ferde, onu vakıalar alanından değerler alanına nakleden şahsiyet tanımağa zorlıyan âmir kaideler yoktur ve vakıların mantığında kanun vâzıı için, istikamet tayininde kesin ölçüler sadece maslahata uygunluk mülâhazaları, yani ırkî iktisadî, millî veya sınıf menfaatleri bahis mevzuu olacaktır. Vakıa, mahiyeti icabı bir illiyet sistemi içinde yer alır ve onun mengenesinde eriyip gider. Positivist anlayışta hayatın ve hukukun içinde, ferdin de durumu işte budur. Positivist esaslara dayanan yeni bazı ceza sistemleri nazariyatta ölüm cezasından nefret ettikle-

rini beyan etmelerine rağmen ifna edici tedbirlere yer vermektedirler. Bütün ceza sisteminin ilhamını sınıf menfaatinde bulan bir Marksist ceza hukukunun nasıl bir sistem olacağını düşünmek kâfidir: Bir suç işlemedikleri halde, sadece işçi sınıfına mensup olmadıklarına bakılarak ihtilâlle kurulmuş nizam için «tehlikeli» olanların ifnası. «Sosyal Tehlike» mefhumunun mantık yolu ile genişletilmsinde meknus tehlikeler korkunçtur. İlk pasitivistlerin ağzında ceza hukukunun insanîleştirilmesini sağlamak için kullanıldığı zehabını veren bu mefhum fiiliyatta onun yıkılmasına, felâketine müncer olmuştur. İlerliyen çığı durduracak mâni yoktur. Daha emin bir mecraya sevkederek «Sosyal Tehlike» mefhumunu kullanmanın mümkün olduğunu zannedenler vardır. Fakat nasıl parçalanan atomun tahrip edici şiddetini sınırlandırmak mümkün değilse bu mefhumu da böylece kullanmak isteğinde hiç bir muvaffakiyet ümidi mevcut değildir. Bu husus bir kerre daha ispat eder ki tehlikelilik hali mefhumunun menşeini teşkil eden «Cemiyeti Koruma» mefhumu münhasıran tabiî ilimlere ait bir mefhumdur. Bu mefhum şu esasa dayanır: Bir uzviyet mikroplara karşı kendini nasıl müdafaa ederse, cemiyet de öylece suçluya karşı koyar. Suçlu, «sosyal bir mikroptur». Mikrop karşısında insanîleşmeden bahsedilemez, bir temizleme ameliyesiyle mikroplar yok edilmelidir. Bu suretle ceza hukuku, hıfzıssıhha hukukunun veya polis hukukunun bir şubesi haline gelmiş olur: Suçluluğa karşı hücumda en ileri mevzileri tutmak lâzımdır ki «düşman» zarar vermeden gâfil avlansın. Nazi Ceza Hukuku suçlu iradeye karşı yönelmiş mefruz bir «sosyal ahlâk» perdesi altında önleyici bir zabıta hukukundan başka bir şey değildir. Ayni şekilde Marksist esaslara dayanan ceza hukuku sanığın «istismar edenler» sınıfına mensup olmasına yönelmiş bir polis hukukundan başka bir şey değildir. Bu sistemlerde, ceza hukukunun ahlâkîleştirilmesinden ve insanîleştirilmesinden bahsedilemez, bu sistemlerde fert faydasının tamamen tâbi kılındığı gurupun menfaati ölçüsü hâkimdir.

Hakikati bir espride eriten bir idealizimin felsefî havası içinde, ceza hukukunun insanîleştirilmesinin mümkün olacağı zanedilmemelidir. Bu çeşit idealizm mütemadî bir diyalektik içinde uzayıp gider ve fert, insan-üstü bir «ben» in girdabında kaybolur. Bu anlayışa göre, dokunulmaz bir ahlâk kanununun hâmili fert değil, devlette en mükemmel ve tam tezahürünü bulan bu «espri»dir. Devlet mutlak bir hakikatin yaratıcısı ve hâmili haline geçer ve ferdin vicdanına onu tahmil eder, muhtevası ne olursa olsun itaata zorlıyan hukukî emirler istar eder. Böylece totaliter devlet havası içine girmiş oluruz. Bu-

rada devletin fert ile olan münasebetlerinde hiç bir hudut mevcut değildir. Devlet her şeydir, her şeye kadirdir. Devlet «mutlak» olduğundan, ceza sistemini insanîleştirme için kendisi sebep görebilir, fakat bu insanîleştirmeyi yapacak olursa bu devletin fert lehinde mânevî bir kanunun mevcudiyetini kabul etmiş olmasından değildir. Devleti «mutlak» sayan bir ahlâk objektif hudutlar tanımayan bir «iradecilik» in görevindedir. Halbuki ahlâkın tarihî tezahür şekillerinden biri olan ceza hukukunun insanîleştirilmesinden bahsedebilmek için varlığın tabiî nizamından gelen bir hakikatin ve bir ahlâkın kültürel muhiti içinde bulunmak zaruridir. Böyle bir muhit içinde yalnız insan, onu ferde ve binnetice kişiye inkilâp ettiren bir ahlâk kanununun hâmilidir. İnsan ferdiyeti içinde varlığının «tam oluş» unu hisseder.

Hukukun maddî vakıaların sert bir şekilde nizama konmasına veya totaliter bir ideolojiye hizmet etmekten çıkarak «manevî ve ahlâkî değerler» in emrine girdiği zaman ceza hukukunun insanîleştirilmesi faaliyeti başlıyabilir. İnsanîleştirme ahlâkîleştirmenin müteradifidir. Hayat hakkında kuvvetli bir ahlâkî anlayış ile beslenmemiş bir insanîleştirme faaliyeti tasavvur edilemez ve hakikaten ahlâkîleştirme olan her şey ceza hukukunun insanîleşmesine müncer olur. Nazi cezacılarının bahsettiği şey ahlâkîleştirme değildi, çünkü varılan netice bir ırk taassubu uğruna ceza müesseselerinin vahşileştirilmesi olmuştur. «Biolojik ahlâk», değerlerin dünyasında yer alan «hakikî ahlâk» ın inkârıdır.

Ceza hukukunun insanîleştirilmesi devletin insanîleştirilmesiyle ilgilidir. Şu mânada ki devlet, olduğundan olması lâzımgelen hale, yani muayyen bir ahlâkî ve manevî gayeye sahip hür insanların kurduğu teşkilât haline avdet edince insanîleşme de tam olğunluğuna ulaşır. Mâbut yaratıcılarının ve yalan imalâtçılarının kendisini bir heykel gibi diktikleri kaideden devlet aşağı inmelidir ki insanîleştirme başarılabilsin. Devlet bir efsane değildir, bir ahlâk fikrinin hizmetinde tabiî bir gerçektir. Ceza hukukunun insanîleşmesinin, onun gevşekliğe ve dağılmağa müncer olması sayılmamalıdır. Donnedieu de Vabres'ın çok güzel söylediği gibi ceza rejiminin insanîleştirilmesi fikrinin tahakkuku için «te'dibin daha müsamahalı olması zarurî değildir. Bu fikir, cezada değişiklik le tamir edici adalet, ıslâh edici adalet ve sosyal adalet duygusunu kuvvetlendirmektir». Yalnız adalet gerektirdiği zaman müdahale eden hukuk insanî ceza hukukudur ve fert hürriyetinin teminatı, sorumlu bir hürriyetin teminatıdır. Eğer demokrasi, bir hürriyet rejiminde ferdî sorumluluk mefhumuna dayanan

bir nizam ise o halde ancak demokratik bir ceza hukuku insanî bir ceza hukukudur. Bu müeyyidelerin zayıflaması demek değildir. Hürriyetin koruyucusu olan siyasî demokrasî bir bakımdan ceza müeyyidelerinin kuvvetlendirilmesini icabettirecek, binnetice hukukî emniyetin mânası sosyal şuurda teşekkül edecektir. İnsanîleştirme ile cezaların hafifletilmesi arasında, ispat edilmemiş bir bağlılığa dayanarak, müeyyideleri budama suretiyle bir ceza mevzuatının ıslâh edilebileceğine inananlar aldanıyorlar. Ceza ıslâhatı meselesinde içinde bulunduğumuz durum işte budur. Meselâ İtalya'da bazı kimseler 1931 kanununun «gayrı - faşistleştirilmesi» için cezaların zarurî asgarî hadde kadar indirilmesinin kâfi olduğuna inanmaktadırlar ve ıslâhatı yalnız cezaların indirilmesinde görmektedirler. Daha nüfuz edebilen diğer bazı kimseler ise meseleyi yalnız cezanın miktarı ve hatta cezanın evsafı meselesi olarak nazara almazlar, çünki bu mesele daha çok geniş ve müesseselerin mülhem oldukları kıstaslara taallûkeder.

İnsanîleştirme faaliyetinin siyasî atmosferi demokrasidir ve bu atmosfer manevî değerlerle doludur. Kendi kendiyle tenakuza düşmek istemiyen bir siyasî demokrasi, positivist esaslara dayanan bir ceza hukuku yaratamaz. Positivist bir ceza hukuku bir zabıta devletine ve binnetice totalitarizme müncer olur. Altavilla gibi bir taraftan demokrasinin siyasî akidelerine inananlar, diğer taraftan da yaptıkları tehlikeli sıçramayı fark etmeksizin ilmî positivizme inananlar vardır. Liberalizm hukukun müeyyidelendirdiği «fiil» demektir, positivizm ise «ferdin tehlikeliliği» demektir, bu mefhum ise ferdi devletin her türlü müdahelesine maruz bırakır. Siyasî bir istemi yani «arzu edilmiyenler» i bertaraf etmek istemini ilmî sahada haklı göstermek ister gibi görünen positivist ideolojiler zabıta devletlerinde hüsnükabul görmüşlerdir. Demokrasi fikrinin zayıflamağa başladığı yerde hürriyet teminatları birbiri ardınca derece derece azaltılır ve bu da sözde bir «Sosyal Zaruret» adına yapılır.

Ceza hukukunun insanîleştirilmesi faaliyetinin temellerini atmak için sipiritüalist ceryanlar sahasında bir kıstas yerine diğerini serbestçe seçmenin mümkün olacağına inanmağa lüzum yoktur. Kefarete dayanan denk ve ölçülü adalet metafizik köklerini nizam ve nispet kıstaslarında bulur, fakat bu adalet, ahlâki şuurun derinliklerinde tamamiyle yaşanmış ve hissedilmiş bir şeydir. İşte Ceza hukuku bu denk, ölçülü olmaya yani kefaret kıstasına istinadeder ve Ceza hukukunun insanîleştirilmesi bu kaynaktan gelir. Acıma ve merhametin bu işte alâkası yoktur. Burada birbirinden ayrı iki saha bahis mevzuudur. Bu sahalardan biri diğerine taşsa bile iki saha birbirinden yine

ayrı şeylerdir. Ceza hukukunu insanîleştirme için acıma ve merhamete her müracaat edişte gerçek nazara alınmamakta ve ceza hukukuna ait sahadan dışarıya çıkılmaktadır. Maggiore'nin mütaaddit defalar hatırlattığı gibi emniyet tedbirleri merhametin muhassalasıdır ve adalet fikrine bağlı ceza hukukunun ötesinde faaliyette bulunurlar. İnsanîleştirme kefarete dayanan adaletin çerçevesinde ve onun icaplarına göre ceryan etmelidir. Hattâ bu - Del Vecchio'nun işaret ettiği gibi - kısas kanununun hukuken tanınması değil, daha ziyade bu kanunun reddedilmesi mânasına gelir. Bütün kültür unsurlariyle birlikte kefaret kıstası sayesinde yavaş yavaş kaybolmuş olan cismanî cezalar kısas kanunundan mülhem olmuşlardır. kefaret esasına dayanan adalet kıstası tarihi teselsül bakımından ele alınmalıdır. Devir ve muhite göre tatbik şekli de değişen böyle bir adaletin icaplarını iyilik ve kötülük arasındaki farkın ifadesi olarak görmek zamansız olur. Aksi takdirde cezanın ve infaz şekillerinin insanî takâmülü olarak ceza hukukunun tarihini inkâr etmiş oluruz.

Ceza hukukunun insanîleştirilmesinin spekülâtifi ön şartları böylece tayin edildikten sonra şimdi bir ceza hukukunun kendisine «insanî» dedirtebilmek için başlıca ne gibi hareketleri taşıması gerektiğini kısaca görelim. Eğer ceza hukuku adalet icaplarının bir ifadesi ise, bundan ceza hukukunda keyfiliğin reddi mânası çıkar. Adalette ölçü ve bir nispet, kayfilikte bir hafiflik vardır. Bu sebeple ikisi arasında bertaraf edilmez bir tezat mevcuttur. Keyfilikten adalete yükselebilmek için suç sayılan fillerle tatbik edilecek müeyyidelerin kanun tarafından tayin edimiş olması lâzımdır. İnsanîleştirmenin resmî sınırlarını suç ve cezaların kanunîliği prensibi çizmiştir. Resmî sınırlar tâbiri kullandık çünki suç ve cezaların kanunda gösterilmiş olmasiyle adaletin esaslı icaplarına riayet edilmiş olduğu ispat edilmemiştir. Taknin edilmiş bir ceza hukuku bazan taknin edilmemiş bir ceza hukukundan daha haşin olabilir, fakat ne olursa olsun, herkese aynı kanunun tatbiki zaruretini ihtiva eden suç ve cezaların kanunla tayin edilmiş olması prensibinin insanîleştirme gayeleri bakımından büyük mânası inkâr edilemez. Müsavat prensibini getiren demokrasinin siyasî umdelerinin galibiyetinden sonra cezaların ve ceza müesseselerinin insanîleştirilmesi zarureti kanun vâzıının hukukî ve ahlâkî şuurunda yer aldı. «nullum crimen, nulla poeana sine lege» prensibini terketmiş olan devletlerle hâlen bu prensibi terketmekte devam eden devletlerde « ne kadar göz yaşı ve kan aktığını» yakın tarihin tecrübesi göstermiştir. Kayfilik cezada dehşete müncer olur.

«İnsanî» bir ceza hukukunda bulunması lâzımgelen ikinci karak-

ter ceza müeyyidelerinin makable ademi şümulüdür. Kanuniyet prensibi ile birlikte yer alan bu prensibe her zaman ihtimam ile riayet edilmemiştir. Ceza kanunu asla geçmiş için yapılamaz, ceza kanunu münhasıran geleceğe mâtuftur. Aşikâr surette demokratik olan bu prensip İtalyan Anayasasının 25 inci maddesinde yer almıştı. Bu madde hükmü şudur: «Fiilin işlenmesinden evvel yürürlüğe girmemiş olan bir kanunla kimse cezalandırılamaz.» Buradaki kanun tâbiri tabiatiyle yalnız müeyyidenin değil, fiilin de kanunda tasrihi lüzumuna işaret eder. Bu suretle ceza kanununun makable ademi şümulü hususundaki siyasî zaruret teşriî ve konstitüsyonel esaslı bir hükümle ifade edilmiş oldu. Bu hükmün ihlâlinin artık cezasız kalması mümkün değildir.

«İnsanî» olmak isteyen ceza hukukunun üçüncü karakteri cezaların insanî olmasıdır. İnsanî cezadan insan tabiatında nefret uyandırmayan ceza kastolunur. Hükümlüye tatbik edilecek cezanın seçimi cezayı insanîleştirme mevzuunda esaslı meselelerden biridir. Fakat bu mesele dahi tarihî vakalara göre tetkik ve hallonulmalıdır. Dayak, uzuv kat'ı direğe bağlayıp teşhir etme, işkence suretiyle infaz edilen ölüm cezası, bugün ahlâkî ve hukukî vicdanımızda nefret uyandırmaktadır. Çünkü vicdanımız geniş ölçüde tekâmül etti ve insan şahsiyetinin değerini anladı. Modern ceza hukuku insan şahsiyetinin bu değerini kabuletmiş olduğundan terzilî cezalarla cismanî cezaları kaldırmıştır. Çünkü bu cezalar hükümlünün ahlâki şahsiyeti ve bedenî tamlığı üzerinde menfî ve silinmez tesirler bırakmaktadır. Yalnız Nazi Hegemonyası devrinde cinsî suç failleri hakkında hadımlaştırma yeniden ortaya çıktı. Böylece bu uzuv kat'ının kısas ölçüsüne göre bir ceza mı, yoksa bir emniyet tedbiri mi olduğu müphem kaldı. Fakat ister ceza, ister emniyet tedbiri olsun hadımlaştırma, hakikî ahlâkın inkârı demek olan biyolojik ahlâk telâkkisinin tesiri altında kalmamış her türlü ahlâki vicdanda nefret uyandırır. İtalyan Anayasası 27- nci maddesinde şu sarih hükmü vazetmiştir: «Cezalar insanlık duygusuna aykırı olmaz, cezalar hükümlünün ıslahına mâtuf olmalıdır.» Bu suretle Avrupa Anayasası metinleri arasında ceza bakımından «insanlık duygusu» ndan ilk defa bahseden İtalyan Anayasası olmuştur. Bu da ceza hukukunun insanîleştirilmesi zaruretinin hâlen tam mânasiyle nasıl hissedilmiş olduğunu gösterir. Bu sebeple insanlık duygusuna yani ferdin manevî ve rasyonal tabiatından gelen duyguya aykırı cezalar, binnetice terzilî, cismanî cezalar ve hattâ bu çeşit cezalardan olmasa bile infaz şekli dolayısiyle bu duyguyu rencide eden cezalar reddedilmiştir. Ölüm cezası bu cezalar arasında sayılmamaktadır.

Bu ceza umumî ceza hukukunda ilga edilmiş, harb hali için askerî ceza kanununda muhafaza edilmiştir. Ölüm cezası bu suretle kısmen kaldırılmış oldu. Fakat bu suretle cezanın kaldırılmış olması onun «gayri» insanî hissedilmiş olmasından değil evvelce cereyan eden hâdiselere karşı duyulan siyasî bir tepkinin neticesidir. Bu hal insanîleştirmenin tarihî şartlara bağlı olduğunu bir daha gösteriyor.

«Cezalar hükümlünün ıslahına mâtuf olmalıdır» hükmünün anayasaya girmesi, cezanın insanîleştirilmesi fikrine mi taallûkeder? Hâdiselere yakından bakacak olursak bu hükmün âzalarının ekseriyeti bazı tâbirlerin sarih mânasına vakıf bulunmayan ve insanîleştirmeyi acımak ve merhamet mânalarına alan Meclis tarafından kabul edildiğini görürüz. Hâlen anayasanın bu hükmünü pozitivizimizin zaferi saymak istiyen ve bu hükmün iki bakımdan önemi olduğunu söyleyenler vardır. Bunlara göre bu hükmün birinci önemi «cezayı mutlak adalet bahanesi altında riyakârcasına maskelenmiş intikam mânasına gelen kefarete dayanan adalet emrine vermeyi reddetmiş olmasıdır. İkinci önemi ise cezanın görevi hakkındaki izafî doktirini yani muayyen bir gaye için cezanın vasıta olarak anlaşılması fikrini kabul etmiş olmasıdır. Bu gaye tecrübî psikoloji ve ilmî pedagojinin ilham ettiği bütün vasıtaların kullanılması suretiyle suçlunun ıslâhıdır.» Fakat Crispigni unutuyor ki anayasanın ceza telâkkisi vazıh ve sarih iki mefhuma istinadeder. Bunlardan biri ceza, diğeri emniyet tedbirleridir. Eğer anayasa vazıî, vasıta - ceza fikrini kabul etmiş olsaydı cezaya mukabil emniyet tedbirlerini nazara almaz ve bu sonuncu diğeri içerisinde kaybolacağına göre sadece müeyyide tâbirini kullanmakla iktifa ederdi. Diğer taraftan anayasa vazıî, ceza hukukunda mektepler arasındaki ihtilâfı halletmek niyetiyle hareket etmemiştir. Bu hususta ihzarî çalışmalara göz atmak kâfidir. Anayasa vazıının niyeti, pratik bir yol göstermekti ve bu sebeple cezaların insanlık duygusuna aykırı olmıyacağını tasdik ettikden sonra cezaların hükümlünün ıslâhına matuf bulunması lâzım geleceği neticesine varmış oldu. Bu müşahade vakıalara dayanır. Ceza, kendisini felâketten kurtarabilecek, insanîleşmeye yaklaştıracak kefaret mefhumuna daima bağlı kalacaktır.

İnsanî bir ceza hukukundan bahsedilmek için sadece cezaların bizatihi «insanî» olmaları kâfi değildir. Cezaların tayinindeki ölçülerin de insanî olması lâzımdır. Burada ceza Yargıcının takdir yetkisi gibi mühim bir mesele karşısındayız. Yargıcın takdir yetkisi kanun vazîinın yargıca her şeyi kendi başına yapabilmek imkânı vermesi mânasına gelen keyfilik ile karıştırılmamalıdır. Evvelce de söylediğimiz gibi her türlü kanunî hudutlar dışında cereyan ettiği takdirde

keyfilik insanî ceza hukukunun inkârı sayılır fakat kanunî hudutlar dahilinde kalsa dahi takdir yetkisinin çok tehlikeli bir silâh sayıldığı vakî olmuştur. 89 ihtilâlinden sonra yapılan kanunlar Beccaria'nın bir cezanın haklı olabilmesi için muhakkak ve muayyen olması yolundaki kanaatine uygun şekilde sabit cezalı kanunlardı. Fakat bu suretle kanunun tatbiki bakımından fiilin müşahhas olarak ele alınmasına mâni olan bir otomatizm ve sert bir şema ortaya çıktı. Bunun tepkisi olarak evvelâ hususî tahrik sebepleri sonra da takdiri tahfif sebepleri müessesesi insanîleştirme müessesesi olarak kanunlara girdi. Böylece büyük bir adım atılmış olurdu. Fakat bu kadarı kâfi değildi. «İnsanî» bir hükme konu olabilmek için fiilin failin şahsiyetine göre değerlendirilmesi lâzım gelyordu. Bu husus kanunun vezettiği azamî ve asgarî had arasında değişen bir ceza sistemiyle sağlandı. Bu suretle cezanın müşahhas olarak tayini kanun vazıının koyduğu ölçüler dairesinde yargıcın takdir yetkisine bırakılmış oluyordu. Meselâ 1931 İtalyan Ceza Kanununun 133-üncü maddesi, fiilin ağırlığını ve suçlunun suç işlemeye kabiliyetini nazara almak mecburiyetini tahmil etmek suretiyle yargıcın takdir yetkisini tanzim etmişti. Suç işlemeye kabiliyet veya ahlâk bozukluğu mefhumu dolayisiyle bu hükmün ne şekilde yorumlanacağı bakımından insanîleştirme meselesi tartışmaların merkezini teşkil etti. Suç ve ceza mefhumları bakımından mevzuatımızın istikametine göre suç işleme kabiliyetinin suçlunun karakterine göre nazara alınacağından şüphe yoktur, suçlunun karakteri ise tabiî ilimlere ait bir mefhum değil, bir değer mefhumudur. İnsanî olmak isteyen hiç bir ceza mevzuatı bu unsuru ihmal edemez. Bu unsur müeyyidenin ferdîleştirilmesini sağlar. Suçlunun karakterine göre cezanın ferdîleştirilmesi olmaksızın insanîleştirme de mümkün olamaz. Cezanın ferdîleştirilmesi zaruretini pozitivistlerin ortaya attığı iddia olunamaz. Çünki positivistler suçlu tiplerinin standarizasyonuna yani suçlu tipolojisine tekabül eden önleyici vasıtalar yani suçla mücadele vasıtaları standarizasyonu neticesine varmışlardır. Sosyal tehlike mefhumu cezanın hakiki bir surette ferdîleştirilmesine imkân veremez.

Ceza hukukunun insanîleştirilmesinin beşinci karakteri cezanın infazına taallûk eder. Vaktiyle cezaların ağırlığı üzerinde düşünülmeye başlandığı zaman mesele kendini hassetirmişti. 18 ve 19 uncu asırlar, cezaların ve bilhassa hüriyeti bağlayıcı cezaların infazı meseleleri üzerinde durulması ve incelenmesiyle bu bakımdan hususiyet arzeder. Ölüm cezası hakkında ise daha ziyade bu cezanın mizanseni ve hükümlünün cezanın gerektireceği acılardan başka maddî ve manevî acı-

lar duyurulmaksızın infazı üzerinde durulmaktadır. Yapılan etüdler bu acıların asgarî hududa indirilmesine mâtuftur.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından insanîleştirme yolunda ıslâhat bu cezaların sertliğini hükümlüye çektirilmesi matlup olan hürriyetinden mahrumiyetten mütevellit acı ile ilgisi bulunmıyan ve lüzumsuz olan sert tarafları bertaraf etmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu meselenin halli bir siyasî cemiyetin kültür tekâmülü derecesi ile ilgilidir. Devamlı hücrede bırakılmanın ilgasının zarurî olduğunu bugün hissetmekteyiz ve hürriyeti bağlayıcı cezaların bir derecelenme üzerine infazını ve sonunda da cezaevi dışında çalışma safhasına mahkûmların geçirilmesini ve hükümlüyü müessese müdürünün arzusuna terketmiyecek bir cezaevi tüzüğü istiyoruz. Fakat şüphesiz bu sahadaki insanîleştirme faaliyetinin hudutları olacaktır. Bu faaliyet çektirilecek cezanın bütün acılığını ortadan kaldırmağa kadar gitmemelidir. Aksi takdirde ceza korkulan değil, arzu edilen bir şey olur, infazın lüzumundan fazla «insanî» olması suç işlemeyi, suçlu için tehlikeli bir şey olmaktan çıkarır, onu kârlı bir iş haline getirir. Bu sebeple hükümlülere bir çeşit suçlular sendikası hakkı tanımak, onlara zaman zaman izin vermek, cezaevlerini eğlence yerlerine çevirmek bahis mevzuu olmamalıdır. Böyle bir faaliyet ceza hukukunun ahlâkî ve manevî vasıtalarla insanileştirilmesi değil, ilgası mânasına gelir. Ceza hukuku «mücazat» hukuku olarak kalmalıdır. Bir çeşit «mükâfat» hukuku haline gelmemelidir. Eğer bir insanîleştirme faaliyeti ceza hukukunu mükâfat hukuku haline sokacak olursa şüphesiz yalnış bir yola girmiş ve yalnız gülünç olmak değil, manevî ve ahlâkî bir lâkaydî ve «mükâfat» meselesinin oldukça üzücü metafizik güçlüklerine maruz kalmak tehlikesiyle karşı karşıya gelmiş olur! Ceza hukukunu tetkik mesuliyetini taşıyanlar böyle bir tehlikeye atılmadan evvel, çok pek çok düşünmelidirler.

KLÂSİZİM İLE POZİTİVİZM ARASINDAKÎ TEZADIN BUGÜNKÜ DURUMU:

Konferansı veren: **Çeviren :**
Prof. Giuseppe Bettiol **Prof. Dr. Faruk Erem**

1 — İtalyan Ceza Kanunu 1931 de yürürlüğe girdi. Bu sebeple İtalyan Ceza Kanunu modern bir kanundur. Bunun modern bir kanun olduğunu söylerken milliyetim dolayısiyle tarafkirlik etmiyorum Bu husus Amerika ve Avrupa memleketlerinde çok meraklı münakaşaların hareket noktasını teşkil eder. Bundan evvelki ceza kanunu yani 1889 Zanardelli Kanunu tamamiyle klâsik nazariyelerden mülhem olmuşdu ve criminoloji ve ceza hukuku sahasındaki bir çok meselelerin bu kanun tarafından nazada alınmamış olduğu cezacılar ve siyaset adamları tarafından anlaşılınca artık görevini tamamlamış sayıldı. Klâsik mektep ile pozitivist mektep arasındaki zıddiyeti yani Francesco Carrara'nın vazettiği ceza hukuku meseleleri ile Lombroso ve Ferri'nin çizdiği yolda ilerliyen modern telâkkiler arasındaki tezadı bugün yeni İtalyan Ceza Kanununun ışığı altında incelemeye mecburuz. Filhakika modern criminalistlerin meseleleri eski criminalistlerin tarzında ortaya attıkları zannedilmemelidir. Bu hususta esaslı metod değişiklikleri müşahede edilmktedir. Fakat ceza hukukunun temelini kefaret fikrinde bulanların klâsik mektebin bazı prensiplerine inanmakta devam ettikleri söylenebilir. Fakat bazı diğer kimseler kefaretin mücerret ve metafizik bir mefhum olduğu, sosyal zaruretin doğurduğu suçu önleme fikrine dayanan ceza hukukuna hiç bir hizmette bulunmıyacağı fikrindedirler. Fakat her iki fikrin taraftarları da Avrupa devletlerini cezaların vahşileştirmesine sürüklemiş olan totalitarizm tecrübesinden sonra esas mesele haline gelen ceza hukukunun insanîleştirilmesi meselesi üzerine dikkatlerini toplamışlardır. Totalitarizm tecrübesini yaşamış olanlar diktatörlük ceza hukukunun evsafını teşkil eden değişmeyi çak iyi bilirler. Bu vasıflar şunlardır. Suçtan mütevellit sosyal tehlike nazara alınamaz sadece suçlunun iradesi sesas tutulur. (Bu iradeye dayanan bir ceza hukukudur). Suç mefhumunun ananevî objektif - sübjektif unsur tefrikinin yavaş yavaş bertaraf edilmesi ve münhasıran şahsî unsurlara üstün değer tanımak (Bu faili nazara alan bir ceza hukukudur). Halk topluluğunun saf ırkda devamı bakımından tehlikeli sayılan unsurların bertaraf edilmesi fikrine dayanan bir ceza mefhumu (bu da ifna edici cezaları teşkil eder).

2 — Totalitarizmin zulmeti yerini demokrasinin aydınlığına bıraktı. Fakat geçmişin acı hatıraları hafızamızdan silinmemelidir. Ceza hukukunun kültürel inkişafı için nazara alınmağa lâyik olduğu takdirde geçmişten faydalanılabilir. O halde hiç tereddüt etmeden söyliyebiliriz ki modern ve demokratik bir ceza hukukunu hazırlıyan fikirler intibah devrinin yani 18 nci asrın fikirleridir. Bundan evvelki asırlarda ceza meselelerinin mevcut olmadığını iddia etmek elbette doğru olmaz, fakat muhakkak olan şudur ki yalnız büyük Fransız ihtilâli sırasında insan zekâsı ceza meselesini tam ve bir bütün olarak nazara almıştır. Bu sırada liberal bir ceza hukukunun temelini vazeden «içtimaî mukavele» si ile Rousseau'un adını, ortaçağ delil sistemlerine karşı ceza usulü sahasında mücadele etmiş olan Beccaria'nın ismini zikretmeğe bilmem lüzum var mı? Ölümcezasına gelince bu da ayrı bir meseledir. Rousseau ölüm cezasına taraftardır. Becceria ise ancak çok büyük kamu tehlikesi arzeden hallerde cemiyet için zarûrî olduğu zaman bu cezanın meşru olabileceği fikrindedir.

Münakaşa edilmiyen bir şey vardır ki o da şudur: 18 inci asır ceza muammasını çözdü. Ceza hukukunun insanî bir hukuk olabilmek için her münakaşada kişinin tabiî haklarını ve ferdi hareket noktası olarak nazara almak lâzımgeldiğini bize 18 inci asır öğretti. İnsan şahsiyeti mefhumunun tarihin seyri dışında kaldığını işaret etmek istemiyoruz. Fakat ne olursa olsun 18 inci asır filozofları demokratik bir ceza huhuku yaratma kiçin çok gayret sarfetmişlerdir.

Suçlunun tehlikeliliği hakkında naturalist nazariyeler ve emniyet tedbirleri ile tecrübî ilimlerin ceza hukuku sahasında da söz söylemek arzusuna kapıldıkları zamana kadar yani bir asırdan fazla Avrupada hâkim olmuş klâsik mektebin köklerini bu kültürel ve siyasî atmosferde buluyoruz. Kollektif hayat meseleleri hakkında sosyal anlaşmaların ortaya çıkması neticesinde siyasî atmosferde husule gelen değişiklik naturalist telâkkilerin müdahalesini kolaylaştırmıştır.

3 — Bir çok müelliflerin zannettiğinin aksine klâsik mekteple pozitivist mektep arasındaki ihtilâfın tetkiki sadece bir hukukta metod meselesine müncer olmaz. İki mektep arasındaki tezadın bir metod ihtilâfı, binnetice doğmatik bir ihtilâf değil, mahiyet farkından gelen bir tezadın ifadesidir. Burada Ceza meselesinin hallinde kullanılacak kriteryumların tezadı bahis mevzuudur. Bu bakımdan içinde bulunduğumuz saha ceza siyaseti sahasıdır. Daha iyi bir tâbirle bu meseleyi münakaşa ederken felsefî karakterde veya hukuktan evvel (Pré-juridique) bir atmosfer içersindeyiz. Bu sebeple bir taraftan klâsikleri diğer taraftan pozitivistleri birer ceza hukukçusu sayamayız.

Eğer hukuk ilmini pozitif hukuktaki araştırmaların muvasalat noktası sayıyorsak bu münakaşada bir ceza ilminin unsurları mevcut değildir. Klâsiklerin pozitif hukuku tetkik etmekte hiç bir menfaatleri yoktur. Çünkü takip ettikleri metod münhasıran tümden gelim (déduction) metodudur. İnsanın spritüel varlığı, suçun tabiî bir kanunun ihlâli sayılması gibi rasyonel mahiyette esas mefhumları vâzettikten sonra klâsikler bu mefhumlardan neticeler çıkarmaktadırlar. Pozitivistlere gelince onlar da pozitif hukuku hor görürler. Çünki onların nazarında bir tüme varış (induction) metodu ile ve suçlu insanın şahsiyetinden hareket ederek ceza meselelerinin halli icabeder. Pozitif hukuk sosyal hayat hakkında sunî bir anlayışın ifadesidir. Fakat pozitivistler bir suç veya suçluyu tâyin edebilmek için pozitif hukuktan başka çare mevcut olmadığını unutmuyorlar. 1908 yılına kadar İtalya'da ceza hukuku, bir hukuk ilmi olarak mevcut değildi. Arturo Rocco'nun Sassari Üniversitesindeki nutku ile İtalya'da hukuk ilmi olarak ceza hukuku ortaya çıktı. Arturo Rocco'nun, 1931 İtalyan Ceza Kanununun babası olduğu unutulmamalıdır.

4 — Diğer Avrupa memleketlerinde de durum aynıdır. Hukuk doğmatiği hüküm sürmektedir. Almanya'da bile hukuk doğmatiğine hukuk siyasetini ikame etmek istiyen totalitarizm tecrübesinden sonra meselelerin daha sakin bir şekilde ele alınmasına başlanmış ve yayımlanmağa başlanan eserler hukukî metodun hayatîyetini bir kere daha ispat etmiştir. Bir kaç ay evvel Arjantin ve Brezilya'yı ziyaret etmiştim. Cenubî Amerika'da metot meselesi üzerinde büyük bir alâka ile durulmaktadır. Uzun zaman sürmüş olan pozitivist sarhoşluğundan sonra artık kanun adamları kanunun felsefesini veya kanunun naturalist esasını değil bizzat kanunu bilmek istiyorlar. Fakat pozitivizm icaplarının bu suretle tamamiyle bertaraf edildiği zannedilmemelidir. Şunu zikretmek isterim ki hâlen dünyanın her memlekettinde ceza hukukunun hukuk ilmi olarak tetkiki meselesi diğer bütün meselelerden üstün gelmektedir. Fakat diğer bütün endişeler ortadan kalkmışmıdır- Hukuk tekniğinin galibiyetine rağmen hiç bir ceza siyaseti tezadı binnetice tarihî iki mektep arasındaki büyük zıddiyetin artık mevcut olmadığı iddiası hakikate uygun mudur? Hukukçuların pozitif hukuka taallûk etmiyen bütün meselelerle alâkalarını kestikleri iddia edilebilir mi? Hukuk metafiziği tamamiyle unutulmuş mudur? Şüphesiz hukuk felsefecileri mevcuttur, fakat hukuk felsefesinin (ki bunun hukukun umumî nazariyesiyle karıştırılmaması lâzımdır) varlığından bahsetmek başka bir şey, ceza hukukunu çevreleyen tabiî ve felsefî büyük meselelerin halli veya nazara alınmasını isteyen asıl mânada hukukçuların mevcut olduğu

15

beyan etmek yine başka bir şeydir. İtalya'da klâsik mektep ile pozitivist mektep arasındaki tezadın artık mevcut olmadığını söyliyebilir miyiz?

İtalya'da bazı hukukçulara göre her iki mektep arasında vaktiyle mevcut tezat artık ortadan kalkmıştır. 1931 ceza kanunu pozitivist mektebin esas doktrinini kabul etmiştir ve kanunun maddeleri karşısında sükûnet bulmuş gözüken bir mücadeleyi uzatmak için hiç bir sebep yoktur. Böyle bir mücadelenin başka memleketlerde ve meselâ Fransa'da bir mânası vardır, çünki Fransa'da halâ eski 1810 kanunu tatbik edilir (şüphesiz Fransa'da pozitivisler doktrinlerini galip çıkarmak hususunda büyük imkânlara sahiptirler) veya Rusya'da bu anlaşılabilen bir şeydir. Çünki Rusya'da 1926 kanunundan sonra klâsik anlayış kayboldu.

İtalya'da derinliğine araştırma iktidarına sahip bulunmıyan bazı hukukçular 1931 kanunu müvacehesinde iki mektep arasındaki tezadın kalktığı fikrindedirler. (Burada şunu hatırlatayım ki siyasî sebeplerden dolayı kanunun kısmen veya tamamen ıslâhı yolunda muhtelif talepler mevcuttur) Aynı hukukçular kanunun bahis konusu tezadı kaldıran üstün bir senteze müncer olduğunu söylerler. Bu müelliflerin fikrine göre kriminolojik prozitivizimin esaslı prensiplerinden biri yani ceza müeyyidesinin insanın manevî suçluluğu veya manevî isnadiyet üzerine değil, suçlunun tehlikelilik haline göre tayin edilmesi lâzımgeldiği prensibi 1931 kanunu tarafından tamamiyle kabul edilmiştir. Bu fikri Prof. Grispigni ortaya attı. Porf. Grispigni İtalyan Ceza Kanununun ve yayımlanmış bulunan ceza kanunlarının pozitivist yorumunda mütehassıstır. Kendisi Ferri'nin pazitivizimînden ziyade Almanya'daki Liszt, tenkidî pazitivizimine mensup sayılabilir.

5. — Kriminolojik pozitivizimin çok uzun zamandanberi öldüğünü ve tekrar dirilmesinin de imkânı olmadığını beyan eden müelliflere göre 1931 İtalyan Kanunu hiç bir pozitivist tesir taşımamaktadır. Bu Kanun klâsik anlayış yolunda gitmektedir. Ceza mevzuatının yaratıcıları arasında Carrara ve Pessina'nın ve neo klâsiklerden de Rocco, Massari Manzini'nin ismi zikredilir. Lombroso ve Ferri'nin düşünceleri İtalyan kanun vazîi üzerinde hiç bir tesir icra etmemiştir. Pozitivist anlayışa göre tanzim edilen 1921 tarihli ceza kanunu porojesi bir istisna sayılabilir. Fakat şurası aşikârdır ki bu proje gerek siyasî gerek ilmî sebeplerden dolayı kanunlaşamamıştır. Kriminolojik pozitivizm ancak bir zabıta-devlet çerçevesi içinde mevcut olabilir. Çünki suç sayılan fiil yerine ikamesi düşünülen tehlikelilik hali

kişi hürriyeti için tehlikeli olabilecek adlî müdaheleleri icabettirir. 1921 yılında siyasî anlayış emniyet tedbirleri için henüz müsait değildi.

1931 kanununda pozitivistler tarafından yaratılmış tâbirler ve ıstilahlar mevcuttur. Fakat bazı hukukçulara göre bu tâbirler eski pozitivistlerin kullandıkları mânada istimal edilmemiştir. Benzerlik esasta değil şekildedir. Meselâ kanunun nazara aldığı suçlu tipolojisinin Ferri veya Lombroso'nun tipolojisi ile alâkası yoktur. Aynı suretle emniyet tedbirlerinin tatbiki için bulunması gereken tehlikelilik halinin eski pozitivistlerin teşriî ve ilmî faaliyetlerine temel saydıkları mefhum ile alâkalı değildir. Bu suretle emniyet tedbirleri naturalist bir anlayışı aşmakta ve insanın ahlâkî şahsiyetiyle alâkalı bir kıymet hükmü mânasına gelmektedir.

6. — Bu suretle yeni İtalyan mevzuatının iki türlü yorumu mevcuttur: Bu yorumlar birbirlerinin tamamiyle aksi iki yorumdur ve aralarında uyuşma bahismevzuu olamaz. Hakikat bundan ibarettir.

Şu husus münakaşa bile edilemez: Bu iki cereyandan biri, cezanın tatbiki için esas fikri manevî sorumlukta bulmağa matuftkur. Diğeri ise emniyet tedbirlerinin tatbiki için ana fikiri suçlunun tehlikelilik hali mefhumunda aramaktadır. Bazı hukukçular, meselâ Florian suçluluk ile tehlikelilik halinden aynı mânaya gelen iki mefhum gibi bahsederler. Bu müelliflere göre inasn tehlikeli ise suçludur. Biz bu fikirde değiliz. İki fikir arasındaki tezad deontolojik ve binnetice siyasî bir tezat değil, her şeyden evvel ontolojik yani vakıaların mahiyeten farklı oluşundan gelen bir tezattır. Suçluluk bir takbih ve tektir hükmü vermek mânasına gelir. Ve ahlâkın icabettirdiği bir hüküm binnetice bir kıymet hükmüdür; tehlikelilik hali ise zararlı olmak ihtimaline ve binnetice bir ihtimalî hükme müncer olur. Hâdiseleri anlamak ve yapacağı harekete serbestçe karar vermek imkânına sahip olması bakımından yalnız insan suçlu olabilir. Bir hayvan veya birtabiat hâdisesinde de tehlikelilik görülebilir. Fakat sadece meselâ adam öldürmüş olan insana suçlu diyebiliriz. Bir köylü çocuğunu öldüren bir hayvan veya bir evin yanmasına sebep olan yıldırım tehlikeli olmakla vasıflandırılabilir. Fakat onlara suçlu denilemez. Bu iki hükmü birleştirmeye imkân yoktur. Her ikisi de birbirine zıt sahalarda yer almışlardır. Bunları birleştirme hususunda yapılan her teşebbüs vahim siyasî ve teşriî durumlar yaratmıştır. Filhakika klâsik fikirler ile pozitivist fikirler tetkik edilirse görülürki birinciler manevî sorumlu-

12

luğa ve ikinciler suçlunun tehlikelilik haline yönelmiştir. Aralarında hiç bir sentez imkânı mevcut değildir. Bu iki mefhumu, onlara üstün bir tek mefhumda toplamak mümkün olamaz. Ancak bir mevzuatta bu iki mefhumun yanyana yer alması ve bunlardan farklı neticeler istihracı mümkündür. Fakat bu iki mefhumu mevzuatta birleştirmeden sadece yanyana koymak yalnız teknik bakımdan değil her şeyden evvel siyasî bakımdan nazik bir iştir. Liberalizm akidelerini terketmeğe ve liberal ve demokratik yoldan ayrılmağa ve daha ziyade müdahaleci, diğer tâbirle daha solcu bir temayüle sapmağa sosyal camianın istekli olup olmadığını her şeyden evvel incelemek lâzımdır. Bu da gösterir ki ceza hukukunun esaslı meseleleri bir milletin kültürel inkişafının çerçevesi içinde tetkik edilmelidir. Bu meseleler sosyal camianın siyasî yapısının şartlarına bağlıdır. Bir milletin hayatı bahis mevzuu olunca sadece akademik bir çalışma neticesinde varılan kaideler vazedilmesi çok tehlikelidir. Ceza hukukunda akademik düşünce sanki tamamiyle mücerret ve dünyanın her memleketi için «a priori» bir hukuk mevcut imişcesine hareket etmek mânasına gelir.

7 — 1931 kanunu idrak ve irade ehliyeti mefhumunu kabuletmiştir. Bu formül hakkındaki mütalâaları burada tetkik etmiyeceğiz. Fakat şu husus sarahaten belirtilmelidir: İdrak ve irade ehliyeti ahlâkî bir şahsiyet olarak insanın bütününe şâmil bir mefhumdur. Ceza hukukunun ahlâki mahiyetteki esas kıymetlere icraı gerekiyorsa insanın bir kıymet olarak nazara alınması icabeder. İnsan bir «kişi» yani ahlâkî gayeler için yaşıyan ve hareket eden bir varlık olduğundan tam mânasiyle bir kıymettir. İnsan basit ve karanlık insiyâklerin içersinde dış âleme içini kapamış bir varlık, bir hayvan değil, «iyi» olanı seçebilmesi ve kendi zekâsı ve kendi iradesiyle tabiat kuvvetlerine hâkim olabilmesi bakımından dış âleme içini açmış bir varlıktır. İnsan kişi olarak bir kıymettir ve ihtiyaçlarını gidermek gayelerine ulaşabilmek için bir başka insanı vasıta olarak kullanamaz. Ahlâkî gerçek yani insanın rasyonel gerçeği esastır ve ceza hukuku insanın bu ahlâkî ve manevî mahiyetinin inkâr veya kabulüne bağlıdır. İdrâk ve irade ehliyetinden bahsettiğimiz zaman «serbest irade» yi kastederiz: Bu serbestî dışında Donnedieu de Vabres'ın tâbiri veçhile sosyal mikroplara karşı korunma tedbirleri mevcut olabilir. Fakat ceza hukuku mevcut değildir. Binnetice naturalist ve mihanikî bir anlayışa varmak lâzım gelecektir. İdrâk ve irade ehliyetine bağlı olması bakımından 1931 ceza kanunu, Zanaredelli Kanunu gibi fiilde iradeyi aramakta ve bu suretle klâsik ananeye bağlı kalmaktadır. 1931 kanununun pozitivist esaslarını göstermek yolundaki her gayret boşa gitmiş ve

hükümlerin tek taraflı yorumunun sadece mantıksızlığını ortaya koymuştur. Grispigni'nin mütalâası taraftar bulamamıştır.

Bizzat kanunun sosyal tehlike fikrini kabul ettiğini söylemiştik. Fakat kanun bunu, manevî sorumluluğa bir başka muhteva atfetmek için yapmamış, manevî sorumluluk ve ceza mefhumlarına taallûk etmiyen bir takım tedbirleri haklı göstermek için bu yolda hareket etmiştir.

8 — Bu suretle çifte demiryolu hattı üzerinde yürüyoruz diyebiliriz. Bir tarafta manevî sorumluluk ve ceza, diğer tarafta suçlunun tehlikelilik hali ve emniyet tedbirleri. En modern kanunlar bu sistemi kabul etmişlerdir. Hattâ Almanya'da bile cezacılar bu çifte demiryolu sistemine yönelmişlerdi. Bu sisteme göre ceza kefaret sayılmaktadır. Tedbirlere gelince onlar da cemiyeti koruma vasıtası telâkkî edilmekte ve ceza ile aralarında bir sirayetin mevcut olabileceği de kabul edilmemektedir.

Her mefhum, zamanın ve kültürel muhitinin tesiri altındadır. Bugün ananevî dediğimiz mefhumlar bundan meselâ 10 sene evvelki mânaya alınmıyorlar. 1949 da bir klâsik mektep mensubu müellif Carrara zamanındaki gibi konuşmuyor ve aynı suretle bugün bir pozitivist eğer hâlâ aramızda olsalardı, Lombroso ve Ferri tarafından eskiye bağlılıkla vasıflandırılırdı. Çok şey kayboldu, bir çok şeyler de başka bir istikamette inkişaf etti. Kendimize şunu sorabiliriz: 19-ncu asrın ceza kanunlarına ve Zanardelli Kanununa ilham vermiş olan ananevî fikir hareketi bugün hâlâ yaşıyor mu?

Hemen şunu söyliyelim ki eski klâsiklerin insan ferdiyetinden anladıkları mefhuma bugün «yaşıyor» denilemez. Bu mefhum sosyal tesirleri nazara almıyan mücerret bir mefhumdu. Bu, 18. nci asır tarih dışı rasyonalizm anlayışının neticesidir. Bu anlayışa göre insanın ferdiyeti karşısında değil, insanın akseden hayali karşısında idik. Asıl ceza hukuku sahasında insan, suçun bir ön şartı sayılıyordu, biraz sonra büsbütün unutuldu. Bu husus suç hakkındaki umumî mefhumda olduğu gibi hususî suçlarda da kendini göstermiştir. Suçun faili nazara alınmıyordu.: Bütün gayret ve araştırmalar suçun unsurlarına tevcih edilmiştir. Suçlunun şahsına taallûkeden şartlar, suç mefhumu üzerinde hemen hemen hiç bir tesir icra etmiyordu. Suçlar «genel» sayılıyor ve ancak muayyen guruplara mensup olanlar tarafından bazı suçların işlenebileceği nazara alınmıyordu. Sanki bir «aile»si, bir mesleği, diğer sosyal vasıfları yokmuş gibi insan mücerret bir mefhum sayılıyordu. Bu suretle insan tam bir tecrit sonunda klâsik ceza mevzuatı için hareket noktası teşkil etti.

9 — Eski klâsik mektebe mensup âlimlerin suç mefhumu hakkındaki telâkkilerine de bugün «yaşıyor» demek mümkün değildir. Bu mefhum da, fert mefhumu gibi sûrî bir mantık perdesine suç unsurları meselesini aksettirmek için her türlü gerçekten tecrit edilmişti. Carrara suç mefhumundan iki unsur görüyordu: objektif unsur, sübjektif unsur. Bunlara suçu meydana getiren iki kuvvet nazarı ile de bakıyordu. Bütün eserleri, o esnada hukukçuların nazarı dikkatini çekmğee başlamış olan pozitivist fikirlerin tesiri altında, bu iki kuvvetin tahliline yönelmişti. Ceza hukuku sahasında İtalya'nın en büyük zekâsı sayılan Carrara'nın sistemi, kısmen pozitivist ideolojilerinin tesiri altında da kalmıştır. Fakat bu tesir suçlu mefhumu üzerinde değil, suç mefhumu üzerinde gözükür. Carrara'dan sonra hukukçuların tahlilî mesaisi suç mefhumunu daha derinlere götürdü ve suçun zatî vahdetini unutturdu. Neo- Klâsiklerin ve eski hukuk teknikçilerinin incelemeleri, tahlilî metodun tesiri altındadır. Bunun neticesinde bu hukukçular hayatla temaslarını kaybettiler. İlmî araştırmalarda elbette tahlilî metot zaruridir. Fakat neticede her tahlil bütünün nazara alınmasına müncer olmalıdır. Çünki ancak bütün müşahhas bir anlayış temin edebilir.

Klâsiklerin insan iradesinin serbestliği hakkında fikirleri de psikolojik hakikatlere ve ceza hukuku zaruretlerine uymaz. Onların nazarında irade serbestisi boşlukta mevcut bir şey gibidir. Klâsikler iradî fiilin teşekkülünde saiklerin nazara alınması lâzımgeldiğini bilmiyorlar veya bilmek istemiyorlardı. İrade-i cüz-iyyeye inanıyorlar ve insanın mücerret olarak ele alınmasının zarurî kıldığı bir yolda yürüyorlardı. Zira insan, hayatın gerçekleriyle hiç teması olmıyan yıldızlar âleminde yaşıyor farzedilince insan iradesinin sanki müşahhas durumlar mevcut değilmişçesine hareket edeceğinin kabulü tabiî bir şeydi Fakat insan psikolojik bakımdan saikler şeklinde tesirini gösteren müşahhas durumlarla temas halinde bulunan muayyen bir muhit içinde yaşar. İçlerinden bir tanesinin en kuvvetli sayılmaması gereken saiklerin tesiri altında hareket etmek serbestçe hareket etmektir.

Eğer ceza, suçlunun hareketiyle hukuk nizamının ihlâline karşı mihanîkî bir tepki sayılır ve hiç bir kefaret fikrini ihtiva etmediği söylenirse cezanın klâsik mânası da ortadan kalkmış denilebilir.

10— O halde ananevî mektebin verimlerinden ortada ne kaldı?

Evvelâ, ahlâkî bir şahsiyet olarak insan ferdiyeti mefhumu yaşamaktadır. Cemiyet ferdi beliğ etmemeli ve fakat onun inkişafını ve daha iyi duruma ulaşabilme şartlarını hazırlamalıdır. Klâsik mekte-

bin hakikî demokratik ruhu, sağlam bir ceza hukukunun temeli olarak, halâ yaşamaktadır. Hareket noktası devlet olarak kabul edilip devletten ferde gidilirse klâsik ceza hukuku mevcut sayılamaz. Diktatörlerin ceza hukuku, klâsik doktrinden mülhem olmamıştır. Klâsiklerin bütün düşüncesi hürriyet hakkının müdafaasında toplanır. Klâsik anlayışa göre her hukukî mefhum devlet kuvvetine karşı kişi hürriyetini korumak için ihdas edilmiştir. Bu sebeple manevî sorumluluk fikri kişi hürriyetinin ilk teminatıdır. Zira bu kaide gereğince devlet, suç sayılan bir fiil işlenmemiş oldukça kişi hürriyetini tahdit edemez. Suç işlenmediği halde devletin müdahalesini greektirecek hiç bir sebep tasavvur olunamaz.

Suçun müşahhas bir kuvvet olduğu yani fert faaliyetinin müşahhas bir izharından ibaret bulunduğu yolundaki klâsiklerin fikri yaşamaktadır. Bu sebeple sadece tehlikelilik halinin veya sadece bir fikrin izharı suç sayılmaz. Suç münhasıran batınî bir faaliyet değil, bir insanın fiilidir. Yalnız diktatörler iradeye taallûk eden bir ceza hukuku sistemi ile bir fikrin izharını dahi suç saymışlardır. Bugün hür milletlerin anayasalarında, ancak bir fiilin suç sayılabileceği ve bu fiilin de tipik bir fiil yani kanuniyet prensibi ile tâyin edilmiş bir fiil olması lâzımgeldiği, diğer bir tâbirle «nullum crimen sine lege» kaidesi yazılı bulunmaktadır. Bu prensibi bizler klâsik mektebe borçluyuz ve totalitarizm zulmetine düşmemek için, medenî insan hayatının bu kaidesini muhafaza yolunda mümkün olan her şeyi yapmalıyız.

Klâsik mektebin yaşıyan üçüncü fikri şudur: Suç serbest insan iradesinden doğan bir fiile istinadetmelidir. Fakat muhitin de bu fiilin husulüne tesir ettiğini unutmamak lâzımdır. Serbestî muhtelif saikler müvacehesinde kendini gösterir. Saikler arasında seçim iradedir.

Cezanın esasının kefaret olduğu fikrinin de yaşadığını kabuletmek lâzımdır. Bu suretle cezanın esası ve gerekçesi anlaşılmış olur. Suç işlemiş olan kimse manevî varlığı gerektirdiği için cezalandırılmalıdır. Kefaret uzlaşmaya müsait değildir.

11 — Bu suretle klâsik mektebin yaşıyan ve yaşamıyan mefhumlarını tetkik ettikten sonra şimdi de pozitivist mektebin tesirlerini inceleyelim. Tehlikelilik hali, pozitivist mektebin kullandığı hakikaten yeni bir kelimedir. Fakat bu kelime yalnız başına ceza hukukunun bütün icaplarını yani ferdin şahsiyetine saygıyı ifade edemez. Tehlikelilik hali o kadar muazzam bir mefhumdur ki hukukun emniyet ve katiyyetini ortadan kaldırır. Bugün bu mefhum Markist ceza hukukunun üstün değerde saydığı bir mefhumdur. Suçlunun teh-

likelilik hali fikri, kefarete müstenit cezanın, ceza tatbiki için gereken ön şartların bulunmadığı müşahhas hadiselerde yani ceza ehliyetine sahip olmıyanlar hakkında, müessir olamıyacak bazı sınıf suçlular için tatbik sahası bulabilir.

Sabit ve değişmez tiplerin mevcut olduğunu ileri sürmüş olması bakımından pozitivist mektebin suçlu tipolojisi yaşayan bir mefhum sayılmaz. Çünki insanın mücerret şemalara irca edilemiyeceğini tabiî ve manevî ilimlerin tecrübesi göstermiştir. Mer'i İtalyan Kanununun tipolojisi yani suçlunun itiyadî, meslekî, temayülî suçlu olarak tasnifi pozitivistlerin tipolojisi ile alâkalı değildir. Çünki bu tasnif suçlunun anormal sayılması yolunda bir ön şarta istinadetmemektedir. Kanun vazıî bu tasnifi yaparken, müdafaa maksadiyle sadece kanunî tipler ihdasetmiş ve suçluların yapısı bakımından hususiyetler üzerinde durmamıştır.

Fakat bütün bunlara rağmen kriminolojik pozitivizm müspet bazı hizmetlerde bulunmuştur: Her şeyden evvel hukukçulara tarih ve binnetice hayat hakkında müşahhas bilgi sahibi olmak lüzumunu anlattı. Mücerret fikir sahasından müşahhas hakikatler sahasına geçmek lâzımgeldiğini gösterdi. Bizim fikrimize göre müşahhas hakikatler sahası kıymetlerin bulunduğu sahadır. Çünki bu değerler, ahlâkî ve manevî hayatın yani müşahhas hayatın icaplarıdır.

Pozitivizm suç mefhumunu ferdî ve sosyal hal ve şartlarının topluluğu içine soktu, iradî hareketlerin teşekkülünde saik meselesini ortaya attı, karakterler üzerinde yaptığı araştırmalarla suçlunun şahsiyetini tebarüz ettirdi. Fakat burada hemen şunu söylemek lâzımdırki pozitivistlerin anlayışına göre failin karakteri mefhumiyle, bizim hakikate daha uygun saydığımız mefhum arasında benzerlik yoktur. Karakter tabiatın verdiği bir şey değildir. Tabiatın verdiği unsurlara istinadeder fakat bu unsurlar içinde erimiş değildir. Karekter insanın huyu ile iradesinin serbest ve şuurlu hareketlerinin muhassalasıdır. Ortada insanın manevî varlığıyle ilgili bir şey mevcuttur. Fakat ne de olsa pozitivist mektep bize hukuk kaidelerinin tabiî esaslarını kavramak imkânını bahşetmiştir. Müeyyidenin şahsiyetleştirilmesi hususu da bu meyanda şayanı dikkat müşahedelere mazhar olmuştur. Cezanın tâyini ve infazı sırasında şahsîyetleştirilmesi bakımından modern ceza hukuku pozitivistlerin tesiri altında kalmıştır. Esasen kefaret mücerret olamaz, suçlunun bütün şahsî hal ve vasıfları topluluğuna dayanır ve bu suretle müşahhas bir mefhumdur.

Modern ceza hukuku bakımından

CASUSLUK (1)

Yazan : Dr. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK

1 — Giriş
2 — Casusluk terimi
3 — Casusluğun tarifi
4 — Casusluk mefhumu
5 — İtalyan Ceza Hukukunda casusluk
I — Eski İtalyan Hukukunda casusluk
II — Yeni İtalyan Hukukunda casusluk
A — Casusluğun tarifi
B — Casusluğun unsurları
C — Casusluğun cezaları
6 — İsviçre Ceza Hukukunda casusluk
I — Siyasi casusluk
A — Tarifi
B — Unsurları
C — Cezası
II — İktisadi casusluk
A — Tarifi
B — Unsurları
C — Cezası
III — Askerî casusluk
A — Tarifi
B — Unsurları
C — Cezası
7 — Fransız Ceza Hukukunda casusluk
I — Eski Fransız Hukukunda casusluk
II — Yeni Fransız Hukukunda casusluk
A — Tarifi
B — Unsurları
C — Cezası

1 — Giriş

Casusluk esas ve mahiyeti itibarile siyasî bir faaliyetdir. Casusluk, kelime manasile, düşman menfaatine olarak, gözetlemek, gizli şeyleri bulmak ve temin etmek için araştırmalar yapmaktır. De E. Littré, Dictionnaire de la langue française.

Klâsik ceza hukuku eserlerinde bu mefhumun şümul ve muhtevasını tâyinde görüş ve anlayış birliği temin edilmemiştir. Ceza kanunlarında da casusluk bir birine uymıyan ve hatta bir birine zıt şekillerde ele alınmış ve unsurları tespit olunmuştur.

(1) Adalet Bakanlığına tarafımızdan sunulan rapordur.

Birinci dünya harbi ertesinde modern devletler zaman, zaman ceza kanunlarının casusluğa mütaallik hükümlerini yeniden gözden geçirmek ve yeni görüş çerçevesi içinde tedvin yapmak zaruretini duymuşlardır. Fakat ikinci dünya harbindenberi daha derin sarsıntılar belirmiş ve milletlerin istiklâline, bütünlüğüne ve siyasi mevcudiyetine karşı başgösteren tehlike ve tecavüzler olağanüstü tedvin hareketlerine yol açmıştır. Bu durum, devletin emniyetini esaslı surette korumayı hedef tutan yeni ve önemli hükümlerin kabulünü zaruri kılmıştır. Burada, yapılan bu cezri değişiklikler, bu yeni tedvin hareketi mukayeseli bir surette tetkik ve tahlil olunacaktır.

2 — Casusluk terimi

Casusluk, devletin emniyetine karşı işlenen cürümlerden biridir. Casusluk, gizli malûmatı ve vesikaları araştırmak, temin etmek ve ve istenilen yere ulaştırmaktır. Bu terimin ifade ettiği mana budur. (Espionnage). Bu terim eski Türk lehcelerinde gözcülük, çaşıtlık kelimelerile ifade edilmiştir. Gizli bir şeyi bulmak ve temin etmek için gözetmek işine verilen ve bu günkü dilimize yerleşen terim Casusluktur.

Fransızcadaki casusluk (espionnage) terimi İtalyancadaki (spionaggio) kelimesinin millileşmiş şeklidir. Her iki dilde mevcut bu terimin kaynağı gözetmek (spigare - épier) fiildir.

3 — Casusluğun tarifi

Casusluk klâsik ceza hukukunda dar ve tahdidi bir surette tarif edilmiştir. Modern ceza hukuku mefhumun tarifini şümul ve muhteva itibarile hem genişletilmiş, hem de kesin bir şekilde ifade etmiştir.

A — Klâsik tarif.

Klâsik ceza hukukuna göre, casusluk, bir kimsenin tabiiyeti bahse mevzu olmaksızın (bir tebaanın veya ecnebinin) bir devletin kaynakları, askerî teşkilatı, siyasî ve iktisadî durumu hakkında kapalı bir tarzda, uydurma bahanelerle, gizli malûmat veya vesikalar toplaması veya toplamaya gayret etmesi, bir diğer devlete menfaat karşılığında veya meccani olarak bu vesikaları veya malûmatı ulaştırmak maksadiyle yaptığı faaliyetdir. (H. Capitant, Vocabulaire juridique).

Bu terkibi bir tariftir. Ceza kanunlarının müşterek ana hükümlerine göre yapılmıştır. Halbuki yeni tedvinlerde önemli unsur değişikliği olmuştur. Suçun casusluğu teşkil etmesi için failin ecnebi ol-

ması esaı kabul edilmiye başlanmıştır. Yeni tedvinde, muhtevaları bir birine çok benzeyen vatan hainliği ile casusluk bir birinden kesin olarak ayrılmıştır. Bunu sağlayan şey unsurlarda yapılan değişiklik olmuştur. Yeni cereyanlara göre, vatan hainliği, bir tebaa tarafından devleti zararına ve ecnebi menfaatine yapılan bir faaliyetdir. Casus luk ise, bir ecnebi tarafından millî müdafaaya ait sırların araştırılması veya temin edilmesi faaliyetidir.

B — Modern Tarif

Modern ceza hukukuna göre, casusluk bir devlet menfaatine, başka bir devletin askerî veya siyasî, iktisadî durumuna ait bütün gizli malûmat veya vesikaların bir yabancı tarafından araştırılması, temini ve bu yabancı devlete ulaştırılmasıdır. (Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel P. 128

Fransız Ceza Kanununun 1939, 1940 ve 1944 yıllarında değiştirilen 75, 76 ve 77 inci maddelerile bu yeni tarif kabul edilmiştir. Maddelerin metni yeni ilmî görüş ve anlayışa göre tedvin olunmuştur. (Dalloz, Code Pénal Français, 1949.)

4 — Casusluk Mefhumu

Casusluk, devletin dış emniyetine karşı işlenen cürümlerden biridir. Devletin dış emniyetine karşı işlenen cürümler, ceza kanunlarının en önemli bölümlerinden birini teşkil eder. Devletin emniyetine karşı cürümlere dair konulan hükümlerin gayesi, devleti dış emniyeti, yâni diğer devletlerle olan durumu bakmından, korumaktır. Bu cürümler (Vatan hainliği) ve (Casusluk) adı ile iki guruba ayrılır. Ancak vatan hainliği sırf tebaaya isnat olunabilir. Bu suç yabancı tarafından işlendiği takdirde casusluk bahse mevzu olur. Bu iki suçu bir birinden ayırmada tabiiyet esasına dayanılmaktadır. Fiil, tebaa tarafından işlenmişse vatan hainliğini (Trahison du pays) teşkil eder, bir yabancı tarafından irtikâp olunmuşsa casusluğu (Espionnage) meydana getirir. (R. Garraud, Traité de droit Pénal, t. 111, 505 et sv. Routier, L'Espionnage et trahison, p. 117).

Vatan hainliği ile casusluk suçlarının müşterek vasıfları, devletin dış emniyetine zarar verecek malûmatın, vesikaların veya her türlü vasıtaların yabancı bir memleket menfaatlerine toplanması veya temin edilmesi hareket ve kastıdır. Bak: garraud, p 520). Vatan hainliği ağır cezalı bir cürüm, casusluk ise sadece cürüm sayılmıştır. Şu hale göre, doktrin bakımından, vatan hainliği ile casusluk arasında esaslı farklar vardır. Başta, suçlunun tabiiyeti bu iki fiili bir birinden ayırır. Devletin askerî kaynakları, müdafaa ve taarruz teşkilâtı, si-

yasî veya iktisadî durumu hakkındaki malûmatı veya vesikaları diğer bir devlete menfaat karşılığında veya meccani şekilde ulaştırmak kasdile toplamaya çalışan kimse, yabancı ise «Casus» tebaa ise «Hain» adını alır.

Vatan hainliği ve casusluk suçlarının maddî unsurları bir ve aynıdır, yahut bu iki cürmü teşkil eden maddî fiiller arasında sıkı bir tedahül vardır. Casusluk ile vatan hainliğini bir birinden ayırabilmek için failin kasti, hususile faili suça tahrik eden saik üzerinde durmak lâzımdır. Eğer bir kimse mensup olduğu devletin emniyetini ihlâl etmek istemiş, yabancı bir devletin düşmanlık hareketlerine devleti ni maruz kılmayı istemiş veya yabancı bir devlete bir takım vasıtalar teminini istemiş ise hareketlerine âmil olan vatanı ızrar kastı (Animus hostilis) hainlik cürmünü meydana getirir. Fakat fail sarih olarak böyle bir kasitle olmaksızın, her hangi bir hırs veya macera veya herhangi başka bir saik ile hareket etmiş ise işlenen fiil sadece casuslukdur. Bu ayırma psikolojik mahiyettedir. Tatbikatta keyfiliğe yol açabilir garraud. P. 523 ve Carçon Code Pénal annoté, art. 76).

Casusluk bir birinden ayrı iki seri fiillerden teşekküleder.

a — Araştırma fiilleri (Recherche-explporation): Gizli veya uydurma bir bahane ile müstahkem mevkie girme gibi.

b — Ulaştırma fiilleri (Communication, Livraison) askerî bir tahkimat plânını veya askerî kuvvetlerin seferberlik vesikalarını ecnebi bir hükümete gönderme gibi.

Bir yandan araştırma, öte yandan ulaştırma aynı zincirin halkaları gibi aynı cürmün müteselsil hareketlerini teşkilederler. Araştırma ulaştırma kastí ile yapılır. Araştırma ile istenilen şey elde edilince ilgiliye ulaştırılır. Bu bakımdan ve fiilin mahiyeti yönünden, bu günün casusu yarının hainidir bu duruma göre, casusluk, vatan hainliği cürmünün hazırlık safhası gibidir. Bununla beraber maddî bakımdan, araştırma mahiyetinde olan fiillerle, ulaştırmayı teşkil eden hareketleri yoktur kesin olarak birbirinden ayırmanın mümkün olmaması itibariyle kendisine isnat olunan fiili işlediği zaman failin içinde bulunduğu cürmi faaliyetinin safhasını esas alarak (casus) ile (Hain) arasında bir ayırma yapmağa imkân yoktur. Doktrinde, csusluk ve hainlik cürümlerini kesin olarak bir birinden ayıran ölçü, casusluk faalinin bir yabancı ve hainlik failinin ise bir tebaa olmasıdır. (Garraud, op. Cit. P. 536.)

Casusluk, kelimenin geniş mânasiyle, gizli malûmatı araştırmak ve elde etmek mahiyetinde ihzari ve faydalanacaklara bu malûmatı ulaştır-

96

maktan ibaret icrai olmak üzere, iki türlü, fiilleri ifade eder. Birinci nevi ihzari fiiller bir casusluk veya hainlik kastını ihtiva etmiyebilir. Faili harekete geçiren saik meselâ basit bir tecessüs ve kendine bilgi edinme arzusu olabilir. Yahut failin hareketi mahiyeti itibariyle sırf bir ihmal veya tedbirsizlikden ibaret olabilir. Yahut fail sırf umumu faydalandırmak kastıyle gizli malûmat toplayabilir. İkinci nevi icrai fiiller ise daima bir kasıt mahsulüdür. Evvelce de temas edildiği üzere, araştırma psikolojik yönden ulaştırma sıkı surette bağlıdır. Bu iki çeşit fiill serisi arasında teselsül ve tedahül vardır.

Casusluk, bugün, harb çıkarma veya harb hazırlama vasıtası sayılmaktadır. Bu itibarla, casusluk münhasıran harb zamanı için değil sulh zamanında da suç sayılmıştır. Harb zamanında, casusluğun suç sayılması zarureti inkâr götürmez bir gerçektir. Ancak, sulh zamanında casusluk hareketlerinin suç sayılıp sayılmaması tereddütle karşılanmış ve uzun tartışmalara konu olmuştur.

Bazı bilginlere göre, casusluk, her şeyden evvel milletlerarası örfün tecviz ettiği bir mücadele vasıtasıdır. Her fert bir memleketin askerî, iktisadî ve siyasî durumu hakkında malûmat toplamak ve topladığı bu bilgilerden kendi hükümetini istifade ettirmek hakkına sahiptir. Her devlet, emniyetini zararlı gördüğü yabancıları sınır dışı ederek, sağlıyabilir.

Bu görüş, harb hali ile Sulh halinin kesin olarak birbirinden ayrıldığı devirlerde kabul olunabilir. Bugün, harb başlamadan önce düşmanlık faaliyetini hazırlayan ve bu yolda başarı sağlıyan casusluğun bir hak olduğu asla kabul olunamaz. (Augier et Poittevin, Traité de Droit Penal Militaire, p 513).

Kaldı ki, bir devlet ülkesinde işlenen her cürmü cezalandırmak bu devlete ait bir yetkidir. Casuslukta zaruri olarak bir ülkede işlenecektir. Devlet ülkesinde işlenen her cürüm gibi casusluk suçunu da takip salâhiyetine sahiptir. [Logoz. Commentaire du Code Penél Suisse, p 16.]

5 — İtalyan Ceza Kukukunda Casusluk:

İtalya'da ceza hukuku türlü devirlerde türlü gelişmelere hedef olmuştur. Bilindiği üzere İtalya birliği kurulduktan sonra cezaya ait hükümler 1889 tarihli Ceza Kanunu ile tedvin olunmustu. Bu kanunun dayandığı esaslar ve prensipler kısmen (Pozitivist) ve daha ziyade liberal fertci doktirinlerden Mülhem olmuştu. Birinci dünya harbi ertesinde beliren derin rejim değişiklikleri arasında İtalya'da da rejim devrildi ve faşist devlet kuruldu. Lombroso ve Ferrinin temsil

ettiği Pozitivist ceza doktirini faşist devletin görüş ve anlayışına uygun bulunduğundan ceza kanununun yeniden tedvinine gidildi. Eski kanun kaldırıldı. Ayrı ve başka felsefî- hukukî doktrinlerden mülhem bu iki sistemin ayrı ayrı incelenmesi zaruridir.

1— Eski İtalyan Hukukunda casusluk:

Eski İtalyan Ceza Kanununun birinci kitabı (Cürümler)i, birinci babı (Devletin emniyetine karşı cürümleri) ve bu babın birinci faslı (vatana karsı cürümler)i ihtiva etmekte idi.

Bu kanunun, Devletin hayatına, istiklaline ve kuvvetine taallûkeden cürümleri de (devlet kuvvetlerine karşı cürümler) başlığı altında toplanmıştır. Bu 1889 tarihli kanunun 105 ve 106 ncı maddeleri vatan hainliğini ve 110 ncu maddesi ise casusluk suçunu ihtiva eder. Bu 110 ncu maddede casusluk tarif ve cezası tayin edilmiştir. aynen şöyle denilmektedir.

Madde: 110 — «Her kim izinsiz olarak istihkâmların, harb gemilerinin, askerî yol, müessese vesair eserlerin plânlarını çıkarır veyahut bu maksatla, umumun girmesi yasak edilmişolan bu gibi yerlere hile ile veya gizlice girerse 6 aydan 30 aya kadar hapis.. ile cezalandırılır»

Böyle bir maksat olmaksızın bu yerlere sade gizlice ve hile ile girmekten dolayı verilecek ceza 6 aya kadar hapistir».

Görülüyorki eski İtalyan Ceza Kanununa göre casusluk bir kimse tarafından istihkâm harb gemileri, askerî müesseseler, yollar vesair eserlerin plânlarının çıkartılması veyahut bu maksatla bu yerlere gizlice veya hile ile girilmesidir. Maddenin birinci fıkrasını teşkil eden hareketlere (hakikî casusluk) ve 2 nci fıkrasındaki fiillere (muhtemel casusluk) denilmiştir.

Askerî Ceza Kanununda casusluğa dair geniş hükümler mevcut olduğu için umumi ceza kanununda bir maddelik hükümle iktifa edilmiştir.

II — Yeni İtalyan Hukukunda casusluk:

Liberal ve Fertci görüşten mülhem eski 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 2 nci kitabının birinci babı sırf (devletin emniyetine karşı cürümleri) gözönünde tutmuştu. Bu esas kendisine tamamen zıd olan faşist devlet görüşü ile ahenkli değildi. Bundan başka, devletin şahsiyetini teşkil eden ana siyasî menfaatleri de eski metin koruyucu mahiyette bulunmuyordu. Cezri şekilde girişilen teşriî bir faaliyetle babın başlığı bile (devletin şahsiyetine karşı cürümler) diye değiştirildi

Devletin ana siyasi menfaatleri iç ve dış olmak üzere iki türlü-

dür. Bu sebeple devletin şahsiyeti Millî veya milletlerarası bakımlardan bahse mevzu edilmiştir. Bu suretle bir fasıl (devletin dış emniyetine karşı cürümlere) ve bir diğer fasıl (devletin iç emniyetine karşı cürümlere) tahsis olunmuştur. (P. De Casabianca, Code Pénal d'italie, introduction.)

Yeni İtalyan Ceza Kanunu 19 Ekim 1930 da neşredilmiş ve I Temmuz 1931 de yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 2 nci kitabı (cürümler)i, birinci babı (devletin şahsiyetine karşı cürümler)i ve birinci faslı (devletin milletlerarası şahsiyetine karşı cürümler)i ihtiva etmektedir. Madde: 241-275.

Yeni İtalyan Ceza Kanununun 257 ve 259 ncu maddeye kadar olan maddelerinde casusluktan bahis olunmaktadır.

Madde: 257 — Devletin emniyeti için veya herhangi bir surette olursa olsun devletin iç veya milletlerarası menfaatine olarak gizli kalması gereken malûmatı siyasî ve askerî casusluk maksadiyle temin eden kimse en az 15 yıl ağır hapisle cezalandırılır.

Aşağıdaki hallerde ölümle cezalandırılır.

1 — Eğer fiil, İtalya ile harb halinde bulunan bir devlet menfaatine işlenmiş ise,

2 — Eğer fiil, devletin harb hazırlığını veya gayretlerini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuş ise».

A — Casusluğun Tarifi:

Yeni İtalyan Ceza Kanunun hükümlerine göre, casusluk, devletiin emniyeti için veya her hangi bir surette olursa olsun devletin iç veya milletlerarası menfaatine olarak gizli kalması gereken malûmatın temin edilmesi, yetkili makamların ifşasını menettikleri malûmatı elde edilmesi devletin askerî menfaatı bakımından girilmesi menedilmiş olan yerlere veya kara, su veya hava bölgelerine gizlice ve hile ile girilmesi fiilleridir.

Bu tarif Kanunun 257, 258 ve 260 nci maddelerinden çıkarılmış tır. Bu itibarla 258 ve 260 ncı maddeler metinlerini de incelemek gerekmektedir.

Madde; 258: Her kim yetkili makamların ifşasını menettikleri malûmatı siyasî veya askerî casusluk maksadile elde ederse en az 10 yıl ağır hapisle cezalandırılır.

Eğer fiil İtalya ile harb halinde bulunan bir devlet menfaatine işlenmiş ise müebbet ağır hapis hüküm olunur.

Eğer fiil, devletin harb hazırlıklarını veya gayretlerini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuş ise ölümle cezalandırılır».

Madde: 260 — Aşağıdaki hallerde bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis ile cezalandırılır.

1 — Her kim devletin askerî menfaati bakımından girilmesi menedilmiş olan yerlere veya kara, su veya hava bölgelerine gizlice ve hile ile girerse;

2 — Her kim 256, 257 ve 258 inci maddelerde yazılı suçları işlemeye yarıyan ve haklı sebep olmaksızın elindl tuttuğu vasıtalarla sözü geçen yerlerde veya bölgelerde, veya yakınında yakalanırsa,

3 — Her kim 256 ncı maddede işaret olunan malûmatı temine yarayan haklı sebebolmaksızın elinde tuttuğu vesikalar veya her hangi bir şey ile yakalanırsa.

Eğer yukarıki bentlerde yazılı fiillerden biri hab zamanında işlenirse verilecek ceza üç yıldan on yıla kadar ağır hapistir».

Yukarıdaki casusluğun üç nev'e ayrılması ve unsurlarının tayininde kenar başlıklardanda faydalanılmıştır.

C — Casusluğun cezaları

Yeni İtalyan Ceza Kanununda casusluk en az 15 yıl ağır hapis ile cezalandırılmıştır. Aynı fiil askerî casusluk suretinde de işlendiği takdirde cezası 15 yıl ağır hapistir. 23 ncü maddeye göre muvakkat ağır hapsin yukarı haddi 24 yıldır. Ağırlaştırıcı sebeplerin mevcudiyeti halinde bu cürümler için ölüm cezası tâyin olunumştur. Mad: 257, 258.

Askerî casusluk için 1 yıldan 5 yıla kadar ağır hapis tespit olunmuştur. Ağırlaştırıcı sebebin vücudü halinde bu cürümler için 3 yıldan 10 yıla kadar ağır hapis tayin olunmuştur. Mad: 260.

P. De Casabianca, Op cit. P. 170-175.

6 — İsviçre Ceza Hukukunda casusluk

Bilindiği üzere İsviçre'de önce federal bir ceza kanunu yoktu. Federal ceza kanunu 21 Aralık 937 yılında kabuledildi ve 1 ocak 942 de yürürlüğe girdi.

İsviçre Ceza Kanununun 13 ncü bölümü (devlet ve millî müdafaaya karşı cürümlere) tahsis olunmuştur. Bu bölümün birinci kısmı (devlete karşı işlenen cürümleri) ihtiva eder. Bu kısımda, ezcümle vatan hainliği (madde: 265) Konfederasyonun istiklâline karşı tecavüz (Mad: 266), diplomatik hainlik (madde: 267) cürümleri vardır. İkinci kısım ise casusluğa tahsis edilmiştir (madde: 272-275). Bu kısımda

ezcümle, siyasî casusluk (Madde: 272), iktisadî casusluk (Madde: 273-), askerî casusluk (Madde: 274) vardır.

Umumiyetle casusluğun ne olduğu bu kanunda açıklanmamış ve fakat kabulettiği üç türlü casusluk kendilerine ayrılan maddelerde birer birer tarif edilmiştir.

1 — Siyasî Casusluk

İsviçre Ceza Kanununun 272 nci maddesi siyasî casusluğa dairdir. Suçun tarifi ve unsurları bu maddede açıklanmıştır.

A — Tarifi :

Yabancı bir hükümet, parti veya benzeri başka bir teşkilât menfaatine ve İsviçre'nin veya tebaalarının veya sakinlerinin zararına olarak şahısların veya siyasî birliklerin siyasî faaliyetlerine dair malûmat toplanması veya bu yolda bir teşkilât kurulması siyasî casusluktur.

B — Unsurları :

Siyasî casusluğun unsurları 272 nci maddede gösterilmişdir.

Madde: 272-11 — Yabancı bir hükümet, parti veya benzeri başka bir teşkilât menfaatine ve İsviçre'nin veya tebaalarının veya sakinlerinin zararına olarak şahısların veya siyasî birliklerin siyasî faaliyetlerine dair malûmat toplıyan yahut bu yolda çalışmayı teşkilâtlandıran, Böyle bir çalışma için başkasını istihdam eden veya bu türlü hareketleri kolaylaştıran,
kimse hapis ile cezalandırılır.

2 — Ağır hallerde yargıç ağır hapse mahkûm eder. Konfederasyonun iç ve dış emniyetini ihlâl edebilecek fiillere tahrik veya bu mahiyette yanlış haberler vermek hususile ağır hallerden sayılır»

Federal mahkeme içtihatları bu maddeyi aydınlatmıştır. Federal mahkeme bir kararında, casusluk suçu ile bu suça teşebbüs arasında kanunun bir ayırma yapmadığını belirtmiştir. (JdT./40 P. 416.)

Yine Federal mahkemenin bir kararına göre, girmesi yasak edilen günlük gazeteleri kaçakçılık suretile ecnebi memlekete sokmak siyasî bir faaliyettir. Hadise: Nasyonal-Sosyalist Alman hükümeti bazı günlük İsviçre gazetelerinin Almanya'ya girmesini menetmiştir. Fakat bu gazeteler kaçakçılık suretile Almanya'ya sokulmuştur. Bu siyasî bir faaliyet sayılmıştır.

Jurnal des Tribuaux, Lausanne, 1940, P. 411.
Andréfanchaud, Code Pénal Suisse. Lausanne, 1942, P. 141.

C — Cezası:

Siyasi casusluğun cezası hapistir. Kanunun 36 ncı maddesine göre hapis'in aşağı haddi 3 gün ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, yukarı haddi 3 yıldır. Aynı kanunun 35 nci maddesine göre ise, ağır hapsin aşağı haddi bir yıl ve yukarı haddi 20 yıldır.

II — İktisadî Casusluk:

Kanunun 273 ncü maddesi iktisadî casusluğa dairdir. Suçun tarifi bu maddede açıklanmıştır.

A — Tarifi:

Yabancı resmi veya hususi bir teşekkül veya yabancı hususi bir teşebbüs veya bunların ajanlarına ulaştırılmak üzere işletme veya işe ait bir sırrın meydana çıkarılmasına çalışılması, bu sırrın yabancı resmi veya hususi bir teşekkül veya yabancı hususi bir teşebbüs veya ajanlarına temini iktisadi casusluktur».

B — Unsurları:

İktisadi casusluğun unsurları 273 ncü maddede gösterilmiştir.

Madde: 273 — «Yabancı resmi veya hususi bir teşekkül veya yabancı hususi bir teşebbüs veya bunların ajanlarına ulaştırılmak üzere işletmeye veya işe ait bir sırrın meydana çıkarılmasını araştıran,

Yabancı resmi veya hususi bir teşekküle veya yabancı hususi bir teşebbüse, veya bunların ajanlarına işletmeye veya işe ait bir sırrı temin eden,

kimse hapis ile veya ağır hallerde ağır hapis ile cezalandırılır. Yargıç ayrıca para cezasına da mahkûm edebilir».

Federal mahkeme bu maddeye dair de içtihatlarını belirtmiştir.

Bu maddede geçen «işe ait sır» bu içtihatlarla açıklanmıştır.

Federal mahkemeye göre; işe ait sır tâbiri (un secret d' affaire) gizli tutulmasında meşru menfaat bulunan iktisadi hayatın bütün hadiselerini şümulü içine alır. Journal des Tribuaux, Lausanne, 1939. P. 305.

Maddenin gayesi ecnebilere karşı İsviçre'nin iktisadî emniyetini korumaktır.

Yine Federal mahkemeye göre, yanlışlığı fail tarafından bilinmiş olsa bile mahiyeti itibarile bir işletme (Fabrication=imal, işletme) veya bir iş sırrına mütaallik her türlü haberin ulaştırılması iktisadi casusluğun şumulüne girer. (Journal des Tribunaux 1946. P. 92)

İktisadi haberin yanlış veya esassız olması veya böyle olduğunun fail tarafından bilinmesi cürmün husulüne, cürmi kastın vücudüne mâni değildir. (F. M. kararı J. D. T. 1946. P. 93)

C — Cezası:

İktisadi casusluğun cezası hapistir. I. C'ye bak.

III — Askerî Casusluk

Kanunun 274 ncü maddesi askerî casusluğa dairdir. Suçun tarifi bu maddede açıklanmıştır.

A — Tarifi:

Yabancı menfaatine ve İsviçre zararına askerî malûmat toplanması veya bu yolda bi r çalışmanın teşkilâtlandırılması, böyle bir çalışma için başkasının istihdam edilmesi veya bu türlü hareketlerin kolaylaştırılması askerî casusluktur.

B — Unsurları:

Askerî casusluğun unsurları 274 ncü maddede gösterilmiştir.

Madde 274

1 — Yabancı menfaatine ve İsviçrenin zararına askerî malûmat toplıyan veya bu yolda çalışmayı teşkilatlandıran böyle bir çalışma için başkasını istihdam eden veya bu türlü hareketleri kolaylaştıran,

Kimse hapis ile veya para cezasiyle cezalandırılır.

2 — Muhabere kâğıtları ve malzeme musadere olunur.»

Federal mahkeme kararına göre, yalnız menedildiği halde malûmat toplıyan veya bir ajanı ayartan kimse değil böyle bir vazifeyi, ifa etmemiş bile olsa kabuleden de cezalandırılır. JdT. 1939 P. 406 - 409.

Yine bu mahkeme kararına göre, fail haksız bir fiil işlediğine veya haklı olmıyan bir zarara sebebiyet verdiğine dair şuura aship ise cürmü kastı mevcuttur. JdT. 1940, P. 411.

33

Görülüyorki İsviçre ceza kanunu gerek vatan hainliği ve gerekse casusluk bakımından bir ayırmaya gitmemiş, failin tabiiyeti üzerinde durmamıştır.

C — Cezası:

Askerî casusluğun cezası takdire göre hapis veya para cezasıdır. Hapis için (1. C. ye bak.) kanununun 48 inci maddesine göre para cezasının yukarı haddi, aksine sarahat olmıyan hallerde, yirmi bin franktır. Bununla beraber yargıç bu had ile bağlı değildir.

7 — Framsız Ceza Hukukunda casusluk

Fransız Ceza Hukukunda casusluk devletin emniyetine karşı iş lenen cürümlerden biridir. Fransız Ceza Hukukunda casusluk suçu türlü devirlerde türlü surette muteva ve çapta alınmış bazan dar ve fakat bazan geniş mânada tarifine gidilmiştir.

Fransız Hukukunda hâkim olan doktrinlere göre, casusluk, bir devlet menfaatine başka bir devletin askerî, siyasi ve iktisadi durumuna ait bütün gizli malûmatın, vesikaların bir yabancı tarafından araştırılması (recherche) ve ulaştırması (communication) dır.

Yine bu doktrinlere göre, vatan hainliği ise, millî müdafaaya ait gizli olan şeylerin yabancıya bir tebaa tarafından ifşa edilmesidir. Bu iki suç arasında, failin tabiiyetine göre, bir ayırma yapılmaktadır. Fransız Ceza Hukukunda vatan hainliği (Trahison de la patrie) ağır cürüm (crime), ye casusluk espionnage) ise sadece cürüm (Delit) sayılmıştır. Garraud, P. 539.

I — Eski Fransız Hukukunda casusluk

Fransada eskiden casusluk askerî bir suç idi. Ancak fiilin harb zamanında işlenmiş olan suç sayılmıştı. Kara ordusu Askerî Ceza Kanunu (Mad. 206) ile Deniz Ordusu Askerî Ceza Kanunu (Mad: 264) sadece harb zamanındaki casusluğu cezalandırıyordu. Fransız Kara Ordusu Askerî Ceza Kanununun 206 ncı maddesi gereğince casusluğa tayin olunan ceza ölümdür. Fiil muharip devletlerden birine mensup bir kimse tarafından işlenmediği takdirde casusluğun şümulüne girmiyordu. • 1858 yılında Askerî Ceza Kanununda yapılan değişiklik ile asker veya sivil tebaa veya ecnebi her hangi bir kimse tarafından işlenen casusluk fiilinin ölümle cezalandırılması kabuledildi.

Fransız Ceza Kanununun 81 ve 82 nci maddeleri casusluğu cezalandırıyordu. Bu maddelere göre, yabancı hükümetlere millî müdafaaya ait malûmatı, plânları, vesikaları ulaştırmayı casusluk saymakta

ve ölümle cezalandırılmakta idi. Ancak, casusluk tarafsız veya müttefik bir hükümet menfaatine işlenirse hapis ile cezalandırılıyordu.

Yine Fransız Ceza Kanununun eski 83 ncü maddesine göre, casusları ve keşif için gönderilen düşman askerlerini saklamak ve bunlara yataklık etmek nevi kendisine has bir cürüm idi.

Fransız Ceza Kanununa göre Fransa ile sulh halinde bulunan bir millet menfaatine işlenen casusluk evvelce suç teşkil etmiyordu. 1886 de yapılan tadil ile Fransa ile harb veya sulh halinde bulunan her hangi bir millet menfaatine her hangi bir kimse tarafından işlenen casusluk cezalandırılırdı.

Yine 1886 tarihli kanuna göre casusluğa teşebbüs tam olarak işlenen fiile verilen ceza ile cezalandırılıyordu. Garraud, P. 545.

II — Yeni Fransız Hukukunda casusluk

Fransız Ceza Kanununun üçüncü kitabı **(cürüm ve cünhalar)** a, birinci bölümü **(devlete karşı cürüm ve cünhalar)** a, birinci faslı **(devletin emniyetine karşı cürümler ve cünhalar)** a ve birinci kısmı **(devletin dış emniyetine karşı cürüm ve cünhalar)** a tahsis edilmiştir.

Bu kesimdeki devletin dış emniyetine karşı suçlar 75 nci madde ile başlamakta ve 86 ncı madde ile sona ermektedir. Kanunun bu maddeleri 29 Temmuz 939 tarihli, 9 Nisan 940 tarihli, 4 Aralık 944 tarihli kanunlarla baştan başa ve yepyeni surette değiştirilmiştir.

Değişen 75 ve 76 ncı maddelerin mevzuunu vatan hainliği ve 77 nci maddesinin muhtevasını ise casusluk teşkiletmekte, 78 nci madde de ceza kanununun uygulanmasında Millî Savunma sırrı sayılan şeyler gösterilmektedir.

Fransız Ceza Kanununda casusluk hainlik ile birlikte tedvin edilmiştir. Casusluğu tetkik için önce hainliğin incelenmesine zaruret vardır.

Vatan hainliğinin ne olduğu kanunun değişen 75 nci maddesinde açıklanmıştır.

Madde : 75 — Vatan hainliğini müstelzim fiiller şunlardır:

1 — Fransa'ya karşı silâh kullanan,

2 — Fransa'ya karşı düşmanca hareketlere girişmek için yabancı bir devletle anlaşan veya gerek Fransız topraklarına yabancı kuvvetlerin girmesini kolaylaştırarak, gerekse kara, deniz veya hava ordularının sadakatını sarsarak veya her hangi bir suretde yabancı devlete vasıtalar temin eden,

3 — Fransa'ya veya Fransız hâkimiyeti altındaki memleketlere ait şehirleri, müstahkem mevkileri, müdafaa noktalarını, karakolları, ambarları, silâh mühimmat depolarını, malzemeyi, gemileri, vapurları veya hava vasıtalarını, toprakları, Fransız kıt'alarını yabancı bir devlete veya ajanlarına teslim eden.

4 — Kara ve deniz ordusu mensuplarını harb zamanında yabancı bir devletin hizmetine geçmiye teşvik eden, onlara vasıtalar temin eden veya Fransa ile harb halinde bulunan bir devlet için asker yazan,

5 — Harb zamanında, ecnebi bir devlet ile veya ajanlarile bu devletin Fransa aleyhine hareketlerini kolaylaştırmak maksadı ile anlaşan,

Fransız

Vatan hainidir ve ölümle cezalandırılır.

Bu faslın tatbikatında, Fransız hakimiyeti altında bulunan memleketler fertleri ile Fransa hizmetinde olan yabancı kara veya deniz askerleri Fransız gibidir.

Bu faslın tatbikatında, Fransa hâkimiyeti altındaki memketler Fransa gibi sayılır.»

Görülüyorki bu fiillerin münhasıran Fransız tarafından işlenmesi suçun unsuru olarak kabul edilmiştir. Sonraki madde diğer seri vatan hainliği teşkileden fiilleri saymaktadır.

Madde : 76 — Aşağıdaki fiiller vatan hainliğidir.

1 — Yabancı bir devlete veya ajanlarına her hangi bir şekilde ve her hangi bir vasıta ile bir millî müdafaa sırrını veren veya yabancı bir devlete veya ajanlarına verilmek üzere her hangi bir vasıta ile bu mahiyette bir sırrı temin eden,

2 — Millî müdafaa için kullanılmıya elverişli tesisi veya binaları, mühimmatı, levazımı hava vasıtasını, gemiyi istiyerek tahrip eden, veya bozan veya tamamlanmasından evvel veya sonra bunları işlemesine mâni olacak veya kaza yapmasına sebebiyet verecek mahiyette kasten kusurlu yapan,

3 — Millî müdafaaya zarar verecek veya ordunun maneviyatını bozacak bir faaliyete kasten iştirak eden,

Fransız,

76

Vatan hainidir ve ölümle cezalandırılır».

Aynı şekilde görülüyorki bu fiillerin münhasıran Fransız tarafından işlenmesi suçun unsuru olarak kabuledilmiştir.

A — Casusluğun tarifi

Fransız ceza kanununda hâkim olan doktrine uygun olarak vatan hainliğni teşkil eden fiillerin bir yabancı tarafından işlenmesi casusluk sayılmaktadır. Başka tâbirle aynı suç bir Fransız tarafından işlenirse vatan hainliği bahse mevzu olmakta, eğer bir yabancı tarafından irtikâp olunursa casusluğu meydana getirmektedir. Nitekim Fransız Ceza Kanununun değişen 77 nci maddesi casusu açıkca tarif etmektedir.

Madde : 77 — 75 nci maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, bentlerinde ve 76 ncı maddede yazılı fiillerden birini işleyen yabancı casusluk ve ölümle cezalandırılır. 75 ve 76 ncı maddelerde ve bu madde de yazılı cürümlerden birini işlemeye tahrik veya işlemeyi teklif esas cürüm gibi cezalandırılır.»

Bu mamdenin metni umumî mahiyettedir. Yabancının, Fransa ile harb halinde bulunan bir devletin tebaası olup olmaması arasında bir fark aranmamaktadır.

B — Casusluğun unsurları.

Kanunun 77 inci maddesi casusluğun unsurları bakımından 75, 76 ncı maddelere atıf yapmaktadır. Bu suçun en mühim unsuru failin (yabancı) olmasıdır. Yabancı demek fransız tâbiiyetinde olmayan kimse demektir.

Kanunun 76 ncı maddesinde sözü geçen (Millî müdafaa sırrı) hem hainliğin hem casusluğun unsurlarındandır. Kanun Millî Müdafaa sırrından ne kasıt edildiğini birer birer saymıştır. Halbuki yeni İtalyan Ceza Kanununun 257 nci maddesinde (gizli kalması gereken malûmat) ın ne olduğunu belirtmemiştir. Bedihidirki müphemlik hem mad denin uygulanmasını güçleştirecek hemde keyfiliğe, adaletsizliğe yer verecektir. Fransız Kanunu bu mahzuru önlemiştir. Millî müdafaa sırasında ne olduğu 78 nci maddede gösterilmiştir.

Madde: 78: Bu kanunun tatbikatında millî müdafaa sırlarından maksat:

1 — Mahiyetleri icabı münhasıran salâhiyetli kimseler tarafından bilinen ve millî müdafaa menfaatine olarak diğer kimselere kar-

şı gizli tutulması gereken askerî, diplomatik, iktisadi veya sinaî neviden malûmat,

2 — Mahiyetleri icabı münhasıran idareye ve saklamıya yetkili kimseler tarafından bilinen ve tıpkı birinci bentde yazılı katagorilerden birine ait malûmatı elde edebilecek diğer kimselere karşı gizli tutulması gereken şeyler, malzeme, yazılar, resimler, plânlar, haritalar, tersimî eserler, fotograflar veya diğer şeylerin iktibasları-kopyaları, ve diğer vesikalar.

3 — Hükümet tarafından neşredilmemiş olan ve yukarda sayılanlar arasında bulunmıyan neşri, ilânı, ifşası ve iktibası bir kanun veya bakanlar kurulu kararile menedilen bilgiler

4 — Devletin dış emniyetine karşı işlenen cürüm ve cünha faillerinin yakalanması veya tevkifleri için alınan tedbirlerle bunlara dair takibatın ve tahkikatın seyri ve mahkemedeki duruşmalarına mütaallik malûmat.»

Görülüyorki Fransız Ceza Kanununun bu madde ile koyduğu hükümler tamamen ve her bakımdan faydalıdır. Kanun hâkimiyeti ve adalet fikirlerine ve prensiplerine uygundur.

Kanunun 84 üncü maddesinde bu cürümler dolayısiyle yapılacak müsadereden ve 85 inci maddesinde de bu cürümlere iştirak ve yataklık fiillerine dair konulmuş hususi hükümlerden bahis olunmaktadır.

Devletin emniyetini korumak cümlesinden olarak Fransada bir seri hususi kanunlar neşredilmiştir. Ezcümle: Askerî haberlere dair 20 Mart 1939 tarihli kanun, Yabancı propagandaların cezalandırılmasına dair 21 Nisan 1939 tarihli kanun, Yabancı kaynaklı her türlü kâğıtların (tracs) yayılması ve dağıtılmasının cezalandırılmasına dair 24 Haziran 1939 tarihli kanun gibi. (Dalloz, Code Pénal français, Paris, 1949).

BİBLİYOGRAFİ :

1 — Dalloz, Code Pénal français, Paris, 1949.

2 — De Casabianca, Code Pénal d'Italie, Paris, 1932.

3 — Garraud, Traité théorique et pratique de droit Pénal, t. III.

4 — Cavadia, L'Espionnage et la trahison. Paris.

5 — Donnedieuede Vabres, Traité de droit criminel, Paris.

6 — Garçon, Code Pénal annoté, Paris.

7 — A. et Poittevin, Traité théorique et prqtique de droit pénal militaire.

8 — Logoz, Commentaire du code Pénal suisse, Neucahtel.

9 — Capitant, Vocabulaire juridique. Paris.

10 — Pancahud, Code Pénal suisse, Lausnne, 1942.

11 — Neidhard, Code Pénal suisse, Zurich, 1939.

12 — Vidal et Magnol, Droit criminel. Paris. 8é édit.

13 — Journal des Tribunaux, Lausanne. 1939-1946.

ÇOCUK MALLARI VE ANA BABANIN İSTİFADE HAKKI (*)

Yazan : Dr. Nurettin Gürsel

Giriş — Çocuk mallarının idaresi — yargıcın müdahale ve mürakabesi — ana babadan teminat alınması — evliliğin zevalinden sonra ana babanın çocuk malları üzerindeki tasarruf hakkı — müfredat defterinin mahiyet ve şekli istifade hakkı mahiyet ve şümulü — çocuğun serbest malları — çocuğun kazancı — idarenin sona ermesi ve iade mükellefiyeti — çocuğun ana babadaki alacağının imtiyazı — ana babanın yapamıyacağı muameleler.

Giriş

Velâyet, ana baba tarafından çocuğun şahsına yani yetiştirilmesine tahsil ve terbiyesine ve mallarının idare olunmasına mütaallik çocuk lehine konulmuş hükümlerden ibarettir. Ana baba tarafından velâyete müsteniden çocuğun şahsına takayyüt ve ihtimam gösterilmesi yâni çocuğun yetiştirilmesi tahsil ve terbiye edilmesi hususlarını evvelki yazımızda tetkik etmiştik. Bu yazımızda velâyete müsteniden ana baba tarafından çocuk mallarının idare suretini ve bu mallar üzerindeki istifade haklarını ve buna müteferri hükümleri inceleyeceğiz.

Velâyete müsteniden çocuk mallarının idaresinde ana baba ne mahkemeye ve nede çocuğa hesap verirler. Kanun, çocuk mallarının idaresinde bunlara geniş salâhiyet vermiştir. Çocuğu yetiştirmek, tahsil ve terbiye etmek ödevi ile mükellef olan ana babaya tahmil edilen vazifelere mukabil kendilerine bahşolunan bu geniş yetkiler çocuğun nef'ine kullandığı takdirde yerindedir. Kanun bu yetkiyi vermekle beraber çocuk mallarının idaresinde veliyi tamamen serbest de bırakmamış ve tasarruflarını takyit etmiştir. Diğer taraftan çocuk malları üzerinde geniş bir yetkiye sahip olan ana babaya idare ettiği mallarda istifade hakkı tanınmıştır. Bu da kendilerine bahşedilen geniş yetkinin bir neticesidir.

Eski Roma'da çocuğun şahsına ait emlâki yoktu. Çünkü çocuk üzerinde babanın mutlak bir hâkimiyeti vardı. Çocuğun kazancı babaya ait olurdu. Sonraları çocuğun (serbest mallarının» doğuşu bu sistemi hafifletmiştir. Eski Alman Hukuku, çocuğu mal edinmeye ehil kabul eder. Çocuğun kazancı babaya aittir. Çocuk kazancı ile kendi mamelekini artıramaz, fakat miras suretiyle mal iktisap edebilir. Baba çocuğun mallarını serbestçe idare eder. Menkul malları istihlâk ettiği takdirde kıymetini za-

(*) Yazının birinci kısmı Adalet Dergisinin 4 ncü sayısının 431 ci sahifesindedir.

min olur; araziyi satmak ve mükellefiyetlerle takyit etmek için mümeyyiz olan çocuğun muvafakatını almak lâzımdır. (1).

Alman Hukuku çocuğa mal sahibi olmak hakkını tanımıştır. Çocuğun serbest olmayan malları babanın idare ve istifadesine tevdi edilmiştir. Baba çocuk malı üzerinde mûtat intifa hakkı sahibinden daha serbest daha geniş haklara sahiptir, baba bu hususta hesap vermekle mükellef değildir. Fakat kusurlarından dolayı da mes'ul tutulmuştur. Çocuğun serbest malları babanın idare ve istifadesinden hariç kabul edilmiştir. (2).

İslâm Hukuku çocuğun mal sahibi olmasını kabul etmiştir. Bu Hukuka göre velâyet babaya ait olup hidane «yani bakıp büyütme hakkı» anaya bırakılmıştır. Baba velâyete müsteniden çocuk mallarını idare eder ve onlardan istifade hakkını haizdir. Buna malda velâyet denir. Babanın maldaki velâyeti mutlak değildir; Çocuğun nef'ine olan hukukî muameleleri yapmağa yetkisi vardır. Baba çocuk namına ticaret yapabilir, çocuğun şuf'a hakkını talep edebilir, malını onun borcu için rehnedebilir, çocuğun malını babanın kendi borcundan dolayı rehnetmesi de caizdir. Baba çocuk lehine olan sulhleri yapar, çocuk aleyhindeki sulhler muteber değildir. Baba çocuğun hak ve alacaklarını dâva ve çocuk aleyhinde açılan dâvalarda onu temsil eder. Baba çocuğuna bir mal hibe edebilir veya ona bir mal satın alabilir. Bu takdirde mal çocuğun olur. Buna mukabil babanın çocuğa zarar tevlit eden tasarrufları muteber sayılmamıştır. Meselâ baba çocuğun malını başkasına hibe ve alacağını ibra edemiyeceği gibi.... Baba çocuk namına kefil olamaz. Aynı zamanda bu borcu için mümeyiz olan çocuğunu da kefil edemez (3).

İsviçrede: Muhtelif kantonlarda çocuk malları üzerinde ana babanın idare ve istifade hakkı muhtelif şekillerde tâyin edilmiştir. Umumiyetle çocuk mallarının idaresi ve bu mallardan istifade yetkisi çocuğun tahsil ve terbiye mükellefiyetiyle tevem kabul edilmiştir. Mevzuatımızdaki hükümler İsviçre'den aynen kabul edilmiş bulunduğundan tetkikatımız her iki mevzuata ait olacaktır.

ÇOCUK MALLARININ ANA BABA TARAFINDAN İDARESİ

Evvelki yazımızda velâyetin bugünkü mânada ana babaya tahmil edilen görevlerden ibaret olduğunu söylemiştik. Velâyet bir vazife olduğu kadar bir de haktır. Kanun ana babaya çocuk mallarının

(1) Silbernagel cilt 2 Sa: 198 No. 2
(2) Silbernagel Cilt: 2 Sa: 198 No. 3
(3) İslâm — Türk Ansiklopedisi Sahife: 37,38.

rından istifade hakkını bahşetmiştir. Çocuk mallarını idare ve çocuk mallarından istifade velâyetin tabiî bir neticesidir. Velâyeti haiz olmayan bir kimseye böyle bir hak ve vazife terettüp etmez. Ana baba evliliğin devamı müddetince velâyeti müştereken kullanırlar. Aynı zamanda çocuk mallarını da beraberce idere edip bu mallardan yine birlikte istifade ederler.

ANA BABANIN ÇOCUK MLLARINI İDAREDEKİ İSTİKLÂLİ: Alman Medenî Kanunu çocuk malları üzerindeki babanın velâyetten doğan idare hakkını takyit etmiştir. 1643 ve mütaakip maddelerinde gösterilen bir kısım idarî muameleleri baba yapmaktan menedilmiştir. bir kısımları da vesayet işlerine bakan mahkemenin mürakabesine tâbi tutulmuştur. Bu tahdit ve takyit çocuğun menfaatlerini koruma gayesine matuftur. Baba vesayet işleriyle meşgul mahkemenin tasvibi olmadan çocuk namına yeni bir iktisabî muameleye girişemez. Mehazimiz olan İsviçre Medenî Kanunu ana babaya çocuk mallarını idare hususunda tam bir serbesti bahşetmiş ve bu hüküm bizde de aynen kabul edilmiştir.

Medenî Kanunumuzun 286 ıncı maddesinde; ana babanın velâyeti haiz olduğu müddetçe çocuklarının kanunî mümessili oldukları, bu sıfatla hareketlerinde yargıcın reyine ihtiyaçları olmadıkları tasrih edilmiştir. Bunlara çocuk mallarının idaresinde geniş bir yetki verilmesi tabiî münasebetlerin neticesidir. Elverirki bu yetki çocuğun malî menfaatlerine uygun şekilde kullanılsın. Fakat tatbikatta ekseriyya acıklı vak'alarla karşılaşılmaktadır. Ana baba kendi menfaatleri uğruna çocukların mallarını heder ettikleri çok defa görülmüştür. Vakıa kanun ana babayı mürakabesiz de bırakmamıştır. Ana baba bu geniş idare yetkilerini suiistimal ederler ve vazifelerini yapmazlarsa yargıcın müdahalesiyle karşılaşırlar. Bu müessir bir tetbir olmakla beraber ekseriya çocuğun menfaatleri yerine ana veya babanınki kaim olmaktadır.

Çocuk mallarının idaresinde ana baba ihtilâfa düşerlerse babanın reyile hareket olunur. Madde 263. Yani malların idaresinde en mühim vazife ve mesuliyet babanın üzerindedir. Ana, babanın yanında bir müşavir gibidir. Baba malların idaresine mümeyyiz çocuğunu iştirak ettirmiyebilir. Böyle bir mecburiyeti kanunumuz derpiş etmemiştir. Velâyet altındaki çocuk ehliyet itibariyle vesayet altındaki çocuk gibidir. madde 391. Ancak vesayet altında bulunan mümeyyiz kimsenin idarî muamelâta iştirakî kabul edilmiştir. madde 393. Velâyet ile vesayet arasındaki mühim farklardan birisi de budur. Velâyeti haiz ana baba çocuk malları üzerinde tam bir istiklâle sahiptir. Malların idare ve muhafazası hakkındaki lüzumlu muameleleri ve akitleri serbestçe

iifa ederler. Bu malların idare ve muhafazasından doğan masraflar, malbirliği rejiminde olduğu gibi (burada kocaya aittir) ana babaya aittir (4).

Kanun çocuğa ait paraların nerelere yatırılacağını göstermemiştir. Alman Kanunu çocuğa ait paraların yatırma ve işletme şekli hakkında hükümleri ihtiva etmektedir. Madde 1642. Ana baba çocuğa ait gayrimenkulleri veya kıymetli evrakı, tahvilâtı senet vesaireyi satabilirler, ayrıca bunları çocuk namına istikrazda bulunabilmek için rehnedebilirler mad.922, 924. Bundan başka ana baba çocuk mallarını satarak bedelini kendi mamelekine karıştırabilir. Bu takdirde çocuk ana babasından tazminat istemek hakkını haizdir (5).

Alman Medenî Kanunu babanın velâyetten doğan idare hakkını ttahdit etmiş ve kontrol altına almıştır. 1642 nci maddede babanın çocuğa ait parayı nasıl nemalandıracağı gösterilmiş ve 2 inci fıkrada vesayet işleriyle meşgul mahkemenin babaya çocuğa ait paranın işletilmesi için yol göstereceği tasrih edilmiştir.

Kanunumuz ise ana babanın velâyetten doğan bu idare yetkisini aslâ tahdit etmemiştir. Fakat bu velinin kontrol edilmiyeceği mânasını tazammun da etmez. Ana baba idare ve istifade haklarının kendilerine yüklediği vazifeleri yapmadıkları takdirde, yargıç çocuğun menfaatlerini korumak için lüzumlu tedbirleri ittihaz eder mad.285. Kanun bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğunu göstermemiş, halin icabına göre yargıcın takdirine bırakmıştır.

ANA BABA ÇOCUK MALLARINI İDARE ETTİKLERİNDEN DOLAYI HESAP VERMEZLER VE TEMİNAT DA GÖSTERMEZLER: Medenî Kanunumuzun 278 inci maddesinin 2 inci fıkrası, ana babanın velâyetleri devam ettiği müddetçe çocuk mallarını idare ederken hesap vermiyeceklerini sarahaten göstermiştir. Ayrıca bunlardan teminat da istenemez. Malbirliği usulünde koca, karının mallarını idare eder. Fakat kadın kocasından şahsî malları hakkında herzaman izahat isteyebileceği gibi ayrıca teminat da talep edebilir mad. 201. Keza vasi de yargıcın daimî mürakabesi altındadır. Vasi sulh mahkemesinin tâyin eylediği zamanlarda ve hiç olmazsa senede bir kerre mahkemeye ibraz edilmek üzere hesap tutmağa mecburdur mad. 397/2. Halbuki velâyeti icra hakkını haiz kimse için böyle bir mecburiyet olmadığı gibi kendilerinden hesap da istenemez. Ana baba çocuklarının mümessili sıfatiyle hareketlerinde yargıcın reyine de ihtiyaçları yok-

(4) Silbernagel Mad: 290, No. 12, Sa: 206.
(5) Egger Mad: 290, No. 4 Sa: 128.

tur mad. 286/2. Ana baba kanunun kendilerine bahşettiği bu yetkiyi kayıtsız ve şartsız kullanamaz. İdaredeki bu istiklâl çocuğun menfaatlerile hudutlandırılmıştır. Burada çocuk mallarını idare bir hak olmaktan ziyade bir vazifedir. Bu sebeple de idare edene bir mesuliyet terettüp eder. Kanun çocuk mallarını idaresinden dolayı ana babayı mesul tutmuştur.

YARGICIN MÜDAHALESİ : Velâyeti icra hakkını haiz ana babaya çocuğunu yetiştirme görevi tahmil olunduğu gibi çocuğun mallarını idare de onlara tevdi olunmuştur. İdarede istiklâle sahip ve mürakabeye tâbi olmıyan ana baba bu görevlerini kötüye kullandıkları takdirde yargıcın müdahalesile karşılaşır. Tevessül olunacak tedbirlerin mahiyetleri ve nelerden ibaret olduğu zikredilmemiş ve yargıcın hâdisesine göre takdirine bırakılmıştır.

Alman Medenî Kanunu ise bu hususta lüzumlu hükümleri ihtiva etmektedir. Sözü geçen kanun tehlikeyi tarif etmiş ve alınacak tedbirleri de zikretmiştir. Babanın çocuk mallarının idaresine ve istifade hakkına aykırı hareket veyahut aczi tahakkuk etmesi halinde çocuk malları için tehlikenin mevcut olduğu kabul edilmiş ve vesayet işlerile meşgul mahkemeye lüzumlu tedbirlerin alınması yetkisi verilmiştir. Bu takdirde sözü geçen makam babaya malların bir defterini yapmasını ve idareye mütaallik hesap vermesini emreder. Düzenlenen bu defterin doğruluğu veya noksansız olduğu baba tarafından teminatla sağlanması icabeder. Bu defter kâfi gelmediği takdirde vesayet işlerine bakan mahkeme resmî memura veya notere çocuk mallarının defterini yapmasını emreder. İttihaz olunan tedbirlerin masrafları da babaya ait olur mad 1667. Tevessül olunan bu tedbirler gayri kâfi görüldüğü takdirde vesayet işlerile meşgul olan mahkeme babadan, idaresine tevdi olunan çocuk malları için teminat göstermesini ister. Teminatın miktar ve mahiyetini aynı makam takdir eder mâd. 1668.

Kanunumuz tarifden kaçınmış olması hasebile hangi ahvalin tehlike olarak kabul edileceğini ve bunlara karşı ne gibi tedbir alınacağını tasrih etmemiş ve halin icabına göre takdire bırakmıştır. İttihaz olunacak tedbirleri en mühimi ve sonuncusu ana ve babanın çocuk malları üzerindeki idaresinin nez'idir. Bu da velâyetin nez'ile kaimdir.

YARGIÇ TARAFINDAN HANGİ AHVALDE MÜDAHALE EDİLECEĞİ :

1 — Ana babanın kendilerine tahmil olunan vazifelere aykırı hareket etmeleri: Bu hususta bir esas ileri sürülemez. Her hâdiseye göre vaziyeti mütalâa etmek lâzımdır. Esas gaye çocuğun menfaatine uy-

gun olarak hareket etmektir. Bu da çocuk mallarının, gelir temin edecek şekilde işletilmesile kabil olur. Bunları yapmamak vazifeye aykırı hareket sayılır. Meselâ malların normal şekilde idare edilmemesi, paraların sağlam bir müessesede işletilmemesi, çocuk malları üzerinde aşırı istifade temini gayeleri güdülmesi, mallardan elde edilen gelirlerin çocuğun tahsil ve terbiyesine ve iaşesine sarf edilmemesi, ama babanın çocuk mallarını istihlâk etmeleri, çocuğun serbest mallarından istifade edilmesi m. 282, bu gelirlerden bilâ sebep meslek öğrenecek çocuklara sarfedilmemesi m. 284, kız çocuğa cihaz verilmemesi m. 192, ana babaya tahmil edilen vazifeye aykırı hareketlerdendir. Vazifeye aykırı harekette velinin kusuru aranmaz. Ana babaya atfı kabil bir kusur olmadığı ve fakat çocuğun menfaatlerine uygun hareket edilmediği ahvalde de vazifeye aykırılık var sayılır (6). Velinin hasta, malûl veya ehliyetsiz olması sebebile çocuğun mallarını istenilen şekilde idare edememesi de yargıcın müdahalesini icabettirir. Çocuk mallarının hiç idare edilmemesi veya normal idare edilememesi vazifeye aykırılık için kâfi addedilmelidir.

2 — Ana baba tarafından çocuk mallarını tehlikeye düşürülmesi: çocuk mallarının tehlikeye düşmesi şart değildir. Fakat tehlikenin vukuu muhakkak olmalıdır. Keza herhangi bir zararın vukua gelmesi de aranmaz. Uzak bir ihtimal ile tehlikenin tahakkuku da kâfi değildir. Ana babanın çocuk malları hakkında ki plânlarının ciddî bir endişe uyandırması kâfi addedilmelidir. Ayrıca burada kusur da aranmaz (7). Çocuk mallarının ne zaman tehlikeye düşeceği hakkında bir çok misaller verilebilir: Çocuk mallarının ana babanın borçları için rehnedilmesi, velâyeti haiz kimsenin yeniden evlenmesi, çocuğa ait gayrimenkullerin mühmel bırakılması, ana babanın haciz veya iflâs suretile takip edilmesi m. 289, velinin çocuk mallarından hasıl olan meblâğı kendi şüpheli gayeleri uğruna sarfetmesi, çocuğa ait bulunan haklara tesahübe kalkışılması ve kendi şahsî menfaatlerini çocuğun menfaatlerine takdim etmeleri gibi. Velinin ikametgâhını yabancı bir memlekete nakletmesi veya böyle bir kast ve niyeti bulunması çocuk mallarının idaresi için bir tehlike teşkil eder. Ayrıca sağ kalan tarafın evlenmesi de gelecek için bir tehlikedir. Keza çocuklara isabet edecek hisse satılmak suretile baba ocağının yok edilmesi ve yerine başka bir mülk satın alınmak istenilmesinde de tehlike mevcuttur. İşten anlıyan bir kimsenin iştirakini icabettiren hukukî muameleleri kendi başına yapmak veli hesabına olan işlemleri çocuğun hesabına yapılmış

(6) Silbernagel Mad: 297 No. 6 Sa: 249
(7) Egger Mad: 297 No. 6. Sa: 149.

gibi göstermek keza velâyeti haiz ana babanın veya yalnız ana veya babanın daimî surette ehliyetsiz bulunmaları veya iflâs etmeleri çocuk mallarının idaresi için tehlike teşkil eder.

Alman Medenî Kanununa göre iflâsın açılmasına dair verilen karala babanın çocuk malları üzerindeki idaresi sona erer, vesayet işlerile meşgul mahkeme iflâsın kaldırılması halinde çocuk mallarının idaresini babaya iade eder. m. 1647. Kanunumuzda bu hususta bir hüküm yoksa da iflâsın kaldırılması halinde o kimse normal hukukî tasarrufları yapabileceği cihetle, çocuk mallarını da idare edebilir.

3 — Yargıcın ittihaz edeceği tedbirler: Yargıç ancak ana babanın kendilerine tahmil olunan vazifelere aykırı hareket ettikleri veya çocuk mallarını tehlikeye düşürecek şekilde muamelede bulundukları takdirde müdahale eder. Yargıcın ne gibi tedbir ittihaz edeceği madde zikredilmemektedir. Bilhassa bu tedbirler halin icabına göre, ana babayı davetle vazifelerini izah etmek, kendilerine mehil vererek hilâfına hareket edildiği takdirde yapılacak muameleleri anlatmak, veya bir kayyım tâyin edileceğini söylemek suretiyle kendilerini ikaz etmektir. Keza bunları çocuk malları hakkındaki düşündükleri bir muameleden vaz geçirmek için doğru yolu göstermekte bu tedbirle cümlesindendir. Tedbirler daha ziyade ve bilhassa münferit hâdiselere göre ittihaz edilir.

Bunlardan başka yargıç ana babadan çocuk mallarını gösterir bir müfredatlı defter isteyebilir. Deftere kaydedilen mallara ait müsbit vesikaların gösterilmesini ve bu mallarda vukua gelecek değişikliğin bildirilmesini talep eder veya yapılmış bir işlemin geri alınmasını (Meselâ çocuk malları rehnedilmişse bu muameleyi geri bırakmak gibi), zayi olan eşyanın yerine konulmasını tavsiye eder.

Vazifeye aykırı harekette yargıcın müdahalesi, çocuğa, bir kayyım tâyin etmek şeklinde tecelli eder. Çocuk mallarının tehlikeye düşürülmesi halinde yargıç ana babadan teminat isteyebileceği gibi ayrıca çocuğa bir de kayyım tâyin eder. Bu tedbirler yetmediği takdirde velâyeti nezederek ana babanın tasarrufuna son verir.

YARGICIN MÜRAKABESİ : Ana baba velâyetten mütevellit çocuk mallarını idaredeki yolsuzluklarından dolayı kanun kendilerini yargıcın kontrolüne terketmiştir. Bu da nihayet bir tedbirden ibarettir. Yargıcın vasiyi mürakabe ettiği gibi veliyi de mürakabe etmesi ve bu mürakabenin mahiyet ve şümulü ihtilâflıdır. Bu hususta üç mütalâa serdedilmektedir.

A. Çocuğun menfaatine uygun şekilde malları idare etmiyen ana babanın tasarruflarına yargıç müdahale eder. Bu bir tedbirden ibaret-

tir. Fakat bu tedbir kontrölden ileri gidemez. Yani ana baba müfredat defteri tutar veya bunlara muayyen zamanlarda hesap vermek külfeti tahmil edebilir. Fakat muayyen hukukî tasarrufların muteber olabilmesi için bunların yargıç tarafından tasdik edilmesine lüzum yoktur.

B. Yargıç vasiyi nasıl kontröl ederse ana babayı da öyle kontrol etmelidir. Vasi küçük namına yaptığı bazı tasarruflarından dolayı sulh mahkemesinin daimî kontrolü altındadır. Küçüğe ait kıymetli eşyayı muhafaza ve menkul eşyaları satmak için sulh yargıcından müsaade alması lâzımdır m. 383, 384. Keza Küçüğe ait parayı nemalandırmak için sulh mahkemesi veya hükümetçe tâyin edilmiş bir müesseseye faiz mukabilinde ikraz edilir m. 385. Küçük namına yapılacak malî veya ticarî teşebbüsler sulh mahkemesinin talimatı dairesinde icra edilir m. 387, 406/3. Gayrimenkul alım satımı için de sulh mahkemesinden müsaade almak gerekir. m. 388, 405. Bu fikri kabul edenler çocuk mallarını idare ederken ana babaya da vasinin tâbi olduğu aynı kontrolün uygulanmasını ileri sürerler.

C. Üçüncü mütalâada, ana babanın bütün tasarruflarını yargıcın tasvibine arzetme esasını kabul ederler.

Tedbir olarak yargıcın müdahalesi hakkında serdedilen bu üç mütalâadan tatbikatta hangisinin kabul edildiğine dair bir Yargıtay kararına tesadüf edemedik. Federal Mahkemesi ise birinci mütalâayı yani yargıcın yalnız kontrolünü kabul eder. Buna göre ana baba muayyen zamanlarda lüzum görülürse hesap vermekle ve bir müfredat defteri tanzim etmekle mükellef tutulur. Fakat hukukkî muameleleri serbestçe yapar. Yargıcın tasdikine lüzum yoktur (8). Alman Medenî Kanunu ikinci mütalâayı yani ana babanın bazı muamelelerinin vesayet dairesine tasdik edilmesi esasını kabul eder m. 1667.

İsviçre'de kabul edilen usulün bizde de cari olacağı pek tabiidir. Ana babanın idarî muamelelerini tahdit etmeğe veya bu idare haklarını kaldırmağa imkân yoktur. Velinin tasarruf hakları ancak velâyetin nez'ile ortadan kalkabilir.

ANA BABANIN TEMİNAT VERMELERİ : Çocuğun malları tehlikeye düşerse ana baba teminat vermekle mükelleftir. Tehlikenin mahiyet ve şümulünü yukarıda izaha çalışmıştık. Bu teminat çocuk mallarının emniyet altına alınmasına lüzum hasıl olduğu zamanlarda talep edilir. Teminatın miktarı ve şekli icabına göre yargıç tarafından tâyin ve takdir edilir. Buradaki teminat çocuk mallarının himayesine ma-

(8) F. M. K. 38/2, 16, 51/2, 362

tuftur. Teminat daha ziyade çocuk mallarının muhafazası şeklinde vukubulur. Bu yargıcın mürakabesi mevcut iken de talep edilebilir. Ana babanın kefalet veya rehin gösterilmesine dair verilecek kararlar yerine getirilmezse cebri icra ile infaz olunamaz. (9). Bazan bu teminat çocuğun rüştüne kadar devam eder. Bu sebeple şahsî kefaletin kabul edilmemesi icabeder. Fakat ana baba istenilen teminatı verinceye kadar icabediyorsa tasarrufu menedilir. Tasarruf hakkının inkıtaa uğratılması velâyeti nez'i mânasını tazammun etmez (10). Tasarruf hakkının inkıtaı teminatın iraesini temin maksadile alınmış bir tedbirden ibarettir.

Alman Medenî Kanunu babaya teminat mülkiyeti tahmil etmekden evel kendisine defter tutma ve hesap vermeyi emrediyor. Bunlar kâr etmediği takdirde teminat talep edilir m. 1668. Kanunumuz halin icabına göre ana babanın kontrolünü yani defter tutma veya hesap verme mükellefiyetini veya müstakillen teminat alınmasını emreder.

Alman Medenî Kanununa göre baba istenilen teminatı vermesi için icbar edilmez; yapılan ihtara rağmen istenilen teminat verilmezse çocuk malları üzerindeki tasarruf hakkı nezedilir m. 1670.

KAYYIM TÂYİNİ : Medenî Kanunumuzun 376 ncı maddesi ana baba ile çocuk arasında menfaat tearuzu bulunursa aralarındaki hukukî muameleleri yapmak üzere bir kayyım tâyin olunur; ayrıca kanun 285 inci maddenin son fıkrasında çocuk mallarını hüsnü suretle idare etmeyen veliye de kayyım tâyin edileceğini kabul etmiştir. Kendilerine kayyım tâyin olunanların kanunî yetkilerine aykırı gibi görünür. Kayyım tâyin edilmekle beraber çocuk mallarının idaresi veliye aittir. 376, 377 nci maddelere göre kayyıma geçmez. Kayyımın vazifesi, idareye nezaret ve fikrini beyan etmek suretile yardım etmekten ibarettir (11). Kayyım ana babanın hesaplarını kontrol eder. Kayyım tâyini müspet netice vermediği takdirde meselâ ondan habersiz iş yapılırsa yargıç ana babanın velâyetini nezetmek suretile tasarruf haklarına mâni olur m. 286.

Evliliğin Zevalinden Sonra Ana Babanın Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Hakkı

Ana babanın çocuk mallarının idaresi velâyeti icra hakkının tabiî bir neticesidir. Evlilik devam ettiği müddetçe velâyeti müştereken icra eden ana baba çocuk mallarını da birlikte idare ederler. İdaredeki bu işti-

(9) Egger Mad: 297 No. 12 Sa: 152.
(10) Silbernagel Mad. 297 No. 19 Sa: 254
(11) Egger Mad. 297 No. 13, Sa: 152

rak aynı zamanda birbirlerinin kontrollarını da temin eder. Ana baba sağ olduğu müddetçe çocuğun müstakillen servet sahibi olması pek istisnaidir. Bunlardan birinin ölümü ile çocuk servete malik olur. Bu andan itibaren çocuğun malî menfaatlerini korumak icap eder. Evliliğin zevalinden sonra da velâyeti haiz ana veya baba çocuk malları üzerindeki tasarrufunda müstakildir. Fakat kanun velâyeti icra hakkını haiz kimseye çocuğun malî durumunu gösterir bir müfredat defteri vermeğe ve çocuğun servetinin işletilmesinde ehemmiyetli bir değişiklik husule geldiği takdirde onu da bildirme mecburiyetini yüklemiştir. m. 279. Kanun evliliğin zavalinden sonra tâbirini kullanmıştır. Evlilik; taraflardan birinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi veya boşanma veyahut da evlenmenin butlanına hükmedilmesi suretiyle zevale uğrar. Alman Medenî Kanunu defter tutma mükellefiyetini ananın ölümünde babaya tahmil etmiştir. m. 1640. Bu maddeye göre baba, ananın ölümünde idaresi altında bulunan çocuk mallarile çocuğa sonradan isabet edecek malların tam bir listesini tanzim eder ve vesayet işlerine bakan mahkemeye tevdi eder.

MÜFREDAT DEFTERİNİN MAHİYET VE ŞEKLİ : Bu defter, çocuk mallarının mahiyet ve miktarını doğru ve tam olarak ihtiva eden bir listeden ibaret olup evliliğin zevalinde çocuğun menkul ve gayrimenkul mallarını, kıymetli eşyalarını, esham ve tahvilâtlarını ve bütün alacaklarını kapsar. Ayrıca kıymetli eşyanın evsafını da dercetmek icap eder. Borçlar da bu deftere geçirilir. Çocuğun evlenmenin zevalinden evel iktisap ettiği mallarla serbest malları da bu deftere kaydedilir. Burada esas evlenmenin zevalinde çocuğa ait bütün malları tesbit etmektir. Çocuğa sonradan isabet eden malların da bu deftere geçirilmesi yerinde olur. Evlenmenin sona ermesini mütaakip ve fakat defterin tanzim edilmesinden evvel çocuk rüşt yaşını ikmal etmiş olsa bile müfredat defterinin yine tanzim edilerek yargıca verilmesi lâzımdır (12). Yargıç defteri tetkik eder veliden deftere geçirilen eşyanın müstenidatını ister. Noksan varsa ikmal ettirir. Bu defteri ana veya baba imza ederler. Defteri ana veya baba kendisi tanzim eder veya ettirir. Masrafı da kendisine ait olur. Fakat mahkeme ana veya babanın defteri tam ve noksansız tutacağından şüphe ederse, resmî memur veya noter huzurunda bu defterin tutulmasını emreder. Çocuk veya akrabalarının defterin tanziminde hazır bulundurulmalarında bir mecburiyet yoktur.

Evliliğin zevalinden sonra tutulacak defter için kanunumuz mu-

(12) Egger Mad: 291 No. 5, Sa: 131.

ayyen bir müddet tâyin etmemiştir. Bu cihet velâyet, vesayet ve miras hukukuna mütaallik hükümlerin tatbik suretine dair olan nizamnameye dercedilmiştir (13). Defterin, evliliğin zevalinden itibaren bir ay içinde ana veya baba tarafından düzenlenip sulh mahkemesine verilmesi iktiza eder. Sözü geçen nizamnamenin 21 inci maddesinde «evliliğin zevalinden sonra velâyeti haiz olan karı veya koca, Medenî Kanunun 279 uncu maddesi mucibince, küçüğün mevcudu ile alacak ve borçlarını gösterir bir müfredat defteri yaparak ikametgâhları sulh yargıcına vermeğe ve servetindeki ve bunların temniyesindeki ehemmiyetli değişiklikleri bildirmeğe mecburdur. Bu mecburiyet bir ay zarfında ifa olunmadığı surette sulh yargıcı müfredat defterinin yapılarak verilmesi için müddet tâyini suretiyle veliye tebliğat yapar. Tebligata rağmen tâyin olunan müddet içinde defteri yapılıp verilmezse yargıç icabı hale göre defteri yaptırır veya kayyım tâyin eder». Denilmektedir.

Defter kanunî süre içinde verildiği takdirde artık yargıcın müdahaleye yetkisi yoktur. Yukarda işaret olunduğu gibi yargıcın defterin doğru tutulup tutulmadığını kontrol etmesi icabeder. Hakikata uygun olmıyan bir defterin kıymeti olamaz. Bu kontrol velinin tasarruflarına müdahale mahiyetinde telâkki edilemez. Yargıç defterin doğruluğunda şüphe ederse icabı halinde resmî defter tutulmasını emreder. 382. Tüzükte defterin kimin tarafından tutulacağı gösterilmemiştir. Tatbikatta bu defter mahkeme kâtiplerinden birine tanzim ettirilir. İcabında bu vazife notere de tevdi edilebiilr. Medenî Kanunun 532 nci maddesinde yazılı ihtiyatî tedbirlerin alınmasını icap ettiren bir hal mevcut olduğu takdirde yargıç çocuk mallarını ve nakdini resen bir deftere kaydettirir. Bu defter mucibince mallar ve nakitler velâyeti haiz karı ve kocaya teslim olunur. Velinin ayrıca defter tutmasına lüzum yoktur. Ancak çocuk mallarında vukubulacak değişikliklerin mahkemeye bildirilmesi icabeder. Kanunumuzda yargıç kelimesi asliye mahkemesine tekabül eder. Çocuğun malî menfaatlerine mütaallik tedbirleri almak ve defter tutturmak asliye mahkemesine ait olması lâzım ise de velâyet ve vesayet tüzüğünün 21 ve 22 nci maddelerinde bu yetkilerin sulh yargıcına verildiği görülmektedir. Anayasaya göre kanun ile nizamname tearuz ederse mahkeme nizamnamenin yanlışlığından bahisle kanun uygulanamaz. Şu hale göre 285 inci maddede yazılı tedbirle sulh mahkemesi tarafından alınır.

Alman Medenî Kanunu defterin tutulması hakkındaki usulü de gösretmiştir. Ev eşyalarının değerlerinin topluca gösterilmesini kâfi addet-

(13) Bu nizamname 8 Mart 934 gün ve 2648 sayılı Resmî Gazetededir.

miştir m. 1640 Kanunumuzda böyle bir hüküm olmadığı için ev eşyalarının da müfredatlı olarak kıymetlerile birlikte yazılması icap eder. Yine aynı kanuna göre vesayet işlerile meşgul mahkemeye takdim olunan listenin bütün eşyayı ihtiva etmediğinden şüphe uyanırsa mahkeme defterin tanzimini, resmî makama veya resmî bir memura veyahut notere emreder. Ana, ölüme bağlı bir tasarrufla bu defterin resmî memur tarafından tanzimini menedebilir. Babanın yeniden evlenmesini Alman Medenî Kanunu çocuğun malî menfaati için tehlikeli görmüş ve masrafı babaya ait olmak üzere çocuk mallarının müfredatlı bir defterinin yapılmasını emretmiştir m. 1669. Eğer baba defter tutmazsa çocuk mallarını idare hakkı kendisinden nezedilir m. 1670. Sağ kalan ana da bir kayyımın iştirakiyle çocuğun malî durumunu gösterir bir müfredat defteri tanzimeder. Kayyım defterin doğru ve tam bulunduğunu tasdik eder m. 1692. Ana tekrar evlenirse çocuk üzerindeki velâyetinin bir kısmını yani çocuğu temsil ve malları idare hakkını kaybeder. Çocuğun şahsına olan ihtimam ve takayyüt hak ve vazifelerile mükelleftir. m. 1697. Bu sebeple de yeniden evlenen ana, baba gibi müfredat defteri tanzim etmez. Çünki çocuk mallarındaki idare ve temsil hakkını zayi etmiştir.

ÇOCUĞA AİT MALLARDA VE İŞLETİLMESİNDE VUKUA GELECEK DEĞİŞİKLİĞİN ANA VEYA BABA TARAFINDAN İHBARI: Velâyeti icra hakkını haiz ana veya baba çocuk malları ve işleltilmesi hususunda vukubulan esaslı değişiklikleri yargıca bildirmeğe mecburdur. Çocuğun ne suretle olursa olsun iktisap ettiği mallar ve iktisap sebepleri, alacakları, borçları yargıca ihbar edilir. Buna mukabil piyasanın değişmesi yüzünden meydana gelen kıymet düşmesi veya çoğalması borsa kıymetinin azalıp çoğalması gibi hallerin ihbarı icap etmez (14). Sermayenin yerleştirilmesinde hasıl olan esas değişikliklerin meselâ çocuk malları satılarak ana veya babanın ticarî işlerine sarfı, paranın tahvilâta yatırılması gibi muamelelerin ihbarı gerekir.

Rapor şeklinde yazılan bu ihbarın yargıç tarafından tasdik edilmesine lüzum yoktur. Velâyeti haiz ana veya babanın vazifesi çocuk mallarının durumunu ve işletilmesini yalnız yargıca ihbar etmektir. Bu hususta kendisinden muvafakat alınmasına lüzum yoktur (15). Yapılan ihbarlara nazaran yargıç çocuğun malî menfaati için bir tehlike görürse 285 inci madde hükmü dairesinde ana veya babanın tasarrufuna müdahale eder. Bu müdahale, teminat istemek veya kayyım tâyin etmek su-

(14) Egger Mad. 291 No. 9, Sa: 133
(15) Silbrenagel Mad. 291, No. 28 Sa: 217

retile yapılır. Bazı mahkemelerimiz çocuğa ait nakdi bazı harekâtından dolayı ana veya babaya vermemekte ve Emlak Bankasına yatırıldığı görülmektedir. Paranın babaya verilmemesi için velâyetin nez'i iktiza eder. Ana veya babanın çocuğa ait parayı sarfedeceklerinden şüphe ediliyorsa kendilerinden münasip teminat istenir veya kayyım tâyin edilir. Bundan sonra da para veliye tevdi olunur. Teminat alınamazsa bu takdirde para istenilen teminat verilinceye kadar bir bankada muvakkaten muhafaza edilir. Velinin istifade hakkı intifa hakkı gibidir. İntifa hakkı sahibi, zilyedlik, istimâl ve istifade haklarına malik olup intifa edilen malın idaresi de kendisine ait olur m. 727. Bu sebeple çocuğun malından istifade hakkı olan kimseye paranın hemen teslimi icap eder. Gerekiyorsa 285 inci maddede yazılı tedbirler alınır. Vasi ise 397 nci madde mucibince sulh mahkemesinin tâyin eylediği zamanlarda veya hiç olmazsa senede bir defa mahkemeye arzedilmek üzere hesap tutmağa mecburdur. Veliye böyle bir mükellefiyet tahmil edilmemiştir.

ANA BABANIN ÇOCUK MALLARINDAN İSTİFADE HAKKI

Bugüukü anlamda velâyet, ana baba için çocuğun şahsına takayyüt ve ihtimam gösterme ve onun mallarını idare vazifelerinden ibarettir. Velâyet vazife olmakla beraber aynı zamanda bir haktır. Çocuğun mallarını idare ana baba için bir vazifedir. Bu mallardan istifade etmek de onlar için bir haktır. Ana baba ve çocuk bir aile teşkil ederler yekdiğerlerine karşı aile menfaatlerinin istilzam ettiği muavenete riayete mecburdurlar m. 260. Ana baba çocuğun iaşesini temin ettikleri gibi çocuk da ailesinin ibate ve iaşesine iştirak eder.

Medenî Kanunumuzun 280 inci maddesinin matlabında, istifade hakkı denildiği halde metinde intifa hakkı kelimesi kullanılmıştır. Ana babaya çocuk malları üzerinde tanınan hak intifa hakkı olmayıp istifade hakkıdır. İsviçre Medenî Kanununu hazırlayan Huber bilhassa bu noktaya işaret etmiştir (16). Maddede bir tercüme hatası olmuştur.

Çocuk mallarından istifade velâyetin tabii bir neticesi olup bu aile içindeki iaşe mükelefiyetinden doğar. İstisnai olarak kusuru olmadan kendisinden velâyeti nezedilen kimse çocuk mallarından istifade hakkını gaip etmez m.286/2.

İSTİFADE HAKININ MAHİYET VE ŞÜMULÜ: İstifade hakkı (Nutzungsrecht, Jouissance) intifa hakkı olmayıp aile hukukundan doğar ve nevi şahsına münhasırdır. Bu hak yalnız veliye aittir. Velâyeti kim icra ederse ona intikal eder. Alman Medenî Kanununa göre velâyete müsteniden çocuk mallarından istifade babaya aittir m. 1649.

(16) Huber, Erlaeuterungen Sa: 260

Keza Fransız Medeni Kanunu da istifade hakkını babaya tanımıştır. m. 348.

İntifa hakkı aynı bir haktır, tescil edilir. Kocanın karısına ait malından, velinin çocuk mallarından istifadesi intifa hakkından ayrıdır. Veli ve koca; mal, çocuk veya kadın elinde bulunduğu müddetçe ondan istifade ederler. intifa hakkı ise, mal sahibinin mülkünden çıkmış olsa bile o mal üzerinde hakkı devameder. Bundan başka ana baba çocuk mallarını tasarruf edebilir. İntifa hakkı sahibi ise, tasarruf edemez, ancak intifadan başka bir şey isteyemez (17).

İstifade hakkı, çocuk mallarının semeresini, haklarını ve menfaatlerini kapsar ve o şey üzerinde ana babaya tasarruf hakkını bahşeder (18). Çocuk mallarının geliri kendi iaşe ve ibatesine sarf olunmadığı müddetçe ana babanın mamelekine dahil olur. İstifade hakkı kaideten çocuğun bütün mallarını kapsamaz. Çocuğun serbest malları m. 282, bir sanat icrası neticesi olarak sahip oldukları mallar m. 284, ana baba nın istifadesinden hariç kalmak üzere çocuğa hibe veya teberrü edilen mallar m. 282/2, çocuğun şahsî malları istifade hakkının dışında kalır. Kanunumuz çocuğun şahsî mallarının neden ibaret olduğunu göstermemiştir. Bundan çocuğa ait lüzumlu eşya meselâ : Elbise, çamaşır, kitap vesaire olduğu anlaşılmaktadır. Alman Medenî Kanunu: Tuvalet ve süs eşyalarile elbise ve çalışma için lüzumlu eşyaların çocuğun şahsî eşyası olduğunu tasrih etmiştir m.1650.

İstifade bir hak olduğuna göre çocuk mallarının idaresinde kısmen veya tamamen feragat edilebilir (19). Bu takdirde yargıç vaziyet ederek malların idaresini tanzim eder.

İstifade hakkı, çocuğun serbest olmayan bütün menkul ve gayrimenkul mallarını ihtiva eder. Kullanılması istihlâk suretile vuku bulan şeylerin mülkiyeti intifa edene ait our. İstifade hakkı hakkında kanunda sarahat bulunmayan hallerde intifa hakkındaki hükümler uygulanır. Bu itibarla para vesair misli eşya velinin mülkiyetine geçer Nevi itibarile tâyini kabil eşyanın - hamiline yazılı evrak-ana babanın mülkiyetine intikal etmez, fakat bunlar haiz oldukları idare hakkına binaen bu kabil evrak üzerinde tasarruf ederler (20). Alman Kanununda ise çocuğa ait para babanın mülkiyetine intikal etmez. Baba bu kabil paraları vesayet işlerile meşgul mahkemenin göstereceği şekilde işletir m. 1642.

(17) Curti Mad: 747 No. 1
(18) Silbernagel Mad. 292 No. 6 Sa: 219
(19) Egger Mad. 292/293 No. 7 Sa: 136
(20) Egger Mad. 292/293 No. 5 Sa: 135

Çocuk mallarının cüzü olan ticarî müesseseyi çocuk işletirse kazancı kendisinin olur m. 284. Eğer bu, veli tarafından işletilirse kazanç kendilerine ait olur. Fakat bu işletmeden zarar hasıl olursa mesenin hal şekli kanunumuzda gösterilmemiştir. Alman Medenî Kanunu zarar vukuunda ne yolda hareket edileceğini tâyin etmiştir. Buna göre, zarar vukuunda gelecek senelerdeki kâr zararı kapatıncaya kadar çocuğa ait olur. Yani zarar hasıl olunca, kâr, mevcut zararı kapatıncaya kadar babaya intikal etmez m. 1655. (Egger) bu hükmün İsviçre tatbikatında da cari olacağını beyan eder (12). Bu esasın bizde de tatbik sahası bulacağını ümit ediyoruz.

İETİFADE HAKKININ HİMAYESİ : Velâyetten doğan istifade hakkından ana baba mahrum edilemez. Bu hak velâyetin nezile sakıt olur. Yolsuz muamelelerden dolayı Yargıç tarafından yapılan müdahale istifade hakkının nez'i mahiyetinde değildir Bu gibi tedbirler çocuğun malî menfaatlerini korumaya matuftur. Ana baba hukuki bir muamele ile istifade hakkından mahrum edilemez. Alman kanunu babanın çocuk mallarından velâyete müsteniden haiz olduğu istifade hakkının ahara temlik edilmiyeceğini zikretmektedir m. 1658. Keza bu istifade hakkı üzerinde rehinde tesis edilemez, Alman Muhakeme Usulü K. m. 862.

Kanunumuzda istifade hakkının himayesine dair bir hüküm yoktur. Bu himaye istifade hakkının bünyesinden doğmaktadır. İstifade hakkı şahsa bağlı bir haktır m. 16. Bu hakkın ahara temlik edilmesi ana babanın istifadeden mahrum edilmesi demektir. Bu da kanunun koyduğu esas prensibe aykırıdır. Bu hak üzerinde bir intifa da tesis edilemez m. 730 ve mütaakip .Bu şahsa bağlı bir hak olduğu için alelade intifa hakkı gibi devir ve temlik edilemez. Fakat bu hakkın bir kısmının istimali ahara devredilebilir, meselâ çocuk mallarının kiraya verilmesi gibi (22). İstifade hakkı rehin de edilemez. Çünkü rehin, temliki kabil alacaklar üzerinde tesis olunabilir m. 868. Bu hak hacizde edilemez. Ancak çocuğun mallarından hasıl olan semereler ana babanın muaccel borçlarından dolayı haczedilebilir, şukadar ki semereler çocuğun infak, iaşe ve terbiyesi ve ana baba için zarurî olmamalıdır. Çocuk mallarından hasıl olan gelir, evvelâ çocuğun iaşe, ibate ve terbiyesine sarfolunur. Bundan artan ana babanın mamelekine dahil olur.

Bu sebeple ana babanın borcundan dolayı bu gelirlerin fazlası haczedilebilir. Babanın iflâsında, çocuğun iaşe ibate ve terbiyesine ait masraflar

(21) Egger Mad. 292/293 No. 6 Sa: 135
(22) Silbernagel Mad. 292 No. 25 Sa: 224

gelirinden ayrıldıktan sonra geri kalan kısmı masaya dahil olur. Ana babaya da infakları için münasip bir miktar ayrılır. İCF. Kanununun 216 ncı maddesinin son cümlesinde, icra dairesi müflisi hususi emri altında tuttukça münasip miktarda muavenette bulunabilir.» denilmektedir. Bu yardım masaya dahil mallardan yapılır. Bu maddenin mukabili İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 229 uncu maddesinde, münasip bir infak payı sağlanır. denmektedir ki daha vazıhtır.

İSTİFADE HAKKININ SONA ERMESİ: İstifade hakkı velâyet ile muvazi yürüdüğü cihetle velâyet sona erdiği anda o da nihayete erer. Ancak velâyetin nez'i ana babanın kusurları yüzünden vukubulmamış ise çocuğun infak ve terbiyesine yetecek miktardan fazlasında istifade hakları devam eder m. 286/2.

Velâyet, çocuğun rüşt yaşına girmesile veya kazai rüştüne karar verilmesile ortadan kalkar ve istifade hakkı da nihayet bulur. Keza boşanma halinde taraflardan biri velâyeti kaybederse, bu kimsenin çocuk malından istifade yetkisi kalmaz. Fevkalâde hallerin mevcudiyeti halinde çocuk ana babanın muvafakatile evlenirse, velâyetle beraber istifade hakkı da sona erer.

ÇOCUK MALLARINDAN HASIL OALN GELİRİN SARFI: Ana baba ve çocuktan teşekkül eden aile birliğinde iaşe ve ibate mükellefiyeti, kakbul ettikleri mal rejimine göre ana babaya aittir m. 261. Velinin çocuk mallarından istifade hakkı da işte bu iaşe mükellefiyetinin karşılığını teşkil eder. Diğer taraftan ana, baba ve çocuk yekdiğerine karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenete riayete mecburdurlar m. 260. Çocuk da birliğin saadeti için kendisine terettüp eden vazifeleri yapmakla mükelleftir. Onun, aile birliğine dahil kimselere yardım etmesi ahlâkî bir kaide ve geleneğin tabii bir neticesidir.

Çocuk mallarından hasıl olan gelir evvelemirde çocuğun iaşe ve terbiyesine sarf olunur. Ailede bir kaç çocuk bulunur ve bunların gelirleri de aynı olmazsa, (Curti), her çocuğun gelirinin kendisi için sarf edilmesi icabettiğini ileri sürmektedir. (23). Bir ev içerisinde buna imkân görmiyoruz. Çocuklara ait gelirler karıştırılarak sarf edilmesi daha uygundur.

ÇOCUĞUN SERBEST MALLARI

Kanun çocuğun bazı mallarını velinin istifadesinden hariç tutmuştur. Karı koca arasındaki mal birliğinde ve mal ortaklığında da kadının serbest malları vardır, kocanın bunlar üzerinde istifade hakkı

(23) Curti Mad. 293 No. 9 Sa: 274

yoktur. Bu, aile birliğinde kadını harekâtında ve tasarruflarında kısmen olsun serbest bırakmak gayesine matuftur. Çocuğa serbest mal tanımakla kanun tasarruflarında onuda biraz olsun müstakil bırakmak istemiştir. Çocuk serbest mallarını kullanabilir fakat hukukî bir tasarufta bulunamaz (24). Serbest malların geliri çocuğun veya ana babanın iaşelerine sarfolunamaz, çünkü çocuğu iaşe ve terbiye etmek ve bu hususlaki masrafları temin etmek kendilerine aittir (25). Ancak ana baba zarurette bulunduğu veya çocuk fevkalâde masrafı mucip olduğu takdirde yahut istisnai her hangi olayın vücudü halinde yargıç çocuğun mallarından kendisinin iaşe ve terbiyesine medar olacak muayyen bir miktarın sarfı için ana babaya izin verebilir m. 261.

ANA BABANIN İSTİFADESİNDEN HARİÇ KALAN MALLARIN: TESİSİ: Serbest mallar ivazsız teberru suretile tesis olunur. Teberru, hibe suretile vukubulacağı gibi ölüme bağlı tasarruf veya miras mukavelesi suretile de yapılır. Kanunda teberruun ne suretle yapılacağına dair bir kayıt ve tahdit yoktur. Bu işlemler umumi hükümler dairesinde cereyan eder. Hibede, velinin çocuk namına kabulü lâzımdır. Teberru yapan kimsenin parayı çocuklar namına veya çocuk için faize verilmek kaydile ana babaya vermesi veya bunların istifadesinden hariç bulunduğunu beyan etmesi lâzımdır (26).

A — Teberru suretile tasarruf sandıklarına biriktirilmek üzere para tevdii; üçüncü bir şahıs teberru suretile çocuk namına bankaya veya tasarruf sandığına tevdi ettiği parayı ana babanın istifadesinden sarahaten hariç bırakırsa, bu para üzerinde onların istifadesi bahis mevzuu olamaz. Hattâ üçüncü şahısların çocuk namına bir tasarruf hesabına para tevdi etmesi halinde bu paralar onun serbest malı telekki olunur (27). Veli bu parayı bankadan alıp kullanabilir m. 727. Ancak parayı yatıran kimse, yani vahip, hibe esnasında yatırılan paranın ana baba tarafından idare edilmiyeceğini şart ederse bu takdirde veli parayı kullanamaz.Bankada bu parayı ödemez. m. 282/2. Fakat böyle bir şart yoksa ana baba paryı alıp tasarruf eder, velâyetin sona ermesinde bu parayı tazmin ile mükellef olur.

B — Ana baba çocukları namına bankada carî bir hesap açabilirler

Paranın yatırılmasında ve alınmasında memleketemizde iki usul mevcuttur.

1 — Bazı bankalarca, para yatırılırken ana babanın beraberce

(24) Egger Mad. 294 No. 1 Sa: 138
(25) Silbernagel Mad. 294 No. 4 Sa: 229
(26) Egger Mad. 294 No. 6 Sa: 139
(27) Egger Mad. 294 No. 7 Sa: 139

hazır bulunması ve ayrıca parayı almak için birbirlerine yetki vermeleri istenmektedir.

2 — Diğer bazı bankalarca da yalnız ana veya babanın hesap açmasını kâfi görmekte ve parayı yatırana iade etmektedirler. Bu takdirde parayı yatırmayan kimse velâyetini ileri sürerek parayı alamaz. Her iki usulde doğrudur ancak ikinci usul daha pratiktir.

C — Ana babanın idare edemiyeceği çocuk malları: Ana babanın istifadesinden hariç bırakılmak suretile hibe edilen mallar çocuğun serbest mallarını teşkil eder. Hibe senedinde ana babanın istifade edemiyecekleri cihetinin tasrih edilmesi lâzımdır. Ayrıca vahip bu malların ana baba tarafından idare edilmemesini de şart koşabilir. Bu takdirde sulh mahkemesi malların idaresi için bir kayyım tâyin eder. m. 377. Üçüncü şahıs teberru ettiği malların veli tarafından idare edilmemesini şart koşarsa acaba bu kımseler bu mallardan istifade edebilirlermi? Bu cihet Kanunumuzda mesküt bırakılmıştır. Çocuk mallarını idare hakkında mahrum olanın istifade hakkı da bulunmaması icabeeder (28).

ÇOCUĞUN KAZANCI

En eski Roma ve Cermen Hukukunda velâyet çocuk üzerinde babanın mutlak hakimiyeti şeklinde tecelli etmiştir. Çocuk mal iktisabına ehil değildir, kazancı babaya aittir. (29). Ortaçağ babanın mutlak hakimiyetini hafifletmiş ve modern hukuk ise velâyeti ana babaya bir hak olmaktan ziyade bir vazfie tanımıştır. Çocuğun kazancı hakkındaki hükümler muhtelif mevzuatta, muhtelif şekillerde tecelili eder Alman Medenî Kanununa göre çocuğun sayi ile elde ettiği kazanç kendisinin serbest malidir m. 1651. Fransız Medenî Kanununda çocuğun kazancı ana babanın istifade hakkından hariç tutulmuştur, serbest mali addedilmiştir m. 387.

Kanunumuz kadının kazancını mahfuz mal olarak kabul etmiştir m. 183/3. Yani kadının kazancı üzerinde kocanın bir tasaruf ve istifade hakkı yoktur. Kanunumuz çocuğun kazancını, ana babasile beraber oturup oturmadığına göre mütalâa etmiştir. Çocuk ebeveynile beraber oturuyorsa kazancı kendilerine aittir. Eğer çocuk ailesinden ayrı yaşıyorsa bu takdirde kazancı kendisine ait olur, yani kanun bu kazancı çocuğun serbest malı olarak kabul ediyor m. 283. Alman Kanunu çocuğun kazancını mutlak olarak serbest malı addeder ve babanın istifade hakkından hariç bırakır, fakat çocuğun kazancının idaresi babaya mevdudur M. 1651.

(28) Silbernagel Mad. 294 No. 16 Sa: 232.
(29) N. Gürsel Adalet Dergisi 949 Sa: 432

Çocuğun sâyi mahsulü kazancı gördüğü işlere mukabil elde edilen para veya sairedir. İş münasebetiyle çocuğun uğrayacağı kazadan mütevellit tazminat, kaza ve malûllük tahsisatı, işsizlere yapılan yardımlar da çocuğun kazancına dahildir (30). Reşit olmıyan velisiyle beraber yaşıyorsa kazanç bunlara ait olur. Veli çocuğa ait kazancın kendisine ödenmesini de isteyebilir. Çocuğun bu ücret üzerinde bir hakkı olamaz. Ücreti, çocuğa ödeyen iş sahibi bunu ana babaya da borçlu kalır, onların muvafakatiyle çocuk kazancını çalıştığı müesseseden alabilir. Bu muvafakat zımnî de olur.

Çocuğun kazancı ana babaya ait olduğundan bunların borçlarından dolayı haczedilebilir. Ancak bu kazanç borçlunun ve ailesinin geçimi için zarurî olmamalıdır. İCF m. 82. Kazançtan dolayı ana baba, velâyetten kurtulduktan sonra çocuğa hesap vermek mecburiyetinde değildir, kendilerine ödeme mükellefiyeti de tahmil edilmemiştir. Çünkü kanun çocuğun kazancını ana babaya bırakmıştır.

AYRI YAŞAMA HALİNDE: Ailenin hususiyeti icabettirdiği takdirde bazan çocuk aile haricinde yani rıza ile ayrı mahalde yaşayabilir. Bu halde kazancı kendisine ait olur ve kendisinin serbest malıdır. Çocuk kazancı ile geçinir, bu parayı serbestçe istediği gibi velisinin muvafakatına lüzum olmadan sarfeder. Çocuk kimseye hesap vermekle mükellef değilse de onunla ailesi arasındaki hak ve vazifeler bakidir. Bu itibarla ana baba çocuğun kazancının sureti sarfını sorabilir. Çocuk ana babasının muvafakati olmadan ayrı yaşarsa kazancı ailesine ait olur. Çünkü kanunun aradığı mânada ayrı yaşama mevcut değildir (31). Nazarî olarak çocuğun kazancının ailesine ait olduğunu söylemek kolaysa da bunu tatbik etmek güçtür. Veli çocuğa ayrı yaşama için verdiği izni her zaman geri alabilir. Çocuğun bedenî veya fikrî gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk mânen metrûk halde kalırsa yargıç çocuğu ana babadan alarak ya bir aile yanına veya bir müesseseye yerleştirir. Bu takdirde kazanç çocuğa ait olur, ana babanın istifadesinden hariç kalır. Medenî Kanunun 274 üncü maddesindeki şartlar mevcut olduğu takdirde ana babanın müştereken veya münferiden velâyetleri nezedilir veya bundan doğan hakları sona ererse çocuğun kazancı üzerinde bir hak iddia edemezler.

ÇOCUĞA MESLEK VE SANAT İCRASI İÇİN VERİLEN MAL: Ana baba çocuklarına bir meslek veya sanat icrası için mallarından verilen kısmın idaresi ve ondan istifade çocuğa ait olur m. 284. Alman Medenî Kanunu, bir meslek vesanat öğrenmesi için çocuğa bırakılacak mal-

(30) Egger Mad. 295 No. 4 Sa: 141
(31) Egger Mad. 295 No. 8 Sahife

lar için babanın muvafakatından başka ayrıca vesayet işleriyle meşgul mahkemenin tasvibini de aramaktadır m. 112, 1643, 1645. Ana baba ile çocuk arasında bir menfaat taarruzu vukubulursa çocuğa bir kayyım tâyini icabeder m. 271. Veli çocukla müştereken bir şirket kurarsa veya çocuğa ait müesseseyi işletirse aralarında menfaat taarruzu doğar.

Meslek ve sanatın icrasından doğan borçlara karşı çocuk mallarile mesuldur. Yani çocuğun mesuliyeti mahduttur. Bu borç ana babaya da sirayet etmez. İstifade hakkı, borcun çocuğa ait mallardan ödenmesine tesir etmez. Yani istifade hakkı nazara alınmaz m. 280/2.

ANA BABANIN İDARESİNİN SONA ERMESİ

Ana babanın çocuk mallarından istifadesi velâyetten doğar. Velâyet sona erince bu istifade hakkı da nihayet bulur. Bu takdirde veli çocuk mallarını iade ile mükelleftir. Ancak velâyetin ana babadan her ikisinden nezedilmesi iktiza eder. Yalnız birisinden nezedilirse velâyet diğerine intikal eder ve çocuk mallarından istifade hakkı da ona ait olur. Velâyetin nez'inde kusuru olmıyan taraf çocuk mallarından "elde edilen gelirden çocuğun infak ve terbiyesine kifayet edecek miktardan fazlasında" bir istifade hakkık vardır m. 286/2.

İADE MÜKELLEFİYETİ: Ana baba velâyet nezedilince çocuk mallarını iade ile mükellef tutulmuştur. Çocuk rüşt yaşını ikmal ettiğinden dolayı velâyet sona ermişse malları kendisine teslim olunur. Eğer weâyet kendilerinden nezedilmişse bu takdirde çocuk malları vasiye welâyet kendilerinden nezedilmişse bu takdirde çocuk malları vasiye ttir m. 287. Ana baba çocuk mallarını aynen iade ile mükelleftir. Kusur meticesi olmıyan azalmalara bakılmaksızın çocuk malları iade olunur. Mevcut olmıyan malların bedeli ödenir (32). Diğer taraftan çocuğun şahsına ihtimam ile mükellef bulunan ana baba bu husus için yaptıkları masrafları, mukabil alacak şeklinde çocuktan isteyemezler, hattâ bu masraflar normal hududu aşsalar bile kanunumuzda bu hususta bir sarahat yoksa da bu umumî bir kaideye istinat etmektedir. Ana babanın sarfiyatı kanunî bir mükellefiyettir, bunun yerine getirilmesi için yapılan masraflar da geri istenemez. Fevkalâdeden yapılan masraflar alınır. Meselâ: Gayrimenkûllerin ıslâhı, esaslı tamirat gibi.

Ana baba tarafından çocuk mallarından elde edilen istifade iade edilmez. Bunlar çocuk mallarını vasiye teslim ederken alacaklarını mahsup edebilir veya bunlara mukabil çocuk malları üzerinde hapis hakkına maliktir. m. 864. Eğer veliden çocuk mallarının idare ve istifade hak-

(32) Egger Mad. 299, No. 2 Sa: 155

59

larının kendilerine yüklediği vazifeleri yapmadıklarından dolayı teminat alınmışsa, bu teminat geri verilir.

ANA BABANIN MESULİYETİ

Kanunumuz ana babanın mesuliyetini intifa hakkı sahibinin mesuliyeti hakkındaki hükümlere tâbi tutmuştur m. 288. Yani bunlar kusurlarından mesuldurler. İntifa hakkı sahibi zararın kendi hatasından vaki olmadığını ispat edemezse intifa olunan şeyin telef veya ziyaından yahut kıymetine noksan gelmesinden sorumlu tutulur. İntifa hakkını tecavüz ederek istihlâk ettiği şeyleri tazmin etmeğe de mecbur olur. Fakat malın âdet üzere kullanılmasından mütevellit kıymet noksanından dolayı tazminat ile mükellef değildir m. 724. Ana babanın mesuliyeti müşterektir. Eğer velâyet yalnız biri tarafından icra ediliyorsa mesuliyet ona teveccüh eder. Alman Medenî Kanununa göre baba velâyetin icrası sırasında kendi işlerinde göstermesi gereken ihtimam derecesinde mesuldur m. 1664.

ANA BABANIN ÇOCUK İÇİN YAPACAKLARI SARFİYAT: Çocuğun menfaati için ana baba çocuk mallarında mûtad şekilde sarfiyat yapabilirler. Böyle bir sarfiyatı yapmağa yetkili bulundukları takdirde bunu zâmin olamazlar m. 288/2. Veli kusursuz olduğunu ispat ederse çocuk mallarından yaptığı sarfiyattan dolayı mesul tutulamaz. Buna mukabil ana baba çocuğun satılan mallarından dolayı tazminat vermeleri icabedip etmediği hüsnüniyet veya suiniyet sahibi olmalarına göre değişir. Hüsnüniyet sahibi iseler ancak satış bedelini ödemekle mükelleftirler. Fakat suiniyet sahibi iseler çocuğun mahrum olacağı kârları da tazmin ederler.

ÇOCUĞUN ANA BABASINDAKİ ALACAĞININ İMTİYAZI

Medenî Kanunumuzun 165 inci maddesine göre muayyen haller haricinde karı koca arasında cebriicra caiz değildir. Ancak boşanma halinde karı koca arasındaki alacak muacceliyet kesbeder ve icraya başvurulur. Buna mukabil ana baba ile çocuk arasında icraya müracaat edilmiyeceğine dair kanunda bir kayıt yoktur. Fakat kaide olarak ana baba ile çocuk arasındaki alacak velâyet devam ettiği takdirde muacceliyet kesbtemez. Çünkü malları veli idare eder. Teslim, velâyetin sona ermesiyle vukubulur. Bu andan itibaren de çocuk mallarındaki noksan meydana çıkar ve ödenmesi cihetine gidilir. Velâyet devam ettiği müddetçe ana baba ile çocuk arasında çocuğun alacağından dolayı takip yapılamaz.

Ana baba üçüncü şahıslar tarafından takip edildiği takdirde kanun çocuğa bu takibe iştirak yetkisini tanımıştır. Bundan başka çocuğa, iflâsta masaya iştirak hakkı da bahşedilmiştir. Üçüncü şahıslar tarafından ana baba aleyhinde yapılan icra takibine veya bunların iflâsına iştirak eden çocuğun haklarını korumak pek mühimdir. Müflisin velâyet veya vesayetine tâbi kimse varsa bunların himayesi icabeder. 13/7/1912 günlü Tüzük ile İsviçre'de bu gibi ahvalde küçüklerin hukuku himaye edilmiştir. Kanunumuzda ve nede Velâyet ve Vesayet Tüzüğünde buna dair kayıt vardır. Ancak İcra ve İflâs Kanununun 101 inci maddesi çocuğun himayesine mütaallik hükümleri ihtiva etmektedir.

Müştereken velâyeti icra eden ana veya babadan biri hakkında üçüncü şahıs tarafından takip yapılır veya iflâslarına karar verilmiş bulunursa çocuğun haklarını diğeri himaye eder. Fakat veâlyeti kullanan kimse iflâs eder veya hakkında icra takibi yapılırsa bu takdirde yargıcın müdahale ile çocuğun menfaatlerini koruması lâzımdır. Çocuğun ana babasındaki alacaklarını kanun diğer alacaklardan imtiyazlı tutmuştur İCF. madde 206, sıra 2.

ANA BABANIN YAPAMIYACAĞI MUAMELELER

Karı koca çocuklarını müştereken temsil ederler. Bu hususta yargıcın yerine de muhtaç değildirler m. 268. Fakat kanun ana babanın temsil yetkisine bazı tahditler koymuştur. Buna göre bazı hukukî muameller bir kayyımın iştirakini icabettirmekte ve yargıcın tasdikiyle tekemmül etmektedir. Bu hukukî muameleler çocuk ile ana baba arasında veya ana baba lehine çocuk ile üçüncü şahıslarla akdedilen borç münasebetlerine taallûk eder.

Kanunumuz, ana babayı kendi namına asaleten ve çocuğu temsilen mukavele yapmayı menetmektedir. Diğer taraftan üçüncü şahısla ana baba kendi lehlerine çocuk namına mukavele tanzim edemezler (32). Çocukla veli arasındaki mukavelelerin muteber olabilmesi, sulh mahkemesinin tasdikine bağlıdır. Menkûl ve gayrimenkûllerin, kıymetli evrakın ana babaya satılması, borç verme, mirası taksim mukavelelleri bu cümledendir. Çocuğun baba lehine kefalet etmesi bir kayyımın iştirakine ve sulh yargıcının tasdikine bağlıdır. Bu 392 inci maddenin bir istisnadır (34).

Ana babanın çocuğun malını bir üçüncü şahsa hibe edip edemiyeceğine dair kanunumuzda bir sarahat yoktur. Medenî Kanunumuzun

(32) Egger Mad. 282 No. 2 sahife
(33) Ali Himmet Berki Hukuk Mantığı Sa: 85

61

392 inci maddesinde vasi, vesayeti altındaki kimsenin malını hibe ve vakfedemiyeceği yazılıdır. Keza 269 uncu madde de velâyet altındaki çocuğun ehliyet itibariyle vesayet altındaki kimse gibi olduğu tasrih edilmiştir. Bu maddeye istinaden 392 inci madde hükmünün velinin tasarruflarına da teşmil edilmesi lâzımdır. Şu hale göre ana baba çocuk mallarını başkasına hibe edemez.

Ana baba çocuk lehine yapılan hibeleri kabul eder. Veli çocuk lehine hibe de yapabilir. Baba veya ana hem hibe yapar hem de bunu kabul eder.

"Ölünceye kadar bakma akdi"

Plân

Yazan : Âkil ÖNDER
Ankara Yargıcı

1 — Akdin tarifi,
2 — Akdin şekli,
3 — Teminat,
4 — Akdin mevzuu,
5 — İtiraz ve tenkis,
6 — Akdin feshi,
7 — Alacaklının hakkını temlik edip edemiyeceği,
8 — Borçlunun iflâsı ve aleyhinde haciz tatbik olunduğu takdirde alacaklının talep edebileceği şeyler.

Ölünceye kadar bakma akdi hukuk mevzuatımıza yeni girmiş bir müessese değildir. Mecellenin mer'î bulunduğu zamanlarda da bu kabîl akitlerin yapılması tecviz olunmuştur. Fakat Mecelle bu müesseseyi Borçlar Kanunumuz gibi mütakil bir bahis halinde tedvin etmiş olmayıp Hibeye ait hükümler meyanında mütalâa etmiştir. Mecellenin 355 nci maddesinde; "ivaz şartiyle olan hibe sahih ve şart muteberdir." denilmekttedir. Mecelle sevketmiş olduğu bir madde ile ölünceye kadar bakma mukavelesini tecviz etmiş ve fakat Borçlar Kanunumuzda olduğu veçhile bu müessese hakkında ayrı ve müstakil hükümler vazı etmiyerek bu mukaveleden doğan vecibelerin vüsat ve şümulünü, hal ve şartlarını ve akdin fesih ve infisahı sebeplerini ve neticelerini tâyin ve tesbit etmiyerek bunları Kavaidi Külliye ve hibe hakkındaki umumî hükümlerin yardımiyle hal etmek imkânını vermekle iktifa etmiştir.

Ölünceye kadar bakma akdi hakkında Mecellede mevzu hükümler hakkında bu kısa malûmatı verdikten sonra bu müessese hakkında Borçlar Kanununda mevcut hükümlerin tetkik ve tahliline geçiyorum.

1 — Ölünceye kadar bakma akdinin tarifi:

Ölünceye kadar bakma akdi hakkındaki hükümler Borçlar Kanunumun 511-519 uncu maddelerinde yer almıştır. Kanunumuz bu akdi; "âkitlerden birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartiyle bir malın yahut bazı malların temlikini iltizam etmesinden ibaret bir akittir" diye tarif etmiştir. Alfred Martın dahi ölünceye kadar bakma akdini Borçlar Kanunumuzun 511 inci maddesinde yazılı olduğu şekilde tarif etmiştir.

Tarife göre ölünceye kadar bakma mukavelesi iki taraflı bir akittir ve karşılıklı taahhüt ve ivazları ihtiva etmektedir. Bu akde göre bir taraf bir malını veya mallarından bir kısmını diğer tarafa temlik eder. Diğer taraf buna mukabil mamelek temlik eden tarafı ölünceye kadar görüp gözetmeyi ve ona kaydı hayat ile bakmayı taahhüt eder.

Kanunumuz mal temlik eden tarafı alacaklı, ve bakmak ve görüp gözetmek taahhüdünde bulunan tarafı da borçlu olarak tevsim etmektedir. Kanunun âkitleri bu şekilde isimlendirmesi tesadüfî olmayıp bilâkis iltizamidir. Çünkü mal temlikinde bulunan taraf akdin in'ikadiyle birlikte vecibesini eda eylediği ve istihkak kesbettiği ivazı henüz almadığı için alacaklı durumunda ve karşı taraf taahhüdünü henüz tamamen ifa etmemiş olduğundan borçlu mevkiinde bulunmaktadır.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi bir taraflı olarak akdedilemez. Bir kimse salâhiyettar merci huzuruna giderek "ben filân menkul veya gayrimenkûl malını veya şu kadar paramı beni görüp gözetmek ve beslemek şartiyle filân adama temlik ettim" diye bir irade beyanında bulunsa bu akit diğer tarafın muvafakat ve rızasına iktiran etmediği için muteber değildir. Çünkü karşılıklı taahhüt ve ivazları ihtiva eden akitlerde âkidlerin karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını izhar etmiş olmaları lâzımdır.

Ölünceye kadar bakma akdi karşılıklı taahhüdü mütezammın bir akit olduğundan bir kimsenin böyle bir ivaz mukabili olmaksızın vaki temliki bağışlama olup bu sözleşmede ölünceye kadar bakma müessesesinin şümulü dışında kalır.

Ölünceye kadar bakma mukavelesine göre alacaklı diğer tarafa mamelekinden birini veya bir kısmını temlik eder. Bu mamelek tâbiri şümulüne alacaklının menkûl ve gayrimenkûl malları ve nakdi dahildir. Demek oluyor ki alacaklı böyle bir mukavele ile menkul ve gayrimenkûl mallarının veya nakdinin hepsini veya bir kısmını diğer tarafa temlik edebilir. Borçlu da Borçlar Kanununun 514 üncü maddesinde ve mukavelede yazılı vecibeleri yüklenmiş olur.

2 — Ölünceye kadar bakma akdinin şekli:

Ölünceye kadar bakma mukavelesi, alacaklının, borçluya ister mirasçı nasbını tazammun etsin ister etmesin mukavelenin miras mukavelesi şeklinde tanzim olunması lâzımdır.

Bahs iyice aydınlatılabilmek ve okuyucularımızı Medenî Kanunun bir çok maddelerine müracaat külfetinden kurtarmak için miras mukavelesinin tanzimi şekli hakkında burada biraz bilgi vermeği faideli buluyoruz.

64

Miras mukavelesinin ne suretle tanzim olunacağı Medenî Kanunun 492 nci maddesinde gösterilmiştir. Bu maddeye göre miras mukavelesi, resmî vasiyet şeklinde tanzim edilmiş olmadıkça muteber değildir. Her iki taraf arzularını aynı zamanda resmî memura beyan ve tanzim olunan mukaveleyi iki şahit huzurunda imza ederler.

Resmî vasiyetin ne şekilde yapılacağı da yine aynı kanunun 479 ve mütaakip maddelerinde gösterilmiştir. Bu maddede 492 inci maddeden fazla olarak vasiyetnameyi tanzim edecek merciler açıklanmış bulunmaktadır. Bunlarda; Noter, sulh yargıcı yahut bu vazife ile görevlendirilmiş olan memurdur. Binaenaleyh bir miras mukavelesi yapmak arzusunda bulunan kimselerin bu arzularını 479 uncu maddede gösterilen mercilere aynı zamanda beyan eylemeleri ve tanzim olunan mukaveleyi imza etmeleri iktiza eder. Şurasını istitraten söyleyelim ki kanun vasiyet yapan kimsenin on beş yaşını ikmal eylemesini ve temyiz kudretine sahip bulunmasını kabul ettiği halde miras mukavelesinin bir taraflı akitlerden olmaması hasebiyle diğer akiterin bir çoğunda oduğu gibi burada da âkidlerin reşit olmalarını şart koşmuştur. Şüphesiz evlenme kişiyi reşit kıldığından on sekiz yaşını ikmal etmemiş fakat evlenmiş olan bir kimse miras mukavelesi yapabilir. Tabiî âkidlerin tasarruf salâhiyetlerinin bir mahkeme kararıyle takyit edilmemiş ve iradenin cebir, ikrah ve hata ile muallel olmaması lâzımdır.

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin miras mukavelesi şeklinde tanzimi lâzım geldiği Borçlar Kanununun 512 inci maddesinde açıkça yazılı olduğuna göre bu mukavelenin yukarıda miras mukavelesinin tanzimi şekline ait hükümler dahilinde yapılması icabeder.

Ölünceye kadar bakma mukavelesini tanzime yetkili merci:

Miras mukavelesini tanzim edecek merciin noter, sulh yargıcı yahut bu vazife ile görevlendirilmiş memur olduğunu söylemiştik. Miras mukavelesinin noter tarafından tanzim edilebileceği hakkında Medenî Kanunda hüküm bulunduğu gibi Noter Kanununda da kayıt vardır. Bundan başka sulh yargıcının ve bu vazife ile tavzif edilmiş bir memur varsa bunların da miras mukavelesi tanzimine yetkileri olacağı Medenî Kanunda gösterilmiştir.

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin bu merciler tarafından tanzimine mevzuatımız müsait midir.?

Yazımızın başında işaret olunduğu veçhile ölünceye kadar bakma mukavelesi gereğince alacaklının mükellefiyeti mamelekinden bir kısmı-

69

nı veya tamamını borçluya temlik etmesinden ibarettir. Bu mamelek tâbirinin şümulüne alacaklının parası, menkûl ve gayrimenkûl malları dahildir. Bu sebeple alacaklı menkul mallarını veya nakdinin tamamını veya bir kısmını iivaz olarak borçluya temlik edebilir. Bu kabil menkûl ve nakit gibi mameleklerin temliki muamelelerini kanunumuz bir şekli mahsusa tâbi tutmuş değildir. Bir kimse parasını veya menkûl bir malını ölünceye kadar bakma mukavelesi icabı temlik etmeyip te her hangi temliki akidlerden biirine teb'an temlik etmiş olursa hiç bir şekle tâbi olmadan bu muameleyi yapabilir. Fakat nakit veya menkûl bir mal temliki böyle bir mukavele icabı yapılacaksa kanun bu şekilde mukaveleleri tanzim edecek mahsus bir merci göstermiş olduğundan alacaklının verdiği ivaz nakit ve gayrimenkûl olsa dahi ölünceye kadar bakma mukavelesinin kanunda gösterilen merciler tarafından tanzim edilmesi icabeder.

Alacaklının temlik ettiği gayrimenkûl ise:

Ölünceye kadar bakma mukavelesiyle alacaklı bir gayrimenkûlün bir kısmını veya tamamını temik edecek olursa mukaveleyi tanzim edecek merci, kanunun miras mukavelesi tanzimine yetkili bulunan yukarıda zikredilen merciler midiir? Bazı müelliflerce ölünceye kadar bakma mukavelesini şartla beyi ollarak kabul edimekte ve Borçar Kanununun 214 üncü maddesine göre allacaklının ivaz olarak verdiği gayrimenkûlün borçlu üzerine tesciline lüzzum olmadığı mütalâası ileri sürülmektedir. Mecelle dahi bu akdi şartla hibe akdi olarak tavsif etmiştir. Fakat akdin mahiyetinden anlaşılacağına göre borçlunun alacaklıya karşı yüklendiği vecibeleri ifa edebilmesi için ivaz olarak kendisine verilecek gayrimenkûlün mülkiyetine geçmesi ve ona bir malikin haiz bulunduğu yetki ile tasarruf ederek ondan faydalanabilmesi lâzımdır. Esasen kanun, alacaklının vereceği ivazı borçluya temlik etmesini şart koşmuştur.Ölünceye kadar bakma mukavelesinde gerçi bir şart vardır. O da borçlunun alacaklıyı ölünceye kadar bakıp beslemesidir. Fakat dikkat edilecek olursa borçlunun taahhüdü, bir şartın ifası taahhüdünden ziyade edası muayyen zamanlarla takyit edilmiş bir semenin tediyesidir. Bu sebeple akdin karakterinde şart unsuru istissmam olunmakla beraber hakikatta bir şart mevcut olmayıp semenin muayyen zamanlar zarfında ödenmesi tanziminden ibarettir. Bu sebeple alacaklı ivaz olarak bir gayrimenkûl temlik edecek olursa ölünceye kadar bakma mukavelesinin Noter, sulh yargıcı veya vasiyetname tanzimi wazifesiyle görevlendirilmiş memur tarafından tanzimine imkân yokturr. Zira Medenî Kanunun 634 üncü maddesinde; "mülkiyeti nakil eden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmaz", 934 üncü maddesinde; "tapu sicilli üzerinde tescil, tadil, terkin

66

gibi muameleler ancak talibin temliki tasarruf hakkı ve bu muamelelerin müstenit olduğu sebep sabit olduktan sonra icra edilebilir. Talip tapu sicillinde mukayyet olan kimsenin kendisi olduğunu veya onun mümessili bulunduğunu ispat etmekle temliki tasarruf hakkını tevsik etmiş olur. Tescil veya tadil veya terkini mucip olan sebep dahi bunları iktiza eden hukukî tasarrufların muteber olması için kanunen meşrut olan şekillere riayet edildiği ispat edilmekle tahakkuk eder ve 930 uncu maddesinde de; "aynî haklar tescil ile doğar" denilmesine göre ölünceye kadar bakma mukavelesiyle alacaklının temlik ettiği gayrimenkûlün tapuya tescili lâzım gelir. Tapuya tescil işlemleri dahi tapu sicil muhafız veya memurları tarafından yapılır. 22/12/1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ıncı maddesinde bu hususta açık hüküm mevcuttur. Gerçekten bu maddede; "mülkiyet, mülkiyetin gayri haklara mütaallik resmî senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılır" denilmesine göre de gayrimenkûl malların mülkiyetinin nakline mütaallik her nevi senedatı resmiyenin ancak tapu memurları tarafından tanzim olunması iktiza eder.

Acaba ölünceye kadar bakma mukavelesini noter veya sulh yargıcına yahut bu vazife ile görevlendirilmiş memura tanzim ettirdikten sonra tapuya gidilerek tescil muamelesi yapılamaz mı?

Ölünceye kadar bakma akdinin mevzuu olan ivazlardan biri gayrimenkûl temliki olmasına ve temliki tasarrufu kapsayan resmî senedatın tanzimi yetkisi de tapu memur veya sicil muhafızına ait bir yetki olmasına göre ölünceye kadar bakma mukavelesinin dahi tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından ifası icabeder. Demek oluyor ki ölünceye kadar bakma mukavelesi tanziminde iki hukukî vaziyet ile karşı karşıya bulunuyoruz. Bunlardan birincisi mukavelenin tanzimi şekli, diğeri de bunu tanzim edecek mercidir. Mukaveleyi tanzim edecek mercilerin kimler olabileceği hakkında izahatı kâfiye verilmiş bulunuyor.

Alacaklı ivaz olarak gayrimenkûl temlik ettiği takdirde tapu sicil muhafız ve memurlarının riayet edecekleri usul;

Alacaklının ivaz olarak borçluya yapacağı temlikin mevzuu menkul bir mal veya para ise ölünceye kadar bakma mukavelesinin noter veya sulh yargıcı veyahut bu vazife ile görevlendirilmiş bir memur varsa bunun tarafından yapılması kâfi olduğunu ve alacaklının ivaz olarak borçluya yapacağı temlikin mevzuu gayrimenkul ise ölünceye kadar bakma mukvelesinin tapu memuru huzurunda icrası icabedeceğini biraz evvel söylemiştik.

Tapu memurunun mukaveleyi tanzim ederken miras mukavelesinin

tanzimi hakkında Medenî Kanunda mevcut hükümlere riayet etmesi lâzımdır.

Bu görüşümüzü teyit eder mahiyette Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü tarafından 18/10/1926 tarih ve 132 sayılı genelgesinde; "ölünceye kadar bakmak ve görüp gözetmek şartiyle bilcümle emvali gayrimenkulenin temliki muamelâtı Borçlar Kanununun 511-514 ve 518 inci maddeleri mucibince kemafissabık tapu dairelerince icra olunacaktır" denilmektedir.

Buna göre tapu memurları, resmî vasiyet senedinin tanzimi sırasında noterler, sulh yargıçları we bu vazife ile görevlendiren memurun riayet ettiği şartlara riayetle mükelleftirler.

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin gayri resmî bir senetle yapılabileceği haller:

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin miras mukavelesi şeklinde yapılacağına dair kaidenin istisnası Borçlar Kanununun 512 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer almış bulunmaktadır. Gerçekten bu fıkrada; "şu kadar ki bu mukavele salâhiyettar makam canibinden tâyin olunmuş şartlara tevfikan Delvetçe tanınmış bir müessese ile akdedilmiş ise gayri resmî bir senet kifayet eder" denilmektedir.

Alacaklı daima hakikî bir şahıs olduğu halde borçlu hakikî bir şahıs olabileceği gibi umumî veya hususî bir mahal, kabul ettiği kimselere bakmak maksadiyle tesis ediilmiş bir müessesede olabilir. Resmî yetkili makam tarafından bu kabil müesseseler için şartlar tâyin olunur. Yani bir müessesenin ölünceye kadar bakma mukavelesi yapabilmesi için Devlet uzuvlarından bir makam tarafından gerekli şartlar tesbit olunur. Aynı zamanda bu makam bakımı, iskân ve iaşe şartlarını da tesbit eder. Meselâ Kızılaya, Çocuk Esirgeme Kurumuna yahut Darülacezeye bu şekilde ve tâyin ettiği şartlar dahilinde mukavele yapmak salâhiyetini tanıyabilir. İşte borçlu Devletçe tanınmış böyle bir müessese ise, ölünceye kadar bakma mukavelesi gayri resmî bir senetle de yapılabilir. Esasen bu müesseseler mukavele şarttlarını ihtiva eden matbu mukaveleler kâğıtları bulunduracaklarından alacaklı ile borçlu müessesenin yetkili mümessili tarafından notere, sullh yargıcına veya yetkili memura gitmeğe hacet kalmaksızın imza olunması kâfidir. Taraflar arzu ederlerse imzalarını notere tasdik ettirebilirler. Borçlunun ivaz olarak temlik ettiği mamelek gayrimenkûl olsa dahi mukavele Devletçe tanınmış bir müessese ile yapılıyorsa tapu memurunaa gitmeye lüzum yoktur. Tapu memuru müessesenin iş'arı üzerine ivaz olarak verilmiş olan gayrimenkûlü alacaklı üzerinden terkin ederek borçlu müessese namına tescil eder.

Kabul edecekleri kimselere ölünceye kadar bakmak maksadiyle tesis edilmiş ve fakat Devlet tarafından tanınmamış olan müesseselerle yapılacak ölünceye kadar bakma mukavelesinin miras mukavelesi şeklinde tanzimi icabeder. Bu kabil hükmü şahıslara gayrimenkûl iktisabı için Devletçe müsaade edilmemiş ise bunlar gayrimenkûl temellükü suretiyle ölünceye kadar bakma mukavelesi tanzim edemezler. Devlet bunlara gayrimenkûl iktisabı hakkını tanımış ise ölünceye kadar bakma mukavelesini tapu memuru huzurunda yapabilirler.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi gereğince alacaklı tarafından temlik olunan gayri menkul onun mülkünden çıkarak bilcümle hukuku tasarrufiyesiyle borçluya devir ve nakil olunacağından bu suretle hissei şayiası ferağ olunan gayrimenkûlün diğer hissesi şayiası ahara satılırsa alan üçüncü şahsa karşı borçlu şüfa hakkını haizdir. Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin bu mealde 30/3/1931 tarihinde verdiği bir kararı mevcuttur.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi borçlunun infakiyle mükellef bulunduğu kimseler arasında yapılabilir mi?

Ölünceye kadar bakma mukavelesi karşılıklı taahhüdü mütezammın bir sözleşmedir. Bu mukavele ile alacaklı borçluya bir mamelek temlik eder. Buna mukabil borçlu da onu ölünceye kadar görüp gözetmeği ve beslemeği taahhüt eder. Borçlunun ivaz olarak verdiği şey, esasen kanunun kendisine tahmil ettiği bir vecibenin ifasından ibaret olursa mukavele ölünceye kadar bakma mukavelesi vasfını gaip ve bir hibe akdi mahiyetini iktisap eder. Mesele koca, Medenî Kanunun 152 inci maddesi gereğince karı ve çocuklarını münasip bir şekilde beslemek mecburiyetindedir. Koca bu kanunî mükellefiyetini ivaz göstermek suretiyle karısından ölünceye kadar bakma mukavelesi gereğince bir gayrimenkûl temellük etmiş olursa bu akit ancak bir hibe akdi olup ölünceye kadar bakma mukavelesi olamaz. Bu sebepledir ki borçlunun kanunen beslemeğe mecbur olduğu kimselerle yaptığı bu şekildeki bir mukavele ölünceye kadar bakma mukavelesi olamıyacağından ihtilâf ve dâva halinde mahkeme mukaveleyi Borçlar Kanununun 516 ve mütaakip maddeleri şümulü dahilinde mütalâa edemez. Bu görüşümüzü teyit maksadiyle Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 944 senesinde ittihaz olunmuş 517 numaralı kararını aşağıya derç ediyoruz.

"Kendisini görüp gözetmek ve bakmak şartiyle kocasına gayrimenkûl temlik eden karı, kocasının bir yıldan beri kendisine bakmamasına ve evine metres almasına göre hibeden rücu ile tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini isteyebilir.

Koca, karısını beslemekle mükellef olduğuna göre bağıtın feshi ha-

linde Borçlar Kanununun 517 inci maddesi gereğince tazminat talep edemez. Koca gayrimenkûlün ihyasından dolayı dâva açabilir."

3 — Teminat:

Ölünceye kadar bakma mukavelesi âkidlerinden alacaklının ivaz olarak borçluya verdiği gayrrimenkûl ise bunun o gayrimenkûl üzerinde kanunî ipotek hakkı vardır.. Borçlunun sonu tahmin edilemeyen bir zaman süresince alacaklıyı görüpp gözeteceğine ve besleyeceğine dair yaptığı bir vaade karşı kendisini maallarından mahrum eden alacaklı için bir teminat gösterilmemesi ihtiyaatsızlık olurdu. Bu sebeple kanun vazıı, bizzat alacaklı için böyle bir terminat hakkını tanımıştır.

Alacaklının ivaz olarrak verdiği gayrimenkul üzerinde ipotek hakkının teessüs edebilmesi içiin o gayrimenkulün borçlunun mülkiyetine nakil ve namına tescil edilmiş olması lâzımdır. Ölünceye kadar bakma mukavelesinde borçlunun alaacaklıya temlik ettiği gayrimenkul üzerinde kanunî ipotek hakkı tanıyam hükümler, Borçlar Kanununun 513 üncü maddesinde yer almıştır. Maddeye göre; diğer tarafa bir gayrimenkûl temlik eden alacaklı, kendi hakllarını temin için o gayrimenkûl üzerinde tıpkı bir satıcı gibi kanunî ipottek hakkını haizdir.

Bir gayrimenkûl üzerrinde kanunî ipotek hakkını kimlerin haiz bulundukları Medenî Kanumun 807 inci maddesinde gösterilmiştir. Bunlar; sattığı gayrimenkûl üzerinde semeni temin için satıcı, taksimden münbais matlubatı için, evvelce beyinlerinde müşterek olan gayrimenkûl üzerinde mirasçılar ve hissedarlar, bir gayrimenkûl üzerinde inşaat yahut meliyatta malzeme vererrek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya mütaahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkûl üzerinde kanunî ipotek hakkı olan mütaahhit ve işçilerden ibarettir. İşte ölünceye kadar bakma mukavelesi gereğince alacaklının temlik ettiği gayrimenkûll üzerinde tıpkı bunlar gibi kanunî ipotek hakkı mevcuttur.

Kanun vazıı, her ne kadar alacaklıya temlik ettiği gayrimenkûl üzerinde kanunî ipotek hakkı tanımış ise de bu hakkın tapu kaydına alacaklı tarafından tescil ettirilmesi lâzımdır. Tescilin yapılabilmesi için borçlunun yazılı veya sözlü muvafakatına hacet yoksa da alacaklının tapu dairesine müracaatla ipotteğin tescili talebinde bulunması lâzımdır.

Alacaklının, kanunî ipotek hakkının tescili için ne kadar bir zaman zarfında tapu dairesine müracaat edip tescil talebinde bulunmak mecburiyetinde olduğuna ve müddetin hangi tarihten itibaren işlemeğe başlayacağına dair hükmü, Medenî Kanunun 808 inci maddesinde görebilirsiniz. İşbu madde gereğincee alacaklının mülkiyetin nakli tarihinden itiba-

ren üç ay zarfında tapu dairesine müracaatla ipoteği tescil ettirmesi lâzımdır. Medenî Kanunun 808 inci maddesindeki sürenin iskati zamanaşımı olması hasebiyle bu müddetin inkızasından sonra vukubulacak tescil talepleri tapu sicil ve muhafızlarınca resen nazara alınarak alacaklının tescil talebi reddolunur. Ancak alacaklının mukavele ile bu müddeti temdit eylemesi mümkündür.

Alacaklı kanunî ipotek hakkını tescil ettirmemiş ise borçlu kendisine temlik edilmiş bulunan gayrimenkûlde tam bir malik sıfatiyle hareket etmek serbestiğline malik bulunduğundan bunu elinden çıkarabilir ve bu suretle alacaklı için hiç bir teminat kalmamış olur. Ancak alacaklının, borçlunun akde muhalefeti veya kanunda yazılı diğer sebeplerden dolayı akdi fesih ve mahkemeye müracaat ederek borçlunun diğer mallarına müracaat imkânı mevcuttur.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi gereğince alacaklının ivaz olarak verdiği gayrimenkûl ise bunun tapuya tescili lâzım geldiğine ve mülkiyetin nakli tarihinden itibaren üç ay zarfında kanunî ipotek hakkının tescili gerektiğine dair Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinin 3/3/1944 tarih ve 2532 sayılı kararı aşağıya derçolunmuştur.

"Öülnceye kadar bakma akdi alacaklısı temlik tarihinden itibaren gayrimenkûl üzerinde mülkiyet hakkını kaybeder. Borçlar Kanununun 513 üncü maddesi sarahatine göre bakmak şartiyle gayrimenkûlünü temlik eden kimse temlik tarihinden itibaren bu gayrimenkûlü mülkiyetinden çıkarmış ve bakacak olanların mülkiyetine intikal ettirmiş olur, bu hakkı da ancak Medenî Kanunun 808 inci maddesi veçhile mülkiyetin nakli tarihinden itibaren üç ay içinde tescil ettirmek şartiyle muhafaza edebilir, böyle bir ipotek yapılmamış ise borçlu yani bakacak olanlar kendilerine temlik edilmiş bulunan gayrimenkûlde tam bir malik sıfatiyle hareket etmek salâhiyetini haizdirler."

Ölünceye kadar bakma mukavelesi ile alacaklı tarafından temlik olunan gayrimenkûl üzerinde alacaklının haiz bulunduğu kanunî ipotek hakkı ne miktar alacağa mukabil tesis edilmiş olacaktır. Evvelce de söylediğimiz gibi ölünceye kadar bakma mukavelesi borçlusunun tahammül eylediği borç miktarı muayyen değildir. Alacağın miktarı zaman itibariyle değişebilen müstakbel br alacaktır. Alacaklı için tesis olunacak kanunî ipoteğin ne miktar bir alacak karşılığı tesis olunabileceğini Medenî Kanunun 766 ıncı maddesinden istiane etmek suretiyle hal edebiliriz. Mezkûr maddede; "alacağın miktarı muayyen değilse gayrimenkûlün âzamî ne miktar için teminat teşkil edeceği her iki tarafça tesbit olunur" denilmesine göre bu miktarın taraflarca ve ihtilâf halinde mahkemece tesbiti gerekmektedir. Borçlu ölünceye kadar bakma mukavelesiyle te-

mellük keylediği gayrimenkûlü ahara ipotek edebileceği gibi alacaklı da ipotekli olan bir gayrimenkûlünü böyle bir mukavele ile başkasına temlik edebilir.

Buna binaen böyle bir tesbit ipoteğin derecesi noktkai nazarından zaruridir. «Çünkü her derecedeki ipotek sahibi kendinden evvelki derecelerin âzamî baliğinin ne olduğunu bilmek ister.

Alacaklı gayrimenkûl mal ile birlikte menkûl malda temlik etmiş ise menkûl mallar için o gayri menkûl üzerinde kanunî ipotek tesis olunamaz. Fakat akdi ipotek yapabilir.

Alacaklının gayrimenkûl üzerinde akdi ipotek tesis etmiş olması Ordinaryüs Profesör Ebulula Mardini hocamızın beyan buyurdukları gibi "kanunî ipotek hakkından feragati tazammun edip etmiyeceği ancak bir tefsir meselesi olarak mütalâa olunabilir. Temlik olunan gayrimenkulde bakılan lehine sükna hakkı tesisi fiili bir teminat teşkil eder. Aynı zamanda ölünceye kadar bakma mukavelesinin nevamma ifası hükmünde telâkki olunur."

Borçlu ölünceye kadar bakma mukavelesi ile temellük ettiği gayrimekûlü satabilir mi?

Yargıtayın bu hususta vermiş olduğu tarihi oldukça eski bazı kararlarında; "ölünceye kadar bakma şartiyle vukubulan temlik alacaklının yani şartı mezkûr ile malını başka bir kimseye temlik eden şahsın vefatı anında kat'îleşerek hükmün ifade edeceği, çünkü borçlu şarta riayet etmezse alacaklının akdi fesih salâhiyeti olduğu cihetle alacaklı sağ iken o malı borçlunun üçüncü bir şahsa temliki kanunen caiz ve muteber olmadığı" esbabı mucibesiyle borçlunun temlik salâhiyetini tanımamakta ise de biz aksi mütalâadayız. Çünkü Borçlar Kanununda borçlunun bu salâhiyetini takyit eden bir hüküm mevcut değildir. Borçluya böyle bir hakkı tanımamak uhtei temellüküne geçmiş olan bir mal üzerinde tasarruf haklarını takyit demek olur. Esasen kanun vazıının alacaklı için mezkûr gayrimenkul üzerinde kanunî ipotek hakkını tanıması borçlunun bunu ahara satabilmesi halini derpiş etmiş olmasından ileri gelmektedir. Bu itibarla borçlu ölünceye kadar bakma mukavelesi ile temellük ettiği gayrimenkûlü ahara satabilir. Fakat bu satış alacaklının haklarına halel getirmez. O gayrimenkûl üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis edilmiş bulunuyorsa gayrimenkûl bu takyit ile birlikte başkasına intikal eder. Alacaklının ipotek hakkı henüz tesis edilmemiş ise alacaklı bu hakkı gayrimenkûlü borçludan teferru eden üçüncü şahsa karşı dermeyan edebilir.

Şurasını işaret edelim ki ölünceye kadar bakma akdinde borçlu bir veya mütaaddit olabilir. Bir kimse görüp gözetmek ve ölünceye kadar

bakmak akdiyle mamelekinden birini veya bir kısmını bir veya mütaaddit kimselere temlik edebilirler, ve bu kimselerde alacaklıyı müştereken beslemek ve görüp gözetmek mükellefiyetini üzerlerine almış bulunurlar. Fakat birden ziyade borçlu vaziyeti ancak birlikte sakin akrabalar olabilirler. Ayrı ayrı yerlerde oturan mütaaddit kimselerin borçlu olmaları tatbikatta büyük müşküât arzeder ve mukavele hükmünün icrasını hemen hemen imkânsız kılar. Bu sebeple mütaaddit borçlusu olan ölünceye kadar bakma mukavelelerine tatbikatta ender tesadüf olunur. Borçlunun mütaaddit olması mukaveleyi bâtıl kılan sebeplerden değildir. Borçlu mütaaddit olursa ölünceye kadar bakma mukavelesinde her borçlunun yardıma ve beslemeye hangi şartlar dahilinde ve ne miktarda iştirak edeceği ve alacaklının hangi borçlunun ailesi içinde yaşayacağı tasrih edilerek müşkülât bertaraf edilmiş olur. Mukavelede borçlulardan her birine temlik olunan gayrimenkulün miktarı gösterilmemiş ise borçluların bu gayrimenkûldeki hisseleri miktarı eşit addolunur.

Bakmak ve beslemek, daimî bir takayyüt ve fedakârlığı istilzam eder. Binaenaleyh borçlu alacaklının hayatı müddetince inkıta yapmaksızın bu takayyüt, ihtimam ve fedakârlığı göstermek mecburiyetindedir. Bunu ârızaya uğratmak mukakveleye muhalefet teşkil eder, bu da akdin feshini mucip sebeplerdendir. Fakat biraz evvel de işaret eylediğimiz gibi ölünceye kadar bakma mukavelesi borçlusu mütaaddit olursa ve mukavelede borçlular münavebe ile bu külfeti yerine getirmeği taahhüt etmişlerse mukavele muteber ve her borçlunun mukavele gereğince beslemesinde hasıl olan inkıta akde muhalefet teşkil etmemiş olur.

Alacaklılar mukavele ile temlik ettikleri gayrimenkûl üzerinde haiz oldukları kanunî ipotek hakkını iskat edemezler. Çünkü Medenî Kanunun 808 inci maddesinin son fıkrasında; "kanunun bu suretle kedilerine ipotek hakkı tanıdığı kimselerin evvelce yapılmış bir mukavele işbu haklarından feragati caiz değildir" denilmesine ve alacaklı kendisine ivaz olarak verilecek şeyin gayri muayyen bir zamanla mukayyet olmasına ve borclunun beslemek ve görüp gözetmek taahhüdü karşılığı aldığı gayrimenkûlü her zaman elden çıkarması mümkün bulunmasına binaen borçluya mukavele icabı temlik ettiği gayrimenkûl üzerinde borçlu için bir hak tanımamak haksızlık olurdu. Borçlar Kanununun 20 inci maddesi, mevzuu gayri muhik olan akidleri bâtıl addetmiştir. Bu sebeple alacaklının kanunî ipotek hakkının iskatını evvelden derpiş eden bir hükmü havi mukavelede bâtıldır.

Ancak borçlunun kanunî ipotek hakkını tescil ettirmek salâhiyeti geldikten sonra borçlu ile yapacağı bir mukavele ile bu hakkından alacaklı vazgeçemez mi?

Ölünceye kadar bakma akdiyle alacaklının temlik ettiği gayrimenkûl üzerinde kanunun alacaklı lehinde tanıdığı teminat hakkı, onun haklarının himayesine matuf bir tedbirdir. Sırf alacaklının haklarını himaye maksadına matuf olup kamu menfaatlariyle bir ilgisi yoktur. Kanun vazıı, iptidaen feragata müsaade etmemiş olup alacaklının bu hakkı tehakkuk ettikten ve onu istimal edebilecek bir duruma geldikten sonra bu hakkından feragat etmesine kanunî bir mâni yoktur.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi ne zaman yürürlüğe girer?

Ölünceye kadar bakma mukavelsei hilâfına bir şart mevcut değilse akdedildiği tarihten itibaren yürürlüğe girer. Alacaklı borçluya gayrimenkûl temilk etmiş ise akdin tapu memuru huzurunda ifasını ve gayrimenkûlün mülkiyetinin borçluya intikalini mütaakip borçlu mukavelenin ve kanunun kendisine tahmil etmiş olduğu mükellefiyetleri ifaya başlar. Alacaklı ivaz olarak gayrimenkûl temlik etmeyip te menkul bir mal veya para temlikini taahhüt etmiş ve bunları henüz borçluya teslim etmemiş ise borçlu buna rağmen mukavele ile yüklendiği mükellefiyetleri ifaya mecburdur. Ancak borçlu, mukavele mevzuu mal veya nakit kendisine teslim edilmediği takdirde alacaklı kendisine hiç bir kusurun isnat edilemiyeceğini ispat etmedikçe borçlunun bundan mütevellit zararını tazmin ile mükellef bulunduğu gibi borçlunun mukaveleyi fesih salâhiyeti de vardır.

Kanun alacaklıya temlik ettiği gayrimenkûl üzerinde ipotek hakkı tanıdığı halde borçluya temlik ettiği gayrimenkul üzerinde ipotek hakkı tanımamıştır. Menkul mal ve paranın elden ele geçmesini kayıt altına almak mümkün olmadığından kanun ancak alacaklı için bunlar üzerinde bir rehin hakkı tanıyabilirdi. Kanuna göre menkûl rehninde; merhun malın mürtehine teslimi icabeder. Alacaklının borçluya mukavele icabı temlik edeceği mal üzerinde rehin hakkı dolayisiyle tekrar ihdasiyet etmiş olması borçlu için o maldan, taahhüdünü ifa ettiği müddetçe faydalanmak imkânı hasıl olmayacaktır. Bilâkis bir müddet sonra alacaklının bunu elden çıkarması halinde borçlu için büyük zarar melhuzdur. Temlik ve teslim ettiği menkûl mal üzerinde alacaklı için rehin hakkı tanınması rehin akdi hakkında Medenî Kanunun kabul ettiği prensiplere muhalif bir prensip meydana gelmiş olurdu. Tarım kredi kooperatiflerinin ortaklarının malları üzerinde haiz bulunduğu rehin hakkı gibi alacaklının, borçlunun malları üzerinde temlik ettiği menkûl malların kıymeti nispetinde bir rehin hakkı olamaz mı idi? Bu belki mümkündür ve alacaklı için isabetli bir teminattır. Fakat kanunumuz alacaklı için aşağıda göreceğimiz bazı teminat dışında hiç bir teminat tanımış değildir. Bununla

beraber ölünceye kadar bakma mukavelesi icabı menkûl bir mal ve para temlik etmiş olan alacaklının hakkını teminat altına alabilmek için borçludan kanunun tecviz ettiği bir teminat alabilir. Meselâ borçlunun bir gayrimenkûlünü veya mücevheratını rehin alabilir.

4 — Ölünceye kadar bakma akdinin mevzuu:

a — Alacaklının mükellefiyeti; ölünceye kadar bakma mukavelesi gereğince borçluya temlik etmeği taahhüt eylediği mameleki temlik ve teslim etmekten ve mukavelede hilâfına bir hüküm yoksa borçlunun ailesi içinde yaşarken evin idare kaidelerine ve geleneklerine riayet eylemekten ibarettir.

Borçlar Kanununun 514 üncü maddesinde; «alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşar denilmektedir.

Kanunun bu hükmüne göre alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşamak mecburiyetindedir. Borçlu ölünceye kadar bakma mukavelesile yüklendiği vecibeleri ancak alacaklının, ailesi içinde yaşamağa başladığı tarihten itibaren yerine getirmeğe mecburdur. Ancak âkidler, kanunun alacaklıya tahmil ettiği bu mükellefiyeti bertaraf edici bir hükmü mukavele ile kararlaştırılabilir. Mukaveleye böyle bir hüküm konmuş ise alacaklı ayrı bir yerde oturabilir ve borçlu beslemek mükellefiyetini bu suretle ifa eder.Fakat mukaveleye alacaklının ayrı bir yerde oturacağına dair hükmü konmamış ise alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşamak mecburiyetindedir. Hattâ borçlu mukavelenin akdi sırasındaki ikamet ettiği semti, şehri değiştirirse alacaklı onu takip etmek mecburiyetindedir. Mamafih bu görüşümüze muhalif reyde bulunan hukukçularda mevcut olduğu gibi kanunun yeni tedvin edildiği sıralarda bu şekilde kazaî kararlarda çıkmıştır. Hattâ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi tarafından 5 Ocak 1928 tarihinde çoğunlukla verilen kararda bu muhalif düşünce bâriz bir şekilde göze çarpmaktadır. Bir fikir edinmek için kararların, mucip sebeplerini aynen yazımıza almış bulunuyoruz. «mefruğunlehin beslemek taahhüdü fariğin mefruğunleh nereye giderse ona iltihak etmesi gibi bir kayıt ve şartla meşrut ve mukayyet olmayıp mutlak bulunduğu fıkraî hükmiye medlûlünden anlaşılmakta olması ve Borçlar Kanununun 514 üncü maddesi mucibince fariğin, mefruğunlehin ailesi içinde yaşayacağı beyan edilmişsede bu husus fariğin hakkı olup fâriğ bu hakkın istimalini istemez yani mefruğunlehin ailesi içine girmezse mefruğunleh fariği kendi ailesi haricinde dahi beslemeğe mecbur olduğu madde-i mezkûrenin ikinci ve üçüncü fıkraları delâletile anlaşılmasına ve mefruğunleh, fariganın kendi yanına gelmediğinden dolayı bakmadığını ikrar

79

ettiğine nazaran mahkemece bu cihetler nazara alınarak ona göre mahkeme ve tetkikat icrası lâzım gelirken.....»

Kanaatimizce Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin bu kararı hatalıdır. Çünkü Borçlar Kanununun 514 üncü maddesinde; «alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşar» ibaresi alacaklıya bir hak değil bir mecburiyet tahmil etmektedir. Aksini mülâhaza etmek mukavele dışında borçluya bir külfet tahmil eylemek demek olur. Ölünceye kadar bakma mukavelesinde alacaklının ayrı bir yerde yaşayabileceğine ve borçluyu takip mecburiyetinde olmıyacağına dair bir hüküm mevcut ise alacaklı borçlunun ailesi dışında ayrı bir yerde oturabileceği gibi borçlunun gittiği yere gitmek mecburiyetinde değildir. Fakat mukavelede bu hususta bir kayıt bulunmuyorsa alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşamak ve gittiği yere gitmek mecburiyetindedir. Borçluyu, ailesi dışında yaşamak isteyen alacaklıyı görüp gözetmeğe ve beslemeğe mecbur tutmak tarafların hususî mukaveleleri icabı değise kendisine kanun hükmü haricinde bir külfet tahmil etmek demek olur. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 11/5/940 tarih ve 59 numaralı kararı da aynı görüşü teyit etmektedir. Faidesine binaen kararı ihtisar ederek yazımıza alıyoruz.

«Ölünceye kadar bakma akdinin mevzuu Borçlar Kanununun 514 üncü maddesine göre alacaklıya borçlunun ailesi uzuvlarından biri gibi bu aile içinde ve Kanunu Medeninin aile reisliği hakkındaki hükümleri dairesinde yaşatıp gözetmekten ve ancak alacaklının sıhhî bir müessesede tedavisine ihtiyaç halinde müessesenin masraflarını ödemekten ibarettir.

İki taraf hilâfını mukavele etmiş olmadıkça kanunun bu hükmü cereyan eder. Yoksa alacaklı ayrı bir evde yaşayıp borçluyu o evde kendisini beslemeğe mecbur edemez. Borçluyu böyle bir mecburiyete tâbi tutmak tarafların hususî mukaveleleri icabı değilse kendisine kanun hükmü haricinde fazla bir külfet tahmil demek olur. Binaenaleyh borçlu alacaklıyı aile içine davet ettiği halde alacaklı borçlunun kendisine ihtiyarile oturduğu ayrı bir evde yiyecek ve saire göndermek suretile bakmakta kusur ettiğini ileri sürerek akdi fesih edemez. Şayet borçlu ile bir arada yaşamakta devamın borçlunun kusurile kendisi için çekilmez bir hale geldiği iddiasında ise yapacağı şey, Kanunun 517 nci maddesine istinaden akdin feshini yahut hayat kaydile irada tahvilini talep ve dâva etmekten ibarettir. Fesih dâva edilmiş olur ve yargıç tahmil olunan mükellefiyete muhalif hareket olmasından naşi mukavelenin icrasına devam etmek çekilmez bir hale geldiğine kanaat

hasıl ederse mukaveleyi dâva veçhile fesih veya alacaklıya hayat kaydı ile bir irat tahsis eder.»

Yukarıdaki karar münderecatından, biraz evvel söylediğimiz gibi alacaklının, borçlunun ailesi içinde yaşaması keyfiyeti ihtiyarına kalmış bir hak değil kanunun tahmil ettiği bir mecburiyet olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple alacaklı borçluyu takip etmek mecburiyetindedir. Bu her zaman böylemidir? Yani alacaklı için borçluyu takip etmemek için haklı sebeplerin mevcudiyetinde alacaklı için çıkar yol yokmudur? Bilfarz alacaklı sıhhhî sebepler dolayisile münhat bir yerde oturmağa mecbur ise râkımı yükse bir yerde oturmağa mecbur kalmış olan borçlu ile bu yerde oturmağa mecbur olacakmıdır? Şüphesiz böyle bir vaziyetin tahaddüsünde ölünceye kadar bakma mukavelesinin icrasının devam etmemesi için haklı sebepler vardır demek oluyor.

Bu sebebe istinaden alacaklı mukavelenin feshini dâva ve talep edebilir.

Bundan başka İçtihadı Birleştirme Kurulunun yukardaki kararında işaret olunduğu veçhile yaşayacağı evin kaide ve âdetlerine uymak durumundadır.

B — Borçlunun mükellefiyeti

Borçlu alacaklıyı kendi ailesi arasında oturmağa davet etmek ve geldiği takdirde onu evine, ailenin uzvu gibi kabul etmek mecburiyetindedir. Borçlu ev reisi ise Medenî Kanunun 318 ve mütaakip maddeleri ile ev reisine tanınan hak ve vazifeleri alacaklıya karşı da haiz olur.

Borçlu, alacaklıya aldığı malların kıymetine ve alacaklının evvelce haiz olduğu içtimaî mevkie göre hakkaniyetin iktiza ettiği şeyeri vermeğe mecburdur. Bu şeyler ne olabilir? Kanun bunu tâyin etmemiş yalnız tâyin hususunda bir kıstas vermiştir. İhtilâf vukuunda yargıç bunları mezkûr kıstası gözönüne alarak Medenî kanunun 4 üncü maddesinde yazılı hak ve nasafet kaidelerine göre tâyin eder. Bu şeyler; elbise, pardesü, palto, şapka, bisiklet hattâ otomobil olabileceği gibi alacaklı kadın ise manto, çanta, ruj ve mücevherat gibi şeylerde olabilir.

Alacaklının temlik ettiği mamelekin kıymeti ne olursa olsun borçlu alacaklıya münasip gıda ve mesken vermeğe ve hastalığında muktezi ihtimam ile bakmağa ve hekim getirmeğe mecburdur. Kanun burada bililtizam «münasip bir gıda ve mesken» tâbirini kullanmıştır. Buna da sebep bazı şahısların yediklerinin ve sakin bulundukları meskenin servetleriyle kabili kıyas olmayacak derecede aşağı seviyede olması mümkün bulun

77

duğundan alacaklıya da aynı iaşe ve iskânın tatbik edilmesinin önüne geçilmek istenmiş olmasıdır. Yahut alacaklı verdiği şeyin kıymetiyle mütenasip olmayacak bir gıda almak yahut bir meskende oturmak isteyebilir. Aynı ibare bu kabil taleplepleri de önleyici mahiyettedir. Bununla beraber biraz evvel işaret ettiğimiz gibi borcu, aldığı ivaz ne olursa olsun alacaklıyı münasip bir şekilde iaşe ve iskâna mecburdur.

Alacaklı hastalandığı takdirde borçlu ona kendi aile efradına hastalığında gösterdiği ihtimamı göstermek ve icabı halinde hekim celp etmek mecburiyetindedir. Hekim celbi için hastalığın bunu icabettirecek derecede vahim olması lâzımdır. Bir aspirin ile bertaraf edilebilecek alelâde başarıları yahut ayakta savulabilecek yahut reçetesiz alınabilecek ilâçlarla savulacak hastalıklar için borçlunun hekim celp etmek mecburiyeti yoktur. Hastalığın vahameti alacaklının bir sıhhat yurduna yatırılmasını gerektirdiği takdirde bunun için lüzumlu masrafları borçlunun ödemesi lâzmdır. Ancak kanun borçluya hekim getirmek külfetini tahmil etmiş ve borçlunun hastane ücret ve masraflarını da ödemek mecburiyetinde oldu ğuna dair bir hüküm vazetmemiştir. Alacaklının verdiği mamelekin kıymeti ve hastalığın mahiyeti, bir hastaneye yatırılmsını ve borçlunun hastane ücret ve masraflarını ödemesini haklı kılıyorsa borçlunun bu külfeti de ihtiyar eylemesi gerekir. Ancak bu masrafları ödemek borçlu için ağır bir külfet teşkil edecekse mukaveleyi fesih edebilir.

Borçlar Kanununun 514 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yazılı ve cibelerin refi veya tadilini istihdaf eden hükümleri havi mukavele, batıl değilsede ölünceye kadar bakma akdi olmak vasfını kaybeder. Meselâ, mukaveleye alacaklının temlik ettiği mamelek mukabilinde borçlu ona yalnız mesken tedariki taahhüdünde bulunmuş ise buna ölünceye kadar bakma mukavelesi nazariyle bakılamaz. Çünkü ölünceye kadar bakmamukavelesinin kanunla istihdaf olunan gayeyi tahakkuk ettirecek mahiyette olması iktiza eder. Bu gayenin ihlâlini tazammun eden şartları havi bir sözleşme ölünceye kadar bakma akdi olamaz.

Yazımızın başlarında ölünceye kadar bakma mukavelesinin bu maksatla teessüs etmiş müesseselerle de yapılabileceğini ifade etmiştik. Bu müesseselerin mahiyetleri icabı her taliple ayrı ayrı mukavele yaparak başka başka besleme şartları kabul etmelerine maddeten imkân yoktur. Bu sebeple bu müesseseler, buraya kabul olunacaklarla bunların iaşe ve iskân şartlarına ait umumî mahiyette tüzükler yaparlar. Ancak bu müesseseler kendilerine temlik edilecek malları değerlerine göre sınıflara tefrik ederek her sınıfa kabul dilecekler için ayrı bir besleme ve ibata standardı kabul edebilirler. Fakat ne olursa olsun müesseseye kabul edilenler tüzükte yazılı iaşe ve ibata standardı dışında bir şey talep edemezler.

Müesseselerin yapacakları bu nevi tüzüklerin tatbikinden evvel yetkili makamlarca onanması lâzımdır.

Bu müesseselerin Garp'ta doğuşu şöyle olmuştur. Malûmdur ki Hıristiyanlıkta Manastır,a kapanma diye bir nevi dinî âdet vardır. Bu bir nevi inzivadır. Şark mutasavvıflarının hücreleri kapanarak ibadet etmeleri gibi bir şeydir. Manastırlara kapanacak Hıristiyanları beslemek için Manastır bir kapitale muhtaçtır. Bizde de tekkelerin ve zaviyelerin böyle bir kapitali mevcuttur. Bizde bu kapital tekke namına tesis olunan vakıf larla meydana gelmiştir. Manastırda inzivaya çekilecek daha doğrusu kendisini Allaha nezredecek Hıristiyan'lar bu manastırlara mallarını bağışlalar ve manastır da kendilerine ölünceye kadar bakardı. Bu şekil anlaşmalar tarihi seyrini katederek bu hususta gayridinî müesseseler meydana geldi. Hususî hukuk sahasında neşvünema bulan bu müesseseler için Hükümet bir takım hükümler tetvin eyledi. Tabiî bu hükümlerden bir çoğu da alacaklının haklarını himayeye matuf tedbirleri ihtiva etmektedir.

5 — İtiraz ve tenkis;

Bir mukavelenin hukukî neticeleri umumiyetle âkidlerini ilgilendirdiğinden böyle bir mukavelenin fesih ve iptali cihetine gitmek hakkında âkidlere ait olması tabiî bir hukuk kaidesidir. Bu kaide gereğince ölün ceye kadar bakma mukavelesinin de fesih ve iptalini istemek hakkını yal nız alacaklı ve borçluya tanımak icabeder. Fakat üçüncü şahısların haklarına doğrudan doğruya veya dolayisiyle müessir bazı hukukî tasarruflara olduğu gibi ölünceye kadar bakma akdine de üçüncü şahısların itiraz hak ları tanımıştır. Bu şahıslar; alacaklının kanunen infaka mecbur bulunduğu kimselerle mirasçıları ve alacaklarıdr.

Alacaklının kanunen infakına mecbur olduğu kimselerde açacakları dâvanın mahiyeti mukaveleye itirazla fesih dâvasıdır. Bunlar alacaklının kendilerini kanunen infaka mecbur olduğunu ve borçluyu temlik eylediği mamelekin bu mükellefiyetin ifasını temin eden yegâne vasıta olduğunu ispat etmekle mükelleftirler. Alacaklının, dâvacıların nafakalarını sağlayabilecek başkkaca mameleki buluduğu sabit olursa dâvanın reddi lâzımdır. Çünkü Borçlar Kanununun 515 inci maddesinin birinci fıkrasına göre; «kaydıhayat ile bakma mukavelesi alacaklının kanunen infaka mecbur olduğu kimselere karşı bu mükellefiyetin ifasını temin eden vasıtaların elden çıkmasını mucip olursa bu kimseler tarafından mezkûr mukave leye itiraz hakkı tanınmıştır.

İtiraz dâvası açabilecek kimseleri alacaklının infaka kanunen mecbur olması iktiza eder. Alacaklının bir emri hayır olmak üzere yardım-

79

da bulunduğu kimselerin ve nafaka mükellefiyetine dahil olmayan akrabanın itiraz hakları yoktur. Alacaklının kanunen infaka mecbur bulunduğu kimseler Medenî Kanunun 152, 257, 311 ve315 inci maddelerinde gösterilmiştir.

İtiraz dâvasını alacaklının kanunen infaka mecbur olduğu kimseler müştereken açabilecekleri gibi ferden dahi açabilirler. Dâvada hasım borçlu ve alacaklıdır.

İtiraz dâvası neticesinde yargıç dâvacıyı, alacaklının kanunen infaka mecbur bulunduğunu görmez yahut alacaklının mamelekinin elden çıkmış olmasının, alacaklıyı dâvacıya karşı infak mükellefiyetini ifa edemiyecek duruma düşürmediğimi anlarsa dâvayı reddeder. Dâvası sabit olursa kanun burada yargıca takdir hakkı tanımıştır. Yargıç ya mukaveleyi fesih eder, yahut borçluyu dâvacılara nafaka vermeğe mahkûm eder. Yargıç ikinci şıkkı ihtiyar eylediği takdirde borçlunun bunlara ödeyeceği nafakayı alacaklıya verilmesi lâzım gelen şeylerle mahsubunu emreder. Burada şu noktaya dikkat nazarınızı celp etmek isterim. Yargıç, borçlunun, alacaklının infakla mükellef bulunduğu kimselere vermeğe mahkûm olduğu nafakayı alacaklının normal gıdasına sarfolunan maddelere mahsubuna karar vermez. Hattâ alacaklının hastalığını tedavi için borçlunun hekime ödeyeceği para ile de mahsup ettiremez. Borçlu, alacaklının temlik ettiği malın değeri ne olursa olsun alacaklının normal şekilde iaşe ve iskânını temin ile mükelleftir. Meselâ alacaklının günlük normal iaşesi için sarfı iktiza eden 500 gram ekmeğin 250 gramı, infakiyle mükellef olduğu kimselere ödemesi gereken nafakaya mahsup edilemez. Ancak, borçlunun alacaklıya vereceği diğer şeylerle, «bunların ne olduğunu yukarıda izah etmiştik» üçüncü şahıslara ödeyeceği nafakayı mahsup edebilir.

Kanunun mirasçılara tanıdığı dâva hakkının mevzuu tenkis talebinden ibarettir. Alacaklının, mirasçılarının hangi hallerde tenkis dâvası açabilecekleri Medenî Kanunun 502 ve müteakip maddeleriyle 504, 515 ve 516 ıncı maddelerinde gösterilmiştir. Ancak şu cihet hatırdan çıkmamalıdırki mirasçıların tenkis dâvası açabilmeleri için ölünceye kadar bakma mukavelesiyle alacaklının temlik ettiği mamelek ile borçlunun yüklendiği mükellefiyet, birbiriyle mukayese edildiğinde yapılan temlikin teberru mahiyetini arzetmiş olması lâzımdır. Diğer bir deyimle alacaklının, borçluya yaptığı teberruu öllünceye kadar bakma mukavelesi perdesiyle örtmüş olduğunun sabit olması gerekir. yoksa ivazlar arasında eşitlik, hatta borçlu için fazla külfet mevcut bulunduğu yani mukavelede bir gûna kasdı teberru istişmam edilmediği takdirde alacaklının temlik ettiği mamelek tenkise tabi olamaz.

80

Tenkis dâvası ikamesine hakkı olan mirascının iflâsı halinde iflâs masası, borcumnu ödemekten aczi takdirinde miras açıldığı zaman acze dair icra vesikasını hâmil bulunan alacaklıları bu dâvayı açmak hakkını haizdirler. Bunlar tarafından tenkis dâvası açılabilmesi için evvelâ mirascıya ihtarda bulunmaları lâzımdır. İhtara rağmen mirasçı dâvayı açmazsa bunun hakkında mer'i olan müddet zarfında alacaklılar tenkis dâvasını kendi namlarına açarlar. «Medenî Kanunun 504»

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin feshini talep hakkı alacaklının alacaklısına da tanınmıştır. Şüphesiz alacaklıları temsilen iflâs masası da bu dâvayı açabilir.

Her alacaklı için mutlak olarak dâva hakkı kabul edilmiş değildir. Aşağıda gösterilen alacaklılar fesih dâvası açabilirler;

1 — Elinde muvakkat yahut kat'î aciz vesikası bulunan alacaklı,

2 — Görüp gözetmek kaydiyle mamelek temlik etmiş olan kimse iflâs etmiş ise alacaklılar iflâs masası tarafından neticelenmesine lüzum görmedikleri bir alacağın takibini üzerine almış olan alacaklı,

3 — İflâs kapandıktan sonra tasfiyeden hariç alacaklının böyle bir teberruu bulunduğunu iddia eden alacaklı.

Burada gösterilen alacaklılar; ölünceye kadar bakma akdine tevfikan mamelek temlik etmiş olan şahsın verdiğinin değerine göre diğer tarafın ivaz olarak verdiği şeyin değeri pek aşağı olan akidlerle, alacaklının kendi alacaklarını ızrar etmek maksadiyle ölünceye kadar bakma mukavelesi altında başkalarına yaptığı teberruların iptalini dâva ve talep edebilirler.

6 — Fesih:

Diğer akitler gibi ölünceye kadar bakma mukavelesi de fesih olunabilir. Mukavelenin feshiyle tarafların bu mukavele ile yüklenmiş olduğu borçlarda nihayet bulur. Diğer akitlerde olduğu gibi ehliyetsizlik, gabın, hata, hile, cebir ve ikrah gibi rızayı ifsat edici sebeplerden dolayı ölünceye kadar bakma akti de kabili fesih ve iptaldir. Diğer akitler için de derpiş edilmiş sebepler dışında kanun, ölünceye kadar bakma mukavelesi için ayrıca sebepler derpiş etmiştir.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi üç şekilde fesih olunabilir:

a — İki taraflı fesih;

b — Bir taraflı fesih;

c — Borçlunun vefatı halinde fesih.

a — İki taraflı fesih :

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin her iki tarafca feshi hakkındaki hükümler Borçlar Kanununun 516 ncı maddesinde irae olunmuştur. İşbu maddede: «iki tarafın mukavele mucibince verecekleri şeylerin arasında kıymetce his olunacak derecede nisbetsizlik bulunduğu ve fazla alan taraf diğer tarafın kendisine teberruda bulunmak kastı olduğunu ispat edemediği takdirde,, kaydıhayatla bakma mukavelesini iki taraftan her biri altı ay evvel haber vermek şartiyle fesih edebilir. Bu hususta muteber bir irat sandığının kabul ettıgi resülmal ile irat beynindeki nisbeti nazara almak lâzımdır. Mukavelenin feshi esnasında verilmiş olan şeyler istirdat olunur. Şu kadar ki bunların resülmal ve faiz kıymetleri beyninde takas icra olunur» denilmektedir.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi âkidlerinden alacaklının verdiği şey muayyendir. Borçlunun yüklendiği vecibe gayrimuayyendir. Bu sebeple ölünceye kadar bakma aktine bir talih bir baht işidir diyebiliriz. Eğer alacaklı mukaveleyi müteakip yakın bir zaman içinde ölecek olursa talih borçluya yar olmuş demektir. Aksi olarak alacaklı uzun zaman yaşayacak olursa borçlunun külfeti o kadar artmış olur. Buna binaen ivaz lar arasında açık bir nisbetsizlik olup olmadığını kestirmek ekseriya mümkün değildir. Kanun vazıı bize kreteryom olarak muteber bir irat sandığının «bizde Emniyet Sandığı gibi» kabul ettiği resülmal ile irat beynindeki nisbeti vermiştir. Meselâ alacaklı senevî onbin lira tediye hakkına malik ise borçluya bu miktiarda resülmal vermiş olması lâzımdır.

Fesih talebinde bkulunan kimse kendi taahhüdünün diğerine nazaran pek ağır olduğunu ispat ettmesi lâzımdır. Diğer bir değimle müddei kendi verdiğinin aldığına nazaran çok fazla olduğunu ispat etmelidir. Böyle bir dâva ve talep karşısında kalan müddealeyhe kanun bir defi hakkı tanımıştır. Oda, müddeinin bu fazlayı kendisine teberru kasdi bulunduğu defidir. Müddealeyh bu defiini isbat ettiği takdirde dâva merduttur. Aksi halde mahkeme ölünceye kadar bakma akdinin feshine karar verir.

Fesih talebinde bulunacak müddeinin bu niyetinden müddealeyhi altı ay evvel haberdar etmiş olması lâzımdır. İhbar yapılmazdan evvel açılan fesih dâvası mesmu değilldir. İhbar üzerine diğer taraf akdin feshine rıza gösterirse iki taraf birlikte akdi feshederler.

Kaideten feshin neticeesinin istikbale muzaf olması gerektiği halde ölünceye kadar bakma mukavelesinin feshi makable şamil bir sonuç tev lit eder. Bu da mukavelenin feshi üzerine taraflara evvelce vermiş ol-

dukları şeylerin istirdat hakkı tanınmasıdır. Mukaveleyi fesheden taraflar, fesih anından evvel yekdiğerine ne vermişlerse onu istirdat edebilirler. Şu varki bunların resülmal ve faiz kıymetleri beyninde takas icra ounur. Yani alacaklının verdiği resülmal ile borçlunun verdiği şeyler «resülmal» ve bunlardan her birininfaizleri arasında takas yapılır. Esasen Borçlar Kanununun 118 inci maddesinde; «iki şahıs karşılıklı bir miktar meblâğı veya yekdiğerine mümasil başka malları bir birine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her iki taraftan biri borcunu alacağı ile takas edebilir» denilmesine nazaran ayrıca hüküm bulunmasa dahi ölünceye kadar bakma mukavelesini fesih eden tarafların böyle bir takas talebine hakları her zaman mevcuttur.

b — Bir taraflı fesih :

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin hangi hallerde bir taraflı olarak fesih olunabileceği Borçlar Kanununun 517 nci maddesinde gösterilmiştir. Maddeye göre aşağıdaki hallerden dolayı iki taraftan her biri mukaveleyi feshedebilir.

1 — Tahmil olunan mükellefiyete muhalif hareket olunmasından dolayı mukavelenin icrasına devam etmek çekilmez bir hale gelmiş ise,

2 — Bazı muhik sebepler mukavelenin devamını imkânsız bir hale getirmiş yahut ifrat derecede külfetli kılmış ise;

Ölünceye kadar bakma mukavelesi icabı olarak alacaklı gayrimenkul temlik etmiş ise bu temlik akdin inikadı ile birlikte yapılmış olacağından alacaklının bu hususiaki vecibesi sâkıt olur. Fakat alacaklı ivaz olarak menkul bir mal vermeği kabul etmiş ise bunu borçluya teslim etmek mecburiyetindedir. Teslimden imtina akde muhalefet teşkil eder. Keza alacaklı mukavele gereğince borçlunun ailesi içinde yaşamak mecburiyetindedir. Alacaklı bundan kaçınırsa yine akde muhalefet etmiş olur. Keza alacaklı borçlunun ailesi arasında yaşarken evin idare kaidelerine ve geleneklerine uymak mecburiyetindedir. Alacaklının bu kaidelere ve geleneğe riayet etmemesi akde mukalefet teşkil der.

Borçlunun bakma; görüp gözetmek mükellefiyetini ihlâl etmesi, yahut alacaklının hastalığında ona karşı mükellef buunduğu ihtimamı göstermemesi, doktor çağırmaması gibi hallerdir Bunları birer birer burada tadat etmeğe imkân yoktur.

İkinci bentteki haller ise; mesele borçlunun alacaklıyı besleyemiyecek derecede malî durumunda bir değişiklik husule gemesi; her iki tarafın tabiatlarının birbirine uymaması, her iki tarafın da birlikte yaşamıyacak derecede mtizacsız olmaları, taralardan birinin akıl hastalığına düçar

53

olması, borçlunun mukavelenin akdinden sonra bir çok çocuğu meydana gelmesi, yahut alacaklıya bakmakta olan borçlunun karısının vefat eylemesi gibi hallerdir. Bütün bu saydıklarımız; mukavelenin devamını imkânsız hale getiren yahut bir tarafa ifrat edercede külfet tahmil eden hallerdir. Bu hallerden birinin veya bir kaçının tahakkukunda ilgili taraf mukavelenin feshini istteyebilir.

Gerek birinci ve gerekse ikinci bendlerde yazılı hallerden dolayı fesih dâvası açan kimsse bunu ispat mecburiyetindedir. Yani beyyine külfeti müddeinindir.

Borçlar Kanununun 517 nci maddesinin ikinci fıkrası; bu kabil hallerde feshin neticeleri hakkındaki hükümleri ihtiva etmektedir. Bu fıkra gereğince; kusurlu olan taraf aldığı şeyi geri verdikten mâda kusuru olmayan tarafa hakkaniyete muvafık bir tazminat vermeğe mecburdur. Mukavele bir tarafın kusurundan dolayı fesih edildiği takdirde kusursuz olan taraf aldığı şeyi iiadle mükellefiyetinde olmadıktan maada kusurlu taraftan münasip bir tazminat istemek hakkının da haizdir. Çünkü borçlu umumiyet itibariyle her kusurdan mesuldur. Bu mesuliyetin vüsatı işin hususî mahiyetine göre çok veya az olabilir. Bu sebepledirki ölünceye kadar bakma mukavelesinin bir tarafın kusuru dolayısiyle feshinden ötürü tazminata hükmedecek yargıç işin mahiyetini ve kusurun ağırlığını gözönünde tutarak tazminatı ona göre takdir eder.

517 nci maddenin son fıkrasında; bu maddeye istinaden açılacak fesih dâvası üzerine yargıcın vereceği hükümden bahsolunmaktadır. Bu fıkra hükmüne göre yargıç; ölünceye kadar bakma akdinin feshine karar verebileceği gibi iki taraftan birinin talebiyle yahut resen tarafların artık birlikte yaşamalarına nihayet verip buna mukabil alacaklıya kaydı hayat ile bir irat tahsis edebilir.

c — Borçlunun vefatı halinde fesih:

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin akdi sırasında veya akdini mütaakip alacaklı borcunu eda etmiş olacağından alacaklı için artık bir eda vecibesi bahis mevzuu değildir. Fakat borçlunun durumu alacaklınınkinden çok farklı bir vaziyet arz eder. Borçlunun eda mecburiyeti alacaklının hayatiyle mukayyettir. Alacaklı ölmedikçe yahut mukavele feshoiunmadıkça borçlunun mükellefiyeti devam eder. Aacaklının ancak vefatı ile borçlunun veciibeleri de sâkıt olur. Yani alacaklının mirasçıları hatta infakiyle mükellef bulunduğu kimseler dahi mukavelenin binnetice borçlunun mükellefiyetiinin devamını isteyemezler ve borçlu alacaklının temlik ettiği mameleke sureti katiyede sahip ve alacaklının o mamelek üzerinde haiz bulunduğu kanunî ipotek hakkı mürtefi olur. Gerçi kanun-

da buna dair sarahat yoksada ahkâmı umumiyeden istihsal olunan netice bundan ibarettir. Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü 19/12/1926 tarihli tahriratı umumiyesiyle bu suretle muamele ifasını tapu sicil ve muhafızlarına tebliğ etmiştir.

Borçlunun mirasçiları ancak mukavelenin icrasına devam etmenin kendilerine çekilmez hale geldiğini iddia ile fesih dâvası açabilirler. Yoksa borçlunun vefatını sebep gösterip mukavelenin feshi talebinde bulunamazlar.

Borçlunun vefatı halinde mukavele hükmü devam edecekmidir? Yoksa borçlunun vefatiyle ölünceye kadar bakma mukavelesi kendiliğinden münfesihmi olacaktır!

Alacaklının berhayat olması hasebiyle borçlu zimmetinde alacağı devam eder. Medenî Kanunun 582 nci maddesine göre mirasçılar müteveffanın borcundan müteselsilen mesuldürler. Kanunun bu hükmüne göre murisin ödeme vecibelerinin, vefatını mütaakip mirasçılarına intikal etmesi icabettiğinden ölünceye kadar bakma mukavelesiyle borçlunun borçlu buluduğu mükellefiyetlerin dahi mirasçılarına geçmesi gerekmektedir. Bu sebeple borçlunun miraccıları aynen borçlu gibi alacaklıya bakmak ve onu beslemek ve görüp gözetmek mecburiyetinde bulunurlar, Ancak bu nevi mukaveleler mutat olarak aralarında karabet, dostluk ve itimat bulunan kimseler arasında yapılır. Alacaklı sevdiği ve itimat ettiği ve kendisine yakın his ettiği bir aile içinde yaşayabilir. Fakat ona itimat etmediği, hattâ sevmediği kimseler arasında mukavele icabı yaşamağa icbar etmek haksızlık olur. Bu sebeple kanunumuz borçlunun ölümü dolayısiyle akdi münfesih addetmemiş olmakla beraber alacaklıya fesih hakkı tanımış bulunmaktadır.

Borçlunun vefatı halinde mukavelenin alacaklı tarafından fesih olunabileceğine ve feshin neticelerine ait hükümler Borçlar Kanununun 518 nci maddesinde yer almıştır. Bu maddede; borçlu vefat edince alacaklı bir sene zarfında mukavelenin feshini talep edebilir. Bu takdirde alacaklı borçlunun iflâsı halinde masasından talep edebileceği miktara müsavi bir meblâğın itasını borçlunun mirasçılarından isteyebilir» denilmektedir.

Maddenin yazılışından, borçlunun vefatını, ölünceye kadar bakma mukavelesinin kendiliğinden feshini icabetmiyeceği ve mukavele ile borçlunun üzerine aldığı mükellefiyetin mirasçılarına intikâl edeceği bununla beraber alacaklıya da bir fesih talebi hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak alacaklının haiz bulunduğu bu fesih hakkı muayyen bir süre ile mukayyettir. Alacaklı bu süre içinde fesih hakkını kullanmadığı takdirde hakkı sakit olur. Alacaklı mukaveleyi fesih edeceğini bir sene ev-

vel haber vermek şartiyle bir senelik sürenin inkizasından sonra bu hakkını muhafaza edebilrmi? Kanaatımızca alacaklının, borçlunun vefatı tarihinden itibaren bir sene içinde fesih talebinde bulunması lâzımdır. Bu süreyi geçirdiği takdirde kanunun bu maddesi hükmüne dayanarak fesih talebinde bulunamaz. Mukavele hükmü alacaklı ile mesul mirasçılar arasında mer'i olmağa başlar. Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 6/1/1945 tarih ve 309 sayılı kararı da bu merkezdedir. Bir fikir edinmek üzere kararı aşağıya derç ediyoruz.

«Borçlar Kanununun 518 inci maddesi hükümlerine göre borçlunun ölümü halinde alacaklının ölünceye kadar bakma mukavelesinin feshini vefat tarihinden itibaren bir sene içinde talep etmesi şarttır. Aksi takdirde akit münasebeti borçlunun mirasçılarına intikâl eder.»

Mirasçılar mirası reddetmişler veya terekenin müstağrakı duyun olması hasebiyle tereke merdut addolunmuşsa ne yapılacaktır?.

Konumuz bu noktayı aydınlatıcı mahiyette bir hüküm sevketmiş olduğundan bu sualin cevabını ahkâmı umumiyenin yardımiyle verebiliriz.

Terekenin mirasçılar tarafından reddi halinde kendilerine hiç bir mükellefiyet intikâl etmez. Bu takdirde alacaklı akti fesih ederek alacağını istirdat için tereke yargıçlığına müracaat edebilir.

Tereke müstağrakı duyun ise müteveffanın terekesi iflâs hükümlerine tevfikan tasfiye olunacağından alacaklı Borçlar Kanununun 519 uncu maddesinin ikinci fıkrasiyle kendisine tanınan hakkın verilmesi için tasfiye masasına müracaat eder.

Borçlunun vefatı hasebiyle ölünceye kadar bakma mukavelesinin feshinin neticeleri:

Borçlunun vefatı dolayısiyle alacaklı ölünceye kadar bakma mukavelisinin feshini talep etmek hakkını haiz isede fesih halinde tarafların verdikleri şeyleri istirdat hakları yoktur. Alacaklı ancak borçlunun iflâsı halinde masasından talep edebileceği alacağa müsavi bir meblâğ isteyebilir. Çünkü alacaklının hakkı değişiyor. Hakkın mevzuu aynen tediyelerden teşekkül etmez. Bir paraya inkılâp eder. Bu meblâğın miktarı Borçlar Kanununun 519 uncu maddesinin ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Biraz sonra fıkranın izahı sırasında bu miktarın ne olduğunu söyleyeceğiz.

Meselein daha iyi aydınlanması için Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 28/1/1932 tarih ve 4832 sayılı kararını burada gösteriyoruz.

«Tahmil olunan mükellefiyete muhalif hareket edilmesinden naşi kaydıhayatla bakma mukavelesinin icrasına devam çekilmez bir hale

86

geldiği veyahut diğer muhik bazı sebepler mukavelenin devamını imkânsız bir hale getirdiği takdirde Borçlar Kanununun 517 nci maddesi hükmüne göre hâkim mukaveleyi feshedecek yerde iki tarafın birlikte yaşamalarına nihayet verip buna mukabil alacaklıya kaydıhayatla bir irat tahsis edebilirsede borçlunun vefatından dolayı alacaklı kanunen muayyen olan bir sene zarfında mukavelenin feshini talep edipte mahkemece bu sebepten dolayı mukavelenin feshi cihtine gidilirse alacaklıya kaydıhayatla irat tahsisi lâzım gelmeyip bu suretle alacaklının hakkı kanunu mezkûrun 518 inci maddesiyle bu maddenin mâtufun aleyhi olan 518 inci maddesinde keyfiyeti takdir ve tâyini izah edilen bir meblâğı müteveffanın mirasçılarından talep ve itsifaya taallûk edeceğine ve hadisede dâvanın mahiyeti ölünceye kadar bakmak ve beslemek şartiyle kendisine emvali gayrimenkule ferağ edilmiş olan...nın vefatından dolayı akdin feshi talebine mütedair olup mahallî mahkemesince de talebi vaki dairesinde akdin feshine karar verilmiş bulunmasına göre akdin feshinden husule gelmesi iktiza eden neticenin kanunu mezkûrun 518 ve 519 uncu maddeleri ahkâmına tevfikan tâyini iktiza ederken bundan zuhul edilerek bu gibi hâdiselerde alacaklının kesbi istihkak edeceği meblâğ miktarının tâyin ve tesbit maksadiyle 518 inci madde-i kanuniyede kaydihayat ile irat tesisinden bahsedilmiş olması ahvali münasebede alacaklıya irat tesisi lüzumuna hamlolunarak binntice müddeiye bir irat tesisi için ehlivukuf marifetiyle takdir ettirilen meblâğın Emniyet Sandığına tevdiine karar verilmesi muhalifi kanun görülmüş....»

Yukarıda zikri geçen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin kararıyle diğer hususî daire kararlarına göre borçlunun vefatı halinde alacaklı bir sene zarfında ölünceya kadar bakma mukavelesinin feshini dâva edebilir. Bir sene geçtikten sonra dâva hakkı sukût eder. Kanun; mirasçıları her gün bir hak ve dâva tehdidi altında bırakmamak kasdiyle alacaklıya bir sene gibi kısa bir zaman tanımıştır. Mahkeme mukavelenin feshine karar verirse alacaklının verdiği şeylerin iadesine yahut alacaklı için hayat kaydı ile irat tesisine karar veremez. Ancak Borçlar Kanununun 519 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yazılı miktarda bir meblâğ alabileceğine karar verebilir.

Ölünceye kadar bakma mukavelesine muhalefetten dolayı akdin feshi için dâva ikame olunmazdan evvel alacaklı ölürse mirasçılarına dâva hakkı intikâl edermi?

Kanaatımızca alacaklının vefatiyle mukavele gereğince temlik edilen mamelek borçlu uhtesinde kesinleşmiş olacağından alacaklının mirasçıları akde muhalefet sebebini ileri sürerek fesih dâvası açmazlar. Ancak alacaklı sağlığında bu sebepten dolayı akdin feshini dâva edipte yar-

gılamanın devamı sırasında vefat ederse dâvanın mirasçıları tarafından takip edilip edilemeyeceği hususunda kanun sâkit kalmıştır. Fakat meselenin umumî hükümler dairesinde halli mümkündür. Umumî hükümlere göre dâva takibi hakkı mirasçıya intikâl edeceğinden alacaklının sağlığında açtığı fesih dâvasını mirasçıları takip edebilir.

7 — Alacaklının hakkını temlik edip edemeyeceği;

Biraz evvel işaret eylediğimiz gibi bu kabîl akitler mutat olarak aralarında karabet ve çok yakın dostluk ve itimat olan kimseler arasında yapılır. Borçlu, akrabası yahut yakın dostu olan bir kimseyi böyle bir mukaveleye tab'an ailesi arasına almakta bir mahzur görmeyebilir. Bu nevi mukaveleler birazda fedakârlık his ve ruhu ile memzucturlar. Borçlu yakını veya çok sevdiği bir kimseye karşı fedakârlıkta bulunabilirse de bunun gayri bir şahsa aynı fedakârlığı ifadan çekinir. Bilfarz yaşı ve dürüst ahlâkî durumu itibariiyle onu evine almakta tereddüt hatta imtina göstermeyebilir. Bundan başka borçlu mukavelenin akdi sırasında alacaklının yaşını ve normall hayatını hesaplayark vereceği şeyleri şağı yukarı kararlaştırmş olur. Allcaklya bu hakkını başkasına temlik yetkisi tanılacak olursa, temellük eden kimsenin sıhhî ve yaş durumu karşısında borçlunun hesapları altüst ve kendisine arzu etmediği bir külfet tahmil edilmiş olur. Bu mülâhazalarra istinaden ölünceye kadar bakma mukavelesinden mütevellit alacağın başkasına devir ve temliki tecviz edilmemiştir.

Kanunun bu nehyi hilâfına alacaklı hakkını başkasına temlik ederse ne olur?

Alacaklı alacağını başkasına temlik ederse bu temlik akdi borçlu hakkında muteber olmadığından alacaklı yerine geçen kimseye karşı borçlu hiç bir vecibe ile mükellef tutulamaz. Alacağı temellük eden şahıs bu akde istinaden borçlu aleyhinde hiç bir dâva ve takipte bulunamaz. Bu sebeple alacağın temlikinden doğan neticeler kat'iyen borçluyu ilgilendirmez.

Alacaklının, ölünceye kadar bakma mukavelesinden doğan alacağının borcundan dolayı haczii caiz değildir. Haciz bir hakkın, aharın uhtei temellüküne intikaline müntehi olacağından yukarıdaki sebeplerden dolayı alacağın haczi da tecviz olunmamıştır.

8 — Borçlunun iflâsı ve aleyhinde haciz tatbik olunduğu takdirde alacaklının talep edebileceği şeyler:

Borçlunun iflâsı halinde alacaklının hakarı teminat altına alınmamış olursa alacaklı için büyük bir tehlike ve zarar vaki olur. Alacaklı,

borçlunun kendisine ölünceye kadar bakacağını ümit ederek elindeki yegâne istinatgâhını ve medarı maişetini ona temlik etmek ihtiyatsızlığını göstermiş olabilir. Borçlunun iflâsiyle bu mal da heder edilecek olursa alacaklı için vahim neticeler tevellüt etmiş demek olur. Bu sebeple kanun vazı bir takım tedbirler derpiş etmiştir. Kanun alacaklı için temlik ettiği gayrimenkul üzerinde kanunî ipotek hakkı tanımış olduğu gibi borçlunun iflâsı halinde alacaklının, müteber bir irat sandığında kendisine verilmesi lâzım gelen şeylerin kıymetine muadil kaydı hayatla irat tesisi için muktezi resülmalı müsavi bir alacak ile masaya müracaat etmesine imkân vermiştir. Muteber irat sandığından maksat, huhukî mevcudiyeti ve itibari tanınmış bir sandıktır. Bizdeki Emniyet Sandığı gibi.

Alacaklının matlubunu tahakkuk ettirmek için iki ameliyeye ihtiyaç vardır: 1 — Muteber bir irat sandığının muayyen zamanlarda kendisine vermesi lâzı mgelen şeylerin kıymetini takdir etmek. 2 — Bu kıymeti sermayeye kalbeylemektedir.

Borçlunun iflâsı cihetine gidilmeyipte aleyhinde haciz yoliyle yapılan takip neticesi malına haciz konmuş ise alacaklının yapabileceği muamele Borçlar Kanununun 519 uncu maddesinin son fıkrasında gösterilmiştir. Böyle bir hal vukuunda alacaklının yapacağı iş, borçlu aleyhinde konmuş olan hacze iştirakten ibarettir. İcra ve İflâs Kanununun 100 üncü maddesine göre borçlu aleyhindeki hacze iştirak edebilmek için bazı hayıt ve şartların vücudü iktiza eder. Kanunumuz ölünceye kadar bakma mukavelesi alacaklısının, borçlu hakkında hiçbir takipte bulunmaksızın ve İcra ve İflâs Kanununun sözü geçen maddesindeki şartlar aranmaksızın borçlu aleyhinde yapılmış olan bir hacze iştirakına imkân vermiş ve bu suretle haklarını emniyet altına almıştır.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi alacaklının iştirak edeceği bu haciz hangi nevi hacizdir; ihtiyatî haciz konmmuş ise alacaklı bu hacze de iştirak edebilecekmidir?

Kanunumuzda bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat ihtiyatî haciz, bir hacizden ziyade bir tedbirdir. Bunun ihtiyatî tedbirden farkı sebeplerinde ve neticelerinde müşahade olunabilir. Yoksa mahiyet itibariyle ikisi birdir. Bu sebeple Borçlar Kanununun 519 uncu maddesinin son fıkrasında maksut olan hacizden maksat ihtiyatî haciz olmayıp icraî bir takip neticesi konmuş bir hacizdir. İhtiyatî haciz icrai hacze inkılâp edince alacaklı buna iştirak edebilir.

Burada şu cihet hatıra geliyor: Borçlu aleyhindeki haciz pek az bir alacaktan dolayı ise yahut borçlunun mahcuz emvalinden arta kalan malları ölünceye kadar bakma akdiyle yüklendiği mükellefiyeti yerine getir-

meğe yetecek derecede bulunursa yine alacaklı mukaveleyi feshedip borçlu aleyhindeki hacze iştirak edebilecekmidir? Borçlu lehinde müsait şekilde düşünmek alacaklı için tatbikatta bir çok güçlüklerin meydana gelmesine ve haklarının ziyaa uğramasına meydan verir. Ne olursa olsun aleyhinde icra takibi yapılan ve malların haczedilen bir kimsenin sağlam malî bir duruma sahip bulunduğunu iddia ve kabul etmek biraz güçtür. Buna binaen aleyhinde haciz muamelesi tatbik edilmiş olan borçlunun, diğer mallarının öllümceye kadar bakma mukavelesinden doğan borçlarını edaya kâfi geliip gelmeyeceğini araştırmaya mahal görülmeksizin alacaklının bu hacze iiştiirak etmesi tecviz olunmuştur.

90

Evvelki hukukumuzda gayrimenkule tasarruf belgeleri (*)

Yazan: Nuri Ülgenalp

Tarla ve ağıl yeri ve uğurlu yeri demekle maruf yerlerki cümlesi 727 dönümdür. Her birinin hakkı tasarrufunu zikrolunan ashâbından sahib-i arz marifetiyle alıp müddet-i medide tasarruf ettikten sonra mahrusa-i İstanbul'da Gülcamii Mahallesinde asüde olan babası Yorganlı Emir demekle maruf Şeyh Mehmet ..... ruhi için vakfetmeyi murâd edinip lâkin kıt'atı arazi-i mezbureden her yerin arz-ı memlekekt olup beyü şirâsı ve vakfiyeti şer'an câiz olmadığı ecelden kendüye temlik olunmak bâbında istida-i inâyet eyleyüp arâzi-i mezbure müşârünileyhte temlik olunduğuna hatt-ı hümâyunumla ferman-ı kazây-ı cereyanım sâdır olup arâzi-i mezburenin tahdidi lâzım olmağın tahdidi için

---

Bu müesseselerin Garp'ta doğuşu şöyle olmuştur. Malûmdur ki Hıristiyanlıkta Manastır'a kapanma diye bir nevi dinî âdet vardır. Bu bir nevi inzivadır. Şark mutasavvıflarının hücreleri kapanacak ibadet etmeleri gibi bir şeydir. Manastır'lara kapanacak Hıristiyanları beslemek için Manastır bir kapitale muhtaçtır. Bizde de tekkelerin ve vaziyelerin böyle bir kapitali mevcuttu. Bizde bu kapital tekke namına tesis olunan vakıflarla meydana gelmiştir. Manastır'da inzivaya çekilecek daha doğrusu kendisini Allaha nezredecek Hıristiyan'lar bu manastırlara mallarını bağışlarlar ve manastır da kendilerine ölünceye kadar bakardı. Bu şekil anlaşmalar tarihi seyrini katederek bu hususta gayridinî müesseseler için Hükümet bir takım hükümler tetvin eyledi. Tabiî bu hükümlerden bir çoğu da alacaklının haklarını himayeye matuf tedbirleri ihtiva etmektedri.

İntikâl muamelesi sair arazi-i emiriye ferağ ve intikâl muamelâtına benzemediğinden gerek bu nevi çiftliklerin ve gerek henüz müeccelesi satılmayan çiftliklerin ferağ ve intikalât ve sair kâffe-i muamelâtının hazine-i celileden icrası usulü müttahize-i kadime icabından olarak bunlara ait muamelâtın bütün bütün hazine-i celileden kaldırılmaktan ise müecceleli çiftliklerin müeccelâtı kemâfissabık hazine-i celileye ipka ve bunlarla müeccelesiz olarak bâmülkname furuht olunanların ferağ ve intikalât ve sair kâffe-i muamelâtı dahi hazineden icra kılınmak üzere mülknâme yerine senet itâsı için hazine-i celilece vukuu muamelâtta mülknâmeye derç ettirilmekte olan kuyut ve şurut-u lâzımeyi havi defterhaneye ilmühaber verilmesi istizanını havidir.

Suret-i iş'ardan ve arazi-i emiriye ve mevkufe muamelâtının defterhanede icrası ve senedâtının dahi oradan itâsı hakkında mülgâ Divan-ı Muhasebat kararı ile istizanı hâvi yazılıp bir sureti celp olunan teskere ile ol babta cereyan eden muamelâtı şamil ilmühaber sureti münderecatından istimbat olduğuna göre arazi-i emiriye ve mevkufe muamelâtının müteallik olduğu devairde ifası ile senedatının itâsı sureti evvelce kararlaştırılmış ve şu ahvalin ittihaz ve icrası mücerret muamelâtça husul-ü ittirad arzusuna müstenid bulunmuş olduğu halde mülknâme ile tasarruf olunan çiftlikler muamelâtı işbu karar haricinde kalmış olup şimdi müeccelesiz muaccele ile furuht olunarak mülkname-i hümâyun

---

(*) Bir, iki, üç ve dördüncü kısımlar Adalet Dergisinin 949/3, 4, 5 ve 6 ıncı sayılarındadır.

Üsküdar Kadısı Mevlâna Abdürrahim ve Yoros Kadısı Mehmet Ziyde fazlühümâya hitâben fermân-ı âlişanım verilip bermucibi emriâli mumâileyhimâ arazi-i mezbureenin üzerine varup ehli vukuf müsin ve mutemet kimesneler ile sınırların üzerine yürüyüp her yerini tahdid eyleyip mufassal ve meşruhyazıp sicilli mahfuza kayıt eyleyip imzalı ve mühürlü suret sicilleriyle arzlar gönderip MÜLKNAME-İ HÜMAYUNUM BÂBINDA İNÂYET RİCA ETMEĞİN OL SINIRNAMEDE MESTUR OLAN HUDUT İLE MAHDUDE OLAN ARAZİYİ CÜMLE TEVLBİ' VE LEVAHİKİ İLE MUMAİLEYH SEYİT İSMAİLE TEMLİK VE IHSAN EDIP BU MÜLKNAMEY-İ HÜMAYUNU VERDİM. Ve buyurdum ki bâdelveyom arazi-i mezbure tevâbi'' ve levahiki ile müşarünileyh Seyit İsmail'in mülkü sahih-i şer'î ve hakkı sarih-i mer-isi olup ..... mutasarrıf olup mumaşer'î ve hakkı sarih-i mer-isi olup .....mutasarrıf olup mumaileyh dahi dilerse vakf eyleye ve murât edinirse bey'eyleye ve isterse hibe eyleye olbabta ..... evlâdı emcâl-ı âlî serâdan ve vüzera-i izâm ve ümerâ-i kirâmımdan ve sair erkân-ı âli-i makam ve âyân-ı ..... ihtiram ve baki-i havâs ve avâm ve ümenâ ve mübaşir-i emvâlden ve bilcümle efrâd-ı âferidden hiçbir ferd dahil ve taarruz eylemeyüp tağyir ve tebdil ve tahvil ve tadil eylemeye her kim tebdil ederse fallahü hasmehu yevmülkiyâme ve nass-ı kerim ..... fehvasınca innallahülmük eddâim mücrim ve esem olla. Şöyle bileler alâmet-i şerifeme itimat kılalar. Tahrir-i fi evâil şehri rebi-ül-ahir min şuhur sene elf minelhicret-i nebeviyete (*)

verilen ve henüz müeccelesi satılmayan çiftliklerin ferağ ve intikal muamelâtının hazinece icrasi istenilmesinden makskat resm-i kasrı yed ve harc-ı intikalinin ademi zıyaı maddesinidem ibaret idüğü ahiren nezaret-i müşarünileyha ile cereyan eden muhabere cevabı müeddâsından istidlâl olunmuş ve ol babdaki defter-i hâkâni nezaret behiyesiyle bilmuhabere alınan cevapta suret-i iş'ar terviç ve tasvip kılınmış ise de müstağni-i izah ve beyân olduğu üzere bu makule arazi-i emiriye ve mevkufenin ferağ ve intikalât ve sair muamelâtının müteallik olduğu devairde icrası ile senedâtının itâsı icap edip nezareti müşarünileyhanin iş'arı meşruhu veçhile bir kısmının tefriki le ferağ ve intikalinin hazinece icra ve senedâtının Defterhaneden itâsı teşedtütü muamelâtı istilzam eyleyeceği derkâr ve mahazâ ferağ ve intikal harçları nizamâtı dahilinde olarak dairelerince ahz ve istifâ olunmakta idüğü bedidâr olmasına ve hazinece alınması istenilen resim devair-i sairede alınan rusumatdan başka ise mükerrer olması icap edeceğinden başka böyle cüz'i istifadeden mahrum olmamak mütelaâsı ile teşedtütü muameleye sebebiyet verilmek caiz olmamasına binaen berveçhi muharrer mülknamelerde derç edile gelen kuyut ve şurut her ne ise bertafsil icap eden devaire tebliğ olunarak zikr olunan çiftlikler arazisinin nevi ve mahiyetine göre ferağ ve intikali muamelâtının dahi ait olduğu devairde ifası ile icap eden hüceç ve senedatının itâsı hususunun maliye nezaret-i celilesine emrü işariyle beraber Defter-i Hâkâni Nezaret-i Aliyesine dahi malûmat itâsı tezekkür kılındı ol babda. (Arazi Kanunu ve tapu nizamnamesi tahşiyeli. Karakoç Sarkis. Sahife: 360).

(*) Kuyudu-i kadime yeni 2284 eski; 2282 No. lu. mülkname

92

Fermanların İspat kuvvetleri

XLII — Mecelleye göre, yazı yazıya ve mühür mühüre benzediği için yalnız yazı ve mühüre itibar olunmaz. Ancak tezvir ve tasni şüphesinden salim olan yazı ve mühür hükme medar olur. Başka veçhile sübutta hacet kalmaz (Mecelle 1738)

Berat-ı sultanî, Padişahının iradesi üzerine yazılıp, asılları divan-ı hümmayûn kalemindeki defterlerde ayrıca kayıtlı bulunduğu ve bu kayıtlarrın muhafazasına itina olunup bunlar tasni edenler aleyhine ağır cezalar kkonulduğu cihetle, tasni' şüphesinden salim olduklarından hükme medar oolurlar. (Berat-ı Sultanî ve kuyud-u hakânî tezvirden emin olmakla mamûlünbihtir. Mecelle 1737).Mazmumunu ispata hacet yoktur.

Mecellede, fermanlara berat denilmektedir.

Fermanların vüsukiyetini temin için tertip şekli, yazısının nev'î hakkında hususî kaideler konulmuştur.

Tuğranın, fermanın baş tarafında ve ortasında olması; divanî veya ddinavî kırması ile yazılması: yukarıda izah edildiği üzere altı rüknü ihttiva etmesi lâzımdır.

Fermanların asıllarının kayıtlı bulunduğu defterler; hâlen İstanbul'da HBaşbakanlık Arşivin'de muhafaza olunmaktadır.

Ferman, sahteliği sabit oluncaya kadar muteber belgelerdendir.

Şer'iye mahkemelerinden verilen ilâm ve hüccetler

XLIII — İlâm; tarafların iddia ve müdafaaları ile delillerini, mucip ssebepleri, hükmü ve altında hakimin imza ve mührünü havi bulunan varrakaya denir.

Hükümet, lûgatte men' manâsınadır. Fıkıh ıstılahında ise (hâkimın ımuhakemeyi kat' ve hasm eylemesidir. Bu dahi iki kısımdır. Kısmı evvel lhakimin hükmettim, iddia olunan şeyi bu kimesneye ver demek gibi sözllerle mahkûmunbihi mahkûmunileyhe ilzam etmesidir. Yani lâzım kılımasıdır. Buna kaza'i ilzam ve kaza-i istihkak ve kaza-i mülk denilir. Kısımısani hakkın yoktur. Münazaadan memnusın demek gibi sözlerle hâlkimin müddeiyi münazaadan men' etmesidir. Buna dahi kaza'i terk denilir.) (Mecelle. 1786)

Hüccet, lûgatte bürhan manâsına gelir. Cem'i hüccecdir. Buna senet de denilmektedir.

93

Hukuk istilâhı olarak delil yerine kullanıldığı gibi eskiden hüknü havi olsun olmasın hâkim tarafından tanzim edilen vesikalara hüccet denilirdi.

Sonradan hükmü havi olmayıp taraflardan birinin ikrarını diğerinin dahi tasdikini muhtevi bulunan akitlere, vasi nasbı ..... gibi hususlara dair tanzim olunan vesikalara istilâh olmuştur.

Hüccetlerde, hâkimin imzası vesikanın altında olmayıp üstünde bulunur.

Mazmuniyle bilâbeyyine amel olunacak senedat-ışer'iyenin tanzini hakkındaki 4 cemaziyelûllâ 1296 tarihli talimattan (86) önce tanzim edimiş olan bazı hüccetlerde, hâkimin imzası, hüccetin altındadır.

---

(86) Önemine ve metnini bulmak müşkül olmasına binaen talimatı aynen nakli uygun buldum.

Bilâbeyyine mazmumiyle amel ve hüküm caiz olabilecek surette senedatı şer'iyenin tanzimine dair talimat.

Birinci madde: Bir istida mahkemeye havale olunup tarafeyn mahkemeye geldiklerinde gerek müddei ve gerek müddealeyhin şahsı mahkemece meçhul bulunduğu ve ikame olunan dâva kendi dâvaları olduğuna delâlet eder yedlerinde evrak-ı mutebere bulunmadığı veyahut dâvada hem yekdiğerini tasdik ederek bir sani'a şaibesi hissolunduğu takdirce şahıslarını ve isim ve şöhretleriye san'at ve memuriyet ve mahallî ikametlerini tarif için mahalleri muhtarlarından veyahut tâbi' oldukları esnaf kethüdasından veya âmir ve zabitlerinden ve mensup oldukları devairi rüesa taraflarından bir kıt'a ilmühaber getürülecektir.

İkinci Madde: Vekâlet tesçiline mahsus olmak üzere mahkemede bir cerde tutulacaktır. Tarafeynden biri tesçil-i vekâlet edecek oldukta ne suretle ve kimi tevkil ettiğini hâkim veya nâibi huzurunda takrir edip takriri ayniyle tesçil ceridesine yazılıp kendisine imza ve temhir ettirilecek ve eğer kendisinin yazısı yok ise anın emir ve intihabı ile diğer tahrir edip zirini kendi mühürü veya işaret-i mahsusasiyle tasdik ettikten sonra takriri vekâlet hâkim veya nâibinden hangi huzurunda vukubulmuş ise oldahi imza ve temhir edecektir. Vehini tesçilde müekkilin baba ve dedesinin ismi dahi sual olunarak cerideye kaydolunacaktır.

Üçüncü Madde: Madde-i ânifede beyan olunduğu veçhile bir mahkemenin hâkim veya nâibi huzurunda vekâlet tesçil ve ceride-i mahsusasına tahrir olunduktan sonra muhakeme hitam bulmaksızın ol hakimin azil veya vefat vukuğ bulduğu takdirce müvekkil tekrar hâkim-i lâhik huzurunda tesçil-i vkeâlete muhtaç olmayıp ceridede mestur olan kayıt mucibince hâkim-i lâhik hasım muvacehesinde vekilin vekâletiyle hükmedip mürafaayı rüyet ve istima edebilir.

Dördüncü madde: Zaıpt-ı dâva mevkiinde zabıt kâtibi tarafeynin ifadelerin kemal-i mertebe dikkatle istimâ ve tevid-i müddeâ zımnında ibraz edecekler evrak ve senedâtı lâyikiyle mütalâa ettikten sonra tarafeynin isim ve şöhret ve mahallî ikametleri ve şahısları târif olunmuş ise muarriflerinin isim ve şöhret ve suret-i ifadelerini ve ibraz olunan senedât ve evrakın hülâsalarını âdi varaka üzerine zabt ve tahrir edecektir.

Besinci madde: Maddde-i ânifede beyan olunan zabt-ı dâva tarafeynin anlayabileceği açık bir ibare ille yazılacaktır.

Altıncı madde: Dâva zabt olunduktan sonra zabıt kâtibi tarafeynle beraber müsteşarı olan mahkemelerde müsteşar huzuruna, müsteşarı olmayan mah

Hüccetler muamelenin nevine göre ad alır: İstidane, Bey'-i kat'î. Bey'-i bilistiğlâl, Ferağ-ı kat'î, Ferağ-ı Bilvefağ, ikale, İcare, Kefalet, Havale-ideyn, Hibe ve Tahkim, tahmil-i şahâdet, vekâlet, Müsaleha, İbra, nasb-ı vasi Mübâyaâ, ihbar, istihkâm, tevarüs, vakfiye,... hüccetleri gibi.

---

kemelerde hâkim veya naibi huzuruna girip zabtı kıraat eder. Ve bâdelkıraat sureti zabıt tarafeynin ifadelerine muvafık olup olmadığı müsteşar veya hâkim veya nâibi ayrı ayrı tarafeynden sual eyler. Tarafeynden her biri suretizabtın ifadesine muvafık olduğunu tasdik ederse derhal ve eğer tasdik etmeyip de zabıt bir sehiv veya noksan vukuunda veyahut mahkemece lüzumu olan bazı şeylerin sual ve cevabı zabıt ve tahrir olunmamasından dolayı zabtın tashihine lüzum görülürse tashih edildikten sonra mahkemeye mahsus olan zabıt ceridesine kayıt olunarak ziri tarafeyne imza ve temhir ettirilecektir.

Zabıt ceridesinde hâk ve silinti vukuğ bulmayacaktır.

Yedinci madde: Zabıt berminval muharrer ceride-i mahsusasına, tahrir ve tarafeyne imza ve temhir ettirildikten sonra Dersaâdette sadreyn dairelerinde müsteşar veya muavini ve İstanbul Bâb Mahkemesinde müsteşar bulunmadığı halde muavin ve müşavirlerinden biri ve mahkeme-i teftişte müsteşar bulunmadığı takdirde mahkemenin mümeyyiz-i evveli ve mehakim-i saire ile alelûmum taşra mahkemelerinde hâkim veya nâibi ve başkâtibi zabtın zirini tasdikten imza veya mührü zatileriyle temhir edeceklerdir,

Sekikzinci madde: Muhakemeye mubaşeret olunduktan sonra muhakemenin hitamına deyin ol muhakemeye müteallik cereyan edecek bilcümle muamelât ve tahkikatın ceryanı akabinde salif-ül-beyan zabıt ceridesine dâvanın zabtı zirine hülâsa veçhile kayıt ve tahrir olunacağı misüllü mukamenin rengi değişipte tarafeynin ifadâtına bâzı ibare ilâvesi lâzım geldiği takdirde zabtı imza ve temhir eden memurlar marifetiyle tarafeyn huzurunda terkim ve ilâve olunarak ziri tarafeyn ve ehemmiyeti olduğu halde memurlar dahi imza ve temhir edeceklerdir.

Dokuzuncu madde: Tarafeynden birine şahit ikamesi lâzım geldikte evvelâ şahitleri olup olmadığı kendüsünden sual olunur. Şahitleri olduğunu beyan ve takrir ettiği halde kimler idiğü ve isim ve şöhretleri ve anlardan maadâ şahitleri olup olmadığı ve olduğu takdirde anların isim ve şöhretleri sorulur. Gerek şahitlerin hakkında vâki, olacak ifadâtı ve gerek asla şahitleri olmadığını söylediği halde ifadatı vâkıası zabıt ceridesine kayıt ile kendisine imza ve temhir ettirilecektir.

Onuncu madde: Bir muhakeme faslolundukta ne veçhile hüküm olunduğu ve hükmün esbabı mucibesi hülâsa veçhile zabta şerh verilip ve ziri hâkim tarafından temhir edilip badehu ilâm müsveddesi kaleme alınır.

Onbirinci madde: Zabıt Kâtibi mahkemeye mahsus olan zabıt ceridesinden sureti zabtı ayniyle kendi ceridesine nakil ve tahrir edip andan takrir eder ve mahkemeye mahsus ola nceride mahkemenin bir müemmen mahallinde hıfzolunup lâzım geldikçe ihraç olunacaktır. Mahkeme deâvinin kesreti nisbetinde mahkemeye mahsus müteaddit zabıt cerideleri tutulur.

Onikinci Madde: Ceridede muharrer suret-i dâva esas tutularak ilâm müsveddesi usul-ü sakk üzere kaleme alınır, hini tesvitde de suret-i zabtın bâzı ibarelerinde kaide-i sakk üzere mahiv ve isbat caiz ise de esas mes'elece tağyir olmamak şarttır. Tarafeynden biri asla şahitleri olmadığını ifade ettiği surette ifade-i mezkûresi ayniyle ilâma derç olunup ikame-i beyyinden izhar-ı acz tabiriyle iktifa olunmayacaktır.

95

Bugün noterlerin yaptığı akitlere ait mukavelelerin birçoğ şer'iye mahkemeleri tarafından tanzim olunurdu.

Yukarıda gayrimenkulün bazı nev'ilerine ait alım ve satım mukavelelerinin şer'iye mahkemelerinde tanzim edildiğini izah etmiştik. (numaraya bak).

Onüçüncü Madde: Zabıt Kâtibi ilâm müsveddesini kaleme aldıktan sonra müsvedde evvelâ sadreyn ve İstanbul Bab mahkemlerinde vekayi kâtibi ve mahkem-i teftişte mümeyyizi evvel taraflarından tashih ve badehu müsteşar tarafından dahi tetkik ve suret-i zabta tevfik olunarak tashih ve imza vaz-iyle hâkime takdim olunur. Mehâkim-i sâirede mahkemenin başkâtibi varsa onun tarafından müsvedde tashih olunarak hakime takdim olunur. Yoksa Zabıt Kâtibi müsveddeyi bizzat hâkime takdim eder Galata ve Havas-ı Refiye mahkemeleri giib merkez nâibi bulunan mahkemelerde nâib müsteşar vezaifini ifa edecektir. Müsvedde hâkime takdim olundukta badelnazar ve tetkik keşide edeceği yazılar mucibince ilâmı tahrir olunacaktır.

Ondördüncü Madde: Berveçhi meşruh ilâm yazıldıktan sonra zabıt kâtibi ismini zahrı ilâma tahrir ve müsveddeyi tetkik ve imza eden memurlar tertib-i sâbık üzere ilâmı dahi mütalâa ve zahrını imza veya temhir edip badehuilâm hâkime takdim olunur.

Onbeşinci Madde: Hâkim dahi mütalâa ettikten sonra (Sicille kayıt ve mukabele oluna) diye ilâmın zahrına yazıp mukayyide gönderir. Mukayyit dahi badelkayıt sicille kayıt ve mukabele ettiğini zahr-ı ilâma şerh verip zirini temhir ve hâkime iade ettikten sonra hâkim usulü veçhile ilâmı temhir eder.

Onaltıncı Madde: Taşraya gönderilmek üzere Dersaâdet Mehakiminden tanzim olunacak vekâlet hüccetlerinde balâda beyan olunan usul tamamiyle icra olunacaktır.

Onyedinci Madde: Taşra hükkâmı vekâlet takririni, kaza dahilinde ise ol kazanın Bidâyet Mahkemesinde ve merkez liva olan kazada ise Liva Bidayet Mahkemesinde kürsi-i vilâyette ise İstinaf Mahkemesinden alacaktır. (19 uncu maddenin zeylinde beyan olunacağı veçhile bu maddenin hükmü mahakim-i nizâmiyenin riyaseti hükkâm-ı şer'iyeye muhavvel olan mahallere mahsustur.)

Onsekizinci Madde: Berveçhi muharrer müvekkilin takriri alındıktan sonra suret-i takriri ayniyle ceridеye kayıt ve tahrir olunup müvekkile mühür veya imza veya işaret-i mahsusa ile tasdik ettirildikten sonra usul mevzuasına tevfikan vekâlet hücceti tanzim ve temhir olunur.

Ondokuzuncu Madde: Hâkim tarafından berminvalı-ı muharrer tanzim kılınan hüccet-i şer'iye beyân olunduğu üzere vekâlet takririni kendi huzurlarında vukuğ bulduğunu hini takrirde hazır bulunan âza bamazbata tasdik edecek ve bu tasdik mazbatası Kaza Bidâyet Mahkemesinden itâ kılınmış ise olkazanın mülhak bulunduğu vilâyet İstinaf Mahkemesinden veyahut Liva Bidayet Mahkemesinden tasdik olunacaktır.

Yirminci Madde: Müvekkilin şahsı meçhul bulunduğu takdirce birinci maddede beyan olunduğu veçhile şahsı tarif ettirilecektir.

Yirmibirinci Madde: Taşrada tanzim olunan vekâlet hüccetlerinin kemâfıssabık Fetvâhaneden tetkik ve tatbiki icra olunacağı gibi bademâ taşraya gönderilmek üzere Dersaâdet mahakiminden verilen vekâlet hüccetlerinin mührü mutabık idüğü zahrına Fetvahaneden şerh verilecektir.

Yirmiikinci Madde: Başka beldeye gönderilmek üzere verâset ve vesâyet gibi mevadın subutunu hâvi sened-i şer-i tanzimi lâzım geldikde taşra hükkârı 17 inci madde mucibince mevad-ı mezkûreyi Bidayet veya İstinaf mahkemelerin-

96

1515 numaralı kanunun tatbikı hakkındaki nizamnamenin birinci maddesinin A fıkrasının 9 uncu bendinde, mübâyaâ, istihkâm ve ihbar hüccetleri; temellük sebeplerini natık isbat vesikaları arasında sayılmaktadır.

Mübâyaa Hücceti; Şer'iye mahkemesi tarafından tanzim edilen bir gayrimenkul alım ve satım mukavelesidir.

Mahakim-i Şer'iye nizamnamesinde mübâyaa hüccetlerinden şöyle bahsedilmektedir:

(Nefsi İstanbul'da vâki mülk akar ve akar kabilinden olmak üzere mütearef olan emlâk-i sâirenin mübâyaaları mutlaka İstanbul Mahkemesinde icra ve hüccet-i şer'iyeleri mahkeme-i mezbure tarafından verilecektir.

Taşralarda alınıp satılan akara ve emlâk-i saire her kangı kazânın

---

de istima' ve fasleder ve taşrada tanzim olunacak vekâlet hüccetleri hakkında beyan olunan usul bu misillü sened-i şer-i hakkında dahi cari' ve müteberdir.

(Bu maddenin hükmü Mahakikm-i Nizamiyenin riyasetleri hükkâm-ı şer'a muhavvel olan mahallere mahsustur.)

Yirmiüçüncü Madde: Memur ve ümena-irsâliyle mahallinde istima' kılınacak hususatı tahrir için mahkemede bir veya birkaç hususî cerideler tutulacaktır. Ve bu cerideler Zabıt Cerideleri gibi hıfz olunup hususa gidilmek lâzım geldikte memura verilecektir. Fasıl-ı dâva ve tesçil-i vekâlet ve ikrar ve vakıf ve vasiyet ve muhâlaa ve tatlik ve keşif ve taksim-i akar ve sulh, ibra ve ihbar-ı mülk ve ihbar ı tasarruf ve tarafeynden birini tahlif gibi hususat için mehakim tarafından mezunen bir mahelle veya bir karyeye izâm kılınan memur ol mahalle veya karyede muhtaran ve ahâliden birkaç zatı celp ve cem ile bir meclis akdedip hususat-ı vakıayı istima ve badehu hususî ceridesine kayıt ve tahrir ve zirini meclisin inikadına bâis olan eshab-ı mesalihe ve hini istima, da hazır bulunan zevata mühür veya imza veya işaret-i mahsusalariyle tasdik ettirildikten sonra muhtar mührü ile dahi temhir ettirip bâdehu kendine terfik edilen ümenâ ile beraber hâkime inha edecektir. Bu hususa mahkeme ketebesinden ehliyetve istikameti mücerrep ve malûm olan zat tâyin edilmelidir.

Yirmidördüncü Madde: Bir hüccetin mazmuniyle hükmolunup mucibince ilâmı tanzim olundukta hüccet mahkemede alı konulup defter-i sicillâtın hıfzolunduğu halde hıfzolunacaktır. Hüccetler ile beraber taşradan vurud eden tasdik mazbataları dahi hüccetler gibi hıfzolunacaktır.

Yirmibeşinci Madde: İşbu Nizamnameye tevfikan tanzim ve itâ kılınan senedat-ı şer'iyenin mazmunu hasım tarafından inkâr olundukta Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin 1738 ve 1821 inci maddeleri mantuklarınca hükkâm-ı şer'iye senedât-ı mezkûrenin bilâ beyyine mazmuniyle hüküm edebilir. Fakat ledettetkik bir ilâm veya hüccet veya bir kayıt da tezvir ve tasni' şâibesi hissolunduğu takdirce hâkim ol ilâm ve hüccet ve kaydın bilâbeyyine mazmuniyle hükmetmeyip mazmununa beyyine talep eder. Fi. 4 Cemaziyülûlâ sene 1296.

«Dürerülhükkâm Şerh-i Mecellettülhükkâm. Cilt: 4. Sahife: 816».

hududu dahilinde bulunur ise ol kazânın hâkimi tarafından mübâyaası icra olunup kuzât ve nüvabdan hiç biri mübâyaâ hücceti vermeyecektir.

Gerek taşralarda ve gerek İstanbul ve Bilâdı selasede mübâyaa olunacak akar ve emlâk-i sâire mübâyaalarının hini icrasında sahihen mülkü olduğunu müş-ir mahallesi tarafından memhur ve muteber ilmühaber ahz olunmadıkca ve yedinde senedât-ı atika varsa ibraz ettirilip görülmedikçe emlâk-i mezburenin mübayaaları hiç bir mahkeme tarafından icra olunmayacaktır.) (87)

İhbar hücceti; iki şahsın, diğer bir şahsın bir gayrimenkule ötedenberi mütasarrıf ve malik sıfatiyle tasarruf ettiğini ihbar etmesi üzerine verilen hüccettir.

«İstihkâm hücceti bey ve hibe gibi tasarrufları tevsik ve takviye için tanzim olunan hüccettir.

Meselâ bir kimse bir malını diğerine sattıktan veya hibe ettikten sonra yargıca giderek şu malımı (bey'-i sahihle falana bey' ve teslim eyledim.) diye ikrar edip hüccete bağlansa bu hüccete (istihkâm hücceti) denir.

Gayrimenkul mülk, vakıf veya müstegallatın temlik ve ferağında istimâli şayidir» (88).

Mahakim-i Şer'iye Nizamnamesinde istihkâm hüccetleri için şöyle denilmektedir:

(İstanbul ve Bilâdi selâse ve tevâbiinde kâin bilcümle vakıf ve müsakkafat ve müstegallâtın ferağı icra olunduktan sonra mamûlübih temessük ibraziyle mefrugunileyh tarafından liecel- il-istihkâm alınacak hüccet yalnız mahkeme-i teftişten verilip mahakim-i şer'iyeden bu makule istihkâm hüccetleri itâ olunmayacaktır.

Taşralarda kâin arazi ve müsakkafat-ı mevkufenin ferağı icra olunduktan sonra taraf-ı vakıftan temessük veyahut muaccelât memuru tarafından itâ olunan ilmühaber mucibince mefrugunleyh cânibinden mütalebe olunan istihkâm hücceti mübâyaat nizamına tevfikan arazi ve müsakkafat-ı mezkûrenin bulunduğu kaza hâkimi tarafından itâ olunacaktır. Kezalik arazi-i miriye için verilecek istihkâm hüccetleri dahi bu minval üzere itâ kılınacaktır.

Rumeli ve Anadolu taraflarında olup ve eshabı Dersaâdette bulunupda Defterhane-i Âmire ve Evkaf Dairesinde ferağları icra olunan

(87) Bilûmum mehakimi şer'iye hakkında müceddeden kaleme alınan Nizamname. Birinci tertip düstür Cilt: 1. Sahife: 301.

(88) Hukuk lügatı. Sahife : 169.

arazi-i mîriye ve mevkufenin istihkâm hüccetleri mübayâa nizamına tatbikan Anadolu'da bulunanlar için Rumeli Kadıaskerleri semahatlû efendiler hazaratı tarafından verilecektir)(89).

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere, istihkâm hücceti, mirî ve mevkuf arazi ile müsakkafatın satışı, memuru huzurunda yapıldıktan sonra şer'i mahkemede de tevsik ve teyit için yapılan hüccettir.

İlâm ve hüccetlerin ne suretle tanzim ve tahrir olunacağını gösterir numuneler tertip olunarak kitaplar vücude getirilmiştir. Bu nümunelere sakk denilir.

«İslâm Hukuku tatbikatında sakk bir ilim denecek mertebe, sâlim ve muttarit usullere raptedilmiştir. Rasgele ilâm yazılmaz. İnşâ kaideleri dairesinde beyân, vesikaların sakkini; mevzuunun hukukî hükümlere muvafık cereyan etmesi, sebkini teşkil eder.» (90)

Şer'i mahkemelerin ilgasından sonra bu mahkemelere ait ilâm ve siciller Asliye mahkemelerine devredilmiştir. Bu sicil ve ilâmlardan bir kısmı çok eski zamanlara ait bulunması itibariyle tarihi vesikalar mahiyetini iktisab ettiği cihetle Millî Eğitim Bakanlığına devri ve müzelerde muhafazası mezkûr bakanlıktan teklif edilmiş, Adalet Bakanlığınca da 1327 senesinden evveline ait şer'i mahkeme sicil ve ilâmlarının adı geçen bakanlığa devri kabul edilmiştir.

Halen bu sicil ve ilâmlar mahkemelerin mıntıkaları dahilindeki müzelerde muhafaza olunmaktadır. (91)

ŞER'İYE MAHKEMESİNDEN VERİLEN İLÂM VE HÜCCETLERİN DELİL OLMAK BAKIMINDAN HUKUKÎ DEĞERLERİ

XLIV — Mecelleye göre hile ve fesattan sâlim olacak surette tutu-

(89) Bilûmum Mahakim-i şer'iye hakkında müceddeden kaleme alınan Nizamname. Madde: 15, 16, 17. Birinci tertip Düstur, Cilt: 1, sahife: 301.

(90) Sakk, Frasça çek kelimesinden ta'ip olunmuştur. urmak mânasıdır. ve yazılı şeye denir.

İstilâhta hâkim tarafından tanzim olunan ilâm ve hüccetlere itlâk olunur. Bundan bahseden İlme sakk tabir olunur.

Sakk berveçhi muharrer vesikaya denildiği gibi beynennâs alınıp verilen senede ve vesâikin elfaz ve ibaresine ıtlâk olunur. Müfat ve mânasına sebk denir. Cem'i sukûktir.

Sebk, altın ve gümüş gibi bir madenî maddeyi eriterek bir kalıba süzme mânasınadır. Istılâhen mutlaka ibarelerin ve bu meyanda ilâm ve hüccetlerin müfat ve mânasına denir. Keenne mâani, kalıbı mesabesinde olan elfaza süzülmüştür. İlâm ve hüccetlerin ibâreleri lisan kaidelerine muvafık ise sakki ve müfat ve mazmunu mevzuunun tâbi; olduğu esaslar muvafık ise sebk-i tam ve aksi halde noksan halelli olur. (Vakıflar. Ali Himmet Berki. Sahife: 332)

(91) 28 Eylûl 1942 gün ve 8104 sayılı tamim.

99

lan mahkeme sicilleri ve usulüne muvafık, tezvir ve tasni' şüphesinden sâlim olarak bir mahkeme hâkimi tarafından verilen ilâm ve senedin mazmuniyle, başka delil aranmaksızın, amel ve hüküm caizdir. Hâkim, mahkemeye sicillât defteri vaz' edip vereceği ilâmları ve senetleri hile ve fesattan sâlim olabilecek muntazam bir surette o deftere kayıt ve tahrir ve anın hıfzına itinâ ile mükelleftir. (Mecelle. Madde: 1738, 1814, 1821)

İlâm ve senedin usulüne muvafık olması, şer'i hükümlere mutabık olarak hüküm ve tanzim edilmesi demektir.

Bir dâva hakkında verilen hükmün usul-ü meşru'asına muvafık olmadığı iddia ve dâvanın yeniden görülmesi istenebilirdi ki buna «istinaf-ı dâva» denilirdi. (Mecelle. Madde: 1838). Bir hâkimin verdiği bir hüküm diğer bir hâkime arz ve bunun tarafından şer'i mürâfaa yapılarak tetkik olunur, evvelki hüküm şer'i ahkâma uygun olursa tasdik olunurdu. Buna «Tenfiz» denilirdi. Aksi halde evvelki hüküm fesholunarak yeniden bir hüküm verilirdi.

Evvelki hüküm — nassa — yani kitaba (Kur'ana) veya sünnet-i meşhureye veya içmâa muhalif ise o hükmün herhalde iptâli lâzımdır.

(Bir dâva hakkında lâhik olan hükme mahkûmunaleyh kanaat etmeyip de ol hükmü hâvi olan ilâmın temyizi talebinde bulunduğu halde ledettetkik usul-u meşruasına muvafık ise tasdik kılınır değil ise nakz olunur.) (Mecelle. Madde: 1839)

Temyiz tetkikatı Fetvâhanede yapılırdı. Fetvâhaneye gelen ilâm ve hüccetin evvelâ mührü tatbik edilirdi. Fetvâhanede kadıların tatbik mühürlerini havi defterler vardır. Sonra münderecatı İlâmat Dairesinde mütalâa olunurdu. İlâm şer'i hükümlere muvafık ise (Mührü mütabık ve meali usulüne muvafık olmakla tenfizi) ibaresi ilâmın bir tarafına yazılarak ve fetva emaneti ile ilâmat-ı şer'iye mümeyyizliğine mahsus mühürler ile mühürlenerek sahibine verilirdi.

İlâm, şer-i hükümlere muvafık değil ise «mührü mütabık ise de meali şu cihetten şer-i âliye muhalif olduğundan yenide nmuhakeme icrası veya şu cihetin islâhı lâzım geldiği» gibi bir ibare yazılmak suretiyle nakız sebepleri beyan edilerek nakzolunur ve aynı şekilde mühürlenerek dâvanın tekrar görülmesi için evvelki hükmü veren mahkemeye iâde edilirdi.

Elde mevcut bazı ilâmlarda «..... kadısı ..... efendinin hatmü imzasını hüccete badelnazar hüccet-i mezbure hasmı câhit muvacehesinde mazmunu veç'hi şer'i üzere bâdelsubut ihticaca sâlih olmakla hüccet-i mezbure mahallî kaleme kayıt» diye kadıaskerlerce tasdik edildiği görülmektedir. Buna ait örneği aşağıda nakil edeceğiz.

100

Şu suretle usulüne muvafık olmayan ilâm ve hüccet delil olamaz.

İlâm veya senet usulüne muvafık olmakla beraber sicilde kayıtlı bulunmaz veya bunların tasni' olunduğu iddia edilerek inkâr edildiği takdirde mazmununun, yâni ilâmda yazılı olduğu üzere karar verildiğinin, mürafaada hazır bulunan şahitlerle isbatı lâzım gelirdi.

Şer-i sicillerin ve dâva zabıtlarının tanzim suretini gösteren 15 Zilhicce 1290 tarihli bir Talimat varsa da (92) bu Talimatta şer-i mahkeme ilâm ve senetleriyle başka delil aranmaksızını ihticaç olunabileceği hakkında bir kayıt yoktur.

4 Cemaziyelûlâ 1296 tarihinden «bilâbeyyine mazmuniyle âmel ve hüküm câiz olabilecek senetlerin ne suretle tanzi medileceği» hakkında bir Talimat neşredilmiştir. (86 numaralı haşiyeye bak). Bu Talimatın 25 inci maddesine göre: (İşbu nizamnameye tevfikan tanzim ve itâ kılınan senedât-ı şer'iyenin mazmunu hasım tarafından inkâr olundukta Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin (1738 ve 1821) inci maddeleri mantuklarınca hükkâm-ı şer'iye senedât-ı mezkürenin bilâbeyyine mazmuniyle hükmedebilir. Fakat ledettetkik bir ilâm veya hüccet veya bir kayıt-da tezvir ve tasni' şâibesi hissolunduğu takdirce hâkim ol ilâm ve hüccet ve kaydın bilâ beyyine mazmuniyle hükmetmeyip mazmununa beyyine talep eder.)

Bu Talimata ilâve olarak Mecelle Cemiyeti sözü geçen talimatın neşrinden evvel tanzim ve itâ kılınmış olan ilâm ve senetlerin bilâbeyyine mazmuniyle hüküm câiz olmayıp mazmununa beyyine talep olunması lâzım geleceği mütalâasını bildirmiştir.

Temyiz Mahkemesinin eski mukarreratı da bu merkezdedir. (93)

22 Muharrem 1300 (Rumî) tarihli talimat ile istinaf ve temyiz usulü hakkında yeni hükümler konulmuştur. Bu talimata göre temyiz tetkikatı Fetvahane ile (Meclis-i Tetkikatı-ı Şer'iye) tarafından yapılacaktır.

Sakk ve sebk (90 numaralı haşiyeye bak). Dahilinde olan itirazlar Fetvahanede; diğer itirazlar yani şer'i ilâmın zabtına ve zabtın usul-ü

(92) Birinci tertip Düstür. Cilt: 4. Sahife: 83.

(93) Mahkemeye ibraz edilen hüccetin tarih-i tanzimi bilâ beyyine mazmuniyle amel olunması caiz olan vesâik-i şer'iyenin suret-i tanzimi hakkındaki talimat tarihinden mukaddem olduğu takdirde bu gibi tarih-i tanzimi mukaddem olan vesâik-i şer'iyenin mazmunu şuhut ile sâbit olmadıkça onunla âmel caiz olamıyacağına göre mezkûr hüccet mabih-ülhüküm ittihaz edilemez. 22 Eylûl 1328 (Rumi), 2 Kanunusani 1329 (Rumi) 5 Ağustos 1330 (Rumi). Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye. Cilt: 2 Sahife: 309 Cilt: 3 Sahife: 343. Cilt: 4 Sahife: 1330.

meşruasına muvafık olup olmadığı hususu (Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyede) temyizen tetkik olunurdu.

Her ilâm veya hüccetin tasdik için mutlaka Fetvâhaneye gönderilmesi lâzım değildi. Taraflar ilâm veya hüccet aleyhine itiraz etmezse Fetvâhaneye gönderilmezdi. Hükmü icra olunurdu. Ancak yetimler, mecnunlar, matuhlar, vakıflar aleyhlerine lâhik olan ilâmlar her halde Fetvâhaneye gönderilirdi. Bunlar Temyizden evvel icra olunmazdı.

Temyiz müddeti mahkûmualeyhe tebliğ olunduğu ve mahkûmunleyhinde ilâmı aldığı tarihten itibaren üç aydı. Bundan sonra itiraz mesmu değildi.

Temyiz arzuhali taşralarda en büyük mülkiye memuruna ve İstanbul'da Adliye Nezaretine verilir; buradan Fetvâhaneye gönderilirdi. Fetvâhanece ilâm, usul-ü meşruasına muvafık ise tasdik olunur, değil ise adem-i muvafakatinin sebepleri ve dâvanın istinafen görülmesi lâzım gelip gelmiyeceği yahut mahkûmualeyhin def'i mesmu olup olmıyacağı ilâmın hamişine veya arkasına yazılarak Fetvâ Emaneti ve İlâmat Müdürlüğü mühriyle mühürlenerek mahalline iâde olunurdu.

İtiraz lâyihasında veya arzuhalde ilâm mazmununun hilâfı vâki' olduğunu iddia gibi bir itiraz ileri sürülmüşse, sakk ve sebk bakımından muktezaları ilâma işaret olunarak diğer itirazların tetkiki için «Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iye» ye havale olunurdu.

Fetvâhane veya «Meclis-i Tetkikatı Şer'iyeden» istinafen dâvanın rüiyetine lüzum gösterilirse beş bin kuruşluk veyahut daha az değerindeki dâvalar, hükmü veren mahkemede; diğeri bundan fazla olan dâvalarla akar dâvaları ve diğer bazı dâvalar: hüküm Kaza Mahkemesinden verilmiş ise Liva Mahkemesinde; Liva Mahkemesinden verilmiş ise vilâyet mahkemesinde; Vlâyet Mahkemesinden verilmiş ise; o velâyete en yakın diğer bir vilâyet mahkemesinde; istinafen görülürdü.

İstanbul'a civar olan Vilâyet Şer'i mahkemelerinde görülen dâvalar, istinafen Kadıasker huzurunda görülürdü.

Kadıasker huzurunda görülen dâvalardan başka İstanbul ve Bilâdı selâse (Eyüp, Galata, Üsküdar) şer'i mahkemelerinden verilen senedât-ı şer'iyenin mühürleri tatbik ve sakk vesebkleri tetkik olunmak üzere Fetvâhaneye havale olunurdu.

İstanbul ve Bilâdı Selâse Şer'i mahkemelerinden verilen ilâmlardan biri Fetvâhanede yahut (Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyede) nakz olundukta; nakiz eğer tekrar mürafaayı mücip mevaddan ise ve taraflardan biri mü-

102

rafaanın huzur-u âlide görülmesini, yapılmasını isterse Huzur-u âliye havale edilirdi. (94)

Şer'iye mahkemelerinden verilen hüccet ve ilâmlar hakkındaki hükümleri şöyle hulâsa edebiliriz:

1 — Şer'iye Mahkemesinden verilen ilâm ve hüccetlerin muteberiyeti için bunların mutlaka Fetvâhanece tasdik edilmesi mecburiyetine müteallik bir hüküm yoktur.

2 — 4 Cemaziyelulâ 1296 tarihli Talimata uygun olarak tanzim edilmiş olan hüccet ve ilâmların mazmuniyle, başka delil aranmaksızın amel olunur. Yani bunlar, sahteliği sabit oluncaya kadar muteber vesikalardandır.

3 — 4 Cemaziyelulâ 1296 tarihli Talimattan evvel verilmiş, mahkeme sicillinde kayıtlı hüccet ve senetlerin de mazmuniyle başka delil aranmaksızın amel edilmelidir. Hernekadar yukarıda izah edidiği gibi Mecelle Cemiyetince bunların mazmununun şahitle isbatı gerekeceği mütalâa edilmiş ise de halen buna imkân yoktur.

4 — Mahkeme sicillinde kaydı bulunmayıpta mührünü mutabık olduğu Fetvâhanedeki kayıtlar ile tevsik edilen hüccet ve ilâmlara da itibar edilmesinin yerinde olacağı kanaatındayım. Zira birçok sebeplerle şer'iye mahkeme sicilleri zayi olmuştur.

İHBAR HÜCCETİ ÖRNEĞİ

Medinei Kayseriyede ..... mahallesi ehalisinden işbu bais-ül-kitab ..... oğlu nam kimesne meclis-i şer'i şerif-i enverde takrir-i kelâm ve ta'bir-i anilmerâm edüp medine-i mezbure Çarşusunda vaki' bir taraftan ..... oğlu ..... dükkânı ve bir taraftan ..... ibni ..... dükkânı ve bir taraftan ..... bini ..... dükkânı ve bir taraftan tarık-ı âm ile mahdut ve malumu-ül-müştemilât bir bab mülk berber dükkânını cemi' müştemilâtiyle bin iki yüz kırk bir senesi sefarülhayrı gurresinde irsen maliki olan gaib anilbelde ... bini nam ... kimesneden ... kuruş semen-i medfu' ve makbuza iştira ve kabzedip olveçhile dükkân-ı mahdud-ı mezkûr tarih-i mezkûrdan berü şirâen müstakillen yedimde mâlım ve mülküm olup lâkin taraf-ı şer'den senedim olmamakla hakikat-ı hâl erbabı vukuftan ledel-istihbar kalb-i şer'i şerifden yedime bir kıta hüccet itâ olunmak muradımdır dedikde hâl-i mezbur ..... ağanın bast-ı beyân eylediği menvâl-ı muharrer üzre olduğu husus-ı merkume vukufu tamları olan medine-i mezbure ehâlisinden işbu hazırunbilmeclis ..... nâm sıhat-ı sahihat-ül-kelimâtın meclis-i şer'de âlâ tarik-üşşehâde ihbarlariyle

(94) Dürerü-ül-hükkâm şerh-i mecellетül-ahkâm. Hoca Emin Efendi Zade Ali Haydar Sahife: 555. 717, 756, 793. 805.

ledeşşer'-ül-enver zâhir ve mütehakkak olmağın vâkik-ül-hâl hıfzı-lilmekâl işbu vesika-i enika bittalep ketb ve imlâ ve liecl-issenet mezbur ..... ağa yedine itâ olundu.

Beyii İstiğlâl Hücceti Örneği

El'emrü kemâ zükire fih nemekah'ül-fakîr ileyhi süphaneh Şeyh Lûtfullah el-müvellâ hilâfeten bimahkeme-i Mahmud Paşa bimedine-i Kostantiniyyet-il-mahmiyye.

Mahmiye-i İstanbul'da Eğrikapu dahilinde Molla Aşkî Mahallesinde sâkin Bostanî Süleyman Ağa ibn-i Ahmet bin-i Hurrem nam kimesne Meclis-i şer'-i şerif-i enverde vilâyet-i Anadolu'da Ürgüp nam-ı diğer Nevşehir kazasına tâbi Arapson nam karyede bina eylediği Cami-i şerif levazimiyüç akara tedbili meşruta nükudun meşrutiyet üzere bermuceb-i vakfiye-i mamulün-biha bilfiil vâkıfı ve mütevellisi olan fahr-ül-akran Süleyman Ağa ibn-i Ahmet bin-i Abdülmennanın tarafından husu-i câ-iz-zikri tasdika vekil olduğu Ahmet Ağa ibn-i Musâ ve Mehmet bin-i Ali şahadetleriyle sâbit olan Ali Efendi ibn-ül-hâc Hasan Efendi mahzarında ikrar ve takrir-i kelâm edüp akd-i âtiz-zikrin suduruna değin yedimde mülk ve hakkım olup mahalle-i mezbûrda vaki bir taraftan Kaptan Paşa çukadarı Mustafa Ağa menzili ve bir taraftan bazan mahalle imamına meşruta iki bap menzil ve bazan Şemun Yahudi arsası ve iki taraftan tarik-i âmm ile mahdut tûlen ve arzan behesab-i terbiî iki bin yüz seksen zira' arsanın tarik-i amm tarafında vakı- tabaka-i ulyâda üç oda ve dehliz ve kenif ve vustada bir oda ve matbah ve dehliz ve süflâda kömürlük ve kenif vebir-imâ' ve escâr-i müsmire ve gayr-i müsmirelu bağçe ve bağçe-i mezbur derununda iki köşkü ve etrafında taş duvarları müştemsil ol sahi berveçhi muharrer bit-tevliye iştirâ ve tesellüm ve kabul vel-merafık tarafeynden icap ve kabulü havi bey'-i bat-i sahih-i şer'i ile vakf-ı mezbur için mütevelli-i merkuma iki bin beş yüz kuruşa bey'ü teslim ol dahi berveçhi mukarrer bit-tevliye iştirâ ve tesellüm ve kabul eyledikten sonra semen-i mezburun beş yüz kuruşunu mal-i vakf-ı mezburdan bana def'ü teslim ben dahi ahzü kabz ve mâada iki bin kuruşunu zikri âti icare-i muaccele içün yed-i mütevellide ibka eyledim ol veçhile menzil-i mahdud-i mezkûr fimaba'd vakf-ı mezbur musakkafâtından olup benim kat'a alâka ve medhalim kalmamağla mütevelli-i mezbur Süleyman Ağa menzil-i mahmud-i mezkûru bad-et-tahliyet-iş-şer'iyye vet-tekabuz-ul-mer'î yedinde ibka eylediğim iki bin kuruş icare-i muaccele ve tarih-i kitabdan (itibaren kelimesi olacak) beher yevm ikişer akça icare-i muaccele ile bana icar ve teslim ben dahi isticar ve kabul edip mebi'-i mezburun tağrir ve gabnine ve bilcümle husus-i mezbura müteallika âm-

106

me-i dâvadan mütevelli-i mezburun ve cânib-i vakfı ve vekil-i mezburun zimmetini ibra.-i âmme ile ibrâ ve iskat anlar dahi ibrâ'-i mezkûru kabul eylediler dedikte gıbbet-tasdik-iş-şer'î mâvaka' bit-taleb ketbolundu. Filyevmis-sânî vel-iş-rine min şehri Rebiülevvel senete semanin ve sittine ve mietin ve elf. (22 Rebiülevvel 1168)

Beyii Kat'î Hücceti Örneği

Eddâî nemekah-ülfakir
Ennâibi bikaza-ı Kırpas
Numan Vehbi

Cezire-i Kıbrısta vâki' Kırpas kazasına muzâfe Ayasmiye karyesi mütemekkinlerinden Yusuf bini Rızvane nâm kimesne meclis-i şer'i hatir-i lâzımüttevkirde işbu bais-ül-kitap yine karye-i mezbure mütemekkinlerinden Hasan bini Hüseyin mahzarında ikrar-ı tam ve ta'bir-i anil-merâm edip akd-ı atiyüzikrin suduruna değin canib-i şerife itâ kılınan bir kıt'a ilmühaberde zikr-i beyan olduğu üzere silk-i milk-i sahibinde münselik olup karye-i mezkûrda kâin bir taraftan Ali bini Musa menzili ve tarafeyni merkum Hasan menzili ve taraf-ı rabi'i tarik-i âm ile mahdut iki bab oda ve yarım dönüm miktarı havluyu müştemil bir bab mülk menzilimi bicümleti mâyeşetimle ve yahviye tarafeynden icap ve kabulü hâvi şurut-u müfside ve muvazaadan âri bey-i baıt-ı şer'i ile bin kuruşa merkum Hasana bey' ve temlik ve teslim eyledim Ol dahi berminval-i muharrer iştirâ ve temellük ve tesellüm ve kabz ve kabul eyledikten sonra semeni olan meblâğ-ı mezkûr bin kuruşu müşteri mezbur Hasan yedinden bittemam velkemâl ahz ve kabzeleyüb umuruma sarî ve istihlâk eyledim ve bey'i mezkûrda tağrir ve gabin vukuuna müteallik dâvadan tarafeynden herbirimiz âharın zimmetini ibrâ-ı sahihh-i şer'i ile kabulü hâvi ibrâ ve iskat eyleyüb fîmâbâd menzil-i mahdud-ı mezkûr ile havluyu mezkûrda benim aslâ ve kat'â alâka ve methalim kalmayup müşteri-i mezbur Hasanın mülk-i müşterâyı sahihi ve hakk-ı sırfı olmuştur. Keyf emâyeşâ ve hasbema yuhtar mâlik ve mutasarrıf olsun dedikde gibbet-tasdik-işşer'î mâvaka' bittaleb ketb ve imlâ kılındı. Tahriren filyevmis-sâlis minşehri zilka'de lisene ihdâ ve semainin ve mieteyn ve elf (1281)

Şuhudülhal

Hakimin imzası sahifenin altında olan bir bey'i istiğlâl hücceti örneği

Mahrusa-i Galata müzâfatından kasaba-i Kasım Paşa'da elhâc Husrev Mahallesinde sâkin İsmâil Çelebi ibn-i Osman nam kimesne meclis-i

105

şer'-î hatîr-ı lâzım-üt-tevkirde mirî kalyonların baş halifesi olan umdetü erbab-it-tahriri vel-kalem elhâc Ömer efendi ibn-ül-hâc Ahmet nam sahib-ül-hayrın va'-ziye evkafından olup akâra tedbili meşruta nukude kaymakam-ı mütevelli olan işbu sahib-ülkitap zübettü eshab-it-tastiri ver-rakam Mehmet efendi ibn-ül-hâc Mehmet mahzarında bitav'ihi ikrar-ı tâm ve takrir'i kelâm edüp akd-i atiz-zikrin suduruna değin yedimde milk ve hakkım olup mahalle'i mezburede vâki' bir taraftan Mustafa Beşe menzili ve bir taraftan kuyucu Ahmet Beşe menzili ve bir taraftan Saka menzili ve bir taraftan tarîk-i hâs ile mahdut fevkanî iki bab oda ve dehliz ve tahtanî bir bab oda ve kenif ve eşcâr-i müsmire ve gayr-i müsmireli bağçe ve zukak kapısını müştemil milk menzilimi cemi-i tevabi' ve levahiki ile tarafeynden icabı ve kabulu hâvi şurut-i müfrideden ârî bey'-i bât-ı sahih-i şer'î ile yüz guruşa mütevellig-i mezbur Mehmet efendiye bey'u teslim eylediğinde ol dahi berveçh-i muharrer taraf-ı vakf içün iştira ve tesellüm ve kabul eyledikten sonra semeni olan meblâğ-i mezkûr yüz guruşu mütevelli-yi mezbur Mehmet efendi yedinden mâl-i vakf-ı mezburdan olmak üzere tamamen ahz'ü kabzedüp menzil-i mahdud-i mezkûr cemi-i müştemilâtiyle musakkafat-ı vakf-ı mezburdan olduktan sonra mütevelli-yi mezbur Mehmed efendi menzil-i mahdud-i mezkûru kendi hatt-u hâtemini hâvi yedime itâ eylediği bir kıt'a mümza ve mahtum temessükü mantukunca elli guruş icare-i muaccele-i makbuza-i müstehleke ve beher şehir yirmi akça icare-i müeccele-i misliye ile bit-tevliye bana icâr ve teslim eyledikte ben dahi ber veçh-i muharrer isticar ve kabul ve kabzedüp bey'i mezkûrun gabn-ü tağririne ve meblâğ-ı müstehlek-i merkumun istîfa ve adem-i istifâsına müteallika âmme-i davadan mütevelli-yi mezbur Mehmet efendi ile cânib-i vakf-ı mezburu ibrâ ive ıskat eyledim dedikte gıbbet-tasdik-iş-şer'-î mâ hüv-el-vaki' bit-talep ketbolundu. Fil-yevmil-hâmisi vel-işrîne min şehri-zilhiccet-iş-şerife liseneti erbain ve hamsine ve mietin ve elf. (25 Zilhicce 1154).

Biimzâ-i Lütfullah efendi en-nâibi
bimahkeme-i Kasım Paşa

İhticaca salih olduğu Anadolu Kadıaskeri tarafından tasdik edilen hücce örneği

Devletlü, merhametlû sultanım hazretleri sağ olsun.

Ankara Sancağında ve nahiyesinde Pavlu nam karye ve gayrıdan beşbin ikiyüz yetmiş üç akçe eşkincilü milk timar dedemizin dedesi İlyas ve anın fevtinden de dedemiz Osman ve anın fevtinden babamız Ali mutasarrıf olup badehu babamız mezbur Ali fevt olup evlad-ı zukûru olmayıp bu cariyelerinîz sagire yetime olmağla milk timar ebâancet et-

meğimiz olup bu cariyenize intikâl edecek iken aharden Mustafa nâm kimesne birtakrip ile üzerine berat alup badehu bu cariyeleriniz Âsitâneye gelüp ecdadımızı ifade ve hakkı sarihimiz olduğu zahır oldukca ecdadımız ve babamız nan paresini merhameten bu cariyenize tevcih ve yedimize berat-ı âlişan ihsan olunup ve mezbur Mustafa ile mahalline Viranşehir kadısı huzurunda mürafaayı şer, olunup timar-ı mezbur ötedenberi ecdadım etmeği ve hakkı sarihimiz olduğu sabit olarak murazada men' ve yedimize huccet-i şer'iye verilüp müdahale olunmak lâzım gelmez iken bu vaki-i mezbur Mustafa yine bir takrib ile timarım almak sevdâsiyle özr-ü küllî murad eder. Mercudurki kayıtlarımıza defterhaneden derkenar olunup malûm-u devletleri buyuruldukta yedimdeki hüccetim ihticaca salih olduğu sadrı Anadolu efendi hazretleri görüp ilâm ve hüccetim tamamen defterhaneye kayd olunup fi mâbâd mezbur Mustafa'nın muarazası men' ..... ferman-ı âli rica olunur.

Ayşe Zeyneb

Arz-ı bendeleridir ki, Eşkincilü mülk timar sair emlâk ve âşiyane misillü rical ve nisâye bilhasbelşer' isabet ederse eşkincilü mülk timar dahi o misillü isaber eder ancak derkenarde mestur eşkincilük mülk timar beratla Aliden kızları Ayşe ve Zeyneb üzerlerinde olup lâkin mukaddema timar-ı mezburdan ref, olunan Mustafa ile Viranşehir kadısı huzurunda murafaa olduklarında timar-ı mezbur ötedenberi mezburetanın ecdadı etmei ve hakkı sarihleridir deyû mezburetam muvacehesinde isbat ve muarazadan men'-î birle yedimize hüccet-i şer-iye verilmiş iken mezbur yine bir takrib ile timarımızı almak sevdasında olmağla hüccetimiz ihticace salih olduğunu Anadolu Kadıaskeri efendi hazretleri ilâm ve mucibince ilâm ve hüccetimiz defterhane-i âmirede hıfz olunmak üzere ferman-ı âlileri ihsan buyurulsun deyû mezburetan hatunlar arzuhal ve işbu keyfiyet malûm-u devletleri oldukda emr-i ferman devletlü sultanım hazretlerinindir.

İmza

İlâmı mucibince hüccete nazar için izzetlü faziletlü sadr-ı Anadolu efendi hazretlerine.

Maruz-ı dâi'-i devlet-i aliyyeleridirki

Sahibet-i arzuhal Ayşe ve Zeyneb nam hatunların yedlerinde olan Viranşehir Kadısı Ömer efendinin hatm-ı imzasını havi hüccete bâdennazar hüccet-i mezbure hasm-ı câhit muvacehesinde mazmunu veçh üzere badel-subut ihticace salih olmağla hüccet-i mezbure mahalli olan kalemine kayıd ve fî mabâd mezburetan Ayşe ve Zeyneb'in hasmı Mustafa nam kimesnenin müdahale ve muarazası men' ve def' olunmak bâ-

107

bında mezburetan Ayşe ve Zeyneb'in yedlerine emr-i şerif-i âlişan ihsan olunmak üzere istdi'a-yı inayet eyledikleri huzuru âlilerine ilâm olundu. Ferman men-lehül-emir hazretlerinindir. 7 Zilhicce 1156.

Mehmet Emin
Abd
Mutabıktır
Mehmet Emin
Abduhu

Elemrü hasma varakahu
nemekah'ül - fakir ileyhi
subhaneh elkadı Viranşehir
Ömer

Viranşehir Kazasına tâbi Kızılbeyli Nam Karye sâkinelerinden Ayşe ve karındaşı Zeynep Binteyn Ali nam hatunlar taraflarından vekil-i müseçcel olan işbu hafız-ül kitap yine karyeden Mustafa bini İsa nam kimesne meclis-i şer'i şerif-i Enver ve mahfel-i din-i münif-i ezherde Hamamlı karyesinden Mustafa Bey ibni Ahmet nam kimesne mahzarında bilvekâle üzerine dâva ve takrir-i kelâm edip tarih-i kitaptan on sene mukaddem müvekkilem mezburetanın babaları Ali fevt olup bunlardan gayri evlad-i züküru kalmayıp bunlar dahi yetim kaldıkta babaları müteveffa Alinin üzerinde olan Ankara kazasına tâbî' Pavlo nam karye ve gayrıdan beş bin iki yüz yetmiş akçe eşkincilû mülk timarına mutasarrıf iken fevt oldukta merkum Mustafa Bey bende evlâtdanım deyü bir takrip ile hilâf-ı inha berat ettirip müekkilelerim mezburetan dahi Devlet-i Aliyyeye varıp ahvallerini arz-i ilâm eylediklerinde salif-ül zikir olunan timar babaları Alinin fevtinden kızları müvekkilem mezburetan Ayşe ve Zeynep hatuna beraat-ı Padişahi ile tevcih olunup yetlerine berâat-ı şerif verilip merkum Mustafa Bey ref' olunmakla mucibince muarazadan men' olunmak matluptur dedikte gıbbessual merkum Mustafa Bey cevabında zikrolunan timar-ı mezkûr on senedir berâat-ı şerif ile zabt ederim mezburetân kızların babaları Ali zabt eyledüğün bilmem deyü inkâr edicek müdde-i mezbur vekil olan Mustafa'dan ref-i şurutuna mutabık beyyine talep olundukta udul-ı ahrâr-ı ricâl-i müsliminden Halil Bey Elhaç Ahmet Çoştuoğlu Ali ve Hüseyin bey bini Mehmet. Hatip Ahmet bini Ahmet nâmdan kimesneler meclis-i şer'ide hazıran olup istifsar olundukta filhakika zikrolunan beş bin iki yüz yetmiş üç akçe eşkincilû mülk timarına kızların babaları Ali mutasarrıf olup Ali'nin babası Osman ve Osman'ın babası İlyas'tır. Bâde vefat kzları mezburetân Ayşe ve Zeynep hatunların yedlerine berâat-ı şerif-i âlişan verilip Mustafa Beyin ref-inden ve babaları Ali fevtinden mezburetân Ayşe ve Zeynebe tevcih olunmağla minval-i muharrer üzere olduğuna bizler şahidiz ve şahadet dahi ederiz deyü birbirleri edâ-i şahadet-i şer'iye edüp bâdettadil vettezkiye şahadetleri makbul olmağın merkum Mustafa Bey mu-

arazadan men' olunmuştur. Filyem-il-aşereyn zilhicce-i şerif hums ve humseyn mieye ve elf.

Şahitler.

Men'i müdahale ilâmı örneği

Medine-i Gümüşhane mülhakatından Gürten Kazası kurâlarından Taşlıca karyesi ahalilerinden Esseyt Ali Şeyhbini Hasan ve Şeyh Hüseyin bini hızır ve Seyt Hasan bini Mehmet ve Seyit Şeyh Mustafa bini Mehmet ve Şeyh Hasan bini Halil ve ..... derviş evlâdından olup derviş zaviyesinden vakf olan mer'alar ve yaylak Halil Bey demekle maruf ve zikir yaylaklar için derviş Halil Nurettin Esseyt-i Saâdet takdim olunan ferman-ı celili mer'iy-ül delil-i ahkâmı üzere ilâm ve hüccet olmuştur. Bâde murur-ul-siniyn-ül-vefir meclis-i şer'i şerif-i münir'i lâzım—ül—tevkirde kaza kuralarından Ulu Köy Balâ ve Zir karyelerinden Kıroğlu Mehmet ve .....ağalar ve sair malûm-ul-esâmi kimesneler muvacehesinde üzerlerine dâva-i tam ve takrir-i kelâmla dedilerki Halil Bey demekle yaylağın bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir tarafı ..... ve bir hududu ..... ve bir tarafı ..... ilâ Kılıç Kaya bu hudutlar ile olan yaylaklar minelkadim ebâanceddin bizim yaylaklarımız olup zapt ve tasarruf ede gelir iken çent seneden berû mutasarrıf olduğumuz yaylaya Uluköy ahalileri cebren ve kahren müdahale edip kefyetleri matlubumuzdur dedikte gıbbessual merkum Uluköy ahalileri cevaplarında bu yaylak anasıl bizimdir dediklerinde Taşlıca ahalilerinin yetlerinde bulunan atik hüccet-i şer'iyelerini ibraz ve berveçhi muharrer hudutlarını beyanla bundan iki yüz kırk sene mukaddem bir defa daha murafaa-i şer'iye ile Taşlıca ahalisine hüküm ve ilâm olunduğu hüveyda oldukta bermucib-i şer'i şerif Taşlıca ahalilerinin takrir-i kelâmlarına beyyine talep olundukta Udul-i müsliminden ..... karyesinden ..... oğlu ..... karye-i mezbureden ..... oğlu ..... karyesinden ..... Karye-i mezbureden ..... ağa nam kimesneler hazırun olup istişhat olunduklarında Halil Bey demekle ma'ruf yaylağın hudutlarını beyân ederek ötedenberi minelkadim zabt ve tasarruflarında olup Uluköy ahalilerinin yayla-i mezkûrda hakları olmayıp Taşlıca ahalilerinin olduğunu bizler biliriz ve böyle şahadet ederiz deyü itiraf ettiklerinde badettadil vettezkiye şahadetleri indeşşer-ül--şerif makbul olup Uluköy karyesinin kat'â yayla-i mezkûrda hak ve alâkaları olmayıp Taşlıca karyesinin zabt ve tasarruflarına hüküm olumdukta işbu ilâm-ı şer'î mahü-

109

velvaki' bittalep Taşlıca ahalisinin uhdelerine bilita ketebehu min şehri -ül-muharrem-ül-haram min ihdâ ve sitteyn ve meeteyn ve elf (1261)

VAKFİYELER

XLV — Vakıf, şekle tabi olmıyan bir taraflı akitlerdendir. Yazılı olarak veya şifahen yapılabilir.

Eski mevzuatımızda vakfiyet iddialarının yazılı delil ile isbatı mecburiyetine müteallik bir hüküm yoktur. Vakfiyet iddiaları her türlü delillerle isbat olunabilir.

Vakfın, lüzum ve ademi lüzumunda müçtehitler ihtilâf etmiş olduklarından (numara XIV bak) vâkıfın veya vefatından sonra mirasçilerinin veya alacaklılarının müracaatı üzerine, mütevelli veya tâyin edilecek kayyım huzuriyle, mürafaa yapılarak, hâkim tercih ettiği içtihada göre vakfın lüzumuna veyahut da ademi lüzumuna hükmederdi. Bu suretle karar verilmesine vakfın tescili denilirdi.

Nümunelerinde de görüleceği üzere vâkıf, vakfettiği malı vakıf şartlarını ve mevkufu mütevelliye teslim ettiğini ve tercih ettiği kavle göre bundan rücu ettiğini beyan eder, mütevelli de vakfın lüzumuna içtihat eden müçtehidin reyine istinaden rücuun caiz olmıyacağını idda eder, hakim de, tercih ettiği reye göre hükmünü verirdi. Elde mevcut olan vakfiyeler şer'î mahkemelerce, vakfın tescili dolayısiyle tanzim edilmiş olan hüccetlerdir. Tescil işleminden ayrı olarak vakfiye tanzim edilmezdi. İşte elde bu suretle tanzim edilmiş vakfiyeler mevcut ise bunlarla da vakfiyet iddiaları isbat olunur.

Ancak mücerret vakfiye ile amel olunmaz. Vakfiyenin mahkeme sicillinde kayıtlı olması ve bu kaydın tasniden salim bulunması lâzımdır (mücerret vakfiye ile amel olunmaz. Amma berveçhi balâ mevsuk ve mutemedunbih olan sicilli mahkemede mukayyet ise ol halde mamulünbih olur. Mecelle 17 39). (numara XXXIII bak).

Aksi halde vakfiye mazmununun şahitle isbatı lâzımgelirdi.

4 Cemaziyelevvel 1296 tarihli talimata uygun olarak tanzim ve tescil edilmiş olan vakfiye hüccetlerinin mazmuniyle başka delil aranmaksızın amel olunur. Bu talimattan önceki zamanlarda tanzim edilmiş olan vakfiye hüccetlerinin mazmuniyle başka delil aranmaksızın amel olunur. Bu talimattan önceki zamanlarda tanzim edilmiş olan vakfiye hüccetleri, mahkeme sicillinde kayıtlı ve bu siciller tezvir ve tasniden salim bulunduğu takdirde hükme medar olur.

110

Talimattan önce tanzim edilmiş vakfiyelerin sicilde kayıtları bulunmasa dahi, mühürlerinin mutabık olduğu fetvahanedeki kayıtlarla tesbit edilen hüccetlerin de şahadete tercihi lâzımgeleceği kanaatındayım. Zira bu gibi hüccetlerin bugün tasni edilmesi sâk ve sebk bakımından müşküldür.

Talimattan önceki tarihlerde tanzim edilmiş vakfiyelerden bir kısmının kuyudu hâkaniye defterlerinden mufassal ve vakıf defterlerinde kaydı mevcuttur. (numara XXVII ye bak). Kuyudu hakani tezvirden emin olmakla mamulünbih olduğu için bu vakfiyeler de muteberdir. Vakfiyelerin aslı mevcut değilse bu kayıtlar da kâfidir (numara XXVIII e bak).

Kuyudu hâkaniden başka, Vakıflar Umum Müdürlüğünde mevcut diğer vakıf kayıtları ile tapu kayıtları da, resmî kayıtlar olduğu cihetle, vakfiyet iddialarını isbata medar edillerdir. Bunlara karşı şahit istima olunamaz.

Vakfiye ile tapu kayıtları tearuz ettiği takdirde ile tapu katıları tearuz etiği takdirde, ötedenberi hangisi ile yani vakfiye veya tapu kaydı ile amel olunmuş ise ona itibar olunur.

Mülkiyet iddiasında bulunan şahsın, vakfın mütevellisi, evlâdı, mirasçıları olup da dâva olunan yer hakkında tevliyet sıfatiyle evkaf idaresiyle muhasebe ve muamelede bulunması da o yerin vakfiyetine delil sayılmaktadır .(95).

VAKFİYE ÖRNEĞİ

El-hamdü lil-lah-il-lezi eazze havassa ibâdihi bisarfi emvalihim ilâ enva'-il- hayrat ve eânehüm alektisabi esnaf-il-mehamidi vel- meberrat

(95) Nazarî ve amlî Hukuk dâvaları Gayrimenkuller hakkında Cevat Abdurrahim Gücün S. 330 Vakıflar. Ali Himmet Berki S. 83, 84.

Temyiz Kararları :

Müddeaaleyh Evkaf İdaresi Vekili, müddeabih yerin vakıf olduğunu dermeyan ve bu defini evkaf idaresinde mahfuz vakıf sicilli ile ispat edeceğini ifade etmiş olmasına mebni hâdisede sübut delili olacak mahiyette bir kayıt mevcut olup olmadığı anlaşılmak için defterin celp ve tetkiki iktiza eder. (Temyiz birinci hukuk. 30/3/1938).

Dâva arzuhalinde tapuda mukayyet olmıyan münazaalı hane hakkındaki iddiasını şahitle ispat edeceği beyan olunmuş ve müddeaaleyh evkaf idaresi tarafından vakfiyet hakkında bir kayıt ve vesika gösterilmemiş olduğu cihetle iki taraf şahitlerinin istimaile hasıl olacak kanaata göre hüküm verilmek iktiza ederken yalnız evkaf idaresinin şahitlerinin istimaile iktifa olunarak dâvanın reddine karar verilmesi (Temyiz birinci hukuk. 223/2/1939, sayı. 1474).

Vakıf ilâmının evvelce fetvahanede cerhedildiğine dair tahriri bir vesika ibraz edilmemiş olmasına ve vakıf ilâmlarının beehemehal fetvahaneye gösteri-

vessalâtü ves-selâmü alâ-resulihi ve nebiyyihi Muhammedin hayr-il-berriyat ve alâ âlihi ve eshabihi ilâyevmin yastazill-ül-mer'-ü taht-es-sadakat.

Emma ba'dü, işbu vakfiyye-i celil-üş-şan-ve ceride-i bedî-ul—unva nın tahrir ve inşasına bâdî ve tastir-i imlâsına adî odur ki: Hüdâvendigâr vilâyet-i celilesi dahilinde Karahisar-ı sâhip sancağı mülhakatından Musluca nam-ı diğer Aziziye kazası dahilinde Sâlihler karyesi ehâlisinden Osman Ağa oğlu Mehmed ibn-i Osman Ağa ibn-i İbrahim ber vech-i âtı vakfına liec-it-tescili vel-emri tekmil mütevellî nasb-ü tâyin eylediği karye-i merkume ehâlisinden Emin oğlu Feyzi bin-i Emin mahzarında ve kazâ-i mezkûr mahkeme-i şer'iyesinde ikrar-ı tâm ve ta'bir-i anil-merâm edüp atyeb-i malimden ifraz eylediğim üç bin guruşu hasbeten lil-lah-is-samed vakf-i sahih-i müebbed ve habs-i sarih-i muhalled ile edüp (vakfedüp olacak (şöyle şart eyledim ki: meblâğ-ı mezkûr üç bin guruş alâvech-il halâl ba yed-i mütevellî rehn-i kavî veba kefil-i melî veya ikisinden biri ile senevî ziyade ve noksan olmayup ve kalemiye namiyle bir sene alınmayup senevî yüzü on iki guruş hisabı üzere istirbah olunup hasıl olan ribhinden karyemize eshab-ı hayratın bina ve inşasına muvaffak oldukları mescid-i şerif cami' oldukta yüz seksen guruşu cami-i şerifde hitabet ciheti ifa edecek zata ve yüz seksen guruşu dahi cami-i şerifin tamir ve termimiyle îfa (îkad olacak) olunacak mum ve kanâdile sarfoluna ve ben lâbis-i libâs-ı hayat oldukça tevliyet yedimde olup vefâtımdan sonra batnen ba'de batnin evlâdımın evlâd-ı evlâdımın ve evlâd-ı evlâdımın aslâhına ve bad-el-inkıraz mezkûr salihler karyesi ehâlilerinden beyinlerinde tevliyete muhtar olan kimseye meşruta olup vakf-ı mezburun tedbil ve tağayyürü (tağyiri), tekessür (teksir ve tevfiri merreten

lip resen tasdik ettirilmesi lüzumu hakkında mevzuat bulunmadığından bu vakfiye ile amel caiz olacağına ve dâvacının fariği olan (A) nın ferağ tarihi vakfiyenin tarhainden muahhar bulunmasına göre mezkûr ferğatın hükmü olmamak icabettiği halde mahkemece bu cihetler teemmül edilmeksizin müddeaaleyh evkaf idaresinin vakfiyet hakkındaki müdafaasının reddine ve münazaalı yere müdahalenin define hüküm verilmesi. (Temyiz Birinci Hukuk. 27/6/1939, Sayı 2912.)

Mezkûr han ..... paşanın evkafından olduğu ibraz edilen vakfiye ve fiilhal mevcut olan büyük kapısı üzerindeki kitabe ile müsbet bulunmasına ve müddeaaleyhin hakikî hasım müvacehesinde olmıyarak tapuya tesciline dair istihsal eylediği zikri geçen hüküm ve buna müsteniden aldığı tapu senedi mezkûr hanın vakfiyetine halel getiremiyeceği gibi muhakemenin cereyanı suretine göre hadisede müruruzaman dahi mevcut olmamasına nazaran elde kat'iyet kesbetmiş bir ilâm mevcut iken vakıf mütevellisinin bu dâvası mesmu olmamak lâzımgeldiğine ve kat-iyet kesbetmiş bir ilâm cerh ve iptal edilemiyeceğine vesaireye müteallik serdedilen itirazlar varit görülemediğinden reddiyle hükmün tasdikine. (Temyiz Birinci Hukuk. 21/6/935).

Dâva olunan (B) Hamamı denilmekle maruf Hamamın aynı isim ve şöhretle İsfendiiyar Bey zaviyesi evkafından olduğu kuyudukadime vakfiye dairesin-

42

ba'de uhrâ yedimde ola ve mürur-i eyyam ve kürur-i a-vam ile icray-i şerâit-i mezkûre müteazzire olur ise ribh-i mezkûr mutlâka fukaray-i müslimîne sarfoluna ve bu meblağ-ı mezkûr üç bin guruşa fârigan anis-şevâgil mütevelli-i merkume teslim ola dahi vakfiyet üzere kabz ve tesellüm ve sâir mütevellilerin evkafa tasarrufları gibi tasarruf eyledi dedikte gibb-et-tasdik-iş-ser'-î vâkıf-ı mezbur butlân—ı vakf—ı nukud ve zımmında olan kuyuda ve ba-dehu kavi-i adem-i lüzumuna teşebbüs edüp mütevelli-i mezbur dahi sıhhat ve lüzumuna zahib olan eimme-i dîn kabulleriyle mukabele birle hüküm taleb edicek fi zemanina beyn-el-ulemâ-i izâm câri olan vech-i muhtar üzere hâkim-i mevki'i sadr-i kitab tûbâ lehu ve hüsnü meâb efendi hazretleri huzurunda mürafaa eylediklerinde ol dahi âlimen bilhilâf-il-câri beyn-el-eimmet-il-eşraf vakf-ı mezburun evvelen sıhhatine ve sâniyen lüzumuna kaza-i mer'-î etmekle vakf'-ı mezbur sahih ve lâzım olup minba'd nakz-ü iptâli mümteni-ül-ihtimal oldu. Ce ra zalike hurrire fil yevm-issâmini aşere min şehri saferilhayr lisetin selâse işrîne ve selâsi mietin ve elf. (18 Safer 1323)

Mer'a Yaylak ve Kışlak dâvalarında sübut delilleri

XLVI — Mer'a, Yaylak ve Kışlağın tarifine ait eski mevzuatımızda bir hüküm yoktur. Bunlara ait hükümlerden istidlâlen örf ve teamülü de nazara alarak bazı tarifler yapılmaktadır.

Mer'a, bir köy veya kasaba halkının hayvanlarının, sabah gidip ak-

---

de mevcut defterde mukayyet bulunduğu kuyudukadime vakfiye müdürlüğünden istihsal olunup mahkemeye gönderilen kayıt suretinden ve bu kayıt suretinin altına yazılan tasdik şerhinden anlaşılmasına ve dâvacıların istinat ettikleri tapu kaydının sahih esasa müstenit olmadığı celp ve tetkik olunan tapu defterleri muhteviyatiyle mahkemece kanaaat husule gelmiş olmasına ve İsfendiyar Bey Camii Şerifi ve zaviyesi akara vakfiyesinin rüyet hesabına dair olan muhasebe cetvelleri münderecatı da mezkûr kayıt suretini teyit eden delâilden bulunmasına ve gerçi müddeaaleyh evkaf idaresi dâva olunan Hamam hakkında bir vakfiye ibraz etmemiş ise de zikri geçen kuyut-u-vakkfiye idaresince mahfuz derterdeki kayıt vakfkiyeti isbat hususunda mamulünbih kuyudu mutebereden olmasına ve evkaf idaresi vekili esnayı muhakemede mezbûr hamamın evvelce mütevellileri tarafından vakfı namına idare edilmekte iken mütevellilerin vefatlarına binaen kırk senedenberi evkaf idaresince vakfı namına tasarruf ve idare olunduğunu iddia edip dâvacılar bunun hilâfı hakkında şayanı tetkik bir iddia ve müdafaada bulunmamış ve dâvalarını yukarıda yazılı olduğu üzere mevsuk olmıyan tapu kaydına iştinat ettirmiş olamlarına mebni varit olmıyan itirazların reddiyle hükmün tasdikine .(Temyiz Birinci Hukuk. 23/3/335).

Eski vakfiyelerin fetvahaneden musaddak olması şart değilidir. (Temyiz Birinci Hukuk. 6/2/1936).

Nazarî ve amelî hukuk dâvaları. Gayrimenkuller hakkında. Cevat Abdurrahim Gücün. Sahife 380.

113

şam, veya bir iki gün gibi kısa bir müddet kaldıktan sonra, dönmek üzere, otlatıldığı yerdir.

Yayla, köy veya kasaba halkının yaz mevsimlerinde hayvanlariyle birlikte göç ettikleri ve hayvanlarını otlatarak istifade ettikleri yerlerdir.

Kışlak da, dağ köylülerinin, kışın hayvanlarını otlatmak için göç ettikleri yerlerdir.

Evvelcede izah ettiğimiz üzere köylere müstakillen veya müştereken tahsis edilmiş olan mer'alardan resim alınmadığı cihetle bunlar tapuda kayıtlı değildir. Binaenaleyh mer'anın minelkadim tahsis edilmiş olup olmadığı ve mikdarı ile hudutlarına, müstakillen veya müştereken tahsi sedilmiş bulunduğuna müteallik iddialar şahitle isbat olunur. Şahitlerin bitaraf olmaları için, intifa hakkı olan köy ve kasaba ahalisinden olmaması lâzımdır. Yargıtayın ötedenberi içtihadı da böyledir (96)

Ancak mer'alar, fermanla tahsis edildiği cihetle elde böyle bir ferman mevcut ise buna karşı şahit dinlenmez.

Mer'a ihtilâfları dolayısiyle şer'î mahkemelerden verilmiş meni müdahale ilâmları ve bunlar üzerine kuyudu hakani defterlerine geçirilmiş kayıtlara da tesadüf edilmektedir. Bu gibi yazılı delillerin mevcudiyeti halinde de şahadete itibar olunmaz.

YAYLAK VE KIŞLAK — Arazi Kanununun 101 inci maddesinde «Defterhanei âmirede mukayyet olup bir karye ahalisine müstakillen veyahut üç beş karye ahalisine müştereken minelkadim mahsus olan yaylak ve kışlağın otundan ve suyundan yalnız kendilerine mahsus olan kar ye ahalisinin istifade edeceği ve bunlardan rüsumatı yaylakiye ve kışlakiye alınacağı» yazılıdır.

Bazı şarihlerce her yaylak ve kışlağın Defterhanede kaydı bulunmadığı cihetle, maddedeki kaydın defterhanede kaydı olmıyanlardan ihtiraza mahmul olamıyacağı, bu gibi iddiaların da şahitle isbat edileceği mütalâa edilmektedir (97)

Yaylak ve kışlak dâvalarının behemehal tapu kaydı ile isbatı gerekeceğini idda edenlerde vardır.

---

(96) Mahkemesi temyizce umuma has mer'aların senetle tasarrufu örf ve âdet olmadığı cihetle müddeabih mahallin mer'a olduğu hakkınad şuhut istimaı lâzımeden iken mahkemece istimaı şuhuttan sarfınazar olması mugayiri kanun olduğundan bahsile ilâmı mümeyyizünbihin nakzedildiği mesbuktur. (Halis Eşref. Arazi Kanunu şerhi. No. 663).

(97) Külliyatı Şerhi Kanunu arazi. Halis EşrefNo. 688,770 Nazarî ve amelî hukuk dâvaları, Gayrimenkuller hakkında. Cevat Abdurrahim Gücün. S. 237).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aşağıdaki kararında yayla iddialarının şahitle isbatı tecviz edilmemektedir.

«Dâvacı köylerin dâvaları, münazaalı mahallin köylerinin muhassas mer'ası olduğuna mütedair olmayıp köyleri ahalisinin yazın ikamet ve intifalarına muhassas yaylalar olduğu iddiasından ibaret olmasına göre hadise Arazi Kanununun 101 inci maddesine temas ettiğinden mezkûr madde hükmüne tevfikan tetkikat icrası ve hadisede şahit istimaına cevaz olmadığının nazarı dikkate alınması ve iddianın mezkûr maddede beyan olunduğu veçhile kayda ve bu mahiyette muteber bir vesikaya müstenit olup olmadığına göre karar itası icap ederken bundan zuhulle Arazi Kanununun 97 inci maddesine istinaden hüküm verilmesi nakzı müstelzimdir» (18/1/935), (98)

Mer'a yayla ve kışlak tabirleri birbirlerine karıştırıldığ ve bazan mer'aların da kaydına tesadüf edildiği cihetle bugibi dâvalarda müddeabihin tapuda kaydı olup olmadığının araştırılmasının muvafık olacağı kanaatındayım.

Gayrimenkullerin taksimine ait dâvalarda Sübut delilleri

XLVII — Müşterek olarak tasarruf edilen gayrimenkullerin taksimini, bil'iştirak tasarruf olunan emvali gayrimenkulenin taksimi hakkındaki kanunu muvakkatten evvel ve sonra olmak üzere mütalâa etmek icabeder.

1 — Bu kanundan evvel gayrimenkulerin taksimi, arazinin nevine göre muhtelif kanunlarla tanzim edilmektedir.

A — Arazi-i emiriye ve mevkufenin taksimi - Arazi Kanununa göre biliştirâk tasarruf olunan arazinin taksimi kabil ise müştereklerden birinin müracaatı üzerine kendileri veya vekili şer'ileri muvacehelerinde memuru marifetiyle şeriklerin hisseleri ifraz olunurdu. Arazi taksim edildikten ve her biri hissesini zabt ve tasarruf ettikten sonra taksimin bozularak yeniden yapılması istenmezdi.

Arazinin taksimi kabil değilse müştereken tasarrufa devam olunurdu. Arazide mehayat (Mecelle 1174 — 1194 üncü maddelere bak) yani münavebe ile tasarruf usulü cari değildi.

Memurunun izin ve marifeti munzam olmadıkça arazinin taksimi caiz değildi. Yani müştereklerin kendi aralarında haricen yaptıkları taksim muteber değildi. (Arazi kanunu 15 — 1713).

(98) Nazarî ve ameli hukuk dâvaları, gayrimenkuller hakkında Cevat Abdurrahim Gücün. Sahife 239.

115

B — EMLÀKİ SIRFENİN TAKSİMİ — Emlâki sırfenin taksiminde Mecellenin kısmete mütaallik 1114 — 1191 inci maddeleri tatbik edilmekte idi. Kısmet, rızaî ve kazaî olarak iki kısma ayrılmakta idi. Kısmeti rıza, müşterek mülk sahiplerinin rızalarile kendi aralarında veya hakim tarafından yapılan taksimdir.

Kısmeti kazada, müştereklerden bir kısmının müracaatı üzerine cebren ve hükmen yapılan taksimdir (Mecelle 1121, 1122).

Emlâki sırfenin haricen taksimi muteberdir. Resmî şekilde ve memuru huzurunda yapılması mecburiyeti yoktur.

C. EVKAFI SAHİHENİN TAKSİMİ — Evkafn taksim, mehaya ve ifrazında cari hükümler gayri müdevvendir. Bunlar fıkıh kitaplarında yazılıdır. Taksimi gayrikabil veya vakfa hasrolunan müsakkafatı mevkufede mehayanın cevazı icrası hakkında 21 Cemeziyülahir 1296 tarihli bir irade mevcuttur (99).

2 — 1 Kânunevvel 1329 tarihli biliştirâk tasarruf olunan emvali gayrimenkulenin taksimi hakkındaki kanunu muvakkatle şayian tasarruf edilen arazi-i emiriye ve mevkufe ile müsakkafat ve müstekallâti vakfiye ve bilcümle emlâk ve akarın ne suretle taksim edileceğine dair hükümler konulmuştur. Bu kanuna göre: Taksimi kabil olan gayrimenkuller rızaen veya hükmen taksim edilebilir. Rızaen taksimde bütün şeriklerin muvafakatı ve hükmen taksimde bazısının talebi kâfidir.

Rızaen taksimde şerikler doğrudan doğruya ve münasip görecekleri surette taksimi icra edebilecekleri gibi Defteri hakani memuruna dahi müracaat edebilirler. Şerikler doğrudan kendi aralarında taksim yaptıkları takdirde keyfiyet taksimi mutazammın mahalle veya köy ihtiyar heyetinden iki kimseden ilmühaber alınır. Defterihakani memuruna getirilir.. Defterihakani memurunca keyfiyet şeriklere takrir ve tasdik ettirildikten sonra sureti taksime göre her birinin müstakillen tasarrufu için namlarına senet verilirdi.

Taksim için Defterihakani memuruna müracaat edilmişse onun tarafından taksim yapılarak keyfiyet tanzim edilecek zabıt varakasile tesbit ve tapuya tescil olunurdu. Şeriklerden bir kısmı taksime razı olmazsa, taksim usulen sulh hâkimi tarafından yapılırdı. (madde 3—7)

Biliştirâk tasarruf olunan emvali gayrimenkulenin taksimi hakkındaki kanunu muvakkat, sarahaten ilga edilmemiş ise de hükümleri Medenî Kanunun taksime mütaallik hükümlerine aykırı bulunduğu cihetle Medenî Kanunun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 43 üncü maddesile zımnen kaldırılmıştır.

(99) Emvali Gayrimenkule kanunları. Karakoç Serkis. Sa. 498.

116

İSTİFADE OLUNAN ESERLER

Dürer-ül-hükkâm şerh-i mecelletülahkâm.	Hoca Emin Efendi Zade Ali Haydar.
Şerh-i cedid-ül-kanun-ı arazi.	» »
Bimecelle-i ahkâm-ı adliye	Kal'a-i Sultaniyeli Hafız Mehmet Ziyaeddin
Külliyat-i Şerh-i kanun-ı arazi.	Halil Eşref
Kanun-ı arazi şerhi	Ömer Hilmi Efendi
Ahkâm-ül-Evkaf	» » »
Telhis-i Ahkâm-ı arazi	H. Cemaleddin
Emval-i Gayrimenkuleye ait muamelat-ı tasarrufiye rehberi	H. Salâhattin. (Mülga Defter-i Hakani Emaneti Senedat-ı Umumiye Müdürü)
Ne tayicül-vukuat	Mustafa Nuri Paşa
Osmanlı Devleti Teşkilâtına methal	İsmail Hakkı Uzunçarşılı
Türk Toprak hukuku tarihinde tanzimat ve arazi kanunnamesi	Ömer Lütfü Barkan
Arazi kanunu ve Tapu Nizamnamesi tahşiyeli.	Karakoç Serkiz
Emvali Gayrimenkule Kanunları tahşiyeli.	» »
Osmanlı Devletinin Saray teşkilâtı	İsmail Hakkı Uzunçarşılı
Osmanlı Tarihi deyimleri ve terimleri sözlüğü	Mehmet Zeki Baykal

Vakıflar	Ali Himmet Berki
Nazarî ve amelî hukuk dâvaları. Gayrimenkule hakkında	Cevat Abdurrahim Gürcün
Kanunu Medenî ve Aynî haklar	İsmail Hakkı Karafakı
Eski yazıları okuma anahtarı.	Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatı. Mahmut Yazır. (Vakıf Kayıtlar Mümeyyizi)

Ceride-i Adliye
Mecmuayı Mukarrerat-ı Temyiziye
Yargıtay Kararları
Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü
Kuyudukadime kaleminde mevcut Kuyud-u hakaniye defterleri.

—o—

48

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ KISIM

	Sahife
Eski Gayrimenkul hukuku	3
Tasarruf senetleri	—3
Evvelki hukukukmuzda mülkiyet ve tasarruf mefhumu ve sumulü	3—6
Gayrimenkule mütaallik mevzuat	7—9
Arazi Kanunundan evvelki zamana ait gayrimenkul hukuku	9—11
Arazinin Büyük bir kısmının Devlet malı sayılması ve kiracılık rejiminin menşei	12—14
Millî araziyi idare ve tasarruf muamelelerini yapma salâhiyeti olanlar	14—17
Arazi Kanununun neşrinden sonraki mevzuat	—18
Milk arazi	18—19
Mirî arazi	19—22
Miri arazinin kiralanmasının Adi kiradan farkları	—22
Vakıf arazi	22—25
Sahih ve gayri sahih vakıflar	25—27
Mevkuf gayrimenkullerin intifa itibariyle nevileri	27—31
Vakıfların idare ve mürakabesi	31—32
Vakıfların idare mürakabe bakımından nevileri	33—34
Metrûk arazi	34—39
Mevat arazi	39—40
Mecelle ve Gayrimenkule müteallik diğer kanunlar	— 41
Gedikler	41—45
Örfübelde gediği — Paftos	49—49

İKİNCİ KISIM

Tapu sicilli	
1 — Atik senetler	
2 — Kuyudu hakaniye	49—50
Mirî araziye ait senetler	50—53
Atik senetlerin Hukukî değerleri	53—56
Kuyudu Hakaniye	56—77
Kuyudu hakaniyenin delil olmak bakımından hukukî değeri	77—78
Tasarruf kayıtları	—78
Mirî araziye ait tasarruf	

119

	Sahife
Kayıt ve senetleri	79—84
Mirî arazide yoklama usuliyle Kayıt tesisi	85—86
Tasdikli ve tasdiksiz yoklama defterlerinin hukukî değerleri	86—88
Arazi-i mevkufe ile musakkafat ve müstagallat-ı mevkufe senetlerinin de defterhaneden verilmesi	89—91
Emlâk-i sırfa ile bu hükümdeki emlâke ait tasarruf senetleri	91—96
Mirî arazi ile tahsisat kabilinden mevkuf arazinin ve icareteyn suretiyle tasarruf olunan musakkafat ve müstagallatı mevkufenin ferağı	96—100
Tapu senetleri ve defter-i Hakani kayıtlarının hukukî değerleri	100—102
Gedik senetleri	102—104
Örfü Belde Gediği — Paftos Bunların medenî kanununa göre hukukî mahiyeti	104—106
Evvelki mevzuatımıza göre gayri muteber olan iktisapların bazı şartlarla tanınması	106—109
Fermanlar hakkında umumî malumat	109—114
Biti	—109
Hüküm	—110
Ferman	—110
Misal	—111
Yarlığ	—112
Nişan	—112
Alâmet-i şerife	—112
Berat	—112
Menşur	113—114
Gayrimenkule tasarrufu natık fermanlar	114—115
Gayrimenkule mütaallik nizaların mahallinde tahkikini amir fermanlar ve buna ait numuneler	115—120
Münazaalı gayrimenkulün aidiyeti tesbit edilmekle beraber muhakeme icrasına mütaallik fermanlar ve numuneler	121—123
İlâm mucibince defterhanedeki kayıtların tashihine ve müdahalenin men'ine mütaallik fermanlar ve numuneleri	123—125
Mülkname, Temlikname	—125
Fermanların isbat kuvvetleri	—125
Şer'iye mahkemelerinden verilen ilâm ve hüccetler	—125
Şer'iye mehkemesinden verilen ilâm ve hüccetlerin delil olmak bakımından hukukî değerleri	125—135
İhbar hücceti örneği	135—141

120

Sahife
Vakfiyeler ve vakfiye örneği . . . . . 141—144
Mer'a, yaylak ve kışlak dâvalarında
subut dedilleri . . . . . 144—145
Gayrimenkulerin taksimine ait
dâvalardan subut dedilleri. . . . . 145—147

— — — o — — —

Türk Adlî Sicilli Bilgi verme faaliyetine başlarken

Yazan : Doktor Reşat D.Tesal
Adlî Sicil Müdürü

Bundan bes sene kadar evvel kurulan Adlî sicil, dikkatli bir hazırlık devresinden sonra müspet ve verimli faaliyetine girmiş bulunuyor. Adalet Bakanlığı, kaza dairelerine yaptığı bir tamimle 1/Haziran/1949 tarihinden itibaren bilgi verilmesine başlanacağnı bildirmiştir. Bu hayırlı faaliyeti vesile bilerek sicil çalışmalariyle ilgili meslekdaşlarla bir hasbihalde bulunmayı ve bu çalışmaların aksamadan gelişmesini sağlayacak tedbirleri birlikte gözden geçirmeyi faydalı bulduk. Aşağıdaki satırlar bu kanaatin mahsulüdür.

Daha ziyade tatbiki ve amelî bir veçhe vermek istediğimiz bu yazıda Adlî Sicil kurulmasının mucip sebepleri ve lüzum ve faydası hakkında uzun boylu tafsilâta girişecek değiliz. Yalnız şu kadar söyleyelim: Leh ve aleyhinde öteden beri fikirler yürütülen adlî sicil müesseseinin suç ve suçlulukla mücadele sahasındaki müspet ve amelî faydası bugün kriminoloji dünyasınca münakaşasız kabul edilmekde, hemen bütün medenî memleketler ceza mevzuatı ve Adalet cihazları bu teşkilâtla takviye edilmiş tamamlanmış bulunmaktadır. Hattâ son zamanlarda bu müessesenin yalnız millî hudutlar içinde değil milletlerarası sahadada suçlulukla mücadele hususunda faydalı olacağı mütalâa edilerek bir milletler arası adlî sicil tesisi cihetine gidilmiştir. Her çeşit istatistik ve sicillerin nazarî ve tatbikî bütün bilginlerin usul ve çalışmalarında en mühim yol göstericilik rolünü oynadıkları bu devirde esasen veziyetin başka türlü tecellisine imkân da tasavvur edilemezdi. Gerçi suçu, cezalandırıldıktan sonra unutulması gereken geçici bir cemiyet hastalığı olarak kabul eden ler arasında suçluların adli hüviyet ve mazilerinin zabıt ve tescil edilmesi keyfiyetini bu gün dahi hoş bir nazarla karşılamayanlar ve unutma ve müsamahanın, damga vurmaktan daha müessir bir çare olduğunu ileri sürenler yok değildir. Ancak, Adlî Sicil tutulmasında takibi gereken başlıca gayenin, suç erbabını silinmiyecek surette ve eski devirleri andırır şekilde damgalamak olmadığı, asıl maksadın suçluların daha müspet şekilde takip ve tecziyesini sağlamak bulunduğu nazara alınır, ve Adli Sicil kayıtlarının, ceza Kanunlarında kabul edilen zamanaşımı süreleri içinde ve bazı şartlar dairesinde tasfiyeye tabi tutulması usulüne baş vurulmak suretiyle adli mazinin devamlı bir şekilde müseccel kalmasındaki mahzurun önlenebileceği düşünülürse, başlıcalarından biri yu-

karıda zikrolunan itirazların varit olmıyacağı neticesine varılır. Adlî Sicil Suçlular ve çeşitli suçluluk halleri hakkında tanzim edilen çeşitli istatistiklerle birlikte bir cemiyetin suç âfetine ne nispette tutulmuş olduğunu gösterir, bir nevi miyardan başka birşey değildir. Cemiyetin nabzı bu yollardan yoklanmadıkça kriminolojik çalışmalara, suç ve suçlulukla mücadeleye girişmeye imkân tasavur olunamaz. Suçluluk hallerinin böyle müşahhas bir şekilde tescilini uygun bulmamak şöyle dursun, bugün bir çok memleketler mevzuatında kabul edilen ve bizde adli zabıtanın bir dereceye kadar bir çalışma vasıtasını teşkil eyleyen Antropometri ve Daktiloskopi bilgilerini inkişaf ettirmek ve bu bilgilere mütaallik tutulacak sicillerin adlî sicille birlikte, hattâ memzucen yürümesini sağlamak lâzımdır. Daha ziyade nazarî vasıfta bir yazı mevzuuna girmesi gereken bu hususlar üzerinde fazla durmayıp yukarda çizdiğimiz hudutlara dönerek adlî sicil teşkilâtımızın ve sicilin iyi çalışmasını, azamî randıman vermesini sağlayacak mahiyetteki tedbirlerin tetkikine girişelim. (1)

Evvelâ zaman zaman sorulan şu iki suali cevaplandırmaya çalışalım: adlî sicil teşkilâtı bizde geç mi kurulmuştur ve kurulan teşkilât verimli olmakta gecikmişmidir? bu müessesenin tarihçesi hatırlanır ve bizde bu sahada yapılan teşebbüsler nazara alınırsa adlî sicilin teşkili hususunda fazla bir gecikmemiz olmadığı anlaşılır. Filhakika yüz senelik bir maziye malik olan ve ancak geçen asrın sonlarına doğru taammüm etmeğe başlayan bu müessesenin teşkiline bizde de bundan 30 küsur sene evvel teşebbüs edilmiştir. (2) Fakat araya giren harbler yüzünden sicil lâyikiyle faaliyete geçmemiş ve onu tahakkuk ettirmek Cumhuriyet devri adliyesine müyesser olmuştur. Hukuk sahasında bu devirde başlayan inkilâplar adli sicilin lüzumunu her zamandan daha açık olmak üzere ortaya çıkarmış ve bidayette C. savcılıkları ve ceza evleri tarafından tutulmak üzere ihdas edilmiş bulunan huruf heca ve kayıt defterlreinin ihtiyacı karşılamadığı suratle anlaşılmıştır. Bu vaziyet gözönünde bulundurularak yaptırılan hazırlık tetkikleri neticesinde, Avrupa'nın en ileri adlî sicil sistemlerinden olan ve evvelâ sadece Viyanada işlemekte iken sonradan bütün Avusturya'ya teşmil edilen ve hattâ Almanya tarafından dahi numune ittihaz edilen teşkilâttan mülhem bir sicil sisteminin kabulü cihetine gidilmiş ve 12/9/1944 tarihli ve 4664 sayılı kanunla bugünkü teşkilâtın temeli atılmıştır.

(1) Adlî Sicil Teşkilâtının tarihçesi ve lüzum ve faydası hakkında, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Usulü Asistanı Sahir Erman'ın Adalet Dergisinin 1947 yılı 8 ve 9 sayılarında çıkan ve Adlî Sicil Teşkilâtımızın etraflı bir tahlilini ihtiva eden (Adlî Sicil) isimli değerli yazısına bakınız.

(2) İlk adlî sicil 25/4/1333 tarihinde ve 277 sayılı bir nizamname ile ihdas edilmişti.

Bu kanunun kabulünü takiben hemen teşkiline girişilen ve 27/10/944 tarihli yönetmelik ile de techiz edilen Adlî Sicil müspet faaliyete girişmekte, yani kurulmasının maksat ve gayesini teşkil eden bilgi verme işine başlamakta acaba gecikmişmidir? Aşagıda vereceğimiz izahat bu ikinci sualin de hayırla cevaplandırılması lâzım geldiğini gösterecektir. Filhakika sicil, geçmiş zamana ait şurada burada mevcut bir takım kayıtları derleyip bunlar üzerinde malûmat vermek için değil fakat teşkili anından itibaren toplanmasına başlanacak bilgiler üzerinden haber vermek zaruretinde olduğu cihetle, esasen kısa bir zamanda verimli olmasına imkân yoktur. Kaldıki, toplanan bilgilerin sistemli bir tanzim ve tasnife tabi tutulması matbu bültenlere kısaltmalar halinde geçirilerek bu kısaltmalarında ayrıca bir takım varakalara yapıştırılması keyfiyetleri dahi sicil muamelâtının, uzun ve itinalı bir çalışmaya ihtiyaç gösterdiğini meydana koymaktadır. Bu ciheti daha iyi açıklamış olmak için Adli Sicilin bilgi toplama faaliyetini kısaca izah edelim:

Kanun ve yönetmeliğinin tetkikinden de anlaşıldığı üzere, Adli Sicil için lüzumlu olan bilgiler bu teşkilâta örnekleri yönetmelik sonunda tesbit edilmiş bulunan bildirme fişleri kanalile gelir. Bu fişler üç nevidir: Ceza fişleri, tâli karar fişleri, yerine getirme fişleri.

Türk mahkemelerinden verilip katileşmiş bütün mahkûmiyet kararlariyle fer'i cezalar ve emniyet tedbirlerine taallûk eden kararlara ait kararlar ceza fişleriyle.

Meşruten tahliye, tecil edilmiş cezaların tenfizine, memnu hakların iadesine, umumî ve hususî affa, zamanaşımı ve şikâyetten vazgeçme gibi sebeplerle aslî ve ferî cezalarla emniyet tedbirlerinin ortadan kalkması, değişmesi veya azalmasına ve iadei muhakemeye ve neticelerine taallûk eden kararlarla tashihi karar veya yazılı emir taleplerinin kabulünü takiben verilen hüküm ve kararlara Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun 402 ve 403. maddelerine müsteniden verilen ve eski hükümlerde değişiklik yapan kararlara ait bilgiler talî karar fişleriyle,

Hürriyeti bağlayıcı cezalarla para cezalarının infaz edildiği tarihlerle fer'i cezalarda ve emniyet tedbirlerinde müddetin bittiği tarihler ise

infaz fişleriyle bildirilir.

(Adli Sicil Kanununun 2, 3 ve 5 inci yönetmeliğin 8 ve 10 uncu maddeleri).

Her mahkûm ve her mahkûmiyet için ayrı fiş doldurulur.

Ceza ve tali karar fişleri taallûk eyledikleri kararı veren mahkemeler tarafından, infaz fişleri ise mahalli C. Savcılığı tarafından doldurulmak lâzımdır. Ancak, meşruten tahliyeye veya bunun geri alınmasına ve af, müruruzaman, şikâyetten vazgeçme gibi sebeplerle ceza ve tedbirlerinin kalkması veya azalması hallerine mütaallik tali karar fişleri mahkeme tarafından değil savcılıklarca doldurulur. (Yönetmeliğin 4,5 ve 10 unmu maddeleri).

Kaza dairelerinden bu esaslar dairesinde gönderilen fişler merkezi adlî sicilde menşe ve nevilerine göre tasnif edilip numaralandıktan sonra ve taallûk ettikleri suçluların soyadlarına göre ve alfabe sırasiyle dizildikten sonra sıhhatli bir surette doldurulup doldurulmadıklarının tesbiti için sıkı bir tetkike tabi tutulurlar. infaz fişlerinin yalnız ceza fişi gelmiş ve işlenmiş olanları tetkike alınır, diğerleri zaman zaman yoklanmak üzere hususi dolaplarda ve tasnif edilmiş halde saklanır.

Adli Sicil merkezini en çok yoran ve en fazla zaman alan bu tetkik işidir diyebiliriz. Günde vasati 700 ile 800 arasında gelen ve dikkatle ve sadakatle doldurulmuş olmaları matulp ve mecburi bulunan fişlerde maalesef pek çok yanlışlıklara rastlanmakta ve merkezce sicil kurulduğundan yani dört buçuk seneden beri her vesilede ve her yolda izhar olunan temennilere rağmen yanlış fiş doldurulmasının önü alınamamaktadır. Bu yüzden tetkike tabi tutulan fişlerden her gün vasati 100 adedi mahallen tashihi gereken mühim noksan veya yanlışları ihtiva etmek sebebiyle geri çevrilmekte, keyfiyet uzun yazışmalara ve aylarca hatta bazan senelerce gecikme ve beklemelere meydan vermektedir. Diğer taraftan, gelen fişleri günü gününe işlemek mcburiyeti bu suretle tashih için geri çevrilenlerin tarih ve tasnif sıralarının kayıp olmasını da mucip olmakta ve bu suretle sicillin tutulmasında temini gaye olan ahenk ve intizam ihlâl edilmiş bulunmaktadır. Halbuki fişleri dolduran mahkeme ve savcılık kalemlerinde gösterilecek ufak bir itina ve imza sırasında yargıç ve savcıların maiyetlerine yapacakları küçük ihtar ve izahat merkezi bu büyük ve sicillin süratle kurulmasına cidden aksatan külfetten hemende tamamen kurtarabilecektir. Fişlerin hatalı veya nokhat merkezi bu büyük ve sicillin süratle kurulmasını cidden aksatan olabileceğini göstermek için bir iki misal verelim: 943, 944 ve 945 senelerinde işlediği hırsızlık, kumar oynatmak, yalan beyan ve yalan şahadet suçlarından yargılandığı (G) mahkemesince çeşitli cezalara mahkûm edilmiş bulunan (R. S.) ye ait olmak üzere düzenlenen ve 1946 yılı içinde merkeze gelen ceza fişleri, her suç için ayrı fiş tanzim edilmiyerek işlenen suçlardan bir kısmının tek fiş üzerinde gösterilmiş olması ve ayrıca

cezaları nictimaını gösteren bir tali karar fişi tanzim edilmemiş bulunması noktalarından geri çevrilmiştir. Mahallî mahkemesince bu esaslar dairesinde ceza fişleri yeniden düzenlenmiş ve tali karar fişi tanzim edi lerek gönderilmiş isede ictimaen verilen cezanın yanlış kaydedilmesi noktasından, fişler yine bozuk olmakla merkez bunları tekrar iade etmek mecburiyetinde kalmıştır. İkinci defa gelen tali karar fişinde yine ictimaa giren ceza nev'i ve miktarlariyle ictima neticesi hüküm olunan ceza miktarı birbirini tutmamakla müdürlük mahkeme ilâmını istemek zorunda kalmış fakat gelen ictima ilâmında ve buna müsteniden 3. üncü defa olarak tanzim edilen tali karar fişinde yazılı mahkûmiyetlerden birine mütedair ceza fişi gönderilmediği ve bu mahkûmiyetin nev'i, tarihi ve mahiyeti bildirilmediği cihetle muamele yine istenilen vuzuhu temin edememiş ve merkezce evrakın 4 üncü defa olarak mahalline iade edilmesine lüzum görülmüş ve böylece 1946 veya nihayet 1947 yılı sicilleri arasına girmesi lâzım gelen bir sicil ufak dikkatsizlikler ve bu yüzden cevapların geç verilmesi ile bugüne kadar yani üç seneye yakın bir zamandır elan tanzim edilememiş bulunmaktadır.

Diğer misal:

Muhtelif hırsızlık suçlarından sanık (S. B.) hakkında, (B) mahkemesinden içtimaen hükükm olunan 8 ay hapis cezası 29/11/1946 tarihinde kesinleşmekle mahallinden gönderilen ceza ve tali karar fişlerine müsteniden sicili merkezce teşkil olunmuş ve ayrıca mahalli sicillin tesisi zımmında bültenden kesilen haber, keyfiyeti bildiren bir yazıya eklenerek (B) ye gönderilmiştir. Aradan bir buçuk sene geçtikten sonra merkeze (S. B.) hakkında yine hırsızlık suçundan aynı tarihte aynı yer mahkemesince yargılandığını, yalnz hükmün farkl bir tarihte 2/3/948 de kesinleştiğini bildiren fişler gelmiştir. Yeni gelen vukuatın sicili evvelce tesis edilmiş olanlarla her bakımdan karşılaştırılıp mukabele edilmesine imkân ve mecburiyet olmamasına ve son gelen fişlerdeki hüküm kesinleşme tarihinin yeni oluşunun şüpheye mahal vermemesine rağmen, zencir numarası vermek üzere aynı şahsa dair eski kayıt mevcut olup olmadığını araştıran haber bakma memurunun yerinde bir fazla dikkatliliği sayesinde, son gelen fişlerin evvelce sicili teşkil edilmiş suça aitiyeti şüphesine düşülmüş ve mahallinden sorulması üzerine verilen cevapta son gelen fişlerin hakikaten müseccel mahkûmiyete ait oldukları ve (S. B.) nin suç arkadaşları hakkında bozmaya müsteniden yeniden yapılan duruşma sonunda verilen ikinci bir hükmün mahkûmiyeti katileşmiş bulunan bu şahsada şamil olduğu zanniyle yanlışlıkla namına fiş doldurulduğu anlaşılmakla aynı suç hakkında ikinci defa sicil tesisi suretiyle hataya düşülmekten kaçınılabilmiştir.

Fakat normal bir kontrolün gözünden kakçabilecek gibi olan bu gibi yanlışlıkların her zaman meydana çıkarılamıyacağı tabiidir. Netekim, önümüzde böyle bir misâlde vardır: Hırsızlık suçundan (Y.) mahkemesince 3/4/1945 de mahkeme edilen (C. Ü.) hakkındaki karar 18/6/1945 te kesinleşmekle fiş merkeze gönderilmiş ve sicil teşkil edilmiştir. Aynı şahıs 12/1/1946 da kesinleşmiş diğer bir hükümle aynı mahkeme tarafından Orman Kanununa muhalefet suçundan da ayrıca mahkûm edilmiş olmakla mahallince bu ikinci suç için bir ceza fişi ve evvelki mahkûmiyetiyle ictimaî mübeyyin bir tali karar fişi tanzim ile iktifa olunması lâzım geldiği halde sicili evvelce tesis edilmiş suç hakkında da bu defa yeniden ceza fişi tanzim edilmiş ve bu mükerrerlik merkezdeki memurun gözünden kaçmakla (C. Ü.) nın aynı hırsızlık suçu hakkında iki defa haber neşir edilerek sicil varakasına mükerrer kayıt konmuştur. zencir numarasının müdüriyetçe yapılan ikinci bir kontrolü sırasında vaziyet anlaşılmakla fazladan tesis olunan haberin tashih ve iptali için Adlî Sicil Kanununun 12 maddesi mucibince Bakanlık Müdürler Kuruluna müracaat edilmesi zarureti hasıl olmuştur. Keyfiyet bu kadarla da kalmamış, işin bu suretle ıslâhına uğraşıldığı sırada mahallinden aynı suçlar hakkında yeniden fişler tanzim edilip gönderildiği görülerek vaki soruya cevaben, mahkemesince fişler ziyaa uğratılmış bulunmakla ihtiyaten yeniden fiş doldurulup gönderildiği yolunda bir cevap alınmıştır.

Merkeze gelen fişler üzerinde rastlanan yanlış ve noksanlar sadece bu gibi cezaların ictimaı veya benzeri ceza tatbiki hususlarına münhasır kalmamakta, sanıkların hüviyetine, suç, karar, kesinleşme ve infaz tarihlerine ve diğer noktalara da şamil bulunmaktadır. Kanun ve yönetmelik sanıkların nüfus kayıtlarındaki meşruhatın, aynen ve şayet iltibasa mahal veriyor veya şüpheye düşürüyorsa tahkik edilmek ve hatta tashih ettirilmek suretiyle fişlere dercini âmil bulunduğu halde, gelen fişlerin pek çoğunda sanıklar ya meselâ (Ahmet namı diğeri Ali), (Özeroğlu namı diğeri Kalaycı) gibi muhtelif ve hangisinin muteber olduğu anlaşılamıyan ad ve soyadları ile gösterilmekte, yahutta doğum tarihi etraflıca tesbit edilmeden sadece (1930 doğumlu) veya (66 yaşında) gibi müphem ve tahmini kayıtlarla iktifa edilmektedir. Keza, nüfus kayıtlarının, uyrukluk vaziyetini kolayca tesbit ve takdirini sağlamak bakımında sanıkların nüfusa mukayyet oldukları yerin, ilce, bucak, köy ve mahalle adı yazılmak, suretiyle tafsilen, yabancı devlet uyruklarının doğum yerlerinin açıkca fişlere derci icabettiği halde birçok fişlerde (filânca ile bağlı filânca kaza) yahutta (filân memleket halkından) denmekle iktifa olunmakta, bu vaziyette merkezle kaza daireleri arasında beyhude yazışmalara vesile vermekte, sicilin süratle kurulmasına ve müdürlük çalışmalarının verimli şekilde tecellisine ciddî bir engel teşki leylemektidir.

127

Uzun bir istitrat yapmamıza vesile teşkil eden merkezdeki tetkik ve tashih işini mütaakip fişlerden yanlışları görülenler mahalline iade için ayrılarak doğru olanları, yine nev-ilerine ve taallûk ettikleri suçlularının soyadına göre alfabetik dolaplara yerleştirilir. Ve buralardan yazı makinası ile özetleri çıkarılmak üzere özel memurlara tevzi ve taksim edilirler. Çıkarılan özetler (ki bunlar haberleri teşkil edecektir) fişleri ile birlikte sabıka aranmak üzere haber bakma memurlarına verilir. Geçmiş ve sicilde mukayyet mahkûmiyeti olanlara fiş ve haberlerin ortasına sabıkayı muhtevi bülten haber numarası, zencir numarası olarak konulur. Ve, gerek sabıkalılara, gerekse başka mahkûmiyeti olmayanlara ait bütün haberler yanlarına nev'ilerini gösteren birer harf (ceza haberleri için C. talî karar haberleri için T. Emniyet tedbirlrei için E. İnfaz haberleri için se Y. Harfi) ve birer sıra numarası konularak (Yönetmeliğin 14, 17, 18, ve 19 uncu maddeleri) bültenlere derc edilmek üzere baskıya gönderilir.

Bültenler bilindiği gibi çift ve tek taraflı olarak basılmaktadır. Sayfalarının yalnız birer tarafı basılı bültenlerden haberler itina ile kesilerek soyadı üzerine ve hurufu heceye tab'an hazırlanmış sicil varakalarına yapıştırılır. Bu varakalar alfabetik bir sıra dairesinde dolaplara yerleştirilerek muhafaza edilir. Merkezi adlî sicil işte bu varakalardan müteşekkildir.

Kanunun 23 üncü ve yönetmeliğin2 inci maddeleri dairesinde ayrıca bütün C. Savcılıkları nezdinde kendi kaza daireleri içinde doğmuş olan veya ora nüfusuna kayıtlı bulunan mahkûmlara ait kayıtları ihtiva eden birer mahallî adlî sicilde kurulmuştur. Bu suretle, mutlak merkezciliğin mahzurları büyük mikyasta önlenmiş sabıka kayıtlarının çabuk temini ve suçluların kolayca takip ve tesbiti sağlanmış bulunmaktadır.

Mahallî sicillerin tesisi için merkezce tek taraflı bültenler ayrıca bir tetkike tabi tutularak bunlardan kesilen haberler suçluların doğum ve kayıt yerlerine göre tasnif edilmekte ve muntazaman ilgili mahallî C. Savcılıklarına ve müstakil sulh mahkemelerine gönderilmektedir. Ayrıca bütün savcılıklara çift taraflı bültenlerden de birer nüsha muntazaman sevk olunmakta ve böylece memleket dahilindeki suç ve suçluluk hareketinden haza dairelerinin devamlı surette haberli olması temin edilmiş bulunmaktadır.

Adlî Sicil çalışmalarının iptidaî maddesini teşkil eden bilgilerin toplanış ve sicili meydana getirecek surette işleniş tarzı hakkında bu şematik malûmatı verdikten sonra birazda bu çalışmaların randımanı ve bu güne kadar elde edilen neticeler üzerinde duralım:

Müdürlük tarafından tutulan aylık ve senelik mesaî istatistiklerine göre, kuruluş ve faaliyete geçiş tarihinden yani 1945 senesi başından beri yıllık fiş varidesi şu seyri takip etmiştir:

1945 de	Gelen Fiş Miktarı :	137507
1946 da	» » » :	177442
1947 de	» » » :	205938
1948 de	» » » :	230806
1949 başından Mayış sonuna kadar	:	117733

Görülüyorki kaza dairelerinden merkeze gönderilen bilgi fişlerinin mikdarı devamlı bir artış arzetmektedir. Bunun sebebini Adlî Sicil teşkilâtının seneler geçtikçe gelişmiş ve daha verimli çalışmağa başlamış olmasında aramak lâzımdır.

Aynı İstatistiklere göre verilen fişlerden işlenmiş olanalrın miktarı şöyledir:

1945 de	69670
1946 da	148077
1947 de	131666
1948 de	127045
1949 senesi başından Mayıs sonuna kadar	47249

Fişlerin geliş nisbeti dairesinde işlenememesinin ve sicili teşkil olunanların azalmakta olmasının başlıca sebeplerinden biri, yukarda izah olunan yanlış veya noksan doldurulmadan mütevellit gecikme ve aksamadır. Günde vasatî yüz fiş üzerinden senede 30000 fişin tashih için geri gönderildiği ve bunlardan bir çoğunun seneye yakın zaman bu yüzden muamelede kaldığı düşünülürse bu cihet teslim olunur. Diğer bir gecikme sebebi de teknik zaruretlerden ileri gelmektedir. Gelen fiş adedinin büyük bir süratle artması bunların işlenmesini yavaşlatmakta, personeli ve malzemeyi kemiyet ve keyfiyet bakımından fişlerin gelişi ve işlerin artışı nispetiyle daimî surette ahenkli ve mütevazin bir durumda bulundurmak imkânsızlığı da bu yavaşlamayı takviye eylemektedir. Bakanlıkca sicil işlerine geçen yıldan beri gösterilmeye başlanan hususî ve olağanüstü ilgi bu işlerin daha süratle inkişafını sağlamış ve bu sayededir ki daha bir müddet gecikmesi mümkün ve muhtemel olan bilgi verme faaliyetine şimdiden başlamak imkânı doğmuştur.

(129)

Bakanlığın bu yüksek hassasiyet ve ilgisini burada şükranla kaydetmeyi bir vazife biliriz.

Hasbıhalimizi bitirmeden evvel, merkezî adlî sicilden bilgi istenirken gözetilecek hususlar hakkında da bir iki söz söyliyelim:

Bilgi isteme ve bu isteği cevaplandırmak, hakkında derderst bir ceza takip veya tahkiki bulunan bir kimsenin sicilde kaydı geçmiş bir mahkûmiyeti olup olmadığını araştırmaktan ibarettir. Bu araştırma ilgili C. Savcılığı veya mahkeme tarafından numunesi yönetmeliğe ekli bilgi isteme kâğıtlarının doldurulması suretiyle vuku bulacak bir talep üzerine yapılır. Mahkeme ve savcılıklara kâfi miktarda gönderilmiş bulunan bu kâğıtların hangi kısımlarının doldurulacağı üzerlerinde işaret edilmiştir. Acele hallerde keza yönetmelik sonunda tesbit edilmiş bulunan formül dairesinde telgrafla bilgi istenebilir. Beyhude yazışmaları ve geçikmeyi önlemek için bütün muhaberatın doğrudan doğruya Adlî Sicil Müdürlüğü ile yapılması esası kabul edilmiştir. Şu halde mahkemelerin, savcılıkları veya bakanlığı, kazalarda vazife gören C. Savcılarının da bağlı olduklara Ağır Ceza Dairesi C. Savcılarını veya keza Bakanlığı tavsit etmemeleri ve yazılarını doğruca Ankara'da Adalet Bakanlığında Adlî Sicil Müdürlüğüne göndermeleri lâzımdır. (Yönetmelik 31. Maddesi) Müdürlükçe bu yazılara ayni usul dairesinde yani resen cevap verileceği tabiidir.

Kanun 19. maddesinde, münhasıran ceza takibatında kullanılmak üzere ihtas edilmiş bulunan Adlî Sicil kayıtlarının gizliliği prensibini vaz ve kabul etmektedir. Suç erbabının adlî mazilerine ait kayıtları umumun tetkikine açık tutan ve her isteyene bunlardan suretler verilmesini kabul eden ceza sistemleri varsa da memleketimiz, vatandaşlık haklarına tam bir riayet göstermek ve yüksek insanlık umde ve prensiplerinden ilham almak suretiyle bu husuta hakiki bir gizlilik usulüne riayet göstermiştir. Sicillerin gizliliği ve ifşa edilmelerinin memnuniyeti prensibinden şu neticeler doğmaktadr:

Bir kimseye ait sicil kaydından bilgi verilmesi ancak bu kimse hakkında herhangi bir ceza takip veya tahkiki mevcut olduğu takdirde ve yalnız bu takip veya tahkiki yapan adlî makam tarafından istenebilir. (1) Zikri geçen kanun maddesi bu makamın C. Savcılığı, mahkeme veya

(1) Memurin Kanunu ve Emniyet Teşkilâtı Kanunu gibi bazı mevzuata göre hakkında herhangi bir ceza takibi olmayan belli kimselerin sabıka kayıtlarının tetkik ettirilmesine dahi lüzum hasıl olabilir. Meselâ memuriyete girmek için başvuran bir şahsın sabıkası olup olmadığını sormak usul ve kanun icabıdır. Bu gibi hallerde adlî sicilden, Bakanlığın 18/5/1945 tarihli ve 13/18 sayılı tamimi dairesinde ilgili C. Savcılıkları tarafından sabıka sorulmalıdır.

yargıç (yani sorgu yargıcı olabileceğini tasrih eylemiştir. Burada tabiî tahkik ve takibi yapan Savcılık, mahkeme veya yargıç bahis konusudur. Yoksa herhangi bir savcılık veya herhangi bir mahkeme veya yargıç, dairesini sanık sıfatiyle ilgilendirmeyen herhangi bir şahıs hakkında bilgi isteyemez. Kanun gerçi bu ciheti tebarüz ettirmemiş isede 19. maddenin vazettiği gizlilik ve ifşa memnuniyeti hükmünden bu neticeyi çıkarmak mümkündür. Yetkili olmayan adli veya sair bir makam veya şahsın merkezî veya mahallî adlî sicilden bilgi istemeğe kalkışması halinde bu isteğin reddi lâzımdır. Esasen bilgi istemenin tabî tutulduğu şekilde bu ihtimalleri bir dereceye kadar önliyecek durumdadır. Filhakika, yönetmeliğin 28. maddesine göre C. Savcılıklariyle bu teşkilâtın bulunduğu yer mahkeme ve sorgu yargıçlıklarından vaki bilgi taleplerine Adlî Sicil Müdürlüğünce sadece bültende çıkan son haber numarasının bildirilmesiyle iktifa olunarak sabıka hakkında tafsilât verilmiyeceği gibi diğer taraftan Adalet Bakanlığı tarafından 3/4/1945 tarihinde 680/11 sayı ile yapılan, ve yönetmelikde zikri geçen 28. maddesinin Savcılık teşkilâtı olmayan yerlerdeki mahkemelerden vukubulacak bilgi taleplerine sicil varakası muhteviyatının aynen ve tamamen bildirilmesi suretiyle cevap verilmesini âmir bulunan son fıkrası hükmünü bertaraf eden bir tamim gereğince savcılık teşkilâtı olmayan yerlerdeki mahkemelere de çift taraflı adlî sicil bültenlerinden gönderilmesine başlanmış ve bu gibi mahkemelerden vaki olacak bilgi isteklerine dahi sadece son çıkan haber nunumarasının bildirlmesiyle iktifa olunması karar altına alınmıştır. Böylece, bütün bilgi isteklerine sicil merkezinden, sadece bültenden arama yapmağa yarar ve âdeta şifre anahtarı vazifesini gören bir numaranın ibldirlmesiyle cevap verilmesini sağlayan bu tedbirler sayesinde, aranan gizlilik yani sicil muhteviyatının yalnız ilgili adlî makamlar arasında kalması hususu geniş mikyasta teminat altına alınmış bulunmaktadır.

Bilgi isterken dikkat edilmesi gereken diğer bir cihet, hakkında bilgi sorulan kimsenin hüviyetinin gayet doğru ve açık olarak bildirilmesidir. Sicil soyadı üzerine kurulmuş ve alfabetik bir tasnife tabi tutulmuş olmakla, bu adı terkip eden harflerden hatta birinin yanlış yazılmsaı (ki bugünkü soyadı örnekleri buna büyük nispette imkân vermektedir) istenilen bilginin verilememesini veya hiç olmazsa yanlışın düzeltilmesine kadar gecikmesini intaç eder. Soyadı doğru yazılmakla beraber bilgisi sorulan kimsenin hüviyetine mütaallik diğer bir kaydın yanlış gösterilmeside aynı neticeyi verebilir. Çünkü birbirine benzeyen soyadları pek çok olmakla, bunların tasnifinde hüviyete dair diğer noktalardaki ayrılıklar Sicil Müdürlüğünce esas ittihaz edilmektedir.

131

Şu halde hüviyete mütaallik bütün izahatın tam bir sadakatla verilmesi şarttır.

Nazara alınacak son bir nokta, mahallî adlî sicil kaydı mevcut olanlar hakkında merkezden bilgi sorulmamasına dikkat olunmasıdır. Aksi takdirde beyhude araştırma ve yazışmalara sebebiyet verilir. Ve bilgi temini gecikir. Bu ciheti sağlamak için de bilgisi istenecek kimselerin doğum ve nüfusa kayıt yerinin doğruca tesbitine çalışmak lâzımdır.

Hülâsa, bir takım kısaltma ve tarihlerden müteşekkil olup daha ziyade istatistiki bir mahiyet gösteren ve kısalığı, tafsilâtsız oluşu bakımlarından yanlışlarının düzeltilmesi güç olan adlî sicilin, gerek bilgi toplamağa gerekse bu bilgilere müsteniden teşkil olunan kayıtlardan bilgi verilmesine müteallik bütün muamelâtının hususi bir dikkat ve itina ile yapılması zarureti vardır. Aksi halde, sicil haberlerinin pek hassas olan bağları kolayca kopar, vatandaşların emniyet ve selâmetine taallûku hasebiyle büyük bir değer arzeden ve ilgili makamlara vaktinde yetiştirilmesi şart olan bilgilerin temini gecikir. Ve bundan umumi mahiyette zararlar doğabilir. Bu itibarla, son sözümüz yukarıda açıklanan hususlara azamî riayet olunarak bildirme fişlerinin ve bilgi isteme evrakının sıhatle doldurulmasını ve vaktinde ve doğrudan Adlî Sicil Müdürlüğüne sevkini ve mahallî sicillerinde aynı sıhat ve itina ile tutulmasını memleket adliyesi için cidden faydalı olan sicil müessesesinin kurulmasında görevli arkadaşlarımızdan tekrar tekrar rica etmekten ibarettir.

BİBLİYOGRAFYA

HUSUSÎ KANUNLARA AİT YARGITAY İÇTİHAT VE KARARLARI

Toplıyan, tertip ve tasnif eden

Hikmet Muradoğlu
Ceza ve Tevkif Evleri Umum Müdür Başmuavini

Fehim Ziya Zoga
Yargıtay 3 üncü Ceze Dairesi Raportörü

———o———

Yargıtay 3 üncü Ceza Dairesi Raportörlerinden ve 1 inci sınıf Yargıçlardan Fehim Ziya Zoga ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Umum Müdür Başmuavini ve 1 inci Şube Müdürü Hikmet Muradoğlu tarafından hazırlanan, (hususî kanun ve nizamnamelere ait Yargıtay Karar ve içtihatları) isimli kitabın uzun zamandanberi devam eden tabı işinin yakında nihayete ereceğini ve birinci cildinin satışa arzedilecek duruma geldiğini umumiyetle haber aldık.

Kitap; halen mer'i bulunan ve kendi bünyesinde cezaî hükümler mevcut olan bütün hususi kanun ve nizamnamelere taallûk eden Yargıtay içtihat ve kararlarını ihtiva etmektedir.

Yüksek mahkemece ittihaz edilen bu nevi içtihat ve kararlar; uzun yıllara bağlı ve değer ifade eden bir emek sarfiyle toplanmış ve bilâhare öğünmye şayan bir çalışma neticesinde, ait bulunduğu kanun ve nizamnamelerin ismine göre, alfabetik bir sıraya riayet edilerek ve tahlili metottan da faydalanılarak tertiplenmiş içtihat ve kararların üzerine selis bir üslûpla canlı ve esaslı hülâsalar konulmuştur.

Hususî kanun ve nizamnameler; tatbik alanında haiz bulundukları kıymet ve ehemmiyete rağmen Türk Hukukunda en kısır ve işlenmesi ihmâl edilmiş konulardan birisini teşkil etmektedir. Bu itibarla hususi kanun ve nizamnamelere ait yargıtay karar ve içtihatlarnın bu şekilde toplanıp yaynlanmasiyle bu hususta ötedenberi duyulmakta olan mübrem bir ihtiyaç karşılanmış ve ayni zamanda Yargıtayın hukuk şaheseri değerini taşıyan birçok içtihat ve kararları edebileşmiş oluyor.

Bu kanun ve nizamnameleri tatbik veya tatbikini kontrolla ödevli bulunan bütün mercilerin işleri, bu kitapla cidden kolaylaştırılmış, özel mevzuatın maksut üzere uygulanması temin edilmiş bulunmaktadır.

Bütün bu içtihat ve kararlarn toplanması ve tanzimi işinin gerektirdiği maddî ve manevî fedakârlığın derece ve ehmmiyetini eserin bizzat kendisi fazlasiyle ifade edecek kıymettedir.

Taşımakta olduğu çok yükskek değere rağmen altı yüz sahifeyi mütecaviz birinci cildine yedi buçuk lira gibi cüzi bir fiyat konulmuş ve ayni durumdaki ikinci cilde de yani fiyat konularak binbeşyüz sahifeye varan iki cildin onbeş lira gibi bir fiyatla satışına karar verilmiştir ki bu da; eser sahiplerinin mesleğe hizmette bulunmayı ön plânda mütalâa etmekte olduklarını gösteren vakıadır.

İkinci cild, birinci cildin devamı olarak yirmi kûsur hususi kanuna ait karar ve içtihatları ihtiva etmekle beraber bilhassa 1918 sayılı kanuna taallûk eden karar ve içtihatlar çok esaslı bir şekilde tasnif edildikten sonra, gümrük ve tekel mevzuatına mahsus kararlar da; ait olduğu mevzuatın alfabe sırasiyle isimleri sıralanmak suretiyle tasnif olunmuş ve en nihayete 1918 sayılı kanunda yazılı; gümrük muayenesine tâbi olan ve Türkiye'ye ithali veya Türkiye'den ihracı memnu bulunan şeyler ile devletin eli altındaki maddelerin kaçakçılıkklarına taallûk eden müşterek kaidelere ait kararlar konulmak suretiyle eser tamamlanmıştır.

Birinci cildinin pek yakında satışa arzedileceğini memnunlukla öğrendiğimiz bu kitabı; yalnız adalet cihazı elemanlarına değil devlet teşkilâtındaki bütün organlara ve yurtdaşlara faide sağlıyacak bir değeri haiz bulunduğu cihetle; memnuniyetle ve güvenerek takdim ediyoruz.

Hazırlıyanları kutlular ve bu hususiaki mesailerini takdirle anarız.

Kâmil Tepeci: Notlu ve İzahlı BORÇLAR KANUNU; İlgili kanunlar, nizamnameler, Yargıtay ve Federal Mahkeme Kararları

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası: 1949, 12. lira.

Ankara Birinci Asliye Hukuk Yargıcı Kâmil Tepeci, tatbikatta büyük fayda sağlayan «Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenisi» adlı 2 ciltlik eserinden sonra bu kerre yine bütün hukukçuları alâkadar edecek yeni bir eser daha yayınlamıştır. Eserin adı «Notlu ve İzahlı BORÇLAR KANUNU, ilgili kanunlar, nizamnameler Yargıtay ve Federal Mahkeme Kararları» dır.

İnkilâbın tabiî bir neticesi olarak her sahada vukubulan büyük değişiklikler ve inkişaflar, zaman mefhumunun kıymetini artırmış ve in-

174

sanlar asgari mesai karşılığı azamî randıman alacak tarzda çalışmağı tercih etmeğe başlamışlardır. İşte müellif inkilâp sonu doğan bu ihtiyaç ve zarureti takdir ederek bize zamandan büyük mikyasta tasarruf imkânını sağlayacak bu yeni eseri vermiştir.

Bir madde-i kanuniyenin tedvininden kanun vazınca ne kasdedildiği ve maddenin istinat ettiği prensiplerin nelerden ibaret bulunduğu ve ne gibi hâdiselerde tatbik olunabileceği hususlarını arayıp bulmak ve tespit etmek saatleri ve günleri dolduran mesaiye ihtiyaç gösterir. Alâkalı kimse yorulmaksızın aradığı şeyleri kolayca ilgili madde altında bulabilrse buna tahsis edeceği zamandan tasarruf edebildiği müddeti diğer faideli sahalara hasredebilir. Bu suretle hem meslek sahibi ve hemde cemiyet istifade eder.

Sayın Yargıç: Hukuk kütüphanelerimize kazandırdığı bu eseriyle hem meslek mensuplarına ve hem de cemiyete karşı büyük bir hizmette bulunmuştur.

Eser; hukukun dayandığı felsefi görüşü ve içtimaî âmilleri izah ether maddesine ilgili daire kararları iyi ve kolayca kavranabilecek bir şekilde hülâsa edilerek konduğu gibi muhalefet şerhleri, hatta raportörlerin notları da ilâve edilmiştir.

Eser sahibi ayrıca, hakkında Yargıtayca verilmiş bir karar bulunmıyan kanun maddeleri altına elde edebildiği Federal Mahkeme Kararlarını koymak suretiyle eserin kıymetini arttırmıştır.

Müellif bundan başka, İçtihadı Birleştirme ve Hukuk Genel Kurulunun bir çok kararlarını almayı ihmâl etmemiş ve bunlara da kitabında yer vermiştir.

Eser her bakımdan mükemmeldir. Tatbikat alanında çalışan yargıçlar ve bilhassa avukatlar için değeri pek büyüktür. Müellifin evvelce yayınladığı Notlu İzahlı Medenî Kanun eserinden elde ettiği tecrübelerden faydalanarak bu son eserini daha mükemmel hazırladığı anlaşılmaktadır.

Eseri, yargıçlara, avukatlara ve tatbikatta çalışan bütün meslestaşlara hararetle tavsiye eder, kitabın müellifinden tedarik edilebileceğini hatırlatırız.

ORD. PROF. E. HİRŞ: HUKUK FELSEFESİ VE HUKUK SOSYOLOJİSİ DERSLERİ.

Ankara Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O.

1949. Sahife: 464. Kr. 850

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. E. Hirş; Hukuk Fakültesi derslerinden olan «Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi»

135

hakkında 1945—1949 yılları içinde öğrencilere verdikleri ders notlarını haşiye, Bibliografya ve fihrist ilâvesiyle kitap halinde yayınlamıştır.

Eser; hukukun dayandığı felsefi görüşü ve iştimaî âmilleri izah etmesi bakımından hukuk öğrencilerinin olduğu kadar hukukçularında genel kültür ve ilmî seviyelerini yükseltecek bir değer taşımaktadır.

Eser, önsöz yazısiyle başlamakta ve bundan sonra fihrist ve giriş gelmektedir. Daha sonra dersin konusu, Modern kanunlarımızın dayandığı fikrî temeller, Toplumsal hayat, Sosyoloji ve felsefe bakımdan hukuk hakkında bilgi verilmiştir.

1. nci Kitap (Metodoloji): İlmin konusu olarak Hukuk: Hukukun mutad tetkik zaviyesi, Temel kavramlar, pratik, misal, Hukuk ilminin sahası, Meslek olarak Hukuk, İlim olarak Hukuk, Klâsik Hukuk İlmi: Hukuk ilmi hakkında meşhur tarifler, Klasik Hukuk ilminin kolları, Hukuk ilminin ödevi, İzah ve ifade serbestisi (Terminoloji), İlimde sistem; Bilim kolu olarak hukuk doğmatiği: Hukuk doğmatiğinin ilmî vasfı, Bilgi, İlim, Kanun ve düzen tâbirleri, Pascal ve Kirchmann'ın sözlerini ve müellifin fikri; Genel Hukuk Bilgisi: Hukuk sistemlerinin çokluğu, Genel Hukuk bilgisinin gayesi, konusu, ilmî vasfı; Hukuk kaidelerinin mahiyeti: Tasarım olarak hukuk kaidesi, emir önergesi olarak hukuk kaidesi, yargı olarak hukuk kaidesi, şartlar, Yargı olarak hukuk kaidesi, Hukuk normolojisi: Norm bilimleri, «Normatif» kelimesi, Öz hukuk ilmi, ve müellifin fikri; Hukukî meseleler: Hukuka dair tarifleri, Hukuka dair klâsik tarihi ve mukayeseli eserler, Kanun taslak ve tasarıları; Hukukî problemcilik: Sabit ve değişmez unsur, Problemler sistemi ve «Hukuk sistemi», Kelimenin asıl anlamında «Hukuk İlmi»;

II. nci Kitap: Birinci Bölüm (Felsefe): Felsefenin konusu, Felsefe kelimesinin anlamı, fikir faaliyeti olarak felsefenin konusu, bilim kolu olarak felsefenin konusu, Felsefenin görevi; Bilgi ve Değer: Esas, Bilgi yargıçları, Hareket teorisi ((Axologie-değer kavramı), Değer kavramı ve metafizik; İlkeler ilmi: Esas, Tasnif metodu, Tipleştirme, Felsefe binası (şema); Bilgi Kuramı: Bilginin menşei, Hududları, Konusu; Değer kuramı: Kaidelerin menşei, Kaide koymanın (değer biçmenin) menşei, Kaidelerin mahiyeti; Fizik-ötesi:: İlkelerin sayısı, Niteliği, Varlığın ve olgunların değeri, Tanrı meselesi, İrade serbestisi, Ruhun mahiyet ve niteliği; İkinci Bölüm: Hukuk felsefesi mektepleri: Hukukî tefekkür meselesi, Tabiat felsefesine dayanan tabiî hukuk, Din felsefesinin tasiri altındaki tabiî hukuk, Tenevvür devrinde tabiî Hukuk, Tarihçi mektep, Tarihçi mektebin doğuşunu hazırlayan sebepler, Tarihçi hukuk mektebinin görüşü, Tarihçi mektebin tenkidi ve İçtimaî Hukuk mekktebinin do-

136

ğuşu, İçtimaî hukuk mektepleri, Hukukî pozitivizm, Pozitivizmin çeşitli anlamları, Pozitivizmin doğurduğu tepkileri: Tabiî hukuk rönesansı; Üçüncü Bölüm: (Hukuk kavramı) Kısım: 1: Hak ve hukuk tâbirleri, giriş, Hukuk kakvramının önemi, Hak, hukuk tâbirleri, İlmi terminoloji Kavram ve tanım: Kısaltma, Kavramdan maksat, Târif; Hukuk kavramının kaplam ve işlemi: Kaplamın tahdidi, Zaviye meselesi, İçtimaî olarak Hukuk Kavramının işlemi; Kısım: 2: Şekilci teoriler bakımından hukuk kavramı: Hukuk İlâhî bir emirdir» fikri, En yüksek hakimiyet sahibi olarak Tanrı fikri, Teokratik görüşün ayrımı vasıfları, «Emir kavramı», «İlâhî emir :«Hukuk en kuvvetli olanın iradesidir» fikri, «En kuvvetli olan» kavramı, Müstebitler hakkındaki fikirler, Mutlakiyetçi hukuk kavramı, «Hukuk milletin umumî iradesidir» fikri, J. J. Rousseau'nun fikirleri, İçtimaî mukavele (Contrât Social) nazariyesi, «Mâşerî irade» kavramının tahlili; Hürriyet kavramının tahlili, Hürriyet kavramının anlamları, İrade, Elindelik (Libre arbitre), Erkinlik (Liberté), (İndéterminisme) yadgerekircilik Reousseau'nun fikirleri. Kant'ın hukuk kavramı hakkındaki fikirleri, Mukavele ve hukuk kavramı, Ebedî sulh, Bireycilik meselesi, Yadgeregircilik (Indétrmin isme) meselesi, Özkerlik (Autonomie) ve yaderklik (hétéronomie) meselesi, Ahlâk ve siyaset meselesi; (Kısım: 3: Özcü teoriler bakımından hukuk kavramı: Hukuk kaidelerinin zorlayıcı mahiyeti, «Cemiyet kavramı, İçtimaî nizamlar, Zorlama, Cebir ve tehdit, Zorlama kuramının bazı temsilcileri: Hukukun muayyen mefhumlara olgunluğu esasını arayan teoriler, Uygunluk mefhumu, Norm mefhumu, Norm nasıl elde edilir, Hukukta en yüksek norm; Hukukun doğruluğu, Uygunluğu nazariyesi, Spinoza Hegel, Hukukî bir katagori olarak kabul edenler, Netice; Hukukun adalete uygunluğu nazariyesi: Adalet mefhumu, Adaleti «fazilet» olarak kabul eden Aristo'nun fikirleri, Adaleti «Hukuk duygusu» manasına kabul edenlerin fikirleri Socrates'in fikirleri, Diğer görüşleri; «Ferd herşeyin ölçüsüdür» düsturu, Hukukta gaye, Sofistler, Epikur, Hobbes; Ferd değil Cemiyet esasdır» düsturu, Stobacılık, Hugo Grotius, Pufendorf'ın fikirleri John Locke, Montesqiueu'nin fikirleri, Jhering'in fikirleri; Dördüncü Bölüm: Hukuk idesi. İdeal, İde, Mesele, benlik ile dünya tefriki, Ölçü mefhumları olarak «gaye» ve «ide» misal, Hukukta gaye, İde, İdeal ve İdeoloji; Hukuk İdesi, Eflâtun, Giriş, Eflâtunun Devlet ve Hukuk telekkisi, Adalet mefhumu; Beşinci Bölüm: En yüksek ölçü: İlliyet ve gaye, Varsayım olarak illiyet prensibi, Tabiat plânı, Tabiat Kanunları, İlliyet ve gaye, Barışta yarış: Hukukun son hedefi, En yüksek ölçü, Adalet, yaşama hakkı, Yarış ve Barış;

Kitap: III — Hukuk sosyolojisi; Bölüm: 1: Kargaşalığın eseri olarak

137

Hukuk, İde ve Gerçeklik, Sosyoloji adını taşıyan bilim kolunun kökleri; Hegelyanizm, Giriş, Tekâmül Kanunu, Muhafazakârlar, İhtilâlcı Cereyan, Comte ve Spencer: Agust Comte'nin fikirleri, Herbert Spencer'in fikirleri, Tenkit; Sosyolojinin ilmî mahiyeti: İçtimaî felsefe olarak sosyoloji, Toplumbilim olarak sosyoloji, Sosyolojinin esası meseleleri; Modern ilim zaviyesinden sosyoloji, Mesele, İhtimalî Kanunlar, Dalgalar sistemi, İlliyet ve hürriyet, içtimaî hayatta ikicilik (dualisme); Bölüm:2: Hukuk Sosyolojisinin ilmî mahiyeti,Hareket notamız, Diğer görüş tarzları; Hukuk sosyolojisinin ödev, Konu ve Konunun tahdidi, Metod; Bölüm: 3: Saf (nazarî) Hukuk Sosyolojisi; Temeller, Görüş zaviyesi, hukukî makanizma ve içtimai Organizma, Terminoloji, Tipoloji, Düşünüş boyutu ((eb'adı); Hukuk gerekçeli i; İnsanlar- arası münasebet sistemlerinin çokluğu, Ayırma teşekkülleri, İçtimaiyatçı gözü ile hukuk nedir; İçtimaî hayattaki sabiteler, Sabite ne demektir. Hukuk-dışı ruhî unsurlar, Hukuk-içi ruhî unsurlar; Hukukî teşkilâtlandırma, Cevher ve şekil, meşru kılma fenomeni, Hukukta bağlılık fenomeni, İntibak (uyma) fenomeni, İdare eden grup, İçtimaî hayattaki değişkenler, Değişen ne demektir. Muhit farkları, Muhit farklarından doğan neticeler, Değişkenler arasındaki mütekabil tabiiyet Siyasî değişkenler, Kuvvet (cebir) ve hukuk, Esas teşkilât ve Anayasa, İktidar ve nüfuz, Zor ve Cebir, Netice; Diğer değişkenler, İktisadî, Kültürel, Hukukî değişkenler; Pratik (tatbikî) Hukuk sosyolojisi, Teşkilâtlandırılmış İçtimaî hayat, Siyaset, Âmme menfaati, Siyasetin istikameti hakkında geniş izahat verilmiştir.

HASAN BASRİ TARMAN: GIYAP MÜESSESESİ (HUKUK VE CEZADA).

İstanbul Duygu Matbaası: 1949, Sahife: 314, Lira: 3.

Hukuk dergilerinde çıkan değerli yazılariyle meslekdaşlarına faydalı olmağa çalışan Kırıkkale Asliye Ceza Yargıcı Hasan Basri Tarman; bu defa da hukukun pek fazla işlenmemiş olan gıyap müessesesi hakkında bütün hukukçuların ve halkın faydalanacabileceği kıymetli bir eser yayınlamıştır.

Eser, Avukat Dr. Orhan Arsal'ın «Giriş» başlığı altında kitap ve konu hakkındaki olgun yazısiyle başlamaktadır. Bundan sonra Siyasal Bilgiler Okulu Profesörlerinden Dr. K. Fikret Arık'ın kıymetli önsöz yazısı gelmektedir. Daha sonra gelen müellifin önsöz yazısında da Gıyap Müessesesi ve eserin yayın maksadı hakkında geniş tafsilât ve bilgi verilmiştir.

138

«Hukukta Gıyap Müessesesi» ni ihtiva eden 1. nci Kitap 1. nci bölümde: Gıyabın tarifi, Gıyap müessesesine giriş, Eski Usul hukukundaki Gıyap; II. nci Bölümde: Gıyap müessesesinin tarihçesi ve muhakeme-i şer'iyedeki gıyap hükümleri; III ncü Bölümde: Mecelledeki Gıyap hükümleri izah olunmuştur. IV. ncü Bölümde: Usulü Muhakematı Ticariyeye dair nizamname ve V. nci bölümde: Usulü Muhakematı Hukukîyede Gıyap ve Usulü Muhakeme-i Hukukiye Kanununa müzeyyel Kanun; VI nci bölümünde Sulh Hâhimleri Kanunu; VII. nci bölümde: Fransız Usulü Muhakemelerinde Géyap; Gaipleri birden çok olması; Dâvacının akameti: İtiraz; İtirazın neticeleri; İtirazı imkânsız kılan haller, Geçici icra; Üçüncü şahıslara karşı İcra; VIII. nci bölümde: Roma Hukukunda Yargılama usulü ve Gıyap Müessesesi, Adlî Teşkilât ve Yargılama Usulü, Hukuk dâvalarında Yargılama usulü Dâvalının gelmemesi hali, Roma hukukunda Dâvanın cereyan tarzı; IX ncu bölümde: Kıprıs Usul Hukukunda Gıyap Müessesesi, X. ncu bölümde: İsviçre Usul Hukukunda Gıyap müessesesi; XI nci bölümde: Şimdiki Usul Hukukumuzda Gıyap Adliye Vekâletinin esbabı mucibe lâyihası, Adliye Encümeninin mazbatası, 1086 sayılı Hukuk Usul Kanununun gıyap hükümleri (Madde: 398: 412; 2606 sayılı kanunla tadil edilen Hukuk Usul Kanununun gerekçesi, Hükümetin teklifi, Gıyap hükümlerinin genel izahı, Muamelesiz gıyap kararı, muameleli gıyap kararı, çağrılan tarafın gelmemesi hâli, Gaibin hangi masrafları ödeyeceği; Gıyap hükümlerinin en son şekli, Özel kanunlardaki Gıyap hükümlerinden Köy Kanunundaki gıyap hükümleri ve Çiftçi Mallarını Koruma Kanununda gıyap hükümleri, Gıyap hükümleri hakkında fikir ve mütalâalar; XII nci bölümde: Eski ve yeni gıyap hükümleri hakkında bir mukayese; XIII ncü bölümde: Gıyap Hükümlerinin bugünkü ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı; XIV ncü bölümde: Taksim işlerinde Gıtay muamelesi, XV nci bölümde: Yargıtayda cereyan eden muamelelerde gıyap, XVI ncı bölümde: Eski içtihatlar; 1086 sayılı Kanun hakkındaki içtihatlar; Gıyap hükümleri hakkında Adalet Bakanlığının mütalâaları XVII nci bölümde: Adalet Bakanlığının tadil projesi hakkındaki izahat ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısındaki gıyap hükümleri hakkında bilgi verilmiştir.

«Ceza Hukukunda Çıyap Müessesesi» ni ihtiva eden II nci Kitap 1. nci bölümde: Giriş, Gıyapta muhakeme; 2 nci bölümde: Ceza Hukukunda gıyap müessesesinin tarihçesi; 3 üncü bölümde: Alman Ceza Muhakemelerinde gıyap, ilân suretiyle dâvet, Haciz, Delillerin muhafazası, İhbar, Teminat; 4 ncü bölümde: İngiliz Usul Hukukunda gıyap, Sanıkların muhakeme huzuruna celbi; 5 nci bölümde: Özel kanunlardaki gıyap hükümleri, Askerî Ceza Usul Kanununda gıyap; 6 ncı bölümde: Çeltik

139

Ekim Kanununda gıyap, 7 nci bölümde: Belediye umuruna mütaallik Ahkâmı Cezaiye Kanunu; 8 nci bölümde: Damga Resmi Kanununda gıyap, Tahkikatı icra edilen sanık Adliye Vekâletinin esbabı mucibesi, Adliye encümenininin mazbatası; Gıyap hükümleri lâyihası; 12 inci bölümde: Ceza Usulü Kanunumuzdaki yeni gıyap hükümleri, Genel izahat, Malların haczi;13 ncü bölümde: Gaipleri hakkındaki hükümlerin umumi izahı, Gaiplik Müsadere; 14. cü bölümde: Bugünkü gıyap hükümleri eski gıyap hükümlerinin mukayesesi, eski hukukta gıyap, ilân gaibin kendiliğinden teslimi, Bugünkü hukukta gıyap; 15 nci bölümde: Bugünkü ceza Usul Kanunundaki gıyap hükümlerinin ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı; 16 ncı bölümde: Yeni tasarı ve gerekçesi; 17 nci bölümde: Gıyap hükümleri hakkındaki eski ve yeni içtihatlar ve mütalâalar gösterildikten sonra fihrist ve kitabın hazırlanmasında faydalanılan kitap ve dergiler konulmuştur.

Tatbikatta her zaman başvurulan mühim bir müessese olan Gıyap hakkındaki bu kıymetli eser, meslektaşlar için çok faydalı olacaktır. Hararetle tavsiye eder, Müellifini başarılı çalışmasından dolayı tebrik ederiz.

YAŞAYAN HUKUK DERGİSİ

Yıl: 1, Sayı: 1, Kr.: 100.

Ankara avukatlarından M. Celâl Bulut, Fahri Halil Örs ve Emin Abdullah Özerol taraflarından yayınlanan «Yaşayan Hukuk Dergisi» benzerleri içinde yegâne denecek şekilde itinalı olarak hazırlanmıştır.

Dergi; ele alınınca, ilk defa güzel ve renkli kapağı üzerindeki Hukuk ve Adaleti temsil eden arma göze çarpmaktadır. İki kısma ayrılan muhteviyatının I. nci bölümünde: «Çınarken» başlığı altında yayın maksadı pek güzel belirtilmiş, sahife üst ve altlarına «Hukukî Vecizeler» ilâve edilmiştir.

Makaleler kısmında: Maliye Bakanlığı Hukuk Müşaviri Vasfi Şensözen'in: —İçtihadı Birleştirme Kararı münasebetiyle— «Paftos ve Orfü Belde»; Ankara Ticaret Mahkemesi Üyesi Kevni Sızan'ın: «Millî Korunma Kanunu muvacehesinde tahliye istemleri»; Siyasal Bilgiler Okulu profesörlerinden Avukat Dr. Kemal Fikret Arık'ın «Mukavelenin icra olunacağı yer» (ve bu yer mahkemesinin salâhiyeti); yazıları ve Ankara Asliye 6 ncı Hukuk Yargıcı Dr. Fahri Çalkın'ın dilimize çevirdiği «İsviçre Federal Mahkemesi Kararları» bulunmaktadır.

140

2. nci «İçtihat Kararları» bölümünde: 3. Yargıtay Tevhidi İçtihat; 1. Danıştay 5. nci Dairesi; 3. Yargıtay 1. nci Hukuk; 1. İkinci Hukuk; 1. İcra ve İflâs; 1. Ticaret: 4. adet Dördüncü Ceza Dairesi Kararları konulmuştur. Kararlar dikkkatle seçilmiş, özetleri tam ve anlaşılır bir şekilde çıkarılmış ve kararların ilgili kanun ve maddeleri gösterilmiştir. Bundan başka dergiye konulmuş ve konulacak olan İdarî, Kazaî İçtihatlar ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları taallûk ettikleri kanunların maddelerine göre ayrı, ayrı kartonlarda sıralanabilecek şekilde bu nevi dergilerde ilk defa yapılan bir yenilik olmak üzere yapraklar halinde zımbalı olarak ilâve edilmiştir.

Derginin bir hususiyeti de güzel tertip edilmesi, yazı ve kararların yanlışsız olarak basılmış olmasıdır.

Dergi, kısa zamanda bütün hukukçuların ve aydınların dergisi olacak değerde görülmüştür.

Her ay bir sayı itibariyle yılda 12 nüshalık bir kolleksiyon vücude getirecek olan kıymetli hukuk dergisinin yıllık abonesi 9 lira olup Ankara Anafartalar Cad. Cumhuriyet Han No. 3 den tedarik edilecektir.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ.
Yıl: 1949. Sayı: 3.

İstanbul Barosunun her ay muntazaman yayınladığı kıymetli hukuk dergisinin 1949 yılı Mart ayı nüshası şu yazılarla çıkmıştır:

Avukat Necmettin Berkin: Kongurdato ve İflâs; Avukat Hidayet Aydıner: Kanunumuzun bozukluğundan vatandaşların çektiği ıstırap; Avukat Nihat Bartu: Kat ve arapartman mülkiyeti; İ. E. P.: «Türk Medenî Hukuku»; F. P..: «Kolay Miras Taksimi» adlı kitaplar Bibliyografyasıİçtihatlar; Meslek haberleri: Avukatlık Kanunun 5178 sayılı Kanunla değiştirilen 21 nci maddesinin yorumlanmasına mahal olmadığı hakkında; Ölülerimiz.

AYNI DERGİ. Sayı: 4.

Avukat Dr. Necmettin Berkin: Kongurdato akdi ve Kongurdatonun hukukî mahiyeti; Dr. Sahir Erman: Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu: Avukat Halil Arda: 400 küsur sene evvel sadır olan dört İçtihadı Birleştirme Kararı: Akuvat Hakkı Nezihi Savram: 1949 yılının birinci üç

aylık mevzuatı; Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararları; «Hekimlerin hukukî mesuliyeti» adlı kitap bibliyografyası; Avukatlık Kanununun 19 ncu maddesinin tatbiki hakkındaki yıllık toplantı; Ölülerimiz.

İLERİ HUKUK DERGİSİ. Sayı: 47, Kr. 75.

Mardin Milletvekili M. Kâmil Boran tarafından neşrolunan derginin 1949 yılı Mayıs ayı sayısı aşağıdaki yazı ve kararları ihtiva etmektedir.

Yavuz Fındıkgil: Ceza Mevzuatımızın hangi suç ve suçlulara tatbik edilebilir; Dr. Jur. Necmettin Verkin: Hukuk Yargıcı Sahte addettiği senedi re'sen reddedebilir mi?; 1 — «İddianamedeki kanun maddesine göre vazifesi meselesi», 2 — «Duruşmada tahakkuk edecek duruma nazaran görevsizlik kararı» hakkındaki Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 1 — «Taksirli suçlarda fiille netice arasındaki rabıta, Kovalamadan kaçan maktulün yuvarladığı kayalığın tehlikesini idrak müsaadesi ve tedbirsizlik»; 2 — Memnu hakların iadesi isteğinde maddî ve manevî şartların aranması»; 3 — «Zamanaşımı kesildiği takdirde ceza dâvası ne vakit zamanaşımına uğrar»; 4 — «İki zamanaşımını kesen sebep arasında asıl zamanaşımı süresinin geçmesi hali»; 5 — «Tedbirsizlik ve dikkatsizlikle ölüme sebebiyet suçunda mesulü bilmale mesuliyet terettüp etmesi»; 6 — «Türk Ceza Kanunun 516 ncı maddesine göre meyveli ağaç mefhumu»; 7 — «Kız ve kadının zinalarında teselsül ve temadi unsurları ve zamanaşımına tesirleri» hakkında Yargıtay 1, 3, 4 ncü ceza; 1 — «Tasfiye halindeki Komandit Şirketi Ortakları ve tasfiye memurunun eylemleri»; 2 — «Hakem kararlarının hukukta yargılama kanununda yazılı sebeplerden birine muhalefet halinde bozulması»; 3 — «Yargılamada ileri sürülmiyen itirazlar ve mebiin teslimi süresinde muayene ve ihbarda bulunmaması» hakkında Yargıtay TicaretDairesi Kararları ve 1 — «4379 sayılı Kanuna göre sebkeden kıdemin hesaba katılacağı zaman»; 2 — «1505 sayılı Kanun gereğince yapılacak kamulaştırmada kamu menfaati kararını vermek salâhiyeti» hakkına Danıştay kararları; Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı.

SOSYAL HUKUK VE İKTİSAT MECMUASI. Sayı: 9, Lira: 1.

Her ay muntazaman yayınlanan derginin Mayıs 1949 nüshası aşağıdaki konulara ait yazılarla çıkmıştır:

Mecmua: Bir tavzih ve bir izah; Safa Ş. Erkün: İşçi Kanunî Haklarını kayıp etmemek için nelere dikkat etmelidir; Dr. Naci Şensoy: Çocuk Serseriliği ve dilençiliği sosyal problemi; Dr. Vakur Versan: Amerika'da icra organının ıslâhına doğru; B. Faure - Y. Altuğ: Fransa'da İhtiyarlık Sigortasının bütün halka teşmili;

İktisadî Hayat: Sulhî Alson: Türk parasının istikrarını ihlâl eden âmiller - Petrol işletmesi - Ticaret Kongresi - Mesken buhranı;

Sosyal Hayat: Ziya Tataç: İşçi Sigortaları Kurumunun faaliyetine toplu bakış - Veraset Kanununda yapılacak değişiklik - Paris Radyosunda bir Türk Hukukçunun vereceği konferans. V. S.;

S. E: Prof. Bettiol'ün konferansları;

Dış memleketlerde Sosyal Hukuk: Ziya Tataç: Birleşik Amerika'nın yeni sağlık teşkilâtı - Milletlerarası «Mukayeseli Hukuk Derneği» nin toplantısı;

Birleşmiş Milletler Faaliyeti: Edip F. Çelik: Génocide mukavelesi.

Sosyal bakımdan fikir hayatımız: Dr. Zahit İmre: İçtimaî siyaset konferansları; T. C. Merkez Bankasının Nisan ayı haftalık vaziyetleri.

SİYASİ İLİMLER MECMUASI. Sayı: 214.

18 inci yıl neşir hayatına başlayan mecmuanın 1949 Ocak ayı nüshası şu yazılarla çıkmıştır:

Prof. Hasan Refikk Ertuğ: Yabancı memleketlerdeki öğrencilerimiz, Prof. Atıf Akgüç: İtalyan Parlâmentosununun 100 yılı: 1, Dr. Zahit İmre Tazminat Hukukuk. Dr. M. Şerif Korkut: Niçin çok üremiyoruz Prof. Marcel Waline: Memurların şahsî suçlarından dolayı sorumsuzlukları (Tercüme) I, Namık Zeki Aral: Bütçede tasarruf: II, Macit Kayra: 1948 Türkiye İktisat Kongresi, N. Z. Aral: Ziraî Kalkınma ve malî cephesi Prof. A. Şükrü Esmer: Bu ayın olayları, N. Z. Aral: «Memurlar İstatistiği» adlı kitap Bibliyografyası, T. C. Merkez Bankasının aylık hesap vaziyeti.

AYNİ DERGİ. Sayı: 215

R. S.: Siyasal Bilgiler Okuluna dair, Prof Atıf Akgüç: İtalyan Parlâmentosunun 100 yılı: II. N. Z. Aral Bütçe açıklar ve nakit muameleleri. Maurice Pernot: İhtiyarî köle (Tercüme), Prof. Marcel Waline: Memurların şahsî suçlardan dolayı sorumsuzlukları: II, (Tercüme), N. Z. Aral: geç

kalan bütçe, Ord. Prof. Ali Fuat Başgil: Anayasamız tadile muhtaçtır: I, N. Z. Aral: Maişet seviyesi, Prof A. Şükrü Ermer: Bu ayın olayları, Prof H. R. Ertuğ: «Kat mülkiyeti» adlı kitap bibliyografyası. V. S.

DANIŞTAY KARARLAR DERGİSİ. Sayı: 41, Kr. 100.

Danıştayca üç ayda bir yayınlanan derginin bu sayısı: Dâva Daireleri Genel Kurulunun; 4 üncü Dairenin: Kazanç Vergisi, Gümrük resmî, Veraset ve İntikâl, Usul ile ilgili, Beşinci Dairenin: Memur, Aylık, Yolluk ve Yevmiye, Emekli, İkramiye, Dul ve Yetim aylığı, Vakıf ve Başka İşler, Altıncı Dairenin: Belediye vergi ve resimleri, Askerlik, Kamulaştırma, İskân ve Göçmen, Metrük mallar, Okul ve Enstitü, İş Kanunu ile İlkili işler ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarını ihtiva etmektedir.

İŞ MECMUASI. Yıl: 1949, Sayı: 91, 92, 93.

Onbeş yıldanberi Fikrî, Hukukî İçtimaî ve İktisadî konulardaki kıymetli yazılarla yayınlanan mecmuanın 1949 yılı Mart ayı nüshası: Ord Prof. Sıddık Sami Onar'ın: Prof. E. Von Aster'i İstanbul Üniversitesinde yadetmek için yapılan toplantıdaki hitabesi; Prof. İbşiroğlu Mazhar Şevket, Prof W. Kranz, Prof A. Rustow, Prof. Dr. Macit Gökberk, Prof. Fırdıkoğlu Z. Fahri, Cavit Orhan Tütengil, Bedia Akarsu, Dr. İ. Halid, Ord. Prof M. Şekip Tunç, T. Mengüçoğlu'nun Profesör E. V. Aster hakkındaki yazıları ve Saire ile çıkmıştır.

AYNI DERGİ: 94, 94.

İş: Üç fırka, üç profesör; bir profesörün ölümü; Prof. Dr. Sulhi Dönmezer: Amerika'da çocuk suçluluğu ile mücadele; Osman Tolga: Ziya Gökalp'da iktisat; Dr. M. Devecioğlu: Bir müessesemiz kıymet kazanıyor; Fındıkoğlu: Yolumuz ve adımız; Bir derneğe verilecek cevap, köy enstitüleri bayramı; Ulus refikimizin bir inadı; Şark Vilâyetlerimizin kalkınması, Büyük M. Meclisinde bir kaç gün, Eftâtun'un iflâsı; İbret alalım; Soyadlarımız V. S...

K. D.

TERFİ LİSTESİ

Yükselmelerine halen kazai ve inzibatî engel olmayan yardımcı, yargıç ve savcılarla yargıç sınıfından sayılanların Nisan 1949 sonuna kadar yükselme sürelerini bitirenlerle bu süre içinde 4379 sayılı kanundan faydalananların sicil sayısı itibariyle isimlerini gösterir liste Yargıçlar Kanununun 29 uncu maddesi gereğince her meslek sınıfları için ayrı ayrı hazırlanarak aşağıda gösterilmiştir.

Kendilerini yükselmeğe lâyik gördükleri halde bu listede isimlerini bulamıyanlar adı geçen maddenin ikinci fıkrası gereğince yayım gününden itibaren bir ay içinde iki sayılı Ayırma Meclisine yazılı olarak itiraz edebilirler.

İkinci Sınıflarda Beş veya bu sınıfların 4 üncü derecesinde 3 yılı bitirenler

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
1	187	Sırrı Özuysal	Bandırma Yargıcı
2	778	Sadullah Fatin Erdem	Çanakkale Hukuk Yargıcı
3	1320	Mehmet Özyol	Fethiye Hukuk Yargıcı
4	1322	Saffet Tekinalp	Muğla C. Savcısı
5	1394	Burhanettin Özger	M. Kemalpaşa Ceza Yargıcı
6	3286	Fahrettin Oğuz	Bilecik C. Savcısı
7	3602	Nazif Cebecioğlu	Ankara As. Hukuk Yargıcı
8	4053	Osman Nuri Akpınar	Denizli Hukuk Yargıcı
9	4160	Hüseyin Timur Kalkay	Foça Yargıcı
10	4343	Tevfik Artuk	Bitlis Yargıcı
11	4985	Kâmil Tepeci	Ankara Asliye Hukuk Yar.
12	5186	Tahir Sebük	Ankara Ticaret Mah. Baş.
13	5314	Cevdet Soydan	Kocaeli Ceza Yargıcı
14	5382	Mehmet Arıkan	Birinci S. Adalet Müfettişi

YARGICIN SINIFI

BEŞİNCİ DERECE

1	5583	İzzet Gür	İstanbul Yargıcı
2	5916	Edip Ünalerzan	Bursa Hukuk Yargıcı
3	6437	Zühtü Saka	Burdur Yargıcı
4	6459	Kâzım Karay	İstanbul Asliye Hukuk Yargıcı
5	6468	Celâl Varol	İzmir Yargıcı

ALTTINCI DERECE

1	6537	Piraye Pilâvoğlu	İzmir Ticaret Mahkemesi Üyesi.

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
2	6724	Bedia Söylemez.	İstanbul Sulh Yargıcı
3	6727	Hilmi Davazlıgil	İstanbul Sulh Yargıcı
4	6954	Ahmet Erdoğdu.	Ankara Yargıcı

YEDİNCİ DERECE

1	4934	İlhami Giray	Korkuteli Sorgu Yargıcı
2	9811	Hayri Çobanoğlu	İstanbul Sulh Yargıcı

SEKİZİNCİ DERECE

1	5431	İsmail Hakkı Sansal	Bolvadin Sorgu Yargıcı
2	6828	Rasim Teomanuz	Beyşehir Hukuk Yargıcı
3	8443	Ahmet Karan	Pazarcık Yargıcı
4	8460	Şakir Doğan	Finike Yargıcı
5	8461	Hızır Cengiz	Saimbeyli Yargıcı
6	8464	Kemal Onsun	Ankara Sulh Yargıcı
7	8548	Kâmil Tamuca	Buldan Sorgu Yargıcı
8	8735	Necdet Haker	Kocaeli Sulh Yargıcı
9	8995	Zeki Yılmazer	Sivrihisar Hukuk Yarıgıcı

DOKUZUNCU DERECE

1	6790	Nimet Onan	Ankara Yargıç Yardımcısı
2	7066	Rahmi Özer	Kırıkkale Yargıç Yardımcısı
3	8178	Mehmet Kayran	Bulancak Sorgu Yardımcısı
4	8343	Kadir Otman	İskilip Yargıç Yardımcısı
5	8533	Kâmil Ergüney	Of Yargıç Yardımcısı
6	8580	Zeki Tekin	Bergama Yargıç Yardımcısı
7	8808	Ahmet Emin Güneş	Aşkale Yargıcı
8	8941	Cevat Selçuk	Bolu Yargıç Yardımcısı
9	8966	Ernin Tolga	Kütahya Yargıç Yardımcısı
10	8974	Ahmet Destebaş	Çivril Sorgu Yargıcı
11	8996	Sacit Çetintaş	Yargıtay Raportörü
12	9007	Ahmet Karahan	Islâhiye Yargıç Yardımcısı
13	9017	Mehmet Arzuman	Gördes Yargıç Yardımcısı
14	9020	Aziz Bulut	Mut Yargıcı
15	9025	Celâl Tunca	Tekirdağ Sulh Yargıcı
16	9038	İrfan Ergen	Siverek Ceza Yargıcı
17	9045	Samih Akgöl	Gümüşhacıköy Yargıç Yardımcısı
18	9392	Murat Bilgin	Mersin Yargıç Yardımcısı
19	9403	Abdurrahman Kavak	Ardahan Yargıç Yardımcısı
20	9580	Vahdettin Oktay	Kargı Yargıç Yardımcısı
21	9591	Selâhattin Güvenç	Palu Yargıç Yardımcısı
22	9602	Selim Leblebici	Karaisalı Yargıç Yardımcısı
23	9610	Zeki Tüzün	Uluborlu Yargıç Yardımcısı
24	9614	Edip Üstün	Çekerek Sulk Yargıcı

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
25	9643	Mehmet Kovancı	Babaeski Yargıç Yardımcısı
26	9646	Hasan Çalım	Samandağı Sulh Yargıç Yardımcısı
27	9648	Mehmet Uzlam	Orhaneli Yargıç Yardımcısı
28	9650	Enver Akçakaya	Midyat Yargıç Yardımcısı
29	9651	Hakkı Erdoğan	Ahlat Sulh Yargıç Yardımcısı
30	9656	Sami Öktem	Yıldızeli Yargıç Yardımcısı
31	9658	Zühtü Çidam	Ağrı Yargıç Yardımcısı
32	9664	Niyazi Uysal	Tuzluca Yargıç Yardımcısı
33	9665	Nihat Ataç	Manyas Sulh Yargıç Yardımcısı
34	9666	M. İhsan Çeviköz	Kaş Yargıç Yardımcısı
35	9668	Muzaffer Bilginer	Seydişehir Yargıç Yardımcısı
36	9672	Azmi Sağıroğlu	Bilecik Sulh Yargıcı
37	9680	Nihat Baykal	Çarşamba Yargıç Yardımcısı
38	9685	Ahmet Nihat Baran	Biga Yargıç Yardımcısı
39	9686	Ahmet Kurşun	Karapınar Yargıç Yardımcısı
40	9690	Reşat Onurer	Akdağmadeni Yargıcı
41	9694	Muzaffer Akgün	Mutki Yargıç Yardımcısı
42	9696	Alâattin Dehrioğlu	Rize Ağır ceza Mahkemesi Üye Yardımcısı
43	9697	Kemal Açıkalp	Gümüşane Yargıç Yardımcısı
44	9699	Nihat Su	Akçakale Yargıç Yardımcısı
45	9704	Hakkı Molvalıoğlu	Anamur Yargıç Yardımcısı

ONUNCU DERECE

1	7366	Nihat Okurer	Ilıç Yargıç Yardımcısı
2	9188	Sıtkı Yücel	Birecik Yargıç Yardımcısı
3	9441	Sabahattin Gökbulak	Kars Yargıç Yardımcısı
4	9454	Hasan Özelçi	Iğdır Yargıç Yardımcısı
5	9456	Şemsettin Aytuğ	Tercan Yargıç Yardımcısı
6	9459	Kemal Alev	Küre Yargıç Yardımcısı
7	9467	Mustafa Tüfekçi	Sarıkamış Yargıç Yardımcısı
8	9993	Mustafa Ülkü	Nusaybin Yargıç Yardımcısı
9	9977	Mehmet Hicret Üner	Mardin Yargıç Yardımcısı
10	10082	Hüseyin Fehmi Yönel	Ağrı Yargıç Yardımcısı
11	10284	Ali Şahin Yaman	Sorgun Yargıç Yardımcısı

SAVCILIK SINIFI

YEDİNCİ DERECE

1	8113	Tarık Onan	İstanbul C. Savcı Yardımcısı

SEKİZİNCİ DERECE

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
1	8149	Nedim Çermikli	Karadeniz Ereğlisi C. Savcısı
2	8356	Ertuğrul Tozman	Gümüşhacıköy C. Savcı Yardımcısı
3	8419	Mithat Sungur	Merzifon C. Savcı Yardımcısı
4	8480	Sanih Sarpkaya	Yalova C. Savcısı
5	8509	Naim Gilisiralıoğlu	Çumra C. Savcı Yardımcısı
6	8521	Mehmet Suphi Cebe	Eskişehir C. Savcı Yardımcısı

DOKUZUNCU DERECE

1	8724	Vedat Mengi	Nevşehir C. Savcı Yardımcısı
2	8778	Ömer Araz	İncesu C. Savcısı
3	8792	Enver Çevik	Nusaybin C. Savcı Yardımcısı
4	8794	İbrahim Pamukçu	Alucra C. Savcı Yardımcısı
5	8929	Refik İnan	Koyulhisar C. Savcı Yardımcısı
6	8954	Behçet Hüdaioğlu	Ankara C. Savcı Yardımcısı
7	8973	Nuri Sirek	Ordu C. Savcı Yardımcısı
8	8975	Ekrem Subaşı	Karacasu C. Savcı Yardımcısı
9	8998	Zeynelabidin Önertaç	Haymana C. Savcı Yardımcısı
10	9002	Namık Erbay	Zonguldak C. Savcı Yardımcısı
11	9006	Nusret Kirişcioğlu	Çanakkale C. Savcı Yardımcısı
12	9609	Fuat Doğuç	Niğde C. Savcı Yardımcısı
13	9613	Naci Türemen	Yozgat C. Savcı Yardımcısı
14	9615	Aziz Erkü	İstanbul C. Savcı Yardımcısı
15	9616	Cemalettin Tomruk	Erzincan C. Savcı Yardımcısı
16	9644	Hüseyin Hüsnü Okan	Gönen C. Savcı Yardımcısı
17	9645	Nazmi Biber	Denizli C. Savcı Yardımcısı
18	9647	Fahri Akın	Turhal C. Savcısı
19	9684	M. Kemal Türkoğlu	Kayseri C. Savcı Yardımcısı
20	9689	Fahir Giritlioğlu	Keşan C. Savcısı
21	9692	Abdullah Tunçer	Bayburt C. Savcı Yardımcısı
22	9695	Nihat Erdivanlı	Şereflikoçhişar C. Savcı Yardımcısı
23	9709	Refet Acerol	Islâhiye C. Savcı Yardımcısı

ONUNCU DERECE

1	8881	Orhan Feyzioğlu	Bursa C. Savcı Yardımcısı
2	9182	Şemsettin Atay	Ardahan C. Savcı Yardımcısı
3	9976	Abdullah Koloğlu	Siirt C. Savcı Yardımcısı
4	9998	M. Sami Tanverdi	Gürün C. Savcı Yardımcısı

Sıra No.	Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
5	10050	Osman Fevzi Soylu	Pütürge C. Savcı Yardımcısı
6	10067	Hasan Basri Akgiray	Yusufeli C. Savcı Yardımcısı
7	10070	Mustafa Selâhi Basa	Darende C. Savcı Yardımcısı
8	10084	Sabahattin Engin	Çayıralan C. Savcı Yardımcısı
9	10093	İsmail Hayri Bekalan	Akyazı C. Savcı Yardımcısı
10	10156	Kemal Çorbalı	Silvan C. Savcı Yardımcısı

—o—

ADALET BAKANLIĞINDAN

Yükselmelerine kazai ve inzibati engel bulunmıyan yardımcı, yargıç ve savcılarla yargıç sınıfından sayılanların Nisan 1949 sonuna kadar yükselme sürelerini bitirenlere ait olup 10/5/1949 gün ve 7203 sayılı Resmî Gazete ile yayınlanan yükselme teklif listesine ek:

8 inci derece Yargıçlar

Sicil No.	Adı ve soyadı	Memuriyeti
7564	Afet Onsun	Yargıtay Raportörü

—o—

Yargıtay Kararları

Hukuk Bölümü

Evrakın Yargıtaya sevki için muktazi posta ücretinin süresinde verilmemesinden ötürü hükmün temyiz edilmemiş sayılmasına karar vermek yetkisi Yargıtaya değil mahallî mahkemesine aittir.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 5/1/1949 gün ve E. 32 — K. 1 sayılı karar örneği

Posta ücretini vermeyen temyiz eden hakkında temyiz isteğinden vaz geçmiş sayılmasına karar verilmesi hususunun mahallî mahkemesine mi, yoksa Temyiz Mahkekmesine mi, ait olacağı noktasında Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 16/10/1943 tarih ve 4152/2801, 30/12/1943 tarih ve 4982/3668 ve Ticaret Dairesinin 29/6/1944 tarih ve 913/1590 sayılı kararlarını havi ilâmları arasında meydana gelen içtihat uyuşmazlığının çözülmesi Ticaret Dairesi Başkanlığının 16/9/1944 tarih ve 127 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek: Sonuçda:

Temyiz eden taraf; tâyin olunan süre içinde posta ücretini vermek zorundadır. Vermediği takdirde, Yargıtay Genel Kurulunun 24/12/1941 tarih ve 9/32 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince temyiz isteminden vaz geçmiş sayılmasına karar verilir. Bu hususda karar vermek yetkisinin mahallî mahkemesine mi? Yoksa temyiz olunan hükmü tetkik ile mükellef olan Yargıtay Dairesine mi? ait olduğu hususunda bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararında sarahat olmadığından Yargıtay daireleri arasında yeniden anlaşmazlık çıkmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Usulünün 434 üncü maddesinde (.. temyiz arzuhali ile beraber kanunî harçlar verilmemiş ise Reis tarafından tâyin edilecek müddet içinde harç ve sair resimler tediye olunmak lâzımdır. Bu müddet içinde tediye olunmadığı takdride temyiz edilmemiş addolunur) diye yazılı bulunmasna göre bu maddedeki harç ve resimlerin verilmediği takdirde temyiz edilmemiş sayılmasına karar vermek Yargıtaya ait bulunmuş ise de, bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararının sarahat ve delâletinden anlaşıldığı üzere posta ücreti 434 üncü maddedeki kanunî harç ve resimlerden olmayıp 414 üncü maddedeki masraflar cümlesinden bulunmasına ve temviz istemi, 415 inci madde mucibince resen icrası emrolunan muamelelerden olmadığından posta ücretinin Devlet Haiznesinden tediye olunmasına karar verilemiyeceği gibi hususî evrakın Yargıtaya ücretsiz olarak sevk ve irsaline de posta mevzuatının mü-

sait bulunmamasına binaen posta ücretinin süresinde verilmemesinden ötürü temyiz edilmemiş sayılmasına karar vermek yetkisinin Yargıtaya değil mahallî mahkemesine ait olduğuna 5/1/1949 tarihinde üçde iki çoğunlukla karar verildi.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 1/12/1948 gün ve 2/8 Esas 9 sayılı kararı örneği

Medenî Kanunun 639 uncu maddesine göre açılan tescil dâvalarında hasım gösterilip gösterilmiyeceği ve ilâna lüzum olup olmadığı hususunda Yargıtay birinci, üçüncü ve beşinci Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu kararları arasında meydana gelen İçtihat uyuşmazlığının çözülmesi için toplanan Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda kefiyet incelenerek; Sonuçda:

Tescil dâvalarında hasım gösterilmesi ve bu dâvanın incelenmesinden önce behemehal ilânın Yargıçlıkca yaptırılması lâzımgeldiğine dair kanunî bir hüküm mevcut olmadğı ve bilâkis Medenî Kanunun 639 uncu maddesinde yazılı talep ve emir kelimelerinin bil'iktiza delâlet ettiği üzere olayın nizasız kaza usuliyle incelenmesi gerekdiği; zira hukuk ıstilahınca talep kelimesi tek taraflı ve hasım gösterilmeksizin Yargıçdan bir şeyin yapılması isteminden ibaret ve bununla beraber maddenin son cümlesinde yazılı «tescil ancak hâkimin emriyle olur» ibaresinin tazammun ettiği mâna dahi olayın tek taraflı olarak bakılmasını gerekdirmekde olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, emir hüküm gibi hasımlı olan dâvaların gayrisine ait mes'elelerde müstâmel ve emir ile hüküm arasında bâriz bir farkın mevcut bulunduğu da Borçlar Kanununun 136 ncı maddesinde gösterilmekle beraber tapuda kayıtlı olmıyan veya tapu sicillinde maliki kim olduğu anlaşılamıyan veya 20 sene evvel vefat etmiş. yahud gaibliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayrimenkulü nizasız ve fasılasız 20 sene müddetle ve malik sıfatiyle yedinde bulunduran kimsenin bu hususu tek taraflı olarak ispat edebileceği müelliflerce kabul olunmaktadır. Bu bakımlardan tescil dâvalarında hasım gösterilmesi tescil taleblerinin sıhhat unsurlarından olmadığı gibi tescil için Kanun koyanın gösterdiği şart ve unsurların olayda bulunup bulunmadığının tahkiki dahi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun ikinci babının dördüncü faslında yazılı hükümler daresinde Yargıca bırakılmış olup bu yönden tescil dâvalarında ilânın behemehal yapılması dahi tescil dâvalarının sıhhat unsurlarından değildir.

Gerçi, İsviçre Medenî Kanununun 662 nci maddesinde «tescil ancak

151

resmen vaki olan bir ilâm ile tâyin edilecek müddet içinde hiç bir itiraz vaki olmadığı, yahut vâki itiraz reddedildiği takdirde hâkimin emriyle yapılır» fıkrası mevcut ise de, Medenî Kanunumuzun 639 uncu maddesinin vaz' ve takninde bu fıkranın tayyedilmiş olması ilânın lâzım ve zarurî olmadığını ifham etmektedir.

Yukarda yazılı mucip sebeplere göre tescil dâvalarında ne hasmın gösterilmesi ve ne de ilâmın yapılması kanunen meşrut olmadığına mevcudun üçde ikisinin çoğunluğu ile 1/12/1948 tarihinde karar verildi.

Müteveffanın menkul ve gayrimenkul başka malı olup olmadığı sorularak olduğu anlaşılırsa iştirâk halimde mülkiyet hükmü ve bazı terekeden varislerden birinin hissesini satması muteber olup, olmadığı düşünülmemesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesii
Esas 459 — Karar 1054

Selime Coşkun tarafından Lütfiye ve Emmigül aleyhine açılan men'i müdahale dâvasının yapılan yargılaması sonunda; dâvacı babasından kalan hissesini 150 lira bedel mukabilinde dâvalılardan Emmigül'ün kocası Mehmet'e satığını ikrar eylemesine ve bu suretle tapusuz arazideki zilyetliğini kardeşi ölü Mehmet'e devr ve temlik eylemiş bulunduğuna mebni dâvanın reddine dair verilen yukarda tarih ve sayısı yazılı hüküm Selime Coşkun tarafından temyiz edilmekle bittetkik temyiz dilekçinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaşdırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Müteveffanın menkul ve gayrimenkul başka malı olup olmadığı sorularak olduğu anlaşılırsa iştirak halinde mülkiyet hükmü ve bazı terekeden varislerden birinin hissesini satması muteber olup olmadığı düşünülmek lâzım gelirken bu noktadan zühul olunarak yazılı şekilde karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 1/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Medenî Kanunun 261 inci maddesi hükmünün muğlak olmasına göre madde hükmü dairesinde tahkikat yapılarak ve baba zarurette ise icabı yapılmak lâzım gelirken dâvanın reddine karar verilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesii
Esas 744 — Karar 1052

Ali Bayatlı tarafından satışa izin verilmesi talebiyle açılan dâvanın yapılan yargılaması sonunda; Medenî Kanunun 261 inci maddesinde

gayrimenkulün satışı hakkında velilere izin verilmesi hususunda bir sarahat mevcut olmadığından dâvanın reddine dair verilen yukarda tarih ve sayısı yazılı hüküm. Ali Bayatlı tarafından temyiz edilmekle bittetkik temyiz dileğinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

261 inci madde mutlak olmasına göre madde hükmü dairesinde tahkikat yapılarak ve baba zarurette ise icabı yapılmak lâzım gelirken yazılı şekilde karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 1/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Dâva netice itibariyle dâvalı, bir ev tedarik ederek birliğin filen teessüs ve devamı talebinden ibaret olduğu cihetle dâvanın bu noktadan mütalâa ve halli lâzım gelirken dâvalıya ihtar yapılmasına karar verilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi
Esas 7540 — Karar 1130

Dâva: Müvekkili ile dâvalı 25/4/1947 tarihinde evlenmişlersede dâvalının evlenmenin kendisine tahmil eylediği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle ayrı yaşamasından dolayı aralarında zevciyet münasebeti husul bulunmadığından bahsile bir ay zarfında birliğe dönmesi hususunda dâvalıya ihtar yapılmasına karar verilmesi istenilmişdir.

Hüküm: Birliğin teessüsünü mütaakip K. M. nin 21 inci maddesinde yazılı iki istisna tahakkuk etmedikçe karının ikametgâh ittihazına salâhiyeti olmayıp kocanın ikametgâhına tâbi bulunmasına ve 161 inci madde mücibince hâkimin müdâhalesi ve ihtar icrası kanunî ikametgâh sahibi tarafa ait olup filhal dâvacı karı kanuna muvafık şekilde ikametgâh sahibi bulunmamasna ve binnetice dâvacının ihtar talebine hakkı olmamasına binaen dâvanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Halide Kuru vekili Avukat Fikret Güneş

Temyiz Kararı

Temyiz isteğinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaşdırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dâva netice itibariyle dâvalı bir ev tedarik ederek birliğin fiilen teessüs ve devamı talebinden ibaret olduğu cihetle bu noktadan dâvanın

mütalâa ve halli lâzımgelirken yazılı mütalâa ile karar verilmesinde isabet görülemediğinden hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 4/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Kanunun bir hükmü hakkında dermeyan olunan bilgisizlik iddiası kanunun aradığı meşru mazeretlerden madut değildir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi
Esas 1011 — Karar 1577

Hatay Vilâyteinin kurulmasına dair olan 3711 sayılı kanun gereğince Hatay Devleti zamanında tahakkuk ettirilmiş olupda tahsil veya terkin edilmemiş olan vergi, resim ve harçlara ait kayıtların terkini muktazi bulunmuş iken Hatay Devleti zamanında müvekkili namına istihlâk vergisi olarak tahakkuk ettirilip 11/7/939-22/7/939-8/12/939 ve 9/12/939 tarihli dört kıt'a makbuzla tahsil olunan ikibin sekizyüz yetmiş lira altmış sekiz kuruşun geri verilmesi hakkında Danıştay'a müracaat edilmiş ise de, oraca Muhasebeyi Umumiye Kanununun 93 üncü maddesi mucibince hadise de, müruruzaman mevcut olup ancak bu maddeye tevfikan ileri sürülen mazeretin varit olup olmadığının tetkiki adlî mahkemelere ait olduğuna karar verilmiş ve Hatay'daki diğer vatandaşlar gibi ilhakı mütaakip yürürlüğe giren kanundan haberdar olmayan müvekkili haczen vaki tazyik dolayısiyle bu vergiyi ödemiş olup bu halin meşru bir mazeret teşkil etmekde bulunnmuş olduğundan bahsiyle müddeabih paranın hazineden istirdadı isteminden ibarettir.

KARAR: Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere; Müddeabihden bir kısmı Hatay'ın ilhakı tarihi olan 23/Temmuz/1939 tarihinden evvel yani Hatay Devleti zamanında 11/Temmuz/1939 ve 22/Temmuz/1939 tarihli iki kıt'a makbuzla tahsil edilmiş ve bu sebeple 3711 ve 3730 sayılı Af Kanununun şümulünden hariç bulunmuş olduğundan bu kısım dâvanın bu sebepten reddine ve diğer iki kıt'a makbuza gelince; bu paraların 3772 No. lu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tahsil olunduğu anlaşılmakda ise de, dâvacının bu paranın iadesi hakkında defterdarlığa müracaat edip menfi cevap aldıktan, zamanaşımını kesecek surette hiç bir talepde bulunmamış olmasına ve bu sebeple Muhasebeyi Umumiye Kanununun 93 üncü maddesi ile istirdat talebinin düşmüş bulunacağına, dâvacının 94 üncü maddeye istinat ederek ileri sürdüğü mazeret ise Af ve Terkin Kanunu usulen neşri ve ilân edilmiş ve bu sebeple herkes tarafından bilinmesi gerekli bulunmuş olduğundan meşru mazeret mef-

154

humuna dahil görülememiş olmakla bu kısım hakkındaki dâvanın da bu sebepten reddine karar verildiğine dairdir.

TEMYİZ EDEN: Dâvacı vekili Avukat Ahmet Rıza Altınay.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

3711 sayılı kanun 11/Temmuz/1939 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına binaen 11/Temmuz/1939 ve 22/Temmuz/1939 tarihli iki makbuzla tahsil edilen paranın mezkûr kanunun şümulü haricinde kalmış bulunduğu yolundaki Asliye Mahkemesinin ret sebebi her ne kadar yerinde görülmemiş ise de, dâvacı aynı zamanda Muhasebeyi Umumiye Kanununun 94 üncü maddesinde yazılı zamanaşımı süresinin kanun hükümlerine vakıf olmamak gibi meşru mazeretlerle geçirilmiş olduğunun hükmen tesbitini de istemiş ve bu hususta ileri sürdüğü bilgisizlik iddiası kanunun aradığı meşru mazaretlerden bulunmamış ve bu sebeple dâvanın reddine karar verilmesi kanun hükümlerine uygun bulunmuş ve asliye mahkemesinde ileri sürülmeyen hususlara dokunan diğer itirazların da temyizen incelenmesine mesağ bulunmamış olmasına binaen dâvacının varit bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle sözü geçen hükmün (ONANMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına 21/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Dâva dilekçesinde dâvacının adresi yazılmamış ise de dilekçeye ekli olarak verilen vekâletnamede dâvacının adresi açık bir surette yazılı bulunmasına ve yargıçlıkça dâvalıya tebliğ olunan dâva dilekçesinin arkasında cevap müddetinin on gün olduğu gösterilmiş olmasına ve usulün 180 inci maddesi gereğince dâvacı dâvasını ispat için lâzım gelen evrakı vermemiş ise dâvalıların istemiyle yargıç tarafından ibrazı emrolunabileceğine göre dâva dilekçesinin iptalini müstelzim sebep bulunmamış iken hilâfına karar verilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi.
Esas 1273 — Karar 1511

DÂVA: Borç senedi mucibince hasbelverase dâva olunanlardan sekizyüz liranın yargılama gideri ve vekâlet ücretiyle birlikte tahsili talebinden ibarettir;

KARAR: Dâva arzuhalinde dâvacının adresi gösterilmemiş ve vekilinin isim ve evsafı yazılmamış ve cevap müddeti tâyin edilmemiş ve dâvaya mesnet olan senedin sureti de bağlanmamış bulunmasına göre dâva olunanlar vekilinin bu babdaki itiraz ve talebi üzerinde görülmekle usulün

115, 179, 192 ve 180 inci maddelerine uygun olarak tanzim edilmeyen dâva arzuhalinin iptaline karar verildiğini mütazammındır.

TEMYİZ EDEN: Dâvacı vekili Avukat M. İsmail Türker.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dâva dilekçesinde dâvacının ismi yazılı olup adresi yazılmamış ise de; dilekçeye ekli olarak verilen Vekâletname dâvacının adresi açık bir surette yazılı bulunmasına ve yargıçlıkça dâvalıya tebliğ olunan dâva dilekçesinin arkasında cevap müddetinin on gün olduğu gösterilmiş olmasına ve usulün 180 inci maddesi gereğince dâvacı dâvasını ispat için lâzım gelen evraki vermemiş ise dâvalıların istemiyle hâkim tarafından ibrazı emrolunabileceğine göre dâva dilekçesinin iptalini müstelzim bir sebep bulunmamış ikem akksine yazılı düşünce ile iptaline karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz giderlerinin ilerıde haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Seferi bir hareket hattında olmayıp sırf talim maksadiyle yapılan atışlardan vukua gelen zararın tazmini hakkında açılacak dâvanın rü'yeti adlî mahkemelerin vazifesi dahilindedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi.
Esas 28 — Karar 1627

DÂVA: Müvekkillerinden Hüseyin Demirel'in onbeş yaşındaki oğlu İbrahim ile on yaşındaki diğer oğlu Hüseyin'ın köy civarındaki tarlada çift sürmekte iken, 17/11/1945 tarihinde kör bir merminin infilâkı sebebiyle çocuklar ölmüş ve yapılan tahkikatta 34 ncü topçu Alayının 9 ve 10 Kasım 1945 tarihiinde bu civarda yaptığı atış sırasında, kör giden bir merminin tarlaya saplandığı ve mezkûr alayın bu kör giden mermiyi bulmak için atışı müttaakip gerekli aramayı yapmadığı ve bu hususta ihmal gösterdiği ve atış nizamnamesine riayet etmediği ve gerekli tedbirleri almadığı ve bundan dâvalı idarenin sorumlu bulunduğu ve hâdise sırasında altıyüz liralı değerinde bir araba ve yüzelli lira değerinde bir öküzün de hasara uğradığı anlaşılmış olduğundan bahsile, çocukların ölümü dolayısiyle otuz bin lira maddî ve manevî tazminatla yediyüzelli lira öküz ve raba bedeli ki, cem'an otuz bin yediyüzelli liranın tahsilini müvekkillerinden Hüseyin Demirel adına verdiği dâva dilekçesiyle is-

196

teyen dâvacılar vekili, ölen çocukların anası olan diğer müvekkili Hacı Kadın adına verdiği diğer bir dâva dilekçesiyle de aynı hâdiseden bahsile ve aynı sebeplerle maddî ve manevî tazminat olarak cem'an otuz bin liranın tahsilini talep ve dâva eylemiştir.

KARAR: Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere, her iki dâvanın birleştirilerek yapılan yargılaması sonunda: Dâvalı vekilinin ileri sürdüğü görevsizlik itirazı yerinde görülemiyerek reddedilmiş ve bu hususun uyuşmazlık mahkemesine aksettirilmesi için verilen mühlet içinde bu bapta bir müracaatta bulunulmadığı anlaşılarak duruşmaya devam edilmiş ve ölüm hadisesine tatbikat sırasında kör giden merminin sebebiyet verdiği toplanan deliller ve ceza dosyası münderecatiyle anlaşılmış dâvanın idarî hukuk mevzuu ile alâkası bulunmamış ve bu kabil hadisata ait tevhidi içtihat kararı da bu ciheti müeyyit bulunmuş ve hâdise seferî bir hareket sırasında vaki olmadığına göre, dâvalı kendisine atfı kabil bir kusur olmadığını ispat etmedikçe zarardan sorumlu bulunmuş ve ceza dosyası, mazbatalar, rapor ve şahadete göre, hâdiseye sebep olan merminin kör gittiği müşahade olunarak aramak kiçin postalar çıkarkıldığı ve ancak arama postalarının vak'anın olduğu köy mıntakasına geldiği ve hadiseden sonra o civarda arama yapılınca diğer bir mermi daha bulunduğu ve bu sonradan bulunan mermi de birinci aramanın dikkatsizce yapıldığı ve atışın herkesin gelip geçeceği yerde yapıldığı ve bunların kusur teşkil ettiği tahakkuk etmiş olmakla bilirkişi raporuna ve hâdisede ölen çocukların yaşlarına ve müterafık kusurlarına göre tesbit ve takdir edilen maddî ve manevî zararın yarısı olan beşbin ikiyüz seksen liranın dâvalıdan alınarak dâvacılardan Hüseyin'e ve keza maddî ve manevî zarar karşılığı onbir bin liranın yarısı olan beşbin beşyüz liranın da dâvalıdan tahsil olunarak diğer dâvacı Hacı Kadına verilmesine ve fazla iddianın reddine karar verildiğine dairdir.

TEMYİZ EDEN: Dâvalı Millî Savunma Bakanlığına izafetle hazine vekili Avukat Arkan Kudat tarafından duruşma yapılmak suretiyle hükmün temyizen incelenmesi istenilmiştir.

TEMYİZ KARARI

İşin duruşmaya bağlı olduğu anlaşılarak bu istem kabul edilmiş ve gün konularak taraflara çağırı kâğıdı gönderilmişti. Belli günde temyiz eden Millî Savunma Bakanlığına izafetle Hazine Vekili Avukat Adnan Apak ve üstüne temyiz olunan dâvacılar vekili Avukat Vasfi Ataban gelmiş olmalariyle duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve taraflar vekilleri dinlenildikten sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

157

115, 179, 192 ve 180 inci maddelerine uygun olarak tanzim edilmeyen dâva arzuhalinin iptaline karar verildiğini mütazammındır.

TEMYİZ EDEN: Dâvacı vekili Avukat M. İsmail Türker.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dâva dilekçesinde dâvacının ismi yazılı olup adresi yazılmamış ise de; dilekçeye ekli olarak verilen Vekâletname dâvacının adresi açık bir surette yazılı bulunmasına ve yargıçlıkça dâvalıya tebliğ olunan dâva dilekçesinin arkasında cevap müddetinin on gün olduğu gösterilmiş olmasına ve usulün 180 inci maddesi gereğince dâvacı dâvasını ispat için lâzım gelen evraki vermemiş ise dâvalıların istemiyle hâkim tarafından ibrazı emrolunabileceğine göre dâva dilekçesinin iptalini müstelzim bir sebep bulunmamış iken akksine yazılı düşünce ile iptaline karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz giderlerinin ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Seferi bir hareket hattında olmayıp sırf talim maksadiyle yapılan atışlardan vukua gelen zararın tazmini hakkında açılacak dâvanın rü'yeti adlî mahkemelerin vazifesi dahilindedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi.
Esas 28 — Karar 1627

DÂVA: Müvekkilerinden Hüseyin Demirel'in onbeş yaşındaki oğlu İbrahim ile on yaşındaki diğer oğlu Hüseyin'ın köy civarındaki tarlada çift sürmekte iken, 17/11/1945 tarihinde kör bir merminin infilâkı sebebiyle çocuklar ölmüş ve yapılan tahkikatta 34 ncü topçu Alayının 9 ve 10 Kasım 1945 tarihinde bu civarda yaptığı atış sırasında, kör giden bir merminin tarlaya saplandığı ve mezkûr alayın bu kör giden mermiyi bulmak için atışı mütaakip gerekli aramayı yapmadığı ve bu hususta ihmal gösterdiği ve atış nizamnamesine riayet etmediği ve gerekli tedbirleri almadığı ve bundan dâvalı idarenin sorumlu bulunduğu ve hâdise sırasında altıyüz lira değerinde bir araba ve yüzelli lira değerinde bir öküzün de hasara uğradığı anlaşılmış olduğundan bahsile, çocukların ölümü dolayısiyle otuz bin lira maddî ve manevî tazminatla yediyüzelli lira öküz ve raba bedeli ki, cem'an otuz bin yediyüzelli liranın tahsilini müvekkillerinden Hüseyin Demirel adına verdiği dâva dilekçesiyle is-

196

teyen dâvacılar vekili, ölen çocukların anası olan diğer müvekkili Hacı Kadın adına verdiği diğer bir dâva dilekçesiyle de aynı hâdiseden bahsile ve aynı sebeplerle maddî ve manevî tazminat olarak cem'an otuz bin liranın tahsilini talep ve dâva eylemiştir.

KARAR: Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere, her iki dâvanın birleştirilerek yapılan yargılaması sonunda: Dâvalı vekilinin ileri sürdüğü görevsizlik itirazı yerinde görülemiyerek reddedilmiş ve bu hususun uyuşmazlık mahkemesine aksettirilmesi için verilen mühlet içinde bu bapta bir müracaatta bulunulmadığı anlaşılarak duruşmaya devam edilmiş ve ölüm hadisesine tatbikat sırasında kör giden merminin sebebiyet verdiği toplanan deliller ve ceza dosyası münderecatiyle anlaşılmış dâvanın idarî hukuk mevzuu ile alâkası bulunmamış ve bu kabil hadisata ait tevhidi içtihat kararı da bu ciheti müeyyit bulunmuş ve hâdise seferî bir hareket sırasında vaki olmadığına göre, dâvalı kendisine atfı kabil bir kusur olmadığını ispat etmedikçe zarardan sorumlu bulunmuş ve ceza dosyası, mazbatalar, rapor ve şahadete göre, hâdiseye sebep olan merminin kör gittiği müşahade olunarak aramak kiçin postalar çıkarkıldığı ve ancak arama postalarının vak'anın olduğu köy mıntakasına geldiği ve hadiseden sonra o civarda arama yapılınca diğer bir mermi daha bulunduğu ve bu sonradan bulunan mermi de birinci aramanın dikkatsizce yapıldığı ve atışın herkesin gelip geçeceği yerde yapıldığı ve bunların kusur teşkil ettiği tahakkuk etmiş olmakla bilirkişi raporuna ve hâdisede ölen çocukların yaşlarına ve müterafık kusurlarına göre tesbit ve takdir edilen maddî ve manevî zararın yarısı olan beşbin ikiyüz seksen liranın dâvalıdan alınarak dâvacılardan Hüseyin'e ve keza maddî ve manevî zarar karşılığı onbir bin liranın yarısı olan beşbin beşyüz liranın da dâvalıdan tahsil olunarak diğer dâvacı Hacı Kadına verilmesine ve fazla iddianın reddine karar verildiğine dairdir.

TEMYİZ EDEN: Dâvalı Millî Savunma Bakanlığına izafetle hazine vekili Avukat Arkan Kudat tarafından duruşma yapılmak suretiyle hükmün temyizen incelenmesi istenilmiştir.

TEMYİZ KARARI

İşin duruşmaya bağlı olduğu anlaşılarak bu istem kabul edilmiş ve gün konularak taraflara çağırı kâğıdı gönderilmişti. Belli günde temyiz eden Millî Savunma Bakanlığına izafetle Hazine Vekili Avukat Adnan Apak ve üstüne temyiz olunan dâvacılar vekili Avukat Vasfi Ataban gelmiş olmalariyle duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve taraflar vekilleri dinlenildikten sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

157

rarlaştırıldıktan ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Temyiz olunan kararın dayandığı gerekçeye göre üçüncü şahıs hazine vekilinin yerinde bulunmıyan bozma dileğinin reddiyle kanuna uygun bulunan merci kararının İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 438 inci maddeleri gereğince (ONANMASINA) ve aşağıdaki yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 7/1/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Terekenin borca müstağrak olduğu iddia edilmek suretiyle mirasçılardan biri tarafından mirasın hükmen merdudiyeti hakkında mahkemeden alınmış olan karar terekeye diğer mirasçıların vaziülyet bulunduklarına dair mahallinde bir iddia sepketmemiş olduğu cihetle bütün mirasçılara da sari ve şâmildir.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas 4008 — Karar 175

Hadisede bakiye 931 lira alacak için rehin açığı vesikasına müsteniden bu kere borçlunun mirasçıları aleyhinde takip yapılmış ise de bunlardan Zekiye mahkemeye müracaatla murisinin borca müstağrak olarak öldüğünü ispat ve mirasın hükmen merdut olduğu hakkında ilân istihsal eylemiş bulunmasına ve mirasın merdudiyeti bu suretle tahakkuk ettikten sonra her mirasçının ayrı ayrı hüküm almasına kanunen bir mecburiyet görülmemesine mebni alacaklının refi itiraz talebinin reddine dair (İstanbul) İcra Yargıçlığından verilip tarih ve numarası yukarıda gösterilen kararın süresi içinde temyizen incelenmesi alacaklı Emniyet Sandığına izafeten vekilleri Avukat Refik Gorbon ve Zeki Erbil taraflarından istenmesi üzerine bu işle ilgili evrak mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Terekenin borca müstağrak olduğu iddia edilmek suretiyle mirasçılardan biri tarafından mirasın hükmen merdudiyeti hakkında mahkemeden alınmış olan karar; terekeye diğer miraccıların vaziülyet bulunduklarına dair mahallinde bir iddia sebketmemiş olduğu cihetle bütün mirasçılara sari ve şâmil bulunmasına binaen alacaklının yerinde bulunmıyan bozma dileğinin reddiyle kanuna uygun olan merci kararının İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 438 inci maddeleri gereğince (ONANMASINA) ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 15/1/1949 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

160

Borçlu müddetin hitamında mecuru tahliye edeceğini yazı ile bilrıza taahhüt etmiş olmasına binaen tahliye talebiyle yapılan takip üzerine mercice itirazın reddine ve borçlunun tahliyesine dair verilen karar kanuna uygundur.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas 4659 — Karar 415

Hâdisede takip edilen borçlu müddetin hitamında mecuru tahliye edeceğini yazı ile bilrıza taahhüt etmiş iken zamanında işbu taahhüdünü yerine getirmemiş ve alacaklı da Millî Korunma ve İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tevfikan tahliye talebinde bulunmuş olmasına göre borçlunun bu baptaki itirazı varit olmadığından ref'ine dair (İstanbul) İcra Yargıçlığından verilip tarih ve numarası yukarıda gösterilen kararın süresi içinde temyizen incelenmesi borçlu vekili Avukat Tevfik Önder tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili evrak mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Temyiz olunan kararın dayandığı gerekçeye ve temyiz dilekçesinde tarih ve numarası gösterilen daire içtihatlarının hâdise ile mümaseleti bulunmadığı anlaşılmasına binaen borçlu vekilinin yerinde olmıyan bozma dileğinin reddiyle kanuna uygun bulunan mezkûr kararın İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 438 inci maddeleri gereğince (ONANMASINA) ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 28/1/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Bir tarafın haksız hareketinden dolayı suçlu olarak ceza mahkemesine sevk edilip yargılama sonunda beraat eden kimse, dâvanın cereyanı sırasında ihtiyarına mecbur edildiği masraftan dolayı umumî hükümler dairesinde Hukuk Mahkemesine müracaatla dâva ikakme edebilir.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 15/11/1948 gün ve 25 E. 10 K. saylı kararı örneği

Orman tahribinden dolayı aleyhlerinde açılmış olan ceza dâvaları sonunda beraet etmiş olmaları sebebiyle o dâvaların cereyanı sırasında suç yerinin keşfi için kendilerine ödettirilmiş olan paraların Orman İdaresinden tahsili isteğiyle mahallî sulh mahkemelerine açılmış olan dâvalarda iddia olunan paraların idareden tahsiline dair verilen kararlardan ikisi temyizen Üçüncü Hukuk Dairesinin 9/6/1947 gün ve 7917/6443 ve 13/11/945 gün ve 11193/9563 sayılı ilâmlariyle Onandığı halde yine aynı mahiyette olan diğer bir karar mezkûr dairenin 15/4/1947 gün ve

161

5591/4533 sayılı ilâmiyle bozulmuş ve şu suretle içtihatlar arasında aykırılık husule gelmiş olduğundan toplanan Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek: Sonuçda:

Genel Kurulda geçen müzakere sırasında birbirine uymıyan kararların müstenidünileyhi olup mahallerinden getirtilmiş olan ceza dosyaları da tetkik edilmiştir. Üç dâvada suçlu olan kimseler hakkında ilgili memurlar tarafından tutulmuş olan zabıt varakaları tahdidi mücazat raporu ve Orman Bölge Şefliğinin tezkereleriyle birlikte mahallî Savcılığına tevdi edilmiş ve Savcılıkça açılan kamu dâvası üzerine Orman İdaresi vekili usulen müdahil sıfatını almaksızın yargılamayı sonuna kadar takip etmiş ve neticede suçluların beraatlerine karar verilmiştir.

Kesinleşen bu kararlar üzerine beraet eden suçlular tarafından ceza dâvalarının yargılamaları sırasında kendilerine ödettirilmiş olan yol masraflarından veya bilirkişi ücretlerinden ötürü fuzulen verdikleri bu paraların Orman İdaresinden tahsil isteğiyle sulh hukuk mahkemelerine dâva açılmışdır. Bunlardan 13/11/1945 ve 9/6/1947 günlü olup suçlulara haksız ödettirilen paraların dâva olunan idareden tahsiline dair verilen kararlar temyizen onanmış ve aynı mahiyette olup C. Başsavcılığının Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 427 inci maddesi gereğince kanun yararına olarak bozulması isteğiyle temyiz olunan 15/4/1947 günlü hüküm (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 168, 413 ve 414 üncü maddeleri gözönüne alınmaksızın Orman İşletmesine karşı açılmış olan dâvanın kabuliyle yazılı olduğu şekilde karar verilmesinden) bozulmuştur.

Genel Kurulda yapılan tartışmalarda ileri sürülen görüş ve düşünüşlerden anlaşıldığına göre bozma kararında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun yukarda gösterilen maddelerindeki hükümlerin mesnet sayılmasında güdülen esas, ceza dâvasının ikamesine savcının icbar edilmesi veya 413 üncü maddede bahis konusu olan şahsî dâva açılması halleridir.

Ceza Usulünün muhakeme masraflarına taallûk eden 8 inci kitabının 2 nci faslında bulunan 413 ve 414 üncü maddeleri, sevkleri ve hükümleri delâletiyle belli olduğu üzere bir ceza dâvasının yargılaması sonunda tarafların yaptıkları masrafların hangileri tarafından ne veçhile ödenmesi gerektiğini göstermektedir. Nitekim 413 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında (Maznunun muhakemesinin men'ine veya beraetine ve tahkikatkın düşmesine karar verilirse maznunun ödemek mecburiyetinde kaldığı masraflar dâvacıya yükletilir) ve 414 üncü maddede (168 inci maddede beyan olunan halde hukuku amme dâvası ikame olunup ta ne-

162

ticede mazmununun muhakemesinin men'ine veya beraetine veya tahkikatın düşmesine karar verilirse 413 üncü maddenin ikinciden beşinciye kadar olan fıkraları hükümleri müsted'i hakkında tatbik olunur) hükümlerini ihtiva etmektedir. Bu hükümlerin her usul kanununda böylece sevkedilmesinin illet ve sebebi de yargılama sırasında ihtiyar edilmiş olan masrafların başkaca dâva açılmasına mahal ve lüzum kalmaksızın esasla birlikte hükmedilmesi maksadından ibarettir.

Kanunların bu açık hükümleri karşısında taraflardan biri haksız olarak bir para sarfına mecbur edildiği ve dâvada haklı çıkdığı takdirde diğer tarafın haksız hareketinden doğan zararını behemehal o yargılama sırasında istemeğe mecbur olacağı ve burada istemediği takdirde ayrıca dâva açmak hakkından mahrum olacağı düşünülemez.

Kaldı ki, haksız fiil olarak beliren bir hareket sebebiyle istenilmesi mümkün tazminatın veya sarfedilen paranın hukukî mahiyeti bakımından umumî hükümler dairesinde bir hukuk dâvası konusunu teşkil etmesi de tabiidir.

Binaenaleyh bir tarafın haksız hareketinden dolayı suçlu olarak ceza mahkemesine sevkedilmiş kimsenin dâvanın cereyanı sırasında ihtiyarına mecbur edildiği masraftan dolayı umumî hükümler dairesinde bir hukuk mahkemesine müracaatla dâva ikame edebileceğine ikinci müzakerede Oyçokluğu ile 15/11/1948 gününde karar verildi.

Hususî ve istisnaî tahkik ve muhakeme mercine tabi olanlar tarafından kendilerine vaki isnat sebebiyle açılmış hakaret dâvalarında sanık olanların; isnat eyledikleri hakareti mutazammın fiil ve hareketleri ispat iddiasının aynı mahkemede kabul ve tetkikine imkân yoktur.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulundan çıkan 16/3/1949 gün ve 24 Esas 3 Karar sayılı karar örneği

Türk Ceza Kanununun 480 ve 481 inci maddelerinin hâdiselere tatbikında iki türlü görüşün meydana çıkdığı anlaşıldığı için bunların birleşdirilmeleri zımmında keyfiyet Genel Hey'ete tevdi edilmiştir.

Birbirine uymıyan bukararlardan ilki, bazı yargıçlar hakkında neşren vakı suç isnadından dolayı açılmış bulunan dâvalarda hakaret suçlusunun, isnadeylediği maddenin ispatı hakkında ileri sürdüğü ispat kaziyyesi, Yargıcın, Hâkimler Kanunu hükümlerine göre evvel emirde Adalet Bakanlığınca hakkında yaptırılacak tahkikat sonunda mahkemeye sevkini gerektirecek kanunsuz bir hareketinin ve suç mahiyetini iktisabeden

165

fiilinin mevcudiyeti halinde verilecek izne bağlı olması sebebiyle kendisini bu haktan ve teminattan mahrum bırakmağa imkân olamıyacağı için kabule değer mahiyette görülemiyerek reddedilmesi şeklinde mütezahir idi ki: Bu içtihat ve noktai nazara, hiç bir arızaya uğramaksızın muhalif içtihadın ortaya çıkmasına kadar istikrar bulmuş ve devam etmiştir.

İkinci içtihat ve Bakan hakkında vakı neşren hakaret suçunun yapılan yargılaması sırasında iddia edilen ispat hususunun kabulüne mütâallik Asliye Mahkemesi kararının temyizen müştekar içtihada dayanılarak bozulması üzerine israren verilen kararın kabulüne mütedair bir çoğunluğun ortaya çıkması suretiyle belirmiştir.

Bu iki kararın dayandığı gerekçeler ve kanun hükümlerinin yapılan uzun tartışmalarında bilhassa mevzua temas eden 480 ve 481 inci maddeler ve bunlara ilişkin 266 - 267 - 268 ve 279 uncu maddeler üzerinde durulmuştur.

Ceza Kanununun 480 inci maddesi; her kim toplu veya dağınık bir kaç kişi ile ihtilât ederek diğer bir kimse aleyhine halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak veya namus ve haysiyetine dokunacak madde-i mahsusa tâyiniyle vakı bir fiilin isnadını tecziye etmektedir.

Madde; ihtiva eylediği kayıtlar itibariyle isnadın, tecavüz olunan kimsenin gıyabında vakı olmasını istihdaf ediyor. Madde-i mahsusa tâyin ve tasrihi suretiyle vakı hakaretler için, başka maddelerde hükümler sevkedilmediğinden bu maddenin umumî bir mahiyet taşıdığını kabul etme zarureti vardır. Buna göre gerek fert ve gerek memur veya her hangi bir vazife ve makam sahibi hakkında maddede yazılı şekilde yapılacak isnattan dolayı ancak bu maddedeki cezanın tatbiki iktiza etmekte ve memur hakkında vakı olduğu takdirde 273 üncü madde ile cezanın artırılmasıl icabeylemektedir

480 inci maddeyi takıbeden 481 inci maddenin daha ziyade usulî bazı hükümleri ihtiva eylediği görülüyor. Gerçekten bu maddenin ilk fıkrası genel bir prensipten bahsetmektedir. (480 inci maddede beyan olunan cürmün faili, beraet etmek için isnadettiği fiilin sıhhatini veya şâyi ve mütevatir olduğunu ispat etmek isterse bu iddası kabul olunmaz.) Kanun koyanın bu prensibi tesbit etmek ihtiyacını hissetmesinin sebep ve illeti açıktır. Ancak bu temel kaidenin istisnaları fakat, edatının takibeylediği üç bendde zikredilmiştir ki:

Birincisi: Tecavüz olunan şahıs bir memur olup ta: 266, 267 ve 268 inci maddelerde beyan olunan ahval müstesna olmak üzere isnadolunan fiil icrayı memuriyetine taallûk eylediği,

16L

İkincisi: isnadolunan fiilden dolayı tecavüz olunan şahıs hakkında takibat icrasına başlanmış olduğu,

Üçüncüsü: Müşteki ikame ettiği dâvadan dolayı icra kılınan muhakemeyi kendisine isnadolunan fiilin sıhhat ve ademi sıhatına dahi teşmil etmediği sarih surette bizzat talebeylediği, halleridir.

(Bu takdirde hakikati maddenin ispatı iddiası aynı mahkemece kabul ve tetkik olunur). Binaenaleyh hakarete maruz kalan kimse memur olup ta isnadolunan madde o memuru halkın hakaret ve husumetine maruz bıraktığı veya namus ve haysiyetine dokunduğu ve bir maddei mahsusa olduğu yani umumî mahiyette muhakkirane bir sözden ibaret olmayıp da bir fiili mahsusu tazammun eylediği ve gıyabında vukubulduğu takdirde mütecaviz olan suçlunun ispat iddiasının aynı mahkemece kabul ve tekikına mesağ verilmektedir.

Maddenin açık hükümlerine göre memur olan mütecavizünaleyhe isnadolunan fiil için maddede belli şartların mevcudiyeti halinde ispat iddiasının kabulü, bir tereddüde mahal vermiyecek derecede sarahaten hüküm altına alınmış oluğu için bu keyfiyet tabiatiyle tartışmaların mevzuu haricinde kalmış gibidir. Bu sebepten ortada: İçtihatalrı birleştirecek bir aykırılık bulunmadığı yolunda ileri sürülen iddialar Bakanın da Ceza Kanunu tatbikında memur sayılması hakkındaki çoğunluk görüşü müvacehesinde üzerinde durulmağa değer bir mahiyet taşımadığı için reddedilmiştir.

Bakanların Ceza Kanununun zikri geçen 481 inci maddesindeki memur mefhumuna dahil olup olmadığı hakkındaki telâkkiler iki noktada telhis edilebilir.

1 — Bakanlar memur değildir. Ceza Kanununun tatbikında da memur sayılmazlar,

2 — Bakanlar yalnız Ceza Kanununun tatbikında memur sayılır.

Birinci noktai nazara göre, Memurin Kanununun birici maddesindeki tarife bir veçhile girmeyen Bakanların Ceza Kanunu tatbikinde de memur sayılmasına imkân yoktur. Çünkü, Ceza Kanununun 279 uncu maddesinin âmme vazifesi görenlerden bahseden birinci kısmının 1 numaralı bendine girebileceği ileri sürülen bakanların durumunu bu bendin ihtiva eylediği kayıdları intibak ettirmeğe (Devlet memur ve müstahdemleri) sözü mânidir. İdarî, Adlî veya Teşriî bir âmme vazifesi gören Devlet memur ve müstahdemleri esas itibariyle Memurin Kanunu hükümlerine tâbi olarak o kanun ile belli usul dairesinde tâyin edilen kimseleri şümulü dairesine aldığı ve iki numaralı bend ile sair kimseler

169

arasına da giremiyeceği için Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılmaları mümkün olamaz.

İkinci noktai nazara göre; Anayasa hükümlerine nazaran da cezaî mes'uliyetleri muhakkak olan Bakaknların bu mes'uliyetlerini doğuran fonksiyonlarının siyasî vasfı yanında idarî mahiyeti de mevcut olabileceğine ve bu takdirde 279 uncu maddenin hükmüne girmesi iktiza yelediğine binaen kendilerini Ceza Kanunu tatbikında memur saymak zarurîdir.

Bu iki görüşten ikincisi çoğunluk tarafından kabul edildiği cihet le Bakanların Ceza Kanunu tatbikatında memur telâkki edilmeleri gerekli bulunmuş ve bu veçhile 481 inci maddenin memur tâbiri içine girdiği derpiş olunarak madedeki kayıt ve hükümlerin bu vasf itibariyle mülâhaza ve mütalâası icabetmiştir.

Bu sebeple memur kelimesinin Ceza Kanunundaki medlûlü bakımından Çoğunluk kararı veçhile tatbikatında memur saylmaları gereken Bakanlar ve emsali hakkında ispat iddiasının aynı mahkemede kabul ve tetkik edilip edilemiyeceği bahsine gelince:

Burada hareket noktası, siyasî mes'uliyet sahibi olan Hükümet mensuplarının mevcut normal kaza cihazları haricindeki merciler huzurunda yargılanması düşünce ve gayesidir.

Bu keyfiyetin bir Anayasa meselesi olduğu şüphesizdir. Hatta yazılı bir Anayasa Kanununa sahip bulunmıyan memleketlerde dahi böyle mülâhaza edilmektedir.

Bu itibarla, Anayasa ile umumî kaza cihazından ayrı olarak kurulmuş bulunan siyasî mahkemenin ve diğer memleketlerdeki kuruluşların tesisine hâkim olan fikir, mücerret amme intizamı düşüncesidir.

Siyasî mes'uliyet sahibi olan kimsenin bu sıfatla ifa edeceği faaliyetleri, kemaliyle değerlendirerek yargılama yapma işi doğrudan doğruya amme intizamına taallûk eden bir faaliyet sayılmıştır.

Gerçekten amme intizamı, yalnız muayyen bir Devlet faaliyetini ifa ile vazifeli makamın açıkca diğer bir makamın vazifesi içinde olan işi yapması halinde sarsılır.

Bir mahkemenin, siyasî faaliyet ifa eden bir Bakanı yargılayarak onun faaliyetinin hedefini tâyin edebilmesi müşkül ve bir çok ahvalde ademülimkândır. İhtisas yönünden, Devlet kuvvetlerinin birbirine tedahül etmemesi bakımından ayrılmış olan kaza faaliyetlerinin ifasında güdülen başlıca gaye amme intizamı meselesi olunca, Bir Bakan veya bu-

166

nun gibi istisnaî bir teşekkülde yargılanması gerekenler hakkında muayyen bir suçluluk fiilinin ispatı iddiası ortaya konulduğu zaman şüphesiz iki menfaat tearuz haline gelmiş oluyor. Bunlardan biri ispat iddiasında bulunan kimsenin müdafaa hakkı, diğeri Anayasa ile hüküm altına alınmış olan hususî kaza merciinin kurulmasına mesnet olan amme intizamı mülâhazasıdır. Bütün mesele bu iki menfaatten birini tercihe müncer oluyor.

Amme intizamı mülâhazası, hürriyeti tahdit edici ve fakat binnetice fert hürriyetlerinin, anarşiye düşmeksizin ahenkli bir surette kullanılması gayesini güden bir düşünüştür. Devletin ve Devletin ana faaliyetlerinin hayatı ve devamı icabı olarak kabul edilmiş bir esastır.

Fert hak ve hürriyetleri, mutlak ve mücerret şekilleriyle âmme intizamı muvacehesinde tercih olunamazlar. Çünkü, hakların kullanılması, amme intizamına uygun olmalariyle tecviz edilir.

Şu halde: Amme intizamı, hukuk devleti bütünü içinde tekmil fert haklarını kucaklıyan zarurî bir kalıptır. Bu kalıba uymıyan haklar kanunsuz olurlar.

Bu itibarladır ki, hukuk nizamları, amme intizamı karşısında daimî ve istisnasız ferdî hakkı ikinci plâna atmışlar ve hatta feda etmişlerdir.

Bu sebep ve mülâhazalara binaen hususî ve istisnaî tahkik ve muhakeme merciine tabi olanlar tarafından kendilerine vâkı isnat sebebiyle açılmış hakaret dâvalarında sanık olanların, isnadeyledikleri hakareti mutzammın fiil ve hareketleri ispat iddiasının aynı mahkemede kabul ve tetkikine imkân olamıyacağına 16/3/1949 tarihinde ve ikinci müzakerede Oyçokluğu ile karar verildi.

167

Yargıtay Kararları

Ceza Bölümü

Kabul bakımından 59 uncu madde yerine 511 inci maddenin uygulanması gerekirse de indirilen ceza miktarına göre sonuca müessir sayılmadığından temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 757 — Karar 708

Birbirlerini dövmekten ve sövmekkten sanık Güldalı Bulut ve Ahmet Bacaksız haklarında 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşma sonunda: C. K. nun 456/4 , 482/3, 89, 59/2 nci maddelerine göre neticeten sanıklardan Güldalı'nın 3 gün hapis ve 26 lira ağır para cezasiyle hükümlülüğüne ve cezasının ertelenmesine Ahmet Bacaksız'ın onaltı lira altmış kuruş ağır para cezasiyle tecziyesine ikiyüzer kuruş harcın sanıklardan ayrı ayrı alınmasına dair Korkuteli S. C. Y. lığından verilen 17/9/1948 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi Antalya C. Savcısı tarafından süresinde istida edilerek dâva evrakı C. Başsavcılığının 20/1/949 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Kabul bakımından 59 uncu madde yerine 511 inci maddenin uygulanması gerekirsede indirilen ceza mikdarına göre sonuca müessir görülmemiş ve tutanaktaki yazılara ve kararın dayandığı gerekçelere göre temyiz itirazları da varit bulunmamış olduğundan reddiyle hazırlık evrakına göre sanığın gözetimde kalıp kalmadığı ciheti infaz sırasında araştırılarak kalmışsa cezasından mahsup edilmek üzere tebliğname gibi (ONANMASINA) 28/1/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Mağdurun yanında çalıştığına ve hayvanı alacağına mukabil aldığına dair savunmasının tahkik olunmaması ve sanığın mağdurla birlikte oturmasına göre 524 üncü maddenin uygulanıp uygulanmıyacağının düşünülmemesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi.
Esas 828 — Karar 824

Çalmaktan sanık Tahir Demirkan hakkında yapılan duruşma sonunda C. K. nun 491/6, 522, 525 inci maddelerine göre üç ay hapsine ve bu kadarda E. U. N. altında bulundurulmasına ve çektiği iki ay yirmiyedi gün hapis cezasının mahkûmiyetinden mahsubuna ve altı yüz kuruş harcın sanıktan alınmasına dairAkyazı S. C. Y. lığından verilen 22/12/1948 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi üst Adapazarı C. Savcılığı tara-

fından süresinde istida edilerek dâva evrakı C. Başsavcılığının 21/1/949 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü.

Sanık savunmasında mağdurun yanında çalıştığını ve hayvanı alacağına mukabil aldığını bildirmiş olmasına göre bu cihetin tahkik olunmaması ve sanık mağdur amcası bulunduğunu söylemiş olmasına ve mağdurla birlikte oturmakta olduğu anlaşılmasına göre 524 üncü maddenin uygulanıp uygulanmıyacağının düşünülmemesi yolsuz olduğuna mütedair tebliğnamedeki düşünce yerinde olduğu gibi tutunağın kâtip tarafından imzasız bırakılması ve kısa kararda kıymet pek hafif kabul edildiği yazılı bulunduğu halde gerekçeli kararda hafif derecede gösterilmek suretiyle mütabakatsızlık husule getirilmiş olması da yolsuz olduğundan hükmün (BOZULMASINA) 29/1/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi;

Mağdurun duruşmadaki sarih beyanına göre hırsızlığın işlendiği yerin binadan addedilip edilmediğinin keşif yapılmak suretiyle tesbitinden zuhul edilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 2013 — Karar 2055

Hırsızlıktan sanık Seyit Ahmet Durmuş hakkında yapılan duruşma sonunda: C. K. nun 491/4, 522, 525 nci maddelerine göre neticeten iki ay hapsine ve bu kadarda E. U. N. altında bulundurulmasına ve altıyüz kuruş harc alınmasına dair Silivri S. C. Y. lığından verilen 29/12/1948 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi o yer C. Savcılığı ile sanık tarafından süresinde istida ve şartı yokluk kâğıdı ile ifa edilerek dâva evrakı C. Baş Savcılığının 25/2/1949 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü.

Mağdurun duruşmadaki sarih beyanına göre hırsızlığın işlendiği yerin binadan addedilip edilmiyeceğinin keşif yapılmak suretiyle tesbiti lüzumundan zühul edilmesi yolsuz olduğundan hükmün tebliğname gibi (BOZULMASINA) ve beşyüz Kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Ceza tâyininde 30 uncu maddenin gösterilmemesi sonuca tesirli görülmemiştir.

2 — Suçun Milletvekilleri üzerinde tesir icra etmek düşüncesiyle kastı mahsusla hazırlamış olmasının takdiri teşdit sebebi olarak kabül edilmesi doğrudur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi
Esas 2506 — Karar 2021

Büyük Millet Meclisinde Arapça ezan okumak suretiyle Büyük Millet Meclisinin huzur ve sükûtunu bozmaktan sanık ve tutuk Muhittin Ertuğrul hakkında yapılan duruşsa sonunda: C. K. nun 547 ve 79 uncu maddeleri delâletiyle 526/2, 47/4 üncü maddeleri gereğince neticeten kırk gün süre ile hafif hapsine ve ikiyüz elli Kuruş harc alınmasına dair Ankara 1. S. C. Yargıçlığından verilen 16/2/1949 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi oyer C. Savcısı tarafndan süresinde istida edilerek dâva evrakı C. Başsavcılığının 4/3/1949 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü:

Ceza tâyininde 30 uncu maddenin gösterilmemesi sonuca tesirli görülmemiştir. Yapılan duruşmaya ve toplanan delillere ve uygulanan maddelere suçun evvelden düşünülüp bir kastı mahsus ile ve milletvekilleri üzerinde tesir icra etmek düşüncesiyle yapılmış olması takdiri teşdit sebebi olarak kabul edilmesine göre mahkemenin takdir hakkına ilişen temyiz dilekçe ve tasarısında yazılı itirazlar yerinde görülmemiş olduğundan reddiyle hükmün tebliğnamedeki istek gibi (ONANMASINA) 8/3/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Sıkı Yönetimin kaldırılması 3222 sayılı Telsiz Kanunun 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasının ilgası mahiyetinde bulunmaması itibariyle o zaman tekemmül etmiş olan suçun vasıf ve mahiyeti ve muhakeme merciini tebdil edemiyeceğine ve sözü geçen 3222 sayılı kanunun 37 inci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı olan iptâl muamelesi suç unsuru olmayıp bunun P. T. T. İdaresine taallûk eden idarî işlerden bulunması hasebiyle ruhsatnamenin iptal edilmemiş olması suçun tekevvününe mâni değildir. Bu sebeple verilen hüküm kanuna uygundur.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi.
Esas 12678 — Karar 2958

3222 sayılı kanuna aykırı hareketten sanık muhtar Enata hakkında yapılan duruşma sonunda: Sanığın yapılan tebligata rağmen 1946 ve 1947 senelerine ait radyo abone ücretlerini süresinde ödemediği anlaşıldığından eylemine uyan mezkûr kanunun 37, 38/3-4 üncü maddeleri gereğince bir ay süre ile hapsine ancak, müddetin hitamında abone ücretini ödemiş olması lehine olarak cezayı hafifletici takdiri sebepten sayılarak T.

170

C. Kanununun 59 uncu maddesiyle tâyin olunan hapis cezasının 20 güne indirilmesine ve cezasının ertelemesine ve 200 kuruş harç alınmasına dair İstanbul 8 inci Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 19/11/1948 günlü hüküm sanık tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 25/12/1948 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Sanığa isnat olunan suçun sıkı yönetimin devamı sırasında tekevvün etmiş olmasına ve fevkalâde ahval dolayısiyle sıkı yönetim konulması bir tedbir cümlesinden olup bu tedbirin kaldırılması 3222 sayılı Telsiz Kanunun 38 inci maddesinin dördün fıkrasının ilgası mahiyetinde bulunmaması itibariyle o zaman tekemmül etmiş olan suçun vasıf ve mahiyeti ve muhakeme merciini tebdil edemiyeceğine ve sözü geçen 3222 sayılı Telsis Kanunun 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasının ilgası mahiyetinde bulunmaması itibariyle o zaman tekemmül etmiş olan suçun vasfı ve mahiyeti ve muhakeme merciini tebdil edemiyeceğine ve sözü geçen 3222 sayılı kanunun 37 inci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı olan iptal muamelesi suç unsuru olmayıp bunun P. T. T. İdaresine taallûk eden idarî işlerden bulunması hasebiyle ruhsatnamenin iptal edilmemiş olması suçun tekekvvününe mâni olamıyacağına ve sanık duruşmada kendisine 23/4/1947 günü yapılan tebliğ üzerine ücretin tediye tarihi olan onbeş günlük kanuni müddetin 8/5/1947 akşam üzeri bittiğini ve istenilen ücretin ancak 12/5/1947 Pazartesi günü tarafından yatırıldığını iafde edip tebliğ tarihinden itibaren ücretin tediye edilmesi icap eden on beş gün içinde hasta bulunduğuna dair savunmada bulunmamasına ve hasta olsa bile başka biri vasıtasiyle de ücretin P. T. T. İdaresine gönderilmesi kabil olmasına ve dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına ve karar yerinde gösterilen mucip sebeplere göre görevsizliğe ve uygulanan madde fıkrasına ilişen ve varit görülmeyen tebliğnamedeki mütalâa ile sanığın temyiz itirazlarının reddiyle hükmün (ONANMASINA) ve depo parasının gelir kaydına ve mahallî mahkemesince alınan harc kadar temyiz harcının sanıktan alınmasına 25/3/1949 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Suçu tesbit eden zabıt varakasında elde edilen çam direklerinin tahminen üç senelik kuru olduğu yazılı olmasına nazaran hâdisede zamanaşımı bulunduğunun düşünülmemesi yolsuzdur.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi.
Esas 2798 — Karar 3053

Orman Kanununa aykırı hareketten sanık Hasan Eraslan hakkında

yapılan duruşma sonunda: Adı geçen kanunun 120 inci maddesi gereğince taktiren on lira ağır para cezasiyle hükümlülüğüne ve yedieminde bulunan 9 adet kuru çam direğinin zor alımına ve satılarak tutarının hazineye gelir kaydına 100 kuruş harç alınmasına dair Bayburt Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 12/11/1948 günlü hüküm sanık tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 18/3/1949 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Suçu tesbit eden zabıt varakasında sanığın evinde istif edilmiş olarak elde edilen çam direklerinin tahminen üç senelik kuru olduğu yazılı olmasına göre bu tarihle hüküm tarihi arasında bir buçuk seneden fazla zaman geçtiği ve zamanaşımı husule geldiği gözönünde bulundurularak düşme kararı verilmesi gerekirken sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi yolsuz olduğundan sair cihetlerin tetkikine lüzum olmaksızın sanık tarafından temyiz olunan hükmün bu sebepden dolayı tebliğname gereğince bozulmasına ve harc alınmamasına ve C. M. U. K. nun 322 ve Orman Kanunun 132 ve T. C. K nun 104 üncü maddeleri hükmünce zamanaşımından ötürü dâvanın düşmesine ve emvalin iadesine ve idarenin şahsi hakkından dolayı ait olduğu mahkemeye gidebileceğine 26/3/1949 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Kabul suretine göre Pasaport Kanununun 47 inci maddesi saraheti hilâfına olarak hafif hapis cezası tâyin olunması yolsuz ise de Üst C. Savcısının Temyizi lehe olduğundan bozma sebebi sayılmamıştır.

2 — Pasaportsuz Türkiye'den çıkış suçunda zamanaşımı mevcut olup olmadığının düşünülmemesi yolsuz bulunmuştur.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi.
Esas 11352 — Karar 3169

Pasaport Kanununa aykırı hareketten sanık Mustafa Pala ve Meryem Pala haklarında yapılan duruşma sonunda: Sanıkların pasaportsuz olarak hududun gayrimuayyen yerlerinden Irak'a gidip aynı şekilde yurda döndükleri sabit olduğundan eylemlerine uyan mezkûr kanunun 47, 48 ve T. C. K. nun 72 inci maddeleri gereğince içtimaen ve neticeten birer ay on beşer gün süre ile hafif hapislerine ve cezalarının ertelenmesine ve 200 zer kuruş harc alınmasına dair Yüksekova Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 4/10/1948 günlü hüküm Van C. Savcılığı tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 23/11/1948 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Kabul suretine göre Pasaport Kanunun 47 nci maddesi sarahati hilâfına olarak hafif hapis cezası tâyin olunması yolsuz isede üst C. Savcısının temyizi lehe olduğundan bu cihet aleyhte bozma sebebi sayılmamıştır. Ancak, sanıkların hükümetçe tâyin olunan mevkilerden gayri yerlerden pasaportsuz olarak gittikleri anlaşılmış ve bu cihet mahkemece de kabul edilmiş olmasına göre 3519 sayılı kanunun 48 inci maddesi yerine karar yerinde 47 inci maddesinin gösterilmesi ve sanıkların hazırlıkta 1945 yılında Irak'a kaçtıklarını ve duruşmada iki sene evvel jandarmaların takibinden kurtulmak üzere Irak'a geçtiklerini söylemelerine ve şahadet suretine nazaran çıkış tarihleri esaslı bir surette tesbit edildikten sonra dâvanın pasaportsuz Türkiye'den çıkış suçuna ait kısmın da zamanaşımı mevcut olup olmadığı düşünülmeksizin Türkiye'den çıkış suçundan da ceza tâyini yolsuz ve üst C. Savcısının temyiz itirazı ve tebliğname münderecatı bu itibarla varit bulunmamış olduğundan hükmün bu sebeblerden dolayı bozulmasına 30/3/1949 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Suçun 502 inci maddenin tarifi dahilinde gece sayılan bir zamanda olduğu tesbit edilmeden 193 üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulanması;
2 — Yaşından dolayı bir güne inmiş olan hapis cezasının 69 uncu maddenin uygulanmasiyle günün kesrine inkılâbederek kalkacağı düşünülmeden içtima tutarına ilâvesi;
3 — Sanığın seviştiği kız ile görüşmek maksadiyle eve girdiğinin kabul edilmesine göre tahfife yer olup olmadığının tartışılmasında zuhuledilmesi;
4 — Sanığın nezarette kaldığı günlerin tahkikiyle mahsubun yapılmaması yolsuzdur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi.
Esas 12700 — Karar 12944

Cemil Avcı'nın geceleyin konut dokunulmazlığını bozmak ve Musa Ünal'a korkutmak maksadiyle bıçak çekmekten sanık ve tutuk Sıtkı Biçer'in yapılan yargılama sonunda T. C. Kanunun 193/2, 466, 55/3 ve 69 uncu maddeleri gereğince üç ay bir gün hapsine ve tutuk kaldığı günlerin sayılmasına ve tutukluk halinin devamına dair Emirdağ Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 23/9/1947 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Hâdisenin mahiyetine göre tebliğnamenin birinci bendindeki mütalâa yerinde değilse de:

1 — Suçun 502 inci maddenin tarifi dahilinde gece sayılan bir zamanda olduğu tesbit edilmeden 193 üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulanılması.

2 — Yaşından dolayı bir güne inmiş olan hapis cezasının 69 uncu maddenin uygulanması ile günün kesirine inkilâp ederek kalkacağı düşünülmeden içtima tutarına ilâvesi.

3 — Sanığın seviştiği kız ile görüşmek maksadiyle eve girdiğinin kabul edilmesine göre tahfife yer olup olmadığının tartışılması gerekirken zühul edilmesi.

4 — Sanığın nezarette kaldığı günlerin tahkik ile mahsubu gerekirken yapılmaması.

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlarla istemler bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve 500 kuruş bozma harcının ileride haksız çıkacaktan alınmasına 21/10/1947 de oybirliğiyle karar verildi.

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
Ceza Muhakemeleri 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 II inci kısım	600

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

177

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 4 9

178