ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

YIL : 41

SAYI : 5

MİLLİ KÜTÜP...
ANKARA

579

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 göndereceker, 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.

582

ADALET
DERGİSİ

Yıl: 41 | Mayıs: 1950 | Sayı: 5

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :		Sahife
Dr. A. P. GÖZÜBÜYÜK	Yeni Seçim K. bakımından adaylık ve esasları	559—568
Dr. HADİ TAN	Duruşmanın inzibatına mütaallik mukayeseli etüd	569—597
Dr. ZAHİT ÇANDARLI	Zarar ziyanın takdiri	598—614
VOLF ÇERNİS	Yargıtay Ticaret Dairesinin, işyeri ihtiyacı sebebiyle açılan tahliye dâvaları	615—632
MÜFİT BİRSEN	Tecil	633—641
İSMAİL DOĞANAY	Nüfus K. 11 ve 25 - 26 ncı maddelerine istinaden açılan dâvalar (II)	642—678
M. NEVZAT TAPLAMACIOĞLU	Cahiliye ve islâmda evlenme	679—686
BİBLİYOĞRAFYA		687—697
YARGITAY HUKUK KARARLARI		698—705
YARGITAY CEZA KARARLARI		706—712

58

582

YENİ SEÇİM KANUNU BAKIMINDAN ADAYLIK VE ESASLARI

Yazan : **Dr. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK**

Yeni seçim hukukumuza göre, bir kimsenin milletvekili seçilebilmesi için adaylığının konulması veya aday gösterilmesi lâzımdır.

Adaylığın konulması veya gösterilmesi demek milletvekili seçilme isteğinin açığa vurulması, izharı demektir.

Milletvekili seçilmek için bir takım kanunî şartlar aranır. Adaylık bu şartlardan en başta gelenidir. O suretle ki adaylık işlemi yapılmadan hiç bir kimse milletvekili seçilemez. Bu sebeple, bir seçim çevresinden (bir ilden) adaylığı konulmamış veya gösterilmemiş olan bir kimseye verilen reyler muteber sayılmaz. Nitekim oy verme neticeleri adaylardan her birinin ayrı ayrı aldıkları oy sayısı gösterilmek suretiyle birleştirilir. Madde: 116 ve 117.

Adaylığın ve esaslarının gereği gibi açıklanması için adaylık için müracaat mercii, müracaat müddeti, müracaat şekilleri, adaylık tahditleri, adaylığa karşı yapılacak itirazın mahiyeti, aday listesi ve adaylar hakkında propaganda neşriyatı hususlarının incelenmesi zarurî bulunmaktadır.

I — Adaylık için müracaat mercii :

Adaylığın konulması veya gösterilmesi için milletvekili seçilmek istenilen seçim çevresi il seçim kurulu başkanlığına yazılı olarak başvurulması lâzımdır.

Ancak siyasî partiler için amelî bir kolaylık düşünülmüştür. Siyasî partiler muhtelif seçim çevrelerine ait adaylarını ihtiva eden listeleri kanunî müddeti içinde yüksek seçim kuruluna da bildirebilirler.

İl veya yüksek seçim kurulu başkanları, müracaatların yapıldığına dair ilgililere birer pulsuz alındı verir ve bildirilen adayları ilân eder. Mad. 38.

Adaylık müracaatlarını ihtiva eden yazılara hiç bir nevi pul yapıştırılmaz. Madde 35/f. 14.

II — Müracaat müddeti :

Adaylık koyma veya aday gösterme için il veya yüksek seçim kuru-

luna oy verme gününden önceki yirminci günü saat 17 ye kadar müracaat olunabilir. Bu müddetten sonra yapılacak adaylık müracaatları kabul olunmaz ve bunlar aday listesine de alınmaz. Mad. 37 (T. B. M. Meclisi Tutanak Dergisi Dönem. VIII, Cilt. 24, Toplantı 4, Sahife 260)

III — Müracaat şekilleri :

Adaylık için başvurma, ya adaylığın konulması veya gösterilmesi şeklinde olabilir.

Kanunumuzun kabul ettiği bu iki şeklin esası ayrı ayrı tetkik edilecektir. Adaylık koymaya fertçe adaylık koyma da diyebiliriz.

1 — Fertçe adaylık koyma :

Seçilme ehliyeti olan her vatandaş bir veya iki seçim çevresinden milletvekilliği için adaylığını koyabilir. Mad. 35 - 36.

Anayasamızın 11 inci maddesi gereğince seçilme ehliyeti olan her vatandaş milletvekili seçilebileceğine göre böyle bir vatandaşın ferden adaylığını koyması kadar tabiî bir şey olamıyacağı cihetle bu esas Seçim Kanununda tekrar ve teyit edilmiştir.

2 — Aday gösterme :

Seçilme ehliyeti olan vatandaşların siyasî partiler veya elli seçmen tarafından aday gösterilmesi suretiyle iki şekilde olabilir.

A — Siyasî partilerin aday göstermesi :

Siyasî partiler, teşkilâtlarının bulunduğu seçim çevreleri için genel merkezlerindeki yetkili organları vasıtasiyle bu seçim çevrelerinin seçebileceği milletvekili adedini geçmemek üzere aday gösterebilirler. Mad. 35, f. 2.

Bu itibarla, siyasî partilerin illerdeki mahallî teşkilâtlarının aday gösterme yetkisi yoktur. Bundan dolayı, adayların, siyasî partilerin genel merkezlerindeki yetkili organları tarafından gösterildiğini belirten vesikalar bu partilerin illerdeki teşkilâtı tarafından il seçim kurulları başkanlıklarına verilmesi lâzımdır. Aksi takdirde bu aday listeleri kabul olunmaz ve ilân edilmez. Siyasî partilerin genel merkezlerinde aday göstermiye yetkili organları bu partilerin yürürlükte bulunan tüzüklerinde yazılı organlardır.

a) Yukarıda işaret edildiği üzere, siyasî partiler ancak teşkilâtının bulunduğu seçim çevrelerinde (illerde) aday gösterebilirler. Seçim çevresi olan ilde bir siyasî partinin teşkilâtı bulunması demek bu il merkezinde bir şubesinin Cemiyetler Kanunu ve Parti Tüzüğü hükümlerine göre teşekkül etmiş olması demektir.

b) Yine yukarıda açıklandığı gibi, siyasî partiler ancak bu seçim çevrelerinin seçebileceği milletvekili adedini geçmiyecek kadar aday gösterebilirler.. Bunun içindir ki seçilecek aday adedinden fazla isim bulunan liste ve puslada, sondan itibaren fazla olan isimler, aday sayılmaz ve aldıkları reyler hesaba katılmaz. Mad. 110.

c) Siyasî partiler kaide olarak adaylarını kendi üyeleri arasından seçerler. Bununla beraber, siyasî partiler, hal ve şartlara göre, bağımsız kimseler arasından ve hattâ başka bir siyasî parti üyeleri arasından da aday seçebilir. Bu şekilde, bir siyasî parti aynı seçim çevresinde diğer bir partinin adayını veya bağımsız adayı kendi listesinde aday olarak gösterebilir. (T. B. M. Meclisi sözü geçen Tutanak Dergisi, sahife: 252) (1).

d) Bir seçim çevresinde parti üyesi veya bağımsız sıfatiyle bir siyasî partinin aday listesine girmiş bulunan kimse, diğer bir siyasî parti tarafından diğer bir seçim çevresinde yazılı muvafakatı alınmadan aday gösterilemez. Kanun bu hükmü ile adayın seçilme hakkını teminat altına almıştır. Nitekim bir kimsenin ikiden fazla seçim çevresinde adaylığı konulursa bu seçim çevrelerinde aldığı bütün oylar hükümsüz sayılır. İşte, adayın böyle bir hileye uğramaması için kendisinin yazılı muvafakatı bu durum sebebiyle şart eddilmiştir. (A. Konuk, Milletvekilleri Seçimi Kanunu şerhi, İstanbul, 1950, sah. 40)

Şu kadar ki ikiden fazla seçim çevresinden adaylığı konulan ve seçilen bir kimse, münhasıran iki seçim çevresinden aday gösterilmesine muvafakat etmiş ise, muvafakatı alınmadan aday gösterildiği üçüncü seçim çevresinden seçilmiş olması halinde, muvafakatı alınarak aday gösterildiği iki seçim çevresinden aldığı reyler muteber ve seçilmiş olur ve fakat muvafakati alınmadan aday gösterildiği çevreden aldığı reyler muteber olmaz. (A. Konuk, sah. 40).

B — Elli seçmenin aday göstermesi:

Bir seçim çevresinde, mensup oldukları muhtarlıkça imzaları tasdik edilmiş elli seçmenin il seçim kurulu başkanlığına yazılı müracaatları ile seçilme ehliyeti olanlar aday gösterilebilir.

Bu muamelenin tamamlanması için aday gösterilen kimsenin aday gösterilmeye yazılı ve noterden tasdikli muvafakatının o il seçim kurulu başkanlığına bildirilmesi lâzımdır. Mad. 35/3.

Bu şekildeki müracaat gibi muvafakatın da oy verme gününden önceki yirminci günü saat 17 den evvel bildirilmiş olması şarttır. Bu süre

(1) Bu itibarla, Sait Köksal ve İhsan Olgun tarafından acele yazıldığı anlaşılan Haşiyeli Milletvekilleri Seçimi Kanunu kitabında bu hususa ait aksi mütalâa T. B. M. M. Komisyon ve Kamutay görüşmelerine aykırı ve yanlıştır.

içinde yapılmıyan müracaat gibi bildirilmiyen muvafakat da il seçim kurulu başkanlığınca kabul olunmaz. Mad. 37.

IV — Adaylığın seçim çevresi bakımından tahdidi :

Kaide olarak, adaylık, bir seçim çevresinden konulur veya gösterilir. Bununla beraber, müstesna olarak, bir kimsenin, en çok iki seçim çevresinden adaylığının konulması veya aday gösterilmesi de mümkündür. Mad. 36. Şayet bir kimsenin ikiden fazla seçim çevresinde adaylığı konulmuş veya gösterilmiş olur ise bu adayın bu seçim çevrelerinin hepsinde aldığı reyler hükümsüzdür. Bu takdirde, bu kimse yerine seçimde milletvekili olmamış bulunanlardan en çok rey almış olan kimse milletvekili olur.

İkiden fazla seçim çevresinde adaylığın ve seçilmenin muteber sayılmaması sebebiyledir ki bir seçim çevresinde adaylığı konulmuş veya gösterilmiş olan bir kimsenin diğer bir seçim çevresinde aday gösterilmesi için kendisinin yazılı muvafakatı şart kılınmıştır.

Bir kimsenin ikiden fazla meselâ üç seçim çevresinde üç siyasi parti tarafından aday gösterilmiş ve seçilmiş olması halinde, bu kimsenin seçimi muteber olacak mı?

Eğer bu kimse üç seçim çevresinde adaylığa muvafakatını bildirmiş ise seçimi muteber sayılmaz; şayet iki seçim çevresi için muvafakat etmiş de üçüncü seçim çevresine muvafakati olmadan aday gösterilmiş ise üçüncü seçim çevresinde aldığı oylar iptal edilerek seçimde milletvekili olmamış bulunanlardan en çok rey almış bulunan aday seçilmiş olur ve diğer iki seçim çevresinde aynı zamanda seçilmiş olan bu kimsenin tercih etmediği seçim çevresindeki oyların iptaline imkân olmamasına göre bu seçim çevresinde ara seçimi yapılır.

Öte yandan, bir seçim çevresinden adaylığını koyan veya aday gösterilen kimse, muvafakati alınmadan daha iki seçim çevresinden aday gösterilmiş olursa bu iki yerden aldığı oylar hükümsüz sayılacağı için, bu seçim çevresinin her birinde en çok oy alan birer aday Milletvekili seçilmiş olur. İki seçim çevresinde, muvafakati ile aday gösterilip seçimi kazanan kimseye, bu iki il seçim kurulu tarafında ayrı ayrı birer Milletvekilliği tutanağı verilir. Bu kimse tercih ettiği seçim çevresi Milletvekili olur ve diğer tercih edilmiyen seçim çevresinde ara seçimi yapılır. (A. Konuk, ad. g. eser, sah. 45 - 46. Sözü geçen Tutanak Dergisi sehife. 264).

V — ADAYLIĞIN, ADAYLIĞI KONULACAK VEYA GÖSTERİLECEK KİMSENİN SIFATI BAKIMINDAN TAHDİDİ:

Seçimle ehliyeti olan her vatandaşın adaylığını koyması veya aday gösterilmesi Anayasa'nın tanıdığı ve Seçim Kanununun teyit ettiği esasi

bir hakdır. Ancak bu hakkın, seçmenlerin tam serbesti ile reylerini vermelerini ihlâl edici ve buna her hangi bir surette müessir olacak mahiyette kullanılmaması lâzımdır. Seçmenler, mahiyetleri ne olursa olsun, her türlü nüfuzun tesirinden uzak olarak reylerini kullandıkları takdirde millî iradenin hakikî şekilde tecellisinden bahis olunabilir.

Bu sebepledirki kamu vazifesi ifa eden muayyen kimselerin haiz oldukları nüfuz seçim zamanında, her hangi bir şekilde, kötüye kullanmalarını önlemek veya böyle bir şüphenin belirmesine bile yer vermemek maksadiyle bunların adaylıklarını koymaları veya aday gösterilmeleri için muayyen zamanlardan önce istifa veya istinkâf etmiş olmaları mecburiyetini koyan tahditlere yer verilmiştir. Bu tahditleri birer birer aşağıda kısaca açıklıyoruz:

1 — Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı ve üyelikleri ile il ve ilce seçim kurulu başkanlıklarına seçilenler :

Yüksek seçim kurulu başkanlığına ve üyeliklerine seçilen Yargıtay ve Danıştay mensupları ile il ve ilce seçim kurulu başkanı oldukları kendilerine tebliğ edilen yargıçlar yurdun hiç bir seçim çevresinden adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler, seçilemezler. Mad. 35/f. 4

Yukarıki kurullara seçilen veya getirilen yargıçlar bazı hallerde bu görevlerinden istinkâf edebilirler ve muayyen bazı hallerde ise istinkâfa mecburdurlar. Kanun bu halleri birer birer belirtmiştir.

A — Görevden istinkâf edebilme :

Yüksek seçim kuruluna seçilenler veya il ve ilce seçim kurulu başkanı oldukları kendilerine tebliğ edilen yargıçlar, adaylık koyma veya gösterme hali dışında, kanunun kendilerine verdiği bu vazifeden kaçınamazlar. Ancak adaylığını koyacak veya aday gösterilecek yargıçlar bu vazifeyi kabulden imtina edebilirler. Şu kadar ki bu imtinaın, kurullarda her hangi bir vazife almadan ve fiilen çalışmıya başlamadan evvel bildirilmesi şarttır.

Kısaca, seçim kurulu başkanı veya üyesi vazifesi kendisine tevcih edilecek olan bir yargıç fiilen bu sıfatla hareket ettiği anda artık hiç bir yerden adaylığını koyamaz, Adaylığını düşünen yargıçın kurul başkanı olduğu veya seçildiği kendisine tebliğ edilince istinkâfını Adalet Bakanlığına bildirmesi gerektir, Adaylık dışında, her hangi başka bir düşünce ile bu vazifeyi kabulden imtina edilemez. (Adı geçen Tutanak Dergisi, sahife 253 - 254).

Bununla beraber, adaylığı tercih ederek bu görevlerden istinkâf eden yargıçların yargıçlık ettikleri çevreden adaylıklarını koymaları veya aday gösterilmeleri için genel veya ara seçimlerin başlangıcından iki ay evvel;

seçimin yenilenmesine veya ara seçimlerin vaktinden evvel yapılmasına karar verilmesi halinde ise yenilemenin veya kararın ilânından itibaren yedi gün içinde istifa etmiş olmaları şarttır.

Şu kadar ki, yukarıda açıklanan şekilde istinkâf eden yargıçların yargıçlık ettikleri seçim çevresinden başka seçim çevrelerinde adaylıklarını koymaları veya aday gösterilmeleri için sözü edilen şekilde muayyen müddet önce istifa etmeleri icap etmez.

B — Görevden istinkâf mecburiyeti :

Yüksek seçim kurulu başkanı ve üyesi olanlar ile il ve ilce seçim kurulları başkanları aşağıdaki hallerde bu görevlerinden istinkâfa mecburdurlar :

a — Yüksek seçim kurulu başkanı ve üyesinin ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları her hangi bir seçim çevresinde adaylıklarını koydukları veya aday gösterildikleri takdirde kuruldaki vazifesinden istinkâfa mecburdur. Mad. 35/f. 6.

b — İl ve ilce seçim kurulları başkanı olan yargıçların bu seçim çevrelerinde ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları adaylıklarını koydukları veya aday gösterildikleri takdirde seçim kurulu başkanlıklarından istinkâfa mecburdurlar.

2 — Memurlardan bazıları ve belediye başkanları :

İller'in genel idare teşkilâtında millî irade ile tâyin olunan memurlar ile belediye başkanları genel veya ara seçimlerin başlangıcından iki ay önce; seçimin yenilenmesine veya ara seçimlerin vaktinden evvel yapılmasına karar verilmesi halinde ise yenilenmenin veya kararın ilânından itibaren yedi gün içinde istifa etmedikçe görevli bulundukları seçim çevresinden adaylıklarını koyamazlar, aday gösterilemezler ve seçilemezler. Şu kadar ki adaylığın konulması veya gösterilmesi için istifa muamelesinin tamamlanması şart değildir.

Bu memurlar ile belediye başkanlarının görevli bulundukları seçim çevresinden başka seçim çevresinde adaylık sebebile istifaya mecbur olmadıkları aşikârdır.

3 — Askerlerden bazıları :

Ordudan ayrılma hakkını kazanmış bulunan her sınıf muvazzaf subaylar ile askeri memurlar, askeri adli yargıçlar, gedikli subaylar ve gedikli erbaşlar :

1) Görevli oldukları veya emirleri altındaki askeri birlik ve müesseselerin bulunduğu seçim çevrelerinden :

a — Genel ve ara seçimlerin başlangıcından iki ay önce ;

b — Seçimin yenilenmesine veya ara seçimlerin vaktinden evvel yapılmasına karar verilmesi halinde yenilenmenin veya kararın ilânından itibaren yedi gün içinde ;

2) Yurdun her hangi bir diğer seçim çevresinden :

Oy verme gününden en az bir ay önce ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar, aday gösterilemezler ve seçilemezler. Mad. 35. f. 8. Ordudan ayrılma hakkını kazanmamış olmaları sebebile ayrılma istekleri red edilmiş bulunanlar aday listesine alınamazlar.

Ordudan ayrılma hakkını kazanmış olma demek gerek istifa ve gerekse emekliye ayrılma hakkına sahip olma demektir. (Sözü geçen T. B. M. Meclisi Tutanak Dergisi, sahife : 249 ve).

VI — Adaylığa itiraz ve mahiyeti :

Müsbet seçim hukukumuza göre, adaylığın kabulü ve seçimin muteber sayılması için adaylığın esas ve şekil şartlarının tam olması lâzımdır.

Adaylığın esas şartları yeni Seçim Kanunumuzun 3 üncü kısmının seçilme yeterliği başlığı altındaki birinci bölümünde yer almıştır. Bu bölümün 33 ve 34 üncü maddelerinde adaylığın kabulü için (seçilme için) zaruri ve kabulünü mâni esas şartları birer birer saymaktadır. Aynı kısmın adaylık başlığı altındaki ikinci bölümü ise adaylığın şekil şartlarına tahsis olunmuştur. Yukarıdaki I - V inci paragraflarda şekil şartlarının nelerden ibaret olduğu incelenmişti.

1 — Adaylığın esas şartlarına itiraz :

Adaylığın esas şartları hakkında Yüksek Seçim Kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisine müracaat olunabilir. Yüksek seçim kurulu yapılan itiraz üzerine bir adayın kanununun 33 ve 34 üncü maddelerinde yazılı seçilme ehliyeti olup olmadığını tetkik ve tahkik ederek varacağı neticeyi bir raporla T. B. M. Meclisine sunacaktır. Madde : 123/f. 5. Bu itibarla yüksek seçim kurulunun adaylığın esas şartlarına taallûk eden itirazlar hakkında bir karar vermiye yetkisi yoktur. Meclis, yüksek seçim kurulu tarafından yapılan tetkik ve tahkike dayanan raporu inceliyerek kararını verir.

Bu neviden bir itirazın yüksek seçim kurulunca tetkik ve tahkik edilebilmesi için seçilme ehliyeti olmadığı ileri sürülen adayın milletvekilliğine seçildiğine dair Tutanağın Kanunun 117 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında gösterilen şekilde ilânından itibaren üç gün içinde yapılmış olması lâzımdır. Mad. 124.

Adayın seçilme ehliyetine yani adaylığın esas şartlarına yapılacak itirazları, yukarıda açıklandığı üzere, yalnız yüksek seçim kurulu veya

Millet Meclisi tetkik ve tahkik edebileceği ve münhasıran Büyük Millet Meclisi gereken kararı vereceği cihetle il seçim kurullarının bu neviden itirazları tetkik ve tahkike yetkileri mevcut değildir. Şu kadar ki, il seçim kurulu, adaylığın esas şartlarına taallûk eden bu itirazları sadece kabul ederek itiraz dilekçe ve dosyasını adaylığına bu yönden itiraz olunan kimse milletvekili seçildiği takdirde, gereken tetkik ve tahkik yapılmak üzere yüksek seçim kuruluna gönderir. Mad. 124. Adaylığına bu şekilde itiraz olunan kimse milletvekili seçildiği takdirde il seçim kurulunca itiraz dosyasının yüksek seçim kuruluna gönderilmesi yolundaki kayıt yüksek seçim kuruluna milletvekili seçilmemiş yüzlerce adayın seçilme ehliyetini itiraz dolayısile tetkik ve tahkike sürükliyerek boş yere işlerini çoğaltmamak maksadına dayanmaktadır.

2 — Adaylığın şekil şartlarına itiraz :

Aday koyma veya aday gösterilmiye dair yapılan müracaatları il seçim kurulu şekil şartları bakımından tetkik eder; muamelede noksanlık görürse tamamlanmasını ilgililere tebliğ eder.

A — İtirazın şekli ve süresi :

Adaylık müracaatlarından her birinin ilânından itibaren iki gün içinde bir kimsenin adaylığına şekil şartları yönünden İl seçim Kuruluna yazı ile muracaat olunabilir. Sözlü itiraz dinlenmez. Mad. 38/5

İtiraz dilekçesinde gerekçeler yazılmak ve dayanılan belgeler bağlanmak lâzımdır. Ayrıca, dilekçeye itiraz edenin adının, soyadının ve adresinin açıkca yazılmış olması şarttır. Böyle olmayan itiraz tetkik edilemez.

Yapılacak itiraz üzerine İl Seçim Kurulları tarafından verilen kararlara karşı bu kararın ilânından itibaren iki gün içinde yazı ile yüksek seçim kuruluna ikinci derecede itraz olunabilir. Mad. 38/7 ve 124/1.

Yüksek seçim kuruluna verilecek itiraz dilekçesi ya doğrudan doğruya yüksek seçim kurulu başkanlığına veya bu kurula ulaştırılmak üzere il seçim kurulu başkanlıklarına verilebilir. Gerek yüksek ve gerekse il seçim kurulu başkanları itirazcılara birer makbuz verirler ve dilekçe altına müracaatın gün ve saatını yazarlar. Mad. 124/4.

B — İtirazın mahiyeti :

Adaylığa, adaylığın şekil şartları yönünden itiraz olunabilir. Adaylık için yapılacak müracaatın şartlarına uygun olup olmadığını il seçim kurulu tetkik ederek kabul veya reddine dair bir karar verir. Bundan başka, bu kurulca keyfiyet ilgililere tebliğ ve aynı zamanda mahalli mutad vasıtalarla da ilân olunur.

Kanunun 35, 36, 37 ve 38 inci maddelerinde şekil şartları tâyin edilmiştir. Bu şartları aşağıda sistematik bir surette tahlil edilmiştir :

1 — Adaylık muracaatının oyverme gününden önceki yirminci günü saat 17 ye kadar yapılmış olması. Mad. 37.

2 — Siyasi partiler tarafından yapılan adaylık muracaatlarının kabulü için :

a) Muracaatın partilerin genel merkezlerindeki yetkili organları tarafından yapılmış olması;

b) Aday gösterilecek çevrede teşkilâtlarının bulunması;

c) Her çevre için gösterilecek aday sayısının her çevrenin seçeceği milletvekili sayısını geçmemesi;

d) Üyesi sıfatile bir partini naday listesine girmiş bulunan kimsenin başka bir seçim çevresi için diğer bir parti tarafından aday gösterilmesine muvafakatının bulunması;

e) Hiç bir partiye mensup olmıyan kimsenin bir siyasi parti tarafından aday gösterilmesine yazılı muvafakatı olması.

3 — Bir kimsenin elli seçmen tarafından aday gösterilmesi için :

a) Elli seçmenin imzalarının oturdukları yer muhtarlığınca tasdik edilmiş olması;

b) Yazılı müracaatda birden fazla kimsenin aday gösterilmemesi;

c) Elli seçmenin aday gösterilecek çevre seçmenlerinden olması;

d) Aday gösterilen kimsenin aday gösterilmiye yazılı ve noterden tasdikli muvafakatının bulunması.

4 — İl ve ilce seçim kurulu başkanı olan yargıçlarla yüksek seçim kurulu başkan ve üyeliklerine seçilen kimselerin adaylıklarını koyabilmeleri için bu görevleri kabulden ve ifava fiilen başlamadan önce istinkâf etmiş olmaları.

5 — İllerin genel idare teşkilâtında millî irade ile tâyin olunan memurların ve belediye başkanlarının görevli bulundukları seçim çevresinden adaylıklarını koyabilmeleri için genel veya ara seçimlerin başlangıcından iki ay önce; seçimin yenilenmesine veya ara seçimlerin vaktinden evvel yapılmasına karar verilmesi halinde yenilenmenin veya kararın ilânından itibaren yedi gün içinde itsifa etmeleri. Mad. 35/8.

6 — Her sınıftan muvazzaf subaylarla askerî memur, askerîadli yargçı ve gedikli subay ve gedikli erbaşlardan adaylık muracatında bulunanların ordudan ayrılma hakkını kazanmış olup olmadıkları ve kazanmış oldukları anlaşıldığı takdirde :

1) Görevli oldukları veya emirleri altındaki askeri birlik ve müesseselerin bulunduğu seçim çevrelerinden adaylıklarını koymaları veya aday gösterilmeleri için :

a) Genel ve ara seçimlerin başlangıcından iki ay önce;

b) Seçimin yenilenmesine veya ara seçimlerin vaktinden evvel yapılmasına karar verilmesi halinde yenilenmenin veya kararın ilânından itibaren yedi gün içinde;

2) Yurdun her hangi bir diğer seçim çevresinden adaylıklarını kaymaları veya aday gösterilmeleri için oy verme gününden en az bir ay önce ayrılma isteğinde bulunmuş olmaları şarttır. Mad. 35/3.

İşte, il seçim kurulu gerek re'sen ve gerekse itiraz üzerine adaylık müracaatinin yukarıdanberi açıklanan ve her birini taallûk ettiği şekil şartlarına uygun olup, olmadığını tetkik ederek adaylığın reddine veya kabulüne dair en geç oyverme gününden önceki on beşinci günü saat 17 ye kadar bir karar verir. Mad. 38/4.

VII — ADAY LİSTESİ

İl seçim kurulu başkanı aday koyma veya aday gösterme süresi sona erince seçim çevresindeki siyasi partilerin adayları ile müstakil adayları ayrı ayrı olmak üzere soy adları alfabe sırasına göre aday listesini tanzim ile oyverme gününden en az 10 gün evvel ilce seçim kurullarına gönderir. Madde 39, 85.

Bir listedeki adaylardan biri veya bir kaçı hakkında itiraz vâkı olmuş ise liste geçici olur. İtiraz neticesinde adaylığı kabul edilmiyen kimsenin adı aday listesinden çıkarılır. Şu kadarki geçici adaylar listesi oyverme gününden önceki 9 uncu gün saat 17 de vâkı itirazlar karara bağlanmamış olsa da kesin liste haline gelir.

Siyasi partilerin aday listesinde adı yazılı adaylardan biri istinkâf eder veya ölürse bu parti aday listesini tamamlamaz ve yeniden aday göstermez. Bu suretle açık kalan milletvekillikleri için kanunla muayyen usullere göre ara seçimi yapılır. (Sözü geçen Tutanak Dergisi sahife 233).

DURUŞMANIN İNZİBATINA MÜTAALLİK MUKAYESELİ

E T Ü D

(CELSE İNZİBATI)

T A S N İ F

Yazan : **Dr .Hâdi T A N**

I — Ön söz,

II — Celsenin tarifi ve itaatsizlik hali.

1 — İtiraz hakkı.
2 — Celse zabıtasına tâbi olanlar.
a — Başkanın yetkileri.
b — Mahkemenin yetkileri.
3 — Cebren dışarı çıkarılma.
4 — Mahkemenin bünyesine dahil olmayan şahıslar.
5 — Alâkalının dinlenmesi.
6 — İnfaz.

III — Uygunsuz hareket :

1 — Uygunsuzluk halinin aynı zamanda suç teşkil etmesi.
2 — Uygunsuz fiil ve harekete muhatap olabilecek şahıslar.
3 — İnzibati ceza ile birlikte uzaklaştırma tedbiri.
4 — Cezalandırılacak şahsın dinlenmesinin icabedip etmiyeceği.
5 — İnzibati cezanın nev'i ve tahsil edilemeyen para cezasının hapse çevrilip çevriliyemiyeceği .
6 — İnfaz
7 — Celse haricinde tehaddüs eden itaatsizlik ve uygunsuzluk halleri.

IV — İtiraz :

1 — İtiraza hakkı olanlar itirazın nev'i ve infaz.
2 — İtirazı tetkik edecek merci.

V — Kararların ve gerekçenin zabta geçirilmesi.

VI — Celsede suç işlenmesi.

1 — Muvakkat yakalama.

VII — Mevzuatımız muvacehesinde celse zabıtası.

593

VIII — Celse zabıtasına mütaallik hükümlerin avukat ve müdafiler hakkında uyugulanıp uygulanamıyacağı,

1 — Başkanın veya yargıcın haiz olduğu yetkiler.

2 — Mahkemenin haiz olduğu yetkiler.

IX — Duruşmanın sevk ve idaresi.

Literatür : Prof. Dr. E. Sehwinge, Stpo, g. v. g. 1933. Prof. Kohlraasch, Stpo. 1935, Sehaeffer, Stpo 1927, 1942. G. Z. Dohna, St. P; O, g. v. Lehmann Stpo, 1932, Frank, Stpo, 1938, Löwe, Stpo, g. v. g. 1927, Löwe, Stpo und g. v. g. 1934, Löwe, Er. g. 1936. Prof. Baha Kantar, Ceza M. U. K. 1946, Prof, T. Taner, Ceza M. U., 1945, Neding, die rechtlichen Grenzen der verteidigung des Beschu 1 digten im Strafverfahren, 1936. Schwarz, St. P; O. (tercüme, Taşkın. 1939). Prof. Vasfi RAŞİT, Ceza M. U. 1929, 1930, 1932. Beling, St. P. O. g. v. g. 1928. Ceza M U. K. hazırlayan hey'etin müzakere zabıtları, esbabı mucibe 1937. Dr. Hadi Tan, Ceza M. U. K. mehaz olan kanunda 1877 yılından 1942 yılına kadar yapılan tadilât ve sebepleri ve kabul ettiği yeni prensipler, Adalet Dergisi 1947 sayı 7 ve 8.

Dr. Hâdi Tan, Tercüme, Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu, Adalet Dergisi, 1945.

I — Ön söz :

Duruşmanın inzibatına mütallik olan hükümler, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 378 - 380 inci maddelerinde derpiş edilmiştir. Kanunumuzun mehazı olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda duruşmanın inzibatına taallûk eden hükümler mevcut olmayıp bu bapdaki ahkâm Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanununda yer bulmuştur.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun Alman usulünden iktibası sırasında, duruşmanın inzibatına mütaallik hükümler, Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunundan, bazı inhiraflar yapılmak suretiyle, Kanunumuza alınmıştır (2). Bu itibarla duruşmanın inzibatına taaluk eden hükümler hakkında gereken etüdün yapılabilmesi evvel emirde kanunumuza mehaz olan Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunundaki ahkâmın kül halinde bilinmesine bağlıdır.

Mehaz kanunda, «duruşmanın inzibatı», «celse inzibatı» terimiyle ifade edilmiştir. «Celse» tâbiri gerek termonolojiye uygun olduğundan

---

(1) Dr. Hadi TAN, (Tercüme), Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu, Adaleet Dergisi 1945.

(2) 1412 sayılı Ceza M. U. K. hazırlıyan komisyon tarafından yazılan esbabı mucibe 1937, sahife 141.

ve gerek esas maksadı lâyikiyle ifade ettiğinden etüdümüzde «duruşma inzibatı» yerine «celse inzibatı» terimini tercihan kullanacağız.

II — Celsenin tarifi ve itaatsizlik hali :

Kanun, (3) celsede (İnder Sitzung = oturumda) intizamın temin ve muhafazasını başkana ait bir ödev olarak tasrih etmiştir.

Celseden kasdolunan mâna, nerede yapılırsa yapılsın, duruşmaya yani yargılamaya matufdur (4). Binaenaleyh mahkemenin veya başkanın bu babda haiz olduğu yetki, müzakere odası da dahil, yargılama için gerekli bulunan bilcümle mahallere şâmildir (5). Celse, yargılamaya tahsis olunan mahal haricinde vukua gelen olaylar yüzünden iz'aç edildiği takdirde intizamın muhafazası için hangi tedbirlerin alınacağı hususunu eyalet hukuku tesbit ettiği gibi mevcut müesseselere göre bu keyfiyet taayyün eder.

Celse intizamını temin ile mükellef olan başkan, celsenin devam ettiği müddetçe işbu yetkiyi haizdir. Celse sırasında verilen fasılalarda başkan bu yetkiye sahip değildir. Ancak müzakere, celsenin bir parçasını teşkil eylediğinden ,mahkemenin bir karar vermek veya her hangi bir hususu müzakere etmek için müzakere odasında bulunduğu zamanlara fasıla nazariyle bakılamaz.

Celse zabıtası erki başkana aynı zamanda duruşmayı idare ödevi ile birlikte verilmiş ise de bu iki yetki gaye ve mahiyet bakımından yekdiğerinden farklıdır. Ezcümle başkan işbu erke dayanarak ve ödeve uygun takdirine göre celse inzibatı bakımından müdaheleyi gerekli kılan bir sebeb bulunup bulunmadığını teemmül etmeğe mecburdur. Bu babda (hayır) hükmünün verilmesi halinde artık başkan ileri gitmez. Reisin celse inzibatına mütaallik tedbirlerine değil, ancak duruşmayı idareye mütaallik emirlerine (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 238, Usul Kanunumuz madde 231) karşı mahkemeden bir karar istenebilir (Ceza M. U. K. madde 238/2). Celse intizamının muhafazası bahis konusu olduğu müddetçe, reisin, inzibatî erk dahilinde aldığı veya ihmal ettiği tedbirler hakkında temyiz yoluna gidilemez. Kanun, celsede intizamın muhafazası için veya intizamın ihlâli dolayısiyle ifası gereken hususatın cümlesini (celse zabıtası) tabiriyle hülâsa etmiştir. Bu yetkinin kullanılması kısmen mahkemeye, kısmen reise tevdi olunmuştur. Ancak ceza mahiyetini haiz bütün

(3) Madde, 175 — «Başkan celse intizamını temin ile mükelleftir. Celsede intizamın temin ve muhafazası başkana ait bir ödevdir.»

(4) Prof. Sehwinge, St. P. O. G. v. G. S. 182.

(5) Löwe. St. P. O. g. v. S. 1155 ve ih.

tedbirlerin alınması münhasıran mahkemeye aittir (Mahkeme Teşkilâtı Kanunu : madde 177-179). Bir şahsın mahkeme salonundan çıkarılması hali de kaide olarak bu nev'i tedbirler arasına dahildir (Madde: 177).

Mahkeme başkanının haiz olduğu yetkiler nelerdir? Diğer bir deyimle bu yetkilerin muhteviyatına neler dahildir? Bu suale tek bir tabir ile cevap verilemez. Zira ceza mahiyetini haiz olmayan ve mahkemenin aleniyetine temas etmeyen bütün teedbirleri ittihaza ve onları icraya başkan resen ve müstakilen sahiptir. Evvel emirde nizam ve sükûnun muhafazası için gereken bütün tedbirleri ittihaz edebilir. Sanığın, şahitlerin, veya dinleyicilerin silâh taşıyıp taşımadıklarını muayene ettirmek (6) ve mevcut silâhları toplatmakda bu tedbirler arasındadır. Sonra bir kimsenin söz veya fiil ile sebebiyet verdiği nizamsızlıkları bertaraf etme hak ve yetkisine sahip olan başkan, mahkeme huzurunda konuşan kimseleri sükûn ve itidale davet edebileceği gibi sadetten dışarı çıktıklarında sözlerini kesebilir,kötü tâbirleri ve intizamı bozan uygunsuz tavır ve hareketleri tashîh ve tenkit edebilir.

Yargılama sırasında tehaddüsü muhtemel karışıklıkları önlmeek için sanığın veya şahitlerin dinlenmesi esnasında dinleyiciler kısmına girilmemesi veya buranın terk edilmesi hususunda verilen emir, caiz bir celse zabıtası tedbiri olup, aleniyet prensibinin ihlâli mahiyetinde telâkki edilemez (Madde : 373) (7).

Başkanın; sanığa, sanıklara mahsus mahalde yer almasını ihtar etmesi hali de keza bir celse zabıtası tedbirinden sayılır. Bununla beraber reis, ittihazı mahkeme kararına bağlı olan tedbirlerin alınacağını ihtar edebilir. Buna mukabil reis, sanığın duruşmada (celse) cereyan eden hususat hakkında not almasını men edemez. Bu gibi notları sanığın elinden almak yetkisine de sahip değildir (8).

Başkan, celse inzibatını sağlamak için almış olduğu tedbirler ve baş vurduğu vasıtalar bu gayeyi sağlayamadığı veya kâfi gelmediği takdirde, ancak celseyi tatil edebilir (9).

1 — İtiraz hakkı :

Başkan, bir ihtarda bulunduğu veya celse zabıtasına mütaallik bir tedbir aldığı takdirde, buna muhatap olan kimse, bu tedbirlerin geriye alınması veya kaldırılması için mahkemeden bir karar talep etme hakkı-

(6) Löwe. St. P. O. S. 1160.
(7) Madde 373 «duruşma alenidir.»
(8) Löwe. Adı geçen eser.
(9) Prof. Kohlrausch, St. P. O. S. 316.

nı haiz değildir (10). Kanun bu nevi bir itiraz müessesesi kabul etmemiştir. Ancak, genel ve özel hükümler dairesinde şikâyet hakkı mahfuz ve mevcuttur. Demek oluyorki, başkan tarafından ittihaz olunan ve celse zabıtasına mütaallik bulunan tedbirler aleyhine, usul hukuku bakımından, itiraz edilemez (11). Buna mukabil mahkeme, şayet ihtarın kâfi bir tedbir olmadığı kanaatine varırsa, bu sebeple, yani ihtar sebebiyle, 177 - 179 ncu maddelerde yazılı cezai tedbirlerden birini uygulayabilir.

2 — Celse zabıtasına tâbi olanlar

Celse zabıtasının şümulüne neyin ve kimlerin girdiğini kanun tâyin etmiştir. Evvelemirde mahkeme salonunda bulunan bilcümle eşhas, fakat muhtelif ölçüde olmak üzere, celse zabıtasına tâbidirler. Ancak bu babda başkanın yetkileriyle mahkemenin yetkilerini bir birinden tefrik etmek gerekir. Şöyle ki:

a — Başkanın yetkileri

Başkanın yetkisi, kaide olarak, mahkeme salonunda —resmî sıfatı haiz olsun olmasın— bulunan herkese karşı aynı ölçüdedir. Bilhassa savcılık teşkilâtına mensup memurların bu bakımdan hiç bir istisnai mevkileri mevcut değildir. Bununla beraber başkan, şüphesiz savcının aynı derecede bir makamın temsilcisi olduğunu göz önünde tutmağa mecburdur. Başkanın savcıya karşı olan muamelesi önemli bir nezaket meselesidir (12).

Mahkeme uzuvlarından (üye, zabıt kâtibi) bir veya bir kaçı intizamın bozulmasına sebebiyet verdikleri takdirde, gerçi başkan bunların değiştirilmesi için esbabına tevessül edebilir, fakat böyle bir halde şüphesiz mahkemenin ulviyetini, vekar ve haysiyetini haleldar edecek olan umumi beyan ve ihtarattan çekinmeye mecburdur.

B — Mahkemenin yetkileri :

Alınması mahkemeye ait olan cezai tedbirlerde kanun şu tefriki yapmıştır :

1 — Yargılamaya vazifeli olarak iştirak eden şahıslara —ki bunlara bilhassa savcılık teşkilâtına mensup elemanlar dahildir— karşı cezai ted-

(10) Löwe. Adı geçen eser,
(11) Frank. St P. O. S. 266.
(12) Löwe. Adı geçen eser.

597

bir ittihaz edilemez. Müntehap üyelerin intizamı ihlâl etmeleri halinde, Mahkeme Teşkilâtı Kanununun 56 ıncı maddesinde (13) yazılı olan hüküm kabili tatbiktir. Yani intizamın ihlâli suretiyle müntehip üye aynı zamanda görevinden de çekinmiş olduğu takdirde yukarda arzolunan kaidenin istisnası olarak, cezai müeyyide uygulanabilir.

2 — Yargılama ile alâkalı olan (taraflar, sanıklar, şahitler, bilirkişi) veya olmayan diğer şahıslar, verilen emirlere itaat ve riayet etmedikleri hallerinde, mahkeme kararıyle salondan dışarı çıkarılabilecekleri gibi tevkif dahi olunabilirler (14). Celsede uygunsuz fiil ve harekette bulunanlar hakkında, cezai takibat hakkı saklı kalmak üzere ayrıca para cezası veya hürriyeti tahdit cezası tâyin edilir. Tâyin edilecek olan para veya hürriyeti tahdit cezası, kanunda tasrih edildiği gibi, inzibatı (disiplin) mahiyetindedir (Madde: 177 ve 178).

Müntehap üyeler celse zabıtasına mütaallik kararlara iştirak etme hakkını haizdir (15). Şayet duruşma tek yargıçlı bir mahkeme huzurunda cereyan ediyorsa bu takdirde 177 - 179 uncu maddelerde yazılı olan ve ittihazı münhasıran toplu mahkemeye ait bulunan bilûmum cezaî yetkilerinde alınması ve icrası yargıca aittir. Esasen bu yetkileri celse haricindeki resmî muameleleri yapmak üzere yetkili kılınan tek yargıçlar dahi haizdirler (Madde: 180).

Cebren dışarı çıkarılma :

Yukarda da kısaca işaret edildiği üzere yargılamanın intizam ve sükûnetini muhafaza için verilen emirlere mutavaat ve riayet etmeyen taraflar, sanıklar, şahitler ve bilirkişiler ile mahkemenin bünyesine dahil olmayan diğer şahıslar ancak mahkeme kararıyle salondan çıkarılabilir (16). Bu hak ve yetki icabettiğinde zor kullanmak suretiyle istimal olunur.

---

(13) Madde 56 — Kâfi mazereti olmadan vakdinde toplantıya gelmeyen yahut vazifelerini başka surette yapmaktan kaçınan müntehap üyeler hakkında disiplin cezasiyle birliktesebebiyet verdikleeri masrafların ödenmesi karar altına alınır.

Bu hususiaki karar, savcının mütalâası alındıktan sonra, sulh yargıcı tarafından verilir. Bilâhara kâfi mazereti ispat edilirse ittihaz edilmiş olan karar kısmen veya tamamen kaldırılabilir. hükümlü itiraz hakkınr haizdir.

(14) Löwe. Adı geçen eser.

(15) Dohna, St. P. O.

(16) Schvinge, Löwe Schvarz.

Metinde (17), sarahat mevcuttur. Kanun vâzıı hususiyle bu sarahatı tesis eylemiştir. (Taraf) tâbirine, müdahil ve şahsi dâvacı dahildir. Fakat müdafi, taraflardan sayılmamıştır. Bu itibarla müdafi hakkında 177 inci maddede yazılı olan cezai müeyyide tatbik edilemez (18). Uygunsuz harekette bulunma halinde dahi, müdafiler ve avukatlar hakkında inzibati ceza uygulanamaz. Bu cihet mahkeme içtihatlariyle de takarrur etmiş bulunmaktadır. Metin de (sanıklar) dahi zikredilmiştir. Çünkü kamu dâvasındaki (taraf) tâbirine (sanık) lar dahil değildir. Fakat cebren dışarı çıkarma hükmü ile, sanığın duruşmada tamamen hazır bulunmak hakkı ihlâl edilmiş değildir. Ezcümle Ceza Muhakemeleri Usulü «LeX Specialis» olarak mezkûr hükme karşı durmaktadır. Şöyleki: Ceza Muhakemeleri Usulü, sanığın duruşmadan zorla uzaklaştırılmasına mâni değildir. Bilâkis 247 inci maddenin ikinci fıkrasındaki sarahat, zorla dışarı çıkarılmanın sanık hakkında dahi uygulanacağını açıklamaktadır (19). Gerçi hakikatin meydana çıkarılması ve hakkı müdafaaya hürmet bakımından sanığı duruşmadan uzaklaştırmak yetkisi ancak zaruri hallere inhisar etmekte ise de her halde bu yetkinin tahdit edilmek suretiyle kullanılması tavsiyeye şayandır. Keza 247 inci maddenin (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz madde - 240) ikinci fıkrası birinci fıkra ile birlikte mütalâa edildiğinde istidlâl olunan cihet şudur: Mahkeme, ittihaz ettiği tedbiri mümkün olur olmaz hemen kaldırmalı, yani sanığın bundan sonra intizama uygun hareket edip etmeyeceğini hiç olmazsa denemelidir.

İşin arzettiği hususiyete göre bu cihet mümkün olmazsa duruşma, sanığın huzuru olmaksızın dahi intaç edilebilir (20). Hükmün tefhimi hakkında madde 268 (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz madde 261)

---

(17) Madde 177 — «Muhakemenin intizam ve sükûnetini muhafaza için verilen emirlere mutavaat eylemeyen taraflar, sanıkların, şahitlerin, bilirkişilerin ve mahkemenin bünyesine dahil olmayan şahıslar mahkeme kararı ile mahkeme salonundan çıkarılabilirler. Keza (auch= dahil) tevkif edilerek yirmi dört saat geçmemek üzere kararda belli edilecek bir müddet mevkuf tutulabilirler.

(18) Lehman. St. P. O. Ve Löve adı geçen eser.

(19) Mehaz Kanunun 247 inci maddesinin son fıkrası hükmü, mahkemenin inzibatını bozan hareketlerden dolayı muvakkaten mahkeme salonundan uzaklaştırılan sanık hakkında yine birinci fıkra hükmünün uygulanacağını açıklamaktadır. Her nedense bu hüküm 247 inci maddeye tekabül eden kanunumuzun 240 maddesine alınmamıştır. Fakat birinci fıkra deelâletile aynı neticeeye varmak mümkündür (Prof. Kantar, Ceza M. U. K. S. 89, 90).

(20) Löve, adı geçen eser.

deki sarahat caridir (21). Mahkeme, sanığın uzaklaştırılmasına karar verirse, onu, icabında tekrar duruşmaya celbedebilecek durumu sağlamak amaciyle, tevkifhaneye sevketmek kaideten uygun olur.

4 — Mahkemenin bünyesine dahil olmayan şahıslar :

Mahkemenin bünyesine dahil olmayan başka bir deyimle yargılamaya dahil olmayan şahıslardan maksat dinleyicilerdir (22). Mahkeme salonunda bulunan bütün dinleyicilerin dışarı çıkarılmaları yani salonun tahliyesi mümkündür. Ancak, aleniyetin temini için, tahliyeden sonra, intizamı bozduklarından şüphe edilenler müstesna, diğer dinleyicileri tekrar içeri kabul etmek gerektir. Alman Yargıtayı bir kararında, kapının açık tutulmasını aleniyet için kâfi bir faktör addetmiştir. Şurasını da ehemmiyetle kaydetmek gerekir ki, bir dinleyicinin uzaklaştırılması ancak, önceden yapılan ve neticesiz kalan sarih bir ihtardan sonra caizdir. Bununla beraber intizamı muhafaza için verilmiş bir emre itaatsizlik o kimsenin bu emri anladığı, bilerek ve isteyerek ona aykırı hareket ettiği takdirde vâkıdır. O halde itaatsizlik kasdi bir fiildir. İtaatsizlik aynı zamanda uygunsuz hareketi de muhtevi bulunursa bu takdirde, cezai takibat hakkı mahfuz kalmak şartiyle, inzibati mahiyette olarak, para cezası veya üç güne kadar hapis cezası da hükmolunabilir.

İtaatsizlik hali sadece uzaklaştırılmaya yahut aynı zamanda tevkif edilmeye de emir verilmesini icabettiriyorsa bu takdirde karar yetkisi münhasıran mahkemeye aittir. Ve itaatsizliğin mahiyetine göre her vak' anın hususiyetine göre tâyin olunur (23).

Tevkif edilmiş olan kimse, mevkufiyetin devamı müddetince, Ceza Kanununun 18 inci maddesine göre tevkif edilmiş olanlar gibi muamele görür (24). Mevkuf, mevkufiyet müddetini tevkifhanede geçirebileceği gibi mahkeme binasının kapalı bir odasında dahi geçirebilir (25).

Kanun, kimlerin mahkeme salonundan uzaklaştırılmakla beraber tevkif edilebileceklerini göstermiş ve aynı zamanda tevkif müddetinin nihaî haddini tâyin eylemiştir. Buna göre tevkifin âzami haddi yirmi dört saattir. Fakat bu cezaya maruz kalan kimsenin ne kadar müddet mevkuf kalacağı kararda her halde gösterilmelidir. Kararda bu cihetin meskût bırakılması yani tevkif edilmekle beraber ne kadar müddet mevkuf kala-

(21) Beling, St. P. O.

(22) Schwinge ve Löwe adı geçen eserler.

(23) Löwe, adı geçen eser.

(24) Keza.

(25) Prof. Schwinge, St. P. O. S. 304 ve evvelkiler.

cağının kararda zikredilmemesi hali, esaslı bir hata sayılmaktadır. Demek oluyor ki, bu nev'i tevkif, âzamî yirmi dört saat müddetli bir inzibatî ceza karakterini haizdir.

Muhakemenin intizam ve sükûnetini muhafaza amaciyle verilmiş olan emirlere mutavaat eylemeyenler hakkında ittihaz edilecek salondan dışarı çıkarma ve tevkif tedbirleri resen (Von Amts Wegen) ittihaz olunur. Bununla beraber savcı, genel görevine dayanarak, bu tedbirlerin alınmasını talep etmeğe yetkilidir (26). Böyle bir talep üzerine mahkeme her halde bir karar ittihaz etmek mecburiyetindedir (27).

5 — Alâkalının dinlenmesi :

Hakkında tedbir ittihaz edilecek olan kimselerin karardan evvel dinlenmeleri hususu kanunda gösterilmemiştir. Fakat umumî esaslar ve bu müessesenin bünyesindeki hususiyet göz önünde tutularak, mahkemenin bünyesine dahil olan şahısların karardan evvel her halde dinlenmeleri uygundur. Bu suretle onlara özür dileme imkânı verilmiş olur (28).

Yargılamaya dahil olmayan diğer şahıslar hakkında da aynı kaidenin uygulanması tavsiye edilebilir. Fakat mahkeme mecbur değildir. Çünkü bazı hallerde dinleme lüzumsuz olduğu gibi maksada dahi aykırı düşer.

6 — İnfaz :

Yargılamanın sükûn ve intizam içinde yapılmasını temin mülâhazasiyle verilen emirlere ademi riayet halinde ittihaz olunan tedbirlere mütaallik karar derhal kabili infazdır. Bu karar aleyhine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki esaslar dairesinde itiraz edilemez. Ancak, şikâyet ve müracaat hakkı daima mevcuttur. Zira inzibatî ceza mahiyetinde olmak üzere verilen kararlardan hangisinin kabili itiraz olduğu, Teşkilâtı Mehâkim Kanununun 181 inci maddesinde açıklanmıştır. Mezkûr madde sarahatine göre, mahkeme salonundan çıkarılmaya ve tevkife mütedair verilen karar itirazı kabil kararlardan sayılmamıştır. Fakat mahkeme, ittihaz ettiği kararı geri almağa, infazdan vaz geçmeğe veya meselâ itaatsizlik edenin huzuru lüzumlu ise, infazı yarıda bırakdırmağa yetkilidir.

Mahkeme başkanının takdir hudutları dahilinde ve celse zabıtasına mütaallik aldığı veya ihmal ettiği tedbirler, temyiz sebebi olamaz. İşbu

(26) Schwinge. St. P O. S. 312.

(27) Löwe, aynı eser.

(28) Löwe, Prof. Schwinge, aynı eserler.

esas mahkeme tarafından uygulanan bu nev'i tedbirler hakkında da aynen caridir (29).

III — Uygunsuz hareket :

Kanun koyucu, itaatsizlik (ademi mutavaat) hali ile celsede uygunsuzluk halini bir birinden ayırmış ve müeyyidelerini de ona göre tesbit etmiştir.

Yargılamanın sükûn ve intizamını muhafaza için verilen emirlere riayet ve mutavaat eylemeyenler hakkındaki ahkâmın mahiyeti ve şümulü yukarıda arzolundu.

Şimdi, celsede uygunsuz hareketin mahiyet ve şümulüne ve müeyyidesini teşkil eden inzibatî cezaya temas edeceğiz.

Mahkeme, celsede uygunsuz hareket eden taraflar, sanıklar, şahitler, bilirkişiler veya mahkemenin bünyesine dahil olmayan şahıslar hakkında, inzibatî ceza mahiyetinde olmak üzere, para cezası veya hürriyeti tahdit cezası takdir ve tâyin etmeğe yetkili kılınmıştır. Ancak uygunsuz hareket aynı zamanda suç teşkil ederse ayrıca cezaî takibata da tevessül edilir. Kanun (30), uygunsuz hareketin kimler tarafında nyapılacağını tâdat etmiştir. Binaenaleyh itaatsizlik halinde derpiş olunan esaslar tabiatiyle burada da aynen caridir. Ezcümle, savcı, avukat ve müdafiiler mahkemenin inzibat erkine tâbi olmadıklarından haklarında bu nev'i ahkâm uygulanamaz (31).

Metindeki (mahkeme) tâbiri, kendisine karşı uygunsuz hareket edilmiş olan yani uygunsuz fiile muhatap olan yargıcı ifade eder. Uygunsuz hareket tâbiri ile, mahkemenin vekarını zedelemeğe veya sükûn ve intizamı bozmağa matuf bir hareket ifade edilmek istenilmiştir. İşbu hareketin belli bir sonuç yaratması şart olmadığı gibi kaste de lüzum yoktur (32).

Uygunsuz hareketin mahkemeye, taraflardan birine, şahide veya yargılamaya dahil olmayan bir şahsa mâtuf olmasında fark yoktur. Red-

---

(29) Kchlrausch, Schwinge, Schâffer, Löwe aynı fikirdedir.

(30) Madde: 178 — «Mahkeme, celsede uygunsuz hareket eden taraflar, sanıklar, şahitler, bilirkişiler veya mahkemenin bünyesine dahil olmayan şahıslar hakkında, cezai takibat icrası mahfuz kalmak şartiyle, inzibatî mahiyette olmak üzere para cezası yahut üç güne kadar hapis cezası tâyin ve bu cezanın derhal infazını sağlayabilir.

(31) Löwe St. P. O. S. 1167.

(32) Gerland, adı geçen eser, Löwe, Kohlrausch aynı fikirde.

dedilen hâkim dahi uygunsuzluktan dolayı ceza vermeğe yetkilidir (33). Hasım tarafa veya bir şahide, bilirkişilere kaba hareketler, meselâ yalancılık veya yalan yere yemin isnadı, uygunsuz hareket mahiyetinde telâkki edilebilir. Keyfiyet, durumun hususiyetine göre taayyün eder. Bu gibi hareketler ve hâdiseler mahkemenin vekarını zedeliyebileceği gibi sükûn ve huzuru da bozabilir. Sanığın müdafaa sadedinde, şahitlerin yalan yere yemin ettiklerini iddia etmesi, hususî şartların inzimamı olmaksızın, uygunsuzluk sayılmaz. Zikredilen görüşler, bir tarafın diğer tarafa veya şahide fiilen tecavüzü halinde daha büyük ölçüde mevcuttur. Uygunsuzluk kavramı muayyen bir önem arzeden fiil ve hareketlere inhisar ettirilmelidir. Bir sanığın spor kıyafetli (golf elbisesi, futbol kıyafeti ve ilâ gibi) mahkemeye gelmesi hali, mücerret manasiyle uygunsuz hareket addedilemez. (34). Taraflardan biri görünür bir hareket veya jest yapmaksızın, yargıca güya tehditkâr yahut istihfaf edici bir şekilde gözünü dikerse vaziyet aynıdır.

Şahitler aralarında duruşmayı iz'aç edecek şekilde bir konuşma yaparlarsa, bunda uygunsuzluk, ancak bunların sus ihtarına riayet etmedikleri takdirde vakidir. Sürculisan uygunsuzluk olamaz. Alâkalılardan birinin isdar edilen hükmü istinaf veya temyiz edeceğini açıkca bildirmesi veya nasıl yapılacağını sorması da uygunsuzluk olamaz (35). Keza Alman diliyle cevap vermekten istinkâf, hemen uygunsuzluk olarak telekki edilemez.

Sanık, duruşmada, iddianameye veya son tahkikatın açılmasına dair olan karara cevap vermekten imtina ederse, bu hal kat'iyen uygunsuzluk addedilemez. Duruşmada yemin etmekte olan bir şahidin fotoğrafını almak uygunsuzluk değildir.

Sanığın, sanıklara mahsus olan mahalde yer almaktan mükerreren imtinaı, uygunsuzluk addedilerek, cezalandırılmasını tevlit edebilir. Mükerrer ihtarlara rağmen mütemadiyen söze karışmakta aynı mahiyettedir.

İhtara rağmen inatcı bir şekilde ve tahrikiamiz bir tavur ile reise karşı yapılan itirazlar uygunsuzluk teşkil edebilir. Alkışlama veya kötüleme tezahüratı uygunsuzluk olarak cezalandırılabilir (36). Buna mukabil celpname ile gelen bir şahidin, mahkemenin izni olmaksızın, uzaklaşması uygunsuzluk değil itaatsizliktir.

(33) Löwe, Schwinge ve Kahlrausch aynı fikirde, Beling aksi fikirdedir.

(34) Beling ve Löwe.

(35) Prof. Schwinge St. P. O. S. 308, Löwe S. 1163.

(36) Löwe, adı geçen eser.

1 — Uygunsuzluk halinin aynı zamanda suç teşkil etmesi :

Uygunsuz olan bir fiiiln aynı zamanda cezaî bakımdan takibe tâbi bir eylem teşkil etmesinin, inzibatî cezanın uygulanması bakımından bir tesiri yoktur. Yani inzibatî ceza verilmekle beraber o fiil ayrıca suç teşkil ediyorsa fail cezaya da çarptırılabilir (37). İnzibatî ve adlî cezalar yekdiğerinden mahiyet ve karekter itibariyle ayrıdır. Bu itibarla inzibatî cezanın uygulnaması, adlî cezanın verilmesine mâni olamaz. Her ne kadar (bir fiil iki defa cezalandırılamaz) prensibi, bu iki ceza arasındaki münasebetlere kabili tatbik olamaz. Metindeki (mahfuz) tabiri mahkeme kararında cezai takibatın saklı olacağı hususunun açıkca zikredilmesini ifade etmez. Meselâ: bir şahıs duruşmada diğer bir şahsa hakarette bulunursa, mahkemenin uygunsuz hareketten dolayı inzibatî ceza tâyin etmesi hakaretten dolayı ayrıca cezaî takibe mâni teşkil etmez.

İnzibatî cezayı tâyin eden kararın tefhimini, mahkemenin hitamında hükmün tefhimine kadar tâlik etmek belki maksada uygun olmaz fakat her halde gayri caiz telâkki edilemez (38).

2 — Uygunsuz fiil ve harekete muhatap olabilecek şahıslar:

Kanun, uygunsuz harekete muhatap olabilecekleri tadat etmemiştir. Bu ahvale göre taayyün eder. Fakat mahkemeye, bir üyeye, savcıya, avukat veya müdafie, zabıt kâtibine yapılan hakaret aynı zamanda uygunsuzluk olarak cezalandırılır. Yargıca veya mahkeme üyesine vaki hakaret halinde usulün 22 inci maddesinin birinci bendi (Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunumuz madde 21 bend 1) uygulanmaz. Hakarete uğrayan yargıç veya üye inzibati cezayı tâyin eden karara iştirakten men edilmiş değildir (39).

Uygunsuzluk halinin muhakkak duruşmada tahaddüs etmesi şart değildir. Müzakere sırasında işlenmiş olsa dahi, duruşmada (celsede) işlenmiş sayılır. Zira (celse), kararın tefhimi ile mütaakip iş için çağırma arasındaki zamana da şamildir.

3 — İnzibatî ceza ile birlikte uzaklaştırma cezası:

Mahkeme uygunsuz hareketten dolayı inzibatî ceza ile birlikte o kimseyi salondan dışarı çıkartabileceği gibi yalnız bu sonuncu tedbir ile de iktifa edebilir (40). Tâyin olunan ve karara bağlanan inzibatî ceza celse hi-

(37) Keza, Schwinge, Schwarz.

(38) Löwe, adı geçne eser. Schwinge keza.

(39) Schwarz, Löwe ve diğerleri aynı fikirdedir, Beling aksi kanaattedir.

(40) Prof. Schwinge ve Löwe, adı geçen eserler.

tam bulmadan tefhim edilmelidir. Zira celse hitam bulduğunda metinde yazılı olan eşhasın, celse zabıtası bakımından mahkemeye karşı takınacakları hususî tavır ve hareket münasebetlerinden doğan ödevlerde sona ermiş olur (41).

4 — Cezalandırılacak şahsın dinlenmesinin icabedip etmiyeceği: Uygunsuz fiil ve hareketten dolayı cezalandırılacak şahsa önce dinlenme hakkı verilmesinin gerekli olup olmadığı meselesi ihtilâflıdır (42). Önceden yapılacak dinlemenin bir çok hallerde maksada uygun olacağı fakat mutlaka lüzumlu olmadığı hakkındaki görüş rüçhan kazanmıştır. Mahkeme içtihatları da esasen bu merkezdedir. Cezalandırılacak şahıs önceden mükerrer ihtara maruz kalmış, inzibatî ceza ile tehdit edilmiş veya zaten cezalandırılmış ise dinleme lüzumsuzdur.

Taraflardan, şahitlerden, bilirkişilerden veya mahkemenin bünyesine dahil olmayan (dinleyiciler) şahıslardan bir veya bir kaçının cezalandırılmasında, sanığın dinlenmesi icabetmez. Yalnız savcının mütâlaasının alınması hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 33 üncü (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz madde 31) maddesi hükmü uygulanır.

5 — İnzibatî cezanın nev'i ve tahsil edilemeyen para cezasının hapse çevrilip çevrilemiyeceği :

Kanun, uygulanacak inzibatî cezanın nev'ini para yahut hürriyeti tahdit cezası olarak tâyin etmiştir.

Hâkim, bu iki cezadan birini tâyinde serbesttir. Şüphesiz cezalandırılacak şahsın durumu, uygunsuzluk halinin mahiyeti göz önünde tutularak ya para cezası veya hapis cezası hükmolunur. Her iki cezanın birlikte hükmolunması hali metinde açıkça men edilmiştir.

Para cezasının asgarî ve azamî hadleri gösterilmemiştir. Ancak inzibatî ceza mahiyetinde olan para cezalarının asgarî haddi bir mark azamî haddi ise bin marktır.

Binaenaleyh yargıç, 1 - 1000 mark arasında ceza tâyin etmeğe yetkilidir. Kanun inzibatî mahiyette olan hapis cezasının azamî haddini tâyin etmiştir.

Asgarî had ise bir gündür. Para cezasının ödenmemesi halinde hapse çevrilip çevrilmiyeceği meselesi içtihat suretiyle halledilmiştir. Esasen inzibatî mahiyette olan cezalar hiç bir suretle hapse çevrilemez. Bu kaideye istisna teşkil eden hallerde mevcuttur. Ezcümle bir fiilin müeyyidesi para veya hürriyeti tahdit cezası olarak tâyin edilmiş olsa dahi para cezasının

(41) Löwe. Adı geçen eser.
(42) Schwinge. Adı geçen eser.

ödenmemesi halinde hapse çevrilemiyeceği hususu ruçhaniyetini muhafaza etmektedir. Fakat bazı mahkemeler bu kaidenin hilâfına hareket ederek ve hapsin caiz olması keyfiyetini nazara almak suretiyle, para cezasının, tahsil edilemediği takdirde, hapse çevrilmesini (43) caiz görmektedirler. Mahkeme teşkilâtı kanunlarının yeni tasarıları işbu görüşü kabul ederek para cezasının hapse tahviline cevaz vermişlerdir.

Şu cihetı bilhassa tebarüz ettirmek lâzımdırki, inzibatî ceza (para cezası veya hapis cezası) adlî bir ceza olmadığından bu mahiyette verilen para cezasının hapse tahvilinde Ceza Kanunundaki genel esaslar uygulanamaz. Sureti tahvili gösterir kararname hükümleri inzibatî cezalardan muhavvel cezanın ancak tam günlere göre ölçülebileceğini tâyin ve tesbit etmiş bulunmaktadır. Mamafi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki bilcümle cezaların inzibatî karakterde oldukları ve dolayısiyle Ceza Kanunundaki esaslara tâbi bulunmadıkları münakaşa edilmez bir hakikattır (44). Zira C. M. Usulü Kanunundaki hükümler, yalnız kriminel ve cürüm mahiyetindeki fiilleri işleyenlerin yargılanmasında uygulanır. Zabıta Ceza Hukukuna mütaallik suçların (kabahatler) muhakemesinde de aynile tatbik olunur. Fakat bir disiplin cezası (inzibatı ceza) yahut zorlayıcı bir ceza mahiyetinde olan cezaların hükümedilmesi halinde usulî hükümler uygulanmaz. Bu nev'i cezalar, suç mahiyetinde olan cezalardan terhibe değil, korunmağamedar olmaları itibariyle ayrılırlar. Bunlar, geçmiş bir haksızlığı telâfi etmeyip müstakbel bir hakkı sağlayacak mahiyettedirler (45). Disiplin cezaları öyle terbiye ve ıslah vasıtalarındandır ki bunların tatbiki ile muayyen bir sınıfa tereddüp eden hususî görevlerin gelecekte de hüsnü ifasının emniyet altına alınması istihdaf olunur. Bu cezalar: işten el çektirme, azil ve meslekten muvakkatan tardı tazammun etseler bile, aynı gayeye matufdurlar. Zira mezkûr tedbirlerde, mesleğin diğer mensupları üzerinde, korkutucu bir tesir icra ederler. Disiplin cezalariyle suçsal cezalar (amme cezaları) arasında şu fark vardirki, devlet disiplin cezalarını iş sahibi sıfatiyle, amme cezalarını da hakimiyetin sahibi olarak tâyin eylediği gibi, evvelkiler sonrakilerin aksine olarak her kes hakkında uygulanmayıp büyük veya küçük muayyen bir hukukî zümrenin efradı hakkında tatbik olunabilirler. Binenaleyh bahse konu olan disiplin cezaları, itaatsızlik ve riayetsizlik esaslarından doğmaktadır. Bu cezalar, mahkemeye karşı kamu hukukundan neşet eden mükellefiyetlerini,

(43) Hapse çevirme hiç bir suretle Ceza Kanununda yazılı esaslar dairesinde olamaz.

(44) Schwinge, adı geçen eser, S. 34.

(45) Löwe, S. 38 ve mütaakip.

606

itaatsizlik veya riayetsizlik yahut uygunsuzluk ile ihlâl eden taraflar, mümessilleri, sanıklar, müdahiller, şahitler, bilirkişiler ve dinleyiciler hakkında tatbik alınır (46). Bazı müelliflerin (47) (nizami cezalar) adını verdikleri bu nev'i cezalar hakkında para ve hürriyeti tahdit cezalarının asgarî ve âzamî hadlerine, cezanın tebdil ve tahviline, zaman aşımına dair ceza kanunundaki umumî hükümler tatbik olunamıyacağı gibi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun muhakeme usulüne mütaallik olan ahkâmı da uygulanamaz. Buna ilâve olarak şu cihet de zikre şayandır: Suçsal cezaları (amme cezaları) ihtiva eden cezalı kanunlardaki para veya hürriyeti tahdit cezalarının artırılmasını gerekli kılan ve ahiren neşrolunan bir kanun hükümleri, aynı mülâhazaya istinaden, usul kanunlarında münderiç nizamî cezalar, (inzibati cezalar) hakkında uygulanamaz (48).

6 — İnfaz :

Kanun, hükmolunan inzibati cezanın (para cezası veya hapis cezası) derhal infazının sağlanmasını mahkemeye tanımıştır. Bu itibarla mahkeme, cezanın derhal infazına yetkili olduğu gibi hususi sebepler tahtında infazın tehirine de salâhiyetlidir. Ancak para cezasından muhavvel hürriyeti tahdid cezasının derhal infazı doğru görülemez.

Derhal infaz halinde, bunu mümkün kılmak için, cezalandırılacak şahıs, karar verilip ceza tâyin edilinceye kadar mahkeme salonunda zorla tutulabilir.

Hâkim kanaate göre, mahkeme huzurunda uygunsuzluk yapan bir mevkufa ayrıca disiplin cezası verilmesi uygun telâkki edilmemektedir. Bu kanaat ameli ihtiyaçlara tekabül etmektedir. Çünkü, bu takdirde mahkeme, esasen uzun bir hürriyeti tahdid cezasına mahkûm olmayı bekleyen bir mevkufa karşı durumunu muhafaza edebilmek için hiç bir vasıtaya malik değildir.

Diğer inzibati cezaların infazı toplu mahkemelerde mahkeme başkanına tek yargıçlı mahkemelerde ise yargıca aittir. Başkan veya yargıç bu hususu doğrudan doğruya yani savcının vesateti olmaksızın sağlar (49).

---

(46) Keza, Dohna, Schäffer.

(47) Schwinge, adı geçen eser. Sahife 302 ve mütaakip.

(48) Yargıtay Hukuk Dairesinin 25/11/949 gün ve 9207/6225 sayılı ilâmı ile «Usul kanunlariyle mevzu ve disipliner mahiyette olan para cezalarının medeni hukukdan tevellüt etmesi ve terhibi bir mahiyet arzeylemesi sebebiyle 5435 sayılı kanunun şümulünden hariç kalacağı ve bu itibarla arttırmaya tâbi tutulmayacağı» esası kabul edilmiştir.

Profesör Schwinge, Profesör Kohlrausch ve Löwe de ayni kanaattedirler.

(49) Madde 179 — «Başkan inzibati cezaların infazını bilvasıta sağlar».

607

7 — Duruşma haricinde tehaddüs eden itaatsizlik ve uygunsuzluk halleri :

Kanun vazı, uzaklaştırma ve inzibati ceza tâyin etme yetkisini, yargılamaya taallûk eden işlemleri duruşma yani celse haricinde ifa eyleyen bir tek yargıca dahi tanımıştır (50). Celse haricinde yargıç, şahitleri ve bilirkişileri dinleyebileceği gibi keşif, arama ve ilâ/ yapabilir. Bu işlemler muhakkak surette yargılama ile ilişkin olmalıdır (51). Aksi halde yargılama ile ilgili olmayan her hangi bir münasebet bu hükmün şümulü haricindedir. Bu takdirde usulün 164 üncü (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 157 inci maddesi) maddesi hükmü cari olur. Tek yargıç tabirinden maksat tahkikat hâkimi, sulh yargıcı veya naip yargıçtır.

IV — İtiraz :

Kanun, yalnız inzibati ceza ile cezalandırılmış olanlara itiraz hakkı tanımıştır. İstinaf veya temyiz mahkemelerince verilmiş olan ve inzibati ceza mahiyetinde bulunan kararlar kabili itiraz değildir. İtiraz müddetlidir. Tefhim tarihinden itibaren bir hafta içinde yapılması şarttır (52).

İtiraz mercii istinaf mahkemesidir. İtirazda bulunabilmek için inzibati cezanın tâyin edilmiş olması şarttır. Cezalandırma talebinin reddine dair verilen karar aleyhine itiraz edilemez. Esasen madde metninden de bu cihet açıkca anlaşılmaktadır (53).

Kanun, itirazın nevini tâyin etmemiştir. Ancak, içtihad, bu itirazın, acele itiraz olduğu yolunda takarrur etmiştir. Esasen bu hükmün tedvin tarihçesinden burada bahis konusu olan kanun yolunun bir acele itiraz olduğu anlaşılmaktadır. Acele itiraz olarak sarahaten zikredilmemiş olmasının sebebi, ceza usulündeki bu nev'i itiraz müddetinin hukuk usulündekinden farklı bulunmasıdır. Celse inzibatına mütaallik olan hükümler hem Ceza ve hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre yapılan muhakemelerde caridir. (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 311 — Ceza Muhakemleri Usulü Kanunumuz madde 304 — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 577). Kanun yolunun işbu hukukî mahiyetinden şu

---

(50) Madde 180 — «176 - 179 uncu maddelerde gösterilen yetkileri, resmî muameleleri celse haricinde ifa eyleyen tek yargıç dahi haizdir».

(51) Löwe, adı geçen eser ve diğer müellifler.

(52) Acele itiraz.

(53) Madde — 181 «Madde 178 - 180 deki hallerde inzibati ceza tâyin edilirse, karar Yargıtay veya İstinaf mahkemesince verilmemiş olduğu takdirde, tefhimden itibaren bir hafta zarfında itiraz caizdir. İtiraz, 178 inci maddede yazılı olan halde infazı tehir etmez. 180 inci maddede yazılı olan halde ise infazı tehir eder. İtiraz; istinaf mahkemesince tetkik edilerek karara bağlanır».

netice çıkarki, inzibatî cezayı tâyin etmiş olan mahkeme itiraz yapıldıktan sonra artık kararı kaldıramaz veya değiştiremez. İtiraz müddetinin geçirilmesinden dolayı eski hale getirme caizdir (54).

1 — İtiraza hakkı olanlar, itirazın nev'i ve infaz :

İnzibati ceza aleyhine itiraz hakkı yalnız cezalandırılana aittir. Savcı, itiraz hakkına malik değildir (55). İtirazın ne şekilde yapılacağı kanunda gösterilmemiştir. Bu itibarla acele itiraz hakkında ne gibi genel usul kaideleri cari ise burada da ayni kaideler uygulanacaktır. Ceza işlerinde itiraz müddeti, karar alâkalının huzurunda verilmiş ise tefhim ile, aksi halde tebliğ ile mürura başlar. (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 35, 311, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, madde 33, 304). İstinaf mahkemesinin itiraz üzerine vereceği karar harca tâbi değildir (56).

İtirazın, infazı durdurup durdurmayacağı meselesi metinde gösterilmiştir. Eğer tek yargıç, celse haricindeki muameleler dolayısiyle, inzibati cezaya veya inzibata mütaallik bir tedbire hükmetse işbu karar aleyhine vâki itiraz infazı durdurur. Eğer mahkeme uygunsuz hareketten dolayı inzibati cezaya karar vermiş ve bu karar aleyhine de acele itiraza müracaat edilmiş ise bu takdirde itiraz infazı durdurmaz. Çünkü cezanın derhal infazı metinde tasrih edilmiştir.

2 — İtirazı tetkik edecek merci :

İtiraz,istinaf mahkemesince tetkik olunur. Bu mahkeme tetkikatını evrak üzerinde yapar. Noksan gördüğü hususların tavzihini veya ikmâlini talep edebilir.

İnzibati cezanın toplu sulh mahkemesi, sulh yargıcı veya tahkikat hâkimi tarafından verildiği hallerde tâyin edilmiş olan kanun yolu, 178 inci maddede tesbit olunan kaideye uymaktadır. Bu husus kanun vazıının bir hatası olarak kabul edilmelidir. Zira bir hata bulunmadığının müdellel olarak izahı veya tevili imkânsızdır. Bu sebeple uygulama alanında merci farkları tahaddüs etmektedir. Ezcümle; toplu sulh mahkemesi, bir sanığı asli suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edipte bunun yanında uygunsuzluk sebebiyle tevkif etmiş ise, asli suça verilen cezaya karşı yapılan istinaf üzerine asliye ceza mahkemesi, buna mukabil az önem taşıyan inzibati cezaya karşı yapılan itiraza ise istinaf mahkemesi karar verecektir.

(54) Löwe, adı geçen eser.

(55) Löwe, adı geçen eser.

(56) Keza, Kohlrausch, Echwinge.

İnzibati ceza asliye veya istinaf mahkemesinin bir naip yargıcı tarafından verilmiş ise itiraz aynı suretle istinaf mahkemesince tetkik olunur (57).

V — Kararların ve gerekçesinin zabta geçirilmesi :

Celsedeki sükûn ve intizamı sağlamak amaciyle verilen emirlere itaatsizlikten veya uygunsuz hareketten dolayı bir şahsın tevkifine veya yargılamaya dahil olanlardan birinin mahkeme salonundan uzaklaştırılmasına yahut inzibati ceza tâyinine dair olan karar ile bu krara mütaallik gerekçenin zabta geçirilmesini kanu nâmir hüküm olarak tespit etmiştir (58). Bu babda alınan kararlar ister yargılama sırasında olsun ister tek yargıcın duruşma haricinde yaptığı muamelelerden neş'et etsin aynı hükme tâbidir. Metin tadadi mahiyet arzettiğinden, yargılamaya dahil olmayan bir şahsın salondan çıkarılması halinde bu vak'anın zabta geçirilmesine lüzum yoktur. Ancak şahıs, salondan çıkarılmakla beraber hakkında tevkif kararı da verilmiş ise bu takdirde keyfiyetin zabta geçirilmesi ve kararın gerekçeli olması şarttır. İnzibatî cezanın verilmesini gerekli kılan olayların gerekçede zikr ve tasrih edilmesi ve bu kararın zabta geçirilmesiyle iktifa olunmamalıdır. Vak'aların da zabta geçirilmesi lâzımdır. Şu halde zabıtnama, kararın mucib sebeblerini ve bizzat kararı ihtiva eylemelidir. Zabta geçirme yerine alâkalı mahkeme elamanlarının beyan ve şahadetleri tevsik mahiyetinde kabul edilemez. Zabıtnamenin kanunun tarif ettiği üzere noksan tutulması yanı tevsik ve tesbit işlemlerinin kanundaki sarahat dairesinde yapılmaması, kararın ref'ine sebep teşkil eder (59). Bazı müellifler, kanun vaızının bu hususta tutulacak zabıtnamaeye, mübalâğalı şekilde ehemmiyet atfetmiş olduğunu, dolayısiyle zabıtnamenin ne şekilde tanzim edileceğini gösterir umumî kaideden ayrılmanın doğru olmadığını ileri sürmekde iseler de, bu görüş kabule şayan değildir. Çünkü : Metin ile vaz edilmek istenilen maksat açıktır, bir taraftan itiraz merciinin işin mahiyeti hakkındaki tetkikatını mümkün kılmak, diğer yönden mahkemenin veya alâkalı yargıcın nüfuz, itibar ve otoritesini, celseki hal ve tavrına dair sonradan delil toplamakla, haleldar etmekten koruma maktır (60).

Bu nevi kararlar münhasıran emirlerine itaat edilmemiş yahut uygunsuz harekete maruz kalmış bulunan mahkeme yahut yargıç tarafından

---

Löweadı geçeneser, S. 1156.

(57) Madde : 182 — «Uygunsuz hareketten dolayı inzibatî ceza tâyinine veya tevkifine veya yargılamaya dahil bir şahsın uzaklaştırılmasına mü- z edilen karar ve bu kararın mucib sebebleri zabta geçirilir».

(58) ya bir şahı tedair ittiha ve, adı geçen eser.

(59) Lö vinge, Löwe ayni kanaatta Beling aksi fikirdedir.

(60) Sch

ittihaz edilir. Sükûn ve intizamı bozulmuş olan mahkemeden başka mahkemeler veya yargıçlar bu babda bir karar ittihazı yetkisine sahip değildirler. Kanunun gerekçesinde ezcümle şu kayda rastlanmaktadır : «Celse zabıtasına taallûk eden tedbirleri almak veya bu tedbirleri kaldırmak yahut tahfif etmek yetkisi yalnız sükün ve nizamı bozulmuş olan mahkemeye aittir». (tedbirler) terimiyle, salondan çıkarma, tevkif, inzibati ceza tâyini gibi hususlar kastedilmiştir. Uygunsuz hareketin, cezayı müstelzim olabilmesi için her halde müşahede edilmiş bulunması şarttır. Gizli kalan veya müşahede edilmeyip de bu sebeple zabta geçirilmeyen olaylar bu mânada cezayı mucib değildir.

Celsedeki sükûn ve intizamın bozulmasını mütaakip gereken kararı ittihaza yetkili olan yargıcın fiili bir sebep dolayısiyle görevini ifa edememesi halinde dahi o mahkemeye bağlı olan yardımcı yargıç tarafından gereken işlemler ifa olunur. Hukuki memnuiyet bahis konusu değildir. Yargıç reddedilmiş olsa dahi gerekli tedbirleri ittihaza yetkilidir.

VI — Celsede (duruşmada) suç işlenmesi :

Celsede ister inzibatı ihlâl edici mahiyette ister ihlâl etmiyecek tarzda bir suç işlenmesi halini kanun nizam altına almıştır. Metne göre, (61), cezayı müstelzim bir fiilin celsede işlenmesi kâfi addedilmiştir. Bu takdirde vak'a tesbit edilerek tutulan zabıt savcıya, bulunmadığı hallerde, sulh yargıcına tevdi olunur.

Zabıtaya verilmesi bahis konusu olamaz. Mahkemenin vak'ayı ne tarzda tesbit edeceği tahaddüs eden vak'aların hususiyetine bağlıdır. Şayet mahkeme üyeleri vak'ayı bizzat müşahede etmiş veya işitmiş iseler fazla delil toplamağa lüzum ve ihtiyaç yoktur. Vak'anın celse zabtında tasvir ve tesbiti kâfidir (62). Ancak cezayı müstelzim fiil başkan tarafından değilde (toplu mahkemelerde) üyelerden biri veya başka şahıslar tarafından müşahede olunmuş ise, şahit olanların ve sanığın ifadelerinin zabta geçirilmesi şarttır. Gereken hallerde şüpheli şahısların üzerlerinin aranması ve keşif yapılması da maksada uygun olabilir (63).

Celsede işlenilen bir fiilin kanun dairesinde işleme tâbi tutulması için savcının talebine lüzum yoktur. Mahkeme veya yargıç bu hususta re'sen

(61) Madde 183 — «Celsede cezayı müstelzim bir suç işlenmiş ise, mahkeme, vakayı tesbit ve buna dair tutulan zabtı yetkili makama tevdi eder. İcabederse failin muvakkaten yakalanmasını emreyler».

(1) Löwe, adı geçen eser.

(63) Schwınge; adı geçen eser.

muamele yapmağa yetkilidir (64). Ancak mahkemenin yenüz ıttılaına ulaşmamış bir suç için savcı gerekli işlemin yapılmasını mahkemeden isteyebilir veya mahkemeyi ikaz edebilir. Yargılamaya dahil olan veya olmayanlarda aynı şekilde hareket edebilirler. Sebkeden bir talebin ademi kabulü halinde mahkemenin her halde bir karar vermesi icabeder. Bu nevi kararlara hiç bir surtle itiraz edilemez.

Yukarda da arzolunduğu üzere zabtın tevdi edileceği yetkili makam kaideten savcılıktır. Fakat iş itibariyle yetkili savcı orada bulunmayorsa ve yapılması gereken tahkikat muamelelerinin acele ifası lüzumlu ise; zabıt, sulh yargıcına gönderilir.

Sulh yargıcı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 165 inci maddesine dayanarak, tehirinde zarar olan hallerde zaruri bulunan tahkikat muamelelerini re'sen yapar (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, madde 158).

183 üncü maddenin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 266 ıncı (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, madde 259) maddesiyle irtibat halinde olup olmadığı halen dahi münakaşa edilmektedir. Hâkim görüş şu merkezdedir :

Adalet Encümeni tarafından tasarıya ithal edilen 266 ıncı madde hükmü, usulün 151 inci maddesiyle (65) vaz edilen hüküm, esas prensibi bozmamakla beraber bazı belirli usul işlemlerini bertaraf etmek ve dolayısiyle sürati sağlamak amaciyle kabul edilmiştir. Bu usul, haklarında kamu dâvası açılmamış olan sanıklar hakkında uygulanabileceği gibi açılmış olanlar hakkında da uygulanır. Sonuncu halde usulün 237 inci maddesine (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, madde 230) dayanılarak birleştirme kararı dahi verilebilir. Fakat metin de bazı şartlar tesbit edilmiştir. Ezcümle savcının talebi ve sanığın muvafakatı meselesi. Bir ceza dâvasının rüyet edildiği celsede bir suç işlenir ve bu suçda o mahkemenin görevine dahil bulunmakla beraber aranılan diğer şartlar da tahakkuk ederse yeni işlenen suçun o mahkemede görülmeyeceğine mâni bir hüküm bulunmadığından rüyete mahzur yoktur. Fakat sanığın derhal muvafakat vererek muayyen teminatlardan kendisini mahrum bırakması muhal görüldüğünden işbu görüş ameli bakımdan faide sağlayamaz.

Celsede işlenilen cezayı müstelzim fiil ayni zamanda uygunsuz bir harekette olabilir. Bu takdirde mahkeme ayrıca inzibati ceza tâyin etmekle beraber zabtı tutar ve gereğini yapmak üzere yetkili makama tevdi ey-

(64) Kohlrausch.

(65) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 147 inci maddesiyle tesbit edildiği üzere, cezai takibatta bulunmak ancak dâva ikamesine bağlıdır.

ler. Bu hususta yukarıda mufassal malûmat arzedilmiş olduğundan tekrar izaha lüzum görülmemiştir.

1 — Muvakkat yakalama :

Prensip olarak, hürriyetin tahdidi hâkimin kararına bağlıdır. Fakat bu kaidenin istisnaları mevcuttur. Ezcümle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 127 inci maddesinde tasrih edildiği üzere (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, madde 127) tevkif kararı olmadan dahi muvakkatan yakalamaya cevaz verilmiştir. Halbuki (183) üncü madde hükmü muvakkat yakalamayı hâkimin emriyle meşrut kılmıştır (66). Gerekçede bu hususta bir sarahat bulunmamakla beraber, metinde derpiş edilen yakalamağa, bir tevkif değil, ceza usulü anlamında fiili bir yakalama mahiyeti verilmek istendiğini kabul etmek lâzımdır. Bu yakalamanın, tevkif emri istarına yetkili olmayan bir hukuk mahkemesi celsesinde dahi cereyan edebilmesi işbu görüşü teyit eder. Binaenaleyh, eğer muvakkat yakalama celsede vukubulmuş ise, yakalanan hakkında uygulanacak muamele mahkeme harici yakalanan hakkında yapılacak muamele haline inkilâp eder. Bu halde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 128 inci maddesine göre (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 127 inci maddesi) muamele yapılır.

Sulh yargıcı kendi serbest takdirine göre, yakalamağa karar vermiş olan mahkemenin görüşünden müstakil olarak bir tevkif emrinin istarına kâfi sebep bulunup bulunmadığına dair karar verir. Binaenaleyh celsede suç işleyen bir şahıs hakkında mahkeme re'sen tevkif kararı veremez, ancak metindeki sarahat dairesinde muvakkat yakalamağa karar verebilir. Tevkifin gerekip gerekmediğini ahiren yargıç müstakillen takdir eder. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 380 inci maddesindeki (tevkif) tâbiri, terimin yanlış tercüme edilmesi neticesi metinde yer bulmuştur.

Muvakkat yakalama dahi mahkemenin re'sen ifa edeceği muameleler arasındadır. Savcının talebine lüzum yoktur (67).

VII — Mevzuatımız muvacehesinde celse zabıtası :

Mehaz kanunundaki celse zabıtasına mütaallik hükümler ceza ve hukuk mahkemelerinde icra kılınan yargılamalarda aynen uygulanır. Halbuki, mevzuatımızda celse zabıtasına dair olan hükümler, ceza ve hukuk

(66) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 380 inci maddesi (tevkif) tâbirini kullanmıştır.

(67) Löwe. St. Po. Pr. 177.

Muhakemeleri Usulü Kanunlarında olmak üzere ayrı ayrı yer bulmuştur (68).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 378 inci maddesindeki sarahata göre, duruşmanın inzibati reise tevdi edilmiştir. Duruşmanın inzibatını bozan her şahsı, reis, mahkeme salonundan dışarı çıkarabilme yetkisine sahiptir. Buradaki her şahıs tâbiri mutlâk ve geniştir. Binaenaleyh yragılamanın bünyesine dahil olan şahıslarla dahil olmayan (dinleyiciler) ları, başkan, mukaddem bir karara lüzum olmaksızın, mahkeme salonundan dışarı çıkarabilecektir, mânası, metinden istihraç edilebilirse de, kanun vazının maksudu bu değildir. Mehaz kanunda olduğu gibi belli tahditlere tâbi olması iktiza eder.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 150 inci maddesi hükmü dahi muhakemenin idare ve zabıta işlerini reise tevdi eylemiştir. Mahkemenin intizamını bozan bir şahsı derhal mahkemeden çıkarmağa reis yetkilidir.

Ceza Usulünün 379 uncu maddesinde yazılı olan inzibati Cezalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 150 inci maddesinin son fıkrasında aynile derpiş edilmiş ise de verilen karar ceza usulüne göre kat'i, hukuk usulündeki sarahate binaen mukayyettir.

Duruşma sırasında işlenen suç hakkında yapılacak muamele Ceza Usulünün 380 inci maddesinde ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 150 inci maddesinin son fıkrasının son hükmünde yer bulmuştur. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu iktibasla vazifeli olan heyetin müzakerelerini ihtiva eden zabıtlarda bu babda hususi bir sarahate tesadüf edilememiştir. Ancak celse zabıtasının Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanununda yer bulduğu ve mezkûr kanundan iktibas edildiği hususlarına işaret edilmiştir. Meclis zabıtlarında da aydınlatıcı bir kayda rastlanamamıştır. 1937 yılında yayınlanmış olan esbabı mucibede ezcümle şöyle denilmektedir : «Mürafaa celselerinin aleniyeti ve inzibatı, mürafaaların aleniyeti Alman Usulü Cezaiye Kanununda mevzubahs olmayıp gerek hukuk ve gerek Ceza Usulü Muhakemelerinde tatbik olunmak üzere Alman Teşkili Mehakim Kanununda dercedilmiş bizim Teşkilâtı Mehakim Kanunumuzda buna dair ahkâmı umumiye mevcut olmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda olduğu gibi aleniyeti muhakemeye ve usulü muhakemeye mütaallik hükümlerin bir kitabı mahsus halinde lâyihaya derci muvafık görülmüştür.» Görülüyor ki, mehaz kanunundaki esasların aynen iktibasına doğru gidilmiştir. Esasen bu hususun hilâfını

(68) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, madde 378 - 380. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 150.

614

gösterir bir sarahatte mevcut olmadığından celse zabıtasına mütaallik esasların bizde de uygulanması tabiatiyle mümkün görülmektedir.

Yalnız Avukatlık Kanununun 49 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarının duruşmanın inzibatına mütallik ahkâmını, mahfuz tutmuştur. Bu demektir ki, avukat ve müdafiiler hakkında celse zabıtasına mütaallik olan tedbirler uygulanabilecektir. Halbuki mehaz kanunundaki esaslardan ve mahkeme içtihatlarından istidlâl edildiği üzere celse zabıtasına mütaallik ahkâm avukat ve müdafiiler hakkında uygulanmaz. Bunlar aşağıda arz olunacağı üzere ayrı bir statüye tabidirler. Mühim olan bu konu üzerinde de kısaca tevekkuf etmek faideli olur kanaatindeyiz.

VIII — Celse zabıtasına mütaallik hükümlerin avukat ve müdafiiler hakkında uygulanıp, uygulanamıyacağı :

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 378 - 380, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 150 ve Avukatlık Kanununun 49 uncu maddelerine tevfikan, celse intizamını bozan veya muhakeme sırasında münasip olmayan bir kavil veya fiilde bulunan (uygunsuz hareket) her şahıs hakkında ya mahkeme kararıyle veya başkan tarafından (tek yargıçlı mahkemelerde bizzat hâkim) kanunda gösterilen tedbirlerin ittihazı mümkündür. (Her şahıs — bir şahıs — kimseler) meyanına avukatlar ve müdafiilerde ithal edilmiştir. Esasen usul kanunlarımızın bu güne kadar ola nuygulanması da bu merkezdedir. Ezcümle Avukatlık Kanununun 49 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü de bu görüşün meydana çıkmasına ve bu tarzdaki uygulamağa sebep olmuştur.

Fakat mehaz mevzuatta vaziyet berakistir. Salondan çıkarma, tevkif, inzibati ceza ile cezalandırma savcılar, avukatlar, müdafiiler hkkında asla uygulanmıyor (69), gerekçe olarak da şu mütalâa zikredilmektedir : «Savcılar mahkemenin rüknüdür, diğer tabirle kül olarak mahkemeyi yargıçlar, savcılar ve zabıt kâtipleri gibi cüzüler teşkil eder. Bunlardan birisinin bulunmaması mahkemenin fiilen teşekkülüne dolayısiyle icrai kazaya engel olur. Diğer taraftan savcılar kamu mümessili olup ayrı bir statüye tâbidirler. Mahkemenin haiz olduğu inzibatı erke tâbi olmaları görevlerinin ifasına tesir edebilir. Diğer taraftan aynı mülâhazaya istinaden avukat ve müdafiiler hakkında da bu tarzda mütalâa serdetmek gerekir. Müdafiilerin, mahkemenin haiz olduğu cezai erke tâbi olmaları müdafaa hakkını tahdit gibi, tervici mümkün olmayan, bir sonuç yaratır».

(69) Duruşmanın idaresine ve inzibatın teminine matuf olan diğer tedbirlerle ihtar vesaire hariç reis bunları yapabilir.

Binaenaleyh savcı, avukat ve müdafiilerin mahkemenin haiz olduğu inzibatı erkten yalnız uzaklaştırma, tevkif ve cezalandırma gibi tedbirlere tâbi olmamaları lüzumu kendiliğinden meydana çıkar. Bu konuyu daha iyi açıklayabilmek için celse inzibatını iki şıkka ayırmak suretiyle mütalâa etmek uygun olur. Şöyle ki :

Kanun, celse inzibatının temini ile mahkeme başkanını, tek yargıçlı mahkemelerde yargıcı, ödevli kılmıştır. Bu mükellefiyetin tahtında bazı yetkilerde mevcuttur. Aksi takdirde mükellefiyet yerine getirilemez. Reis veya yargıcın haiz olduğu ytkilerle mahkemenin haiz olduğu yetkiler arasında şümul ve vus'at bakımından fark mevcuttur.

1 — Reisin veya yargıcın haiz olduğu yetkiler.

2 — Mahkemenin haiz olduğu yetkiler.

1 — Raisin veya yargıcın haiz olduğu yetkiler :

A — Reisin veya yargıcın münhasıran celse inzibatını (duruşmanın inzibatı) temine mâtuf olan yetkileri, yargılamaya katılan veya katılmayan diğer tâbirle duruşmanın icra edildiği mahalde bulunan (veya resmî muamelelerin yapıldığı yer) her şahıs ve her şey (70) hakkında caridir.

Bu yetki şümulüne; savcı, müdafi, avukat, sanık, müdahil dâvacı, şahsî dâvacı, şahit, bilirkişi, tercüman, kanunî mümessil, müşavir, mahkeme üyeleri, zabıt kâtipleri, mübaşir, odacı, âsayişi veya mevkufları muhafaza ile ödevli sivil veya askerî kuvvetlere mensup efrat da dahildir. Ancak, yetkinin şümulüne giren bu şahıslar hakkında, celse inzibatını temin zımnında yapılacak muamele ve alınacak tedabir, **ihtar**, **tevbih** (lûgat mânasında), **celsenin tatili** ve bunlara benzer tedbirlerden ibarettir. Başkan veya yargıç bir karar almadan veya vermeden (bu nevi karalrar her halde zapta geçirilmeli ve tefhim olunmalı) inzibatî mahiyetteki tedbirleri veya cezaları yukarda yazılı olan şahıslar hakkında asla uygulamıyacağı gibi bazıları hakkında karar ile dahi bu nevi tedbirler ve cezalar uygulanamaz. (Kararla mahkeme salonundan çıkarma ve 24 saati geçmemek üzere tevkif etme hali tedbir, para cezası veya hapis cezasiyle teczıye de inzibatî ceza mahiyetindedir). Fakat şu ciheti de bilhassa tebarüz ettirmek gerektir ki, reis veya hâkim celse inzibatını temin için resen lüzumlu gördükleri tedbirleri, o kimselerin şahsiyetini, mevkı ve ifa ettikleri görevin husuisyetini ve özel bir kanuna tâbi olup olmadıklarını gözönünde tutmak suretiyle uygulamağa mecburdurlar.

(70) Schaefer. St. P. O. S. 177.

Ezcümle savcının, aynı derecede bir makamın mümessili olduğunu (71) gözönünde bulundurmakla mükelleftir. Başkanın bu bapta savcıya karşı olan muamelesi nazikâne olmalıdır (72). Mahkemenin rüknü olan üyelerle zabıt kâtipleri hakkında dahi mahkemenin vekar ve haysiyetini haleldar edecek olan umumî beyanat ve ihtarattan çekinmelidir (73).

Kamu hizmeti gören ve müdafaa hakkının vasıtası olan ve haklarında özel bir kanun mevcut bulunan müdafi ve avukatlar hakkında dahi aynı şekil ve tarzda muamele olunmalıdır. Ancak savcı, mahkeme üyeleri, zabıt kâtibi, avukat veya müdafiler celse inzibatının temini yolunda başkan veya yargıç tarafından verilen emirlere riayet etmezler, dolayısiyle inzibatı bozmakta israr ederlerse bunların değiştirilmesini ve haklarında muamele yapılmasını alâkalı merciden talep etmek mümkündür (74).

2 — **Mahkemenin haiz olduğu yetkiler:**

Mahkeme; savcı, müdafi ve avukatlar hariç diğerleri hakkında, yargılamanın intizam ve sükûnetini muhafaza için verilen emirlere riayet etmedikleri takdirde (toplu mahkemelerde bu emirler ekseriyetle reis tarafından tek yargıçlı mahkemelerde yargıç tarafından verilir) ya salondan dışarı çıkarma veya tevkif kararı ittihaz edebilir.

Aynı şahıslar (savcı, müdafi ve avukatlar hariç) celsede münasebetsiz hareketlere kıyam ettiklerinde haklarında inzibatî mahiyette olmak üzere, para veya hafif hapis cezası uygulanır. Meselâ: Savcı, avukat veya müdafi celsenin nitizam ve sükûneti için başkan veya yargıç tarafından usulü dairesinde yapılan ihtarata riayet etmeidkleri takdirde bunlar hakkında iki türlü muamele yapılır.

1 — Mensu poldukları yüksek dereceli mercie şikâyette bulunmak. Avukatlar hakkında: O avukatın mensup olduğu Rechtsanmaltskammer'in başkanına yazılı veya sözlü olarak müracaat mümkündür (95). Merci durumu etüd ederek o kimsenin o mahkemede vazife görmesini idarî bir tedbir olarak menedebileceği gibi (76) tebligat icrasına dahi tevessül edebilir. Avukat ve müdafiler hakkındaki tebligat icrası, Alman

(71) Löwe. St. P. O. Sahife 1159 ve mütaakip.
(72) Keza aynı eser ve Prof. Schwinge: St. P. O. S. 306.
(73) Löwe. St. P. O. S. 1159 ve mütaakip.
(74) Kohlrausch, keza.
(75) Alman Avukatlık Kanunu.
(76) Prof. Kohlrausch. St. P. O. mad. g. v. g. S. 402.

Avukatlık Kanununun 57 nci maddesi hükmüne tevfikan yapılır. Bu muameleyi de R. A. Kammer'in başkanı resen icra eder.

2 — Celsede gerek umumî (suç) ve gerek inzibatî cezayı müstelzim bir muamele veya fiil icra edildiği takdirde, mahkeme, vak'ayı tesbit ve bu hususlaki zaptı savcının mensup olduğu üst makama veya avukatın mensup olduğu Rechts. A. Kammer'e gönderir. Başkan durumu tetkik eder, işlenilen fiil veya yapılan muamele hafif telâkki edilirse o avukat veya müdafie Avukatlık Kanununun 57 nci maddesine tevfikan tebligat icra eder. Aksi halde aynı kanunun 64 ve mütaakip maddelerine göre hakkında umumî ceza veya disipiln cezası uygulanması için evrakı, tahkikat ve duruşma yapılmak üzere, hususî mahkemeye tevdi eder. Burası hâdisenin mahiyetine göre o avukat veya müdafi hakkında, Avukatlık Kanununun 64 (77) üncü maddesinde yazılı olan disiplin cezalarından birini uygular. Eğer fiil veya muamele suç mahiyetinde ise, Ehrengericht, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine tevfikan duruşma yaparak faili, suçun temas ettiği kanun hükmü dairesinde cezalandırır.

Celse zabıtası mevzuunu ikmal edebilmek için Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 231 inic maddesinde (mehaz kanun madde 238) tasrih edilen ve duruşmanın sevk ve idaresini reise tevdi eyleyen ana hükmün de mütalâası gerektir. Zira, duruşmanın sevk ve idaresi mefhumuna, celse zabıtasına mütaallik bilcümle hususlar dahildir. Başka bir deyimle gerek duruşmanın sevk ve idaresi ve gerek celse zabıtası yekdiğerinin mütedahilidir.

IX — Duruşmanın sevk ve idaresi :

Kanun, duruşmanın sevk ve idaresini başkana tevdi eylemiştir (78). Başkan duruşmayı açar veya kapar, bağlayıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde (79), yargılamanın inkişafını ve hâdiselerin sırasını tâyin ve söz istenmesi halinde konuşmaya müsaade edilip edilmiyeceğini ve müsaade edildiği takdirde konuşmanın zamanını tesbit eder. Bununla beraber verilen konuşma müsaadesini geri almağa, konuşanların sözünü kesmeğe ve duruşmayı uzatan lüzumsuz tekrarları bertaraf etmeğe başkan yetkilidir. Bu yetkinin savcıya da şâmil olup olmadığı meselesi ihtilâflıdır. Bazı

(77) İhtar, tevbih, para cezası, muvakkat veya daimî olarak vazifeden af.

(78) Madde 238 — «Duruşmanın sevk ve idaresi, sanığın sorguya çekilmesi, delillerin irat ve ikamesi (delil telâkkisi) başkan tarafından icra olunur.»

(79) Madde: 234, 244/1, 258 (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz madde 236, 237/1, 251).

618

müellifler (80) başkanın, savcının sözünü kesebileceği mütalâasındadırlar. Fakat Alman Yargıtayı, başkanın haiz olduğu bu yetkinin savcıya şâmil bulunmadığını, içtihaden belirtmiş bulunmaktadır (81). Başkanın, savcının sözünü kesmesi hali, kamu hukukunun korunması prensibiyle bağdaşamaz. Binaenaleyh başkanın duruşmanın sevk ve idaresi mülâhazasiyle savcının sözünü kesmesi terviç edilemez. Ancak, uygunsuzluk gördüğünde celseyi tatil edebilir. Her ne kadar Löwe (82) şerhinde kanunun, bu bakımdan savcıya özel bir hak tanımamış olduğunu ileri sürerek bu yetkinin savcı hakkında da uygulanacağını mütalâa etmekte ise de, tatbikat bu görüşün aksinedir.

Dâva ile alâkalı olanlara verilmiş olan söz hakkının bilâhare başkan tarafından geri alınması veya tahdit edilmesi hali, delil iraesi ve ikamesi hakkı gözönünde tutularak, devamlı olamaz. Söz isteyen alâkalıya söz verilmemiş olması takdirinde o kimse, maddenin ikinci fıkrası (83) sarahatine dayanarak, mahkemeden bir karar talep edebilir. Mahkemeden böyle bir karar talep etmeden, başkanın haiz olduğu yetkiye dayanarak verdiği her hangi bir emrin (kararın) temyiz kabiliyeti mevcut değildir. Yani başkanın 238 inci madde hükmüne (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz madde 231) muhalif olarak verdiği bir tedbiri temyiz edebilmek için evvel emirde bu tedbir hakkında mahkeme heyetinden bir karar istemek gereklidir. Duruşmayı sevk ve idare yetkisini ve ödevini haiz olan başkan gerek sanığa ve gerek müdahil dâvacıya, mahkemece isdar olunan hüküm veya karar hakkında başvurulması mümkün kanun yollarını göstermekle mükelleftir. Bu mükellefiyet ancak, hukukî bilgisi noksan olan dolayısiyle kanun yollarına müracaatta müşkülâta mâruz kalacağı muhtemel bulunan kimselere mâtuftur (84). Savcı bu ödevin şümulüne dahil değildir.

Yargılamanın devam ettiği müddetçe başkan, sevk ve idareyi bizzat ifa ile mükellef olup bu görevi üyelerden birine tevdi edemez. Yeni usul tasarıları, sorgunun icrasının delil telâkkisinin (irat ve ikame) kısmen veya tamamen bir üyeye bırakılmasına cevaz vermektedir (85).

Duruşmanın huzur ve sükûn içinde icrası için başkan duruşma zabıtasına mütaallik olmak üzere gereken tedbirleri ittihazda serbesttir. Bu

(80) Löwe, Pr. 238 Schwarz. Pr. 238. I. Prof. Taner, S. 302.

(81) Prof. Kantar, S. 103.

(82) Löwe, Pr. 238. I.

(83) Madde 238 fıkra son — «Görülmekte olan işin sevk ve idaresine (Sachleitung) mütaallik olarak başkan tarafından verilen bir emre duruşmaya katılan kimselerden biri tarafından caiz olmadığı beyaniyle itiraz edilirse, bu hususta mahkeme karar verir.

(89) Löwe, Stpo. S. 526.

(85) Löwe, adı geçen eser, Schwinge, S. 109.

tedbirlerin alınması duruşmanın sevk ve idaresine dahil işlerden mâduttur. Fakat bu tedbirlerin ittihazı yukarda arzolunan duruşma zabıtası hakkındaki esaslara istinaden mümkündür. Yoksa başkan sevk ve idare yetkisine dayanarak, hiç bir kimseyi mahkeme salonundan dışarı çıkaramıyacağı gibi bu mahiyette bir tedbir de alamaz. Zira duruşmanın sevk ve idaresiyle celse zabıtası aynı şahsa tevdi edilmiş ise de bu iki müessese mahiyet itibariyle yekdiğerinden ayrıdır. İki yetkinin başkanın elinde bulunması tedahülü doğurmaktadır.

Yargılamaya katılanlardan (yargılamanın bünyesine dahil olanlar) daha dar mânada, duruşmaya iştirak edenlerden biri başkan tarafından alınan bir tedbirin kanunen caiz olmadığını (uygun bulunmadığını değil) iddia ettiği takdirde, mahkemeden bu bapta bir karar talep etmek gerekir. Bu suretle duruşmanın idaresini ve devamını teşviş etmek ve durdurmak tehlikesi metindeki (caiz olmadığı) ibaresiyle bertaraf edilmek istenmiştir. Başkanın, şahitlerin dinlenmesi hususunda tesbit ettiği sıraya alâkalılardan birinin itiraz etmesi halinde mahkemeinn karar vermesine lüzum yoktur. Mehaz kanunda (tedbir) kelimesi mevcut değildir. Fakat yeni tasarılar (emrolunan bir tedbir) ibaresini almışlardır. Halbuki kanunumuzda aynı sarahat mevcuttur. Duruşmanın sevk ve idaresini doğru tâbiriyle işin sevk ve idaresini (86) iki kısma ayırmak suretiyle şerh eden Löwe ezcümle diyor ki: «Duruşmanın idaresi, aralarında bariz bir fark bulunmamakla beraber iki kısma ayrılır:

1 — Duruşmanın dış nizamına taallûk eden sevk ve idare (şekil bakımından idare) (87).

2 — Dâvanın esasına doğrudan doğruya yarayan sevk ve idare (esas bakımından idare) (88).

Başkan tarafından sevk ve idare edilen, alâkalıların itirazına veya mahkemenin müdahalesine mâruz bulunmıyan dış alandaki sevk ve idareye aşağıdaki tedbirler dahildir: Celsenin açılıp kapanması, kısa müddetli tehirlere emredilmesi (madde 228/1), tehir sırasında, sanığın nezaret altında bulundurulması, sanığa, duruşmanın talikini istemek yetkisinin bildirilmesi, (madde 228/3), duruşmanı ndevamı için gün tâyini (madde 229), sanığın, müdafii ile konuşmaması lüzumunun emri, alâkalılara söz verilmesi ve verilen sözün muvakkaten geri alınması, delil telâkkisinde sıranın tâyini şahadet ve yeminden imtina hakkının ihtarı ile doğru söylemenin tevlit edeceği kanunî netayicin bildirilmesi, henüz dinlenmemiş bir şahit veya bilirkişinin muvakkaten serbest bırakılması, dinlemiş olan bir

(86) Löwe, Pr. 238 S. 527. No. 7, aynı fikirde Prof. Kantar. Ceza M. U. K. S. 111.

(87) Prof. Kantar. S. 103.

(89) Prof. Kantar. Adı geçen eser.

şahit veya bilirkişinin uzaklaşmasına müsaade edilmesi (madde 248) (bu suretle serbest bırakılanların tekrar celbedilerek dinlenmesini veya muayyen bir hususun kendilerinden sorulmasını alâkalılar isteyebilirler). Dış alandaki sevk ve idareye mütaallik tedbirler aleyhine caiz olmadığı mülâhazasına istinaden itiraz edilemez.

Sanığın sorgusu, delil telâkkisi (89) (irat ve ikame), bir şahide yemin tevcih edilmemesi, dinlenme ve istizah yetkisinin geri alınması (madde 241, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz madde 234), delil telâkkisinin henüz ikame edilmiş olan delillere de teşmili (madde 244), evrakın okunması (madde 249) ve sanığın son sözlerinin hudutlandırılması gibi haller dâvanın esasına taallûk eden sevk ve idareye dahildir. Celse inzibatını temin de bu meyandadır.»

Kanun, sanığın sorgusu sırasında lüzumundan fazla tazyik edilmesine mâni olmak için yargılamada sanığın yalnız başkan ile münasebette bulunacağını derpiş ve başkanın izni olmaksızın üçüncü şahıslar tarafından vâki her türlü müdaheleyi bertaraf eylemiştir. Binaenaleyh alâkalıların sanığa sormak istedikleri sualleri başkana bildirmeleri lâzımdır. Keyfiyeti başkan takdir eder. Mahkeme üyeleri de duruşmaya iştirak eden şahıslardan sayıldıklarından başkan tarafından alınan bir tedbirin caiz olup olmadığı hususunda mahkemeden bir karar istemek hakkını haizdirler. Böyle bir halde açık münakaşayı önlemek için o üyenin heyetin müzakereye çekilmesini, etrafın dikkatini çekmiyecek şekilde, başkandan talep etmesi uygun olur.

İşbu mâruzattan anlaşılacağı üzere, sevk ve idareye, celse inzibatının sağlanması da dahildir. Sevk ve idare sadedinde verilen her hangi bir emre veya alınan tedbire ademi riayet, bazı ahvalde celsenin sükûn ve nizamını ihlâl mahiyetine münkalip olabilir. Bu takdirde başkan (yargıç) veya mahkeme haiz olduğu yetkiyi kullanmak suretiyle sükûn ve intizamı yerine getirir ve dolayısiyle sevk ve idareyi de temin etmiş olur.

(88) Prof. Kantar. S. 103.

ZARAR ZİYANIN TAKDİRİ

Yazan : **Dr. Zahit ÇANDARLI**
Ankara Asliye Dördüncü Hukuk Yargıcı

I — Zarar ziyan mefhumu,
II — Zarar ziyanın şartları,
III — Yargıç tarafından tâyin ve takdiri,
IV — Tarafların tâyin ve takdiri,
V — Kanun tarafından tâyin ve takdiri.

I — Zarar ziyan mefhumu :

Zarar ziyan hakiki veya hükmî şahsın, mamelekinde husule gelen noksanının, yani maddi zararın ona sebebiyet veren tarafından ödenmesi lâzım gelen miktarına denilir. Bir çok ahvalde alacaklının mevzuunu bir zararın tazmini teşkil eder. Demek oluyor ki, bir şahsın mamelekine bir noksanlık husule geliyorsa o zaman zarar var demektir. Mamelek mefhumunu burada geniş mânada anlamak lâzımdır.

Başkasının vâkı fiili sebebile doğan bu tazmin borcuna menbaını zarar tevlit eden fiil faili tarafından işlenen kusuru teşkil eder. Eğer ortada tazmin borcunu ihdas eden bir sebeb mevcut değilse, yani onu tazmin edecek bir fail bulunmuyorsa, bu takdirde zarara bizzat maruz kalmış olan kimse buna katlanır (1).

Mutazarrır tarafından başkasına ödetilemeyen zararlar, bir dâva konusu teşkil etmedikleri için, hukuk alanında üzerlerinde incelenme yapılmasına sebeb olmamışlardır. Tazmin borcunu doğuran menbaların en önemlisi, hiç şüphesiz diğerinin mamelekinde noksanlık husule getiren fail tarafından işlenen kusurdur. Kusur da ya bir haksız fiilden, yahut bir sözleşmeye ademi riayet veya aykırı hareketten doğar. (Borçlar Kanunu, madde 41 ve 97). Bu iki durumdan başka hallerde de, zarar ziyanın doğduğu vâkıdır. Haklı veya zaruret icabı doğan bazı zarar ziyanlarda faiiln hiç bir kusuru olmadığı halde, tazmin mükellefiyeti ile karşı karşıyadır. Bazı müellifler bunu kabul etmemekte ve zarar ziyanın daima hakka mugayir, bir hareketin neticesi olduğunu ileri sürmektedirler. (2) Bugün tebellür eden içtihatlar bunun aksinedir. Bir çok hallerde, haklı bir fiilden

(1) Casum Cantit Dominus: Roma Hukuku Notları H. Logres S. 122.
(2) M. E. Mayor II, 50.

neşet eden bir zararın da muhik surette tazmin edilmesi lâzım gelmektedir.

Kendisini veya diğerini, zarardan, yahut derhal vuku bulacak bir tehlikeden vikaye için, ahir şahsın mallarında noksanlık husulüne sebep olan kimse, ödemekle mükellef olduğu tazminat miktarını, yargıcın hakkaniyete göre tâyin etmesi lâzım geldiği, Borçlar Kanununun 52 nci maddesinde beyan edilmektedir. Binaenaleyh burada failin bir kusuru olmadığı halde, diğerinin mamelekinde husule gelen noksanlık sebebile hakkaniyete uygun bir tazminat vermesi icabetmektedir. Bir de Borçlar Kanununun 39 uncu maddesi gereğince bir kimsenin vekâlet ve salâhiyeti olmadığı halde başka bir şahsın mümessili sıfatı tanınmak suretile yaptığı fiil ve muamelenin iras ettiği zararın tazminini icabettiren haller mevcuttur. Bir hakiki veya hükmi şahıs, kendi kusuru olmadığı gibi, kanunen sorumlu olmadığı halde zarar ve ziyanın tazmini borcunu bir sözleşme neticesi üzerine almış olabilir.

Bunun en güzel misalini sigorta ve tazminat vadi sözleşmelerinde görürüz. Bir işletme mütaahhidinin işletme sebebile üçüncü şahısların bu yüzden uğramaları muhtemel zararlarının tazminini önceden taahhüt etmesi, sigorta mukaveleleri gereğince bir şahsın muhtemel zararını, kendi kusur ve taksiri ve kanunen mükellefiyeti olmadığı halde, münakit sözleşmeye göre tazmini evvelde kabul etmiş olması gibi (3).

Zararı, hattızatında memelekete bir noksansızlıktır, bundan ötürü bu noksanlığı husule getirmeyen ve sırf şahsi menfaatlere müteveccih taarruzlar hukukî anlamda bir zarar teşkil etmezler. Bunlara karşılık bir takım meblağlar ödenmişse bu bir hibeden bir lûtuftan başka bir şey değildir. Müellif Von Tuhr bunlara «manevi tatmin ve telâfi» diye tavsif ediyoruz. Borçlar Kanununa göre zarar tâbirinden çıkan mâna bir kimsenin şahsına yeva şahsi menfaatlerine vaki tecavüz neticesi, hasıl olan cismani ve manevi izdiraplar değil, maddi zarar yani mamelekindeki noksanlık anlaşılır. (4).

Mutazarrırın mamelekinde husule gelen bu azalma, onun iradesi hilâfına veyahut rızası olmaksızın vukua gelmiş olması lâzımdır. Aksi takdirde, zarar mevzubahs olamaz. Meselâ kendisinin bir fiili neticesi mamelekinde bir noksanlık ortaya çıkmışsa, burada zararı ödetilecek bir durum yoktur; zira kendisinin fiili neticesi mamelekinde rızası ile, husule gelmiş bir noksanlık vardır. Bu rızaya müstenit noksanlık, belki de bir istihlâk veya masraf olabilir. Zararın mevcudiyetini ortaya koyan miyar,

3 — Borçlar Kanununun madde 42, 90, 98, Van Tuhr S. 85.

4 — Actio injuriorum. Roma hukukunda Pratörlerin ihdas ettiği bir dâvadır.

mutazarrırın halen mevcut mameleki ile zararlı olduğu iddia edilen, fiil, ve muamelenin vâki olmadığı takdirde onun mamelekinin bulacağı yekûn arasındaki farktır. Bunu daha vazıh izah etmek için bir misâl vermek lâzım gelirse halen mevcut mameleki yüz bin lira olan şahsın eğer zararı tevlit eden fiil vâki olmasa idi o vakitki mameleki yüz elli bin lira idiyse, ortadaki farkı teşkil eden elli bin lira onun zarar miktarını gösterir. Buna hukuk lisanında «malî ziyan» veya «mağdurun ziyanı» denilir.

Romalı hukukcular mamelekteki noksanlığın iki şekilde vuku bulacağını kabul ediyorlardı.

A — Damnum Emergens: zararlı bu fiilin vukuu sebebile, halihazır kıymetinin daha az noksanlaşmış olması halidir. Bu keyfiyet bazan müsbet zarar da olabilir (5).

B — Lucrum Lessaus: Kazançtan ziyan; zararlı fiilin vukuuna rağmen memlekete bir noksanlık husule gelmemiş olmakla beraber, çoğalması muhtemel bir mamelekten mahrumiyet halidir. Buna kârdan mahrumiyet şeklinde zarar da denilir.

Romalıların bu tasnifi bugün aynen kabul edilmiş ve zarar ziyan tâyininde bir kıstas olarak kullanılmaktadır. Buraya kadar izah ettiğimiz, zarar ziyan haksız fiil bakımından bir incelemedir.

Aktî bakımdan zarar ziyan mefhumunu incelemek için evvelâ konuyu ikiye ayırmak lâzımdır.

1 — Ademi ifadan mütevellit ziyan: Borçlunun borcunu ifa etmemesinden (Borçlar Kanunu 96) veyahut vaktinde ifa edememesinden (Borçlar Kanunu 102) dolayı alacaklının mâruz kaldığı zarar ki buna teehhür veyahut ademi ifadan mütevellit zarar ziyan denilir.

2 — Menfi zarar ziyan: Bu sözleşmenin mevcut olmadığı takdirde, maruz kalınmıyacak zarardır. Bu zarar ekseri ahvalde sözleşmenin hükümsüz addedilmesi neticesi meydana çıkar. Borçlar Kanununun 26 ve 39 uncu maddeleri sözleşmenin hükümsüzlüğünden mütevellit zarar ziyandan bahsetmektedir, bu kabil menfi ziyana (itimattan hasıl olan zarar da) denilir. Borçlunun temerrüdü neticesi sözleşmenin feshi halinde meydana gelen menfi zarar sebebile diğer taraf tazmin talebinde bulunabilir. Menfi zarar içerisine sözleşmenin akdine mütedair masrafları, edimin kabulü için yapılmış olan masraflar girebileceği gibi sözleşmenin taraflarından birinin ifayı ihtar için uğradığı zararlar dahil olabilir. Ezcümle, âkitlerden birinin sözleşmenin muteber olduğuna inanarak diğer bu kabil sözleşmeler akdi fırsatını kaçırmak suretile uğradığı zararlarda girebilir.

5 — Ademi ifadan mütevellit ziyanla bunu karıştırmamak lâzımdır, Von Tuhr, S. 88.

Demek oluyorki, bir borç tediye veya ifa edilmediği veyahut tediyesinde teehhür vuku bulduğu takdirde, mutazarrırın bu sebeple mamelekindeki noksanı buna sebebiyet veren kimseden ödenmesini talep etmesi, zarar ziyan borcunun konusunu teşkil eder. Zarar ziyan menbalarındaki değişiklik, yani bunun haksız fiilden veyahut, sözleşmenin ademi ifasından doğmuş olması, zararın takdiri ve tazminatın miktarını tâyini hususundaki şekle müessir olmaz (6). Bundan dolayıdır ki, zarar ziyanın menbaı ne olursa olsun tatbik edilecek hükümler aynıdır.

II — Zarar ziyanın şartları :

A — Zarar ziyanı ödemekle sorumlu addedilen kimsenin kendisine atfı kabil bir kusurun mevcudiyeti lâzımdır. Borçlar Kanunumuzun vazetmiş olduğu bu esas prensibe göre gerek haksız fiilden ve gerekse sözleşmeye aykırı hareket veya ademi ifadan mütevellit olsun, bir şahsın sorumluluğu için kendisine kabili isnat bir kusurun bulunması lâzımdır. Böyle bir kusuru görülmeyen kimsenin zarar ve ziyanla sorumlu tutulamıyacağı muhakkaktır. (7).

Müellifler kusuru iki şekilde mütâlaa etmektedirler. Bunlardan birincisi şeklî, fiili icra ve ika tarikile kusur, diğeri de fiili terk ve ademi icra tarikile kusur.

Böyle br tasnifin tatbiki bakımından büyük bir faydası mevcut değildir. Mühim olan cihet, tazminat mükellefiyeti altına sokulan şahsın bu fiili, evvelce mevcut bir emir veya nehiye karşı ika edilip, edilmemiş olmasıdır. Tazminat sorumluluğunu husule getiren fiilin büyük veya küçük bir kusur teşkil etmesinde bir fark yoktur. Şeraiti dairesinde husule gelen küçük bir kusur veyahut küçük bir ihmal bu sorumluluğu meydana getirebilir. (8)

Hukukî manada kusuru, mücerret olarak husule getireceği neticelerden ayrı incelemeye imkân yoktur. Kusur ancak sebebiyet verdiği zarar itibarile hukukî bir mevcudiyet iktisabeder. Hiç bir zarar ve ziyan meydana getirmeyen bir kusurla, hukukun bir ilgisi yoktur.

Kusurun tâyininde tatbikat bakımından oldukça mühim ve müşkilâtı mucip olan husus, sorumlu addedilen şahsın fiilindeki kusur ile, mağdurun mamelekinde husule gelen noksan arasındaki illiyet rabıta ve mü-

6 — Borçlar Kanununun madde 98-2 «haksız fiillerden mütevellit sorumluluğa mütealliq hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırı hareketlerde de tatbik olunacağını» tasrih etmiştir

7 — Borçlar Kanunu 41 ve 96 ncı maddelere bakınız.

8 — Hacı Adil Borçlar Kanunu şerhi, sahife 239 Von Tuhr Borçlar Kanunu şerhi S. 121.

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

nasebetinin tâyinidir. Bu sebepledir ki, fiil ile zarar arasındaki münasebet doğrudan doğruya mevcut olması lâzımdır (9).

Beyyine bakımından kusurun haksız fiile, sözleşmeye aykırı hareket ve ademi riayet ile arasındaki mevcut farkların incelenmesini tatbikat bakımından pek faydalı olduğunu görüyoruz. Haksız fiilden mütevellit zarar ziyanda kusurun mevcut olduğunu isbat mükellefiyeti, dâvacıya düşmektedir. Halbuki sözleşmeye aykırı hareket ve ademi ifa halinde ise, sözleşmenin mevcudiyetini isbat borçluya düşer ve sorumluluğu için kâfidir; Kendisinin kusurlu olmadığını bir defa olarak dermeyan ederse borçlu bu defini isbata mecburdur (10).

B — Sözleşmeye aykırılık ve ademi ifa halinde yani akti kusur mevzubahis olunca, borçlunun temerrüdü lâzımdır. Temerrüt bazen diğer tarafın hiç bir muamele ve fiiline lüzum hasıl olmadan dahi mevcut olabilir. Sözleşme şartlarına göre, borcun eda ve ifası muayyen bir tarihte tesbit edilmişse, bu günün hususlü ile borçlu diğerinin herhangi bir muamelesine mahal kalmadan mütemerrit vaziyetine düşer. (Borçlar Kanunu 97 ve 101 inci maddeleri).

Borçlar Kanununun temerrüt hakkında vazetmiş olduğu esaslar, Cermen hukuku prensiplerinden mülhem olmuştur. Lâtin hukuk telâkkilerine göre aykırı bir karekter arzeder. Meselâ Fransız ve İtalyan kanunlarına göre bir borcun ifası için, muayyen bir gün tâyin edilmiş olupta bu günün geçmiş olmasına rağmen, borç eda edilmemiş ise mücerret bu günün geçmiş olması, temerrüdü husule getirmek için kâfi değildir. Alacaklının şekline uygun, ihtarda bulunması lâzımdır. İhtar vaki olmadıkça temerrüt meydana gelmez (11). Ticaret Kanununun Lâtin hukukunun temerrüde mütaallik prensiplerini kabul etmiş ve bir çok hususlarda temerrüdün husulü için ihtarı şart koşmuştur. (Ticaret Kanunu madde 714, 745).

Bazı müellifler Ticaret Kanunumuzun bu sistemi kabul etmesindeki hikmeti anlıyamamakta ve ticaret hayatının daha seri ve itimat esaslarına müstenit bulunması sebebile, daha ziyade sürat temin eden emniyet ve itimada müstenit bulunan esasları kabul etmesi lâzım gelirken, daha batî bir sistem kabûl etmesini hayretle karşılamaktadırlar. Sıddık Sami Onar

9 — İsviçre Federal mahkemesi iççtihatlarına göre, zarar ziyan dâvasını muhik göstermek için yalnız haksız fiil ile, hadis olan zarar arasındaki bir alâkanın mevcudiyetini ispat kâfidir. F. M. K. 35. II. 124, 41. I. 88, 53. II. 69.

10 — Beyyine hilafı zahiri isbat için mevzudur.

11 — Fransız Medenî Kanunu, madde 1139 muaddel İtalyan Medenî Kanunu, madde 784 «Sözleşmede ihtara lüzum kalmadan temerrüdün başlayacağı hususunun şart konması mutebardir».

bu fikrin kuvvetli müdafilerindendir. Borçlar Kanunumuzun 189 uncu maddesi temerrüt için ihtarı talep eden bir hükmü ihtiva eder. Eğer taraflar borcun ifasını usulen bir ihbarda bulunmak şartına taallûk etmişlerse, bu mukarrer ihbarın vâkı olması ile ancak, temerrüt meydana gelir. Bir de borcun ifası alacaklının dileğine talik edilmişse, bu takdirde yine bir ihbar ve ihtar temerrüdün vücudü için şarttır.

Borcun muaccel olmasına rağmen, borcu ifa ve eda günü muayyen olmazsa, borçlu ancak alacaklının vâkı ihbar ve ihtarı ile, mütemerrit olur. Kanun ihtar ve ihbarı muayyen bir şekle tâbi tutmuştur. Bu ihtar kanunun göstermiş olduğu yere göre yazılı veya sözlü olabilir. Tatbikatta ihtar hep yazılı ve ekseri Noter vasıtası ile yapılmaktadır. Telgraf ve taahhütlü mektuplarla da ihtar yapmak mümkündür. Temerrüt sebebile borçlu tamamile kusurlu bir vaziyete düşer, bu sebeple alacaklının bu yüzden uğramış olduğu zararları ayrıca tazmin ile mükelleftir. Bu temerrüdün haklı ve mücbir bir sebebe müsteniden vâkı olduğunu ispat ederse, bu kabil zararları ödemekten borçlu kurtulabilir.

C — Borcun aynen ifasının kabul ettirilmesine imkân olmalıdır :

Borcun aynen ifasına ve vaziyetin eski haline iadesine imkân mevcut ise, zarar ziyana hükmedilemez. Bir akdi kusur mevzubahis olursa, alacaklı birinci derecede taahhüt edilen şeyin ifasını istemelidir. Alacaklı borcun aynen ifası mümkün olmadığını def'an dermeyan ediyorsa, bu def'i isbat ile mükelleftir. Müelliflerin bir çoğuna göre, yargıç aynen ifayı mümkün görüyorsa re'sen borçluya bir mehil vermek suretile, borcun aynen ifası salâhiyetini verebilir. Ancak bu sebeple vâki teehhürden dolayı, diğerinden ayrı bir zarar meydana gelmişse ve borcun aynen ifası ve zararı telâfi edememişse, bu zararın borçlu tarafından ödenmesi lâzımdır.

Roma hukukunda köklerini gördüğümüz bu esasa göre Pratör alacaklıya verdiği formülde «borçluyu yargıcın evvelâ aynen borcun ifası için sıkıştırmasını ve buna imkân olmadığına kanaat getirdiği takdirde, tazminata mahkûm etmesine ve aynen ifanın teehhürü sebebile alacaklının zararlarını tesbit ve borçluyu buna mahkûm etmesini» emrederdi (12).

D — Sözleşmeye aykırılık ve ademi ifa veya teehhürle haksız fiilden mütevellit fiilden diğer taraf için bir zarar meydana gelmelidir.

Borçlar kanunumuzun 96 ıncı maddesinde «alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu bundan mütevellit zararı tazminine mecburdur» demektedir. Tabii bu teehhür ve ademi ifadan mütevellit ortada bir zarar, yani diğer şahsın mamelekinde bir noksanlık yok-

12 — Dig. XXXI 284, 182, Roma hukuku notları, H. Logres Cilt 5 sahife 83.

627

sa, bunun tazmini de mevzuubahis olamaz. Bu ademi ifa ve teehhürle haksız fiilden mütevellit vaki zararlar açıkca gözükür. Fakat bazen zararın vücudü böyle açıkca gözükmez müphem bir şekilde, kendini gösterir. Bu kabil zararların tâyinini, yani alacaklı olduğunu iddia eden mağdur mevkiindeki kimsenin, bu sebeplerden mütevellit mamelekindeki hasıl olan noksanı isbat etmesi lâzımdır. Bu da müphem ve gizli bir vaziyette bulunuyorsa ve meydana çıkarılması bir ihtisas ve vukuf işi ise, yargıç işi bir Bilirkişi marifetile, veyahut bu kabil işleri tetkik ile mükellef bir ilim müessesesine havale eder.

Bu kabil yapılan incelemeler rapor şeklinde, mahkemeye tevdi edilerek böylece müphem ve gizli kalmış olan zararların mevcudiyeti meydana çıkarılmış olur.

E — Kusur ile zarar ziyan arasındaki illiyet rabıtası.

Ortaya çıkan zarar ziyan ile, bunu tazmin edecek şahsın fiili arasında bir illiyet rabıtasının mevcudiyeti şarttır. Binaenaleyh zararın bir kusurdan ileri gelmesi lâzımdır. Tazmin mükellefiyeti altında bulunan şahıs, bu fiili neticesi zararın meydana gelmediğini def'i olarak ileri sürerse, bunu isbat etmesi lâzımdır. Müelliflerin çoğu kusurla zarar beynindeki illiyet rabıtasının fâsılasız olmasına lüzum göstermektedirler (13).

Bu gün Medeniyet aleminde ki ve Senaideki tekâmül sebebile haksız fiil teşkil eden ef'al çoğalmaktadır. Bundan ötürü bu fiillerin faillerinin kusuru ile zararı ziyan arasındaki, illiyet rabıtasının meydana çıkarılması hukukcular için oldukça müşkül incelemelere sebep olmaktadır. Kusurlu fiilin zararla olan illiyet rabıtasını, izah ederken, iki nazariyeden kısaca bahsetmeyi faydalı görüyoruz. Birinci nazariyeye, temyiz kudretini haiz bir şahsın bir kusur neticesi, yani kast veya tedbirsizlik ile vâkı fiilinden zararın husule gelmesi halinde, bunu tazmin ile mükellef tutulması esasıdır. Diğer nazariyeye göre, fiil ile zarar arasında yalnız bir illiyet (Cause) rabıtası mevcutsa failinin kusurunu aramadan, zararı tazminile onu mükellef tutmaktır.

Bu nazariyeye göre fiil failin ehliyeti hukukiyesini, temyiz kudretini haiz olup olmadığını ve bir kusuru yani tedbirsizliği, ihmali olup olmadığını aramaksızın mihaniki olarak onu tazminile mükellef tutmaktır. İkinci nazariyenin müdafaa edilen ciheti, bir haksız fiil neticesi zarar mevcut olduğu halde, kast ve kusuru isbat edilemeyen kimselerin tazminile sorumlu tutulmaması neticesi, masum olan mağdurun zararının tazmin edilememiş olması vaziyetinin meydana gelmesidir. Borçlar kanunumuzun koy-

13 — Hacı Adil Borçlar kanunu şerhi, Sahife 259.

muş olduğu esas prensip birinci nazariyeye daha uygun bulunmaktadır. **Bu haksız fiil failinin ancak kasden veya bir kusur neticesi** tedbirsizlik, ihmâl ve teseyyübile meydana getirdiği fiil neticesi doğan zararları tazmin ile mükellef tutmaktadır.

III — Zarar ziyanın yargıç tarafından takdiri.

Zarar ziyanın ne zaman mevcut olduğunu kabul etmek lâzım geldiğini ve tazmin için gereken şartları yukarıda gördük. Ortada zarar ziyan mevcut oldukça, bunun tazmini ilk hatıra gelen bir hususdur. Tazmin ile mükellef olan ya haksız fiil faili, yahut sözleşmeye aykırı veya adeim riayet eden kimsedir.

Tatbikat hayatında önemli bulunan cihet, tazminat miktarının tâyini için gerekli takdir ve tesbit şeklidir. Bu hususta bir çok ihtimaller mevcuttur. Bunlardan birincisi, zarar ziyanın tâyini yargıç tarafından takdir edilmesi hususudur. Zarar ziyanın tazmini denildiği zaman, ortaya iki türlü unsur meydana çıkar. Bunlardan birincisi, mağdurun uğradığı zarar, diğeri de onnu mahrum kaldığı kârdır. Birinci hususu tâyin daha maddî ve tesbiti kolay olmasına rağmen, ikinci hususun tâyin ve takdiri, daha çok müşküldür.

Kanunumuz bu hususu yargıcın geniş takdir hakkına bırakmıştır. Yargıç bu salahiyeti kullanırken diğer mevzuatlardaki hükümleri bir kıstas olarak alacak, kanunun diğer maddelerindeki ifadelerin ruhundan çıkaracağı prensipleri, bir rehber olarak kullanacaktır (14). Tazmini icabeden zararın ödenmesi icabettiği zaman, bunun kabili takdir ve tahmin edilir derecede muşahhas olması lâzımdır.

Tazmin ile sorumlu olan kimseyi sözleşmenin akdi sırasında veyahut haksız fiilin ifası anında, takdir ve tahmin edemiyeceği bir zarar ziyanla mükellef tutmak doğru değildir. Yeter ki, zarar ziyan kendisinin hile ve desisesi neticesi meydana gelmemiş olsun (15). Binaenaleyh zararı tazmin edecek kimse, evvelden kendisinin muhtemel bir kusuru veya tedbirsizliği neticesi ödemesi muhtemel bulunan meblağı bilmesi lâzımdır. Eğer böyle bir bilgisi yoksa ve diğer şahıs kendisine bunu bildirmemişse, bu fiilinden uhsule gelen zarar ziyanı ödemekle mükellef tutulamaması lâzımdır. Meselâ yalancı taşlardan mücevherat imâl eden bir imâlathaneye bir müşteri tarafından bırakılan taşların kaybolması halinde, bu imalâthane sahi-

14 — Sıddık Sami Onar. İstanbul Baro mecmuası sahife 1077

15 — Fransız Medeni Kanunu 1150 inci maddesi «Zararın borcun doğumu esnasında kabili takdır ve tahmin bir derecede olması, lâzımdır.....» demektedir.

bine bunların çok değerli taşlar olduğunu bildirilmemiş ise bunların zayi olması halinde imâlathane sahibinin tahmin edemiyeceği kadar büyük olan bu zararları tazmin ile mükellef tutulamaması lâzımdır; burada kusur yalancı taşlarla imalât yapan bir müesseseye, teslim edilen taşların hakiki ve değerli olduklarını bildirmeyen müşteriye aittir. Bundan dolayı da, zararın bu kısmını kendisi çekmesi gerekmektedir. Diğer bazı mevzuatlar bu prensibi kabul etmemekte ve yargıca tam bir serbesti tanımaktadır (16).

Cermen hukuku, yargıca geniş takdir hakkı tanınması hususunda kuvvetli bir temayül göstermektedir. Borçlar kanunumuzda Cermen hukukunun bu telâkkisine sadık kalarak, zarar ziyan miktarının tâyini cihetini yargıcın geniş takdir hakkına bırakmıştır. Borçlar kanununun 42 inci maddesi «zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde, yargıcın halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri, nazara alarak onu adalete tevfikan tâyin eder» demektedir. Yargıcın burada ilk arıyacağı şey, kusurla zarar arasındaki illiyet rabıtasının mevcut olup olmadığıdır. (17) Bazı hukukçular yargıç kusur olmadığı takdirde meydana gelmiyecek olan ve binaenaleyh kusur neticesi bulunan bütün zararları ister bilvasıta ister bilâvasıta olsun failine tazmin ettirebileceğini müdafaa ederler (18). Buna şöyle bir misalde verirler. Bir kusur neticesi diğer şahsın evinin yanmasına sebebiyet veren kimse bu yangın kargaşalığı arasında ev sahibinin eşyaları da çalınmış olsa haksız fiil faili bilâ vasıta zarar olan evin bedeli ile, bilvasıta zarar olan, çalınan eşyaların bedelin tazmin ile mükellef olduğunu kabul etmek lâzımdır. Zira failin bu kusurlu fiil i,vâkı olmasa idi yangın olmıyacak ve neticeten de bu eşyaların çalınmasına da sebebiyet verilmiyecekti. Yargıtay İlliyet rabıtasını fazla geniş kabul etmemekte, kusurun tabii neticeleri olmayıp sair hallerin inzimamı ve tesiri ile hâsıl olmuş zararların tazminini bu fiil failine tazmin ettirmenin doğru olmıyacağını kabul etmemektedir. Müellifler bu hususa mütedair bir takım misaller verirler ve bunlar üzerinde incelemeler yaparlar. Hukuk edebiyatında, gün geçtikçe illiyet münasebeti geniş yer almaktadır.

Hakiki tutarının ispatı mümkün olmıyan zararlar denince, hatıra ilk gelen krediye karşı yapılan zarar ve bazı hallerde mahrum kalınan kâr gelir. Mahrum kalınan kâr için, borsa ve pazarlarda fiat ve değeri muayyen olan veyahut cari bir değeri haiz bulunan eşyayı mevzubahis etmeme-

16 — B. G. B. 246 ıncı maddesine bakınız.

17 — Medeni kanunumuzun burada kabûl ettiği prensip Alman ve Fransız Medeni kanunlarındaki taktir hakkından daha geniş olduğu kabûl edilmiştir.

18 — Sıddık Sami Onar. İstanbul Baro mecmuası sahife 1078.

lidir. Müellif Funka göre bu hususta dâvacının muhakkak bir kâr temin etmesi imkânının mevcut bulunduğunun isbat etmesi lâzımdır (19). Şu ciheti de tebarüz ettirmelidir ki, özel hal ve vaziyetler dolayısile bu kâr kuvvetli bir ihtimal dahilinde ise, ancak o zaman nazarı itibara alınmalıdır. Mutazarrırın almış olduğu tedbirleri bilhassa göz önünde bulundurmak lâzımdır. Zararın hakiki miktarını ispat mümkün olmakla beraber, bunun tahakkuku pek uzun süreceği ve neticeten, dâvanın hakkaniyetin icabettirdiğinden çok uzayacağı tebeyyün ederse, Borçlar Kanununun 42 nci maddesinin tatbiki mümkün müdür? Müelliflerin bir kısmı bu gibi ahvalde zarar ziyanı yargıcın takdirine bırakılmasını muvafık bulurlar (20).

Borçlar Kanunumuzun, 42 nci maddesinde mütalâa ettiğimiz ve hakiki miktarının ispatı mümkün olmıyan zararları yargıcın takdir edeceğini kabul edilmektedir. Bazı hukukçular bu hususu aynı kanunun 47 ve 49 uncu maddesindeki mânevi zararla karıştırmaktadırlar. Borçlar Kanununun 42 nci maddesindeki zarar ziyan tâbiri tamamiyle maddî zararı ziyan mahiyetindedir. Aynı fasıl için her ikisinin tâyini mümkün olduğu gibi, ayrı ayrı da tâyini mümkündür (21).

Tazminatın şekline gelince, Borçlar kanunumuzun bu husuta vaz etmiş olduğu prensibe göre, bunun nakten telâfi edilmesi mümkün olduğu gibi, zararın hudusundan evvelki vaziyetinin iadesi suretiyle de tazmini mümkündür. (Fransız Medenî Kanununa göre, zararın tazmini ancak nakten tesviye edilmek suretile mümkündür). Meselâ tahrib edilen şey'in masrafı haksız fiil failine ait olmak üzere tamiri ve istihlâk edilen bir mebiyin yerine aynı nev'iden bir şeyin itası gibi hususlardır. Tazminat nakten eda ediliyorsa, bu takdirde bunun hepsi birden tediye edilebileceği gibi hakkaniyet iktiza ettiriyorsa taksitle de edası mümkündür.

Bu takdirde, Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tasrih olduğu gibi, borçludan muteber kefalet ve teminat alınmak suretile, bunun bir irat şeklinde tesviyesi de kabildir. Mehazimiz olan İsviçre Kanunu Medenisi tatbik eden bu yer mahkemeleri, bilhassa kazalardan mütevellit zarar ziyanlarda mağdur veyahut veresesine hükmedilecek tazminatı, muteber kefalet almak suretiyle, irat şeklinde tesviye edilen bir tazminat şeklinde hükmederler. Mahkemelerimizde bu husus henüz pek az tatbik edilmektedir. Kanaatimize göre bu şekildeki tazminatlar kanunun ruhuna daha uygun bulunmakta ve taraflarında menfaatine de daha elverişli gelmektedir. Meselâ kocası bir otomobil kazasında ölen ka-

19 — F. Funk Borçlar kanunu şerhi Cilt I. sahife 73.

20 — Schneider Borçlar Kanunu şerhi § 13.

21 — Fuat Hulûsi, Sabri Şakir Borçlar kanunu şerhi, sahife 113.

691

dın dört çocuğu ile dul kaldığı takdirde, bunun eline toplu bir para vermek ekser ahvalde onun iyi idare edilmemesi sebebiyle ilerde bunların zarurete düşmesine muncer olmaktadır. Bu kabil tazminatların irat şeklindeki tahsisi, hususunun, memleketimizde de taammün etmesi temenni edilir.

Yargıç Medenî Kanunun 4. ncü maddesi gereğince, diğer hususlarda olduğu gibi buradada takdirini hakkaniyete uygun bir şekilde kullanacaktır. Yargıcın tazminatın hükmaltına alınmasına kadar, tahaddüs etmiş olan bütün hâdiseleri nazarı itibara alarak, tazminatı öğlece takdir etmesi lâzımdır. Yargıç tarafların iddiasını tecavüze ve tarafları değil serdine teşvik ve tahrik etmeye yetkisi olmadığt da hatırdan çıkarılmaması lâzımdır. Borçlar Kanununun 42 nci maddesinin ikinci fıkrası, yargıcın takdirine mütaallik hükmü, yalnızca zarar miktarının tâyinine ait olup, zararın vukubulup bulmadığına raci değildir. (22).

IV — Zarar ziyanın taraflarca tâyini.

Sözleşmeye ademi riayet ve aykırı hareketten mütevellit zarar ziyan ihtimali, akitler tarafından sözleşmenin yapılması anında düşünülerek aralarında bunu temin ve tesbit etmeleri mümkündür. Bilhassa beyi ve hizmet sözleşmelerinin tanzimi sırasında, bu kabil muhtemel zararların önceden neticelerini kararlaştırmak, taammül halindedir. Taraflar sözleşmenin yapılması sırasında, derpiş etmiş oldukları bu zarar ziyan karşılığına «şartı cezai de denilir». (23). Yalnız şu cihetide derhal tebarüz ettirmek isterim ki, müelliflerin bu yoldaki mütalâası kanaatimizce yerinde değildir. Cezaî Şart Borçlar Kanununun 161 inci maddesinde zikredilmiştir. Bu miktar her ne kadar, taraflarca sözleşme ile tâyin olunursa da, alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaz. Şart edilen aşırı bir ceza, batıl değildir. Yalınız yargıç tarafından azaltılmağa tâbi olabilir. Halbuki, zarar ziyanın önceden taraflarca tâyininde ise, bu uğranılan zararada bağlıdır. Taraflarca zarar ziyanın tâyinini ikiye tefrik etmek suretile incelemek bu müessesenin, hukukî bünyesine daha uygun olacaktır.

1 — Zarar ziyanın miktarı aranmaksızın diğerinin kusurlu ve âdemî ifa ve teehhürü ile vukua gelen fiile karşılık diğerinin ödemekle mükellef olduğu tazminat. (Buna şart cezaî de denilebilir).

2 — Diğerinin kusuru ve ademi ifası halinde zarar vçkı olmuşsa bunun evvelcee tesbit edilen miktar dahilinde ödenen tazminattir. Şartı cezaî

22 — F. Funk. Borçlar kanunu şerhi, sahife 73. F.M.K. 29/II/453,40,11,355,43,II,55, 49.II,168,43.II,240.

23 — Sıddık Sami Onar, İstanbul Baro mecmuası sahife 82, Mustafa Reşit Eelgesey Borçlar kanunu şerhi, sahife 157.

mahiyetindeki tazminat, bilhassa ticarî hayat sahasında geniş bir tatbik sahası bulmaktadır. Tacirler aralarındaki sözleşmenin ademî ifa veya teehhürü halinde diğerinden bir miktar tazminat talep hususunu, sözleşmenin yapılması sırasında zikrederler.

Cezaî şartın tatbikatta iki şekli mevcuttur :

Bunlardan biri sözleşmenin şartlarına ademî riayet veya aykırı hareket veya zarar husule getiren fiilin, diğerinin kusuru neticesi olması hâlidir. Borçlar Kanununun 161 inci maddesi ikinci fıkrası «ceza kanununa ve ahlaka mugayir bir borcu temin için şart edilmiş veya hifâfına mukavele olmadığı halde borcun ifası, borçlunun mes'uliyetini icap etmiyen bir hal sebebile gayrimümkün olmuş ise şart olunan cezanın tediyesi talep olunamaz» demektedir. İkinci şekil ise, sözleşmenin yapılmasında taraflar şartı cezainin tahakkuku için, kusurun aranmıyacağını evvelden derbiş etmiş olmalarıdır bu takdirde kusurun mevcudiyeti aranmaz, yalnız sözleşmeye aykırı hareket veya ademî ifanın vâkı olup olmadığını aramak kâfidir. Sözleşmeye bu şekilde vâkı olan şart kanunen muteberdir. Şartı cezainin en mühim unusuru, zararın vücudünün aranmayışıdır. Borçlar Kanununun 159 uncu maddesi «alacaklı zarara dûçar olmasa bile ceza, şart lâzım gelir demektedir.

Demek oluyorki şartı cezaî maktuiyet esasına müessirdir. Taraflar evvelece vâkı halin hususunda borçlunun diğerine maktuan bir tazminat ödenmesini, derpiş edebilirler. Şatı cezaî Borçlar Kanununumuza göre yargıç tarafından fahiş görüldüğü takdirde, azaltılmağa tâbidir. Hâtta yargıç tarafından bu hususda bir iddiası mevcut olmasa bile, kendiliğinden fahiş bulduğu cezaî şartı azaltabilir. Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin üçüncü fıkrasında «yargıç fahiş gördüğü zararları tenkisle mükelleftir» demekle bunu açıkça ifade etmiştir (24).

Fransız Medenî Kanununa göre, şartı cezalar azaltılmaya tâbi değildir. Bazı müellifler, mehazımız İsviçre ve Alman Medenî Kanununu Fransız Kanunu ile karıştırmaktadırlar. Halbuki mehazımız bu hususda, Cermen Hukuk prensiplerine uygun olarak, şart cezanın tenkisi sistemini kabûl etmiştir. (İsviçre Federal Borçlar Kanunu madde 163, Yargıç aşırı cezaları kendi takdirine tevfikan tenkis etmekle mükelleftir demektedir.) Mehazımız olan İsviçre Borçlar Kanununun kabul etmiş olduğu bu hususdaki Cermen prensibi, adalet telâkkilerine çok daha uygundur. Şartı cezaî mahiyeti itibarile, diğerinin vâkı zarar ziyanının evvelden tâyin ve tesbit edilmiş mikdar üzerinden olması yâni bir nev'i maktuan zararın tazmin şeklinin kabûl edilmiş olmasıdır. Yoksa diğer taraf bu sebeble bir kâr temin etmek gayesine matuf değildir. Sosyal bakımdan da mütalaa edecek

(24) Borçlar Kanunu madde 86, 158, F. M. K. 42, 11, 510, 59, 11, 205.

olursak; ekseri ehvalde sözleşmeyi yerine getirecek olan tarafın diğerine karşı bir mükellefiyet altına girmiş olmakla daha zayıf durumda bulunmasıdır. Binaenaleyh, alacaklıyı zarar ziyanını telâfiden mâada, birde kazanç temin etmek adalete uygun değildir. Yargıç bu azaltmayı yaparken, bir cihetide hiç bir zaman gözünden uzak bulundurmaması lâzımdır. O da alacaklı zarara uğramış olsa bile cezanın lâzım geldiğini daima hatırdan çıkarmamış olması lüzumudur. Esas zarar miktarı ile, şartı cezainin himaye ettiği menfaat arasında, büyük bir nisbetsizliğin mevcut bulunmadığının aranmasıdır (25).

Cezai şart sözleşmeye merbut bulunduğundan ona vaki ve arız olan fesat ve butlan bu şarta da tesir eder.

Cezaî şartın hükümleri: Cezaî şartın hükümlerini üç şekilde mütalâa etmek mümkündür

A — İhtiyari şartı ceza :

Burada alacaklı borçludan ya sözleşmenin hükümlerinin yerine getirilmesini veyahut şartı cezanın tediyesini ister. Binaenaleyh burada bir muhayyelik mevcuttur. Alacaklı «sözleşmenin yerine getirilmesini veyahut aykırı hareket edilmesi halinde şartı cezaî olarak konulan hedimin kendisine ödenmesini talep eder. BorçlarKanununun 158 inci maddesi birinci fıkrası «sözleşmenin icra edilmesi veya tamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezaî şart kabûl edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça alacaklı ancak ya akitin icrasına veya şart cezainnin tediyesini isteyebilir» demektedir. Taraflarca hilâfı kabul edilmemiş ise, cezaî şart bu şekilde tefsir olunur. Böyle tâyini muhayyer olan şartı cezadakı hukuki vaziyet, tıpkı tâyini muhayyer borçlardaki vaziyetin aynıdır. Burada alacaklının talep hakkı sırf alacaklı tarafından serbestçe seçilmeye bırakılmış bir alacak gibidir (26).

B — Burada hem cezai şart ve hem de sözleşmenin icrası istenebilir. Buna müştemi şartı ceza şekli de denilebilir. Alacaklı borçludan hem sözleşmenin yerine getirilmesini veya aykırı hareket edilmemesini hem de, bir miktar şartı cezanın ödenmesini isteyebilir. Bu husus bilhassa sözleşmenin bir zaman ve mekânda ifası mşerut olduğu ahvalde meydana çıkar. Bu zaman ve mekânda sözleşme yerine getirilmez veya aykırı hareket edilirse, beklenen faide tam mânasile meydana gelmiyeceğinden bu gibi hallerde borçlu hem sözlemenin yerine getirilmesini ve hem de bu sebeple

(25) Sıddık Sami Onar, İstanbul Baro mecmuası sahife 1083. Von Tuhr Borçlar Kanunu şerhi, sahife 103.

(26) Sabri Şakir, Fuat Hulûsi, Borçlar Kanunu Şerhi, sahife 158, 195, 197 ve Borçlar Kanunu, madde 71 e bakınız.

uğranılan, zarara karşılık bir miktar şartı ceza istiyebilir. Böyle cezai şart talebine hakkı olan tarafın, mevcudiyeti muhtemel mukabil edimi hesap edilmek gerekir. Bu müştemi şartı ceza işi, gerek sözleşmenin yerine getirilmemesi ve gerekse noksan ve aykırı kayıpması halinde mevzubahistir. Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin ikinci fıkrası, bu hususda bir istisna teşkil etmez. Çünki burada cezai şart yalnız ifa zamanına ve ifa mahalline aykırı hareket haline tahsis olunmuştur (27).

Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin son fıkrasına nazaran ceza şart sözleşmeden rücu için bir vesileye imkân da verebiliyor.

C — Yalnız şartı cezai talebetmek : Buna münferit ceza şartı da denilmektedir. Bunu hiç bir zaman zımanı rücu ile karıştırmamak lâzımdır. Bunun en açık misali iki kat bir şartı ceza vermek suretile sözleşmeden rücuun caiz olmayışıdır. Borçlunun cezaî şartı tediye ile sözleşmeden rücu hakkı sarih veya zımni bir sözleşmeye müstenit olabileceği gibi, örf ve adet icabı da halli mümkündür (28).

Tarafların aralarında tazminata mütaallik vaz etmiş oldukları bu anlaşma, tali bir sözleşme mhiyetindedir ve bundan doğan borç derhal tediyesi lüzum ifade etmediği takdirde, asıl borca bağlı olarak bulunur. Asıl borç derhal tediyesi icabeden bir hal alınca, şartı cezanın da derhal tediyesi lüzumu mevzubahs olmaz. Cezaî şart olarak vaz olunan ceza ile Ceza Kanununun derpiş etmiş olduğu ceza arasında hiç bir benzerlik yoktur. Fakat bazı ahvalde her ikisinin aynı zamanda mevcut olabilmesi mümkündür. Cezaî şart umumiyetle taraflarca evvelden kararlaştırılmak suretile, konmuş bir tazminattır ve alacaklıyı vâki zararı ziyanı isbat külfetinden kurtarmak gayesine matuftur. Yoksa bundan gaye borçluyu bir cezaya çarptırmak değildir.

V — Zarar ziyanın kanun tarafından tâyin ve takdiri :

Vâzii kanun, bazı ahvalde tazminattan mütevellit zarar ziyanı maktu bir şekilde re'sen mutlak bir surette tâyin etmiştir. Bu gibi maktu tazminat daha ziyade para ile kabili telâfi edimi ihtiva eden sözleşme'erin ademi ifa veya aykırı hareketten mütevellit zarar ziyanda mevzubahis olunur. Kanun tarafından maktuan tâyin edilen tazminatın başında güzeşde faizi gelir. Borçlar Kanununun 103 üncü maddesi «bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tâyin edilmiş olsa bile, geçmiş günler için senevi yüzde beş hesabile faiz tediyesine mecburdur.» dmektedir. Görüyoruz ki burada tazminat nakdi bir mebla-

(27) Sıddık Sami Onar. Baro Mecmuası, sahife 108.

(28) Schaneider. Borçlar Kanunu Şerhi, sahife 15.

ğın tediyesinde temerrüt gösterilmesi ile doğmaktadır. Burada nakdi tediyeyi yapmamak suretile, diğer alacaklıyı izrar eden şahıs, zarar ziyan olarak, ancak onun kanuni faizi olan yüzde beşi ödemekle iktifa edecektir. Bu kabil faizi tediye etmek için, borçlunun kusurunu aramağa mahal yoktur. Borçlu büyük bir felâket veya hastalık gibi bir sebebe müsteniden dahi bu para borcunu ödememek suretile temerrüdü vâki olsa, yine bu kanuni tazminat olan faizi ödemekten kurtulamaz (29). Ancak alacaklı borçlunun vaktinde ve mahallinde yapmış olduğu tediyeyi kabul etmez, temerrüt gösterirse, bu takdirde meblağın ademi tediyesi sebebile bu kabil bir faiz talebedemez.

Kusurun mevcudiyetine lüzum olmadığı gibi, edanın gecikmesinden mütevellit tazminat talebinde, alacaklının bu tehirden doğmuş bir zarar ziyana maruz kalıp kalmadığını, tahkik etmeye mahal yoktur. Konusu bir miktar nakdi meblâğın tediyesinden ibaret olan, borçlarda ademi ifa tazminati yerine teehhür zararı ziyanı mevzubahs olur.

Yukarıda izah ettiğimiz gibi bu tediye geçikmesinden bir zarar husule geldiğini ispata mahal yoktur. Para her zaman kullanılması mümkün ve temettü getiren bir meta olduğundan, geç ödenmesi halinde bir zararın vücudu muhakkaktır. Alelâde borçlarda veya haksız fiilden mütevellit doğan tazminat alacaklarında borçlu, kusuru olmadığını beyan ile, bazı ahvalde borçtan kurtulabildiği halde, para borçlarının teehhüründen mütevellit zarar ziyan taleplerinde ancak munzam zararların mevzubahs olduğu zaman borçlu kusuru olmadığını ispat ederek, bu kısım zararların tazmininden kurtulabilir (30). Kanunun vazilerinin hemen hepsi bir nakdi meblağın ödenmesi gecikmesinden mütevellit zarar ziyanın miktarını gecikme faizi olarak tâyin etmiştir.

Hakikaten, nakid her ihtiyaca cevap veren bir karakteri haiz olması ve her türlü ihtiyaca tekabül eden vasıta olması sebebile, nakitten mahrumiyetin tevlit edeceği zarar, pek muhtelif ve tamamile sübjektif bulunması bütün Medenî Kanunlarda, bu sistemin kabulüne âmil olsa gerektir (31).

Hakikaten nakten ifanın gecikmesinden mütevellit zarar her şahsa ve mekâna göre değişebilir. Hukukçular ve kanun vâzıları bunu evvelden

---

(29) Borçlar Kanunu, madde 91, 92, 102, 105.

(30) Sabri Şakir Fuat Hulûsi, Borçlar Kanunu Şerhi, sahife 116. F. M. K. 43, 11, 186 38, 11, 149, 49, 11, 87. Fransız Medenî Kanunu 1153 üncü maddesi, borçluyu daha müsait ve ademi tediyenin bir kaza veya mücbir bir sebepten mütevellit olduğunu ispat eden borçluyu bu teehhür faizi ile mahkûm etmemektedir.

(31) Bazı müellifler, bunu faiz hakkındaki telâkkilerle nakde derhal sahip olamamaktan mütevellit zararın tâyininde uğranılan müşkülâtta bulurlar.

maktu bir şekilde cari faize göre, bir zarar tâyininden başka bir çare bulamamışlardır. Kanunun tâyin ettiği bu mutlak zarar ziyan olan gecikme faizi asgari mahiyette bir tazminattır. Bunun yanında alelâde tazminat talebi de her zaman mevcuttur. Zira bu hükmü dar mânada tatbik edecek olursak ve nakti tediyelerinden teehhüründen mütevellit yalnız kanunun tâyin ettiği gecikme faizi şeklindeki tazminatla iktifa edersek, gayri adîl ve hakkaniyete uygun bir netice elde edemeyiz. Alacaklı borçlunun vaktinde tediyede bulunmaması sebebile, büyük bir kâr temin eden bir arttırmaya iştirak edememek, veyahut pek kârlı bir gayrimenkulü satın almaktan mahrum kalmak gibi zararlara maruz kalmışsa, buna yalnız teehhürden mütevellit ödenecek faizle telâfisi cihetine gitmek mümkün değildir. Borçlar Kanununun 105 inci maddesi, bu hususa cevap teşkil edecek bir hükmü ihtiva etmekte ve alacaklının uğradığı zarar temerrüt faizini tecavüz etmekte ise, borçlu hiç bir kusuru olmadığını isbat etmedikçe bu zararı tazmin ile mükellef olduğunu kabul etmektedir.

Alelâde teehhürden mütevellit zarar ziyan, hilâfına yani gecikme faizinden mâda zarar ziyan talebeden şahıs, borçlunun bu hususdaki kusurunu ve kendisinin olağanüstü zararını ispat etmesi lâzımdır. Borçlu ancak kendisine hiç bir kusurun addedilemiyeceğini ispat suretile bu kabil zararın tazmininden kurtulabilir. Hakikaten bu temerrüt yüzünden büyük bir kâr temininden mahrum kalmış olan alacaklı lehine, munzam bir zarar ziyan takdir ve hükmetmek adilâne olur. Yalnız şunu da ilâve etmeliyiz ki bu kabil munzam zararlar hususunda kanun tâyin ettiği mutlak zarar olan gecikme faizlerinde tatbik edilen usul değil, umumî hükümlerin vazetmiş olduğu şartların tahakkukunu aramak ve tatbik etmek lâzımdır. Böylece alacaklının, mahrum kaldığı fazla kârı veyahut fazla ziyanının vücudünü ve borçlunun kusurunu ispat etmesi icabeder. Borçluda buna mukabil kusuru olmadığını ispat şartı ile bu tazminatı ödemekten kurtulabilir.

Umumiyetle nakid borçlarının ademi ifasından mütevellit zarar ziyanın, kanunun mutlâk olarak gecikme faizi namı altında tâyin ettiğini gördük. Gecikme faizlerinin nispeti kanunumuza göre yüzde beş olarak tâyin edilmiştir.

Tarafların bu gecikme faizi nispetini, aralarında tezyit ederek bunu bir nev'i şartı ceza mahiyetinde tahvil etmelerinde, mahzur olup olmadığı düşünülecek olursa; akitler kanunî faiz yerine yani gecikme faizi yerine aralarında hususi bir faiz tespit ve tâyin hususuna salâhiyetleri olup olmayacağı hususu büyük tartışmalara sebep olmuştur (32). Borçlar Ka-

(32) 22...Mart...1302 tarihli mürabaha nizamnamesi yüzde dokuzdan fazla faiz şartını kat'i surette bâtıl addeder.

638

nunumuzun 103 üncü maddesinin ikinci fıkrasına nazaran, kanun faiz nispeti olan yüzde beşten fazlası sözleşme ile şart edilmiş ise, bu takdirde sözleşmeye aykırı hareket eden veya tediyede temerrütte bulunan akitten bunu diğeri taleb edebilir. Yüzde beşten ziyade bir faiz şart edilmiş ise, bu faizde temerrüt eden borçludan istenebilir demektedir. Hukukçuların bir çoğu akitlerin adalete uygun olmıyan bir mürabaa teşkil eden yüksek faizler kabulünü, cemiyet dahilinde bir çok kimselerin mutazarrır olmasına ve neticeten bunun intizamı âmmeye taallûkunu ileri sürerek, bunun âzamî faiz nisbeti olan yüzde dokuzdan fazlasına tecavüzüne cevaz vermenin caiz olmıyacağını müdafaa ederler. Borçlar Kanunumuzun 308 inci maddesi faiz nisbetinin taraflarca kararlaştırılıp bu yolda sözleşme aktine tam bir serbesti bahşettiği de aşikârdır. Bu hususda uzun tartışmalara girişmeden sadece kanaatımızı ileri sürmekle iktifa etmeyi, daha muvafık buluyoruz; bizce taraflar mürabaha teşkil etmiyen ve o sosyete dahilinde faiş addedilmiyen bir nisbet dahilinde, gecikme faizlerini zamimeten bir miktar daha faiz şart etmelerine hiç bir hukukî engel yoktur (33).

---

(33) Borçlar Kanununun 72 inci ve medenî Kanunun 762 inci maddelerine bakınız. Medeni Kanunumuzdaki mürabaha kelimesi «mürabaha nizamnamesini birbirine karıştırmamak lâzımdır. Medenî Kanunumuzdaki mürabaha kelimesi tamamile «Usure» mukabili «fahiş» mânasına alınmıştır. Mehazimiz İsviçre Kanton Kanunları bu kabil fahiş faiz meselelerini bertaraf etmektedir. Fransız mevzuatına göre faiz mukavelesi akti serbesttir.

Yargıtay Ticaret Dairesinin, işyeri ihtiyacı sebebile açılan tahliye dâvaları ve muvakkat tahliye dâvalarına ait 1949 yılı içtihatlarının tahlili

Yazan : **Volf ÇERNİS**
İstanbul Barosu Avukatlarından

GİRİŞ :

Bu yazımızda, yeni kira tasarısının Büyük Millet Meclisi tarafından reddinden sonra, yine eski ehemmiyetini muhafaza ve Yargıtay Ticaret Dairesine gelen dâvaların içinde sayı itibarile de en kabarık yekûnu teşkil eden 5020 sayılı kanun ile ilgili tahliye dâvalarından ve B. K. nun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrasına istinat eden muvakkat tahliye dâvalarından bahsedeceğiz.

A — İşyeri ihtiyacı sebebile açılan tahliye dâvaları :

Bilindiği gibi, 5020 sayılı kanunda işyeri ihtiyacından bahseden 30 uncu maddenin V. bendinin (b) fıkrasının 3 üncü bendi tek bir cümleden ibaret olup, kiralayanın «gayrimenkulü kendisinin veya çocuklarının muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için kullanma ihtiyacında ise sözleşmenin hitamında» tahliye dâvası açabileceğini beyan eder.

Bu durum karşısında Yargıtay'a çok ağır bir vazife düşüyordu, çünkü kanun metni çok kısa tutulmuş ve bu itibarla tefsire çok geniş bir saha açılmıştı. İşte Yüksek Mahkemenin içtihatları, bu metni tefsir ederek, kanun vâzıının ulaşmak istediği hedefe erişilmesine yardım edecekti; yanlış ve bilhassa istikrarsız bir tatbikat ise çok menfi neticeler verebilirdi. Bu bakımdan, hemen söyliyelim ki, Yargıtay Ticaret Dairesi hiç bocalamadan ve tespit ettiği prensiplerden hemen hiç ayrılmadan, kendi hissesine düşen vazifeyi yerine getirmeğe muvaffak olmuştur.

Dikkat buyurulursa, işyeri ihtiyacı sebebile açılacak tahliye dâvasının kira mukavelesinin hitamından itibaren ne kadar bir müddet zarfında açılması lâzım geldiği kanunda gösterilmemiştir. Müstakar tatbikata göre dâvanın açılma süresi, kira mukavelesi bitimi tarihinden itibaren bir aydır. Dâva bu süre içinde açılmazsa, kira akti kendiliğinden yenilenmiş olur.

«5020 sayılı Kanunun (b) bendinin 3 No. lu fıkrası gayrimenkulü sonradan iktisap edenlerin bağıt sonunu beklemeden tahliye dâvası açabilmesi ancak meskenler hakkında kabil olup

ticarethaneler hakkında bu hükmün uygulanması caiz bulunmamış ve aradaki kira bağıtının nihayeti addedilen tarih ile dâva tarihi arasında bir aydan fazla zaman geçtiği ve bu suretle kira bağıtının kendiliğinden yenilenmiş olduğu cihetle dâvanın reddine mütaallik hüküm bu itibarla yerinde görülmüş olmakla temyiz itirazlarının reddile sonucu bakımından usul ve kanuna uygun olan mezkûr hükmün onanmasına..» (1).

Fakat acaba kira aktinin bitiminden önce, kiralıyanın kira aktini yenilemiyeceğinden bahisle kiracıya ihtarname göndermesi halinde, dâva açma süresi uzamış olur mu? Yargıtay Ticaret Dairesi buna hayır diye cevap veriyor :

«Dâvacı kira sözleşmesi süresinin 8/Kasım/1948 tarihinde bittiğini kabul ve ikrar etmiş olup ihtiyaç sebebine dayanan işbu tahliye dâvasının ise 16/12/1948 tarihinde açıldığı ve şu suretle sözleşme süresinin hitam bulduğu tarihten bir ay geçtikten sonra dâvanın ikame edildiği anlaşıldığı cihetle 5020 No. lu Kanunun birinci maddesinin B fıkrasının 3 No. lu bendi hükmüne aykırı olarak açılan bu dâvaya bakılmamak icap ederken dâvacının kira mvddeti hitama ermeden tahliyeye dair ihtarname çekmiş olmasının dâvayı kabule sebep sayılarak hüküm fıkrasında yazılı olduğu üzere ihtiyacın sübutundan bilbahıs tahliye kararı verilmiş olması usul ve kanuna muhalif olup temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görbldüğünden hükmün bu sebepten dolayı H. M. U. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve esas hakkında şimdilik temyiz incelemesi yapılmamasına...» (2).

Bu mevzu hakkındaki düşüncelerimizi Adalet Dergisinin 1950 yılı şubat sayısında çıkacağını tahmin ettiğimiz bir yazıda izah ettiğimiz için, burada o yazıya işaret etmekle iktifa ediyoruz.

Yargıtay Ticaret Dairesinin ihtiyaç hakkındaki telâkkisi değişmemiştir. Bu itibarla Adalet Dergisinde 1948 yılında neşredilen bir yazımızda (3) söylediklerimizi aynen tekrar edebiliriz : «Yargıtay Ticaret Dairesinin muhtelif içtihatları gözden geçirilecek olursa, bu Dairenin, ancak muayyen meslek ve sanatının bizzat icrası için hakikaten hiç bir yeri bulunmayan ve geçim zaruretile tahliyesini istediği yere şiddetle muhtaç bulu-

(1) K. 3587, T. 7/9/949.

(2) E. 949/4253, K. 4111, T. 13/10/949.

(3) Volf Çernis, 5020 sayılı kanuna göre konut ve ticarethane ihtiyacı sebebile açılan tahliye dâvalarına ait Yargıtay içtihatlarının tahlili, Adalet Dergisi 1948, Ağustos sayısı, sah. 939.

640

nan gayrimenkul sahiplerinin mecuru tahliye ettirebilecekleri esasını kabul ettiği görülür. Başka bir ifade ile, ortada kelimenin hakiki mânasında bir zaruret olmadıkça, status quo'ya dokunulmamalıdır». Bu itibarladır ki, Ticaret Dairesi, pek haklı olarak, ticaretin tevsiine mâtuf talepleri terviç etmemektedir.

«Millî Korunma Kanununun hükümleri ancak geçim zaruretile mevcut ihtiyacın tahliye sebebi olabileceğini kabul etmiş olmasına ve dâvacının talebi ise mevcut ticaretin tevsiine matuf bulunmasına göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına...» (4).

«Dâvacılar vekili tarafından verilmiş olan dâva dilekçesinde dâvacıların Kuru Kahveci Mehmet Efendi mahdumları unvanı altında icrayı ticaret etmekteler iken müvekkillerinin iştigal mevzuu olan kuru kahveciliğe kakaoculuk, kavruculuk, salepçilik ve buna müteferri işleri de ilâve ile bu sanatın icrası için lâzım gelen makine, âlat ve edevat ve fırınları Avrupa'dan celp ettiklerinden ve hâlen icrayı ticaret eyledikleri alt ve zemin katın bu celp edilen makine ve tesisatın istiabına ve mütenevvi işlerin birlikte ifasına müsait olmadığından bahisle dâvalının işgali altında bulunan orta ve üst katın tahliyesini istemiş olmalarına göre dâva sebebi bir ihtiyaç mülâhazasından ziyade ticaretin tevsii maksadına matuf bulunduğu halde mahkemece bilirkişi tarafından verilen raporda ileri sürülen mütalâaya dayanılarak bu iddianın yapılan sanatın teknik ve zarurî icaplarından olduğunun kabulü ile ihtiyaç mahiyetinde telâkki edilmesi ve yargılamanın devamı sırasında dâvalı taraf vekili dâvacıların ileri sürdükleri ihtiyaç hususunu bertaraf etmek maksadile müvekkilinin işgali altında bulunan iki kattan üst katı tahliye ile dâvacılara terketmeğe âmade olduğunu beyanen bu katın tahliyesine muvafakat ettiğini bildirmiş olmasına göre tahliyesine muvafakat edilen üst katın dâvacıların getirtmiş olduklarını ileri sürdükleri tesisat ve makineleri istiaba ve ihtiyaçlarını karşılamağa yeter derecede olup olmadığı araştırılmaksızın dâvalının işgali altında bulunan her iki katın tahliyesine karar verilmesinde isabet görülmediğinden ve dâvalının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde bulunduğundan...» (5).

13-10-1949 tarihli bu kararı ile Ticaret Dairesi, prensiplere olan sada-

(4) E. 3940, K. 3590, T. 8-9-949.
(5) E. 4305, K. 4121, T. 13-10-1949.

katının yeni bir nümunesini vermiş oluyor, çünkü bilirkişinin kakaoculuk, kavrulculuk, salepçilik ve buna müteferri işlerin dâvacıların iştigal mevzuu olan kuru kahveciliğin teknik ve zarurî icaplarından olduğunu beyan etmiş olmasına rağmen Yargıtay bu talebi ticaretin tevsii maksadına matuf bulunduğunu kabul etmiştir ki, isabetinden şüphe edilemez.

7/4/1949 tarihli şu karar da kayda değer :

«Dâvacının sanatını icra için ötedenberi işgal ettiği bir dükkân mevcut olup dâva konusuna taallûk eden dükkânda imal ettiği karyolaları teşhir maksadiyle ihtiyacı olduğunu ileri sürmesine ve dâvacının tevsii ticaret maksadiyle vâkı olan bu talebinin tervici 5020 numaralı kanunun hükümlerine uygun görülmemesine... hükmün onanmasına...» (6).

Hâdisede dâvacının, ötedenberi işgal ettiği dükkânda imal ettiği karyolaları teşhir edecek bir dükkâna hakikaten ihtiyacı olabileceği, akla yakındır, çünkü sürüm bakımından teşhir muhakkak ki, ticarî bir ihtiyaç olup kârı artıracaktır. Fakat bu ihtiyaç 5020 sayılı kanunun anladığı mânada şiddetli bir ihtiyaç sayılamıyacağından, prensipten ayrılmak için bir sebep te yoktur.

İhtiyaç kat'î ve zarurî olmalıdır ki, tahliye istenebilsin. 3/11/1949 tarihli karar bu esası gayet güzel ifade etmiştir :

«Dâvacı oğlunun ihtiyacı için tahliyesini istediği dükkândan başka, yeni yaptırdığı üç dükkânı boş olarak mevcut olduğu ve oğlunun bu dükkânlardan her hangi birisinde icrayı ticaret edebileceği ve şu suretle tahliyesi istenen dükkâna kat'î ve zarurî ihtiyacı bulunmadığı mahkemece incelenen deliller ve dâvacı tarafın beyanatı ve bu hususta mahallen yapılan tetkikat neticesini bildiren bilirkişi raporu münderecatı ile anlaşılmış olduğu halde, bilirkişinin boş olan dükkânlarda yapılacak ticaretin daha az nisbette kazanç temin edeceği yolundaki mütalâasına dayanarak mecurun tahliyesine karar verilmesinde isabet görülemediğinden...» (7).

Aşağıdaki karar da aynı telâkkinin mahsulüdür :

«Dâva, dâvacının eski sahibinden satın almak suretiyle maliki bulunduğu dükkâna ihtiyacı olduğundan baysile tahliye sisteminden ibaret olup dâvasını ispat sadedinde ikame edilen dâvacı

(6) E 949/1658. K 1712.
(7) E 4612. K 4508.

642

tanıklar dâvacının muayyen bir iş sahibi olmayıp yaptığı ayak ticareti kendi idaresini temin edemediği ve buna yaş vaziyeti müsait bulunmadığı cihetle ticaret yapmak üzere tahliyesini istediği dükkâna ihtiyacı bulunduğuna şahadet etmiş oldukları ve dâvalı tarafça dâvacı emlâk ve gelir ve iş sahibi olup ihtiyacı bulunmadığı yolundaki savunması hakkında bir gûna delil ikame edilmemiş bulunduğu ve mücerret bu dükkânın iddia edildiği gibi hakiki değerinden noksan bedelle satın alınmış olmasının tahakkuk etmiş olması hali bu satın almanın muvazaaya müstenit bulunduğuna bir karine teşkil edemiyeceği halde mahkemece dâvacının bu dükkânı eski sahibinden hakiki değerinden noksan bedelle satın almış olduğu dâvalı tanıklarının şahadetiyle sabit bulunduğundan ve dâvanın muvazaaya müstenit bulunduğundan ve saireden bahsile reddi cihetine gidilmesi yolsuz...» (8).

İşyerine ihtiyacı olan malikin mütaaddit dükkânı varsa, tahliye dâvasının kabul edilmesi bunlardan birinin boş olmamasına bağlıdır :

«Dâvacının evvelce ticaretle meşgul iken hastalandığı ve bu sebeple dâva konusuna taallûk eden dükkânı dâvalıya kiraladığı ve hâlen iyileşerek bizzat ticaret yapmak ihtiyacında olduğu dinlenen tanıkların şahadetiyle ve mecur dükkânın çimento ve saire bu kabil malzeme satışına müsait olduğu bilirkişi marifetiyle yapılan keşif neticesini mübeyyin raporla sabit bulunduğu ve dâvacının her ne kadar mecur dükkândan gayri olarak üç dükkânı daha bulunduğu anlaşılmışsa da, sözü geçen dükkânların boş olmayıp başka şahısların kirası altında olduğu şahitler tarafından bildirilmiş ve şu suretle dâvacının mecur dükkâna ihtiyacı olduğu tahakkuk etmiş bulunduğu halde mahkemece hüküm fıkrasında yazılı bir takım düşünce ve mütalâalarla dâvanın reddi cihetine gidilmiş olması yolsuz...» (9).

İşgal ettiği dükkândan çıkarılıp boşta olan malikin işyeri ihtiyacı, 5020 sayılı kanun ile kastedilen ihtiyacın klâsik bir örneği olarak gösterilebilir :

«Dâvacının dâvası hakkında dinlettiği tanıklar, ifadelerinde dâvacının kira ile bulunduğu dükkândan çıkarıldığını ve hâlen boşta olup bu dükkâna ihtiyacı bulunduğunu açıkça beyan etmiş oldukları ve dâvalının dinlettiği tanıklar dahi bu cihetî teyit ettik-

(8) E 4388, K 4245, T 20/10/949.
(9) E 949/4009, K 3842, T 22/9/949.

643

leri halde mahkemece, dâvacının iddia ettiği şekilde dükkân ihtiyacı bulunmadığından bahisle dâvanın reddine karar verilmesi yolsuzdur...» (10).

Acaba gayrımenkul malikinin bir yerde müstahdem olarak çalışması, onu müstakil bir dükkân açmak ihtiyacından vâreste kılar mı? Kendi mülkü oaln bir dükkânı var iken başkasına ait bir dükkânda icrayı ticaret eden bir kimsenin mücerret kira yerinde çalışmamak için tahliye talebinde bulunması, şiddetli bir ihtiyacın ifadesi olarak kabul edilemez, çünkü o, kira akti ile kendisine terettüp eden borçlar bir tarafa bırakılırsa, kiralayanın hizmetinde ve emrinde değildir. Onun işine kimse karışmaz. Halbuki bir yerde müsathdem olarak çalışan kimse için durum aynı değildir, o, patronunun emrine tâbi olup iktisadî mücadelede ilerleme imkânları kendisi için bu vaziyette hemen hemen kapalıdır. Böyle bir kimsenin ticaret yapabileceği bir gayrimenkulün mülkiyetine sahip olmasına rağmen, işyeri ihtiyacı sebebiyle açacağı dâva sırf başka yerde müstahdem olması dolayısiyle reddedilecek olursa, hem onun iktisaden inkişaf etmesine engel olunmuş olur, hem de ihtimalki iktisadî mevcudiyeti bile tehlikeye girer. 5020 sayılı kanun istisnaî bir kanundur diye —Millî Korunma Kanununun 10 yıldanberi mer'î olduğunu unutmıyalım— dâvacıdan, eski vaziyetine katlanmasını istemek, pek sert olur. Hem, kanunen yasak olmasına rağmen, hava parası vermeden bir işyeri bulmak imkânının hemen hemen mevcut olmadığı, nihayet iktisadi bir realitedir. Şu halde eskiden malik bulunduğu veya ticaret yapmak maksadiyle mülkiyetini yeni iktisap ettiği bir dükkânı var iken, başka yerde müstahdem olması itibariyle zaten iktisaden kuvvetli olmadığını kaideten kabul etmek caiz olan dâvacının kiracısının güzel hatırı için bu muazzam yük altına girmesini de beklememek lâzımdır. Her halde bu gibi düşüncelerle olsa gerek, Ticaret Dairesi 3/11/1949 tarihli kararında, müstakil dükkân açmanın kanunun aradığı ihtiyaçlardan olduğunu kabul etmiştir. Fakat dâvacı bir yerde müstahdem değil de, her hangi bir surette ortak olursa, bu takdirde müstakillen icrayı ticaret etmek sebebiyle açacağı tahliye dâvasının, bu isteğin ticaretin tevsiine mâtuf bulunması itibariyle, reddi lâzım gelir. Sırf bu dâvayı açabilmek için, ortaklıktan ayrılması halinde de hüküm böyledir.

«Mahkemece dâva sebebi olarak ileri sürülen ihtiyaç hususu dinlenen tanıkların şahadetleriyle mahkemece sabit görülmüş ve delillerin takdiri yargıca ait olup takdir hususunda bir yolsuzluk bulunmamış olmasına ve esasen dâvacı mucir olmayıp dâva

(10) E 949/2158, K 2245, T 5/5/949.

hususuna taallûk eden gayrimenkulü satın alma suretiyle iktisap etmiş olduğu cihetle başka bir dükkânda bakkal nezdinde çalışmakta bulunması müstakil dükkân açmak hususundaki ihtiyacın kabulüne mâni bir olay teşkil etmiyeceğine nazaran temyiz itirazları yerinde görülmediğinden...» (11).

Şimdiye kadar dercettiğimiz kararlarda Yargıtay Ticaret Dairesi prensibinden hiç ayrılmamıştır. Halbuki -6/5/1949 tarihli kararda, haddizatında ticaretin genişletilmesine mâtuf bir isteği ihtiyaç diye kabul etmiştir :

«Dâvacı bankanın filhal bankacılık işlerini yapmakta olduğu yerin, gördüğü işin mahiyet ve şümulü bakımından dar olduğunu ve kullanmakta olduğu memur kadrosuna ve gelen müşterilerin işini yapmağa yeter derecede bulunmadığını ileri sürerek tahliyesini istediği mahalli bankaya ilâve ederek kullanacağını iddia etmiş olmasına ve bilirkişi tarafından yapılan inceleme sonucunu bildiren rapor münderecatı ile dâvacı bankanın bu mahalle ihtiyacı bulunduğu tâyin ve tesbit edilmiş bulunmasına göre gerek dâvacının iddiası ve gerek bilirkişinin mütalâası nazara alınarak ve bankacılık muamelelerinin icapları gözönünde tutularak olayın ona göre mütalâası ve raporla sabit olan ihtiyaç durumu karşısında o yolda karar verilmesi gerekli iken, talebin ihtiyaç mahiyetinde olmadığından ve genişletmek maksadından ibaret bulunduğundan bahsile... dâvanın reddi cihetine gidilmesinde isabet görülmediğinden...» (12).

Bankacılık muamelelerine ait icapların hukukî durumda ne itibarla bir değişiklik vücuda getirebileceği pek anlaşılamamaktadır. Bankacılık işlerinin yapılmakta olduğu mahal, görülen işin mahiyet ve şümulü bakımından dar gelmiş olabilir. Fakat mücerret bu vaziyet, 5020 sayılı kanunun anladığı mânada bir ihtiyaç olmaktan uzaktır. Aksini düşünmek, Ticaret Dairesinin yukarıda bahsi geçen tevsii ticaret hakkındaki güzel prensibini yıkmak ve kanunun tatbikatında geniş bir rahne açmak olur.

*
* *

Muayyen meslek veya sanata Yargıtay Ticaret Dairesinin verdiği mâna değişmemiş olduğundan, dâvacının eskidenberi o meslek veya sa-

(11) E 45/2, K 4522.
(12) E 949/2691, K 2603, T 26/5/1949.

natla iştigal etmiş olması şart diye aranmamaktadır (13). İşte aşağıdaki kararlar bu görüşün en yeni örneklerindendir :

«Dâvacının kira sözleşmesi hitamından bir gün sonra ihtiyaç sebebine müsteniden dâva açtığı anlaşılmasına ve hancılık muayyen bir ticaret mesleği olup dâvacının bir mesleği ifa için mecurun tahliyesini isteyebilmesi o meslekle ötedenberi meluf olmasına mütevakkıf bulunmamasına ve 5020 numaralı kanunun birinci maddesinin (b) bendinin 3 numaralı fıkrası hükmü bunun hilâfına mâna istihracına müsait olmamasına ve ihtiyaç keyfiyeti ise mevcut delillere göre mahkemece sabit addedilerek tahliye kararı verilmiş bulunmasına ve delillerin takdirinde bir yolsuzluk görülmemesine...» (14).

«Millî Korunma Kanununun 30 uncu maddesini değiştiren 5020 sayılı kanunun birinci maddesinin (b) bendi hükümlerine göre gayrimenkulü kendisinin veya çocuklarının muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için kullanma ihtiyacının mevcudiyeti halinde tahliye istenebileceği kabul edilmiş olup icra edilecek sanatın veya mesleğin icrasiyle eskidenberi müştegil ve melûf olmak kayıt ve şartı bulunmamış olmasına, ancak dâvacı ihtiyacı sebebiyle icra edeceği sanat veya mesleğin ne olduğunu dilekçesinde bildirmemiş olmasına göre bu cihet kendisinden istizah edilerek alınacak cevapla tesbit edildikten sonra iddia edilen ihtiyaç hakkında ikame edilen deliller takdir edilerek edinilecek kanaate göre bir karar verilmek gerekli iken...» (15).

*
* *

İşyeri ihtiyacı sebebiyle açılacak dâvalarda Yargıtayca aranan diğer bir şart da, son kira mukavelesinin başlangıcı ile dâva tarihi arasında dâvacının durumunda işyeri ihtiyacını husule getirecek bir değişikliğin vukua gelmiş olmasıdır. Eğer böyle bir değişikliğin mevcudiyeti iddia ve ispat edilmezse, dâva reddedilmek lâzım gelir. Demek oluyor ki, dâvacı malik ihtiyacın tahakkuk ettiği tarihte kendisi ile kiracısı arasında cari olan kira mukavelesinin bitimini bekliyecek ve bitim tarihinden itibaren bir ay içinde dâvasını açacaktır; ihtiyacın tahakkuk ettiği tarihten sonra yeni bir kira sözleşmesi yaparsa, bir daha işyeri ihtiyacı sebebiyle

(13) Bu içtihadı niçin doğru bulduğumuzu sözü geçen makalemizde (Adalet Dergisi, 1948 Ağustos sayısı, sah. 943) anlatmıştık.

(14) K 3601, T 8/9/949.

(15) E 949/2162 K 2242, T 5/5/949.

dâva açmak hakkını kaybeder, meğer ki sonradan yeni bir sebep hâdis ola.

Ticaret Dairesi kararlarından bu neticeyi çıkarmak kabil olduğu gibi Hukuk Genel Kurulunun görüşü de bu merkezdedir. Yalnız şu var ki, dâvacının durumunda aranacak değişiklik, hukuki değil fiilî bir değişikliktir.

«Dâvacı işbu ikinci defa açtığı dâvada makineleri sipariş ettiğini beyanla faturalarını ibraz etmiş ve ihtiyacı dolayısiyle mecurun tahliyesini talep etmiş ve ilkönce açtığı dâva ise dâvacının matbaa ittihaz etmek istediği mecura, muktazi makineleri sipariş etmediğinden dolayı tahliye dâvasının reddi cihetine gidilmiş olduğu anlaşılmış olmasına göre mahkemece dâvacının hukuki durumunda bir değişiklik olmadığı yolunda ileri sürülen red sebebinde isabet mevcut olmadığı gibi dâvacı mecurun bulunduğu binanın orta katının matbaa ittihazına salih bulunmadığını ileri sürmüş olması sebebiyle bu cihetin usul hükümlerine göre tahkiki icabederken bundan da zuhul edilerek orta katın dâvacı tarafından matbaa olarak kullanılmasında mahzur olmadığı mahkemece bilâdelil kabul edilmiş olması dahi yolsuz...» (16),

«Dâvacının evvelce aynı sebebe dayanarak açtığı dâvanın red ile neticelendiği ve dâvayı hâzıranın ise sonradan hâdis olmuş yeni bir sebebe istinat etmediği yapılan inceleme ile anlaşılmış olmasına nazaran temyiz olunan hüküm usul ve kanuna uygun olup temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle hükmün onanmasına...» (17).

Hukuk Genel Kurulunun en yeni kararlarından :

«Dâvacılar 1943 yılında gayrimenkulün iktisap ettikten ve konut ihtiyacından bahisle dâvalıya ihtarname tebliğ ettikten sonra 1 Eylûl 1946 tarihinde yeniden kira sözleşmesi yapmış ve çocuklarının da 1945 yılındanberi Amerikan Kollejinde yatılı olarak tahsilde bulundukları tarafların tasaddukundan ve yargılama safahatından anlaşılmakta bulunmuş ve dâvacılar bu sözleşme tarihinden sonra durumlarında değişiklik husule geldiğini iddia etmemiş olmasına...» (18).

«Oğlunun askerden gelmesinden sonra tahliyesi istenilen

(16) Ticaret Dairesi, E 949/4496, K 4375, T 27/10/949.
(17) Ticaret Dairesi, E 949/3981, K 3836, T 22/9/949.
(18) Hukuk Genel Kurulu, E 3/190, K 79, T 2/11/949.

647

gayrimenkulün dâvalıya kiraladığı anlaşılmış olmasına göre...» (19).

***

Hisseli gayrimenkullerde hissedarlardan birinin işyeri ihtiyacı için 5020 sayılı Kanuna göre tahliye dâvası açılabileceği hususunda tereddüt edilemez. Yalnız akla şu gelebilir: Hissedarların adet ve hisse itbarile ekseriyetinin dâvayı açması veya buna muvafakat etmesi kâfi midir, yoksa mademki eskiden kiraya verilen bir yer şimdi hissedarlardan birinin intifaına tahsis edilmektedir, behemhal ittifak şart koşulacak mıdır? Yargıtay Ticaret Dairesinin, aşağıda sıra ile dercettiğimiz beş karardan açıkça anlaşılıyor ki, bu hallerde M. K. nun 625 inci maddesinin tatbiki lâzım geldiği düşünülmektedir:

«Mecur dükkânın hissedarlarından bulunan Mehmet ASTARLI mahkemedeki ifadesinde» Her iki tarafın dükkânda oturmasını istemiyorum «demek suretile dâvacının yalnız başına mecur dükkânı ticaret yapmak üzere işgal etmesi muvafakat etmemiş ve müşterek bir mülkün hisse sahiplerinden yalnız birisinin intifaına brakılması hususunda şeriklerin ekseriyetinin muvafakatı kâfi bulunmamış olduğu cihetle dâva konusu dükkânın 2/3 hissesine sahip bulunan dâvacının ihtiyaç sebebine dayanarak açtığı tahliye dâvasının reddi gerekli bulunmuş iken.....» (20).

Mahkemece bozma kararı üzerine verilen hüküm eski hükümde ısrar edildiğini tazammun eden kaydı ihtiva etmekte bulunmasına rağmen bozma kararını tâkiben yapılan yargılamada dâvacıların tahliyesini istedikleri mecurun ekseri hisseye sahip bulundukları tebarüz ettirilmiş olmakla beraber aynı zamanda geride kalan hissenin de dâvacılar tarafından satın alınarak dâvacıların bu gayrimenkulün tamamına sahip oldukları tetkikan tesbit edilmiş bulunmasına mebni fiilen bozma kararına uyulmuş olduğu anlaşılmasına ve dâvacıların tahliye sebebi için ileri sürdüğü ihtiyaç iddiası da mahkemece incelenen ve takdir edilen delillerle sabit görülerek mecur mahallin tahliyesine karar verilmiş bulunmasına ve takdir keyfiyetinde de bir yolsuzluk olmamasına göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının red-

(19) Hukuk Genel Kurulu, 21/9/949 tarih ve esas T/142, K 88 sayılı kararı (Adalet Dergisi, 1950 Ocak sayısı, sah. 140, 141).

(20) E 947/3163, K 2548, T 19/9/947. Dairenin görüşünü daha açık olarak belirttiği için 1947 tarihli olmasına rağmen bu kararı da zikretmekten kendimizi alamadık.

dile usul ve kanuna ve bozma kararı icaplarına uygun olan hükmün onanmasına .....» (21).

«Mahkemece bütün deliller takdir edilerek dâvacının dâva sebebi olarak ileri sürdüğü ihtiyaç keyfiyeti sabit görülmüş ve dâvalının ileri sürdüğü müdafaalar gerekçe beyanile reddedilmiş, dâvacı ile kardeşi arasında müşterek bulunan bu mecurun dâvacının ihtiyacına tahsisi hususunun da dâvacının kardeşi Nihat tarafından Noterden tasdikli olarak tanzim edilmiş olan muvafakatname mahkemeye ibraz edilmiş ve muvafakatnamenin dâva tarihinden muahhar tarihli olması bunun hukukî kıymetine tesir edecek bir olay teşkil etmemiş bulunmasına...»(22).

«İhtiyaç sebebine dayanan tahliye dâvalarında müşterek hisse sahiplerinin dâvaya muvafakatlerinin lâhik olması iktiza etmesine ve işbu dâvada ise mecur dükkânın dâvacı Mustafa ile dâva harici Mehmet arasında müşterek bulunduğu tapu kaydı münderecatı ile anlaşılmasına ve Mehmedin işbu dâvaya iltihak etmediği gibi mecurun dâvacıya tahsisine muvafakat ettiğini bildirmemesine nazaran temyiz edenin bu noktaya temas eden itirazları yerinde değil ise de...» (23).

«Dâvacının tahliyesini istediği dükkânın müstakillen sahibi olmayıp diğer hissedarların da bulunduğu anlaşılmış olmasına göre dâvacının müstakillen dâva hakkı olmadığı cihetle...» (24).

Gerçekten de, evvelce akar olan gayrimenkul, meselâ dükkân, dâva lehe neticelendikten ve kesinleştikten sonra, içinde hissedarlardan biri ticaretini icra edeceği için artık kira getirmeyeceğinden, tahsis edildiği gayede bir değişiklik vukua geldiğini ve bu itibarla buna bütün hissedarlarının muvafakatinin aranmasının doğru olacağını kabul etmek caizdir.

* * *

Dükkân olarak kiraya verilen bir yerin konut ihtiyacı sebebile tahliyesi istenebilir mi, keza mesken olarak icar edilmiş bir mahallin işyeri ihtiyacı dolayısiyle boşaltılması dâva edilebilir mi? 5020 sayılı kanunda bunu meneden bir kayıt yoktur, bilâkis gerek konut olarak muayyen bir meslek veya san'atın bizzat icrası için» gayrimenkule ihtiyacı olan malikin kanunda yazılı müddetlere riayet suretile tahliye dâvası açabilmesi

(21) E 3962, K 4479, T 27/10/949.
(22) E 3767, K 3594, T 8/8/949.
(23) E 949/3907, K 3569, T 8/9/949.
(24) E 4245, K 4153 T 13/10/949.

649

kabul edilmiştir. Ancak mecurun ileri sürülen ihtiyaç için elverişli olması da lâzımdır. Bir hâdisede dükkân olarak kullanılan bir mecurun maliki, burada oturacağından bahsile tahliye dâvası açmıştır. Yargıtay Ticaret Dairesi, dâvanın reddine dair olan kararı, mecurun mesken olmıya elverişli bulunmadığının tahakkuk etmiş olması itibarile tasdik etmiştir:

> »Mahkemece bozma kararına uyularak o yolda işlem yapılmış ve mecurun mesken olmıya elverişli bulunmadığı bilirkişiler tarafından mahallinde yapılan tetkikat sonunda verilen raporla anlaşılmış olmasına göre varit bulunmıyan temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna ve bozma kararı gereğine uygun olan hükmün onanmasına...» (25).

Bu karardan şu netice çıkıyor ki, mecur dükkân meskene elverişli olduğu takdirde pek âlâ konut ihtiyacından bahisle tahliyesi istenebilir.

B — Muvakkat tahliye dâvaları:

Tatbikatta çok rastlanan tahliye dâvalarının bir çeşidi de, tatbikatın verdiği isimle, muvakkat tahliye dâvalarıdır. 5020 sayılı kanunda bu gibi dâvalardan bahsedilmediği ve tahliye sebepleri de kanunda tahdidî olarak sayılmış olduğu için, bu yolda açılacak dâvaların mukadderatının red kararından ibaret olacağı akla gelebilir ise de, etraflı bir muhakeme bizi başka türlü düşünmeğe sevkeder. Hiç şüphe yok ki, Borçlar Kanununun Millî Korunma Kanununa mugayir olan hükümleri, bu son kanunun uygulandığı süre içinde tatbik edilemez. Şu halde kendi kendimize soracağımız ilk sual şu olmalıdır? Millî Korunma Kanunu bu kabil muvakkat tahliye dâvalarında istinat edilmesi gereken Borçlar Kanununun 251 inci maddesini de işlemez hale getirmiş midir? Buna evet demek güç olur; çünkü B.K. nun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrası şöyle der:

> «Kiralanan, kira müddeti zarfında zarurî tâmirata muhtaç olduğu takdirde, kiracı, hakkına halel gelmemek şartile bu tâmiratın icrasına müsaade etmeğe mecburdur».

Mecur kira müddeti zarfında zarurî tâmirata muhtaç olduğu halde, kiracı Millî Korunma Kanunu hükümlerine sığınarak bu tâmirata müsaade etmezse mecurun hali nice olur? Nihayet içtimaî ve iktisadî mülâhazat ve zaruretler dolayısiyle kabul edilmiş olan istisnaî bir kanunun mevcudiyeti yüzünden mecurun harap olmasına göz göre göre boyun eğmesini malikten beklemek mümkün olmadığı gibi millî servetin bir unsuru olan gayrimenkullerin bakımsızlığa maruz kalarak bu servetin heder olmasının

(25) E 3579, K 3581, T 8/9/949.

da önüne geçmek lâzımdır. İşte Yargıtay da müstakar kararlarile, B.K. nun 251 inci maddesinin Millî Korunma Kanunu rejimi altında dahi tatbik kabiliyetini muhafaza ettiğini teyit etmiştir.

Ancak tatbikatta mecurun üstüne kat çıkmak, ilâveler ve tadiller yapmak maksadile tahliyeyi temin için bu muvakkat tahliye dâvalarına başvurulduğu sık sık görülmektedir. Millî Korunma Kanunu bir gün hayırlısile tarihe karıştıktan sonra da ehemmiyetini muhafaza edecek olan sözü geçen 251 inci maddenin 1 inci fıkrasının şumulünü iyice tâyin etmek lâzımdır.

Müvekkillerimden birine karşı açılan bir dâvada mecurun maliki olan dâvacılar, genişleyen ticarî faaliyetlerini icra edebilecekleri başka bir mahale de ihtiyaçları olduğundan, mecurda bu maksatla yapacakları ilâve ve tadiller için, mecurun inşaatın bitimine kadar muvakkaten tahliyesini istemişlerdi. Bu vesile ile meseleyi incelemek fırsatını bulmuş ve vardığımız neticeleri lâyıhamızda şöyle belirtmiştik: «Bu iddia farzı muhal doğru olsa bile, sözü geçen maddenin şumulüne girmez, çünkü B.K. nun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrası kiracıya bir külfet ve bir borç tahmil eden bir hüküm olmak itibarile, dar ve lâfzen tesir edilmek lâzım gelip, kiracı aleyhine olarak başka bir külfet yükletilebilmesi için, dâvacıların taleplerini tecviz eden sarih bir kanunî hükmün mevcudiyetini ispat etmeleri icap eder. Böyle bir hüküm ise Türk mevzuatında yoktur.

Esasen bu mesele, M.K. nun 1 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının anladığı mânada ilmî ve kazaî içtihat olarak aşağıda zikrettiğimiz mütalâa ve kararlardan anlaşılacağı üzere, ilim ve tatbikat sahasında ihtilâfı bile değildir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi emekli başkanı Prof. Cevad Abdürrahim Gücün, «Nazarî ve amelî hukuk dâvaları» adlı eserinin menkul mallar ve borçlar hakkındaki ikinci kitabının 620 nci sahifesinde B.K. nun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrası ile nenin kasdedildiğini aynen şu doğru sözlerile belirtiyor:

> «Birinci fıkradaki tâmirat, yeniden inşaat veya binada tadilât demek değildir; teahhüründen zarar hasıl olan bozuklukların tâmiridir. Tâmir salâhiyetini kiralayan kiracıya zarar vermemek şartiyle kullanabilir. Ve kiracı da kendi hukukunu ihlâl etmiyen tâmirata engel olamaz».

Yargıçlarımıza bir rehber olmak üzere Adalet Bakanlığımız tarafından dilimize çevirtilmekte olan meşhur Zürich Şerhinde Borçlar Hukuku kısmını yazmış olan Federal Mahkeme üyelerinden Dr. Hugo Oser ve Freiburg Üniversitesi Profesörlerinden Dr. Wilhelm Schönenberger «Kom-

(mentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht (Zurich 1936)» adlı eserlerini 2n inci cildinin 1012 nci sahifesinde Türk Borçlar Kanununun 251 inci maddesine tekâbül eden 256 ıncı maddeyi şerhederken şu izahatı veriyorlar:

«Fıkra, yalnız kiralayana terettüp eden tâmirata taallûk etmektedir. Kiracı doğrudan doğruya zilyed bulunduğuna ve tâmirat kaideten tâciz edici olduğuna göre, bu hüküm fuzulî görünmüyor. Kiralayan bu hususta İsviçre Medenî Kanununun (Türk Medenî Kanunu mad. 2) 2 inci maddesi gereğince bile o şekilde hareket etmek mecburiyetindedir ki, akit ile kararlaştırılan kullanma kabil olduğu kadar az haleldar olsun. Vukua gelen zarardan kiralayan 255 inci madde mucibince mes'uldür.

Tâmirat ihtiyacı şeyin bekasına taallûk etmelidir (Zürich İstinaf Mahkemesi «Bl.f.handelsr. Entsch.» dergisinde cilt 14, sah. 81 ve müt., Zürich Asliye Mahkemesi «Bl. für zürch. Rspr.» dergisinde, cilt 25 N. 181). Sadece kullanma kabiliyeti haleldar oluyorsa, bu takdirde kiracı tâciz yüzünden daha fazla rahatsız olacağından müdahaleyi kabul etmek mecburiyetinde değildir.

Tâmiratın tazminat verilmeksizin yapılabileceği yolunda mukaveleye bir hüküm konması caizdir. Bunda, ahlâka (adaba) bir aykırılık görmek - meselâ Keller gibi sah. 52 - doğru değildir. Buna mukabil bu şart keza dar bir surette tefsir edilmek lâzımdır (bakınız mad. 254 N. 15), binnetice hilâfına anlaşma olmadıkça ancak ve ancak mübrem tâmirata münhasır olmak icabeder, bakınız Brunner sah. 129».

Bern Üniversitesi Profesörlerinden Dr. Theo Guhl «Schweizerische Obligationenrecht» (Zürich 1944) adlı eserinin 253 üncü sahifesinde bu mesele hakkında aynen şöyle diyor:

«Diğer taraftan kiracı, kiralayanın mecurun bekası için zarurî olan tâmiratı yapmasına müsaade etmeğe mecburdur, şu kadarki, kira mukavelesindeki haklarının haleldar olması halinde maddî tazminat talep edebilir (B.K. 256,1)».

Dâvacılar vekili dâva arzuhalinin hukukî sebepler kısmında bu baptaki Yargıtay içtihatlarından bahsetmek istiyor. Sayın meslektaşım herhalde zarurî tâmiratla ilâve ve tâdillerin başka başka mefhumlar olduğunu gözden kaçırmıştır. Bizim bildiğimize göre Yargıtay içtihatları sadece zarurî tâmirat sebebile muvakkat tahliyeyi kabul ediyor. Esasen bunun aksinin Yargıtayca terviç edilmiş olmasına ihtimâl vermek mümkün değildir, zira bu takdirde normâl zamanlarda Borçlar Kanunu rejimi altın-

da bile kiralayana tanınmayan bir salâhiyet kiralayana bahşedilmiş olur ki, tahliye dâvalarının mesmu olmıyacağını ana kaide olarak kabul eden ve âmme intizamı mülâhazasile sevkolunan Millî Korunma Kanunu muvacehesinde bol keseden kiralayana böyle bir ihsanda bulunmak, hukuk mantığı bakımından gülünç olacağı kadar neticeleri itibarile de feci olur ve Millî Korunma Kanununu mefluç bir hale getirir, çünkü bu takdirde kiracısından hukuken himayeye lâyık olmıyan menfaatler koparmak isteyen her kiralayan, hâdisede olduğu gibi, ilâve ve tâdiller icra edeceğinden bahisle kiracıyı tâciz etmek suretile bu emeline kavuşur».

Mahallî mahkeme müdafaamızı varit görmüş ve dâvayı reddetmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi, maddenin ruhunu veciz bir şekilde ifade eden şu gerekçe ile kararı onamıştır: (26).

> «Dâvacı, dâvasında mecur binanın beka ve resanetini temin için tâmire ihtiyaç husule geldiğinden bahsetmiyerek mücerret ticaretin tevsii maksadile buna lüzum gördüğünü ileri sürmesine ve Borçlar Kanununun 251 inci maddesi hükmünce zarurî olmıyan tâmirata müstecirin müsaade etmiye mecburiyeti bulunmamamsına ve hükmün istinat ettiği gerekçelere nazaran temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına...».

Bu mesele ile ilgili üç kararı tarih sirasile neşrediyoruz. Her üç karar da kanuna tamamen uygundur.

> «Mucirin mecurda yapmak istediği zarurî tamirata müstecir izin vermekle mükellef olup bu sebep muvakkat tahliye talebine esas olabilirse de, dâvacı muvakkat tahliye istemeyip mecur dükkânın üstüne bir kat çıkarak ikametgâh olarak ve altını da bizzat kendisi kahvehane olarak bizzat kullanmak istediğinden bahisle tahliye isteminde bulunmuş ve bu suretle yapılacak inşaat dolayısile tahliye talebinde bulunması Borçlar Kanununun 251 inci maddesi hükmüne uygun bulunmamış...» (27).

> «Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sırasında son defa mahkeme marifetile yapılan keşif ve tetkikatı mutazammın bilirkişi raporunda mecur dükkânın temellerindeki bozukluk dolayısile askıya alınarak 15 gün içinde tâmiri kabil bulunduğu bildirilmiş ve mahkemece bu müddete münhasır olmak üzere mu-

(26) E. 949/1058, K. 949/1195, T. 10/3/949.

(27) E. 949/1590, K. 1573, T. 31-3-949.

vakkaten tahliyeye karar verilmiş olmasına nazaran hükmün onanmasına...» (28).

«Bozma kararına uyulmuş olmasına göre mecur dükkânda tamirat yapılmak için ne kadar müddetle tahliye icap edeceği hususu bu işlerde ihtisas ve malûmatı bulunan kimselerden tahkik edilerek ona göre tâmir müddetinin tesbiti ile bu müddete matuf olarak tahliye kararı verilmesi iktiza ederken bundan zühul ile dâvacının kavli mücerredine müsteniden tahliye müddetinin altı ay olarak kabul edilmiş olması yolsuz...» (9).

Cidden güzel ve etraflı bir esbabı mucibeye dayanan 15/10/1949 tarihli karar bilhassa kayda değer:

«Borçlar Kanununun 249 uncu maddesi hükmüne göre mucir, mecuru akitten maksut olan istimale salih bir şekilde müstecire teslim etmek ve icare müddeti zarfında bu halde bulundurmakla mükelleftir. Aynı kanunun 251 inci maddesine göre de (mecur icare müddeti zarfında zarurî tâmirata muhtaç olduğu takdirde, müstecir hakkına halel gelmemek şartile bu tâmiratın icrasına müsaade etmeğe mecburdur). Dâvalı İrfan kanunun bu hükmü sebebile dâvacıya zarurî tâmirata müsaade etmiştir. Dâvacının zarurî tâmir hudutlarını aşarak daha esaslı bir tâmir yapması 251 inci maddenin sarahatı karşısında müstecirin haklarına halel getirmez. Binaenaleyh tâmirin hitamında icar akti eski şartlar dahilinde devam eder. Millî Korunma Kanununun 30 uncu maddesinin 2. No. sının (b) bendi mucirin müstecire karşı icar akdi ile müesses birtakım vecibelerle bağlı bulunmadığı bir zamanda gayrimenkulde esaslı tâdilat yapması halinde icar bedelini tâyin etmekte olup Millî Korunma Kanununun bu hükmü zarurî tâmir sebebile mecurdan muvakkaten ayrılan müstecirin hukukî durumunu değiştiremiyeceği ve binaenaleyh tâmirden evvelki icar bedeli taraflar arasında muteber olarak devam edeceği cihetle dâvacının zarurî tâmir bahanesile müsteciri mecurdan çıkararak zarurî tâmir hududunu aşan bazı masraflar yapıp yeni duruma göre tâdilat komisyonunda bir karar alması ve bu emri vakii karşı tarafa kabul ettirmek istemesi kanuna ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı bulunduğu cihetle dâvacının tâdilat komisyonu kararında yazılı olan miktarı icar bedeli ola-

(28) E. 949/2252, K. 2263, T. 5-5-949.

(29) E. 4564, K. 4528, T. 3-11-949.

rak dâvalıdan istemeğe hakkı yoktur. Davalının icar mukavelenamesindeki miktarı ise, vaktinde tediye ettiği sabittir. Binaenaleyh dâvalının akte muhalefeti bahis mevzuu bulunmamaktadır. Diğer cihetten Millî Korunma Kanununun 20 uncu maddesinin 2 No. sının B bendinde (kat'î olarak tesbit olunan gayri safî irad) icar bedeli olarak kabul edilmiş olup dâvalı tesbit olunan irada itiraz olunduğunu, binaenaleyh mezkûr iradın katileşmediğini iddia etmiş olduğu halde bu iddia da nazara alınmamıştır. Temyiz olunan hüküm zikrolunan işbu iki sebepten dolayı kanuna muhalif ve bozma dileği yerinde bulunduğundan, hükmün yalnız busebeplerden dolayı H.M.U.K. nun 428 inci maddesi bozulmasına...» (30).

İsviçre avukatlarından Dr. Max Brunner tarafından yazılmış olan «Mietrech» (kira hukuku) adlı 731 sahifelik muazzam eserin (31) 420 nci sahifesinde varılan netice aynıdır: «Yapılan bir tamir, mecurun kira değerinin artmasını intaç etmiş ise, bu keyfiyet buna rağmen kiralıyana kirayı artırmak hakkını vermez».

Bu bahse nihayet vermeden, Dr. Max Brunner'in adı geçen eserinden bazı kısımları iktibas etmekte fayda görüyoruz: «Kiracının, bilindiği gibi, mecuru rahatsız edilmeden kullanmak hususunda prensip itibariyle hakkı vardır. Kiracının, kira süresi içinde ne tamirata, ne de inşaat tadillerine katlanmağa mecbur olmaması, kullanmada taciz edilmemesinin icabıdır. Bunun tek bir istisnasını, Borçlar Kanununun 256 (Türk Borçlar Kanunu mad. 251) nci maddesi teşkil eder. Orada şu hüküm sevkedilmiştir: «Mecur kira süresi zarfında mübrem tamirata muhtaç olduğu takdirde, kiracı, haklarına halel gelmemek şartiyle, bu tamiratın icrasına müsaade etmeğe mecburdur». Alelâde bir sobanın bir kalorifer veya kat ısıtma tesisatının ikamesi ise, kat'iyen, kanunun zikrettiği bu «mübrem tamirattan» değildir. Zira ancak «mecurun hesabını temin etmek veya vukubulmak üzere olan ehemmiyetli zararların önüne geçmek için yapılması zarurî olanlar» bunlardan ayrılabilir». (Zürich Üst Mahkemesi 25 Ağustos 1925; Bl. f. Z. R. cilt 25, Nr. 181) (32).

«Başka bir mesele de, kiracının, razı olmamasına rağmen de, yeni bir aydınlatma tesisatının, meselâ elektrik tesisatının kiralıyan tarafından kurulmasına müsaade etmek mecburiyetinde olup olmadığıdır. Zira bir kiracının, bu yüzden kira bedelinin artırılmasından endişe duyarak ve-

(30) E. 4592, K. 4186, T. 15/10/949.
(31) 2. bası, Roschach 1938.
(32) Adı geçen eser, sah. 166.

659

yahut sadece bu işten dolayı işçilerin sebebiyet vereceği tâcizleri düşünerek bundan sarfınazar etmesi; ve buna rağmen kiralıyan tesisatın yapılmasında ısrar ettiği takdirde mecuru bu maksat için tahsis etmeği reddetmesi pekâlâ muhtemeldir. Kiracının bu şekilde davranmağa hakkı var mıdır? Evet. Zira Borçlar Kanununun 256 ncı maddesi gereğince o, sadece «mübrem tamirata» ve onu da ancak «haklarına halel gelmemek şartiyle» müsaade etmeğe mecburdur. Bu hükmün anladığı mânada mübrem tamirat ise, ancak mecurun bekasının temini veya vukubulmak üzere olan ehemmiyetli bir zararın önüne geçilmesi için zarurî olan tamirlerdir. (Oser, sah. 202, Bl. f. Z. R. cilt 25 Nr. 181). Bir aydınlatma tesisatının kurulmasında ise, tıpkı bir kalorifer tesisinde olduğu gibi, ne bir tamir, ne de onn umübremiyeti bahis mevzuudur (Zürich İstinaf Mahkemesi, 19 Aralık 1930)» (33).

Borçlar Kanunumuzun 251 inci maddesinin birinci fıkrası hükmünün tefsirî hükümlerden olduğunu ve bu itibarla emredici kaidelerden farklı olarak tarafların pekâlâ aksini kararlaştırabileceklerini unutmamak lâzımdır. Şu halde kira mukavelesi aktedilirken, kiracının tamirat ve yeni tesisatın yapılmasına müsaade etmekle mükellef olacağı yolunda bir hüküm kabul edilirse, kiracı bu aktî mükellefiyetine riayete mecbur olup Millî Korunma Kanununu ileri sürerek bundan kurtulamaz.

---

(33) Adı geçen eser, sah. 171.

TECİL

Yazan : **Müfit BİRSEN**
Ankara C. Savcı Yardımcısı

PLAN

I — Tecil Nedir?
II — Tecilin Şartları
III — Umumî Kaidenin istisnası
IV — Tecilin fer'i cezalara tesiri
V — Tecili mümkün olmayan işler
VI — Şartlı Tecil
VII — Tecil olunan cezanın neticesi
VIII — Tecil talep ile mi olur?

I — Tecil nedir?

Tecil muayyen müddeti geçmeyen bazı nevi mahkûmiyetlerin sanığın geçmişteki hal ve ahlâkî temayüllerine göre infazından sarfınazar edilmesidir.

Yargıç vermiş olduğu mahkûmiyet kararına rağmen, hükümlünün hal ve tanvrından ve ahlâkî temayüllerinden verilen cezanın hükümlüyü bir daha suç işlemekten alıkoyacağı kanaatına varırsa, bu cezanın infaz edilmemesini teminen cezayı tecil eder.

II — Her ceza mahkûmiyeti tecil edilemez. Tecil muayyen şartlara tabidir :

1) Hükümlünün evvelce adliye mahkemelerince mahkûm edilmemiş olması lâzımdır. Demekki bir kimse askeri mahkeme tarafından bir cezaya çarpılmış olsa bu ceza adliye mahkemesince verilecek cezanın teciline mâni değildir.

2) Sanık evvelce para cezasına mahkûm olmuş ise, bu mahkûmiyet sonraki cezanın teciline gene mâni değildir. Meselâ evvelce on lira para cezasına mahkûm olan bir kimse daha sonra bir ay hapis cezasına mahkûm olsa bu ikinci ceza tecil edilebilir. Zira kanun «para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmıyan» tabirini kullanmıştır. Bu ifade karşısında para cezası ile mahkûmiyet tecile mâni olmaz diye kabul etmek lâzımdır. Nitekim Yargıtay 2. Ceza Dairesi çok yeni bir içtihadında «evvelki mahkûmiyet para cezası olmasına göre, verilen hapis cezasının tecili kanuna uygundur.» denmektedir.

657

3) Cezanın tecil eidlebilmesi için verilen hükmün ağır veya hafif para cezası, muvakkat sürgün yahut altı ay ve daha az hapis ve haffi hapis cezalarından birine dair olması lâzımdır.

Demekki bir kimse ister bir lira, isterse 25 bin lira para cezasına mahkûm olsun miktarına bakılmaksızın verilen ceza tecil edilebilir. Buna mukabil bir kimse ancak altı ay hapse mahkûm olduğu surette cezası tecil edilebilir. Bu altı ay neticeten hükmedilen miktardır.

C. K. 89 uncu maddesinde yalnız hapis ve hafif hapisten bahsedilmiş olmasına göre ağır hapis cezası, miktarı ne olursa olsun tecil edilemez.

4) Bütün bu maddi şartlardan başka kanun tecil müessesesi için(içtimaî) yahut hâkimlik bakımından (takdiri) diyebileceğimiz bir şart daha vazetmiş bulunmaktadır. Şöyleki : «..... geçmişteki halile ahlâki temayüllerine göre cezanın tecili ilerde cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edilen kimsenin cezasının tceiline hükmolunabilir».

Demek oluyor ki bir adamın cezasının tecili «keyfi» olmıyacaktır. Hâkimin karşısında masum görünen, resmen sabıkası olmıyan bir kimse etrafında fena tanınmış olabilir. Bu adamın geçimsizliği, kavgacılığı, kumarbazlığı, sarhoşluğu ilâh... gibi mahkemeye aksetmemiş halleri vardır. Ahlâken dejenere bir adamdır. Böyle bir kimsenin cezası tecil edilemez.

Bunun gibi cezanın tecili suçlunun ilerde cürüm işlemesine mâni olacağı kanaatını vermelidir. İlk defa mahkemeye gelmesine rağmen işlediği suçtan dolayı nedamet hissetmediğini gösteren, adeta mahkemeyi hiçe sayan bir adamın cezasının tecilinde bir fayda mülâhaza edilemez. Binaenaleyh yargıç, bir cezayı tecil edeceği zaman; o suçlunun ahlâkı temayüllerini geçmişteki halini tespit etmesi ve duruşmadaki hal ve tavrına nazaran da tecil halinde sanığın ilerde suç işleyip işlemiyeceğini anlaması, buna kanaat getirmesi lâzımdır.

Yargıç bu halleri kendi takdiri ile halleder. Bu itibarladır ki C. K. 89 ve 90. maddelerdeki takdir hakkının istimali hâkimin ihtiyarına bağlıdır; diyoruz.

Yargıç esbabı mucibesiyle tecil talebini reddettiği zaman, bu hüküm artık itiraz mevzuu olamaz.

III — Kanun 89 uncu maddesinde «altı ay ve daha az hapis ve hafif hapis cezalarından biriyle» mahkûm olan kimsenin, diğer şartlarında tahakkuku halinde cezasının tecil oluanbileceğini zikretmekle beraber 90 ıncı maddesinde 18 yaşını doldurmamış çocuklar ile 70 ine varmış ihtiyarların mahkûm oldukları hapis cezası BİR SENE'den fazla olmadığı halde dahi evvelki madde hükmü tatbik olunur; demek suretile bir istisna vazetmiş bulunuyor.

658

Bazı yargıçlar «sanık 18 yaşını doldurmamış olmasına binaen verilen cezanın teciline» karar vermektedir. Halbuki bu maddeyi müstakillen mütalâa etmek doğru değildir. Bu madde 89 uncu maddenin tecil edilecek ceza bakımından koymuş olduğu altı aylık müddeti 18 yaşından küçük çocuklar ile 70 ine varmış ihtiyarlar için bir seneye çıkarmıştır. Binaenaleyh 89 uncu maddede yazılı diğer şartlar tahakkuk etmedikçe mücerret yaşın küçüklüğü tecil sebebi olarak kabul edilemez.

§ — C. K. nun 89 uncu maddesinin son fıkrası tecil sebebinin hükümde gösterilmesi lâzımdır diyor. Kanun bunu âmir bir hüküm olarak vazetmiştir. Bu itibarla «tecil talebinin reddine» şeklindeki karar kanuna muhaliftir. Yargıcın, sanığın tecil talebinin reddine dair olan sebebi açıklaması lâzım gelir (1). Zira kanunun vaz ettiği bu hüküm takdir hakkının suiistimaline mâni olmak içindir. Tecil mümkün iken kanuna uymayan mütalâalar ile bu talep reddedilebileceği gibi, gene aynı sebeplerle tecil de edilebilir. Unutmamak lâzımdır ki takdirin de kanuna uygun olması ve hattâ yargıcın ne şekilde vicdanen kanaat getirdiği izah etmesi lâzımdır. Yoksa hâkim hiçbir esbabı mucibe göstermeden benim vicdani kanaatim böyledir diyip tecil hakkında müspet veya menfi bir karar ittihaz edemez.

Nitekim tecil için bulunan esbabı mucibelerin bir kısmını temyiz mahkemesi kabul etmemektedir. Meselâ 3 üncü Ceza Dairesi bir içtihadında «fakir olmak ve muavenete muhtaç bulunmak gibi sebeplerle tecil kararı verilmesine kanuni mesağ yoktur» demiştir. Tecil ancak 89 uncu maddede yazılı sebeplerden dolayı yapılabilir.

Tecil kararı da hükümle birlikte verilir. Hükümden önce bir ara kararı ile ceza tecil edilemez veya tecil talebi reddedilemez. Başka bir tâbir ile tecil ceza ile beraber yürür. Cezanın mahiyetine göre değişir. Ve «yargıcın kat'i kanaatının husulünde hüküm zamanı esastır. Hüküm zamanından evvel yargıcın müspet veya menfi kanaatına kat'i denemez.» (2).

Bunun gibi mevkuf kalan bir kimsenin cezası da tecil edilebilir. Zira tevkif bir tedbirdir; tecil hakkından mahrumiyeti icabettirmez. Mevkuf, hükmolunacak cezayı fazlasiyle de çekse tecil ona bir takım haklar bahşedecektir ki mevkufiyet onu bu haklardan mahrum bırakmıyacağı cihetle bu sebeple tecil talebinin reddi kanuna uymaz.

---

(1) Sebep gösterilmeden tecil talebinin reddine karar verilmesi bozmayı mucibtir. 4. C. D. 12/10/943, ta. ve 8389/5196 sa. iç.

(2) Faruk Erem. Cezaların tecili kararı ve bunun neticeleri. Adalet Dergisi, yıl 39, sayı 8.

659

Cezayı tecil edebilmek için sanığın sabıkasının bulunmaması icabeder. Bu sebebe binaen sabıkası alınmamış bir hükümlünün cezası da tecil edilemez.

C. K. nun 89 uncu maddesinde «adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmıyan kimse» denmiş olmasına göre maddenin bu mutlak hükmü karşısında mahkûmiyet ister on sene ister yirmi sene evvele ait olsun tecile mânidir. Adli Sicile verilecek düzen üzerinde ileri sürülen mütehassıs fikirleri arasında tekerrüre esas olmıyacak kadar zaman geçen adli sicil varakalarının imhası fikri de vardır. Halbuki 89 uncu maddenin mutlak diye telâkki ettiğimiz bu hükmü karşısında bu sebepten dolayı sicil varakalarının imhasına biz taraftar değiliz.

IV — Tecil cezaların tamamına şâmildir. Yani ceza kısmen tecil edilemez. Hırsızlıktan dolayı verilecek hapis cezası emniyet nezareti cezası ile birlikte hükmolunur. Yahut vazifeyi suiistimal ve ihmalden dolayı memuriyetten mahrumiyet cezası da verilir. Bazı cezalarda hem hapis, hem de para cezasını ihtiva eder.

Bir kimseye hem hapis, hem de para cezası verilmiş ise bu cezadan yalnız hapis kısmı veya yalnız para cezası kısmı tecil edilemez. Bunun gibi hırsızlık suçundan verilen hapis cezası tecil edilince buna fer'an verilen emniyet nezareti cezasının da tecili lâzımdır. Yargıtay 2 ci C. D. 25/3/937 tarihli içtihadında tecilin fer'i cezaya teşmil edilmemesini yolsuz addetmiştir.

91 inci madde hükmüne göre mahkeme hilâfını tasrih etmiş ise tecilin fer'i cezalara teşmil edilmesi lâzımdır. Bu madde 1933 tarihinde tadil edilmeden evvel Büyük Millet Meclisi 16/6/927 tarih ve 116 numaralı tefsirinde 89 uncu madde mucibince asli cezanın tecili halinde 91 inci maddedeki mütemmim cezaların dahi tecili icabedeceğine karar vermişti. Kanunun 91 inci maddesi o zaman «89 uncu madde hükmü mütemmim cezalar hakkında dahi tatbik edilebilir.» şeklinde idi. 933 senesinde kanun değiştirilerek «89 uncu madde hükmü mahkeme kararında hilâfı tasrih edilmedikçe fer'i cezalar hakkında da tatbik olunur» denmek suretiyle maddeye daha fazla vuzuh verilmiştir. Şu halde esbabı mucibeli bir şekilde asli ceza tecil edildiği halde fer'i cezanın tecil edilmemesine imkân vardır. Temyizin yukarda zikrolunan içtihadı bu itibarla bizce kanun hükmüne uygun görülmemektedir. Ancak çok eski olan bu içtihadın aslını bulamadık. Onun için bu içtihadın ne şekilde verildiğini bilmiyoruz. Bununla beraber temyiz mahkemesinin bu hükmünün mahkeme kararında tecilin fer'i cezaya teşmil edilmemesi sebebinin açıklanmamasından ileri geldiğini kabul etmek lâzımdır. Binaenaleyh mahkeme esbabı mucibeli bir şekil-

de asli cezayı tecil ettiği halde fer'i cezanın tecil edilmemesine karar verebilir.

V — Tecili mümkün olmıyan cezalar :

1) Tazminat kabilinden olan para cezaları tecil edilemez. Çünkü bunlar mahiyetleri icabı ceza diye telâkki edilemez. Tazminat kabilinden olmasına rağmen hazineye ödenen paralar, nazari de olsa, (şahsi hakka) tekabül eder. Tâbir caiz ise bu nevi para cezaları ihlâl olunan cemiyet nizamından dolayı değilde cemiyete karşı yapılan haksız fiilin karşılığı mahiyetindedir. Bu itibarla tecili kanun menetmiştir.

2) Zabıt ve müsadere kararları :

Bu nevi kararların tecil edilmesi 36 ıncı madde ile konmuş bulunan kaideyi ihlâl eder. C. K. nun 36 ıncı maddesi eşyanın mutlaka müsadere edileceği hükmünü vazetmiştir. Zaten başka türlü düşünmekte mantığa uymaz: Bilfarz ruhsatsız taşınan tabancanın müsaderesine dair olan karar tecil edilse, tabanca suçluya iade edilecektir. Suçlu tabancayı alıp adalet dairesinden dışarı çıktığı anda aynı suçtan tekrar yakalanıp çıktığı yere tekrar suçlu olarak girmesi icabedecektir.

3) Muhakeme masrafları da tecil olunamaz. Zira bunlar ceza mahiyetinde olmayıp bir nevi tazminat mahiyetindedir.

4) C. Kanunun 92 inci maddesinde yazılı bulunan bu istisnalardan başka bazı kanunlar da ihtiva ettikleri cezaların tecilini men'etmiştir. Meselâ: 1918 sayılı kanun, Millî Korunma Kanunu gibi.

Böylece yargıç hususi kanuna göre ceza hükmettikten sonra bu cezayı tecil etmek isterse o kanunu iki noktadan tetkik etmesi icabetmektedir :

a — Kanunun ihtiva ettiği para cezası âmme para cezası mıdır? Yoksa tazminat kabilinden midir ?

b — Kanun, verilecek cezanın tecilini men'etmiş midir ?

VI — Tecil şarta talik edilebilir mi?

C. K. nun 93 üncü maddesi tecilin şarta talik edilebileceğini göstermektedir. Cezaların tecili kararı hukuku şahsiyenin mahkûm tarafından rızasıyle ifasına veya teminine talik olunabilir. Meselâ: bir kimse diğerini dövmüştür. Mahkeme sanığın cezasını mağdura vereceği tazminatı rızası ile ödemek şartile tecil edebilir.

Hukuku şahsiyeye taallûk eden bu tazminatın muayyen bir zaman zarfında ödenmesi lâzımdır. Bu müddet kanunda gösterilmemiştir. Umumi bir kaide olarak hukuku şahsiyenin cezanın katileştiği tarihe kadar öden-

mesi lâzımdır. Meselâ: 22.1.1950 de verilen kararda cezanın tecili böyle bir şarta talik edilmiş ise hükümlü kararın katileştiği 22.2.950 gününe kadar tazminatı ihtiyarile ödemiş olmalıdır. Bizce müddeti bundan fazla uzatmak mümkün değildir. Hüküm katileştikten sonra karar, cezanın infazı için C. Savcılığına verilir. Bu suretle ceza infaza başlandıktan sonra tazminatın ödenmesi «rıza ile ödeme» sayılamaz; rıza ve ihtiyarı ilâ nihaye uzatmak kanun hükmünü ihlâl eder. Yalnız dâvacı şahsi hakkından vazgeçmişse ve vazgeçmede gene bu müddet zarfında olmuşsa o zaman şartın tahakkuk etmiş olduğunu kabul etmek icabeder.

VII — Ceza tecil edilince artık hükmolunan cezanın infazından sarfınazar edilmiş olur. Fakat ceza tamamen atfolunmuş da değildir. Cezanın en büyük gayesi çekindirmedir; verilen ceza bu gayeyi temin etmelidir. Eğer bu gayeyi temin etmiyorsa verilen ceza infaz edilsin veya edilmesin hiç bir kıymet ifade etmez. Ceza tecil edilirken de gözönünde bulundurulacak nokta, verilen cezanın infaz edilmemesine rağmen sanığın ilerde cürüm işlemekten çekinmesidir. Bununla beraber sanık cezadan korkmuş olduğu kanaat veya hissini verebilir. İlk defa mahkemeye gelen sanığın ahlâkî temayülleri iyice tesbit edilmemiş olabilir. İşte bu ve bunun gibi bir takım sebeplerle cezanın tecil edilmesi ile cezanın büsbütün ortadan kalkması doğru addedilemez. Ancak ilânihaye de hükümlü bunun tehdidi altında yaşayamaz ve yaşamasında içtimaî bir fayda da mülâhaza olunamaz.

İşte vazii kanun da tecil olan ceza hükmünün muayyen bir müddetin mürurundan sonra hiç işlenmemiş gibi sayılacağı ve aksi takdirde yani muayyen müddet içinde bir suç işlenmiş ise her iki cezanın ayrı ayrı infaz olunacağı hükmünü vaz'etmiştir.

Ceza Kanunun 95 inci maddesine göre :

1) (Kabahat ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği mahaldeki asliye mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya ağır bir ceza ile) mahkûm olmazsa cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyeti esasen vâkı olmamış sayılır.

Demekki kabahat nevinden olan işlerde tecil edilmiş mahkûmiyet bir sene sonra vâki olmamış gibi sayılmaktadır.

95 inci maddenin son cümlesi «aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.» demekte ise de tecil edilmiş kabahat nevinden bir mahkûmiyetin yeniden infaz edilebilmesi için ikinci suçun bir sene içinde işlenmiş olmasından başka şu şartların da tahakkuku lâzımdır :

A) İkinci suç cürüm olmalıdır. Bu ikinci suç nerede işlenirse işlensin cürüm nevinden ise tecil olunan ceza infaz olunur.

B) İkinci suçun evvelki hükmü veren mahkeme kazası dairesinde olması lâzımdır.

2) «Cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olmazsa cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyeti esasen vâki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.»

Bu bent hükmüne göre evvelki müeccel mahkûmiyet cürüm ise bu cezanın tekrar çektirilebilmesi için ikinci mahkûmiyetin de cürüm nevinden olması lâzım gelir. Bir kimse tecil edilmiş bulunan cürme mütaallik mahkûmiyetinden sonra kabahat nevinden bir suç işlerse evvelki cezanın infazı cihetine gidilemez. Bunun gibi evvelki ceza hapis, ikinci ceza para cezası veya ilk ceza para, sonraki hapis cezası ise önceki müeccel cezaların da infazına karar verilemez. Nitekim Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin 18/3/1946 tarih ve 58/58 sayılı içtihadı da bu merkezdedir. Yargıtayın bu içtihadına göre (müeccel para cezası ile birlikte hapis cezasına mahkûm olan kimsenin sonradan işlediği bir suçtan dolayı yalnız para cezasına mahkûm edilmiş olması müeccel bulunan hapis ile birlikte para cezasının çektirilmesini icabettirmez (3) ve 4. Ceza Dairesi de 14/3/1947 tarih ve 3158/3744 sayılı içtihadında sanığın son mahkûm olduğu para cezası evvelki mahkûmiyeti olan hapis cezası cinsinden olmadığı düşünülmeksizin ertelenmiş olan cezanın çektirilmesine karar verilmesi yolsuzdur demiştir (3).

§ — Yargıç cezanın teciline karar verince, tecilin hükümlerini ve neticelerini sanığa analtır. Kanunun 94 üncü maddesi (mahkûm hazır ise) tâbirini kullanmıştır. Bu şekilde bir tâbirin kullanılmış olması bazı yargıçları yanlış bir mülâhazaya sevketmektedir. Şöyle ki: Eğer mahkûm duruşmalara gelmiyorsa ceza tecil edilemez.

Kanunun kullandığı tâbirden hazır bulunmıyan sanığın cezasının tecil edilemiyeceği mânası çıkartılamaz. Kanun ihtardan bahsetmesine nazaran; bu ihtarın mutlaka yapılması lüzumu kabul edilse bile gıyabî kararlar sanığa tebliğ edileceğinden tecilin hükümleri karara yazılmak suretiyle kanun hükmü gene yerine getirilmiş olur. Bununla beraber gıyaben verilen kararlarda ki tecil hükümleri Yargıtay tarafından bozulmamaktadır.

94 üncü madde sanığa tescilin hükümleri anlatılırken, ikinci bir suç işlediği takdirde müeccel cezasını diğer şartlar tahakkuk ettiği takdirde

(3) Faruk Erem — Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Mer'iyet Kanunu.

çekeceği gibi tekerrürden dolayı da cezanın artırılacağını ihtar eder demektedir.

Maddenin şu şekline göre müeccel cezanın tekerrüre esas olacağı neticesine varılmakta ise de: C. Kanununun 81 inci maddesi tekerrür için infaz şartını koymuştur. Tekerrür hakkındaki bu umumî hüküm ve 95 inci madde hükmü nazarı itibara alınarak vücude getirilen 20/5/1942 tarihli tevhidi içtihatta müeccel cezanın tekerrüre esas olamıyacağına karar verilmiştir. Filhakika 94 üncü madde sanığa yapılacak ihtarı gösteren bir maddedir. Her ne kadar orada cezanın tekerrürden dolayı artırılacağı zikredilmiş ise de bu maddeyi tamamlayan 95 inci maddenin son fıkrasında «..... her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur» denip tekerrürden bahsedilmemesine göre müeccel cezalarda tekerrür hükmünün tatbik edilmemesi icabeder.

Kanunun hükmünden bu kanaate varmamıza rağmen 94 üncü maddeye neden «Tekerrür» kelimesi konmuştur? 95 inci maddenin eski şeklinde yani 3/2/1937 tarih ve 3112 sayılı kanunla kabul edilmiş bulunan şeklinde» kabahatle mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene zarfında bir cürümden dolayı para cezasından başka bir cezaya veya evvelce hükmü veren mahkemenin dairesi dahilinde diğer bir kabahatten dolayı hafif hapis cezasına ve cürüm ile mahkûm olan kimse dahi hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmazsa evvelki mahkûmiyeti infaz edilmiş sayılır. Aksi halde her iki suçun cezası ayrı ayrı tenfiz olunur, denmekte idi.

Aynı tarihte 95 inci madde gibi 94 üncü madde de değişmişti. Ve bu madde 95 inci madde hükmüne uygun olarak «tekerrürden arttırılacağı» hükmünü ihtiva etmesi tabii idi. Bilâhare 95 inci madde değiştirilmiş ve yeni şekle sokularak «mahkûmiyeti esasen vâki olmamış» gibi sayılacağı hükmü konmuş olduğu halde 94 üncü madde buna muvazi olarak tadil edilmemiştir. Bu maddenin de 95 inci maddeye göre tadili temenniye değer.

Müeccel cezaların tekerrüre esas sayılmaması kanun icabı ise de biz aksi kanaattayız: 95 inci maddeye göre müeccel ceza ortadan kalkmış sayılmadan evvel bir suç işlendiği takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunmakla beraber tekerrür hükümleri de tatbik edilmelidir. Zira tecil kanunun bir lutfudur; ancak suç işlemekten çekinmeğe istidadı olanlara mahsustur. Verilen cezaya rağmen tecil hükmünü hiçe sayarak yeni bir suç işleyen kimse, cezası tecil edilmemiş olan ve mükerrir olan bir kimseden

daha müsamahalı muamele göremez. Yargıcın da takdirde yanılması mümkündür. Evvelki cezayı yeniden çektirmek yeni suçtan dolayı tekerrür hükmünün tatbikına mâni olmamakladır ki tecil hakkaniyete uygun olabilsin. Bir veya beş sene geçtikten sonra o kimse artık suçsuz addedilir. Böyle bir kimsenin sabıkası da artık mevzuubahis olamıyacağından adlî sicil varakasının imhasında dahi bir mahzur kalmaz.

VII — Tecil talep ile mi olur?

1) Tecil talebe bağlı değildir. Eğer Yargıç, sanık talep etmese dahi, sanığın geçmişteki haline ve ahlakî temayüllerine göre erteleme halinde ilerde cürüm işlemekten çekineceği kanaatına varırsa, verdiği cezayı re'sen tecil edebilir. Eğer tecile lüzum görmüyorsa kararda bu hususa dair bir mesruhat vermeğe lüzum yoktur.

2) Sanık ne zaman olursa olsun yazılı veya şifahi olarak cezanın tecilini isteyebilir. bu takdirde yargıç, nihai kararında müsbet veya menfi bir karar vermeğe mecburdur. Aksi halde bu nokta bozma sebebi addedilir.

*
**

Tecil büyük faydalar sağlayan bir hukukî müessesedir. Bu sayede bir çok haksızlıklar önlenebileceği gibi tesadüfen suçlu olanları da ceza evinde kötü huylar elde etmekten korur.

Biz bilhassa 18 yaşından küçük suçluların cezasının teciline ehemmiyet verilmesini istiyoruz. Cezaevlerinin gayri müsait durumu dolayısıyle 18 yaşını ikmal edinceye kadar çocuk suçluların cezası infaz edilememektedir. Meğerki cezaları altı ayı geçtiği için ıslâhevine sevkleri mümkün veya cezaevi müsait olupta hususî bir yer ayrılmış olsun.

Ceza sür'atle infaz edilmelidir. 13 yaşında bir çocuk bir aya mahkûm edilmiş ise bunu tam beş sene sonra infaz edebiliriz. Bu şekilde uzun zaman sonra cezanın infaz edilmesi amme efkârını rencide edebilir. Çocukta kötü reaksiyon tevlit edebilir. Unutulan bir hikâye hiçte iyi olmıyacak bir şekilde tazelenmiş olur. Halbuki böyle küçük bir çocuğun %90 ihtimalle tesadüfen işlediği bu suçtan verilecek mahkûmiyeti tecil edilse ve bu suretle o çocuk cemiyet içinde damgalanmamış bir insan olarak kalsa daha iyi olmaz mı?

Tecil hükmü yerinde verildiği takdirde çok büyük faydalar sağlayacağından, onu gelişi güzel kullanmamak ve içtimai fayda bulunduğu yerde de behemmahal tatbik etmek lâzımdır.

NÜFUS K. II VE MEDENÎ K. 25 - 26 NCI MADDELERİNE İSTİNADEN AÇILAN DÂVALAR (1)

Yazan : İsmail DOĞANAY

İKİNCİ BÖLÜM

Birinci Kısım

— I —

YAŞ TASHİHİ DÂVALARININ MAHİYETİ

Bir insanın fizyolojik hayatının zaman bakımından ifade ve ölçüsü olan yaşı, o insanın bütün ömrü boyunca hususî ve umumî hak ve mükellefiyetlerinin esasını teşkil eder.

Yaş, hukukta, hukuk süjelerinin sahip bulundukları gerek âmme hukukuna ve gerek hususî hukuka ait her türlü sübjektif hakların doğumunda, hüküm ifade etmesinde ve kullanılmasında veya hukuk süjelerine vazife ve mükellefiyet tahmilinde rol oynıyan en esaslı unsurlardan biridir.

Malûm olduğu veçhile, şahsiyet doğumla başlar, ölümle nihayet bulur. Bu iki biyolojik vakıa arasında insan hayatiyeti devam ettiği müddetce, o kimse de hakları iktisap ve vecibeleri iltizama devam eder. Sağ olarak doğan cenin zamanla neşvünema buldukca, evvelâ temyiz kudretini haiz olduğu vakit, bilâhare de evlenmek yaşına geldiği zaman hukukî bir varlık olarak kanun nazarında kıymet ifade eder. Daha sonraları, mensup olduğu memleketin kanunlarına nazaran medenî ve siyasî rüşt'e vasıl olacağı gibi bu meyanda bir çok mükellefiyetlerin de mevzu haline geleceği gayet tabiidir.

«Sicilli Nüfus Kanunu» nun II inci maddesine tevfikan ikame olunan dâvaların ekserisi yaş tashihine müteâlliktir. Yaş tashihine nazaran, kayıt ve isim tashihi dâvaları nispeten azdır. Kanaatımızca, bunun başlıca sebepleri; pek yakın zamanlara kadar nüfus sicillerinin muntazam bir şekilde tesbit ve tescil edilmemesi, doğumları zamanında nüfus idaresine bildirmeğe mecbur olan vazifeliler hakkında kanunî müeyyidelerin hiç olmaması veya bu müeyyidelerin çok zayıf olup, onların da vaktinde ve muntazaman infaz edilmemesi sebebiyle ve bir de, ana ve babalarının muhtelif sebep ve telâkkilerle doğan çocuklarını gününde tescil ettirmemeleri halleridir, diyebiliriz. Şurası muhakkak ki, pek yakın bir istikbâlde, memleketin içtimaî kültür seviyesi yükseldikce, onunla müterafık olarak yaş tashihi dâvalarının da diğer nevi dâvalar seviyesinde azalacağını ümit etmekteyiz.

(*) Bu yazının baş tarafı 1950 yılı 4. S. Adalet Dergisindedir.

(29) Yargıtay 2.H.D,E. 8079, K. 1235,

Son senelere ait elimizde mahkemelere gelen senevi dâva nevilerini gösteren muntazam neşredilmiş istatistik cetvelleri olmamakla beraber. yaş tashihi dâvalarının ortalama olarak senevi 35-40 bin arasında olduğunu tahmin ediyoruz. Bu kadar büyük bir yekûna baliğ olan yaş tashihi dâvalarının yüzde 70-80 nini evlenmek emeliyle vukubulan müracaatlar teşkil etmektedir.

1938 senesinde Medenî Kanunun 88 inci meddesi tadil edilmek suretiyle evlenme ehliyeti yaşı erkekler için, on sekizden on yediye, kadınlar için ise on yedi yaşından on beş yaşına indirilmiş olmasına rağmen açılan yaş tashihi dâvalarında müddeilerin ekseriyetini kızlar veya bunlara velâyeten ana ve babaları teşkil etmektedir. Bu dâvalar içersinde doğru olanları olmakla beraber -açık söylemek lâzım gelirse- çoğu hilâfı hakikattır.

Bazı kızların ve bilhassa köy kızlarının kanunî evlenme ehliyetini idrak etmeden ve tam manasiyle bülûğa vasıl olmadıkları yaşlarda evlenmeye teşebbüs etmekte ve yaşlarını mahkemece tashihe muvaffak olamıyanlardan bir kısmı, harici ve gayri resmî olarak birleşmektedirler. bu halin, bir memleketin maddî ve manevî hayatında ne derece şümullü ve mahzurlu olduğu beyan ve izahtan müstâğnidir. Hiç şüphesiz ki, vazii kanunu zaman zaman, 2330 ve 4727 ve bu günlerde Büyük Millet Meclisi encümenlerinde müzakere mevzu olan bu nevi af kanunlarını neşre icbar eden sebepler meyanında bu da vardır.

Bir devletin her bakımdan en muntazam kayıtlarını ihtiva etmesi iktiza eden nüfus sicillerini teşviş, mahkeme ve kanun hükümlerinin ciddiyetini ihlâl eden bu hâdiseler üzerinde esaslıca tevakkûf etmek ve meseleyi esasından ıslâh edebilmek için tescil işlerini daha sâlim usullere ve kuvvetli müeyyidelere raptetmek ve muhtelif kanunlarda yaşa ait hükümlerinin günün ihtiyacına tetabûk edip etmediğini tetkik eylemek iktiza etmektedir.

YAŞ TASHİHİ DÂVALARINDA DELİLLERİN TATBİK SIRASI

Ahkâmı şahsiyenin en esaslı unsurlarından biri olan yaşın ve yaşı alâkalandıran vukuatın devletçe itimada lâyık ve karine değerinde beyyine kudretini haiz resmî sicillerle tesbit ve tevsik edilmiş olması halinin tabii bir neticesi olarak nüfus sicilindeki bu kayıtların hilâfı muhakeme yoluyla sabit olmadıkça tashihleri cihetine gidilemez. Yani, yaş tashihi ancak hâkimin hükmü ile olur (M.K.38).

Nüfus Kanununun II inci maddesine istinaden her hangi bir kimsenin muhakeme yoluyla yaşının tashihine karar verebilmek için evvelemirde

beyyinei şahsiyeye, bu elde edilemediği takdirde kuyut ve vesaiki mutebereye istinat edilmesi ve ancak bu delillerin imkânsızlığı karşısında tabib raporuna istinat edilmesi icabeder.

Tatbikatta bazı mahkemeler, yaş tashihi dâvalarında, her şeyden evvel yaşı tashih edilecek olan şahsı tabibe muayene ettirerek, hükümlerini, alacakları rapora istinat ettirmektedirler. Halbuki, Nüfus Kanununun mezkûr maddesinde böyle bir muayene mecburiyetini tazammun eden her hangi bir hüküm mevcut değildir. Maddede tasrih ve tadat edilmiş bulunan diğer deliller müddeanın ısbatına yeter derecede ise, yaşı tashih edilecek olan kimsenin ayrıca tabibe muayenesine lüzum yoktur. Ancak, insanlar yaratılış itibariyle fiziki bakımdan muhtelif inkişaflar arzederler. Veçhen çocuk manzarası arzeden bir şahsın fizik yapısı itibariyle mütekâmil bulunduğu ve veçhen büyük ve mütekâmil bir adam hâlini gösteren bir şahsın da bedenen gayri mütekâmil bir vaziyette olduğu ekseriyetle vuku bulan hâdiselerdendir. Böyle bir vaziyet karşısında kaldığı zehabına kapılan hâkimin, yaşı tashih edilmek istenen şahıs için tabib muayenesine lüzum görmesi faideli ve kanaatını takviye bakımından da isabetli bir tedbir olur.

Yaş tashihi dâvası, gerek hukuk mahkemesinde ve gerekse ceza mahkemesinde rüyet edilsin, delil sırası aynıdır. Yüksek Yargıtayın bir kararında bu cihet şu şekilde belirtilmiş bulunmaktadır. Kararda; «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255 inci maddesi mucibince ceza mahkemelerinde yaş tashihi işlerinin dahi Nüfus Kanununun II inci maddesinde gösterilen usul ve şerait dairesinde ifası icap edeceğine göre, zahiri halin doğum kaydını tekzip eder mahiyette görüldüğü takdirde suçlunun nüfus kütüğündeki kaydına esas olan ilmuhaberin celbiyle zirinde yazılı şahitlerin ve mensup olduğu köy ihtiyar hey'etinin istimaî ve bu suretle beyyineî şahsiye elde edilemediği takdirde kuyut ve vesaiki mutebereye istinaden tashihin yapılması icabedip rapor ancak, bu delillerin elde edilmesi imkânsızlığı karşısında nazara alınabileceğinden bu muamele ve tahkikler yapılmaksızın doğrudan doğruya rapora dayanılarak yaş tashihine karar verilmesi yolsuzdur.» (30) denilmektedir.

Gerek hukuku âmme namına C.Savcıları tarafından ve gerekse fertler tarafından ikame olunan yaş tashihi dâvalarında, Nüfus Kanununun sarahati mucibince evvel emirde şahadet, bilâhare kuyut ve vesaik aranarak hükme medar olabilecek nisbette delil mevcutsa tatbik edilecek, bu deliller bulunmadığı ve lüzum hasıl olduğu takdirde karain ve delâili saireye mürâcaat olunacaktır.

---

(30) Yargıtay I.Ceza D.E.1167, K.1722, T. 10/5/1938, Fehim Ziya Zoga-Hikmet Muratoğlu, adı geçen eser, S.595.

— I —

YAŞ TASHİHİ DÂVALARINDA ZAHİRİ HALİN İDDİAYI TEKZİB ETMEMESİ ŞARTTIR

«Sicilli Nüfus Kanunu» nun II inci maddesinde deliller zikredildikten sonra aynen» ve her suretle zahiri halin dâvayı mükezzip olmaması şarttır» denilmektedir. Bu itibarla yaş tashihi dâvalarında, yaşı tashih edilecek olan şahıs, delil bakımından en ehemmiyetli bir mevkii işgal eder.

Nüfus Kanununun bu hususa müteallik mezkûr hükmü âmir bir mahiyette bulunması hasebiyle bütün yaş tashihi dâvaları sonunda verilecek olan hükümlerin zahiri hali teyit etmesi zaruridir. Binaenaleyh, böyle bir vaziyetin mevcudiyetine mahkemece kanaat tahâssül edilmesi için yaşı tashih edilecek olan şahsın mahkemede -hiç olmazsa bir celse- bulunması iktiza etmektedir.

Nüfus Kanununun II inci maddesinde «...Müddeiumumî hazır olduğu halde şahsı mezkûr ile nüfus memuru muvacehesinde alelusul muhakeme ve rüyet ve ilâma raptolunur». denildiğine göre, bu hüküm dâvanın rüyeti esnasında yaşı tashih edilecek olan şahsın muhakemede huzurunu şart koşmaktadır.

Yaş tashihi dâvaları veli, vasi veya vekil marifetiyle ikame ve takip edilmiş olsa dahi yaşı tashih edilecek olan şahsın dâvayı rüyet eden hâkim tarafından vicahen görülmesi şarttır. Ezcümle, Yüksek Yargıtayın bir kararında; «Nüfus Kanununun II inci maddesi mucibince görünüşün iddiayı tekzip etmemesi şart olduğu cihetle Beşir mahkemeye getirilip görülmek lâzımgelirken bu lüzuma riayet edilmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün (Bozulmasına) 21/5/1948 tarihinde oybirliğile karar verildi». (31) denilmektedir.

Yaş tashihi dâvalarında zahiri hal iddiayı tekzip ederse; diğer delillerin tetkikına bile girişilmeksizin dâvanın reddi lâzımdır. Şahsan yirmi beş yaşında gözüken her hangi bir kimse, onbeş yaşında olduğunu iddia ederse şüphesiz bu iddiası şayanı istima olamaz. Yani bu hususta ne kadar şahit ve delil irae eylese dahi bu delilleri istima ve tetkik, dâvayı rüyet eden hâkimi takyid etmez. Ezcümle, Yüksek Yargıtayın bir kararında «Hüküm rapor ve görünüşe müstenid olup zahiri hale muhalif şahit dinlenmesine mesağ bulunmamış olmasına mebni temyiz itirazları varid görülemediğinden reddine...» (32) denildiği gibi, diğer bir kararda da, «Dâ-

(31) Yargıtay 2.H.D, E.3493, K.3108.

(32) Yargıtay 2.H.D, E.5146, K.4331, T. 16/7/1948.

valının 21 yaşında olduğu zahiri halile teeyyüd eden rapor münderecatından anlaşılmış ve görünüşe muhalif şahit istimaına cevaz bulunmamış olmasına mebni varid olmayan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 19/6/1948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi». (33) denilmektedir.

Zahiri halin iddiayı tekzip etmemesi keyfiyeti müşahade ve tecrübelerden mütahassil meleke ile takdir olunur. Meselâ; şahsan 18-20 yaşında gözüken her hangi bir kimse 12 yaşında olduğunu iddia ederse, bu iddiasının doğru olmadığına hükmederiz.

Yaş tashihi dâvalarında, yaşı tashih edilecek olan şahsın delil bakımından en mühim rolü oynaması hasebiyle, şahsın mahkemede hazır bulunması bakımından tatbikatta bazı müşkilâtla karşılaşılmaktadır.

Yaş tashihi dâvasını şahıs ikame ettiği takdirde böyle bir müşkilât mevzubahis olmıyorsa da, dâvanın hukuku âmme namına C.Savcısı tarafından ikame edilmiş olması halinde ise bu zorluk ekseriya kendisini göstermektedir. Çünkü; yaşı âmme namına tashih olunmak istenen şahıs mahkemede huzuru için vâkı dâvete icabet etmez ve bu suretle de zahiri hali dâvayı rüyet eden hâkim tarafından müşahade imkânı hasıl olmazsa yapılacak muamele hakkında Nüfus Kanununda her hangi bir hüküm mevcut değildir.

Tatbikatta umumiyetle kanunun bu boşluğu, C.Savcıları tarafından yaşı tashih edilmek istenen şahsın idarî yollarla celbettirilerek mahkemeye tevdii suretiyle veyahutta tashih isteyen «devairi müteallika» nın yaşı tashih ettirilecek olan şahsı mevcuden C.Savcılığına teslim etmekle dâvanın o şahıs huzuru ile rüyetini temin etmekle doldurulmaktadır. Fakat, C.Savcıları veya «devairi müteallika» ca yaşı tashih edilecek olan şahsın mahkemede huzuran mevcudiyeti temin edilemediği takdirde ne yapmak lâzımdır?. Dâva hukuku âmme namına açılmış olmasına rağmen, H.U.M.K. nunca yaşı tashih edilmek istenen şahsın zorla (ihzaren) mahkemeye celbine kanunen imkân yoktur. Kanaatımızca, yaşı tashih edilecek olan şahsın mahkemede hazır bulundurulması vazifesi dâvayı açan C.Savcısına -ki, dâvayı isbatla mükellef olan bir makam olması hasebiyle- aittir. C.Savcısı o şahsın idarî yollarla veya başka şekillerde hazır bulundurmağa mecburdur. Aksi takdirde, yaşı tashih edilmek istenen şahıs dâvayı rüyet eden hâkim tarafından müşahade edilmediği için dâva müsbet bir şekilde karara bağlanamıyacağından dâvanın reddi iktiza eder. Çünkü, yaş tashihi dâvalarında alâkalı şahsın, dâvayı rüyet eden hâkim tarafından görülmesine dair kanun hükmü emridir. Hattâ yukarda da arzedildiği veçhiyle, dâvada ibraz olunan kûyut ve vesaik iddiayı teyit ve şahit-

(33) Yargıtay 2.H.D, E.4292, K.3740.

ler dâvaya muvafık şahadette bulunsalar dahi zahiri hal iddiayı mükezzip oldukca dâvanın reddi iktiza eder.

Yaşı tashih edilecek olan şahsın dâvasına, C.M.U.K. nun 255 inci maddesinin son fıkrası mucibince ceza mahkemesi bakıyorsa ve şahıs da maznun olup dâva gıyaben devam ediyorsa mezkûr kanunun 229 uncu maddesi hükmü mucibince «Mahkeme maznunun bizzat hazır bulunmasına ve ihzar veya tevkif müzekkeresiyle zorla getirilmesine her vakit karar verebilir».

— A —

RAPORA MÜSTENİDEN VERİLECEK OLAN YAŞ TASHİHİ HÜKÜMLERİ İLE TAKTİRLE TÂYİNLERİ MÜMKÜN OLMIYAN YAŞ HADLERİ

Yaş tashihi dâvalarında, Sicilli Nüfus Kanununun II inci maddesinde musarrah bulunan delillerden «şahadet veya ibraz olunacak kuyut ve vesaik» mevcut olmadığı takdirde, bir kimsenin yaşının tashihi yapılabilmesi için ortada yegâne delil olarak, sadece yaşı tashih edilecek olan şahıs kalmaktadır. Bu şekilde delil imkânsızlığı veya noksanığı bilhassa hukuku âmme namına ikame olunan yaş tashihi dâvalarında kendisini göstermektedir.

Böyle bir vaziyet karşısında hatıra gelen ilk iş, yaşı tashih edilecek olan şahsın herhangi bir kimseye veya bir tabibe gösterilerek yaşının takdir ettirilmesidir. Ancak, bir kimsenin iktisadî ve hukukî hayatında en büyük ehemmiyeti haiz bulunan yaş gibi mühim bir işi rasgele bir kimseye veya ilmî ehliyeti tam olmıyan bir zata takdir ettirerek bunların mücerret ifade ve beyanları üzerine hüküm vermk doğru bir iş olmaz. Her ne kadar, yaşı tashih edilmek istenilen şahsın, nüfus kaydının doğru olmadığı zahiri halden anlaşılabilirse de, asıl mühim olan husus, hakikî yaşın ne olduğunu tâyin ve takdirdedir.

Zahiri halle bir kimsenin yaşını tâyin ve takdir etmek oldukca güç bir iştir. Mümkün mertebe yaşı tashih edilecek olan şahsın hakiki yaşına uygun bir yaşın tâyin ve takdiri için o şahsın tabibe muayene ettirilmesi keyfiyeti meselenin halline imkân bahşeden en uygun bir hal tarzıdır. Filhakika tababet ilmî yaşla ve yaş tâyini işi ile iştigal eden bir meslek değildir. Fakat bununla beraber tababetin bu hususta az çok tecrübeleri de yok değildir. Binaenaleyh, karaini saireye müstenit olarak tanzim kılınan esbabı mucibeli tabip raporlariyle yaş tashihine hüküm vermek zaruridir.

Türk Adliyesinin nihaî adlî tıp ihtilâf mercii olan «Adlî Tıp İşleri Müessesesi» muhterem hey'etinin ilmî mütâlalarınca, karain ve delâil ile teeyyüt ettirilmemiş olan hekimlerin yaş takdir raporlariyle tashihe hüküm verilemez.

Yüksek Yargıtayın içtihatlarına göre, yaş tashihine esas ittihaz olunan raporların münhasıran tabibler tarafından verilmiş olması şarttır. Sıhhat memurları tarafından verilen raporlarla bir kimsenin yaşının tashihine karar verilemez. Hattâ kanaatimizce, sıhhat memurları tarafından verilmiş olan takdir raporları tabibler tarafından tasdik edilmiş olsa dahi yine medarı hüküm addedilemez. Böyle bir halde, sıhhat memuru tarafından tanzim edilmiş olan raporun -muhteva bakımından- tasdiki bile kâfi olmayıp, ayrıca tabib tarafından da muayene yapıldığının ve takdirin hangi karain ve delâil ile teeyyüt ettirildiğinin de rapor zirine derci şarttır. Yüksek Yargıtay bir kararında, «Yaş takdiri hususunda sıhhat memurları salâhiyetli olmamasına mebni başka delil aranmak veya bir tabibe muayene ettirilerek neticeesine göre karar verilmek lâzım gelirken hükme medar olacak kıymette olmayan sıhhat memurunun mütalâasına binaen yazılı olduğu üzere karar veerilmesi yolsuz olduğundan hükmün (Bozulmasına) 18/6/948 tarihinde oybirliğyle karar verildi. » (34) denilmektedir.

Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin müstekar içtihatlarına göre muhtelif yaşlarda; iki ve 4 - 5 yaşın tıbben tâyin ve takdiri mümkün değildir.

Suruç Asliye Hukuk Mahkemesinde rüyet edilen bir yaş tashihi dâvası neticesinde sicilli nüfusta 929 doğumlu olarak mukayyet olan bir şahsın, heyeti sıhhiye raporu ile 930 doğumlu olduğundan bahisle ol suretle yaşının tashihine dair verilen hükmü, Yüksek Yargıtay, «Hüküm dâvaya muhalif olmakla beraber bir senelik yaş farkının tıbben tâyini mümkün olup olmayacağının düşünülmemesi yolsuz...» olduğundan bahisle bozmuştur (35). Yüksek Yargıtay diğer bir kararında da, sicilli nüfusta 929 doğumlu olarak mukayyet olan bir kimsenin nasiyeyi hal ve tabib raporu ile 931 doğuma tashihine mütedair Antakya Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen bir hükmü; »İki yaş farkın nasiyeyi hal ve fennen tâyini mümkün olmadığı ve hükme medar olacak başka bir delil bulunmadığı halde görünüş ve rapora binaen mumaileyhin doğum kaydının tashihine karar verilmesi yolsuz...» olduğundan bahisle bozmuştur(36).

(34) Yargıtay 2.H.D, E.4296, K.3695.

(35) Yargıtay 2.H.D, E.5654, K.4505, T: 3/8/1948.

(36) Yargıtay 2.H.D, E.5310, K.4381, T: 7/7/1948.

Otuz yaşından sonra üç - dört yaşın zahiri hal ve fennen takdirinin mümkün olamıyacağı yine Yargıtay içtihatları cümlesindendir.

Hukuku âmme namına ikame edilen dâva neticesinde M. aleyhin 320 doğumlu olduğu zahiri hali teyit eden rapor münderecatından anlaşılmış olduğundan nüfustaki doğum kaydının ol suretle tashihine dair Hekimhan Asliye Hukuk Hâkimliğinden sadır olan hükmü Yargıtay, «Bu çağda dörtbeş yaşın görünüşle tâyini mümkün olmadığı halde sırf tahmine dayanan rapora müsteniden yazılı olduğu üzere tashihe karar verilmesinde isabet olmadığı...» esbabı mucibesiyle hükmü bozmuştur (37).

Evvelce yaş tashihi dâvalarında, mahallî mahkemeler tarafından iddianın zahiri hal ile mükezzip olduğundan bahisle dâvanın reddedilmesi hallerinde, zahiri halin iddiayı ne suretle tekzip ettiği hususunun hüküm fıkrasında izah ve tasrih edilmemiş olması keyfiyetini Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bozma sebebi ittihaz ediyordu. Fakat Hukuk Heyeti Umumiyesi, dairei hususiyenin bu bozma sebebini mahkemenin takdirine müdahale addetti. Hukuk Heyeti Umumiye kararında, «Müddeialeyhin muayenesini havi heyeti sıhhiye raporu esbabı mucibeye müstenit ve kat'i olmakla beraber delâil ve nasiyeyi halin takdiri de hâkime ait bulunmuş olmasına nazaran ısrar kararı usul kanuna muvafıktır (38). denilmektedir.

Hiç şüphesiz ki, tabiblerin takdir raporlarına müstenit olarak verilen hükumlerde bazan isabetsizlikler olabilir. Fakat ne çare ki hakiki yaşı bulmak için elimizde başka bri vasıta yoktur.

Şu ciheti de bilhassa arzetmek mecburiyetindeyiz ki, C Savcıları tarafından hukuku âmme namına açılan dâvalarda tabib raporlarına müstenit olarak hüküm verilince, bazı kere Nüfus Kanununda musarrah olan delâilin tedariki kabil olmadığı zamanlarda, şahsî dâvalarda da rapora müstenit olarak hüküm verilmesi zaruridir.

— III —

YAŞ TASHİHİNE İMKÂN VERMEYEN HALLER

— I —

BİR KİMSENİN NÜFUS SİCİLLİNE TESÇİLİ TARİHİNİN EHEMMİYETİ

Yaş tashihi dâvalarında üzerinde ehemmiyet ve hassasiyetle durulması icabeden noktalardan biri de, yaşı tashih edilmek istenilen şahsın

(37) Yargıtay 2. H. D., E. 5255, K. 4343, T: 16.7.948.

(38) Yargıtay Hukuk Heyeti Umumiyesi, No: 15...14, T: 10.3.1937.

hangi tarihte ve ne suretle nüfus siciline tesçil edilmiş olduğu keyfiyetidir. Yani, yaşı tashih edilecek olan şahıs doğum ilmühaberine müsteniden mi, yoksa, mektumlar hakkındaki usule tevfikan mı tesçil edilmiştir.... Bütün bu hususlar, yaş tashihi dâvalarında hükme en müessir olan noktalardır.

Ahvali şahsiye sicil kayıtlarına göre, bir kimsenin doğumunun en çok bir ay içinde alâkalı memura bildirilmesi lâzımdır (M. K. m. 39). Aynı zamanda, bir kimsenin doğumundan evvel nüfus siciline tesçiline kanunen imkân yoktur.

Tatbikatta ekseriyetle tesadüf edilen hâdiselerden biri de, doğum ilmühaberlerine müsteniden sicilli nüfusa tesçil edilmiş olan bir kimsenin, tesçil tarihinden sonraki bir tarihte doğduğunu iddia ederek yaşının tashihini istemesi keyfiyetidir. Meselâ, 1928 doğumlu olarak 1929 tarihinde nüfus sicilline doğum ilmühaberine müsteniden tesçil edilmiş olan bir kimsenin yaşını 1932 doğumlu olarak tashihe imkân yoktur. Çünkü, bir kimsenin doğmadan evvel tesçili aklen imkânsızdır. Böyle bir dâvada yüksek Yargıtay diyor ki; «Dâvalının 929 tarihinde kütüğe tesçil edildiği anlaşılmış ve bir şahsın doğmadan tesçili müstebad bulunmuş olduğu cihetle dâva resmi kayıt delâletiyle mükezzeb bulunmuş iken 932 ye tashihine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazı varid olduğundan hükmün (Bozulmasına) 9/8/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (39) denilmektedir. Yüksek Yargıtayın diğer bir kararında da, «Dâvacının oğlu Hasan'ın 2/ Agustos/1341 tarihinde doğup 28 Teşrinievvel 1341 de kayıt edilmiş olduğu beyan edilmiş ve bir kimsenin doğumdan evvel nüfusa kayıt edilmiyeceği tabiî bulunmuş olduğu halde hilâfında mütalâa ile ve iddia şahadetle tahakkuk ettiğinden bahsile 1927 doğumuna tashih edilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varid olduğundan mümeyyezünbih hükmün bu sebeple (Nakzına- 17.2.1942 tarihinde ittifakla karar verildi.» (40) denilmektedir.

Tatbikatta bazan bu nevi dâvalardan bir kısmında şöyle bir iddia ile karşılaşılmaktadır :

Yaş tashihi müddeisi dâva arzuhalinde; 1931 doğumlu olarak, 1932 senesinde doğum ilmühaberine müsteniden sicilli nüfusa tesçil edilmiş olan doğum kaydının, kendisine ait olmayıp ölen kardeşine ait bulunduğunu ve fakat kardeşinin ölüm vukuatı salâhiyetli mercie vaktinde haber verilmediği için nüfustaki sağ kaydının terkini cihetine de gidilemediğini ve

(39) Yargıtay 2. H. D., E. 5684, K. 4545.

(40) Temyiz Tevhidi İçtihat Kararları, Hukuk kısmı, sene 1944, S. 290, Temyiz 2. H. D., E. 358, K. 666.

bilâhara 1935 senesinde kendisi doğduğu zaman, ebeveyninin kendisine aynen ölen kardeşinin ismini verdiklerini ve sicilli nüfustaki ölü kardeşine ait kaydı da yine kendisine izafe ettiklerini iddia eder. Böyle bir vaziyette mahkeme vasıtasiyle değil, idarî mercilere müddeinin ölen kardeşinin sicilli nüfustaki sağ kaydına ölüm işareti verilmek ve müddeinin de mektumlar hakkındaki usule tevfikan tesçili iktiza eder. Fakat bununla beraber, nüfus daireleri böyle bir terkin ve tesçil talebinden şüpheye düştükleri zaman bu muameleyi yapmayabilirler. İşte o zaman kabul edilmeyen kaydın, öldüğü iddia edilen şahsa mı, yoksa sağ kalan kimseye mi, ait olduğunun bilmuhakeme halli lüzumu hasıl olur. Muhakeme neticesinde vâki olan iddianın doğruluğu tahakkuk ederse, ölüye ait olan sicilli nüfustaki sağ kaydının terkinine ve müddeinin mektumdan tesciline karar vermek lâzımdır. Hiç şüphesiz ki, vâki olan iddianın ademi sübutunda dâvanın reddine karar verilmesi zaruridir.

Bu hususlara mütaallik yüksek Yargıtayın bir kararında, «yaşının düzeltilmesi istenilen İbrahim'in 1932 senesinde nüfusa kaydedildiği iddia edilmesine göre 1937 doğumlu olarak yaşının tashihine karar verilmesinde isabet olmadığı gibi şahit Abdurrahman'ın dâvacı Osman'ın İbrahim adındaki diğer bir oğlunun dört sene evvel vefat ettiğini söylemesine göre de bu cihet dâvacıdan istizah edilerek şimdiki oğluna müteveffa oğlunun adını vermekle iktifa ederek nüfusa tesçil ettirmemiş olduğu anlaşıldığı takdirde ait olduğu idarî mercie müracaat etmek üzere dâvanın reddine karar verilmesi lâzım gelirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş olduğundan hükmün bu sebeplerle .Bozulmasına) 23.11.1948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (41) deniliyor.

Bazı dâvalarda, sicilli nüfusta, müddeilerin ana ve babalarının, iddia ettikleri doğum tarihinden evvel öldükleri veya o tarihten sonra evlendiklerinin kayıtlı bulunduğu görülmekte ve nüfus memur veya müdürleri mahkemede bu kayıtlara istinat ederek dâvanın reddini istemektedirler.

Böyle bir vaziyetle karşılaşıldığı zamanlarda, hükümde istical gösterilmeyip, keyfiyet iyice müddeiden istizah ve icabettiği takdirde muhakeme icra olunarak tebeyyün edecek hale göre bir karar verilmesi lâzımdır. Çünkü, herhangi bir sebep ve maksatla mezkûr tarihler müddeinin doğumuna nazaran mukaddem ve muahhar gösterilmiş olabilir.

(41) Yargıtay 2. H. D., E. 7120, K. 5511.

— 2 —

YAŞ TASHİHİNDE AY VE GÜNÜN EHEMMİYETİ VE İKİZLERİN YAŞ TASHİHİNDE HÜKÜM VERİLİRKEN NAZARI İTİBARI ALINACAK OLAN HUSUSLAR

Yaş tashihi dâvası neticesinde hüküm verileceği zaman dikkat edilmesi icabeden hususlardan biri de, yaşının tashihine karar verilecek olan şahsın nüfus siciline tesçil edilirken ay ve günlü olarak mı, yoksa sadece sene olarak mı tesçil edilmiş olup olmadığı keyfiyetidir.

Yaşının tashihine karar verilecek olan şahıs, nüfus siciline ay ve günü belirsiz ve sadece sene olarak tesçil edilmişse; bu şahsın yaşının tashihine hüküm verilirken yine ay ve günsüz olarak tashihine karar vermek lâzımdır. Eğer, evvelce tesçil muamelesi ay ve günlü olarak yapılmışsa tashih yapılırken de yine aynı ay ve günde doğmuş gibi tashihe karar vermek iktiza eder.

Yüksek Yargıtay bu hususa mütedair verdiği bir kararda, «Hüküm rapor ve görünüşe müstenit olup zahiri hale muhalif şahit dinlenmesine mesağ bulunmamış olmasına mebni temyiz itirazları varid görülmediğinden reddine ancak dâvalının doğum tarihinin ay ve günü malûm olmadığı halde ay ve gün tâyin suretiyle hüküm verilmesinde isabet görülmemiş ve bu cihetin ıslahı yargılamaya muhtaç bulunmamış olduğundan ay ve gün kaldırılmak suretiyle hükmün ıslahen (Onanmasına) 16.7.948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (42) denilmektedir.

Yaş tashihi dâvalarında dikkat edilecek diğer mühim bir nokta da; yaşının tashihine karar verilecek olan şahsın, hangi seneye tashihi isteniyorsa o senede aynı ana ve babadan doğmuş bir kardeşi daha bulunup, bulunmadığının da tahkik ve tespiti zaruridir. Çünkü bu hususa dikkat edilmediği takdirde ortada sun'i olarak ve çok yanlış bir şekilde «İkiz» lik halinin teessürüne meydan verilmiş olunur. Böyle bir halde yaşının tashihine karar verilecek olan şahsın, talep edilen doğumda bir kardeşi daha varsa, — ikiz olmadıklarına göre — talep edilen yaş tashihine kayden engel var demektir. Şu kadar ki, yaşı tashih edilecek olan kimse ile, tashihi istenen doğumda kayıtlı diğer bir — aynı ana ve babadan doğmuş — kardeşi daha mukayyet olup, onun da sicilli nüfusta doğumunun ay ve günü belli ise, doğum müddeti nazarı itibare alınarak buna göre kayden bir mâni olup olmıyacağı hesaplanmalıdır.

İkiz olarak dünyaya gelenlerden birisinin yaşı tashih edilirken diğerinin yaşı da — hangisinin daha evvel doğduğu nazarı itibare alınarak —

(42) Yargıtay 2. H. D., E. 5146, K. 4331.

676

onunla birlikte mutlâka düzeltilmelidir. Yoksa aksi halde, ikiz olan kardeşlerin ayrı ayrı senelerde doğmuş olmaları gibi gülünç ve yanlış bir muameleye meydan verilmiş olunur.

— 3 —

BİR KİMSENİN DOĞUM KAYDININ İKİ DEFA TASHİH EDİLİP EDİLEMİYECEĞİ

Yüksek Yargıtayın «Nüfus Kanunu» ile alâkalı dâvaları tetkik eden muhtelif dairelerinin müstekar içtihatlarına göre; yaşı tashih edilmek istenilen bir şahsın doğumu şayet evvelce bir defa tashih edilmiş veya talep edilen yaşa düzeltme isteği evvelce her hangi bir mahkeme tarafından reddedilmişse, bu gibi hallerde artık yeniden yaş tashihine imkân yoktur.

Yüksek Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin bu hususa mütedair bir kararında, «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255 inci maddesi ceza mahkemelerine ceza dâvası zımnında tashihi sin dâvalarına salâhiyet vermekle beraber bu salâhiyetin istimalinde Nüfus Kanunu hükümlerinin nazara alınması lüzumunu da tasrih etmiş olmasına ve hukuk mahkemesinde tashihi sin dâvası reddedilince aynı dâvanın ceza mahkemesinde tekrar bakılması caiz olmamasına ve hâdisede Halime'nin yaşının büyütülmesi hakkındaki dâvanın zahiri halin dâvayı mükezzip görüldüğünden bahsile reddedildiği dosyadaki cevaptan anlaşılmasına göre, hukuk mahkemesinden tashihi sin dâvasının reddi hakkında verilmiş olan kararın kat'iyet kesbedip etmediğinin tetkiki ile neticesine nazaran karar verilmesi lâzımdır.» (43) denildiği gibi, diğer bir Yargıtay kararında da, «Müddeinin yaşı evvelce mahkeme kararıyle tashih edilmiş ve bu karar kaziyyei muhkeme halini iktisap etmiş olduğundan tashih hakkında tekrar vuku bulan talebin reddi icabeder.» (44) denilmektedir.

— IV —

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNUN 255 inci MADDESİNİN SON FIKRASI MUCİBİNCE CEZA MAHKEMELERİ TARAFINDAN VERİLEN YAŞ TASHİHİ HÜKÜMLERİNİN NÜFUS SİCİLİNE İŞLENİP İŞLENEMİYECEĞİ

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3006 sayılı kanunda muaddel 255 inci maddesi vâzıı kanun tarafından, bir ceza dâvasının hükme bağlan-

(43) Ceza Umumi Heyeti, Karar numarası : 423/367, T. 28.11.1938.
(44) Yargıtay 2. H. D., E. 2816, K. 1806, T: 29.9.1932.

ması meselei müstehire olarak âdi hukukla alâkalı bir işin halline bağlı olduğu her hangi bir yerde, bu işin hukuk mahkemesinde halledilmesi ile kesbikatiyet etmesine kadar geçecek uzun zaman zarfında, mahiyet ve usul hükümleri itibariyle bu nevi gecikmelere tahammülleri olmayan ceza dâvalarının — imkân bulunan hallerde — zaman kaybedilmeksizin hükme bağlanabilmesi gayesiyle vaz'edilmiştir.

Mezkûr maddenin son fıkrasına nazaran ceza mahkemelerinde son tahkikat esnasında suçtan zarar görenlerle maznunların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzum görülecek tashihlerin Nüfus Kanunundaki usule göre icrasının ceza mahkemelerine ait olduğu sarahaten anlaşılmakla beraber ceza dâvasındaki tarafların yaş tashihlerini icraya, münhasıran ceza mahkemelerinin salâhiyetli olup, dâvanın bu safhasından sonra hukuk mahkemelerinin yaş tashihine artık salâhiyetleri olmadığı da anlaşılmaktadır. Binaenaleyh, son tahkikat esnasında ceza mahkemesinde görülen lüzum üzerine yapılan yaş tashihlerinin kesbikat'iyet eylemesi halinde; aynen, hukuk mahkemesi tarafından verilip kat'ileşmiş olan yaş tashihi hükümleri gibi her türlü hukukî neticenin meydana geleceği tabiidir. Aksi halde, ceza mahkemeleri tarafından yapılan yaş tashihlerinin sadece yaşı tashih edilen şahsın ceza hükmüne müessiriyetini kabul edip, o şahsın diğer bütün hukukî vaziyetleride hiç bir tebeddülât husule getiremiyeceği mülâhazasiyle şahsın hukuki vaziyetinde kazaî yolla bir ikiliğin husulune meydan verilmiş olunur.

Yüksek Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun bu hususta verdiği kararda, «Ceza mahkemelerince taraflardan birinin yaşları üzerinde yapılacak düzeltmelere dair olan kararların kesinleşmesiyle beraber C. Savcılarına verilip onlar tarafından nüfus dairelerine havale olunacak ilâm suretleri üzerine o dairelerce nüfus kütüklerinde gerekli düzeltmeler yapılmak lâzım geleceğine 1945 yılı Ocak ayının 31 inci çarşamba günü yedi aykırı oya karşı üçte iki oy çokluğunu geçen kırksekiz oyla karar verildi.» (45).

— V —

ASKERLİK ÇAĞINA GELDİKTEN SONRA YAPILACAK OLAN YAŞ TASHİHLERİNİN ASKERLİĞE TESİRİ OLUP OLAMIYACAĞI

«Askerlik Mükellefiyeti Kanunu» nun 2850 numaralı kanunla muaddel 81 inci maddesine göre; askerlik çağına girdikten sonra yaşlarını de-

(45) İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, Numara 22 — 3.

ğiştirenlerin yaşlarında yapılan değişikliğin askerliklerine tesiri yoktur. Ancak, son yoklaması yapılamıyarak askerliklerine karar verilmemiş olanların nüfus kayıtları nasiyeyi hallerini mükezzip ise, Nüfus Kanunu hükümlerine tevfikan yaşlarının tashihi için keyfiyet C. Savcılığına bildirilerek açılacak olan dâva neticesinde verilecek hükme göre askerlikleri yapılır.

Askeri mükellefiyet çağı bulunan 20 yaşına girmeden evvel yapılmış olan yaş tashihleri kabul olunduğundan, yaşı tashih edilmiş olan şahsın askeri muamelesi değişen yaşına göre icra olunur. Hiç şüphesiz ki, bir kimse askeri son yoklaması yapıldıktan sonra da herhangi bir maksatla yaş tashih dâvası ikame edebilir. Askeri son yoklamasının yapılmış olması hali, yaş tashihi dâvasının rüyet ve hükme bağlanmasına mâni değildir. Ezcümle, yüksek Yargıtayın bir kararında, «Dâvacının 931 doğumlu olduğu şahadetle tahakkuk edip nasiyeyi hali de bu ciheti teyit eylemiş olmasına ve askeri kanunlar dairesinde muameleye tâbi olduğu cihetle askerlik muayenesi yapılmış olması tashih dâvasının rüyetine mâni teşkil edemiyeceğine mebni varit olmayan itirazların reddiyle hükmün (Onanmasına) 17.7.1948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (46) denilmektedir.

Kanaatımızca, burada mühim olan bir hususu belirtmeden geçemiyeceğiz. Askerlik Kanununun 81 inci maddesi hükmüne istinaden askerlik meclislerinin veya askerlik daire ve şube reislerinin veya mahallin en büyük mülkiye memurunun talebi üzerine C. Savcıları tarafından ikame edilecek olan yaş tashihi dâvalarına, yaşının tashihi talep edilen şahsın evvelce yaşının tashih edilmiş olması veya mezkûr makamlarca tashihi talep edilen yaşa tashihe kanuni bir mâni bulunması — talep edilen yaşta diğer bir kardeşi bulunması gibi — hallerinde, mahkemelerin bu nevi yaş tashihi dâvalarını reddedecekleri tabiî olmakla beraber, böyle bir mânie muttali olan C. Savcılarının hiç dâva açmamaları ve evrakı gönderen makama iade etmeleri en iyi bir hal tarzıdır. Fakat isimleri zikredilen makamlar, vâkı olan taleplerinde ısrar edecek olurlarsa, böyle bir halde C. Savcılarının, yaşının tashihinde ısrar edilen şahsı «seneyi atiye» bırakabileceklerini kendilerine hatırlatmakla iktifa etmelidir.

Askerî ve Mülkî Tekaüt Kanununun 65 inci maddesine göre de, tekaütlük hakkı başladıktan sonra vâkı olan yaş tashihlerinin yapılacak olan tekaütlük muamelesine tesiri yoktur.

(46) Yargıtay 2. H. D., E. 5309, K. 4373.

İKİNCİ KISIM

SOYADI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

— I —

SOYADININ MAHİYETİ

Cemiyet halinde yaşıyan insanların yekdiğerinden tefrik edilebilmesi için her kesin bir isim taşıması nasıl ki içtimaî bir mecburiyet ise, bir memleketteki aileleri birbirinden ayırt etmeğe yarayan soyadlarının istimali mecburiyeti de içtimaî zaruretin tabiî bir neticesidir.

Bilhassa mütemeddin memleketlerde «Soyadı müessesesi», uzun seneler zarfında teamüli bir hukuk kaidesi halinde teşekkül ettikten sonra kendiliğinden mevzu kanunlara geçerek, müspet hukuk sadece bu teamülî ve örfî hukuku teyid ve tespitle iktifa etmişken, 1934 senesinde memleketimizde bu müessese, içtimaî bir hâdise olarak ortaya atılmıştır.

Hiç şüphesiz ki, memleketimizde «Soyadı» nın istimali kanuni bir mecburiyet olarak ortaya atılmadan evvel de bu müessese «Aile ismi» yle eski hukukumuzda mevcuttu. Fakat bu mevcudiyet, kanunileştirilmemiş bir mevcudiyetti...

Cumhuriyetin ilânından beri ciddi bir şekilde teessüsüne çalışılan modern Türk hukukunda, eski içtimaî hayatımızdaki «Aile ismi» tâbiri «Soyadı» olarak yeniden yazılı hukukumuza ithâl edilmiştir.

«Soyadı», bir kimsenin mensup olduğu aileyi diğer aile mensuplarından tefrik ve temyize yaradığı için şahsi değil, daha ziyade ailevidir. Müşterek soyadı taşıyan aile mensuplarından herhangi bir ferdinin usulsüz ve kötü bir hareketi yüzünden, o soyadını taşıyan bütün aile efradının manevî mes'uliyeti mevzubahis olur. Bunun içindir ki, kendi soyadına benzer bir soyadını taşıyan birisinin işlediği kabahatleri, fenalıkları işiten fert, hemen kendisinin bu gibi mücrimlerle ailevî bir alâka ve münasebeti olmadığını etrafa ilân eder. Gazetelerde sık sık rasladığımız bu nevi ilânlar ve dâvalar, ismin şerefini müdafaa geyesine matufturlar..

«Soyadı» aynı aileye mensup fertler arasında doğum suretiyle kendiliğinden ebediyete intikal edip gittiği gibi, ayrıca; evlenme ve evlât edinme gibi hukukî müesseseler sayesinde de iktisap edilir.

«Soyadı» Kanunu hükümlerine göre, herkesin bir soyadı kullanması mecburidir. Bu suretle «soyadı» kullanmak zarureti hasıl olunca, soyadının sahibine aidiyeti keyfiyetini de himaye etmek mecburiyeti hasıl olmuştur.

— II —

SOYADININ İKTISÂBI VE ZİYAÎ

Memleketimizde «Soyadı» nın hukuki mevcudiyetinin 1926 senesinde kabul ettiğimiz Medenî Kanunla başladığını beyan edersek, yazılı hukuk bakımından hakikatı itiraf etmiş oluruz. Yalnız, yazılı hukukun istinat ettiği teamülî hukuk bakımından, «aile ismi» yle Kanunu Medenide yer almış bulunan «Soyadı» nın, kısmen 1298 tarihli Nüfus Nizamname ve Talimatnameleriyle tespit edilmiş olan «Familya namı» yla başladığını ve hattâ bu başlangıcın daha gerilere götürülebileceğini iddia edebiliriz.

Medenî Kanunumuzda, «aile ismi» tâbir edilen soyadını hangi şekillerde iktisap olunabileceğini gösterir muhtelif yollar görülür :

1 — Nesep suretiyle iktisap : Gerek nesebi sahih ve gerekse gayri sahih nesep ve hattâ musahhâh nesep «aile ismi - soyadı» üzerinde müessirdir.

A — Nesebi sahih olan çocuk, babasının ismini taşır ve onun vatandaşlık haklarına malik olur (M. K. m. 259).

B — Nesebi gayri sahih olan çocuk anasının aile ismini taşır (M. K. m. 311).

C — Gayri meşru çocuğun anası olan kadın, çocuğun hakiki babası ile evlendiği takdirde nesep sıhhat kesbedeceğinden çocuğun da ismi değişir, yani bu musahhah çocuk hakiki babasının ismini alır (M. K. m. 247).

D — Tabiî çocuk baba tarafından tanıma veya babalığa hüküm verilmesi halinde anasının aile ismini bırakıp, babasının aile ismini taşımak hakkını kazanır

2 — **Evlenme aktinin tekevvünü ile iktisap** : Evlenme akdi tekevvün ettikten sonra kadın kendi soyadını kaybederek onun yerine kocasının soyadını alır (M. K. 153).

Kocanın ölümü halinde kadın, kocasının soyadını taşımakta devam eder. Fakat, taraflar arasındaki evlilik birliği boşanma veya fesih suretiyle tamamen mürtefi olduktan sonra, kadın artık kocasının soyadını taşıyamıyacağı için, evlenmeden evvel taşıdığı «aile ismini - soyadını» tekrar alır (M. K. m. 126, 141 ve Soyadı Nizamnamesi m. 19).

Medenî Kanunun 141 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre; eğer, evlenmenin hini akdinde dul olan kadın müteveffa kocasının «aile ismini - soyadını» bu ikinci evlenmesiyle zayi edip te, ikinci kocasından da boşanma sebebiyle ayrılacak olursa eskiden taşıdığı soyadına döner. Çünkü, kadın birinci kocasından vefat sebebiyle ayrıldıktan sonra diğer bi-

riyle evlenerek bu ikinci kocasından da fesih veya boşanma gibi bir sebeple ayrılmıştır. Böyle bir vaziyet karşısında kadın, bu ikinci evlenmeden evvel taşımakta olduğu müteveffa kocasının soyadına avdet edebilirse de, arzu etitği takdirde kendi aile ismini, yani kız iken haiz bulunduğu soyadını taşımaya, boşanma hükmü ile birlikte mahkemeden müsaade alabilir.

Medenî Kanunun 153 üncü maddesine göre, evlenme aktinin tekevvünüden sonra kadının, kocasının soyadını taşıması, kadın için hem bir hak, hem de bir vazifedir. Kadının kocasına karşı olan bağlılığı bu suretle haricen ifade edilmiş oluyor; denebilir ki, kadın kendi ailesinden çıkarak kocasının ailesine girmektedir. Hiç şüphesiz ki, bu hal, eski ve tarihi kökleşmiş prensiplerden gelmektedir.

Kanunun bu hükmü âmir hükümlerden olduğu için, bir mukavele ile de bertaraf edilemez. Yalnız biz, bu umumî prensibin bir istisnası olabileceği fikrindeyiz. O da şudur:

M. Kanunun 159 uncu maddesi mucibince evlilik vücut bulduktan sonra kadın, kocasının sarahaten veya zımnen vâkı müsaadesi üzerine bir iş veya bir sanat ile iştigal edebilir.

Tasavvur edelim ki, bir kadın evlenmeden evvelki taşıdığı soyadı ile her hangi büyük bir iktisadî işletme, ticarî, ziraî veya diğer bir teşebbüs tesis etmiş ve bu tesisler de kendi iştigal sahalarında çok geniş bir şöhret temin etmiş olabilirler. Ve hattâ, memleketimizde emsaline sık sık tesadüf ettiğimiz gibi evli kadın, evlenmeden evvelki soyadı ile cihanşümul veya memleket içerisinde musiki, güzel sanatlar... gibi sahalarda büyük bir şöhret ve geniş bir muhit temin etmiş olabilir. Böyle bir vaziyette evlenen kadın, kocasının gerek sarahaten ve gerekse zımnen müsaadesi olmadıkça eski iş veya sanatına devam etmesine kanunen imkân yoktur. Fakat, gerek kocanın müsaadesi ve gerekse, M. K. 159 uncu maddesinin ikinci fıkrası mucibince; kocanın izinden imtinaı halinde kadın, kendisinin bir iş veya sanat ile — meselâ, evlenmeden evvelki soyadını unvanı ticaret ittihaz ederek vücuda getirdiği müesseseyi işletmekte devam etmek istemesi veya şarkı söylemesi— iştigal etmesini evlilik birliğinin yahut bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat etmesi üzerine hâkim tarafından izin verilirse, bu izinle birlikte; evli kadının eski soyadı ile temin ettiği şöhretle faaliyet bakımından çok sıkı ittisali olan müessesesini veya şarkıcılığını eski soyadı ile devam ettirmesine de karar verilir. Çünkü verilen müsaade, evlilik birliğinin veya bütün ailenin menfaatinin, kadının çalışmasına bağlı olduğu mülâhazasiyle verilmiş olacağına göre, kadının evlenme ile taşımaya mecbur olduğu soyadı ile

şarkı söylemeğe veya müesseseyi işletmeğe devam etmesi keyfiyeti verilen iznin gayesini tamamen bertaraf edebilir. İşte böyle bir vaziyette evli kadın —sadece çalıştığı müddetçe— eski soyadını kullanmakta devam edebilir. Veyahut ta İsviçre'de olduğu gibi, hem eski soyadını ve hem de evlenmekle iktisap ettiği yeni soyadını birlikte kullanabilir.

3 — **Evlât edinme ile soyadı iktisabı :** Evlâtlık kendisini evlâtlığa alanın soyadını taşır (M. K. m. 257).

Aralarında tabiî bir usul ve füruu münasebeti bulunmayan iki şahıs arasında aktedilen mukavele ile farazî ve itibarî olarak bir nesep tesisinden ibaret olan evlât edinme, gayri meşru çocukların vaziyetlerini ıslaha medar olan müesseselerden biridir.

Prensip itibariyle evlâtlık, evlât edinen kimsenin «aile ismini - soyadını» alır. Fakat bazı hallerde evlâtlık kendi sayadını taşımak mecburiyetinde kalabilir. Meselâ, evli bir kadın kocasiyle birlikte olmıyarak yalnız başına evlâtlığa alınmışsa, evlât edinen kimsenin soyadını taşıyamaz. Çünkü, karı kocanın yekdiğerinden ayrı soyadı taşımalarına kanunen imkân yoktur. Fakat karı koca birlikte olarak bir kimsenin evlâtlığı olmuşlarsa ve aynı zamanda evlâtlık mukavelesinde de hilâfında bir şart yoksa, o zaman karı koca olan her iki evlâtlığın da evlât edinenin soyadını taşımaları şarttır (47).

— III —

SOYADININ DEĞİŞTİRİLMESİ

«Soyadı Kanunu» muayyen ve muvakkat bir hâdise için tanzim ve vazedilmiş olan geçici kanunlardan biridir. Kanunun meriyet müddeti, neşri tarihi olan 2 Temmuz 1934 ten altı ay sonra, yani 2 Kânunuevvel 1934 tarihinden itibaren başlamak üzere 2 Temmuz 1936 da nihayet bulacaktır. Kanunun bu meriyet müddeti içerisinde, Soyadı Kanununa uygun olmak şartiyle seçilen soyadları, sadece nüfus kütüğüne, doğum tezkerelerine kaydedilecektir. Binaenaleyh, meriyet tarihinin nihayetinden sonra, artık hiç bir suretle serbest soyadı seçimi mevzuubahis olamaz.

«Soyadı Kanunu» nun 10 uncu maddesi mucibince, kanunun tesbit ve tahdit eylediği meriyet müddeti geçtikten sonra soyadlarını değiştirmek isteyenlerin Kanunu Medeninin 26 ncı maddesi hükmüne tâbi olacakları sarahaten tasrih edilmiştir. Bu itibarla, Soyadı Kanununun me-

(47) İsmail Doğanay, Evlât edinme bir kimse kardeşini evlât edinebilir mi? Adalet Dergisi, sene 1948, sayı 6, S. 732.

riyet müddetinden sonra vâkı olan soyadı değişmeleri mahkeme kararı ile olmadıkça hüküm ifade etmez (M. K. m. 38).

Biz bu etüdümüzde, Soyadı Kanununun hukuk sosyolojisi bakımından tetkik ve tahlil etmiyeceğimiz için, tetkikatımızı M. K. nun 26 ncı maddesine istinaden değiştirilen soyadlarına hasredeceğiz. Binaenaleyh, Soyadı Kanununun mevkii meriyette bulunduğu muvakkat müddet içerisinde, mahallin en büyük mülkiye âmirinin yazılı emriyle yapılacak olan soyadı değişiklikleri ile, kanunun 3 üncü maddesi hükmüne mugayir olarak alınmış olan soyadlarının aynı kanunun 6 ncı maddesi mucibince tashih şekillerini tetkik etmeyi mevzuumuz haricinde addediyoruz.

«Soyldı Kanunu» nun meriyet müddetinden sonra, M. K. nun 26 ncı maddesine istinaden ikame edilecek olan soyadı tebdil dâvalarının muhik sebeplere müstenit olması lâzımdır. Medenî Kanunumuz muhik sebeplerin nelerden ibaret olduğunu tasrih etmemiştir. Bugün tatbikat sahasında kabul edilen muhik sebeplerin başlıcaları şunlardır:

1 — Soyadı Kanununun üçüncü maddesine göre alınması yasak olan kelimeler evvelce soyadı olarak alınmış ve bunlar da aynı kanunun 6 ncı maddesi hükmüne tevfikan değiştirilmemişse, bu nevi soyadı tebdili dâvaları muhik sebebe müstenit addedilmektedir.

2 — Soyadı Kanununun mevkii meriyete girdiği zamana kadar ötedenberi taşıdığı ve bütün muhitince yâdolunan aile adından gayri bir soyadı alıp ta eski aile adına dönmeye dair bir talep vukubulursa, kanunun neşrinden evvel nüfus kütüğüne yazılmış veya yazılmamış soyadı alanlar bu soyadının kabuliyle yeni aldıkları soyadını değiştirebilirler, (Soyadı Nizamnamesi m. 4). Yüksek Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin müstekar içtihatlarına göre bu nevi sebepler muhik addedilmektedir. Ezcümle, bu hususa mütedair bir kararda, «... esasen nüfusta (Çömlekoğlu) soyadı bulunduğuna göre verilmiş olan ikinci soyadının kaldırılması lâzım gelirken noksan tahkikatla yazılı şekilde karar verilmesi muhalif ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan mümeyyizünbih hükmün (nakzına) 2/2/1943 tarihinde ittifakla karar verildi» (48) denilmektedir.

3 — Soyadı... değiştirmesi dâvası müddetinin evvelce almış olduğu soyadı, bilâhare intisap ettiği meslek ve sanatı bakımından ticarî bir mahzur doğuruyorsa, tebdil talebi muhik bir sebebe müstenit addedilir.

4 — Müddeinin soyadı, kendisinin mensup olduğu aynı meslek ve sa-

(48) Yargıtay 2. H. D. E. 444, K. 482.

nattaki diğer şahıslar tarafından da alınmış olup iltibasa mahal veriyorsa, tebdil talebi yine muhik addedilir.

5 — Soyadı Kanununun meriyet müddeti içerisinde, mezkûr kanunun 7 nci maddesine göre usulü dairesinde beyanname vererek soyadı almaması üzerine idarî merciler tarafından şahsa resen rasgele bir soyadı verilmiş veya şahsın akrabaları tarafından alınmış olan soyadı idarece yine kendisine izafe olunarak tescil muamelesi icra olunmuşsa bu şekilde verilmiş olan soyadlarını beğenmiyenlerin açtıkları dâvanın sebebini yüksek Yargıtay muhik addetmektedir. Ezcümle, Yüksek Yargıtayın bir kararında, «Dâvacı 1324 doğumlu olduğuna nazaran Soyadı Kanunu gereğince bizzat beyanname verip vermediği ve (Çevik) soyadına ait beyannamenin kim tarafından verildiği ve mumaileyhin eski şöhretinin ne olduğu tahkik ve tetkik edilerek tâyin edecek hale göre bir karar verilmek lâzımgelirken bizzuhul eksik soruşturma ve inceleme ile yazılı şekilde dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz ve itirazlar bu bakımlardan varit olduğundan hükmün (bozulmasına) 9/9/1949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (49) denilmektedir. Diğer bir kararda da, «Dâvacının değiştirilmesini istediği soyadı kendisi tarafından mı alınmış yoksa mercii canibinden mi verilmiş olduğu nüfus idaresinden tahkik olunarak, kendisi tarafından seçilip alınmış ise tebdil için muhik bir sebep bulunmadığından dâvanın reddi ve salâhiyetli memur tarafından verildiği anlaşıldığı takdirde...» (50) deniliyor.

6 — Memleketimizde yeni teessüs etmiş olan çok partili siyasî rejimin mevcut olmadığı bir zamanda neşredilmiş bulunan Soyadı Kanununa göre o zamanlar alınmış bulunan soyadı, bilâhare şahsın intisap ettiği siyasî parti veya cemiyete muarız bir teşekkülün ifade ve rumzu ise, bu sebeple açılacak soyadı tebdili dâvası da muhik addedilir. Meselâ, memleketimizde muhalif her hangi bir partiye mensup olan bir şahsın, hâlen iktidar partisinin bayrağı ve rumzu olan «Altıok» soyadının evvelce alınmış olması gibi...

7 — Soyadı Kanununun 5 inci maddesi mucibince vesayet altında bulunan kimselere takılmış olan soyadları, vesayet altında bulunan şahıs rüşt yaşına gelince, akıl hastalığı veya zayıflığı geçince, mahkemeye müracaatla kendilerine bilvesaye takılmış olan soyadlarının tebdilini talep edebilirler (Nizamname: 25 - 3).

(49) Yargıtay 2. H. D, E. 4929, K. 4338.

(50) Yargıtay 2. H. D, E. 444, K. 482, T. 2/2/1943.

8 — Soyadı Kanununun 4 üncü maddesi mucibince, babası anası ve baba tarafından erkek kan hısmı olmıyan veya olup ta, akıl hastalığı veya zayıflığından dolayı vesayet altında bulunanların, vasileri tarafından seçilmiş olan soyadlarının, rüşt yaşını idrak ettikleri zaman mahkemeye müracaatla değiştirebilirler (Nizamname 26 ve 28).

9 — Babası, anası, baba tarafından kan hısmı ve vasisi bulunmayan ve anası ve babası belli olmıyanlara mahalle veya köy muhtarı ve ihtiyar heyeti âzaları ve belediye mümessilleri tarafından kendilerine verilen soyadlarını rüşt yaşına geldiklerinde mahkemeye müracaatla değiştirebilirler (Nizamname: 27 ve 28).

Soyadı tebdilinde ileri sürülen sebeplerin «muhik» olup olmadığı hususundaki mahkemelerin takdir hatalarına Yüksek Yargıtay müdahale etmektedir. Meselâ, «Yıldırım» soyadından aynı köyde muhtelif kimselerinde bulunması hasebiyle vergi borcu gibi resmî muamelâtta muhtelif yanlışlıklara sebebiyet veren «Yıldırım» soyadının müddeinin eski aile adı olan «Maltepeli» olarak tebdiline dair Keşan Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen bir hükmü Yüksek Yargıtay, «Yıldırım soyadını köyde başka kimlerin aldığı nüfustan sorularak Yıldırım soyadının tebdilini mucip muhik bir sebep tahakkuk etmeksizin mezkûr soyadının değiştirilmesine karar verilmesinde isabet olmadığı...» esbabı mucibesiyle bozmuştur (51). Diğer bir kararda da müddeinin amca ve amca çocuklarının aynı soyadını kullanmalarını mahzurlu addetmemiştir. Kararda, «Saydam soyadını alanlar dâvacı Serafettin'in amcası ve amca cocukları olduğu nüfus müdürlüğünden bildirilmiş ve bu kimselerin dâvacıya yabancı sayılmıyacağı derkâr bulunmuş iken hilâfına mütalâa ile talebin reddine karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün (Bozulmasına) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 30/9/948 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (52) denilmektedir.

— I —

SOYADINI DEĞİŞTİRMİŞ OLAN BİR KİMSE YENİDEN DÂVA AÇARAK SOYADINI DEĞİŞTİREBİLİR Mİ?

İçtimaî hayatın tekâmülü ile birlikte insanların da düşünce ve telâkkileri daima değişmektedir. Mazide büyük bir kıymet ve ehemmiyet ifade eden bir mefhumun halde, daha az veya çok kıymet ve mâna ifade

(51) Yargıtay 2. H, D, E. 3929, K. 3485, T. 17/6/1949.
(52) Yargıtay 2. H. D, E. 6296, K. 4983.

etmesi mümkün olduğu gibi bu halin istikbalde daha başka türlü değer kazanması da ihtimal dahilindedir. Binaenaleyh soyadının da zamanın seyri içerisinde değer ve mânasını kaybederek tebdilini zarurî kılacak bir mahiyet alabilmesi daima mümkündür.

Ne Soyadı Kanununda ve ne de M. K. nunda «soyadı - aile adı» nın mükerreren tebdilini meneden bir hükme tesadüf etmek imkânsızdır. Şu kadar ki, soyadı müessesesinin gaye ve mahiyeti devamlı ve müstekar bir hususiyet arzetmekte ise de, bu devamlılık ancak soyadının kıymet ve mânasını muhafaza ile kaimdir. Soyadı ifade ettiği mâna ve kıymeti kaybettiği andan itibaren tebdilini muhik bir vaziyete sokmuş demektir. Bu itibarla, her hangi bir kimse soyadını dâva yoluyla tebdil ettikten sonra, değişen soyadını yeniden değiştirmeyi muhik kılan her hangi bir sebebin meydana çıkmasiyle yeniden dâva açarak bunu da değiştirmek hakkına sahiptir. Yeter ki vâkı olan tebdil talebi muhik ve makul bir sebebe istinat etmiş olsun...

Hiç şüphesiz ki, soyadı tebdili için vâkı olan talebin muhik bir sebebe istinat edip etmediğini dâvayı rüyet edecek olan hâkim takdir edecektir. Yüksek Yargıtay verdiği bir kararda, idarî makamlarca resen verilen «Çam» soyadını dâva yoluyla «Akçil» olarak değiştirmiş olan bir kimsenin bilâhare, kendi eski aile adlarının «Türlü» olduğundan bahsile, soyadının «Türlü» olarak yeniden değiştirilmesine mütedair vâkı talebinin kabulü zımnında Konya Asliye Hukuk Hâkimliğinden sâdır olan hükmü, «Evvelce mahkemeye müracaatla dâvacı soyadının Akçil olarak değiştirilmesine karar almış olduğu gibi Mustafa'nın soyadının değiştirilmesi için muhik sebep tahakkuk eylememiş iken yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet olmadığı...» esbabı mucibesiyle bozmuştur (53).

— IV —

SOYADININ HUKUKÎ DEĞER VE HUSUSİYETİ

Cemiyet içerisindeki bir aileyi diğer aileden tefrik ve temyize yarıyan soyadı, aynı ailenin erkek evlâtları vasıtasiyle nesilden nesile müşterek bir mal olarak intikal eder. Binaenaleyh, soyadı, bir ailenin müşterek malı olması ve aynı zamanda o aileye mensup olanlardan başkası da kullanamıyacağına göre aile mülkiyetine dahildir. Fakat bir ailenin «soyadı» üzerindeki mülkiyet hakkı ile o ailenin mamelekine dahil olan maddî mülkiyeti arasında büyük fark vardır.

(53) Yargıtay 2. H. D, E. 8017, K. 5921, Tarih: 17/12/1948.

Mülkiyet hakkının mevzu nakdî kıymeti haiz maddî şeyler olup ve binnetice âhara kabili devir ve ferağ olduğu halde, soyadı üzerindeki hak ne nakten kabili takdir ve ne de âhara kabili devir ve ferağdır.

Soyadı, bir ailenin erkek evlâdı vasıtasiyle o ailenin ecdadının şerefini hatırlatıp ve o şerefi idame ettireceğinden dolayı soyadına karşı vâkı olacak haksız tecavüzler kanunen müeyyidelenmiştir.

Bir ailenin soyadı gasbolunduğu zaman açılacak olan defi dâvasında müruruzaman vâkı değildir, her zaman dâva ikame edilebilinir. Soyadının hibe ve devir edilememesi keyfiyeti bunun en tipik hususiyetlerinden biridir.

Soyadının hukukî himayesini ismin himayesiyle birlikte tetkik etmeyi daha faydalı bulduğumuz için bu ciheti bundan sonraki bölümde tetkik edeceğiz.

ÜÇÜNCÜ KISIM

İSİM VE AÇILACAK OLAN DÂVALAR

— I —

İSİM VE MAHİYETİ

Cemiyet ve aile içerisindeki fertleri yekdiğerinden tefrik ve temyiz için herkesin bir adı vardır. Gerek ferdin ve gerekse âmmenin en büyük menfaati, cemiyeti teşkil eden şahısların yekdiğerinden kolayca ve iltibasa mahal vermiyecek bir şekilde tefrik edilmelerindedir.

Ferdin şahsî beka ve huzuru, başkalarının kendilerini hakikî hüviyetleriyle tanıtmaları ile kaimdir. Bir şahsın, başkalarının iyilik ve faziletlerinden kendi hesabına faydalanamaması isim sayesinde önlenmiştir.

Cemiyeti teşkil eden fertlerin muhtelif iş ve meslek hayatına intisap etmiş olmalarını nazarı itibara alacak olursak, aynı meslek ve iş hayatı içerisinde çalışan şahısların da yekdiğerinden haricen kolayca tefrik edilebilmelerinin şahsî ve içtimaî ehemmiyeti âşikârdır. Sanayi, ticaret ve ziraat erbabının kendi çalışma mahsullerini diğerlerine ait aynı nevi mahsullerden ayırdedebilmek için kullandıkları her nevi harici tanıma vasıtaları da bir isimden başka bir şey değildir. Hiç şüphesiz ki, aynı meslek ve sanayi sahasında çalışanların harici tanıma vasıtası olarak kullandıkları isimlerin, yeter derecede tefrik ve temyiz kabiliyetini haiz olmaları şarttır.

Bir kimsenin ismi şahsî bir hal olması itibariyle, başkasına devir ve ferağ olunamaz.

— II —

ÖZ ADIN TAKILMASI

Medenî Kanunumuzun 264 üncü maddesinin son fıkrasına göre, «çocuğun adını, ana ve babası kor.»

Çocuğa verilecek olan isimde ana ve baba uyuşamadıkları takdirde M. K. nun 263 üncü maddesi mucibince babanın reyi racih ve muteberdir.

Çocuğa takılan isim ancak nüfus siciline kayıt ile takarrür ve teessüs eder (M. K. m. 35).

Öz adın takılması hiç bir kaideye tâbi tutulmamıştır. Ana baba çocuklarını istedikleri isim ile tevsim edebilirler. Fakat bununla beraber bu serbestî başkalarını ızrar etmemekle mukayyettir. Âdaba ve ahlâka mugayir isimler takılamıyacağı gibi şefkat ifade eden ibareler ve binnetice gerek çocuğun ve gerekse üçüncü şahısların menfaatlerini âşikâr bir surette ihlâl eden kelimeler de isim olarak takılamaz. Bu meyanda başkasının «soyadı» da çocuğa öz ad olarak verilemez.

Çocuğa takılan öz ad — küçük isim — sahibini ferdileştirmeli, teşhis etmeli ve aynı zamanda karışıklık yaratmamakla beraber ismin sahibi için bir engel teşkil etmiyecek ve ona zarar vermiyecek mahiyette olmalıdır. Bu hususta umumî bir kaide koymağa imkân yoktur. Sadece çocuğun veya üçüncü şahısların menfaatlerinin aşikâr bir surette olmaması şarttır.

Ana ve babası belirsiz olan kimsesiz çocukların isimlerini intihap hakkı, kendilerini infâk ve iaşe ile mükellef olan belediyelere ve müesselere aittir.

Ana ve babanın çocuklarına öz ad takarlarken muhtelif hususları nazarı itibare alacakları aşikârdır. Öz ad daha ziyade ana ve babanın mensup bulundukları dinin büyüklerine veya kendi ailelerine mensup ölülerin isimleri içerisinden seçilir. Aynı din müntesiplerinin, kendi dinlerinde bulunan büyüklerin isimlerini çocuklarına öz ad olarak takmalarında din bakımından bir memnuiyet yoktur. Nitekim memleketimizde yakın zamanlara kadar İslâm Dininin peygamber isimlerini ad olarak çocuklara takmak yerleşmiş bir usuldü. Fakat son zamanlarda dini prensipler yerine «Lâik» prensiplerin kaim olmasiyle beraber isimlerde de büyük bir tenevvü göze çarpmaya başladı.

— III —

NAMI MÜSTEAR

Öz ve soyadına sahip bulunan herhangi bir kimsenin hakiki hüviyet

ve şahsiyetini gizlemek maksadiyle bizzat kullanmaya başladığı isme, «namı müstear» denir. Bu isim bilhassa; edebiyat ve güzel sanatlar sahasında faaliyette bulunan şahıslar tarafından hususî olarak istimal edilmektedir.

«Namı müstear» istimâl edilmekle şahsın asıl ismi değişmiş olmaz, insan her yaptığı muamelede kendisini teşhir etmek mecburiyetinde bulunmadığından dolayı hususî bir nam kullanması gayri meşru addedilemez.

Namı müstearda iki tane bariz mümeyyiz vasıf mevcuttur :

1 — Bir kimsenin «namı müstear» ismi iktisap edebilmesi için sadece ihraz kastının bulunması kâfi değildir, aynı zamanda iştihar da lâzımdır. Yani, müstear isimde yalnız ihraz kastile iktisap kabiliyeti elde edilemez.

Her hangi bir kimse kendisi için namı müstear olarak bir çok isimleri beğenebilir ve beğendiği bu isimleri de kendi faaliyet sahasındaki muamelelerinde istimâl etmiyebilir. Fakat bu namı müstear isimlerin şahsın beğenip takınması ihraz kasdına delâlet etmekle beraber bütün bu beğenilen isimleri o şahıs tarafından ihraz olunmuş birer namı müstear olarak telâkki ve kabul etmeğe imkân yoktur. Burada mühim olan husus, namı müstearın sahibine ihtisası keyfiyeti için her halde iştiharın husule gelmiş olması cihetidir. Namı müstear isimle faaliyette bulunan şahıs, gerek müntesibi bulunduğu meslek mensupları arasında ve gerekse halk arasında bu nam ile şahsî bir meziyet ve bir muhit iktisap ettiği takdirdedir ki namı müstear isim, sahibine ihtisas temin etmiştir. Yoksa, soyadında ve öz adda olduğu gibi sadece ihraz kasdı kâfi değildir.

2 — Namı müstear ismin âhere sirayet kabiliyeti yoktur. Halbuki soyadı, bazen de öz ad âhare meselâ, eşe ve evlâda geçebilir.

İşte, namı müstear ismin başkaları tarafından tesahup edilememesi keyfiyeti, bu adın sirayet kabiliyetini haiz olmadığını gösteren en canlı bir delildir.

Namı müstear adın, arzedilen şu iki mümeyyiz vasfını tetkik ve tamik edecek olursak bu isimde iki esaslı unsurun mevcudiyetinin şart olduğunu tesbit edebiliriz:

İştihar mevcut olmadıkça sadece ihraz kasdiyle namı müstear ikitisap olunamadığı gibi arzu edilen ve beğenilen ismin bir kaç kerre kullanılmasiyle de iktisabın hasıl olmasına imkân yoktur. Binaenaleyh, namı müstear ismin mevcudiyeti için az çok uzun sürecek bir tasarrufa ve iştihara ihtiyaç vardır. Fakat bununla beraber, iştiharın az veya çok olması keyfiyeti netice üzerinde müessir değildir, az şöhret sahibi de çok şöhret sahibi gibi şöhretini müdafaa edebilir.

Her hangi bir kimse cisme müstenit şahsiyetini doğumla iktisap edebildiği halde hususî şahsiyetini, manevî hüviyetini tedrici bir şekilde ve uzun bir tasarruf neticesinde ancak elde edebiliyor. Hiç şüphesiz ki, bu uzun tasarrufta esas olan yine iştihardır. Zira iştiharsız tasarruf ne kadar uzun bir zaman devam ederse etsin, anmı müstear temine kâfi gelmezken bazan anî bir şöhret tesisine sebep olan tek bir istimâl bile maksadı temine kifayet edebilir.

Gazeteciler, san'atkârlar, edibler arasında namı müstear almak âdet olmuştur. Hatta bazan namı müstear şahsın hakiki isminden çok fazla bir şekilde şöhret alır ve herkes arasında daima namı müstear adıyla yadolunur.

— IV —

İSMİN HİMAYESİ

«İsmin mahiyeti» kısmında da arzedildiği veçhile», isim, sahibinin vücut ve endamını, yüzünün hatlarını, zekâsını, karakterini, hislerini, eserlerini olduğu kadar tavrı hareketini de hatırlatır. Bir isim telâffuz edilince, sahibi hemen gözönüne gelir, ölü ise isim onu canlandırır. Bu itibarla isim şahsın en mükemmel timsali, en yüksek entegrasyonudur. İşte bunun içindir ki, insan kendi şahsı gibi ismini himaye etmeği ve ona hürmet ettirmeyi ister (54)». Binaenaleyh, bir kimse sadece ismi sayesinde içtimaî hayat içerisinde bir mevcudiyet ifade ederek kendisini şahsileştirmiş olabiliyor.

Vazıî kanun şahsiyeti himaye altına almak suretiyle isme karşı vâkı olacak tecavüzleri de menetmiştir. Medenî Kanunumuzun 25 inci maddesi ismi hukukan himaye edilebilen bir hak olarak kabul eder. Bu hak, şahsa merbut haklar meyanında olması itibariyle isim üzerindeki haktan ancak o isim sahibi istifade edebilir ve ismin himayesine dair olan kanunî hükümlere istinat etmek de sadece isim sahibine aittir.

Medenî Kanunumuzun 25 inci maddesi hükmüne nazaran isme vâkı olabilecek taarruzlar ve bu taarruzlar neticesinde ismin himayesi iki şekilde mevzubahis olmaktadır:

(54) Blondel, Etudes juridiques sur le nom patronymique, tez Paris 1905 den naklen Dr. Ferit Hakkı Saymen, Manevi Zarar ve Tazmini, S. 150.

— I —

İSME MÜDAHELE VE İTİRAZ VE İSMİN İHTİLÂFA MAHAL VERMESİ HALİ

İsmin ihtilâfa mahal vermesi demek, kanunî olarak iktisap edilmiş olan bir isme her hangi bir şahıs veya bir makam tarafından itiraz edilmesi demektir. İsme müdahele ve tevavüz halinde, müdahelede bulunan kimse tecavüz ettiği ismi kendisi istimâl etmemekle beraber alenî bir şekilde ismin sahibine ait olmadığını iddia ve beyan ederken inkâr suretiyle isim sahibini iz'aç ve kavlî bir tecavüzde bulunmaktadır. Bu tecavüz hali, bazan matbuat veya kavli bir şekilde olabileceği gibi, bazan da ismin yazılı bulunduğu levha veya tabelenin asılı bulunduğu yerden kaldırılması veya kırılması gibi fiilen de vuku bulabilir. Her iki şekilde vâkı olan tecavüzde de, yani, gerek kavlî ve gerekse fiilî müdahele ve tecavüzün mahiyeti nihayet bir itiraz ve muhalefetten ibarettir. Böyle bir vaziyette ismi ihtilâfa mahal veren kimse, hâkimden hakkının tanınmasını talep ve dâva edebilir. Medenî Kanunun 25 inci maddesinde bu ibare mutlâk bir surette ifade edildiği cihetle, ihtilâfın muayyen bir şekilde tahâddüs etmesi şart değildir. Daha umumî bir tabirle ifade edilecek olursa denebilir ki, ikame edilmiş olan dâvanın mesmu olabilmesi için; ne ihtilâftan bir zarar husule gelmesi ve ne de müdahele eden kimsenin bir kusuru bulunması şart değildir. Fakat bununla beraber, bazan bu gibi hallerde zarar da husule gelebilir. Hatta bu gibi hallerde isme itiraz ve müdahele eden kimsenin kusurlu olması da mümkündür. Böyle bir halde ismine müdahele edilen şahsın M. K. nun 24 ve B. K. nun 41 inci maddelerine istinaden zararın tazminini talep ve dâvaya hakkı vardır. Dâva ikame edilebilmesi için zararın husule gelmesi ve isme itiraz ve müdahele eden şahsın kusurunun bulunması şart değildir. Hatta isme vâkı olan itiraz ve müdahelenin resmî makamlar tarafından olması dahi haizi ehemmiyet değildir.

İsme karşı itiraz ve müdahale muhtelif şekillerde olabilir. Meselâ oğlu ile anlaşamıyan veya kardeşinin uygunsuz ef'al ve harekâtından memnun olmayan ve aralarında mütemadiyen ihtilâflar zuhur den bir kardeş veya baba, kardeşinin veya oğlunun kendi ismini taşımağa hakkı olmadığını ve kendisini bu haktan ıskat eylediğini her yerde söylese ve hatta bunu gazetelerle ilân etse, şüphesiz ki, çocuğun veya kardeşin şahsiyet haklarına tecavüz edilmiş olunur. Kezalik boşanma dâvası esnasında, fakat karar verilmeden önce veya ayrılık halinde koca, karısının kendi ismini taşımağa hakkı olmadığını beyan ve ilân ederse (55), veyahutta bir

(55) Prof. Dr. Ferit Hakkı SAYMEN, adı geçen eser, S. 151.

kimse gazetelerle diğer bir kimsenin taşımakta olduğu soyadının ona ait olmadığını veya o ismi haksız taşıdığını iddia ve ilân ederse isme karşı itiraz ve tecavüzde bulunmuş demektir. Bu gibi kavlî misallerin miktar ve nev'ini çoğaltmak daima imkân dahilindedir.

Bir kimsenin ismini muhtevi levha veya tabelâyı bulunduğu mahalden indirmek veyahutta kırmak isme karşı vâki olan fiilî müdahele ve tecavüz nevilerindendir.

İşte bu şekilde isme vâkı olan itiraz ve müdahele hallerinde, mütecaviz aleyhine tecavüze maruz kalan şahsın dâva ikame edebilmesi için, ne zararın mevcudiyeti ve ne de mütecavizin kast ve kusurunun bulunması icabetmeksizin ismine itiraz ve müdahale edilmiş olan kimsenin bilâkaydüşart yani mutlâk olarak dâva hakkı mevcuttur. Halbuki, biraz aşağıda arzedileceği veçhile, ismin gasbedilmesi halinde, istimâli men için zarar veya ihtimâli zararın mevcudiyeti şarttır. İsmin gasbedilmesi hâdisesinde, zarar veya ihtimali zarar mevzubahis değilse, ikame edilmiş olan dâvanın reddi ikitza etmektedir.

— 2 —

GASP SURETİYLE İSME TECAVÜZ

Umumiyetle denilebilir ki, bir kimse, hakkı olmadığı halde başkasına ait olan bir ismi tamamen alarak teşevvüşe meydan verir veya başka bir aileye ait olan soyadını alarak gûya o aileye mensup imiş gibi kendini tanıtmaya çalışırsa, o ismi gasbetmiş demektir.

Gasp suretiyle isme vâki olan tecavüzler muhtelif şekillerde tezahür edebilir. Meselâ, kocasından boşanmış veya nikâhın feshi suretiyle evlilik rabıtası zail olmuş olan bir kadının bunlara rağmen kocasının isim ve soyadını istimâlde devam etmesi veya evlilik haricinde dünyaya gelen çocuğun henüz babası tarafından tanınmasından veya babalığa hüküm sadır olmadan evvel kendisi doğrudan doğruya mefruz babanın ismi ile yadedilmesi veyahutta zımnen tasvip etmek suretiyle başkalarının bu çocuğa babasının isim ve soyadı ile hitap etmelerine müsaade edilmesi veya bir kimse sahibi bulunduğu hayvanı kasden insan ismiyle çağırması hallerinde, ismin gasbı mevzubahis demektir.

İsmin gasbedilmesi suretiyle isme vaki olan tecavüz misallerini artırmak mümkün olduğu gibi, her gasp hâdisesine göre de tecavüzün şumûl ve mahiyetinin değişeceği tabiidir. İsmin gasbının şekil ve mahiye-

tine göre, ismi gasbedilen şahsın namus, şeref ve haysiyeti haleldar olabileceği gibi iktisadî ve ticarî hayattaki kredisi de mütessir olabilir. Meselâ, bir kimsenin isminin bir roman veya tiyatro eserindeki muhayyel şahıslara, eserin muharriri tarafından izafe olunarak, onları o eserin en kötü kahramanları derecesine düşürmek ve aynı zamanda muhayyel eder kahramanlarına ismi gasbedilen şahsın hayat ve faaliyetlerine müşabih rol ve faaliyetler izafe olunması halinde, veyahutta bilhassa iktisadî ve siyasî buhran devirlerinde neşredilen kara liste ve buna benzer maksatlara yarıyan cetvellere (56) ismin idhal edilmesi gibi hallerde hususiyle şeref ve haysiyetin âmme muvacehesinde himayesi mevzubahis olmaktadır.

Yekdiğeriyle metres hayatı yaşıyan kadın veya erkekten birinin, zabıta veya diğer kayıtlara yekdiğerinin meşru karısı veya kocası imişcesine isim veya soyadı kaydettirmesini menetmek isteyen taraflardan biri, ölmüş büyüklerinin siyasî ve içtimaî hayatı hakkında yazılan kitap veya makalede hatalı olarak yazılmış bulunan bazı tafsilâtın kaldırılmasını talep eden varisleri, kendisile mukavele aktetmediği çalgılı bir gazinonun reklâm ve afişlerine vaz'edilen isminin kaldırılmasını talep eden san'atkâr isminin gasbedildiğini ve bunun himayesi ile şahsiyet haklarının korunmasını mahkemeden talep edebilir.

İsmin gasbedilmesi halinde; kanun, ismi gasbedilen şahsa dâva hakkı bahşetmiştir. Yalnız, bir kimsenin isminin gasbedilmesi halindeki hüküm-le, ismin ihtilâfı halindeki hüküm arasında fark mevcuttur. İsme vaki olan itiraz ve müdahalede, zarar ve ihtimâli zararı ve hattâ vâkı olan itiraz ve tecavüzün kasd'a ve kusura müstenit olmasını aramaksızın isim sahibine kanunen dâva hakkı bahşedilmiş olmasına rağmen, ismin gasbedilmesi halinde; ismi gasbedilen şahıs, bu yüzden zarar veya ihtimali zarara maruz bulunduğunu isbatla mükellef tutulmuştur.

İsmin gasbedilmesi halinde zarar veya ihtimali zarar mevcut değilse, ismi gasbedilen şahsın gasp aleyhine dâva ikamesine hakkı yoktur. Çünkü ismi gasbedilen şahıs iz'aç olunmamıştır.

İsmin gasbında dâva ikame edebilmek için maddî ve manevî bir zararın husulü şart olduğu gibi, zararın vukuunu isbat külfeti müddeiye aittir. Gasbın kast ve kusuru ikame olunacak her dâva nev'i için şart değildir. Zira kast ve kusur, ancak tazminat dâvası ikame olunduğu takdirde mevzubahis olunabilir.

---

(56) Prof.Dr.A.EGGER, İsviçre Medeni Kanunu şerhi, Giriş ve şahsın hukuku, Volf Çerniş tercümesi, Ankara 1947. S.322

— A —

TİCARET KANUNUNA GÖRE İSİM VE ALÂMETİ FARİKANIN GASBEDİLMESİ HALİ

Ticaret Kanunumuzun 56 ncı maddesi mucibince, bir tacir âhar bir tacirin bihakkın istimal ettiği isimler ve alâmetlerle iltibasa meydan verebilecek bir surette isim ve alâmet istimalinden memnudur.

Bu hükümden maksat, isim, unvanı ticaret «Etablissement» işareti, alâmeti fârika gibi tefrik işaretlerinin iltibasa meydan verebilecek bir istimal tarzına mâni olmaktır. Zarar gören tüccar, ismine veya alâmeti fârikasına müdahale ve tecavüz eden diğer tarafın kast veya kusuru olmaksızın da tefrik işaretlerinin men'i istimalini dâva edebilir. Binaenaleyh Ticaret Kanununun 56 ncı maddesinin tatbik edilebilmesi için objektif surette kabili tesbit olan bir iltibas ihtimalinin mevcudiyeti kifayet etmektedir. Yani, zarar gören tüccar müdahale edenin unvanı ticaret veya markalarını intihap ve tesbit ederken kendine ait olan işaretleri kopya veya tağyir etmek kastiyle hareket ettiğini ispat etmek mecburiyetinde değildir.

Bu maddenin vazettiği hükümlerden ancak üstün bir hakka malik olan kimse istifade edebilir. Bu üstün hak ta ancak, istimal ve tescildeki eskilik sayesinde elde edilebilir. Mübadele edildiği iddia edilen unvanı ticareti veya alâmeti fârikayı kim daha önce intihap ve tescil ettirmişse Ticaret Kanununun 56 ncı maddesinden ancak o tacir istifade edebilir (57).

— B —

NAMI MÜSTEARIN GASBEDİLMESİ HALİNDE HİMAYESİ

Bilhassa edebiyat ve diğer sanat sahalarında faaliyette bulunan şahısların hakikî hüviyetlerini gizlemek için kullandıkları namı müstear tamamen bir ismin fonksiyonlarını icra etmekte olduğu için diğer isim nevileri gibi o da aynı tecavüzlere mevzu olabilmekte ve bu iitbarla aynı himayeye muhtaç bulunmaktadır.

Müstear isimle şahsî bir meziyetin iktisabı, o namı müstearın da iktisabını müeddi olur ve binnetice kullanılan isim başkasının müstear namı olsa bile iktisap olunabilir. Zira böyle bir halde, müstear ismi sonradan intihap ederek bu isimle iştihar kazanan kimsenin, bu ismi evvelce istimal eden kimseden müsaade alıp almaması ve hattâ gizli olarak kul-

(57 Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1939, cilt I, S. 196.

lanıp kullanmadığı keyfiyetlerinin de tetkiki hukukî vaziyette bir fark husule getiremez. Çünkü isimde âhara devir ve ferağ kabiliyeti mutasavver değildir ki aynı namı mgstearı evvelce istimal eden şahsın rıza ve müsamahasının müspet veya menfi bir tesiri mevzuubahis olabilsin. Namı müstearda himayeye mazhar olan yegâne cihet, iştihardır. İştiharın kanunen himaye edilmesiyle sanatkârın sây ve meziyeti himaye ediliyor demektir (58).

Soyadı sahibi, isminin başkaları tarafından istimalini men salâhiyetini haiz olduğu gibi isim de isitmal veya müruruzamanla ne iktisap ve ne de izaa olunabilir. Fakat namı müstear, izah edilen sebeplerle bu prensibin bir istisnasını teşkil etmektedir. Zira namı müstearı intihap, fertlerin serbest ihtiyarına bırakılmış olması hasebiyle isimde iştihar husule geldikten sonra, ismin iktisabı zarurî olarak kabul edilmiştir. Binaenaleyh, istimal edilen namı müstearın men'i talebi ancak, aynı ismi kullanan şahsın bu isimle iştihar meydana getirmesine imkân bulamadığı zamanlarda, yani iştihardan evvel nazarı itibara alınabilinir.

Aynı namı müstearı istimal eden her iki taraf için de müstear namda «iştihar» husule geldikten sonra, artık biri diğerini istimalden men edemez. Zira, aynı vasıf ve mahiyette olan iki haktan birini diğerine tercih tâbiri mârufiyle «tercih bilâ müreccih» olur.

Namı müstearı intihaptaki kıdemlilik vaziyeti de hakka esas ittihaz olunamaz. Çünkü, namı müstearı iktisapta en mühim cihet, ismin ihrazı kastı olmayıp sây ve meziyet olunca, bittabi yenisi eskisine feda edilemez.

Namı müstearda iştihar keyfiyeti o kadar ehemmiyeti haizdir ki, evli iken kocasının soyadını edebî sahada istimal eden bir kadının kocasından boşanması halinde de bu isimle iştihar husule geldiği için aynı ismi namı müstear olarak kullanmakta devam edebilir. Çünkü, kadının evlenme ile iktisap ettiği soyadını taşımak hususunda boşanma hükmüyle birlikte uğradığı mahrumiyet, o isimle edebî sahada elde ettiği iştihardan mahrumiyetini müeddi olamaz. Yani, kocasından boşanmış olan kadın, evli iken edebî sahada elde ettiği iştiharı evlenme aktiyle birlikte değil bilâhare kendi meziyet ve kabiliyetleri sayesinde iktisap etmiştir. Binaenaleyh, soyadı olarak taşımaya mezun bulunmadığı bu ismi edebî şahsiyetinin ismi olarak taşıyabilir (59).

Namı müstearın himayesi ancak aynı ismi istimal eden ikinci şahsın o isimle iştihar yaratmasından evvel mümkün olmakta ve aynen diğer

(58) Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin, Şahsın Hukuku, İstanbul 1932, S. 463.
(59) Ebül'ulâ Mardin, adı geçen eser, S. 464.

696

isimlerin kanunen haiz bulundukları her türlü himayeden o da istifade edebilmektedir.

— V —

İSMİN HİMAYESİ DÂVALARI

İsmin himayesi dâvası, hâdiselerin bünyesindeki hususiyet ve ihtimallere göre muhtelif tenevvüler arzetmektedir. Zira bu yüzden ikame olunan dâva bazan sadece istimalin men'ini istihdaf eylediği halde; bazan da maddeten vâkı zararların tazmini talebini ve nihayet mânevî zararın tahassül etmesi yüzünden mânevî tazminat iddiasını tazammun etmektedir.

İsmin himayesi dâvasında müddei; isim üzerindeki hakkı haleldar olan kimse veya kimselerdir. Soyadının himayesi için, aynı aileye mensup oldukları halde evli olmaları itibariyle onu bizzat taşımayan evli kadınlar da dâva hakkını haizdir. Hattâ isim sahibinin ölümünden sonra bile, ölenin aile fertleri, ölene karşı besledikleri saygıya ismen vâkı olacak tecavüz ve müdahaleleri dâva yoluyla men hakkını haizdirler.

İsmin himayesi dâvasında müddeaaleyh; isme tecavüzde bulunan kimse veya bir makamdır.

— I —

TECAVÜZÜN REF'İ VE İSTİMALİN MEN'İ DÂVASI

Tecavüzün ref'i dâvası ismin ihtilâfa mahal vermesi veya gasbedilmesi hallerinden önce ortada hangi durum mevcut idi ise, o durumun aynen iadesini istihdaf eder. Eski durumun aynen iadesi keyfiyetini temin şekilleri her münferit hâdiseye göre muhtelif hususiyet ve değişiklikler arzedebilir. Meselâ, müddeiye hukukan teveccüh eden ismin ihtilâfa mahal vermiş olduğu nisbette tanınması, gasbedilen ismin roman ve tiyatro kitaplarından çıkarılması, ismin kara liste ve sicillerden bertaraf edilmesi ve hattâ isme vâkı olan tecavüz efkârı umumiye nazarında vâkı ve malûm olmuşsa, mahkeme kararının matbuat vasıtasiyle neşrettirilmek suretiyle keyfiyet efkârı umumiyeye bildirilir.

Bu nevi bir dâvanın ikame edilebilmesi için bazı şartların tahakkuk etmiş olması lâzımdır; şöyle ki, ismin gasbedilmesi halinde, gasp iddiasında bulunan kimse isim üzerinde bir hakkı mevcut olduğunu ve gasbın hiç bir hakka istinat etmeksizin bu ismi kullandığını, bu istimalden dolayı kendisine maddî veya mânevî bir zarar geldiğini veya gelmesi ih-

timali bulunduğunu ve aynı zamanda dâva ikame etmekte ya şahsî veya ailevî bir menfaati bulunduğunu ispat etmesi şarttır.

İsmin gasbedilmesi halinde ikame edilecek olan dâvada sadece zarar ve ihtimali zararın mevcudiyeti şartı kâfi olmayıp, aynı zamanda ismi gasbeden veya ona tecavüz eden şahsın o ismi istimale kanunen mezun bulunmaması iktiza etmektedir. Çünkü, gasıp vaziyetinde görünen kimse o ismi istimale mezun ise velevki ismin istimali yüzünden müddei mutazarrır olsa bile istimalin men'i talep olunamaz. Meselâ, soyadı aynı aileye mensup şahıslar tarafından aynı nisbette istimal edilebilineceği cihetle, ef'al ve harekâtı hoşumuza gitmeyen ve bu harekâtı bizim için muzır olan kardeşimizi aynı soyadını istimalden menedemeyiz. Çünkü, kardeşimizin de bizim kadar aynı soyadını taşıması kanunî haklarındandır. Eğer kardeşin bu hattı harekâtı bizim için bir zarar tevlit edecek mahiyette ise, ortada muhik bir sebep mevcut olmasına binaen soyadının tebdili cihetine giderek zarardan ancak bu suretle korunabiliriz.

İsmi vâkı olan müdahale ve tecavüzde zarar ve ihtimali zararı ve hattâ kast veya kusuru aramaksızın müddeiye dâva hakkı tanıdığı halde ismin gasbedilmesi halinde ikame edilecek olan istimalin men'i dâvasında, müddei zarar veya ihtimalî zararın mevcudiyetini ispatla mükelleftir.

İstimalin men'i dâvasında; müddeinin isminin gasbedilmesi neticesi olarak ortada zarar veya ihtimalî zarar yoksa, dâva mesmu değildir. Binaenaleyh, kanunumuza göre böyle bir dâvanın nazarı itibara alınabilmesi için, ortada ismin istimali yüzünden bir zararın vücuda gelmiş veya âtiyen zuhurunun pek muhtemel görülmüş olması şarttır.

Eski hukukumuzda «defi refiden kolaydır» diye hukukî bir vecize mevcuttur. İsmin gasbedilmesi halinde zararın vukuunu bekleyip ref'i suretiyle bu zararı bertaraf etmektense, zararın vukuundan evvel def'i çaresine bakmak şüphesiz ki daha kolaydır.

— 2 —

MADDÎ VE MÂNEVÎ TAZMİNAT DÂVASI

İsmin gasbedilmesi halinde; gasıptan, maddî ve mânevî tazminat talep edebilmek için kusurun bulunması şarttır. Müddei, müddeaaleyhin kastını yani suiniyetini veya ihmal ve dikkatsizlik suretiyle kusurunu ispat etmek mecburiyetindedir. Fakat bu kusurun, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde olduğu gibi hususî ağırlıkta bir kusur olması şart değildir (60). Tazminat talep edilebilmesi için, kusurun suiniyet veya ih-

(60) Egger, adı geçen eser, S. 326, Ferit Hakkı Saymen, adı geçen eser, S. 153.

mal ve dikkatsizlik neticesi olarak husule gelmesi icabettiğinden bu vaziyetlerden hariç olarak tesadüfen ve bir kasta makrun olmaksızın ismin gasbedilmesi hali mesuliyeti istilzam eyliyemez.

İsmin gasbedilmesi halinde mutazarrır olan kimse lehine olarak mânevî tazminata hükmolunabilmesi için, kusurun suiniyet veya ihmal ve dikkatsizlik neticesi olarak husule gelmiş olması şartından başka ayrıca, bu kusurun mânevî tazminatı istilzam edecek mahiyette ağır olması da iktiza etmektedir. Bu şart B. K. nun 49 uncu maddesindeki şartın aynıdır.

Umumiyetle kusur prensibi kast ve ihmal diye ikiye taksim edildiğinden mânevî tazminata hükmolunabilinmesi için failin ağır bir kast veya ihmalde bulunup bulunmadığının hâdisenin hususiyetine göre araştırılması icabetmektedir; yani gasıp, ismi gasbetmek suretiyle mânevî zarara bilerek sebebiyet vermiş ise, hâdisede kast vardır denebilecek; şayet bu zararın meydana gelmesini gasıp istememiş ve fakat halin iktiza ettirdiği itinayı da sarfetmekte büyük bir lâkaydî göstermiş ise, hâdisede ağır bir ihmal mevcuttur denilebilir.

İsmin gasbedilmesi halinde, gasıbın kusurunun manevî tazminatı istilzâm edecek derecede ağır olması şartının takdiri hâkime aittir. binaenaleyh hâkim, gasbedildiği iddia edilen ismin hususiyetlerini ve aynı zamanda tarafların içtimaî mevki ve muhitlerini, isim sahibinin yaşadığı cemiyetteki itibar ve hali hazır vaziyetini, müstakbeldeki muhtemel şöhretini ve gasıbın suiniyet sahibi olup olmadığını tetkık etmekle mükelleftir.

İşte bütün bu şartların tahakkuku halinde mutazarrır lehine olarak manevî tazminata hükmedilir.

Gasbedilen ismin mahiyet ve hususiyetine göre, tecavüzün ref ve istimâlin men'i dâvasiyle birlikte maddî ve manevî tazminat dâvası birlikte ikame olunabileceği gibi, her dâva ayrı ayrı olarak da ikame edilebilinir.

İsmin gasbedilmesi halinde, gasb fiili ile mutazarrırın zararı arasında bir illiyet rabıtasının mevcudiyetinin şart olduğunu ilâve etmek izahtan müstağnidir.

Manevî tazminatı istilzam eden hallerin en tipik misâllerine, ismin bir roman veya tiyatro eserinde gasbedilmesi hallerinde tesadüf edilir. Ancak, roman veya tiyatro eserindeki ismin aynı isim olması hali bir kimseye dâva hakkı bahşedemez. İsim aynı olmakla beraber roman veya piyes kahramanının ifa ettiği rollerle müddeinin hayat tarzı huy ve meşrebi arasında tam bir müşabehet bulunması yani müddeiyi tanıyan bir kimsenin romandaki tiple müddei arasında tam bir benzerlik olduğuna kanaat getirmiş olması iktiza eder.

Hülâsa olarak diyebiliriz ki, isim sahibinin itibarı, namusu, aile hayatı, müstakbel şöhreti itibariyle maruz kalabileceği her türlü zarar alâkadarı «tecavüzün ref'i ve sitimâlin men'î» dâvasını ikameye ve hatta ortada maddî ve manevî olarak suiniyet ve kusura mukarin bir zarar mevcutsa bu zararı tazmin ettirmeye dahi salâhiyetlidir.

İsmin tecavüze maruz kalmasından veya gasbolunmasından mutazarrır olan şahsın dâva hakkının tâbi olacağı müruru zaman hakkında Medeni Kanunda hususî bir hüküm bulunmaması hasebiyle bu kabil dâvaların Borçlar Kanununun 125 inci maddesindeki umumî müruru zamana tâbi olacağını kabul etmek iktiza eder.

— VI —

ŞAHSİYET HAKKI OLMAK İTİBARİYLE İSMİN HUHUKÎ MAHİYETİ

İsme bahşedilen geniş kanunî himayeyi iyice tâyin ve takdir edebilmek için, ismi, başka nevi şahsa merbut haklardan daha geniş ölçüde olmak üzere aynı haklardaki mülkiyet hakkı ile mukayese etmek onun fikrî bir varlık olduğunu daha iyi anlamamıza yardım edecektir.

İsim üzerindeki hak, mülkiyet hakkından başka bir şeniyeti haizdir. Medenî Kanunumuza göre bu hak, insanın şahsile kaim bir haktır. İşte bu itibarla, isim sahibi kendi ismini başka bir kimseye devir ve ferağ (61) edemiyeceği gibi kendi ismi üzerinde her istediği tasarrufta da bulunamaz, onu istediği zaman kolayca değiştiremez, ona bir harf ilâve edemez, yazılışını tağyir edemez. Halbuki, aynı haklardaki mülkiyet hakkı üzerinde hak sahibi, bu hakkını istediği kimseye devir ve ferağ edebileceği gibi, bu hak üzerinde istediği tasarrufta da bulunabilir.

Medenî Kanunumuzun 639 uncu maddesi mucibince müruru zamanla her hangi bir kimse mülkiyet hakkını iktisap ve ziyağ edebildiği halde, ismin başkasına satılmasına, terkedilmesine ve isim hakkı üzerinde müruru zamanın ceryaniyle ismin iktisabına imkân yoktur. Hatta mülkiyet, mameleki bir hak olup para ile kabili takdir ve tâyin olduğu halde medenî sahadaki isim-unvanı ticaret müstesna- mameleki bir kıymeti haiz olmaması hasebiyle para ile kabili takdir değildir, yani onun kıymeti para ile ölçülemez, o insan şahsiyetinin bir timsalidir.

(61) Ticaret Kanunumuzun 46 ncı maddesine göre «unvanı ticaret» mameleki bir kıymeti haiz olması itibariyle ticarethane ile birlikte devir ve temlik edilebilir.

İsim üzerindeki hakkın devir ve ferağının imkânsız bulunması ve aynı zamanda bu hakkın ne ziya ve ne de iktisabı müruru zamanla bir değişikliğe maruz bulunmaması ve hatta isim üzerinde, isim sahibinin bile yazılışını tağyir veya bir değişiklik yapmak suretiyle isim üzerinde tasarrufta bulunamaması ve isim hakkında verilen her türlü kararın mutlaka ilâna tâbi bulunması keyfiyetleri, ismin tamamen bir insanın şahsi haline delâlet ettiğini en kat'i ve en tipik bir şekilde ifade eden araz ve evsaflardandırlar.

— VII —

İSMİN DEĞİŞTİRİLMESİ

İsim, şahsi bir hal olması itibariyle bir kimse istediği zaman ismini değiştiremez. İsim, sahibini diğer insanlardan tefrik ve temyize medar olması hasebiyle kaideten kabili tebdil olmaması iktiza ederse de, Medenî Kanunumuz muhik sebeplere binaen ismin değiştirilmesine cevaz vermektedir (M.K.m.26). Kanunun bu maddesine istinaden bir kimse kendi soyadının tebdilini isteyebileceği gibi öz isminin de değiştirilmesini talep edebilir.

İsmin tebdiline memleketimizde ancak mahkemeler karar verebilir. mahkemenin bu hususta her hangi bir kararı mevcut olmadıkca isim sahibi kendi ismini değiştiremiyeceği gibi diğer makamlar da değiştiremezler.

İsim tebdilini muhik ve zarurî kılan bir çok sebepler mevcut olabilir. Bu sebepleri tâyin ve tesbit etmeye imkân yoktur. İsminin tebdilini talep eden kimse tarafından ileri sürülen sebeplerin, ismin tebdilini muhik kılacak bir mahiyette olup olmadığını takdir hakkı hâkime aittir. Hâkim bu takdir salâhiyetini istimâl ederken, isme tereddüpeden vazifelerden hareket edecektir. İsmin tebdili için ileri sürülen sebepler, ismin vazifelerini gereği gibi yapamadığını gösterecek bir derecede veya başka ve daha yüksek menfaatler ismin tebdilini muhik kılacak mahiyette olmalıdır.

İsmin tebdilini muhik kılacak sebepleri şahsî ve içtimaî olmak üzere iki gurupta tetkık ve mütalâa etmek mümkündür:

A) Şahsî sebepler meyanında ismin, isim sahibinin yaşadığı içtimaî muhitte haddinden fazla çok olması hasebiyle iltibasa mahal vermesi halini arzedebiliriz. Profesör Egger aile efradı arasında öz adların aynı olması hasebiyle ismin iltibasa mahal vermesi sebebini, ismin tebdili için

muhik addetmemektedir (62). Çünkü, bu halin önüne evvelce kolaylıkla geçilebilinirdi, diyor.

İsmin tebdilini muhik kılacak şahsî sebepler meyanında, ismin anlaşılmasının veya telâffuzunun zor olması halini de zikredebiliriz. Diğer bir sebep olarak da, ismin zamanla delâlet ettiği eski mâna ve mefhumunu kaybetmesi neticesi olarak bu günkü içtimaî hayat telâkkileri karşısında ismin gülünç ve iğrenç bir mahiyet iktisap etmiş olması halini beyan edebiliriz.

B) İsmin tebdilini muhik kılacak içtimaî sebepler meyanında olarak bir kimsenin din değiştirmek suretiyle ihtida etmesi haliyle tabiyet değiştirmesini zikredebiliriz.

İsmin tebdili talebi, hakikatta ortada din, menşe ve tabiyet değişmesi mevcut olmadığı halde sırf ticarî veya siyasî maksatlarla ve hakiki vaziyeti gizlemek emeliyle vuku bulursa, böyle bir hâdisede ismin tebdilini muhik kılacak herhangi bir sebep ve himayeye lâyık bir menfaat mevzubahis olamaz. İsmin tebdili kararı kesbikat'iyet eyledikten sonra nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

İlânın ne şekilde yapılacağı keyfiyeti, ismin tebdiline hükmeden hâkim tarafından tensip olunur. İlândan maksat; ismin tebdilinden mutazarrır olan kimseler varsa keyfiyetten onları haberdar etmektir. Çünkü M.K. muzun 26 ıncı maddesinin son fıkrası, böyle bir tebeddülden mutazarrır olanlara itiraz hakkı bahşetmiştir.

İtiraz müddeti; ismin tebdili kararına ittilâ tarihinden itibaren bir senedir. Müruru zaman ittilâ tarihinden itibaren ceryana başladığına göre, böyle bir isim tebdiline ne zaman muttali olunursa o tarihten itibaren bir sene içersinde itiraz hakkının istimâli şarttır, aksi halde bundan sonra isim tebdiline itiraz olunamaz.

---

(62) Egger, adı geçen eser, S. 329.

CAHİLİYE VE İSLÂMDA EVLENME

M. Nevzat TAPLAMACIOĞLU

Bu yazı, İslâm Hukukundaki evlenme şartlarını İslâmdan evvelki Cahiliye devrindeki ile mukayese ve onun, bugünküne nazaran, haiz olduğu özellikleri belirtmek amacını güder. Esasen Medenî Kanunumuzun birinci maddesi, memleketimizde yüzyıllarca uygulanagelen, bu hukuk hazinesinden bazı ahvalde, faydalanmayı kabul etmiştir. Bundan başka, mirasın taksimi (Ahkâmı Feraiz) ve vakıflara ait hükümler, bu hukukun memleketimizde yaşayan kısımlarını teşkil eder. Cahiliye devrindeki karışıklığı ve ailenin ozaman içinde bulunduğu acıklı hali göz önüne getirecek olursak bu hukuk zamanına göre ileri bir hareket sayılabilir. Garpte kaynağı din olan hukukun (Corpus Juris Canonici) tatbik sahası çok dar olduğu halde İslâm Hukuku Büyük imparatorlukları yüzyıllarca ayakta tutan, daha düne kadar bizde, bugün de Hint, Arap, Afgan, İran, Endonezya, Mısır, Kuzey Afrıka ve daha bir çok yerlerde uygulanan canlı bir hukuktur. Gerek örf bağı ve gerekse taşradaki tatbikatı dolayısiyle bununla uğraşmada bizim için faide vardır.

Bu hukukun, batı kaynaklı hukuka nazaran bir çok özellikleri vardır. Bu özelliklerin hepsini burada belirtmeğe imkân yoktur. Mevzuumuz olan aile hukukuna gelince bunu, batılı hukuktan ayıran iki farik vasıf göze çarpar. Bunlardan biri, çok kadınla evlenme (taahhüdü zevcat = Polygamie), diğeri boşanmada kocanın bir taraflı tasarrufu talâkt (repudiation unilaterale) (1).

Bu kısa önsözden sonra, evlenmenin incelenmesini ele alabiliriz.

Evlenme bu günkü anlamda, bir kadınla bir erkeğin bir aile kurmak isteğile meşru bir şekilde birleşmesidir. Asri hukuk evlenmeyi dini törenle ilgisi olmayan ve kaynağını lâik esaslardan alan şekle tâbi bir bağlantı olarak incelemektedir.

Fakat evlenmenin bu anlamı çok yenidir. İnsanlık bu sonuçlara varmadan önce bir çok merhaleler geçirmiştir. Tarih alanında olduğu kadar sosyoloji ve hukuk alanında da evlenme çeşitli manzaralar arzetmiştir. Esasda bir karı ve bir koca olarak görünen aile birliği, eski devirlerde bazan

(1) Hakikatta İslâm Hukukunda ayrılma üç suretle olur, a) bazı mühim sebeplerden dolayı kadının (hâkim) hükmile, b) tarafların karşılıklı rızalarile (Muhalea), c) kocanın bir taraflı tasarrufu ile (tatlik) ve üç defa boşama (talâkı selâsa) ile.

bir çok erkeğin bir kadınla (polyandrie), bazen bir erkeğin bir çok kadınla (polygamie) ve nihayet bir erkeğin bir kadınla (monogamie) evlenmesi şekillerinde görülmüştür. Sosyologlar bu hali, cemiyetin bünye ve kuruluşu ile ilgili görmektedirler. Meselâ : Erkek nüfusu kadın nüfusuna göre çok olan veya devamlı fakirlik hüküm süren memleketlerde bir kaç erkeğin bir kadınla evlenmesi şekli uygulana gelmiştir. Tibet, Keşmir, Yeni Zelanda da bazı kabileler bu zümredendir. Keza eski Bretonların, cermen kabilelerinin ve cahiliye devrindeki arapların bu şekilde evlendikleri tarihen sabittir. Fakat bu tarz evlenmeyi adet edinen topluluğun en tipik misalini, İngiliz Hindistanında Nairler kastında buluruz (2). Bu çeşit evlenme Matriarcal : Ana nüfuzuna dayanan eski deyimle maderşahi aile sistemine yol açan bir evlenme tarzıdır.

Buna mukabil, yine bu bilim erbabının söylediğine göre kadını çok erkeği az olan cemiyetlerde yukarıdakinin aksine olarak çok kadının bir erkekle evlenmesi sistemi revaç bulmuş ve bunun zaruri bir neticesi gibi görünen patriarcal aile sistemi doğmuştur. Bu tarz evlenme Afrika, Asya ve Amerika'nın şimalinde oturan bazı kabilelerde cari olduğu gibi şark milletleri içinde kadına çok büyük saygıyı gösteren İbranilerde dahi carî olmuştur (3). Amerika'daki mormonlar esasta vahdeti zevce esasına dayandığı halde daha sonra çok kadınlı sistemi kabul etmişlerdir... Fakat Birleşik Devletlerin baskısı altında bu usulü devam ettirmekte güçlük çekmektedirler.

Tek kadının, tek erkekle evlenmesi şeklinin, tarihteki en tipik nümunelerinden birine Roma'da rastlamaktayız. Burada aile yine patriarcal sisteme dayanmaktadır. Roma hukuku, aileyi siyasî ve içtimaî nizamının temeli saydığından evlenme hususunda bazı şartlar koymuştur : Tek bir kadının tek bir erkekle evlenmesi, evlenenlerin birbirlerine eşit durumda olması (kefaet) evlenme akdinin şekle tâbi resmi bir muamele olması, karının mal ve canının kocaya ait olması (patria potestas) karının kocaya sadakatı, ve evlenmenin fesha tâbi olmamak vasıflariyle Roma bu akde ilâhî bir mahiyet atfediyor ve kocanın mutlak hâkimiyetini (Manus Mariti) tanıyordu.

Evlilik bağlantısının bu sosyolojik ve tarihi incelenmesine bizi götüren cihet hukukun içtimaî ve iktisadî kaidelere ve bunların da tabiat ka-

(2) (La caste de Nairs) veya Nayars kabilesi ismini alan bu kabile Güney Hindistan'da Malabar sahilinde aristokratik bir sınıftır. Kendilerinin harbçi bir kasttan geldiklerini iddia ederler. Halen oldukça medeni bir hayat yaşamakla beraber matriarcal (maderşahi : ananı nnüfuzuna müstenit) aile sistemini muhafaza etmişlerdir.

(3) Bilâhare ilk Ibranilerdeki bu adet terkedilmiştir.

idelerine bağlılığını bir kere daha göstermek içindir. Nitekim ulaştırma araçlarındaki büyük ilerlemeler sonunda dünyanın muhtelif köşelerinde arızi olarak görülen kadın ve erkek nüfus farkları ortadan kalkmış ve bugün yetişkin milletlerde tatbik edilmekte olan tek kadın, tek kocadan ibaret monogami sistemi diğer sistemlerin yerini tutmuştur.

***

Cahiliye Devrindeki arap kabilelerinde evlenme şekilleri :

İslâmiyetten önceki devre Cahiliye Devri denir. Bu devrin Arap kabileleri, devamlı münazaa ve gazve içinde vakıt geçirirlerdi. Bu devrin arap tarihi, bu kabilelerin ve bahusus güney arapları (Yemenliler) ile İsmail neslinden gelen Kuzey Araplarının (Nizariler) bir birleri ile müansebet ve çarpışmalarına inhisar eder (4).

Bu devir bir karışıklık devridir. Esas din putperestlik olmakla beraber semavî din kaidelerinden bazı izlerine de rastlanıyordu. Buradaki içtimai kurumları incelemek uzun bir konudur. Biz İslâm Hukukunda, evlenmeye yaptığı etki ve tepkileri ölçebilmek, ve İslâm Hukukunun zamanına göre ne gibi yenilikler getirdiğini anlayabilmek için sadece Cahliye devrindeki evlenme şkillerini gözden geçirmekle iktifa edeceğiz :

Hitbe :

Evlenmenin normal şekli hitbedir. Evlenme, adaylık = hitbe ile başlar nikâhla sona erer. Evlenecek bi rerkek (hâtib) kız tarafın aileisne akrabasından birini gönderirdi.

Erkeğin akrabası gelir, kız tarafa hitaben : (Sabahı şerifiniz hayır olsun. Biz sizin emsal ve ekranınızız (kefaet beyanı) Eğer kızınızı bize verirseniz şeref verirsiniz. Biz de sizin şeref ve akrabalığınıza nail olduğumuzdan dolayı teşekkür ederiz. Eğer bizi öğreneceğimiz bir sebepten dolayı reddederseniz sizi mazur görerek geri gideriz.) derdi. Muvafakat olunca mehir kararlaştırılırdı bu takdirde :

Eğer aday (Hâtip) kızını alacağı kabileden ise kızın babası veya kardeşi kıza (Gebe olduğun zaman çocuğunu kolaylıkla doğur. Daima erkek yap, kız doğurma. Tanrı sana çok çocuk versin, seni aziz ve muhallet kılsın. Güzel huylu ol, kocana riayet et, daima temiz ol.) derdi.

Eğer kız aday (Mahtube) erkekle aynı kabileden değilse Baba veya kardeşi (Gebe olduğu zaman çocuğunu kolaylıkla doğur.. Lâkin erkek çocuk doğurma. Çünkü sen yabancıya takarrüp edecek ve düşman doğura-

(4) Kayis, Kureyiş kabileleri nazirilere ve Kinda ve Gassan aileleri de Yemenlilere mensupturlar.

caksın. Güzel huylu ol ve zevcinin akrabasına kendini sevdir. Çünkü onlar her zaman senin kusurunu görür ve işidirler. Nezafet ve tahareti terk etme.) derdi.

Gerek erkek ve gerek kadın adayın rızası alınmadan babaları onları istediklerine verirlerdi.. kızı almak için Cihez - Ağırlık, kızın babasına, yoksa en yakın akrabasına verilirdi (5).

Dayzen veya levirat :

Araplarda en ziyade tenkit edilen âdet bir kimsenin üvey aasiyle evlenmesi şeklidir. Babası öldükten sonra büyük evlât abasını üvey anasının üzerine atarak mehir vermeden üvey anasile evlenirdi.

Evlenmenin bir başka şekli de şu idi :

Kadın on erkekten aşağı olmamak üzere seçtiği erkeklerle uyuşarak cinsi münasebette bulunur. Bir çocuğu olunca bunları yanına çağırarak hangisini seviyorsa çocuğun ondan olduğunu söyler; o da bunu kabul etmek zorunda kalırdı.

İstibda nikâhı :

Asil bir çocuk edinmek için arap erkek karısının başka bir erkekle döl kazanıncaya kadar münasebette bulunmasına müsaade ederdi. Döl alıncaya kadar koca kadına yanaşmazdı. Bu şekildeki mukarenete istibda derlerdi.

Nikâhı bedel :

Karşılıklı rıza ile iki erkek karılarını mübadele etmek üzere evlenirlerdi.

İttihazı ahdan veya nikâhı hadın :

Hür kadınlar açıktan açığa sevişemezlerdi. Gizli dost tutmak suretile buna muvaffak olurlardı. Bunlara araplar Müttehizei hadin derlerdi.. Esasen Cahiliye araplarında memnu olan, açık zina idi. Gizli zina memnu değildi. Câriyeler, her kesle açıktan açığa zina yapabilirdi. Bunlara zaniye derlerdi. Cariyeler her geleni kabul ettiklerine dair kapuya bir bayrak asarlardı. Fakat bu cariye bir gün gelip doğurursa bu erkekler toplanıp bir kadif getirirler. Kadif bu günkü anlamda bir bilirkişidir. Bunun tâyinine göre çocuğun babası tâyin edilirdi.

---

(5) Cihez bu günkü deyimle ağırlık Roma Hukukunda da vardı. Buna Roma Hukukunda Dos = dot derlerdi. Romada evlenen bir kız babasına varis olamazdı. Bu durum karşısında kızın varis olabilmek için babasının ölümüne kadar beklemesi icabederdi. Bu hali önlemek için kızı alana bir ağırlık verilirdi. Bu mehir. İbrani Hukukunda kadının vermek külfetindeki Trahuma şeklinde mevcuttur.

266

Mut'a nikâhı :

Bir erkeğin bir kadınla muvakaten evlenmesi halidir. Peygamber bu hali bir zaruret hali görerek bidayette hiç sesini çıkarmamış, fakat daha sonra kat'î bir şekilde muhalefet etmiştir. Hâlen İran'da bu nikâh şiiler nezdinde caridir.

İşte tam bu hukuki, içtimai karışıklık içinde İslâm dini, hukuk bahsinde, yeni bir tekamül merhalesi olarak doğdu. Bu hukuk heyeti umumiyesi (Corpus Juris) dinî ve hukukî esasları da içine alan geniş bir sistemdir. İsâ dininde dinle dünya ayrı olduğu halde islâm dininde dinle dünya biri birinden ayrılmamıştır. Bu sebepten denebilir ki İslâm hukuku Kazüistik bir hukuktur. Ahlâk kaidelerini tatbik yolunda bazı esasları da ihtiva eder. Bu kısa izahattan sonra islâmdaki sistemi inceleyebiliriz :

İslâmda Aile :

Cahiliye Devrinin en belirli vasfı bir kadının bir çok erkeklerle münasebet kurması yani polyandrie sistemi idi. Peygamber bununla çok meşgul oldu. Zinayı men'i zina nevinden olan döl alma, Bayrak dikme ve trampayı yasak üvey analarla izdivacı menfur addetti... Bu suretle evlenmeyi devamlı ve disiplinli bir müessese haline soktu.. İslâmda evlenme hayvani insiyaklardan uzak şerefli bir akittir. Her bağlantıda olduğu gibi icap ve kabul ile tamam olur. İslâm hukukunda evlenmeinn iki şekli vardır :

1 — İstinkâh (nikâhlamak) (mariage),

2 — Teserri (odalık alma) buna istifraş da derler (concubinage).

İstinkâh yolile hür olan her erkek dört kadın alabilir teserri yolu ile maddi kudretinin yettiği kadar alabilir. Teserri yolu yalnız hür olan erkeklere has bir tariktir. Rakik yani köle yalnız ikiye kadar istinkâh suretile kadın alabilir. Keza hür kadınlar da ancak istinkâh yolu ile evlenebilirler. Kölesi ile bir kadının mükareneti memnudur. Ancak kölesini azad (itak) ettikten sonra onunla evlenebilir. İstinkâh, mülkü mut'ayı sağlamak maksadını güder. Mülkü mut'a kadının menfaatı mahsusasına malikiyeti gerektirir. Bu suretle, nikâhı memnu olmayan, kadından erkeğin istifadesi helâldır. Bu istifadeye islâm hukuku dilinde istimta derler. Halbuki Teserri yani odalık tutmada maksat mülkiyetin ta kendisidir. Buna mülkü rakabe (nue - propriété - çıplak mülkiyet) derler.. O halde cariyedeki mülkiyet zati bir rakabe mülkiyeti olduğu halde nikâhlıdaki mülkiyet bir menfaat mülkiyetidir. Buda bu iki müessesenin hukuki durumunu, belirtmeğe kâfidir. Şu kadar varki hür müslim kendisinin müstakillen memlûkü bulunan cariyesinin rakabesi zımnında mut'asına da (yani menfaatına da) mâlik olur.. Tarifteki müstakil kaydı. Bu menfaatta iştirakin

kabul edilmeyişidir.. Teserri, nikâhlanmaya lüzum kalmadan mut'adan müfit olmayı tazammün eder. Yalnız cariyenin daha evvel itak edilip edilmediği hakkında şüphe varsa mükarenetten evvel nikâh yapılır ki bu nikâha nikâhı tenezzühî derler.

İslâmda nikâh... bu akdi mütaakip mehrin edası ve rızaların tesbiti ile tamam olur. İki erkek veya bir erkek iki kadın şahit huzurunda karı koca veya tarafları evlenmek arzusunu izhar ettikleri andan itibaren evlilik mevcuttur. Akit kuvvetini tarafların rızalarından alır. Nitekim bu günkü hukukta da bu böyledir. Evlenme memurunun rolü tarafların rızasını tesbitten (constatation du consentement des parties). Burada biraz izahat verelim. Yani evlilik karı kocanın arzularını beyan ettikleri dakikada mevcuttur. Bunun memuru mahsus huzurunda tekrarı yeniden bir şey ortaya koymuş değildir. Sadece mevcut olan bir vaziyeti meydana çıkartır. Yoksa sırf bu memur huzurundaki beyanat veya memurun rızalar telâhuk etmediği halde nikâhınızı aktettim deyip memur kendiliğinden bir hukuki vaziyet ihdas edemez. Nikâhta şahitlerin bulunması iki esasa dayanır. Evvelâ evlilik için bir ispat vasıtası olur; saniyen zinayı önler.. Bu hukukta mühim olan bir tarafda nikâhın veli, vekil, resul ve füzuli (yani vekâleti olmadığı halde bilâhare temin edeceği icazetle sahih bir şekilde temsile kadır mümessil) tarafından asile müzaf olmak üzere yapılabilmesidir. Şu kadar var ki füzulinin tasarrufu asil veya vekilinin icazetine bağlıdır. Bu icazet verilmediği takdirde mehir ve miras lâzım gelmez.

Mehir = ağırlık = (dot) :

İslâm hukukunda birde mehir namile bir cihez vardır. Bunu açıklamadan önce diğer hukuk müesseselerindeki benzerlerini gözden geçirmek faideli olur. Cahliye devrinde mehir daha ziyade kızın velisine verilen adeta bir satınalma bedeli idi. Yahudilerde hizmet mukabili nikâh (Mariage de service) vardı ki bu bir hizmetin bedeli sayılmakta idi. Romalılarda Dos = dot evlenen kadınların babasının mirasından mahrumiyetini telâfi uğrunda ihtiyar edilmekte idi. İslâmdaki mehir ise evlenen kadına bizzat verilen bir bedeldir. Bu halile cahiliyet devrinin mehrinden ayrıldığı gibi Roma telâkkilerinden de ayrıdır.

Mehir (müsemma) müeccel muaccel olmak üzere iki kısımdır.. Muaccel olanı peşinen verilir. Müeccel ola nerkeğin vefatı veya boşanma neticesi verilirdi. Fakat mehir şart kılınmadan yapıla nnikâhlarda lüzum ifade ederdi. Mehir, kadının içtimai durumuna göre (mehri misil olarak) (6) her vakit alınabilirdi.

---

(6) Mehri misil, kadının içtimai durumuna göre daha sonra bilirkişi tarafından takdir edilen mehirdir. Bunun karşılığı mehri müsemmadır ki taraflar bunu aralarında kararlaştırırlar.

Evlenmenin şartları :

1 — Karı kocanın şer'i mânilerden berî olması tarafların biribirinin, icap ve kabulünü işitmesi, ve akit yapılırken iki ilsâm şahit veya bir erkek iki kadın şahit bulunması şarttır.

Erkeğin şer'i mânileri, hür olduğuna göre dört: esir olduğuna göre iki nikâhlısı olmak yahut kendisi müslüman olmamak veya mürted (islâm dininden başka bir dine geçmiş) veya dinsiz olmaktır. Erkeklere ait iddet müddeti (délai de viduité) içinde bulunmak da şer'i bir mânidir.

Karının şer'i mânileri, başkasile evli olmak, 2) İddet müddeti içinde olmak, 3) Müşrik olmak (putperest veya mürted) tır. Kitabı (gens de livre) yani yahudi veya hiristiyan olmak kadın için şer'i bir mâni değildir.

Karı kocanın şahıslarına muzaf olan bu mânilerden başka evlenmenin sahih olması için şu şartların da vücudu lâzımdır.

1) Müstakbel karı koca arasında evlenmeye mâni olacak derecede nesep sıhriyet ve süt hısımlı olmaması,

2) Karının evleneceği kocada ndaha evvel üç defa boş (talakı selasa) olmaması, (7)

3) Mümeyyiz sabi ve köle için veli veya mevlânın (mevlâ esirin sahibi) izini,

4) Baliğ ve âkil iseler sarih rızaları,

5) Zevcin zevceye eşit olması (kefaet).

Nikâhın Hükmü :

Evlenmenin hükmü eski deyimle, A) Helâliyet, B) Harimetü müsaheret ve C) Verasettir.

A) Helâliyet karı koca arasında evlilik devam ettikçe şer'an biri birinden evliliğin icabettirdiği şekilde istifade etmektir ki buna istimta derler.

B) Harimetü müsaharet yani evlilik rabıtası teessüs ettikten sonra erkeğin usul ve füruu, kadına, kadının usul ve füruu erkeğe haram olur. Bunun neticesi olarak kadın üvey oğlu ile; erkek, üvey kızı ile evlenemez. Hattâ bunlar biri birine kötü gözle bakarsa karı kocaya haram olur.

(7) Erkeğin talâkı selâse ile boşanmış kadını tekrar alması ancak arada karının ikinci bir şahısla evlenmiş ve ayrılmış olması ile mümkündür. Buna eski hukukta hülle yaptırmak derlerdi.. Bu şekilde boşanan kadına hülle yapılırsa eski kocası ile yeniden evlenebilirdi.

3 — Veraset :

Karı kocadan biri ölürse ötekisi ona vâris olur.

Yukarıda tarif ettiğimiz şekilde sahih bir nikâh kıyıldıktan sonra kadın hakkında başka bir erkekle evlenmemek, kocası için nefsini hapis etmek ve kocasının izni olmadan dışarıya çıkmamak (semi - claustration) mükelefiyeti ve koca için de mehir ve nafaka vecibesi doğar.

İslâmî nikâhta muhayyerlik (görme, ayip, şart ve vasıf muhayyerliği) olmadığından taraflardan akitte muhayyerlik şart edilse akit muteber şart batıl olur.

BİBLİYOGRAFYA :

Aile Hukuku — Esal Arsebük
İslâm — Dominique Surdel
Hukuku islâmiye ve istılâhatı fıkhiye kamusu — Nasuhi Bilmen
Münakehat ve müfarekat — Mehmet Zihni
Tarihi Dini İslâm — Mehmet Esat
Türk Hukuk Tarihi — Dr. Coşkun Üçok
İnstituciones de Derecho romano — Eusebio Diaz
İslâm Hukuku — Sabri Şakir Ansay
Nacionalidad de la mujer casada E. Diaz Morera
Hulasatül muhtarin — Süleyman Sırrı.

BİBLİYOGRAFYA

Kâzım DERELİ : «Hukukî Vecizeler» Ankara Yeni Cezaevi Matbaası : 1950, Kr. 100.

Adalet Bakanlığı Yayım Müdürlüğünde yıllardanberi başarı ile çalışmakta olan arkadaşımız Kâzım Dereli, evvelce yayınladığı **«Güzel Seçme Sözler»** adlı kitabından sonra bu kerre meslektaşlarımızı ilgilendiren **«Hukukî Vecizeler»** adlı bir kitap daha yayınlamıştır.

«Hukukî Vecizeler», Kâzım Dereli'nin, bu işlerdeki bilgi ve tecrübesi neticesi zarif bir şekilde tabedilmiş, kitabın ön sözü, değerli hukukçularımızdan, Hâkim Âkil Önder tarafından yazılmıştır.

Kitap; **Adalet, Hak, Hakikat, Hukuk, Hâkim, Avukat, Kanun, Dâva, Suç ve Af** gibi mefhumlar hakkında tarih boyunca söylenmiş ve beşeriyetin malı olmuş vecizelerle billûrlaşmış fikirlerin derlenmesinden meydane gelmiştir. İlmî tasnife tâbi tutulmak suretiyle tertiplenmiş olan vecizelerle fikirlerin cümlesi okuyanı, tesiri devamlı olmak şartiyle, teemmüle ve muhakemeye sevkedecek değerdedir.

Adedi pek çok olan ve toplu bir halde bulunmayan bu nevi vecize ve fikirlerin temini ve tasnifi için sarfedilen mesainin kıymeti, kitabın okunmasiyle anlaşılacaktır. **Kültürünü şahsî gayretiyle sağlayan Kâzım Dereli'yi** bu mesaisinden dolayı da tebrik ederiz.

Kitabın Ankara'da Çankaya, Akay ve Akba, İstanbul'da Posta Kusu 588 ve Üniversite Kitap Evinden veya bizzat Dereli'den tedariki mümkündür.

Dr. H. TAN

★

Ord. Prof. Mustafa Reşit BELGESAY : Hukuk Usulü Muhakemleri Kanunu Şerhi. III. üncü bası. Cilt: 1, II, İstanbul Duygu Matbaası, 10 lira.

İstanbul Hukuk Fakültesinde Ord. Profesör Mustafa Reşit Belgesay'ın evvelce yayınladıkları «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi ve Teorik ve Pratik Adliye Hukuku yeniden yazılmak suretiyle III. üncü basılışı yapılmıştır.

Sayın müellifin evvelki şerhlerinde, «Her madde altında o maddenin mâna, delâlet ve şümulü, gerekçesinin anlatılmış olduğu ve diğer maddelerle olan alâkalarına işaret edilmiş bulunduğu; teorik ve adliye hu-

kukunda ise, usul hukuku kaideleri aralarındaki münasebet gözetilerek sentetik bir metodla etüd edildiği ve bunun özel faydaları görüldüğü bu üçüncü tabı önsöz yazısında mufassal olarak belirtilmiştir. Eser bu yazılışında da iki bölüme ayrılmış olup, I. inci bölümde: Usul hukuku kaideleri sentetik metodla etüd edilmiş, II. nci bölümde de kanun maddeleri şerhedilerek daha ziyade teferruat ve pratik meseleler üzerinde durulmuştur.

Kıymetli esere bir kat daha değer kazandıran bir husus da: Yargıtay kararından bahsedildikten sonra bu içtihat hakkında kanunun metin ve ruhuna, ihtiyaçlara uygunluğu bakımından kıymetlendirilerek mütalâa yürütülmesidir.

Kıymetli hukukçunun ilmî ve tatbikî yönlerden tam bir yetkiyle tetkik ederek vücuda getirdikleri «Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi» uygulamada maddelerin mâna ve ruhunun daha çabuk ve daha iyi anlaşılmasını temin edeceğinden meslek mensuplarına büyük kolaylık ve istifade sağlayacaktır.

★

Doçent Dr. Tahir ÇAĞA: «Türk - İsviçre Hukukuna göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukukî Vaziyeti». İstanbul İsmail Akgün Matbaası: 1950, 5 lira.

Kıymetli hukukçularımızdan İstanbul 4 üncü Ticaret Mahkemesi Başkanı Doçent Dr. Tahir Çağa «Türk - İsviçre Hukukuna göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukukî Vaziyeti» adiyle pek muhterem hocaları Ord. Prof. Ebül'ûlâ Mardin'e ithaf ettikleri değerli, telif bir eserlerini daha yayınlamışlardır.

Müellif kıymetli eserlerinin giriş kısmında: Kanunî miras hükümlerinin yanı başında, ölenin iradesine de yer verilip verilemiyeceği ve eğer verilecekse bunun şümulü meseleleri üzerinde durarak bu hususta mevcut prensipleri izah etmektedirler. Bundan sonra konu üç kısımda mütalâa ve tetkik edilerek sırasiyle: 1 inci kısımda: «Türk - İsviçre Medenî Kanununun Mahfuz Hisse Sistemi» başlığı altında «Mahfuz hisseli şahısların kanunî mirasçı sıfatını, Mahfuz hisseli mirasçıların mahfuz hisselerini tereke mallarından aynen istifade hakları ve buna tebean miras hukuku hükümlerinden çıkan tahditler ve aynî haklara mütedair hükümlerden çıkan tahditler» izah olunmuş ve tasarruf serbestisi ile kanunî mirasçılığa ait hükümler arasındaki münasebetler üzerinde durularak elde edilen netice bilhassa tebarüz ettirilmiştir.

II. nci kısımda: «Mahfuz hissenin şartları» başlığı altında «Kanunî

mirasçı sıfatiyle naili miras olmak, Kanunî mirasçı sıfatını her hangi bir sebeple zayi etmemiş olmak, Kanunun kendilerine mahfuz hisse tanıdığı mirasçılardan olmak gerektiği belirtilmiş ve ilmî tahlileri yapılmış ve birinci, ikinci, üçüncü grup mirasçıların kimlerden ibaret bulundukları ve bunların muhtelif halleri» incelenmiştir.

III. üncü kısımda: «Mahfuz hisse ve tasarruf nisabının tâyininde esas olan miras vaziyeti» başlığı altında «Mirası red ve mirastan feragat, Mirastan mahrumiyet ve Mirastan ıskat hallerinde mahfuz hisse ve tasarruf nisabının ne suretle tâyin olunacağı» esaslı bir şekilde tetkike tâbi tutulmuştur.

Hukukun bu konusunu da tam ve esaslı bir şekilde ihata ederek mevzua derin ve ilmî vukuf ve hâkimiyetle vücuda getirilen eser, emsalleri arasında emniyet veitimatla ihticaç edilecek bir kıymeti haiz bulunmaktadır.

Müellifi, hukuk kütüphanemize kazandırdığı bu değerli eserinden dolayı tebrik eder; kıymetli kitabın yargıç, avukat ve bütün hukuk müntesiplerine çok faydalı olacağını ilâve ederiz.

★

Muin M. KÜLEY: Medenî Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı. İstanbul Cumhuriyet Matbaası: 1950, Kr. 250.

İstanbul Avukatlarından Muin M. Küley Hukukun şuf'a konusu üzerindeki devamlı çalışmaları sonunda hazırladığı etüdünü bu defa «Medenî Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı» adiyle kitap halinde yayınlamıştır.

Konunun tetkiki sırasında kitabın sonuna ilâve edilen listede yazılı şuf'a ile ilgili yerli ve yabancı bilûmum kitap, yazı, karar gözden geçirilmiş olup eser her bakımdan eksiksiz olarak vücuda getirilmiştir.

Müellif, kıymetli eserinde mevzuu teknik cepheden ele almış, nazarî mülâhazalara pratisyen için faydalı olduğu zaman başvurmuştur. Ayrıca içtihatları da değerlerine göre dikkatli bir taramadan sonra almışlar, bu alanda 150 yi mütecaviz Yargıtay içtihadının, ilmî mütalâalariyle birlikte sistematik bir şekilde tahlil ve tenkidi yapılmıştır.

Tatbikatata yargıçlara pratik faydalar temin edecek değerde görülen eser, sayın müellifin adresinden tedarik edilebilecektir.

★

Fehim Ziya ZOGA - Hikmet MURADOĞLU: 36 senedenberi intikal eden hâdiseler hakkında **Yargıtayın Hususî Kanun ve Nizamnamelere ait Yaşayan Bütün İçtihat ve Kararları**. Cilt: 1, 2, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası. Lira: 15.

Yargıtay 3 üncü Ceza Dairesi Raportörü Fehim Ziya Zoga ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Umum Müdürlüğü Başmuavini Hikmet Muradoğlu taraflarından yayınlanan iki ciltlik 1594 sayfalık bu büyük eser; Yargıtayın hâlen mer'î bulunan hususî kanunlarla nizamnamelere mütaallik içtihat ve kararlarını ihtiva etmektedir.

Esere alınan içtihatlar ilmî bir tasnife tâbi tutulmuş, ayrıca vâzıh bir şekilde özetleri de çıkarılmıştır.

Hususî kanun ve nizamname hükümlerine tatbikı epeyce zor olduğundan eserin belli maksatların tahakkuku için hazırlanmış bulunması ayrı bir hususiyet arzetmektedir. Bundan başka, hususî kanun ve nizamnamelerin maksut üzere uygulanıp uygulanmadığını ve ne şekilde uygulanmasının doğru olacağını ancak prensip mahkemesi olan Yargıtayın Yaşayan içtihat ve kararları göreceğinden eser; bu esasa uygun olarak ve tahlilî metoddan da faydalanmak suretiyle hazırlanmıştır.

Kitap, hususî kanun ve nizamnameleri tatbikle veya muamele ifasiyle mükellef olan mahkemelerle savcılıklara, avukatlara büyük faydalar sağlayacaktır.

Yargıtay'a otuz altı yıldanberi intikal eden Hususî Kanun ve Nizamnameler hakkındaki hâdiselere ait yaşayan ve binleri aşan içtihat ve kararları büyük bir itina ile toplamak, tasnif etmek ve muazzam bir masrafa katlanarak yayınlamak suretiyle hukuk kütüphanelerimize ve meslektaşlarına kazandırdıkları bu büyük eserlerinden dolayı müellifleri hararetle tebrik ederiz.

★

Ord. Prof. Mustafa Reşit BELGESAY: **«İcra ve İflâs Kanunu Şerhi»**. 2 nci bası, İstanbul Duygu Matbaası, Sayfa: 390, kuruş: 585.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Ord. Prof Mustafa Reşit Belgesay'ın evvelce birinci tabı çıkan «İcra ve İflâs Hukuku» bu defa yeniden kaleme alınmak suretiyle hazırlanmış ve 2 nci bası olarak İstanbul Üniversitesi yayınları arasında neşrolunmuştur.

Şerhin bu ikinci basımı iki kısma ayrılmıştır:

I. inci kısımda: Şerhin ilk yayınında olduğu gibi «İcra ve İflâs hukuku sentetik ve teorik olarak etüd edilmiştir. Şu kadar ki «bu ikinci basımda ilk tabındaki kadro genişletilmeden, yalnız gözden kaçmış olan bazı hatalar düzeltilmiş» bulunmaktadır. Ayrıca Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin son kararları da gözönünde tutularak bazı bahisler yeniden gözden geçirilmiştir.

Kıymetli şerhin önsöz yazısında: «Sentetik metod hukukun prensip ve teorilerini izah bakımından kanun şerhinden üstün olduğu ve fakat onun yerini tamamen tutamıyacağı ve sentetik metod hukuk tekâmülünün takibini ve çeşitli kaideler arasında irtibat ve münasebetlerinin belirtilmesini kolaylaştıracağı, fakat bu metodla prensip olmıyan maddelerin izahını, hattâ zikrini ihmal etmek zarureti bulunduğu; yoksa, bütün dikkatin prensipler üzerinde tekâsüf edemiyeceği, sentetik metodla yazılan kitapların kanun metinleri ile tamamlandığı takdirde faydalarının mahdut kalacağı» izah edilmiştir. Bundan başka, sentetik metodla yazılmış bir kitapta aynı madde muhtelif bakımlardan muhtelif bahislerde izah edileceğinden okuyucuların aradıkları meseleyi bulmalarının pek kolay olmıyacağı da ilâve olunmuştur. Bu sebeple esere eklenen 2 nci bir kısım maddelerin metni yazılarak her madde altında birinci kısımda verilen izahat hulâsa edilmiş ve birinci kısımda doktrinal bakımından faydası az olması itibariyle yazılmamış olan mahkeme içtihatları da bu kısımda gösterilmiş olup, böylelikle ikinci kısım birinci kısmın madde sırasiyle analitik bir fihristini teşkil etmiştir.

Tatbikatçılarla, hukuk müntesiplerine uygulamada büyük fayda sağlayacak olan kıymetli şerh, İstanbul Üniversitesi Kitabevinden tedarik edilebilecektir.

★

Pratik Hukuk Mecmuası. Yıl: 2, Sayı: 1, Kr. 75.

Yazı işleri Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay tarafından idare edilmek suretiyle İstanbul Avukatlarından Emcet Belgesay tarafından her ay muntazaman neşrolunan Pratik Hukuk Dergisinin Ocak 1950 nüshası: Sayın Mustafa Reşit Belgesay'ın İcra ve İflâs Kanunu Şerhi 7 ve8 inci formaları ilâveleri ile analiz edilen ve aşağıya özetleri alınan Türk, Fransız Yargıtay kararlarını ihtiva etmektedir.

«Sahtecilik ve yazı ekspertizi» (Türk Yargıtayının), «Doktorun tehlikede olduğu haber verilen hastaya gitmemesi», «Delillerin incelenmesi» (Fransız Yargıtayının), «Mirasçılardan birinin dâva hakkı» (Türk Yargıtayının) kararları.

★

Aynı dergi. Yıl: 2, Sayı: 2.

Bu sayıda da: «Akitlerin tefsiri», «Şahsiyeti olmıyan devlet makamına bağışlama», «Muvazaanın ispatı - Nakiz sebeplerinin re'sen nazara alınması» (Türk Yargıtayının kararları), «Avukat ücreti» (Türk Yargıtay Tevhidi İçtihat kararı), «Avukatların mal beyanı mecburiyeti» (Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı), «Babalık dâvası» (İsviçre Federal Mahkemesi kararı) analiz edilmiştir. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu Şerhi 9 ve 10 uncu formaları ilâve edilmiştir.

★

İstanbul Barosu Dergisi. Yıl: XXX. Sayı: 1.

İstanbul Barosunun bu kıymetli Hukuk Dergisi Ocak 1950 nushasile 24 üncü yıl yayınlarına başlamış bulunmaktadır.

Derginin bu sayısı muhteviyatı şunlardır:

Doktrin: Avukak Mün'im Mustafa Selek: Yapı yollar kanunile Medenî Kanunun 656,663 üncü maddelerinin hükümler. Doçent Dr. Sahir Erman: Yalan beyanatta bulunmak suçu. Avukat Dr. Necmeddin M. Berkin: İmralı cezaevi ve modern ıslah sistemi.

İçtihatlar: Danıştay ve Yargıtay İçtihadın birleştirilmesi ve Yargıtay daire kararları;

Kanunlar: Temyiz Teşkilât, Belediye gelirleri, Hukuk usulü muhakemeleri Kanunları tadilleri;

Bibliyoğrafya: N.K.: «Yargıtayın Hususî kanun ve Nizamnamelere ait Yaşayan Bütün İçtihat ve Kararları» ve N.S.Y.: «İflâs Hukukunda Kongordato» adlı kitaplar hakkında.

Meslek Haberleri: Milletlerarası avukatlık kongresi: Ölen avukatlar.

★

Aynı dergi. Sayı: 2.

Avukat Muzaffer Güral: Ketmi bedel dâvaları. Avukat Şevket Karadeniz: Vergi Hukuku ve muhasebe; Yargıtay ve Federal mahkemesi kararları, Üçüncü milletlerarası avukatlık konferansı; Fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap edenler hakkındaki 4237 sayılı kanunun avukatlara şumulü olup olmadığı hakkında; Ölülerimiz; V. S.

★

Son İçtihatlar. Yıl: VII. Sayı: 29. Kr. 50.

İstanbul Yargıçlarından Fevzi Muhip Alperen, Necati Volkan ve Yakup Şekip Musluoğlu tarafından iki ayda bir neşrolunan «Son İçtihatlar»

216

Dergisinin 1950 yılı Mart ayına ait nüshası aşağıya özetlerini aldığımız Yargıtay Ceza ve Hukuk, Danıştay kararlarile çıkmıştır:

Hukuk Bölümü:

«Nafaka, kardeşlerin mükellefiyeti» - «Müşterek mülkiyette idarî tasarruflar -«Miras bırakan üzerinde kayıtlı gayrimenkulün tapuya geçirilmeden satışı» - «İştirak halinde şeriklerin yalnız birisi tarafından yapılan inşaat» - «Şüyuun giderilmesinde hissedarın ölmüş bulunduğunun anlaşılması» - «Aynı konuda bekletici mesele» - «Dispeççi tâyinine dair kararların temyiz kabiilyeti» - «Kollektif şirket» - «Donatıma iştiraki» - «Zamanaşımı» - «Tahliye işleri»;

Ceza Bölümü:

«Şahsî dâvalardaki altı aylık mehil hakkında» - «Tornavida cebir aleti sayılır mı» - «Nüfus tekerelerindeki askerlik işlemlerinde sahtecilik» «Alıkoyma suçu» - «Ceza dâvalarında müdahale usulü» - «Fer'î cezalar» «Meşhut suçlar» - «İş mükellefiyeti»,

İdarî kaza:

«Hâkim ödenekleri» hakkında Danıştayın en son kararı.

★

Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası. yıl: II, Sayı: 18, 1. lira.

İstanbul Üniversitesinde Dr.Zahit İmre, Dr.Sahir Erman ve Dr.Halit Kemal Elbir taraflarından her ay çeşitli konulardaki yazılarla yayınlanan derginin 1950 yılı Mart ayına ait 18 inci sayısı şu yazılarla çıkmıştır:

MAKALELER:

Dr.Mustafa Elmalı: Kalkınmadan anlaşılan ve Türkiyenin şartlarına tatbıkı; Dr.Cahit Talas: Herkese iş; Dr.Vakur Versan: Dünya Devleti fikrinin dayandığı temeller; Federico Barberio: İtalyan sendika kanunu hakkında bazı mütalâalar; Porf. P. Durand'dan çeviren: Dr. B. Köprülü: Parlâmento müzakereleri: II;

SOSYAL HAYAT:

Ziya Tataç: İhtiyarlık sigortasına girmiyen mevsimlik işler - Fikir işçileri kanun projesinin genişletilmesi - Fırın işçileri çalışma saatleri - İşçi sigortaları kurumunun 1949 yardımları:

★★★ : İhtiyarlık sigortası kanunu - Tütün işçilerinin ihtiyarlık sigortası - İş ve işçi bulma kurumu memurlarının durumu - işçilere mesken Halk Bankasının sermayesi:

717

DIŞ MEMLEKETLERDE SOSYAL HAYAT:

Dr.Vakur Versan: İngilterede seçimler; Dr.Zahit İmre: Alman Medenî Kanununun 50 inci Yıl Dönümü;

İÇTİHAT TAHLİLİ:

S.E.: İş Kanununun tatbik sahası - İş akdi tâbirinin mânası - Sanayiden başka sahalarda çalışanların hukukî durumu;

S.E.: Mücbir sebep dolaysile iş akdinin feshi halinde işçilere tazminat verilmemesi;

T.C.Merkez Bankasının Şubat ayı haftalık vazifeleri.

★

İleri Hukuk Dergisi. Sayı: 57.

Mardin Milletvekili Kâmil Boran tarafından heray kıymetli Hukuk yazıları ve seçme Yargıtay ve Danıştay kararlarile yayınlanan derginin 1950 yılı Mart nüshası Necmeddin M.Berkin'in Modern İsviçre Medenî Hukukunda müstakil mesken satışları adlı makalesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun: «Memur müvacehesinde takrirlerle satılan gayrimenkulün başkasına satılması, dolandırıcılık suçunu teşkil edip etmiyeceği», «kocası tarafından koğulmayan kadının kendiliğinden evini terk ederek şeriki le birleşmesi halinde T.Ceza Kanununun 442 inci maddesinin uygulanması haline dair iki; Yargıtay ticaret dairesinin: «Takas ve mahsup isteği ve imzası yırtılmış senet bedeli için dâvacı hakkı», «İcar süresinin bitiminden onbeş gün önce mecuru tahliye edeceğini bildirmiyen kiracı ve icar akdinin yenilenmesi», «Ticaretini teshil için memur istihdam eden tacir», «Şirket ortaklarından birinin ölümünde diğer şeriklerle verese arasında alınacak kararla verese ile şirketin devamı veya şirketten çıkarılması», «Akitten doğan alacakların zaman aşımı ve 7 Eylül Kararı mücbir sebep olmıyacağına dair 5; Yargıtay Hukuk Dairesinin: «Tapu sicillinde kayıtlı olmıyan gayrimenkulü nizasız ve fâsılasız 20 yıldan fazla elinde bulunduranın namına tescil isteği», «Nişan bozulmasile taraflar arasında yapılan ibra senedile açılan tazminat dâvası», «Husumetten dâvanın reddi halinde bütün masrafların dâvacıya yükletilmesi» ne dair 3 adet; Danıştayın: «Belediye daimi komisyon kararına itiraz «serbest ticaretten men» hakkındaki 1 adet kararı ve Hukukta yargılama usulü kanunu gerekçesi.

★

İdare Dergisi. Sayı: 201, 100 kuruş.

İçişleri Bakanlığınca iki ayda bir çok önemli mevzulardaki telif ve tercüme yazılarla çıkarılan «İdare Dergisi» bu sayısiyle 20 nci yıl koleksiyonunu tamamlamış bulunmaktadır.

Derginin Kasım - Aralık 949 ayına ait bu sayısında aşağıdaki münderecat bulunmaktadır :

Tetkikler :

Atalay Akan: İnsan hakları ve ana hürriyetlerinin kollektif garantisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemeleri, Memduh Ergül: Fransız jandarması, Celâl İren: Köy sağlığı, Ragıp Öğel: Kadro açığı, Bakanlık emri aylıkları ve işten elçektirme; Fahri Tokmakçıoğlu: Köyün hüviyeti ve organları, Naci Uluğer: Mülkiye üstünün güvenlik ve huzur görevleri;

Tercümeler :

Hayri Eke: Amerika Belediyeler Maliyesi, A. H. Kalkandelen: Belçika'da nüfus sicillerinin tutuluşu (II), Burhanettin Teker: Devlet idaresi, Vecihi Tönük: İdarî sözleşmelerin nitelik ve özellikleri;

Yabancı mevzuat :

Vecihi Tönük: Yabancı devletlerin Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunları; V. T. : Polonya Cumhuriyetinin 1925 tarihli Yetki Mahkemesi Kanunu;

İdarî Coğrafya :

Sedat Tulga: Ardanuç İlcesi idarî coğrafyası;

İdare Dergisinin 196 ilâ 201 inci sayıları fihristi.

★

Aynı Dergi. Sayı: 202.

Ekrem Talât Avşaroğlu: İstanbul idaresi, Tahsin Erten: Reşadiye «İdare Bölüm içinde», Hulki Metin: Yeni kanun üzerinde düşünceler, A. Hayrettin Kalkandelen: Belçika'da nüfus sicillerinin tutuluşu: 3, Sıddık Tümerkan: İngiltere ve Gal'de mahallî idareler; 3, Burhanettin Teker: Milletlerarası memurlar; «Köy muhtar ve ihtiyar heyeti», «Köy Kanununun 45 inci maddesi», «486 numaralı kanun» ile ilgili Danıştay kararları.

★

Siyasî İlimler Mecmuası. Yıl: XIX, Sayı: 226.

19 yıldanberi her ay çeşitli konulardaki yazılarla neşrolunan derginin Ocak 1950 nüshasında aşağıda gösterilen münderecat bulunmaktadır.

Prof. Hasan Refik Ertuğ: Turizm zihniyeti ve belediyelerimiz, Namık Zeki Aral: Ziraî kredi meseleleri, Muhtar Yazır: Demokrasi ve Devletçilik, Fuat Bayramoğlu: Propagandaya dair: 8, Prof. Marcel Waline: Malî cezaların hukukî maliyeti (tercüme): 1, N. Z. Aral: 1950 - 1951 bütçesi üzerinde düşünceler ve 1949 yılında T. C. Merkez Bankası, H. R. Ertuğ: 1949 yılında olup bitenler; H. R. E.: «Türk Medenî Hukuku» adlı eser bibliyoğrafyası; T. C. Merkez Bankasının aylık hesap vaziyetleri.

★

Aynı Mecmua. Sayı: 227.

Prof. H. R. Ertuğ: Basın hukukunda cevap hakkı, Ekrem T. Avşaroğlu: Türkiye idare taksimatında İstanbul'un yeri, Prof. Henri Laufenburger: Âmme borçları devamlı olarak yükseltilebilir mi? (tercüme); Fuat Bayramoğlu: Propagandaya dair: 9, Marcel Waline: Malî cezaların hukukî mahiyeti (tercüme): 2, H. R. E.): Son kanunlar, Prof. Hâzım Âtıf Kuyucak: Av. İk. İş. İd. Turizm Komitesinin toplantısı, XXX: Sterling sahası ve meseleleri (tercüme), Ömer Rıza Doğrul: Bu ayın olayları, H. R. E. «Suçun kanunî unsurları nazariyesi» adlı kitap bibliyoğrafyası ve saire.

★

Tatbikatta Yargıtay Kararları. Yıl: 1, Sayı: 11, 50 Kr.

İstanbul 4 üncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik tarafından her ay muntazaman tam bir itina ile tatbikatta bütün hukukçulara yol göstermek amaciyle seçme Yargıtay kararalriyle neşrolunan kıymetli huukk dergisinin Mart 1950 nüshası «Haşiyeli Ticaret Kanunu», «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tadili» ilâve formalarını ve şu kararları kapsamaktadır:

Hukuk Genel Kurulunun: «Bir kimsenin başkasının arsasına kendi levazımı ile yaptığı bina», «Tasarruftan menedilen gayrimenkul hissedarının ecri misil talebi», «Ceza tazminatı müddeti içinde malın teslim edilmesi», «Mütaahhidin daha yüksek evsafta mal kullanması zarurî masraf mıdır?», «Muvazaa iddiaları»;

Ticaret dairesinin: «Devlet Denizyollarının supalan vesika», «Yargıtayın bozma kararı dışında kalan hususların kaziyyei muhkeme olup olmadığı», «Komisyoncunun hangi mal bedelinde ücret isteyebileceği», «Kocanın karısına izafeten yaptığı kira mukaveleleri», «Taraflar Yargıtay bozmasından evvelki halden vaz geçebilir mi?», «Ortaklığın feshini isteyebilme şartı», «Mahkemenin vazifesini tâyinde iddia nazara alınır»,

«Eşya naklinde zamanaşımının başlangıcı», «Nakliyecinin mesuliyetinin şümulü»;

Hukuk dairelerinin: «Mukavelede tarafların baba ve kız olmaları halinde beyyine mükellefiyeti», «Nesebi gayri sahih çocukların tescili», «Kocası yabancı memlekette ikame eden kadın Türkiye'de açacağı bütün dâvalarda tazminat vermekle mükelleftir», «Fuzulen işgallerde mahkemenin görevini tâyin», «Başka mahkemelerce yapılan tebitin esas mahkemeyi bağlayıp bağlamıyacağı», «Bünyesi ticari olan müesseselerin okutturduğu talebelerle çıkan ihtilâflar ticaridir», «Kira zammının ödenmemesi» hakkındaki Yargıtay kararları.

★

Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Sayı: 14 - 15.

Üsküdar Sorgu Yargıcı Naim Tezmen tarafından ayda bir neşrolunan «Yeni Hukuk ve İçtihatlar» Dergisinin Şubat - Mart 1950 nüshası güzel bir kapak içinde Edibe Sâfi Dolu'nun «Bir katilin itirafları» tercüme yazısı ve bir adet Yargıtay İçtihadı Birleştirme, altı adet Yargıtay Hukuk, iki adet Ticaret, iki adet İcra ve İflâs, bir adet Ceza Daireleri kararları ve bir adet Devlet Şûrası kararı ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tadiline dair kanun ilâve formasiyle yayınlanmıştır.

★

İş. Cilt: XVI, Sayı: 3.

İstanbul Bayazit Posta Kutusu 16 adresiyle yayınlanan bu aylık derginin Mart 1950 nüshası şu yazılarla çıkmıştır:

İş: Bir Paris mektubu, Dr. M. Koyulhisarlı: İçtimaî siyaset meseleleri, Ahmet Halil: Tortumda ay adları, İbrahim Alâeddin: İbnüleminin teberrüü, Olup bitenler;

K. DERELİ

Yargıtay Kararları

Hukuk Bölümü

Dâvacının istinad ettiği tapu kaydının geldisi 1288 tarihli olup tescilin 944 senesinde yapıldığı anlaşılmasına nazaran dâvacı murisinin ölüm tarihi tespit edilerek Medenî Kanunun 639 uncu maddesinin ikinci fıkrası ve Tatbikat Kanununun 20 inci maddesi gereğince hâdisede zamanaşımı bulunup, bulunmadığının tetkiki icabeder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 1/238-168 — Karar : 123

DÂVA : Dâvacı; Dâvalı aleyhine Kalaycık mevkiinde bulunan ve tapu ile tasarrufunda olan hududu belli tarlasına dâvacının müdahalesinin önlenmesine karar verilmesini istemiştir.

HÜKÜM: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; dâvalıya ait tapunun nizalı yere uymadığı ve dâvacının tapusunun temamen uygun geldiği keşifle anlaşıldığından dâvalının mezkûr gayrimenkule müdahelesinin önlenmesine dair verilen karar Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; dâvacının dayandığı tapunun geldiği 1288 olup dâvacıya intikalen tescili 944 dür. Dâva olunan bu yere 25 senedenberi zilyed olduğunu ileri sürmüştür. Şu hale göre dâvacının murisinin ölüm tarihinin tesbitile tasarruf cihetinin tahkiki ve olayda Medenî Kanunun 639 uncu maddesinin ikinci fıkrası ve tatbikat Kanununun 20 inci maddesi gereğince zaman aşımı olup olmadığının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu yolda bir inceleme yapılmadan karar verilmesinin yolsuzluğundan ötürü bozulup mahalline iade edilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı Hüseyin Aldemir.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dâvacının dayandığı tapu kaydının geldisi 1288 tarihli olup kayıt sahibinin 320 senesinde öldüğü ve intikal muamelesinin 944 senesinde yapıldı-

ğı anlaşılmasına göre Medenî Kanunun 639 uncu maddesinin ikinci fıkrası ve İçtihatları Birleştirme Genel Kurul kararı gereğince bozmaya uymak lâzım gelirken ısrar kararı verilmesi yolsuz olduğundan, hükmün Hukuk Usulü M. U. K. nun 4 üncü maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 870 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 21/12/949, tarihinde oybirliğile karar verildi.

Ceza yargılamasında yapılan keşif, bu keşifte dâvacı hazır bulunduğu ve yapılan işlemlere karşı bir itirazı sebketmediği takdirde Hukuk Yargılamasında da sübut delili olabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 1/235-165 — Karar : 124

DÂVA : Dâvalı hakkında orman idaresi tarafından tutulan kat'iyet zabıt varakası üzerine ceza dâvası açılmış ve hakkında ceza mahkemesince beraet kararı verilmiş ve bu hüküm aleyhine idarece temyiz edilmiş ise de Yargıtayca zamanaşımından dâva düşürülmüş olduğundan bahsile dâvalının Devlet Ormanına ve yedi eminde bulunan ağaçlara müdahalesinin önlenmesine karar verilmesi istenmiştir.

HÜKÜM : Ceza Yargılamasında dâvalının tapularının nizalı yere uygun olduğundan ve müddeabih mahallin orman ile alâkası bulunmadığından ve iki parça tarlanın beş hektardan küçük bulunmasından ve tapulu yerlerden mezkûr ağaçların kesilmiş ve bu hususların keşfen tahakkuk etmiş olmasından dolayı dâvanın reddine dair verilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; orman idaresi tarafından asliye hukuk mahkemesinde açılan dâva üzerine dâva edilen yerin kime ait olduğu hakkında inceleme ve dâva olunanın tapusının da mahallinde uygulama yapılması gerekli iken sulh ceza mahkemesinin yapmış olduğu keşfe dayanmak suretile dâvalının mülkiyetinin kabulünde isabet olmadığı beyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: Kaza hakkını haiz ceza yargıcı tarafından işin keşfen aydınlatılmış olduğundan ve hukuk yargıcının ceza mahkemesindeki delillere bakarak karar verilmesini ve bu delillere istinat etmesini men eden bir kanunî kayıt olmadığından ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrarla karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı taraf adına vekili avukat Hayri Kuloğlu.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Ceza yargılamasında yapılmış olan keşif sırasında dâvacı idare mümessilide hazır bulunmuş ve bu keşfe karşı bir günâ itiraz da bulunmamış ve yeniden keşfi gerektirir bir hal de ileri sürülmemiş olmasına ve mahkemece gösterilen mucip sebeplere göre yerinde olmıyan itirazların rddil eısrar hükmünün ONANMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 620 kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 21/12/1949 tarihinde çoklukla karar verildi.

Murısın, Medeni Kanunun meriyetinden önce öldüğü anlaşıldığı takdirde miras tatbikatında o tarihteki hükümlerin tatbiki icabeder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 1/233-163 — Karar : 126

DÂVA : Dâvacı, dâvalı kayın valdesi Emine ve Velinin kız kardeşi Vahide aleyhlerine kocası velinin 1927 senesinde vefatile veraseti dâvalılarla kendisine intikâl etmiş olduğu halde dâvalılar kendisini ketmetmek suretiyle hudut ve mevkileri belli ev ile bir kıt'a bağ ve beş parça tarlayı kendi namlarına tapuya tescil ettirdiklerine sonradan ittilâğ hasıl edildiğinden dâvalıların istihsâl ettikleri tapuların iptaliyle dörtte bir mülkiyet ve yarı intifa hakkının namına tescili talebinden ibarettir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; Dâvalıların suiniyetle Velinin karısı olan dâvacıyı saklıyarak iddialı gayrimenkullerdeki Velinin dörtte bir hissesini adlarına tescil ettirdikleri tapu kaydı ve veraset senedi ve şuhudün şahadetile sabit olmasına ve bu gayrimenkullerdeki veliye ait dörtte bir hissenin miras bakımından dörtte bir mülkiyetile yarı intifa hakkının dâvacıya ait olacağına mebni dâvalılar namına olan tescilin iptali ile mezkûr gayrimenkullerdeki Veli Hissesinin dörtte bir mülkiyetiyle yarı intifa hakkından dâvacı namına tesciline dair verilen karar Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 10/3/947 tarih ve 1475/1169 sayılı ilâmile onanmış ve işbu onama kararı aleyhine dâvalılar tarafından vukubulan karar tashihi talebine mebni keyfiyet adı geçen daire-

ce yeniden ve tashihen incelenerek; dâvacı Meryem ölü velinin karısı ve bu suretle intikal hakkı eshabından olduğu nüfus dairesinden gelen cevapla dâva olunanların ikrarından ve ölü Veli ile dâva olunanlara iskânen gayrimenkullerin Veli'ye ait dörtte bir hissesi dâva olunanlara miras yoliyle intikal eylediği anlaşılmış ve bu suretle adı geçen terekenin mirasçıları arasında ve harici taksim neticesinde dâvalı gayrimenkullerdeki hissenin dâva olunanlara intikal eylediği tahakkuk eylemiş olmasına ve bu hususa dair tashih dilekçesinde ileri sürülen bu itirazın reddine; ancak muris Veli'nin ölüm tarihine göre müteveffanın terekesinde dâvacının ancak dörtte bir hissesi olduğu halde mahkeme kararında bir hisse ile ayrıca, yarı intifa hakkının dâvacıya aidiyetinin karar altına alınması kanuna aykırı bulunmuş olduğu halde bu karar dairece onanılmış olduğundan tashih istidasının kabuliyle musahhahunbih kararın kaldırılmasına ve hükmün bozulmasına karar verilerek geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Vahide ve Emine vekilleri Fehmi İyibilgin.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

İptali dâva olunan tapu kaydında miras bırakan velinin ölüm tarihi 1340 ve dosyada bulunan nüfus kaydında ise Nisan 1926 olarak gösterilmesine göre bozmaya uyulmak gerekirken bazı sebepler ileri sürülerek yazılı şekilde ısrar kararı verilmesi yolsuz olduğundan hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA) ve aşağıda müfredatı yazılı 720 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 21/12/1949 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Dâva mevzuu iş, dâvacıya vahidi fiat esası üzerinden verilmiş olması itibarile dâvacının tahakkuk eden istihkak dışında ayrıca bir bedel istemeğe hakkı yoktur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : T/119-60 — Karar : 137

DÂVA : Dâvacı, dâvalı belediyeye inşa eylediği binaya Belediye Fen

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

Müdürlüğünün emriyle % 22 fazla kereste sarfetmek suretile 7000 lira zarar görmüş olduğundan bu paranın faiz ve ücreti vekâletle birlikte tahsilini istemiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere: dâvacının inşaatı vahidi fiat üzerine sözleşme yapılarak fiatta fark vermek imkânı olmadığı mütaahhidi bulunan dâvacıya tebliğ edilmiş olan Bayındırlık Bakanlığının şartnamesile ve fen müdürlüğünün 10/9/1946 tarihli yazısile tahakkuk etmiş olmasına mebni dâvanın reddine dair verilen karar Yargıtay Ticaret Dairesince; Belediyeye ait lojmanların çatı kısmı 1584, 20 metre murabbaı olarak beher metre murabbaı 25, 77 lira esasına müsteniden tutarından dâvacı yüzde 29, 55 nispetinde indirme yaparak taahhütte bulunmuş ve 1584, 20 metre murabbaı mahalli Belediye Fen Müdürünün emriyle fazla kereste ve malzeme sarfettiğini ve bunun bedeli olan yedi bin liranın tahsilini dâvacı talep etmiş olup ihalenin şekline göre olayda vahidi fiat esasının tatbikına imkân olmayıp bunun bir toptan ve götürü hesabiyle bir ihale olmasına ve her ne kadar Belediye Fen Müdürü ihalede muayyen olan inşaata fazla kereste ve malzeme sarfını emir edecek yetki sahibi bir memur değil ise de dâvacı bu telâkki ile işbu fazlalığı yaptığını iddia etmesine göre olayda vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerinin uygulanması ve bu itibarla dâvacının yaptığı işteki fazlalığın dâvalı için zarur- veya faideli olup olmadığının araştırılması ve incelenmesi ve sonucuna göre işlem yapılması gerekli iken taahhüdün vahidi fiat esası üzerinden yapıldığından ve belediye fen müdürünün yetkili bir memur olmadığından bahsile yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğu beyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: İhale mevzuu ola nçatı kısmının mürtesem kroki gereğince metre karesinin kaç kuruşa yapılacağı; ne gibi kereste ve malzeme kullanılacağı şartnameye bağlı birinci keşif raporu ile açıklanmış olmasına göre dâvacının yapacağı iş ve kullanacağı malzeme ve kereste belli olup bu vaziyet karşısında işe götürü pazarlık denemeyeceğine götürü kabul edilse dahi Borçlar Kanununun 365 inci maddesi gereğince dâvacının derhal ya bedelin tezyidini veya ihalenin feshini istemesi lâzım gelirken; inşaatı tamamlayıp dâva açması bu maddenin metnine aykırı bulunmuş ve yetkili olmıyan fen memurunun emrile hareket etmesi de ticarî basiretle kabili telif görülmemiş, bununla beraber inşaatın tahammül ettiği malzeme önceden tespit edilmiş olmasına göre bundan fazlası belediye için ne faydalı ne de lüzumlu bulunmuş ve Borçlar Kanununun 410 uncu maddesinin de tatbik yeri bulunmamış olduğundan bahisle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı Mahmut Özüçler, vekili avukat Celâl Tekiner.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dâva mevzuu iş; dâvacıya vahidi fiat esası üzerinden verilmiş olması itibarile tahakkuk eden istihkakı dışında ayrıca bir bedel talebine hakkı bulunmadığı ve fiat vahidinde kabul edilen kereste kalınlığı normal ve bu tip çatılar için nafıa tahlil esası toleransına uygun bulunduğu cihetle dâvacının daha kalın kereste kullanmış olmasının belediye için faydalı ve zarurî bir masraf sayılamıyacağı ve belediye adına yetkili bir kimse tarafından mukavele dışı kalın kereste kullanılması hususunda emir verilmemiş olduğu gibi; dâvacının talebi belediyece kabul de edilmemiş bulunmasına göre ısrar kararı kanuna uygun bulunduğundan varit bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 655 kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 24/12/1949 tarihinde çoklukla karar verildi.

Mer'adan kadim intifa hakkı ve kullanma tarzının ispatı şekle bağlı değildir. Dâvalı belediye mümessilinin adlî ve usulî bir muamele olan (vaki'alarını ikrarı) ile dâvalı ilzam olunabilir.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi
Esas : 500 — Karar : 29

DÂVA : Kadimdenberi müvekkili köye ait mer'a ve arazisi olup yeri ve sınırları yazılı bin dönüm sahasındaki yere dâvalı belediyenin müdahale etmekte olduğundan bahsile müdahalenin önlenmesi istenilmiştir.

KARAR : Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonunda : Dâva konusu mer'anın her iki tarafça müştereken kullanılmakta olduğu dinlenen tanıkların beyanı ve mahallinde bilirkişi marifetile yapılan inceleme ile anlaşılmış olmasına mebni dâvacı köylülerin teşrinievvel müntehası ile mayıs ayı iptidası arasındaki müddet içinde işbu yerden istifade de iştirakleriinn kabulüne karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Kemah Belediyesi adına başkanı Ruhi Baykal.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki

kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Uyulan bozma kararındaki gerekçeye ve evvelce dinlenen tanıkların mahkemece takdir olunan şahadetlerine ve bozmadan sonra yerinde yapılan incelemeğe ve dinlenen bilirkişilerin ifadelerine ve nizalı yerin değeri hakkında yargılamada bir savunma ileri sürülmemiş olmasına ve 5/3/945 tarihli karşılık dilekçe münderecatına ve dâvalı belediye mümessilinin adlî ve usulî bir muamele olan (vakıaların ikrarı) ile dâvalı ilzam edilebileceğine ve belediye sınır kâğıdında nizalı yerde köyün intifa hakkının gösterilmemiş olması dâvanın dinlenmesine engel teşkil edemiyeceğine ve kadim intifa hakkı ve kullanma tarzının ispatı hususu da şekle bağlı bulunmamasına ve delillerin takdirinde bir yolsuzluk görülmemesine ve hükmün dayandığı gerekçelere binaen yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına ve aşağıda yazılı 958 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 3/1/1950 gününde oybirliğile karar verildi.

Medenî Kanunun meriyete girdiği tarihten 2330 ve 4727 sayılı Kanunların yürürlüğe girdiği tarihe kadar evlenme memurluğu önünde yapılmış bir bağıta dayanılmayarak yaşamış ve evliliklerine engel bulunmamış olanlardan çocuk olduğu takdirde bu birleşmeden doğan çocukların sahih nesepli olarak kadın ve erkeğe izafe ile tescili icabeder.

Bu durumda nüfus memurunun hükmü temyize yetkisi yoktur.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi
Esas : 2471 — Karar : 154

DÂVA : Dâvalı ile 1926 senesi Eylül ayında gayri resmi evlenip müşterek hayatlarından 3 de çocukları olduğundan ve bu çocukların nüfusa dâvalının eski karısı Fatma üzerine yazılmış olduklarından bahsile kocası dâvalı ile 1926 yılında evlendiklerinin sübutuna ve çocukların anaları da kendisi olduğuna karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Dâvacı ile dâvalının Kanunu Medeninin neşrinden 6 ay evvel evlendiği ve bu evlenmeden 930 doğumlu Fatma 932 doğumlu Ali ve 936 doğumlu Hüsamettin adındaki çocuklarının dünyaya geldiği dinlenen tanıkların beyanı ve dâvalının ikrarile anlaşılmış olmasına mebni istek veçhile taraflar arasındaki evliliğin sübutuna ve çocukların anası dâvacı Fatma olarak nüfus kaydının düzeltilmesine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Konya Nüfus Müdürlüğü.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dâvacı Mehmet kızı Fatma ve dâvalı Ali oğlu Hasan'ın karı koca gibi yaşamalarından 930 doğumlu Fatma, 932 doğumlu Ali ve 936 doğumlu Hüsamettin'in dünyaya geldiği tarafların beyanları ve şahadetle gerçekleşmiştir. Medenî Kanunun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 926 tarihinden 2330, 4727 sayılı kanunların yürürlüğe girdiği tarihe kadar evlenme memurluğu önünde yapılmış bir bağıta dayanılmıyarak yaşamış ve evlenmesine engel bulunmamış olanlardan çocuk olduğu takdirde bu birleşmelerin evlenme suretile ve bunlardan doğan çocukların sahih nesepli olarak kadın ve erkeğe izafe ile tescili icabeder, binaenaleyh dâvacı ve dâvalının evlenmeğe engel bir hali bulunmamış olmasına ve bu durumda nüfus memurunun hükmü temyiz yetkisi de bulunmamış olmasına göre yerinde olmıyan temyiz dileğinin reddine 13/1/950 gününde oybirliğile karar verildi.

Yargıtay Kararları

Ceza Bölümü

1 — İkna suretile irtikâp suçunda memur tarafından ferdin kanunen ödenmesi icap eylemeyen bir paranın ödenmesi lüzumuna ikna edilmesi şartdır.

2 — Rüşvet suçunun teşekkülü için memurun, memuriyetine mütaallik muayyen işlerde vazifesi hilâfında hareket etmek mukabilinde ferde bir anlaşmaya varması lâzımdır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi
Esas : 4053 — Karar : 4348

İrtikâptan sanık ve tutuk polis memuru Hüsnü Ulucan'ın yapılan yargılaması sonunda : Adı geçen sanığın seyrüsefer işlerinde çalıştığı sırada şoför Hamza Uçuver hakkında tanzim kılınan raporu yok etmesi için adı geçenden 505 kuruş aldığı sapit olmuş ve kendisinin bu hususta vazifeli olmaması sebebiyle fiili ikna suretiyle irtikâp suçunu teşkil etmeyip memuriyet vazifesini suiistimâl mahiyetinde görülmüş olmasına binaen bu itibarla fiiline uyan Türk Ceza Kanununun 240 ve 80 inci maddeleri uyarınca dört ay 20 gün hapsine bu kadar müddet memuriyetten mahrumiyetine dair Ankara Asliye Beşinci Ceza Yargıçlığından verilen 15/9/949 tarihli ve 223/341 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi o yer C. Savcısı ile adı geçen sanık taraflarından istenilmesi şartı sanık yönünden yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilip C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tespit olundu:

Toplanıp hüküm yerinde izah olunan delillere göre sanığın sübuta ilişen itirazları yerinde olmadığı gibi ikna suretiyle irtikâp suçunda memur tarafından ferdin kanunen ödenmesi icabeyleyen bir paranın ödenmesi lüzumuna ikna edilmesi şart olup hâdisede sanık Hamza Uçuver'e Belediye suçlarından dolayı hakkında tanzim olunan raporlara müsteniden icap eden tebliğ zabıtlarını tanzim etmiyerek kendisini bu para cezalarını ödemekten kurtarmak mukabilinde haksız menfaat teminine tevessül etmiş olmasına göre haksızlığı bu suretle açıklanan teklifinde iğfal ve ikna unsuru bulunmayacağından C. Savcısının suçun vasfına ilişen temyiziyle tebliğnamede yazılı mütalâa yerinde görülmemiştir.

Bundan başka rüşvet suçunun teşekkülü için memurun, memuriyeti-

ne mütaallik muayyen işlerde vazifesi hilâfında hareket etmek mukabilinde fertle bir anlaşmaya varması lâzımdır. Halbuki sanık her ne kadar işlediği belediye suçlarına ait tanzim olunan raporları muamele mevkiine koymamak için mağdurla bir itilâfa varmış görünüyorsa da hakikatı halde mağdur hakkında kendisi tarafından tebliğ zabıt vakarakaları tanzimi gereken raporlar mevcut olmadığından fiilde rüşvet mahiyeti de mütalâa olunamaz bu itibarla rüşvet ve irtikâp vasıflarını taşımamakla beraber vazife icaplarına aykırı bulunan sanığın hareketinin görevi kötüye kullanmak mahiyetinde görülerek ona göre hüküm tesisinde de yolsuzluk görülemediğinden temyiz olunan hükmün (ONANMASINA) depo parasının hazineye gelir kaydına ve 1400 kuruş onama harcının sanıktan alınmasına 18/10/949 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Şehvet hissile şahıs hürriyetinin tahdidine taallûk eden fiillerde hürriyetleri ihlâl edilen kimselerin adedince müstakil suçlar teşekkül eder.

Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi
Esas : 4192 — K : 4944

Lütfiye Öztürk ile Sıdıka Aydın ve Nebahat Özmen'i şehvet hissile zorla kaçırdığı bilmuhakeme sabit olan sanık Tevfik Konya'nın Türk Ceza Kanununun 79, 430/1, 438 inci maddeleri uyarınca bir sene ve kaçırma fiiline yardım ve müzaharette bulundukları tahakkuk eden Ali Konya, Kemal Çakır ve Hasan Bal'ın da sözü geçen kanunun 430/1, 65/3 ve 438 inci maddeleri gereğince altışar ay müddetlerle ağır hapislerine, fiile iştirakları anlaşılamıyan diğer sanık Cevdet Sarıgül ile Rüstem Sezer'in de beraetlerine dair (Giresun) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 11/7/949 tarihli ve 118/122 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi o yer C. Savcısiyle hükümlü sanıklar yönlerinden istenilmesi şartı sanıklar yönünden yokluk kâğıdiyle yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilip C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı tetkik edilerek gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tespit olundu:

Hâdisenin cereyan şekline göre C. Savcısının sanık şoför Cevdet Sarıgül ile şoför muavini Rüstem Sezer'e ait itirazları yerinde görülemediğinden reddiyle bu sanıklar hakkındaki beraet hükmünün (ONANMASINA) C. Savcısiyle diğer sanıkların temyizlerine gelince :

Toplanıp hüküm yerinde izah olunan kat'i delillere göre sanıkların sübuta ilişen itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak :

1 — Sanık Hasan Bal, Kemal Çakır ve Ali Konya'nın kaçırılan kadınların bulundukları otomobilin etrafını sararak kapılarını açmak ve kadınları otomobilden alıp râkip oldukları otobüse sokmak ve kaçırılmaları maksut olan mahalle götürmek şeklinde tezahür eden faaliyetlerinin mahkemece aslî fail olarak kabul olunan Tevfik Konya ile doğrudan doğruya ve esaslı surette teşriki mesaiyi mutazammın olup asıl suç failine cesaret vermek maksadiyle veya mağdurları korkutmak düşüncesiyle hâdise mahallinde hazır bulunmaktan ibaret fer'i bir iştirak mahiyetinde kalmadığı ve esasen üç erkeğin himayesinde bulunan kadınları kaçırmak hususundaki maksadını Tevfik Konya yalnız başına fiile çıkaramayacağı cihetle 65 inci maddenin son fıkrası gereğince bu üç sanığın aslî fail gibi tecziye edilmeleri gerektiği gözetilmeyerek mezkûr maddenin üç numaralı fıkrasından istifade ettirilmeleri,

2 — Şahısların hayatı iffeti, hürriyeti aleyhine işlenen suçlarda taarruza uğrayanların adedi nispetinde suçların da taaddüt edeceği mütaaddit kimselerin öldürülmesi, yaralanması hallerinde nasıl mütaaddit katil ve cerh suçlarının mevcudiyeti kabul ediliyorsa ırza geçme fiilinde ırzına geçilen kimselerin adedince nasıl fiiller ayrı ayrı müstakil mahiyette olarak teşekkül ediyorsa şehvet hissiyle şahsı hürriyetinin tahdidine taallûk eden fiillerde de bu suretle hürriyetleri ihlâl edilen kimselerin adedince müstakil suçların teşekkül etmesi zaruri olduğu ve mütaaddit kimselerin hürriyetlerini ihlâl ederken mutaarrızların bir suç işlemek kasdına bağlı olarak faaliyette bulundukları mülâhazası hukuken kabule şayan olmayıp hürriyetini tahdit ettikleri her şahsa karşı suç işlemek kasıt ve niyetinin ayrı ayrı tekevvün edeceği ve muhtelif şahıslara karşı hâdisede olduğu gibi mütaaddit cürmi gayeler belseyen sanıkların suç işlemeğe kendilerini sevkeden saik ve taarruzlarının zamanı tahaddüsleri ne olursa olsun bu gayelere mütaaddit ve müstakil kasıt ve kararlarla vardıkları gözetilmiyerek Lütfiye Öztürk, Nebahat Üzmen ve Sıdıka Aydın'ı cebir ve tehdit icrasiyle ve faaliyetlerini tevhit ederek kaçırdıkları taayyün eden sanıklar hakkında içtima hükmüne tâbi birbirinden müstakil üç suç teşekkül ettiği halde fiillerinde vahdetin kabul edilmesi yolsuz ve C. Savcısının itirazlariyle tebliğname münderecatı bu dairede varit olduğundan haklarındaki hükmün C. M. U. K. nun 321 inci maddesi uyarınca (BOZULMASINA) ve sanıkların itirazları reddedilerek haklarındaki hükmün C. Savcısının temyizi üzerine aleyhlerine bozulmuş olduğundan bozma harcı alınmasına mahal olmadığına 19/11/949 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Kaçırılan kızın başkasıile nişanlı bulunması, faildeki evlenmek maksadının ciddiyet ve samimiyetine mâni teşkil etmeyeceğinden T. C. K nun 433 ncü maddesinin uygulanması gerekir.

Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi :
Esas : 4837-5082 — Karar : 49/3537

Reşit olmayan Hatice Küpra Gürle'yi şehvet hissine mukarin olarak zorla kaçırmağa nakıs derecede teşebbüs ettiği bilmuhakeme sabit olan sanık Hasan Gürle'nin fiiline uyan Türk Ceza Kanununun 430/1, 61 ve 55 inci madde gereğince altı ay süre ile ağır hapsine (50) lira tazminatla mahkûmiyetine dair (Manisa) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 27/9/949 günlü ve 91/80 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi adı geçen sanık yönünden istenilmesi, şartı yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilip C Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tesbit olundu:

Sanığın sübuta ilişen itirazları toplanıp hüküm yerine izah olunan delillere göre yerinde olmadığından reddine. Ancak:

Sanığın mağduru kaçırmağa teşebbüs ettiği sırada onunla evlenmek maksadını takip ettiğini açıkladığını, İbrahim Gürle'nin şahadetiyle tahakkuk etmiş bir keyfiyet olduğu halde mağdurun başka birisiyle nişanlı bulunmasının maksadının tahakkukuna ve bu maksadı ciddiyet ve samimi yetine mâni teşkil edemeyeceği gözetilmeyerek 433 üncü maddenin tatbıkı lüzumudan zuhul olunması yolsuz ve sanığın temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün tebliğname gibi C. M. U . K nun 321 inci maddesi uyarınca (Bozulmasına) depo parasının sanığa geri verilmesine (500: kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 25/11/949 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Irz ve namusa tasaddi ederek parmakla kızlık bozmada T. C. K. nun 414 ncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi
Esas : 4940 — Karar : 5083

Dört yaşında bulunan Havva Kovancı'nın ırza ve namusuna tasaddi ederek parmağıyle kızlığını bozduğu bilmuhakeme sabit olan sanık ve tu-

tuk Tevrat Kovacı'nın fiiline uyan T. Ceza Kanununun 414/2, 418/3 ve 54 üncü maddeleri gereğince iki sene müddetle ağır hapsine, tutuk kaldığı günlerin cezasından mahsubuna dair (Ordu) A. Ceza Mahkemesinden verilen 20/9/949 günlü ve 119/171 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi o yer C Savcısiyle adı geçen sanık yönlerinden istenilmesi, şartı sanık yönünden yokluk kâğıdiyle yerine getirilmesi üzerine mahallin den gönderilip C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tespit olundu :

Muayene raporuna ve bu raporu tanzim eden doktorun şahadetiyle diğer şahadetlere nazaran sanığın dört yaşında bulunan mağdurun ırzına geçmek neticesinde kızlığını bozmuş olmayıp cinsi münasebet derecesine varmayan şekillerle şehevi ihtirasını tatmin etmek isterken yine bu maksatla parmağı ile kızlığını bozduğu taayyün ederek keyfiyet hüküm yerinde bu dairede kabul edilmiş olduğu halde 415 inci maddenin ikinci fıkrası yerine 414 üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulanması yolsuz ve sanıkla C. Savcısının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan tebliğnamenin reddiyle hükmün C. M. U. K. nun 321 inci maddesi uyarınca BOZULMASINA 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 26/11/949 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Zorla kaçırma sırasında mağdurenin vücudunda hasıl olan ekimozların bilihtiyar ika edilen müessir fiilden husule gelmeyip kaçırma sırasında ve failin arzusundan hariç olarak husule geldikleri izah edilmeden T. C. K. nun 439 uncu maddesinin uygulanması yolsuzdur.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi
Esas : 5356 — Karar : 5669

Reşit bulunan Hatun Alakaş'ı diğer suç ortaklariyle birlikte zorla kaçırdığı ve bu sırada mezbureye müessir fiil ika ettiği bilmuhakeme sabit olan sanık ve tutuk Hüseyin Yüce'nin fiiline uyan Türk Ceza Kanununun 429, 439 uncu maddeleri gereğince bir sene üç ay ağır hapsine dair (Elbistan) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 2/11/949 günlü ve 45/39 sayılı hüküm süresi içinde Yargıtayca incelenmesi adı geçen sanık yönünden istenilmesi, şartı yokluk kâğıdiyle yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilip C. Baş Savcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tesbit olundu:

Sanığın sübuta ilişen itirazları toplanıp hüküm yerinde izah olunan delillere göre yerinde değilse de:

Mağdurun duruşmada dövülerek kaçırıldığı hakkındaki beyanına rağmen yapılan muayenesinde iki gün hastalığını müstelzim mahiyette vücudunun aksamı muhtelifesinde tesbit olunan ekimozların bilihtiyar ika edilen müessir bir fiilden gelmeyip kaçırma sırasında bu yüzden ve failin arzusundan hariç ve kasta gayri makrun olarak husule geldiklerini kabule mahkemeyi sevkeden sebepler hüküm yerinde izah olunmaksızın 439 uncu maddenin uygulanması yolsuz ve temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu bakımdan yerinde olduğundan hüküm C. M. U. K. nun 321 inci maddesi uyarınca (Bozulmasına) ve bozma harcının C. M. U. K. nun 325 inci maddesi mucibince hükmü temyiz etmeyen İsmail Yaşar'a teşmiline ve (500) kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/12/949 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Devlet daireleri arasındaki münasebetten doğan mahkeme masraflarının sanığa yükletilmesi yolsuzdur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas : 2460 — Karar : 4/445

Yaşar Ay'ı madde tâyini suretiyle tahkir etmekten sanık Nadire Uysal, Hatice Aydın ve Hatice Ayhan'ın yapılan yargılama sonunda Hatice Ayhan'ın T. C. K. nun 480/1 inci maddesi gereğince üç ay hapis ve 50 lira ağır para cezalariyle mahkûmiyetine ve 451 kuruş davetiye masrafiyle 30 lira mânevi tazminatın sanıktan alınarak dâvacıya verilmesine ve 700 kuruş harc alınmasına ve diğer sanıkların beraetlerine dair Nallıhan Asliye C. Yargıçlığından verilen 7/12/949 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi o yer C. savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dâva evrakı C. Baş-Savcılığından.

9/12/949 günlü celsede dâvacının gelip gelmediğinin tasrih edilmemesi ve davetiye masraflarının sanığa tahlili ve harcın noksan tâyini yolsuz olduğundan Hatice Ayhan hakkında bozma ve diğer sanıklar hakkında onama isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Dosyaya, gerekçeye ve takdire göre yerinde olmayan itirazların reddiyle Hatice Aydın ve Nadire Ünsal haklarındaki hükmün istem gibi onanılmasına .

9/11/949 da duruşma açılmıyarak mahkemeye başlanılmamış bulunmasına binaen tebliğnamenin ikinci bendi ve sorgu yargıçlığı son tahkikat açılma kararının bir kanunî resimden ibaret olup ilk tahikkat teşkil etmemesi itibariyle 4 üncü bentleri yerinde değilsede: devlet daireleri arasındaki münasebetten doğan mahkeme masraflarının sanığa yükletilmesi yolsuz olduğundan muayyen 453 kuruş masrafın kaldırılması suretiyle esas hükmün ıslahan onanılmasına 25/2/950 de oybirliğiyle karar verildi.

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 edecekler dir.

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

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

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.

737

738