Devlet Nüshası

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

# ADALET DERGİSİ

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

YİL : 41

SAYI : 7

## Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

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

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

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

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

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

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

---

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

1956 SA 94
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

# ADALET DERGİSİ

Yıl : 41 | Temmuz : 1950 | Sayı : 7

## İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :


| | | Sayfa |
|---|---|---|
| *Prof. SÜLHİ DÖNMEZER* | Zina Cürmü ..... | 859—872 |
| *Dr. HADİ TAN* | Müdafaa hakkının hududu, şümulü ve C. M. U. Kanunumuzun 136 - 146 ncı maddeleri hükümlerinin açıklanması ..... | 873—891 |
| *Dr. KEMAL TAHİR GÜRSOY* | Fransız Hukukunda haksız fiil mesuliyetinin inkişafı ..... | 892—906 |
| *HAKKI DEMİREL* | Ceza Hukukunda «Kıyaslama yasağı» nın hakikî mahiyeti ..... | 907—915 |
| *SELİM KAYA KAŞDAŞ* | Time - Charter mukavelesinin hukkuî mahiyeti ..... | 916—933 |
| *İSMAİL DOĞANAY* | Dâva açıldıktan sonra ve boşanma hükmünün kat'ileşmesinden evvel taraflardan birinin ölümü ne gibi neticeler doğurur ..... | 934—945 |
| *YEKTA ULUĞTEKİN* | Taammüden adam öldürme fiili üzerine bir inceleme ..... | 946—952 |
| BİBLİYOGRAFYA ..... | | 953—961 |
| YARGITAY HUKUK KARARLARI ..... | | 962—977 |
| YARGITAY CEZA KARARLARI ..... | | 978—984 |
| UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI ..... | | 985—990 |

# ZİNA CÜRMÜ

Yazan: Prof. Sulhi DÖNMEZER

1. Tarihçe — 2. Zina suçuna ait münakaşası icabeden bazı meseleler — 3. Zinanın bir suç olarak telâkki edilip edilmemesi — 4. Kadın ve erkeğin zinalarının aynı şartlara tâbi tutulup tutulmaması — 5. Zinanın takibi şikâyete bağlı bir suç teşkil edip etmemesi — 6. Mevzuatımızda zina — 7. Karı kocanın zinasına müşterek olan unsurlar: Nikâhın mevcudiyeti — 8. Cinsî münasebet — 9. Cürmî kast — 10. Kocanın zinası — 11. Zina suçunda kanunî hafifletici sebepler — 12. Zina suçunda takibat — 13. Dâvadan vazgeçme.

1 — Tarihçe : Zina cürmünün çok gerilere kadar uzanan bir tarihçesi vardır. Daha iptidaî devirlerde aile ve klan birliğinin bir toteme bağlılıktan neşet eylediği zamanlarda zina suçu en ağır fiillerden telâkki edilmiş ve cezalandırılmıştır. İptidai devirlerde aile içinde işlenen suçların nelerden ibaret bulunduğu ve hâkim reislerce bu hareketlerin ne suretlerle cezalandırıldığı hususunda geniş bilgilere malik değiliz. Fakat kan rabıtasının ayni bir toteme mensubiyeti tazammun eylemesi itibarile bunu bozabilecek mahiyetteki zina suçlarının aile içinde tecziye olunan ağır fiillerden olduğu malûmdur (1).

Zina suçu Roma Hukukuna 736 senesinde lex Julia de adulteris ile girmiştir; suç üçüncü asırdan itibaren ölüm cezasile tecziye olunmuştur. Fakat ailevî sadakat vazifesinin karı tarafından ihlâli ve erkeğin birisinin evlilik rabıtasını, başkasının karısile cinsî münasebette bulunmak suretile bozmasıdır ki, zina olarak tecrim ve tecziye olunmuştur. Yoksa bir erkeğin evli olmıyan bir kadınla cinsî münasebette bulunması zina telâkki edilmemiştir. Justinianus devri hukukuna nazaran zina eden kadın bir hücreye kapatılır ve kocası ancak iki sene sonra kendisini oradan çıkartabilir. Kostantin'den itibaren şikâyet hakkı ortaya çıkıyor ve bu hak yakın akrabaya ait bulunuyor. Zinanın ancak evli bir kadın veya onun suç ortağı tarafından işlenebileceği telâkkisine Alman Hukukunda da tesadüf edilmektedir. Hattâ nişanlının başka bir kimse ile münasebeti dahi zina sayılmıştır. Gerçi Hristiyanlığa ait kilise telâkkisi evliliği çok mukaddes bir rabıta olarak telâkki eder ve kadından olduğu kadar erkekten de aynı sadakat vazifesine intizar eder. Bununla beraber zina suçları ekseriyetle kilise kazaî mercileri huzurunda görüldüğü halde erkeğin zinası suç telâkki olunmamıştır.

---

(1) Garçon: Droit pénal, Histoire Evolution Etat actuel.

Carolina bu suç dolayısile ayrıca hüküm koymamakta fakat ecdadın sözlerine ve kralî haklara atıf yapmakla iktifa eylemektedir. Bu suretle Almanya'yı teşkil eden Devletler mevzuu tanzim bakımından serbest bir teşrii iktidara malik bulunuyorlardı. Arzolunan tarihi seyir içinde daima kadının zinasının suç teşkil eylemesi ve fakat erkeğin bekâr bir kadınla olan cinsî münasebetinin suç sayılmaması eski devirlerden beri gelip devam eden pederî kudrete, erkeğin aile içinde sahip bulunduğu hakimiyet hakkına dayanmaktadır.

Almanya'da Devletler arasında erkek ve kadını zina suçu itibarile müsavi duruma getirmeğe ve bir kızla cinsî münasebette bulunan erkeği tekerlek cezasile mahkûm etmeğe çalışan mevzuata tesadüf edilmiştir: Prusya'da 1620 de, Avustur'yada XVI ve XVII inci asırlarda bu keyfiyet tahakkuk eylemiştir.

Zina suçu bakımından felsefî devre çok daha hafif olmuştur. Bu devirde zina suçu sadece evlilik aktinden mütevellit inhisarî cinsî münasebette bulunmak salâhiyetine vâki bir tecavüz suretinde telâkki edilmiştir (2).

Fransız Hukuku Roma'nın zinaya mütaallik olmak üzere arzeylediği esaslardan geniş mkiyasta mülhem olmuş ve mebadide bu hukuk dahi zinayı karıya has bir suç telâkki eylemiştir. Ancak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunudur ki bazı kayıt ve şartlar altında karıya, koca aleyhine zinadan mütevellit bir takip hakkı tanımıştır. İlâve etmek gerektir ki bu kanun da gerek suçun teşekkülü ve gerek tecziyesi bakımından koca lehine daha müsamahakâr davranmıştır (3).

Buna mukabil İslâm Hukukunda karı ve kocanın zinası suç teşkil etmektedir. Ancak beyan edelim ki İslâm Hukukunda suçun teşekkülü için zina edenin evli olması şart değildir. Ancak fiilin evli kimseler tarafından ika edilmesi cezanın çok daha ağır olarak hükmedilmesini icap ettiren bir vaziyet teşkil eder.

İslâm Hukukunda zina edenler için evlenmek haramdır. Müminler için zinadan tevekki gibi, zina ve zaniye nikâhından içtinap eylemek farzdır.

Zinanın cezası çok ağır olduğundan çok esaslı bir takım şartlara tâbi tutulmuş ve (hadlerin tatbikini şüphelerle izale ediniz) mealindeki hadisi

(2) Bütün bu noktalar için bk. Von Liszt: Traité de Droit penal allemand, c. II, s. 143 ve sonrakiler; Roma'da zina suçu hakkında fazla tafsilât için bk: Theodor Mommsen: Droit Pénal Romain, c. II, s. 426 ve sonrakiler.

(3) Naci Şensoy: Zina cürmü (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. VIII, sayı 1-2, s. 75).

şerife müsteniden mümkün olduğu hallerde zina cezasının tatbikinden tevekki edilmiştir (4).

1274 tarihli Ceza Kanunumuzun «hedki ırzedenlerin mücazatı» başlıklı üçüncü faslının 202 nci maddesine sonradan yapılan bir zeyil ile zina cürmü cezalandırılmıştır. Bu madde zinayı karıya mahsus bir suç olarak telâkki eylememiş ve fakat kocanın zinası bakımından daha müsamahalı davranmıştır (5).

2 — **Zina suçuna ait münakaşası icap eden bazı meseleler:**

Doktrinde ve muhtelif memleketler mevzuatında zina suçuna ait olmak üzere münakaşa edilen öyle bir takım meseleler vardır ki kanunumuzun zinaya mütaallik hükümlerin incelenmeğe başlamadan önce bunları gözden geçirmek faydalıdır.

3 — **1- Zinanın bir suç olarak telâkki edilip edilmemesi meselesi:**

Gerçekten meselâ İngiltere zinayı suç olarak tesbit etmemiş, bu keyfiyet sadece bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir (6).

İsviçre Ceza Kanununun müzakeresi sırasında da zinanın bir suç teşkil edip etmemesi mecliste pek çok münakaşaları davet eylemiş ve esas noktai nazar zinanın suç teşkil etmemesi tarzında ifadesini bulmuştur. Fakat kantonlar ötedenberi zinayı bir suç olarak tecziye eylediklerinden, Federal Kanun bunu suç saymayacak olursa, kanun referanduma arzında halk tarafından bütünü ile red olunacağından korkulduğundan zina suç sayılmıştır. Fakat bu âdeta bir kompromi tarzında yapılmış, zinadan dolayı takibatın ancak bunun boşanmayı intaç eylemiş bulunması halinde mümkün olacağı kabul edilmiştir; ayrıca suç takibi şikâyete bağlı bir fiil telâkki edilmiştir (7).

---

(4) İslâm hukukunda zina için bk: Naci Şensoy: s. g. makale; Muhammet Hamdi Yazır: Hak dinî Kur'an dili, c. IV, s. 3470 ve sonrakiler.

(5) Naci Şensoy: s. g. makale; s. 77 - 78.

(6) Buna mukabil zina Amerika'da federal bir suç teşkil eylememekle beraber, bir çok Şimalî Amerika Devletlerinde cezalandırılmaktadır. Meselâ New-York Ceza Kanunu zinayı karı koca bakımından aynı şartlara tâbi tutmak suretiyle bir kabahat olarak tecziye eylemiş ve bu suçun failini 6 ay hapis yahut 250 dolar para cezasiyle tecziye etmiştir. Suç Birleşik Amerika hâkimiyeti altında bulunan sair sahalarda işlendiği ve fiil evli bir kadın ile evli olmıyan bir erkek arasında teessüs ettiği takdirde her iki şahıs da mes'ul olur. Fakat fiil evli bir erkekle evli olmıyan bir kadın arasında ika edilecek olursa bu takdirde sadece erkek mesul olur. Bu hallerde suç bir cürüm teşkil eder ve üç seneye kadar hapis cezasını müstelzim olur. (Schwartz E. and Goffen V.: New-York Criminal Law s. 356).

(7) François Clerc: Cours élémentaire sur le Code pénal Suisse, c. II; s. 78.

Zinanın bir suç teşkil eylemesi hakkındaki fikirleri şu suretle hulâsa edebiliriz :

Taraflardan birinin sadakatsizliği dolayısile aile birliğinin bozulduğu hallerde yegâne ve hakikî deva, çare boşanmadır. Yoksa mezkûr fiilden dolayı tecziyenin hiç bir müspet faydası yoktur; cezalandırma dâvanın sebebiyet vereceği âleniyet dolayısile haksız yere çocukların şerefinin de ihlâl edilmesine sebebiyet verir, âmme efkârı çocukları zina yapmış bir ananın veya babanın çocukları olarak teşhise başlar (8).

Bizce meseleyi mahallî sosyal şartlardan mücerret olarak mütalâada büyük fayda yoktur. Memleketimiz gibi kadın erkek münasebetlerinde ananevî telâkkilerin ekseriyet itibarile, hâlâ carî bulunduğu, islâmî tesirler dolayısile asırlarca zina eden kadınların recmolunduğu, gayet sıkı bir cinsî ahlâk kodunun hâkim olup cinsî şeref ve haysiyet duygusunun bir çok adam öldürme suçlarına meydan verdiği memleketlerde tabiî olarak zina bir suç olmaktan çıkarılamaz. Nazarî bakımdan ne suretle mülâhaza edersek edelim, Türkiyenin bügünkü sosyal şartlarının zinanın bir suç olmasını icap ettirdiği muhakkaktır.

4 — 2 - Zina mevzuunda ikinci bir mesele de erkek ve kadının zinalarının tecziye bakımından ayni şartlara tâbi tutulup tutulmamasıdır.

İsviçre Ceza Kanunu, Amarikan Kanunları kadın ve erkeğin zinasına aynı şartlara tâbi tutmuşlardır. Buna mukabil kanunumuz, Fransız Kanunu bunu ayrı ayrı şartlara tâbi tutmuş bulunmaktadırlar. Kadın erkek müsavatı fikirlerine esaslı surette yer vermiş olan müelliflerin kadın ve erkeğin zinalarını aynı şartlara tâbi tutmak isteyecekleri kolayca anlaşılır.

Biz kadın ve erkeğin zinasının ayrı şartlara tâbi tutulmasının daha muvafık olacağı fikrinde bulunuyoruz. Bir kere memleketimizin sosyal şartları kadın ve erkeğin tâbi olduğu cinsiyet kodlarını ayrı surette tanzim eylemiştir: Kocasından başkasile münasebette bulunan kadın hem muhitçe bütün şerefini kaybetmiş olur ve hem de koca ve çocuklarını küçük düşürür. Ayrıca bir tek münasebetle kadının gebe kalması ve nesep rabıtalarını bozması tehlikesi vardır. Halbuki erkeğin eşinden başkasile

(8) Zina aleyhindeki sair fikirler için bk: Naci Şensoy: s. g. makale sah. 88. Eski müellifler biraz da Hiristiyanlığın tesiri altında zina suçunu en ağır ve mezmum suçlardan olarak telâkki eylemektedirler. Meselâ Hélie, Chauveau eserlerinde diyorlar ki «bir suçun ağırlığı yalnız neticelerinin ağırlığı ile ölçülse idi zinanın en menfur suçlar arasında yer alması lâzım gelirdi: Bu suç yalnız nikâhın kutsiyetini ihlâl ve bu suretle cemiyetin kökünü sarsmakla kalmaz fakat aynı zamanda bizzat aileyi yıkar, âdetleri ihlâl eder, kinleri tutuşturur, intikamları ortaya çıkarır ve en korkunç suçların en aktif sebeplerinden birini teşkil eder. A. Chauveau et Faustin Hélie: Théorie du Code Pénal, altıncı tabı, c. IV, s. 343.

münferit bir cinsî münasebeti ayni derecede vahim telâkki edilmemekte ve ayni tehlikeyi ortaya koymamaktadır.

5 — 3 - Nihayet bu mevzuda üçüncü münakaşalı bir nokta da zına suçunun takibi şikâyete bağlı bir suç olarak telâkki edilip edilmemesidir. Zinanın suç olmamasını müdafaa edenlerin hiç olmazsa bu suçun takibinin şikâyete bağlı olması fikrinde bulunacakları kolayca anlaşılır. Gerçekten suçun hususîyeti, yalnız kendisine karşı fiilin ika olunduğu şahsı değil fakat bilhassa çocukları ilgilendirmesi bunun takibi şikâyete bağlı bir suç olarak tesbit edilmesi zaruretini ortaya koyar.

6 — Mevzuatımızda zina:

Türk Ceza Kanununun 440, 441 nci maddeleri karı ve kocanın zinası suçlarını tesbit eylemekte 442 nci maddede bu suçlara ait bir hafifletici sebep ve 444 üncü maddede mezkûr suça ait tâkibata taallûk eden bir hüküm yer almış bulunmaktadır.

Tarif: 440 ıncı maddemiz şöyledir. **«Zina eden karı hakkında üç aydan 30 aya kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kimse hakkında da ayni ceza hükmedilir.»**

441 inci maddemiz ise şu şekilde dir: **«Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkasile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hükmolunur.**

**Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da ayni ceza verilir.»**

Görülüyor ki kanunumuz zina suçunun ne olduğunu tarif etmiş değildir (9). Yalnız 440 ve 441 inci maddeler karı ve kocanın zinasını ayrı ayrı göstermiş ve cezalandırmış bulunmaktadır. Esasen zina tâbirinin mâna ve muhtevası o kadar açıktır ki bunu kanun vâzıının ayrıca tarif eylemesine mahal de yoktur. Zina kelimesinin mûtad mânasına dayanmak suretile kadın ve erkeğin zinalarını ayrı ayrı şu suretle tarif edeceğiz (10):

Kadının zinası: **Evli bir kadının kocasından başka bir erkekle cinsî münasebette bulunmasıdır.**

Erkeğin zinası: **Evli bir erkeğin karısı ile birlikte ikamet etmekte**

(9) Bu hususta muhtelif tarifler için bk: Naci Şensoy: s. g. makale, M. Rousselet, M. Patin: Précis de Droit Pénal Spécial, 1950, s. 318; François Clerc: s. g. eser c. II, s. 80.

(10) Karı ve kocanın zinalarını ayrı ayrı tarif ediyoruz, esasen Yargıtayımız 441 inci maddede ifadesini bulan suçu hattâ zina olarak dahi tavsif etmemekte ve «karı koca gibi yaşamak suçu» olarak adlandırmaktadır.

**olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkasile evli olmayan bir kadını tutmasıdır.**

7 — Görülüyor ki karı ve kocanın zinasına mütaallik olmak üzere müşterek bir takım unsurlar ve suçun diğer şekillerine taallûk etmek üzere hususî bir takım unsurlar vardır. İlk önce müşterek unsurları tetkik edeceğiz :

a) **Nikâhın mevcudiyeti :** suçun teşekkülü için faillerden birisinin evli bulunması lâzımdır. Binaenaleyh nikâhtan evvel nişanlılık devresinde tahakkuk eden yahut boşanmadan sonra vâki cinsî münasebetler suçu teşkil eylemez (11). Fakat nikâhın mevcudiyetine rağmen tarafların ayrı yaşamaları veya hâkim tarafından aralarında ayrılık kararının verilmiş olması suçun teşekkülü bakımından bir mâni teşkil etmez. Bu esas kanunun 442 inci maddesinden de anlaşılmaktadır.

Eğer arada mevcut evlilik batıl ise suç teşekkül etmiş sayılamaz (12). Zinadan dolayı dâva ikame olunduğunda nikâhın batıl olması halinde taraflar mezkûr iddiada bulunabilirler. Bu takdirde suçun muhakemesine bakan hâkimin C. M. U. K. nın 225 inci maddesi gereğince hareket eylemesi lâzımdır.

8 — b) **Cinsî münasebet :** Karı ve kocanın zinasına taallûk eden ikinci müşterek unsur cinsî münasebetin tahakkukudur (13); ancak beyan edelim ki zinada mevzuubahis cinsî münasebet tamamile normal olan cinsî münasebetlerdir. Yoksa zahirî olan münasebetler, ne kadar müstehcen olurlarsa olsunlar, cinsî münasebete varmak maksadile girişilmemiş olan münasebetler, zina suçunu teşkil etmezler.

Kocanın zinasından bahseden 441 inci maddenin tarzı tahriri dolayısile kocanın zinasında da - hele bu kerre aynı şahısla icra olunan müteaddit - cinsî münasebetlerin suçun teşekkülü için şart teşkil edip etmediği bir meseledir. Gerçekten 441 inci maddede zina tabirinden bahsolunmamakta fakat sadece «..... **bir kadını tutmakta olan koca** .....» tâbiri istimal edilmektedir. Metne nazaran adetâ cinsî münasebete lüzum olma-

(11) Zina suçunda nikâhın mevcut bulunması zarureti bir çok Yargıtay içtihatlarınca teyid edilmiş bulunmaktadır. Meselâ Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 13/2/1929 tarihli ve 1312 sayılı kararına nazaran «Zina dâvasında vücudu iddia olunan nikâhın sabit olmaması dâvanın reddini müstelzimdir».

(12) M. Rousselet, M. Patin: s. g. eser, A. 318. Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 4/6/1948 tarih ve esas 6388, karar 5954 sayılı ilâmı da mezkûr esası teyit eylemektedir. (Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, yıl 4, sayı 21, s. 137).

(13) Cinsî münasebet hakkında şu eserimize bakınız. Sulhi Dönmezer: Umumî âdab aleyhinde cürümler, c. I, s. 28 ve sonrakiler.

dığı ve fakat müşterek ikametgâhta yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkasile evli olmayan bir kadının tutulması kâfi gibi gözükmektedir. Tatbikatta da bu mevzuda münakaşalar zuhur eylemiştir (14).

Bizce bu hususta şüphe yoktur. Kocanın zinası bakımından da 441 inci maddede ifade edilen şekilde tutulan karı ile koca arasında müteaddit cinsî münasebetlerin tahakkuk eylemiş bulunması şarttır: 441 inci maddenin dahil bulunduğu fasıl serlevhasının **zina** olması, 441 inci maddemizde **«karı koca gibi geçinmek üzere»** tâbirlerinin istimal edilmiş bulunması bu hükmümüzü teyide medar olmaktadır (15).

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi birçok kararlarında kocanın zinasının tekevvünü için fiilinin mütеaddit kereler vuku bulması lâzım geldiğini ve fiilde teselsülden bahis 80 inci maddenin tatbikine imkân olmadığını tesbit eylemiş bulunmaktadır (16). Nitekim bir hâdisede evli bir erkek karısı tarafından terk edilmiş ve yalnız kalan koca başkasile evli olmayan bir kadınla karı koca gibi yaşamağa başlamıştır. Müracaat üzerine Bidayet mahkemesi 441 inci maddeye göre suçu sabit görmüş ve mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi verilen hükmün temyizi üzerine aldığı bir kararda «sanığın raporda teeyyüt eden kudreti tenasüliyeden mahrum olduğu yolundaki müdafaasının aksine kabule sürükleyecek sebepler belirtilmeden sübutu bu kudrete muhtaç olan karı koca gibi geçinme suçundan ceza verilmesi» yolsuz olduğuna karar verilmiş ve

(14) Fransa'da kocanın zinası bakımından cinsî münasebetlerin tahakkuku ve muayyen ve aynı olan bir kadınla devamlı surette tahakkuk eylemiş bulunması esası kabul edilmektedir.

(15) İtalyan müelliflerinin kocanın zinası mevzuundaki telâkkileri de şayanı dikkattir. Manfredini eserinde kocanın zinasında her hangi bir şekilde tahakkuk ve tekerrür eden cinsî mukarenetin (meselâ zahri cima) suçun maddî unsurunu tesis bakımından kâfi bulunduğu fikrindedir: «Filhakika, karının zinasında nesep karışması tehlikesini ihtiva etmiyen fiillerin zinadan mâdut olup olmadıkları hakkında tereddüdü mucip olabilen gerek an'anevî ve gerek maddî mülâhazalar, kocanın zinasında ortadan kalkmaktadır.

Ailenin ahlâkî ve hukukî nizamı, zikredilen şartlar altında, suçlunun karısı olmıyan bir kadınla cinsî münasebette bulunmasiyle ihlâl edilmiş olur; suçlu gayri tabiî hislerle melûf olsa (nitekim tatbikatta bunun emsalini sık sık görmekteyiz) ve karısının razı olmadığı muameleleri metresinden talep etse bile, ihlâl vâkı olmuş sayılmak lâzımdır». (Manfredini: Delitti Contro la famiglia, in Florian, Trattato di Diritto penale, Milâno 1934. s. 295, No. 254).

(16) Ömer Könü: Kocanın zinası hakkında Yargıtay'ın bir kararı münasebetiyle (Adalet Dergisi, yıl 39, sayı 5, s. 562).

bu suretle 441 inci maddede yazılı suçun teşekkülü için de müteaddit cinsî münasebetlerin şart olduğunu tesbit eylemiştir (17).

8 — c) **Cürmî kast:** suçun üçüncü müşterek unsuru da cürmî kasttır. Gerek kocanın ve gerek kadının serbest olarak ve iradî surette bilerek ve isteyerek hareket eylemiş bulunmaları lâzımdır. Meselâ bir kadının yatağında uyumakta iken gizlice yahut kendisini kocası zannettirerek yatağa giren bir erkekle cinsî münasebette bulunması zina suçunu teşkil etmez (18).

Keza erkek veya kadının zinadan dolayı şerik sıfatile mesul edilebilmeleri için cinsî münasebette bulundukları kadının evli olduğunu bilmeleri de şarttır.

İlerde görüleceği veçhile suçun takibi için her iki şerik hakkında şikâyette bulunulması şarttır. Fakat şerik kadının evli olduğunu bilmemiş ise bu takdirde sadece kadın hakkında şikâyet kâfidir ve kadının evli olduğunu bilmeyen suç ortağına ceza verilmez (19). Tabii olarak bu bilmeyişin esaslı delillere istinat eylemesi ve ispat edilmesi lâzımdır.

10 — Müşterek unsurların bu suretle izahından sonra kocanın zinasının mütalâasına geçebiliriz:

**Kocanın zinası:** Kanunumuzun 441 inci maddesine nazaran yukarıda izah olunan unsurlardan başka kocanın zinasının teşekkülü için şu unsurların mevcudiyetine ihtiyaç vardır: Zinanın tazammun eylediği cinsî münasebetin:

1) Evli olmayan bir kadın ile vukuu,

2) Bu kadının ya karı ile birlikte ikamet edilmekte olunan evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde tutulması,

3) Bu tutuşun karı koca gibi geçinmek şeklinde olması yani aynı şahısla müteaddit cinsî münasebetler icrası lâzımdır.

**1) Cinsî münasebetin evli olmayan bir kadın ile vukuu:**

Müteaddit Yargıtay kararlarının da tebarüz ettirdiği veçhile fiil evli

(17) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 15/4/1948 tarih, esas 4054, karar 4571 sayılı kararı, bk. Ömer Könü: s. g. makale.

(18) Yargıtay Ceza Umumî Heyetinin 15/7/1930 tarih ve 802 sayılı kararı. Ceza Genel Kurulu 29/6/1942 tarih ve 168/167 sayılı kararında da bir hâdise dolayısiyle sanıkların mücerret bir evde kalmalarının zina kastına mâtuf olduğunun kesin delillere dayanması lâzım geldiğini tebarüz ettirmiştir. (Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, yıl 1, sayı 3, s. 20).

(19) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 5/11/1945 tarih ve esas 11174, karar 10065 sayılı kararı. — Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 18/1/1949 tarihli bir kararında «Sanığın, H... nın evlilik durumunu bilmediği hakkında müzekkere cevabı beklenilmeden ve bilmediğinin delilleri belirtilmeden beraet kararı verilmesi yolsuz» olduğuna karar vermiştir. (Yen. Huk. İçt. sayı 3, s. 71).

olan bir kadın ile ika edilecek olursa 441 inci maddedeki suç teşekkül eylemez. Bu takdirde evli olan erkeğin şerik olan evli kadının kocasının müracaat ve şikâyeti üzerine erkeğin, 440 ıncı maddenin **«karının evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kimse hakkında da aynı ceza hükmedilir»** tarzındaki ikinci cümlesi gereğince tecziyesi iktiza eder (20).

**2) Bu kadının ya karı ile birlikte ikamet edilmekte olunan evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde tutulması:**

Fransız Kanununa göre kadının sadece müşterek ikametgâhta tutulması halinde suçun teşekkül edebilmesine mukabil bizim kanunumuz sadece bununla iktifa etmemiş ayrıca zina fiilinin **herkesçe bilinecek surette** başka yerde icrasında da suçun teşekkül edebileceğini kabul eylemiştir. Fakat dikkat olunacağı veçhile fiillerin müşterek ikametgâh dışında başka bir yerde işlendiğinde bu yerin herkesçe bilinecek surette olması lâzımdır (21).

Mevzuubahis yerlerde kadının bulundurulmasına ait şartın yahut harici gösterişin ehemmiyeti yoktur. İster akraba, ister hizmetçi vesaire sıfatile bulundurulsun devamlı cinsî münasebet idame olunuyorsa suçu teşekkül eylemiş saymak icap eder.

**3) Tutuşun karı koca gibi geçinmek şeklinde olması yani aynı şahısla müteaddit cinsî münasebetler icrası:** kocanın zinası arzolunan unsurdan anlaşılacağı veçhile mütemadî ve itiyadî bir suçtur. Bu noktanın ilerde temas olunacağı veçhile suçun takibi bakımından büyük ehemmiyeti vardır. 7 inci numarada izah olunduğu veçhile tutulan kadın ile müteaddit cinsî münasebetler icra edilmiş olmalıdır. Cinsî münasebetlerin aynı kadınla icrası da şarttır. Bir erkeğin geçici surette olmak üzere müşterek ikametgâhta yahut hariçte cinsî münasebetlerde bulunması arzolunan suçu teşkil etmez.

---

(20) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 28/12/1945 tarih ve esas 11196 ve karar 11595 sayılı bir kararına nazaran evli kadınla evli erkek zina ederse şikâyet hakkı suçlu kadının kocasına aittir. Yine aynı mealde olmak üzere Dördüncü Ceza Dairesinin 12/1/1945 tarih ve esas 489, karar 466 sayılı kararı: «Karı koca gibi geçinme suçunda suç ortağı kadının evli olmaması gerektir. Eğer kadın evli ise karı koca gibi geçinme suçu olmaz, zina suçu olur. Dâva hakkı münhasıran şerik kadının kocasına aittir. Maznun erkeğin karısının dâvası üzerine hüküm verilemez».

(21) İtalyan Yargıtayı 4 Ekim 1906 tarihli bir kararında «Kocanın, karısiyle birlikte ikamet ettiği evin dışında metresiyle gayri meşru münasebetlerde bulunduğu cihetle, işbu maddede gösterilen suçun mevcudiyetini kabul edip te, münasebetlerin herkesçe bilinebilir olduğunu tesbit etmiyen hüküm esbabı mucibe bakımından bozmayı müstelzim» olduğunu beyan etmiştir. (Bruno: Codice penale, Firenze, 1924, s. 349).

13

Suç mütemadî olduğundan tabiî olarak Ceza Kanunumuzun 80 inci maddesi de tatbik olunamaz (22).

11 — **Zina suçunda kanunî hafifletici sebepler:** Ceza Kanunumuzun 442 inci maddesine nazaran **«yukarıki maddelerde yazılı cürümlerin işlendiği sırada karı koca birbirinden nikâh baki olduğu halde hâkimin hükmü ile ayrılmış veya biri diğerini terk etmiş ise her birinin cezası üç aya kadar hapistir.»**

Görülüyor ki madde zina suçlarında - yani karı ve kocanın zinasına müşterek olmak üzere - iki kanunî sebep tesbit eylemiş bulunmaktadır: 1) karı koca arasında nikâh baki olduğu halde hâkimin hükmü ile ayrılma vaziyetinin teessüs eylemiş bulunması, 2) karı kocadan birinin diğerini terki.

Muhtelif Yargıtay kararlarınca da teyit olunduğu veçhile hâkimin hükmü ile ayrılık vaziyetinin teessüs eylemiş bulunduğu hallerde mezkûr hafifletici sebebin tatbiki için, ayrılığın zina yapanın kusuru dolayısile teessüs eylemiş bulunup bulunmadığının ehemmiyeti yoktur. Buna mukabil hâkimin kararı olmaksızın karı kocadan birinin diğerini terk eylemiş bulunması halinde mevzuubahis hafifletici sebepten istifade edebilmek için zina yapanın terkte haklı olması lâzımdır (23).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 7/5/1945 tarih ve 162 esas sayılı bir kararile 442 nci maddenin tatbiki bakımından bir esas prensip vazeylemiş bulunmaktadır (24). Buna nazaran 442 nci madde eşlerin birbirlerini iradî olarak terk eylemiş bulundukları hallerde kabilî tatbik olup, meselâ eşlerden birinin hapishaneye girmiş olması gibi gayri iradî olarak diğerini terk eylemiş bulunması halinde kabili tatbik değildir (25).

Fikrimizce hattâ terkin sadece haklı olması kâfi gelmeyip, eşin hareketi dolayısile, eşle olan münasebet itibarile haklı bulunması da şarttır.

---

(22) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 18/12/1945 tarih ve esas 11196, karar 11595 sayılı ilâmı.

(23) Bu hususta Ceza Umumî Heyetinin 11/2/1932 ve 9/7/1934 ve 143, 22 sayılı kararlarına bk. Bu cümleden olmak üzere Dördüncü Ceza Dairesi 13/9/1946 tarih ve esas 8598, karar 9565 sayılı bir ilâmı ile kocası askerde iken kaynanası ile geçinemiyen sanığın evi terk etmesinde kocasının ne gibi haksız hareketinin mevcut olduğu izah olunmadan 442 nci maddenin tatbikını bir bozma sebebi saymıştır.

(24) Son içtihatlar, sene IV, no. 4, s. 165.

(25) Buna mukabil Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 16/12/1944 tarih ve esas 10980 ve karar 12747 sayılı ilâmı ile kocanın uzun bir müddet için cezaevinde bulunması halinde zina eden karı hakkında 442 nci maddenin tatbikı lâzım geldiğine karar vermiştir.

12 — **Zina suçunda takibat:**

Kanunumuzun 443 üncü maddesi zina suçundan dolayı takibatı şikâyete tâbi tutulmuştur «**geçen maddelerde yazılı olan cürümlerden dolayı takibat icrası karı kocadan biri tarafından şahsî dâva ikamesine bağlıdır. Bu keyfiyet cürümde şerik olanlar için de şarttır.**» Buna ait esbabı mucibeden 5 no. da bahseylemiştik.

Kanunumuzun 108 inci maddesine nazaran **-takibi ancak şahsî dâva ikamesine bağlı olan fiil hakkında salâhiyettar kimse altı ay zarfında dâva etmediği takdirde takibat yapılamaz.**

**Müruru zaman haddini geçmemek şartile bu müddet dâvaya haklı olan kimsenin fiilden ve failin kim olduğundan haberdar bulunduğu günden başlar.**

**Dâvaya hakkı olan kimseden birisi altı aylık müddeti geçirirse bundan dolayı diğerinin hukuku sakit olmaz.**» Mezkûr esaslar zina suçundan dolayı takibat hakkında da tatbik olunmak lâzım gelir. Ancak suça vukuf bakımından basit bir şüphe değil fakat eşin sadakatsizliğine kanaat getirilen tarihi mebde olarak almak lâzımdır.

Bu mevzuda 441 inci maddemize göre teşekkül eden karı koca gibi geçinmek suçunun, başka bir tâbirle kocanın zinasının mütemadî bir suç olduğunu gözden uzak tutmamak lâzım gelir (26).

Kocanın aynı şahısla olan zinası bir müddet inkitaa uğrar ve bilâhare yeniden başlarsa şikâyet hangi tarihten itibaren altı ay zarfında yapılmak lâzımgelir? Bu cihet Yargıtay 4 üncü C. Dairesinin 18/3/946 tarih ve esas 2979, karar 3374 sayılı bir ilâmı ile belirtilmiş bulunmaktadır: şikâyet tarihinden üç ay evvel yeniden başlayan suçun şerikin evden ayrılması ile bir sene kadar inkitaa uğrayan eski suçun devamı mahiyetinde sayılmasına imkân olmadığından ve aile birliğini muhafaza kaygusu ile mağdurun altı ay devam ettiği şehadetten anlaşılan ilk suçun af gözile görmesinin aile birliği tekrar teessüs ettikten bir sene sonra olan son suçun cezalandırılmasına engel teşkil etmediğinin gösterilmesi yolsuz» sayılmıştır. Demek oluyor ki karı koca gibi yaşamak suçu meselâ bir senelik inkitaadan sonra yeniden başlarsa hak düşümü süresi de yeniden başlamaktadır.

Özünü nakleylemiş bulunduğumuz Yargıtay Daire kararından anlaşılan diğer cihet de eşinin zinasına razı olduktan, yahut tahakkuk eylemiş olan zina fiili af olunduktan sonra mevzuubahis zina fiilleri hakkında affa veya rızaya rağmen yapılacak olan şikâyetin muteber olmayacağıdır.

(26) İtalyan Yargıtayı 1905 tarihli bir kararında kocanın zinasında şikâyetin, fiilin herkesçe bilinebilir bir mahiyet aldığı tarihten başlıyacağını tesbit eylemiştir.

Bu esası Yargıtay Ceza Umumî Heyetinin 10/1/949 tarih ve esas 4/299-39 ve karar 45 sayılı kararı açıkça ortaya koymaktadır. Mezkûr karara nazaran karının kocasının zinasına önceden razı olması ve hatta bu maksatla bizzat eve kadın getirmesi af mahiyetindedir ve suçtan dolayı takibata bir mâni teşkil eder (27).

443 üncü maddemizin ikinci cümlesine nazaran «bu keyfiyet (yani şikâyet) cürümde şerik olanlar için de şarttır». Bu fıkranın tazammun eylediği mânaya nazaran karı veya koca zina eden eşlerini bertaraf eylemek suretile şerikleri hakkında şikâyette bulunamazlar. Zinadan dolayı takibat yapılabilmek için mutlaka her iki şerik hakkında şikâyette bulunmak lâzım gelir (28). Mehaz İtalyan Kanununun 356 ıncı maddesinde şikâyetname verilmesi» cürümde şerik olan tarafa ve tutulan nikâhsız kadına da şâmildir» denilmek suretile aynı esası ifade etmiş fakat formaliteyi ortadan kaldırmıştır: şikâyet edilince bu otomatik olarak diğer taraf hakkında da şikâyeti ifade edecektir. İtalyan Ceza Kanununun metni maksada daha ziyade uygundur; zira zina edenin şerikinin meçhul bulunduğu hallerde zina dâvası açmak mevzubahis olduğundan mahzur tevellüt edebilir. Hakikaten tatbikatta da bu gibi vaziyetlerde tereddütlere dü-

(27) (Yaşayan Hukuk Dergisi, yıl 1, sayı 2) Hâdisede karı koca arasına 10 seneyi geçen bir müddet devam eden evliliğe rağmen çocuk olmamış karı sırf ailenin muhafazasını teminen bir üçüncü kadını kandırmış ve kocasiyle beraber yaşamasını mümkün kılmış ve (aman birleşin, her ne pahasına olursa olsun bir çocuk yapın, sizi asla şikâyet etmiyeceğim) demiştir. Çocuk doğduktan sonra evden ayrılıp gitmiş ve bilâhare dâva ikame eylemiştir. Yargıtay (kocasının eve ikinci bir kadın getirmesine dair olan muvafakatının af mahiyetinde olduğu) esbabı mucibesinde dâvanın düşmesi kararının verilmesini uygun bulmuştur. —Beyan edelim ki Fransa'da carî olan tatbikat bunun tam aksinedir. Gerçekten eski Fransız hukukunda kocanın karısının zinasına olan rızası bilâhare buna karşı şikâyette bulunmasına mâni bir sebep teşkil etmekte iken bugün bu hususta kanunda bir sarahat olmaması dolayısiyle şikâyet bakımından bir mâni teşkil eylememektedir. Ancak karı ve kocanın karşılıklı olarak zina etmelerinin birbirine karşı şikâyetlerine mâni teşkil ettiği kabul edilmektedir. (M. Rousselet, M. Patin: s. g. eser s. 324).

Bizce karı veya kocanın af veya rızası ancak taallûk eylediği fiiller hakkında şikâyetin kabulüne mâni olabilir. Meselâ karı kocasının zinasına razı olduktan sonra bilâhare rızasını kaldırır ve bunu da eşine bildirirse o tarihten sonra işlenecek zina fiilleri suç teşkil etmeğe başlar. Beyan edelim ki Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 28/5/1948 tarih ve esas 6007, karar 6601 sayılı bir ilâmı ile «sanıkların mağdurun şikâyetçi olmıyacağını söyledikten sonra zinaya başlamış olduklarının bildirilmesine göre tahfife yer olup olmadığının tartışılması gerekirken bundan zuhul edilmesi yolsuz olduğuna» karar vermiş yani rızanın ancak bir hafifletici sebep olabileceğini tesbit eylemiştir.— İtalyan Yargıtayı da 24 Nisan 1913 tarihli bir kararıyle aynı esası teyidetmektedir.

(28) Bu ciheti bir çok Yargıtay kararları teyidetmektedir. Bu hususta bk. Naci Şensoy: s. g. makale s. 96; 7/6/1935 tarih ve 77/20 sayılı Tevhidi İçtihat kararı da bu esası tesbit eylemiştir.

şüldüğü görülmüştür. Gerçi Yargıtay muhtelif kararlarında zina eden şerikin meçhul bulunduğu hallerde takibatın başlıyabilmesi için eşi hakkında şikâyetin kâfi bulunduğunu tesbit eylemiştir; bununla beraber şerikin hakikaten gaip bulunup bulunmadığı bir mertebe tahkikatı icap ettireceğinden dâvanın uzamasını intaç edecek bir sebep olarak telâkki edilebilir (29).

Zinadan dolayı şikâyette bulunmak hakkı mağdur olan eşe aittir. Fakat Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 5/4/1938 tarih ve 621 sayılı kararında da tebarüz ettirildiği veçhile mağdurun aklî veya bedenî haleti itibarile meselâ vesayet altında bulunduğu ve «aile harimine vuku bulan çirkin tecavüzün mahiyetini tâyin ve takdirden aciz bulunduğu» hallerde mezkûr şikâyet kanunî mümessil tarafından da yapılabilir.

13 — **Dâvadan vazgeçme:** Kanunumuzun 444 üncü maddesine nazaran **«dâvadan vazgeçmek, hükümden sonra dahi makbuldur. Karı kocadan birinin ölümü dâvayı ıskat eder.»**

Açılmış olan zina dâvalarından bilâhara feragat edilebileceği hemen bütün dünya memleketleri ceza kanunlarınca kabul edilmiş olan bir esastır. Kanunumuz zina cürmünden hükümden sonra da vazgeçilebileceğini ve bu takdirde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunacağını tesbit eylemiş bulunmaktadır. Kanunun, cezanın neticelerinden sarfınazar olunacağını ifade eden bu hükmünün ifade eylediği mâna mahkûmiyetin artık bütün neticeleri itibarile ortadan kalkacağıdır.

Dâva görülmekte iken karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder. ancak derhal beyan edelim ki burada mevzuubahis olan karı veya koca maznun olan karı veya koca değildir; fakat suçun mağduru olan karı veya kocadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 16/4/1945 tarih ve esas 1/16 karar 18 sayılı kararıyle bu esası tesbit ve teyit eylemiş bulunmaktadır: «bir suçlunun ölümü hiç bir vakit şerikinin cezasının ıskatını mucip olamıyacağı tabiî bulunmasına binaen Ceza Kanununun 444 üncü maddesindeki karı ve kocadan maksat yani suçun iki tarafını teşkil eden zani ve zaniyeden biri olan karı veya koca olmayacağına .....» karar verilmiştir.

Tabii olarak vazgeçme ancak şikâyet ve dâvadan vazgeçildiği ana

(29) İtalyan Yargıtayı bir çok kararlarında karının zinadan dolayı takip edilebilmesi için zâninin şahsan tesbiti zarurî olmadığını tesbit eylemiş bulunmaktadır: «Zina suçunun teşekkülü için evli bir kadının cinsî münasebette bulunduğu kimselerin şahsan tâyin ve tesbiti şart değildir; hattâ evli bir kadının fuhuşla iştigal etmesi zinanın en bayağı şekillerinden biridir». Ancak «karı alenen fuhşu icra ettiği takdirde koca, karısından istifade eden şahıs aleyhinde şikâyette bulunmak hakkını haiz sayılmamıştır». (Bruno: Codice penale, Firenze, 1924, s. 349, not 2).

(2

kadar işlenen zina suçları hakkında hüküm ifade eder; yoksa bu tarihten sonra işlenecek zina suçları hakkında hüküm ifade etmez (30).

Şeriklerinden biri hakkında şikâyetten vazgeçme Ceza Kanunumuzun 99 uncu maddesindeki umumî prensip icabı diğer şeriklere de tesir eder.

Zina suçundan dolayı verilen hüküm kesinleştiktikten sonra karı veya kocasının şikâyetten vazgeçmeleri hükmün icrasından vazgeçilmesini ve cezanın neticelerinden sarfı nazar olunmasını icap ettirir fakat ölüm, cezanın yerine getirilmesine engel olmaz (31).

Yeni İsviçre Ceza Kanununun 214 üncü maddesine nazaran mağdur eşin ölümü cezanın da artık infaz edilmemesini icap ettirmektedir. Esasen yabancı ceza kanunlarında zina suçu dolayısile mevzuubahis edilmiş olan cezadan muafiyete mütaallik öyle bir takım sebepler vardır ki kanun vazıımız bunları derpiş eylemiş değildir. Meselâ İtalyan Ceza Kanunu karının kocası tarafından fuhşa teşvik edilmesini, İsviçre veFransız Ceza Kanunları eşlerden her ikisinin zina eylemiş bulunmalarını bir muafiyet sebebi saymışlardır. Biz bu ve buna müşabih sebeplerin kanuna ithal edilmemiş bulunmasını bir noksan sayarız. Yukarıda da ifade eylemiş bulunduğumuz veçhile bizce modern zihniyet ve mantık bakımından zina fiillerinin suç teşkil eylemesi bir esasa dayanmamaktadır. Sadece memleketimizin şartları bakımından eşlere âdeta intikam almalarını temin için bu suçun muhafazası lâzımdır. Zira kanun yolu ile intikam almak imkânı verilmediği takdirde şahısların çok daha sert bir takım yollara müracaat edeceklerinden şüphe edilmez (32).

(30) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 9/6/1945 tarih, esas 6141, karar 6168 sayılı kararı.

(31) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 21/6/1945 tarih ve esas 6542, karar 6557 sayılı kararına nazaran: «Dâva hakkını haiz olan şahsın ölümünün yalnız cezasının, (dâva) adı altında sayılacağı vaziyette müessir olacağı vâzıı kanunun mehazda (dâva hakkını haiz olanın ölümünün vazgeçme gibi olduğu) yolundaki fıkrayı (... ölümünün dâvayı iskat edeceği) şekline sokmasından ve infaz safhasına giren kat'î cezanın (dâva) adı altında ifasına imkân bulunmamasından anlaşılmaktadır. Bu itibarla 444 üncü maddemizin son fıkrası kesinleşmekle dâva safhası haricine çıkan hükümlere teşmil edilemez. «Aynı mealde olarak Dördüncü Dairenin 31/6/1945 tarih ve esas 6542 sayılı kararı.

(32) François Clerc eserinde şöyle diyor: «Kanun vâzıı eğer siyasî mülâhazalar yerine mantıktan mülhem olsa idi 214 üncü maddede zinaya karşı açık bir husumet ifade edecek yerde basitçe bu suçu ilga ederdi». 3 numarada ifade eylediğimiz veçhile ne yapalım ki iş sadece mantıkla hallolunmamakta yerine göre siyaset yahut sosyal ihtiyaçlar, zihniyetlere müessir olmaktadır. Nitekim Fransa'da zina suçu ilga edilmek şöyle dursun yeni bir takım suçların ihdasına doğru gidilmiştir. 23 Kasım 1942 tarihli bir kanun harp şartları dolayısiyle memleketten uzakta kalmış bir erkeğin karısı ile açık bir şekilde olmak üzere karı koca gibi yaşayanları resen cezalandırmaktadır. Şerik olan karı hakkında ancak mağdurun şikâyeti üzerine takibat yapılabilir.

18

# MÜDAFAA HAKKININ HUDUDU, ŞÜMULÜ VE C. M. U. K. NUMUZUN 136 - 146 nci MADDELERİ HÜKÜMLERİNİN AÇIKLANMASI

Yazan: Dr. Hadi TAN

Anayasanın 59 uncu maddesi aynen (herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir) hükmünü ihtiva etmektedir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz ise kimselerin müdafi olabileceğini tâyin ve tespit eylemiştir. Bu şekildeki tâyin ve tesbitin gerekçesi şudur: üzerlerine suç atılmış olan kimselerin bir kısmı kendilerini lâyikiyle müdafaa etmek dolayısile masum olduklarını veya kanunî muafiyetten istifadeye hak kazanmış bulunduklarını ispat edecek hukukî bilgiye sahip değildirler: Bunun da sebebi kanunların, bilhassa usul kanunlarının hükümlerini her şahıs bilemez. Bu mesele hususî bilgi ve meslek işidir. Aynı zamanda ceza dâvası, mahiyet ve keyfiyet itibariyle hukuk dâvasından tamamiyle ayrıdır. Ceza dâvasında aslı unsur hakikatın araştırılmasıdır, şekil ikinci derecede rol oynar. Bu itibarla, ceza dâvasına karışacak olan müdafiler hakkın ve hakikatın araştırılmasında büyük rol icra ettiklerinden bunların hususî hukuk bilgisi ile mücehhez olması ve meslek disiplinine bağlı bulunması gerekir. Müdafiler hiçbir suretle mümessil tabiri içerisinde mütalâa edilemezler.

Bunlar, mahkemenin ve sanığın arzulariyle de bağlı değildirler. Yargılamanın devamı müddetince müstakil haklara sahiptirler. Mümessil (vekil) tabiri içerisinde mütalâa edilemedikleri cihetle vekâletnameyi haiz müdafi terimiyle kasdedilen müdafi tabirine de dahil değildirler.

Hukuk dâvasındaki vekil ile ceza dâvasındaki müdafi yekdiğerinden farklıdır. Hukuk usulündeki dâva ehilyeti mefhumu sanık hakkında uygulanmaz. Cezaî mesuliyet tamamile şahsî mahiyettedir. Binaenaleyh, hukuk dâvalarında mahkeme huzuruna çıkmağa ehliyeti olmıyan şahıslardan bulunsa dahi, sanık prensip itibariyle ceza hâkimi önüne bizzat çıkar. Sanığın beyanatı medenî hukuk mümessilinin iltihakı olmadan dahi muteberdir. Ezcümle ceza dâvasında müdafiin veya sanığın itirafları birbirini bağlamaz. Halbuki hukuk mahkemesinde vaziyet tamamiyle ber aksidir.

İşte maruz görüşe dayanılarak ceza dâvasındaki müdafaa müessesesi bizzarur tahdit edilmiş bulunmaktadır. Kanunumuzun mehazı olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu da bu görüşü kabul etmiş olduğundan meclise sevkedildiği zaman madde şu şekilde idi : (Bir Alman mahkemesinde avukatlık yapmağa mezun olan avukatlar veya Alman yüksek okullarında hukuk tedris eden hocalar müdafiliğe seçilebilirler). Meclis adalet encümeni maddeyi noksan buldu ve müntahap müdafiliğe (Alman sistemine göre ağır suçlarda mecburî müdafaa diğerlerinde ihtiyarî müdafaa kabul edilmiştir) muayyen şartlar tahtında ve mahkemenin de müsaadesi alınarak sair eşhasın intihap ve kabullerine cevaz verdi. Adalet encümeninin ileri sürdüğü gerekçe aynen şöyledir: «Vaymar anayasada tanınmış olan müdafaa hakkı tahdide tâbi tutulmamıştır. Bundan başka, müdafiliğin yalnız avukatlara ve hukuk hocalarına hasredilmesi doğru değildir. Çünkü; sanık muayyen bir şahsa itimat edebilir. Bu itibarla hak ve hürriyeti üzerine tesir icra edecek bir yargılamada o şahsın yanında bulunmasını ve müdafaa haklarından faydalanmasını şiddetle arzu edebilir. Ayrıca, sanık hâdise hakkında hususî bilgi, malûmat müşahede ve tecrübesi olan başka bir şahıs tarafından kendisinin müdafaa edilmesini arzu eder ve bu hali menfaatlerine uygun bulur. Sonra, bazı müçtemi sulh mahkemelerinin icrayı kaza eylediği mahallerde kanunun tarif ettiği şartları haiz (avukat veya hukuk hocası) eşhasın temini de zor bazı hallerde imkânsız olabilir.» İşte yukarıda sıralanan görüşlere dayanılarak sair eşhasın müdafi olabilmeleri kabul edilmiştir.

Mehaz kanunda derpiş olunan müdafi, mümessil ile karıştırılmamalıdır. Her ne kadar kanunda, sanığın kanunî mümessiline de yer verilmiş ise de bunun sebebi kanunî mümessillerin muhakemeye iştiraklerini sağlamağa ve dolayısiyle sanığı geniş mânasiyle himayeye mâtuftur. Bazı hakların kullanılması kanunî mümessile aittir. Kanunî mümessilin iştiraki sanığın haklarını bizzat kullanmağa mâni teşkil etmez.

Kanunî mümessil mefhumu medenî hukuka göre taayyün eder, yetkileri de kanunda derpiş edilmiştir. Bu yetkiler müstakillen (madde 291) yani kanundan alınan kuvvetle mümessile aittir. Bu bapta sanık mümessilin rızasiyle mukayyet olmadığı gibi, kanunî mümessil de aynı şekilde sanığın rıza ve muvafakatına bağlı değildir. Mümessilin kanun yollarına müstakillen müracaat edebilme yetkisinden sanık aleyhinde isdar olunan bilcümle karar ve hükümlerin doğrudan doğruya kanunî mümessillere bildirilmesi gerektiği neticesi istidlâl edilemez. Zira 291 inci madde metni mâruz görüşü takviye etmektedir. Ancak kanunî mümessilin bu yolda

sebketmiş bir talebi mevcut ise yani şahsına tebligat yapılmasını istemiş ise işbu istek yerine getirilmelidir. Kanun yollarına müracaat yetkisine müstakillen sahip olan kanunî mümessil bu iş için ihtiyar edeceği lüzumlu masrafları, temsil ettiği şahsın mamelekinden tediyeye muhtardır. Kanunî mümessil bu hakkını kaybettiği andan itibaren sahih bir müdahale ve muamelede bulunmak yetkisini tabiatiyle haiz değildir. Ancak bu sıfatı haiz olarak yaptığı muamelelerin hukukî neticeleri, âhiren salâhiyeti bertaraf edilmiş olmasına rağmen, sahih ve muteberdir. Kanunî mümessil aynı zamanda müdafii de olabilir. O, bu hakkın istimalinden menedilmiş değildir. 137 nci maddenin ikinci fıkrası gereğince kendisini müdafi seçebilir. Ancak müdafilerde aranılan şartları ve vasıfları haiz bulunması (1) lâzımdır. Sanık olan bir kadının kocası, 145, 291, 333 üncü maddelerde tasrih olunan hallerde kanunî mümessil ile müsavi tutulmuştur. Fakat 136 ve 138 inci madde hükümleri bu görüşün aksini ifade eder. Kaybolan sanığın akrabaları da muayyen bir hudut dahilinde sanığı temsile yetkilidirler (2).

Müdafiin, ne dereceye kadar sanığın mümessili olduğunu kanun tesbit etmiştir. Gerçi sanığa müdafi tâyini için kaide olarak ya bizzat sanığın veya kanunî mümessillerin arzusu şart ise de kanunda gösterilen hallerde mahkemece de müdafi tâyini mümkündür. Müdafaanın ihtiyarî veya mecburî olması keyfiyeti, müdafiin seçilmesini veya tâyine tâbi olmasını gerektirmez. Zira mecburî müdafaa halinde dahi müdafiin seçilmesi sanığa aittir. Diğer taraftan müdafaanın mecburî olmadığı hallerde de mahkemece talep üzerine veya resen bir müdafi tâyin edilebilir (3).

Kanun, müdafiin hukukî durumunu genel bir hükümle tâyin etmekten içtinap etmiştir. Doktrinde, müdafi bazan, muameleleri sanığın muameleleri hükmünde olmak üzere sanığın mümessili addedilmiş bazan yalnız sanığın değil devletin de müşaviri sayılmış, hakkın ve topluluğun koruyucusu vasfı verilmiş mecburî müdafaa halinde ise, sanığın iradesine tâbi olmıyan mahkeme müşaviri fakat ihtiyarî müdafaa halinde sanığın müşaviri ve onun arzusuna tâbi olduğu şeklinde bir tefrik yapılmıştır.

Müdafiin hukukî durumu hakkında hâkim olan görüş şöyledir: «Müdafi esas itibariyle sanığın mümessili değil fakat sanığın özel imtiyazlara

(1) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 145 inci maddesi de (müşavir) tabiri kullanılmıştır.

(2) Madde 273 ve 279.

(3) Alman C. M. U. K. madde 141: (140 ıncı maddede gösterilenlerden gayri hallerde dahi mahkeme ve acele işlerde başkan, talep üzerine, yahut resen sanığa bir müdafi tâyin edebilir.

sahip olan müşaviridir. Müdafi, sanık yerine değil ancak onun refakatinde ve onunla birlikte hareket eder. Vazifesi: Sanığın hakkının meydana çıkarılmasında ve gayelerinin tahakkukunda yardımdan ibarettir. Bu görüş, seçilen müdafi kadar tâyin edilen müdafi hakkında da hüküm ifade eder. Temsil yetkisinin esaslı istisnaları şunlardır: Müdafie tebligat yapılmış olmasına rağmen sanığa da ayrıca tebligat icrası şarttır. Müdafiin yargılamada hazır bulunması, sanığın mevcudiyeti yerine kaim olur (4).

Sanık üzerine atılan suçtan dolayı müdafiin dinlenmiş olmasına rağmen sanığın sorguya çekilmesi şarttır (5). Sanığın verdiği ifade ve beyanlara terettüp eden netayiç müdafiin yaptığı beyanata terettüp etmez. Ancak sanık huzurunda müdafi tarafından vâkı bir beyan sanığın açık veya zımnî tasvip ve muvafakatiyle hüküm ifade eder (6). Sanığın müdafii tarafından temsili, istisnaî şekilde kanunun açık olarak tâyin ettiği hallerde vâkidir. Ezcümle Türkiye'de ikamet etmiyen bir sanık kefaletle salıverilmesini istediğinde kendisine yapılacak tebligatı kabul için yetkili mahkemenin (dâvaya bakacak mahkeme) kazası dairesinde oturan her hangi bir kimseyi tevkil edebilir (7). Bundan başka 227 nci maddede tasrih edildiği üzere, sanığın hazır bulunmaksızın yapılması caiz olan duruşmalarda vekâletnameye müsteniden yetkili kıldığı bir müdafi ile kendisini temsil ettirebilir (8). Her ne kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 227 nci maddesinde (vekâletnameye müsteniden yetkili kıldığı) ibaresi mevcut değilse de, mehaz kanunda aynı tâbir mevcuttur. 318 inci maddede gösterildiği şekilde sanık, vekâletnameyi haiz bir müdafi ile de kendisini temsil ettirebilir. Keza şahsî dâvacı da vekâletnameyi haiz bir avukat vasıtasiyle temsil olunma yetkisini haizdir (9). Ceza kararnamelerine vâkı itiraz üzerine yapılacak duruşmada sanık, kendisini vekâletnameyi haiz bir müdafi ile temsil ettirebilir. (Mehaz metinde, vekâletnameyi haiz bir müdafi, tâbiri mevcuttur). Müdafiin hak ve vazifeleriyle sanığın hakkı yekdiğerinin aynı değildir. Meselâ: Dosyanın tetkiki (10) ve karşılıklı isticvap hakkı yalnız müdafie tanınmıştır. (Madde 143 ve 232) Duruşmada kıymetlendirilecek olan delillerin ilk tahkikat

(4) Madde 223, 229, 232.

(5) Madde 31, 241.

(6) Madde 238.

(7) Madde 119.

(8) Madde 227.

(9) Madde 348.

(10) Dosyayı tetkik hakkı sanığa tanınmamıştır.

sırasındaki tesbitinde hazır bulunmak hususunda müdafiin tahdide tâbi olmıyan bir hakkı mevcuttur (madde 186). Halbuki sanığın böyle bir tesbitte hazır bulunabilmesi kanunen tahdit edilmiştir (11). Ayrıca bu keyfiyet mahkemenin özel bir kararıyle daha fazla tahdide uğrayabilir (madde 187, 240). Müdafi, sanığın müşaviri olarak kabul edildiğinden onun faaliyeti yalnız hakikatın meydana çıkmasına veya sanık lehinde bir hukukî kaidenin uygulanmasına mâtuf olabilir. Yoksa yargılamayı teşvişe mâtuf hiç bir fiil ve hareketi tecviz edilemez. Müdafi (12), kocanın, ebeveynin veya vasinin haiz oldukları hukuka dahi sahiptir. Müdafi, sanığın bir vasıtası değil yargılama için tâyin edilmiş veya seçilmiş hususî bir vasi yahut kayyum durumundadır. Küçüğün ifade ve beyanları vasi için ne kadar icap ifade ederse, sanığın iradesi de müdafi için aynı icabı ifade eder. Binaenaleyh müdafi sanığın beyanlarına muhalif beyanatta bulunabilir, temsil olunanın taleplerinden farklı talepler yapabilir, hattâ hükümlünün iradesi ve arzusu hilâfına af talebinde dahi bulunabilir.

Müdafaa hakkının hudutları tahdit edilmemiş olduğundan tatbikatta daima münakaşa konusu teşkil eden haller tahaddüs etmektedir. Ezcümle, müdafiin bir taraflı olmak hakkı umumiyetle kabul edilmiş olmasına rağmen, müdafie ait yetkilerin kullanılmasında ne derece ileri gidilebileceği, sanığın suçluluğu hakkındaki kanaatine rağmen onun beraatini isteyip isteyemiyeceği, sanık suçunu kendisine itiraf etmiş olmasına rağmen onun suçluluğunu iddia edip edemiyeceği, temsil ettiği şahsa bir itirafta bulunmaktan içtinap etmeyi veya yaptığı itiraftan rücu eylemeyi yahut vereceği ifadeden kısmen veya tamamen imtina etmeyi tavsiye ve telkin etmesinin yahut kavlen veya fiilen müvekkilinin kararını kolaylaştırmanın caiz olup olmadığı gibi hususî meseleler hâlen münakaşalıdır. Bu meselelerin hallinde bir taraftan müdafi için resmî müşavirlik hizmetinden doğan genel meslek görevlerinin diğer taraftan müdafi olarak faaliyette bulunan avukata, Avukatlık Kanunu gereğince terettüp eden hususî meslekî ödevlerin nazara alınması gerekir. Sanığın müşaviri sıfatiyle mütafiin durumu onun imtina edici delile yardım etmesine müsait olmadığı gibi sanık aleyhindeki kanaatini izhar ve beyana da yetkili değildir. Delil noksanlığından dolayı beraat istemekle mükelleftir (13). Müdafiin, sanığın suçluluğu hakkındaki kanaati bu ödevi ifaya mâni teşkil etmez. Her hangi bir hususu aydınlatmaya mâtuf bir su-

(11) Madde 186.

(12) Löwe, St. O. P, S. 362.

(13) Sanığın suçluluğu hakkındaki kanaatıma rağmen.

ali kabul veya reddetme hususunda yapılacak tavsiye halin icaplarına göre değişir. Hakikatin meydana çıkarılması maksadiyle mahkemenin ihtiyar eylediği faaliyete müdafi taciz edici bir surette müdahale ettiği takdirde kendisini mesuliyetten kurtaramaz.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, iltizamen Alman aslından ayrılarak, ihtiyarî müdafaa sistemini kabul etmiş ve kimlerin müdafi olabileceğini de tâyin eylemiştir. Bu sistem ve usul içtimaî bünyemize ve ceza dâvasının yukarda arzolunan mahiyetine tamamiyle uygundur. Ancak, kanunun emrettiği şartları haiz müdafi bulmakta müşkülâta mâruz kalındığı zaman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesinin uygulanmasında hiç bir suretle kanunî ve usulî mahzur mevcut değildir. Ceza usulünün kabul ettiği bu sistem Anayasanın 59 uncu madde ahkâmına da muhalif olamaz. Bu münasebetle müdafaa hakkını derpiş eyliyen ceza usulümüzün 136 ilâ 146 ncı madde hükümlerini maksut

136 ncı madde hükmüne göre :

136 ncı madde hükmüne göre,

Sanık, tahkikatın her hal ve derecesinde bir avukatın veya dâva vekilinin yardımından istifade edebilir.

Ceza Yargılama Usulünde, müdafi, alâkalının serbest seçmesi ile veya mahkeme tarafından yapılan tâyin ile elde edilir. Müdafii seçme hakkı 279 uncu maddenin birinci fıkrasındaki hal müstesna, ancak sanık veya kanunî mümessiline aittir. Bunlar tarafından seçilmiş olan müdafiler kanunun kastettiği mânadaki müdafi anlamına dahildirler.

«Tahkikatın her hal ve derecesinde» tâbirini ihtiva eden birinci fıkra hükmünden, hazırlık ilk ve son tahkikat hallerinde müdafi seçilmesinin mümkün ve caiz olacağı neticesine varılmakta ve kanunun 162, 185 fıkra 2, 186 ncı maddeleri de bu ciheti açıklamaktadır.

Sanığın birden fazla müdafi bulundurup bulunduramıyacağı meselesi kanunun 220 nci maddesinde tasrih edilmiştir. Madde hükmüne göre duruşmada bir sanık için mütaaddit müdafiler bulunabilir. Ancak duruşma haricindeki tahkikat ve takibat muameleleri için dahi birden fazla müdafiin yardımından sanığın faydalanması mümkündür. Sanık müdafileri seçmekte ne derece serbest ise onları değiştirmekte veya tahkikatın belli safhaları veya belli muameleler için yetkili kılmakta dahi serbesttir.

**Kanunî mümessil** : Maddenin ikinci fıkrası sanığın kanunî mümessilleri varsa onların da bir müdafi seçmelerini kabul eylemiştir. Metindeki (bir) tâbirini tâdadî mahiyette kabul etmemek lâzımdır. Zira; sanığın bizzat birden fazla müdafi seçebilme hakkı mevcut iken kanunî mü-

imî olmasında hiç bir fark mevcut değildir. Ancak bu nevi iktidarlardan mahrumiyet vasfı kâfidir.

Madde 139 : 138 inci madde gereğince mahkemece müdafi tâyin edilmiş olmasına rağmen sanık sonradan başka bir müdafi seçer ve o da müdafaa görevini kabul eylerse bu takdirde evvelce tâyin edilmiş olan müdafiin görevi sona erer. Bu demektir ki, sanık mahkemece resen tâyin kılınan müdafii kabul etmediğinden kendisi veya kanunî mümessilleri tarafından başka bir müdafi tâyin edilmiştir. 138 inci maddede yazılı olan sanıklar veya bunların kanuni mümessilleri müdafiin mahkemece tâyin edilmesinden feragat edebilirler. Bu takdirde esasen madde hükmü ihtiyari olduğundan feragat hali mahkemenin adaletine sığınmayı tazammun ettiğinden müdafi tâyininde ısrar edilmesi tavsiyeye şâyandır.

140 ncı madde hükmü, yargıç veya mahkeme başkanı tarafından tâyin edilecek müdafiin kimler arasından seçileceğini göstermektedir. Seçim avukatlara inhisar ettirilmemiş dâva vekillerinin de seçilebileceği esası kabul olunmuştur. Zira münferit veya murtabit dâvalardaki sanık adedi bazan o kadar çok olabilir ki, hepsi için yeter sayıda avukat bulmağa imkân olmadığı gibi memleketimizin özelliği icabı her mahkemenin bulunduğu yerde avukat da icrayı vekâlet etmez. Bunun için dâva vekillerinin de seçilebilmesi tatbikatta ehemmiyetli bir kolaylık sağlayacağı görüşüne dayanılarak dâva vekillerinin de müdafi tâyin edilmeleri esası kabul edilmiştir. Ancak seçilecek müdafilerin mahkemenin bulunduğu mahalde vekâlet eden avukat veya dâva vekilleri arasından seçilmesi şarttır. Şayet o mahalde başka bir avukat münhasıran ikamet eder ve fakat icrayı vekâlet etmezse bu şahıs ilk de müdafi olarak seçilemez. Mahkemenin bulunduğu mahalde baro mevcut ise evvelemirde müdafi baroda kayıtlı bulunan avukatlar arasından seçilir. Şayet baronun teşekkül etmediği veya yeter sayıda avukat mevcut bulunmadığı hallerde Avukatlık Kanunu gereğince dâva vekilliiğ ruhastnamesini haiz olanlardan, bunlar da bulunmadığında o mahalle en yakın yerde bulunan avukat veya dâva vekilleri arasından bir müdafi seçilerek mahkemeye celbolunur. Şayet bu da imkânsız ise —maddî ve fiilî esbap dolayısiyle— Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesi kıyasen uygulanır.

Yargıç veya mahkeme başkanı tarafından müdafi olarak seçilen avukat veya dâva vekilinin, Avukatlık Kanunundaki hükümler dairesinde bu görevi kabul etmesi gerekmektedir. Ancak müdafi olarak seçilen avukat veya dâva vekili, yapılan bu tâyinin kanun hükümlerine aykırı bulunduğundan bahisle kendisini müdafi tâyin etmiş olan mercie (yargıç veya mahkeme başkanı) baş vurarak defilerini bildirir. Bundan başka cevaz

nın yersiz ve lüzumsuz geçikmesine ve dolayısile sürüncemeye maruz bırakılmasına mâni olmak amacına dayanır. Sanığın birden fazla müdafii mevcut bulunur ve bunlardan bir tanesi duruşmada hazır olursa duruşmanın devam ve icrasına cevaz verilir. Hüküm verilmeden evvel müdafiin duruşmadan devamlı bir surette çekilişi her halde kanunun kasdettiği mânadaki «vakitsiz çekiliş» i ifade eder. Fakat müdafiin kısa bir zaman için duruşma salonunu terk etmesinin vakitsiz bir çekilme addedilip edilmiyeceği, işin mahiyetine göre mahkemece tâyin olunur. Ancak tâyin edilmiş olan mgdafiin duruşmanın esaslı safhalarında her halde hazır bulunması şarttır. Ezcümle son tahkikatın açılmasına dair olan kararın veya iddianamenin okunması, sanığın sorguya çekilmesi, delillerin irad ve ikamesi, suçun mahiyeti ve vasfının değişmesinden ötürü 258 inci madde gereğince sanığa haber verilmesi, hükmün tefhimi gibi haller, duruşmanın esaslı safhalarını teşkil eder.

Tâyin edilmiş olan bir müdafi, şahsî kanaati ve görüşü hilâfına hareket etmekle ve sanığın beraetini istihdaf eden bir talep veya müdafaada bulunmağa mecbur değildir. Madde hükmü, müdafie böyle bir mecburiyet tahmil etmediği gibi usul hukukunun kabul ettiği ana prensipler de buna mâni sebep teşkil eder. Binaenaleyh müdafiin sanık lehine hiç bir suretle beyanda bulunmıyacağını bildirmesi maddenin kastettiği mânada «kaçınma« mahiyetinde tellâkki edilmemelidir. Bilâkis böle bir beyanın, dâvanın mahiyeti ve mevcut sübut delilleri müvecehesinde, yerinde olup olmadığı hususunu mahkeme takdir eder. Şayet bu beyan yersiz görüldüğü takdirde bu hal müdafaa görevini ifadan kaçınma telekki edilerek sanığa ikinci bir müdafi tâyin edilmesine sebep teşkil edeceği gibi müdafiin görevini gerekdiği gibi yapması için lüzumlu tedbirlerin (talik) ittihaz edilmesini de icabettirir.

Birden fazla sanıkların ve birden fazla müdafilerin mevcudiyeti halinde, duruşmada bulunmayan bir müdafi yerine müşterek müdafilerden birinin tâyini caizdir. Böylece müşterek müdafi müteaddit sanıkları müdafaa ile görevli ve ödevli kılınmış olur. Ancak bu şeklin tahakkuk için 142 nci madde gereğince sanıkların menfaatlerinin birbirine uygun olması gerektir.

Müdafaadaki aksaklık dolayısile mahkeme, duruşmayı tehir veya talik etmeğe her zaman yetkilidir. Ancak talik zapta geçirilmesi gereken bir kararla mahkeme tarafından tehir kararı ise başkan tarafından verilir (1).

İkinci fıkra hükmünü mutlak mânada anlamak lâzımdır. Netekim,

(1) Madde 221, 222 ile karşılaştırınız.

yeni tâyin edilen müdafi, müdafaasını hazırlamak için vaktin müsait olmadığını beyan eylemesine rağmen bu beyanın yersiz olduğu neticesine mahkemece varılmış olsa bile her halde talik veya tehir kararı verilmesi icabeder. Aksi halde müdafaanın caiz olmayan bir şekilde tahdidi bakımından temyizce bozma sebebi teşkil edebilir. Başka bir müfi müdafaaya derhal hazır olduğunu bildirmiş bulunsa dahi ikinci müdafiin yani yeniden tâyin edilmiş olan müdafiin görevden affı gibi hatalı bir yola gidilmemesi tavsiyeye şayandır. Müdafiin kusuru neticesi olarak duruşmanın talik olunduğu hallerde bu yüzden doğacak masrafın ve inzibati cezanın kime tahmil edileceği meselesi münakaşa edilmektedir. Bazı müellifler ikinci fıkra birinci cümlesinde «yeni müdafiden» bahsedildiğini ve bunu mütaakıp cümlede «müdafi» kelimesinin kullanıldığını ileri sürerek mesuliyetin eski müdafie yani evvelce tâyin edilip te görevini yapmayan müdafia raci olacağını ileri sürmekte ve bir kısım müellifler ise her iki müdafi «eski ve yeni müdafiler» için de uygulanabileceğini iddia etmektedirler. Alman Temyiz Mahkemesi, birinci şıkkı müdafaa eden müelliflere hak vermekte ve dolayısiyle mesuliyetin birinci fıkrada derpiş edilen eski müdafie raci olacağını kabul eylemektedir. Bu itibarla Alman aslında olduğu gibi son hükmün ayrı bir fıkra halinde tesbit edilmesi daha uygun olacağı gibi uygulamada karşılaşılan tereddütler de izale edilmiş olur.

Maddedeki son hükmün yazılış şekli de hatalıdır. Müdafiin bir kusuru mevcut olduğundan, talikin zarurî olup olmadığı araştırılmaksızın, bu sebeple doğan masraflar müdafia yükletilmekte ve müdafi kendi yerine derhal başka bir müdafi tâyin edilmesinin uygun ve mümkün olduğu görüşünü ileri sürse dahi mes'uliyetten kurtulamamaktadır. Esas mesele müdafiin kusurunu tesbit etmek ve ahiren bir kusur neticesi talikin tevellüt ettiğini meydana çıkarmaktır ki bu keyfiyetin tâyin ve takdiri mahkemeye aittir. Müdafiin maruz kaldığı mânevi bir cebrin tesiriyle duruşma sırasında müdafaayı terk etmesi ve dolayısiyle duruşmanın tâliki zaruretini yaratması halinde onun kusurlu sayılması insanlık ve adalet kaideleriyle telif edilemez. Binaenaleyh bu nevi beşerî hisleri hoş görmek uygundur.

Talikten mütevellit masrafların kusurlu olduğu anlaşılan müdafia tahmili mahkemece ittihaz edilecek bir karar ile olur. Karar verilmezden evvel müdafiin dinlenmesinin lüzumlu olup olmadığı hususunu mahkeme serbestce takdir eder. Şayet karar verildikten sonra mudafiin kusursuz olduğu anlaşılırsa, mahkeme ittihaz ettiği mes'uliyet kararını ikinci bir karar ile ıslah edebilir (299 uncu maddenin son fıkrası ile karşılaştırınız). Bundan başka müdafiin 297 inci madde gereğince, yargıç veya mahkeme

başkanı tarafından ittihaz edilen kararlar aleyhine itiraz hakkı da mevcuttur.

Müdafiin kusuru neticesi olarak duruşmanın talik olunduğu hallerde müdafi hakkında ayrıca inzibati ceza da tâyin edilebilir. Kusuru olan müdafia gerekli masrafların tahmili keyfiyeti inzibati ceza tâyin edilmesine engel olamaz.

Her iki tedbir yekdiğerinden ayrı ve müstakil mahiyettedir. Metindeki inzibatı ceza ancak inzibati ceza ile tecziyeleri mümkün olan kimselere matuftur.

(Avukatlık Kanununun 30 uncu maddesiyle karşılaştırınız)

Madde hükmü yalnız mahkemece tâyin edilen (mansup) müdafiler hakkında uygulanır. Sanığın veya kanunî mümessilinin seçtiği müdafiler hakkında bu madde hükmü uygulanamaz.

142 nci madde hükmü, gerek 138 inci madde gereğince sanık veya kanunî mümessilleri tarafından seçilen (müntahip) ve gerek 138 inci maddeye tevfikan mahkemece tâyin edilen (mansup) müdafiler hakkında uygunlanır.

Maddedeki «birden fazla maznunların menfaatleri birbirine uygun ise...» tabiri uygunlama alanında bazı tereddütleri mucip olmaktadır. Bu demekdir ki, müdafaa görevine aykırı düşmedikçe, müteaddit sanıkların müdafaası müşterek bir müdafi tarafından deruhde olunabillir. Sanıklardan birisi tarafından seçilmiş olan müdafiin aynı zamanda müşterek sanıklardan diğer birisi için de mahkemece müdafi tâyin edilmesi mümkündür. Eğer mütaaddit sanıkların menfaatleri birbirine aykırı ise ve meselâ sanıklardan birisi diğerini suçlandırmak suretiyle üzerine atılan suçtan kurtulmağa çalıştığı veya mütaaddit sanıklardan birisi diğerlerini iğfal etmiş olmakla ittiham edildiği takdirde, bunların müşterek bir müdafi tarafından temsili müdafaa görevinin ifasını ihlâl eder. Mahkeme böyle bir halin mevcut olduğu kanaatini elde ederse müşterek müdafaanın caiz olmadığını re'sen bildirmekle ödevlidir.

Birden fazla sanıkların menfaatlerinin birbirine uygun olmadığı veya başka bir müdafiin derhal tâyin edilmesinin veya seçilmesinin imkânsız bulunduğu duruşmada meydana çıktığında artık duruşmaya devam edilmeyip tehir veya talik kararı verilmesi gereklidir.

Birden fazla sanıkların müdafaasına (müşterek müdafaa) taallûk eden kararlar aleyhine 297 inci madde gereğince itiraz olunabilir. Sanıkların menfaatlerinin birbirine zıd olmasından dolayı müşterek müdafaanın, reddini tazammun eden bir karar aleyhine müdafi de kendi bakımından ayrıca itiraz edebilir. Bu itiraz yalnız müdafiin şahsiyetine taallûk

eder. Artık müdafi müdafaadan men edildiği sanıklar için böyle bir kanun yoluna baş vuramaz.

Birden fazla sanıkların müdafaası müşterek bir müdafi tarafından deruhte ve takip olunan hallerde gereken tebliğatın sanık adedine göre değil de müdafi adedine göre yapılması maslâhata uygun düşer. Mehaz Kanun 1935 tarihli tadilâtta 1933 tarihli tebliğat nizamnamesinin altıncı madde hükmünü son fıkra halinde usulün 146 ıncı maddesine eklemiştir. Fıkra şöyledir : «Birden fazla sanıkların müdafaası müşterek bir müdafi tarafından deruhde ve takip olunan hallerde, müdafia bir varaka tebliğ edilirken sanıkların cümlesine veya bir kaçına taallûk eden kısımlar için, yalnız bir tebliğ yapılır ve tebliğ olunan varakanın sanıkların adedine göre birer nüshası da müdafia tebliğ olunan varakaya bağlanır veyahut usul haricinde tebliğat yapılır.»

143 üncü madde hükmü, tefrika lüzum olmaksızın gerek mansup ve gerek müntahap bilûmum müdafiler hakkında uygulanır. Fakat duruşmanın fiilen icra edildiği sırada müdafiin dosyayı tetkik edebilmesi yargıcın veya mahkemenin müsaadesine bağlıdır.

Birinci fıkra hükmü mutlaktır. Bu fıkraya göre müdafi, dâvaya mütaallik her nevi evrak ve vesaiki yani dâva dosyasını tetkik etmek hak ve yetkisini haizdir. Müdafiin haiz olduğu işbu hak ve yetki hiç bir suretle tahdit edilemez. Halbuki ikinci fıkra hükmü mutlak olmayıp bazı kayıtlara tâbidir. Ezcümle tetkikatın tahkikat gayesine halel vermiyeceği anlaşıldığı takdirde müsaade olunabilir. Aksi takdirde müdafiin dosyayı tetkik etmesine müsaade olunmaz. Halbuki birinci fıkra hükmü böyle bir kayıt ve şartı derpiş etmiş değildir. Müdafi, birinci fıkraya dayanarak, dâva dosyasını tetkik etme talebinde bulunur ve bu talepde mahkemece kabul edilmezse bu takdirde 143 üncü maddeye muhalif hareket edilmiş olacağından usulî bir bozma sebebi doğar.

Dâvaya mütaallik her nevi evrak veya vesaikin (dâva dosyası) tetkiki kaideten mahkemenin bulunduğu dairede yapılır. Müdafi, dâva dosyasını tetkik zımnında mahkemeden harice çıkaramaz ve böyle bir talepte bulunması için de kanunî bir dayanak mevcut değildir. Müdafi dâvayı gören mahkemenin bulunduğu yerde ikamet etmez ve dosyanın tetkik edilmek üzere oturduğu mahaldeki herhangi bir mahkemeye gönderilmesini talep eylerse bu takdirde mahkeme, dosyayı tetkik edilmek üzere o mahkemeye gönderip göndermemekte serbesttir. Mahkeme, hal ve işin icabatına göre keyfiyeti takdir ederek kararı vermekte muhtardır.

Birinci fıkradaki «ilk tahkikatın neticesinde» ve «iddianamenin verilmesinden sonra» tâbirleri, 190 ve 192 inci madde hükümleriyle birlikte mü-

talâa edildiğinde müdafiin dâva dosyasını tetkik yetkisi henüz son tahkikatın açılmasına karar verilmeden önce mevcut olduğu sonucu elde edilir. Bu sonucun bilhassa 194 üncü madde hükmü karşısında lüzum ve ehemmiyeti aşikârdır.

Dâva dosyasını tetkik hak ve yetkisi, dosyaya evvelce veya sonradan ithal veya ilâve edilmiş olan evrak ile birlikte hazırlık tahkikatı evrakına, ve adlî sicilden gelen kayıtlara, raporlara, şahsî dosyalara (mahrem olsa dahi) da şâmildir. Eğer dâva dosyası ilk tahkikatın sona ermesinden sonra esas hakkındaki iddiasını bildirmek üzere sorgu yargıcı tarafından savcıya gönderilmiş olsa bile bu dosyanın henüz duruşmayı yapacak mahkemeye tevdi edilmediğini kabul etmek lâzımdır.

Üçüncü fıkradaki« hiç bir vakit» tabirini 189 uncu madde ile birlikte mutalâa etmek gerekir. Bu fıkrada yazılı Evrakın tetkiki için yapılan talebi müteakip derhal tetkikin sağlanması icap etmez. Netekim işin icabı dolayısile bu nevi evrakın müdafi tarafından derhal tetkiki işi sekteye uğratacağı ihtimali mevcut olduğunda (189 uncu madde hükmüne uygun olarak) müdafiin bir müddet beklemesi iktiza eyler.

Müdafia ilk tahkikat esnasında (fıkra 2) dosyayı tetkik müsaadesinin verilip verilmiyeceği ve bu müsaadenin ne kadar müddet süreceği hakkında karar vermek yetkisi doğrudan doğruya ilk tahkikatı yapan sorgu yargıcına aittir. Bu karar aleyhine 297 nci madde gereğince itiraz mümkündür.

Mehaz kanun, son tahkikat sırasında, müdafiin, dâva dosyasını ikametgâhında tetkik edebilmesi halini kabul etmiş ise de Türk kanun koyucusu haklı olarak bu şıkkı kabul etmemiştir. Ancak tahkikat dosyasının mahkemeye tevdiinden sonra evrak suretlerini harçsız alabileceği esasını vaz etmek suretiyle müdafilere esaslı bir kolaylık sağlamış bulunmaktadır. Fakat bu hüküm mahkemelerin işini sekteye uğratmaktadır. Müdafi esasen dosyayı tetkik ederken gerekli notları ve bu arada bazı suretleri de hususi olarak alabilir. Bunun için gelecekte yapılacak tadilde bunun göz önünde bulundurulması lâzımdır. Dâva dosyasının tetkiki yetkisi münhasıran müdafia mahsus bir haktır. Kanunî mümessillerin kendilerini müdafi olarak seçmeleri halinde keza bu madde hükmü uygulanır. Bunun haricinde sanık veya kanunî mümessile veya üçüncü şahıslara dâva dosyasını bizzat tetkik etme yetkisi kanunen tanınmamıştır. Fakat tatbikatta sanıklara dâva dosyasının tetkik etme imkânları sağlanmaktadır. Bunun da sebebi şudur : Kanunumuz, mehaz kanunun kabul ettiği esastan ayrılarak müdafi tâyininin ihtiyari olması sistemini kabul etmiş (138 inci madde şerhi ile karşılaştırınız) olmasına rağmen dâva dosyasının tetkikini mu-

tazammın olan mehaz kanundaki hükümleri hiç bir değişiklik y olduğu gibi kabul eylemiştir. Halbuki mehaz kanunun kabul ettiğ nazaran sanığın dâva dosyasını tetkik etmesi esası birtakım ma mebni kabul edilmemiş ve fakat gerek mecburi müdafaa sistemiy rek müdafi seçim ve tâyinindeki özel hükümlerle (bu hükümler numuza alınmamıştır) hakkı müdafaa sıyanet edilmiştir.

Kanunumuz müdafi tâyininin ihtiyari olması sistemini kab olduğundan başvurulacak tek çare zaruretin derecesi nisbetine kalmak ferd ve kamu haklarını ihlâl etmemek şartiyle sanığa mü nı yapabilmek için dâva dosyasını nezaret altında tetkik etmesi v da istediği suretlerin harçsız verilmesi esasının teamül haline get dir. Esasen 354 üncü maddenin son fıkrası, mehazdan ayrılarak, ya yargıcın müsaadesiyle ve mahkeme kâtibi huzurunda dosyayı imkânını bahşetmektedir.

Bir ceza dâvasının kesin olarak ikmalinden sonra o dâva do tetkik edilmesi için ya Savcılığın veya Adalet Bakanlığının mü gerekir.

Madde 144 : Mevkuf sanığın, metinde yazılı bulunan bazı t dairesinde, müdafii ile görüşmesi ve muhabere etmesi mümkündü gıç, son tahkikat açılıncaya kadar sanığın muttali olması arzu ed hususatın kendisine bildirilmesini men edebileceği gibi müdafi ile cak görüşmenin ya kendi veya naib yahut istinabe olunan yargıç hu da yapılmasını emredebilir.

Madde hükmü, hiç bir tefrik yapılmaksızın bütün müdafiler da uygulanır. Fakat dâva konusunu teşkil eden yasak eyleme katıl veya yardımdan dolayı hakkında şüphe mevcut olan müdafiin mev lunan sanık ile temastan men edilmesini yargıç keza emredebilir.

Metindeki «yargıç» tâbiri, hazırlık tahkikatında sulh yargıcı tahkikatta sorgu yargıcına matuftur.

196 ncı maddeye tevfikan son tahkikatın açılmasına karar veri sonra (205 inci madde ile de karşılaştırınız). İkinci fıkrada tesbit olan takyidat artık uygulanamaz. Fakat bundan ne müdafiin ve ne nığın birbirleriyle istedikleri gibi ve istedikleri zaman kayıt ve şar olmadan münasebette bulunmaları imkânı doğmaz. Bilâkis bu h Ceza ve Tevkif Evleri nizamnamesindeki mahsus hükümlerle usul k nun 91, 92, 116 ıncı maddeleri göz önünde tutularak sanık ve müda nasebetleri tanzim olunur. müdafi bir mektubun veya bir varakanın gönderilmesini talep ettiğinde, yargıç adı geçen mektup veya var tetkik edilmesi halinin lüzumlu olup olmadığını araştırır. Şayet

müşavir, gerek maddî ve gerek hukukî bakımlardan sanık lehind
hususatı bildirmek, sanığın vermiş olduğu ifadeyi itmam veya
mak, delil ikame eylemek hak ve yetkisini haizdir. Müşavir, 23
maddenin ikinci fıkrasında tanınan haklardan da faydalanabilir.
müşavir olan kimse Usul Kanununun bizzat sanığa tanıdığı ye
—meselâ yargıcı red— müstakillen kullanamaz. (314 üncü madde
ve 4 üncü fıkralariyle de karşılaştırınız). Müşavir aynı zamanda o
için şahitlik te yapabilir. Bu takdirde ya kendisi ilk şahit olarak di
yahut diğer şahitlerin dinlenmesi sırasında duruşma salonundan m
katen dışarı çıkarılacağı gibi 54 ve 236 ncı maddelerdeki takyidat
sinde bazı duruşma safhalarında hazır bulundurulmaz.

Maddede beyan olunan kimselerin müşavir sıfatiyle hazır
hakları duruşmaya münhasırdır. Binaenaleyh bu hak son tahkikat
tesna diğer tahkikatlar için (hazırlık ve ilk tahkikat) mutlak mânad
his konusu olamaz. Ancak ilk tahkikatta sorgu yargıcının serbest
rine göre kabulü mümkündür. Diğer yönden bu hak her duruşma
muteberdir. Son tahkikatın açılmasından sonra vâkı olan ve 22
maddenin ikinci fıkrası gereğince sanığın sorguya çekilmesi veya 21
madde gereğince naip veya istinabe olunan yargıç marifetiyle delil
lanması konusunu havi olan muamelelerin duruşmaya kıyas edilmes
nun ruhuna uygun düşer. Sanık olan kadının kocasının veya kanunî
messilin ancak duruşmada hazır bulunan sanık yanında müşavir sıfa
mevki alabileceği aksi takdirde duruşmaya kabul edilmiyeceği k
hükmü iktizasındandır. Fakat sanık kendisini temsil ettirebildiği ni
te, müşavir dahi mümessilin yanında hazır bulunabilir.

Kocanın veya kanunî mümessilin duruşmada hazır bulunabil
için ayrıca bu bapta bir istekte bulunmaları şarttır.

Duruşmada sanık yanında hazır olmıyan koca veya kanunî mü
sil müşavir sıfatiyle duruşmaya kabul edilmeleri talebinde bulun
lar. Duruşmaya kabullerini henüz talep etmemiş olan koca veya ka
mümessillere duruşma gününden haber verilmez. Ancak kabul tale
de bulundukları takdirde duruşma günü kendilerine bildirilmelidir.
naenaleyh müşavire bildirilmiş olna duruşma gününden veya saatin
başka bir zamanda duruşma yapılır ve keyfiyetten de daha evvel m
vire malûmat verilmezse bu takdirde 145 inci madde hükmüne mu
hareket edilmiş olur. Yeni tasarılarda, duruşma günü ve saatinin m
vire bildirilmesi lüzumu hakkında mahsus hükme rastlanmaktadır.

221 inci maddede yazılı olduğu üzere nasıl ki müdafiin mânii

ması tâlik talebi için sanığa bir hak vermezse müşavir için de durum aynıdır.

Bu madde hükmü, hazırlık tahkikatı sırasında, savcının müsaadesi nisbetinde uygulama kabiliyetini haizdir.

Bundan maada madde hükmü aynı şekilde sanığın sorguya çekilmesi sırasında uygulanabileceği gibi (madde 135) sanığın hazır bulunmasına cevaz verilmiş olan keşif ve muayene de, tanık ve bilirkişi dinlenmesinde de caridir. (Madde 186, 162 ve 337/3 üncü maddeler ile de karşılaştırınız.)

Madde 146 — Müdafie Devlet Hazinesinden para verilebilmesi için onun 138 ve 140 ıncı maddeler gereğince yargıç veya başkan tarafından resen tâyin edilmiş olması yani mansup müdafi bulunması şarttır. Sanık veya kanunî mümessilleri tarafından seçilen müdafiler hakkında bu madde hükmü uygulanamaz. Ücretin tâyin ve tesbitinde müdafiin hazırlık, ilk ve son tahkikattaki faaliyeti ile kanun yollarına vâkı müracaatı da gözönünde tutulmalıdır. Esasen bu hususta 1/9/1947 tarihinden itibaren muteber olan avukatlık ücret tarifesindeki esaslar uygulanır. Müdafi olarak tâyin edilen ve fakat mahkemenin bulunduğu yerde ikamet etmiyen bir avukat veya dâva vekili, mahkeme mahalline gelebilmek için yaptığı seyahat ve ikamet masraflarını da istemek hakkını haizdir.

—o—

# FRANSIZ HUKUKUNDA
# HAKSIZ FİİL MESULİYETİNİN İNKİŞAFI

Yazan: Juillot de La Morandière
Paris Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Prof. ve Dekanı

Çeviren: Dr. Kemal Tahir GÜRSOY
Ankara Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Doçenti

Fransız hukukunda hukukî mesuliyete mütaallik olan hükümle Medenî Kanunun 1382 nci maddesinde bulunmaktadır : Bu maddeye gö «başkasına zarar veren her insan fiilî kusuriyle buna sebebiyet vere tazmin ile mükellef kılar». Bu madde ve bunu takip eden 1383 - 1386 n maddeler, ancak, teferruata mütaallik hususlarda tadil edildiler. Faka Medenî Kanunun diğer kısımlarında olduğu gibi, bu sahada da, iktisa vâkıa ve sosyal doktrinlerin tazyiki ile, bir tahavvül vukua gelmedi mi Bu etüdün mevzuu bu soruyu cevaplandırmak olacaktır. Şüphesiz ki; b metinlerin üzerine müesses bulundukları prensipler, esaslı surette sarsı mıştır : Bu hükümler etrafındaki mücadele çok şiddetli olmuştur; o ka dar şiddetli ki, bugünkü bildiğimiz mânadaki mesuliyet mefhumunun a tık kaybolmak üzere olduğu düşünülebilir.

Söylemeğe lüzum yoktur ki, bizim hukukumuzun esasını teşkil ede ana hükümler, Türk Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin de esasın teşkil etmektedirler. Burada iki mefhuma işaret etmek icabedecektir :

1) **Hukukî mesuliyet, cezaî mesuliyetten gayet ihtimamlı olarak tefrik olunmalıdır.** Bu nokta Türk Borçlar Kanununun 53 üncü madde sinde sarih olarak teyit olunmaktadır. Bu, Fransız hukukunda da böyle dir. Bu iki çeşit mesuliyet ancak uzun bir tekâmül merhalesinden sonra tahakkuk edebildi. Ne Roma Hukukunda ne de Ortazaman Fransız Hu kukunda bu tefrik sarih bir surette yapılabilmişti. Bu tefrik, ancak, 16 ve 17 nci asırlarda yapılabildi. Bu tefrike göre, bunlardan birincisi ceza dâvası veya âmme dâvasıdır ki, savcı tarafından, menfaati umumiye adı na, ceza mahkemeleri önünde, antisosyal telâkki edilen bir fiil failinin bir cezaya çarptırılmasını istihdaf eder. İkinci olan hukukî mesuliyet dâ vasında ise, bir zarara mâruz kalan tarafından, kasitle veya ihmal ile bu zarara sebebiyet veren kimseye karşı, vâkı zararın tazmini maksadiyle, hukuk mahkemesi önünde, açılan bir hususî hukuk dâvası mevzuu ba histir.

2) **İkinci noktada, hukukî mesuliyette olduğu kadar cezaî mesuliyet sahasında da ehemmiyetini muhafaza eden sorumluluk mefhumu, failin kusuru meselesidir.** Bir insan sadece bir zarara sebebiyet vermiş olmadan dolayı sorumlu olmaz; bundan maada, onun kusurunun da ispat edilmiş olması lâzımdır. Şüphesiz, kusur mefhumu medenî ve ceza hukuku sahalarında başka başka olacaktır. Cezaî mesuliyet, sureti umumiyede, bir suçun unsurlarını muhtevi ve mucibi tecziye olan fiilleri sayan bir kanun metnine muhalefetten ibarettir. Hukukî kusur (haksız fiildeki kusur) daha geniş ve daha umumidir. Bu hususa mütedair bulunan 1382 ve 1383 üncü maddeler, eskiden olduğu gibi, failin fena olan niyetine, ihtiyatsızlığına ve ihmaline atıfta bulunmaktadır. Aynı ifadeleri Türk ve İsviçre Kanunlarında da görmekteyiz; onlar da hâkime bu hususta geniş bir takdir hakkı bahşetmektedirler. Şüphesiz mutazarrır, vâkı zararın tazminini istihsal edebilmek için, failin kusurunu ispat etmeği ve zararın sebebinin onun kusurlu hareketi olduğu hakkında hâkime kanaat vermelidir. Bununla beraber, bizim kanunumuz, bazı ahvalde, bu ispat yükünü hafifletmekte ve mutazarrırın yapacağı ispatı kolaylaştırmaktadır. Bunlar, başkalarının fiilinden, hayvanların yaptığı zararlarla binalardan mütevellit zararlardan doğan mesuliyet halleridir.

Medenî Kanunun 1384 ve 1386 ncı maddelerine dayanan bu mesuliyetlerde bir **kusur karinesi** mevcuttur. Nitekim, Türk Medenî Kanununun 55 ve 59 uncu maddelerinde mevzuubahis olan haller bunlardır. Çocukları üzerinde bir kudrete malik olan baba, amele ve istihdam edenler üzerinde bir kudrete malik olan istihdam eden, hayvanları üzerinde bir kudrete sahip olan malik, binası üzerinde istimal, istifade ve tasarruf salâhiyetine malik olan malik, kendi kudretleri altında bulunan şeylerin ve mahlûkların sebebiyet verdikleri zarardan sorumludurlar. Bu durumda olanların salâhiyetlerini fena kullanmış oldukları veya kendi hâkimiyetleri altında bulunan mahlûk ve şeylere karşı bir kusur işlemiş oldukları farz olunmaktadır. Bu haller de mesuliyete mütaallik isbat yükünü hafifletmiştir. Hiç şüphe yok ki, burada da kusur, hukukî mesuliyetin esası olmakta berdevamdır.

Bugün müşahede eylediğimiz içtimaî ve iktisadî inkişaf üzerinde tevakkufa mahal bile yoktur. Bugünkü modern hayatta tehlikeler fevkalâde artmış ve makineler diğer ilmî icatlar yüzünden bu tehlikeler de daha müthiş bir hal almıştır. İlim ve tekniğin ilerlemesi, sermayenin tekâsüfü dolayısiyle, elişçiliği ve binaenaleyh, eski iptidaî çalışma şekli yerine, makineleşmiş büyük iktisadî teşebbüslerin geçmesine sebep olmuştur.

## BİRİNCİ KISIM

### İspat yükünün hafifletilmesi

Klâsik hukuki mesuliyet sahasına yapılan ilk hücum, bu mesuliyetin esası üzerinde oldu. Zarar failin mesuliyeti prensibi muhafaza edildi; fakat, mutazarrırın mükellef bulunduğu ispat yükü tahfif edilmek istenildi. Bunun için, evvelâ akdî mesuliyet mefhumuna başvuruldu. Malûm olduğu üzere, bir akitten mütevellit bir borcun alacaklısı, borcun ademi ifası halinde, sadece bir akdin mevcudiyeti ve bunlardan mütevellit borcun da ifa edilmemiş olması vâkıasını ispat etmelidir. Bu vâkıa, borçlunun kusurunu teşkil eder. Borçlunun mücbir bir sebebi veya kaza (umulmadık hal) halini ispatı bundan müstesnadır. İşte, muhtemel mutazarrır ile fail arasında böyle bir akdin mevcut bulunduğu araştırıldı, bundan maksat ta ispat mükellefiyetini failin omuzlarına yükletmek idi. İşte bundan dolayıdır ki, trende veya her hangi bir nakil vasıtasında yaralanma hâdisesinde, bizim mahkeme içtihatlarımız şahısların nakline mütedair olan mukavelelerde bir emniyet şartının zımnen mevcut bulunduğu, bu akitle nakliyecinin yalnız, şahsı bir taraftan diğer tarafa götürmeyi taahhüt etmediğini, aynı zamanda, onu sağ salim bir surette götürmeyi de taahhüt ettiğini kabul etmektedir. Yolcu, böyle bir yolculuk esnasında yaralanmış olduğunu ispat ederse, asıl olan nakliyecinin bu yaralanmadan mesul oluşudur. Meğer ki, nakliyeci, kazanın mücbir bir sebep veya bizzat mutazarrırın kusuru yüzünden vukua geldiğini ispat etsin. Mahkemelerimiz, böyle bir emniyet borcunun akitte mündemiç bulunduğunu otelci ile seyyah, bir eğlence mahalli sahibi ile seyirci arasında münakit mukavelelerde de kabul ettiler. Bununla beraber, son mahkeme içtihatları bu emniyet borcu mefhumunun ehemmiyetini tahdit ettiler. Zira, bu kararlara göre, otelci ile bir eğlence mahallini işleten kimse, bir nakliyeci gibi bir netice borcu (Obligation de resulat) ile (yani, seyirciyi veya otel müşterisini, oteldeki ikametinden veya eğlencenin hitamından sonra sağ ve salim bir surette bırakmak) ile mükellef olmayıp, sadece, bir vasıta borcu ile (Obligation de moyen) müşterilerini emniyet altında bulundurmak borcu ile mükelleftir. Bunun neticesi olarak, eğer, seyir veya oteldeki ikamet esnasında müşteri yaralanırsa, müşterinin emniyet vecibesinin iyi yapılmadığını ispat eylemesi de lâzımdır. Bu husus üzerinde fazla durmadan şunu söyliyelim ki, bizim mahkemelerimiz, iş akdinin böyle bir emniyet vecibesini mutazammın olduğunu kabul etmediler : İş esnasında veya iş münasebetiyle yaralanan bir amele, eğer patronundan bir tazminat talep etmek istiyorsa, Medenî Kanunun 1382 nci maddesine

den bir kusura lüzum olmadan da bundan doğan neticelere, tehlikelere, tahammül etmek mecburiyetindedir.

Kaldı ki, bu sistemi umumileştirmek için, Medenî Kanunun 1382 nci maddesindeki «kusur» kelimesine değil, «başkasına zarar veren her insan fiili...» ibaresindeki «her insan fiili» sözüne dikkat etmek kâfidir. Kanun, sonra «kusuriyle buna sebebiyet vereni..... mükellef kılar» demekle ise de, burada kusur kelimesi, (suçluluk = culpabilité) fikrini tazammun etmemektedir. Buradaki kusur, tazmin ile mükellef olduğu iddia edilen kimsenin fiili ile vâkı zarar arasındaki illiyet münasebetini göstermek içindir.

Bu düşünüş tarzı büyük bir ehemmiyet kazanmıştır. Hattâ vâzıı kanun iş kazalarında bu görüşü resmen kabul etmiştir. Meşhur 9 Nisan 1898 tarihli kanuna temel vazifesini görmüş olan fikir mesleki tehlike nazariyesi olmuştur. Bu kanun, iş esnasında veya iş münasebetiyle vukua gelen kazalardan mütevellit mesuliyeti kusurunu mevzuubahis etmeden patrona tahmil etmiştir. Hattâ kusur amelede de olsa yine patron sorumludur. Patronun bu mesuliyeti, ancak mutazarrırın mazur görülemez bir kusuru olması halinde tahfif edilmiş, mutazarrırın iradî olan kusuru halinde tamamiyle bertaraf edilmiştir.

B — Bununla beraber, tehlike nazariyesi umumileştirilmemiştir. Mahkemeler onun tatbikını iş kazaları haricinde reddeylemiş ve 1382 nci maddenin ananevî tefsirinde ısrar edilmiştir.

Başka türlü de olamazdı. Medenî Kanunu hazırlıyanların kusuru hukukî mesuliyet için temel ittihaz eyledikleri muhakkaktır.

Tehlike nazariyesi, umumileştirilmek istenilmesi takdirinde, mühim itirazlara da mâruz kalacaktır. Bu nazariye hakikaten umumî menfaate uygun mudur? İnsanlara faaliyetlerinin neticelerine karşı diğerlerini temînle mükelleftir demek, fertlerin hareket serbestisine engeller koymak demek değil midir? Şüphesiz, eğer onun fiili fena ise, kusurundan ileri geliyorsa, başkasına zarar verme kasti ile hareket etmiş ise, kanun ve ahlâkın emrettiği tedbirleri almamış ve bundan dolayı zarar vukua gelmiş ise, fail, vâkı zararı tezmin etmek mecburiyetindedir. Fakat, iyi hareket etmiş ise ve ona atfedilecek hiç bir kabahat yoksa neden onu mantıkan tahmin edemiyeceği bir durumun ağır mükellefiyetleriyle tehdit etmeli. Hattâ bu tehdit ferdî teşebbüslere ve binnetice terakkiye de mâni olmıyacak mıdır?

Nihayet ve bilhassa tehlike nazariyesi müşkülü halletmiyor. Bu nazariye, meseleyi biraz daha karıştırmaktadır. Nazariye, zararın bir insan

faaliyetinin, kazanın faili olarak adlandırılan kimsenin fiili neticesi vukubulduğu kaziyesi üzerine istinat etmektedir. Hakikatte bir zarar, bir çarpışmadan, iki faaliyetin sademesinden ileri gelir. Eğer, siz benim attığım taşla yaralanmış iseniz, çünkü taşı ben attım da ondan! Fakat siz de, faaliyetiniz icabı, benim attığım taşın geçtiği sahada bulundunuz. Ferdî mesuliyet meselesi, hakikatte, ihtilâf halinde bulunan iki faaliyetten birisini seçmekten ibarettir. Klâsik doktrin bu intihabı, iki faaliyeti sübjektif olarak tavsif etmek suretiyle, yapıyor ve kusurlu olan faaliyete tazmin vecibesini tahmil ediyordu. Kıstasın reddedilmesi takdirinde, diğer birinin bulunması icabedecektir. Aksi takdirde, içinden çıkılmaz bir mesele olan illetlerin tavsif ve araştırılması meselesine girilmiş olacaktır.

Netice şuna geliyor ki, her iki faaliyetin de vâkı zararda bir hissesi vardır. Bu iki faaliyetin sahibi de ihdas edilmiş olan durumdan bir fayda elde etmek istiyorlardı. Fakat, bu iki faaliyetin ne nisbette zarara sebep olduklarını tesbit mümkün değildir. Bunun neticesi olarak tehlike nazariyesi bizi biraz da indî bir hal tarzı olan götürü sisteme sevkedecektir. Bu hususiaki tipin misal 9 Nisan 1898 tarihli kanundur. Şüphesiz, patronun ve mütaahhidin faaliyeti fabrikada vukubulan kazanın illetlerinden birisidir; şüphesiz ki bir işletme sahibi, bu işletmenin kazayı intaç eden faaliyetinden bir menfaat ümit ediyordu. Fakat, amelenin faaliyeti de bu kazanın, muhakkak olarak, bu faaliyetin bir sebebidir. Eğer amele, bu işletme içersinde çalışmasaydı ve orada bir ücret alma arzusunu izhar etmemiş olsaydı keza, kaza ânında öyle bir tarz hareketi ihtiyar etmemiş bulunsaydı kendisi de yaralanmıyacaktı. İşte bundan dolayı değil midir ki, yukarda adı geçen kanun mutazarrıra da kazadan husule gelen zararın bir kısmını tahmil eylemektedir.

Bu şekil hal belki mahdut iş kazaları sahasında mümkün, fakat, diğer bütün kazalar hakkında da kabili tatbik mi? Kanun önceden, bütün kaza halleri için götürü (forfait) bir usul tatbik edilebilir mi? Hâkim her ihtimalde iki tarafın faaliyetinin tazminata iştirak bakımından olan nisbetini tâyin edebilir mi?

C — Mahkeme içtihatları, tehlike nazariyesini bu yüzden, Josserand ve Saleilles gibi büyük hukukçulara rağmen kabul etmedi. Bununla beraber, bu nazariye içtihatlar üzerine çok tesir icra etti ve mahkemeler Medenî Kanunda kusur karinesini ve bilhassa şeylerin ika ettikleri zararlara mütaallik olan hükümleri inkişaf ettirmek suretiyle buna yakın hal tarzlarına vardılar.

Pek malûm olan bir içtihat serisinin tafsilâtı içersine girmek istemiyorum. Bu çeşit kararların menşei 16 Haziran 1896 (D. 1897. 1. 433) ve 30 Mart 1897 (D. 1897. 1. 433) tarihli Yargıtay kararlarıdır.

İki halde de infilâk etmiş makine bir kaç amelenin ölüm veya yaralanmasına sebep olmuştu. İş kazalarına mütedair olan kanunun neşrinden evvel vukubulmuş olan hâdise hakkında Yargıtay, insan, yalnız kendi fiili ile sebebiyet verdiği zararlardan değil, muhafazası altında bulunan şeylerin sebep oldukları zararlardan da mes'uldür. Bu şeylerin sebep olduğu bir kaza halinde, şeyi muhafazası altında bulunduran kimse aleyhine bir kusur karinesi mevcuttur. Böylece kanun, bu suretle bir zarara maruz kalan bir kimseyi ispat mükellefiyetinden muaf tutmaktadır. Fransız içtihatları, kabul ettiği nazariyenin neticelerini, tatbik sahasını tevsi ve kabul ettiği karinenin değerini takviye etmek suretiyle tavzih etti. Yargıtay, mütevali kararıyle kusur karinesini yalnız tehlikeli şeyler hakkında değil, esas itibariyle, bu vasfı haiz olmıyanlara da teşmil etti. Hattâ, kusur karinesi vâkı iddianın hilâfına olarak, araba, otomobil, bisiklet, ateşli silâhlar, baston gibi doğrudan doğruya bir insan tarafından harekete getirilen şeyler hakkında da tatbik olundu. 13 Şubat 1930 tarihli (D. P. 1930 I. 57). Jeandheur kararında, istinaf mahkemesi, devrilmiş bir portetif sandalyeye tökezlemek suretiyle düşen ve böylece yaralanan bir kimsenin sandalye malikine karşı, Medenî Kanunun 1384 -ncü maddeye istinaden, dâva açamıyacağına karar vermişti. Yargıtay bu kararı bozdu ve mezkûr hükmün şeyin tamamiyle pasif kalması halinde de tatbik edilebileceğini içtihat eyledi.

Bu karinelerin kuvvetini içtihatlar daha şiddetlendirdiler. İlk kararlara göre, şeyi muhafazası altında bulunduran, bu kusur karinesini, bir kusur işlememiş olduğunu ispat etmek suretiyle, bertaraf edebilecekti. Fakat, hemen bu karinenin, ancak, esbabı mucbire veya mutazarrırın zararı tevlid eden kusurun ispatı suretiyle, bertaraf edilebileceği içtihat olundu. Fakat bu sureti hal tamamiyle tehlike nazariyesinin kabulü ve bu nazariyenin zaferi değil midir. Yargıtayın 1930 tarihli kararında kusur karinesinden bahsetmekten içtinap etti. Karar, bir şeyin muhafazasında bir mesuliyet karinesi mevcut olduğunu teyid ediyor.

Bununla beraber, bu zafer, eğer varsa, pek muvakkat olmuştur. Yargıtayın daha yeni kararları ananevi kusur doktrinini terk etmedi. Bu hususta bir kaç misal verelim :

Bunlardan birincisi meşhur ve çok münakaşa edilmiş olan çalınmış bir otomobilin sebebiyet verdiği bir zarardan sahibinin sorumlu olup olmadığı meselesidir. Böyle bir otomobilin muhafızı kimdir, çalan ve kaza

sırasında fiilen idare eden hırsız mı, yoksa asıl sahibi mi? 13/Mart/1936 (D. 1936, I. 81). Yargıtay kararına göre malik mesul olacaktır; çünkü o hukuken şeyin muhafızı olmakta berdevamdır. Fakat, istinaf mahkemelerinin kararlarında ısrar eylemeleri üzerine, Yargıtay Hukuk Umumî Heyeti, 2/Aralık/1941 tarih ve (D. 1942. 25) tarihli kararında, aksini içtihat etti. Bu içtihada göre, malik, hırsızın fiili yüzünden şeyin (otomobilin) kontrolü imkânını kaybetmiştir, bu itibarla, malik, artık mesul olamaz. Fakat bu da, ferdî, ve onun şahsî rolünü nazarı itibare almak demektir. Ancak kontrol imkânı, bir nazaret mükellefiyeti tahmil eder.

Aynı temayül, zararla şey arasındaki illiyet rabıtasına mütedair olan mahkeme içtihatlarında da müşahede olunmaktadır.

Evvelce işaret eylediğimiz gibi, tehlike nazariyesine karşı yöneltilen en büyük tenkid, bu nazariyenin zarurî olarak illiyet rabıtasının aranması gibi karışıklıkları intaç etmesindedir. Yargıtayın içtihadına göre, mesuliyet (kusur) karinesinin neticesi şudur ki, bir zararın hudusunda bir «şey» rol oynamış ise, bu şeyin vâkı zararın müvellidi olduğu karine ile kabul olunur. (8/Haziran/1939. D. H. 1939).

Bu da pek fazla ileri gitmek demekti. Bir şeyin müdahalesi mevzuubahis olmadan maddî bir kazayı tasavvur etmek mümkün değildir. Bir kimse bir göle veya orada bulunan bir otomobilin üzerine düşse, buradaki otomobilin her halde kazada dahli vardır. Acaba, otomobilin sahibi bundan mesul mü olacaktır? Bir kimse kaldırımda yürürken ayağı kayarak düşüyor, böylece, civardaki arsaya veya bir şeyin duvarı üzerine yıkılıyor. Arsanın veya duvarın maliki mes'ul olacaklar mı?

İşte bu mübalağalı neticeler önünde yargıtay geriye doğru rücu etmek zorunda kaldı. Zararın vukuunda dahli olan şeyin, kazanın müvellidi olduğu mefruz ise, malik, şeyin tamamiyle pasif kalmış olduğunu ve sadece zararı tevlid eden yabancı bir fiile maruz kalmış bulunduğunu ispat etmek suretiyle, bu karineyi bertaraf edebilir. Nihayet, yargıtayın kararına göre, şeyin oynadığı rolü, duruma göre, hâkim takdir edecektir. Karara bağlanmış olan ihtilâflar yakından tetkik edilecek olursa, kusur fikrine doğru açık ve vazih bir dönüşün mevcut olduğu görülür. Yargıtayın söylediğine göre, şeyin normal bir yerde bulunduğu ispat edilmiş ve binnetice kazanın müvellidi olmamış ise, onun muhafızı artık sorumlu değildir. Binaenaleyh, şeyin zarar tevlit edici bir vasfı bulunduğu hiç değilse, şeyin kazanın vukuundaki normal veya anormal vasfı ispat olunmalıdır. Bu, muhafızın, şeyi, normal olarak istimal eylediğini ispat etmek suretiyle, kusur karinesinden yakasını hemen hemen kurtarması demektir. Bu da onun, şeyi kullanırken bir kusur işlememiş olması demektir. (Bakınız

bolur. Böyle hareket edilmekle bütün faaliyetler hatta şayanı takdir ola lar da tehdit edilmektedir. Medeniyet ilerledikçe tehlike çoğalmakta b itibarla, bu terakki vasıtalarını kullananlar hakkında da tehdit artmal tadır.

İşte burada bir tenakuz ve bir çıkmaz kendini göstermektedir.

Bu çıkmazdan kurtulma yolu yokmudur? Ferdî sahada ısrar etmel tense kollektif emniyet sahasına doğru gidilemez mi?

A — Prim veya vergiler usulüyle aynı tehlikeye maruz olanlara, ha ta bütün vatandaşlara ödettirilecek vergilerle vâkı zarar tazmin edil cek, böylece, maruz kalınan müşterek tehlike bir grup arasında tevzi edi miş olacak, toplanan paralarda vukua gelen zararın tazmini için karşılı olacaktır.

O zaman ferdî mesuliyetten bahsetmeğe hiç de lüzum olmıyacaktır.

Bu temayül, ilk defa olarak ihtiyarî sigortaların inkişafı ile vukua ge di. Bir fabrika sahibi, fabrikada amelenin maruz kalmış bulunduğu kaza lardan dolayı olan mesuliyetini sigorta etmektedir. Bir otomobilin sahib bunun kullanması yüzünden vukubulması muhtemel olan kazalara karş kendini sigorta ettirecektir. Verilmesi pek de güç olmayan primler delâle tiyle, sigortalı, mâmeleki için ezici olan bir mesuliyete maruz kalmayaca ğından emin olacaktır. Buna mukabil, mutazarrır da maruz kaldığı zararı tazmininden emin olacaktır. Eğer lehine sigorta yapılan mutazarrır ise mutazarrır sigorta bedelini alacaktır. Eğer sigorta fail lehine yapılmış is mutazarrır, faile borçlanılan sigorta bedeli üzerinde bir dâva hakkına ma lik olacaktır.

Sigortanın bu sahadaki muvaffakiyeti kolayca anlaşılır bir keyfiyet tir. Bu kısmen mutazarrırın mükellef olduğu ispat yükünün hafifletilme sinde kısmen de hareket edenlerin maruz bulundukları tehdidin azalma sında görülür. Fakat, aksi istikamette sigortanın umumileştirilmesi, me suliyetin inkişafı üzerinde tesir icra etmektedir. Hâkimler bu yüzden dâ vaları kolayca kabul etmek temayülünü göstermiyecekler mi? Eğer Yargı tay Hukuk Dairesi 1936 da, çalınmış bir otomobil vasıtasiyle yapılan bir za rarda hırsızın değil, otomobil sahibinin mesuliyeti cihetine gitmiş ise bu belkide gayrı meş'ur bir surette, otomobil sahibinin sigorta edilmiş bulun masından, ve mutazarrırın tazmin edileceği hususunun muhakkak olma sından ileri gelir.

Fakat, meseleye daha yakından bakılacak olursa, sigortaların inkişa fının neticesinin daha mühim olduğu görülür : Böylece hukukî mesuliye tin bizzat kendisi bahis konusu olmaktadır.

Böylece iki dâvanın içtimaî meselesi mevzuubahis olmaktadır. Bir kazadan zarar görme ihtimaline maruz kalan bir kimse buna karşı sigortalanmaktadır. Acaba bu kimse bir zarara maruz kaldıktan sonra aynı zarar hakkında hem failden hem sigortacıdan tazminat talep edebilecek midir? Sigortacıdan sigorta tazminatını aldıktan sonra, zarar failine karşı açacağı dâvada hâlâ zararı olduğu iddia edilebilir mi?

Buna yakın bir mesele daha! Tazminatı ödeyen sigortacının zarar failine rücû edip edemiyeceği meselesi!...

Fransız hukukunda bu hususta her hâdisede kabul edilmiş olan tarzi hallin sebep olduğu ihtilâf üzerinde durmak istemiyorum. Şuna işaret edeyim ki eğer bu rücu, prensip itibariyle, kabul edilecek ise, bunun miktarı ne olacaktır. Farzedelim ki, sigortacı maruz kalınan bir zararın tamamını bir miktar meblağ vermek suretiyle tazmin etmiştir. Sigortacı failden bu zararın tamamını mı talep edecektir. Neden tamamı olmalıdır? Çünki, sigortacının maruz kaldığı hakiki zarar buna tekabül etmemektedir. Sathî bir muhakeme ile eğer zarar vukua gelmemiş olsaydı sigortacı da bunu tazmin etmiyecek ve buna tekabül eden kıymet kesesinden çıkmıyacaktı denebilir. Fakat, bu düşünüş tarzı bizzat sigorta fikri, onun teknik organizasyonu ile kabili te'lif değildir. Sigorta mütekabiliyet ve büyük rakamlar kanunu üzerine müessistir. Sigortacı istatistik esasları üzerine dayanarak, vukubulması muhtemel kazaları gözönünde tutmak suretiyle sigortalıdan alacağı primleri hesap etmektedir.

Onun için filân veya falân tazmin yüzünden zarar gördüğü peşinen söylenemez. Denebilir ki bu böyle bir işletmenin tabiî icabıdır. Medenî Kanunun prensipleri kollektif teminat oyunu ile kabili telif değildir. İhtiyarî sigortalarda ciddî olarak münakaşa edilmiş bulunan bu meseleler, mecburî isgorta sisteminde ve içtimaî emniyet şeklinde devletin müdahalelerinde de daha ciddî bir münakaşa mevzuu olacaklardır.

1928 tarihindenberi Fransız vazıı kanunu, ücretle çalışanları, hastalık, malûliyet ve ihtiyarlık hallerine karşı himaye etmek için, mecburî sigorta sandıkları sistemi ihdas etti. Bu sandıklara verilecek aidatların yarısı patron, yarısı da amele tarafından verilir.

Bu mevzuat genişletildi ve inkişaf ettirildi. Mecburî sigorta sandıkları yerine 4/Ekim/1945 tarihli emirname ile sosyal sigorta sistemi ikame olundu. Bu kanunun birinci maddesi şöyledir :

«İşçileri ve onların ailelerini kazanma kudretini azaltacak veya tamamiyle yok edecek mahiyette olan bütün tehlikelere karşı, mükellef bulundukları analık ve aile masraflarını deruhte eylemek maksadiyle, sosyal bir emniyet kurumu teşkil edilmiştir.

29

Sosyal emniyet kurumu, bu emirnamenin hükümleri mahfuz ka mak şartiyle sosyal sigorta mevzuatı tarafından derpiş edilmiş buluna ihtiyar işçilere, iş kazalarına, meslekî hastalıklara, aile ödeneklerine v bu mevzuat tarafından himaye edilen işçilere verilecek (= salair unique tek ücrete mütaallik olan edaları şimdiden, ifa edecektir».

«Kazanma kudretini azaltacak alınacak veya tamamiyle yok edece mahiyette olan bütün tehlikelere karşı» teminat şeklinde ifade edilen b prensip, bu gibi kimseler lehine, hukukî mesuliyeti kaldırmıyor mu? Ma ruz kalınan zarar sosyal sigorta tarafından tazmin edilince, zararın fâilin karşı aynı gayeyi, yani zararın tazmini gayesini istihdaf eden bir dâv ikame edilebilir mi?

B — Sosyal emniyetin hukukî mesuliyet üzerine olan tesirini hiç bi şey iş kazalarına mütedair olan Fransız mevzuatı kadar iyi göstereme Hatırlanacağı gibi, 1898 den önce iş kazalarına mütaallik hususî bir kanu mevcut değildi. Bu nevi kazalardan mutazarrır olan kimse, Medenî Kanu nun 1382 inci maddesi mucibince zarara sebebiyet verenin kusurunu ispa etmek mecburiyetinde idi.

9/Nisan/1898 tarihli kanun, patronun meslekî tehlike esasına daya nan bir mesuliyeti prensibini kabul etti. Bu prensibe göre, patron iş esna sında veya iş münasebetiyle vukubulan kazalardan işçilere karşı, başk bir hukukî mesnede lüzum olmadan, sorumludur. Bununla beraber, bura da sadece götürü bir mesuliyet = responsabilité forfaitaire mevzuubahis tir. Bununla, kazaya uğrıyan bir amele, ücretinin bir kısmına tekabül ede ya bir yevmiye veya bir irad alır. Böylece, amele vâkı zararın bir kısmın bizzat kendisi katlanır. Bu suretle, tâyin edilmiş olan tazminatlar sonrala rı mütaakip kanunlarla tezyid edilmiş ise de, prensip, aynı olmakta de vam etti.

Fransa'nın kurtuluşundan sonra, 4 ve 19/Ekim/1945 tarihli emirna meler, iş kazalarını da sosyal tesanüd sistemine soktu. Bununla beraber 19 Ekim tarihli emirname ikinci maddesinde, «işveren, iş dolayısiyle veya işten vukua gelen zararlardan sorumludur.» dedikten sonra derhal «taz minatların ve edaların ifasında olduğu gibi, iş kazalarından mütevelli tazminat dâvalarında da, sosyal emniyet sandıkları, işverenler sandıkları yerine kaim olmuştur» demektedir. İşverenler, bu sandıklara mecburî ola rak kayıtlıdırla rve kanunun tâyin ettiği aidatı ödemekle mükelleftirler. Bu, hakikatte ferdî ve hukukî mesuliyetle ihtiyarî sigorta sistemi yerine, işçilerin maruz kaldıkları zararları tazmin ile mükellef, bir âmme teşek külüne mecburî olarak iştirak etme, ve binnetice mecburî ve devlet sigor tası sistemini ikame etmek demektir.

30 Kasım 1946 tarihli kanun, iş kazalarına müteallik olan mevzuatı tamamiyle yeniden gözden geçirdi, bu ikameden çıkan neticeleri hükme bağladı. Artık, işverenin mesuliyetinden bahsedilmez oldu. Kanun, kaza haleri ve meslekî hastalıklar, kazazedelerin tedavisi ve onların meslekle-rine yeniden intibak ve meslekî terbiyeleri için teşekküller vücude getir-mekte ve kazalardan dolayı ödenecek gündelik, tazminat ve iradları hük-me bağlamaktadır. Bu kanunun 4 üncü maddesi hükmüne göre, bademe, tazmin vecibesi, işletmelerden alınan meblağlarla, yani, hakikî vergilerle beslenen sosyal emniyet sandıklarına terettüp etmektedir. Böylece, hu-kukî mesuliyet kayboldu. Mutazarrır (kazazede) bir âmme müessesesi ta-rafından tatmin ve tazmin edilmektedir. Bu sistemin yürümesinin icabet-tirdiği dâvalar adlî mahkemelerden alınarak paritaire bir karakteri haiz olan hususî mahkemelere tevdi edilmiştir.

Mutazarrır (kazazede) ancak bu âmme teşekkülünün kendisine ver-diği edalarla iktifa etmek zorundadır. Kanunun 66 ıncı maddesi, mutazar-rıra umumî hükümler dairesinde dâva açma hakkını vermemektedir.

Bununla beraber, sistemin bazı tahfif edici tarafları vardır. Sandık-larca yapılacak tazminin tam olması ve eski götürü ve kısmî tazminin ar-tık ortadan kalkması mantıkî olurdu. Bununla beraber, kanunî kaleme alanlar ve bilhassa kanunu meclis huzurunda müdafaa eden sözcü, bu ba-kımdan itizarda bulunmuşlardır. Kanunun V inci babı götürü ve kısmî tevzi adını muhafaza eylemektedir.

Fakat bu ancak bir merhaleden ibarettir. Daha mükemmeline intiza-ren 68 inci maddede, zararın, sosyal emniyet tarafından ödenmemiş olan kısmının, tazminini failden talep edebileceği derpiş olunmaktadır.

Bundan maada, aynı maddede kabul eylediğine göre, bu sandıklar za-rarın faili olan üçüncü şahıslara karşı, bir rüçû hakkına maliktirler. Fakat burada, evvelce sigorta şirketleri münasebetiyle söylenmiş olan müşahade-leri hatırlatmak lâzımdır: Sandıklar, tazminatları mütazarrıra ödemekle hakikî bir zarara maruz kalmamaktadırlar; çünkü, bu tazminatı ödemekle ancak normal vazifelerini ifa etmektedirler. Binaenaleyh, bu rücuun esası medenî kanundaki mes'uliyetten tamamen başka olmak lâzımgelir. Bu sandıklar tarafından tazmin edilme sistemi, bundan sonra, prensip iti-bariyle, bütün Fransızlara tatbik olunacak gittikçe daha çok miktardaki tehlikeleri ihtiva edecektir. Fakat, bunun neticesinde kazanın failine rüçûu kaybolunmıyacaktır. Eğer böyle olmuş olsaydı içtimaî emniyetin bizzat kendisi emniyetsizliği intaç etmiş olurdu. Ferd, faaliyetlerinde hareketle-

rinin neticesi olarak doğacak zararları tazmin korkusuyla her an tehdit edilmemelidir. Buna mukabil bütün mes'uliyeti de ortadan kaldırmak da tehlikeli olacaktır. Neticede iradî kusurlarla ihmal kusurları çoğalmak istidadını gösterecektir, bir firen zaruridir. Fakat, mesuliyetin esasını değiştirmelidir. Artık bir ferd ile diğer bir ferd arasında bir mesuliyet dâvası mevzuubahis değildir. Vâkı bir zararı tazmin edecek olan bir âmme teşekkülüdür. Bu âmme teşekkülü tazminini yaptıktan sonra fiilden asıl sorumlu olana karşı, savcı, hükümet adına harekete geçecektir. Bu takdirde bütün işin ruhu değişecek, sandık veya savcı ve ferdî bir mâmeleke yapılmış bir zaarrın tazminini değil, suçlunun teczıyesini talep edeceklerdir. Şüphesiz, ceza bir miktar meblağın tediyesinden ibaret olabilir. Fakat meblağ, sandığın hakkaten maruz kaldığı zarar üzerinden hesap edilmiyebilir. Fakat meblağ, sandığın hakikaten maruz kaldığı zarar üzerinden hesap edilmiyebilir. Hakikatte sandık istatistik hesapları sayesinde hiç bir zarara maruz kalmış değildir. Ancak, cezaî mesuliyet sahasına giren sosyal bir mesuliyet mevzuu bahistir. Bu mesuliyetin gayesi vatandaşları vazifelerine davet etmektir.

İşte böylece mesuliyet, menşe'deki hale gelmiyor mu? Fertçiliğin inkışafı, neticesinde yavaş yavaş ferdî mesuliyeti cezaî mesuliyetten, insanın mensup olduğu topluluk muvacehesindeki msuliyetten tefrik etmişti. Teknik terakki ve onun tevlid ettiği sosyalleştirme, vâkı zararların tazmiinn idevletin deruhte eylemesi, insanın bir insana olan mesuliyetini ferdn ferde olan mesuliyetini bertaraf etmeğe mütemayildir. Bu, birinci mevki almak isteyen topluluğa karşı mesuliyettir.

Buraya kadar Fransız hukukundaki bir tekâmül hareketini göstermek istedim. Bu tekâmülün nereye kadar gideceğini bilmiyoruz. Mühim olan şu ki, faaliyette bulunan bir ferd, dikkatli ve cüretkâr olmak zorundadır. Mesuliyetin esası ne olursa olsun bir insan fiillerinin neticesinden daima mesul olacaktır.

—o—

# CEZA HUKUKUNDA «KIYASLAMA YASAĞI» NIN HAKİKİ MAHİYETİ

Yazan: Hakkı DEMİREL

Bu etüd Profesör Farum Erem'in «Türk Ceza Hukuku» adlı eserindeki şu satıların mahsulüdür :

> «Böyle bir memnuiyetin (Ceza Hukukundaki kıyas mem-
> «nuiyetinin) kanunsuz suç ve ceza olmaz kaidesinden daha ge-
> «niş prensiplerden istihraç edilebileceği, fakat sadece bu kaide-
> «den böyle bir neticeye varmanın mümkün olmadığı mütalâa-
> «sında bulunan müellifler de vardır.»

Filhakika burada bizim de göstermek istediğimiz şey : Eğer ceza hukukunda, daha açık bir ifade ile, Ceza Kanununun hususî bir vaziyete tatbikında kıyaslamaya yer verilemez ise bunun sebebinin —kıyaslamanın ne olduğu nazarı itibara alınacak olursa— umumiyetle söylendiği gibi «kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesi olmayıp ceza hukukundaki kıyaslama yasağını —zamanımıza göre— daha mülâyim bir hale getirecek mahiyette olan (1) diğer bazı sebeplerin mevcudiyetidir. Yukarda zikrettiğimiz parçada sözü geçen «geniş prensipler» tâbiri ile de bu sebepler kastedilmiştir. Kısacası, burada, Ceza Hukukundaki kıyaslama yasağının «kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesinin neticesi olduğunu söylemenin, kıyaslamanın ne olduğunun nazarı itibara alınmaması, «kıyaslama» tâbiriyle bu kelimenin mantık bakımından ifade ettiği mânadan başka bir mânanın kastedilmesi —ki bu takdirde buna başka bir ismi vermek uygun olurdu— demek olacağını göstermek istiyoruz.

O halde evvelâ kıyaslamanın ne olduğunu tesbit etmemiz ve bunu tesbit ettikten sonra da elde ettiğimiz mefhumun tenakuza düşmeksizin «Ceza Hukukundaki kıyaslama yasağı kanunsuz suç ve ceza olmaz kaidesinin bir neticesidir» demek imkânını verip vermediğini araştırmamız icabedecektir :

Kıyaslama (2) diğer zihin faaliyetlerinden açıkça ayrılan belirli bir muhakeme tarzıdır.

---

(1) Kşz. aşağıda s. 915.

(2) Bütün bu kısım için bk.: M. Dorolle - Le Raisonnement par Analogie, 1949, Paris.

Fakat kıyaslama mefhumunu ele alan modern müelliflerden bir çoğu kıyaslamanın hakiki mahiyetini araştırıp buna göre bir tarif verecek yerde, zihnî faaliyetin hareket ve varış noktalarına göre yapılan bir tasnifin (3) tesiri ile, kıyaslamayı mevzuuna, tatbik sahasına veya hareket ve varış noktalarına göre tarif etmek istemişler ve bu yüzden onu talil ve istikra gibi diğer zihin faaliyetlerinden tamamiyle ayırmaya muvaffak olamamışlar, kâh istikra ile kâh talil ile karıştırmışlardır. Çünkü kıyaslamayı tarif etmek için kendilerine başvurulan bu noktalar kıyaslamaya hâs olmayıp —ilerde söyleyeceklerimizden de anlaşılacağı veçhile— istikra ve talil gibi diğer zihin faaliyetlerinde de müşterek olan şeylerdir.

Bu sebeple evvelâ kıyaslamayı mevzuuna, tatbik sahalarına, hareket ve varış noktalarına göre tarif eden bu modern müelliflerden bir kaçının kıyaslama hakkındaki fikirlerini kısaca gözden geçirdikten sonra kıyaslamanın hakiki mahiyetini arayıp bulmaya ve kıyaslamanın buna göre bir tarifini yapmaya çalışacağız.

## A. Bazı modern müelliflerin kıyaslama hakkındaki fikirleri

I. Kıyaslama mefhumunu ele alan modern müelliflerin başında KANT gelmektedir. Kant'a göre kıyaslama kısmî bir benzerlikten, daha geniş bir benzerliğin mevcudiyeti neticesini çıkartmaktır. Başka bir tâbirle, aynı «nevi» den olan iki şeyin bazı vasıflar bakımından birbirine benzeyişinden bu iki şeyin diğer bir takım vasıflar bakımından da birbirine benzediği neticesini çıkarmak kıyaslamadır (4). Kant'ın düşüncesini müşahhas bir olaya tatbik edelim : «İsim» ile «otomobil plâkası» arasında, her ikisinin de bir şahsın hüviyetini tâyine yaraması bakımından, bir benzerlik bulunmasından (kısmî benzerlik) isim ile otomobil plâkasının, 5 Ağustos 1899 tarihli Fransız Kanununun, bir üçüncü şahsın adlî sicil fişine bir mahkûmiyet kaydının düşürülmesi neticesini doğuracak veya doğurabilecek bir surette bu üçüncü şahsın **isminin** kullanılmasını cezalandıran 11. maddesi bakımından aynı şey olduğu (daha geniş bir benzerlik) neticesini çıkarmak (5) kıyaslamadır.

Fakat bu şekilde tarif edilecek olursa kıyaslama netice itibariyle bir istikra olmaktadır. Gerçi Kant diyor ki : İstikrada bir vasfın aynı neviden olan bir kaç şeyde müşahede edilmesinden bu vasfın o neviden olan

(3) Bu tasnifin tenkidi için bk.: Dorolle, s. g. e., s. 30 ve sonrakiler.

(4) Dorolle'den naklen; s. g. e., s. 18.

(5) Paris, 11 mai 1910, (Sirey, 1911. 2. 12).

diğer bütün şeylerde de mevcut olduğu neticesi çıkarıldığı halde kıyaslamada, bir şeyde aynı neviden olan diğer bir şeyde bulunan bazı vasıfların bulunmasından bu şeyde diğer şeyde bulunan başka vasıfların da bulunduğu neticesi çıkarılmaktadır. Yani istikrada «bir vasıf bir çok şeyden bazılarında mevcuttur, o halde geri kalanlarda da mevcuttur» denilmekte, kıyasta ise «bir çok vasıftan bazıları bir şeyde mevcuttur, o halde geri kalanlarda da mevcuttur» denilmektedir.

Buna rağmen, yukarda da işaret ettiğimiz gibi, bu suretle kıyaslama ile istikra birbiri ile karışmaktadır : Bir istikra misali ele alalım : A'nın, B'nin, C'nin «fâni» olmasından bütün insanların «fâni» olduğu veya yine bir insan olan N in de «fâni» olduğu neticesinin çıkarılması bir istikradır. O halde bir vasfın veya bazı vasıfların (yukardaki misalde «fânilik» vasfının) bir kaç şeyde mevcut olmasından aynı vasfın diğer bazı şeylerde veya diğer bir şeyde de mevcut olduğu neticesinin çıkarılması «istikra» dır. Bu ise bu sonuncu şeylerde veya şeyde bazı vasıfların mevcudiyetinden aynı şeylerde veya şeyde diğer bazı vasıfların da mevcudiyetinin çıkarılması demektir ki Kant'ın yukarda kıyaslama hakkında verdiği tarif de bundan başka bir şey değildir.

Demek oluyor ki Kant'a göre meselâ «eğer A, B, C de "m - p,, (yukardaki misalde «insan - fâni») münasebetini bulmak mümkün ise «m» vasfını haiz olan N için de aynı münasebet mevcuttur» demek bir istikra olduğu halde «eğer N, «m» vasfını haiz ise, A, B, C için mevcut olan «m - p» münasebeti N, için de mevcuttur» demek kıyaslama olacaktır. Bu ikisi arasındaki fark ise olsa olsa bir şekil farkından ibarettir. Biri istikra, diğeri kıyaslama için verilen bu iki tarifin her ikisi de hakikatte başka başka bakımlardan —birincisi zihnin takip ettiği yol bakımından, ikincisi esası (makanizması) bakımından— istikranın iki ayrı tarifinden başka bir şey değildir. Hulâsa etmek lâzım gelirse Kant'a göre istikra «aynı cinsten olan bazı şeylerde mevcut bir vasfın aynı cinsten olan diğer bir şeyde de mevcut olduğunu» söylemek, kıyaslama ise «bir şeyin, aynı cinsten olan diğer şeylerin haiz olduğu bir vasfa sahip bulunduğunu» söylemek demek olacaktır. Bunlar arasında ise göze çarpar bir farkın mevcut olduğu iddia edilemez. Bu iki tarif arasındaki fark olsa olsa, yukarda da söylediğimiz gibi, aynı şeyin başka başka noktai nazarlardan tarif edilmesi gibi bir farktır.

Kıyaslama ile istikra arasındaki fark, Kant'ın iddia ettiği gibi, bunların dışında, takip edilen yolda değildir : Cüz'iden külliye gitmek istikra olabilir, fakat istikranın muhakkak böyle bir ameliyeyi ihtiva etmesi

ma olacağını söylemekle (6) kıyaslamayı tarif etmek için tuttuğu yoldan ayrılmak mecburiyetinde kalmıştır. Çünkü burada hâdiselerin «neden» i mevzuubahis değlidir. Bundan sarfınazar edilse bile bizatihi kıyaslama mefhumuna temas edilmeksizin ona, kendine hâs bir fonksion izafesi ile iktifa etmek kıyaslama hakkında kâfi bir fikir vermemekte, dolayısiyle kıyaslama için tam mânasiyle bir tarif verilmemiş olmaktadır.

IV. Nihayet **Hamelin**'e göre (7) analoji zahiriden deruniye, zahirî işaretlerden derunî, saklı vasıflara giden zihin faaliyetidir. Meselâ Dünya ile Merih'in fizikî şartları arasındaki benzerlikten Merihte de hayatın mevcut olduğu neticesini çıkartmak kıyaslamadır. Yine meselâ sorgu yargıcının salâhiyetsizlik kararları ile mahkemelerin verdikleri salâhiyetsizlik kararları arasındaki zahirî benzerlikten mahkemelerin verdikleri salâhiyetsizlik kararlarına da itiraz edilebileceği neticesinin çıkarılması (8) da kıyaslamadır. Çünkü burada da zahirî işaretlerden (kararların zahirî benzerliğinden) bir kararın ihtiva ettiği bir hususiyet (gizli bir vasıf) çıkarılmaktadır.

Bu suretle kıyaslama mefhumunu ele almış olan modern müelliflerin belli başlılarını görmüş bulunuyoruz. Bunlardan, Cournot —ki evvelce de işaret ettiğimiz gibi kıyaslama hakkında bir tarif vermiş değildir— müstesna, her biri kıyaslamayı, tabir caiz ise, dış görünüşüne göre tarif etmişlerdir; halbuki bu, yine yukarda da izah ettiğimiz ve sözü geçen müelliflerin fikirlerinden bahsederken de gördüğümüz gibi, kıyaslamanın esası, mahiyeti ve bunun neticesi olarak rolü, değeri, fonksionu hakkında kâfi bir fikir edinmeye imkân vermemekte ve hattâ diğer zihnî faaliyetlerle karıştırılması neticesini doğurmaktadır.

Bu itibarla kıyaslamanın mahiyeti ve rolü, kıymeti hakkında tam bir fikir edinebilmek için onu, yukardaki müelliflerin yaptıkları gibi dış görünüşüne, bizzat kıyaslama mefhumunun dışında kalan şeylere göre değil, mefhumun bizatihi kendisini, esasını, mekanizmasını nazarı itibara alıp ona göre tarif etmeğe çalışacağız (9).

Kıyaslamanın bir muhakeme (istidlâl, raisonnement) tarzı olduğunu söyledik. O halde muhakeme (istidlâl, raisonnement) nin ne olduğunu ve

(6) Dorolle'den naklen; s. g. e., s. 23.

(7) Du Raisonnement par Analogie, Année philosophique, 1902, s. 19 - 27.

(8) Tev. İç. 28/3/1946, E. 1/33, K. 6: «İlk tahkikatlı işlerde sorgu hâkimlerinin yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu mevcut olduğu halde doğrudan doğruya mahkemeye verilen ilk tahkikata tâbi tutulmıyan işlerdeki salâhiyetsizlik kararlarına karşı kanun yolu kabul etmemek için sebep yoktur (İst. H. F. M. 1946, n. 4, s. 1283).

(9) Dorolle, s. g. e., s. 29.

57

bunun kıyaslama ismi verilen zihnî faaliyete tetabuk eden bir şekli mevcut olup olmadığını araştıralım :

### B. Muhakeme ve şekilleri

Muhakeme (istidlâl), düşüncenin malûm olan bir şeyden bilinmeyen bir şeye geçmesidir (10). Fakat düşüncenin bilinen bir şeyden bir meçhule geçebilmesi ancak, tabir caiz ise, meçhul olanın altında malûm olanı bulması, başka bir tabirle, bu ikisi arasında bir «müşabehet» (geniş mânada) bulunması ile mümkündür. O halde muhakeme (istidlâl) malûm olan bir şeyden bir meçhule, bu ikisi arasındaki bir «müşabehete» istinaden geçmektir. Filhakika düşüncemiz muhakeme (istidlâl) yaparken daima benzerden benzere geçmek suretiyle ilerlemektedir. Fakat bir hadden diğerine geçmek için istinadettiği bu «müşabehet» tam bir müşabehet (ayniyet), yani riyazî mânada bir eşitlik olabileceği gibi, kısmî bir eşitlik (meselâ «Sokrat insandır» kaziyesinde olduğu gibi, muhakemeyi [istidlâli] ilgilendiren zaviye bakımından bir eşitlik) veyahut ta, bu iki halde olduğu gibi bir bünye benzerliği değil de bir fonksion benzerliği, bir fonksion eşitliği, yani muayyen bir fonksion bakımından olan bir eşitlik te olabilir. O halde düşüncemizin muhakeme (istidlâl) ederken bir hadden diğerine geçmek için kendisine istinat ettiği «müşabehete» göre muhakemeyi (istidlâli) muhtelif gruplara ayırabiliriz :

A. Birinci gruba dahil istidlâller mütaakip eşitlikler (riyazî mânada), yani mütaakip ayniyetler vaazeder : «Şu = Şu'dur, Bu ise = Şu diğeridir ve ilh...». Riyaziyatta kullanılan istidlâller bu grupa dahildir. İşte tam mânasiyle talil bu grupa dahil olan istidlâllerdir. Bu istidlâllerde kendisine istinat edilen «müşabehet» in hususî mahiyeti istidlâlin kabili akis olmasına imkân vermektedir. O halde bu gruba dahil istidlâllerde prensipten neticeye gidilebildiği gibi neticeden de prensibe geçilebilecektir.

B. İkinci grupa dahil istidlâllerde ise, yukarda olduğu gibi «tam bir ayniyet» (riyazî bir eşitlik) değil, kısmî bir ayniyet (identité partielle) yani —meselâ «Sokrat insandır» kaziyesinde olduğu gibi— muayyen bir zaviyeden, istidlâlin ele aldığı cepheden bir ayniyet mevcuttur. Fakat mevcut farklara rağmen bu grupa dahil istidlâller de yine tam birer talildir. Zira mevcut farklar istidlâlin ele aldığı zaviye bakımından hiç bir rol oynamamaktadır. Böyle olunca bu istidlâllerde de «tam bir ayniyet»

(10) Dorolle, s. g. e., s. 36.

karşısında bulunulduğu söylenebilir. Ancak burada artık istidlâl kabili akis değildir.

C. Nihayet üçüncü grup istidlâllerde malûm bir şeyden yeni bir şeye, ilk iki grupta olduğu gibi bir bünye (sturucture) müşabehetine istinaden değil, bir fonksion benzerliğine, diğer bir tabirle, bir (veya bir çok) fonksion bakımından olan bir müşabehete istinaden geçilmektedir. Burada artık talilde olduğu gibi mütaakip ayniyetler vazedilmemekte, bir eşitlik zinciri (a =b, b = c ve ilh...) yapılmamakta, malûm olan ve muayyen bir vasfın kendisinin tâbii olarak tezahür ettiği bir şeyden yeni fakat aynı vasfın bunun da tâbii olarak tezahür ettiği bir şeye (demek oluyor ki malûm bir şeyden yeni bir şeye, bir tâbi «müşabehetine» istinaden) geçilmekte veya bunun aksine —ki esas itibariyle aynı şeydir, çünkü her iki halde de, bir bünye benzerliği değil, dışardaki bir şey bakımından olan bir benzerlik, bir tâbi, fonksion benzerliği bahis mevzuudur—, muayyen bir vasfın kendisinin tâbii olarak tezahür ettiği malûm bir şeyden, yine malûm ve birincisine müşabih diğer bir şeyde de aynı vasfın mevcudiyetine (demek oluyor ki malûm bir vasıftan yeni bir vasfa, sözü geçen iki şey arasındaki benzerliğe istinaden) geçilmektedir.

Hulâsa bu son grupa dahil istidlâllerde ya bir fonksion (görev, rol, tesir) benzerliğinden, iki şeyin müşabeheti yahutta iki şey arasındaki müşabehetten bir fonksion (görev, rol, tesir) muşabeheti çıkarılmaktadır. O halde burada da ilk iki grupta olduğu gibi malûm bir şeyden yeni bir şeye geçilmekte, fakat bunun için, ilk iki grupta olduğundan farklı olarak, bir bünye müşabehetine —tam veya kısmî bir ayniyete— değil, bir tâbi (fonction) müşabehetine istinat edilmektedir. Bu fark ise bu grupa dahil olan zihin faaliyetini bir «istidlâl» (raisonnement) olmaktan çıkaracak mahiyette bir fark değil, sadece, bu son grupa dahil bir zihnî faaliyet sonunda elde edilen neticelerin kıymetinin düşük olmasına sebep olacak bir farktır.

İşte kıyaslama bu grupa giren bir istidlâldir.

O halde kıyaslama, ya bir fonksion (tesir, rol) müşabehetine istinaden malûm bir şeyden yeni bir şeye veya iki şey arasındaki müşabehete istinaden malûm bir vasıftan yeni bir vasfa geçmektir. Meselâ 7 Şubat 1924 tarihli Fransız Kanununun «Füruun nafaka mükellefiyetini ifa etmemesini cezalandırması» ndan, damat ve gelin gibi sıhrî hısımların da füruun tâbi olduğu nafaka mükellefiyetine tâbi olmasına (Fr. Med. K. md. 206) istinaden, aynı kanunun «damat ve gelin gibi sıhrî hısımların nafaka mükellefiyetlerini yerine getirmemelerini de cezalandırdığı» netice-

sini çıkarmak (11) veya «sorgu yargıcının salâhiyetsizlik kararlarının kabili itiraz olması» ndan, sorgu hâkiminin salâhiyetsizlik kararları ile mahkemelerin verdikleri salâhiyetsizlik kararları arasındaki müşabehete istinaden «mahkemelerin verdikleri salâhiyetsizlik kararlarının da kabili itiraz olduğu» neticesini çıkarmak (12) kıyaslamadır.

Demek oluyor ki kıyaslama «kanun vâzıının derpiş etmemiş olduğu bir halin derpiş edilmiş olsa idi nasıl tanzim edileceğinin, kanun vâzı tarafından arzu ve ifade edilmiş olan bir «şey» e istinaden araştırılması» (13) değil, bizzat bir kanun metninin (bu, yukarda «malûm şey» adını verdiğimize tekabül etmektedir), kanunun talil yoluyla tatbikında olduğu gibi bir bünye müşabehetine (tam veya kısmî bir ayniyete) istinaden değil, bir fonksion müşabehet (veya ayniyet) ine istinaden, hususî bir vaziyete (ki bu da yukarda «yeni» vasfını verdiğimiz şeye tekabül etmektedir) tatbik edilmesidir. Kanunun hususî bir vaziyete talil ve kıyaslama yollariyle tatbikı arasındaki ortaya koyduğumuz bu farkın ise bunlardan birinin (kanunun talil yoluyla tatbikının) kanunun yerinde bir tatbikı, diğerinin (kıyaslama yoluyla tatbikının) ise hâkim tarafından hukuk kaidesi yaratılması sayılabilmesine imkân veren bir fark olduğunun iddia edilemiyeceğini sanıyoruz. Aradaki fark böyle, bahis mevzuu olan iki zihnî faaliyet arasında bir mahiyet farkı yapacak bir fark değil, kanunun talil yoluyla tatbikı sonunda elde edilen netice ile kanunun kıyas yoluyla tatbikı sonunda elde edilen neticeler arasında bir kıymet farkının bulunmasına sebep olacak bir farktır. O halde meselâ yargıç kanunun «füruun nafaka mükellefiyetini yerine getirmemesini cezalandırması» ndan «damat ve gelinlerin aynı mükellefiyeti yerine getirmemelerini cezalandırdığı» neticesini çıkartacak olursa (14) bu netice, böyle bir neticenin kabulü yargıcın kanun koyuculuk rolünün kabul edilmesi demek olacağından, başka bir tâbirle, böyle bir neticenin «kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesine aykırı olacağından dolayı değil, belki «bir nafaka mükellefiyeti müşabehetinin (ayniyetinin) hukukî neticeler bakımından da bir müşabehetin (ayniyetin) mevcut olduğu neticesini çıkartmaya kâfi olmamasından» (15) dolayı kabule şayan değildir.

Filhakika buraya kadar söylediklerimizden açıkça ortaya çıkmaktadır ki kıyaslama belirli bir zihin faaliyeti, bir istidlâl (raisonnement) dir.

(11) Cass. Crim. 4 juill. 1925, (Sirey, 1926. 1. 329).
(12) Bk.: Yukarda, not 8.
(13) Gény; Méthodes d'Interpretation., T. I, s. 310.
(14) Bk.: Yukarda, not 11.
(15) Note. Roux sous Cass. Crim. 4 juill. 1925 (S. 1926. I. 329

Bir istidlâl (raisonnement) için ise ancak «yanlışlık» bahis mevzu'u olabilir, verdiği neticenin «şüpheli» olduğu söylenebilir, fakat —tezada düşülmek istenmiyorsa— asla «keyfiliğinden» bahsolunamaz: Muhakeme (istidlâl, raisonnement) nin bahis mevzu'u olduğu yerde «keyfilik» bahis mevzu'u olamaz.

Böyle olunca, diyebiliriz ki kıyaslamanın ne olduğu (yani bir istidlâl, fakat vardığı neticeler kesin, kat'i olmayıp sadece muhtemel olan (16) bir istidlâl olduğu) nazarı itibara alınacak olursa, Ceza Kanununun hususî bir hâdiseye kıyaslama (analoji) yoliyle tatbiki, keyfiliğe yol açtığı, başka tâbirle, «Kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesine aykırı olacağı için değil— çünkü aksi takdirde «keyfi bir muhakeme» (!) den bahsetmek icap edecektir ki bu mantıkan mümkün olamıyacak birşeydir—, kıyas yoliyle varılan neticenin kat'iyet arzetmemesinden dolayı (17) kabule şâyan değildir. Ceza Kanununun hususî bir vaziyete tatbikinde kıyaslamanın bu sebeple kabule şâyan olmaması ise, kıyaslama yasağının «Kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesinin neticesi sayılması halinde olacağı gibi, Ceza Hukukunda kıyasın «a priori» olarak reddedilmesini icap ettirmez (18).

—o—

(16) Burada kıyaslamanın değeri üzerinde israr etmiyeceğiz. Bu hususta bk.: Dorolle, s. g. e.

(17) Kşz: Yukarda not 15.

(18) Kşz: not 1.

# TİME - CHARTER MUKAVELESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ NAVLUN VE DONATANLIK BAKIMINDAN ARZETTİĞİ HUSUSİYETLER

Salim KAYA KAŞDAŞ
Kaş Sorgu Yargıcı

PLÂN

GİRİŞ :

Birinci Kısım : Umumiyet itibarile :

A — **Tarifi ve hukuki mahiyeti**
1. Muhtelit rejim
2. Tek akit rejimi
   a) Vekâlet akti
   b) İstisna akti

B — **Mukayeseli hukuk zaviyesinden Time - Charter**
1. Anglo - Amerikan Hukukunda
2. Fransız - İtalyan Hukukunda
3. Türk - Alman Hukukunda

İkinci Kısım : Tarafların karşılıklı edimleri :

A — Donatanın ifa ile mükellef olduğu edimler

B — Müstefidin (Time - Charterer) ifa ile mükellef olduğu edimler

NETİCE :

GİRİŞ :

Etüd konusu yapmak istediğimiz mevzu, Deniz Ticaret Hukukunun ve bilhassa onun en orijinal ve karakteristik bir branşı olan deniz nakliyat hukukunun tipik mukavelelerinden Charter Party'lerdir.

Biz burada Charter Party mukavelelerinin bütün hususiyet ve inceliklerini, konşimento ile aralarındaki farkları tebarüz ettirmekten ziyade bu nevi mukavelelerin en tipik ve tatbikatta sık sık tesadüf edilen bir ör-

neğini yani Time - Charterleri ele alacak ve onun hukuki mahiyeti ile birlikte navlun ve donatanlık bakımından arzettiği hususiyetleri inceleyeceğiz :

Malûm olduğu üzere bazı malların parça itibarile nakli hem oldukça külfetli ve masraflı ve hem de bir hayli zordur. İşte bu iktisadi ihtiyaçların tazyiki altında muayyen bazı malların naklinde Charter denilen hususi bir nakliye mukavelesi tipi doğmuştur (1).

Tatbikatta ve bilhassa Anglo-Sakson memleketlerinin tatbikatında bir hayli inkişafa mazhar olmuş bulunan bu mukavele sayesinde muayyen bir geminin bütün ambarları veya ambarlarının bir kısmı veyahut geminin muayyen bir yeri nakle tahsis edilir. Biz burada bilhassa bir zaman ünitesi üzerinden yapılan Charterlerin hukuki mahiyet ve bünyesi üzerinde duracak ve bu arada onun; kira akdi, hizmet ve vekâlet akitlerinden olan fark ve özelliklerini tebarüz ettireceğiz. Şöyleki birinci kısımda bu mukavelenin kendimize göre ufak bir tarifini yaptıktan sonra hukuki mahiyetinin tahliline girişecek, daha sonra onun bu mahiyetini mukayeseli pozitif hukuk zaviyesinden de belirtmeğe çalışacağız. Bununla da iktifa etmeyecek ve daha ileriye giderek bu mukavelenin tarafları arasındaki yani gemi donatanı ile gemiyi Time - Charter mukavelesile kiralamış olan arasındaki karşılıklı edimleri tahlil edeceğiz.

Birinci Kısım :

Umumiyet itibarile :

Deniz Ticaret Kanunumuz 1097 - 1128, 1132 - 1144 ve 1146 - 1182 nci maddelerini Charter - Party mukavelelerine ve daha doğrusu onun hususi ve müteamel bir nevi olan Trip - Charter (2) nevine tahsis etmiş bulunmaktadır. Bu hükümler meyanında Time - Charter yani zaman itibarile yapılan CHARTER her nedense bir yer ayrılmış değildir. Kanunumuz, mehaz Alman Kanunu dahil olmak üzere bir çok kontinental kanunlarda yer almamış bulunan (3) bu mukaveleleri kanuni bir takdise mazhar kılmayıp onun özelliklerinin tâyin ve tespitini tarafların ihtiyarına bırakmayı daha münasip görmüştür. İşte pozitif hukuktaki bu boşluğu doldurmak Jürisprüdansa ve doktrine kalmıştır.

---

(1) Charter kelimesinin menşei için, Bk. Scrutton Charter parties and Bills of lading, 1931, sh. 1 (a notu) ve E. Hirsch, Ticaret Hukuku b. 2, 1946 sh. 801.

(2) Sefer itibariyle yapılan nakliye mukaveleleri.

(3) Bu tip mukaveleler, kontinental Avrupa kanunları tarafından tanzim edilmemiştir. Bunun müstesnası olan Hollanda 1924 tenberi bu tip mukaveleleri kanunlaştırmıştır. (Mlle. LİA GUTMAN, «Le Time charter» thèse de doctorat 1935 sh. 6.

Muayyen bir hat üzerinde yapılagelmekte olan deniz seyrüseferlerinin muvakkat bir zaman için artışı, bir donatanın veya donatma iştirakinin işlettiği gemilerin ihtiyaca kifayet etmemesi neticesini doğurur. İşte bu şekilde muvakkat bir artış gösteren nakliyatı karşılamak durumunda kalan bu gibi işletmeler, daha mücehhez bulunan ve kendisine nazaran gemi adedi fazla olan diğer bir teşebbüse baş vururlar ve onunla yapacakları bir Time-Charter mukavelesile kendileri için lüzumlu olan gemileri temin etmek imkânını bulurlar.

Bundan başka bir taraftan parça mal halinde nakli büyük masraf külfetleri mucip olan petrol, hububat, kömür gibi bazı mevadın menşe memleketlerinden uzakta bulunan istihlâk piyasalarına sevki zarureti ve diğer taraftan gemi navlunları piyasasında vukua gelen mütemadi temevvüçler tacirleri bu malları Time-Charter ile isticar ettikleri gemilerle sevke sürükler. Böylece hem azçok uzun bir zaman için müstakar bir navlun sağlanmış ve hem de bu malların sevkinde en elverişli bir nakliye aracı temin edilmiş olur.

İşte arzettiği bu ameli ve iktisadi faydalar yüzünden mevzuumuz olan mukaveleler nispeten çok kısa bir müddet içinde bütün Avrupa ve hatta Amerika deniz nakliyatında hâkim bir mevki işgal etmiştir. Bu mukaveleler bilhassa mütemadiyen navlun peşinde koşup mal nakletmeğe müheyya tramp'lerin yani şileplerin geniş bir ölçüde kullanılmasına imkân vermiştir.

Bu mukavelelerin arzettikleri faydalar bununla da kalmaz. Bilhassa harp zamanlarında bu tip mukaveleler, hükümetlere ifa ile mükellef bulundukları âmme hizmetlerinin ihtiyaçlarını karşılamak için hakiki ve hükmi şahıslara yükliyecekleri harp mükellefiyetlerinin en müessir vasıtasını temin eder. Bunun en canlı misalini, İkinci Dünya Savaşı esnasında da Hükümetimizin ittihaz buyurduğu muhtelif koordinasyon kararlarile buğday, kömür ve petrol nakliyatında bu tip mukavelelerden faydalanması teşkil eder.

İşte biz burada büyük ameli, siyasi ve iktisadi faydalar arzeden bu mukavelenin hukuki ve doktrinal incelik ve özelliklerini tamik ve tetkik edeceğiz. Acaba bu mukavele basit mi, yoksa muhtelit bir mukavele tipi midir, acaba bu mukavelenin borçlar hukukunda malûm bir mukavele tipine ircaı mümkün müdür, yoksa tamamen müstakil ve ayrı bir tip mi teşkil eder, acaba bu mukavelenin taraflara tahmil ettiği vecibeler nelerden ibarettir ve nihayet gemiyi kiralayan şahsı hangi ahval ve şerait altında donatan addetmek mümkündür? İşte halledilmesi iktiza eden nazari meseleler. Ancak bunların halline girişmezden önce mevzuumuzun siklet

merkezini teşkil eden mukavelenin kısa bir tarifini yapalım ve ondan sonra da onun hukuki mahiyet ve strüktürünü inceliyelim.

A — TARİFİ VE HUKUKİ MAHİYETİ :

Time-Charter öyle bir nakliye mukavelesidir ki bununla, gemiyi muayyen bir zamanla mukayyet olmak üzere kiralayan şahıs önceden tespit edilecek muayyen bir navlun mukabilinde, donatandan bir veya mütaaddit gemisini mallarının nakliyesine tahsis etmesini şart eder.

Mevzuumuz olan Time-Charteri borçlar hukukunda malûm ve muayyen akit nevilerinden birine ircaa çalışmadan önce, onun karekteristik unsurlarını şu şekilde sıralayalım :

a) Bu mukavelenin tarafları donatan ile mislî mallarını sevketmek üzere donatanın gemisinden muayyen bir zamana münhasır olmak şartile faydalanan şahıstır.

b) Donatan nakliyeci sıfatını muhafaza ettiğinden gemiye zilyet olmakta devam eder, binaenaleyh gemiden faydalanan şahıs gemide bulunamıyacağı gibi geminin teknik sevk ve idaresine de müdahele edemez.

c) Donatan müstahdemleri olmak sıfatile kaptan ve gemi adamları üzerindeki murakabe hakkını muhafaza ederse de bunlar gemiden muvakkaten faydalanan kimsenin emrinde bulunduklarından ancak onun arzu ve emrine tâbi olarak yolculuğa girişmek ve onu bitirmek mecburiyetindedirler.

ç) Bu mukavelede zaman unsurunun ayrı bir önemi ve rolü mevcuttur. Filhakika burada zaman unsurunun birbirinden farklı iki mühim rolü vardır. Zaman, mevzuumuz olan mukavelenin semeninin yani navlunun hesap ve tesbitinde bir vahidikıyasi rolünü oynadığı gibi mukavelenin müntehasını gösteren bir esastır.

d) Burada navlun bir zaman ünitesi üzerinden önceden hesap edildiğinden oldukça mustakar bir durum arzeder.

Bu izahattan sonra ilerideki tahlillerimizin en esaslı temelini teşkil edecek olan bir meeslenin halline girişelim : Acaba Time-Charter mukavelesinin arzettiği şu hususiyetlere nazaran Borçlar Kanununda muayyen ve malûm akit tiplerinden birine irca olunabilir mi? Yoksa bu mukavele muhtelit bir akit nevi midir? Hatta daha ileri giderek onu deniz nakliyatına mahsus nevi şahsına münhasır (sui-generis) bir akit telâkki edebilir miyiz?

Evvelâ kanaatimizce bu akti deniz nakliyatına mahsus sui-generis bir akit telâkki etmek yolundaki noktainazar zayıftır. Zira aşağıdaki izaha-

65

timizden de açıkça anlaşılacağı veçhile, mevzuumuz olan aktin borçlar hukukundaki muayyen akit tiplerinden bir kaçına birden veya bunlardan yalnız birine ircaı mümkündür. Şu halde bu aktin, evvelâ muhtelit akit rejimi ile ve sonra da tek akit rejimi ile izahına girişelim ve her bir rejimin kuvvetli ve zayıf taraflarını araştıralım :

1. Muhtelit Rejim:

Filhakika navlun mukavelesinin bir çeşidi olan Time-Charter mukavelesi mucibince donatan bir veya mütaaddit gemilerinin tamamını veya muayyen bir cüzünü malını naklettirmek isteyen kimsenin emrine tahsis ettiğinden burada yeknazarda bir kira akdinin mevcut olduğu zehabı uyanabilir. Ancak burada bir hususiyet meydana çıkıyor, o da geminin bir menkul veya gayrimenkul kiralanmasında olduğu gibi mücerret faydalanmak şeklinde tahsis edilmeyişidir. Filhakika bu mukavele ile yüklenecek malı nakil ile mükellef gemi kaptanı ve diğer gemi adamları da kiracının emri altına giriyor. Şu hale nazaran burada Borçlar Kanununun 313 üncü maddesinde mevzuubahis hizmet akdinin unsurları da inzimam ediyor.

Mevzuumuz olan mukaveleyi, kira-hizmet akitlerinin ihtilâtından doğmuş muhtelit bir akit tipi olarak telâkkiye imkân yoktur. Zira kira akdinin kiralayana yüklediği vecibelerin başında mecurun teslimi yani zilyetliğin devri gelir. Halbuki mevzuumuz olan mukavelede donatan gemisinin zilyedi olmakta devam eder. Kendisine kiralanan yerlerde bulunmağa hakkı olmayan Time-Charterer'e müstecirlik sıfatı nasıl izafe olunabilir.

Bundan başka, Time-Charterer'in yani gemiden muayyen bir zamanla faydalanacak kimsenin, bu geminin üzerine aldığı hizmetlerin ifasını haksız fiili ile inkıtaa uğratan üçüncü bir şahsa da bir zarar ve ziyan talebine hakkı yoktur. Halbuki kira aktinin en mümeyyiz vasıflarından birisi müstecirin intifaı olduğuna göre, onun bu intifaını haksız bir şekilde felce veya inkıtaa uğratanlardan doğrudan doğruya bir tazminat talebine hakkı vardır.

Time-Charter mukavelesini bir kira akdi mahiyetinde gören sistem diğer bakımdan da tenkide maruzdur. Şöyle ki, eğer bunu kira mahiyetinde görecek olursak, geminin kaptan ve diğer gemi adamları Time-Charterer'in bir memuru mahsusu haline gelirler ve böylece o, kendine tâbi olmayan bir kimsenin yaptığı haksız fiillerden veya hukuki muamelelerden mesul olur. .....

En nihayet, bu sistem aşağıda arzedeceğimiz şu mühim nokta dolayısile de kabul edilemez. Zira bu takdirde gemiyi muayyen bir zamanla mu-

kayyet olmak üzere kiralayan kimse (Time-Charterer), gemi kendi fiilî hâkimiyeti altında olmadığı ve mukavelenin bütün devamı müddetince donatanın mümessili olan kaptan vasıtasile yedinde bulundurduğu bir gemide vukua gelen avaryalardan dolayı mesul tutulması icabederki hiç bir adalet ve hakkı nisfet kaidesile kabili telif değildir.

Naçiz kanaatimizce oldukça haklı ve yerinde olan bu tenkidler dolayısile mevzuumuz olan mukaveleyi kira akti ve gemi adamlarının kiracının emri altına girmiş olması hasebile hizmet akdi mahiyetinde izah eden sistem ve rejimler yerlerini daha rasyonel ve hukuki menfaatlere daha uygun sistemlere terketmek mecburiyetinde kalmışlardır. İşte bu zaruret dolayısiledir ki muhtelit sistemden vazgeçilerek, mevzuumuz olan akti tek ve muayyen bir akit tipine irca etmek temayülü doğmuştur.

2. Tek akit rejimi:

a) Vekâlet.

Filhakika Borçlar Kanununun 431 inci maddesine göre nakil mukavelesine ikinci derecede vekâlet kaideleri tatbik edilir. Kanunun bu sarih hükmünde nakil mukavelesini vekâlet aktinin tâli bir tipi olarak tavsif olunduğuna şahit oluyoruz. Profesör Hirsch'in pek haklı ve yerinde olarak dediği gibi «kanun koyucunun vasıflandırma tarzı hukuki münasebetlere tamamen uygun gelmemektedir. Çünkü nakil mukavelesinde borçlanılan edim **bir neticenin istihsalidir**... Halbuki vekâlet akdinde vekil mukavele dairesinde borçlandığı hizmetin ifasını iltizam eyler» (4).

Mevzuumuz olan mukavelelerde esas nokta bir neticenin istihsali yani yükletilen bir malın muayyen bir yerden diğer bir yere salimen nakli olduğuna göre istisna akdi ile izahı bize, bir çok müelliflerle birlikte daha uygun gelmektedir.

b) İstisna akdi.

Yukarıdaki izahatimizden de sarahaten anlaşılacağı veçhile, biz, bir çok müelliflerle birlikte istisna akdi rejimine taraftar bulunuyoruz. Filhakika Borçlar Kanunumuzun 355 inci maddesinde ifadesini bulan istisna akdi mevzuumuz olan mukavelenin hukuki strüktürüne çok uygun düşmektedir. Bu akitte en mühim olan nokta mütaahhidin muayyen bir semen mukabilinde bir şeyi imal etmesi yani muayyen bir eseri ve daha sahih bir ifade ile neticeyi meydana getirmesidir. Şu hale nazaran mevzu-

(4) Prof. Hirsch, Ticaret Hukuku, 1946, b. II, sh. 797, No. 852.

umuz olan nakliye mukavelelerinde de en mühim nokta muayyen bir neticenin meydana getirilmesi yani bir malın bir yerden diğer bir yere salimen nakli iltizam olunduğuna göre, Borçlar Kanununun 431 inci maddesinin sarahatine rağmen istisna akti hükümlerini tatbik etmek iktiza edecektir (5).

Bundan başka Time-Charter mukavelesinin umumî bünyesi nazarı itibara alınacak olursa şu bakımdan da istisna akdi rejimi kabule şayan görünmektedir. Filhakika istisna akdinde yapılması vadolunan eserin yani mevzuumuzda naklin hasar ve rizikoları esas itibarile müteahhidin (conducttor operis) uhdesindedir.

Time-charter bir istisna akdidir dedik. Filhakika bu mukavele time-charterer yani müteahhit, mal sahibinin, donatanın muayyen bir nisbet dahilinde vucuda getirilecek eserin ifasında onun müdahalesini kabul eyler. Fakat bu müdahale mütaahhidin mesuliyetinin azalmasını asla intaç etmez. Vaziyet, hemen hemen bina inşası için müteahhit ile yapılan istisna akdine benzer. Bina sahibi mimarı vasıtasile mütaahhide bir takım direktifler verirse de bu keyfiyet müteahhidin vücuda getirmeği vadettiği eserin kendi kusur ve hatası yüzünden telef ve ziyaa uğramasından doğan mesuliyetini asla bertaraf edemez. Gerçi, time--chaterer de bir gemiyi bir kaç ay müddet için kiralamakla (6), donatanın malzemesi ile nakliyatı bizzat yapmak ve teşkilatlanmamış olduğu ve bu mukaveleden umduğu menfaatlerle nisbetsiz bulunan rizikoları doğurabilecek bir teşebbüse girişmek istememektedir. O sadece donatana vadettirmiş olduğu nakliyatın ifasında muayyen br nazaret hakkını kendisine mahfuz tutmak istemiştir. Buna mukabil donatan yedi tasarrufunda bulunan bir gemi vasıtasile ve yegâne amiri bulunduğu gemi adamları sayesinde bu mukaveleyi ifa etmeğe çalışaktır.

Time-charter mukavelesinin ve onun ikiz kardeşi olan trip-charter'in bir kira akdi olmayıp istisna akdi olduğunu bu şekilde ispata çalıştıktan sonra bunlar arasında mevcut bariz birtakım farklara işaret etmek faydadan hali olmayacaktır.

Gerçi sefer üzerine yapılan Charter (Trip-Charter ), zaman üzerine yapılan Charter mukavelede meşrut nakliyetlerin idaresinde kiracıya bırakılan muayyen bir insiyatif ile birlikte tarafların yüklendikleri rizikoların tevziinde ayrılır. Filhakika birincisinde kiracı muayyen bir bedel mukabilinde insiyatif ve rizikoları donatana ait bulunan bir nakliye akdinin

(5) Prof. Hirsch, Ticaret Hukuku, 1946, b. II, sh. 797, No. 852.

(6) Time-charterer'in lisanımızda tam karşılığını bulamadığımız için bizzarur *kiracı* ve bazan da *müstefit* kelimelerini kullanmaktayız.

ifasını isteyebileceği halde, ikincisinde kiracı yolculukların adedini tâyin etmek ve bunları kendi menfaatine en uygun gelen bir şekil ve zamanda yaptırmak salâhiyetini haizdir. Donatanın mümessili olan kaptan, bu yolculuğun istilzam edeceği rizikoların külfetini üzerine alarak donatanın insiyatif serbestisini bir bedel mukabilinde satın almış olan Time-Charterer'in talimatına uymak mecburiyetindedir. Mamafih beynelmilel Charter-Party'lerin ihtiva ettiği şartlar meyanında, kiracının donatanı kendi emrinde olan kaptanın yapmış olduğu muamelelerin netayicinden haberdar etmekle mükellef tutma esası yer almaktadır.

Bundan başka kiracı geminin ihtiyacı olan mahrukatı ve gemi adamlarının kumanyasını da temin etmekle mükelleftir. Donatan, yolculuk, bir seyrüsefer arızası veya sair herhangi bir hâdise dolayısile yapılmamış olsa dahi gün veya ay üzerinden ödenmesi meşrut olan navluna müstahak olur. Keza kiracı mahrukatın bedelini vermeğe mecburdur.

Bu kısa mukayeseyi yaptıktan sonra mevzuumuz olan mukavelenin muhtelif memleket kanun ve mahkeme içtihatlarındaki durumunu mukayeseli olarak tetkik etmek zamanı gelmiştir.

## B — MUKAYESELİ HUKUK ZAVİYESİNDEN TİME-CHARTER :

Bu kısımda mevzuumuzu bilhassa muhtelif memleket kanun, doktrin ve mahkeme içtihkatlarındaki tecellilerine tahsis edeceğiz. Bu tatkikatımızı mukayeseli hukuk zaviyesinden yapacak ve bilhassa time-charter mukavelelerinin Anglo - Amerikan, Fransız - İtalyan ve en son olarak da Türk Alman hukuk zümrelerinde ne şekilde telâkki olunduğunu inceleyeceğiz.

### 1. Anglo - Amerikan Hukukunda time - charter

Time - charter diyor, SCRUTTON, öyle bir mukaveledir ki bununla donatan kiracıya muayyen bir müddet zarfında bir iş yapmağı iltizam eder. Bu mukavele kiracıya bizatihi gemi üzerinde hiç bir hak bahşetmez. Ve gemi donatanın ifasını vadettiği hizmetlerin ancak bir icra vasıtasıdır(7).

İngiliz Yüksek Adalet Divanında karar altına alınan bir işte yargıç BARGRAVE DEANE mevzuumuz olan mukavele hakkında şu şekilde beyanı fikrediyor: «Bir gemiyi time - charter ile kiralayan kimse onun malikinden gemi hizmetlerini kendi emrine amade tutması **taahhüdünden başka bir şey** istememektedir. Filhakika bu mukavelede müstahdemleri vasıtasile gemisine zilyet olmakta devam eden ve kiracıya ait malların

(7) Scrutton, sözü geçen, sh. 119 ve Federated Coal and Shipping Co. v. The King 1922 2 K. B. 42, Elliott Steam Tug Co. Ltd. v. Ship Controller 1922, I K. B. 127.

nakliyesini rolünü oynayan donatan idare ve sevkte tamamen muhtardır.»

Amerikan doktrininde time - charter bir kira akdi addedilmekte ve bu mukavele mucibince donatan nakliyecilik sıfatını muhafaza etmekte ve binnetice hilâfına bir şart mevcut değilse malın yükletilmesi ve boşaltılması ona terettüp etmektedir (8).

Filhakika hususî bir nakliye akdi olan time - charter karşısında bir kira akdi olan (demise) mukavelesi yer almaktadır. Bu mevzuda SCRUTTON şunları söylüyor (9): «Charter - party bir (demise) veya (lease) yani bizatihi geminin kiralanması şeklinde yapılabilirki buna icabı hale göre kaptan ve gemi adamlarının hizmetleri ilâve olunur veya olunmaz. Böyle bir mukavelede charterer charter - party mukavelesinin devamı müddetince geminin (owner) yani sahibi olur. Kaptan ve gemi adamları, onun gemi üzerinde istimal edeceği zilyetlik hakkının vasıtaları haline gelir» Demise - charter mukavelesinde gemisini kiralayan malik geminin işletilmesinde tamamen yabancı kalır ve bu itibarla da nakliyecilik sıfatına merbut mesuliyetlerden hiç birine maruz kalmaz.

Anglo - Amerikan Hukukunda yapılan bu tefrik kanunda mündemiç değildir. Bu tefrik tatbikatta mükavelelerin inikadı sırasında mevcut ahval ve şeraitten ve tarafların kaptana ifa ettirdikleri rol ile meydana çıkan niyetlerinden istihraç olunmaktadır.

Bu hukuk zümresinde hâkim olan telâkkiyi şu şekilde hülâsa etmek mümkündür: Eğer geminin sevk ve idaresi başka bir tabirle işletilmesi donatanın uhdesinde kalmış ise bir time - charter muvacehesindeyiz, yok eğer bu işletme hakkı, gemiden istifade hakkı ile birlikte kiracıya intikal etmişse bu takdirde bir demise yani âdi bir icar akdi karşısındayız. Hemen ilâve edelimki bu sonuncu şekil halihazırda kaybolmakta ve yerini hakiki mânasında bir istisna akdi olan tim-charter'e bırakmaktadır (10).

2. Fransız - İtalyan Hukukunda Time-Charter :

Time - charter'in hukukî mahiyeti meselesini bu iki memleket için birlikte tetkik etmemiz sebepsiz değildir. Filhakika bu mesele her iki memlekette de ayni hukukî esaslara müsteniden izah ve halledilmektedir. Ancak Fransız Ticaret Kanununun nakliye mukavelesini bir kira akdi mahiyetinde gören ve bu itibarla da mevzuumuz olan mukavele hakkında yanlış bir zehap uyandıran 273 üncü maddesindeki hükmü bir tarafa bırakırlmak iktiza eder. Bu hküümden sarfınazar, İtalyada olduğu gibi Fransada da halli iktiza eden en mühim mesele time - charter'in bir nav-

(8) POOR, op. cit. sh. 7 (Lia Gutman sh. 21 den naklen).

(9) Scrutton, op. cit, sh. 4 - 5.

(10) Demise kelimesi hakikatte intikal ve terketme mânalarını ifade ederse de mevzuumuzda geminin istifadesinin terkedilmesi anlamında kullanıldığı kanaatindeyiz.

lun mukavelesi mi yoksa sair bir mukavele olup olmadığının hallidir. Bu meselenin halli geminin sevk ve idaresinin donatanda mı yoksa gemiyi time - charter mukavelesi ile isticar eden de mi bulunduğunun tesbitine vabestedir. Başka bir ifade ile, kaptan bunlardan hangisinin emri altında ise mesele buna göre bir sureti halle bağlanacaktır. Birinci halde, Fransız müellifleri time - charteri bir navlun mukavelesi ikinci halde ise bir kira akdi addetmektedirler.

Fransız ve İtalyan doktrinindeki ihtilâfları daha yakından kavrayabilmek için Fransız Ticaret Kanununun 216 ve İtalyan Ticaret Kanununun buna mütenazır 491 inci maddesi hükmünü ele almak iktiza eder. Filhakika doktrinin bir kısmı donatanın (exercitor), kaptanın fiillerinden olan mesuliyetini Roma ve Ortaçağ hukukunda mevcut olduğu tarzda ve hatta 1681 Emirnamesinde de muhafaza olunduğu şekilde bu maddelere istinat ettirmektedirler. Onlara göre kaptanın fiillerinden doğan mesuliyeti donatanın sırtına yüklemekle kanun, en sık tesadüf edilen bir hali yani geminin bizzat maliki tarafından işletilmesini bir karine olarak kabul etmiştir. Diğer bir takım müellifler ise: 1681 Emirnamesi bu hususta donatanlık sıfatından neşet etmeyen ve bilâkis geminin maliki olmak sıfatından doğan bir mesuliyet yaratmak suretile eski hukuka nazaran bir yenilik yapmıştır, diyorlar.

Bu iki nazariye de şu neticeye müncer olmaktadır : Birinci nazariye geminin işletilmesinden doğan rizikoları, geminin terki hali müstesna, hudutsuz ve şahsi mesuliyeti olan donatana (malik olsun veya olmasın) yüklemek istemektedir. Halbuki ikinci nazariye bu mesuliyeti malike (donatan olsun veya olmasın) yüklemek ve geminin işletilmesinden doğan bütün fiillerin mesuliyetini, hakiki mesul olan bir şahıs gibi bizatihi gemi üzerine teksif etmek istemektedir. Şu hale nazaran brinci nazariye abandon sisteminin neticesinde mesuliyetin istisnai bir tahdidini ileriye sürdüğü halde ikinci nazariye mesuliyetin tahdidini kaide haline koymaktadır. Aynı mesuliyet telâkkisini Fransız hukuku prensiplerinde bir mesnet bulamayacağından bahisle reddeden üçüncü bir nazariye ise kaptanın fiillerinden dolayı iş sahibinin hudutsuz şahsî bir mesuliyeti olamayacağını ileri sürmektedir. Filhakika bu nazariye taraftarlarına göre bu şekilde bir mesuliyet deniz seyrüsefer hukukunda mündemiç prensiplerle gayri kabili telif olduğu gibi hukukun umumi prensipleri ile de kabili izah değildir. Bu itibarla burada ancak şahsi fakat mahdut bir mesuliyet esası terviç olunabilir. G. Ripert'e göre (11): «Hudutsuz şahsi mesuliyet ancak gemi maliki tarafından işlenmiş bir kusur fikrine istinat ettirildiği takdirde

(11) G. Ripert Droit maritime, No. 841 ve sonrakiler ve 1238 ve sonrakiler.

navlun mukavelesine benzetmek mümkün olmamaktadır. Gerçi 662 ve mütenazırı olan 1203 üncü maddemizin kiracının kiracısına bahşettiği muafiyetin temeli tekrar kiralama (sous-location) akdinin ifası ile vazifelendirilmiş ve donatana mensup bir kaptana emir vermek imkân ve salâhiyetinin bulunmamasına dayanır. Halbuki mevzuumuz olan Time-Charterlerde bu imkânsızlık mevcut değildir. Zira Time-Charterlerde mevcut hususi bazı şartlarla kaptanın Charterer'in emir ve talimatına riayet etmekle mükellef olacağı mezkûrdur. Bundan başka mezkûr madde tekrar kiraya verenin, tekrar kiralama akdinin ifasile mükellef olmadığı esasını vazetmekle yükleyeni mallarına arız olacak avarya ve ziyadan dolayı donatanı takip etmesine imkân vererek himaye eylemekte ve adeta onu dâvasını donatana karşı ikameye mecbur etmektedir. Ancak eğer Time-Charterer yani gemisini mükerrer kiraya veren kimse mezkûr gemiye kendi bayrağını çeker ve kendi antetini taşıyan formüller üzerinde konşimentolar ihraç eder ve böylece üçüncü şahıslarda bir gemi donatanı ile münasebette bulunduklarına dair bir zehap uyandıracak olursa bu takdirde hüsnüniyet sahibi olan bu üçüncü şahısların himayesi iktiza edecektir. Filhakika gerek yolculuğun başlangıcında ve gerekse devamı sırasında birtakım hukuki muamelelere girişen bu üçüncü şahısların, yapmış oldukları muamelelerde âkidi diğerinin hakiki donatan olmadığını anlayınca ve hakiki donatanın ecnebi memlekette mukim olduğunu öğrenince gayet üzüntülü bir takım durumlarla karşılaşmaları tabiidir. İşte bu gibi vaziyetlerin meydana çıkmasına mâni olmak için Alman müellifleri yegâne çareyi Time-Charter mukavelesinin bir navlun mukavelesi olmadığını ileri sürmekte görmüşlerdir. Mamafih hemen ilâve edelim ki navlun mukavelesi sahasından bertaraf edilen mukavele, mevzuumuz olan Time-Charter olmayıp bilâkis geminin çıplak olarak kiraya verilmesi mukavelesidir. Bu mukavele mucibince gemi kiracıya çıplak olarak verilmekte ve donatanın mümessil ve müstahdemi olan kaptan muvakkaten kiracının müstahdemi haline gelmekte ve hakiki donatan geminin işletilmesine tamamen yabancı kalmaktadır. İşte Alman müellifleri hakiki mânasında Time-Charter tâbirini bu mukavelelerin isimlendirilmesinde kullanmamakta ve geminin muayyen bir zaman için kiralanması için yapılan mutad mukaveleyi alelâde bir navlun mukavelesi addetmektedirler. Şu hale nazaran Alman ve Türk hukuku zümresinde bir taraftan nakliye mukavelesi addolunan bir navlun mukavelesi ve diğer taraftan da (ausrüstung) tesmiye olunan geminin çıplak olarak kiralanması birbirinden tefrik olunmaktadır. Filhakika ausrüstung mukavelesinin mümeyyiz vasfı kaptanın donatana karşı müstakil oluşunda ve kendisini kiarcıya rapteden bir hizmet aktinde tecelli eder. Halbuki Time-Charter mukavelesinin mümeyyiz vasfı kaptanı kiracıya

değil donatana bağlamasında tecelli eder. Onlara göre Time-Charter ne bir nakliye mukavelesidir, ne de geminin çıplak kiralanmasından ibaret olan bir kira aktidir; bu mukavele geminin kiralanması ile birlikte hizmet aktinin mezc edilmesinden doğmuş muhtelit bir mukavele tipidir.

Kanaatimizce Alman doktrininde varılan bu neticenin Türk hukukunda kabul ve tecvizine imkân yoktur. Yukardaki izahatımızdan da anlaşılacağı veçhile Türk hukukunda Time-Charter mukavelesinin bir nakliye mukavelesi ve bu itibarla da bir istisna akti olduğunda ittifak edilmiş bulunmaktadır.

Mevzuumuz olan Time-Charter mukavelelerinin muhtelif hukuk zümrelerindeki tecelliyatını bu şekilde inceledikten sonra bu mukavelenin donatana ve müstefide yüklemiş olduğu edimlerin tahliline girişebiliriz.

İkinci Kısım :

Tarafların hak ve borçları ve yüklendikleri muhtelif edimler :

A — Donatanın ifa ile mükellef olduğu edimler,

a) Lâyıkı veçhile donanmış ve teçhiz edilmiş yani her bakımdan yolculuğa elverişli bir gemi teslim etmek,

b) Time-Charter mukavelesinde geminin,

1 — Tonajı

2 — Halihazırda bulunduğu mevki

3 — Sınıfı (cotası)

4 — Sür'ati

5 — Milliyeti bakımlarından mevzu hükümleri yerine getirmek.

c) Mukavelenin bütün devamı müddetince gemisini iyi bir halde bulundurmak.

Şimdi bu edimleri tetkik edelim :

a) Gemiyi yolculuğa elverişli bir hale koyma borcu, Alman ve Skandinav kanunlarında donatana terettüp eden mâkul bir ihtimam, Fransız, İngiliz ve Amerikan kanunlarında ise donatanın ihmal ve kusuru bulunmasa dahi mesuliyetini müstelzim bir teminat aranmaktadır. Filhakika bu mefhum gün geçtikçe genişletilmiş ve bir zarar vesilesi olmağa elverişli bütün unsurları içine almıştır. Bu mefhum geminin seyahat edeceği sulara mukavemet etmesi, kendisine teslim edilecek malı alması, bütün alât ve teçhizat ve donanmasının, gemi adamları kumanyasının kâfi ve elverişli ve hattâ gemi adamlarının mesleki ehliyetleri gibi hususatın da levhine çıkarılarak donatanın gemi adamlarının şahsi değer ve kıymetlerini tekef-

füle kadar genişletilmiştir. Nakliye mukavelesi ile donatana tahmil olunan bu mukaveleyi borç ve teminatın bütün şümul ve muhtevasını burada tetkike imkân yoktur. Burada ancak bu borcun etüd mevzuumuz olan mukavelenin hangi anında ve ne müddet için mevcut olması lâzım geldiğini inceleyelim : Acaba gemi, mukavelenin inikadı anında mı yoksa geminin müstefidin emrine amade bulunduğu bildirildiği anda mı yolculuğa elverişli olması gerekir? Bundan başka geminin yolculuğa elverişli olup olmadığını tâyin ederken taşınacak malı teslim alma kabiliyeti ile girişeceği yolculukta denize mukavemet etme kabiliyeti arasında bir fark gözetmek lâzım mı? Anglo-Sakson memleketlerinde geminin yolculuğa elverişli olması teminatı kanun veya ekseriyetle mukavele ile tanzim edildiğine göre, geminin ya mukavelenin inikadı sırasında veyahut kiracının emrine âmade bulundurulduğu bildirildiği anda yolculuğa elverişli olması aranıyor.

Hemen hemen her memlekette geminin yolculuğa elverişli olması anı, nakledeceği malı teslim alma kabiliyeti ile denize mukavemet etme kabiliyeti arasında bir fark gözeterek takdir olunmaktadır. Filhakika geminin denize mukavim olup olmadığının takdirinde bir çok memleket mahkemeleri gayet geniş davranmış ve geminin yolculuğa elverişliliğinin ancak yola çıkacağı anda mevcut olmasını aramışlardır (14).

Geminin malı teslim alma kabiliyetine gelince, bunun kaptanın hazır olduğunu bildirdiği anda mevcut olması iktiza eder (15).

Acaba geminin yolculuğa elverişli olması hususunda donatana terettüp eden mukaveleyi borç, müstefide (Time-Charterer'e) yolculuğa elverişli bir geminin teslimi ile nihayet bulur mu, yoksa aralarındaki mukavelenin devamı müddetince mevcut olması mı iktiza eder? SCRUTTON'a göre Time Charter de geminin yolculuğunun her safhasında yolculuğa elverişli olduğu hususunda daimi bir tekeffül mevcuttur (16). Anglo-Amerikan hukukçuları bu nazariyeye (muhtelif safhalar teorisi — theory of stages) diyorlar. Buna göre gemi yapmış olduğu yolculuğun her safhasının sonunda diğer safha için gerekli elverişlilik derecesini iktisap etmiş bulunmalıdır. Bu nazariye bilhassa gemide yolculuğun muayyen bir safhasında kâfi derecede kömür bulunmamasından doğan elverişsizliği bir müeyyideye bağlamakta mühim bir rol oynar. Filhakika ekseriyetle Time-Charter'ler

(14) Müstefit geminin yolculuğa elverişli olmadığını yolculuğa başlamadan önce anlar ve onun makul olan bir müddet zarfında tamiri mümkün olmazsa ancak bu takdirde mukaveleyi bozabilir. Scrutton op. cit. sh. 101. İngiliz mahkeme içtihatları da bu merkezdedir. Stanton v. Richardson (1875) L. R. 9 C. P. 390.

(15) Mc. Fadden v. blue Star Line (1905) I. K. B. 697.

(16) Scrutton, op. cit. sh. 99.

donatana mukavelenin bütün devamı müddetince gemisini yolculuğa elverişli bir durumda tutmak vecibesini tahmil ederler. Ancak donatana tahmil olunan bu vecibe ona asla gemisini inkitasız bir şekilde yolculuğa elverişli bir durumda tutmak vecibesini tahmil etmez. Şayet herhangi bir hâdise dolayısile gemi yolculuğa elverişsiz bir hale düşerse onun yeniden elverişli bir hale gelmesi için zaruri bilcümle tamirat masraflarının kendisine ait olduğunu gösterir (17).

Görülüyorki Time-Charter mukavelesinin devamı sırasında hâdis olan elverişsizlik nadiren mukavelenin feshini mucip olmaktadır. Bu vaziyet sadece müstefidin donatana karşı bir zarar ziyan talep etmek hakkını doğurur. Gerçi bu vardığımız netice bir çok ahvalde nazari olmaktan kurtulamayacaktır. Zira böyle bir zarar ziyan dâvasında gemide yapılması gerekli tadilâtın kaptanın ihmali yüzünden ileri geldiği ispat olunsa bile donatan mukaveleye dercettirebileceği bir ademi mesuliyet kaydile kendisini mesuliyetten kurtarmak imkânını bulabilecektir.

b) Time-Charter mukavelesinde geminin tonajı, mevkii, sınıfı sürati, milliyeti bakımlarından konulmuş olan hükümleri yerine getirmek :

1 — Geminin tonajı : Time-Charter mukavelesinde geminin hacmi istiabisi yani safi tonajı mukavelenin en esaslı unsurlarından birini teşkil eder. Binaenaleyh bu hususta donatan tarafından verilen yanlış veya hatalı işarlar zarar ziyana mahal verebilir. Ve hattâ bu yüzden mukavelenin feshi dahi talep olunabilir.

2 — Geminin mevkii : Onun Charter-Party mukavelesinin inikadı sırasında nerede bulunduğunu veya müstefidin emrine amade bir vaziyette mutabık kalınan limanda ne zaman bulundurulablieceğini gösterir. Bu hususta da yanlış verilen işarlar mukavelenin feshini mucip olabilir. Mamafih mukavelede sarahaten ve katiyetle geminin hangi gün müstefidin emrine tahsis olunacağı gösterilmemişse bu gibi ahvalde donatan muayyen bir dereceye kadar bir serbestiden müstefid olur.

3 — Geminin sınıfı : SCRUTTON ve POOR (18) gibi bazı Anglo-Sakson müellifleri tarafından geminin sınıfı vecibesi de esaslı bir unsur addolunmaktadır. Umumiyetle geminin mukavelenin inikadı anında Charter-Party'lerde gösterilen sınıfa mensup olmasının kâfi geleceği hususunda İngiliz mahkeme içtihatları ittifak ediyorlar (19). Mamafih donatan gemisini mukavelenin bütün devamı müddetince garanti ettiği sınıfta muhafaza etmekle mükellef değildir. Vardığımız bu son netice Time-Charter'ler

(17) Schaps (Georges) C. II. Parag. 559, sh. 116, not. 2.
(18) Scrutton, op. cit. sh. 69, md. 24. POOR, parag. 1.
(19) Pouth v. Mac Millan 1863, 2 - 8, C. 750.

hakkında kabili tatbik olamaz. Zira Time-Charter mukavelesile müstefidin emrine tahsis olunan gemi, mukavelenin inikadı sırasında mensup olduğu sınıfı herhangi bir deniz kazası neticesinde zayi edecek olursa, bu takdirde donatanın onun eskiden mensup olduğu sınıfı tekrar iktisap edebilmesi için elinden gelen özeni göstermesi iktiza eder.

Bundan başka donatana ait geminin bilfiil o sınıfa mensup olmasına hacet yoktur. Charter-Party'de yani mukavelede müstefidin emrine tahsis olunması vadolunan geminin cota müesseseleri tarafından tutulan sicilde o sınıfa mensup olarak görünmesi kâfidir (20).

4 — Geminin milliyeti : Bu unsurun harp zamanındaki önemi izahtan varestedir. Bu unsur sulh zamanında bile en esaslı unsurlardan addolunur. Bir geminin Time-Charter mukavelesinin meri olduğu bir sırada bir satış akdi dolayısile bayrağını değiştirmesi İngiliz mahkeme içtihatları tarafından zarar ziyan talebine yol açan zımni bir tekeffülün ihlâli mahiyetinde addolunmuştur (21).

c) Donatanın, gemisini mukavelenin devamı müddetince iyi bir halde muhafaza etme borcu :

Bütün Time-Charter mukaveleleri donatana gemisini iyi bir halde muhafaza etme borcunu tahmil etmekte ve onun muayyen zamanlarda kalafat edilmesi, tekne ve makinelerin mükemmel bir vaziyette ve istimale salih bir durumda bulundurulması hususunda bir borç yüklemektedirler. Filhakika18/4/1913 tarihli bir kararile Marsilya Ticaret Mahkemesi kendisine terettüp eden tamiratı uzun bir müddet sürüncemede bırakmış olan donatanı zarar ziyana mahkûm etmiş ve onun tamirat halinde sadece navlunun durmasını ve işlememesini derpiş eden mukavele hükmünden istifade etmesine imkân vermemiştir. Filhakika böyle bir şart diyor, mahkeme, deniz kazalarının gerektirdiği tamiratı istihdaf etmediğinden gerekli sürat ve itina ile intaç olunmalıdır.

Hiç şüphesizki Time-Charter mukavelesinde gemiyi iyi bir halde bulundurma borcu yolculuğa elverişlilik borcunun temadisinden başka bir şey değildir. Bu borç başlangıçta ve mukavelenin inikadı sırasında, mukavelenin cereyanı esnasında olduğundan daha şiddetli takdir olunmalıdır. Zira donatan birinci halde geminin üzerinde tam ve mutlak ve vasıtasız bir nezaret ve murakabe hakkına malik olduğu halde ikinci halde bu murakabe nisbeten kendisinden çıkmış bulunmaktadır. Hülâsa o, bu borcunu ifa etmezse müstefit, ifa edilmeyen her borçta olduğu gibi bu yüzden mukavelenin feshini talep edebilir.

(20) Scrutton, Md. 24.

(21) İsaacs v. Mac Allurn (1921) 3 K. B. 377.

B — Müstefidin (Time-Charterer) ifa ile mükellef olduğu borçlar :

a) Gemiye tehlikeli olmayan ve hukukan meşru bir mal yüklemek

b) Gemiyi gerek yapılış ve gerekse siyasî bakımlardan emin limanlara sevkettirmek.

c) Mukavelenin nihayetinde gemiyi mutabık kalınan limanda, geminin gerek normal ve gerekse umulmadık haller ve mücbir sebep dolayısile yıpranması müstesna, iyi bir durumda iade etmek.

d) Navlunu mutabık kalınan devrelerde ve şartlar dairesinde ödemek.

e) Charter hükümleri mucibince kendisine terettüp eden masrafları ödemek.

Bu borçları ayrı ayrı izah etmeği zait bulduğumuzdan yalnız (d) harfi altında mevzuubahs ettiğimiz navlun borcunu ele alacağız :

**Navlun Borcu** : Navlunun hukuki mahiyeti tatbik olunduğu mukavelenin hukuki mahiyetine bağlıdır. Filhakika nakliye akdini bir istisna akdi addetmiş olduğumuzdan navlunu mütaahhidin imalini vadettiği bir eserin semeni telâkki edeceğiz. Bu itibarla donatan ancak vadetmiş olduğu eseri yani nakliyeyi salimen intaç ettiği anda navluna müstahak olur. Mamafih etüd mevzuu yaptığımız mukavelenin hususi ve orijinal mahiyetini gözönünde tutarak kanun veya mukavelede bu prensibe vaz olunan muhalif hükümleri incelemek iktiza eder. Filhakika geminin faaliyeti devletin ittihaz ettiği her hangi br karar yüzünden akamete uğrayacak olursa donatan navluna müstahak olamaz. Bundan başka geminin harp sırasında hükümet tarafından tekâlif harbiyeye tâbi tutulması halinde de mücbir bir sebep dolayısile navlun işlemez. Mamafih bu mesele oldukça ihtilâflıdır. Bu durumda İngiliz mahkeme kararları tekâlifi harbiye tazminatının müstefide verilmesi veya alâkadarlar arasında münasefeten taksimi esasını kabul etmişlerdir (22).

Navlunu ödeme borcundan mukavele ile kurtulma haline gelince bu hususta sarih bir şartın derpiş edilmesi iktiza eder. Yoksa mukavelede mevcut umumi ibra şartları navlunun işlemesini durduramazlar. Umumiyetle çarterlerde navlunun durması «breakdown and cesser of hire clause» denilen bir şartla derpiş edilir. Bu şart, geminin makinelerinin durması veya gemi adamlarının noksanlığı veya kumanyasının fıkdanı yüzünden faaliyette bulunamadığı ahvalde tesirini icra eder.

(22) Chinese engineering Co. v. Sale 1917 2 K. B. 599 ve Scrutton op. cit. md. 30 sh. 110.

Navlunun hesabı ve işlemeğe başlaması hususunda mukavelelerde umumiyelte sarahat mevcuttur. Bu mevzuda ayrı bir hususiyet yoktur.

Avans olarak verilen navluna gelince, bu navlun mukavelede hilâfına sarih bir şart mevcut değilse İngiltere'de kat'i bir tediye, Fransa'da ise muvakkat bir ödeme addedilmektedir.

NETİCE :

Time-Charter mukavelesinin hukuki mahiyetini muhtelif memleket kanun ve içtihatlarındaki tecelliyatına göre arzetmiş ve bilhassa kendi mevzuatımız bakımından oldukça geniş bir tahlile girişmiş bulunuyoruz. Gerek mehaz kanunun ve gerekse buna tab'an kanunumuzun bu mevzuda bir çok boşlukları ihtiva ettiğini gözden kaçırmayarak bunları diğer memleket kanun ve mahkeme içtihatlarında varılan neticelerle doldurmağa gayret ettik. Mevzuun memleketimiz hukuku için oldukça yeni ve işlenmemiş bir mevzu olması itibarile takip ettiğimiz inceleme metodunda ve muhtevasındaki noksanların mazur görüleceğini ummaktayız.

# DÂVA AÇILDIKTAN SONRA VE BOŞANMA HÜKMÜNÜN KAT'İLEŞMESİNDEN EVVEL TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ NE GİBİ NETİCELER DOĞURUR?...

Yazan : İsmail DOĞANAY
Kemah Yargıcı

I — Giriş ve meselenin vaz'ı

II — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin hangi nevi dâvalarda kabili tatbik olduğu

III — H. U. M. Kanununun 41 inci maddesinin aslı olan Nöşatel Kanunu ve Medenî Hukuk hükümleri bakımından tetkiki

1 — Usulün 41 inci maddesinin aslı olan Nöşatel Kanunu ile mukayesesi

2 — H. U. M. Kanununun 41 inci maddesinin Medenî Kanun hükümlerine uygun olup olmadığının tetkiki

IV — Müdahili bulunan dâvalarda taraflardan birinin ölümü

V — H. U. M. Kanununun 41 inci maddesinin tatbik şekli hakkında Yüksek Yargıtay'ın içtihadı nedir?...

VI — Boşanma dâvası hükmünün kat'ileşmesinden evvel taraflardan birinin ölümü ne gibi neticeler doğurur?...

## — I —

### Giriş ve meselenin vaz'ı

Memleketimizde, Medenî Kanunun kabulü neticesi olarak hukuk sahasında ve Türk içtimaî bünyesinde husule gelen mühim değişikliklerin tam mânasiyle tahakkuk edebilmesi için; usulî hükümlerle, esas hükümlerin yekdiğerine uygun bulunması lâzımdır. Bahusus ki, medenî hukuk sahasındaki ihtilâf ve nizaların en doğru bir şekilde halledilebilmesi için icabeden usul ve kaideleri tanzim eden «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» hükümleri aynı zamanda, medenî hukuk hükümlerinin inkişaf ve izharı ile de vazifedar olduğundan yekdiğerine daima mü-

tenazır bulunmaları mecburidir. Her iki kanun hükümleri birbirine uygun ve mütenazır bulunmadıkça, hak ve adaletin iyi bir şekilde tecellisine hemen hemen imkân yoktur.

Medenî Kanunumuza göre, bir kimsenin şahsiyeti doğumla başlayıp ölümle nihayet bulacağı için, ölmüş olan her hangi bir kimsenin hak iktisap ve iltizamına ehliyeti yoktur. Ona karşı ne ceza ve ne de hukuk dâvası ikame etmek imkânı mevcut değildir. Müteveffanın bütün hak ve borçları vârislerine intikal ettiği için, dâva ve müdafaa hakkı da vârislerine intikal eder.

Rüyet edilmekte olan bir dâvanın müddei veya müddeaaleyhlerinden birinin ölmesi daima mümkündür. Böyle bir fizyolojik vâkıa neticesi olarak; birisi medenî hukuk bakımından, diğeri de usul hukuku bakımından olmak üzere ortaya iki mühim mesele çıkmaktadır.

Biz bu yazımızda, derdesti rüyet olan bir dâvada taraflardan birinin ölümü halinde ortaya çıkacak olan yeni medenî hukuk vaziyeti ile, böyle bir halde tatbik edilmesi icabeden usulî hüküm arasındaki tedvin farkını tebarüz ettirdikten sonra Yüksek Temyiz Mahkemesinin bu hususdaki içtihadını arzetmeğe çalışacağız. Ayrıca, boşanma hükmü kesbikatiyet etmeden evvel ölen eşlerden birinin miras hukuku bakımından vaziyetini de tetkik edeceğiz.

— II —

## Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin hangi nevi dâvalarda kabili tatbik olduğu

Kaide olarak, bir kimsenin şahsiyeti ölümle nihayet bulmasına rağmen vâzıı kanun görülen lüzum ve zaruret icabı olarak bazı hallerde müteveffanın şahsiyetini devam ettirerek terekesi aleyhine takibat icrasını caiz addetmiştir. Bu gibi hallerde, müteveffanın hakiki şahsiyeti devam edemezse de, onun ölümüyle vârislerine intikal eden mallar üzerindeki mânevî şahsiyeti devam etmektedir. Bu itibarla, müteveffadan irsen intikal eden mallar vârislerin heyeti umumiyesi ile temsil edilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesine göre duruşma safhasında, «iki taraftan birinin vefatı halinde diğer tarafın talebiyle hâkim dâvanın takibi için bir kayyım tâyin edebilir.»

Usulün bu maddesinde iki nokta nazarı dikkati çekmektedir. Birincisi, taraflarından birisi ölen «dâva» nev'inde hiç bir istisna yapılmadan mutlak olarak vazedilmiş bulunması, diğeri de, ancak sağ kalan tarafın

81

talebi üzerine hâkimin kayyım tâyin edebileceği ve bu zamana kadar da hâkimlikçe bir muamele yapılmasına imkân olmadığı hususudur.

Hukukî bir mefhum itibariyle bu maddedeki «dâva» dan maksat, hak ve vecibeleri vârislere intikal eden mevzular hakkındaki dâvalardır.

Murisin vefatiyle vârislerine intikal eden mamelekî haklar üzerinde müteveffanın şahsiyeti devam ettiğinden, (M. K. m. 539) müteveffaya ait ve hâlen derdesti rüyet olan dâvalarda mirasçılar kendiliklerinden taraf oldukları halde, vârislere intikal etmesine imkân olmıyan haklara ait dâvalarda mirasçıların taraflığı mevzuubahis olamaz. Bu nevi dâvaların düşmesi için taraflardan birinin ölmesi kâfidir.

Malûm olduğu üzere mamelekî hakları «bir maksada tahsis edilmiş ve para ile takdiri kabil olan, yani iktisadî bir kıymeti haiz olan hakların ve borçların heyeti mecmuası» diye (1) tarif edecek olursak bu tarifin haricinde kalanları da şahsa bağlı haklardan addetmek mecburiyetinde kalacağız.

Medenî Kanunumuz şahsa merbut hakların nelerden ibaret olduğunu tâdattan imtina etmiştir. Çünkü; içtimaî hayatın tekâmül ve inkişafiyle birlikte, şahsa ve şahsiyete merbut olan hakların çoğalması daima mümkündür. Bu nevi gayri maddî hakların ihlâlleri halinde, hakkı ihlâl edilenlerin dâva ikamesiyle mânevî mameleklerinde husule gelen bu eksikliği telâfi etmeleri daima mümkündür. Bugünkü telâkkilerimize göre «namus, şeref, haysiyet, hayat, sıhhat, şefkat, hürriyet, ticarî kredi, evlilik münasebeti, meslek sırrı, isim, nişan bozmadan mütevellit tazminat dâvalarında olduğu gibi aşk...» tan doğan dâvalar şahsa merbut haklara istinat etmeleri itibariyle, taraflardan birinin ölümüyle vârislere intikal edemiyeceği için dâvanın düşmesine karar vermek iktiza eder.

Murisin, esas itibariyle bütün hakları mirasçılara intikal etmekle beraber, M. Kanunun 539 uncu maddesinde musarrah bulunduğu veçhile, mirasçılara intikal etmediği «kanunda açıkça yazılı» haklar, meselâ alacaklının hayatta kalmasiyle mukayyet olarak tesis edilmiş olan irat hakkı (B. K. 507) intifa hakkı (M. K. m. 721) sükna hakkı (M. K. m. 748) nafaka hakkı, (2) ... mirasçılara intikal etmediği gibi, murisin mamelekine ithal edilmesine imkân olmıyan yani para ile takdir edilemiyen haklar, ezcümle aile hukukundan, evlenmeden —boşanma—, velâyet ve ve-

(1) Ord. Prof. Samim Gönensay, Medenî Hukuk, cilt I, İstanbul 1936, sah. 28 - 29.

(2) İsmail Doğanay, Muhtelif nafaka dâvaları, Adalet Dergisi, sene 1948, sayı 3, S. 282 - 283.

sayetten mütevellit haklar da mirasçılara intikal edemezler. Aynı zamanda, mahiyetleri itibariyle tamamen şahsa merbut olan borçlar da müteveffanın vefatiyle nihayete ereceklerinden mirasçılara intikal etmelerine imkân yoktur.

Murisin vefatiyle mirasçılara intikali mümkün olmıyan haklara ait dâva nevilerinden, mânevî tazminat dâvaları iki mühim istisnanın mevcudiyeti halinde tevarüsle mirasçılara intikal eder. M. Kanunumuz 85 inci maddesinde, nişan bozmadan mütevellit mânevî tazminat dâvasını tesbit ederken «... şu kadar ki miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dâva ikame olunmuş ise, bu hak mirasçılara intikal eder» denilmektedir. Binaenaleyh, miras açıldığı zaman (M. K. m. 517) mânevî tazminat talebi haksız fiil failî tarafından tahriren veya şifahen kabul veya ikrar edilmiş veyahut ta ikame olunmuş olan dâva hükme bağlanmış olursa, dâvadan husule gelen bu hak tevarüsle mirasçıya intikal eder. M. K. nun 85 inci maddesinin kabul ettiği diğer ikinci sebep te, alacaklının haksız fiil faili aleyhine «dâva ikame» etmesiyle mutazarrır olan müteveffanın mânevi tazminat talep etmek arzusunu sarahaten izhar etmiş olduğunu kabul etmesi halidir.

Şahsa merbut hakların ihlâllerinden mütevellit açılan dâvalarda, taraflardan birinin ölümüyle dâvanın vârislere intikal edememesinden maksat, böyle bir dâvanın ikamesinin icabedip etmediğinin takdirinin, esas itibariyle, münhasıran mağdura ait bir keyfiyet olmasındadır. Şahsiyetine bir zarar ikame edilen kimse dilerse dâva ikame eder, dilerse etmez; onun yerine başka bir kimse böyle bir dâvayı ikameye salâhiyettar değildir.

Tevarüsle mirasçılara intikaline imkân bulunmayan şahsa merbut hakların, temliki de kabil değildir. Filhakika, vâzıı kanun bu hali sadece, nişanın bozulmasından mütevellit mânevî tazminat dâvalarında tasrih edip diğer nevi şahsa merbut dâva nevilerinde tasrih etmemişse de, bu prensibi sadece nişanlanmadan mütevellit mânevî tazminat dâvasına hasrederek diğer nevi şahsa merbut dâvaları bu prensipten istisna etmek, kanun vâzıının gayesine uygun değildir. Bahusus ki, Borçlar Kanununun 162 nci maddesindeki «mahiyeti icabı olarak üçüncü bir şahsa temlik edilemiyeceği» umumî tabirinden şahsa merbut hakların heyeti umumiyesinin bu prensibe dahil olduğunu istihraç edebiliriz.

## — III —

## Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin aslî olan Nöşatel Kanunu ve Medenî Hukuk hükümleri bakımından tetkiki

### — 1 —

### Usulün 41 inci maddesinin aslı olan Nöşatel Kanunu ile mukayesesi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 41 inci maddesi mehazı olan Nöşatel Kanunundan alınırken aynen iktibas edilmemiştir.

Nöşatel Kanununda bu maddenin karşılığı olan 35 inci maddesi şöyledir :

Taraflardan birinin ölümü halinde dâva, terekenin kat'î surette intikaline kadar tâlik olunur. Yalnız tehirinde mazarrat bulunan hallerde hâkim bir tarafın talebi üzerine dâvanın takibi için bir kayyım tâyinine karar vererek dâvaya devam edebilir (3).

Nöşatel Kanununun bu maddesi aynen iktibas edilmediği içindir ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 41 inci maddesi medenî hukuk hükümlerine aykırı olduğu gibi dâva ve müdafaanın en esaslı noktası olan kısımlara da aykırıdır. Çünkü, dâva ikame ve müdafaası hakkı tamamen hak sahibinin serbestçe takdir ve takip edebileceği bir husus olmasına ve aynı zamanda icap ve zorlayıcı bir sebep de bulunmadıkça âmme müessesesinin fertlerin hak ve salâhiyetlerine müdahale edememeleri iktiza etmesine rağmen, dâvanın takibi için kayyım tâyin etmek âmme velâyetinin ferdî hak ve salâhiyete bir müdahalesi demektir.

Nöşatel Hukuk Usulü Muuhakemeleri Kanunu taraflardan birinin ölümü halinde bir dâvanın muhtemel âkibeti hakkındaki bütün ihtimalleri gözönünde tutmak suretiyle tanzim edilmiş olduğu halde, bizim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz, mirasın açılmasiyle beraber müteveffanın tevarüs yoluyla mirasçılarına kabili intikal olan bilcümle hakları ve borçlarını kabul etmek veya mirası reddetmek için beyanı iktiza eden müddet içerisinde bu hakkın istima edilmemesi suretiyle terekenin vârislere intikalini veya defter tutma veyahut terekenin tasfiyesi istenip bu muamelelerin sona erip ermemiş olmaları ihtimalleri gözden uzak tutulmuştur.

---

(3) Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şerhi, m. 41.

Her ne kadar, taraflardan birinin ölümü halinde rüyet hâkimi tarafından dâvanın takibi için bir kayyım tâyini mevcut ihtilâfın bir an evvel intacını temin bakımından daha kolay ve pratik bir hal tarzı gibi gözükmekte ise de, usulî kaide ve prensiplere aykırı olan bir kolaylığın tervici doğru olamıyacağı gibi, memleketin her yerinde dâva ve müdafaaya muktedir ve kendisine itimat edilir kayyım bulmak ve bulduktan sonra da bu kayyım vasıtasiyle takip edilmek suretiyle verilecek olan hükmün vârisleri ilzam edip etmiyeceği hususunda meydana gelecek ihtilâfların halli de kolay değildir.

— 2 —

**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin Medenî Kanun hükümlerine uygun olup olmadığının tetkiki**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 41 inci maddesi mehazı olan Nöşatel Kanunundan aynen iktibas edilmediği için Medenî Kanun hükümlerine mütenazır değildir.

Usulün 41 inci maddesi ibare itibariyle «... bir kayyım tâyin edebilir» şeklinde iktidarî bir tarzda vazedilmiş olmasına rağmen hâkimin başka ne gibi bir muamele yapabileceği tasrih edilmemiştir.

Bu madde hükmüne göre, rüyet hâkimi tarafından dâvanın takibi için bir kayyım tâyin edilirse, dâvaya devam edebilmek maksadiyle vârislerin ismen tesbiti iktiza etmediği gibi, kendilerine ayrıca tebligat ifasına da lüzum yoktur. Çünkü, medenî hukuk hükümlerinde, kayyıma karşı takibat icra edilen hallerde vârislerin kimler olduğu bilinse dahi, vârislere de şahsan tebligat yapılması iktiza ettiğine dair bir hüküm mevcut değildir. Binaenaleyh, onlara tebligat yapılmasına lüzum olmadan mahkemeye kaldığı noktadan devam edilebilinir.

Hâkim tarafından tâyin olunan kayyım vasıtasiyle muris aleyhine dâvaya devam edilerek verilecek olan hüküm vârislerin şahsına karşı müessir olamaması iktiza ettiğinden, vârisler müteveffadan kendilerine intikal eden mameleki aralarında taksim etmiş bulunurlar veyahut ta vâris bir kişi olursa, mahkemeden istihsal edilmiş olan bu ilâmın icrası kabil olmaz, müddei vârislerin şahıslarına yeniden hüküm almak mecburiyetindedir. Fakat kayyıma karşı alınmış olan bu hüküm, vârislere karşı açılacak olan yeni dâvada alacağın haddi zâtında mevcut olduğunu ispata kâfi bir kaziyei muhkeme teşkil eder. Fakat vâris, şahsan kendi aleyhine

ikame olunacak bu dâvada, meselâ, mirası defter mucibince kabul veya reddedebileceği, müddeiden alacaklı olup bu alacağı mahkûmünbih borçla takas edebileceği gibi borçtan mesuliyetini kaldıran bütün müdafaa usullerine müracaat edebilir. Hattâ, evvelce mahkeme sırasında istinat olunmamış ve fakat muris tarafından dermeyanı mümkün olan diğer müdafaa sebeplerini de dermeyan edebilir (4).

Usulün 41 inci maddesinin Nöşatel Kanunundan aynen iktibas edilmemesi neticesi olarak Medenî Kanun hükümleriyle usul hükümleri arasında bir âhenksizlik mevcuttur. Çünkü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesi iktibas edilirken, murisin vefatı üzerine mirasçıların mirası kabul ederek veya red müddetini geçirerek terekenin vârislere intikal etmiş olması veya defter tutma veyahut ta terekenin tasfiyesi istenip bu muamelenin sona ermemiş bulunması ihtimalleri nazarı itibare alınmamıştır.

Halbuki M. K. nun 539 uncu maddesi mucibince, gerek kanunî ve gerek mensup mirasçılar mirasın açıldığı andan itibaren mirasın zilyedi ve sahibi addolunduklarından terekenin borçlarından da mesuldürler. Fakat bununla beraber, bu iktisap kat'î bir mahiyeti haiz değildir. Çünkü vâzıı kanun, mirasçılara üç ay içinde (M. K. 546) mirası reddetmek ve binnetice kanunun vukubulan iktisabı hükümsüz bırakabilmek salâhiyetini vermiştir.

Mirasın reddi, bir mirasçının murisin ölümüyle kendiliğinden iktisap ettiği ve kanunen zilyedi farz olunduğu bir mirası kabul etmemek hususundaki arzu ve iradesinin beyanından ibaret tek taraflı hukukî bir muameledir. Binaenaleyh, murisin vefatı tarihinden itibaren geçecek olan üç aylık müddet içerisinde mirasın vârislere intikali kat'î değildir, vârislerin mirası reddetmek şartına bağlıdır.

Vâzıı kanun tereke borçlarından vârislerin şahsan mesuliyetleri esasını kabul etmiş olduğundan, mirasçıları bu ağır mesuliyetten korumak için, üç aylık bir müddet içerisinde mirası red, terekenin mevcudunu ve borçlarını anlıyarak ona göre bir karar vermeyi hedef tutan defter tutma, resmî tasfiye gibi muamelelere zarurî olarak yer vermiştir.

Bundan başka ayrıca, «Müteveffanın vefatı ânında terekenin borca müstağrak olduğu şâyi veya sabit olursa miras reddedilmiş olur» (M. K. 545).

Medenî Kanunun 564 üncü maddesi defter tutma muamelesini sek-

(4) Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, Dâva Teorisi, sene 1943, s. 81.

Fer'î müdahalede üçüncü şahıs, müdahale ettiği dâvanın taraflarından birinin menfaatlerini korumak gayesiyle onunla birleşmek, onun lehine bir hüküm sâdır olmasını temin etmek için dâvaya müdahale eder. Bu itibarla fer'î müdahalede üçüncü şahıs, doğrudan doğruya kendi lehine bir hüküm istemediği için o, birleştiği tarafın lehine verilecek hükümden dolayısiyle istifade edecektir.

Fer'î müdahale, müdahale olunan dâvaya tâbi olup, müstakil bir mevcudiyeti haiz olmadığı için, müdahale edilen dâva tarafların feragati veya ölümü veyahut ta dâvanın müracaata bırakılması gibi sebeplerle ortadan kalkması hallerinde üçüncü şahısların fer'î müdahaleleri de düşer. Binaenaleyh, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin fer'î müdahilli dâvalarda hiç bir usulî değişikliğe sebebiyet vermeden tıpkı diğer nevi müdahalesiz dâvalarda olduğu gibi tatbik edilmesi iktiza etmektedir.

Aslî müdahilli dâvalarda ise, taraflardan birinin ölümü veya dâvadan feragati veyahut ta dâvayı takip etmemesi gibi haller rüyet edilmekte olan dâvanın düşmesine sebebiyet veremiyeceği için dâva, müdahale eden tarafından sağ kalan aleyhine olarak takip olunabilir. Çünkü aslî müdahale, mahiyeti itibariyle müdahale olunan dâvaya birleştirilmiş müstâki bir dâva olduğundan, mahkeme aslî müdahilin leh ve aleyhine olarak ayrı bir karar verir. Binaenaleyh, aslî müdahilli dâvalarda H. U. M. Kanununun 41 inci maddesinin tatbikına imkân yoktur; sağ kalan tarafla aslî müdahil arasında dâvanın inkıtasız olarak devamı iktiza etmektedir.

— V —

**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin tatbik şekli hakkında Yüksek Yargıtay'ın içtihadı nedir?...**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 41 inci maddesinin nasıl tatbik edileceği ve ne gibi hallerde kayyım tâyin edileceğini Yüksek Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesinin şu kararından istihraç etmek mümkündür; kararda aynen, «Dâva açıldıktan sonra taraflardan birinin ölümünde münazaa kural olarak mirasçılara geçeceğine ve Hukuk U. M. Kanununun 41 inci maddesi hükmünün dâva görülürken bir tarafın ölümüyle veresesinin isteği üzerine yapılan defter tutma veya resmî tasfiye muameleleri sırasında acele işlerde veya mirasın reddi

müddeti içinde veya mirasçıların meçhul olmaları gibi hallerde tatbiki caiz ve kabil olup hâdisede bu gibi hallerin mevcudiyeti belli olmadan ve hususiyle ölen dâvalının mirasçı ve oğlu namına vekili dâva ve husumeti kabul ile duruşmaya gelmişken kabul olunmıyarak kayyım tâyini suretiyle dâvaya bakılması doğru olmamasına göre Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinin bozma kararı varit ve uygulamağa lâyık iken ilâmda yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve mümeyyizin bozma dileği varit olduğundan temyiz olunan son kararın dahi... bozulmasına 6/6/1945 gününde oybirliğiyle karar verildi» (5) denilmektedir.

Yüksek Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesinin bu kararına göre, Usulün 41 inci maddesinin tatbik edilebilmesi için taraflardan birinin ölümü kâfi olmayıp diğer bazı şartların da bulunması lâzımdır. Böyle bir halde şu ihtimaller mevcut olabilir:

A — M. K. nun 539 uncu maddesi mucibince murisin vefatı ânından itibaren mirası iktisap eden vârislerin bunu kabul edip etmemeleri hallerinde şu vaziyetler tahaddüs edebilir :

a) Vârislerin tamamının mirası kabul etmiş bulunmaları,

b) Vârislerin bir kısmının mirası kabul, diğer bir kısmının ise reddetmiş bulunmaları,

B — M.. K. nun 546 ncı maddesinde tesbit edilmiş olan üç aylık red müddeti geçerek mirasın kat'iyetle vârislere intikal etmiş bulunması,

C — M. K. nun 546 ncı maddesindeki üç aylık red müddeti henüz geçmemiş olduğu gibi vârislerin de bu müddet içinde mirası kabul veya reddetmeleri hususunda bir beyanda bulunmamaları,

D — Vârisler tarafından terekenin tesbiti veya resmen tasfiyesi talep edilmiş olup neticenin henüz bitmemiş bulunması,

E — Vârislerin belli olmaması gibi ihtimaller mevzuubahis olabilir.

(A) ve (B) bentlerinde mevzuubahis edilen ihtimallerde, vârisler huzuriyle dâvanın ikmali, (C) ve (D) bentlerindeki ihtimallerde ise dâvanın tâlikı ve ancak (E) bendinde olduğu gibi vârislerin meçhul bulunması ve dâvanın da mahiyeti itibariyle müstacel işlerle alâkalı bulunduğu hallerde hâkim tarafından bir kayyım tâyin edilerek muhakemeye devam olunur.

(5) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, esas: 3/118, karar: 110, Adalet Dergisi, sene 1945, sayı 9, kararlar kısmı S. 145.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesinin arzedilen kararına göre, H. U. M. K. nun 41 inci maddesinin tatbik edilebilmesi için, vârislerin mirası reddetmeleri veyahut defter tutma talebinde bulunmaları, terekenin resmen tasfiyesini istemeleri veya vârislerin kimler olduğunun meçhul bulunması ve işin de acele olması halinde tatbik edilecektir. Vârisler malûm ve mevcut oldukça ve onlara da tebligat yapılmadıkça hâkimin kayyım vasıtasiyle dâvayı rüyet etmesi nakzı müstelzimdir. Şu hususu da tekrar arzedelim ki, kayyım önünde verilen kararlar şahsan vârisleri ilzam etmez, ancak tereke hakkında kabili tatbiktir. Bununla beraber, kayyım huzuriyle verilen hüküm aleyhine vârisler tarafından dâva ikame edilerek müteveffa tarafından dermeyan edilebilecek olan iddia ve müdafaaları ileri sürerek kendi vicdanlarında verilmeyen hükmün iptalini isteyebilirler. Çünkü kayyım, vârislerin vekili olmadığı için verilen hüküm kat'iyet ifade etmez.

— VI —

**Boşanma dâvası hükmünün kat'ileşmesinden evvel taraflardan birinin ölümü ne gibi neticeler doğurur?...**

Boşanma dâvası neticelenmeden muhakemenin devamı esnasında taraflardan birinin ölümü halinde, şahsa merbut haklardan olan bu dâvada H. U. M. K. nun 41 inci maddesinin tatbik edilmesine imkân yoktur, bu ciheti yukarda da arzetmiştik. Bu kısımda ise, boşanma hükmü kesbikatiyet etmeden önce ölen eşlerin miras hukuku bakımından vaziyetlerini arzetmek istiyoruz.

Boşanma hükmü kat'ileşmiş olan eşlerin yekdiğeriyle olan hukukî rabıtaları mürtefi olacağı için bunlardan birinin ölümü halinde aralarında tevarüs cereyan etmiyeceğini arzetmeyi lüzumsuz addediyoruz.

Yüksek Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin müstekar içtihatlarına göre, boşanma hükmünün henüz kesbikat'iyet etmemesinden evvel eşlerden birinin ölümü halinde; bosanma istemeyen yani dâvanın müddeaaleyhi olan taraf ölmüş ise, boşanma müddeisi bakımından arzusuna göre verilen bu hüküm kat'î olduğundan müddeaaleyh ölü eşinden veraset iddiasında bulunamaz.

Boşanma hükmü kesbikatiyet etmeden evvel müddei ölse, diğer taraf boşanmak istemediği için ölen müddeinin vârisi olur.

Yüksek Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin bir kararında aynen, «Karı kocadan biri boşanma talep edip te talebi veçhile boşan-

maya karar verildikten sonra hüküm kesbikatiyet etmeden diğer tarafın vefatı halinde boşanma isteyen hakkında hüküm kat'i olduğundan tashih talebi varit değildir, reddiyle evrakın mahalline iadesine... 8/11/1941 tarihinde ittifakla karar verildi» (6) denilmektedir.

Boşanma dâvası müddeisinin hüküm kat'ileşmeden evvel vefatı halinde, diğer tarafın ölen müddeiye vâris olacağını Yüksek Temyiz Mahkemesinin şu kararında istihraç etmek mümkündür. Kararda aynen «Küçük Aysel vasisi Yarbay Lûtfi Tunca vekili Avukat Salih Zeki tarafından müteveffa Abdülvahit karısı Saliha aleyhine açılan ve mumaileyhanın müteveffanın zevcesi ve vârisi olduğu hakkında istihsal etmiş olduğu veraset senedinin kahlelvefat boşanmalarına hükmedilmiş olması hasebiyle iptali talebine mütedair bulunan dâvadan dolayı yapılan muhakeme neticesinde her ne kadar müteveffa ile müddeaaleyhanın 29/6/1942 tarihinde boşanmalarına karar verilip bu hükmün 11/7/1942 tarihinde vekile tebliğ edilmiş olduğu anlaşılmış ise de Abdülvahit'in 30/6/1942 tarihinde vefat ettiği ve boşanma hükmünün kesbikatiyet etmemiş bulunduğu tahakkuk eylemesine göre müddeaaleyhanın istihsal eylediği veraset senedinin iptalini mucip bir sebep görülemediğinden dâvanın reddine dair İstanbul Asliye 12 nci Hukuk Hâkimliğinden verilen yukarda tarih ve numarası yazılı hüküm temyizen alenî duruşma yapılmak suretiyle tetkikı dâvacı vâsi vekili tarafından istenilmekle duruşma için tâyin olunan günde tebligata rağmen iki taraf vekilleri daireye gelmediklerinden evrak üzerinde tetkikat yapıldı ve aşağıdaki karar tesbit olundu:

Dosyada mevcut evraka nazaran müteveffa Abdülvahit ile karısı Saliha'nın mumaileyh vekilin dahi talebi ile 29/6/1942 de boşanmalarına karar verildiği anlaşılmış ve Abdülvahit'in 30/6/1942 de vefat ettiğine taraflar mütesadık olup murisin vefatından sonra yapılan tebliğin ve buna müsteniden nüfusça vâkı tescilin kanunî bir kıymeti olamıyacağı cihetle mezkûr hüküm iktisabı katiyet etmeden vefat vukubulmuş olmasına mebni verilen hüküm usul ve kanuna muvafık ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan reddiyle mümeyyezünbih hükmün (tasdikına) 30/11/1943 tarihinde ittifakla karar verildi (7) denilmektedir.

—o—

(6) Esas: 4746. Karar: 3193.

(7) Yargıtay 2. H. D. Esas: 2225, Karar: 4985.

# TAAMMÜDEN ADAM ÖLDÜRME FİİLİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Yazan : Yekta ULUĞTEKİN
Ankara Avukatlarından

Denilebilirki, taammüt vasfı, ceza alanında en çok tartışmayı mucip olan konulardan biridir. Bu vasfın hukukî ve ahlâkî esası üzerinde ne müellifler arasında, ne de müelliflerle mahkemeler arasında tam bir görüş birliği temin etmek mümkün olamamıştır. Bu sebeple Ceza Kanunumuzda taammüt tarif edilmediği gibi mehazımız olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda da taammüt tarif edilmemiştir. Bu itibarla adam öldürme fiillerinde taammüt vasfının mevcut olup olmadığının takdiri yargıcın vicdanına ve sağduyusuna bırakılmıştır.

Biz bu yazımızda, Yargıtay kararlarına, ve bu hususta ileri sürülen belli başlı mütalâalara dayanarak bu vasfın unsurlarını incelemeğe çalışacağız.

(..... Hâdisenin yirmi gün evvelinden beri düşünülerek tasmim ve tasavvurla işlenmiş olmasına göre öldürmenin taammüden vukuunu selbedemiyeceğine göre...) Y.C.G.K. 11/3/946 gün ve E. 67-6, K-16.

Yukarıya özetini aldığımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından çıkaracağımız ilk esas katil fiilinin tasmim ve tasavvurla işlenmesi halinde taammüdün meydana geleceğidir. Esasen daha önceki Ceza Kanunumuzun 169 uncu maddesinde taammüd şöyle tarif olunmuştur: (Taammüden katil, bir kimse katil fiilini işlemeden evvel zihninde tasavvur ve tasmim etmiş bulunmasıdır). Ceza üstatlarımızdan Tahir Taner taammüdü (mülâhazalı bir kasit) olarak kabul etmektedir ki, mülâhazalı kasitten anladığımız mâna, failin katil fiilini işlemeden önce zihninde bu fiilin işlenmesini tasmim ve tasavvur etmiş olmasıdır. Büyük ceza üstadı Karrara da taammüt için failin tasmim ve tasavvurla hareket etmiş olmasını en esaslı şart olarak kabul eder. Görülüyorki taammütte nazara alınacak ilk ve başlıca husus tasavvur ve tasmim yani tefekkürdür. Tasmim ve tasavvurdan maksat, failin katil fiilini icra hususunda evvelâ niyet etmesi ve bu niyetini tahakkuk ettirmek için, her ihtimali hesap ederek kesin karar vermesidir. Artık bundan sonra failin takibattan kurtulmak için gereken esbabı temin etmemiş olması, hattâ fiili işledikten sonra bizzat gelip teslim olması suçtaki taammüt vasfını gideremiyeceği kanaatındayız.

Adi katilde de fail öldürmek kastı ve tasavvuru ile hareket eder. Bu itibarla kast ve taammüt ekseri ahvalde bir birine çok yaklaşır. Bununla beraber taammüden katilde öldürme kastıyle beraber bu kasta takaddüm eden bir tefekkür devresi vardır. Fail bu devre içinde yapacağı işin neticelerini düşünmek ve nedamet etmek imkânlarına maliktir. Kasden katilde ise fail hiddet, gibi, ihtiras gibi manevi bir tazyikin tesiri altında adeta hareketlerinin neticesini kontrol edemiyecek kadar ruhî bir buhran esnasında katle karar vermiştir. Katlin işlenmesi anına kadar bu ruhî halet devam etmiş ise, karar ile icra arasında uzunca bir zaman geçmiş olsa bile gine taammütten bahsolunamaz. Fail fiilinin neticelerini muhakeme edebilecek bir ruhî sükûnet içinde bulunduğu halde eğer cinayet işlemek kasdını muhafaza eder ve bu cinayetin icrasını kararlaştırırsa artık fail mütaammittir.

§ — Taammüt şarta bağlı olabilir mi? Yani, tasavvur ve tasmimden sonra, mağdurun muayyen bir hareketine intizaren, katil fiilinin icrası geriye bırakılsa bu ahvalde taammüt mevcut mudur? Meselâ : alacağını vermediğinden dolayı borçlusuna kızan ve son defa onun evine giderken tabancasını doldurup muayyene ettikten sonra yanına alan bir şahıs (eğer bu sefer de parayı vermezse öldüreceğim) diyerek evden çıksa ve borçlusunun parayı gine vermemesi üzerine katil fiilini icra etse işlenen fiil taammüden katil midir, yoksa adi katil midir? Taammüdün şarta bağlı olabileceğini, şart tahakkuk ettiği takdirde işlenen katil fiilinde taammüt vasfının mevcut olduğunu müdafaa eden müellifler vardır. Ezcümle Karrara bu fikirdedir. Kanaatımızca, taammütte failin bir tek gayesi vardır, o da öldürmeği tasavvur ve tasmim ettiği kimseyi mutlak olarak ortadan kaldırmaktır. Bütün düşüncesi ve bütün hazırlıkları bu gayeye matuftur. Failin katil fiilini icra etmek için bir şart tanıması kendisinin mütaammit olmadığının delilidir. Bu bakımdan şarta muallâk bir taammüdün olamıyacağı fikrindeyiz.

Yalnız failde öldürmek fikri muayyen olup ve fakat icrası tesadüfe bırakılmış ise bu vaziyette mutlak bir taammüt bahis konusudur. Meselâ: Bir kimse diğerini nerede raslarsa orada öldüreceğini söyliyorse bu hal mutlak bir taammüdün ifadesidir. Burada bir noktayı işaret etmeden geçemiyeceğiz, failde öldürme kasdini meydana getiren mağdurun haksız hareketi ise adi katilde olduğu gibi taammüden katilde de kanuni tahfif sebebi nazara alınabilecektir. Yargıtayın içtihadı da bu yoldadır. Şu halde taammüt ve tahrik bir arada bulunabilecektir.

Fail, bir şahsı öldürmeği tasavvur ve tasmim ettikten sonra, kararından vaz geçtiğini gösteren delil ve emareler mevcut olmadığı takdirde, ci-

nayeti işlediği esnada hiddetli bulunmuş olması suçun vasfını değiştirmez. Meselâ : Bir adam metresiyle, gayrimeşru münasebette bulunduğunu bildiği diğer bir şahsı öldürmeği tasavvur ve tasmim etse ve bu şahsı bir müddet sonra metresiyle bir arada gördüğü sırada hiddetlenerek kararını icra etmiş bulunsa fiil taammüden katildir.

Bu mevzuda nazara alınması lâzım gelen bir husus da kin ile taammüdün münasebetidir. Mücerret, fail ile mağdur arasında öteden beri bir kin ve husumetin mevcudiyeti taammüt için sebep teşkil etmez. Öldürmek niyeti kinden mustakildir. Kin öldürmek taammüdünü meydana getirmeden uzun zaman bir kimsede bulunabilir.

§ — Taammütte aranılması lâzım gelen diğer bir nokta da niyetle fiil arasında nedamet hissinin avdetine yetecek kadar bir zamanın geçmesidir. Zaman noktası taammüdün şartlarınadn olmakla beraber, bu şartlar dahilinde vuku bulan katil fiilinde her zaman taammüt vardır demek doğru olmaz. Heyecanın irade üzerindeki tesiri bazen uzun sürebilir; bu tesir devam ettiği müddetçe iradenin nehiy unsurunda ve murakabesinde bir zayıflama mevcut olacağına nazaran bu şartlar altında icra edilen katil fiilinde taammüt vardır denilemez. Bu bakımdan, taammüt için, niyet ile fiilin icrası arasında bir uyku devresinin geçmesini ölçü olarak alan müellifler mevcuttur. Kanaatımızca bu ölçü maksada uygun değildir. Zaman ölçüsü kullanılırken failin yaşını, psikolojisini, kültür seviyesini, temayüllerini nazara almak buna göre vâkı olan tecavüz karşısında aksülâmelin ne kadar müddet içinde olabileceğini düşünmek iktiza eder. Bazen bir uyku devresinin geçmiş olması failin sükûnet haline dönmesi için kâfi gelmiyebilir. Hattâ heyecanlar daha fazlalaşmış ve bu suretle iradenin mürakabesi çok zayıflamış bulunabilir. Bu takdirde icra edilen katil fiilinde taammüt mevcut olamaz. Meselâ bir içki masasında çıkan kavga neticesinde bir şahıs diğerini öldürmeği tasavvur ve tasmim ederek diğerinden evvel oradan çıkıp yolunu beklese ve bu surelte onu öldürse fiil adi katildir taammüden katil değildir.

Katil fiilinin soğuk kanlılıkla işlenmesi veya aksine olarak acele ve telâşla icra edilmesi vasıf üzerinde müessir bir sebep olamıyacağı kanaatındayız. Katil fiili, her ihtimal nazara alınarak, soğuk kanlılıkla düşünülmüş ve keza soğuk kanlılıkla icra edilmiş ise ortada taammüt vardır. Yoksa mücerret icra anındaki soğuk kanlılık suça taammüt vasfını veremez. Aksine olarak mütaammidin icra anındaki telâşı suçun taammüt vasfını değiştiremez. Esasen failin icra anındaki psikolojik durumunu tespit etmek hemen, hemen imkânsızdır. Bu hususta zahiri delillere itimat etmek de tehlikelidir.

Suç işlemek iradesinden ibaret olan kasıt ve taammüd sübjektif birer unsurdurlar. Bunların mevcudiyeti zahiri delillerle takdir olunur. Bu hususta failin ikrarı, diğer delillerle teyit olunmadıkça, hiç bir kıymeti haiz değildir.

Fiilin taammüden işlendiğine kanaat getirebilmek için şu hususların'da tetkiki lâzımdır :

a — Fiilin işlenmesinde kullanılan vasıtalar,

b — Failin güttüğü gaye,

c — Fiilin icra edildiği ahval ve şerait.

Bu üç hususu ayrı, ayrı inceleyelim :

a — Fail işleyeceği cinayette kullanacağı vasıtaları seçerken, kendisiyle mağdurun fizik kuvvetlerini, takibattan kurtulmak için işe bir kaza, intihar veya tabii ölüm süsü vermeği düşünecek ve buna göre vasıtalar tedarik edecektir. Bu bakımdan zehirliyerek öldürmelerde bilhassa taammüt üzerinde durmak lâzımdır. Çünkü zehir her zaman bulundurulması lâzım gelen tabii bir ihtiyaç maddesi değildir. Ancak hususi maksatla tedarik edilir. Bununla beraber zehirlemek suretiyle kasten katil fiili de icra olunablir. Meselâ : Hanımından dayak yiyen evlâtlığın bundan muğber olarak evde bulunan sıçan otunu hanımının yemeğine katarak ona yedirip öldürmesinde olduğu gibi. Keza cinayetin iple işlenmiş olması halinde de taammüdü gözden uzak tutmamak icabeder. Hele, işe intihar süsü vermek için mağdurun bilâhare asılmış olması bu ihtimali kuvvetlendirir. (..... Adı geçen Emine Altın'ın başka biriyle evlenebilmesini temin etmek için vücudunu ortadan kaldırmayı tasarladığı kocası Rıdvan Altın'ı gece uykuda iken iple boğarak öldürdüğü sabit görüldüğünden Ceza Kanununun 450 inci maddesinin 4 üncü bendi gereğince ölüm cezasına...) Yukarıya özetini çıkardığımız Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 16/1/943 günlü ve 10 Esas, 87 Karar sayılı ilâmiyle onanan karar bu hususa ait bir örnek teşkil etmektedir.

§ — Üzerinde durulması lâzım gelen bir husus da, menfi bir fiilin müspet bir fiil gibi telâkki olunarak taammüde esas alınıp, alınamıyacağı meselesidir. Meselâ : Muntazaman ilâçları verildiği takdirde hastanın iyileşeceği muhakkak olduğu halde, bir an evvel mirasına sahip olmak için, karısı tarafından ilâçları hastaya verilmez ve bu yüzden ölüm vukua gelirse fail mütaammit addolunur mu? Bir kimseye suç isnat edilebilmesi için o kimsenin kanuni bir emir karşısında bulunması ve bu emre kasten aykırı hareket etmiş olması lâzımdır. Karı koca birbirlerine, kanunen müzaharetle mükellef bulunmalarına göre bu kanuni mecburiyeti tasmim ve tasavvurla ve muayyen bir menfaati temin maksadiyle yerine getirmiyen

bu suretle mağdurun ölümünü temin eden fail kanaatımızca mütaammit addedilmek lâzımdır. Gine, denize giren, yüzerken boğulma alâmetleri gösteren karısını kayığın içinde ölümüne intizaren bekleyen onun mütaaddit defalar dibe dalış ve suyun yüzüne çıkışlarını ve feryatlarını kayıtsızca seyreden, kayığı yanaştırıp kurtarmak mümkün iken bunu yapmıyan koca — taammüt için diğer unsurlar da mevcutsa — mütaammit olur. Fakat buna mukabil kendi hayatını tehlikeye koyarak diğerinin hayatını kurtarmak kanuni mecburiyet olamıyacağına göre böyle bir ahvalde fail menfi fiilinden dolayı cezalandırılamaz. Meselâ : Denizde boğulma alâmetleri gösteren bir kimseyi sahilde duran ve yüzme bilen diğeri görüp onu kurtarmazsa bu menfi fiilinden dolayı cezalandırılamaz. Çünkü : boğulmak üzere olan şahsın kendisini kurtarmağa gelenin bacaklarına sarılarak onun da boğulmasına sebep olması mümkündür.

b — Taammütte, failin istihdaf ettiği bir gaye ve onu harekete getiren bir sebep mevcuttur. Taammütten dolayı verilen idam kararlarında bu sebebin açıklanmış olması lâzımdır. Çünkü, failin ahlâki redaet derecesi bu suretle anlaşılacaktır. Keza kanuni veya takdiri hafifletici sebeplerin olup olmadığı bu suretle tesbit edilebilecektir. Aşağıya özetlerini misâl olarak aldığımız yargıtayca onanmış kararlardan da anlaşılacağı veçhile taammütte sebep daima açıkca gösterilmektedir. (...Adı geçen Hasan Fehmi Siperin öz babası Hüseyin Siperi emvaline bir an evvel tasahup ve tevarüs maksadıyla taammüden öldürdüğü mahkemece sabit görülerek hareketine uygun ceza kanununun 450. ci maddesinin birinci ve dördüncü bentlerine tevfikan...) İzmir Ağır Ceza Mahkemesince verilmiş olan bu karar Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 4/5/949 günlü ve Esas 1177, Karar 1133 sayılı ilâmiyle onanmıştır.

Erzurum ağır ceza mahkemesince verilip, Yargıtay birinci ceza dairesi tarafından 28/5/949 gün ve 1413 Esas, 1387 karar sayılı ilâmıyle onanan diğer bir karar:(...Adı geçen Ahmet Işığın Ali oğlu Sabriyi karısı Reyhanı elde etmek maksadıyla taammüden öldürdüğü mahkemece sabit görülerek 450 nci maddenin 4 üncü bendine tevfikan...)

Yargıtay Genel Ceza Kurulunun 8/6/942 gün ve 1150 Esas, 50 karar sayılı ilâmiyle onanan diğer bir karar : (... Mehmet Polat'ın aralarında mevcut husumet sebebiyle Adıyaman eski hâkimi Ali Riza'yı taammüden öldürdüğü mahkemece sabit görülerek Ceza Kanununun 450 inci maddesinin 4 üncü bendine tevfikan ölüm cezasına çarptırılmasına...). Yukarda arzettiğimiz veçhile bu karar özetleri birer örnek olarak alınmıştır. Tetkik ettiğim daha bir çok, taammütten dolayı verilmiş ölüm cezalarına ait ka-

rarlarda, sebep veya istihdaf edilen gaye daima açık olarak gösterilmektedir.

İstihdaf edilen gaye veya sebeple bazen mağdurun doğrudan, doğruya hiç bir alâkası bulunmadığı ahvalde dahi taammüt mevcut olabilir. Meselâ : Her suç işlediğinin akabinde polis tarafından yakalanan sabıkalı, polisten, hınç almak azmiyle tabanca tedarik edip önüne çıkan polisi öldürse fail mütaammit olur. Taammüt için failin öldürmeği kasdettiği şahsın mutlaka muayyen olması şart değildir. Faili harekete getiren muayyen bir sebebin mevcudiyeti, tasavvur ve tasmim ile hareket etmiş bulunması taammüt için kâfidir.

§ — Fail, âli bir sebebin tesiri altında kalarak huzuru kalple katil fiilini icra etmiş olsa gine taammüt mevcut mudur? Meselâ : kendisine para vereceğini söyleyen adama kızını vermek için kocasından ayrılmağa çalışan, damadının bütün ricalarına rağmen, kızına telkinde bulunan hatta onu tehdit eden ve bu suretle kızını kocasından ayırmak üzere bulunan bir kayın babayı, damadı pusu kurarak öldürse fail taammüden katilden dolayı mı cezalandırılacaktır? Kanaatimizce, kanun koyucunun taammütten dolayı cezayı şiddetlendirmesinin sebebi, mütaammidin cemiyet için daha büyük bir tehlike teşkil etmiş olması ve bilhassa ahlâki redaet bakımından ekseriya kasden adam öldürene nazaran daha aşağı bir durumda bulunmasındandır. Yukarıdaki misâlle mukayese imkânı vermek için şöyle bir hâdise tasavvur edelim : Bir eğlence aleminde ortada oynıyan kadının, orada bulunan birisine biraz fazla iltifat etmesine sinirlenen şahsın bu arkadaşını biçaklayıp öldürmesi halini düşünüp ve birinci misâlin failiyle ikinci misâlin failini kıyaslıyacak olursak, ahlâki redaet bakımından ikincinin daha aşağı durumda olduğunu kabul edebiliriz. Suçun işleniş tarzına bakıp failin tasavvur ve tasmim ile hareket etmiş olmasından dolayı diğerine nazaran daha şiddetli olarak cezalandirmanın kanun koyucunun maksadına uygun olamıyacağı mütalâasındayız.

c — Katil fiilinin icra edildiği ahval ve şeraitin tetkiki de fiilin taammüden icra edilip edilmediği hususunda bir kanaat verebilir. Ezcümle bir kimsenin pusu kurarak düşmanını beklemesi, aralarında hiç bir konuşma olmadan failin mağduru öldürmesi veya katil fiilinin mağdur uyurken icra edilmiş olması taammüdün alâmetlerindendir. Bizde ekseriya taammüden katil fiilleri pusu kurarak icra edilmektedir. Bu meyanda, az olmakla beraber, cinaî garkları da unutmamak lâzımdır.

Fakat, failin cinayeti işlerken mutlaka öldürmek azmiyle hareket etmiş olması taammüde alâmet telâkki olunamaz. Failin tabancasındaki bütün kurşunları boşaltmış olması veya birinci biçak darbesiyle ölmiyen

mağduru öldürünceye kadar mütaaddit yerlerinden biçaklamış olması halinde olduğu gibi.

Hâdiseden sonra failin suçun izlerini, ortadan kaldırmak için yaptığı teşebbüsler suçun kanuni revşini değiştirmeğe sebep olamıyacağından, mücerret bu gibi hareketler taammüdün belirtisi sayılamaz.

Yazımıza başlarken ifade ettiğimiz veçhile, kanun koyucu taammüdü tarif etmemiş, hâdiselerin özelliklerine göre, taammüdün mevcut olup olmadığının takdirini yargıcın sağduyusuna bırakmıştır. Ekseri ahvalde kasıtla taammüt bir birine çok yaklaştığı halde kanundaki cezaları bakımından aralarında büyük fark bulunması bu iki hususun takdirinde yargıcı büyük bir vicdani mesuliyet altında bulundurmaktadır. Bu bakımdan yargıç, hâdiseyi, en küçük teferruatını dahi ihmal etmeden inceliyecek, bunun yanında failin psikolojisini, kültür seviyesini, ahlâkî temayüllerini, yetişme tarzını, hülâsa bir kül olarak faili tetkikden geçirmeği ihmâl etmiyecektir.

Ölüm cezası gibi ağır ve telâfisi mümkün olmıyan bir müeyyide tatbik olunurken adalet mefhumuyle beraber içtimai fayda ve lüzumun da mevcut olup olmadığı nazara alınmak iktiza eder. Verilen ölüm cezasının cemiyetin hâdise karşısındaki derin duygu ve temayüllerini tatmin etmiş olması lâzımdır. Eğer failin başka bir ceza ile cezalandırılması kamu menfaatini korumaya kâfi geliyorsa taammütten dolayı ölüm cezası tatbikten daima çekinmelidir. Çünkü, taammüt gibi teşhisi çok güç olan ve esasen psikolojik bir gerçeğe tekabül etmiyen bir unsura dayanarak ölüm cezası verilirken, nadir de olsa adlî bir hata yapmak mümkündür. İnsana hayatını iade mümkün olmadığına göre yapılacak adlî hata telâfisi imkânsız bir mahiyet arz eder. Bu bakımdan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun aşağıdaki kararını üzerinde durulmağa değer bir misâl olarak telâkki ettiğimizden kaydediyoruz(...Suçlunun öldürülmesini tasmim ve tasavvur ettiği Hasana karşı mükerreren boşalttığı silâhtan çıkan kurşunlardan birisinin isabetle imam Abdullahın öldürülmüş olmasına ve mumaileyhin öldürülmesi keyfiyetinde taammüt mevcut olmamasına göre itirazname mündericatı varit görülmekle hükmün tasdikini tazammun eden temyiz kararının kaldırılmasına ve mahallî hükmün tebliğnamede gösterilen sebepten dolayı bozulmasına...) Y.C.G.K. 11/6/934 gün, 124 esas, 104 karar.

———o———

## BİBLİYOGRAFYA

Devletlerarası hukuk ile meşgul olanların kütüphanesi Dr. A. Suat Bilge'nin son günlerle yayınladığı kitap ile kıymetli bir eser kazanmıştır, Fransızca kaleme alınmış olan bu eserin dış memleketler ilmî çevrelerinde de ilgi ile karşılanacağına eminiz.

Dr. Suat Bilge'nin uzun ve sabırlı mesai neticesinde yazdığı ve yayınladığı kitabın ismi «Teşrii Tasarruflar Bakımından Devletlerin Milletlerarası Mesuliyeti» (*) adını taşımaktadır. Önsözde de belirtildiği gibi devletlerin milletlerarası mes'uliyeti devletlerarası hukukun en girift meselelerinden biridir ve şümûl sahası pek geniştir. Bu sebeble Dr.Suat Bilge tetkik edeceği konuyu itinalı bir şekilde tahdide tâbi tutulmuştur.

Mes'uliyetin ve bundan doğan vecibenin karşılıklı münasebetlerinden iki nevi mesele belirmekdedir: vecibenin doğması için lüzumlu şatları ihtiva eden bir kısım meseleler hukukî mahiyetde; bu vecibenin şümûl sahasına ait olan meseleler ise teknik mahiyetdedirler. Doktrinden birincilere mes'uliyet diğerlerine tazminat denmektedir.

Müellif eserinde zararın gerektirdiği tamiri yani hukukî neticeleri değil asıl mes'uliyeti tetkik etmektedir.

Harp esnasında vukubulan haksız fiillerden doğan mes'uliyet de eserin kadrosu haricindedir. Barış zamanında devletlerin milletlerarası mes'uliyeti devletin veya fertlerin ika edecekleri haksız fillerden doğmaktadır. Eser, sırf devletlerin faaliyetinden doğan mes'uliyeti itibara almıştır.

Devlet faaliyeti genel olarak üç zümrede toplanmış olduğu ve devlet organları bu zümrelere göre teşkilatlandırılmış bulundukları için devletin milletlerarası mes'uliyetini üç bakımdan mütalâa etmek âdet olmuştur:

a — Devletin teşriî vazifesi dolayısı ile mesuliyeti,
b — Devletin icra vazifesi dolayısı ile mesuliyeti,
c — Devletin kaza vazifesi dolayısı ile mesuliyeti.

Dr. Suat Bilge eserinde bunlardan birincisini esaslı bir tahlile tâbi tutmuştur, teşrii tasarrufları müellif, (materiel-maddî) mânalarında naza-

---

(*) La Responsabilité İnternationale des Etats et son Application en matiere d'actes Législatifs, (Tsitouris-Frères. İstanbul 1950) (25X17,5) fiatı 10 lira.

rı itibara almaktadır. Bu sebeple yalnız kanunları değil fakat bir hukuk kaidesi vaz'eden ve bu yoldan objektif ve gayri şahsî umumî bir hukukî durum yaratan her nevi tasarrufları mütalâa etmektedir.

Bu mânada telâkki edilen teşrii tasarruflara şu kategoriler dahil olmaktadır :

1 — Anayasa kanunları,
2 — Parlâmentonun isdar ettiği adi kanunlar,
3 — İcra organının çıkardığı kararname ve nizamnameler.

Mevzuu bu şekilde tahdit edilen Dr. Suat Bilge'nin eseri şu kısımları ihtiva etmektedir :

Birinci kısım : Umumî Kavramlar (Mes'uliyet kavramı, mânası, tarifi) Devletlerin milletlerarası mes'uliyeti (tarih boyunca gelişmesi) Devletin milletlerarası bakımdan mes'ul addedilmesi için gerekli olan şartlar.

İkinci kısım : Teşrii tasarruflar bakımından devletlerin mesuliyetine vücut veren unsurlar (Objektif unsur : milletlerarası vecibelere aykırı olan teşrii tasarruflar) (Subjektif unsur : milletlerarası bakımdan haksız teşrii tasarrufların devlete isnadı) (kusur meselesinin tetkiki).

Üçüncü kısım : Devletin milletlerarası bakımdan hakséz olan teşrii tasarruflarından doğan mesuliyetine karşı vukubulan itiraz ve def'iler (Sözde itirazlar : egemenlik itirazı) (ademi mesuliyet şartından doğan def'i).

Eserin sonuna eklenen bibliyografya ilerde mesuliyet konusunu inceliyecek olanlara bir rehber teşkil edecek zenginliktedir, bu listeye Dr. Suat Bilge'nin eserinin de ilâve edileceğini çekinmeksizin söyliyebiliriz.

Devletler hukuku sahasında bu eserini diğerlerinin takip etmesini temenni ederken müellifi candan tebrik etmek bizim için zevkli bir vazifedir.

**Dr. İlhan LÜTEM**

★

**Oser - Schönenberger** (Çeviren : **Dr. Recai Seçkin**) : **Zürich Şerhi Borçlar Hukuku.** Cilt : 2, Madde : 41-109, Sayfa : V-460, 300 Kr., Ankara Yeni Cezaevi Matbaası : 1950.

Kıymetli hukukçularımızdan İzmir Ticaret Mahkemesi Başkanı Dr. Recai Seçkin tarafından **Oser - Schönenberger'in İsviçre Borçlar Kanunu Şerhinin** 2 inci kısmı (madde : 41 - 109; T. B. K. Mad. : 41 - 108) şerhin ikinci basılışından Adalet Bakanlığı adına terceme edilmiş ve bu kere de tab olunmuş bulunmaktadır.

Bilindiği üzere İsviçre'de Borçlar hukukuna dair yazılmış önemli ve

mufassal iki şerhten biri ve kıymet cihetinden dünyaca tanınmış olan bu eser, Zürich Şerhi serisine dahil bulunmaktadır.

Zürich Şerhi tamamının terceme ve tab ettirilmesine Adalet Bakanlığınca 1943 yılında karar verilmiş; Mütercimlerin, Bakanlık Hukuk İşleri ve Yayım Müdürlüklerinin büyük ve takdire değer çalışmalarile bu seriden «Giriş ve Kişinin Hukuku» Cilt : 1 - 2; «Aile Hukuku»; «Borçlar Hukuku» I ve II nci ciltleri yayınlanmış; «Zilyetlik ve Tapu Sicilli», «Miras Hukuku» ciltleri basımı da bitmek üzere bulunmuştur.

Borçlar Hukuku Müellifleri İsviçre'nin Feriburg Üniversitesi Profesörlerinden olup beynelmilel bir şöhrete sahip iki hukuk âlimidirler. Prof. Oser bugün hayatta değilse de ölmez eserleri kendisine hürmetle yadettirmektedir. Borçlar Hukuku İsviçre'de nazariyat ve mahkeme içtihatları arasında önemli bir yer almış şerhlerdendir. Eser; her madde altında o maddenin tam ve tafsilâtlı izahını vermesi bakımından, tatbikatçılara büyük fayda sağlayacak bir kıymet taşımaktadır. Bundan başka her faslın başında verilen geniş izahat sebebile de incelenecek meselenin kavranmasına büyük hizmet etmektedir. Maddelerin şerhinde, kanun metninin çerçivesi içinde kalınmıyarak İsviçre Borçlar Hukukuna dair olan görüşler, mahkeme içtihatları nazara alınmış ve bol bir bibliyografya verilmiştir.

Borçlar Hukukunun bu ikinci kısmı; Haksız fiillerden ve sebepsiz iktisaptan doğan borçlarla borçların hükmü; Borçların ifa edilmemesinin neticelerini muhtevi bulunmaktadır.

Tercemenin tarzı ifadesi ise, akıcı bir üslûp ve anlaşılması kolay kelimelerle yapılmasından tetebbüde okuyucuları sıkmıyacak değerdedir.

Borçlar Hukuku tercemesi 2 inci cildini de, birincisi gibi doğru, iyi ve mükemmel olarak dilimize çevirmek için sarfettiği büyük çalışmasından ve başarısından dolayı mütercimini tebrik ederiz.

★

**Dr. Sahir Erman : Hakaret ve Sövme Cürümleri.** İstanbul Cumhuriyet Matbaası : 1950, Sayfa : 287, Lira : 5.

İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Doçenti Dr. Sahir Erman; «Hakaret ve Sövme Cürümleri» ni tam bir vukuf ve yetki ile mükemmel bir şekilde incelemek suretile Hukuk Kütüphanelerimize faydalı bir eser daha kazandırmışlardır.

Kitap; Sahir Erman'ın bu eserini hocaları Sayın Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'e ithaf yazısiyle başlamaktadır. Bu yazıdan sonra gelen «Ön-Söz» de : eserin şeref aleyhine işlenen cürümler mevzuu üzerinde teksif edilen

kındaki sistemin değiştirilmesi, III - Şahsî dâva usulünün terki'ne dair tavsiye ve temenniler bulunmaktadır.

Kitabın son kısmını bir çoğu neşredilmiş iki yüzü mütecaviz yerli ve yabancı yargıtay kararları ihtiva etmektedir.

Ceza Hukuku ve Usulü nazariyat ve tatbikatının muayyen bir bölümünü tam bir şekilde tetkik eden bu kıymetli eserinden dolayı müellifi hararetle tebrik ederiz.

★

**Adalet Bakanlığından Tamim ve Tebliğ edilen Hukukî ve Cezaî Mütalâalar** : 1942-1949. Ankara Yeni Cezaevi Matbaası : 1950, Sayfa 516, Lira : 3.

Adalet Bakanlığı Yayım Müdürlüğü son aylarda telif ve terceme eserlerin tertip, baskı ve tashih işlerine azamî derecede hız verdiğinden hukuk kütüphanelerimize arka arkaya çeşitli ve kıymetli kitaplar kazandérmaktadır. Bunlardan birisi de 516 sayfayı bulan Adalet Bakanlığı Hukuk, Ceza, Zat İşleri ve Ceza-Tevkif Evleri Umum Müdürlüklerinin 942-949 yılları içinde teşkilâta yaptıkları tamim ve tebliğler kitabıdır.

Kitaba sekiz yıllık Hukukî ve Cezaî Kanunî Mütalâalar ve Tamimler daire ve tarih sırasına göre alınmış ve bu tebliğ ve tamimlerin kolayca bulunabilmesini temin maksadile de sıra numarası konulmuştur.

Teşkilât işlerinin tam ve mutlak bir düzenle yürümesinin Kanunlar kadar Adalet Bakanlığının kanunî mütalâalarile tamimlerine vukufla mümkün olduğu aşikârdır.

Mütalâa ve Tamimlerin bazıları mücerred olan kanun hükümlerinin anlaşılmasına; bazıları da belirli tarihlerde bildirilmesi ve yollanması icabeden hususlara ve yahutta cetvellere taallûk etmekte olduğundan bunların tab ettirilerek mahkemelere, savcılıklara ve merkez dairelerine tevzi olunması tatbikatta çok fayda sağlayacaktır.

Kitap, dikkatle tashih olunmuş, itina ile ve iyi kâğıda basılmış, son kısmına da her tamim ve tebliğin özetlerine göre tahlili ve alfabetik fihristler konulmuştur.

★

**Reşit Ülker : Bütün Tadillerile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. İlgili Kanunlar ve Tevhidi İçtihatlar.** İstanbul İnkılâp Kitapevi : 1950, Kuruş : 250.

İstanbul Avukatlarından Reşit Ülker tarafından en son tadillerine göre ve bu kanuna ait Yargıtay Tevhidi İçtihat kararları ile ilgili kanunlarla

birlikte hazırlanmış olan «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» İstanbulda İnkılâp Kitapevi tarafından küçük ebadda olarak tab edilmiştir.

Kitaptaki kanun metinlerile kararlar dikkatle alınıp yanlışsız basılmış bulunmasından tatbikatta herkes tarafından itimatla ve ayrıca hazırlanışındaki pratiklik bakımından da ilmî eserler derecesinde faydalanılabilecektir.

Kitaba başkaca kanun hükmünde olan Büyük Millet Meclisi kararları, Nizamnameler ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile ilgili kanunlardan : «Teşkili Muhakim», «Temyiz Teşkilâtı», «Uyuşmazlık Mahkemesi Kuruluşu», «Adlî tebliğatın posta ile yapılması» hakkındaki kanunlar alınmış ve aranılanın kolayca bulunabilmesi için de mükemmel bir şekilde hazırlanan bir fihrist ilâve edilmiştir.

Bir kaç senedir bir çok kimseler tarafından aranılmakta olan bu ana kanunun en son tadillerile birlikte ihtiyacı karşılayacak şekilde hazırlanmasından ve basılmasından dolayı müellifini, inkılâp kitabevini tebrik ederiz.

★

**İdare Dergisi.** Sayı : 203, Kr. 100.

İçişleri Bakanlığınca iki ayda bir telif - terceme çeşitli mevzulardaki yazılarla 21 yıldanberi yayınlanmakta olan **İdare Dergisinin** 950 yılı Mart - Nisan aylarına ait 203 ncü sayısı aşağıda ki münderecatla çıkmıştır:

**Tetkikler :**

Memduh Ergül: Kanada Jandarma hakkında bilgiler, Turgut Göle Amerika Birleşik Devletlerinde mahallî cüzütamlar, Ertuğrul Süel Köy Kanununun pürüzleri, Ali Cemal Tanıl: Ceza Kanununun son tadili münasebetile, Ali Hikmet Ünerli: Köy kalkınmasında köy idare adamları, Dr. Celâl iren: Köy sağlığı (Sıtma);

**Tercümeler :**

Orhan Kürkçüler - Necmeddin Berkin: Alman Hukukunda Polis Orhan Kürkçüler: İsviçre halkının Devlete muhalefeti;

**Yabancı Mevzuat :**

M. Balasaygun : İngilterede Kamulaştırma Yasaları;

**İdarî Coğrafya :**

Hüsnü Tüzün: Artova İlcesi;

**Kararlar:**

Köy imece mükellefiyetinin nakde tahvil edilmeyeceğine dair Danıştay kararı;

**Bibliyografya:**

Cemal Bardakçı'nın «Alevilik - Ahîlik - Bektaşilik» kitabı hakkında:

★

**Pratik Hukuk Mecmuası.** Seri: II, Yıl: 2, Sayı: 5.

İstanbul Avukatlarından Emcet Belgesay'ın sahibi bulunduğu «Pratik Hukuk Mecmuası» nın Mayıs 950 nushası analiz edilen karar ve yazılarla neşrolunmuştur :

İstanbul Hukuk Fakültesinde Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay : «Meselei Müstehire»; İstanbul Hukuk Fakültesinde Doçent İlhan E. Postacıoğlu : «Mahcuz malların iflâs masasına intikali sureti»; Emcet Belgesay: «Define bulanın ikramiye hakkı» ve «Hukukî Vecizeler» adlı eser Bibliyografyası.

★

**Tatbikatta Yargıtay Kararları.**

Sayı : 13, Kr. 50.

İstanbul 4. ncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik tarafından her ay Yargıtayın Ticaret, Hukuk, İcra İflâs daireleri kararlariyle neşrolunan kıymetli hukuk dergisinin ikinci cildinin bu ilk sayısı şu karara ve Haşiyeli Ticaret Kanunu ilâve formasını kapsamaktadır :

«Mahkemece dinlenmiş tanıklardan bilirkişi tâyini caizdir», «Reddi Hâkim isteminde para cezası ve red sebebi» hakkındaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları,

«Ahvali fevkalâde ve mücbir sebepte nakliyecinin gecikme tazminat»ı «Rehni ticaride emvalin borçlu yedinde bulunması», «Mebiin iadesinde örfün tahkiki ve müşterinin mükellefiyeti», «Alacak dâvasında yetkili mahkeme», «İhtilâfın hakemle halline müteallik şartın mutlak olması» «Müşterek mülkü hissedarın kiraya verilebilmesi ve temsil hakkı», «Fesih hakkını kullanmayan müessesenin işçisine tazminat», Dâvasının reddi halinde dâvalıya avukatlık ücreti takdiri», «Hasım değiştirmek suretile islâh caiz değildir», «Yemin teklif ve tevcihi bahis konusu olmayan olay» hakkında Yargıtay Ticaret Dairesi kararları,

«Tahsili emval kanunu hükümleri dairesinde yapılan ihaleler», «Tapu Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış ihyalar», Gayir resmî şekildeki aile şirketi», «Vekâletin, vekilin ölümünden sonra da devam edebilmesi şart», Temyiz posta ücretinin verilmemesi ve temyiz tetkika-

Prof. Dr. G. Rpert: Kapitalizmin Hukukî Cepheleri; Dr. Necmeddin M. Bergin! Ticaret hukukumuz bakımından emre muharrer senetlerin hususiyetleri;

«Dâva zamanında mükerrer yapılan seyahat masraflarının dâvayı kazanan dâvacı lehine hüküm lâzımdır» hakkında Yargıyat Hukuk Genel Kurulu; «Kira bedelinin 300 lirayı mütecaviz olması halinde yetkili mahkeme ve tahliye sebebi için ödeme emrini ihtiva eden mühlet», «Bir tacirin diğer bir tacir veya gayri tacire ticareti icabında iş görevi veya menfaat temin etmesi halinde ifaz istemesi», «Mühürlü senedin muteber olmasının şartı. imza ve mührün tatbik kabiliyetleri ve harici ikrarın hükme medar olamıyacağı» «Taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre fiat farkı istenemiyeceği» «Kesinleşmiş icra takibi ile borçlu olmadığı bir parayı ödemenin istirdat ve muarazanın men'i dâvaları ve Avukatlık ücret tarifesinde yazılı ücretin üç mislini hükme yetkili mahkeme «haklarındaki Yargıtay Ticaret; «Ticarî akit ve muameleden doğmayan ve bununla irtibat ve münasebeti bulunmıyan tazminat dâvasının görülmesi ve tenzilâtlı bilet satan gişe memurunun bu çeşit bilet alanların tenzilâtı bilete tâbi olmadıkları iddiasının ispatı», «Fuzulen işgal edilen gayrimenkulün zaman aşımı süresinde ecri misil dâvası», «Taahhüdün ihlâli ve dâvanın kefil hakkındaki dâvasını âtiye talik etmesinin neticesi», «İstihkak dâvasında delillerin takdiri ve haczin kaldırılması», «Taahhüdün ihlâlinde kefilin sorumluluğu» hakkındaki Yargıtay 4 ncü Hukuk; «Taamüden öldürmede kasdedilene karşı atılan merminin başkasına isabetinin hukukî neticeleri», «Gasptan sevkedilen ve eylemi sarhoşlukla başkasına tecavüz mahiyetinde görülen ve sarhoşluktan dâva açılmıyan kimse hakkında usulün 258 nci maddesinin uygulanması suretile ceza verilip verilmiyeceği», «Suçta kullanılan tabancanın müsadere edilmiyeceği ve evvelki mahkûmiyetin sonradan işlenen bu suçta tekerrüre esas olmıyacağı», «T. C. K. 456/4 bendine uyan suçlar hakkında şahsî şikâyet olmadıkça mahkûmiyet kararının verilmiyeceği» hakkındaki Yargıtay 1. Ceza Dairesi kararı v.s.

**Kâzım DERELİ**

—o—

# Yargıtay Kararları

## Hukuk Bölümü

**Başkasının gayrimenkulünü haksız olarak zaptedip kullanmış olan kötü niyetli kimse, bu yüzden bir zarara uğramamış olan malik veya zilyede ecrimisil veya başka bir ad altında her hangi bir tazimnat vermeğe mecbur tutulamaz.**

**Ancak gayrimenkulü haksız olarak elinde tutmuş olmasından doğan zararları ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereleri tazmin ile mükelleftir.**

**Yargıtay Tevhidi İçtihad Genel Kurulu**
**Esas : 22/4 — Karar :**

Elindeki gayrimenkulü istihkak dâvacısına geri vermeğe mecbur tutulan kötü niyetli zilyedin bu zilyedlikden hiç bir zarara uğramamış olan dâvacıya ecri misil adı altında bir para vermesi gerekip gerekmiyeceği hususunda Yargıtay birinci hukuk dairesinin 18/6/1945 tarihli ve 1416/3079 sayılı kararıyle dördüncü hukuk dairesinin 2/2/1945 tarihli ve1958/1340 sayılı kararı arasında içtihat uyuşmazlığının mevcudiyeti. Adalet Bakanlığının 8/8/1945 tarih ve 44 sayılı yazısiyle bildirilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat genel kurulunda keyfiyet incelenerek: Sonuçda;

İstanbul Belediyesinin mezarlık olarak kullanılmak üzere milkiyetini iktisab etmiş olduğu bir garimenkulün bir parçasına Yakup, bir parçasına da Hüsnü adındaki şahıslar gasb suretiyle el koymuşlardır. Belediye bunlardan her birine karşı ayrı, ayrı istihkak dâvası açmış, bunların tahliyelerine ve onar senelik ecri mislin kendilerinden tahsiline karar verilmesini istemişdir.

Belediye bu toprak parçalarını her hangi bir şekilde kullanmak istediği halde zilyedliğinin gasbedilmiş olması yüzünden kullanamadığını ve zarara uğradığını iddia etmişdir.

Belediyenin iddiası kendisi zarar görmüş olsun, olmasın dâva edilenlerin, arsaları kullanmaları ve ondan istifade etmiş bulunmaları dolayisiyle bir ücret vermekle mükellef oldukları düşüncesine dayanmakdadır.

Mahkeme taraflar arasında bir bağıt münasebeti bulunmadığını ve Belediyenin bu kullanma dolayisiyle bir zarara uğramadığını göz önüne alarak dâvayı reddetmişdir.

Yargıtay birinci hukuk dairesi Hüsnü hakkındaki kararı Onamış dördüncü hukuk dairesi ise, Yakup hakkındaki kararı« başkasının milkini haksız olarak zabtedenlerin ve kullananların ecri misil ile mükellef olacakları» gerekcesiyle bozmuşdur.

Dördüncü hukuk dairesinin kararından milk sahibinin, zarara uğramış olduğunu ve zararın mikdarını isbata muhtaç olmaksızın gayrimenkulün meslinin getirilebileceği bir kira karşılığı istemeğe hakkı olduğu neticesi çıkmaktadır.

Taraflar arasında bir bağıt bulunmadığı için Belediyenin kira karşılığı isteyebileceği tasavvur olunamaz.

Borçlar Kanununda gâsıbın kiracı sayılarak kira karşılığı ile mükellef tutulacağına dair bir hüküm mevcud olmadığı gibi âdi ve hasılat icarına dair maddelerden ve borçlara aid bütün kaidelerden böyle bir hüküm çıkarmak da mümkün değildir.

Zira, başkasının malını haksız olarak kullanmak bağıt hükümlerine tâbi bir hukukî muamele onayıp Borçlar Kanununun haksız fiillerinden doğan borçlara mütaallik hükümlerine tâbi haksız bir fiildir.

Haksız fiillerin borç doğurması ise haksızlığa uğrayan kimsenin buyüzden zarar görmüş zarara uğramış olması şartına bağlıdır.

Zira mumelekde bir eksilme husule gelmesiyle vücud bulacağı gibi zararın tazmini borcu da ancak kanunda yazılı olan hallerde doğup tazmin borcunu doğuracağı kanunda yazılı olmıyan fiillerin sebebiyet verdiği zararlar bir tazmin dâvasına konu olamazlar. Böyle bir zarara uğrayanlar ona katlanmaya mecburdurlar.

Kanun Koyan haksız fiil ile sebepsiz iktisabı birbirinden ayırmış olduğu için başkasının malını haksız olarak kullanmanın bir sebepsiz iktisap teşkil edeceği, bundan sebebsiz iktisap borcu doğacağı da düşünülemez. Çünkü, burada bir iktisap yokdur. İktisap ancak hukukî bir muamele ile olur. Gasıbda ise, ne bir taraflı, ne de iki taraflı bir hukukî muamele vardır.

Gasb onu işleyenin haksız bir fiilidir ki, bununla gasbeden hem kanunun yasağına karşı hareket etmiş hem de malını gasbettiği kimsenin kanunun koruduğu zilyedlik hakkını ihlâl eylemiş olur.

Başkasının elinde bulunan şey'i gasbeden veya ona tecavüz eyleyen kimse gabs ve tecavüzden ileri gelen zararı tazmin edeceği Medenî Kanunun 895, 896 ıncı maddesinde yazılı olduğu gibi bunun şümulü de 908 inci maddede açıkca gösterilmiştir.

Belediyenin «ecri nisil» adı altındaki isteğini toplamış ve toplanması ihmal edilmiş semerelerin tazmini isteği şeklinde anlamak, iddiayı bu şekilde yorumlamak da mümkün değildir.

Belediyenin böyle bir istekde bulunabilmesi semere toplamak ve şeyi semerelendirmek niyetinde bulunmuş olmasına bağlıdır. Belediye böyle bir iddiada bulunmamışdır.

Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış ve böyle bir niyette bulunmamış olan kimsenin ne toplanan semerelerin ne de toplanması ihmal edilmiş semerelerin tazminini istemeye hakkı vardır. Çünki, bu halde semerenin toplanması veya toplanmasının ihmal edilmesiyle şey'in malikinin mamelekinden bir eksilme vukua gelmemektedir. Maliki bir zarara uğramamaktadır.

Malikin bu yerdeki durumu mülkiyet hakkını terkeden kimsenin durumu gibidir. Terkolunan şey'e el koyan kimse iade ile mükellef olmıyacağı gibi «meselâ buhran sebebiyle toplama masrafını korutmıyacağı dolayısile malikin tarlada veya ağaçların başında bıraktığı mahsulü ve semereleri toplayanlar da iade ile ve tazmin ile mükellef tutulamazlar».

Yukarıda yazılı düşünce ve sebeblerden dolayı başkasının gayrimenkulünü haksız olarak zabtedip kullanmış olan kötü niyetli kimsenin o gayrimenkulün haksız olarak elinde tutmuş olmasından doğan zararları ve elde ettiği veya elde etmeği ihmal eylediği semereleri tazmin ile mükellef olup bir zarara uğramamış olan malik veya zilyede ecri misli adı veya başka bir ad altında her hangi bir tazminat vermekle mükellef olmadığına 8/3/1950 tarihinde çoklukla veridi.

---

Zamanaşımını keser mahiyette başkaca vesikaları olduğunu beyan eden dâvacının bu yeni delillerinin de incelenmesi icabeder (H. U. M. 244).

**Yarkıtay Hukuk Genel Kurulu**
**Esas : T/129-22 — Karar : 13**

DÂVA : Dâvacı vekili sultansuyu harası müdürlüğü ile müvekkili arasında akdedilen sözleşme mucibince müvekkili mezkûr hararın 1932 ev sanei atiye proğramlarına dahil asgarî 80000 liralık inşaat projelerini %1,5 ücretle tanzim ve ücret tutarı olan 4130 lira 41 kuruşun 2147 lira 60 kuruşunu aldığı halde bakiyesi olan 1982 lira verilmemekde olduğundan tahsilini istemiştir.

HÜKÜM : Dâvanın zaman aşımı noktasından reddine dair verilen karar Yargıtay Ticaret dairesince; kararda gösterilen grekçelere göre dâvacının diğer itirazları yerinde değilsede dâvacı zaman aşımını keser mahiyette başkaca vesikaları olduğunu beyan eylemiş olup Hukuk Usulü M. K. nun 244 üncü maddesine göre bu yeni delillerin incelenmesine bir mâni bulunmadığı halde bu savunmasının nazara alınmaması yolsuz olduğubeyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı vekili avukat Ali Sürmeli.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

İki taraf vekillerinin iddia ve savunmalarına ve tutanak münderecatına göre Özel Dairenin bozma kararına uyularak o dairede işlem yapılmak gerekli iken yazılı sebep ve düşüncelerle ısrara karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temziy edilen ısrar kararının

M. K. nun 429 uncu maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 870 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 8/3/950 tarihnde oybirliğile karar verildi.

---

**Müdahalenin men'i dâvasında, dâvacı idarenin münazaalı mahallin mülkiyeti hakkında mevcut vesikalarının araştırılması; böyle bir vesika yoksa dâvalıların tasarruf belgelerinde yazılı hudutlara itibar edilmesi icabeder.**

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**
**Esas: 1/157-65 — Karar 43**

DÂVA : Dâvacı vekili; Müvekkili vakıflar idaresinin, Şemsi Ahmetpaşa vakfndan olup dâva olunanlara satılmış olan Küplüce mevkiindeki araziden 38703 metre murabbalık bir mahal fazla zuhur ettiğinden bu miktardan dâva olunanların yedlerinin nez'i ve vakıflar idaresine teslimini talep etmiştir. .....

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, Evkafa ait tarlanın bazı hudutları sabit olmadığından dâva olunanlar bundan istifade ederek kendilerine satılan miktardan fazlaya tecavüz eyledikleri

anlaşıldığından krokide gösterildiği üzere Mehmed'in satış miktarından hariç tecavüz eylediği 9907 metre murabbaı ve Hasan Hüseyin'in tecavüz ettiği 11196 metre murabbaı sahasındaki yerlere vâkı müdahalelerinin önlenmesine ve satışın hudut üzerinden olup müzayede kaimesindeki mesahayı kabul etmedikleri hakkındaki müdafalarının reddine dair verilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; dâvacı Vakıflar İdaresi dâva olunanlara sattığı gayrimenkulden fazla miktarına tecavüz eylediğini iddia eylemekte olmasına göre dâva olunanların tarlalarının arasında kalan ve vakfın kendisine aidiyetini iddia eylemekte bulunduğu buyer için vakfın ne gibi vesikaları bulunduğu araştırılarak böyle bir vesikası bulunmadığı takdirde dâva olunanların tasarruf belgelerindeki hududa itibar edilmesi lâzım gelirken yazılı şekilde verilen kararda isabet görülemediğinden bahsile bozulup mahalline iade edilmekle; yeniden yapılan yargılama sonunda : Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı Mehmet İlhan ve Bekir Kilit vekilleri İsmail Hakkı Gülen.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsıyan son hükmün süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Tarafların iddia ve savunmalarına ve hususî daire ilâmının dayandığı gerekçelere göre bozmaya uyularak o dairede işlem yapılması gerekli iken yerinde olmıyan sebep ve düşüncelerle yazılı şekilde eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz ve bozma dilekleri yerinde olduğundan temyiz olunan ısrar kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 439 uncu maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 870 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 8/3/950 tarihinde çoklukla karar verildi.

---

2644 sayılı Tapu Kanunu gereğince o tarihte mülkdeabih mahalli imar ve ihya ettiğinden dolayı namına parasız tesciline dair idare heyetince verilen kararın tapuya intikal ettirilmemiş olması keyfiyeti, mülkiyet hakkının iktisabına ve bu hakkın tevlit ettiği neticelerin tahassülüne engel teşkil edemez.

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**
**Esas : 1/161 - 69 — Karar : 44**

DÂVA : Hasanlı mevkiinde hazineye ait 540 lira değerindeki araziye dâvalının müdahalesinin önlenmesi ve ecrî mislin tahsili talebedilmiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; müddeabih yer sazlık bataklık olduğu halde dâvalı Recep'in çalıları söküp ana kanalları açarak imar ve ihya etmesi üzerine 2644 sayılı Tapu Kanunu mucibince namına parasız tescil ettirilmesine idare heyetince karar verilmiş ve bu kararın ref'i hakkında bir delil bulunmamış ve tapu sicil muhafızlığından alınan cevapta da mezkûr yerni kimse namına mukayyet olmadığı bildirilmiş olduğundan ve saireden bahisle dâvanın reddine mütedair verilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; 4753 No: lu Toprak K. nun 64 üncü maddesiyle geçici maddesi hükümlerine göre Tapu K. nun 6 ıncı maddesi ortadan kaldırılmış olmasına ve dâva olunana da Tapu K. nun 6 ıncı maddesi hükmü gereğince henüz tapu verilmediğinden ortada müktesep bir hak bulunmamasına göre hazinenin açtığı dâvanın kabulü gerekli iken yazılı sebeple dâvanın reddedilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup mahalline iade edilmekle; yeniden yapılan yargılama sonunda: Tescil kararı salâhiyetli memurlar tarafından ve 2644 No: lu kanun yürürlükte iken verilmiş ve bu hey'et kararıyle dâvalı bir hakkı mülkiyet iktisabetmiş olduğundan ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı Çarşamba Malmüdürlüğüne izafetle hazine avukatı Kâmil Özer.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek ısrarı kapsıyan son hüküm süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Tarafların iddia ve savunmalarına ve yargılama tutanağı münderecatına ve hükmün dayandığı gerekçelere göre ısrar olunan hüküm usul ve kanuna uygun bulunduğundan temyiz itirazlarının reddiyle ONANMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 655 kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz edenden alınmasına 8/3/950 tarihinde çoklukla karar verildi.

Mülkiyeti iştirâk halinde bulunan yerlerdeki gayrimenkullerin müşterek mülk olarak tapuya kayıtları, ancak paydaşlarının hepsinin verecekleri bir beyanname ile kabil olur. Hissedarlardan birinin bu sebeple diğerlerini zorlamağa hakkı yoktur.

**Yargıtay 1. Hukuk Dairesi**
**Esas : 949/8698 — Karar : 174**

Tosya'nın Müslimcedit mahallesinden Sadık Çalar'ın nefsinden bilesale küçük oğlu Mehmet namına bilvelâye aynı mahalleden Hanife Yurdakul aleyhine, murisi karısı Emine namına kayıtlı olup vefatiyle kendileriyle dâvalıya kalan hudut ve mevkii belli bağın müşterek mülkiyete kalbine karar verilmesi talebiyle açtığı dâvadan dolayı yapılan yargılama sonunda, iştirâk halinde bulunan bir gayrimenkulün müşterek mülkiyete kalbi için bütün hissedarların muvafakat etmeleri lâzımgelip dâvalı buna muvafakat etmemiş olduğundan dâvanın reddine dair Tosya Asliye Hukuk Yargıçlığından verilen 31/8/949 gün ve 574 - 442 sayılı ilâmın Yargıtay'ca incelenmesi bilesale ve bilvelâye dâvacı Sadık Çalar tarafından süresi içinde verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Mülkiyeti iştirâk halinde bulunan yerdeki gayrimenkullerin müşterek mülk olarak tapuya kaydı ancak paydaşların hepsinin vereceği bir beyanname ile olabileceğine ve paydaşların birinin öbürlerini mülkiyeti iştirâk halinde bulunan gayrimenkulün tapuya müşterek mülk olarak kaydettirilmesine zorlayamayacağına ve bu gibi hallerde paydaşın hakkı taksim veya gayrimenkulün satılmasını istemekten ibaret olduğuna göre itirazlar yerinde olmadığından reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA ve 770 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 12/1/950 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

1300 tarihinden sonra yapılan mahallî yoklamalara istinaden el defterlerinde mevcut kayıtlar, ancak o tarihteki zilyedliğe veya 1515 sayılı kanunun uygulanması bakımından bir delil sayılır.

Nizalı yerin tapuda el defterinde kayıtlı olması bu yerin tapuda müseccel bir gayrimenkul olarak kabulüne yeterli değildir. Bu itibarla böyle bir gayrimenkulün tapuda müseccel olmıyan diğer gayrimenkuller gibi haricen alım ve satımı ve zilyedliğinni devri muteberdir.

**Esas : 1022 — Karar : 705**

DÂVA : Babasından kendisine kalan Köyönü mevkiindeki tarlaya dâvalının müdahale etmekte olduğundan bahsile vâki müdahalenin önlenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Dâvacı tarafından ibrazedilen 306 tarihli nizalı tapu kaydının nizalı yere tamamen uyduğu mahallinde bilirkişi marifetiyle yapılan uygulama ile burasının dâvalının dâvacının babasından haricen satın aldığı dinlenen tanıkların beyanlariyle anlaşılmış olmasına mebni dâvanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Nizalı yerin 306 tarihli yoklama defterinde 307 numarada kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Tapu yoklama el defterleri 1300 tarihinden sonra yapılan mahallî ara yoklamalarına ait olup tapu memurunun yerinde tanzim ettiği defterlerdir. İlce idare meclisine tasdik ettirildikten ve kayıt sahibi tarafından harc ve masraflar verildikten sonra kaydın hasılat defterine geçirilmesi ve kayıt sahibine muvakkat ilmühaber verilmesi ve esas defter örneğinin merkeze gönderilmesi ve merkezce incelendikten sonra esas tapu senedi tanzim edilmesi ve bu senedin muvakkat ilmühaber ile değiştirilmesi lâzımdır. El defterleri idare meclisince tasdik edilmiş olsa dahi kayıt sahibi tarafından borç ve harc masrafları verilmedikçe kaydın hasılat defterine ve esas sicile geçirilmesine imkân olmadığı gibi intikal ve ferağ işlemlerinin el defterleri üzerinden yürütülmesi de mümkün değildir. El defterindeki kaydın hasılat defterine ve esas sicile geçirilmediği Tapu Sicil Muhafızlığından gelen yazı ile anlaşılmaktadır. Bu itibarla idare meclisince tasdk edilmiş olsa dahi el defteri esas sicil mahiyetinde olmayıp ancak o tarihteki zilyedliğe veya 1515 sayılı kanunun uygulanması bakımından bir delil sayılır. Şu halde nizalı yerin el defterinde yazılı olması bu yerin tapuda müseccel bir gayrimenkul olarak kabul edilmesine yeterli değildir. Tapuda müseccel olmıyan gayrimenkulün haricen alım ve satımı zilyedliğinin devri muteberdir. Bu sebeple dâvalının bu hususta ikame ettiği deliller incelenmek ve takdir edilmek ve sonuca göre bir karar verilmek gerekirken mahkemece tasdikli gelen yoklama defterine kıyaslanarak el defterinde kayıtlı gayrimenkulün haricen

satışı muteber olmadığından bahsile ve dâvalının satış bedeli dolayısiyle hapis hakkı olup olmadığı da düşünülmeksizin ve ilâmda nizalı yerin mevki ve sınırları belirtilmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerle Hukuk U. M. Kanununun 428 nci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 725 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 28/2/950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İhale bedeli tamamen ödenmiş olmadıkça nizalı gayrimenkulün tapuya tescili istenemez.

**Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi**
**Esas : 1734 — Karar : 390**

DÂVA : Maliye Hazinesince 1510 lira bedel mukabilinde dâvalılara ihale edilmiş olan Kale mevkiinde sınırları belli tarlanın dâvalılar tarafından kendisine devredilen taksit bedeleri kendisi tarafından ödenmiş ve nizasız ve fâsılasız ve iyi niyetle tasarruf edilmekte bulunmuş olduğundan bahsile işbu gayrimenkulün adına tesciline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Dâvacının dâva konusu gayrimenkulü iyiniyet ve malik sıfatiyle tasarruf ettiği ve tasarruf süresinin iktisabı zamanaşımı süresine ulaştığı anlaşılmış olmasına mebni Medenî Kanunun 639 uncu maddesi gereğince işbu gayrimenkulün dâvacı adına tapuya tesciline ve dâvalıların cümlesinin müdahalelerinin önlenmesine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Ali Canbolat.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Hukuk U. M. Kanununun 297 nci maddesi hükümlerince onanmış olan 9/8/1932 tarihli senetle Duran ihaleden doğan hakkını dâvacıya devretmiş olmasına göre temyiz eden ölü Duran mirasçılarından Ali Canbulat'ın yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddine ve ihale bedeli tamamen ödenmiş olmadıkça nizalı gayrimenkulün tapuya tescili istenemiyeceği gözönünde buulndurulmaksızın dâvada taraflardan olmıyan

hazineyi ilzam edecek şekilde tescile karar verilmesi yolsuzdur. Ancak bu husus tekrar soruşturma ve yargılamayı gerektirmediğinden bahis konusu kanunun 438 inci maddesi gereğince tescile mütedair fıkrası kaldırılarak düzeltilmek suretiyle hükmün (ONANMASINA) ve aşağıda yazılı 770 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 10/3/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinde yazılı bir senelik süre zamanaşımı süresi olduğundan resen nazara alınamaz.

Müdahalenin men'i istenen mahallin ormandan mâdut olup olmadığı hususunun mahallinde hudutları tesbit edildikten sonra 4785 sayılı kanunla muaddel 3116 sayılı kanunun birinci maddesinin son fıkrası gereğince Tarım Bakanlığından sorulması lâzımdır.

**Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi**
**Esas: 1202 — Karar: 888**

DÂVA: Dâvalının Devlet ormanından ağaç keserek tarla açmış olduğundan ve ceza mahkemesine açılan ceza ve tazminat dâvasının zamanaşımı bakımından düştüğünden bahsile ağaç bedeli 18,90 liranın dâvalıdan tahsiline ve 30 lira değerindeki orman arazisine dâvalının müdahalesinin men'ine karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM: Zamanaşımına ulaşan bir sene geçtikten sonra dâva açıldığı anlaşılmış olmakla dâvanın tazminat kısmının zamanaşımı sebebiyle reddine. Men'i müdahale dâvasında ceza dosyasına istinat edilmekte olup sübut delili olarak gösterilen sulh ceza dosyasından dâvalının ormana müdahale ettiği anlaşılamamakta ve esasen müdahale edildiği iddia edilen yerin nerede ve hangi hudutlarla çevrili olduğu esaslı bir surette belirtilmediği gibi başkaca delil dahi gösterlmemş ve mevcut deliller hükme yeter bulunmamış olmasına mebni men'i müdahale dâvasının da bu sebeple reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Dâvacı idare.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinde yazılı bir senelik süre zamanaşımı süresi olup 140 ıncı maddeye göre yargıç tarafından resen na-

zara alınamıyacağına ve dâvacı 23/3/1946 tarihli tutanağa dayanarak dâvalının Güvercinlik Ormanına müdahale ettiğini iddia eylemesine ve ceza mahkemesinde dinlenen tanıklar tutanağı teyit eylemelerine ve esasen tutanaktaki ifadesinde dâvalı müdahalenin vukuunu kabul eylemesine binaen yerinde inceleme yapılarak nizalı yer taraflara tesbit ettirildikten ve ihtilâf halinde müdahale ve zarar ziyan tanıkları yerinde dinlendikten ve 4785 sayılı kanunun 12 nci maddesiyle değiştirilen 3116 sayılı kanunun birinci maddesinin son fıkrası gereğince bu yerin Tarım Bakanlığınca orman sayılıp sayılmadığı araştırıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken zarar ve ziyan iddiasının zamanaşımı bakımından ve müdahalenin önlenmesi isteminin delil bulunmadığı noktasından reddine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde görüldüğünden hüküm bu sebeplerden Hukuk U. M. Kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/3/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

Hukuk Üsulü Muhakemeleri Kanununun 176 ncı maddesinde sözlü yargılamalara adlî aravermede bakılabileceği yazılıdır. 2613 sayılı kanunun 29 uncu maddesinde kadastro işlerinde yazılı tebligatın carî olmadığı tasrih kılınmış olmasına nazaran bu nevi dâvalarda adlî araverme esnasında dahi müddet cereyan eder.

**Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi**
**Esas : 3996 — Karar : 515**

DÂVA : Müvekkillerinin murisleri babalarının tasarrufunda iken ölümiyle müvekkillerine kalan 1807 ada 87 ve 88 parsel numaralı gayrimenkullerle kadastroca hazine adına tesbit ve tescil edilmiş olduğundan bahsile işbu tesbitin iptaliyle gayrimenkullerin veraset senedi gereğince müvekkilleri adına tesciline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere, ne dâvacıları ne de kendilerini mirasçı bırakan Cemal'in dâva konusu gayrimenkuller üzerinde devamlı tasarrufları ispat edilememiş olmasına mebni dâvanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden ve duruşma isteyen : Dâvacılar vekili Avukat Vecihi Işık.

## YARGITAY KARARI

Duruşma için belli edilen 4/4/1950 gününe rastlayan Salı günü belli saatte temyiz eden ve duruşma isteyen dâvacılar vekili Vecihi Işık ve aleyhine temyiz olunan Maliye Hazinesi adına Avukat Sami Akın huzurlariyle duruşmaya başlanarak söz alan aleyhine temyiz vekili tarafından temyiz süresinin geçmiş olduğu beyaniyle temyiz dilekçesinin bu bakımdan reddine karar verilmesini istemiş ve temyiz eden vekili dahi adlî tatil müddeti içinde süre cereyan etmiyeceğini beyan etmekle duruşmanın bittiği bildirildikten sonra bu hususiaki kâğıtlar okunup gereği gârüşülüp düşünüldü :

2613 sayılı kanunun 29 uncu maddesinde kadastro işlerinde yazılı tebligat cereyan etmiyeceği ve Hukuk U. M. Kanununun 176 ncı maddesinde sözlü yargılamalara adlî araverme sırasında bakılacağı yazılı bulunmuş olmasına binaen sözlü yargılamaya tâbi işlerde adlî araverme esnasında müddet cereyan edeceğine ve temyiz olunan ilâmın 27 Temmuz 1949 tarihinde tebliğ olunmuş ve 2 Eylûl 1949 tarihinde temyiz dilekçesinin kaydedilmiş olmasına göre kanunî süre geçtikten sonra verildiği anlaşılan temyiz dilekçesinin Hukuk U. M. Kanununun 432 nci maddesi gereğince sürenin geçmiş olması bakımından (REDDİNE) ve aleyhine temyiz olunan Hazine vekilinin 15/9/1949 tarihli karşılık lâyihasiyle vâkı istemine binaen 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 131 inci maddesi uyarınca düzenlenen tarifenin 9 uncu maddesi gereğince yüz lira vekillik ücret takdirine ve 2613 sayılı kanunun 38 inci maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 4/4/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

Nişanlıların evlenme akdi yapmaksızın bir araya gelerek karı koca gibi yaşamaya başlamış olmaları, nişanın bozulması halinde açılacak tazminat ve hediyelerin iadesine mütaallik dâvaların istimaına ve dolayısiyle Medenî Kanunun 84 ve mütaakip maddelerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.

**Yargıtay 5. Hukuk Dairesi**
**Esas : 2855 — Karar : 526**

DÂVA : Müvekkillerinden Haydar'ın kızı diğer müvekkili Zarife'nin dâvalılardan Seyit'le nişanlanmış iken diğer dâvalı ve Seyit'in babası Osman'ın büyük kusurile nişan bozulmuş olduğundan bahsile bin lira mane-

vi tazminat ile ihtiyar ettikleri masraf tutarı 690 lira 70 kuruşun ve yine hediye olarak verilen cins ve miktarı dâva dilekçesinde yazılı eşya aynen olmadığı takdirde 2735 liranın dâvalılardan bedelen tahsiline karar verilmesi dâvacılar vekili tarafından istenilmiş ve dâvalı Osman tarafından da dâvacılarla dâvacılardan Haydar'ın karısı Feri'de aleyhine açtığı ve dâvacının kızı Zarifeyi oğluna nişanlayıp evine götürmüş ise de Zarife'nin kız çıkmamasından ötürü ana ve babasına teslim edilmiş olduğu beyanile bu uğurda ihtiyar ettiği 4158 lira 50 kuruş değerindeki eşya ve nakit ve hayvanatın mevcutlarının aynen veya bedelen tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Taraflardan Seyit ile Zarife'nin aralarındaki nişan bunların fiili birleşmesile nihayete ermiş Medenî nikâh olmaksızın fiilen karı koca gibi birleşmeleri ahlâk ve âdaba ve hatta kanuna aykırı olup tarafların nişan bozmadan mütevellit tazminat, alacak, eşya ve hediyeleri yekdiğerlerinden istemeye hakları olamıyacağı Borçlar Kanununun 68 inci maddesi hükmü gereğinden bulunmuş olmasına mebni her iki dâvanın bu sebeple reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Taraflar.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dâva ve mukabil dâva muhik bir sebep olmaksızın nişanın bozulmasından doğan tazminat, alacak ve eşya ve hediyelerin geri verilmesi isteminden ibaret bulunmasına ve nişanlılık münasebeti muteber bir evlenme vaktile sona ermediği kabul edilmesine ve nişanlıların evlenme akdi yapmaksızın bir araya gelmiş ve karı koca gibi yaşamıya başlamış olmaları Medenî Kanunun 84 ve sonraki maddeleri hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil edemiyeceğine ve taraflar nişanlanma ile muteber bir evlenme akdini istihdaf ettiklerine göre olayın Borçlar Kanununun 65 inci maddesile bir ilgisi bulunmamasına binaen Medeni Kanunun 84 ve 85 ile 86 ncı maddeleri hükümleri dairesinde gerekli inceleme yapılarak karara bağlanmak lâzım gelirken Borçlar Kanununun 65 inci maddesine dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve tarafların temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten Hukuk U. M. Kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 770 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 7/4/950 gününde oybirliğile karar verildi.

120

# Yargıtay Kararları

## Ceza Bölümü

**Yargıtay Tevhidi İctihad Genel Kurulundan çıkan 5/4/950 gün ve 21 E. 7 K. Sayılı kararı Örneği.**

Kaçakçılık işinde kullanılan nakil vasıtasının sahibinin rıza ve muvafakati olmasa dahi nakilin bilerek kullanması halinde bu vasıtanın müsadere edileceğine dair.

Kaçakcılık işinde kullanılan nakıl vasıtalarının zor alırına karar verilmesi için nâklılin bilerek kullanması kâfi olup sanığın zatî malı olmasının tahkikine lüzumolmadığı hakkındaki Yargıtay Üçncü Ceza Dairesinin bozma kararlarına Kilis Ceza Yargıçlığından mal sahıbinin mâlûmatı haricinde kaçakcılık işinde kullanılan nakıl vasıtalarının müsadere olunamıyacağından bahsile verilen 27/12/1947 ve 16/1 1948 tarihli ısrar kararları ceza genel kurulunca : 1/5/1948 gün ve 5826/6731 sayılı ve 10/5/1948 gün ve 52/53 sayılı ilâmlariyle tasdık edimiş olması üzerine Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığının 11/5/1948 gün ve 156 sayılı yazısında: 1918 sayılı Kaçakcılık Kanunundan evvel neşredilen 1510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Ağustos 929 tarihinden itibaren kaçak eşya naklinde kullanılan nakıl vasıtalarının sahibinin rıza ve muvafakatı olmasa dahi nakıl vasıtasını nâkılin bilerek kullanması halinde bu vasıtanın müsadere edilmesi esası kabul edilmiş olduğu haldedairenin müstekar ictihadı hilâfında Ceza Genel Kurulunca verilen kararlar ile mümasili işlerde üçüncü ceza dairesinden verilen kararlar arasında ihtilâf hasıl olduğundan bahsile keyfiyet Tevhidi İctihad Genel Kurulundan incelenerek;

Yukarıda izah olunan sebeblere ve 1918 sayılı Kanunun 47 inci maddesindeki sarahata ve kaçakcılığın önlenmesi bakımından mühim ve kuvvetli bir müeyyide olmak üzere umumî esaslar hilâfında 47 inci maddenin kabul edilmiş olduğu karma komisyonu raporunda irae ve tasrih olunmasına göre hususî ceza kanunları meyanında bulunan sözü geçen 1918 sayılı Kanunun 47 inci maddesinde hususî hüküm mevcud olmasından dolayı nakıl vasıtasının müsaderesine karar verilmesi için Türk Ceza Kanununun 10 uncu maddesi gereğince 36 ıncı maddesinin birinci fıkrasındaki fiilde medhali olmıyan kimselere ait olmamak şartının aranmasına mahal olmadığına ve kaçak eşya naklinde kullanılan vasıtanın sahibi başka bir şahıs olduğu ve malını başka işlerde kullanmak üzere verdiği takdirde

dahi kaçakcının o vasıtayı kaçakcılık işine tahsis ederek kaçak malı bilerek nakletmesi o vasıtanın mezkûr 47 inci maddenin sarahatı dairesinde müsadere için kâfi olup mal sahibinin bu hususda rıza ve muvafakatının inziman etmesi icabetmiyeceğine ilk oturumda üçde iki çoğunluk olmadığından ikinci oturumda mutlak çoğunluk ile 5/4/1950 gününde karar verildi.

———o———

İcra ve İflâs Kanununun 339 uncu maddesinde yazılı suçun tekevvün etmesi için icraya konmuş olan nafaka ilâmının kesinleşmesine lüzum yoktur.

**Yargıtay Ceza Genel Kurulu**
**Esas: 950/39 — İtiraz: 234/86**

Kazancında vâki olan tezayüdü icra dairesine bildirmemekten sanık İsak Naonun yapılan duruşması sonunda: İcra ve İflâs K. nun 339 uncu maddesine tevfikan onbeş gün hafif hapsine ve 200 kuruş harcın kendisinden alınmasına dair İstanbul İcra Yargıçlığından verilen 18/11/949 günlü hüküm vâkı temyiz istemine binaen Yargıyat İcra ve İflâs Dairesince incelenerek; ceza tabirinin mesnedi nafaks ilâmı ise de nafaka ilâmlarının icraya konması için kesinleşmesi şart olmadığı gibi ilâmda yazılı şartlara riayet edilmemiş olması noktasından bir şikâyetde sebkedilmemiş bulunduğundan İcra ve İflâs K. nun 339 uncu maddesine temas eden bir suç hakkında sözü geçen ilâm hükmünün kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılmasına mahal olmadığına ve esas hakkında mütalâa yürütülmek üzere bu babdaki evrakın C. Baş Savcılığına istesi lüzumuna mütedair sadır olan 9/2/950 tarihli karar aleyhine C. Baş Savcılığından; (her ne kadar ilâmında, paranın tahsili bakımından icraya konması için kesinleşmesi şart değilsede mevzu tetkikimiz olan hâdise, nafakadan mütevellit alacağın tahsili sadedinde mal beyanında bulunan suçlunun (borçlunun) sonradan kazandığı malları veya gelirinde ve kazancında vâki tazayütleri icra dairesine bildirmediğinden dolayı, suçlu aleyhine cezaî takipten ibaret olmasına ve alacağın sebebi olan nafaka ilâmının kesinleşip kesinleşmediği belli olmadığına göre henüz nafaka ile mülzem olduğu kat'i olarak belli olmayan ve temyiz edilerek suçlu lehine bozulması ihtimal dahilinde bulunan bir hukuk ilâmına istinaden sanığın cezaî mesuliyeti cihetine gidilmesi ceza prensiplerile gayri kabili talif ve hususî dairenin nafaka ilâmlarının, katileşmeden cezaî takibata esas teşkil edemeyeceği hakkındaki müstekar içtihadına muhalif olduğu gibi borcun sebebi olan ilâmın katileşip katileşmediği ciheti araştırılmadan böyle katileştiği belli olmayan bir ilâma müsteniden mal ve gelirinde vâki tezayüdün bildirilmesini mutlak surette cezaî taki-

bata esas tutmak 339 uncu maddenin ruhuna ve vazii kanunun maksadına uygun düşeceğinden işin bir kerrede ceza umum hey'etinde itirazen tetkikile hususî daire kararının kaldırılarak mahallî hükmün tebliğnamede yazılı sebepden dolayı bozulmasına karar verilmesi) hususunda ve süresinde itiraz edilerek dâva dosyası 11/3/950 tarihli itirazname ile Birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle Yargıtay İcra ve İflçâs Dairesi hey'etininde iştirakile akunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Nafaka hükümlerinin icrası için kesinleşmiye ihtiyaç bulunmamasına ve ilâmda yazılı şartlara riayet edilmediği hakkında bir şikâyet ileri sürülmediğine göre itiraznamedeki düşünce yerinde olmadığından reddine 20/3/950 tarihinde oybirliğile karar verildi.

---

**Beraet, mahkûmiyet veya kamu dâvasının düşmesine karar verilen hallerde elde edilen orman mahsulü ile nakil vasıtalarının zoralımı icabedip etmediğine de karar verilmesi lâzımdır.**

**Yargıtay Ceza Genel Kurulu**
**Esas : 5/72 — Karar : 50**

Devlet ormanlarından ruhsatsız olarak yaktığı kömürleri arabasile ve nakliyesiz taşirken yakalanmak suretile orman kanununa aykırı hareket ettiği iddiasile sanık Mehmet Oğlu Şükrü Arslan Girayın adı geçen orman K; nun 120 inci maddesi gereğince beş lira ağır para cezasile mahkûmiyetine ve suç mevzuunun zoralımına dair Seyitgazi Sulh Ceza Yargıçlığından sadır olan hüküm sandığın vâki temyiz istemine binaen evrakın devren verildiği Yargıtay 5 inci Ceza Dairesince bitetkik; sübut noktasından bozularak yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Eski hükümde ısrara ve ancak suçun işlendiği tarihe nazaran hadisede zaman aşımı mevcut olduğundan bahsile işbudâvanın 3116 sayılı Orman K. nun 132 inci maddesine göre ortadan kaldırılmasına dair sonradan verilen hükmün dahi sanığın temyizine binaen mezkûr dairece incelenerek hâdisede teayyün eden zaman aşımı sebebile kamu dâvasının ortadan kaldırılmasına karar verilmiş olmasına göre yediemine teslim edilmiş olan emvalin mevcut ise aynen satılmışsa bedelinin sanığa iadesine karar verilmesi lüzumundan zühûl olunmasının yolsuzluğundan dolayı bozulup geri çevrilmekle eski hükümde ısrarı kapsayan adı geçen mahkemeden ahiren verilen 12/12/949 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmesine ve şartı yerine getirilmiş bulunmasına mebni dâva evrakı C. Baş Savcılığının Yargıtay Ceza Genel Kurulunun esas

123

3/27 ve karar 45 sayılı ve 11/4/949 günlü ilâmına nazaran sanığın yerinde görülmeyen itirazlarının reddile hükmün onanması isteğini bildiren 10/3/950 tarihli tebliğnamesile Birinci Başkanlık Dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Beraat, mahkûmiyet veya kamu dâvasının düşmesine karar verilen hallerde elde edilmiş bulunan orman mahsulü ile nakil vasıtalarının müsaderesi icap edip etmediğine dair bir karar verilmek gerekli bulunduğu halde yazılı şekilde ısrar edilmesi yolsuz ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla varid bulunduğundan tebliğnamedeki düşüncenin reddile mezkûr ısrar hükmünün bu sebeple bozulmasına ve 500 kuruş temyiz bozma ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 27/3/950 tarihinde oyçoğunluğu ile karar verildi.

---

**Hukuk mahkemesinde gösterilip bu mahkemece dinlenmemiş olan şahitlerin ceza mahkemesinde dinlenmeleri ve bunların ifadelerine istinaden sanığın hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etmek suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi kanuna uygun değildir.**

**Yargıtay Ceza Genel Kurulu**
**Esas : 4/518 - 103 — Karar : 88**

Hukuk Mahkemesinde dâvacı sıfatiyle Kâzım aleyhine yalan yere yemin ettiği iddiası ile sanık Ekrem Şahin'in T. C. K. nun 287. 89 uncu maddeleri gereğince altı ay hapis ve otuz lira ağır para ve üç ay kamu hzmetlerinden mahrumiyet cezalariyle mahkûmiyetine ve cezalarının ertelenmesine dair Ankara Asliye Birinci Ceza Yargıçlığından verilen 31/5/949 günlü hüküm O yer C. savcısı ile sanığın temyizlerine binaen Yargıtay 4 üncü Ceza Ceza Dairesince invelenerek; Hukuk mahkemesinde gösterilip mahkemece dinlenilmeyen ve temyizce dinlenilmemeleri tasvip edilen şahitlerin yazılı beyyine olmadan aynı sonucu ziyadesiyle hasıl edecek olan ceza dâvasından dinlenilmesi ve sonunda sanığa ceza verilmesi suretiyle Hukuk Usulünün koyduğu esaslı kaidelere muhalefet edilmesi yolsuz odluğundan bahsile bozulup mahalline iade edilmekle esk ısrarı kapsıyan adı geçen mahkemeden sonradan verilen 12/8/949 tarihli hükmün dahi temyizen incelenmesi sanık tarafından süresinde verilen dilekçe ile istenilmesine ve şartı ifa edilmesine mebni dosya C. Başsavcılığının kararda dayanılan gerekçeye ve kira akdinin şahitlede ispatı mümkün olmasına ve hukuk mahkemesi kararı ile bunun tasdikını

ihtiva eden temyiz kararının bir prensip göstermekten ziyade zati hâdiseye göre verilmiş olmasına nazaran itirazlar yerinde olmadığından reddile hükmün onanması isteğini bildiren 11/10/949 tarihli tebliğnamesiyle Birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Olayın mahiyetine ve yargılama safahatına uygun bulunan bozma sebebine uymak gerekli iken yazılı şekilde ısrar edilmesi yolsuz ve sanığın temyiz itirazları yerinde bulunduğundan tebliğnamedeki düşüncenin reddiyle mezkûr ısrar hükmünün bu sebeple BOZULMASINA ve depo edilen paranın geri verilmesine ve 500 kuruş temyiz bozma ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 27/3/950 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

---

Voleybol ağını kesmek T. C. Kanununun 516 ncı maddesinin ilk fıkrasına göre suç teşkil eder.

**Yargıtay 4. üncü Ceza Dairesi**
**Esas : 2066 — Karar : 3019**

İlk ve Ortaokul talebelerinin müşterek oynadıkları voleybol ağını kesmek suretiyle izrardan sanık İlhan Turhan'ın yapılan yargılama sonunda: T. C. K. nun 516/4, 522, 55/3-4, 89 ve 5435 sayılı kanunun ikinci maddeleri gereğince neticeten onbeş gün hapis ve iki lira yirmi kuruş ağır para cezasiyle tecziyesine ve cezasının ertelenmesine dair Marmaris Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 31/12/949 günlü hükmü Yargıtayca incelenmesi üst dereceli Muğla C. Savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

I — Suçun 516 ıncı maddenin ilk fıkrasına uyup uymadığı tartışılmadan dördüncü bent ile ceza tâyini.

Bozmayı gereklendirmiş olduğundan hükmün itiraz ve istem gibi BOZULMASINA 10/3/950 de oybirliğiyle karar verildi.

---

5435 sayılı kanunun ikinci maddesi kanunda aşağı haddi tâyin edilmiş olan para cezalarına münhasırdır.

**Yargıtay 4. üncü Ceza Dairesi**
**Esas : 2160 — Karar : 3033**

Dikkatsizlik ve tedbirsizlikle devlet ormanının yanmasına sebebiyet vermekten sanık İsmail Tahtacan'ın T. C. K. nun 383, 413, 5435 sayılı kanunun ikinci maddesi gereğince ve takdiren bir ay yirmi gün hapis, altmış lira ağır para cezalariyle hükümlülüğüne ve onbeş lira vekâlet ücretiyle yedi ira yarım duruşma harcının sanıktan alınmasına dair Edremit Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 19/12/949 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık ve o yer C. Savcılığı tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı onama isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

1 — 5435 sayılı kanunun ikinci maddesinin kanunda aşağı haddi ayrıca tâyin edilmiş olan para cezalarına münhasır olup aşağı haddi ve T. C. K. nun 19 veya 24 üncü maddelerindeki aşağı hadlerden ibaret olan para cezalarının ancak 19 ve 24 üncü maddelerin tatilleri ile on ve üç liradan başlayacağı gözetilmeden yirmi lira olarak tâyin edilen para cezasının ayrıca beş misli artırılması.

2 — 5435 sayılı kanun gözetilerek tâyin edilen para cezalarının üçer lirası birer gün hesabiyle muayyen iki nevi ceza tutarının iki ay on günden ibaret olduğu gözetilmeden harcın 100 kuruş fazla tâyini.

Bozmayı gereklendirmiş ve itirazlar bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan onama isteğinin reddiyle hükmün BOZULMASINA 10/3/950 de oybirliği ile karar verildi.

---

Sanığın kefaletle salıverilmiş olması usulün 224 üncü maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan istinabe suretiyle sorguya çekilmesine mâni değildir.

**Yargıtay 4. üncü Ceza Dairesi**
**Esas : 2227 — Karar : 3104**

Tedbirsizlik, dikkatsizlik ve evamire riayetsizlik enticesi Karakaş'ın bir buçuk ay işinden kalır şekilde yaralanmasına sebebiyet vermekten sanık Halim Tayyar Orhan'ın T. C. K. nun 459/2 inci maddesine göre üç ay hapis ve 100 lira ağır para cezasiyle mhakûmiyetine ve son tahkikat safhasında duruşmaya hiç gelmemiş olduğundan ceza Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 122 inci maddesi gereğince 200 lira kefalet parasının hazineye irat kaydına dair Turhal Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 22/12/949 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı onama isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

126

Dosyaya, gerekçeye ve takdire nazaran esas itirazları yerinde değilsede kefaletle salıverilmiş olmak sorguya çekilen sanığın usulün 224/2 inci maddesinden faydalanmasına engel olamıyacağına ve istinabe suretiyle sorguya çekilmekle sanığın duruşmadan vareste tutulmak ve duruşma sırasında mahkemede huzuruna lüzum gösterir bir karar verilmemiş olmasına göre kefalet parasının irat kaydına karar verilmesinde isabet bulunmaması yolsuz olduğundan kefalet parasının irat kaydı kararı kaldırılmak suretiyle esas hükmün ıslahen ONANILMASINL ve 850 kuruş onama harcı alınmasına 11/3/950 de oybirliğiyle kara verildi.

---

Tedbirsizlik ve dikkatsizlikle yaralamaya sebebiyet verme suçunda suç âleti olan av tüfenginin zoralımına karar verilemez.

**Yargıtay 4. Ceza Dairesi**
**Esas : 2162 — Karar : 3115**

Dikkatsizlik ve tedbirsizlikle Burhan Cahit Ereşin av tüfengile yaralayarak kolunun kesilmesi suretile tadil uzvuna sebebiyet vermekten sanık İzzet Turalı'nın T.C.K. nun 459/2 ve 5435 sayılı kanunun 2 inci maddeleri gereğince ve takdiren on ay hapsine ve 750 lira ağır para cezasile mahkûmiyetine ve silâhın zor alımına dair Kayseri Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 29/12/949 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı müsadere cihetinden bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü :

Dosyaya, gerekçeye ve takdire nazaran esas itirazları yerinde edğilse de kasıtsız suçta (suç için kullanılma) bahse konu olmadığı ve av tüfenginin evde bulundurulmasının da suç teşkil etmediği gözedilmeden çiftenin müsaaderesine karar verilmesi.

Yolsuz olduğundan hükmün bu noktadan bozulmasına, depo parasının geri verilmesine müsadere kararı kaldırılmak suretile esas hükmün ıslahan onanılmasına ve 1100 kuruş onama harcı alınmasına 11/3/950 de oybirliğile karar verildi.

127

Mahkûm olan köy muhtarı ile iki üye hakkında ihtiyar heyetinin diğer üyeleri tarafından verilen yokluk kâğıdı muteberdir.

**Yargıtay 4. Ceza Dairesi**
**Esas : 4998 — Karar : 5104**

Görevlerini kötüye kullanmaktan sanık muhtar İsmail Pehlivan, üye İbrahim Gül, Hüseyin Aktaş, Ali Tiryaki ve mükerrir Mehmet Çogalın hükümlülüklerine dair Görele Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 17/11/949 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanıklar tarafından istida edilerek dâva evrakı ret istiyen tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi.

Köyde ikinci bir ihtiyar kurulu bulunmamasına binaen mahkûm bulunan muhtarla iki üye haklarındaki kendi ilmühabelrerine kendileri iştira etmeksizin ihtiyar kurulunun diğer üyeleri tarafından verilen yokluk kâğıtlarının muteber olmasına ve arazi ve hayvan sahibi olmanın temyiz şartını yerine getirmek için bunları satmak mecburiyeti tahmil edemeyeceğine ve arazi ve hayvan sahibi gösterilenlerin depo edecek on lirasının bulunduğunun tespit edilmemesine binaen tebliğnamedeki ret istemenin reddile süresinde verilip şartı yapılmış olan temyiz dilekçelerinin kabulile esas hakkındaki mütalâaları bildirilmek üzere dosyanın C. Baş Savcılığına geri verilmesine 21/4/950 de oybirliğile karar verildi.

—o—

# Uyuşmazlık Mahkemesi

## Kararları

Ferdin hukukunu ihlâl eden fiil, idarî bir mahiyet arzettiği takdirde ihtilâfın rüyeti idarî kaza mercilerine ait olur.

Kazayı yapanların şahsî kusurlarından tevellüt eden dâvaların rüyet mercii adalet mahkemeleridir.

**Uyuşmazlık Mahkemesi**
**Esas : 1950/2 — Karar : 1950/3**

Osman, Feride namlarına velâyeten ve kendi namına asaleten Azimenin vekili Dündar Akünal tarafından er Cafer Kurt ve Albay Mümtaz Çakır ve Millî Savunma Bakanlığına izafeten İstanbul Muhakemat Müdürlüğü aleyhlerine Kadıköy Asliye İkinci Hukuk Mahkemesine ajılan dâvanın yargılaması sırasında, hazine avukatı tarafından yapılan görevsizlik savunmasının mahkemece reddine karar verilmesi üzerine Danıştay Başkanun özcüsünün Uyuşmazlık ihdasını tazammun eden 11/2/1950 tarihli yazısı ve er Cafer tarafından kullanılan kamyonetin müvekkilinin miras bırakanına çarparak yaralanmasın asebep olup hastahaneden çıktıktan sonra öldüğünden ve kazanın kamyonetin el ve ayak firenlerinin bozuk olmasından ileri geldiği anlaşıldığından ve bozuk araba ile yola çıkan şoför ve yola çıkmağı emreden âmir kusurlu bulunduğundan ve arabanın nezaretinden Millî Savunma Bakanlığı mesul olduğundan onbin lira tazminatın tahsiline dair dâva dilekçesi ve kamyonetin âmme hizmetinin yapılması maksadiyle sevk ve idare edilebileceğine nazaran hâdisenin âmme hizmetinin ifası sırasında vukua geldiğini kabul etmek lâzım geldiğinden dâvayı görmek mahkemenin vazifesi dışında olduğuna dair hazine vekilinin cevap lâyihası ve görevsizlik savunmasının reddi hususundaki mahkemenin ara kararı ve dosyadaki diğer kâğıtlar okunup Başkanun Sözcüsünün dâvanın görülmesi idare yargı yerine ait olduğuna mütaallik düşüncesi dinlendikten ve Uyuşmazlık Mahkemesine müracaatın kanunda yazılı süre içinde ve şekillerine uygun olarak yapıldığı anlaşıldıktan sonra 19/3/1950 tarihindeki oturumda gereği konuşulup düşünüldü :

3546 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin A bendinde rüyeti Adlî Mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Danıştayda görüleceği yazılı olmasına ve bu itibarla Danıştayın bir dâvayı görebilmesi için ferd hukukunu ihlâl eden fiilin idarî bir fiil olması icap eylemesine ve hâdisede dâvacı idarî bir fiilden dolayı hukukunun ihlâl edildiğini iddia etmeyip kazayı yapanların tedbirsizlik ve dikkatsizlik gibi haksız fiiller ve şahsî kusurları sebebiyle zarara uğradığını ileri sürmesine göre keyfiyet özel hukuku ilgilendirmekte olduğundan işbu dâvaya bakmağa Adalet Mahkemesinin görevli bulunduğuna 16/3/1950 gününde çoklukla karar verildi.

## MUHALEFET ŞERHİ

Dâva, âmme hizmetini işleyişi sırasında vâkı olan bir zararın tazmini talebi ve hizmet kusuru isnadiyle idare aleyhine açılmış bir tam kaza dâvasıdır.

Hizmet kusuru, idare hukuku esaslarına göre memur ve mühtahdemlerin şahsına değil idareye izafesi icabeden hukukî bir mefhum ve bir terim olup, Borçlar Kanunundaki «haksız fiil» tâbir ve teriminden tamamen başka ve kendine has bir karekter taşır.

Hizmete atf ve isnadedilen kusuru, şahısların fiil ve hareketinden ziyade idarenin ezcümle tertip, tanzim, teşkil ve işleyişinde aramak iktiza eder. Diğer bir söyleyişle haksız fiilin yarattığı kusur şahsîdir. Hizmet kusuru ise gayri şahsî ve objektiftir.

Sırf idare hukukunun mevlûdu olan ve hizmetin mahiyet ve icablarına göre tâyin ve takdiri icabeden hizmet kusurunun, hususî hukuk manzumesine dahil bulunması itibariyle ayrı bir bünye ve mahiyet arzeden haksız fiil müesessesinin kıstaslarına göre araştırılması ve müsbet hukukun (Danıştay Kanunu madde : 23) açık ve kat'î metinlerine rağmen idarî ve adlî kaza mercilerinin vazifelerini tahdid ve tefrikte idarî muamele ve kararlar ile idarî fiil arasında bir fark gözetilmesi bilhassa idarî rejimi kabul etmiş olan hukuk sistemimizin maksat ve gayesiyle te'lif edilemez. Binaenaleyh dâvanın tabiî ve kanunî mercii olan idarî kazaya tevdii lâzım geleceği reyindeyiz.

---

130

Esas dâvayı görmekle vazifelendirilen mahkemede ileri sürülmesi icabeden hususata müteallik iddia, uyuşmazlık mahkemesinden verilen kararın tavzihini mucip bir sebep olamaz.

**Uyuşmazlık Mahkemesi**
**Esas : 1950/5 — Karar : 1950/4**

Devlet Demir Yolları Muhasebe memuru Said Fırat'ın 4620 sayılı kanunun üçüncü maddesinin (F) fıkrası gereğince 31/5/1944 tarihinden itibaren kadrosu içinde bir üst dereceye yükseltilmesi dairesince teklif edildiği halde Maliye Bakanlığınca 31/10/1945 tarihinden itibaren yükseltilmesine itirazla yükselmesinin 31/5/1944 gününden itibar edilerek arada geçen 17 aylık süreye ait maaş farkının verilmesi talebiyle Danıştay Beşinci Dairesine ve Ankara 6 ıncı Asliye Hukuk Mahkemesine açtığı dâvaların görevsizlik noktasından reddedilmesi üzerine meydana çıkan selbî vazife ihtilâfının halli ve dâvaya bakacak mahkemenin tâyini dâvası tarafından dilekçe ile istenilmişti. Uyuşmazlık Mahkemesinin bu hususta yaptığı inceleme sonunda; 12/5/1949 günlü kararıyle, Devlet Demir Yolları Muhasebe memurlarından olan dilekcinin tâyin, tebdil ve yükseltilmesi 1784 sayılı kanun mucibince Maliye Bakanlığına ait bulunmakta ise de, aylığı Devlet Demir Yolları bütçesinedn tediye edilmekte olması itibariyle dâva konusunun bu idare ile dâvacı arasındaki bir münasebete taallûk ettiğini kabul etmek zarurîdir. Diğer taraftan Devlet Demir Yolları İdaresinin teşkilât ve vazifelerine dair olan 1042 sayılı kanunun 6 ıncı maddesi gereğince mezkûr idare dahilî muamelâtında eşhas ve müesseessat ve kendi müstahdemleriyle olan münasebetlerinde hususî hukuk hükümlerine tâbi tutulmuş olduğu cihetle dâvanın adalet mahkemelerinde görülmesi gerekeceği tabiidir. Bu itibarla Ankara Asliye Mahkemesinin vazifesizliğe mütedair kararında isabet bulunmadığından bu kararın kaldırılmasına karar verilmişti. Bu kere Maliye Bakanlığı adına Müşavir avukatı Lûtfi Hakeri tarafından Uyuşmazlık Mahkemesine verilen 21/2/1950 günlü tavzih dilekçesinde; Yüksek mahkememizin kararında bir taraftan 1784 sayılı kanun gereğince Devlet Demir Yolları Muhasebe memurlarının tâyin, tebdil ve terfii hususlarının Bakanlığımıza ait olduğu belirtilmekte, diğer taraftan dâvalı aylığını Devlet Demir Yolları bütçesinden almakta olması ve 1042 sayılı kanunun 6 ıncı maddesi gereğince idare ile memur ve müstahdemleri arasında hususî hukuk kaideleri tatbik eidleceği mucip sebebiyle ihtilâfı rüyete Adliye Mahkemelerinin vazifeli olduğu neticesine varılmaktadır. Halbuki, dâvacı gerek Danıştayda, gerek Adliye mahkemesinde Bakanlığımızı hasım göstererek dâva açmıştır. Filhakika inha Bakanlığımızca bazı sebepler tahtında geç tasdik edilmiş olduğundan ihtilâf Bakanlığımızla tahaddüs etmiş, dâva Bakanlığımıza tevcih edilmişdir. Bu çeşit



131

bir dâvaya Danıştayın bakması zamurîdir. bununla beraber yüksek maddemeninizin kararının son kısmında büsbütün başka bir neticeye varılmakda, Devlet Demir Yolları idaresiyle memurları arasında hususî hukuk münasebetleri carî olduğundan dâvaya Atliye Mahkemelerinin bakması lâzımgeldiği karar altına alınmaktadır. Bu netice, dâva Devlet Demir Yolları aleyhine açılmış olsaydı, doğru olurdu. Ancak bilindiği üzere dâvacı, Bakanlığımızı dâva etmekde olduğuna ve Bankalığımızla Muhasebe Memurları arasındaki münasebetler 1784 sayılı kanuna müatenid bulunduğuna göre hususî hukuk kaidelerine tâbi olması bahis mevzuu olmayan böyle bir ihtilâfı rüyete Adliye Muhakemeleri vazifeleri olmaz. Binaanalyh kararın bu bakımdan yavzihi ve husumetin Bakanlığımıza tevcih edilmesi halinde dâvaya Danıştayca bakılması gerekeceği, ancak; husumet Devlet Demir Yolları Genel Müdürlüğüne tevcih edildiği takdirde ihtilâfın Adliye Mahkemelerinde görülmesi lâzım geldiği hususunun tavzihan tasrihi istenilmesi üzerine Uyuşmazlık Mahkemesinin 16/3/1950 günlü oturumunda bu hususiaki dosyadaki kâğıtlar okunup gereği konuşulup düşünüldü:

Devlet Demir Yolları İdaresi Muhasebe memurları da bu idarenin teşkilâtına dahil bir ajan olmaktan başka vasıf taşımaz. Aylıkları idare bütçesinden ödenir, diğer bütün memur ve müstahdemler gibi idare ile münesebatı aynı statüye tevfikan cereyan eder. Bunların Demir Yolları Umum Müdürlüğü mevzuatına göre yapılan tâyin ve terfi' muamelelerinin 1784 sayılı kanun mucibince Maliye Bakanın tasvibi ile tekemmül etmiş olması, kendilerinin bu Bakanlığın teşkilâtına dahil ve Devlet memurlarına mahsus statüye bağlı memur sayılmasını ve bu muamelenin Maliye Bakanlığı statüsüne göre carî münasebet nev'inden telâkkisini ve Demir Yolları İdaresi statüsünün tatbikatından doğmuş olan bir dâvanın 1042 sayılı kanunun 6 ıncı maddesiyle belirtilmiş olan kaza merciinin tebdilini icabettiremez.

Esas dâvayı görmekle vazifelendirilen mahkemede ileri sürülmesi icabeden husumete mütaallik iddia ise kararın tevzihini mucip bir sebep olarak kabul edilemez. Binaenaleyh tavzihi istenilen kararda bir gûna itham ve tenakus bulunmadığından yerinde olmayan talebin reddine 16/3/1950 gününde oybirliğile karar verildi.

---

Harp gemilerinin manevra esnasında ika ettikleri zararların tazmini iddiası, 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun 62 ve 58 inci maddeleri uyarınca evvelki emirde özel bir komisyonda incelenir.

Komisyon kararına ademi kanaat halinde ihtilâfın halli adalet mahkemelerine aittir.

**Uyuşmazlık Mahkemesi**

**Esas : 1949/12 — Karar : 1949/14**

Leman Yılmaz ve arkadaşları vekili avukat Ahmet Arif İyicil tarafından Millî Savunma Bakanlığı Donanma Komutanlığına izafeten İstanbul Maliye Muhakemat Müdürlüğü aleyhine İstanbul Asliye Birinci Hukuk Yargıçlığında açılmış ve mahkemenin 1949/5 esas numarasında mukayyed bulunmuş olan dâva dolayısiyle İstanbul Valiliğinin tahriki üzerine Danıştay Kanun Sözcüsünün icabî uyuşmazlık ihdasını tazammun eden 17/8/949 tarihli yazısı ;

İstanbul Boğazında seyreden harp filosunun, mutasarrıf oldukları yalının rıhtımının yıkılmasına ve toprağın Denize akmasına sebebiyet verdiği ileri sürülerek zararlarının tazmini talebini havi dâva dilekçesi ;

Dâvalı idarenin, dâva dilekçesine karşı vermiş olduğu vazife def'ini mutazammın yazılı cevabı ;

Asliye mahkemesinin, bu dâvayı görmeğe vazifeli olduğu hakkındaki 27/6/1949 tarihli kararı ;

İstanbul Valiliği tarafından Danıştay Başkanun Sözcülüğüne gönderilen ve merci tâyinine mütedair olan yazı ;

Dâvacılar vekilinin, bir harp filosunun manevra esnasında yaptığı hasarların haksız bir fiilin mahsulü olduğu, bu duruma nazaran filonun seyrinin âmme hizmetiyle alâkalı olmadığı, 3634 sayılı kanundaki hükümlerin de kendi görüşlerini teyit eylediği, bu itibarla dâvanın tetkik ve hallinin Adalet Mahkemesine ait bulunduğu yolundaki cevabı okunup;

Danıştay Başkanun Sözcüsünün (dâva, dâva evrakının tetkikinden de anlaşılacağı veçhile zarar ika eden gemilerin harp gemisi olması ve seyrüseferlerinin manevra gibi askerî icaplarla icra edilmiş bulunması itibariyle meydana gelen zararın âmme hizmeti ifası neticesinde tahaddüs ettiğini kabul etmek zaruridir. Bu itibarla dâvanın tetkikinin Adalet yargı yerlerinin vazifesi haricinde kaldığını gösteren başka delil zikrine lüzum görülmemiştir. Bu sebebe binaen Adalet Mahkemesinin vazifeli bulunduğu yolundaki kararı yerinde görülmediğini belirten düşüncesi dinlendikten sonra Uyuşmazlık Mahkemesinin 18/10/1949 tarihli oturumunad keyfiyet incelenerek gereği düşünüldü :

Harp gemilerinin manevra esnasında ika ettikleri zararların tazmini istemiyle açılan dâvaların âmme hizmetiyle ilgili bir işte hizmet kusuru veya idare hukukunda carî diğer tazmin esasları bakımından münakaşası kanunların ayrı bir yargı mercii göstermemiş olduğu hallerde mümkün olabilir. Halbuki, 3634 sayılı Millî Müdafaa mükellefiyeti Kanununun 62 ve 58 inci maddelerinde; manevralar dolayısiyle vukua gelen zarar ve hasar-

ların Devlet tarafından tazmin olunacağı ve önce bu hususda özel bir komisyonun karar vereceği ve komisyon kararına razı olmıyanların mahkemeye müracaat edebileceği tahsis edilmiş olmasına göre, davanın tetkik ve hallinin Adalet Mahkemesine ait olduğu aşikâr olduğundan Danıştay Kanun Sözcüsünün dileğinin reddine 18/10/1949 tarihinde oybirliğile karar verildi.

—o—

# ADALET DERGİSİ

**Sayısı 100, yıllık abonesi 1000 kuruştur.**

---

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

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

| *Adı* | *Fiyatı Kr* |
|---|---|
| Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu alfabetik fihristi | 75 |
| Deniz Ticareti Kanunu | 50 |
| Hâkimler Kanunu | 50 |
| Meşhut Suçlar Kanunu | 15 |
| „ „ „ talimatı | 15 |
| Varşova konferansı | 75 |
| Tamimler mec. (1928 - 1937). | 175 |
| „ „ (1938) | 100 |
| „ „ (1939—1940) | 100 |
| Noter Kanunu | 50 |
| Devletler umumi hukuku | 300 |
| Madrid Konferansı | 100 |
| Aynî Haklar 1 inci kısım | 600 |
| Aynî Haklar 2 inci kısım | 750 |
| Z. Ş. Aile Hukuku (949) | 300 |
| Deniz Tiearet Hukuku | 300 |

---

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

135

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 5 0

136