ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 41 SAYI : 8

Ankara Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 5 0

137

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
Ayni Haklar 1 inci kısım	600
Ayni Haklar 2 inci kısım	750
Z. Ş. Aile Hukuku (949)	300
Deniz Ticaret Hukuku	300

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

160

ADLÎ TIP BAKIMINDAN İNTİHARLAR HAKKINDA BİR İNCELEME

Yazan : **Prof. Dr. Behçet Tahsin KAMAY**
Tıp Fakültesi Adlî Tıp ve Sosyal Tıp
Enstitüsü Direktörü

İnsanın kendisini öldürmesi, haddizatında biyolojik bir gayri tabiilik-tir, **(Monstruosité)**. Tabiata karşı işlenmiş bir cinayettir, çünkü, nefsi muhafaza insiyakının inkârıdır : Bu onun marazî bir karakteri olduğu neticesine götürmektedir. **Fransa**'da 1922 de intiharların sayısı 8.612 ye çıkmıştır; yavaş daimi yükseliş, on yılda 1000 kadardır.

Bir çok memleketlerde olduğu gibi asılma suretiyle intihar en çok başvurulan şekildir. **Fransa'da** intiharların umumî yekûnunun yarısı asılma suretiyle olmaktadır. Suda boğulma suretiyle intihar, vakaların 1/4 ünü, ateşli silâhlarla intihar ise, vakaların 1/7 sini doldurmaktadır. Bilâhara sırasiyle kömürle zehirlenmeler. kesici âletler, barbitüriklerle intiharlar gelir.

İngiltere ve **Gal**'de yüzbinde 12.7 dir (senede 5000). Burada da erkekler asılmayı ve iple boğmayı tercih ederler. Daha az nisbette ise kesici âletler ve suda boğulma ile intiharlar gelir. Kadınlar daha az şiddetli vasıtalar kullanırlar. En önde suda boğulma, kömür gazı ve bunlardan sonra da barbitüriklerle intiharlar gelir. **Bizim**, Ankara'da belediye kayıtlarından çıkararak yaptığımız istatistiklere nazaran belediye hudutları dahilinde 19 yıl içinde intihar edenlerin yekûnu 113 dür. Bunlardan % 50,2 si asılmak suretiyle, 1/4 ü ateşli silâhlarla, ondan sonra barbitürikler, yanmak ve suda boğulmak suretiyle intiharlar gelmektedir.

İntiharda determinizm

Kompleks bir hâdise olan intihar, üç çeşit sebeple meydana gelmiş olabilir :

A) İstidattan gelme sebepler, herkesçe malûmdur : Cinsiyetin tesiri; gerek İngiltere ve gerek Fransa'daki intihar vakaları, erkeklerde, kadınlara nazaran üç misli fazla görülmektedir. Bizim, Ankara hudutları dahilinde topladığımız 19 yıldaki intihar yekûnu 113 olup; bunlardan 83 ü erkek ve 30 u kadındır ki, bizde de erkek nisbeti kadına nazaran 2.8 fazladır. Hemen hemen İngiltere ve Fransa'dakinin aynı demektir.

Mevsimin çok açık şekilde görülen tesiri : Fransa'da intihar vakaları Temmuzda âzamî nisbeti, Şubatta da asgarî nisbeti göstermektedir. İngiltere'de en çok Mayıs ve Haziran aylarında, en az Ekim ve Aralık aylarında görülmektedir. Bizim, Ankarada tesbit ettiğimize nazaran en çok Nisan ve Temmuz aylarına, en az ise Mart, Kasım ve Aralık aylarına rastlamaktadır.

Yaşın tesiri : İntiharların vukuu on yaşından itibaren müşahede olunmağa başlar. Erkeklerde yaş ilerledikçe aynı yaştan şahısların sayısına nisbetle muntazaman artar, ve seksen yaşına kadar görülür. Kadınlarda ise, otuz yaşına doğru hafifçe artar, ondan sonra sabit kalır.

Fransa'da intiharların şehirlere nazaran nisbeti köylerdekinin iki mislidir. (100000 nüfusta, şehirlerde % 24, 3 olmasına karşılık, köylerde %13, 2 dir).

Biz, köylerdeki intihar adedini toplayamadığımız için şehirlere nazaran nisbetini bildirmeğe imkân bulamadık, yalnız uzun müddet devam eden adlî tıp hayatımızda, köydeki intiharların şehirlere nazaran düşük olduğunu söyleyebiliriz.

Bekârlar arasında kendini öldürenler, evli olup da intihar edenlerin ikî mislidir. Belediyelerimizdeki ölüm kayıtlarında intihar edenlerin evli veya bekâr olduklarına dair sosyal durumları malesef yazılı olmadığından bu cihetleri incelemek fırsatını bulamadık.

Mesleğin tesiri daha çok münakaşa edilen bir problemdir. Bununla beraber doktorluk, kimyagerlik, eczacılık, ebelik gibi meslekler intiharlara fırsat verir. Keza kasaplık, askerlik gibi bazı meslekler de şiddet istimaline karşı alışkanlık yaratır.

Irkın tesiri: Aşağıdaki rakamlardan az çok bir netice çıkarmak kabildir. Fransa'da 1927 de 100000 nufusta 19, 3, Almanya'da 25, 3, İsviçre'de 24. 5, Belçika'da 15. 6, İngiltere'de 12. 6, İtalya'da 10. 3 olarak tesbit edilmiştir. Milletimizin en az intihar eden milletler arasında olduğu iftiharla kaydedilebilir.

Sosyal, siyasal ve ekonomik tesirler gayri kabili itirazdır. Bunların neticesi, Almanyada 1914 - 1918 harbinden sonra, Birleşik Amerika'da da 1931 deki şiddetli iktisadî buhran sırasında kendisini vazıh bir şekilde göstermiştir. Elimizde büyük şehirlerimize ait doğru istatistikler bulunsa ikinci cihan harbinin sefalet ve ıstırapları içinde memleketimizde de intiharların ne dereceye kadar yükseldiğinin rakamla ifadesini vermek kabil olabilirdi.

Kozmik tesirler seri halinde gruplanma hâdidesini izah eder.

Nihayet, psiko-biyolojik halin rolü şu vakıa ile bedahat derecesinde kendini gösterir ki: kadınlardan intihar edenlerin %35'i, aybaşı devrelerinde bu fiili işlemişlerdir. **Tourd** adındaki Fransız Adlî Tıp Profesörü de vermiş olduğu istatistiklerde intihar eden kadınların üçte birinin menopoz zamanında bu fiile başvurduklarını söylemek suretiyle umumî mütalâayı teyit etmektedir (1).

Bir âmil olduğu zaman telkin de intiharın sebebi olmaktan ziyade usulünü tâyin etmekte müessir olabilir.

B) Vakaların üçte birinide, belli karakterde aklî haller dahildir: Melankolik intihar, melankolik karakterde bütün psikozlarda - devri psikozlar, ihtiyarlığa tekaddüm eden psikozlar, müzmin bazı aklolizm şekilleri, depressif şekili gösteren umumî ve mürekki felç, ilâ... - müşahede olunur. Manyak intiharı, fevrî (impulsif) veya otomatik intihar, ve başka hakikî veya muhayyel hiçbir sebebi olmaksızın, sadece ölüm fikrî sabiti neticesinde opsessif intihar vakaları **Durkheim** tarafından kaydedilmiştir.

İntihar monomanisi mevcut değildir; bütün bu vakalarda irsî olan şey, intihar değil, intiharı tevlit eden psikozdur. Taklit, intiharın tarzını seçmede işe karışır. İntihar fiili, umumîyetle emredici bir birsam, hezeyan halini alan bir fikir, âni bir feveran neticesinde vukubulur.

Başka hallerde, anket, hyperémotive (fevkalâde teheyyüce müstait) veya korku halinde bulunan bir bünye, hususî bir incinme kabiliyeti, heyecan verici hâdiseler. Ve tesirlere karşı ruhî bir hassasiyet hususiyeti meydana koyar. «Korku nasıl aşırı teheyyücün en ileri derecesi ise, intihar da korkunun en yüksek zirvesidir». Bu hususta verilecek en güzel misal, bir taarruz arifesinde, korku ve endişenin en yüksek mertebesine düşmüş olan askerin intihar fiilini işlemesi vakıasıdır.

«İntihar klupleri» halinde gruplanmak suretiyle, zayıf mahlûklar, kendi kendine karşı bir intihar fiilini ika edebilmek için zarurî olan ruhi hazırlığın rolünü çok güzel göstermiş oluyorlar.

C) Arızî sebeplerin işe karışması : Dayanıksız bir ruhi muvazeneyi bozmak, teheyyücî sademeyi, manevî tromatizmi tahrik etmeye yarar; bunun neticesinde aşırı teheyyüç kabiliyeti son haddini bulur. Depresyon

(1) Adlî tıp mensubu meslekdaşlarımış, rastladıkları intihar vak'alarında yukarıda saydığımız faktörleri tesbit ve tetkik ederek müşahedelerini ihsaî bir şekilde neşredecek veya bildirecek olurlarsa bu hususdaki noksanı telâfi etmiş olurlar. Bu yüzden hem adlî tıp ve hem sosyal tıp faydalanır; diğer memleketlerle mukayesesi yapılır ve tedavi çareleri araştırılır.

143

veya korkunun zembereği boşalır, kendini kontröl ve tenkid kabiliyeti körlenir, ve irade yok olur. Binaenaleyh, korkunun doğması için lâzım olan bütün sebepler bu arada sayılabilir : Şerefsizlik korkusu, tevkif, kaçınılmaz bir tehlike, büyük bir âfetten korku (Milâdin bininci yılında, veya 1916, ve 1927 de, kuyruklu yıldızların zuhurundaki intiharlar); keza keder, ıstırap, depresyon, ümitsizlik doğuran sebepler de bu meyandadır : Sefalet ve fakirlik, aile felâketleri ve kederleri, ümitsiz aşklar, kumarda kaybetme ve iflâs, ıstırap verici ve kurtuluş çaresi olmayan kalb, kanser, verem gibi hastalıklar, müstemlekelerde kalmağa mahkûm kimselerin duydukları çeşitten can sıkıntısı, hayat bezginliği ilâ...

Vakaların ekseriyetinde, bir psikopati bahis mevzuu olmadığı zamanlar, intihar, dahilî ve ruhî bir buhranın müntehası olarak mütalâa olunabilir : Bu buhranın mekanizması üç faktörün emri altında hareket eder : Korku veya depresyon tevlit edici mahiyetinde arızî bir sebep, aşırı teheyyüç kabiliyetini ve korku ve endişe istidadını haiz bir bünye ve psikolabil bir fertte şiddetli bir teessürî hal tâyin eder.

İntiharı melhûz olan ve çok defa sinsi ve sükûti davranan şahsın, bilhassa böyle ruhî suicidogène buhranı sırasında nezaret ve muhafaza altında bulundurulması yakınları için kanunî bir mecburiyettir.

Sosyal plâna nakledildiği zaman bütün bu mülâhazalar azçok şunu ispat ediyor ki : İntiharların çokluğu veya azlığı bir milletin ruhî sıhhat derecesinin bir ölçüsüdür. Binaenaleyh bir sosyal patoloji hâdisesi olarak telâkki edilen intihara ait istatistikler adetâ bir toplumun ruhî maraziliğini ölçen bir barometrenin ehemmiyetini haizdir. Bu barometre, en medenî memleketlerde yükseliyor : 1920 denberi, Birleşik Amerika'da, intiharların sayısı yılda % 5 nisbetinde artmış olduğunu görüyoruz.

Adlî tıp mevzuu olarak intihar

Fransız ihtilâli Montesquieu'nun fikrinden ilham almıştır : Deliliğin neticeleri nasıl cezalandırılmıyorsa, kendisi öldürme fiili de aynı şekilde cezalandırılmaz. Büyük ihtilâl, eski cezaî hükümleri : Bir kalbur üzerinde ata bağlanıp sürüklenmeyi, bir mezarlıkta gömülme memnuiyeti, hükümdarın, saray mensuplarına hediyesi makamında olan mülklerin müsaderesi, ailenin mesul tutulması gibi bütün hükümleri ilga etmiştir.

İngiletre'de bir zamanlar intihar edenler vücutlarından kazıklar geçirilerek bir yola gömülür, eşyası müsadere edilirdi. Daha sonraları gece saat 9 - 12 arasında gömülmelerine müsaade edilirdi. Bugün yegâne ceza Anglikanlarda tam âyin yapılmaması, Katolikler de ise Katloik mezarına gömülmemesi ve papazın hazır bulunmamasıdır.

Zamanımızda, hiç değilse **Fransa**'da maddî veya manevî (euthanasie) bir suç ortaklığı mevcut olduğu zaman ve bilhassa, intihar ihtimalini bertaraf etmek suretiyle bir cinayet vakıasını tespit etmek için Savcılık ve Yargıç işe müdahale eder.

Kendini öldüren şahıs tarafından, gerek onun ailesi tarafından maskelenen, veya gizlenen intihar vakası, kaçınılması gereken bir takım yanlışlıklara yol açabilir. Bu itibarla Türk Ceza Kanununun 454 üncü maddesi şu hükmi ihtiva eder :

«Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vukubulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur».

Hukuk mahkemelerinde, intihar bir hayat sigortasının muteberliği meselesini ortaya koyar. Fakat bu gibi hallerde, aklî teşevvüşün mevcut olmayıp, iradî bir intiharın vukubulduğunun isbatı sigorta şirketlerine düşer.

İngiltere ve **Fransa**'da aileler dinî defin töreni için müsaade alabilmek üzere, umumiyetle ölmüş olan şahsın, zihnî melekelerine sahip olmadığını beyan eden bir tıbbi rapor elde etmek isterler. Doktor yukarda üzerinde durulan noktaî nazara iştiark ettiği takdirde, bir intihar vakasının daima bir aklî teşevvüşe delâlet ettiğini raporunda bildirebilir.

İntihar karşısında hekimin vazifesi

Kendini öldürmeğe teşebbüs eden bir şahıs karşısında hekimin vazifesi nedir?. Bu mesele, doktorlar zümresini iki gruba ayırmıştır.

Azınlıkta kalan bir grup hekimin, ferdî hürriyet prensibine, insanın kendi nefsine tasarruf hakkına — aklî teşevvüşe uğramış hali müstesna olmak üzere — hürmet etmesi lâzım geldiği mütalâasındadır. Bu düşünceye sahip doktorlar, aklı yerinde olarak, yemek yemekten imtina eden (Açlık grevi), veya bir intihar teşebbüsü neticesi, kendisini kurtarmak için yapılmak istenen ameliyeleri kabul etmeyen bir şahsa karşı cebir kullanılmamasını müdafaa ederler.

Bu teoriye inananlara göre, esasen intihar iradesiz, muvazenesiz, bozuk mahlûkları ortadan kaldıran tabiî bir istifadır. Bu, hayat müdafaasının bir vasıtasıdır. Binnetice, intihara namzet olanların rahat rahat ölmelerine müsaade etmeli ve yaşamaktan başka bir şey istemiyenlerin hayatını kolaylaştırmalıdır.

Bunun zıddı olan tez, hayatın, bir insanın sırf kendi mülkü olmadığı fikrini müdafaa eder. İnsan hayata tasarruf edemez. Bir insanın hayatı

kısmen, onu yetiştirmekte payı olan cemiyetindir. Bundan başka hekim mesleği icabı, insan hayatını korumak, insanın ölümüne mâni olmakla mükelleftir. Ayni zamanda intihar edenlerin bir akıl hastası mı, yoksa bir irade zaafı ile mi intihara teşebbüs ettiğini tâyin etmek her zaman kolay değildir. Aileler kendi yakınları bulunan kimselerin bir akıl hastası olup olmadığını bilemezler. Hattâ bir ruh hekiminin muayenesinden geçmeden pek çok defa akıl hastalığının mevcut olup olmadığını kestirmek kabil değildir. Bu itibarla da hekim intihar namzedinin hayatını kurtarmağa mecburdur. Kaldı ki, kanun da bunu âmirdir. Aksi ceza ile mukabele görür. İntihar maksadı ile bilek damarının kesilmesi vakası karşısında kanı durduramıyan bir doktor. Bu. İsme ve şerefe lâyık olamaz.

Nihayet, ve bilhassa intihar fiillinin vukuu anında, müntehir, kendi kendini kontrol edemez hale gelmiş bir hastadır ve ona yardım şarttır.

—o—

Matbuat hürriyeti ve matbuat rejimleri hakkında mukayeseli etüd ve mer'i Fransız Matbuat Kanunu

.....

Yazan : **Dr. Hadi T A N**

Matbuatın (Basın ve Yayın) millet bünyesinde icra eylediği tesirin kıymet ve ehemmiyeti aşikârdır. Bugünkü demokratik hayatın gelişmesinde ve kökleşmesinde, millî birliğin istikrarında, halk efkârının doğuş ve belirişinde, sosyal ve politik ilerlemelerde basına düşen görevin mâna ve şümulü kayda değer mahiyettedir.

Demokratik nizamın gerektiği şekilde kuvvetlenmesini ve gelişmesini sağlayacak vasıtalardan sayılan basın ve yayın aynı zamanda halk efkârının temsilcisidir.

Devlet, bütün faaliyetini halk çoğunluğunun düşünüş ve görüşüne istinat ettirmekle hakiki demokrasi ruhuna yaklaşmış olur, zira halk çoğunluğunun düşünüş ve görüşünü açıklayan vasıtalardan başlıcası basındır.

Sosyal bünyede büyük değerde tesir icra eden basın ve yayının kendisinden beklenilen yüksek görevi ifa edebilmesi için bağımsızlığının sağlanması zaruridir. Esasen modern demokrasi prensipleri de bu hususu lüzumlu kılar. Basın hürriyetine dayanan demokrasiler gerçek demokrasi vasfını ihraz edebilirler.

Hür basın yalnız demokrasinin tahakkuku için gerekli vasıtalardan biri ve halk görüşünün tercümanı olmakla kalmaz, aynı zamanda milletçe kalkınmayı ve sosyal hakikatların teessüs ve gelişmesini, toplumun olgunluğunu ve milletlerarası münasebetlerin istikrarını sağlar. İşte bu esasları gözönünde tutan Anayasamız, (70) ve (77) nci maddelerinde, yayın hürriyetini türklerin tabii haklarından saymış ve basınında kanun çerçivesinde, serbest olduğunu, yayından önce denetlenemiyeceğini ve yoklanamıyacağını emreylemiştir. Yine Anayasa, bazı hürriyetlerde olduğu gibi, basın ve yayın hürriyetinin de sınırlarını çizmek lüzumunu duymuştur. Çünkü; basının müsellem olan yapıcı kudreti yanında yıkıcı kudreti de vardır. Bu hürriyetin kötüye kullanılması halinde basından beklenilen faide derhal zail olarak devletin yüksek menfaatlerine dokunulmuş, vatandaş şeref ve haysiyeti kırılmış ve dolayısile toplumdaki asli düzen ve güven kökünden sarsılmış olur. Bunun içindir ki, basın ve yayın hürriyetini Anayasanın emrettiği veçhile zedelemeden düzenlemek gereklidir.

Medeniyet âleminde hür ve demokratik devletlerin hepsinin büyük

bir titizlik ile üzerinde durduğu en mühim problemlerden birisi de budur. Yani basın ve yayın hürriyetini müspet ve müstekar birstatüye tâbi kılmanın diğer bir deyimle onun yapıcı ve yıkıcı kudretini telif ederek matlup faideyi sağlamanın lüzum ve ehemmiyeti takdir edilmiş bulunmaktadır.

İnsanlık âleminin en son geçirdiği ikinci dünya savaşının neticelerinden olmak üzere görüş ve yayışlarda vücuda gelen derin ve büyük değişikliklerin müspet ve menfi akisleri yurdumuzda, Türk toplum hayatında dahi vazihan müşahede edilmektedir. Ezcümle ferd haklarının ve hürriyetlerinin mukaddes ve asli bia varlık olarak kabulü ve hürriyelteri lâyık olduğu şekilde teminat altında bulundurmanın lüzumu inkârı mümkün olmıyan bir hakikattır. Bununla beraber büyük Türk Milletinin politik olgunluğu sayesinde vücut bulan, gelişmesine ve kökleşmesine çalışılan demokratik hayatın icabatından olmak üzere yeni görüşe ve yaşayışa uymıyan bazı mevzuatın değiştirilmesinin ve gerekirse yeni baştan tanzim ve tedvin edilmesinin sağlayacağı faide müsellemdir. İşte bu cümleden olmak üzere, Türk demokrasisinni zaferinde, büyük rolü olan basın ve yayını yeni bir statüye tâbi kılmanın daha açık ifade ile eski Matbuat Kanununu bertaraf ederek milletimizin hususiyetleri, mevcut realiteler ve yapılmış olan tenkidler nazara alınarak ilmin ve kanun tekniğinin lüzumlu kıldığı esaslara da yer verilmek ve modern demokrasi prensiplerine sadakat gösterilmek ve basın hürriyetini halde ve gelecekte takyit etme şüphesini arzeden hususlardan içtinap edilmek suretile yeni bir basın kanunu hazırlanmasının lüzumuna katiyetle inanmış bulunuyoruz.

Müstakil bir Basın Kanununa ihtiyaç bulunup bulunmadığı meselesi, bugün dahi, münakaşa hudutlarını katederek müspet bir şekli hal bulmuş değildir. Netekim, basın ve yayının müstakil bir kanunla tanzim edilmesi fikri yanında bu hususun alâkalı kanunlara serpiştirilmek suretile teminine matuf olan fikirde inkişaf etmektedir. Bu iki esas fikri telif zımnında vücut bulmuş ve bugün dahi literatürlerde müspet tenkitlere maruz kalmış bir fikir daha mevcuttur. Bu fikre göre: «Bir Basın Kanununa lüzum ve ihtiyaç vardır. Fakat bu basın kanunile yalnız matbuat disiplini tanzim olunmalıdır. Meselâ: Bir mevkut veya gayri mevkutenin yayınlanması için lüzumlu olan formalite ve şeraitin nelerden ibaret bulunduğu bu kanunda gösterilmelidir. Matbuat suçları ile mesuliyet rejimi genel kanunlara bırakılmalı ve matbuatı ilgilendiren diğer hususat taallûk ettiği kanunlarda yer bulmalıdır» denilmektedir. Gerek nazarî ve gerek tatbiki bakımdan hadis olan bu ayrılıkların tek sebebi yayın yolula işlenmiş yasak eylemelerin hususuyeti teşkil eder. Ez-cümle,muhtavası suç teş-

kil eden bir yazı veya resmin suçluluk sahasına çıkabilmesi için bu yazının yazılmasından veya resmin çizilmesinden başka ayrıca daha bir çok asli faktörlere ihtiyaç vardır. Netekim yazıyı yazan veya resmî çizen kimse bunu yanında bulundursa neşredilmiş olmadıkça aleyniyete intikal edemez. Neşr için de o yazı veya resmin bir mevkutede faal rolü oynayan mesul müdürün tasvibinden geçmiş olması, matbaada basılmış bulunması veya basıldıktan sonra da tevzi edilmesi şarttır. Binaenaleyh muhtavası suç teşkil eden bir yazı veya resim mes'ul müdürün tasvibinden geçmedikce matbaacı tarafından tab edilerek yayın sahasına intikal ettirilmedikçe suç var denemez. Binaenaleyh matbuat suçlarında aslî faktörü **(aleniyet)** unsuru teşkil etmektedir. Bu unsurda ancak **(yayın)** ile vucut bulur ve yayın ile tekevvün eder. Binaenaleyh matbuat suçları, ceraimi adiyeden tamamile farklıdır. Bundan başka matbuat vasıtasile işlenen suçlarla matbuat disipline mütaâllik olan suçları da yekdiğerinden ayırmak gerekir. Şöyleki: yukarıda da arzolunduğu üzere hakiki matbuat suçlarında esas faktörü (aleniyet) teşkil etmektedir. Bunun içinde o matbuanın yayınlanmış olması şart aslidir. Halbuki matbuaların, gerek mevkut olsun gerek gayrimevkut olsun, yayınlanmasına, basılmasına ve ilâh. Mütaallik bazı kaide ve formaliteler mevcuttur ki, bunlara ademi riayet halinde matbuat disiplinine muhalefet tekevvün eder. Bu nevi suçluluğun tahkik ve tespiti için aleniyete dolayısiyle (yayın) unsuruna lüzum ve ihtiyaç yoktur. Şu ciheti de tebarüz ettirmek gerekirki, muayyen suçlar münhasıran basın suçu karakterini haizdirler. Matbuat haricinde bu nevi suçlar işlenemez. Fakat diğer bir kısım suçlarda, (meselâ hakaret, söğme gibi...) basın yoluyla işlenilebileceği gibi diğer tarikler ile de ika olunabilir. Bu itibarla müstakil bir Basın Kanunu tanzim ve tedvin edilecek olursa bu kanun neyi ve neleri ihtiva etmelidir? Şayet böyle bir kanuna lüzum görülmüyorsa basın ve yayının tâbi olacağı statü hangi kanun veya kanunlarla tanzim edilecektir? 1881 sayılı Matbuat Kanunumuz yalnız mevkutelere (gazete, mecmua gibi) mütaallik esasları derpiş eylemiş gayrimevkuteler (kitap, risale... gibi) hakkında bir hüküm vazeylememiştir. Bu itibarla gayri mevkut neşriyat Matbuat Kanunu şümulüne ithal edilememektedir. Mer'î kanun, basın suçlariyle matbuat disiplinine mütaallik olan suçları ve bir de matbaalara mütaallik ahkâmı ihtiva etmekte ve matbuat cürmünün neşriyat ile tekevvün edeceğini âmir bir hüküm olarak ifade (1) eylemektedir. Demokrat memleketlerin mevzuatı tetkik edildiğinde, matbuat suçlarının diğer umumî suçlardan ayrılması babında üç sistem mevcuttur:

(1) Matbuat Kanunu madde 2.

mevcut olduğu ve bu maddenin yayın yoluyla aleniyete intikal eylediği tahakkuk ettiği takdirde basın suçu vücut bulur. Bu faktörlerin ikmali için mütaaddit elemanların hareket ve faaliyetine lüzum ve ihtiyaç vardır. Ezcümle, yazı sahibinin mücerred bir yazı yazması hali suç teşkil etmez. Ancak mevkutelerde mesul müdürün, gayri mevkutelerde naşir veya tabiin faaliyetlerinin inzimamile suçluluk tahaddüs eder. Ayrıca yayının da ikmali şarttır. Binaenaleyh basın suçlarındaki (mesuliyet) esası da, hukuku müşterekteki mesuliyetten tamamile ayrı ve farklı olmalıdır. İşte bu lâzimeyi göz önünde tutan bir çok devletler, hukuku adiyedeki mesuliyet rejiminden ayrı matbuat suçları için özel bir mesuliyet rejimi kabul etmişlerdir. Tetkik edilen yabancı mevzuatta basın ve yayına mütaallik mesuliyet rejimlerini üç sistem altında toplamak mümkündür 1 — Müteselsil mesuliyet sistemi, 2 — kaskat sistemi, 3 — ihmali sistem.

Birinci sisteme göre, muhtevası suç teşkil eden bir yazının yayınlanmasına bilerek iştirak eden herkes müteselsilen sorumludur.

İkinci sistem, kaskat sistemidir. Yani mesul olacakların sırasını kanun tespit etmiştir. Sıradakiler derecelerine göre mesuldürler. Bu sistemi kabul eden bazı mevzuatta ilk sırada mevkutenin mesul müdürü ile naşir bazı mevzuatta ise yazı veya resim sahibi bulunur. Bunların takiben tâbiler, müvezziler, bâyiler ve afişçiler sıraya ithal edilmşilerdir. Sıranın başında yazılı olan ilk defa tahkikat ve takibata maruz kalacak kimselerdir. Bunlar bulunamadığı veya mesul edilemediği takdirde diğer sıradakilere ceza terettüp eder. Ancak mesullerden biri kendilerinden evvel mesul olacak şahsı bildirmek suretile mesuliytten kurtulabilirler. İhmali sistemin esası tamamile başkadır. Mesul olarak gösterilen, mesul müdür, naşir, tâbi ve matbuayı meslek ve sanat icabı yayanlar, muhtevası suç teşkil eden matbuayı iyi tetkik etmediklerinden dolayı ihmalleri sebebile tecziye edilmektedirler. Bu sistemleri tahlil ve mukayese ettiğimizde faide ve mahzurlarını birlikte mütalâa emek uygun olur. Müteselsil mesuliyet sistemi, ancak mevkute ile gayrimevkutenin tefrikini yapmak suretile basının esas bünyesine tamamile intibak etmektedir. Ezcümle mevkute dediğimiz gazete, mecmua, haber ajansları gibi belli aralıklarla yayınlanıp kitap risale mahiyetini taşımıyan matbualardaki mesuliyet şüphesiz, o matbuayı yazan (resim ise resmi çizen) ile birlikte bu yazı veya resmi yayın sahasına intikal ettiren ve dolayısile suçluluk halini kuvveden fiile çıkaran mesul müdüre raci olmalıdır. Zira yazı veya resim sahibinin yayın babında bir rolü yoktur. Gayrimevkutelerde ise hal tamamile başka bakımdan mütalâa edilmelidir. Burada asıl olan kitap veya risale sahibinin mesuliyetidir. Eğer naşir veya matbaacının, müteselsil mesuliyetini kabul edecek olur-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

sak bu takdirde basın hürriyetine dolayısile kitap neşrine ve tab'ına sed çekilmiş olur. Mesul olacakları korkusu ile naşirler ve matbaacılar kendilerine verilen eserleri basıp yayınlamaktan haklı olarak içtinap edebilirler. Bunları da mesuliyetten tamamiyle müberra kılmak adalet esaslarına ve ceza prensiplerine uygun düşmez. Ancak müellifler bulunamadığı ve ya tecziyeleri cihetine gidilemediği takdirde bunların sırasile mesul edilmeleri gereklidir. Ayrıca müellifin rıza ve muvafakatı halinde neşrolunan bir eserden tevellüt eden sorumluluk keza naşire raci olmalıdır.

İsviçre sistemi, 1937 tarihinde hazırlanıp 1943 yılında meriyet mevkiine giren Ceza Kanununun 27 nci maddesindeki hükümden anlaşıldığı üzere nevi şahsına has bir özellik arzetmektedir. Federal kanun meriyet mevkiine girmeden evvel bazı kantonlarda muhtelif sistemleri kabul etmiş olan özel matbuat kanunları mevcut olmakla beraber bazılarının mevzuatıda matbuata dair hiç bir hüküm ve kayıt yoktu. **Sonu var.**

MER'Î FRANSIZ MATBUAT KANUNU

(29 Temmuz 1881 tarihli serbestii matbuata dair kanun)

BİRİNCİ KISIM

Matbaacılık ve Kitapçılık

Madde : 1

Matbaacılık ve kitapçılık serbesttir.

Madde : 2

Yayınlanan her matbuada, kartvizit, ilân ve saire müstesna, tabiin ismi ve adresi bulunur. İşbu hususa (kayda) riayet etmiyenler beş franktan on beş franga kadar para cezası ile cezalandırılır. Eğer bu kayda riayet etmemiş olan tâbi bir sene zarfında (on iki ay) aynı fiilden bir kere daha mahkûm olmuş ise hapis cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 3

Tâbi, yayınladığı matbuanın iki nüshasını, millî kolleksiyon için aşağıda gösterilen mercie tevdi eder. Bu kayda riayet etmiyenler 16 franktan 300 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Bu nüshalar, Paris'te İçişleri Bakanlığına, vilâyetlerde valiliğe, kazalarda kaymakamlığa diğer yerlerde kommünlere tevdi olunur. Tevdi varakasında matbuanın ismi ve tabedilmiş olan matbuanın adedi gösteriilr. Rey puslaları, ticarete ve sanayie mütaallik tamimler, kart dövizit, ilân ve saire gibi matbualar bu kayıttan müstesnadır.

152

Madde : 4

Yukarda yazılı olan hükümler, neşredilecek bilcümle matbualar hakkında, uygulanır. Notalar, matbu resimler ve umumiyetle gazete veya mecmua şeklinde olmıyan diğer matbualar üç nüsha olarak merciine tevdi olunur.

İKİNCİ KISIM

Mevkut matbuat

Neşir hakkı, mesul müdür, adliyeye tevdi edilecek nüshalar ve beyannameler.

Madde : 5

Mevkut gazete ve mecmualar müsaadesiz ve kefalet parası depozito edilmeden, 7 nci maddede yazılı olan, beyanname verildikten sonra neşredilebilir.

Madde : 6

Her mevkut gazete veya mecmuanın bir mesul müdürü bulunur.

Mesul müdürün Fransız ve reşit olması, hukuku medeniyeye sahip bulunması ve hakkında medenî hakları ıskat eden bir mahkûmiyetin bulunmaması gerekir.

Madde : 7

Ber mevkut gazete veya mecmuanın neşrinden evvel C. savcısına, âtideki hususları muhtevi bir beyanname verilir :

1 — Mevkut gazete ve mecmuanın ismi ve yayın tarzı,

2 — Mesul müdürün ismi ve adresi,

3 — Gazete ve mecmuanın tabedileceği matbaanın ismi,

Yukarıda yazılı olan hususatın değişmesini icabettirecek her tebeddül beş gün zarfında bildirilir.

Madde : 8

Beyannameler pullu kâğıda yazılmak suretiyle tahriren yapılacak ve mesul müdür tarafından imzalanacaktır.

Beyannamenin alındığına dair bir makbuz kesilir.

Madde : 9

6, 7 ve 8 inci maddelerde yazılı olan ahkâma riayet edilmediği takdirde matbuanın sahibi, mesul müdürü müşterek fail olarak bunlar bulunmazsa tâbii asli fail olarak 50 franktan 500 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

153

Madde : 13 (29 Eylûl 1919 da tadil edilmiştir.)

Mesul müdür, yevmî gazete veya mecmuada ismi geçen veya zikrolunan şahıslar tarafından gönderilmiş olan cevapları, alındığı tarihten itibaren üç gün zarfında aynı gazete veya mecmuada dercetmeğe mecburdur. İşbu kayda riayet etmiyen mesul müdür 50 franktan 500 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır. İşbu para cezası yazının neşri dolayısiyle terettüp eden diğer cezalara veya tazminata tesir icra etmez.

Yevmî olmıyan gazete veya mecmualardaki yazılar hakkında gönderilen cevapların, cevabın alındığı günün akabinde çıkacak nüshaya derci mecburidir. Aksi halde mesul müdür yukarıki maddede yazılı ceza ile cezalandırılır.

Tavzihnameler, taallûk ettikleri yazı, hangi sütunda intişar etmiş ise o sütuna ve aynı punto harflerle mâbatsız olarak dercedilir. Tavzihnameler, ihtiva ettiği adres, imza ve hürmet ve selâm ifade eden cümleler hariç olmak üzere taallûk ettiği makalenin uzunluğunda olacaktır. Mamafih verilecek cevaplar, taallûk ettiği yazı ne kadar kısa olursa olsun 50 satır olabilir. Yazının uzunluğu ne kadar olursa olsun cevap iki yüz satırı geçemez.

Yukarıda yazılı olan hükümler matbua mesullerinin, dercettikleri cevaba ilâve ettikleri mütalâalar hakkında verilecek cevaplar hakkında dahi uygulanır.

Cevaplar, parasız olarak derç ve neşrolunur.

Verdiği cevabın neşredilmemesini isteyen kimse, cevabının yukarda tesbit edilmiş olan hadleri tecavüz eden kısımlarını parasını vererek derç ve neşrini isteyemez.

Cevaplar, taallûk ettiği yazı hangi gazete ve mecmualarda yayınlanmış ise yalnız o gazete ve mecmuada yayınlanır.

Gazete ve mecmuanın yayınlandığı mahalde o nüshada derci gerekli olan cevabî yazıyı ihtiva etmiyen bir Sonderaaflage «Fevkalâde nüsha» çıkacak olursa cevap dercedilmemiş sayılır. Bu bapta yukarıda yazılı olan cezalar, tazminat talep etme hakkı kalmak şartiyle, uygulanır.

Bu bapta açılacak dâvalara, mahkemeler, on gün içersinde bakmakla mükelleftirler. Mahkeme, yalnız cevabın derci hakkında hükmün kabili temyiz veya istinaf olmak üzere infaz edilmesine karar verebilir.

Hükmün, istinaf edilmesi halinde, istinaf mahkemesi on gün içersinde dâvaya bakmakla mükelleftir.

135

Bu maddenin birinci fıkrasında yazılı olan üç günlük mühlet, seçim sırasında, 24 saate indirilir.

Cevap, dercedileceği nüshanın matbaaya verilmesinden altı saat evvel gönderilmeli ve gereken makbuz alınmalıdır.

Mesul müdür, seçim sırasında, gazete veya mecmuanın hangi saatte matbaaya verileceğini evvelden adli makamlara bildirmek mecburiyetindedir. Bu hükme riayet etmiyen mesul müdür birinci fıkrada yazılı cezalarla cezalandırılır.

(Bu fıkra 1927 senesinde kaldırılmıştır.)

Yabancı matbualar

Madde : 14

Yabancı memleketlerde yayınlanan matbuaların Fransa'ya ithali ancak hükümet kararıyle menedilebilir. Muayyen bir nüshanın ithali ise, İçişleri Bakanının emriyle menolunabilir.

Vâkı men kararına veya emrine rağmen bu kabil yabancı matbuaları satanlar veya dağıtanlar 50 franktan 500 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

ÜÇÜNCÜ KISIM

İlânat, matbuaların dağıtımı, umumî yerlerde gazete veya mecmua satışı

Madde : 15

Kanunun emrettiği ilânlarla, devlet dairelerine mahsus ilânların nereye yapıştırılacağını her kazada belediye reisi ittihaz edeceği karar ile tâyin ve tesbit eder. Bu gibi yerlere özel ilânatın tâlikı yasaktır. Yalnız resmî devaire mahsus ilânat beyaz kâğıt üzerine basılabilir.

İşbu hükme muhalif hareket edenler 2 nci maddede yazılı şekilde cezalandırılır.

Madde : 16

Beyannameler, milletvekili seçimine ait olan ilân ve tamimler, afişler; 15 inci maddede gösterilen yerlere, dinî müesseselere, rey sandıklarının bulunduğu yerler hariç olmak üzere bilcümle resmî binalara tâlik edilebilir.

Madde : 17

Usul ve nizama uygun olarak tâlik edilmiş bulunan ilânları, yırtan, kaldıran veya herhangi bir surette bozan, setreden ve dolayısiyle okuna-

156

mıyacak bir hale getirenler (5) franktan (15) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada yazılı olan eylemi bir devlet memuru irtikâp ederse 14 fraktan 100 franga kadar para cezası veya altı günden bir aya kadar hapis cezasiyle cezalandırılır.

Her kim, milletvekili seçimine ait olan ilân veya afişleri kendine mahsus ilân yapıştırırken kaldırır, yırtar, bozar veya her hangi bir suretle setreder veya okunmıyacak bir hale sokarsa (5) franktan (15) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Yukrıdaki fıkrada yazılı olan yasak eylemi bir devlet memuru irtikâp ettiğinde (16) franktan (100) franga kadar para cezası veya altı günden bir aya kadar hapis cezasiyle cezalandırılır.

15 inci maddede yazılı olan yerlere tâlik edilen ilânların yırtılması, kaldırılması veya bozulması hali bu kayıttan hariçtir.

Matbuanın dağıtımı

Madde : 18

Genel ve özel yerlerde, âmmeye mahsus yollarda ve geçitlerde, eser, kitap, gazete, mecmua, resim ve fotoğraf müvezziliği yapmak isteyen kimse, oturduğu mahallin valiliğine beyanname vermek suretiyle müsaade ve izin almağa mecburdur.

Günlük gazete veya sair mevkut matbuaların müvezziliği için verilecek beyanname, gazetenin veya matbuanın dağıtılacağı yer belediyesine ve kaymakamlığına verilebilir. Bu şekilde verilen beyanname kaza dahilindeki nahiyelere de şâmildir.

Madde : 19

Beyannameye, beyannameyi verenin ismi, hüviyeti, mesleği, ikametgâhı, yaşı ve doğum yeri yazılır. Beyannamenin tevdiinden sonra beyannameyi verene parasız bir makbuz verilir.

Madde : 20

Geçici bir surette yapılan dağıtımlar için beyannameye lüzum yoktur.

Madde : 21

Beyanname vermeden evvel tevziatta bulunmak, beyannamede yanlış malûmat vermek (beyannameyi yanlış doldurmak), talep vukuunda beyannameyi göstermemek eylemleri kabahat suçunu teşkil eder. Bu nevi suçları işleyenler (5) franktan (15) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Kabahatin tekerrürü ve hakikate uymıyan beyanname verilmesi halinde, fail, hapis cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 22

Umumî Ceza Kanunu hükümlerine tevfikan cürüm mahiyetini haiz olan kitap, eser, gazete, mecmua, resim ve fotoğrafları bilerek dağıtan müvezziler hakkında 42 nci madde ahkâmı mahfuz kalmak şartiyle, kanunî takibata tevessül olunur.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Matbuat veya her hangi bir neşir vasıtasiyle işlenen cürüm ve cinayetler, tahrik (cürüm ve cinayet)

Madde : 23

Umumî toplantılarda ve umumî mahallerde nutuk söylemek, bağırmak veya tehdidatta bulunmak, matbuaları dağıtmak veya satmak veya herkesin görebileceği şekilde ilânlar veya levhalar tâlik veya vazetmek suretiyle doğrudan doğruya cürüm ve cinayet sayılan fiilleri tahrik eden kimseler, tahrik ettikleri fiil kuvveye çıktığı takdirde, bu fiillere iştirak etmiş gibi cezalandırılır.

İşbu ahkâm, Ceza Kanununun ikinci maddesinde yazılı cürme teşebbüs keyfiyetiyle neticelenen tahrikât hakkında dahi uygulanır.

Madde : 24

Yukarıki maddede yazılı olan vasıtalarla doğrudan doğruya hırsızlığı, adam öldürmek, yağma (gasp), yangın yapma şeklindeki cinayetleri veya Ceza Kanununun 435 inci maddesiyle müeyyet kılınmış cinayetlerden birini ve Yağma Kanununun (gasp) 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85 inci maddelerinde yazılı devletin haricî emniyeti aleyhindeki cinayetlerden birini tahrik eden kimseler, tahrik edilen fiil kuvveye çıkmadığı takdirde, bir seneden beş seneye kadar hapis ve (100) franktan (3000) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Aynı vasıtalarla Ceza Kanununun 86 - 101 inci (dahil) maddelerinde yazılı devletin dahilî emniyeti aleyhindeki cinayetlerden birini tahrik eden kimse dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

Ceza Kanununun 435 inci maddesinde yazılı olan adam öldürmek, yağma, yangın ve hırsızlık şeklindeki cinayetlerden birini bu kanunun 23 üncü maddesinde yazılı vasıtalarla tahrik eden kimseler aynı ceza ile cezalandırılır.

Umumî meclislerde ve toplantılarda tahrik edici (fitnekâr) sesler çı-

karmak ve şarkılar söylemek suretiyle huzur ve sükûnu bozan kimse, (16) franktan (50) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 25 (tadil edilmiştir.)

Bu kanunun yirmi üçüncü maddesinde yazılı olan vasıtalardan biriyle kara, deniz ve hava orduları efradına hitap ederek bunları askerî vazifelerden inhiraf ettirmek veya askeri kanunları, nizamları uygulayan kimselere ve itaat etmek mecburiyetinde oldukları âmirlerine karşı itaatsizliğe teşvik etmek gayesiyle yapılan her tahrik iki seneden beş seneye kadar hapis ve 500 franktan 1000 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Âmme aleyhinde işlenen cürümler .

Madde : 26

İşbu kanunun 23 üncü ve 28 inci maddelerinde yazılı olan vasıtalardan biriyle Cumhurbaşkanına karşı tefevvühatı lisaniyede bulunanlar (hakaret edenler) üç aydan bir seneye kadar hapis ve (100) franktan (3000) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 27

Yanlış haberleri, uydurma, taklit ve yalandan başkasına izafe edilmiş olan vesikaları suiniyetle ve umumî huzur ve güveni ihlâl edici mahiyette olmak üzere yayınlayanlar bir aydan bir seneye kadar hapis ve (50) franktan (1000) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 28 (1925 senesinde tadil edilerek Ceza Kanununa derçedilmiştir.) ... .

23 üncü maddede yazılı vasıtalardan biriyle umumî âdâba tecavüz edenler bir aydan iki seneye kadar hapis ve 16 franktan 4000 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Müstehcen mahiyetteki resimleri, yağlı boyaları, temsilî resimleri satan, dağıtan veya teşhir veya tâlik edenler aynı ceza ile cezalandırılır.

Müstehcen mahiyette olan bu gibi şeyler aynı zamanda müsadere olunur, (bu madde 1923 senesinde Cenevre'de toplanan Milletlerarası komisyonun kabul ettiği şekilde Ceza Kanununda yer bulmuştur.)

Eşhas aleyhinde işlenen cürümler

Madde : 29

Bir şahsın veya heyetin şeref ve haysiyetini rencide eden bir fiilin isnat veya izafe edilmesi mevsuf hakaret suçunu teşkil eder. Hiç bir fiil

isnadını mutazammın olmıyan her nevi haysiyet ve şeref kırıcı sözler ve tâbirler ve küçük düşürücü hareketler hakaret suçunu meydana getirir.

Madde : 30 (tadil edilmiştir.)

İşbu kanunun 23 ve 28 inci maddelerinde yazılı olan vasıtalardan biriyle mahkemelere, kara, deniz ve hava ordularına, resmî teşekküllere, devlet müesseeslerine karşı yapılan hakaret fiillerinin failleri (28) günden iki seneye kadar hapis ve 500 franktan 5000 franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 31

Aşağıda yazılı olduğu şekilde hakarette bulunanlar hakkında 30 uncu maddedeki ceza aynen uygulanır.

1 — 23 ve 28 inci maddelerde yazılı olan vasıtalardan biriyle bir bakanlığın bir veya bir kaç memuruna, meclisi âyan ve meclisi mebusan üyelerinden bir veya bir kaçına, devlet memurlarına hakarette bulunanlar,

2 — Muvakkat veya daimî bir iş ve hizmet sebebiyle vazifelendirilmiş olan bir vatandaşa, jüri üyelerine karşı gördükleri vazife dolayısiyle ve bir şahide karşı şahadetinden dolayı hakarette bulunanlar,

Madde : 32

Hususî şahıslar aleyhinde işbu kanunun 23 ve 28 inci maddelerinde yazılı olan vasıtalarla yapılan hakaret suçlarının failleri, (5) günden altı aya kadar hapis ve 25 franktan 2000 franga kadar para cezasiyle veya bu cezalardan yalnız biriyle cezalandırılır.

Madde : 33

Aynı vasıtalarla, bu kanunun 30 ve 31 inci maddelerinde yazılı olan kimselere karşı yapılan hakaret suçlarının failleri, altı günden üç aya kadar hapis ve 18 franktan 500 franga kadar para cezasiyle veya bu cezalardan yalnız biriyle, cezalandırılır.

Eğer hakaret birden fazla kimselerle ihtilât edilerek yapılmamış ise bu takdirde Ceza Kanununun 471 inci maddesi uygulanır.

Madde : 34

31, 32 ve 33 üncü maddeler ahkâmı ölen kimselerin hâtıraları aleyhinde yapılan hakaretler hakkında uygulanmaz. Ancak ölünün hayatta bulunan kanunî vârislerinin şeref ve haysiyetini rencide etmek maksadiyle yapılan bu nevi hakaretler hakkında mezkûr madde ahkâmı uygulanır.

160

Bir ölünün hâtırası aleyhinde yapılan hakaret suçlarından dolayı vârisler bu kanunun 13 üncü maddesinde yazılı olan cevap hakkını kullanabilirler.

Madde : 35

Hakarete sebep olan fiilin doğruluğu, eğer bu fiil yalnız göreve taallûk etmekle beraber resmî teşekküllere kara, deniz ve hava ordularına, devlet müesseselerine ve 31 inci maddede yazılı olan kimselere isnat olunduğu takdirde, âdî yollarla ispat olunabilir.

Âmmenin itimadına ve tasarrufuna mütaallik olmak üzere malî, ticarî ve sınaî teşebbüslerin müdür ve idarecilerine izafe edilen ve hakaret mahiyetinde olan isnadat dahi ispat edilebilir.

Yukarda yazılı iki hususun aksini ispat hakkı dahi mahfuzdur.

Sair ahvalde ve resmî sıfatı haiz olmıyan kimselere isnat edilen fiil hakkında savcılığın talebi veya sanığın müracaatı üzerine kanunî takibata başlanmış ise, tahkikatın devamı müddetince, hakarete mütaallik yargılama muvakkaten tatil olunur.

Yabancı devlet başkanları ve siyasî memurlar aleyhinde işlenen cürümler

Madde : 36

Yabancı devlet başkanları aleyhinde alenen vâkı hakaret fiillerinin faili, üç aydan bir seneye kadar hapis ve 100 franktan 3000 franga kadar para cezasiyle veya bunlardan yalnız biriyle cezalandırılır.

Madde : 37

Yabancı devletlerin büyük elçileri, fevkalâde delegeleri, elçileri, orta elçiler ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti nezdine resmî görev ile gönderilmiş olan yabancı memurlar aleyhinde alenen vâkı hakaret fiillerinin faili, (8) günden bir seneye kadar hapis ve (50) franktan (2000) franga kadar para cezasiyle veya bunlardan yalnız biriyle cezalandırılır.

Neşri memnu olan şeyler, müdafaa hakkının masuniyeti

Madde : 38

İddianame, son tahkikatın açılmasına dair olan karar ve ceza usulüne ait bulunan evrak ve vesikaların, alenî duruşmada okunmasından evvel, neşri memnudur. İşbu memnuiyete riayet etmiyenler (50) franktan (1000) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 39

İspat edilmesine müsaade olunmıyan hakaret dâvalarının ve safahatının yayınlanması memnudur. Ancak, mutazarrır olanlar tarafından verilen (şikâyet hakkı olanlar) şikâyetnamelerin neşri memnu değildir. Mahkeme, hukuk dâvalarının ve safahatının neşrini menedebilir. İşbu memnuiyet neşri caiz olan yargılama safhaları hakkında carî değildir. Bununla beraber gerek hükkâmın ve gerek jürilerin yaptıkları hafi müzakeratın neşri dahi memnudur. İşbu memnuiyet hilâfına hareket edenler (100) franktan (2000) franga kadar para cezasiyle cezalandırılır.

Madde : 40

Bir matbua mesullerinin mahkûm oldukları para cezasını mahkeme masraflarını ve tazminatı tediye maksadiyle iane toplamak veya bunu ilân etmek memnudur. Hilâfına hareket edenler (6) günden altı aya kadar ahpis 100 franktan 1000 franga kadar para cezasiyle veya bunlardan yalnız biriyle cezalandırılır.

Madde : 41

Meclisi âyan veya meclisi mebusan dahilinde irat olunan nutuklarla bu meclislerden birinin kararıyle tabedilmiş olan raporlar veya bilcümle evraktan dolayı dâva ikame edilemez. Her iki meclisin umumî celselerinde tutulan zabıtlarını hüsnüniyetle yayınlayanlar hakkında dahi dâva açılamaz.

Müzakeratı adliyenin hüsnüniyetle yapılmış olan hulâsalariyle mahkemeler huzurunda beyan edilen iddia ve müdafaalar veya ibraz edilmiş olan yazılı evrak ve vesikalardan dolayı gerek mevsuf ve gerek âdî hakaret dâvası ikame edilemez. Bununla beraber dâvayı rüyet eden ve esas hakkında karar verecek olan mahkeme, suç teşkil eden fiil ve hareketleri cezalandırabilecekleri gibi hangi tarafın tazminata düçar olacağına da karar verirler. Mahkeme, aynı halde, avukatlara ve idare memurlarına ihtaratta bulunabileceği gibi bunların görevlerine de nihayet verebilir. Vazifeye nihayte verme müddeti iki ayı ve bir sene içerisinde tekerrür vukuu halinde altı ayı tecavüz edemez.

Bununla beraber mahkemelerce, bu dâvaları açma hakkı kendilerine ait olduğuna karar verilmiş olması şartiyle dâvaya taallûku olmıyan hakareti mutazammın ef'al gerek kamu dâvasının ve gerek hukuk mahkemesinde açılacak tazminat dâvasının açılmasına sebep olabilir.

162

BEŞİNCİ FASIL

Takip - Terhip

Matbuat vasıtasiyle işlenmiş olan cürüm ve cinayetlerden mesul olan kimseler

Madde : 42

Matbuat vasıtasiyle işlenmiş olan cürüm ve cinayetlerin terhibine mütaallik cezalar ile aşağıdaki kimseler sırasiyle faili aslî olarak cezalandırılır :

1 — Meslek ve sanatları her ne olursa olsun mesul müdürler veya nâşirler,

2 — Bunlar bulunmadığında muharrir veya müellifler,

3 — Müellifler veya muharrirler bulunmadığında tâbiler,

4 — Tâbiler bulunmadığında müvezziler, bayiler ve afişçiler.

Madde : 43

Mesul müdürler veya nâşirler dâvaya dahil bulunuyorlarsa muharrirler - müellifler hakkında fer'î fail (fer'an zimedhaldar) olarak takibat yapılır. Aynı sıfatla ve her halde haklarında Ceza Kanununun 60 ıncı maddesi tatbik edilebilecek eşhas hakkında dahi takibat yapılır.

Madde : 44

Matbua sahipleri yukarıki iki maddede, Medenî Kanunun 1382, 1393, 1384 üncü maddeleri hükümlerine tevfikan irae edilmiş olan şahıslar aleyhine ve üçüncü şahıslar lehine olarak hükmedilmiş para cezalarından mesuldürler.

Madde : 45 (11 Mart 1893 te tadil edilmiştir.)

Bu kanunda gösterilmiş olan cürüm ve cinayetlere mütaallik yargılama cinayet mahkemesinde icra olunur.

İşbu kanunun 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14 ve 17 nci maddenin 2 nci ve 4 üncü fıkrasında ve 28 inci maddenin ikinci fıkrasında 32 ve 33 üncü maddenin 2 nci fıkrasında 38, 39 ve 40 ıncı maddelerde derpiş edilmiş olan memnu fiiller müstesna olup bunlar sulh ceza mahkemesine tevdi olunur.

2, 15 ve 17 nci maddenin birinci ve ikinci fıkraları ve 30, 31 inci maddenin üçüncü fıkrasında derpiş edilmiş olan kanuna muhalefet fiilleri keza müstesna olup sulh mahkemelerine tevdi olunur.

cihetler ve tatbikı istenen kanun maddesi gösterilir. Aksi halde işbu takip talebi hükümsüz addolunur.

Madde : 49 (tadil edilmiştir).

Talepname tevdi edilir edilmez sorgu yargıcı, yukarıdaki maddede ve 10 uncu maddede tesbit edilmiş olan depozitonun verilmediği hallerde, yazılı varakanın, gazete veya mecmuanın yahut tersim edilmiş olan resmin dört nüshasının müsaderesini emredebilir. Bununla beraber işbu kanunun 27 nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında ve 25 inci maddede zikredilen hallerde yazılı varakalarla matbuaların yahut dıvar ilânlarının müsaderesi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda tesbit edilmiş olan kaidelere tevfikan icra olunur.

Eğer sanık Fransa'da mukim ise yukarıdaki 23 ve 24 üncü maddelerin 1 ve 3 üncü fıkralar, 25 inci maddede zikredilen haller müstesna olmak şartiyle, muvakkaten tevkif edilemez. Mahkûmiyet halinde 24 üncü maddede 1 ve 3 üncü fıkrada ve 25 inci maddede zikredilen hallerde müsaderesine karar verilmiş olan yazılı varaka, matbua, levha veya dıvar ilânlarının zaptına (Beschlaagnahme) hükmedilebileceği gibi, satışa arzedilmiş, tevzi edilmiş, umuma teşhir edilmiş olan bütün nüshaların imhası veya tahribi veya müsaderesi emredilebilir. Bununla beraber imha veya tahrip, müsadere edilmiş olan nüshaların ancak bir kısmı hakkında tatbik edilebilir.

Madde : 50 (tadil edilmiştir. 1923 tarihinde)

Takibe mevzu teşkil edecek olan bilcümle matbuaların vuzuh ile gösterilmesi ve gereken vakaların da beyanı gereklidir. (Bu maddenin iki fıkrası 1923 tarihli tadil ile kaldırılmıştır.)

Madde : 51 (1923 tadili ile kaldırılmıştır.)

Madde : 52 (1923 tadili ile kaldırılmıştır.)

Fakat bu madde yerine (52) nci madde olarak yeniden şu hüküm ettirecektir :

Sanık, işbu kanunun 35 inci maddesi hükmüne tevfikan hakareti mutazammın hâdiselerin doğruluğunu ispat etmeyi talep ederse, talep namenin tebliğini takip eden (5) gün zarfında cinayet mahkemesi savcılığına yahut tabliğ berinin veya diğerinin istidası üzerine yapıldığına nazaran müştekiye veya kendisinin intihap ettiği ikametgâha şunları tebliğ ettirecektir. .....

1 — Hakikati ispat için talepnamede tavsif ve tarif edilen fiiller,

2 — Evrakın kopyaları,

165

3 — İddiasını ispat etmek için ikame edeceği şahitlerin isimleri, meslekleri, ikametgâhları.

Tebliğ, cinayet mahkemesinin bulunduğu yerde seçilecek bir ikametgâha yapılır. Bu hususa riayet edilmediği takdirde iddiayı ispat hakkı sukut eder.

Madde : 53

Mütaakıp beş gün zarfında müşteki yahut savcılık hale göre sanığa kendisinin seçtiği ikametgâha aksini ispat ettirmek için ikame edeceği şahitlerin adları, meslekleri, ikametgâhlariyle ibraz edeceği evrakın kopyalarını tebliğ ettirir. Aksi takdirde hak sâkıt olur.

Her hangi bir sebebe müstenit olursa olsun dâvanın nakli talebi ile takip edilmiş olan usule mütaallik hâdise jüri üyelerinin davetinden evvel takdim edilmiş olmalıdır. Aksi halde hak sukut eder.

Madde : 54 (kaldırılmış (55) inci maddeye şu hüküm konmuştur.)

Madde : 55

Sanık, jüri üyesinin davetine icabet etmiş ise artık kur'anın çekilmesinde hazır bulunmasa dahi bir daha takip edemez. Bu sebeple sanık duruşmadan çekilmiş veyahut kendisini müdafaadan imtina etmiş olsa bile gerek usul ve gerek esas hakkında lâhik olacak hüküm kat'î mahiyettedir.

Bu takdirde jürinin yardımiyle ve sanık hau altına alınmış gibi muamele yapılır.

Madde : 56 (Tadil)

Sanık, davetiyede gösterilen günde ispatı vücut etmezse, jüri üyesi hazır bulunmaksızın ve müdahalelerine hacet kalmaksızın, cinayet mahkemesinde gıyaben yargılanır. Eğer mahkûmiyet sanığa veya ikametgâhına tebliğ edildikten sonra beş gün zarfında, sanık kararın icra ve infazına itiraz edebilir. Bu itirazını gerek savcılığa ve gerek müştekiye tebliğ ederse gıyabî karar hükümsüzdür. Bununla beraber tebliğ eğer şahsa yapılmamış ise yahut kararın icrası evrakından sanığın bundan haberdar olduğu anlaşılmazsa, itiraz, cezanın zamanaşımına uğramasına kadar kabul edilebilir. (Son fıkra kaldırılmıştır.)

Madde : 57

Sanık itirazını, 56 ncı maddade tesbit edilen müddet içinde yapmamış ve işbu maddede gösterilen kimselere tebliğ etmemiş yahut geçen maddede tesbit edilen günde bizzat hazır bulunmamış ise gıyabî hüküm katiyet kesbeder.

166

Madde : 58

Jüri tarafından beraet kararı verildiği takdirde dâvada müdahil varsa, cinayet mahkemesi ancak talep edilen zarar ve ziyanın sanık tarafından ödenmesine hükmedebilir. Bu halde müşteki, ne masrafa ve ne de zarar ve ziyanın tazminine mahkûm edilir.

Cinayet mahkemesine sevk edilen hakaret (mevsuf ve adi hakaret) dâvalarında ve takibatın savcılığın talebi üzerine vukubulduğu hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 368 inci maddesi ahkâmı uygulanır.

Madde : 59

Savcılığın veya müştekinin dâva açtıkları esnada cinayet mahkemesinin çalışma devresi hitam bulmuş olup yakın bir zamanda çalışmaya başlamıyacak olduğu takdirde birinci başkanın gerekçeli bir kararnamesiyle fevkalâde bir cinayet mahkemesi kurulur. Bu kararnamede jüri üyesinin kanuna tevfikan kur'a usuliyle seçimi tesbit edilir.

Ceza mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri

Madde : 60 (1893 tarihinde tadil edilmiştir.)

Ceza mahkemeleri ve sulh ceza mahkemeleri

Madde : 60

Ceza mahkemeleriyle sulh ceza mahkemelerinde yapılacak yargılama, aşağıda yazılı olan hususat müstesna olmak üzere, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ikinci kitabının birinci babının ikinci faslındaki hükümlere tevfikan icra olunur :

1 — Devlet başkanları ile yabancı devlet diplomasi memurları aleyhinde vâki tecavüz ve hakaret fiillerinden dolayı takibat gerek bunların şahsî şikâyeti üzerine ve gerekse bunlar tarafından yapılıp Dışişleri Bakanlığına gönderilen ve bu bakanlık tarafından da Adalet Bakanlığına tevdi olunan talepname üzerine re'sen icra olunur. Bu halde 23, 24, 25 inci maddelerde yazılı olan yasak eylemlere mütaallik müsadere ve muvakkat tevkif hakkına mütedair 48 inci madde ahkâmı aynen uygulanır.

2 — 32 inci maddede tasrih olunan eşhası adiye aleyhinde vâki mevsuf hakaret fiilleriyle 33 üncü madde 2 inci fıkrada yazılı hakaret suçları hakkında takibat icrası mutazarrırın şahsî şikâytine bağlıdır.

3 — Seçim suretiyle bir mevkii elde etmiş olan bir namzt aleyhinde seçim devresi esnasında yapılmış olan hakaret (mevsuf adî) suçlarında,

davetiye müddeti, mesafe nazara alınmak şartiyle, 24 saate indirilebilir.

4 — Davetiyede müsnet fiil tavsifen gösterilir. Aynı zamanda uygulanacak kanun maddesi dahi gösterilir. İşbu formalitelere ademi riayet takibi hükümsüz kılar. Gerek takip ve gerek mahkûmiyet hallerinde işbu kanunun 48 inci madde ahkâmı uygulanır.

Şikâyetçinin feragati başlamış olan takibatı durdurur.

Kanun yolları (temyiz ve itiraz).

Madde : 61

Sanık, aleyhindeki hükmü, temyiz etme hak ve yetkisini haizdir. Müşteki,, hükmün, şahsi haklarına mütaallik olan cihetine, kanun yoluna baş vurmak suretiyle, taarruz edebilir.

Müdahil taraf, yargıtay avukatlarından birinin tavassutuna baş vurmaksızın, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 424 üncü maddesindeki yazılı yetkiyi kullanabilir.

Madde : 62

İtiraz, kararı vermiş olan mahkemenin veya cinayet mahkemesinin kalemine üç gün zarfında usulü dairesinde yapılmalı veya verilmelidir. Mütaakip 24 saat zarfında evrak Yargıtaya gönderilir. Yargıtay evrakı aldığından itibaren on gün içersinde acele karar verir. Mahkemelerden veya istinaf veya cinayet mahkemelerinden sadır olan hüküm ve kararlar aleyhindeki itirazlar ile yetkisizlik itirazlarından maada diğer bilûmum itirazat nihaî hükümden veya karardan sonra ve mezkûr hüküm veya karar aleyhinde yapılan istinaf müracaatiyle birlikte yapılmalıdır. Aksi halde müracaat hükümsüz sayılır.

Salâhiyetsizlik itirazları (iddia) fiilen yargılamaya başlamadan evvel yapılmalıdır. Aksi takdirde işbu itiraz esas dâva ile birleştirilir ve kâffesi hakkında birlikte karar veya hüküm verilir.

Tekerrür, hafifletici sebepler, zamanaşımı.

Madde : 63

Cürmün tekerrüründen mütevellit cezanın ağırlaştırılması esas işbu kanunda gösterilen yasak eylemler hakkında uygulanmaz. İşbu kanunda yazılı olan cürüm ve cinayetlerin şubutu halinde cezalar içtima ettirilmez, yalnız hangi suçun cezası ağır ise o ceza uygulanır.

Madde : 64

Ceza Kanununun 463 üncü maddesi işbu kanunda gösterilen bütün hallerde uygulanır. Bu uygulama gerektiğinde verilmiş olan ceza (takdir edilen ceza), Ceza Kanununun tesbit ettiği cezanın yarısını geçemez.

Madde : 65

İşbu kanunda yazılı olan cürüm, cinayet ve kabahatlerden mütevellit açılmış olan kamu dâvasiyle şahsi dâva, işbu fiillerin işlendiği günden itibaren yahut takibata tevessül edilmiş ise son takip muamelesinin cereyan ettiği günden itibaren üç aylık bir müddetin mururiyle zaman aşımına uğrar.

(İkinci fıkra kaldırılmıştır. M. 66, 67 ilga edilmiştir).

İntikal hükümleri

Madde : 68

Matbaacılığa, kitapçılığa, mevkut ve gayrı mevkut matbuata, matbuaların tevziine, dıvar ilâncılığına, umumî yollarda satışa, matbuat ve diğer yayın vasıtaları hakkındaki kanunlarda zikrolunan cinayet ve cürümlere mütallik iradeler, kanunlar, kararnameler, nizamnameler, talimatnameler, alelitlak beyannameler, mütekaddim kanunlarla ilga edilmiş olan hükümlerin meriyeti mümkün olmamak üzere kaldırılmıştır. Kezalik resmî meclisler hakkındaki 10/Ağustos/1871 tarihli kanunun bu meclis müzakerelerinin gazeteler araciyle yayınlanmasına dair olan 31 inci maddesi mülgadır.

Madde : 69 (1911 de tadil edilmiştir).

İşbu kanun hükümleri Cezairde ve sömürgelerde (müstemleke) uygulanır. 29/Temmuz/1881 tarihli kanunun 47 inci maddesinin 6 ıncı fıkrasında bahşettiği hak ve yetki gereğince doğrudan doğruya mutazarrırın şikâyeti üzerine açılan dâvalarda ve savcının ve alâkadarın müracaatları üzerine aynı kanunun 47 inci maddesiyle 1 ve 2 inci fıkra hükümlerinin uygulandığı hallerde ve müşteki, jüri heyetinin teşekkülünden evvel müracaat etmiş bulunursa reddi hâkim talebi müştereken müştekiye ve savcıya aittir. Her ikisi bu hakkın istimali için birleşebilirler. Aralarında ihtilâf olduğunda müşteki ve savcı, müsavi miktarda yargıç red etme talebini haizdirler. (Son cümle 1923 de kaldırılmıştır).

—o—

İŞ KAZALARI VE MESLEK HASTALIKLARI HAKKINDA

Adlî Tıp Um. Md. Muav. ve Meclisi üyesi
Yazan : **Dr. Enver KARAN**

Adlî tıbbı ilgilendiren iş kazaları ve meslek hastalıkları hakkındaki 14.11.949 günlü makalemde bilirkişilerin gözönünde tutmaları icabeden hususatı ayrı ayrı ve kısmen bildirmiştim. Bugünkü yazımızda ise bazı vücut âzasının hususiyetleri bakımından şahsın umumî beden gücüne nazaran kaybedeceği yüzdeleri tetkik ve muayene şeklini bildirmeği bilhassa Adlî etibba ile bu vazifeyi gören sair Hekimlere faideli gördüm.

Dişler: Son yayınlanan 1948 tarihli iş kazası ve meslek hastalıkları sonucu malüllüklerin meslekte kazanma gücünü ne nisbetle azalttığı hakkındaki tüzüğün 11 inci sahifesinde diş arızaları hakkında şöyle bir muhtasar malumat verilmektedir.

1 — Dişlerin tamamen kaybı (protez kabil) % 2-9

2 — Azı dişlerinin hepsinin kaybı (protez kabil değil) % 15-49

3 — Dişlerin yarısının ve yarıdan fazlasının kaybı (protez kabil değil) % 10-40

4 — Bütün dişlerin kaybı (protez kabil değildir) % 28-63.

Bu meşruhata nazaran dişlerin tamamı, azı dişlerinin hepsinin, dişlerin yarısının, yarıdan fazlasının veyahut ta bütün dişlerin kaybı protez kabil olmamak veya olmak suretiyle beden gücü ziyaı mütalaa edilmiştir. Peki amma dişlerin yarısından az kaybı halinde mağdura ne gibi ve ne suretle bir maddî zarar tayin edeceğiz? Buna dair hiç bir sarahat yoktur. İşte iş kazaları için yayılan tüzüğün bazı maddeleri gibi diş bahsi de tatbikatta noksan kalmaktadır.

Vaktiyle Fransız Mesai Nezaretinin neşrettiği Meslek hastalıkları ve maluliyet kaybını gösterir kitapta bu bahis şu suretle izah edilmektedir ki pratikte kolaylığı mucip ve Yargıçlıktan buna dair vaki soruları cevaplandırabilecek mahiyette görülmekle aşağıya dercediyorum.

1 — Ön kesici ve köpek dişler için beherinin % 1

2 — Ön azılar için beherinin % 1,25

3 — Azı dişleri için beherine % 1,50

Bu şekilde elde edilen yüzdeler eğer dişler vazife görebilir derecede

protez ve sair suretle tashih edilebilirse kaybedilen işin veya dişler miktarının baliğ olduğu yüzde ziyanın üçte ikisi indirilmek suretiyle maddî zarar tesbit olunur.

Ancak diş kaybında konuşmada aksaklık, diş etlerinden parça ziyaı fazla diş aralanması, meslek itibariyle bu dişlere ihtiyaç veya her hangi fonksyonel eksiklik ve davacının evvelce diş ziyaına maruz kalıp bu defa esasen miktarı azalan dişlerinin kaybını ehemmiyetle gözönünde tutmak ve nisbetlerine göre esasa zam yapmak icabeder.

Kulak : Sağırlık teşhisi bakımından umumî olarak kulak işitmesinde zaiflik veya büsbütün işitmemek veya işitme bozuklukları, yoktan ses işitme, baş dönmesi, muvazenesizlik, kulak iltihabı, yüz felci ve dış kulakta kusurlar şeklinde mütezahirdir ki son üçü diğerlerine nazaran daha önemsizdir. Mamafih bu kusurların bir kaçı aynı sebepten aynı kimsede görülebilir o zaman raporda bunu ayrı ayrı yazarak ona göre hesaplamak ve bu cihet için de yargıcın dikkat nazarını çekmek lâzımgelir. Yalnız sağırlık ile yoktan gürültü işitme aynı arızanın ayrı ayrı asarı olduğundan bu kaideye uymazlar.

İşitme derecesinin tesbiti : Ağız ile ses işitme sağırlıkta iktidarsızlığın bulunması için esas noktadır. Buna göre muayenesi yapılan kimseye hızlı sesle (H. S.) veya yavaş sesle yani fısıldamak suretile (Y. S.) harflerini söylemek ve bunları hangi mesafeden işittiğine bakarak işitme saha ve derecesini o suretle ölçüp tâyin eylemek icabeder. Bunun için Akumetr denilen âleti kullanmak çok faideli olmakla beraber muayene esnasında mağdurun gözlerini bağlamak da ihtiyatî bir tedbir olur. Yalnız burada çok dikkat edilecek bir cihet şahsın hâdiseden evvel işitme derecesini bilmektir. Bunun için icap ederse Yargıçtan ayrı bir tezkere ile şahsı tanıyanlardan olaydan evvelki işitme derecesinin bittahkik bildirilmesini istemek hatta bazan bütün dosyayı okumak lâzımgelir. Bu suretle bir temaruza veya mübalâgaya ve binnetice de haksızlığa kurban olmamak tehlikesi önlenebilir.

Kulak zarının fiziki muayenesi bu hususta epeyce faideli olur. Bazan evvelce mevcut olan hafif sağırlık vak'a dolayısiyle artmış bulunur o halde de artma miktarını bulmak icabeder ki bu epeyce müşkül bir mesele olduğundan icabederse ayrıca bir kulak mütehassısının da fikri alınır. Sahranın kırılarak bilihtilât menenjit ile ölümün vukua geldiği bazan müşahede edilmektedir. Adlî otopside ölümden evvel böyle bir kulak arızasının mevcudiyetinin ve ölümden evvelki zamanda kulak radyografisi alınmış

ise plâğın aranıp görülmesi ve hâdise ile ölüm arasındaki zamanda şahsın geçirdiği sağlık durumunun bilinmesi elzemdir. Onun için ilk muayenelerde ilerisi yani ihtilâtat düşünülerek kesin raporun verilmesinin münasip görülecek bir müddet tehiri ihtiyatî bir hareket olur.

Sağırlıkta iktidarsızlık yüzdeki sağırlığın verdiği umumî iktidarsızlığın şahsın çalışma gücüne olan tesiri ile ölçülür.

Meslek bakımından kulağa şiddetle ihtiyacı olan müzisyen, müzik âleti yapan, akordçu, radyocu, telefoncu, emsali gibi melsek erbabı ile alelâde bir şahsa verilecek yüzde miktarı arasında meslek bakımından farkı gözönünde tutmak ve ona göre de arttırma yapmak icabeder.

Baremde sağırlık şekli : Yavaş söylenenleri nihayet 1 metreden işitenlere hafif sağır.

Hızlı söylenenleri 1 metreden işitenlere orta sağır.

Bağırırcasına söylenenleri hiç işitmiyenlere de kuvvetli, tam sağır denilir.

Ancak bu sağırlıkların tedavi ile şifa veya salâh bulmasının mümkün olamıyacağı tahakkuk ettikten sonra kesin raporu vermelidir. Sağırlıkların muhtelif derecelerini hesap etmiye yarar Pytagor şeklinde okunan cetvel vardır ki bunu bildirmek faideli ise de nihayet adlî bir gazetede yer işgal etmek kaygusu ile yazmamayı tercih etmekle beraber idareye müracaat vaki olursa derhal bir kopyasının gönderileceğini bildirmeği de vazife addettim.

———o———

Aklî malûliyetin cezaî bakımdan doğurduğu neticeler ve mahdut mesuliyet Teorisi

Doçent Dr. Naci ŞENSOY
İstanbul Üniversitesinde

Adalet Dergisinin 950 yılı 6 sayılı nüshasında aklî malûliyete müteallik tetkiklerimiz, meselenin felsefî ve hukukî zaviyeden rüyetine matuftu; bu yazımızın mevzuu ise akıl hastalığının cezaî yönden tevlit ettiği neticelerle mahdut mesuliyet teorisine, Türk Ceza Kanununun 47 inci maddesine ve nihayet medenî hukukta bir ehliyetsizlik sebebi olmak bakımından akıl hastalığına taallûk eylemektedir.

§ 1 — Aklî malûliyetin cezaî bakımdan tevlit ettiği neticeler :

1 — Kanunun suç olarak tavsif edip cezalandırdığı bir fiilin aklî malûliyete müptelâ bir kimse tarafından işlenmesi muvacehesinde üç ihtimal derpiş etmek lâzımdır : failin fiili işlediği zamanda aklî malûliyete müptelâ olması; fiili işlediği zamanda sıhhati yerinde olan failin, takibat başlamazdan önce veya takibat esnasında akıl hastalığına düçar bulunması; nihayet, onun, hakkında hüküm sadır olup ve kat'iyet kesbedip, mahkûmiyetin infazından önce veya o sırada sözü geçen hastalığa musap olması.

Bu üç ihtimalden sadece birincisindedir ki, Türk Ceza Kanunu aklî malûliyetin cezaî mesuliyeti refedeceğini tasrih etmiştir; diğer iki ihtimalde, aklî malûliyet, takibat üzerinde ve mahkûmiyetin infazı şartlarında tesir icra edip bazı neticeler tevlit eyler :

1) Suç failinin «fiili işlediği zamanda» aklî malûliyete düçar olması:

Fiilin ikaı ânında akıl hastalığına yakalanmış olmanın tevlit eylediği netice, mesuliyetsizliktir (1). Türk Ceza Kanununun biraz önce metnini nakleylediğimiz 46 ıncı maddesinin ilk ibaresi bu neticeyi tavsif için «aklî malûliyete müptelâ olan kimesye ceza verilemez» demektedir; ancak bahs mevzuu neticenin husule gelebilmesi, yani mesuliyetin kalkabilme-

(1) Kanunun 46 ncı maddesinde «suçu» işlediği zaman denmeyip de «fiili» işlediği vakit denmesinin sebebi de bundan ileri gelmekte, başka bir ifade ile, keyfiyet, ehil olmıyan bir kimsenin mesul de olmıyacağını kabul etmiş bulunan klâsik doktrinin, kanunumuzca esas ittihaz edilmiş olmasından neşet etmektedir; kanunun 47 nci maddesinde «fiil» tâbiri yerine «suç» tâbirini ikame etmiş bulunması da keyfiyeti teyit eylemektedir.

si için, sözü geçen malûliyetin, failin «şuurunun veya harekâtının serbestisini selbedecek» derecede olması lâzımdır; başka bir ifade ile 46 ıncı maddeye göre, cezaî mesuliyetsizliğin mevzuubahs edilebilmesi, mücerret, failin aklî malûliyete müptelâ bulunmasına vabeste olmayıp, bu malûliyetin, onda, ya «şuuru» veyahut «hareket serbestisini» selbetmesi, binnetice muayyen bir vehamet derecesine yükselmiş olması muktazidir.

Mehaz 1889 İtalya Ceza Kanununun esbabı mucibe lâyihasında da tebarüz etitrildiği veçhile «şuur» dan maksat ne yaptığını bilmek değil, anlama kabiliyeti, başka bir tabirle zekâdır; şuur, ne yaptığını bilmek mânasına alındığı takdirde, nadir bir iki istisna dışında akıl hastalıklarının mesuliyeti kaldıran bir sebep sayılmaması iktiza ederdi; çünkü bir çok akıl hastalarında yaptıklarını bilmek hassası mevcuttur; bunlarda mevcut olmayan ahlâki şuur, yani fiil ve hareketlerinin ahlâkî bakımdan kıymetini takdir edebilmektir (2).

Hareket serbestisinin selbedilmiş olması ise «libre arbitre» ile alâkası olmaksızın, fiili icraya serbestçe karar vermeğe matuf, dimağî çalışmanın ve başka türlü hareket etmek imkânının ortadan kalkmış olmasıdır (3).

Kaydedelim ki, aklî malûliyetten mütevellit şuur veya harekât serbestisinin ademî mevcudiyetini, bu malûliyetle alâkası bulunmayan diğer sebeplerden ve meselâ başkasının fiilinin tesirile husule gelen mücbir sebepten mütevellit şuur veya harekât serbestisinin yokluğu ile de karıştırmamak lâzımdır (4).

Kaydedelim ki, 46 ıncı maddenin mutlak ifadesinden anlaşıldığına ve vazeylemiş bulunduğu umumî mesuliyetsizlik prensibine göre, aklî malûliyete müptelâ kimse tarafından işlenen fiil ister bir cürüm ister bir kabahat olsun, bu cürüm veya kabahat ister kasden veya taksirle işlenmiş bulunsun, ister umumî veya hususî bir kanunca tesbit edilsin, bunun gibi,

(2) Nurullah Kunter, İstanbul Hukuk Fakültesi 1946 - 1947 ders takrirleri, akıl malûliyeti bahsi (henüz neşredilmemiştir).

(3) Tahir Taner, s. g. e., sf. 363; Manzini, s. g. e. No. 322; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Bakanlığı tercümesi, cilt I, İstanbul 1927, sf. 171; Faruk Erem, s. g. makale, sf. 1267: kanunumuz gibi muhtelit sistemi kabul etmiş olan ve yukarıda No. 18 de sözü geçen sistemi izah ederken metnini koyduğumuz yeni İsviçre Ceza Kanununun 10 uncu maddesi de akıl hastalığının neticesi olan iki hâletten bahsetmektedir; bunlardan biri fiilinin suç olup olmadığını anlayabilmek, diğeri de buna göre hareketini ayarlıyabilmektir. Logoz'a göre bundan maksat doğru ve haklı tanınan saiklere göre hareket edebilme imkânıdır; P. Logoz, s. g. e., sf. 39.

(4) Manzini, s. g. e., No. 322.

işlenen suç ister umumî mahkemelere veya istisnaî usulü muhakemeye tâbi tutulsun, madde kabili tatbiktir.

Biraz evvel de temas eylediğimiz veçhile, 46 ıncı madde, mesuliyetsizlik prensibi olmak bakımından aklî malûliyetin «fiilin işlendiği zamanda» mevcut olması şartını dermeyan eylediğine göre, mesele mütemadî ve müselsel suçlarla itiyadî suçlar bakımından teemmül edilmek lâzım gelir.

«Failin harekete geçmesile hitam bulmayarak icrası bir müddet uzayan» (5) ve bu itibarla mütemadî diye tavsif olunan suçlarda, akli malûliyetin mesuliyeti ortadan kaldırabilmesi için, temadinin nihayete erdiği anda mevcut olması iktiza eder; binaenaleyh, sözü geçen malûliyet temadinin başladığı anda veya fiilin icrasına devam olunduğu sırada bulunup da, temadî sona ermeden önce zail olursa, fail mesuldur.

«Her biri başlı başına bir suç teşkil eden ve fakat aynı cürmî kasdın tatbik ve icraisle heyeti mecmuası bir tek suç sayılan» (6) ve bu sebeple müselsel denilip, Türk Ceza Kanununun 80 inci maddesine göre ceza muayyen bir ölçüde ağırlaştırılarak tertip olunmak iktiza eden fiillerde de, aklî malûliyet bakımından, mütemadî suçlar hakkında söylediklerimiz varid olmakla beraber, bahse mevzu müselsel suçlarda, sözü geçen malûliyet mevcut iken işlenmiş olan fiiller, teselsül mevzuunda, hesaba katılmamak lâzım gelir; (7) meselâ bir kimse, aynı cürmî kasdın tatbik ve icrası neticesi bir evden üç muhtelif zamanda bazı eşya çalsa ve bu hırsızlık fiillerinin ilk ikisini ika sırasında akıl hastası olup da, sonuncusunda iyileşmiş bulunsa, evvelki iki fiil teselsül bakımından hesaba katılmamak, binnetice, yalnız son fiil nazarı itibare alınarak teselsül sebebile ceza ağırlaştırılmamak iktiza eder.

Aynı mülâhazalar «bir defa işlenmesi cezayı mucip olmayıp, suçun teşekkül etmesi için fiilin bir kaç defa işlenmesi şart olan» (8) itiyadî suçlar bakımından da varittir.

Suçu işlediği sırada akıl hastalığına musap bir kimsenin gayrı mesul oluşu prenisbine çeşitli neticeler teferru eder :

A) İlk tahkikatta, sanığın suçu işlediği zaman aklî mallûiyete müptelâ olduğu anlaşılırsa, sorgu yargıcının, maznunun muhakemesinin men'ine karar vermesi iktiza eder; ilk tahkikat yapılmayan işlerde veyahut savcının bir iddianame ile işi doğrudan doğruya mahkemeye sevketmiş bu-

(5) Tahir Taner, s. g. e. ef. 97.
(6) Tahir Taner, s. g. e. sf. 102.
(7) Manzini, s. g. e., No. 326.
(8) Tahir Taner, s. g. e., sf. 100.

lunduğu ahvalde, sanığın, mahkemece, suçu işlediği anda aklî malûliyete musap bulunduğu tesbit edilirse, beraatine karar verilir.

B) Akıl hastası suçlu mahkeme masraflarına mahkûm edilemez.

C) Fiili işlediği zamanda aklî malûliyete düçar olması sebebile gayrı mesul bulunan, binnetice cezalandırılmaması lâzım gelen akıl hastası, tazminat kabilinden para cezalarına dahi mahkûm edilemez (9).

2) Failin, fiili işlemesinden sonra aklî malûliyete düçar olması :

Suçun işlenmesi anında akıl hastalığına yakalanmış olmayı mesuliyetsizlik bakımından kabul etmiş bulunan kanunumuza göre, suçun ikamından sonra zuhur eden akıl hastalığı, cezaî mesuliyet bakımından, hiç bir tesir husule getiremez; ancak, akıl hastalığının takibattan evvel veya takibat sırasında zuhur etmesi hukuku âmme dâvasının açılmasına, bu dâva açılmış ise takibine mâni olur. Demek oluyor ki, keyfiyet, hukuku âmme dâvasının açılmasına veya devamına muvakkaten engel olan hallerden biridir.

Maznunun, henüz dâva açılmazdan önce akıl hastalığına musap olması halinde, müddeiumuminin, bunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 74 üncü maddesindeki usule tevfikan tesbit ettirmesi ve fakat, gaip olmaması düşüncesile, delilleri de toplaması iktiza eder : «Sonra dâvanın açılması maznunun iyileşmesine tâlik edilir; müddeiumumi hukuku âmme dâvası açarak bu hal dolayısiyle tahkikatın tatili kararını almak yolunu da tutabilir» (10).

Fail son tahkikatın açılmasından sonra akıl hastalığına uğramışsa, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 253 üncü maddesine göre mahkeme duruşmanın, akıl hastasının iyileşmesine kadar tatiline karar verir (11).

---

(9) Maurice Garçon et Emile Garçon, Code pénal annoté, Paris 1930, sf. 64 altındaki not 4; Garraud, s. g. e., No. 317.

(10) Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1945, sf. 94.

(11) Son tahkikatın açılmasından sonra —diğer bazı haller meyanında— failin akıl hastalığına yakalanması halinde de duruşmanın tatiline karar verilmesini âmir bulunan 253 üncü maddenin ilk şeklinde bundan bahsedilmemiştir. Hükümet, 2/XII/1935 tarihinde maddeye, maznunun kaybolması hali ile birlikte akıl hastalığına tutulmuş olması halinin de ilâvesini Büyük Millet Meclisine teklif etmiştir. Hükümetin gerekçesinde şöyle denilmektedir: «Bu maddenin birinci fıkrasında duruşmayı neticelendiren karar ve hükümler arasında duruşmanın tatili kararı zikrolunduğu halde, ikinci fıkrasında duruşmanın tatilini icabettiren haller arasında maznunun kaybolması, duruşma esnasında akıl hastalığına düçar olması halleri zikredilmemiş ve bu eksik tatbikatta bazı tereddütleri celbetmekte bulunmuş olduğundan madde bu bakımdan tamamlanarak düzeltilmiştir: Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1946, sf. 186, not 109 ve 110.

176

Suçun ikaından sonra akıl hastalığına musap olan bir kimse karşısında bu yolda muamele edilmesi müdafaa hakkının kutsiliğine, onun esasî bir hak olduğuna, bunun gibi sözü geçen hakkın serbestisi prensibine dayanmaktadır.

Suç faili, esas mahkemesinden karar verilip mahkûm edildikten sonra işi temyiz etmek ister ve müddeti içinde bunu yapmazdan önce, akıl hastalığına yakalanır ve bu suretle müddeti geçirirse ne olacaktır? Acaba failin temyiz hakkı bu yüzden gaip mi olacaktır?

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 41 inci maddesine göre «mücbir sebepler veya beklenilmeyen veya sakınılması kabil olmayan hâdiseler neticesi olarak bir mehle riayet imkânsızlığı hasıl olursa, mehlin bitmesinden hasıl olacak neticeye karşı eski hale getirme talep olunabilir».

Bu itibarla müddeti içinde hakkında sadır olan hükmü temyiz etmek istediği halde bunu yapmadan akıl hastalığına uğramış kimsenin bu halinin beklenilmeyen veya sakınılması kabil olmayan hallerden telâkki etmek lâzım geldiği düşüncesindeyiz.

Bu mâniin ortadan kalkmasını, yani hastanın iyileşmesini müteakip kendisi aynı kanunun 42 inci maddesine göre bir hafta içinde eski hale getirme istidası tanzim etmek ve bu mehle riayet etmemesinin sebeplerini ve delillerini bildirmek ve usule dair yapmadığı muameleyi istidayı verdiği tarihten yapmak lâzımdır.

Suçlu temyiz hakkını, müddeti içinde istimalden sonra, müddet munkazi olmadan akıl hastalığına tutulursa, Yargıtay, evrakı tetkik edecek mi, yoksa tetkikatını akıl hastasının iyileşmesine mi tâlik eyleyecekir?

Duruşma yapılmayan işlerde, temyizin, evrakı tetkik etmesinde hiç bir mahzur yoktur. Ancak hükmü nakzederse, esas mahkemesi akıl hastasının iyileşmesinden sonra dâvaya yeniden bakmalıdır.

3) Suç failinin, hakkındaki hükmün katiyet kesbetmesinden sonra aklî malûliyete yakalanması :

Fail, hakkındaki hüküm katiyet kesbettikten sonra akıl hastalığına yakalanırsa kendisine ceza çektirilecek midir?

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 397 inci madesine göre, akıl hastalığına duçar olanlar iyileşmedikçe, haklarında ölüm cezası infaz olunmaz.

Kanunun bu hükmünü tabii telâkki etmek lâzımdır. Çünkü, ceza, sadece başkalarını korkutmak için değil, aynı zamanda, mahkûmun yaptığının kefaretini çekmesi için hükmolunur; suçlu, akıl hastalığına müptelâ bulunduğu bir sırada, hükmün infazı cihetine gidilse, cezanın elem, ıstırap verici gayesini hissedemez.

Hükmün katiyet kesbetmesinden veya infaza başlandığı veya devam olunduğu sırada aklî malûliyete düçar olan hükümlü hakkında, hürriyeti bağlayıcı cezalar da infaz olunmayıp, failin iyileşmesi beklenir (12). Zira, hürriyeti bağlayıcı cezaların en belli başlı gayelerinden biri de, mahkûmun «uslandırılması» dır; akıl hastası mahkûm bakımından ise bu gayenin tahakkukuna imkân yoktur.

Bu halet içinde bulunan hükümlü hakkında, hüriyeti bağlayıcı bir ceza infaz edilemiyecek ise de, icabı hale göre, kendisi akıl hastaları müessesesine gönderilebilecektir; bu bir ceza değil, hem sosyetenin, hem bu hastalığa müptelâ kimsenin nef'ine bir ihtimam tedbiridir. Ancak bu yolda alınan tedbir, yani akıl hastasının bir müesseseye kapatılması, ileride kendisi iyileştiği ahvalde cezanın müddetin de hesaba katılacak mıdır?

Maruf cezacı Garraud, müelliflerin ekserisinin muhalif rey ve kanaatine rağmen bunun yapılması lâzım geldiği fikrindedir. Sözü geçen müellif bu düşüncesini şu şekilde ifade etmektedir : «Hasta bir mahkûmun, hastahanede geçirdiği müddet cezanın müddetinin hesabında nazara alınmıyor mı? O halde neden, keyfiyet, bir delinin mahsus bir müessesede geçirdiği müddet bakımından aynı olmasın? Buna, insan kendisine verilen cezadaki ıstırabı anladığı takdirde onu hissedebilir, ve, ceza, her şeyden önce kefalete taallûk eder yolunda itiraz olunmaktadır; bu nokta üzerinde mütabı kız; fakat hüküm katiyet kesbettiğinden, ceza infaz olunmaktadır; hastalık zuhur etti : Neden bu hastalık bir halde önlediği infazı diğerinde önlemiyor?» (13).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 404 üncü maddesine göre, cezanın infazına başlandıktan osnra, mahkûmun, alelâde bir hastalık münasebetiyle hapishane hastahanesinden başka bir hastahaneye kaldırılması halinde, burada geçirdiği müddet, cezadan indirilmek lâzımdır.

Bu hükmün, kıyasen, akıl hastası mahkûm bakımından aynı neticeleri tevlit etmesi icap eyleceğine matuf bir düşünce akla gelebilirse de, bizce böyle bir düşünce varit olamaz; çünkü, akıl hastası mahkûmlar hakkında hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının iyileşmelerine talikini âmir bulunan aynı kanunun 399 uncu maddesinin birinci fıkrası mutlak olduğundan, bunun, 404 üncü madde ile alâkası yoktur; mevzuubahs olan akıl hastalığına müptelâ bir mahkûmun hürriyeti bağlayıcı cezalardan maksut olan «uslandırma» gayesini idrak edebilecek bir irade ve şuura sahip bulunmaması ve bu sebeple infazın tehiridir. Böyle olun-

(12) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 399 uncu maddesine bakınız.
(13) Garraud, s. g. e., no. 339.

ca, onun, mahsus bir müessesede tedavi altında geçirdiği müddetin mahkûmiyetten mahsubu caiz olmamak lâzımdır (14).

İlâve edelim ki suçlunun duçar olduğu mahkûmiyet para cezasından ibaret ise, mahkûmun akıl hastalığı bu cezanın infazına mâni teşkil etmez; fakat tahsil edilemediği ahvalde hapse tahvil olunan para cezasının, hürriyeti bağlayıcı cezalar için verdiğimiz mucip sebepler hasebile, bu yoldan infazı cihetine gidilemez.

§ 2 — Mahdut mesuliyet teorisi :

1 — Mahiyeti :

2 — 19 uncu asrın ikinci yarısında zuhur eden mahdut mesuliyet nazariyesi, esasını, cezaî mesuliyet hakkındaki klâsik teoriden almakta ve bu teorinin icaplarından bulunmaktadır :

Filhakika, evvelce işaret ettiğimiz veçhile, (15) klâsik teori, cezaî mesuliyetin esası mevzuunda, failin irade serbestisine bakmakta bu mesuliyeti, kusurun vehametine ve sözü geçen serbestinin duruma göre de derecelendirmektedir; böylece, irade serbestisi tam olan kimseye tam ceza verilip, bu serbesti tamamen münselip olduğu ahvalde hiç ceza tertip edilmemekte, kısmen mevcut bulunduğu takdirde ise, ceza bununla mütenasip olacak surette indirilerek verilmektedir.

İmdi, akıl hastalıklarının bazı nevileri, ezcümle, nörasteniler, kısmî tereddiler; moonmanilere yaklaşan aklî teşevvüşler, irade serbestini tamamen ortadan kaldırmamakla beraber, bunu ehemmiyetli derecede tezelzüle uğratıp, failin cürmî fiile karşı olan mukavemetini azaltmakta, binnetice cezanın da bu nisbet dairesinde indirilmesini iktiza ettirmektedir (16).

İşte, irade serbestisinin tamamile mürtefi olmasını icabettirmeyip, bunun tezelzüle uğramasını iktiza ettiren ve bu suretle cezanın tahakkukunu müeddi olan bu nevi akıl hastalıklarına musap kimselere «yarıdeli - demi fou» denildiği gibi, bunların gayrı tam bulunan cezaî mesuliyetlerine de - mahdut mesuliyet - responsabilité limitée» veyahut «muhaffet mesuliyet - responsabilité attênuée» adı verilmektedir.

---

(14) Aynı mânada, Adalet Bakanlığının, 11/X/1939 tarih ve 2070 sayılı tamimine bakınız: Zeki Kumrulu - Zihni Setil, son değişikliklere göre Hâşiyeli ve İzahlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 2 nci tabı, Ankara 1945, sf. 246.

(15) Yukarıda No. 3 e bakınız.

(16) Saleilles, l'individualisation de la peine, 3 üncü tabı, Paris 1927, sf, 77 - 78.

Demek oluyor ki, mahdut mesuliyet nazariyesi, cezaî mesuliyetin esasına mütaallik klâsik teorinin, zarurî, hattâ mantıkî bir neticesi olup, (17) kanunî bir hafifletici sebep suretinde manzur bulunmaktadır.

Kaydedelim ki, bu nazariyenin menşe ve menbaı, esasını, tıbbî bir müşahede ve ilmî bir vakıada bulmakta, bu vakıadan hareket edilerek, yarı - deliler denilen bir akıl hastası zümresinin mevcudiyetine ve bir kimsenin aklî durumunun, bedenî ve zihnî bünyesi nazarı itibare alınmak suretile, tıbben ölçülebileceği düşüncesine varılmaktadır (18).

İşte, mahdut mesuliyet nazariyesi ile, bu nazariyeden neşet eden kanunî hafifletici sebebin müstenit bulunduğu esaslar bakımında, teorinin leyh ve aleyhinde mütaaddit fikirler serdedilmek, ve, böylece, bir neticeye bağlanılmağa çalışılmaktadır.

II — Leh ve aleyhindeki fikirler :

1) Lehteki fikirler :

22 — Mahdut mesuliyet nazariyesine taraftar olanlara göre, aklî melekeleri tamamile sıhatte olan kimselerle, sözü geçen melekeleri tamamile muhtel bulunan kimselerin yanı başında, aklî durumu bakımından kısmî veya natamam bir teşevvüşe muzap kimseler de vardır; psişiatrinin terakki ve inkişâfları, tamamile ortadan kaldırmamakla beraber, aklı zayıflatan veyahut iradeyi tezelzüle uğratan dimağî hastalıkların mevcudiyetini ortaya koymuş bulunmaktadır. Şu vaziyete göre, mademki cezaî mesuliyet aklî melekelerin tamamile sıhhatte olması halinde mevcuttur, o halde kısmî akıl hastalığına müptelâ bir kimsenin de, kısmen yani muhaffef ve mahdut bir şekilde mesul olması muktazidir (19). Binaenaleyh, kütle suçlarında, sevkedilen kimseler; nöbet haricinde suç işleyen sar'alı; tek başına veya kütleyi sevketmek suretile yahut sar.a nöbeti sırasında suç ika eden kimseler gibi mesul addedilmemek lâzımdır (20); çünkü birinci halde, kütle ile sürüklenen kimse, yalnız başına suç işleyen veya kütleyi sevkeden kimse kadar normal olmadığı gibi, ikinci halde de, nöbet dışında suç işleyen sar'alı, aynı fiilî nöbet sırasında ika eden kimse kadar gayrı mesul değildir; esasen, akliyeciler, bütün düşünceleri tatmin eden ilmî bir vuzuhla, idrak ile cinnet arasında gayri kat'i bir hudut bulunduğunu ve insanların ya akıl hastası yahut da idrak ve muhakemesine sahip, ya mesul

(17) Saleilles, s. g. e., sf. 79.

(18) Donnedieu de Vabres, Traité du droit criminel et de législation pénale comparée, 3 üncü tabı, Paris 1947, No. 357.

(19) Crasset, demis-fous et demis responsables, 2 nci tabı, Paris 1908, sf. 236.

(20) Grasset, s. g. e., sf. 237.

180

veya gayri mesul olduğunu zannetmenin, büyük bir hata olacağını isbat etmişlerdir; bu itibarla idrakin nerede bittiği ve cinnetin nerede başladığı katiyetle bilinmeksizin, az veya çok parlak muhakemeli, az veya çok müteredditiradeli kimseler vardır; bunlara akıl hastası demek mümkün olamayacağı gibi, aklen sıhhatte olduklarını söylemek de indî olur (21); sar'alılar, isterikler, marazî alkoliklerde nörastenikler, aklen zayıf olanlarla toksikomanlar... bunlardandır (22).

Diğer taraftan, irade serbestisinin derecelenemiyeceğini, bu serbestinin ya mevcut veya gayrı mevcut olacağına, aksi takdirde irade serbestisi doktrini ile determinizm telâkkisinin birleştirilmesi yoluna gidilip, telifi imkânsız bir tenakûs yaratılacağına istınatla yapılan tenkidler de varit değildir; çünkü, beyindeki psişik nöronların fonksiyonlarını tamamile yapmamaları ehemmiyetle bahse mevzuudur (23).

Bundan başka, aklî melekeleri kısmen teşevvüse uğramış kimselerin mevcut olmadığı, mevcut olsa bile, bunların aklî durumunu ölçüp tesbit edebilmesinin amelî bakımdan imkânsız bulunduğuna mütaallik tenkid de yerinde değildir; şüphesiz, hâkimin, bilirkişiden soracağı aklî melekelerdeki teşevvüs binnetice mesuliyetteki tahaffüfün riyazî ölçü ve derecesi olmayacaktır; sözü geçen teşevvüşü kat'î ve sabit ölçülerle tesbit etmek belki imkânsızdır; ancak bu keyfiyet, bahse mevzu halin mevcut olmadığını iddiaya salih değildir.

Nihayet «yarı - deli» kategorisine tıbbî bakımdan «muayyen bir akıl hastası tipi» nin tekâbül etmemesi mevzuundaki tenkid de çok bir şey ifade etmez : Sokrat'tan Tolstoy'a, Russo'dan Victor Hugoya, Voltaire'den Napolyon'a, Nietzsche'den Goethe'ye, Chopin'den Beethoven'e kadar, ilim, edebiyat, siyaset, felsefe, güzel sanatlar sahasında temayüz etmiş şahsiyetlerin bir çoğu, kendilerinde mevcut psişik nakiseler dolayısile «yarı - deli» kategorisinin en mütenevvi tiplerini vücude getirirler(24).

3 — Söyleyelim ki, 19 uncu asrın birinci yarısının cezacılarının, meriyetteki mevzuattan ve o zamanın felsefî doktrinlerinden aynı zamanda mülhem olarak iradenin gayri kabili tecezzi bulunuşu düşüncesine istinat etmek suretile, mesuliyetle mesuliyetsizlik arasında vasat bir tâbir olamayacağından ifade etmelerine rağmen, insan iradesinin az veya çok teşevvüşe uğrayabileceği ve, idrak ve akıl ile, bunların tam hastalığı ara-

(21) Garçon, s. g. tercümemiz, sf. 1196.

(22) Mitkovitch, les délinquants demis-fous, Revue de Criminologie et de police technique, cilt I, sayı 1, sf. 18 ve müt.

(23) Grasset, s. g. e., sf. 238.

(24) Grasset, s. g. e., sf. 239 - 240; 132 - 184.

sında mutavassıt bir mıntıka bulunacağı ve bu itibarla mahdut mesuliyetin mevcut olacağı hususunda arzede geldiğimiz fikir ve düşünceler mevzuat sahasında tesirini icra ederek bir çok kanunlar ve modern müdevvenatca, ezcümle, 1889 eski İtalya (M. 47) 1930 yeni İtalya (m. 89), 1937 yeni İsviçre (m. 11). Polonya, Alman..... nihayet Türk Ceza Kanunlarınca kabul edilmiş bulunmakta ve sözü geçen kanunlar, failin, suçu işlediği sırada kısmî akıl hastalığına musap olmasını kanunî bir hafifletici sebep saymaktadırlar.

Buna mukabil, tedvin edildiği sırada, akıl hastalığının, sadece cinnetten ibaret olduğu sayılan Fransız Ceza Kanununda ve bu kanundan mülhem olarak tedvin edilmiş mülga 1274 tarihli Ceza Kanunumuz ve diğer bazı memleketler ceza kanunları da, mahdut mesuliyet mevzuubahs edilmemiştir. Bununla beraber, hususile, 1810 Fransız Ceza Kanunu bakımından mahdut mesuliyet nazariyesi, Fransız jüris-prüdansı üzerinde derin tesirler icra etmiş, takdiri hafifletici sebepler müessesesinden çok geniş mikyasta faydalanılması, bu tesirlere bağlı bulunmuştur.

2) Aleyhteki fikirler :

4 — Bir taraftan klâsik, diğer taraftan pozitivistlerce tenkidlere maruz kalmış bulunan mahdut veya muhaffef mesuliyet teorisi mevzuunda — mektep farkı gözetmeksizin — sözü geçen tenkidleri «esasa» ve «tatbikata» mütaallik olmak üzere iki zümrede toplamak mümkündür.

Esasa mütaallik itiraz ve tenkidler, mahdut mesuliyet nazariyesinin zatına ve cevherine, dayandığı temellere tevcih edildiği halde tatbikata mütedair tenkidler, bahse mevzu nazariyenin amelî bakımdan doğuracağı mahzurları istihdaf etmekte bulunmuştur.

A) Esasa mütaallik tenkidler :

Nazariyenin lehindeki fikirleri tebarüz ettirirken de temas eylediğimiz bu tenkidlerden bir kısmı, irade serbestisi esasına taraftar olanların ve hususile spiritüalistlerin, bu serbestinin derecelenebileceğine inanmamalarından neşet eder; bunlara göre irade serbestisi ya vardır, ya yoktur; şu hale göre, mahdut bir irade serbestisi mevcut olmadığı gibi, aksini kabul etmek sözü geçen serbestiyi haiz bir kimsenin aklî durumu dolayısile bazı hareketleri yapmağa mecbur bulunduğunu iddia etmeği tazammun eder ki, bu da, netice itibarile bir taraftan «libre arbitre» i diğer taraftan «déterminisme» i mezceylemeğe bâdi olur (25); kaldı ki, biribirini nefyeden bu iki mefhumun meczine imkân yoktur.

(25) Bu tenkitler için, Grasset, s. g. e., sf. 237 - 238.

182

İrade serbestisinin bir hayalden ibaret olduğuna kani bulunan pozitivist telâkki sahipleri bakımından ise, mahdut mesuliyet doktrinini tenkid daha kolaydır : Filhakika, irade serbestisi bir hayal olunca, bu serbestinin, failin aklî hâleti dolayısile tahdit edilebileceği ve bununla mütenasip olarak cezaî mesuliyetin derecelenebileceğini kabule imkân kalmaz; pozitivst telâkkilere göre, zaten bütün suçlular anormal olup, bunlar hakkında tatbik edilecek müeyyide, hayalden ibaret bulunan irade serbestisinin derecesine göre değil arzettikleri tehlikeli hale göre tesbit edilir.

Nihayet, mahdut mesuliyete matuf üçüncü bir tenkid tarzına göre de aklî anormaliliğin — takribî de olsa — ölçülebileceği iddiası ispat edilmemiş bir kaziyedir; kaldı ki, aklen tamamile sıhhatte olup, hiç bir gayrî tabiliği bulunmayan insan tipi, hakikatte, mevcut da değildir; böyle olunca, hemen bütün hallerde ve hemen herkese mahdut cezaî mesuliyet zaviyesinden bakmak lâzımdır (26).

B) Tatbikata mütedair tenkidler :

Mahdut mesuliyet nazariyesine karşı tevcih edilmiş olan tenkidler, bilhassa bu nazariyenin tatbiki neticesinde, zuhur edecek amelî mahzurlara müstenit bulunmaktadır.

Filhakika, kanunlarda hafifletici bir sebep suretinde manzur olduğuna biraz evvel işaret ettiğimiz mahdut mesuliyet muvacehesinde hâkim, suçluya aklen normal olana nisbetle, daha hafif bir ceza tertip etmekte, netice itibarile, aklî melekeleri kısmen müşeveş suçluların hürriyeti, daha az müddetlerle tahdit olunmaktadır; işte bu amelî neticeye iki büyük mahzur teferrü eylemektedir :

Evvelâ, bu şekil tatbikat, kısa müddetli hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesine badi olmaktadır. Halbuki, suçlu üzerinde tesir edebilmesi ve onu uslandırabilmesi için, hürriyeti bağlayıcı cezaların uzun müddetli olması lâzımdır; aksi takdirde, suçlu uslandırılmadıktan ve korkutulamadıktan başka, büsbütün ifsat da edilmiş olur (27).

Saniyen, bu şekil tatbikat, içtimaî faydayı sağlayamamakta ve sosyeteyi lâyikile vikâye edememektedir; gerçekten, aklî durumunda muvazenesizlik bulunan bir kimse, bu nazariyenin tatbiki dolayısile, nisbeten kısa bir zamanda cemiyete iade olunmakta, geçen müddet kendisini ıslah şöyle dursun büsbütün ifsat eylediğinden, cemiyete çok dafa tehlikeli bir yarı - deli iade olunmaktadır. Diğer taraftan, böyle bir kimsenin aklî melekelerindeki teşevvüş ne kadar ileri ise tehlikeliliği o derece fazla, buna mu-

(26) Donnedieu de Vabres, s. g. e., No. 359.
(27) Saleilles, s. g. e., sf. 78; Donnedieu de Vabres, s. g. e., No. 359.

kabil, kendisine verilecek ceza da o nisbette az, bu itibarla serbest bırakılıp cemiyete iadesi de o mikyasta erkendir; halbuki cemiyet, bilhassa impüsyonlarını yenemeyen, aklî melekelerine, iradelerine, cürmî fiilere karşı olan temayüllerine hâkim olamayan bu nevi kimselere karşı daha fazla korunmak durumundadır. (28). Binaenaleyh, mahdut mesuliyetli şahıslar muvacehesinde, içtimaî fayda, cezanın tahfifini değil bilâkis teşdidini âmirdir (29).

3) Mahdut mesuliyet hakkındaki düşüncelerimiz :

5 — «Yarı - deli» adı verilip mahdut mesuliyetli olduğu iddia edilen akıl hastalarının, tıbben ve fennin mevcut olmadığını iddianın, ihtisasımız dışında bulunduğunu kaydettikten sonra, beyan edelim ki, günümüzde, akliyecilerle, tababeti ruhiye mütehassısları aklî meleklerine kısmen sahip, iradesi müşevveş ve zayıf ve fakat tamamile akıl hastası telâkki edilmeyen kimselerin mevcudiyetini tanıdıkça — bunların, muayyen bir tipe irca olunamayacağından ve yahut hududu gayri muayyen geniş bir zümre teşkil edeceğinden bahisle — bu fennî ve ilmî hâdise ve vakıayı hodbehod cer yerinde telâkki edilemez; binaenaleyh, bizce de, cemiyet içinde bu nevi yarı — delilerin bulunduklarını kabul eylemek muvafık olur; ancak bu, halen carî olan mahdut mesuliyet nazariyesile, bunun müeddi olduğu neticelere taraftar bulunmadığı tazammun etmez; yarı - delilerin mevcudiyetini kabul etmek başka, bunların hakkında muhaffef bir ceza tâyin ve tertibini terviç eylemek yine başkadır.

Fikrimizce, yarı - delilere muhaffef bir cezanın tertip ve tâyini yoluna gitmek, bir taraftan bizatihi suçlu, diğer taraftan cemiyet bakımından mahzurludur.

Gerçekten, bu nevi şahıslar, aklen tam sıhhatte değillerse, bunları tedavi etmek, aklî melekelerindeki kısmî teşevvüş ve tagayyuratı büsbütün gidermeğe çalışmak lâzımdır; bu tedavinin nerede yapılması iktiza edeceği meselesine gelince, bunun, bir ceza evinde tatbikine imkân olmadığı kanaatindeyiz; esasen, hasta olduğu tıbben tebeyyün eyleyen bir şahsın cezaevine konulması adalet hislerinin rencide eden bir keyfiyettir de; kaldıki böyle bir muamele tarzı, suçlunun, zaten müşevveş olan ruhî ve aklî haleti üzerinde menfi tesirler icra edebileceği gibi, kendisinin büsbütün ve tamamile akıl hastası olmasını da müeddi bulunabilir.

Nihayet, cezanın indirilmesi neticesinde, aklî durumu belki de büsbütün kötüleşmiş olan bir kimseyi kısa bir müddet sonra tekrar cemiyet

(28) Saleilles, s. g. e., sf. 79.
(29) Garçon, s. g. tercümemiz, sf. 1200.

hayatına iade eylemek, ictimai huzur ve sükûn bakımından da zararlı ve tehlikelidir.

İşte, bütün bu sebepler dolayısile, yarı - deliler hakkında, bunların mahdut mesuliyetlerinden bahisle, muhaffef bir ceza verilmesi düşüncesinde isabet görmeyip, kanunumuzun 47 inci maddesile terviç olunan bu sistemi yerinde bulmadığımız gibi, sayın hocam Tahir Taner'le birlikte (30), normal olmayan bu nevi suçlular mevzuunda, cezadan ziyade emniyet tedbirlerinin tatbikinin çok daha muvafık olacağını düşünüyoruz; böyle hareket edildiği takdirde yarı - delilere ceza tatbik olunmayarak, kendilerini hem tedavi etmek hem de zarar veremiyecek hale getirmek mümkün olacaktır; binaenaleyh bahse mevzu emniyet tedbirleri ne suçun objektif ağırlığına, ne de suçlunun mahdut olduğu söylenen mesuliyetine göre değil failin tehlikeli hali ile, ruhî ve bedenî sıhat durumuna göre tesbit edilecek tir (31).

Bu izahlarımızdan anlaşılacağı veçhile, 1937 yeni İsviçre Ceza Kanununun iltizam ettiği ve, yarı - deliler hakkında önce ceza tertibini, bunun hitama ermesini mütaakip emniyet tedbirlerinin tatbik edilebilmesini âmir sistemine taraftar olmamaktayız; müessir olması, ve, hasta olduğu kabul edilen suçluyu tedavi ve ıslah eylemesi istendiği takdirde, emniyet tedbirlerinin başlangıçtan itibaren tatbik olunması muktazidir; bu sayededir ki, bir taraftan adalet hissi rencide edilmekten ictinap olunur, çünkü hasta hakkında sırf tenkilî bir rejim tatbik edilmiyecektir; diğer tarafan da, içtimaî menfaat kâfi derecede himaye ve vikâye edilir, çünkü suçlu uzun müddet müessesede tutulacaktır (32).

III — Türk Ceza Kanununun 47 inci maddesi :

6 — Bir çok memleketler kanunları gibi, mahdut mesuliyet teorisini kabul etmiş olduğuna işaret eylediğimiz Türk Ceza Kanununun 47 inci maddesine göre «..... aklî halet ceza mesuliyetini kâmilen kaldıracak surette olmayıp el emmiyetli derecede azaltabilecek mahiyette ise...» faile verilecek ceza, kanunen muayyen nisbetler dahilinde indirilerek tertip olunmak lâzım gelir.

Görülüyor ki, şuur veya harekât serbestisini selbedecek surette aklî malûliyete müptelâ olmağı esas ittihaz etmiş bulunan 46 ıncı maddeye mukabil, 47 inci maddemiz aklî hâletin ceza mesuliyetini «ehemniyetli» bir derecede azaltabilecek mahiyette olmasını aramıştır; binaenaleyh, failin

(30) Tahir Taner, s. g. e., sf. 368.
(31) Garçon, s. g. tercümemiz, sf. 1207.
(32) Donnedieu de Vabres, s. g. e., No. 359..

185

aklî hâleti, cezaî sorumluluğu «ehemmiyetli» derecede azaltmamış olursa, mesuldur ve bu mesuliyet tamdır.

Mehaz 1889 İtalya Kanununun müzakeresi sırasında, hâkime geniş bir takdir hakkı bahşedilmesini temin zımnında, bu tabirin, maddeden çıkarılarak, yerine «46 ıncı madde mucibince isnat kabiliyetini ref eden hale yakın» ibaresinin ikâmesi talep olunmuşsa da, teklif edilen şekil elâstikî bir mahiyet arzeylediği düşüncesile red ve sözü geçen tabir ipka olunmuştur; bu iki tâbirin, netice itibarile aynı mefhumu ifade eylediğini işaretle, kaydedelim ki, İtalyan Kanununda ve Kanunumuzda mevcut «ehemmiyetli bir derecede» ibaresinin vaz'ı sebepleri, kanun vazının, herhangi bir ruhî teşevvüşün değil, aklî melekeleri oldukça muhtel kılan teşevvüşlerin 47 inci maddede (33) tasrih olunan neticeleri tevlit eyleyebileceği düşüncesinden neşet etmiştir. Bununla beraber, maddede mevcut bu «ehemmiyetli bir derecede» tabiri tatbikatta pek çok müşkülleri de müeddi olmaktadır (34).

Biraz evvel birinci fıkrasının metnini naklettiğimiz 47 inci maddeye göre, fiili işlediği sırada, müptelâ olduğu akıl hastalığı şuur veya harekâtının serbestisini ehemmiyetli bir derecede selbettiği takdirde, fail, tahfif edilerek tertip olunan ceza infaz edilmek üzere, alelâde suçluların bulunduğu ceza evine gönderilmek lâzımdır; ancak, bahse mevzu maddenin son fıkrasına göre, cezanın şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalardan biri olması habare alınmamasını teemmül etmek mantık ve adalet icaplarile gayri kabili linde ve mahkûmun cezasını azaltmağa sebep teşkil eden akıl hastalığının devam etmesi müdetince, Hâkim, bu cezanın hafif hapis müessesesinde icrasını emredebilir.

Bizde, tatbikatta, ağır hapis, hapis, hafif hapis cezalarında, mahal ve tenfiz tarzı bakımından hiç bir fark mevcut olmadığından, 47 inci maddenin bu hükmü, tamamile nazarî kalmaktadır.

Cezaî mesuliyeti ehemiyetli bir derecede azaltabilen ve bu itibarla 47 inci maddenin tatbik şümulüne girmesi muktazi akıl hastalıklarına, yeri geldikçe tetkiklerimizin ikinci bölümünde işaret eylemiş bulunduğumuzdan, burada, sözü geçen made bakımından bi iki noktaya ilişmekle iktifa etmek muvafık olur.

1) Türk Ceza kanunu kısmî akıl hastalığına müptelâ kimse tarafından ika olunan fiilin mahiyetine göre bir tefrik yapmamış olduğundan, fiil ister bir cürüm ister bir kabahat olsun, ister kasdî veya taksirli suçlardan

(33) Majno, s. g. tercüme, No. 198.
(34) Nurullah Kunter, s. g. takrirler.

186

madut bulunsun, ister umumî veya hususî bir kanunla vazedilsin, 47 inci maddedeki hafifletici sebep kabili tatbiktir.

2) Birbirlerine teselsül rabıtasiyle bağlı müteaddit fiilerden biri hakkıda, kısmî akıl hastalığı dolayısile kabul edilen hafifletici sebep, Türk Ceza Kanununun 80 inci maddesi hasebile ağırlaştırılarak verilmesi muktazi ceza üzerine tesir icra ederek, bunun tahfifini müstelzim bulunmak lâzımdır; meselâ, bir kimse, aynı cürmî kasdın tatbik ve icrası dolayısile beş fiil ika edip bunlardan birini icra sırasında kısmî bir akıl hastalığına müptelâ bulunsa — müteaddit fiillerin heyeti mecmuası bir tek suç sayılacağından — bahse mevzu fiil bakımından, kısmî akıl hastalığı dolayısiyle nazarı itibare alınması muktazi hafifletici sebep diğer dört suça da şâmil ve sari olmak icabeder (35).

Hafifletici sebebin mutemadî suçlarda da tesir icra etmesi için, kısmî akıl hastalığının, temadinin nihayete erdiği anda mevcut olması lâzımdır; temadinin nihayete ermesine takaddüm eden safhada mevcut olup da, temadi nihayet bulmadan zail olan kısmî akıl hastalığı halinde, failin, — fikrî ve iradî ehliyeti ile hukuka aykırı faaliyetine devam etmesi dolayısile — tamamen mesul olacağı aşikârdır (36).

3) 47 inci maddemiz bakımından işaret edilmesi muktazi noktalardan biri de kısmî aklî malûliyetin, cezayı hafifleten veya ağırlaştıran sebeplerle içtimaî suretidir.

Bir müellifin yerinde ve haklı olarak belirttiği gibi, (37), aklen sıhhatte olanlar için cezanın eksiltmesini mucip olan sebepler, malûl kimseler hakkında evleviyetle kabili tatbik olmak lâzımdır; içinde bulundukları şerait itibarile daha ağır bir mesuliyetle mücehhez aklen sıhhatli suçlular hakkında kabul olunan bir esasın, kısmî akıl hastaları hakkında nazarı itibare alınmamasını teemmül etmek mantık ve adalet icaplarile gayri kabili teliftir; binaenaleyh kısmî akıl hastalığı tahrik, müdafaada ifrata gitmek... gibi hafifletici sebeplerle daima telif edilmek muktazidir.

Cezaî mesuliyeti ehemmiyetli bir derecede azaltan aklî malûliyetin cezayî ağırlaştıran sebeplerle birleşip birleşmeyeceği hususunda ise, görüş ayrılıkları mevcuttur; bu mevzuda, bilhassa taammütle, canavarca his saiki ele alınmaktadır.

Bazı müellifler, ezcümle, Manzini ve Majno, kısmî akıl hastalığı ile

(35) Manzini, s. g. e., No. 333.
(36) Manzini, s. g. e., No. 333.
(37) Majno, s. g. tercüme, No. 199.

taammüdün birleşemiyeceğini ileri sürmektedirler;(38) Manzini'ye göre, umumî kasda ehil olmayan bir kimsede, daha mütekâsif bir kasdın mevcudiyetini tazammun eden taammüdün bulunmasını kabule imkân yoktur; halbuki aynı müelif, 1889 İtalyan Ceza Kanununun 47 inci maddesine matuf tetkiklerinin bir yerinde, kısmî (39), kısmî akıl hastalığının umumî kasdı refetmediği gibi hususi kasdı da izale edemiyeceğini beyan eylemektedir; fikrimizce, müellifin bu iki ifade tarzı arasında telifi imkânsız tenakûz vardır; kısmî aklı hastalığı umumî kasdı ref etmiyorsa, bu kasdın daha vahim bir derecesinden ibaret olan taammüdü de kaldırmaması iktiza eyler; nitekim, İtalyan Kanununun tatbikatında, Yargıtay, mütaaddit kararlarında, tam olmayan aklî malûliyetin düşünme melekesini izale etmeyip, sadece zaafa uğrattığını kabul ve bu durumda bulunan bir sulçunun, cezasını, taammüd dolayısile, teşdit eylemiştir (40).

Canavarca hisse gelince : Mehaz Kanununun 366 ıncı maddesinin 3 üncü bendinde, suçun münhasıran canavarca his saikasiyle işlenmesi»ni âmir ibaresindeki «münhasıran kaydına bakılarak, kısmî akıl hastası suçlu bakımından, suça sevkeden saikin «münhasıran canavarca his» olmayıp buna zamimeten aklî malûliyetin de bulunması dolayısile, madde mucibince cezanın teşdidine «hukuken» imkân olmadığı (41) ve çünkü «münhasıran» kaydının buna cevaz vermediği ileri sürülmektedir.

Kanunumuz, 450 inci maddenin üçüncü bendinde mehazın «münhasıran» kaydını almamış olduğuna göre, onun sisteminde, bu mülâhaza varit olmamak ve binaenaleyh, canavarca hisle, kısmî akıl hastalığı kabili telif bulunmak ve ceza teşdit edilmek lâzımdır (42).

§ 3 — Medenî hukukta bir ehliyetsizlik sebebi olmak bakımından akıl hastalığı :

7 — Ceza hukukunda bir mesuliyetsizlik sebebi olan alkî malûliyet medenî hukukta da bir ehliyetsizlik sebebi olup, muhtelif bakımlardan ehemmiyet arzetmektedir.

---

(38) Manzini, s.. g. e., No. 333; Majno, s. g. tercüme, No. 199..

(39) Manzini, s. g. e., No. 333.

(40) İtalyan Yargtayının 1 ve 17 Eylûl 1907, 21 Şubat 1914, 25 Mart 1915 tarihli kararları: Manzini, s. g. e., sf. 88, Not 2; aynı mânada, Majno, s. g. tercüme, No. 199.

(41) Manzini, s. g. e., No. 333; Faruk Erem, s. g. makale, sf. 1286.

(42) Aksi kanaat için, Faruk Erem, s. g. makale, sf. 1286.

Cezayı hafifleten veya ağırlaştıran sebepleri sadece, kısmî akıl hastalığında nazarı itibara alıp bunları 46 ncı madde bakımından mevzuubahis etmeyişimizin sebebi âşikârdır: Bu durumda, fail, zaten gayri mesul telâkki edildiğine göre, mesuliyetin tahfif veya teşdidi mülâhaza olunamaz.

1 — Temyiz kudretini refeden bir sebep olmak bakımından akıl hastalığı :

Bir kimsenin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı dolayısile makul surette hareket etmek iktidarından mahrum bulunması, temyiz kudretini haiz olmamasını iktiza ettirir (MK., m. 13); temyiz kudreti de medenî hakları kullanmak ehliyetinin bir şartı olduğundan (Mk., m. 10) akıl hastalığı veya akıl zayıflığına müptelâ kimsenin medenî hakları istimal ehliyetini haiz bulunmadığı, bu itibarla, gerek iltizama, gerekse iktisaba ehil olmadığı (Mk., m. 9) kolaylıkla anlaşılır.

Şu vaziyete göre, akıl hastalığına veya zafiyetine musap bir kimsenin tasarrufu, kaideten, hukukî bir hüküm ifade etmez (Mk., m. 15 f. 1) binaenaleyh, böyle bir sebeple «ehil olmayan şahısların icra eyledikleri âkit ve muameleler, gerek zararı mahz kabilinden olsun, gerekse haklarında nefimahz kabilinden olsun ve gerek nefi ile zarar arasında olsun, sureti mutlâkada batıl olduğu gibi, ahara zarar veren haksız fiillerinden dolayı da kendilerine mesuliyet teveccüh etmez» (43).

Bununla beraber, kanun, 15 inci maddesinin ikinci fıkrasında «muayyen istisnalar bakidir» demek suretile, bu kaidenin mutlak olmadığını ifade eylemektedir; bu istisnaları şu suretle sıralamak mümkündür :

1) İleride işaret edeceğimiz veçhile, akıl hastalığına veya zayıflığına müptelâ olanlar, evlenme ehliyetini de haiz değillerdir; ancak, bunlar evlenmiş olursa, hâkim tarafından evlenmenin butlanına karar verilinceye kadar, akit muteber sayılır (Mk., m. 112 b 2; 124).

2) Akıl hastası veya aklî zâfa musap kimse tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf batıldır (Mk. m. 499); ancak, bu tasarruf, kanunda gösterilen müddet zarfında (Mk., m. 501) iptal ettirilmedikçe hüküm ifade eder (44).

3) Nihayet, hakkaniyet icabettirdiği takdirde, hâkim, böyle bir kimsenin, haksız fiil ile iras ettiği zararı tamamen veya kısmen tazmine mahkûm edebilir (Bk. m. 54).

Kaydedelim ki, hususî hukukta temyiz kudretini refeden bir sebep suretinde manzur olan akıl hastalığı ve akıl zayıflığından maksadın ne olduğu, Medenî Kanunda gösterilmediği gibi, bu aklî hâletlerin taydidî olmayıp, «bunlara benzer sebepler» in de mevzuubahs edilmesi (Mk., m. 13) ve sözü geçen hallerin makûl surette hareket etmek iktidarını selbedecek şekilde olmalarının iltizam edilmesi, meseleyi başkaca karıştırmaktadır.

(43) Samim Gönensay, Medenî Hukuk, cilt I, İstanbul 1936, sf. 88.
(44) Esat Arsebük, Medenî Hukuk, İstanbul 1938, sf. 264.

Bazı medenî hukuk müellifleri, akıl hastalığını, marazın, şiddet ve hiffeti bakımından akıl zayıflığından tefrik, ve bu sonuncuyu akıl ve muhakemenin zâafa düçar olması şeklinde tarif etmektedirler; diğer taraftan, aklı zayıf kimselerde, idraktan ziyade ekseriya irade kuvvetinin zâafa düçar olduğunu kabul etmekle beraber, bazen, bir şahıstaki hastalığın, zihin zayıflığı olup olmadığını tâyin eylemenin güç bir mesele teşkil ettiğini teslim ve fakat, herhalde hamakat ve garabet gibi ahvalin zihin zayıflığınadn mâdut bulunmadığını ilâve eylemektedirler (45).

Buna mukabil, diğer bazı müellifler de, akıl zaifliğinin, akıl hastalığının daha hafif ve mutedil bir derecesi olduğunu kabul etmiyerek, bunu, akıl hastalığından tefrik etmektedirler : Bu sonuncuda, aklî durumu inkişâf etmiş bir şahsın arızî bir sebep ve saikle ruhî faaliyelterinin sarsılması bahis mevzuu olduğu halde, akıl zayıflığında, zekânın ve aklî durumun gelişmemesi, inkişâf etmemesi kifayetsiz ve zayıf kalması mevzuubahistir; bu nevi şahıslar ne tarafa sevkedilirse o tarafa yürüyen pasif bir iradeye sahiptirler; yeni vaziyetler karşısında hareket hatlarını tâyin edecek takdir kudretine malik değildirler (46).

Bu izahlardan anlaşıldığına göre, Medenî Kanunda kullanılan «akıl zayıflığı» tabiri akıl hastalıklarının bir nevi olan «irade hastalıkları» na girmektedir (47).

Söyleyelim ki, nasıl Ceza Hukukunda, mutlak surette her akıl hastası gayri mesul olmayıp, bunun için, hastalığın, şuur veya harekât serbestisini selbeyleyecek derecede bulunması muktazi ise, Medenî hukukta da, her akıl hastası veya akıl zafiyetine müptelâ kimse, temyiz kudretinden mahrum bulunmayıp, bunun için, muayyen bir hukukî muamele ifa veya hukukî fiil icra ederken makûl surette hareket iktidarından mahrum olması, ve, keyfiyetin, yalnız o muamele veya fiile muzaf ve maksur bulunması lâzımdır. Binaenaleyh, nisbeten karışık bir hukukî muamele ifa ederken makul surette hareket eylemek iktidarını göstermeyip, gayri mümeyyiz addedilen bir akıl hastasının, daha basit bir muamelenin icrası sırasında, bu iktidarı haiz olduğu sabit bulunursa, temyiz kudretine mâlik telâkki edilmek lâzım gelir (48).

---

(45) Samim Gönensay, s. g. e., sf. 85.

(46) Hıfzı Veldet, Medenî Hukuk dersleri, Şahsın Hukuku, birinci kısım: Hakikî şahıslar, İstanbul 1943, sf. 32.

(47) Aşağıda No. 33 e bakınız.

(48) Hıfzı Veldet, s. g. e., sf. 31.

11 — Evlenme memnuiyeti ve boşanma sebebi olmak bakımından akıl hastalığı :

Medenî hukukta akıl hastalığı, evlenme memnuiyeti ve boşanma sebebi suretinde de manzur olmaktadır. Medenî Kanununun 89 uncu maddesine göre, akıl hastalıklarından birine müptelâ olan kimse, asla evlenemiyeceği gibi, 112 inci maddeye göre de, taraflardan birinin, evlenme merasiminin icrası sırasında, bir akıl hastalığı neticesi mümeyyiz olmadığı tebeyyün ederse, evlenme batıldır.

Bu memunuiyetin vazı ile çeşitli gayeler istihdaf edilmiştir : Bir kere evlilik birliğinin himayesi, bunun sağlam ve zinde kalması düşünülmüş olduğu gibi, gerek akıl hastası olmayan eşin, gerekse, ifasına muktedir olmayacağı mükellefiyelteri uhdesine alabilecek ve başkalarının oyunlarına âlet olabilecek hasta eşin menfaatlerinin siyanet edilmesi de teemmül olunmuştur. Diğer taraftan, hastalığın irsen intikaline mâni olunmak fikri de ehemmiyeti inkâr edilemiyecek bir gaye olarak nazarı itibara alınmak lâzımdır (49).

Söyleyelim ki, Medenî Kanununun 89 ve 112 inci maddelerinde, sadece, akıl hastalığının zikredilmiş olmasını gözönünde bulunduran bazı müellifler, akıl zayıflığının bir memnuiyet sebebi olmadığı neticesine varmakta, (50) buna mukabil, diğer bazı müellifler de akıl zayıflığının dahi bir evlenme mânii (51) sayılmak lâzımgeleceğini ileri sürmektedirler(52).

Evvelce de işaret ettiğimiz veçhile -butlanına hükmedilinceye kadar sahih bir evlenmenin bütün neticelerini husule getirmekle beraber - bir akıl hastasının yaptığı evlenme batıl olduğu gibi, eşlerden biri, evlenme merasiminin icrası sırasında akıl hastası olmayıp, bilâhara buna yakalandığı takdirde de akıl hastalığı bir boşanma sebebi suretinde manzur olmaktadır. Filhakika, Medeni kanunun 133 üncü maddesine göre «karı kocadan biri üç seneden beri devam eden bir akıl hastalığına duçar olup ta bu hastalık, müşterek hayatın devamını diğer taraf için çekilmez hale koymuş ve şifası kabil olmadığı dahi ehli hibre tarafından tesbit edilmiş bulunursa o taraf her zaman boşanma dâvasında bulunabilir».

---

(49) Egger, Aile Hukuku, tercüme eden, Tahir Çaga, İstanbul 1943, sf. 57 - 58.

(50) Faruk Erem, s. g. makale, sf. 1263 ve müt.

(51) Akıl hastalığının bir evlenme ehliyetsizliği olmayıp bir memnuiyet sebebi olduğunu dermeyan eden müelliflerin fikirleri için: Egger, s. g. tercüme, sf. 57; A. B. Schwarz, Aile Hukuku, cilt I, tercüme eden Bülent Davran, İstanbul 1942, sf. 69.

(52) Egger, s. g. tercüme, sf. 59.

Görülüyor ki, burada, akıl hastalığı mutlak bir boşanma sebebi olarak sayılmamış, diğer bazı şartların da mevcudiyeti aranmıştır; bu itibarla akıl hastalığı mutlak değil, nisbî bir boşanma sebebi addedilmiştir (53). Buna mukabil kanun — diğer boşama sebeplerinden farklı olarak — akıl hastalığı sebebile açılacak boşanma dâvasını bir müddetle takyit etmemiştir; 133 üncü maddedeki şartların mevcudiyeti halinde ve hastalık devam ettiği müddetçe, diğer taraf, dilediği zaman boşanma dâvasını ikâme etmek salâhiyetile mücehhezdir.

Egger'e göre, bir boşanma sebebi olmak bakımından, akıl hastalığı hususî ve dar bir tefsire tâbi tutulmak lâzım gelip, alkolizm, morfinizm, isterix, ağır nörasteni gibi haller, 133 üncü maddeye girmemek iktiza eder (54). Bazı müellifler de, evlenmede olduğu gibi, boşanmada da — maddede yalnız akıl hastalığından bahsedilmiş olmasına bakarak akıl zayıflığının bir boşanma sebebi sayılamayacağını ileri sürerler; (55) ancak bu keyfiyet, akıl zayıflığı halinde boşanmanın bir günâ mümkün olamıyacağını tazammun edemez; filhakika, böyle bir vaziyette, müşterek hayat tahammül edilmez bir hal aldığı takdirde, imtizaçsızlık sebebile boşanma yoluna gidileceği aşikârdır.

III) Hacır sebebi olmak bakımından akıl hastalığı :

Medenî hukuk cephesinden akıl hastalığı, nihayet, bir hacır sebebi olarak da manzur bulunmaktadır. Medenî Kanunun 355 inci maddesine göre «akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebile ilşerini görmekten âciz veya daimî muavenet ve takayyüde muhtaç olan yahut başkasının emniyetini tehdit eden her reşit için bir vasi nasbolunur...»

Metninin tetkikinden de anlaşılacağı veçhile, maddeye göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı müstakillen hacrı müstelzim bir sebep olmayıp, bunu istilzam edebilmesi, ya şahsına veya malına taallûk eden işleri görmekten âciz olmağa veya daimi surette başkalarının takayyüd ve muavenetine muhtaç bulunmağa, hatta başkalarının, can, mal, ırzına karşı yakın bir (56) tehlike veya mazarrat ika eylemek hususunda bir kanaat husule getirebilmeğe, vabeste bulunduğu gibi, akıl hastalığı veya zayıflığının hacır sebebi sayılabilmesi uzun müddetli olmasına da bağlıdır. «İsviçre Medenî Kanununun gerekçesinde denildiği gibi, bir kaç haftada iyi

(53) A. B. Schwarz, s. g. tercüme, sf. 151.

(54) Egger, s. g. tercüme, sf. 172.

(55) Faruk Erem, s. g. makale, sf. 1272.

(56) Samim Gönensay, s. g. e., cilt II, kısım 3, İstanbul 1940, sf. 180.

rarlar, kusura müstenit bir tazminata esas olamaz ise de, hiç bir kusurun mevzuubahs olamayacağı ahvalde dahi, mesuliyetin mevcudiyetini kabul eyleyen (risque nazariyesi) veya (obpektif mesuliyet) esası, tazminini iktiza ettirir.

Borçlar Kanununun, bir zararın tazmininde, kasd, ihmal ve teseyyüple tedbirsizliği esas aldığı, bu itibarla — ve hususile 54 üncü maddesinin son cümlesine bakılarak — sözü geçen kanun bakımından, akıl hastasının ika eylediği zararı tazminde de, onun «kusuru« na bakıldığı ve biraz evvel verdiğimiz misaldeki akıl hastasını, objektif mesuliyet veya risk nazariyesi zaviyesinden mütalâa etmenin mümkün olmadığı ve çünkü, sözü geçen nazariye, mevzuatımızda, Borçlar Kanununun bina sahiplerinin mesuliyetinden bahseden 58 inci maddesile, Medenî Kanunun, mâlikin mesuliyetinden bâhis 656 ncı, bir de, İcra ve İflâs Kanununun — ihtiyatî haciz isteyen alacaklıyı, hacizde haksız çıktığı takdirde, borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan, kusurdan mücerret olarak mesul tutan — 259 uncu maddelerinde nazarı itibare alınmakla iktifa edildiği hatıra gelebilir. Diğer taraftan, Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi, kusurun olup olmadığını tâyin ederken, hâkimin, ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmı ile bağlı bulunmadığını tasrih eylemesi dolayısile, medenî mesuliyet kıstaslarının, cezaî mesuliyet kriterlerinden ayrı olduğu ileri sürülüp, ceza hukukunda aklî malûliyete müptelâ bir kimsenin — kusur olamayacağından — mesul edilememesine mukabil, Borçlar Kanununda, tam akıl hastasının dahi, haksız fiilden mütevellit zararları tazminde esas «kusuru» alınmak suretile, bunun mevcudiyeti aranacağı mülâhazası akla gelebilir.

Fikrimizce, bu düşünceler varit olamaz; zira, Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin bahse mevzu son cümlesi, zaten Ceza Kanununca da muhaffef mesuliyete tâbi kısmî akıl hastalığına muzaf olup, maddenin birinci fıkrasında zikredilen tam akıl hastalığına şâmil değildir. Şu vaziyete göre, sözü geçen fıkra dahi — temyiz kudretini haiz olmayan kimsede kusurun vücudu kabili tasavvur olamayacağından — tazminde esas olarak, kusursuz mesuliyet veya risk nazariyesine müstenit bulunmaktadır; bu tefsir tarzı kabul edildiği takdirde, mevzuatımızın kusurdan mücerret mesuliyet esasının, bu halde de nazarı itibara alındığını ve bahse mevzu esası biraz daha geniş telâkki eylemek lâzımgeldiği neticesine varmak iktiza eder.

———o———

TATBİKAT VE KANUNİ ŞUF'A

Yazan : **Ali Naci ALP**
Daday Hukuk Yargıcı

1 — Tarifi, 2 — Kanuni şuf'ada kimler hak sahibidir, 3 — Şuf'a dâvası kimlere karşı dermeyan edilebilir. Kaide ve müstesnaları, 4 — Kanunî şuf'a dâvalarında müddetler, 5 — Kanunî şuf'ada şekil, 6 — Muvazaa iddiaları, 7 — Sabit olan şuf'a dâvalarında karar mahiyeti, 8 — Vazife ve selâhiyet.

1 — Tarifi :

Kanunu medeninin bir iki maddesinde zikredilen kanunî şuf'a hakkı tatbikatta ekseriya karşılaşılan bir müessesedir. Kanunî şuf'a hakkından bahseden Medenî Kanunun 659 uncu maddesi (bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanunu şuf'a hakkını haizdir) demekle şuf'anın tarifini yapmamıştır.

Şuf'a umumiyet itibarile bir gayrimenkulün satılması halinde muayyen bir müddet içinde muayyen bir veya bir kaç şahıs tarafından o gayrimenkulün tercihan satın alınmasını temin eden bir haktır. Bu muayyen şahıs veya şahıslar gayrimenkulün hissedarları iseler şayi hisseyi satın alan üçüncü şahsa şuf'a hakkını kullanarak bedeli mukabilinde kendilerine satışını devir ve ferağını talep edebilir.

Weiland Şuf'ayı: (şuf'a bayiin satmak veya arzusunu kendisini üçüncü şahsa bağliyacak veçhile izhar etmesiyle hak sahibine gayri menkulü iktisap etmek yetkisini verir.) diye tarif ediyor. Rose ve Mantha ise şöyle tarif ederler. (bir kimsenin bir gayrimenkulü sattığında onu bir şahsın diğerlerine tercihan satın almak hakkına denir.) Mecellenin 950 inci maddesine göre şuf'a (bir mülkü müşterayı müşteriye kaça mal olmuş ise o miktar ile temellük hakkıdır.) Filvaki mecelenin kabul ettiği şuf'a müessesesi doğuş sebepleri, şartları, istisnaları ve hükümleri itibariyle farklı olup medenî kanun ile kabul edilen prensiplerden daha dar bir sahaya inhisar etmekte idi.

Şuf'a akde müstenit olduğu takdirde akdi şuf'a ismini alır ki bundan tatbikatta ender tesadüf edilmesi dolayısiyle mevzuumuz haricinde bıraktık.

Şu hale nazaran şuf'a ancak müşterek mülkiyet halindeki gayrimenkullerde mevzuubahis olup şâyi hisseye malik olan şefi ile diğer bayi mevkiinde bulunan hisedar tarafından satılan şayi hisesini veya bir kısmını

satın alan üçüncü şahıs yani müşteri arasında hukukî bir münasebet doğurur. Binaenaleyh menkul mallarda mevzuubahis olamiyacağı gibi satış akdi hükümleri haricinde her hangi hukukî bir yolla trampada, hibede, beslemek şartiyle yapılan temliklerde, bir hissenin şirket sermayesi ittihazında olduğu gibi,

Şüphesiz iştirak halindeki gayrimenkullerde iştirak teşkil edilen kimselerden her birinin hakkı o şeyin tamamına sarî olduğu cihetle müstakil len hukukî tasarrufta bulunamıyacaklarından iştirak halindeki mülkiyet statüsünün devamı müddetince şuf'a dahi mevzuubahis olamaz.

2 — Şuf'ada kimler hak sahibidir.

Diğer bir tabirle kimler şefi olabilir. Şefi : bir gayrimenkulün şayi hissesine sahip olması dolayısile müşteriye karşı şuf'a dâvasını açmağa hakkı olan kimseye denir. Şefi bir kişi olabileceği gibi mütaaddit de olabilir. Şefi mütaaddit olup dâva ikame ettikleri takdirde meşfu hisseyi müştereken ve eşitlik esası üzerine mi yoksa hisseleri nisbetinde mi temellük edebilirler. Meselâ A 1/2 hisseye B ve C 1/4 er hisseye sahip olsalar C hissesini müşteri D ye satsa D aleyhine dâva ikame eden hissedarlardan A ve B şuf'a hakkını kullandıklarında A 2/3 ve B 1/3 hisseye mi malik olacaklar yoksa eşitlik üzerine mi yani yarı yarıya mı temellük edecekler. Wiland'a göre hissedarlar, hisseleri nisbetinde şuf'a haklarını istimal yetkisini haizdirler. Bizce şeriklerin eşitlik üzerine meşfu hisseyi temellük etmeleri hissedarların hisselerile gayri mütenasip olmasına rağmen şuf'a müessesesinin gayeleri itibarile kanun koyucunun maksadına daha uygundur. Zira şerikler arasına yabancı bir şahıs girmemiştir. Gayrimenkulün bütün hisselerine sahip olmak isteyen hissedarların her birisi ise şuyuun giderilmesi hakkına esasen sahiptirler. Binaenaleyh hisse nisbeti esas ittihaz edildiğinde şayi hissesi az olan hissedarlar kanuni şuf'a hakkından lâyıkile istifade temin edemiyeceklerdir. Yargıtay bir çok kararlarında eşitlik esasını kabul etmiştir.

3 — Şuf'a dâvası kimlere karşı dermeyan edilebilir. Kaide ve istisnaları kaide olarak şuf'a dâvası meşfu hisseyi satın alan herkese karşı dermeyan edilebilir. Kanunu Medeninin 659 uncu maddesinin metnindeki (üçüncü şahsa karşı) tâbiri üçüncü şahıs aleyhinde değil üçüncü şahıs muvacehesinde mânasına telâkki edilmelidir. Ancak satış akdinin mahiyetine ve tarafların hukukî vaziyetlerine göre müstesnaları mevcuttur.

A) Cebrî müzayede ile yapılan gayrimenkul hisselerin satışında,

15/3/940 gün ve 17/57 sayılı İç B. G. K. kararına göre H. U. M. K. 571 inci maddesinin icra muameleleri hakkındaki mevzular haricinde kalan

196

alenî arttırmalar için konduğu, 572 nci maddesi hükmünün şuf'a hakkına mütaallik Medenî Kanun hükümlerinin ceryanına müsait olmayan İcra Kanunun meşgul bulunduğu gayrimenkul satışlarına teşmil edilemiyeceği Arttırma ve Eksiltme Kanunlarına göre yapılan gayrimenkul satışları ihtiyarî olduğundan usulün 571 inci maddesi hükmü haricinde cereyan edeceği ve İcra Kanununa tevfik edilmeyen alenî ve ihtiyarî müzayedelerde de 572 inci maddenin tatbik edilemiyeceği zikredilmiştir.

Cebrî icra yolu ile bir gayrimenkulü iktisap eden tapuya tescilden evvel ona malik olacağına göre temellük eden dahi şuf'a hakkını haizdir. İhtiyarî ve alenî müzayedelerde ise şuf'a hakkı herkese karşı kullanılır. Hatta şefi müzayedeye iştirak ederek pey sürmüş olsa dahi bilâhare şuf'a hakkını istimal edebilir. 1. H. D. 24/11/1937 gün ve 1015/2360 sayılı kararında ihtiyarî ve alenî müzayedeye iştirakle pey süren şafiin, pey akdinin bayiin ihalesile münakit olacağından ancak ihaleden sonra ve tescilden evvel şuf'a dâvasının mesmu olabileceğini kabul etmiştir. Kanaatimizce şefi ihtiyarî ve alenî müzayedeye iştirak etse de şuf'a hakkını tescilden sonra dahi müddeti içinde kullanabilmelidir. Zira şefii bu şekilde yapılan satışlarda pey ve ferağa icbar etmeye aksi takdirde şuf'a hakkının iskat edileceğine dair kanunda bir sarahat olmadığı gibi buna lüzum da yoktur.

B) Hissedarlar arasında :

Gayrimenkulün hissedarları arasında vukua gelen satışlarda satış akdinin tarafları hissedarlar olmasına göre şuf'a iddiasının dermeyan edilememesi gerekir. Kanunu Medeninin 659 uncu maddesine tekabül eden Code Civil'in 682 inci maddesindeki matlâbı (hissedarlar arasında) diye yazılıdır. Metni de (hissedarlar hissedar olmadığı halde bir hissei şâyia iktisap eden şahsa karşı şuf'a hakkını haizdirler) demek suretiyle bu istisnayı daha vâzıh bir şekilde ifade etmiştir. Zira Yargıtay eski içtihatlarına göre hissedarlar arasında şuf'a cereyan edebiliyordu. Ezcümle (müşterinin meşfuda hissesi bulunması dâvacının hissesi nispetinde şuf'a hakkı talebine mâni olmaz. Yargıtay H. U. H. 6/7/1933 gün 1-42-42 sayılı ilâmı). Ancak Yargıtay bu içtihadını şu esbabı mucibe ile değiştirmiştir. (659 uncu maddede zikrolunan üçüncü şahıstan maksat gayrimenkulde hissedar olmayan diğer bir şahıs olup hissedarlar arasında vuku bulan satışlarda şuf'a hakkının ceryan edeceğine dair kanunî bir kayıt ve serahat mevcut olmadığı cihetle... H. U. H. 19/4/939 gün ve 3617 sayılı ilâmı).

C) İrtifak haklarında :

197

Gayrimenkulü takyit eden irtifak hakkına müsteniden şuf'a dâvası mesmu olamaz. Zira irtifak hakkı sahibi gayrimenkulün şayi hissesine malik addolunamaz.

D) İskân kanunları hükümlerine göre :

İskân kanunları hükümlerine göre mübadil gayri mübadil muhacir ve mültecilere hükûmetçe yapılan şayi hisse tevfizinde ve hazine tarafından borçlanma veya meccanen yapılan tevfizlerde şuf'a cereyan etmez.

E) Umumiyet itibarile bazı temliklerde :

Müşteri meşfu hisseyi diğer üçüncü bir şahsa temlik ettiğinde temlik eden müşteri aleyhinde şuf'a iddiası dermeyan edilemez. Filvaki şuf'a dâvası meşfu hisseyi satın alan müşteriye karşı ikâme olunur. Yoksa şayi hissesini satan bayiye karşı dermeyan olunamaz. Zira bayi hissesini müşteriye satmış olmakla yani tescil ile şâyi gayrimenkul bâyiin mülkiyetinden çıkmış ve müşterinin mülkiyetine intikal etmiştir. Bayiin şayi gayrimenkul hissesi üzerinde hiç bir tasarruf hakkı veya vecibesi kalmamış olduğundan şefi ile aralarında hukukî münasebet yoktur. Binaenaleyh hukukî bir münasebet mevzuubahis olamayınca dâva hakkı da yoktur. Müşteri şuf'a dâvasının görülmekte olduğu bir sırada meşfu hisseyi diğer üçüncü şahsa temlik ederse temlik edene karşı husumet teveccüh eder mi? Yoksa gene temellük edene mi husumet teveccüh eder? Kanaatimizce üçüncü şahıs meşfu gayrimenkulü diğer şahıslara temlik ettiği takdirde keyfiyet iki şekilde mülâhaza edilmelidir.

1 — İlk müşteri iyi niyet sahibi ise : Gayrimenkul üzerindeki hukukî tasarrufu satış akdi ile nihayete ermiş olduğundan artık şefie karşı hasım mevkiinde değildir. Binaenaleyh şefiin temellük eden mütaakip müşteriye karşı dâva ikamesine hakkı olur ve H. U. M. K. nun 186 ıncı maddesi gereğince dilediği takdirde temlik eden müşteriye tazminat dâvası ikame edebilir. Ancak şefi müşterinin meşfu hisseyi temellük için kanunî harç ve damga pulu resmi masraflariyle birlikte gayrimenkulün bedeli müşteriye iade ile mükelleftir.

2 — İlk müşteri kötü niyet sahibi ise : Kanun kötü niyet sahibi olan şahısları veya başkasını izrar kasdına matuf kötü niyetle kullanılan hakları himaye altına almadığına göre husumet yine temellük eden müşteriye teveccüh eder. Kötü niyete müstenit temlike ait tasarruflar batıldır. Ancak şefi arzu ederse H. U. M. K. nun 189 uncu maddesine göre isterse ilk müşteri aleyhine ikame ettiği şuf'a dâvasını zarar ve ziyana çevirebilir. Bu takdirde de ikinci müşterinin tapuca yaptığı muameleler dolayısile ihtiyar etmek mecburiyetinde olduğu kanunî harç ve resimleri şefiden ta-

lebe hakkı olmadığı gibi şefiin aleyhine olan fiyat farkını da talep edememelidir. Tatbikatta hakikî satış bedeli tesbit edilerek buna müteferrî ferağ muameleleri için muktazi kanunî harç ve damga resmi masrafları şefie tahmil edilmekte ve üst tarafı müşterinin uhdesinde bırakılmaktadır. Umumî hükümlere göre müşteri yargılama sırasında ve müdafaa sadedinde meşfu hisseyi temellük ettiği bedel mukabilinde dâvacı mevkiinde olan şefiye ferağa amade olduğunu beyan ederse dâvacının iddiasını kabul etmiş olmasına göre H. U. M. K. 94 üncü maddesi gereğince mahkeme masrafları ile de ilzam edilemez. Şuf'ada iyi niyetle kötü niyet arasındaki hüküm farkları bu suretle tecelli eder. Bazı Yargıtay kararlarında izah ettiğimiz prensiplerin hilâfına olarak şefiin, şuf'a hakkına mâni olmak maksadile ve kötü niyetle evvelki bayie verdiği paradan fazla bedel mukabilinde satışı iyi niyet kaidelerine muhalif olduğundan usulün 186 ncı maddesinde konulan kaidenin tatbikine mahal olmayıp şuf'a dâvasına devam edileceği zikredilmiştir ki bu cihetı aşağıdaki müddetler bahsinde tekrar inceliyeceğiz. Yargıtay muhtelif kararlarında ezcümle (şuf'aya karşı dâvalı mnüşterinin iyi niyetle hareket etmesi lâzımdır. Binaenaleyh müşteri iştira ettiği şâyi hisseyi daha fazla bir bedel ile oğluna satması üzerine şefiin hem baba, hem oğlu aleyhinde ikame eylediği şuf'a dâvasında müşterinin hisseyi fazla bedel ile oğluna satması iyi niyete mukarin olmıyan bir hareket olduğu ve gayri izrar eden suistimali kanun himaye etmiyeceğinden taayyün eden ilk bedelle şefiin şuf'a hakkının kabulü iktiza eder. 1. H. D. 13/2/1935 gün ve 259/283 sayılı ilâmı) (Ferağın aynı günde, aynı şahitler mevcut iken yapılmış olması ikinci müşterinin dâvacının şuf'a hakkını iskat maksadiyle satın aldığını ispata kâfidir. 1. H. Dairesinin 1944 tarihli kararlarından) iyi niyet ile kötü niyet arasındaki hüküm farklarını ve mahiyetlerini vâzıh bir şekilde nazarı itibare almıştır.

4 — Kanunu şuf'a dâvasında müddetler :

Mukaveleden mütevellit şuf'adan bahseden 658 inci maddenin üçüncü fıkrasında (şefiin bey'e ittilâ gününden itibaren bir ay ve her halde sicille şerh verildiği tarihten itibaren on sene geçmekle şuf'a hakkı sakıt olur.) Mukaveleden mütevellit şuf'a ile kanunî şuf'a arasında müşterek illet mevcut bulunduğu cihetle kanunî şuf'ada da aynı müddetler ceryan eder. Bu madde ile zikrolunan bir aylık ve on senelik müddet zamanaşımı mı yoksa sukut hak müddetimidir. Zamanaşımı olduğu takdirde tarafların talep ve iddialarile mukayyet olup re'sen nazarı itibare alınmasına imkân yoktur. Eğer sukutu hak müddeti olarak telâkki edilecekse re'sen mahkeme tarafından nazarı itibare alınacaktır. Kanunun (hak sakit olur)

199

ti nazarı itibare alınacak mı?

Kanaatımızca alınması lâzım gelir. Zira dâvacı iddiasını zarar ve ziyana çevirmediği ve meşfu hissenin namına tescilini talep ettiği takdirde dâvası düşer çünkü evvelce de bahsettiğimiz gibi gayrimenkulü temlik eden müşterinin gayrimenkul üzerinde her hangi bir hukuki tasarrufu kalmamıştır. Aynı zamanda kaziyei muhkeme yalnız taraflar arasında negerek hüsnüniyet sahibi olsun ayrı dâva açmak daha uygun olabilir. Binaenaleyh ilk dâva bu yol ile sukut ettiğine göre şefiin gene aynı bir aylık mehil zarfında üçüncü müşteriye dâva açması muvafık olur. Kaldı ki şefi meşfu hisse üzerinde her türlü ihtiyatî tedbir yoluna müracaat edebilir. Meselâ haciz vaz ettirebilir. Fakat 10/5/944 günlü Yargıtay İç. B. G. K. kararında şefi müddeti içinde dâva ikame ettikten sonra dâva esnasında başkasına satıldığını ihbar ederse H. M. U. K. 186 ıncı maddesine göre muhayyerliğini meşfuun aynını talepte istimal saadetinde verdiği istida ikinci satışa ittilâdan bir ay geçtikten sonra verilmiş olsa reddolunmayıp ilk arzuhal ile asıl şuf'a dâvasının müddeti muhafaza edilmiş olacağından ikinci müşteriye karşı tevcih edilen husumeti mutazammın dâvayı birinci dâvanın devamı olarak kabul etmek iktiza edeceği mütalâasında bulunulmuştur.

D) Şefi meşfu hissenin müşteriye satıldığına muttali olduğu tarihten itibaren bir aylık sukutu hak müddetini geçirmek suretile hak sakıt olduktan sonra müşteri gayrimenkulü diğer ikinci bir müşteriye temlik ettiğinde şefi için tekrar şuf'a hakkını istimal yetkisi doğabilir mi?

Kanaatimizce şuf'a hakkı iskat edilmiştir artık ıskat edilmiş bir hakkın — müstesnalar hariç — geri dönmesi mevzubahis olamaz ve iskat hakkı da aşhıslara göre taaddüt edemez. Aksi takdirde ıskatla feragat arasında bu cihete matuf hüküm bakımından fark da kalmıyor demektir. Yargıtay 1. H. D. 27/12/947 gün ve 5664/5424 sayılı kaarrında şuf'a hakkına sahip olan kimsenin birinci müşteriye karşı şuf'a hakkını kullanmamış olması ikinci ve üçüncü müşterilere karşı kullanmasına engel olacağına dair kanunda bir kayıt bulunmamasına ve tapu sicillinde şuf'a sahibinin hissesi mukayyet bulunduğu müddetçe bu hakkı kullanabileceğine göre şuf'a hakkı düşmüş olduğundan bahisle red kararı verilmesi yolsuz oldu ğuna dair ekseriyetle verilen karara muhalif kalan başkan sayın Şefkatî Özkutlu'nun umumî prensiplere uygun gördüğümüz kıymetli muhalefet şerhini aynen almayı muvafık gördük.

Muhalefet şerhi : (Kanundan doğan şuf'aya dair hükümlerden Medenî Kanunun 659 uncu maddesinde bahis edilmektedir. Bu madde yalnız her paydaşın şâyi bir hisseyi satın alan üçüncü şahsa karşı kanunî şuf'a

hakkına haiz olduğunu göstermekte şuf'a hakkının nasıl ve ne vakit kullanılacağı ve ne vakit düşeceği bundan ferağat edilip edilmiyeceği hakkında şuf'a hakkının tâbi olması gereken hükümleri sükunla geçmektedir. Maddenin bu eksiklikleri ancak 657 ve 658 inci maddelerin yardımı ile tamamlanabilmektedir. Kanundan doğan şuf'a mülkiyetin kanun tarafından yapılmış bir takyidi olduğu için bunun ilgasının da ancak 657 inci madde gereğince resmî senetle ve tapu sicilline kayıtla yapılması lâzım geleceği tabiidir.

Böyle bir tescil ile şuf'a hakkını düşürmemiş ve ilga etmemiş olan paydaşın gayrimenkulün şâyi bir hissesini satın alan şahsa karşı bu hakkını kullanmaması halinde dahi şuf'a hakkının düşeceği 658. inci maddenin son fıkrasından istidlâl olunmaktadır. 658 inci maddenin bu hükmü hiç bir tefsire yer vermeyecek kadar açık ve kesindir. Kullanmamak yüzünden şuf'a hakkını kaybeden kimsenin bunu artık başkalarına karşı da kullanabilmesi imkânsızdır. Aksine istidlâlde bulunmaya kanunun ibaresi müsait değildir. Çünkü kanuna göre düşen şuf'a hakkının kendisidir. Bir hak düştü mü kanunda hilâfına bir hüküm bulunmadıkça bir daha geri gelemez. Sukut mefhumu karşısında düşen hak birinci müşteriye karşı olan haktır. İkinci, üçüncü müşterilere karşı olan hak düşmemiştir. Bunlara karşı şuf'a hakkı kullanılabilir yolunda bir tefsir de yapılamaz. Kanundan doğma şuf'a hakkının gayrimenkuldeki paydaşlar sayısınca kullanılabilmesinden kullanma halinde hakkın kendisinin düşmeyip kullanma hakkının düşeceği mânası çıkarılabilir mi? Buna müsbet cevap verilemez. Çünkü bu hak, malikinin kullanıp kullanmamakta muhayyer olduğu bir hakta değildir. Eğer böyle olsaydı kullanmamak ciheti ihtiyar olunduğu vakit bir düşme bahis mevzu olamazdı. Halbuki şuf'a hakkı kullanılmayınca mutlaka bir düşme oluyor. Acaba bu düşen kullanma hakkı mıdır. Buna da evet denilemez. Çünkü bu takdirde şuf'a hakkı sahibi bunu ihtiyarilede kullanmayabilir. Bu hakkını bu müşteriye karşı kullanmıyacağım başka müşterilere karşı kullanma hakkımı muhafaza ediyorum diyebilir. Böylece kullanılmayan bir kullanma hakkının düşmesi de tabii olarak tasavvur edilemez. Demek oluyor ki düşen kullanma hakkı değil şuf'a hakkının kendisidir.

Şuf'a hakkının paylar sayısınca kullanılabilmesi ve bir defa kullanılmakla düşmemesi ve sona ermemesi bunun bir çok hakların bir araya gelmesinden vücut bulmuş bir hak olduğundan değil gayrimenkulün bütün paylarını kuşatan içine alan tek bir hak olmasındadır. Bu hakkı her hangi bir payın satılması halinde kullanılmaması diğer paylar hakkında da kullanılmıyacağını ve hakkın tamamından vaz geçilmiş olduğunu ve

762

hisseleri toplamak ve gayrimenkulün tamamına malik olmak istenilmediğini gösterir. Bunun aksi düşünülemez. Zira kanun koyanın şuf'aya dair hükümlerle güttüğü maksat şuf'a hakkı sahibine şâyi hisseyi satın alan şahıslar arasında bir seçme hakkı vermek değildir. Hisseleri toplayabilmek fırsatını sağlamak müşterek mülkiyetin ortadan kalkmasını kolaylaştırmak içindir.

Şuf'a hakkı müşterek mülkiyetin vücut bulmasile her paydaş için aynı dakikada doğan bir hak olup üçüncü şahsın satın alma bağıtı yapmasile buna karşı kullanılmaya mahsus olmak üzere doğan bir hak olmadığı için bu hakkın her kullanılmayışta düşen ve her satış vukuunda yeniden doğan bir hak olarak kabul edilmesi de mümkün değildir.

Şayi hissenin üçüncü şahsa satılması halinde tapu sicil muhafızlığı Medenî Kanunun 927 nci maddesi gereğince bu satışı diğer paydaşlara haber vermekle mükellef olduğu için şuf'a hakkının sözleşme ile ilga edilmesinden doğan netice ile bu hakkın kullanılmamasından doğan neticenin aynı olduğunu kabul etmemeye haklı bir sebep bulunamaz: Çünkü birinci halde şuf'a hakkının ilga edildiği tescil suretiyle tesbit edilmiş olduğu gibi ikinci halde de şuf'a hakkının düşürülmüş bulunduğu resmi şekilde tesbit edilmiş bulunmaktadır. Üçüncü şahıslar şayi bir hisseyi satın alacakları vakit paydaşların haklarını evvelce düşürmüş olup olmadıklarını tapu muhafızlığına baş vurarak öğrenebilecekleri gibi mahkemede şuf'a hakkı dâvacısının evvelce hakkını düşürmüş olup olmadığı yine muhafızlıktan soruşturarak öğrenmek mecburiyetindedir. Bu düşünceler dolayısile mahkemenin görüşünü doğru bulmakta olduğumdan yerinde olmayan itirazların reddile kanuna uygun olan hükmün onanması reyindeyim (*).

E) On senelik müddet :

Kanundan doğan şuf'a dâvası satış akdinin vukuundan itibaren satışa ittilâ edilmediği takdirde on sene içinde açılabilir. On senenin mürurı ile bu hak da sakit olur. Bu sarahat karşısında bazı ihtimalleri mütalâa edelim. İttilâ tarihinden bir ay içinde dâva ikame edilmiş fakat tarafların takip etmemesi sebebile dâva müracaata bırakılmış ise hakkı sukut ettiren bir aylık ve on esnelik müddetten hangisinin nazarı itibare alınacağı hususunda tereddüt edilemez. Artık dâva ikame edildikten sonra müracaata bırakılmış olsa dahi müracaata bırakıldığı tarihten itibaren bir aylık değil 658. inci maddenin sarahatine göre on senelik müddet nazarı iti-

(*) Mevzuubahis kararda ısrar edilmiş henüz Genel Kuruldan çıkmamıştır.

bare alınır.

Acaba on sene içinde dâva açılıp müracaata bırakıldıktan sonra satış tarihinden itibaren on sene hulûl ettiği takdirde vaziyet nasıl mütalâa edilecek meselâ satıştan itibaren beş sene sonra şuf'a dâvası ikame edilip aynı tarihte müracaata bırakılmış ve satış tarihinden itibaren aradan ondört sene geçmiş olsa dâvaya bakılacak mı? Misalimizde dâva satış tarihinden beş sene sonra ikame edilmiş ve aynı tarihte müracaata bırakılmış ise on senenin mebdei artık satış tarihinden değil dâvanın müracaata bırakıldığı tarihten itibaren başlar. Bu müddet de yargıç tarafından re'sen nazarı itibare alınır. Yargıtay içtihatları da bu merkezdedir.

5 — Kanunu şuf'ada şekil :

A) İskat :

Gayrimenkul iktisabı nasıl resmî şekle tâbi ise mülkiyet hakkını takyit eden hukukî tasarruflardan olan şuf'a hakkının iskatı müşterek mülkiyet hakkına tallûk eden bir tadili istilzam ettiği için ıskatın muteber olması resmî şekle riayet olunmasına mütevakkıftır.

Şu hale nazaran şefiin mesfu hissenin satışına rıza ve muvafakat gösterdiğine dair iddia ancak tapuya tescil edilmeyince diğer her hangi bir beyyine ile ispatına cevaz yoktur. Meselâ şefi yargılama sırasında tescili mütaakip şuf'a hakkını şifaen ıskat ettiğini fakat bilâhare ıskattan sarfı nazar etmiş olduğunu ikrar etmiş olsa bu vaziyet karşısında şefiin iskatı ikrarile sabit olduğundan dâvası reddolunabilir mi? Kanaatimizce nasıl ki bir gayrimenkulün haricen satışı muteber bir iktisap hakkı bahşetmez ise ve muhakkak tescilin yapılmış olması şart ise burada da keyfiyet aynı şekildedir. Zira iskat ancak tescil ile hüküm ifade eder. Bunun içindir ki gayri resmî surette şuf'a hakkının iskatı iddiası kanunen kabule şayan olmıyacağından hasma yemin teklifine dahi cevaz yoktur.

B) Feragat :

Şuf'a hakkının istimalinden feragate gelince : Şuf'a hakkı hissedarlara menfaatlerini siyanet için değil belki hissedarlar gayrimenkulünü sattığı takdirde diğer hissedarlara müşterinin yerine kaim olabilmek salâhiyetini bahşeden bir haktır. Bu bakımdan iskattan ayrılır ve hüküm bakımından da farklı olması iktiza eder. Binaenaleyh feragat şekle tâbi değildir. Muhakkak tapuya tescil edilmesi şart değildir. Her türlü beyyine ile ispat edilebilmelidir ve hasma yemin de teklif olunmalıdır. Şuf'a hakkının istimalinden feragat ancak şâyi hisseyi temellük eden müşteriye karşı kullanılan şahsî bir haktır. Zira müşteri aynı şâyi hisseyi başka-

sına sattığı takdirde diğer şerikler için şuf'a hakkı doğmuş olur. Halbuki iskatta artık şuf'a hakkı mevzuubahis olamaz. İşte feragatle iskat müessesesi arasındaki hüküm farkı bu suretle ayrılır. Zira kanunda şuf'a hakkından feragatin şekle tâbi olduğuna dair hüküm yoktur.

Yargıtay evvelki kararlarında feragat için ancak yazılı beyyine ikamesini kabul etmiş feragatin şahitle ispatına cevaz vermemişti. Meselâ telgraf ile şuf'a dâvasından feragati kabul etmiş ve sonradan rücuu muteber saymamıştır. Fakat bilâhare iskat ile feragati aynı statüye tâbi tutarak (hükmen teessüs etmiş ve kanunen de mevcut bulunmuş olan bir aynî haktan feragatin tapu sicilline şerh verilmeksizin hükmü olmıyacağı H. U. H. 20/12/1944 gün ve 88/70 sayılı ilâmı) karar vermiştir. İsviçre Federal Mahkemesinin J.. D. T. 925 tarihli bir kararında kanun şuf'a hakkını istimalinden feragatin her hangi bir şekilde yapılabileceğini ve hattâ satışın vukuundan evvel de yapılmasının mümkün olduğunu zira bazı hakların evvelden feragat edilmesinin men'ine dair kanun koyucuyu hüküm sevkine mecbur eden hukukî ve iktisadî mülâhazaların kanunî şuf'a hakkında mevcut olmadığını zikretmektedir. Ancak Yargıtay son kararlarında eski takarrür etmiş olan içtihadını değiştirerek feragatin her türlü delil ile ispat edilebileceğini kabul etmiştir. Ez.cümle 12/12/1949 gün, 5842/5114 sayılı Yargıtay 1. Hukuk Dairesi kararında (Şuf'a hakkından feragate dair iddiaların her türül delil ile ispatı caiz olup aksine kanunda bir hüküm bulunmadığına göre dâvalıdan dâvası hakkında delil istenilip incelenmek gerekli iken feragat iddiasının şahitle ispat edilemiyeceği gerekçesiyle dâvacının şahitlerinin dinlenmesi hakkındaki isteğinin reddedilmesi yolsuzdur.)

Yargıtayın bu hususta son takarrür eden içtihadı hem kanunun metnine uygun hem de mülkiyetin takyidini tazammun eden şuf'a müessesesindeki sertliği tahfif etmesi bakımından yerindedir kanaatindeyiz.

6 — Muvazaa iddiaları :

Şuf'a dâvalarında muvazaa iddiaları mukaveleye, bedele veya gayrimenkul üzerinde tesis olunan ipotek gibi aynî haklara veya konulan haciz gibi tedbirlere karşı dermeyan edilebilir. Tatbikatta şâyi hisseye malik hissedar müşteri ile yaptıkları mukaveleyi ekseriya şuf'a hakkını iskat etmek maksadiyle ya hibe veya trampa tarzında gösterip tapuya bu şekilde tescil ettirirler. Yahut ta meşfu hissenin bedelini hakikî kıymetinden fazla olarak gösterirler ki her iki iddiada her türlü beyyine ile ispat edilmektedir. Zira bâyi ile müşteri arasındaki tapuca müseccel mukavelenin hilâfını ispat için yazılı beyyine temini imkânsızdır denilebilir. Yargıtay 1. H. D. sinin 6/6/1931 günlü bir kararında şuf'ada bâyi ile

müşteri arasındaki mukavelenin hibe olmayıp satış olduğuna dair yazılı şekilde ispat edilmesi lüzumuna işaret eden eski kararını değiştirmiştir. Tatbikatta her iki muvazaa iddiası her türlü beyyine ile ispat edilmektedir. Eğer müşteri tapuda müseccel bedelin haddi zatında fazla olduğunu tapu harç ve masraflarından kaçınmak için daha dûn bedelle tescil ettirdiklerini dermeyan eder ve bu hususta imza ve tarihi tescil tarihinden evvel olmak üzere noterce musaddak bâyi ile aralarında tanzim ettikleri mukaveleyi ibraz ederse iddiası nazarı itibare alınacak mı? Yukarıda arzettiğimiz gibi kanun suiniyet sahibi olan tarafı himayeye lâyık görmediğine göre müşterinin satış bedelini eksik olarak tescil ettirdiğine dair iddiaları mesmu olamaz.

Meşfu gayrimenkulün muvazaa yoliyle haczettirilmesi veya ipotek edilmesi haline gelince: Bu vaziyette meşfu hissedeki haczin veya ipoteğin muvazaaya müstenit olduğu iddiasını şefi her türlü beyyine ile ispat edebilir mi? Kanaatımızca bu cihet ancak yazılı beyyine ile ispat edilmelidir. Zira haczi vazettiren, şefi ile müşteriden başka üçüncü bir şahıstır ki menfaati her zaman müşterinin menfaatleriyle zıt olabilir.

7 — Sabit olan şuf'a dâvalarında kararın mahiyeti :

Sabit olan şuf'a dâvalarında objektif olarak münhasıran şuf'a hakkı sahibi lehine ve müşteri aleyhine bir statü vücude getirmez. Az çok her iki tarafa da mükellefiyet tahmil eder. Şefi müşteriye satış bedelini tediye edecek ve namına tapu kaydı tashih edilecektir. Tapu kaydının şefi namına tescili bedel mukabilinde olacağına göre şefi bedeli vermedikçe tescillin yapılmasına imkân yoktur. Bedeli vermek ilâmın infazının şartını teşkil ediyor. Ancak bu şart şefiin semeni mebii verdiği takdirde namına tescili şeklinde karar verilmesini tazammun etmez çünkü bu yolda verilen karar şarta muallak olduğundan şefi bedeli vermedikçe şuf'a ilâmının infazına imkân hasıl olmaz.

Şuf'a hakkı sabit olan şefiin bedeli vermediği takdirde müşterinin durumu ne olacaktır? Bu cihet ilâmların icrası sahasına taallûk eder. Müşterinin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre şuf'a ilâmını icraya vaz ederek bedeli mebii her zaman talebe hakkı vardır. Hattâ şefiin bedeli tesviyeden imtinaı şuf'a hakkının sukutunu veya feragatı tazammun etmez bedelin tahsili için icranın devamı iktiza eder kanaatındayız. Bu sebeple mahkemeler tarafından verilecek kararlarda şefiin tesbit edilecek muayyen müddtte semeni mebii mahkeme veznesine teslim etmesi aksi takdirde şuf'a hakkının sâkıt olacağı kayıtlarının yeri yoktur. Zira kanunda böyle bir sarahat olmadığı gibi buna lüzum da yoktur.

206

8.— Vazife ve salâhiyet :

10/5/944 günlü Yargıtay İç. B. G. K. kararına göre meşfu hissenin kıymeti nazarı itibara alınır. Binaenaleyh H. U. M. Kanununun 5464 sayılı kanunla muaddel 8. inci maddesinin 1. inci bendi gereğince meşfu gayrimenkulü kıymeti bin liraya kadar olduğu takdirde sulh mahkemeleri ve bin lirayı geçtiği takdirde asliye mahkemeleri görevlidir.

Yetki bakımından H. U.. M. K. nun 13. üncü maddesi gereğince âmme intizamına taallûk etmesi sebebiyle meşfu gayrimenkulün bulunduğu yerdeki mahkeme dâvayı görmeye yetkilidir. Şu halde taraflar ittifak etseler dahi yetkili mahkemeyi değiştiremezler aksi takdirde yargıç yetki cihetini resen nazarı itibara alır.

—— o ——

BİRLİKTE ZİNA EDEN EVLİLERİN ŞİKÂYETİ BAKIMINDAN HUKUKİ VAZİYETİ

Sırrı UZUNHASANOĞLU
Babaeski C. Savcısı

1 — Giriş,
2 — T. C. K. nun 440 ve 441 inci maddelerinin kısaca hukuki mahiyeti.
3 — 441 inci maddede göze çarpan şikâyet hususundaki müsavatsızlık ehemmiyeti,
4 — Netice.

— 1 —

GİRİŞ

Bugünkü içtimaî hayatın nizam ve intizamını temin eden en medenî ve mütekâmil kanunlar muvacehesinde kadın erkek bütün vatandaşların müsavi hak sahibi olduklarını ve yalnız cinsiyetin icap ettirdiği veya ettirmesi muhtemel bazı durum ve haller ve bazı hususi düşünceler dolayısile tam ve geniş mânası ile müsavilik gözetilmediğini ve fakat bu gözetilmemenin yerinde bulunduğunu yek nazarda ve her kesce kolaylıkla anlaşılabildiğini ve bunlar haricinde görülen müsavatsızlığın ekseriya sebebi lâyıkı ile bilinmediğini ve her hangi bir hususla telifi de güçlükle mümkün olabildiğini biliyoruz. Bu fark bir çok kanunların bir çok maddelerinde kendini göstermekte ve hissettirmektedir. Meselâ T. C. K. nununun medeni memlekelterden biri olan İtalyadan alınmasına ve üzerinde yapılan bazı değişiklikler ve işletmelerle bu günkü hale getirilmiş ve en ileri kanunlar seviyesine çıkarılmış bulunmasına rağmen bir çok maddeler hâlâ matluba muvafık olmayan bir mevcudiyeti muhafaza etmektedirler. Ben bunlardan yalnız 8 inci babın beşinci faslını teşkil eden maddelerden bir kaçını ve onun da daha ziyade şikâyet hususunda görülen müsavatsızlık ve erkeğe verilen imtiyaz bakımından temas edip biraz inceliyecek ve en sonunda ufak bir temenni ile bitireceğim.

— 2 —

T. C. K. 440 ve 441 ci maddelerinin kısaca hukukî mahiyeti

A —) Zina faslını teşkil eden maddelerden (zina eden karı hakkında 3 aydan 30 aya kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kimse hakkında da aynı ceza hüküm edilir). Diyen 440 maddesine göre zina eden karının ve karının evli olduğunu bilen şerikinin takibata maruz kalması için karının kocasının şikâyete hakkı olduğunu ve karının evli olduğunu bilenin bekâr dul veya evli olabileceğini ve (karısı ile birlikte ikâmet etmekte olduğu evde yahut her kesce bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında üç aydan 30 aya kadar hapis cezası hüküm olunur. Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir). Diyen T. C. K. nun 441 inci maddesine göre karının şikâyete hakkı olması için:

1 — Kocanın karısı ile ikâmet etmekte olduğu evde yahut herkesce bilinecek surette başka yerde zina etmesi,

2 — Kocanın bu zinayı karı koca gibi geçinmek için yapması,

3 — Kocanın karı koca gibi geçinmek için tuttuğu kadının evli olmaması,

Şart olduğunu ve aynı ceza verileceğini amir bulunan şerikinin de erkeğin evli olduğunu bilmesi lâzım ve fakat bu maddenin birinci fıkrası sarahatına göre evli olduğunu bilerek şerik olanın evli olmaması da şart bulunduğunu görüyoruz.

B —)Bu iki madde de müsavatı bozan noktalar şunlardır :

1 — 440. maddeye göre, karının, evli olan ve olmayan kimle olursa olsun zina etmesi cezayı müstelzim olduğu halde 441. madde de kocanın ancak evli olmayan bir kadınla zina etmesini cezaya maruz bırakmaktadır.

2 — 440. madde de bir defa zina etmesi kâfi görüldüğü halde 441. maddeye göre karı koca gibi geçinmek için tutulmuş olmasını şart koşmaktadır.

Yani 440. maddeye göre birden fazla zina için daha doğrusu teselsül için 80 ci maddenin tatbik edilerek ceza fazlalaştırıldığı halde 441. maddeye göre 80 ci maddenin tatbikını icap ettiren birden fazla tekerrür halleri bir suç sayılmaktadır. 440. maddenin, 80 ci maddesinin tatbikı ile cezanın fazlalaştırılmasını icap ettiren işbu haller 441. madde de ancak suçun tekevvününü temin eden unsurlardan biri olabilmektedir.

3 — Evli kadınla evli erkeğin zina etmesi halinde kocanın karısına

şikâyet hakkı verilmeyip zina eden karının kocasına şikâyet hakkı verilmektedir....

— 3 —

T. C. K. nun 441 ci maddesinde göze çarpan şikâyet hususundaki müsavatsızlığın ehemmiyeti.

Birlikte zina eden evli kadınla evli erkeğin şikâyet bakımından koca ve karıları arasında görülen fark bence en mühimmi ve müsavatsızlığın en büyüğüdür. Çünkü; birinde büsbütün kapanmış bir kapı vardır. Ötekilerde yani birinci ve ikincilerde ise kapanmış bir kapı mevcut değildir. Ardına kadar açık değilsede hiç olmazsa büsbütün kapatılmamıştır. Zina eden karının kocasına şikâyet hakkı verildiği halde zina eden kocanın karısına bu hak verilmemesinin esası olan ve kanun koyucusu tarafından düşünülen asil mes'ele acaba ne olabilir? Düşünün bir kere. Çok namuslu ve izzeti nefsine düşkün şerefli bir kadının kocası ile bu gibi vasıflardan mahrum bir erkeğin karısı zina edecek ve erkek her ne sebeple olursa olsun göz yumduğundan ve şikâyet etmediğinden zina edenler ceza görmiyecekler ve o asil ve namuslu kadında kanunun kendisine şikâyet hakkı vermediğinden bile bile, manzaraya şahit olduğu halde seyirci kalacak ve ancak hukuk mahkemesine boşanma dâvası açabilecek ve ne yazıkki zina edenlerin ceza görmelerini istihdaf eden maksadının tahakkukunu göremiyecektir. Doğruluğunu ve yerinde olduğunu kabul etmeğe imkân bulamadığım ve adalet duygularını incitmekten başka bir vazifesi ve iyiliği olmadığını söyliyebildiğim bu hüküm, esaslı hukukî bir mesnetten mahrum ve ancak ailede erkeğin mutlak hâkimiyetini kabul eden uzak devirlerin bir hâtırası gibi gözükmektedir.

Kocanın zina etmiş olması için evli olmayan bir kadınla ancak karı koca gibi yaşaması şart koşulduğu yetmiyormuş gibi üstelik birde evli bir kdınla karı koca gibi yaşaması halinde şikâyet hakkı da evli karının kocsına tanınmaktadır. Hiç olmazsa bu şikâyet hususunda bir müsavat mevcut olmalı veya aslında dahi olmayan böyle bir hal zarurî görülüp kabul edilmeli ve biraz da medenî kanunların tatbik edildiği muhitlerin hassas bünyeleri geniş mânası ile düşünülüp göz önünde tutulmalı ve ona, diğer mevzuatla da ahenkli bir şekilde uydurulmalıydı.

— 4 —

NETİCE

Evli olan bir kadınla evli olan bir erkeğin birlikte zina etmesinde

maddesine göre miras mukavelesi, resmi vasiyet şeklinde yapılmadıkça muteber olmaz. Her iki taraf arzularını aynı zamanda resmi memura beyan ve tanzim olunan mukavelenameyi memur muvacehesinde ve iki şahit huzurunda imza ederler.

Kanunun tâyin ettiği şekle riayet edilmiyerek yapılan akitler Borçlar Kanununun 11/2. maddesi gereğince batıldır. Binaenaleyh yalnız temlik edenin ölünceye kadar bakmak şartiyle gayrimenkulünü temlik ettiğini ihtiva eden takririni tesbitle iktifa etmek suretiyle yapılan akid muteber değildir. Bu hususta Hukuk Genel Kurulunun 29/11/933 ve 10/6/937 tarihli içtihatları (4) ve ikinci dairenin (kaydı hayat şartiyle bakmak mukavelesi miras mukavelesi şeklinde yapılmadıkça muteber değildir. Muteber olmıyan böyle bir mukaveleye istinaden yapılan tescilin iptaline dair verilen kararın doğru olduğuna dair) 26/3/949 günlü kararı (5) mevcuttur.

Akdi yapacak resmî memur kimdir?

Akdin yapılacağı merci M. K. nun 479 uncu maddesinde açıklanmaktadır. Bu maddeye göre; akit, sulh yargıcı, noter yahut bu husus ile tavzif edilen memur tarafından yapılır.

Menku temliklerinin noterler tarafından yapılacağı herkes tarafından kabul edilmekle beraber, gayrimenkul temliklerinin merciini tâyinde ihtilâf vardır. Temyiz heyet umumiyesi ve ikinci daire; gayrimenkul temlikini mutazammın ölünceye kadar bakma akitlerinin noterler tarafından yapılabileceğini kabul etmektedir. Sayın Akil Önder ise bu hususa ait bir yazısında; bunun ancak tapu memurları tarafından yapılabileceğini, M. K. 634, 930 ve 934 üncü maddelerine göre bu kabil akidlerin resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmıyacağını ve Tapu Kanununun 26, nizamnamenin 17 inci maddelerine göre işbu akidlerin sadece tapu memurları tarafından yapılabileceğini ileri sürmektedir (6).

Tapu kadastro yayınları arasında çıkan bir esere göre tapu, memurları da bu akdi yapmağa yetkilidir (7).

Fikrimize göre, noterlerin menkul, gayrimenkul tefriki yapılmaksızın bu akidleri yapmağa salâhiyeti vardır. Çünkü kanun mutlaktır. Ancak tapu memurlarının bu şekil akidleri yapamıyacağına dair kanunda bir sarahat mevcut değildir. Aksine olarak tapu memurları gayrimenkul tem-

(4) Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, H. Sungur, sahife: 347.
(5) İleri Hukuk Mecmuası, sayı: 56, sahife: 898.
(6) Adalet Dergisi Temmuz 1949, sahife: 996.
(7) Tapu kadastro yayınlarından, Mümtaz Tarhan.

liklerini yapmağa kanunen memur kimselerdir. Bunların 479 uncu maddedeki «... bu husus ile görevlendirilmiş memur» tabirinin şümulüne dahil olduğunu hatta tabirin bu nevi akilderde tapu memuruna muzaaf olduğunu kabul etmek lâzım geldiğine inanıyoruz.

Tapu memurları da kanunî eşkâle riayet edecekler ve ilerden beri yapıldığı şekilde bir tarafın beyanını tesbitle iktifa etmiyeceklerdir.

Akid mukavelenamenin yapılmasiyle tamam olur. Tesçile hacet kalmaksızın mülkiyet BORÇLUya intikal eder (8). Ancak kendisine temlik vâki olan şahıs işbu mal üzerinde tasarrufî muamele yapabilmek için tescil ettirmek zorundadır.

Ölünceye kadar bakıp beslemek şartiyle vuku bulan hibe, irs mukavelesi mahiyetinde telâkki edilemiyeceğinden bu temlikin noter senediyle yapılamıyacağı ve tapu memuru tarafından yapılacağı tabiidir (9).

İn'ikadı resmi şekilde yapılmasına bağlı olan bu akdin, isbatı da resmi bir tahriri beyyineye tabidir (10).

Şekle ait bir istisna :

Mukavele salâhiyettar makam canibinden tâyin olunmuş olan şartlara tevfikan devletçe tanınmış bir müessese ile akdedilmiş ise gayri resmi bir senet kifayet eder. B. K. 512/Son.

Burada da akid şifahi olarak yapılmıyacak ancak tahriri olacaktır. Ve B. K. nun 12 inci ve mütaakip maddelerine tâbi olacaktır.

Akdin sıhhati için gereken şartlar :

1 — Tarafların reşit ve mümeyyiz olması lâzımdır. Küçüklere ait sözleşmeler kanuni mümessilleri tarafından yapılır. Vesayet altında ise, M. K. nun 406 ıncı maddesi gereğince sulh mahkemesinin kararı ve asliye mahkemesinin tahriri muvafakatı şarttır.

2 — Âkidin malda tasarruf yetkisinin bulunması lâzımdır. Mal, kendisine ait olmalı ve temliki mümkün olmalıdır. İştirak halindeki hissesini temlik edemez. Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 935 tarihli bir içtihadına göre, gayrimenkulün namına müseccel olması da şart koşuluyordu; (11) ahiren çıkan İçtihadı Birleştirme Kararı (12) gözönünde tutulursa artık buna ihtiyaç olamadığı aşikârdır. Çünkü alacaklı dilerse malın mül-

(8) Borçlar, Halis Sungur, I. inci H. 5/11/1930 gün, 4015 sayı, sahife: 346.

(9) Borçlar, Halis Sungur, sahife: 346, I. H. 17/6/1935 gün ve 1376 S. K. I. inci H. 25 Ocak 1945, 4070 sayılı, 1945 senesi Yargıtay kararları.

(10) I. inci H. 8/12/1936 gün ve 868/3049 sayılı K.

(11) I. inci Hukuk 17/6/1935, 1376 sayılı K.

(12) 9/10/1946 gün ve 12 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı.

Fikrinize göre her iki içtihat da kanunun itlâkına ve ruhuna uygun değildir. Filhakika mukavele ile mülkiyet borçluya geçmiş olmasına göre, borçlu işbu gayrimenkulün maliki sıfatı ihraz etmiştir. Binnetice temlike ve her türlü tasarrufa yetkisi vardır. Alacaklı lehine ipotek tesis edilmesi de satışa mâni değildir. Gayrimenkul ipotekle mukayyet oolarak âharın mülkiyetine teğin tescil edilmemesi, kanunen doğmuş olan ipotek hakkının ortadan kalkmasını icabettirmez. Tescil üçüncü şahısların durumu bakımından bahse konu olur. Çünkü tesçil yapılmamışsa, borçludan gayrimenkulü hüsnüniyetle ve tapu kaydına istinaden satın alan şahıs böyle bir ipotek hakkını tanımayacaktır.

Alacaklıya tanınan kanuni ipotek hakkı :

Borçlar Kanununun 513 üncü maddesi gereğince «Diğer tarafa gayrimenkul temlik eden alacaklı, kendi haklarını temin için o gayrimenkul üzerinde tıpkı bir satıcı gibi kanuni ipotek hakkını haiz olur.» Yukarda işaret ettiğimiz veçhile, mukavele ile mülkiyetin nakledilmesi gibi alacaklı lehine ipotek hakkı da doğmuş olacaktır.

İpoteğin ne miktar alacak karşılığı tesis olunabileceği bu fasılda beyan edilmemekle beraber M. K. 796 ve 766 ncı maddelerinin yardımı ile bunu halledebiliriz. 796 da «halen mevcut veya ilerde mevcut bulacak veya vücut bulması muhtemel olan her hangi bir alacağın temini için ipotek tesis olunabileceği» ve 796 ncı madde «gayrimenkul rehni ancak muayyen bir alacak için miktarı Türk parası ile gösterilerek tesis olunabilir. Alacağın miktarı muayyen değilse, gayrimenkulün azami ne miktar için teminat teşkil ettiği her iki tarafça tesbit olunabileceği» yazılıdır. Şu hale göre ipoteğin ne miktar alacak için tesis olunduğunu taraflar kararlaştıracaklardır.

Gayrimenkul evvelce ipotekli idiyse ikinci ve mütaakip derecelerde ipotek tesis olunabilecektir. M. K. 788.

Menkul temlikleri hususunda kanunda sarahat yoktur. Mehaz Kanununun buna ait hükümleri kanunumuza alınmamıştır. Taraflar yapacakları anlaşma ile birtakım tedbirler alabilirler. Meselâ malların, alacaklının ölümüne kadar saklanmasını aralarında kararlaştırabilirler.

Akdin mevzuu :

«Alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşar. Borçlu aldığı malların kıymetine ve alacaklının evvelce haiz olduğu içtimaî mevkie göre hakkaniyetin iktiza ettiği şeyleri alacaklıya vermeğe mecburdur. Borçlu bilhassa alacaklıya münasip gıda, mesken vermeğe ve hastalığında muktazi ihtimam

ile bakmağa ve hekim getirmeğe mecburdur.» B. K. 514.

Alacaklı; hilâfına anlaşma yoksa borçlunun evinde yaşayacaktır. Ayrı bir yerde bakılmasını isteyemez. Ve borçlu da alacaklıyı başka bir yerde oturmağa mecbur edemez. Aile şefkatine ve yuvanın samimi havasına hasret duyarak bu akdi yapan kimsenin aile içerisinde yaşamak istemesi kadar tabii birşey olamaz. 11/5/940 tarihli tevhidi içtihat kararı bu görüşü teyit etmektedir. Esasen 514 cü maddede «Alacaklı, borçlunun ailesi içinde yaşar.» denmesine ve 517/ SON da «Hakim mukaveleyi feshedeceği yerde iki taraftan birinin talebiile veya artık birlikte yaşamalarına nihayet verir.» Diye yazılı olmasına göre bunu başka şekilde manalandırmağa imkân yoktur.

Sayın C. A. Gücün merhum bu fikirde değildirler. Kendilerine göre alacaklı, borçlunun ailesi içinde yaşamağa mecbur değildir. Ayrı bir yerde bakılmasını istiyebilir, demektedir (14). Âkıl Önder ve Zahit Çandarlı (15) Alacaklının, borçlunun ailesi içinde yaşamakla mükellef olduğunu ileri sürmekte ve içtihadı birleştirme kararının kabul ettiği esaslara iştirak etmektedirler.

Borçlu alacaklıyı beslemeğe, barındırmağa, hastalığı halinde gerekli tedaviyi yaptırmağa ve yedirmeye mecburdur. Eğer borçlu aile reisi ise M. K. 318 inci maddesinde ev reisine tanınan hak ve vecibeleri alacaklıya karşı da haiz olur. Alacaklı içtihadı birleştirme kurulunun bildirdiği şekilde, yaşayacağı evin kaide ve geleneklerine uymak zorundadır.

Borçlu, alacaklının evvelce haiz olduğu sosyal durumuna ve temlik edilen malın kıymetine göre ve hüsnüniyet kaideleri gereğince kendisine bakacaktır. Borçlu fakir olması veya hasis olması sebebiyle alacaklıya münasip gıda ve mesken temin etmez ve hastalığında gereken ihtimamı göstermezse, alacaklı akdin feshi cihetine gidebilir. Alacaklıya ait bu hak, alacaklının akraba ve taallukatına şamil değildir. Yani borçlu hiçbir zaman bunlara da bakmağa mecbur tutulamaz.

Her ne kadar kanun, borçlunun mükellefiyetlerinden bir kaç tanesini saymış ise de bütün vecibelerinin bundan ibaret olduğu mânasına gelmez. Alacaklının kadın veya erkek oluşuna; yaşına, alışkın olduğu yaşayış şekline göre hak ve nisfet esaslarına göre gerekli bütün ihtiyaçlarının temini lâzım gelir.

Taraflar mukavelede bu mükellefiyetleri tahdit ederler ve meselâ

(14) Nazari ve amelî hukuk dâvaları, cilt 1, sahife 601.
(15) Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Aralık 1949, sayı 68.

217

yalnız iskân etmek şartiyle akit yaparlarsa, B. K. 511 ve mütaakıp maddelerinde yazılı akit vasfını kaybeder. Çünkü ölünceye kadar bakma akdinin kanunla istihdaf olunan gayeyi sağlaması lâzımgelir (16).

Üçüncü şahıslara tanınan haklar :

A — Mal temlik edenin infak ve iaşe ile mükellef olduğu kimseler, bu akit sebebiyle alacaklının kendilerine bakması imkânsızlaştığını, gelir kaynağının tamamen kurumuş olduğunu ileri sürerek itirazlarda bulunabilirler. İtiraz biri veya hepsi tarafından yapılabilir. Hasım, alacaklı ve borçludur.

İtiraz varit görülürse yargıç, ya mukaveleyi fesheder veya borçluyu bunlara nafaka vermeğe mecbur eder. O takdirde nafaka sahiplerine verilen hasım alacaklıya verilmesi gereken şeylere mahsup edilir. B. K. 515.

Nafaka sahipleri M. K. 152, 257, 311, 315 maddeleri gereğince karı, koca, ana, baba, çocuklar, evlâtlık, kardeşlerdir.

B — Mal temlik edenin mirasçıları, bu temlikle mahfuz hisselerine tecavüz edildiğini iddia ederek taahhüdün tenkisini talep edebilirler. Mirasçılar, tasarruf nisabının tecavüz edildiğini ve muamelenin gizli veya dolayısiyle bir teberruu ihtiva eylediğini ispat edeceklerdir (17). Dâva: M. K. 502 ve mütaakıp maddelerine göre hallolunur.

C — Kanun temlik edenin alacaklılarına da bu mukaveleyi feshettirmek hakkını bahşetmektedir. Borçlarından kurtulmak gayesiyle bütün mamelekini temlik eden ve borcunu ödemekten âciz hale gelen kimsenin yaptığı temlik İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre iptal ettirilir.

Bu takdirde hüsnüniyet sahibi diğer âkit yaptığı masrafları talep edebilir ve kanaatımızca, işbu masraflar ödeninceye kadar temlik edilen mal üzerinde hapis hakkı mevcuttur.

Alacaklıların iptal dâvaları hususunda kanunda sarahat olmamakla beraber B. K. 152 nci mddesi gereğince 10 senelik dâva müruruzamanı kabul etmek iktiza eder (18).

Mukavelenin hitam bulacağı haller :

1 — Ölünceye kadar bakma akdi de, hata, hile, ikrah; gabin gibi sebeplerle iptal ettirilebildiği gibi bu akit, tasarrufa ehil olmamak veya yapılan muamelede şekil noksanlığı bulunmak gibi sebeplerle iptal ettirilebilir.

---

(16) Âkıl Önder, Adalet Dergisi, Temmuz 1949, sayı 7.
(17) Borçlar K. şerhi, A. Marten, sahife 582 ve mütaakıp.
(18) Zahit Çandarlı, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, sayı 68..

İrade fesadı sebebiyle iptal dâvalarında bir senelik müruruzaman cereyan ettiği halde ehliyetsizlik ve şekil noksanlığı sebebiyle açılacak dâvalar her zaman ikame olunabilir.

2 — Bunlardan başka B. K. 516 ncı maddesi iki tarafa bazı hallerde mukaveleyi fesih salâhiyeti vermektedir. İşbu maddede: (İki tarafın mukavele mucibince verecekleri şeylerin arasında kıymetçe hissolunacak derecede nispetsizlik bulunduğu ve fazla alan taraf diğer tarafın kendisine teberruunda bulunmak kastı olduğunu ispat edemediği takdirde kaydı hayat ile bakma mukavelesini iki taraftan biri altı ay evvel haber vermek şartiyle her zaman feshedebilir. Bu hususta muteber bir irat sandığının kabul ettiği resülmal ile irat beynindeki nispeti nazara almak lâzımdır. Mukavelenin feshi esnasında verilmiş olunan şeyler istirdat olunan şeyler istirdat olunur. Şu kadar ki, bunların resülmal ve faiz kıymetleri beyninde takas icra olunur) denilmektedir. Bu madde hükmüne göre, her iki taraf mütekabil hediyelerde kendi aleyhine olarak geniş nispetsizlik bulunduğunu ileri sürerek ve altı ay evvelinden ihbar etmek şartiyle fesih talebinde bulunabilecektir. Diğer taraf bunda teberruu kastı mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İspat edemezse akit fesolunur. Ancak Martenin ve Rosselin dedikleri gibi bu akit taalî ve bahta dayanan bir durum arzettiğinden akitte müsavatsızlık ve nispetsizlik esastır ve ekseriya bunda teberru kastı mündemiçtir.

Kanun bu nispetsizliği tâyine medar olmak üzere bir ölçü kabul etmiştir. Bu hususta muteber bir irat sandığının kabul ettiği resülmal ile faiz beynindeki nispeti nazara almak lâzımdır.

Binnetice, senevî beş bin lira tahmin olunan bir tediye hakkını haiz olan kimsenin diğer tarafa on bin liralık resülmal vermiş olması halinde nispetsizlik borçlu aleyhine olarak bârizdir. Burada borçlu altı ay evvelinden ihbar şartiyle aktin feshini istiyebilir. Diğer taraf bunun teberru kastiyle böyle yapıldığını ispat edemezse akit makabline şâmil olarak feshedilir. Bu takdirde taraflar yekdiğerine verdiklerini takas ederek fark mevcutsa bu kısım istirdat olunur.

3 — Ölünceye kadar bakma akti bir taraflı olarak da feshettirilebilir. Bunun için mukavelenin icrasına devam etmenin çekilmez bir hale geldiğini ispat etmelidir. Akti çekilmez hale getiren sebepler muhtelif şekilde tecellî edebilir. Fena muameleler, gayri kâfi gıda, münasip olmıyan mesken, mütemadî tâcizler, sârî veya aklî hastalıklar bu meyanda sayılabilir. Sebebin takdiri yargıca aittir.

Fesih neticesinde, kusurlu olan taraf bütün aldıklarını iade etmekle

219

beraber, diğer tarafa hakkaniyete uygun bir tazminat vermeğe mecbur tutulur.

Yargıç iki taraftan birinin talebiyle veya resen, mukaveleyi feshedeceği yerde artık birlikte yaşamalarına nihayet verip buna mukabil alacaklıya kaydı hayat ile bir irat tesis edebilir. B. K. 517.

İşbu iradın zamanında ve usulü dairesinde ödenmemesi akit şartlarını ihlâldir. Bu sebeple alacaklı aktin feshini istiyebilir. (I. H. 2/4/931).

4 — Borçlu vefat ettiği takdirde alacaklı ölüm tarihinden itibaren bir sene zarfında aktin feshini talep eder. B. K. 518.

Alacaklı, fesih talebi hakkını kullanmazsa akit alacaklı ile mirasçılar arasında devam eder. Mirasçılar alacaklıya karşı müteselsilen mesuldürler. Mirasçılar, alacaklının rızası hilâfına bazı sebepler dermeyaniyle aktin devamını isteyemezler, ancak mukavelenin devamının çekilmez hale geldiğini ileri sürerek fesih dâvası açabilirler. Alacaklı gibi mirasçılara da kanun borçlunun ölümü sebebiyle akti fesih hakkı tanımamıştır.

Mirasçılar terekeyi kabul etmezler, mirası reddederlerse bittabi akitle mülzem olmazlar. Alacaklı tarafından açılacak fesih dâvasının büyük mirasçılar aleyhine tevcihi lâzımdır.

Fesih halinde alacaklı borçlunun iflâsı halinde masasından talep edebileceği miktara müsavi bir meblâğın itasını mirasçılardan istiyecektir.

Artık burada kaydı hayatla irat tesis edilemez, muayyen bir meblâğ alabilecektir. Durum bu şekle çevrilince alacaklının kanunî ipotek hakkı mürtefi olacak mıdır?. Âkıl Önder'e göre ve Tapu Kadastro Umum Müdürlüğünün bir tamimine nazaran ipotek hakkı sona erecektir (19).

Fikrimize göre tescil edilmiş ipotek, alacaklıya verilmesi lâzım gelen para ödeninceye kadar devam eder. Borçlunun ölümü mücerret bu hakkın sona ermesini mucip olmaz.

Fesih dâvasını alacaklı açar demiştik. Acaba alacaklı da ölse, mirasçıları müddetinde bu dâvayı açabilirler mi?. Bittabi açamazlar. Ancak alacaklı tarafından açılmış dâvayı devam ettirebilirler.

Alacaklı haklarını devredebilir mi?

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi gereğince haiz olduğu haklarını alacaklı başkasına devredemez. Bu itibarla kabili haciz de değildir. Çünkü haciz malın satılmasına ve binnetice hakların bir üçüncü şahsa nakline müncer olur.

Borçlunun iflâsı halinde Borçlar Kanununun 519/2 fıkrası gereğince muamele yapılır. Yani alacaklı iflâs masasına müracaat edebileceği gibi alacağın temini için borçlu aleyhine konulmuş hacze de iştirak edebilir.

(19) Adalet Dergisi, Temmuz 1949, sayı 7.

CEZAÎ ŞART

Tahir KANIK
İstanbul Yargıç Adayı

Kanun vazı aktedilen bir sözleşmenin borçlu tarafından ihlâl edilmemesini temin için, cezaî şart müessesesini kabul etmiş ve bu müessesenin hüküm ve şartlarını Borçlar Kanununun 158 — 161 inci maddelerinde açıklamıştır.

Borçlar Kanunumuzda cezaî şart diye anılan bu müessese İsviçre Medenî Kanununun Almanca metninde (mukavelevi ceza) (vertragsstrafe) olarak tavsif edilmiş, Medenî Kanunumuzun 83 üncü maddesinde (tazminat şartı) ve Ticaret Kanunumuzun 647 inci maddesinde (maktu zarar) olarak ifade edilmiştir.

Cezaî şartın tarifi :

Cezaî şart öyle bir mukaveledir ki, bununla borçlu borcunu eda etmediği veya noksan olarak ifa ettiği takdirde alacaklıya bir edada bulunmayı taahhüt eder (1).

Başka bir ifade ile cezayı şart :

Borçlunun borcunu ifa etmediği yahut ifada geciktiği veya na tamam olarak ifa ettiği takdirde diğer tarafa tediye edeceği zarar ve ziyan miktarının önceden tâyinidir (2).

Cezaî şartın cezaî vasfı :

Cezaî şarttaki cezaî vasıf ihtilâflıdır. Bahis mevzuu cezanın âmme hukukundaki ceza ile bir alâka ve münasebeti yoktur. Fertlerin hususi hukuk hükümleri dairesinde yerine getirilmesini arzu ettikleri bir nevi hususi hukuk cezasıdır (3).

Cezaî şartın gayesi :

Cezai şartın gayesi şu iki hususun gerçekleştirilmesidir.

1 — Aktin icrası ihtimalini çoğaltmak,

2 — Aktin hiç icra edilmediği veya meşrut mahalde icra edilmediği

---

(1) Berki Osman Fazıl. Cezaî şart. İstanbul Baro Dergisi. 1943, sayı 5, S. 287.
(2) Gücün. Cevat. Hukuk dâvaları. C. II, sahife 498.
(3) Göktürk. Hüseyin Avni. Cezaî şart müessesesi. İzmir Baro Dergisi, 942, sayı 2, sahife 290.

yahutta tâyin edilen müddeten sonra icra edildiği takdirde zarar ziyan miktarının tâyin ve tesbitin mahkemelerin takdirine bırakmamak ve bu suretle meydana gelecek münazaalara meydan vermemektir.

Cezaî şartın mahiyeti :

Cezaî şart, esas akte müteferrî bulunan fer'î bir borçtur. Bu bakımdan alacakla birlikte temlik, kefalete rabt ve rehin ile temin edilebilir. Ancak esas borcun muacceliyet kesbetmesinden sonra müstakil bir borç mahiyetini alır ve yalnız başına devir ve temlik edilir (4).

Esas borcun fer'i bulunması hasebile bağlı bulunduğu borç münasebetinin tâbi olduğu şartlara bağlı bulunmak icabeder. (B. K. m. 213).

Bundan dolayıdır ki kumar ve bahisten mütevellit bir borcun tediyesini temin için konulan cezai şart batıldır. Çünkü kumar ve bahis B. K. nun 504 üncü maddesi mucibince dâva hakkı vermez. Ayni şekilde evlenmeğe icbar zımnında kabul edilen cezaî şartta hükümsüzdür. (M.K.m. 83).

B. K. nun 19, 20 ve Medenî Kanunun 23 üncü maddelerine muhalif taahhütlerin yerine getirilmesini temin için de cezaî şart kabul edilemez. Çünkü mevzuu bahs taahhüt :

1 — Adaba muhalif olan bir neticeyi istihdaf ediyorsa,

2 — Ahlâki telekkilerimize göre ferdin serbestçe takdirine bırakılması lâzım gelen hareketlerin takyidini tazammun ediyorsa bâtıl olduğundan onun fer'î bulunan cezaî şart da evleviyetle bâtıldır.

Bununla beraber, dâva hakkı tanınmayan ahlâki bir vecibenin ifası zımnında vaz edilen cezaî şart muteberdir. Meselâ kanunen nafakası kendisine ait olmayan bir kimseye karşı yapılan iaşe tahhüdü bir cezaî şart ile teminat altına alınmış ise bu şart muteberdir (5).

Cezaî şart ile muayyen bir edada bulunmak taahhüdü istenir. Böylece aslî borçta henüz mündemiç bulunmıyan yeni bir talep hakkı ihdas edilmiş olur (6).

Cezaî şart Borçlar Kanunun 70 inci maddesinde mevzubahs edilen alternatif borçlara benzer ise de onlardan farklıdır. Alternatif bir borçta edanın mevzuunu teşkil eden şeylerden birinin teslimi borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız bir hale gelirse borç diğer şey üzerine taallûk eder. Halbuki cezaî şartı ihtiva eden aktin icrası borçluya atfı mümkün olmayan bir sebeple imkânsız bir hale gelirse prensip itibarile cezai şartları-

(4) Sungur. Halis. Borçlar Kanunu ve Tatbikatı; C. I, S. 420.
(5) Arsebük. Esat. Cezaî şart; Adliye Ceridesi, 1936, sayı 16, S. 989.
(6) Göktürk. Hüseyin Avni. s. g. makale, sahife 398.

mız gelmez. Cezai şart, mutlâka akti borç münasebetlerini temin için kabul edilmez. Akitten doğmamış borçlar içinde cezai şart kabul edilir (7).

Cezai şartın mevzuu :

Cezaî şart hangi taahhütler için kabul edilir?

Cezai şart bir şeyi yapmaktan ibaret bulunan müsbet edaları temin için kabul edilebileceği gibi, bir şeyi yapmamaktan ibaret bulunan menfi edalar içinde kabul edilebilir. Meselâ rekabet memnuiyeti gibi. Bununla beraber taahhüd edilen her şart cezaî değildir. Meselâ taahhüdün ifa edilmemesi halinde borçlunun hakkı sukut edeceğine veya ücretten bir miktar tenzil edileceğine dair konan şartlar cezaî şartlardan madut değildir.

Cezaî şartın doguşu :

Cezaî şart esas taahhüdile beraber kararlaştırılacağı gibi, bilâhere esas borç münasebetinin tâbi olduğu merasim dairesinde yapılacak ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılır. Cezaî şartın her zaman sarih olması icabetmez. Mukavelenin mahiyetinden istidlâl edilecek surette zımnî de olur. Meselâ alacaklının mütekabil edası borçlunun giriştiği mesuliyetin ağırlığını karşılayacak derecede yüksek bir prim mahiyetinde olduğu halin icaplarından anlaşılırsa bu takdirde taraflar edanın imkânsızlığına rağmen cezaî şartın tesviyesini kararlaştırmış sayılırlar (8).

Taraflar esas borç münasebetini kararlaştırırken cezaî şartı da serbestçe tâyin ederler. Cezaî şart olarak ödenmesi lâzım gelen para miktarı katiyetle kararlaştırılabileceği gibi, akti kusurun ağırlığına göre cezaa miktarının tayin olunabileceği de kabul edilir. (9)

Taahhüdün yerine getirilmemesi halinde iki kat fiat farkı ve ayrıca 500 lira verileceği yolundaki şart, cezaî şartlardan olup muteberdir. (Y. Ticaret Dairesinin 16/2/94 gün ve 381 sayılı kararı) (10).

Cezaî şartın alacaklı veya borçlusu esas sözleşmenin borçlu veya alacaklısıdır.

Acaba, üçüncü şahıslar lehine de cezai şart kabul edilebilir mi ?

Umumiyetle cezai şart alacaklıya karşı girişilen bir taahhüt olmakla beraber üçüncü bir şahsa ve meselâ Kızılay'a veya Çocuk Esirgeme Kurumuna yapılması da mukavele edilebilir. Bu takdirde cezai şartta münde-

(7) Marten Alfred. Borçlar Kanunu şerhi (umumî nazariyeler) s. 193.
(8) Arsebük. Esat. Borçlar Hukuku dersleri. C. I, S. 529.
(9) Arsebük. Esat. Borçlar Hukuku dersleri. C. I, S. 526.
(10) Arınç. Şahap. Ticaret Kanunu ve İçtihatları. S. 296.

223

miç bulunan iki unsurdan birisi yani alacaklının uğradığı zarar muhtevasının tesbiti mevzuu bahsolmaz. Yalnız borçluyu taahhüdünü yerine getirmeğe matuf cebir unsuru vardır (11).

Cezai şartın hükmü ifade edebilmesi için borçlunun temerrüdü lâzım mıdır?

Fransız Medenî Kanununun 1230 uncu madedsine göre cezaî şartı tediye borcu doğabilmek için borçlunun mütemerrit olması lâzımdır.

İsviçre hukukunda mesele münakaşlıdır.

Müelliflerden Becker'in noktai nazarına göre : «Aktin icrası lâzım gelmelidir ki cezaî şart dermeyanına mahal olsun. Bu takdirde borçluyu mütemerrit kılmak için ihtara lüzum yoktur.

Alfred Marten aksi fikri müdafaa etmekte ve şöyle demektedir : «Ceza ancak sözleşmenin ademi icrası veya noksan icrası halinde verilecek olduğuna göre alacaklı her halde borçlunun akti tamamen veya kısmen ifa etmediğini isbat mecburiyetindedir. Bu noktayı isbat için de B. K. nun 103 üncü madesinde muharrer olduğu üzere alacaklı tarafından ihbara lüzum vardır (12).

Fazıl Osman Berki de cezaî şartı ödeme borcunun doğumu için esas borcun muacceliyet kesbetmesi kâfi değildir. Borçlunun mütemerrit olması lâzımdır, mütalâasında bulunmaktadır (13).

Kanaatımızca, taahhüdün ademi ifası halinde cezaî şartın tesviyesi lâzım geldiğine göre borçlunun mütemerrit olması lâzımdır.

Cezaî şartın tediyesi için borçlunun kusuru lâzım mıdır?

Rossel bu suali şöyle cevaplandırmaktadır: «Borçlunun cezaya mahkûm olması için bir kusurda bulunması lâzım olmadığı gibi alacaklının da bir kusurun mevcudiyetini veya zarara düçar olduğunu ispat etmesi lâzım gelmez (14).

Cezaî şartın ödenmesi için ortada bir zararın mevcudiyeti icabetmez. Şayet cezaî şartın tediyesi böyle bir zarar unsuruna bağlanmış olsa idi o zaman bu zararın ispatı da istenmek icabederdi ki cezaî şartın cezalandırma ve tanzim konfesyonuna bu cihet tamamen aykırı düşerdi (15).

---

(11) Arsebük. Esat. s. g. makale, sahife 991.

(12) Marten Alfred. s. g. e., sahife 174.

(13) Berki, Osman Fazıl, s. g. makale, sahife 291.

(14) Berki, Osman Fazıl, s. g. makale, sahife 291.

(15) Göktürk, Hüseyin Avni, s. g. makale, S. 400.

Cezaî şartın hükümleri :

B. K. 158 inci maddesinde 3 hal tarzı derpiş edilmektedir.

1 — Aktin icra edilmemesi veya noksan icrası

2 — Aktin muayyen zaman veya meşrut mahalde icra edilmemesi

3 — Borçlunun cezaî şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat eylemesi.

Şimdi; bu halleri tetkik edelim :

1 — Aktin icra edilmemesi veya natamam olarak ifası halinde verilmek üzere cezaî şart tâyin edilmiş ise hilâfına sözleşme olmadığı takdirde alacaklı muhtardır. Dilerse, aktin icrasını, dilerse cezaî şart olarak tâyin edilen tazminatın itasını talep edebilir. Buna seçmenlik şart (clause penale alternative) denir (16). Fakat hilâfına mukavele olduğu takdirde hem aktin icrasını ve hem de cezaî şartın tesviyesini alacaklı talep edebilir.

Borçlu kısmî tediyede bulunursa alacaklı cezaî şartın tediyesini talep edebilir mi?

Plauk gibi bazı müellifler, kısmî tediyede bir tediye mahiyeti görerek onu natamam bir icra kabul etmezler ve ceza iddiasını reddederler.

Oser, kısmî tediyeyi natamam icra telâkkî ederek alacaklının arada bir mukavele olmadığı takdirde ya aldığı şeyi iade veya cezada münasip bir tenzilât ile mükellef olduğunu beyan ediyor.

Staub, kısmî tediyenin ademi ifa olduğunu beyan ederek şartı cezaînin tahakkuk edeceğini beyan ediyor.

Fransız Medenî Kanununun 1231 inci maddesi, asıl borcun borçlu tarafından kısmen tediyesi halinde yargıca cezanın tadili salâhiyetini bahşetmektedir (17).

2 — Aktin muayyen zaman veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye edilmek üzere cezaî şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem aktin icrasını hem de cezaî şartın tediyesini talep edebilir. Buna müçtemi ceza (clause penale cumulative) denir. Ancak,

a) Alacaklı, sarahaten bu hakkından feragat etmiş

b) Yahut kaydı ihtirazî dermeyan etmeksizin kabul etmiş ise cezaî şart iddiasında bulunamaz.

Cezaî şartın tezyidi :

Cezaî şart, mukavelede mukarrer miktar üzerinden tesviye edilmek

(16) Funk Fritz, Borçlar Kanunu şerhi, Türkçe terc. S. 230.

(17) İ. Hakkı, Şartı cezaî, Adliye Ceridesi, 1931, sayı 104, sahife 419.

lâzım gelirse de kanun bazı hallerde cezanın tezyidine ve bazı ahvalde de tenkisine cevaz vermektedir.

Alacaklının mukarrer cezaî şarttan gayri munzam zarar talep edebilmesi için :

a) Borçlunun kusuru olduğunu

b) Zararın miktarını ispat etmesi lâzımdır.

Cezaî şartın tenkisi :

A) Tediyeden önce :

Mukarrer cezaî şartın tenkis edilip edilmemesi hususunda muhtelif hukuk nizamları arasında fark vardır.

Umumiyetle bu farklı mahiyet arzeden hukuk nizamlarını iki grupta toplamak mümkündür :

1 — Tenkisi bazı kanunî takyidata tâbi tutan hukuk nizamları.

2 — Umumî şekilde cezanın tenkisini kabul eden hukuk sistemleri.

1 — Tenkisi bazı kanunî takyidata tâbi tutan hukuk nizamlarının başında Fransız hukuk sistemi gelir. Fransız Medenî Kanununun 1231 inci maddesine göre yukarda da işaret ettiğimiz veçhile esas borç kısmen eda edilmiş ise yargıç cezayı tenkis edebilir.

2 — Umumiyetle cezaî şartın tenkisini kabul eden hukuk sistemleri Türk Medenî Kanunu İsviçre Medenî Kanunu ve Alman Medenî Kanunudur.

Borçlar Kanununun 161/son fıkrasına göre :

«..... Yargıç fâhiş gördüğü cezaî şartı tenkis edebilir.»

Cezaî şart ne zaman fâhiş addedilir?

Von Tuhr iki türlü fâhiş cezaî şart kabul ediyor :

1 — Ahlâka mugayir fâhiş cezaî şartlar :

Taraflar Borçlar Kanununun 20 nci maddesi ile bütün akitlere vaz olunan ahlâk ve âdap hudutları dairesinde ceza miktarını serbestçe tâyin ederler. Ceza, borçluyu ezer ve taraflardan zayıf olanı muhtekirane bir surette ezerse ahlâka ve âdâba mugayirdir. Böyle bir cezaî şart B. K. nun 20 nci maddesine tamamen veya gözyumulan nispette haddi aştığı nispette olmak üzere kısmen bâtıldır.

226

2 — Ahlâka mugayir olmıyan cezaî şartlar :

Fakat çok defa ahlâka mugayir telâkki edilmediği halde aşırı görülebilir. Meselâ tarafların menfaatini doğru olarak tahmin edememeleri veya hâdisenin değişmesi üzerine ceza miktarının görülen zararla mütenasip olmaktan çıkması hallerinde olduğu gibi. Bu takdirde yargıç fâhiş gördüğü cezayı serbest takdir hakkına istinaden tenkis eder (18).

Nurullah Kunter, Von Tuhr'un ahlâka mugayir olmıyan fâhiş cezalar tasnifini de birinci grupa —aynı ahlâka mugayir fâhiş cezalar grupuna— sokmakta ve şöyle demektedir :

a) Ahlâk ve âdâba mugayirdirler, çünkü Federal Mahkemenin kıstasına göre «adalet ve hakkaniyet icaplarına muhalif olan» ve netice itibariyle hislerimizi rencide eden bir ceza ahlâk ve âdâba uygundur denemez.

b) Ahlâk ve âdâba mugayirdirler, çünkü, alacaklı aktin inikadı zamanında kusurlu olmasa bile ödemeyi kabul ânında kusurludur. Zira cezanın ya vaziyetin değişmesi ile yahut menfaatlerin yanlış hesap edilmesi yüzünden fâhiş bir hale geldiğini yani Federal Mahkemenin dediği gbii «alacaklıya yapılan zararın ve mukavele ihlâlinin ehemmiyeti borçlunun kusurunun ağırlığı ve tarafların iktisadî vaziyetleri hesaba katılarak alacaklının himaye edilen menfaati ile adalet ve hakkaniyet icabı, aralarında bâriz bir nispetsizlik» olduğunu biliyordu veya bilmesi lâzım geliyordu (19).

Kanaatimizce, ahlâka mugayereti bu derece teşmil ve her fâhiş cezayı da onun içine ithal etmek ve binnetice bâtıl addetmek B. K. nun 161/son fıkrasına ve cezaî şart ile güdülen gayeye uygun düşmemektedir. Çünkü bu hale göre yargıç cezaî şartı tenkis edemeyip ancak kaldıracaktır.

Fâhiş cezanın tenkisinde kıstas nedir?

Federal Mahkeme; yargıca cezayı tenkis hususunda gözönünde bulundurabileceği esasları 7 Nisan 1911 tarihli kararında şöylece tesbit etmiş bulunmaktadır.

a) Borçlunun tediyesine mecbur tutulduğu ceza ile alacaklının mukavelenin icrasından istihsal edeceği menfaat arasındaki nispete bakmak lâzım gelir. Maddî ve mânevî meşru sayılan her menfaat burada hesaba katılır.

(18) Von Tuhr - Berki, s. g. makale, sahife 298.
(19) Kunter, Nurullah, Cezaî şart, Adliye Ceridesi 1940, S. II, sahife 976.

227

b) Sözleşmenin icra edilmemesi alacaklıyı ne derece izrar etmiştir. Bu noktanın da tâlî derecede araştırılması lâzımdır.

Bu hususta Emile Thilo der ki: «Cezaî şart miktarının uğranılan zarardan çok fazla olması keyfiyeti cezanın tenkisi meselesinde kat'î surette hâkim olmaz.

Vakıa bu halin ehemmiyeti büyüktür. Fakat takdir unsurlarından yalnız birini teşkil eder. Binaenaleyh cezanın aynen ibkasını icabettiren sebepler mevcut olursa bu takdir unsurunun ikinci plâna alınması zaruridir. Çünkü cezanın tenkisi keyfiyeti daima istisnai bir mahiyet halindedir.

c) Borçlunun kusurundaki ağırlılık derecesi de burada mühim rol oynar. Mukavelenin icra edilmemesinde hiç kusuru olmayan veya ehemmiyetsiz derecede kusuru bulunan borçlu ile ayni muameleye tâbi tutulamaz (20).

Bu durum karşısında yargıç bu kıstasa göre fahiş gördüğü cezayı tenkis edecektir. Tenkisi de kendi serbest takdir hakkına müsteniden P. Tuorun dediği gibi objektif «şey'i» esaslara ve ölçülere istinaden yapacaktır.

Fahiş cezayı şartın yargıç tarafından tenkisini âmir bulunan Borçlar Kanununun 161 inci maddesi borçlunun himayesine matuf bulunduğundan, borçlunun cezanın tenkisinden önceden feragati hükümsüzdür.

Tahhüdnamede kabul edilen 250 lira cezaî şart bir senelik tahsil senesi için pek fahiş görülmüş ve 50 lira mutedil bulunmuş ve tenkis miktarı da yargıcın takdirine bağlı bulunmuş olmasına göre hükmün onanması...

(Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 29.6.948 gün ve 8965 sayılı kararı).

Dâvalı enstitüde ancak 12 gün kaldığını ve taahhüdnamede dâvalının her ne suretle olursa olsun enstitüden ayrılması halinde beher sömestir için tam sömestir masrafı vereceği yazılı ise de 225 liranın hakikî miktara tekabül edeninden fazlası şartı cezai mahiyetinde görülmüş olmasına göre bunun B. K. nun 161 inci maddesine göre fahiş olup olmadığının ve tenkisi lâzım gelip gelmiyeceğinin düşünülmemesi yolsuzdur.

(Y. 3. üncü Hukuk Dairesinin 11.5.948 gün ve 5427 sayılı kararı).

B) Tediyeden sonra :

Acaba fahiş cezai şart borçlu tarafından tediye edildikten sonra B. K. nun 161 son fıkrasına göre yargıçtan tenkisi istenebilir mi?

Borçlar Kanunumuz bu hususta bir hüküm sevketmemiştir. Alman

(20) Arsebük, Esat, s. g. m., S. 995.

Medenî Kanununun 343 üncü maddesinde şöyle demektedir : «... cezai şart ödendikten sonra tenzil hakkı sakıt olur.»

Mevzuatımızın tediyeden sonra cezaî şartın tenkis edilip edilemiyeceği hususundaki sükûtuna mukabil doktrinde birbirinden farklı fikirler beyan edilmektedir.

Hâlis Sungur, esbabı mucibe dermeyan etmeksizin cezai şart ödendikten sonra fahiş olan cezai şart yargıç tarafından tenkis edilebilir mütalâasında bulunmaktadır (21).

Esat Arsebük, ödenen cezanın tenkisi cihetine ve binnetice istirdadı cihetine gidilemiyeceğini ileri sürmekte ve şöyle devam etmektedir : Eğer kanun ödenmiş cezanın kısmen istirdadına cevaz vermiş olsaydı bunun için gabin müessesinde olduğu gibi burada da istirdat hakkını bir müddetle takyit etmesi lâzım gelirdi (22).

Nurullah Kunter ise, ceza ödenmiş olsa bile yargıcın cezayı tenkise salâhiyeti vardır ve hattâ bununla mükelleftir demekte ve şöyle devam etmektedir : «Zira heyeti umumiyesi itibarile tenkis kısmî butlanın tenkisi demektir ki bu itibarla müruruzamana tâbi değildir (23).»

Tenkisi lâzım gelen fahiş cezai şartı yargıç iskat edebilir mi?

Funk'a göre bazı ahvalde Yargıç fahiş cezai şartı tenkis edebilir (24).

Oser'e göre : Fahiş cezayı şartı tenkis hususunda yargıç için tâli bir hudut yoktur. Vecibenin edasında alacaklının hiç bir menfaati yoksa yargıç cezayı büsbütün kaldırır.

Schneider ve Fick, yargıcın cezayı şartı iskat edemiyecekleri mütalâasındadırlar.

Yüksek Yargıtay da ayni mütalâayı kabul etmiş görünmektedir.

Yargıç cezai şartı tenkis ile mükellef olup büsbütün iskat edemiyeceğine binaen cezai şarttan tensib ve takdir edilecek miktarın tenzili lâzım geldiği halde tamamen iskat edilmesi yolsuzdur.

(Y. 4. Hukuk Dairesinin 14-2-942 gün ve 821-503 sayılı kararı) (25).

Ticari taahhüdlerde cezai şart.

Yukarda cezai şart mefhumunu izah ederken bu mefhumun Ticaret

(21) Sungur, Halis, s. g. e., sahife 429.
(22) Arsebük, sözü geçen makale, sahife 993.
(23) Kunter, Nurullah, s. g. m., sahife 981.
(24) Funk, Fritz, s. g. e., S. 237.
(25) Gücün, Cevat, s. g. e., sahife 499.
(25) Gücün, Cevat, s. g. e., sahife 499.

Kanunumuzun 647 inci maddesinde (maktu zarar) olarak ifade edildiğini söylemiştik.

Fahiş maktu zarar da Borçlar Kanunun 161 son fıkrası mucibince yargıç tarafından tenkis edilebilir mi?

Mezkûr maddeye göre :

«Hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblâğ mütaahhidin, taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse bile mahkemece miktarı tenzil edilemez.»

Ticaret Kanunumuzun 647 inci maddesi ile cezai şarta muadil maktu zarar kabul edilmiş ise de mezkûr zararın fahiş olması halinde yargıca cezai şartta olduğu gibi tenkis yetkisi tanınmamıştır. Ticaret Kanununun 647 inci maddesinde vazıı kanunun tecavüzün nisbetini tâyin ve tahdide lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve ıtlak muvacehesinde münhasıran ticari olmayan hâdiselere tatbik edilmesi icabeden B. K. nun 161 inci maddesinin son fıkrasının ticarî muamelelere teşmiline imkân mevcut değildir.

(Yargıtay Tevhidi İçtihat Kurulunun 19-6-940 gün ve 71 sayılı kararı (26).

Yargıtay Tevhidi İçtihat kararı ile teyid edilmiş olmasına rağmen ticarî muamelelerde vazedilen cezaî şartın tenkis edilip edilemiyeceği hususu doktrinde ihtilâflıdır.

Prof. Hirsch : Borçlar Kanunun 161 inci maddesinin ticari mesailde tatbiki, Ticaret Kanununun 647 inci maddesinin muhalif bir hüküm ifade etmesinden ötürü mümkün değildir. Yargıtayın vermiş olduğu kararda bu bakımdan isabet vardır. Yargıça demek oluyor ki fahiş gördüğü şartı cezaiyi ahlâka, âdaba, intizamı âmmeye mugayyir addedecek veya gabinden ötürü iptal etmek veyahut da şartı cezainin mahkemece nazara alınması talebinde bulunulduğu takdirde hakkın suistimali bakımından bu talebi reddetmesi imkânı kalıyor (27).

Sabri Şakir Ansay : Yargıtayın bu tevhidi içtihat kararını doğru bulmamakta ve şöyle demektedir : «Bir kumar alacağında mutlak surette nasıl dâva hakkı yoksa yani tacir arasında kumardan bir hak tevellüd etmezse fâhiş cezalar noktasından da âdi veya ticarî mevad arasında bir fark yoktur (28).»

---

(26) Arınç, Şahap, Ticaret Kanunu ve İçtihatlar, S. 647.

(27) Hirsch, Devletçilik ve Ticaret Hukuku, (Konferans), Adliye Ceridesi 1936, sayı 16, sahife 1094.

(28) Sabri Şakir - Berki, s. g. m., sahife 302.

230

ona bağlı ve ona güvenerek yapılan taahhütlerin evvelce yapılan hesapların alt üst olmasını icabeder (31).

Ticaret Kanunun 647 inci maddesi muvacehesinde bizde Borçlar Kanunun 161 inci maddesinin son fıkrasının tatbiki ile ticarî taahhütlere vazedilen cezaî şartların tenkis edilemiyeceği kabul etmekteyiz.

———o———

(31) Berki, Osman, s. g. makale, sahife 303.

232

Bakanlar Kurulunca yayınlanan Türk parasının kıymetinin korunması hakkındaki kararların yürürlüğü

Ali ARCAK
Antakya Yargıç Adayı

Plân

1 — 1567 sayılı kanun,

2— İçtihadı Birleştirme Kararı

3 — Ayni kanunun ikinci maddesinde yapılan değişiklikler,

4 — 24-4-947 tarihli Yargıtay kararı,

5 — Son mevzuata göre tatbik edilecek hüküm.

1567 sayılı ve 20.Şubat.1930 tarihli kanun ve bu kanunu muhtelif tarihlerde değiştiren kanunlar gereğince Bakanlar Kurulu tarafından Türk parasını koruma başlığı altında kararnameler yayınlanmaktadır. Bu kararnamelere aykırı eylemde bulunanlar sözü geçen kanunlar gereğince cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan bu kararnamelerin yürürlüğü meselesi önemlidir.

1 — 1567 sayılı kanun :

20-Şubat-1930 tarihinde kabul edilen ve Resmi gazetenin 25-Şubat-930 tarihli sayısında yayınlanan 1567 sayılı kanunun birinci maddesi : (Kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım satımının ve memleketten ihracının tanzim ve tahdidi ve Türk parası kıymetinin korunması zımnında kararlar ittihazına icra vekilleri heyeti salâhiyetlidir.) hükmünü koymuştur. Bu kanun gereğince Türk parası kıymetinin korunmasına dair olan kararnameleri yayınlamak yetkisi yalnız Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Bu kanunu değiştiren daha sonraki kanunlar da bu yetki gene Bakanlar Kurulunda bırakılmış olup bu bakımdan bir değişme yapılmamıştır.

Ayni kanunun ikinci maddesi ise :

(Bu kararlar, Türk parası kıymetini koruma, başlığı altında gazetelerle vesair münasip vasıtalarla neşr-ü ilân olunur.)

Meriyeti tarihi metninde yazılı bulunmayan kararlar neşrinin ertesi gününden muteber olur.) şeklindedir.

Bizim üzerinde duracağımız bu hüküm ve bu hükme ıstinaden çıkarılan Yargıtay ve İçtihadı Birleştirme kararları ile bu hükmü değiştiren

4328 sayılı kanunun ikinci maddesi ve bunlar arasındaki münasebettir.

2 — 1567 sayılı kanunla ilgili İçtihadı Birleştirme kararı :

1567 sayılı kanunun yukarıda sözü geçen ikinci maddesinin tatbikatta iki şekilde anlaşıldığı ve buna göre kararlar vrildiği görülmüştür.

Birinci anlayışa göre, Bakanlar Kurulunca bu konuda verilen kararlar, Maliye Bakanlığının münasip göreceği vasıtalarla yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girdiği kabul edilmiş ve bu kararların suç işlenen yerde yayınlanmış olup olmamasına bakılmaksızın bu kararlara aykırı görülen eylemler cezalandırılmıştır.

İkinci bir anlayışa göre ise, 1567 sayılı kanuna dayanılarak yayınlanan Bakanlar Kurulu kararlarının yürürlüğe girmesi için sanığın suç işlediği yerde yayınlanmış olması gerekeceği kabul edilerek yayınlandığı tesbit edilmediği hallerde sanıklar beraat etmişlerdir.

Nitekim Reşat Bayramoğlu yazdığı bir eserde (1), Türk Ceza Kanununun 229 uncu maddesinden bahesderken (Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki 1567 numaralı kanuna müsteniden icra vekilleri heyetince ittihaz olunan kararların 1322 numaralı kanunun tarifi dairesinde Edremitte ilân edilmediği bir dâva dolayısile iddia olunmuş ve ait olduğu daireden yapılan soruşturmalarla ilânın yapılmadığı anlaşılması üzerine mahkemece maznunun beraatine karar verilmiş ve indettemyiz bu hüküm tasdik edilmiştir.) diye yazmaktadır.

Tatbikatın bu iki şekilde anlayışı yüksek Yargıtayda da görülmüş olup Dördüncü Ceza Dairesinin muhtelif tarihlerdeki kararları arasında bu konuda ortaya çıkan içtihad ihtilâfı da bir İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı ile halledilmiştir.

2-7-1941 gün ve 26 sayılı bu İçtihadı Birleştirme kararını önemi bakımından aynen yazıyoruz :

Karar :

Tarihi : 2-7-1941

Numarası : 26

1567 sayılı Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki kanuna müsteniden neşrolunan kararların meriyeti için bu kanunun ikinci maddesinin sarahatı dairesinde neşir ve ilâna lüzum olup olmadığı noktasından Temyiz 4 üncü C. Dairesinin 29/12/1936 tarih ve 4751/9697 ve 27/10/1936 tarih ve 5931-9247 numaralı kararları arasında meydana gelen içtihad ihtilâ-

(1) R. Bayramoğlu, Türk Ceza Kanununa göre Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler, Ankara, 1943.

fının halli C. Başmuddeiumumiliğinin 937 numaralı müzekkeresile istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek,

Neticede :

Cezaya, vergiye, askerliğe ve halkı alâkalandıran diğer hususlara ait kanun, nizamnamelerin derhal şehir veya kasabalarda mutad veçhile belediyeler ve köylerde muhtar vasıtasile ilân ettirileceği lüzumundan bahis olan kanun ve nizamnamelerin sureti neşir ve ilânı hakkındaki kanunun 11 inci maddesi hükmünün, kanun ve nizam hükümlerinin her yerde ve her memur tarafından ayni zamanda tatbik edilmesini temin maksadına matuf olup meriyet tarihi ile münasebeti olmadığı ve kanunların meriyet tarihini tâyin emrinde mezkûr kanunun üçüncü maddesi hükmünün esas tutulması icabettiği mukaddema tevhidi içtihat suretiyle kararlaştırılmış olduğundan mutlak surette kanunların ve bu meyanda Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki kanuna müsteniden neşrolunan kararların meriyetini tâyinde mezkûr on birinci maddeye istinat edilmesine cevaz yok ise de, kanun ve nizamnamelerin sureti neşir ve ilânı hakkındaki kanunun üçüncü maddesinde, kanun ve nizamnamelerin metinlerinde başka suretle sarahat bulunmadığı takdirde, Resmî gazete ile neşrini takip eden günün başlangıcından hesap edilmek üzere 45 inci günün hitamından itibaren Türkiyenin her tarafında ayni zamanda mer'î olduğu tasrih edilmekle kanunlardaki hususî sarahatlere mevki verilmesine ve Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki kanunun ikinci maddesinde de (bu kararlar, Türk parasının kıymetini koruma, başlığı altında gazeteler ile vesair münasip vasıtalarla neşir ve ilân olunur. Meriyet tarihi metninde yazılı olmayan kararlar neşrini nertesi gününden muteber olur.) denmesine ve bu ikinci maddenin 1567 numaarlı kanuna konulması ile bu kanuna mülhak kararların her mahalde meriyeti için Resmî gazete ile ilân edilmesi kâfi olmayıp mahallerince, ayrıca ilân edilmesinin kasdedilmiş olduğu kanunun esbabı mucibesinden de anlaşılmakta olmasına göre, mezkûr kararların meriyeti için 1567 numaralı kanunun ikinci maddesi sarahati dairesinde ilân edilmesi lâzım geldiğine sülüsanı ekseriyet ile karar verildi (2).

3 — 1567 sayılı kanunun ikinci maddesinde yapılan değişiklik :

1567 sayılı kanunun sözü geçen ikinci maddesinin tatbikatta çeşitli anlayışlara sebep olmasının yarattığı istikrarsızlığı bu İçtihadı Birleştirme

(2) İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza kısmı, Ankara, 1946, Sh. 93 - 94.

235

kararı ortadan kaldırılmışsa da kanun koyucu bu meselesinin çözümünü doğrudan doğruya kanun maddesi içine almak lüzumunu duymuştur.

Böylece, ikinci madde üzerinde ilk önemli değişiklik 26-12-1942 gün ve 4328 sayılı kanunla yapılmıştır. Bu yeni değişiklikle ikinci madde şu şekilde konulmuştur :

(Bu kararlar, Türk parası kıymetini koruma, başlığı altında Resmi gazete ile ve Maliye Vekâletinin münasip göreceği diğer vasıtalariyle neşir ve ilân olunur.

Şu kadar ki kararların yürürlüğe girmesinde Resmî gazete ile yapılacak neşir ve ilân esas olup bu gazete ile neşredilen kararlar başka vasıtalarla neşir edilmiş olsun olmasın metinlerinde meriyet tarihi varsa o tarihin yok ise resmî gazete ile neşredildiğinin ertesi gününden itibaren Türkiye'nin her tarafında yürürlüğe girer.)

Maddenin bu şekle konulması sonunda, yukarıda sözü geçen İçtihadı Birleştirme kararı kanun koyucunun müdahalesile fiilen ve hukuken yürürlükten kaldırılmıştır. Artık, Türk parası kıymetini koruma başlığı altında yayınlanan Bakanlar Kurulu kararlarının her yerde ayrı ayrı yayınlanması keyfiyeti aranmıyarak Resmî gazete de yayınlanmış olması, kararın yürürlüğe girmesi bakımından yeter görünmüştür. Kanun metni de bu noktayı, aydınlatıcı şekilde ve açık olarak (başka vasıtalarla neşredilmiş olsun olmasın metinlerinde meriyet tarihi varsa o tarihin, yok ise Resmî gazete ile neşredildiğinin ertesi gününden itibaren Türkiye'nin her tarafında yürürlüğe girer) diye belirtmektedir.

Gerçekte sözü geçen kanunda 16-2-1950 gün ve 5540 sayılı kanunla yeni bir değişiklik daha yapılmışsa da bu kanunla ikinci maddeye dokunulmamış olup birinci ve üçüncü maddelerde değişmeler yapılmış ve 4328 sayılı kanunla yapılan değişiklik yukarıda dercettiğimiz şekilde bırakılmıştır.

4 — 24-4-1947 tarihli Yargıtay kararı :

Son değişikliklere göre, İçtihadı Birleştirme Kararının yürürlükte olmadığı gibi hangi hâdiselerde uygulanabileceği yüksek Yargıtayın 24-4-947 tarihli bir kararında söz konusu edilerek açıkça belirtilmiştir. Yargıtay üçüncü Ceza Dairesinin esas 3435, karar 689 sayılı bu kararına göre (3) :

(Dâva gerek 12 sayılı kararnamenin eski 8 inci ve gerek 3-9-942 tarih ve 2-18669 sayılı kararname ile değiştirilen yeni 8 inci maddelerle muhale-

(3) Bu karar Mersin Asliye Ceza Mahkemesi dosyalarından çıkarılmıştır.

fet fiillerini de şümulüne almış bulunmasına ve 4328 sayılı kanunla değiştirilen 1567 sayılı kanunun ikinci maddesinde bu kanuna müsteniden tanzim olunan kararların her halde neşir ve ilân olunması mecburiyeti kaldırılmışsa da bu kanunun yürürlüğe girdiği 26-12-1942 tarihinden evvel vukubulan bu kabil suçlarda sözü geçen 1567 sayılı kanunun ikinci maddesi sarahati dairesinde tanzim olunan kararnamelerin her mahalde neşredilmesi mecburiyeti bulunmasına ve bu hususlaki İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına nazaran mezkûr 12 numaralı kararnamenin Antakya'da neşredilmiş olup olmadığının ve neşredilmişse hangi itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükmün mezkûr sebeplerden ötürü bozulmasına 24-4-1947 gününde oybirliğile karar verildi 8-5-947).

5 — Son mevzuata göre tatbik edilecek hüküm :

4328 sayılı kanunla yapılan değişikliğe göre, acaba İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararının uygulanma yeri kalmamış mıdır?

Bu soruyu cevaplandırmak için iki kısımda hâdiseleri tasnif ederek gerekli hükmü tesbit etmek gerekmektedir.

A — 4328 sayılı kanunun yayınlanmasından önce :

4328 sayılı kanun yayınlanmadan önce 1567 sayılı kanunun ikinci maddesi yürürlükte idi. Bu maddenin yazılış şekline ve İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına göre Bakanlar Kurulunca (Türk parası kıymetini koruma) başlığı altında yayınlanacak olan kararların mahallinde de yayınlanması gerektiğinden, 4328 sayılı bu kanun yayınlanmadan önceki hâdiselerde mahallinde yayınlanmış olup olmaması keyfiyeti aranacak ve şayet yayınlanmamışsa ceza verilemiyecektir. Yukarıda sözü geçen Yargıtay kararı bunu açıkca belirtmektedir.

B — 4328 sayılı kanunun yayınlanmasından sonra :

4328 sayılı kanun, 1567 sayılı kanunun ikinci maddesini değiştirmiş olmasına ve maddenin yeni şeklile artık Bakanlar Kurulu kararlarının Resmî gazete ile yayınlandığı günün ertesi gününden itibaren Türkiyenin her tarafında yürürlüğe gireceği açıkca yazılı bulunmasına göre mevcut İçtihadı Bilreştirme Kararına rağmen, sözü geçen Bakanlar Kurulu kararlarının mahallerinde yayınlanmış olup olmaması araştırılmaksızın, Resmî gazete ile yayınlanmış olması yeter görülerek bu kararnamelere aykırı eylemde bulundukları tesbit edilenler 1567 sayılı kanunun son 5540 sayılı kanunla değiştirilen üçüncü maddesi gereğince cezalandırılacaklardır. Bu

Borçlar Kanunu ve Ceza Kanununa göre kumar ve bahis mevzuları üzerinde inceleme

Yazan : **Bekir Sıtkı KARAKAYALI**
Tortum C. Savcısı

P l â n :

1) Kumarın tarifi,

2) Bahisin tarifi,

3) Kumar ve bahis akitlerinin tarifi,

4) Ceza Kanunumuza göre kumarın tarifi,

5) Baht ve talih oyunlarının hangi oyunlar olduğu,

6) Ceza Kanunumuzun kumardan bahseden 567, 568, 569, 570 inci maddeleri üzerinde inceleme ve ilgili yüksek Yargıtay kararları.

1) Kumarın tarifi :

Rossel; kumarı. Tarafların her biri diğerine tesadüf ve bahse bağlı olarak giriştiği iddiada göze aldığı tehlikeye mukabil kazandığı halde bir miktar para veya her hangi bir şeyi vermeyi taahhüt eden bir akiddir, diye tarif etmektedir.

Alfred Marton ise, kumar bir eğlence, bir istirahat ve hoş vakit geçirmedir. Bir akit değildir. Ancak bir kumar oyunu münasebetile bazı eşya ve paranın alınacağı veya bazı neticelerin elde edilmesine matuf bir mukavele aktolunabilir, denilmektedir.

2) Bahisin tarifi :

Alfred Marton, bahisi şöyle tarif ediyor. Bahis bir akittir ki onunla muayyen bir hâdise hakkında ihtilâf üzere olan iki veya daha ziyade şahıslar muayyen bir şey veya paranın tahkik neticesinde içlerinden hak kazanmış olacak kimseye teslimini taahhüt ederler. Demek ki bahis bir mevzuu üzerinde muhtelif fikirler taşıyan iki kişiden fikrinin yanlış olduğu anlaşılacak şahsın diğerine bir miktar para veya eşya vermesi için yapılan bir sözleşmedir.

3) Kumar ve bahis akitlerinin mahiyeti :

Kumar ve bahis akilteri her ikisi de talih ve tesadüfe bağlı akitlerdir. Kumar ve bahis akitleri intizamı âmmeye mugayir addedilmediğinden

memnu değildirler ve bu mukaveleler batıl addedilemezler. Ancak alacak hakkı tevlit etmezler. Borçlar Kanunumuzun 504 üncü maddesinde bu husus açıkca yazılıdır.

B. K. 504 «Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevlit etmez. Kumar yahut bahis için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçalar hakkında ve kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtia ve kıymetli evrakın fiat farkı esası üzerine yapılan vadeli alış verişlerde dahi hüküm böyledir.»

504 üncü maddenin sarahatına göre kumarda kazanan kaybeden hakkında beyinlerinde tekarrür eden meblâğın istifasını temin zımnında dâva ikame edemez. Bu hale âdab yani ahlâk kaidelerinin mukaveledeki serbestiyi takyit etmelerinin bir neticesidir.

Taraflar yekdiğerine karşı tediye edeceklerini taahhüt etmiş olsalar bile dâva hakkını haiz olamazlar. Kazanan tarafın dâva ikame etmesi halinde müddeialeyh hâdisenin kumar olduğu def'inde bulunabilir. Kumar def'inin amacı kamu düzenini ve umumî âdabı korumaktır.

Buna göre yargıç re'sen nazara almakla mükelleftir. Kumar bir alacak hakkı tevlit etmemesine göre kaybeden tarafından konulan her türlü teminat, rehin, kefalet ve cezai şart batıldır. Kumarda kazanan taraf kaybedenin rızası olmadıkça takas iddiasında da bulunamaz.

Kumar ve bahisten tevellüt eden alacaklar için dâva hakkı tanınmaması prensibi B. K. nun 504 üncü maddesi ikinci fıkrasına göre aşağıdaki muameleler hakkında da tatbik olunur.

Şöyleki :

1) Kumar için yapılan avans ve karzlar :

Kumar veya bahis için bilinerek yapılan avans ve karzların bir gûna alacak ve dâva hakkı bahşetmiyeceği B. K. nun 504-2 inci maddesinde yazılı bulunmaktadır. Ancak kaybedene mevcut kumar borcunu ödemek için karzan verilen paradan dolayı dâva olunabilir.

Kumarda kaybeden şahsın kazanan lehine imzaladığı âdi borç senedi veya kambiyo senedi alacaklı lehine bir dâva hakkı doğurmaz. Bu senetlerin kumar oynanmadan veya bahse girişilmeden evvel tanzim edilmesi halinde de durum aynıdır. Bahse mevzuu senetler üçüncü bir şahsa devredilmiş olsa dahi kumar def'i bu şahsa karşıda yapılabilir. Şu kadar ki kıymetli evrakın hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslarla bahşettiği haklar mahfuzdur. Binaenaleyh bir kumar borcu için tanzim edilen kıymetli kâğıtları, kambiyo senetlerini hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar iktisabederse hâ-

mil senedin muhtevasının tediye edilmesini dâva edebilir. Kendisine karşı kumar def'inde bulunulamaz. Ancak bahis konusu alacağın menşeinin kumardan doğduğunu biliyorsa yani suiniyet sahibi ise kumar def'inde bulunulabilir. Borçlar Kanunumuzun 505 inci maddesinden bu hususlar istinbat olunur.

B. K. 505 «Kumar oynayan veya bahseden kimse tarafından imza edilmiş âdi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir şahsa devredilmiş olsa bile bunlara müsteniden hiç bir kimse bir hak talep edemez. Kıymetli evrakın hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara bahşettiği haklar mahfuzdur.»

Kumar veya bahsin usulü dairesinde cereyanına kazaen veya diğer tarafın fiili neticesi olarak bir mâni haylûlet etmiş veya bu diğer taraf hile ve desise ika etmiş olmadıkça bilihtiyar verilen kumar akçesi geri alınmaz.»

Bu madenin son fıkrası hükmüne göre kumar veya bahis borcunu ihtiyarile veren kimsenin kazanana karşı istirdat dâvası açmağa hakkı yoktur. Açıldığı takdirde kazananın tediyenin bilihtiyar olduğu def'inde bulunmasile dâva akim kalacaktır.

Alfred Marton bilihtiyar tediyeden, borçlunun ifa etmeyi istemiş olduğu bir tediye, serbestçe iradesile yaptığı tediyenin kasdedildiğini beyan etmektedir. Buna göre tehdit veya cebir ile yaptırılan bir tediyeden dolayı istirdat dâvası açılabileceği tabiî bulunmaktadır. Hata ile tediyeye muvafakat edilmiş olması halinde de tediyenin batıl olacağı şüphesizdir. Federal mahkeme bir içtihadında; borç; olmıyan şeyin istirdadı dâvasında, fiili hata ile hukukî hata beyninde hiç bir tefrike lüzum olmadığı fikrine iştirak eylemektedir. Alfred Marton oyunculardan biri tarafından diğerine oyundan evvel yapılan tediyatın bir avans suretile telâkki olunacağı ve bunun vaktinden evvel yapılan bir tediye olacağı fikrindedir. Binaenaleyh kumar ve bahs borcunu rızasile tediye eden borçlu borcunu istirdat edemiyecektir. Ancak bu ana kaidenin bazı istisnaları da vardır.

A) Borçlar Kanunun 505 inci maddesine göre, kumar veya bahsin usulü dairesinde cereyanına kazaen bir mâni haylûlet etmesi halidir. Kumar veya bahis oyunu her hangi bir kaza sebebile oynanamadığı veya usulü dairesinde cereyan etmediği takdirde tediyede bulunan kimse istirdat için dâva edebilecektir.

B) Yine ikinci bir istisnada, kumar veya bahsin usulü dairesinde cereyanına diğer tarafı fiilî neticesi olarak bir mâni haylûlet etmiş olmasıdır. Alfred Marten bu maddedeki diğer taraf tâbirinden maksadın kendisine tediye yapılan taraf olduğunu söylemektedir.

C) Üçüncü bir istisnada kendisine tediye vâki olan tarafı hile ve desiseli hareketlerinden dolayı kumar ve bahsin usulü dairesinde ceryanına mâni haylûlet etmesidir.

4) Ceza Kanunumuza göre kumarın tarifi :

Ceza Kanunumuzun üçüncü kitabı, üçüncü babı ahlâki umumiyeye mütaallik kabahatler başlığı altında ilk önce kumardan bahsetmekte ve 569 uncu maddesilede kumarı şöyle tarif etmektedir.

C. K. 569 «Kumar, kazanç kastile icra kılınıp kâr ve zarar baht ve talihe bağlı oyunlardır.» Ceza Kanununun 567 inci maddesi umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatanlar ile oynatmak için yer gösterenlerden bahsettiği gibi 568 inci maddede umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatmak için yer gösterenlere iştirak etmeksizin umumî veya umuma açık mahalde kumar oynayanlardan bahsetmektedir. 567 nci maddenin ikinci fıkrasında ise kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarayan veya kumar oynamağa tahsis olunan mevat ve âlet ile orada bulunan eşya ve paranın zabt ve müsadere olunacağı açıklanmıştır.

570 inci maddede ise yukardaki maddelerde beyan olunan kabahatlar için hususî içtimalara mahsus olsa bile kumar âlet ve edavatının kullanılması için bir ücret alınan yerlerle oyun oynamak mutat olan yerlere duhuliye verilmese bile oyun oynamak isteyen herkezin girebileceği mahallerin umuma açık yerlerden addedileceği beyan edilmiş bulunmaktadır.

5) Baht ve talih oyunları hangi oyunlardır.

1859 tarihli Ceza Kanununda bir oyuncunun hesap ve maharetine giren oyunlarla girmiyen oyunlar tefrik edilmemekte idi. Ceza Kanunun 569 uncu maddesine göre bir oyunun baht ve talih oyunu addedilebilmesi için neticesinin baht ve talihe bağlı olması lâzım geldiği kabul edilmiştir. Parmak oyunu tâbir edilen oyunun kazanç maksadile oynatıldığı takdirde sebebiyet verdiği münazaa itibarile 567 inci maddenin tatbik edileceği hakkında yüksek Yargıtayın 9-5-1891 tarihli bir kararı mevcut bulunduğu yüksek Bakanlıkça tedvir edilen Ceza Kanunu şerhinde yazılı bulunmaktadır. Yedibuçuk oyununun talih oyunu olup olmadığı hususu münazaalı bulunmakla beraber bu oyunun talih oyunu olduğunu kabul eden yüksek Yargıtayın kararları bulunduğu gibi bahse mevzu oyunu talih oyunu addetmiyen kararlarda mevcuttur. Şişelere halka geçirmek suretile oyun oynatmak, atılan halkaların şişelere geçirtilmesi baht ve talihten ziyade atanın maharetine bağlı bulunmasına göre sanığın bu fiilinde kumar suçu görülmemiştir. Y. 2. C. D. 11-2-1931 gün 3114-3515 sayılı kararı.

ğildirler. 567 nci maddenin son fıkrasına göre fiilin itiyat edinilmiş bulunması ve kabahatin irtikâbında kumar oynıyanlara karşı banko tutmağı şiddet sebebi addetmiştir.

568 inci madde 567 inci maddedeki kabahate iştirak etmeksizin umumî veya umuma açık mahalde kumar oynıyanlardan bahsetmektedir. Maddenin yazılış tarzına göre failin cezalandırılabilmesi için umumî veya umuma açık mahalde fiili ika ederken yakalanmış olması gerekir.

———o———

BİBLİYOGRAFYA

Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu : Türk Medenî Hukuku. Cilt II, **Aile Hukuku 2 inci cüz, Hısımlık - Vasilik - İçtihatlar.** İkinci Baskı. İstanbul Matbaacılık T. A. O. 1950, sayfa : IV + 273 — 598 + XLV. Kr. 580.

★

Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı : Devlet Ana Hukuku. Esas Teşkilât Hukuku. Cilt : I, 1 inci kısım, 3 üncü baskı. İstanbul İsmail Matbaası : 1950, Sayfa : XIV + 284, Kr. 450.

★

Ord. Prof. Dr. Adolf Schönke : Alman Hukuk Prosedüründe İtiraz Yolu. Çeviren : **Doçent Dr. Necmeddin M. Berkin,** İsmail Akgün Matbaası : 1950.

★

Prof. Dr. Ferit H. Saymen : Borçlar Hukuku Dersleri. Cilt : I, **Umumî Hükümler.** İstanbul Akgün Matbaası : 1950, Sayfa : XXXII + 639, lira : 10.

★

Prof. Dr. Ferit H. Saymen : Türk İş Hukukunun Gelişme Temayülleri. İstanbul İsmail Akgün Matbaası : 1950, Sayfa : 72.

★

Prof. Ragıp Sarıca : Hizmet Kusuru ve Karakterleri. İstanbul İsmail Akgün Matbaası, Sayfa : 39.

★

Prof. Dr. Recai Galip Okandan : Devletin Şahsiyeti. İsmail Akgün Matbaası. Sayfa : 43.

Prof. Sulhi Dönmezer : Tevhidi İçtihat Kararları dolayısile karar tashihi, Teşrii tefsirin makabline şümulü, İtiraz ve karar tashihi yolları arasındaki fark, Karar tashihi talebi kabul olunarak verilen karar aleyhine tekrar karar tashihi talebinde bulunup bulunamıyacağı. İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Doçent Dr. Tahir Çağa : Medenî Kanunumuzun Mahfuz Hisse Sistemi ve Mahfuz Hissenin Şartları. İstanbul İsmail Akgün Matbaası : 1950.

★

Dr. Halit Kemal Elbir : Gabine Mütaallik Umumî Hüküm Müvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi. İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Doçent Dr. Nurullah Kunter : Sorgu Yargıcının Verebileceği Asl. Kararlar. İstanbul İsmail Akgün Matbaası. 28 sayfa.

★

Doçent Dr. Nurullah Kunter : Tekel ve Gümrük Kaçakçılıkları Bakımından İşlenen Suçlar : Dâva İzni ve Dâva Açma Süresi. Mahkeme İçtihatları Kroniği. İstanbul İsmail Akgün Matbaası : 1950, Sayfa : 20.

★

Hüsnü Aydınlı - Y. Kadri Yazman: Şahsî Dâva Yolu ile Tâkip Edilen Suçlar. İstanbul, Duygu Matbaası : 1950, Sayfa : 48, Kuruş 100.

★

Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Yıl : II, Sayı : 17. Kr. 30.

Üsküdar Sorgu Yargıcı Naim Tezmen tarafından heray itina ile yayınlanan bu hukuk dergisinin Mayıs: 1950 nushası aşağıdaki yazı ve yargıtay karar ve yeni çıkan kanunları ihtiva etmektedir:

Müfit Birsen: Para cezalarına ait içtihat; Naim Tezmen: Tevhidi İçti-

hat kararlarının zamanında neşri lâzımdır; «Kızlık bozma dâvaları altı aylık zamanaşımına tâbidir.», «Suçun subutu takdirinde Hukuk Mahkemesinde tazminat dâvası açılabilir.», «Hırsızlığın tam teşebbüs halinde olmasında T. C. K. m. 62 nin tatbikı lâzımdır.», «Tekzip mektuplarının resmî daireden gönderildiğine göre iki misli olup olmadığını araştırmağa lüzum yoktur.», «Diplomasız doktorluk yapmadan tevellüt eden suç asliye mahkemesi işidir.», «Neşren hakaret suçlarında bir kişinin mütalâasının alınması elzemdir.», «Cumhurbaşkanına yapılan hakarette sanığın resmî bir memur huzurunda söylemesine lüzum yoktur.», «Deniz kazasının tahakkuku için teknenin batmış olmasına lüzum yoktur.», «Sanığın yedi emini kendisine tevdi edilen malları almağa kalkmasına göre suç, ihtiyatî tedbir talebine muhalefettir.», «Hava parası alma suçu 5020 sayılı kanun hükümleri dahilindedir.», «Rüşvet suçunda ayrıca memuriyetten mahrumiyet cezasiyle de tecziyesi iktiza eder»., «Memurun yedi emanetine teslim edilmiş olan eshamı dairenin mahzeninden alması hırsızlık değil, zimmet suçudur.»,

Yeni Kanunlar:

1 — 3116 Sayılı Orman Kanununun bazı maddelerinin kaldırılması ve yeni maddelerin eklenmesine dair 5653 Sayılı Orman Kanunu.

2 — 4785 sayılı kanunun bazı maddelerini değiştiren 5658 sayılı kanun.

★

Tatbikatta Yargıtay Kararları. Yıl : II, Sayı : 14. Kr. 50.

İstanbul IV. ncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik tarafından tatbikatta bütün hukukçulara yol göstermek gayesiyle heray yargıtayın seçme Ticaret —Hukuk— İcra İflâs Daireleri kararları ve Haşiyeli Ticaret Kanunu ilâve formasiyle yayınlanan derginin Haziran 1950 nushası şu kararlar ve ilâve forma ile çıkmıştır.

«Dâvanın esasına girişilmeden reddi halinde ücreti vekâlet», «Memurunun yaptığı muamelâttan patronun mesuliyeti», «Emre muharrer senedin ciro edilmesi halinde hangi hakların devredildiği», «İdarî mahiyette tahkikat delil olabilir mi?», «Müteahhüdünleyhin düçar olduğu zarar ziyan maktuan tesmiye olunandan fazla ise, isteyebilir mi?», «Gemi güvertesine yüklenen mallara vâki hasar büyük avarya addedilir mi?», «Hususî şirketlerin inikadının ispat şekilleri», «Plâj gibi muayyen müddete bağlı yerlerde çalışanlar», «Kısmen nakliyede bulunan nakliyecinin vaziyeti», «Hâkimlerin yapabilecekleri işler», «İlzamî bir mu-

amele ile taahhüde girişen kimse hakkında alacaklıların vaziyeti», «İştirak halindeki mülkiyetlerin ne şekilde müşterek mülke kalbedileceği.», «Medenî Kanundan evvel nesebi malûm çocuğun evlât edinilmesi.», «Boşanmada tahakkuk eden kabahatin ağırlığına göre bundan mütevellit teessürün zarar olarak kabulü.», «Babalık dâvasında kan muayenesi.», «Hastalık boşanma sebebi olabilir mi?», «Evlât edinen ile evlâtlık yekdiğerinden nafaka istiyebilir mi?», «Aile efradına kiracılık hakkının tanınması.», «Kira bedelinin ödenmesi halinde açılacak tahliye dâvaları.», «Mümessile icazet verilmemesinden dolayı hükümsüz sayılan akitlerden doğan zararlar menfî zararlardır.», «Ceza dâvasında yapılan şahsî hak dâvaları», «Borçlunun gayrimenkulünü ipotek yaptırması kefalet mahiyetinde değildir.», «İflâs yoliyle takiplerde yetkili merci.», «Doğrudan doğruya iflâs dâvalarında memleket dışına çıkan borçlunun vaziyeti», ve Haşiyeli Ticaret Kanunu ilâve forması.

★

Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası. Yıl : II, Sayı : 20, Lira : 1.

İstanbul Üniversitesinde Dr. Zahit İmre, Dr. Sahir Ermen ve Dr. Halid Kemal Elbir taraflarından çeşitli konulardaki yazılarla her ay neşrolunan Mecmuanın 950 yılı Mayıs nüshasında aşağıdaki münderecat vardır:

MAKALELER :

Memleketimizdeki seçimler **(MÜESSİSLER)**, Mesken Meselesi **(Dr. Cahit TALAS)**, İktisat Siyasetimizin Geçmişi ve Tasfiye edilen Geleceği **(Dr. Mustafa ELMALI)**, Türkiye'de Küçük Tasarruf Problemi Karşısında Posta Bankaları **(Cahit KAYRA)**, Fransa'da İçtimaî Emniyet Hakkında Cereyan Eden Son Parlemento Müzakereleri: III **(Prof. Paul DURAND - Dr. B. KÖPRÜLÜ)**,

SOSYAL HAYAT :

Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun **(Doçent Dr. Sahir ERMAN)**, Devlet Makine ve Kimya Endüsrisi Kanunu Hakkında — İhtiyarlık Sigortası Kanununun Tatbikine Geçildi — Posta Kanunu ve Posta Biriktirme Sandıkları Hakkında **(Ziya TATAÇ)**,

DIŞ MEMLEKETLERDE SOSYAL HAYAT :

Fransa'da Mahkûm ve Mevkufların iş Kazalarına Karşı Sigorta Edilmeleri — Guernesey Adasında Dayak Cezası — Amerika ve Almanya'da Ötanezi — Rusya ve Peruda Ölüm Cezası **Doçent Dr. Sahir ERMAN)**, Fransa'da Elektrik ve Havagazı Sanayii Devletleştirildi — Batı Almanya'da Sosyal Sahada Yenilikler **(Ziya TATAÇ)**

MİLLETLERARASI KONGRELER :

Çocuk Hâkimleri Milletlerarası Kongresi — Milletlerarası Avukatlar Cemiyetinin III. Konferansı —Milletlerarası Ceza ve Tenfiz xII. Kongresi (Doçent Dr. Sahir ERMAN),

İÇTİHAT TAHLİLİ :

Gayrimenkul Ferağına Dair Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararları Marifetiyle Vazedilen Prensiplerin Sistematik Sentezi **(Dr. Halid Kemal ELBİR.)**

FİKİR HAYATIMIZ :

Kooperatifçilik Derneği ve Karınca Dergisi — Hukukî Vecizeler **(Kâzım DERELİ'nin)**: T. C. Merkez Bankasının Nisan Ayı Haftalık vaziyetleri.

★

İstanbul Barosu Dergisi: Sayı: 5, Mayıs: 1950. Kr. 50.

İstanbul Barosunca 24 yıldır heray kıymetli hukuk yazıları, Türk Yargıtayı ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları, kanunlar ve sair yazılarla heray çıkan derginin bu sayısı şunları muhtevi bulunmaktadır :

★

DOKTRİN :

İcra Takiplerinde İstihkak Dâvası ve İspat Külfeti**(Haydar KÖYMEN,)** Para Cezalarının Arttırılmasına Dair Kanun Üzerinde Bir İnceleme **(Müfit BİRSEN)**, İdarî ve Malî Kaza Mercilerinin ve Hususiyle Danıştayın Avukatlık Ücreti Hükmetmeleri Lüzumuna Dair **(Avukat A. Haydar ÖZKENT)**, Hâkimlik Mesleğine Dair Bazı Düşünceler **André PANCHAUD)**,

İÇTİHATLAR :

Yargıtay Kararları

Yargıtay Karar Hülâsaları

Federal Mahkeme Kararları

MESLEK HABERLERİ :

Kanunlar

Adalet Ailesinin Yıllık Toplantısı

Hukuk ve İçtihatlar Dergisi. Yıl: 5, Sayı: 6.

Konya Avukatlarından Hasan Halis Sungur'un iki ayda bir kıymetli hukukçuların yazı ve Yargıtayın seçilmiş içtihatlariyle neşrettiği bu mes-

lek mecmuasının Mart - Nisan aylarına ait nushası da şu münderecatla yayınlanmıştır:

Ilgın Y. A. Turgut Ertem: Adalet Meslek okulu Kurulmalı ve tapu memurları, Adalet Memurları haline getirilmelidir?;

Yenişehir Hukuk Yargıcı: Hamit Aytunca: Hukuk Usulü Muhakemeleri Usulü Kanunu; Bingöl Hukuk Yargıcı Mustafa Akalın: Tescil edilmiyen evlenmeler ve bunlardan doğan çocukların durumu; Kırıkkale Ceza Yargıcı Hasan Basri Tarman: Ceza Kanunun bazı maddelerinin uygulanmasında kolaylık; Sinop S. Yargıcı Ulvi Aksoy: Türk Ceza K. nunun 41 nci maddesi üzerinde bir düşünce; İsparta'da Avukat Şefik Seren: Müsadere; 9 adet Yargıtay Tevhidi İçtihat ve Genel Kurulu, 15 adet Hukuk Kararları, 7 adet Ceza Dairesi kararları. V.S.

*

İş Mecmuası. Cilt: XVI, Sayı: 106.

İstanbul Bayazıt Posta Kutusu 16 adresinde heray Felsefî, ahlâkî, İçtimaî yazılarla yayınlanan derginin bu sayısı şu yazıları muhtevidir:

İ. ş. : Halkın hoşlanması, Dr. Orhan TUNA: Sendikalizmimizin sosyolojik hususiyetleri, Mehmet TABAK: Milliyetçilikte istidadın desteklenmesi, Dr. M. Koyulhisarlıoğlu: İçtimaî siyaset meseleleri; V.S.

K. DERELİ

Yargıtay Kararları

Hukuk Bölümü

Medenî Kanunun 907 nci maddesinin son fıkrasında yazılı (zilyedin elde ettiği semereler) tâbiri ile yalnız tabiî ve hukukî semereler kastedilmiştir. Bir şeye iyi niyetle zilyed bulunanın onu kullanma ile faydalanmasının değerlendirilecek karşılığı bu maddede yazılı semere mefhumuna girmez.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu
Esas : 11 — Karar : 2

İyi niyetle bir gayrimenkule zilyed bulunanın onu kullanma ile faydalanması yüzünden elde ettiği menfaatın yapmış olduğu zarurî ve faydalı sarfiyatından indirilmesi gerekip gerekmiyeceği hususlarında Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 29-1-1942 tarih ve 313 ve 24-9-1945 tarih ve 3263 ve Beşinci Hukuk Dairesinin 20-3-1947 tarih ve 677 sayılı kararlarını havi ilâmları arasındaki içtihad uyuşmazlığının çözülmesi gerekli görülmesine mebni toplanan Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek : Sonuçda :

Her iki daire kararları arasında bahis konusu içtihat ayrılığı Medenî Kanunun 907 nci maddesinin son fıkrasındaki «zilyedin elde ettiği semereler» mefhumunun şümulünün tâyininde belirmektedir. Dördüncü Hukuk Dairesince iyi niyetle bir gayrimenkule zilyed bulunanın onu kullanması «fayda ve semere» sayılmış ve değerlendirilecek karşılığının yapmış olduğu zarurî ve faydalı sarfiyatından indirilmesi esası kabul edilmiş olduğu halde Beşinci Hukuk Dairesi «zilyedin elde ettiği semereler» mefhumunun o şeyi kullanma ile faydalanmaya teşmiline cevaz görmemiştir.

Anlaşmazlığın esas konusu olan semere; cevheri bozulmadan ve eksilmeden bir şeyin belli zaman ve devrelerde verdiği mahsuldür. Bunun hukukî mânada ne dereceye kadar semere sayılabileceğini tâyin edebilmek için iktisadî icap ve düşünceleri de göz önünde bulundurmak icabeder. Medenî Kanunun 620 inci maddesinde yalnız tabiî semere tarif olunmuş ve madde metninde «bir şeyin belli zamanlarda hasıl ettiği ve örfün o şeyden tahsis suretine göre istihsalini tecviz eylediği mahsuller, o şeylerin tabiî semereleridir» denilmiştir. Bir şeyden nakid ve sair suretlerle alınan; me-

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

selâ ödünç bir paranın belli zaman ve devrelerde getirdiği faiz, âdi ve hasılat kira bağıtlarından elde edilen kira karşılıkları ve emsali hukukî semere mefhumu altında mütalâa olunmakta maden ve taş ocaklarının hasılâtı da semereye benzetilmekte ve belli zaman ve devrelerde hasıl olmayan şeyler semere mefhumu addedilmemektedir.

Gerçi Medenî Kanunumuzda İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi yalnız tabiî semere tarif olunmakla yetinilerek hukukî semere tâbiri kullanılmamış ise de, anlaşmazlık konusu 907 nci maddenin son fıkrasında «tabiî» kaydiyle takyid edilmeksizin geniş bir anlamda kullanılan «zilyedin elde ettiği semereler» tabiî semerelerden başkaca medenî semereleri de içine almakta ve bu görüşü tanınmış müelliflerin rey ve mütalâaları da te'yit etemktedir. Fakat bir şeyden kullanma yoliyle intifa, semere mefhumuna girmediği gibi bir bağıta dayanmamakta olması bakımından da hukukî semere değildir.

Mevcudiyetine kani olduğu hakka dayanarak bir şeyden faydalanmış olan iyi niyetli zilyedi hiç bir yönden sorumlu tutmayan kanun vâzı 906 ncı maddede o şeyi geri isteyene karşı faydalanması yüzünden zilyedin hiç bir tazminat itasına mecbur olmadığı hükmünü koymuştur. Bu mutlak sorumsuzluğu 907 inci maddenin son fıkrası da takyid etmiş olmayıp iyi niyetli zilyedin elde ettiği semerelerin sadece yapmış olduğu zarurî ve faydalı sarfiyatından mahsubunu kabul etmiş bulunmaktadır.

Yukarda izah olunan sebeplere ve mukayese olunan 906 ve 907 inci madde hükümlerine göre Meednî Kanunun 907 inci madedsinin son fıkrasındaki «zilyedin elde ettiği semereler» tâbirinden maksat tabiî ve hukukî semereler olup semere mefhumuna girmeyen, bir şeye iyi niyetle zilyed bulunanın onu kullanma ile faydalanmasının değerlendirilecek karşılığa şâmil olamıyacağına ve bu itibarla yapmış olduğu zarurî ve fayadlı sarfiyatından mahsubedilemiyeceğine 1-3-1950 tarihinde üçde ikiyi geçen oyçokluğu ile karar verildi.

Tacir olan bir şahısla tacir olmıyanlar arasında tahaddüs eden ihtilâf, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği delillerle ispat olunur.

Böyle bir dâvada, iddiasını ispat etmek isteyenin kendi söz veya yazısının lehine delil sayılması caiz değildir.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu
Esasa : 28 — Karar : 6

Ziraat Bankasının tohumluk tedariki için çiftçilere dağıttığı paraların

252

tahsili talebiyle yaptığı icra takibine karşı, borçlu çiftçi zamanaşımı savunmasiyle itirazda bulunmuş ve alacaklı banka ise borçtan bir miktarının ödenmeisyle zamanaşımının kesilmiş olduğunu ve bu hususun banka defteri kayıtlariyle ispat edileceğini bildirerek itirazın kaldırılmasını istemiş olduğundan İcra Tetkik Merciince Banka defteri kayıtlarına dayanılarak zamanaşımının kesilmiş olduğunun kabuliyle borçlunun itirazının reddine dair verilen karar mahkemelerin tatili zamanında Yargıtaya ait işleri görmek üzere kurulan heyetçe 15-8-1945 tarih ve 2198-2000 sayılı kararı havi ilâmla onanmış ve halbuki, emsali işlerde Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi heyeti zamanaşımının tediye ile kesilmiş olduğu iddiasının Banka defterleri kaydı suretiyle isbat edilemiyeceği içtihadında bulunmuş olmakla bu suretle hasıl olan içtihad uyuşmazlığının birleştirilmeis lüzumu adı geçen Yargıtay Dairesi Başkanlığının 23-10-1945 tarih ve 867 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek : Sonuçda :

Uyuşmazlığa konu olan iddia ve savunmanın tüccar olanlar veya olmayanlar arasında geçmesi hallerini, bu hususta uygulanacak kanun hükümlerinin farklı olması bakımından ayrı, ayrı mütalâa etmek lüzumlu görülmüştür.

Tacir olmayan özel veya tüzel kişiler arasında çıkan ihitlâfda, borçlunun ileri sürdüğü zamanaşımının Borçlar Kanununun 133 üncü maddesinde sayılıp bildirilen sebeplerle kesilmiş olduğunu iddia eden alacaklının, bu iddiasını borçlunun inkârı halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği şekil ve suretlerle isbat etmesi lâzımdır. Gerçek Borçlar Kanununnu 133 üncü maddesinin 1 sayılı bendinde diğer sebepler arasında borca mahsuben bir miktar para veya faiz verilmesinin müruruzamanı keseceği yazılı olduğu gibi iddia edilen bir kısım ödemenin inkârı halinde ihtilâfın halline müessir bulunan bu iddianın delil ile isbatı lüzumunu ve delillerin mahiyetini ve isbat saha ve kuvvetlerini Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bildirir. Bir kimsenin sözünün ve yazısının kendi lehine delil olmaması esas kaidedir. Fakat aleyhine delil teşkil etmesi caiz ve kabule şayan bulunur. Bu cihet sözü geçen Usul Kanunumuzun 304 üncü maddesinde gereği kadar açıklanmış ve 303 üncü maddesinde ise ticaret defterlerindeki kayıtların hüküm ve kuvvetlerinin Ticaret Kanunu ahkâmına tâbi olacağı bildirilerek bu hükümlerin tacir olmayanlar arasındaki ihtilâfta tatbik yeri olmadığı gösterilmiştir.

Beyan olunan bu kanun hükümlerine göre tacir olmayan alacaklı ve borçlu arasında ileri sürülen zamanaşımının bir kısım borcun ödenmesiyle kesilmiş olduğu iddiasını alacaklının elinde bulunan senedin arkasına ya-

zacağı şerh ile kendi lehine isbat edemiyeceği ve bu yolda vâki bir ödeme iddiasının borçluyu ilzam edecek diğer kanunî delillerle isbatı gerekeceği ve icra takiplerinde ise bu delilin İcra ve İflâs Kanununun 68 inci maddesinin hüküm ve beyanı veçhile her halde yazılı olması lüzumu aşikâr olur.

Aynı suretle tacir olanlar veya muameleleri mutlak surette ticarî sayılanlar arasında çıkan ihtilâfa gelince; ticarî muamelelerden dolayı tacirler arasında çıkan ihtilâfda kanunun bildirdiği ticaret defterlerinin belli şartlar dairesinde sübut sebepleri olarak kabul olunabileceği ve kanunun tarifine uygun olarak tutulan ticaret defterleri mündericatının sahibi lehine delil sayılabileceği ve buna mukabil hasım taraf tacirin de yine kanuna uygun olarak tuttuğu defter kaydının dâvacı tarafın defterine uymadığı veya iddiaya esas olan kaydın hilâfını vesaik veya sair muteber delillerle ispat ettiği surette ilk kaydın lehe olan sübut kuvvetinin düşeceği Ticaret Kanununun sırasiyle 81, 83 ve 84 üncü maddelerinde yazılı bulunmuştur.

Buna göre alacaklı bir tacir veya Banka, borçlu tacirde olan alacağının tahsili isteğinde borçlu tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inin yersizliği ve çünkü zamanaşımının Borçlar Kanununun 133 üncü maddesi hükmünce borçtan bir kısmının ödenmesi suretiyle kesilmiş bulunduğu yolundaki mütekabil iddiasını kanuna uygun ve düzgün olan ticaret defterleri kaydiyle isbat etmek hakkını haiz ve buna karşı borçlu tacir de alacaklısına ait ticaret defterlerindeki kaydın hilâfını yine kanuna uygun surette tutulmuş olan kendi ticaret defterleriyle veya ticaret defterleri kanuna uygun bulunmamış veya hiç defter tutmamış olsa bile diğer delillerle isbat etmek ve hasmının defterinin isbat kuvvetini çürütmek yetkisine maliktir.

Burada bir cihetin açıklanması icabeder ki, tüccarlar arasındaki ihtilâflarda bir tarafın ticaret defterleri mündericatının sahibi lehine delil ittihazında, kanaat husulü ve vicdan huzuru için kaydın doğruluğu ve dâva edilen şeyin dâva olunan tarafça halde ödenmesi lâzım borç idüği hakkında defter sahibine her halde tamamlayıcı bir yemin verilmesi Ticaret Kanununun 86 ıncı maddesinde emir ve beyan olunduğu ve ticaret defterleri mündericatının hilâfını aynı kanunun 680 inci maddesi hükmünce her nevi delil ile isbat caiz ve kabil bulunduğu ve halbuki, ilâmlı veya ilâmsız icra takiblerinde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerince ileri sürülen ve incelenmesi gereken iddia ve şikâyet ve itirazların nevileri kanun ile belirtilmiş delilerle isbatı gerekip yemin verilmek suretiyle ihtilâfın halline sözü geçen kanun hükmü müsait bulunmadığı cihetle alacaklısı ve borçlusu tüccar olan ilâmsız icra takiplerinde ticaret defterleri kayıtlariyle isbatı gereken ihtilâflarda mahdut yetkili icra tetkik mercilerinin görevsizlik

kararıyle işin görülmesini ait olduğu mahkemeye bırakmaları lüzumlu ve zarurî bulunur.

Alacaklı ve borçlusu hep birden tacir olan veya olmayanlar hakkında uygulanması gereken kanun hükümlerinin beyanından sonra yalnız bir tarafı tacir olup da diğer tarafı tacir olmıyanlar arasındaki iddia ve savunmaların isbatı için tacir olanın defterleri mündericatının delil sayılıp sayılamıyacağı hususuna gelince; Ticaret Kanununun 81 inci maddesi hükmünde ticaret defterleri mündericatının sahipleri lehine delil sayılabilmesi ancak tacirler arasında ticarî muamelelerden dolayı çıkan ihtilâfların hallinde caiz olur. İki taraftan biri tacir olmazsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden ayrık mahiyette olan Ticaret Kanununun bu hükmü uygulanamaz. Bu hususu, sözü geçen Usul Kanununun 303 üncü maddesi hükmü de başkaca açıkiar.

Ticaret Kanununun 19 uncu maddesi mucibince bir çiftçinin mahsulatını başkalarına satması âdi işlerden olduğu gibi bu mahsulü için tohum tedariki de ticarî muamele sayılmaz.

Hal böyle olunca, Yargıtay İcra ve İflâs Dairesince ihtilâf konusu sayılan meselede banka defterleri mündericatının doğrudan kendi lehine delil sayılması caiz ve kabil olmaz. Netice :

Yukarıda beyan ve izah olunan sebeplerden dolayı alacaklı ve borçlusu tacir olmayanlar veya biri tacir olup da diğeri tacir olmayanlar arasında çıkan ihtilâflı hususu, isbat etmek isteyenin kendi sözü ve yazısının lehine delil sayılması caiz olmayıp iddiasını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği sübut delilleri ile isbat etmesi icabedeceğine ve yalnız tüccarlar arasında ticarî muamelelerden dolayı çıkan ihtilâfta ticaret defterleri mündericatının Ticaret Kanununun kabul ettiği kayd ve şartlar dairesinde defter sahibi lehine delil sayılacağına ve bu son halde de defter sahibine tamamlayıcı yemin vermek veya icabında ticaret defterleri mündericatının hilâfını hasım tarafın her nevi delillerle isbat edebilmeisni mümkün kılmak gibi sebep ve zaruretlerden dolayı mahdut yetkili İcra Tetkik Mercilerinin kendilerine arzolunan ve ilâmsız icra takiplerine taallûk eden bu kabil ihtilâflar hakkında görevsizlik kararı vermelerinin gerekeceğine 15-3-1950 tarihli oturumda üçde ikiyi geçen oyçokluğu ile karar verildi.

Hububat ölçme masrafı karşılığı olarak mutemede verilen avansın mahsubu yapılmaması sebebiyle istirdadına mütaallik hazine tarafından açılan dâvalar, on senelik zamanaşımına tâbidir (B. K. 125).

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu

Esas: 29 — Karar: 5

Hububat ölçme masrafı karşılığı olarak avans verilen kırk liranın mutemet tarafından mahsubu yapılmadığından mezkûr paranın tahsili hakkında hazine vekilinin açtığı dâvanın Borçlar Kanununun 66 ncı maddesi hükmüne tevfikan zamanaşımı noktasından reddine dair Niğde Sulh Hukuk Yargıçlığından verilen karar Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesince 23/3/1947 tarihinde onanmış olduğu halde yine aynı mahkemeden mümasil bir hâdise hakkında hazinenin açtığı dâvanın reddine dair sâdır olan kararın hazine tarafından temyiz edilmesi üzerine mutemede verilen paranın kat'î hesap neticesi verilmeyip âtiyen usulü dairesinde mahsubu yapılmak üzere verildiği anlaşılmış olmasına göre olayda Borçlar Kanununun 66 ncı maddesi hükmünün tatbikine imkân olmadığı mucip sebebiyle mezkûr derece 18/10/1947 tarihinde oybirliğiyile bozulduğu anlaşıldığından her iki karar arasındaki mübayenetin içtihadı birleştirme yoliyle halli lüzumu Maliye Bakanlığının 4198/2822 sayılı yazısiyle bildirilmiş olmakla keyfiyet Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda incelenerek : Sonuçta;

Üçüncü Hukuk Dairesinin her iki ilâmına nazaran vâkıalar arasında münasebet ve kararlar arasında muhalefet ve mübayenet bulunduğu görülmüştür. Hububat ölçme masrafı karşılığı olarak mutemede verilen para idare ile memuru arasında mevcut akte müsteniden verilmiş ve bu suretle aradaki ihtilâf akitten doğmuş bulunmaktadır. Bu kabil alacaklar hakkında Borçlar Kanununun haksız iktisap hakkındaki hükümlerinin tatbıkı ve binnetice hâdisede mezkûr kanunun 66 ncı maddesinin tâyin ettiği bir senelik zamanaşımının uygulanması caiz olmayıp 125 inci madde gereğince 10 senelik zamanaşımının tatbıkı icabetmektedir.

26 Mayıs 1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun (Avans ve kredi hükümlerine mütaallik) 88 inci maddesi hükmüne gelince; bu madde mutemet ile muhasip arasındaki münasebatı tanzime mâtuf olup olayla ilgisi olmadığı gibi memurların haksız fiillerinden dotan zararların tazminine mütaallik dâvalar hakkındaki 16/6/1945 tarih ve 23 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının da kezalik hâdise ile bir ilgi ve münasebeti bulunmamaktadır. Zira, hükmî şahsiyeti haiz bulunan Toprak Mahsulleri Ofisinin kendi müstahdemleri ile aralarında bir hiz-

Tarafların iddia ve savunmalarına ve hususî daire ilâmının dayandığı gerekçelere göre bozma kararına uyularak o dairede işlem yapılması gerekli iken yerinde olmıyan sebep ve düşüncelerle yazılı şekilde eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz olunan ısrar kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda müfredatı yazılı (905) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 22/3/1950 tarihinde çoklukla karar verildi.

Tapu kaydının iptaline dair olan talep mezkûr kaydın tashihi istemini de mutazammındır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas: 1/331-200 — Karar: 45

DÂVA : Dâva olunanların 12/54 hissesine mutasarrıf oldukları Ereni çiftliğine ait 1290 tarihli tapu hudutlarını 1341 tarihinde Dikmen köyü halkının bilgisi olmaksızın genişleterek Dikmen köyüne ait mer'aya tecavüz ve müdahalede bulunduklarından tapu kayıt ve senetlerinin iptaline karar verilmesi isteminden ibarettir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; müddeaaleyhlerin mutasarrıf oldukları çiftlikteki hisseyi başkalarından teferruğ suretiyle ve hüsnüniyetle iktisap etmiş olmaları hasebiyle çiftliğe ait tapunun iptaline kanunen cevaz olmadığı ve iddia edildiği gibi sonradan köyün mer'asına tecavüz vâkı ise buna ait tapu senet ve kaydında yazılı hududun tashihi suretiyle tecavüzün men'ini istemek mümkün olacağından varit görülmeyen işbu dâvanın reddine dair verilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince; dâvacı köy, dâva olunanların çiftliklerine ait 1290 tarihli tapu kaydını 1341 tarihinde genişleterek köyün merasına tecavüz ve müdahalede bulunduklarından sonradan alınan ve tahrif olunan ve ilk müesses kayda uygun olmıyan tapu kayıt ve senedinin iptalini istemiş ve bu talep tashih isteğini de mutazammın bulunmuş olmasına göre usulen dâvanın görülerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekli iken yazılı olduğu üzere dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz olduğu beyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

289

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTİYEN : Dâvacı köy muhtarı adına vekili Avukat H. Şevket İnce ve Rauf Sevin.

YARGITAY KARARI

Duruşma icrası için tâyin olunan 15 Mart 1950 tarihine rastlıyan Çarşamba günü muayyen zamanda temyiz eden dâvacı vekilleri Avukat Hamit Şevket İnce ve Avukat Bülent Nuri Esen ve aleyhine temyiz olunan vekili Avukat Ferruh Ağan gelerek hazır olup temyiz müddeti hakkında aleyhine temyiz olunan vekilinin bir diyeceği olmadığı sorularak ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşılmakla Hukuk Genel Kurulunca tarafaların şifahî izahları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanmasının başka bir güne bırakılması tensip kılınmıştı.

Bugün Hukuk Genel Kurulunca dosyada mevcut kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Tarafların iddia ve savunmalarına ve hususî daire ilâmının dayandığı gerekçelere göre bozma kararına uyularak o dairede işlem yapılması gerekli iken yerinde olmıyan sebep ve düşüncelerle yazılı şekilde eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz olunan ısrar kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda müfredatı yazılı 907 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 22/3/1950 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinde yazılı 15 günlük müddet hak düşümü süresi olduğundan resen nazara alınmak icabeder. Bu müddetin mürurundan sonra dilekçe verildiğinden bahisle mahkeme, dâvanın açılmamış sayılmasına karar veremez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas: 2/113 — Karar: 12

DÂVA : Dâvacılar vekili; müvekkillerinin amcası Aşir Ulugay'ın 25/5/1948 tarihinde Ankara'da vefat ettiğini ve mumaileyh'in evlenmediğini ve çocuğu da bulunmadığını vârisleri kardeşlerinin çocukları olan müvekkilleri olduğunu Aşir'in vefatından kendisine vasiyet ettiği iddiasiyle dâvalı Behiye'nin ortaya çıkarak Ankara Üçüncü Sulh Hukuk Yargıçlığınca terekeyi yazdırdığını, halbuki dâvalı tarafından vasiyetname diye iddia edilen kâğıdın Kanunu Medeninin vasiyetname diye kabul et-

260

tiği şekillerin hiç birine uymadığı gibi murisleri tarafından da yazılmadığını; aynı zamanda vasiyet esnasında murislerinde marazî mevt mevcut bulunduğunu beyanla dâvalıya verildiği iddia edilen 31/5/1948 tarihli Aşır Ulugay imzalı vasiyetnamenin iptaline; karar verilmesini ve mahkeme masraflariyle ücreti vekâletin dâvalıya yükletilmesini istemiştir.

HÜÜKM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; İstanbul Asliye 9 uncu Hukuk Mahkemesinin salâhiyetsizlik kararının 18/2/1949 da katileşmesine rağmen dâvalının 8/3/1949 gününde yani on günlük müddetin hitamından sonra verdiği istida üzerine taraflarca davetiye çıkarılmış bulunduğu anlaşılmasına mebni Usulün 193 üncü maddesi hükmünce işbu dâvanın ikame edilmemiş addine dair verilen karar Yargıtay İkinci Hukuk Dairesince; dâvanın açılmamış addine karar verildiği cihetle ücreti vekâlet ve muhakeme masrafı hakkındaki dâvalı vekilinin temyiz itirazı varit değilse de; dâva dosyası yetkisizilik kararı ile İstanbul asliyesinden geldikten sonra dâvalı tarafın vâkı müracaatı ve yaptırdığı tebilgat üzerine iki taraf mahkemeye gelmiş ve dâvalı vekili bu suretle on günlük itiraz müddetinden zımnen feragat eylemiş ve yetkisizlik kararı dâvacı tarafa 27/1/1949 tarihinde tebliğ edilmiş olduğu ve esasen dâvacıların da bu bapta arzuhali bulunduğu halde yazılı mütalâa ile dâvanın ikame edilmemiş olduğuna karar verilmesi yolsuz olduğu beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTİYEN : Dâvacılar vekilleri Avukat Mesut Selen ve Necmi Osten.

YARGITAY KARARI

Duruşma icrası için tâyin olunan 29 Mart 1950 tarihine rastlıyan Çarşamba günü muayyen zamanda temyiz eden dâvacılar vekilleri Avukat Mesut Selen ve Ankara avukatlarından Necmi Osten ve aleyhine temyiz olunan dâvalı vekilleri avukat Emin Akyüz ve Avukat Muhittin Abbas Doğukan gelerek hazır olup temyiz müddeti hakkında aleyhinde temyiz olunan vekillerinin bir diyeceği olmadığı sorularak ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşılmakla Hukuk Genel Kurulunda tarafların şifahî izahları dinlendikten ve dosyada mevcut kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinde yazılı on günlük müddet; sukutu hak müddeti olup resen nazara alınması

261

icabettiği cihetle bu hususa dokunan bozma dileği varit değilse de dâvacı vekili tarafından taraflara davetiye çıkarılması isteğini havi olarak müddetinde dilekçe verilmiş olmasına göre Özel Dairenin bozma sebebi bu itibarla varit olup uyulmak gerekli iken yazılı düşüncelerle ısrara karar verilmesi yolsuz olduğundan son hükmün de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan (BOZULMASINA) ve aşağıda müfredatı yazılı (907) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 29/3/1950 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Nikâhları, Medenî Kanunun meriyetinden evvel yapılmış olmak şartiyle bir kimsenin nüfus kaydına göre resmen iki kadınla evli bulunmasında mevzuata aykırı bir cihet mevcut değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 2/45-14 — Karar : 23

DÂVA : Dâvalı Hacı Bozkurt 1334 senesinde dâvalı ile evli olduğu halde 2330 sayılı kanun üzerine yapılan tescil imkânlarından istifade ederek 23 Ağustos 1941 tarihinde ikinci karısı Feride ile evliliğini tescil ettirmiş ve ikinci kayıt Medenî Kanun hükümlerine aykırı bulunmuş olduğundan iptaline karar verilmesi talebinden ibarettir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; iddia şahadetle tahakkuk etmiş olmsaına mebni dâvalı Hacı'nın Feride ile olan ikinci evlilik kaydının iptaline dair verilen hüküm Yargıtay İkinci Hukuk Dairesince; dâvalı Hacı'nın dâvalı Döne ile 1334 tarihinde evlendikleri tarafların beyanları ve nüfus kaydiyle tahakkuk etmiş ve kanun dairesinde boşandıkları iddia ve ispat edilmemiş olmasına mebni bu noktalara ilişen itirazlar varit değilse de dâvalılardan Feride ile Hacının nikâhlarının 1340 tarihinde yapıldığı hakkındaki iddialarına dair ikame edilecek şahitler dinlendikten sonra deliller takdir edilerek sonuncuna göre karar verilmek lâzım gelirken bu lüzuma riayet edilmeksizin noksan soruşturma ile yazılı şekilde Feride ile olan evlilik kaydının iptaline karar verilmesi yolsuz olduğu beyanile bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda : Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalılar vekili Süleyman Onat.

YARGITAY KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek; ısrarı kapsayan son hükmün

süresi içinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Duruşma tutanağı münderecatına göre özel dairenin bozma kararı doğru olup uyulmak gerekli bulunmuş iken ilâmda yazılı sebep ve düşüncelerle ısrara karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz edilen ısrar kararının dahi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve (860) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 12/4/950 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gayrimenkul satışı için yapılan vekâletnamenin noter dairesince tasdikinde mevcut yolsuzluk, vekâlet bağıtının tamamen hükümsüz kalmasını intaç etmezse de Noter Kanununun 51 inci maddesi gereğince vekâletnamenin resmilik vasfını ortadan kaldırır. Bu şekilde âdi vekâletname ise bir gayrimenkulün temlikine ait sahih bir tasarruf vücude getirmeğe yeterli değildir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi
Esas : 1949/5706 — Karar : 341

Maçka'da Maçka Palasta İkinci Kapı 11 numaralı dairede oturan Fatma Feride Güney vekili avukat Adnan Cemil Uryani'nin, Galatada eski Gümrük sokağında 46-48 numarada ticaretle meşgul Ali Cevan aleyhine müekkilesinin tapu ile mutasarrıf bulunduğu 22 parça gayrimenkuldeki nısıf hissesini hile kullanarak ve müekkilesinin hulus ve saffetinden ve cehaletinden istifade ederek dun bir bedelle dâvalı satın almış olduğundan paranın iadesi suretile tapunun ıptali ve müekkili adına tescili hakkında açtığı dâvadan dolayı yapılan yargılama sonunda; hile, iğfal; gabin hakkında gösterilen şahitler dinlenmiş ise de iddia sabit olmamış ve vekâletnamedeki imzanın dâvacıya aidiyeti kabul edilmiş ve hâdisede yemin teklifi de caiz bulunmamış ve tetkikat neticesinde verilen rapora göre satış tarihindeki rayice nazaran ivazlar arasında nisbetsizlikte bulunmamış ve dâvacı vekili tapuda müekkiline ait ferağ bedelinin otuz bin lira yazılmasına rağmen ancak on altı bin lira verilmiş olduğunu iddia etmiş isede bu hususta yazılı bir delil gösterilmemiş ve yeminde teklif etmemiş olduğundan dâvanın reddine dair İstanbul Asliye Birinci Hukuk Yargıçlığından verilen 23/3/949 gün ve 107—127 sayılı ilâmın duruşmalı olarak Yargıtayca incelenmesi dâvacı Fatma Feride Güney vekili tarafından süresi içinde verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla; duruşma için tâyin olunan 10/1/1950 tarihinde iki taraf vekilleri geldiler. Duruşmaya başlandı, süresi içinde verildiği anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten son-

ra gelen avukatların şifahi izahları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. İş karara bırakıldı.

KARAR :

Dâva dilekçesinde, dâva edilenin kendisini iğfal ederek hile ile yirmi iki gayrimenkuldeki yarımşar hissesini satmak için tanımadığı Mustafa Esendal adındaki şahsı mümessil ve vekil tâyin ettirmiş ve satışta gabin bulunduğu gibi vekâletnamenin de Noter Kanununda yazılı şartlara göre tanzim ve tasdik edilmemiş olması dolayısile satış bağıtı ve tescilin hükümsüz ve batıl bulunmuş olduğu sebeplerine dayanarak satış bağıtının feshi ile hisselerin kendi adına geçirilmesini istemektedir. Dâvacı gayrimenkul hisselerini müzayaka halinde bulunmak yüzünden satmak zorunda kalmış olsa bile satışa vekil ettiği Mustafa'nın hiffet ve tecrübesiz bir adam olduğu ve dâva edilenin bunun hiffet ve tecrübesizliğinden istifade ettiğini isbat edememiştir. Son iki unsur olmadıkça da gabinden bahsedilemez.

Gayrimenkulün satılması için Mustafaya 9/Şubat/946 tarihinde vekâletname verilmiş ve 15/Şubat/946 tarihinde de gayrimenkuller satılmıştır. Satış bağıtı dâvacının vekili ile dâva edilen arasında yapıldığı için dâvacının dâva edilenin hilesile bağıtı yapmaya mecbur kalmış olduğu söylenemez ve dâvacı da böyle bir iddiada bulunmamıştır. Dâva edilenin hilesile satış vekâletnamesini vermeye mecbur kalmış olmak yolundaki iddiaya temel olabilecek vakıalarda gösterilememiştir. Gayrimenkul hisselerinin satılmasından sonra farkına varılabilinmiş bir aldanma sebebi de gösterilen vakıalar arasında bulunmamaktadır. Bu mülâhazalar dolayısile dâvacının bağıtta gabin bulunduğu ve bağıtın dâva edilenin hilesile yapılmasına mecbur kalınmış olduğu hakkındaki itirazları yerinde değildir.

Vekâletnamenin tasdikinde yolsuzluk bulunduğu hakkındaki itiraza; gelince : Vekâletnamede dâvacının noter dairesinde vekâlet takririni vermiş olduğu yazılı olduğu halde noterliğin 15/Temmuz/1946 tarihli tezkeresinde takririn dairede alınmayıp Fatma Feride'nin evinde alınmış olduğu bildirilmektedir. Bu şekildeki sakat tasdiklerin Noter Kanununun 51 inci maddesi hükmünce vekâletnameye resmilik veremiyeceği açıktır.

Tasdikin hükümsüzlüğü veklâet bağıtını bütün bütüne ortadan kaldırmasa dahi âdi bir vekâletname halini almış olan bu vekâletname bir gayrimenkulün temlikine ait sahih bir tasarruf vücude getirmeye yeterli değildir. Çünkü vekâlet satış sözleşmesinin esaslı bir unsurudur. Malikin rızasını resmi şekilde beyan etmesi gayrimenkulün satışının esaslı şartlarından olması bakımından maliki temsil edenin de aynı şartlar altında rızasını beyan etmesi gerekeceğini kabul zaruridir. Aksi takdirde kanun koya-

266

nın gayrimenkule ait satış bağıtı resmi şekle tâbi tutmak suretile varmak istediği gayeden uzaklaşılmış olur. Şekildeki sakatlık tasarrufun ve sözleşmenin batıl olması neticesini doğuracağı da Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun açık hükümlerinden bulunmaktadır. Mahkemece bu noktalar gözönüne alınarak satış sözleşmesinin ve tescilin ipatline karar vermek gerektiği halde vekâletnamenin tasdikindeki sakatlık vekâletnamenin sahteliğini icabettirmiyeceğini düşüncesile ve dâvacının butlana varan iddiası sahtelik iddiası şeklinde kabul edilmek suretile dâvacının vekâletnamenin sakatlığı sebebine dayanan iddiasının da red edilmesi yolsuzdur.

Yukarıda yazılı sebep ve düşüncelerden dolayı dâvacının gabine ve hileye dokunan itirazlarının reddine ve satış ve tescil muamelesine esas olan vekâletnamenin sakatlığı sebebile satış sözleşmesinin ve tescilin iptaline karar verilmek gerekirken bağıtın ve tescilin muteberliğinin kabul edilmiş olmasından dolayı hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve dosyanın mahkemesine geri gönderilmesine ve 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 21/1/950 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Üye : Hamdi Türe ve Kâmil Tepeci'nin muhalefet şerhleri :

Vekâlet şekle bağlı akitlerden olmadığı cihetle satış için verilen salâhiyet ve vekâletnamenin de resmî şekilde olması icabetmiyeceğine ve hâdisede dâvanın Mustafa Esendal'a satış ve ferağ için vekâlet verdiği ve vekâletnamedeki imzanın kendisine ait olduğu dâvacının tahtı ikrarında bulunmasına mebni vekâletname ve buna binaen yapılan satış ve ferağda sahih ve muteber bulunduğu cihetle hükmün bu sebeple tasdiki icabedeceğniden bozmaya dair verilen karara muhalifiz.

Taksim ve izalei şüyu dâvalarında, satışın hissedarlar veya umum arasında yapılmasına karar verilmesi mahkemenin yetkisi dahilindedir. Katların tahsisi suretiyle taksim yapılamaz. Bedel karşılığında hisselerin hissedarlardan birine tahsisi ancak tarafların bu hususta anlaşmaları ile mümkündür.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 1250 — Karar : 1322

DÂVA : Müvekkilinin dâvalılarla birlikte mutasarrıf olduğu 92 ada, 57 parselde kayıtlı bir kıt'a bahçeli evin hissedarlar arasında taksim edilmek suretile şuyuun giderilmesine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Dâva konusu bahçeli evin taksimi kabil olmadığı bilirkişi marifetile mahallinde yapılan inceleme sırasında bilirkişi beyanile anlaşılmış olmasına mebni işbu gayrimenkulün arttırma suretile satılarak be-

delinin tapudaki hisseleri nisbetinde taraflara paylaştırılmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı.

YARGITAY KARARI

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

Dâvacı tarafından taksimi dâvalılar tarafından da satılmak suretile şuyuun giderilmesi istenilen ve tapuda taraflar üzerinde kayıtlı bahçeli evin taksimi kabil olmadığı keşif ve bilirkişi beyanile anlaşılmasına ve katların tahsisi suretile taksim yapılamıyacağına ve satışın hissedarlar veya umum arasında yapılmasına karar verilmesi mahkemenin yetkisi dahilinde bulunmasına ve bedel karşılığında hisselerin hissedarlardan birine tahsisi ancak tarafların bu hususda uyuşmalarile mümkün olabileceğine ve olayda böyle bir uyuşma olmamasına binaen yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA ve elde edilecek satış bedelinden yüzde bir nisbetinde alınacak harcın muktazi damga resmi ile birlikte hissedarlardan hisseleri nisbetinde tahisline 10/4/1950 gününde oybirliğile karar verildi.

Hukuk Usulü Muhakemelri Kanununun 74 üncü maddesine göre yargıç iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez ve 75 inci madde mucibince de taraflarca ileri sürülmeyen iddia ve müdafaa sebeplerini de resen nazara alamaz.

274 üncü madde mucibince tanık göstermeğe mecbur tutulmuş ve tanık listesi vermiş olan taraf ikinci bir liste veremiyeceği gibi yargıç da taraflardan yeni tanık listesi isteeymez.

Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesi
Esas : 4092 — Karar : 541

DÂVA : Müvekkilinin kardeşi olan dâvalıya ait ve Ayvalık tapusunun 171 ada, 23 parselinde kayıtlı arsaya dâvalının muvaffakatile müvekkili Mengene ve Sabunhane inşa etmiş olup dâvalının işbu Mengene ve Sabunhaneye mülkiyet iddia etmekte olduğundan bahsile muhik tazminat mukabilinde arsa ve binanın müvekkili adına temlikine karar verilmesi istenilmiştir.

266

vakıaların iyi niyete delâlet etmesi bakımından incelemeye değer görüldüğü ve vakıalar üzerinde de ihtilâf çıktığı takdirde dâvacıya ayrıca isbat ettirilmesi ve olayda Medenî Kanunun 650 inci maddesinin aradığı şartların tamamen mevcudiyeti takdirinde dâvaya hükmedilmesi gerekirken bağışlamadan ve rücu şartı bulunmadığından ve zamanaşımından bahsile dâvanın reddi cihetine gidilmesi ve bağışlama kabul edildiği halde dâvacıya parasını isteyebileceğinin kaydolunması yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden Hukuk U. M. Kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 11/4/1950 gününde oybirliğile karar verildi.

İpotek borcunun ibraname şümulünden hariç tutulduğu hakkındaki savunmanın yazılı delil ile ispat edilmesi, edilemediği takdirde yemin hakkının kullanılması lâzımdır.

Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesi
Esas : 3576 — Karar : 543

DÂVA : Müvekkilinin mutasarrıf olduğu Galata Kemankaş Kara Mustafapaşa mahallesi ve caddesinde kâin 81 - 83 numaralı gayrimenkulün yarı hissesi ailevi bazı sebep dolayısiyle altı bin lira karşılığında muvazaaten dâvalıya ipotek edilmiş ve sonradan ibralaşılmış olduğundan ve dâvalının mütaaddit müracaatlara rağmen ipoteği fekketmemekte bulunduğundan bahsile sebepsiz kalan ipotek kaydının kaldırılmasına karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, dâva konusu ipotek borcunun taraflar arasındaki ibranamenin şümulü içinde olmadığı ve ipotek borcunun ibraname şümulünden hariç tutulduğu hakkındaki savunmasını dâvalının yazılı delil ile isbat edemiyerek bu hususta tevcih olunan andı dâvacı kabul ile usulen yerine getirmiş olmasına mebni dâva konusu ipotek kaydının iptaline karar verilmiştir. Temyiz eden ve duruşma isteyen : Dâvalı vekili avukat Halid Ziya Birkan.

YARGITAY KARARI

Duruşma için belli edilen 21/3/950 gününe rastlayan salı günü belli saatte taraflar adına yazılan çağrı kâğıtlarının ikinci nüshalarının bu kere davetiye harç ve masrafının verilmediği beyanile çağrı kâğıtları tebliğ

edilmeksizin iade edilmiş olduğu anlaşılmakla temyiz incelemesinin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten ve temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dâva dilekçesinde yazılı vakıalara göre olayda dâvayı değiştirme ve genişletme bulunmamasına ve 11/11/1935 tarihli ipotek senedinden sonra dâvacı zimmetinde bir gûna alacağı olmadığına dair verilen 5/Şubat/1936 tarihli ibra kâğıdı ipotek borcuna da şâmil bulunmasına ve hilâfı yazılı delille isbat olunamıyarak teklif olunan andı dâvacı kabul ve eda eylemiş olmasına ve hükmün dayandığı gerekçelere göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının hepsinin reddile hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı 10590 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 11/4/1950 gününde oybirliğile karar verildi.

Bir gayrimenkulün paydaşları o gayrimenkulün şâyi hissesini satın alarak üçüncü şahsa karşı kanunî şuf'a hakkını haizdirler. Üçüncü şahıs durumunda bulunmayan paydaşlar arasında kanunî şuf'a cereyan etmez.

Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesi
Esas : 1617 — Karar : 1420

DÂVA : Murisi Şerife'den kendisile kız kardeşi Cemile'ye kalan yeri ve sınırları dâva dilekçesinde yazılı emlâk ve arazideki kardeşi Cemile'nin hisselerini dâvalının satın almış olduğundan bahsile şuf'a hakkı dolayısile meşfu hisse bedeli olan 950 lira mukabilinde işbu hisselerin kendi adına temlikine tapuca dâvalı adına tesis olunan kaydın iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere, dâvalının şuf'a hakkı ileri sürülen gayrimenkullerde hissedar bulunduğu tapudan alınan karşılık yazı mündericatile anlaşılmış ve hissedarlar arasında vâki satışlarda şuf'a hakkı bahis konusu bulunmamış olmasına mebni açılan dâvanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı.

YARGITAY KARARI

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

269

Bir gayrimenkulün şayi hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı paydaşlar kanuni şuf'a hakkını haiz olup üçüncü şahıs durumunda bulunmayan paydaşlar arasındaki satışlarda kanuni şuf'a cereyan edemiyeceğine ve hükmün dayandığı gerekçelere ve Medenî Kanunun 658 inci maddesi hükmüne göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddile hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı 500 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 14/4/1950 gününde oybirliğile karar verildi.

———o———

Yargıtay Kararları

Ceza Bölümü

Millî Korunma Kanununun bir maddesinin muhtelif fıkralarındaki cezalardan ağır ceza hükmünü ihtiva eden fıkranın asgarî haddiyle evvelce tâyin edilmiş olan cezadan ağır olmamak şartiyle bu fıkradaki cezanın âzamî haddiyle âhiren ceza verilmesi müktesep hakkın ihlâli mahiyetinde değildir.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu
Esas : 21 — Karar : 1

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15/1/1945 gün ve 3/2 sayılı ve 26/4/1947 gün ve 41/65 sayılı kararları arasında hasıl olan ihtilâfın halli C. Başsavcılığının 21-6-1947 gün ve 1667 sayılı yazısiyle istenildiğinden İçtihadı Birleştirme Kurulunda inceleme yapıldığı sırada Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Başkanlığının 20-12-1949 günlü yazısında, Ceza Genel Kurulu ile Dördüncü Ceza Dairesinden sadır olan gün ve sayısı gösterilen ilâmlar arasında da bu husus ile ilgili mütenakız hükümlerin mevcut olmasından bahsile müzakerenin bu ilâmlarda gösterilen hususlara da teşmili istenilmiş ve tevdi olunup kurul üyelerine birer sureti tevzi edilmiş olan ilâmlar birer, birer tetkik edilerek mübayenet olmamasından dolayı bir kısım ilâmların tefrik edilmesi kararlaştırıldıktan sonra yapılan incelemede :

Yukarıya dercolunan ilâmlarda tafsilâtı yazılı ihtikâr suçu hakkında; Ankara Millî Korunma Mahkemesinden; Millî Korunma Kanununun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasına tevfikan ağır para cezasından başka üç sene ağır hapis cezasiyle mahkûmiyet hakkında verilen hüküm; Üçüncü Ceza Dairesinden suça mevzu malın kıymeti ve fiilin vehamet derecesi bakımından mezkûr 59 uncu maddenin birinci fıkrasını tatbikinde isabet bulunmamasından ve diğer bazı sebeplerden dolayı bozulmuş ve mahallî mahkemesinin, bu bozma kararına vâki ısrar kararı Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da bozulmasına karar verilmiş olması üzerine bozma kararına uyularak mezkûr 59 uncu maddenin ikinci fıkrasına tevfikan bu fıkradaki cezanın azamî haddi olan bir sene hapis cezasına ve saireye dair olmak üzere verilmiş olan bu ikinci hükmün evvelce bozmadan evvel 59 uncu maddenin birinci fıkrasiyle asgarî had üzerinden ceza tâyin edildiği halde bozmadan sonra mezkûr maddenin ikinci fıkrasındaki azamî had üzerinden ceza

verilmesi müktesep hakkı ihlâl ettiği yolundaki C. Başsavcılığının talebi Üçüncü Ceza Dairesince reddedilmesinden naşi C. Başsavcılığından vâki itiraz üzerine Ceza Genel Kurulunca; evvelce 59 uncu maddenin birinci fıkrasının asgarî haddi ile ceza verildiği halde son hükümde 59 uncu maddenin ikinci fıkrasının azamî haddi ile ceza tâyin olunması müktesep hakkın ihlâli mahiyetinde bulunmasına binaen itirazname dairesinde bu hususun da bozma kararına ilâvesine karar verilmiş iken mümasili diğer işte Ceza Genel Kurulunca; C. Başsavcılığının vâki itirazının reddine karar verilmek suretiyle bu kabil fıkra tatbikatında müktesep hakkın ihlâl edilmiş sayılamıyacağı esası kabul edilmiştir. (Ceza Genel Kurulu kararı: «7/4/1947 ve 243-41/65«). Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326 ıncı maddesinde : (Hüküm, yalnız mahkûm tarafından veya anın lehine C. Savcısı veya 291 inci maddelerde gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmiş ise yeniden verilen hüküm evvelki hüküm ile tâyin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz.) denilmiştir. Mahkeme, bir kanun maddesinin ağır ve hafif ceza hükümlerini ihtiva eden fıkralarından her hangi birini tatbik ederken suçu ika ettiği zararı ve vehamet derecesini nazara almakla mükellef bulunmaktadır. Suçun işlenmesinden hasıl olan zararı ağır görmüş olan bir Yargıcın tatbik ettiği fıkradaki cezanın aşağı haddinden fazla ceza vermeyişi esasen o fıkradaki cezanın ağır olmasını göz önünde bulundurmuş olmasından ileri geldiğini kabul etmek lâzımdır. Kararı bozulan ve bozma kararına iptidaen uyan veya ısrar edip de ısrar kararının bozulmasından dolayı uymak mecburiyetinde kalan mahkeme; hafif cezayı ihtiva eden fıkrayı tatbik ederken o fıkrada yazılı olan cezanın aşağı haddini hükmetmek mecburiyetinde değildir. Mahkemeler bu hususta ancak mezkûr 326 ıncı madde hükmü takyit etmektedir. Bu madde hükmüne göre hakkında ağır cezalı fıkra tatbik edilen sanık aleyhinde yeniden verilen hüküm, evvelki hüküm ile verilen cezadan ağır olmadıkça müktesep hakkın ihlâli bahis mevzuu olamaz.

Ağır cezalı fıkrayı iptidaen tatbik etmek suretiyle hâdisede teşdiden ceza vermiş olan mahkeue bozmadan sonra yeniden hafif cezalı fıkranın tatbiki sırasında bu fıkrada yazılı asgarî hadden tebaüd için ayrıca sebep gösterilmesine lüzum olup olmadığı halinin de, ihtilâfa konu olan hâdise ile ilgisi bulunmaması itibariyle bu hususu münakaşasına lüzum görülmemiştir.

Netice; gerek umumî Ceza Kanununun ve gerek hususî Ceza Kanunları meyanında bulunan Millî Korunma Kanununun bir maddesinin muhtelif fıkralarındaki cezalardan ağır ceza hükmünü ihtiva eden fıkranın asgarî haddiyle mahkûmiyetine karar verilmiş olan sanığın aleyhinde veri-

len hükmü temyiz etmesi üzerine hafif ceza hükmünü muhtevi fıkraya tevfikan ceza verilmesi hakkındaki bozma kararına uyluduktan sonra Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326 ıncı maddesi sarahati hükmünce, evvelce verilmiş hüküm ile tâyin edilmiş olan cezadan ağır olmamak şartiyle bu fıkradaki cezanın azamî haddiyle ceza verilmesi müktesep hakkın ihlâli mahiyetinde olmadığına 8-2-1950 gününde çoklukla karar verildi.

Mahkemece görev dışında verilen bir hükmün, sanık tarafından temyiz edilmesi halinde dahi Yargıtayca, müktesep hakka halel gelmemek üzere, bu noktadan bozulması icabeder.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu
Esas : 21 — Karar : 1 A. K.

Müktesep hak düşüncesiyle vazife cihetinden bozma yapılıp yapılmıyacağı hususunda Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 18-4-1946 tarih ve 3902 ve 7-12-1949 tarih ve 15089 sayılı kararlarını havi ilâmları arasında meydana gelen içtihat uyuşmazlığının çözülmesi mezkûr daire başkanlığının 20-12-1949 tarihli yazısiyle istenilmesine mebni toplanan İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunca yapılan tartışma ve inceleme sonunda :

Yukarıda yazılı Dördüncü Ceza Dairesinin ilâmlarında gösterildiği üzere mahkemenin görev dışında bir dâvayı hükme bağlamış olması halinde bu hükmün sanığın temyizi üzerine müktesep hakka halel gelmemek üzere bozulduğu halde diğer bir ilâmda, dâvanın görev dışında hükme bağlanması halinin; aleyhe bozma sebebi sayılmadığının gösterilmesiyle iktifa edildiği anlaşılmıştır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 307 inci maddesinde; «Temyiz, ancak hükmün, kanuna muhalif olması sebebine müstenit olabilir. Hukukî bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalifttir» denilmiştir. Hukukî kaidenin ne gibi hallerde ihlâl edildiğini birer birer saymak mümkün olmadığından kanun, bu hususun takdirini Yargıtaya terketmiş olduğundan Yargıtay Ceza Daireleri; kanunun her hangi bir hükmüne riayet edilmemesi halini, bozma sebebi sayıp saymamakta takdir hakkına malik bulunmakta ise de, kanuna mutlâka muhalefet sayılan hallerde zehemhal hükmün BOZULMASI zarureti vardır. Bu haller, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 308 inci maddesinde sekiz bend altında gösterilmiştir. Mahkemenin kanuna muhalif olarak dâvayı

bakmağa kendini vazifeli görmesi hali de, mezkûr 308 inci maddenin dördüncü bendinde iare edilmiştir. Yargıtay Ceza Daireleri kendisine sevkedilen işlerde, yalnız temyiz dilekçesinde ve lâyihasında gösterilen noksan ve hatalara tetkikatını hasretmeyip kanun hükmünün her hangi bir surette ihlâl edildiğini gördüğü surette hükmü bozmak ve muayyen hallerde hükmü bozduktan sonra dâva evrakını o mahkemeye tekrar göndermek suretiyle işin intacının uzamasına mahal bırakmaksızın esas hakkında da karar vermek yetkisine malik bulunmaktadır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde : (320, 322). Yargıtay Ceza Daireleri, mahkemenin görev dışı verilen bir hükmü bozduğu takdirde yetkili mahkemeyi tâyin eder ve işi vazifeli mahkemeye gönderir. Usul Kanunu 323 ancak; sanığın temyizi üzerine bir hükmün görev cihetinden bozulmuş olması halinde; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326 ıncı maddesiyle kabul edilen esas dairesinde evvelki hüküm ile tâyin olunan cezadan daha ağır ceza tatbiki muadelet kaideleri ve müktesep hak mülâhazasiyle te'lifi mümkün olmadığından sanığın müktesep hakkının mahfuz tutulması lâzımdır.

Netice; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 308 inci madedsinde mutlaka muhalefet sayılan haller meyanında mahkemenin kanuna muhalif olarak dâvayı bakmağa kendini vazifeli görmesi hali de mevcut olmasına nazaran görev dışında verilen bir hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi halinde dahi, mezkûr Usul Kanununun 326 ıncı maddesiyle kabul edilen esas dairesinde müktesep hakka halel gelmemek üzere her halde hükmün bozulması icabettiğine 15-2-1950 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Posta ücretleri, kamu dâvasının istilzam ettiği masraflardan olması itibariyle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 407 nci maddesinde yazılı muhakeme masraflarından mâduttur.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulu

Esas : 12 — Karar : 9

Tebliğat ve dosya sevkleri için ödenen posta ücretlerinin hükümlülere tahmili kanunen zarurî olan muhakeme masraflarından madut olup olmadığı hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23/2/1948 tarih ve 101/70 ve Dördüncü Ceza Dairesinin 3-4-1948 tarih ve 3667/3958 sayılı kararlarını havi ilâmları arasında ihtilâf olduğundan bahsile keyfiyetin İçtihadı Birleştirme yoliyle halledilmesi Yargıtay C. Başsavcılığının 26-4-1948 tarih ve 901 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan Tevhidi İçtihat Genel Kurulunda incelenerek :

Sonuçda :

Ceza Genel Kuruluna intikal eden ihtilâfın mevzuunu, ceza dâvalarında ödenen posta ücretlerinin mahkûma tahmil olunup olunmıyacağı meselesinin halli teşkil etmektedir. Dosya arasında bulunan ilâm örneklerinden hususî dairece posta ücretlerinin Devlet dairelerinin münasebetinden doğmuş bir masraf olduğu kanaat ve içtihadiyle mahkûma tahmil edilemiyeceği yolunda bir içtihat tesis edildiği ve Ceza Genel Kurulunca da buna aykırı bir görüş takip edilmekte bulunduğu anlaşılmıştır.

Posta Kanununa ek 2721 sayılı kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair olan 5008 sayılı kanunla bunu takiben yürürlüğe giren 5584 sayılı Posta Kanununda resmî dairelerin posta işlerinin peşin ücret mukabili yapılacağı açıklanmak suretiyle ödenen ücret Devlet dairelerinin münasebetinden doğma bir masraf olmaktan çıkarılmış ve bunun para karşılığı yapılan bir nakil işi olduğu esası kabul edilmiştir. Bununla beraber Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 407 inci maddesinde kamu dâvasının hazırlanması masrafları da dahil olmak üzere bütün masrafların mahkûma tahmil olunacağı yazılı bulunmasına göre dâvanın hazırlanması için gereken masrafların hükümlüye yükletilmesi kabul edilince dâvanın sonuca erdirilinceye kadar istilzam eylediği diğer masrafların da bu hükme tâbi olması zarurî bulunmaktadır.

Hukuk dâvalarında da posta ücretini tâyin edilen zamanda mahkeme veznesine yatırmıyan mümeyyizin temyiz talebinden vaz geçmiş sayılacağına dair olan 24-12-1941 gün ve 32 sayılı İçtihatları Birleştirme kararı ve posta ücretini vermeyen mümeyyizin temyiz talebinden vaz geçmiş sayılması yetkisinin Yargıtaya değil mahallî mahkemesine ait olduğuna dair olan 5-1-1949 tarih ve 1 sayılı diğer bir tevhidi içtihat kararı vardır.

Bunlardan başka devlet dairelerinden peşin ödenen keşif ücretleri ve hâkim ve bilirkişi yevmiye ve yol paraları hattâ hastahane ücretleri gibi masrafların mahkûmlara yükletilmesi bütün dairelerin müşterek içtihadiyle takarrür etmiş bulunduğu cihetle posta paralarının bu hükümden ayrılmasına hukukan ve kanunen bir sebep yoktur.

Bu sebeplere binaen devlet daireleri müraselâtının peşin posta ücretine tâbi tutulması 5008 ve 5584 sayılı kanunlarla kabul edildiğine ve her dâva için ödenen posta ücretleri tutarı, ancak bu kanunların yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren hesabedilebilir bir hale gelmiş olduğuna ve hesapta zorluk bulunması yürürlükte olan bir kanunun tatbik olunmaması için sebep teşkil etmiyeceğine göre posta ücreti alınmaması hakkındaki

eski tatbik şeklinin idamesi lâzım geldiğinden ve tatbikte ve hesapta zorluk olduğundan bahsile dermeyan edilen itirazlarda da isabet bulunmamıştır.

Netice; posta ücretlerinin kamu dâvasının istilzam ettiği masraflardan olması itibariyle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 407 inci maddesinde yazılı muhakeme masraflarından madut bulunduğuna ve hükümlülere tahmili iktiza edeceğine 12-4-1950 tarihinde üçde iki çoğunlukla karar verildi.

—o—

2276

Adalet Dergisi

Sayısı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur

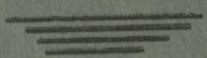
Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan veya satın alınan ve mev cudu bulunan kitapların adları, fiyatları, aşağıda; eldeetme yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

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 üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Âdalet Mantığı„	300
(941-942 Yılları Yargıtay Kararları Hukuk Bölümü	300

Adı	*Fiyatı Kr.*
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Meşhut Suçlar Kanunu	10
„ „ „ talimatı	15
Varşova konferansı	75
Tamimler mec. (1928-1937)	175
„ „ (1938)	100
„ „ (1939-1940)	100
Noter Kanunu	50
Devletler umumi hukuku	500
Madrid Konferansı	100

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

274



278

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 Ticaret Hukuku	300

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır

280