ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 43 SAYI : 2

A N K A R A
Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 5 2

179

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.	Adı	Fiyatı Kr.
Avukatlık Kanunu	50	Devletler umumî hukuku	300
Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	175	Deniz ticaret hukuku	300
Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (1951)	300	Hâkimler Kanunu	50
Adalet Mantığı	300	1950 yılına ait İçtihadı Birleştirme Kararları Ceza ve Hukuk kısımları broşürleri	100
Aynî Haklar 1 inci kısım ...	600	Meşhut Suçlar Kanunu	15
Aynî Haklar 2 nci kısım	750	Meşhut Suçlar Kanunu Talimatı	15
Bağlamlar Kanunu Şerhi (H. Oser)	150	Madrid Konferansı	100
Ceza Kanunu üzerinde bir inceleme	75	Noter Kanunu	50
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler kanunu mülâhazalar	40	Tamimler Mec. (1928-1937) ..	175
Ceza Muhakemeleri Kanununun esbabı mucibesi	50	Tamimler Mec. (1938)	100
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu üzerinde bazı izahlar ...	50	Tamimler Mec. (1939-1940) ..	100
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu alfabetik fihristi	175	Varşova Konferansı	75
(1941 - 1942) yılları Yargıtay Ceza Kararları	300	Z. Ş. Aile Hukuku (1949) ...	300
Deniz Ticaret Kanunu	50	Zürih Şerhi Borçlar Hukuku C. 1	300
		942-949 Tamimler Mecmuası..	300
		Zürih Şerhi Borçlar Hukuku C. 2.	300
		Z. Ş. Giriş ve Kişinin Hukuku C. 2.	300
		Z. Ş. Zilyedlik ve Tapu Sicilli	300

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni Türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

190

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl: 43 Şubat: 1952 Sayı:2

İÇİNDEKİLER

İ İNCELEMELER :		Sahife
H Hikmet Sonel	Af ve erteleme	185—212
N Nevzat Gürelli	Kamu hukukunda tard ve teb'id	213—223
D Dr. Mustafa Çelebi	Ceza M. Usulünde mikrofon kullanılması	224—230
N Namık Kemal Eğilmez	Bizde avukatlık mesleki	231—240
İs İssmail Hakkı Ayık	Gabinin mahiyeti ve unsurları	241—254
F Fahrettin Kıyak	Kız ve erkek kaçırma	255—276
A Abdullah Güner	Konkordato	277—310
B Bibliyografya		311—323
Y Yargıtay Hukuk Kararları		324—335
Y Yargıtay Ceza Kararları		336—346
U Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları		347—356

191

1925

AF VE ERTELEME

Hikmet SONEL
Kastamonu Ağır Ceza Başkanı

Giriş

A : Af

1 — Genel ve özel af ilân
2 — Cezaları hafifletmek ve değiştirmek

A — Eski görüş
B — Eski kanunlar
C — Anayasa
Ç — Sonuç

B : Erteleme

3 — Kanun soruşturmalarını ve cezalarını ertelemek

a — Tenkidler
b — Tenkidlerin mesnetleri

I — Tecil terimi
II — Tarihi erteleme yolları

1 — Kanuni yol

A — Mükellefiyet-i Askeriye Kanunu
B — Dâr-ül-harb Kanunu

2 — İdari yol

A — Umumi kararlar
B — Münferit kararlar

III — Eski ertelemelerin neticeleri
IV — Erteleme mevzuatımız

1 — Daimî hükümler
2 — Geçici hükümler

A — Kararnameler
B — Kanunlar

3 — Sonuç

V — Ertelemenin aftan farkı

1 — İdari ertelemeler
2 — Kanuni ertelemeler

VI — Ertelemenin hüviyeti

Amaç - Süre - Yetki
Sebep - Merci - Şart
Şekil - Şümul - Vasıf

VII — Erteleminin lüzumu
VIII — Erteleme ve yargı erki
IX — Sonuç.

Giriş :

Anayasanın af ve erteleme hükümlerinde insicam bulunmadığı ve fazlalık gösterdiği yolundaki görüşlere hukuki eserlerde raslanmaktadır.

Tenkidler ileri sürülürken, tarihî gelişim ve tatbikat incelenmiye lâyık görülmeksizin, doktrini ve doktrinde ise batı telâkkilerinin en mütekâmilini esas ittihaz etmek yeter sayılmıştır.

Gerçi, hukukçu, hukuki neticeler hâsıl eden hâdise ve iktidarları elbette hukuki esaslara ve bu esasların en olgununa göre mütalâa ve tavsif eder.

Lâkin, af öyle bir iktidardır ki, doktrinden doğmaz. Belki kendisi doktrin peyda eder.

Sanırız ki, batıda da af müessesesi hukukçunun yaptığı çerçeve içinde gözükmemiştir. Dayandığı hak mefhumunu kendi iradesine tâbi tutarak, dilediği şekillerle tecelli etmiştir. Sonradan bu tezahürler bir araya toplanarak kaideler çıkarılmıştır. Gelişmeler ilerledikçe, az çok sonuçları belli bir hüviyet tesbit etmek mümkün olmuştur.

Bizim hukukumuzda yüz yıla yakın bir zamandan beri örnek ve kaynak olan Fransız ve Alman hukukundan, Fransız mevzuatında bazan ret ve ekseriya kabul edilen af iktidarı doktrin tanımış mıdır ? Anayasanın en çok tenkid edilen özel af müessesesi, Fransa'da hukuki nazariyelerden ziyade, adliye nezaretinin kararlariyle ve mahkemelerin içtihatlariyle şeklalmış ve genişlemiş değil midir?

Almanya'da kıralın vazifesi harb ilân etmek, hukukçunun vazifesi ise buna kitapta yer bulmak fehvasından af iktidarı istisna edilmiş midir, öteki devletlerde af klişe ve saha tanımış mıdır?

Tarihteki görünüş ve gidiş meydanda iken, bu müessese için hukuki bir teknikten bahsetmek müşkildir. Hem de, bu bahse sıra gelmesi için affın hukuki olup olmadığı hususundaki tartışmanın bir sonuca ermesi gerekmez mi?

Şu halde, bir devletin af müessesesini ve tefarruatını, o devletin tarihine ve hukuk tarihindeki doğuş ve gidişine, yer ve yol değiştirmelerine bakarak izah zaruridir.

Anayasa için, devletlerarası gidişe istisna olarak mutlak bir doktrin bağlılığı istemek, affın tabiatı bakımından hususiyle genel afların icap ve ilcaları yönünden bir muhal temennisi olur.

Anayasa, tarihî sevkeleri kendi prensipi ve ulus eğemenliği ile telif ve millet hâkimiyetini tercih ederek 26 ıncı maddesinde :

1 : — Genel ve özel af ilân etmek

2 : — Cezaları hafifletmek ve değiştirmek

3 : — Kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek görevlerini Büyük Millet Meclisinin tekeline vermiştir.

Bütün bu iktidarların yargı erki ile ihtilâf ve taarruzunu önlemek maksadiyle 54 üncü madde hükmünü tertibetmiştir. Bu suretle Büyük Millet Meclisinin iktidarı ile kaza kuvvetinin istiklâl ve masuniyeti kesin hatlarla ayrılmış ve korunmuştur.

A : Af

Anayasa af iktiadrını çeşitlemiştir, tedvin sırasında fazlalık göstermiyen bu tefrik sonradan bir haşiv halini almıştır.

1 = Genel ve özel af ilânı : — Büyük Millet Meclisinin o kadar normal bir görevidir ki, bütün duraksama ve tartışmaların dışında kalmıştır. Bu sebeple tetkik ve tahlil hususu konuya taallûk etmemiştir.

195

2 = Cezaları hafifletmek ve değiştirmek: — Anayasanın bu ciheti ayrıca bildirmesi bir tenkid vesilesi olmuştur. Tenkidçiler, özel af iktidarı cümlesinden olan cezaları tahfif ve tahvilin bir başka iktidarmış gibi ayırd edilmesinin yersiz olduğunu söylemişler ve iddialarına delil olarak Türk Ceza kanununun 98 inci maddesindeki özel af tarifini göstermişlerdir.

Halbuki, anayasa 20 Nisan 1340 tarihinde bu hükmü tertibederken, henüz Türk Ceza kanunu mevcut ve mer'i değildi. Tenkidin dayandığı bu mesnet anayasa hükmünden iki buçuk yıl kadar sonraya aittir. O sıradaki nazariyeler ise kitapta şimdikinden çok farklı bulunmamakla beraber, kanunlara kolay kolay intikl edemiyordu. Bu gün haşiv halini alan hüküm anasaya tarihî bir sevkle âriz olmuştur.

A: Eski görüş = Henüz ceza ve usul kanunlarının mevcut olmadığı çağda hükümleri yürütülen ve ilk kanunların yürürlüğünden sonra da nüfus ve tesirleri gittikçe zayıflamakla beraber devam eden şer'î hükümlere (ukubat)a göre hükümdar (ülilemir) her cezayı affedemezdi. Bazı cezalarda yalnız tebdil imkânına sahipti. Söz gelimi, suçun işlendiği sırada, kısas isteyecek dereceden mirasçısı belli bulunmıyan bir kişinin öldürülmesi halinde, sultan, genel velâyeti haiz olması - velisi olmıyanların velisi olması - hasebiyle, mirasçı yerine geçerek kısas istemek hakkına malikti. Fakat cezayı büsbütün affedemezdi, şu kadar ki suçlu, meşru bir sebep yokken kesici bir alet ile kasden (amden) adam öldürmüşse ülilemir onun da öldürülmesini talepte haklı iken, idam cezasını diyet (belli miktar para veya mal) cezasına tahvil edebilirdi (1).

İleride mirasçı çıkınca kendisine teslim olunarak vebalden kurtulmak üzere bu diyet Hazinede saklanırdı.

Fıkıhta daha bunun gibi affı imkânsız ve ancak tebdili ve thavili caiz cezalar vardı.

Hafifletme ise büsbütün nazik bir mesele idi. Söz gelimi kısas cezası tecezzi kabul etmezdi. Kısas istemiye haklı olan bunun bir kısmından vazgeçse, yani tahfifine kalkışsa ceza tamamiyle sâkit olurdu (2).

Bu yüzden, o çağda tahvil ve tahfif hal ve şartlarını ayrıca gözetmek, af mefhumunu ise cezanın tamamiyle ortadan kaldırılması haline hasretmek temayülü mevcuttu.

B: Eski kanunlar = Daha önceki kanunlar af hususunda toplu ve açık bir hüküm ihtiva etmediğinden tetkika 1274 tarihli kanundan başla-

(1) Ömer Hilmi — Miyar-ı Adalet — Mesele: 15, 21, 84).
(2) Aynı eser — Mesele: 36.

nabilir. Bu kanunun 47 inci maddesinin 1327 yılındaki tadile kadar taşıdığı metinde (bir cezanın affı ve yahut tebdil ve tahvili) denilerek bu haller birbirinden ayrılmıştı. 1293 tarihli kanun-u Esasi tertibedilirken yedinci maddesinde özel af iktidarı (mücazat-ı kanuniyenin tahfif ve affı) denilmek suretiyle beyan edilmişti.

Tahfif medlûlünde mündemiç olabileceğinden istifade edilerek tebdil tâbiri ve onunla maksut özellik bertaraf edilmiş iken, tahfifin ayrıca tasrih ve ilâvesinden, af ile tahfif arasındaki fıkhi farkın muhafazasından vazgeçilememişti.

C : Anayasa = 85 ve 364 sayılı teşkilât-ı Esasiye kanunlarında mevcut olmıyan af hükmü, ilk defa 20 Nisan 1340 tarihli ve 491 sayılı anayasada yer almıştır. 26 ıncı maddenin (umumi ve hususi af ilânı, cezaların tahfif ve tahvili) şeklindeki ifadesi kanun-u Esasiden ziyade eski ceza kanununun ifadesini andırmaktadır. Bu noktada 26 ıncı maddenin o sırada (ahkâm-ı şer'iyenin tenfizi) hususunu da Büyük Millet Meclisinin vazifeleri meyanında saymış olduğunu hatırlamak gerekir.

14/4/928 tarihli ve 1322 sayılı kanunla 26 ıncı madde değiştirilirken mezkûr tenfize mütaallik ibare çıkarıldığı halde, cezaların tahfif ve tahvil ibaresi bırakılmıştır. Bu bırakılış, o sırada mer'i bulunan Türk Ceza Kanununun 98 inci maddesindeki tarif karşısında bir haşiv olmuştur.

Ç : Sonuç = Anayasanın 26 ıncı maddesindeki (cezaları hafifletme ve değiştirme) ibaresi maddenin tertibi sırasında tarihî sevkten bir eser iken şimdi haviş halini almıştır.

Ancak bu ibare bir itnap olsa da, hukuki bir kargaşalık ihdas etmez.

B : ERTELEME

3 = Kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek : — Anayasanın 26 ıncı maddesindeki bu erteleme hükmü belli bir hüviyete ve mütaaddit tatbikata sahip iken, birtakım tenkidlere mâruz kalmıştır.

A : Tenkidler = Bu hükmün hukuki bir mânası ve kanuni bir eşi ve faydası bulunmadığı, şarta bağlı affa benzediği ileri sürülmüştür. Özel af suretiyle görülebilecek bir iş için, anayasanın açtığı bu yeni çığırın fazla olduğu söylenmiştir. Tenkidciler kendi görüşlerine delil olarak iradettikleri kanunların hükümlerinden istidlâllerde bulunarak erteleme müessesesine bazı vasıflar da izafe etmişlerdir.

197

Bu istihraç ve izahlara ağmen, müessesenin hukuki izahtan mahrum bulunduğunu söylemiş olmaları, kendi izah ve tavsiflerinin isabetine kendilerinin de inanmadıklarını ve kanunlardan bir kaide çıkarmak zoru ile hareket ettiklerini anlatmıştır.

B: Tenkidlerin mesnetleri = Tenkidçiler iddialarına şahadet etiğini dermeyan ederek 135, 1239, 1316, 1441, 1741 ve 2176 sayılı kanunlardan bahsetmişlerdir. Bu kanunlardan başka bir mesnet göstermedikleri ve esasen tenkidlerin bir mesnedi bulunmadığı için iddiaların zühul eseri olduğunu tebyine bu kanunların tetkiki yeter.

135 sayılı kanun ileride açıklanacağı üzere, gerçekten erteleme mevzuuna taallûk etmekle beraber, iddialara mesnet olmaktan uzaktır.

Herşeyden önce 135 sayılı kanun anayasanın erteleme hükmünü alışından iki buçuk yıl evvel çıkmıştır. 20 Nisan 1340 tarihli anayasaya bir avans imkânı tanımaksızın 14 Temmuz 1337 tarihli kanunu erteleme hükmünü mal ve mahsup edemeyiz.

Bununla beraber 135 sayılı kanun erteleme hükmü taşımaz. Yıllarca evvel ertelenmiş takip ve tecziyelerin affına mahsustur (3).

Şu halde, bu kanun bir ikaz ve Anayasanın sarahatle af ve erteleme hükümleri almakta geciktiğini göstermek yönünden tevakkufa lâyık bir nokta iken incelenmeksizin işhat ve istinadedildiğini söylemek zaruridir.

1239 ve eki 1316 sayılı kanunların erteleme müessesesi ile ilgisi yoktur. 1239 sayılı kanunun ikinci maddesinde, haklarındaki takip ve tecziyenin tecil edildiği bildirilen maznun ve mahkûmların dördüncü maddede yazılı şarta bağlanarak affolundukları açıkça anlaşılmaktadır (4).

1441 sayılı kanunla (5) askerlik için mütenazırı 1741 sayılı kanun (6) ise ihtiva ettikleri affın infisahi şartını 8 inci ve 7 inci maddelerinde vuzuhla bildirmişlerdir.

Her iki kanunun tenkid edilecek cihetleri, hususiyle bütün hükümlülerin cezaevinde kapalı olacaklarını sanarak müddeti tahliye tarihinden başlatmak ve birinci kanunun bazı noksanlraını tamamlayan ikinci kanunda bu husus için mahkûm yerine mevkuf yazmayı kâfi saymak gibi af şartına taallûk eden yönleri mevcutsa da, tecil tâbirinin şartlı af anlamında olduğunu belli edecek derecede vazıh hükümleri de mevcuttur.

(3) Düstur — (T: 3 — C: 2 — Sa: 94).
(4) Düstur — (T: 3 — C: 9 — Sa: 804)
(5) Düstur — (T: 3 — C: 10 — Sa: 1001).
(6) Düstur — (T: 3 — C: 12 — Sa: 48).

Esasen sayın profesörler bu kanunların şartlı af hükümlerini takdir ve kabul etmiş ve ancak tecil tâbirine takılıp kalmışlardır.

2176 sayılı kanuna gelince özel bir affı tazammun ettiği aşikârdır. Şu kadar ki 1441 sayılı kanunla şarta bağlanarak affolunmuş diğer kimseler arasından ayrılan iki suçlu hususi surette ele alınmıştır. 1441 sayılı kanunun hüküm ve şümulünden tecridolunarak mahkûmiyetlerinin bütün neticelerine şâmil olmak üzere afları cihetine gidilmiştir (7). Bu suretle affın tekemmülü süresince beklemek külfetinden ve bir suç daha işledikleri takdirde affa uğrayan suçlarının cezasını da çekmek âkıbetinden kurtulmuşlardır.

2176 sayılı kanunun metninden ziyade mazbatası, konu itibariyle, tetkik ve teemmüle şayandır. Gerekçede, 1441 sayılı kanundaki tecil hükmünün af mahiyetinde olmadığından, fer'î cezalara tesir etmiyeceğinden bahsolunarak, bu iki hükümlünün birer meslek ve sanata giremeyip sefalete düştükleri ileri sürülmüştür. Sayın Profesör T. Adam'ın işaret ettikleri gibi bu bir yazı hatası olacaktır (8).

Metne geçmemiş bulunan bu zan, yalnız 1441 sayılı kanunun değil, af ve etreleme müesseselerinin ve Türk Ceza Kanunuyla tatbikına ait kanunun hüküm ve mahiyetleri hususunda da zühuller kaydetmiştir. Diğer cihetler bir yana bırakılarak ve fer'i cezaların tahliyeyi mütaakıp tatbik olunacağı tasavvur edilerek mütalâa olunsa dahi, serbest çalışmaya yine imkân bulunacağı ve bu halin istisnai bir sefalet icbarı olmıyacağı aşikârdır. Fer'î ve mütemmim cezaların silinmesi hükümlüyü saadete değil, resmî kapılara kavuşturur.

İltizam olunan affa gerekçe bulmak istenirken düşülen zühul 1441 sayılı kanunun şartlı affı tazammun eden hüviyetini değiştirmiyeceğinden, fazla tahlil ihtiyacı hâsıl etmez.

Bu kısa inceleme gösteriyor ki, 135 ve 2176 sayılı kanunlar erteleme hükmü taşımadıkları ve öteki kanunlarsa şartlı affa mâtuf birer tecil beyanı taşıdıkları için, tenkidler mesnet bulmuş değildir.

I : TECİL TERİMİ

Tecil tâbiri, hukuki ve askerî ve malî ve idari kanunlarda, daha mazbut denecek bir mânada iken, ceza ve usul kanunlarında bu itinadan mahrum kalmıştır. Müteradif gibi sarfolunmuştur.

(7) Düstur — (T: 3 — C: 14 — Sa: 48).
(8) Prof. T. Adam — Af salâhiyeti — Adalet Dergisi: 1941, Sa: 11 - Sa: 855.

199

Bilindiği gibi, tecil, mehil vermek mânasına gelir. Tehir (erteleme) ise, sonraya bırakmak demektir. Eşit anlamda değillerdir. Bir medlûl benzerliği bulunmakla beraber, hukuki fark bârizdir.

Erteleme kaknunlarının bir mehil kanunu olmadıkları bedihidir. O kadar ki, ertelemenin başlangıç ve hele sonuç gününü bilmek ve bildirmek ekseriya imkânsızdır. Erteleme bir mehil vermek maksadiyle ihtiyar edilmez; işte bir müddetin bulunması, halin icabından ileri gelir. Mehil, ertelemeden faydalanmanın bir şartı olarak dermeyan edilir. Bir ay içinde silâhını teslim ederek yağmacılıktan ve askere yazılarak kaçaklıktan vazgeçenler hakkında da takibatın erteleneceğini beyan etmekte mehil bir şarttan ibarettir. Erteleme, bu şartın tahakkukundan sonra başlar.

Tecilin kanunlarımızda yerine göre değişen bir medlûlü mevcuttur.

T. C. Kanunun 89 uncu maddesiyle başlayan müstakil faslında kurulu müessesenin adıdır. Böyle iken, ayrı bir hüküm taşıyan 423 ve 434 üncü maddelerin ifadelerine de araç olmuştur. Buna mukabil Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu tecil tâbirinin tehir yerine ikamesine itibar etmemiştir. Askerî Muhakeme Usulü Kanunu ise, 4 üncü maddesindeki mecburi ertelemeye tehir dediği halde, mütaakıp maddedeki ihtiyari ertelemeye tecil diyerek farkı belirtmek isterken mânadan ayrılmıştır. 1111 ve 4575 sayılı kanunlar ertelemeyi olduğu gibi anlatmış ve tecil tâbirinden sakınmıştır. Anayasa 17 inci maddesinde milletvekilleri hakkındaki ertelemeyi tecil tâbiriyle beyan etmemek isabetini gösterdiği halde, 26 ıncı maddesinde tarihi sevke tâbi olmuştur. Af ve erteleme kanunlarında ise, bir ittirat gözetilmemiştir.

Istılah kıtlığı yüzünden zuhur etmediğini söylemiye hacet bulunmıyan bu hal, bir ipham, mâna ve medlûl kargaşalığı tevlidediyorsa, sebebini, varlığına inanmak istediğimiz hukuk dilimizdeki kayıtsızlığa ve zabıta kifayetsizliğine atfetmek zaruridir.

Şarta bağlı affı tecil terimiyle ifade, şayet bir âdet ise ikinci meşrutiyetin 23 Mart 1335 tarihli ve 3506 takvim-i vakayı sayılı (bazı ceraim erbabı hakkındaki mücazat-ı kanuniyenin tecil-i infazına dair kararname) siyle zuhur ettiği söylenebilir (9).

Zira bu kararnameden önceki ve sonraki ikinci meşrutiyet şartlı af kanunlarında (affedilmiştir. Affolunmuştur.) denilerek, af bildirildikten sonra, şart, ekseriya ikinci fıkra olarak beyan edilmiştir.

(9) Düstur — (Tertip: 2 — Cilt: II — Sa: 152).

Sözü edilen kararname, şahsi hakları mahfuz tuttuğunu ve bazı mücrimleri istisna ettiğini açıkladıktan sonra, diğer mücrimler hakkındaki mahkûmiyet hükümlerinin cezaya mütaallik kısımlarının 5 ve 6 ıncı maddelerde yazılı şartlara bağlanarak infazlarının tecil edildiğini bildirmiştir. Erteleme ifade eden bu beyana mukabil 7 inci maddesinde, belli (müddetler zarfında diğer bir cürüm ika etmemiş olanların efalindeki mücrimiyet tamamiyle zâil olur) diyerek, uslûbundaki çetrefilliğe rağmen meramının şartlı bir genel af olduğunu anlatmıştır.

Gerek başlıktaki, gerek metindeki mücazatın tecili kelimeleri özel bir affı, veya infazın ertelenmesini hatırlatacağı halde, nihayet anlaşılmıştır ki, şartlı genel af ilân olunmaktadır.

Âdetin devam noktaları bunlardan ibaret değilse de, şimdilik şu kadarını söyliyelim ki, kadimden kalma izlerin müşahedesi için, tarihe kadar gitmiye ihtiyaç bırakmıyan örnekler mevcuttur.

II : TARİHÎ ERTELEME YOLLARI

Erteleme yolu açılınca hemen ikiye bölünmüştür. Kanuni olarak bazı takip ve tecziyeler durdurulurken, idari olarak da birtakım takipler önlenmiştir. Kanuni yolun mevcudiyeti, idari gidişe bir vesile ve örtü olmuştur.

1 — Kanuni yol :

Anayasadaki hükme varmak için başlangıç yaptığımız iki kanun, eski erteleme müessesesinin hukuki durumunu anlatmakta ve Büyük Millet Meclisinin ertelemeden mütevellit Af Kanunlarına sebep teşkil etmiş bulunmaktadır.

A : Mükellefiyet-i Askeriye Kanunu — 1330 yılı iptidalarında yürürlüğe giren bu kanunda, seferberlik vukuunda askerlik çağında bulunan sanık ve hükümlülerden suçları ve cezaları hafif olanları askere sevketmek ve haklarındaki takip ve tecziyeyi terhislerinden sonraya bırakmak üzere 88 inci maddedeki hüküm tedvin edilmiştir. Bu sevke bir şevk katmak için iyi hizmet edenlerin geri kalan cezalarının affına teşebbüs edileceği de bildirilmiştir. Sanıklar bu vaitten hariç bırakılmıştır. Hükümlüler için de (affına teşebbüs olunabilir) denilerek kesin bir teşebbüs

vadinde dahi bulunulmamıştır (10). Ertelemenin terhise kadar devam edeceği açıkça belirtilmiştir.

Nitekim, bu suretle askere sevkolunanlar izinli gelince haklarındaki takip ve tecziyeye devam olunmuş ve tekrar askere yollandıkları takdirde yine erteleme yapılmıştır (11).

Bu kanunun derpiş ettiği seferberlik vuku bulunca, gayeyi tenine yetmediği görülerek ikinci kanun çıkarılmıştır.

B : Dâr-ül-harb Kanunu — 19 Şubat 1330 tarihini ve (Dârülharbe gidecek eşhas hakkındaki takibat ve mücazatın teciline dair kanun) başlığını taşıyan bu lâyiha, ismindeki tecil kelimesine rağmen bir tehir (erteleme) kanunu olduğunu hükümleriyle açıkça göstermiştir.

Bu kanun, erteleme imkânını askerlik çağında olan ve olmıyan sanık ve hükümlülere teşmil ve pek azını istisna etmiştir. İlk kanunu olgunaştırmıştır (12).

Amaç, yine muharebe meydanına asker yollamaktır. Şartlar, silâhlı askerliğe elverişli ve iyi huylu olmaktır. Yollama, sanık ve hükümlünün isteğine bağlıdır.

İstiyenler, özel bir komisyonca muayene edilerek şartları haiz bulundukları takdirde bir mazbata ile Harbiye Nezaretine bildirilecek ve bu nezaret tarafından muvafık bulunanların cihet-i askeriyeye teslimine adliye nazırı mezun olacaktır.

Askerî makamlara teslimden sonra suç işliyenler, bu suçlarından dolayı hükmolunacak cezalarını çekeceklerdir. Lâkin, ertelenmiş suçlarından dolayı, ancak terhislerinden sonra takip ve tecziyeye devam edilebilecektir. Bu sebeple terhislerinde adliyeye teslim olunacaklardır.

---

(10) 29 Nisan 1330 tarihli ve Takvim-i Vakayi 1840 sayılı olan bu muvakkat kanunun 88 inci maddesinde aynen (Seferberlik vukuunda, kabahatle maznun ve mahkûm olanlariyle cünha ile maznun ve bir sene ve daha aşağı hapsle mahkûm olanlar, terhislerinden sonra, muhakemeleri icra ve müddet-i mahkûmelri ikmal olunmak üzere hemen silâh altına alınırlar.

Bu gibilerden hüsnü hizmeti görülenlerin, hukuku şahsiyeye halel gelmenek üzere, müddet-i bakıye-i mahkûmelerinin affına teşebbüs olunabilir. (Düsur: T: 2 — C: 6 — Sa: 687).

(11) (Muharrerat-ı Umumiye-i Adliye Mecmuası: 1331 — Sa: 155).

(12) Taşıdığı tarihten iki buçuk yıl kadar sonra Mebusan ve Âyan Meclislerince aynen kabul edilen bu muvakkat kanun, o çağın sakim bir usulü olarak Kanun-u Esasinin müsaadesinden faydalanılmak suretiyle çıkarılmış bir çok önemli kanunlar ve af ilânları gibi, iradeye iktiran eden hükümet kararnamesiyle 19 Şubat 1330 tarihinde mer'iyete başlamıştır. (Adalet Bakanlığı Kanunlar Mecmuası — C: I, Sa: 728).

Böylece ertelenerek askere sevkolunanların harbde yararlık gösterdikleri kolordu ve müstakil fırka komutanları tarafından tasdik edildiği takdirde (maznun olanlar hakkında takibat-ı kanuniyenin icrasından sarfınazar olunmasına ve mahkûm olanların müddet-i mahkûmelerinin affına veya cezalarının tahfif ve tenziline teşebbüs) olunacaktır (Madde: 6).

Bu kanun, genel affı da hesaba katmış ve özel affı çeşitlendirmiş ve teşebbüsü ihtiyari olmaktan çıkarıp katiyete isal etmiş bulunmakla beraber, kesin bir af va'dinden sakınmış ve yalnız teşebbüs edileceğini bildirmekle kalmıştır.

Görülüyor ki, erteleme kanunlarında takip ve tecziyeden vazgeçme yoktur. Şartlı bir af da bahse mevzu değildir; ancak bir af ümidi belirtilmiştir.

2 — İdari yol:

İdari yol vükâla meclisince umumi ve münferit mahiyette erteleme kararları çıkarılarak açılmıştır. Bu kararlar hükümet nüfuzuyla yürütülmüştür.

Adliye Nezaretinin 16 Kasım 1332 tarihli tamiminde idari ertelemeler açıklanırken, bunların kanuna uymadığı itiraf edilmekle beraber, bir telif ve tevil gayreti de gösterilmiştir (13).

A: Umumi kararlar: — Umumi mahiyetteki kararlar, askerlik ve tehcir gibi işlerin yürütülmesini istihdaf etmiştir. Kanuni bir mesnetten mahrum iken, emir yoluyla icra ettirilmiştir (14). Hükümlülere teşmil olunamamıştır.

B: Münferit kararlar: — İdari ve siyasi mülâhazalarla, birtakım kimseler hakkında cezai takiplerin tehiri için ittihaz olunmuşlardır. Sanığın harb mıntakasında bulunması veya vazifeden infikâkine önemli mahzurlar görüldüğünün mensup olduğu dairece resmen bildirilmiş olması gibi haller, birer erteleme sebebi olarak ileri sürülmüştür.

(13) (Muharrerat-ı Umumiye-i Adliye Mecmuası: 1335 — Sa: 61 - 65).

(14) Ocak 1330 tarihinden itibaren çıkarılan, subaylarla silâh altında bulunan erlerden cinayetle maznun olup da henüz tevkif edilmemiş bulunanlar hakkındaki kanuni takibatın teciline, bu kararnamenin subaylardan seferberlik ilânı tarihinde cünha ve kabahatle maznun olanlara ve askerî idare elindeki demiryollarında müstahdem bulunan maznunlara ve tebidedilmiş ermenilerden cinayet ve cünha ile müttehem ve maznun olan kimselere teşmil edilmesine mütedair kararlar bu cümledendir. (Muharrerat-ı Umumiye-i Adliye Mecmuası — 1335 — Sa: 61 - 65).

Kanunun açtığı yoldan bu kararlar da geçmiye başlayınca ve sayıları artınca, itiraz kılıklı istizanlar da başlamıştır. Önce bir talimatname gönderilmişken müracaatların çoğalması karşısında ve idari çığır açıldıktaan iki buçuk yıl kadar sonra Adliye Nezaretince (tecil-i takibat mevaddının usul ve esasata daha muvafık bir şekle ifrağı kabil olup olmıyacağı tetkik ve teemmül olundukta) şöyle bir şekil ve gerekçe bulunmuş ve az önce sözü geçen tamimle teşkilâta bildirilmiştir :

Adliye Nezareti, müddeiumumileri üzerinde nezaret hakkını haiz bulunduğundan memleketin menfaati mülâbesesiyle (takibatın muvakkaaten tehirini) emir etmesinde tereddüdü mucip bir hal görülmemiştir.

Takibatın tehiri işar edilince, kamu dâvasının açılması (tehir) olunmakla beraber cürmün sübutuna yarayacak delil ve emarelerin zamanla zıyaına mahal kalmamak üzere toplanması ve noksan bırakılmamasınaa itina edilmesi lâzım gelir.

Şayet, kamu dâvası açıldıktan sonra, hükümetçe tebeyyün edecekk hakiki lüzum üzerine (takibatın tehir ve talikı) işar kılınmışsa müddeiumumiler, mucip sebepler serdederek (takibatın tehirine) karar verillmesini mahkemelerden ve tahkikat dairelerinden istemelidir. Bu işlerdde halin icabını takdire daha ziyade hükümet-i merkeziye salâhiyetli olduğundan müddeiumumiler re'sen hareketten sakınmalıdır.

Hükümetin duyduğu hakiki ihtiyaçlardan mütevellit işarları mahkemelerin ve tahkikat dairelerinin nazara alacağı tabiîdir. Zaten, şahiit dinlemek ve sanığın sağlık durumunu tesbit etmek gibi sebeplerle dâvaları talika salâhiyetli bulunan mahkemeler, bu tehir ve talikleri de yapıvermelidir.

Adliye Nezareti, mahkemelere ve tahkikat dairelerine de tebliğini hassaten istediği bu tamimde, idari yolu vuzuhla belirtmiştir, tecilin bir tehirden ibaret bulunduğunu anlatmıştır.

İdarî tehirlerin yalnız takipleri durdurmakla kaldığını ve infaz işlerine sirayet ettirilmediğini sanıyoruz.

Tahkikatın önemle ve noksansız ifası lüzumunun bildirilmiş bulunması ifade ediyor ki, af mutlak bir gaye ve netice değildir.

İdari yola, genelgenin gayretine rağmen, kanuni bir mahiyet izafe etmek müşküldür. Zira, o sırada mer'i Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu, açılmış bir dâvayı Adliye Nazarının durdurmıya kalkışmasını haklı saydıracak bir hüküm ihtiva etmediği gibi müddeiumuminin açtığı kamu dâvasını takipten vazgeçmesini de tecviz etmemiştir.

Henüz açılmamış bir kamu dâvasının ikamesini menetmek salâhiyeti ise meşkûktür. Nazır, men'ine rağmen dâvayı açan müddeiumumiyi tecziye edebilir. Lâkin dâva meşru ve müteberdir. Yürütülür (15). Demek ki, emir vermek ve dinletemeyince cezalandırmak idari sahada kalmaktadır. Nazariyelerde yer bulan bu salâhiyet, kanuni ve meşru sayılmıyor ki açılan dâva muteber oluyor.

Bu sebeplerle, idari yolda, kanuni yolla bir telâki noktası bulunmadığı nümayan olmaktadır.

Şu kadar ki, Dârülharb Kanunu, harbe iştirak için Vükelâ Meclisince mukaddema müttehaz tecil kararları üzerine tahliye edilmiş bulunanları şümulüne alarak, durumlarını hukukileştirmiştir. Fakat, harbe iştirakten başka sebeple takip ve tecziyeleri tehir olunanların vaziyeti idari ve fiilî olarak kalmıştır.

III : ESKİ ERTELEMELERİN NETİCELERİ

İkinci meşrutiyet, harb sonuna ermeksizin tarihe karıştığından, çıkarmış bulunduğu erteleme kanunları dolayısiyle, af tevessülâtında bulunmuş olacağı umulmaz. Ancak, Büyük Millet Meclisi tarafından bu sebeple çıkarılmış Af Kanunları mevcuttur.

28 Mayıs 1337 tarihli ve 126 sayılı kanunla bir kaatilin ceza bakıyesi bağışlanırken, bu ferdî özel affa sebep olarak Dârülharb Kanunu mucibince seferberlikte kendi isteği üzerine askere yollanmış ve yararlık gösterdiği tümen komutanlığınca tasdik edilmiş bulunduğundan bahsolunmuştur. Kanundan, bu suçlunun terhisinden sonra, cezaevine kapatılarak mahkûmiyetinin infazına devam edildiği anlaşılmaktadır. Bu hal erteleme kanunlarının teşebbüs va'dinden ileri telâkki ve tatbik görmediğine misal teşkil etmektedir (16).

Sözü geçmiş bulunan 135 sayılı (Dâr-ül-harbde hüsn-i hizmet ve yararlık ibraz eden mahkûminin müddet-i mahkûmelerinin affına dair kanun) ise, Mükellefiyet-i Askeriye ve Dar-ül-harb kanunlarına tevfikan seferberliğin ilânından mütarekenin akdi tarihine kadar askere alınan (ve o tarihe kadar askerde bulunmaları dolayısiyle, her ne suretle olursa olsun, mukaddema işledikleri cürümden dolayı haklarında takibat icrası tecil olunan eşhas) ın affolundukları bildirilmiştir (17).

(15) (Abdülhalik Midhat, Usul-ü cezaiye: 1326, Birinci tabı — Sa: 40) ve (Ali Şehbaz, Usul-ü cezaiye nazariyatı, 1331, Sa: 77 - 78).

(16) Düstur — (T: 3 — C: 2 — S: 70).

(17) Düstur — (T: 3 — C: 2 — S: 94).

Kanunun, özel affa mâtuf ve munhasır unvanı ile genel af ilân eden metni arasındaki ayrılık, metne itibar edilerek izale olunursa da, (her ne suretle olursa olsun) tecil edilmiş takibat derken fiilî ve idari durumlar da şümulüne aldığı göze çarpmaktadır.

Kanun, af için, yararlık kaydı ve bunu tevsik edecek belge aramamıştır. Askerlikte az çok bulunmuş olmayı kâfi saymıştır.

Mademki, erteleme, şartlı bir af değildir. Elbette, şartın tahakkuk edip etmediğini aramıya hacet yoktur. Ancak, istenirse 126 sayılı kanunda olduğu gibi bir belge aranır. Bundan anlaşılıyor ki, erteleme kanunlarında, yaralık kaydı, mutlak bir şart olmaktan ziyade, bir teşvik kamçısıdır.

Erteleme konusunda dikkate şayan olan bir kanun da, 19 Kasım 1339 tarihli ve 372 sayılı kanundur. Öteki özellikleri bir yana bırakılınca, 4 üncü maddesinde (maznun ve mahkûm oldukları halde, kendiliklerinden veya bittahliye Kuvayı Milliyeye iltihak ederek hizmetlerinden istiğna hâsıl oluncaya kadar, ifayı hüsnü hizmet ettikleri, hükümet-i mahaliyece tahakkuk eden eşhasın) millî kuvvetlere katılmadan evvel maznun bulundukları fiillerden dolayı takibedilemiyecekleri ve haklarındaki hükümlerin infaz olunamıyacağı ve mevkuf ve mahpus olanların salıverilecekleri beyan edildiği görülür (18). Kanun bu hükmüyle, kendiliklerinden fiilî şekilde uzaklaşan veya idarece tahliye olunan sanık ve hükümlüler hakkındaki takip ve tecziyenin bu sebeplerle duruşunu bir çeşit erteleme saymıştır.

Kendiliklerinden uzaklaşanların askerlik hizmetine kabul ve sonunda iyi hizmetlerine şehadet edilmiş olması idari bir erteleme şekli arzedebileceği gibi, idarece yapılmış tahliyelerde bu hal daha bâriz bir şekil alır.

Harb halinin, hele millî mücadele gibi, gerçekten iştirak edenlerin yokluktan varlık çıkararak yaşattıkları bir harbin ilcaları itibariyle bu kabîl hallerin birer erteleme mahiyet ve neticesine varması tabiîdir.

Kanun, erteleme ne şekilde olursa olsun, sonunda takip ve tecziyenin avdet edeceğine de bir örnek kaydederek mevkufların hemen tahliyelerini bildirmiştir.

Bu kanunun 135 sayılı kanundan farkı, doğrudan doğruya tedvin ediliş ve bir nevi belge aramış olmasıdır. Şu kadar ki, mahallî hükümetten alınacak belgenin, yararlıktan ziyade askerlik etmiş bulunmaya dâ-

(18) Düstur — (T: 3 — C: 5 — S: 416).

let edeceği bedihîdir. Zaten, harbdeki her yararlığı tanıklar huzurunda başarmak ve bu tanıkların hayatını koruyarak komutanlar karşısında yararlığı ifade ettirmek, her zaman elde edilecek tesadüflerden değildir. Harb kahramanlığını anonim sayan ve her ere bir pay ayıran kanundaki isabet tamdır.

IV : ERTELEME MEVZUATIMIZ

Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan ertleme kanunları, normal ve daimî hallere taallûkları veya geçici önemli hâdise ve sebepler dolayısiyle tedvin edilmiş bulunmaları bakımından ikiye bölünürler.

Bu ayrılış, Büyük Mllet Meclisinin ne gibi ertelemeleri kendi iktidarının tahrikine tâbi tutulduğunu ve hangi ertelemeleri birer kanunla ilgili mercilere bıraktığını da anlatır.

I : — **Daimî hükümler** : Normal zamanlarda rastlanacak hal ve sebeplerle icrası gereken ertelemeler, kanunlarla tesbit olunarak ilgili mercilerin tatbikına terkolunmuştur. Bu ertelemeler, ferdî ve daimî olduğundan, her defasında meclisin faaliyete geçmesi bir külfet olacağı ve işleri geciktireceği bedihîdir.

Bu çeşit ertelemelerin çoğuna ceza ve usul kanunlarında rastlanır 1111 sayılı askerlik kanununun 39 uncu ve 1631 sayılı askerî muhakeme Usulü kanununun 4, 5 inci ve Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar hakkındaki ek 4575 sayılı kanunun Birinci maddesindeki hükümler ile, T. C. K. 423 ve 434 üncü ve C. M. U. K. 397, 399, 400, 404 üncü maddelerinin taşıdıkları hükümler birer misaldir.

Bu kabil ertelemeler, cezaî, Askerî siyasetin icabı olarak veya ceza çektirmenin caiz olmaması gibi sebeplerle ihtiyar edilmişlerdir.

Bu ertelemeler, Büyük Millet Meclisinin bahsa mevzu iktidarından ayrılmış bulunmaları itibariyle, konu bakımından tetkik ihtiyacı göstermezler.

Ancak, ertelemenin mâna ve mahiyetini aydınlatıcı birer ifadeleri vardır. Tecilin, tehir anlamına getirildiğini ve ertelemede zamanaşmının cereyanı asıl olup durdurulması istenince özel bir hüküm vaz'ı iktiza edeceğini bildirirler.

207

Askerî erteleme kanunlarımız, Af teşebbüsü va'dinden tecridedilmiş ve ertelemenin terhise kadar devam edeceği açıkça beyan olunmuştur.

Umumi ve Askerî ceza ve usul kanunları, ertelemenin kök itibariyle ihtiyari olmadığını anlatmışlardır. Askerî Muhakeme Usulü Kanununun beşinci maddesindeki ihtiyari ertelemeyi bir istisna sayılmak muvafık bulunsa gerektir.

2 — Geçici hükümler : Büyük Millet Meclisi, kendi elinde tuttuğu erteleme iktidarına tasarruf etmek istedikçe, kanunlar çıkarmıştır. Mükellefiyet-i Askeriye ve Dar-ül-harb kanunlarının hükümlerini tasvibettiği gibi 179, 183 ve 521 sayılı kanunları da tedvin etmiştir. 372 sayılı kanuna da bazı hükümler katmıştır.

Kanuni durum böyle olmakla beraber, yolun ilkin kanunla açılmış bulunduğunu iddia edemeyiz. Başlangıçta bir idari çığır görülmektedir.

A : Kararnameler — Büyük Millet Meclisi Hükümetinin kuruluş sıralarına raslayan ve İstiklâl Harbinin zaruretlerinden doğan bu kararnameler, sanırız ki, eski erteleme kanunlarından ilham almıştır. Çığır tabiatiyle, hâdiselerin sevkına uyarak şekillenmiş ve genişlemiştir. Bu kararnameler ilk Teşkilât-ı Esasiye Kanununun tedvininden önce ısdara başlamakla beraber, sonra da devam etmiştir. Anayasa erteleme hükmünü aldıktan sonra durmuştur.

Askerî, adli ve zirai sebeplerden doğma üç tip bu çığır hakkında fikir vermiye kâfidir :

1 — Vatan hizmetlerini ifa etmelerini sağlamak ve kolaylaştırmak için, mevkuf ve mahkûmlardan işe yarıyacakların tümen komutanlarınca müddeiumumilerden talebolunması ve bunlar hakkındaki tahkikat ve muhakemenin tecili uygun görülmüştür (19).

Kararda (neşrolunan muvakkat kanuna tevfikan) denilmektedir. Karar, Dâr-ül-harb Kanununu andırmaktadır. Bu kanuna intıbak mevcut olmasa dahi, vaziyetin icabına ittiba edilmediği söylenemez.

2 — Tahkikat ve dâva evrakının işgale uğramış memleketlerde kalması veya bu memleketlerdeki makamlarca yapılacak tetkikatın icra ve evrakının iade edilememesi yüzünden işleri yürütülemiyen mevkufların, ne kadar süreceği belli bulunmıyan müddetle cezaevlerinde kapalı kal-

(19) Bursa İstinaf Müddeiumumisinin yazısı ve Adalet Bakanlığının teklifi üzerine ittihaz olunan 15 Haziran 1336 tarihli ve 41 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Düstur: T: 3 — C: I — S: 20).

maları caiz olmıyacağı gözönüne getirilerek, bu hale bir çare bulmak sadedinde dört kararname çıkarılmıştır

Bu kararnameler bir erteleme yapmaktan ziyade, fiilî bir duruşu mütalâa ve şekle raptetmişlerdir. Bu mütalâa, mevkufları tasnif ederek tahliye suretinde zuhur etmiştir. Mevkuflar suçlarına göre ayrılmış ve takip imkânı husulüne kadar tahliye edilmişlerdir.

Önce, kefalet akçası alınarak tahliyeleri bildirilmişken çoğunun fakirlikleri dolayısiyle kefalet akçasını yatıramadıkları görülünce, bunların idare meclislerinden verilecek fakirlik mazbatalarına müstenid'n salıverilmeleri, ancak, tâyin edilecek kasaba merkezinde zabıta nezaretinde bulunmaya mecbur edilmeleri kararlaştırılmıştır.

Bu kararnameler, ertelemeyi talikî bir şarta bağlamaktaki zorluğu anlatan bir örnektiler (20). Eylûl 1336 ile Ocak 1337 tarihleri arasında çıkarılan bu kararnamelerden sonra 179 sayılı kanun çıkarılarak durum kanuni bir şekle vardırılmıştır.

3 — Bakanlar Kurulunun 26 Nisan 1338 tarihli ve 1525 sayılı kararnamesinde, cünha ile katî surette mahkûm bulunanlardan ziraatle uğraştıkları ve ekilecek toprakları bulunduğu mahallî idare meclislerince tasdik edileceklerin, ziraat mevsiminde, bir ayı geçmemek üzere, sağlam teminata bağlanarak müddeiumumilerce muvakkaten tahliyeleri ve buna ek 1631, 1731 sayılı kararnamelerde ise, aynı şartlarla hasat mevsiminde üç ay müddetle tahliyenin icrası ve istiklâl mahkemelerince cünha derecesinde mahkûm edilenlerin de faydalanmaları bildirilmiştir. Bu infaz ertelemeleri memleketin toprak mahsullerine olan ihtiyacından ileri geldiği açıklanmışuır (21).

Bu kararnameler, Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun henüz mevcut olmaması ve eski usul kanununda bu gibi halleri karşılıyacak kaideler bulunmaması yüzünden çıkmıştır. Aynı sebep, kararnameleri kanuni bir mesnetten de mahrum bırakmıştır. Şu kadar ki teamüle uygun düşürmüştür. Bilindiği gibi 1267 tarihli Kanunun 3 üncü faslının 161 nci maddesinde çiftçi hizmetkârlarından biri tohum çalarsa cezaya çarptırılması ziraat işinin tadilini mucip olacağından çaldıkları tohum bedeli ücretlerinden tevkif edilmek üzere çalışmalarına devam ettirilmeleri ve ziraat işlerinin durmaması için bu makule suçlular hakkında tedibin bu kadariyle iktifa olunması beyan edilmiştir.

(20) Düstur — (T: 3 — C: S: 73, 186, 188, 189).
(21) Düstur — (T: 3 — C: 3 — S: 67, 89, 111).

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
209

Bu kaide, daha mâkul bir tarzda tatbik edilegelmiştir.

Görülüyor ki, çığır, kanundan bahsolunarak açılmış,fakat, çarçabuk kanuna sığmıyan bir sahaya yayılmıştır.

B : — Kanunlar — Erteleme kanunları, kararnamelerde derpiş edilen hususları tamamiyle karşılamış bulunmamakla beraber, çığırın kapanmasını mucip olacak hükümler ihtiva etmişlerdir. Bu çerçeve içindeki kanunlar, Büyük Millet Meclisinin, Erteleme müessesesini, henüz anayasa bu hususta açık bir hüküm ihtiva etmezden evvel, kabul etmiş ve hâdiselerin sevkiyle genişletmiş olduğunu göstermektedir.

Bu icaplar, adli, askerî, idari. olarak tavsif ve tasnif olunabilir.

a : — Adli icap — İstiklâl harbi sırasında işgal olunan bazı memleketlerden tahkikat ve dâva dosyalarının getirilememiş olması, bu işlerde sanık bulunanlar hakkındaki soruşturma ve duruşmaları fiilî olarak durdurmuştur. Naklonunan mevkuflar cezaevlerinde bekleşmiye başlamışlardır. Elde dosyalar bulunmadığından tahkik ve takibi yürütmek, kararlara karşı kanun yollarına gitmek mümkün olamamıştır.

Bu vaziyet üzerine çıkarılan 7 Ocak 1338 tarihli ve 179 sayılı kanunun ilk maddesiyle bir af ilân edildikten sonra, mahkûmiyetlere taallûk eden bu affın şümulü haricinde kalan yukariki zarurete karşı da ikinci maddesinde aynen (İşgalden evvel bulundukları mahallerde haklarında adli tahkikat ve takibat başlayıp ta, dâva evrakları elde bulunmıyan bütün cünha ve cinayet maznun ve müttehemleri hakkındaki tahkikat ve takibat, imkân hususunde tecdidedilmek üzere tecil) olunduğu beyan edilmiştir. Bu madde mucibince mevkuflar tahliye edileceklerdir. Yalnız cinayet maznun ve müttehemlerinden mümkün olursa, nakdî veya malî kefalet aranacaktır. Mümkün olamazsa zabıta nazaretinde bulundurulmak üzere salıverileceklerdir.

Bu maddenin, bu güne kalan değeri, tecilin mânasını açıklamış olmasındandır. Özelliği ise, takipten başka tahkiki da ertelemiş olmasıdır ki, bu hal zaruretten doğma bir istisnadır.

Kanun üçüncü maddesinde, elde dosyaları mevcut olmadığından haklarındaki hükmün kesinleşmesi veya bozularak ortadan kaldırılması mümkün olmıyan sanıklar için, bir hal çaresi olarak, cezanın yarısı affedildiğini bildirmiştir. Bu affın, katî bir mahkûmiyete taallûk etmediği bedihîdir. Ceza affedilmiş olmasına ve halbuki henüz bir ceza mevcut bulunmamasına göre, bu af Özel midir, Genel midir ? Sanırız ki üçüncü bir

nevidir. Bu maddeyi, affın doktrin tanımayışına bir örnek olarak gösteriyoruz.

b : — İdarî icap = Hükümete, kanuni ve mahdut ve muvakkat bir erteleme yetkisi veren 21 Ocak 1338 tarihli ve 183 sayılı kanunla, bu kanun hükmünün fer'an zimethallere şâmil bulunduğunu beyan için çıkarılan 521 sayılı kanun, yurt asayişini koruma endişesi ile meydana getirilmiştir.

Bu kanunla, Bakanlar Kurulunun, evvelce istiman etmiş bulunan veya bir ay içinde istiman edecek olan şekavet erbabı hakkında şartlı veya şartsız erteleme kararı verebilmesi sağlanmıştır.

c : — Askerî icap = Eski ertelemelerin neticeleri bölümünde hükümlerinden bahsedilmiş bulunulan 372 sayılı kanunun tertibine sebep olmuştur. Erteleme müessesesinin en büyük hissesi askerî icaplara aittir.

3 — **Sonuç** : Görülüyor ki, Büyük Millet Meclisi, bütün ertelemelerde kanun yolunu tercih etmiştir. İstiklâl harbinin ilk safhasındaki özellik zaruretten doğma bir istisna mahiyetindedir. Anayasa erteleme hükmünü açıkça aldıktan sonra, müstakil bir erteleme kanunuyla idareye erteleme yetkisi verilmemiştir.

V: ERTELEMENİN AFTAN FARKI

Buraya kadarki tetkiklerle bu fark tebarüz etmişse de, telhis kabilinden bir toplama yapılınca müşahade olunur ki :

1 — **İdari ertelemeler** : İkinci meşrutiyetin münderis idari ertelemeleri af mahiyetinden tamamiyle âridir. Kanun dışı yürütülmüş bulundukları gibi, affı, teşebbüs şeklinde dahi tazammun etmemişlerdir.

Büyük Millet Meclisi hükümetinin kararnamelerinde aftan bahsolunmadığı gibi, imkân husulünde takibin devam edeceği de açıklanmıştır, Büyük Millet Meclisi tarafından Bakanlar kuruluna tanınan erteleme yetkisinde ise, af veya buna tevessül, bir işaret şekliyle dahi mevcut değildir. Erteleme, bu kanundan önce teslim olmuş eşkıyaya da teşmil edilmiş bulunmasına göre, sonradan vâkı olan ertelemenin daha evvel vâkı istimanları af va'diyle sağladığı tasavvur olunamaz. Eşkıyanın istimandan af um-

ması ise, erteleme muessesesinin haricinde kalan ve teamülden doğan bir haldir.

2 — **Kanuni Ertelemeler**: Büyük Millet Meclisinin erteleme kanunlarında, af veya affa teşebbüs va'di bulunmadığı gibi, imkânın elde edilmesi veya terhisin vukuu üzerine takip ve tecziyenin devam edeceği de açıklanmıştır.

Ertelemeye menşe sayarak ve Büyük Millet Meclisince de tasvibedildikleri görülerek ele alınmış bulunan iki meşrutiyet erteleme kanununda affa teşebbüs va'di bulunmakla beraber, bu va'di, şartlı bir af telâkki etmek mümkün değildir. Zira :

1 — Özel af, o çağda doğrudan doğruya hükümdarın iradesiyle temin ve ilân olunurdu.

Kanun vâzının bu salâhiyete müdahale ederek, Kanun-u Esasiye aykırı bir yol tuttuğunu beyan etmekte bizi haklı gösterecek mesnet mevcut değildir.

Şu halde, Hüküm, Hükümete mahmul bir teşebbüs va'dinden ibarettir.

2— Genel af, meclisin iktidarları cümlesindendir. Maksadı af iken, teşebbüsten ileri bir ifadede bulunmadığı düşünülemez.

3 — Yararlık bir şarttır. Fakat, bu bir af şartı olsaydı, nasıl bir affa taallûk ettiği önceden belli bulunurdu. Halbuki özel affın bütün şekil ve dereceleri aynı mertebede teşebbüs bahsine dâhildir. Genel af için, bu cihetin böyle olmaması, tecezzi kabul etmeyişinin tabiî bir neticesidir.

4 — Şartlı af, ilânla ve nihayet tahliyeyle tesir eder. Halbuki tahliyeleri, erteleme sebebi zâil olunca tevkif ve hapis tekibetmiştir. Takip ve tecziyeye tekrar başlamadan önce, şartın tahakkuk edip etmediği aranmamıştır. Esasen bu âkîbet kanunlarda belirtilmiştir.

5 — Tehir, şartlı bir af olsaydı, tahliyeden sonra suç işlemenin o suçtan dolayı takip ve tecziye edilmiye rağmen, affa tesir etmemesi makul olmazdı. Dâriilharb Kanununun bu yoldaki hükmü bir istisna sayılamaz.

6 — Bu kadar kayıtlı ve şekilli ve isteğe bağlı bir af kanununun mevcudiyetine örnek bulmak, emsal göstermek mümkün değildir.

7 — Mükellefiyet-i Askeriye Kanununun 88 inci maddesi mucibince yapılan ertelemelerde zamanaşımı cereyan edip etmiyeceğini tezekkür eden Adliye Nazareti Adliye Encümeni, bu hükmün şarta bağlı bir affı tazan-

mun ettiğini akla bile getirmeksizin, müddetin askerde geçmesini sebep göstererek zamanaşımının cereyan edeceği kanaatini izhar etmiştir (23)

8 — Büyük Millet Meclisinin, meşrutiyet erteleme kanunlarını bir af kanunu mahiyetinde telâkki ve kabul etmediği, sözü geçen af kanunları ile müspet bulunmuştur.

Bu sebeplerle, Erteleme müessesesini, doğuşundan beri gösterdiği tezahür ve istihdaf ettiği gaye itibarile, şartlı af saymıya imkân yoktur.

VI : ERTELEMENİN HÜVİYETİ

Anayasa, Yapısı icabı, ertelemeyi tarif ve izaha girişmemiştir. Türk Ceza Kanunu, hususiyle Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu ise, böyle bir kurulun varlığından bile haberli davranmamıştır.

Bu yüzden ertelemenin hüviyetini, Müesseseye ait kanunların ve ilgili af ilânlarının sevk ve tedvin tarzlarından istidlâle çalışmak ve büyük Millet Meclisince çkaırılan kanunları gereği veçhile üstün tutmak ve nihayet ceza ve usul esaslarının ışığına gitmek zaruridir. Bu suretle hareket edilerek şöyle bir tesbit yapılabileceğine kaaniiz.

A : AMAÇ — Erteleme, takip ve tecziyeden birini veya her ikisini geçici olarak durdurmaktır. Cezalandırma hakkından feragat edilmemiştir. Şu kadar ki, Erteleme ile, bir iş gördürmek veya bir suçun işlenmesi önlenmek umuluyorsa, ertelenen takip ve tecziyenin icrasında ısrar etmemeye niyet edilmiş ve bu arzu ihsas olunmuş bulunabilir. Ancak, kesin bir taahhüde girişilmez. Aksi halde, yani, sağlayıcı şartın tahakkuku veya bozucu halın zuhuru takdirinde takip ve tecziyeden vazgeçileceği katî olarak dermeyan edilmişse, artık erteleme değil, şartlı bir af bahse mevzu olur.

Erteleme, fiilî bir duruşu, hukuki bir şekle ifrağ maksadıyla da ihtiyar olunur.

B : SÜRE — Ertelemeye bir başlagıç ve sonuç günü tâyin edilir. Mümkün olmazsa, bir hâdise veya halin vukuu veya zevali ile işaret olunarak, zaman yönünden hudutlanır. Müddetin önceden tâyin ve tahdidi imkânsızsa, bunun sonradan Bakanlar kurulu kararıyle belirtilmesi yerine bir kanun çıkararak bildirmek tarzı, kanuni devletlere daha çok yaraşır.

(23) (Muharreratı umumiyei Adliye : 1335 — S : 23, 24).

C : **YETKİ** — Erteleme kanunla sağlanır. Zira, hükümlerinin işlemesi önlenecek kanunların yürürlüğü ancak bir kanunla kesilebilir. Ertelemenin uzaması da bu sebepten idari bir telâkkiye terkedilemez.

Ç : **SEBEP** — Erteleme, Adli, Askerî, Siyasi saiklerden doğar. Adli işlerin yürütülmesinde, başka yere nakil gibi çare ve hareketlerle aşılmaz bir engelin zuhuru, kanuna karşı genel bir ayaklanmanın baş göstermesi, fiilî ve mücbir ve fakat kamuya zararsız ve hattâ faydalı eylemlerin hukukileştirilmesi için daha uygun bir yol bulunmaması, suçları ve suçluları normal araçlarla önlemek ve ele geçirmek imkânsızlığa yakın bir zorluk göstermesi, takip ve tecziyenin hemen tatbikından devlete bir gaile âriz olarak kamuya fayda yerine zarar geleceği maddileşmiş mertebe şüphesiz bulunması, tenfizin askerlik ve benzeri hizmetlerden kaçınmak gayretinde olanların bu istiklerine tavassut sonucuna varması gibi vaziyetlerde erteleme ihtiyacı vârit olabilir.

D : **MERCİ** — Erteleme,daimî ise, özel kanunun gösterdiği merci tarafından tatbik olunur. Fakat, geçici erteleme kanunları adli merciler tarafından tatbik olunmalıdır. Siyasi ve İdari ve Askerî mülâhazalar, erteleme kanununun tertibiyle tatmin ve temin edilmiştir. Artık kanunda yazılı hudut ve şümulü tâyin kazai bir iştir. Ertelemeden maksat, tesadüf veya iltizami tatbikler olmadığına ve işlerin kanuna intıbak ettirilmesi bir ihtısas istiyeceğine göre, Ertelemenin adli makamlar tarafından uygulanması gayet tabiî ve halin icabıdır. Şayet, önemli bir endişe varsa, idarenin adli kararları üst kaza mercilerinde tetkik ettirmek imkânına sahip olması ve bu murakabeyi üst makamın çabuk ifa etmesinin bir kaide olmasıyla, asayiş memurluğundan tevelüdedebilecek endişeler izale ve kanuni gaye temin edilebilir. Ertelemenin idare eline geçmesi, tarihin iyi misaller kaydetmesine yaramamıştır.

Bununla beraber, Anayasanın, idareye takip ve tecziyeyi kendi görüşüyle durdurmak yetkisi tanımak suretiyle, muvakkat da olsa, kazai faaliyete bir müdahale vesilesi ihdasına göz yumacağı sanılamaz.183 sayılı kanun Anayasanın erteleme hukmünü almasından önce tertibedilmiş ve 521 sayılı kanun ise bir ekten ibaret bulunmuş ve tavzihten ileri bir ifade taşımamış bulunmaları itibariyle emsal sayılmazlar.

Diğer muvakkat erteleme kanunları ise, idareye tatbik yetkisi tanımamışlardır.

E : ŞART — Erteleme bir kanun boşluğu iras eder. Adaleti, müddet ve şümulü ölçüsünde felce uğratır. Durumun, kamu emniyet ve asayişini

kökünden ve yok yere sarsmaması ve erteleme hükümlerinin gerekmiyen kişilere ve yerlere ve zamana kadar vardırılmaması için:

1 — Ciddî, katî ve kamu menfaatlerine uygun ve hiç olmazsa zararsız bir hal ve sebepten doğması, mevhum, mefruz düşünce ve ihtimallerden veya başka suretle bertaraf edilmesi mümkün hallerin büyütülmüş ve vesile edilmiş olmaması

2 — Durumları bir olanların hepsine seyyanen teşmil ve tatbik edilmesi

3 — Sebep, açıklanarak, kanunların niçin durdurulduğunun bildirilmesi lâzımdır.

F : ŞEKİL — Erteleme, Ferdî veya müşterek olabilir. Lâkin Umumi, yani herkese şâmil bir erteleme, ancak önemsiz bir suça veya durması kamu nizamına tesir etmiyecek özel bir kanuna inhisar etmek kaydıyla düşünülebilir. Sakatlığı anlaşılmış bir kanun maddesinin daha iyi bir şekle getirilmesine çalıştrken, tadil neticesine kadar tatbikın devamı mahzurlu görülünce, bu maddenin tatbikı umumi olarak durdurulabilir. Yer sarsıntısı gibi âfetlere ugrıyan bir memlekette takip ve tecziyenin bir müddet, tehiri, müşterek bir ertelemedir.

Ğ : **ŞÜMUL** — Ertelemenin sahası, onu doğuran zaruretin alanından ibaret olursa da:

1 — Her hangi bir suç veya ceza için uygulanabilmesinde engel yoktur. Şu kadar ki, para cezasına ve fer'î cezalara mâtuf ertelemelere gerekçe bulmak zordur.

Suçun teşebbüs derecesinde kalması veya tamam olması, suçta veya suçluda cezayı hafifletici veya ağırlaştırıcı sebeplerin bulunması bir fark ihdas etmez.

2 — Suçun veya suçlunun takibi, özel bir tahkik veya muhakeme şekline tâbi bulunması yahut takibin şikâyet veya karar gibi bir bağı olması ertelemeye engel olamaz.

Şahsi dâva yoluyle takibine müsamaha edilen suçlara ve bu suçlardan mütevellit cezalara da sâridir. Zira, Devlet cezalandırma hakkını durdurmuştur. Bunun karşısında, takip hususuna munhasır bir farktan faydalanılarak, özel veya tüzel bir kişi başkalık iddia edemez.

3 — Erteleme, asli veya fer'î suç ortaklarına, hukuki olarak geçer. Ancak ferdî ertelemelerde, kişinin bir özelliğini âmil olmuşsa, şerikleri istisna edilirler.

4 — Ertelemenin, her kişi hakkında ayrı ayrı birer kararla, tahkik ve infaz safhasında C. Savcıları ve kamu dâvası sırasında mahkeme veya sorgu hâkimi taraflarından belirtilmesi ve ilgililerin bu kararlara karşı itiraz haklarının bulunması, işlerin selâmetini sağlar. İnfaz safhasındaki tereddütleri mahkemeden karar alarak izaleye C. M. U. K: 402 inci maddesi hükmü yeter.

H : **VASIF** — Ertelemenin sebep ve gayesine göre, şu vasıfları haiz bulunması gerekirse de, kanunun, esaslarını ihlâl etmiyecek itisnalar kabul etmesi elbette mümkündür

1 — Erteleme kayıt ve şarta bağlanabilir. Bu bağların ertelenmeyi kösteklememesi gözönünde tutulur. Ertelemeyi sağlayıcı şartlarda ısrar, eşitliği ortadan kaldırabilir. Nakdî kefalet gibi bir şart, ertelemeyi malî iktidar sahiplerine hasreder. Paranın cüz'î olması ise teminatta ciddiyet bırakmaz.

Ertelemeyi bozucu şartlara riayetin mecburi olması gerektir. Fakat bu şartlar tesbit olunurken ifrata gidilirse, yaşama yollarını bağlayıcı, cezayı sürgüne çevirici bir tesir yapar. Söz gelimi, belli bir sahadan dışarı çıkamamak şartı; geniş lâkin hakeret imkânı bulunmayan bir Cezaevine kapatma neticesi hâsıl eder.

Sanık ve hükümlülerin, mükerrirlerin aynı şartlara bağlanmaları âdil olmaz.

2 — Erteleme reddolunabilir. Gerçi şimdiye kadar çıkarılmış erteleme kanunlarımız bu yolda kesin bir iddiaya müsait değildir. Lâkin askerî erteleme ret götürmez tabiatta iken, Darülharp kanunu isteğe bırakmıştır. Bu itibarla bir tefrik yapmak, ertelemenin mevzuu ve gayesi elverişli ise ret hakkı tanımak muvafık olur. Zira, Sanık ve hükümlü erteleme yüzünden telâfisi kabil olmıyan zararlara mâruz kalabilir. Bir suçtan dolayı, hem ceza çektirmek, hem de infazı geçiktirmek suretiyle katlama acı duyurmak, cezayı ıslah edici olmaktan çıkarır.

Borcunu Ödemek İstiyen kişi karşısında, Devletin temerrüdetmiş sayılmaması için, durumunu mazur gösterecek mâkul sebepler dermeyan etmesi gerekir.

Maddî bir imkânsızlıktan doğan ertelemeyi ret, elbette, hukuki bir mâna ve kıymet ifade etmez. Bununla beraber, mutlak olarak, ertelemenin reddedilemiyeceğini beyana anayasanın müsaade edeceği meşkûktür. Hiç bir mahkeme görev ve yetkisi içindeki dâvalara bakamamazlık edemez. Erteleme kanunları, anayasanın 60 ıncı maddesindeki bu hükme aykırı git-

meksizin, mahkemelerin yetkisini kaldırdığını, hukuki mesnetleriyle anlatmadıkça, bir istisna kaydedemez.

Ertelemeyi ret, affı redde benzemez. Çünkü, takip ve tecziye bakidir.

Ertelemeyi reddeden hakkında takibin tevkifsız cereyanı mecburi olamaz. Zira, her ret bir mâsumiyet alâmeti sayılmaz. Sanık umduğu durumun değişmesi üzerine savuşabilir. Takibe rıza gösteren, icaplarına da razı olmuştur. Sözü geçmiş kanunlarda görülen ret hakkı ve takibin tevkifsiz cereyanı hakkındaki hüküm şartlı affa aittir.

3 — Erteleme, içtima kaidesinin tatbikına engel değildir. Gerçi, karışıklıklar çıkabilir. Lâkin, sanığın ihtiyarıyla vâkı olmıyan bir erteleme yüzünden, içtima kaidesiyle temin edeceği faydadan mahrum kalması tecviz edilemez. Sanığın ertelemeyi kabul edişi, içtima dolayısiyle sağlayacağı faydadan feragat ettiğine delâlet etmez. Zira çok fayda gördüğü ve bu tartma ile ceza tenzilâtından vazgeçtiği söylenemez.

4 — Erteleme infazı başlatmadığı ve tamamlatmadığı için, ertelenmiş mahkûmiyetin mükerrirliğe esas olmıyacağı bedihîdir. Fer'î cezaların ertelenmesi caiz olmadığına kaaniiz.

5 — Erteleme, Türk Ceza Kanununa göre yapılan tecile mâni olmaz; ancak, cezanın tecil edilmesi niyet ve maksadıyla da olsa, takibe devam edilemez.

Tecil ile erteleme karşılaştığı takdirde, tecilin kendi vasıf ve şartlarında bir değişiklik olmaz. Şu kadar ki, müeccel cezanın infazı icabedince, erteleme buna mâni olur.

Mahkemenin bir çeşit şartlı af salâhiyetinden ibaret bulunan tecile, Büyük Millet Meclisinin erteleme kanunu çıkararak taarruz etmiş olması vârit görülmez.

6 — Erteleme, zamanaşımını durdurmaz. Şu kadar ki, 1111, 4575 sayılı kanunlarda olduğu gibi, istisnai bir hükümle zamanaşımı durdurulabilinir.

Asıl kaide, Zamanaşımının cereyanıdır. Anayasa, bu kaideyi esas saymasaydı, milletvekilleri hakkındaki ertelemenin zamanaşımını durduracağını açıklamaya lüzum görmezdi.

Türk Ceza Kanunu ise, ceza zamanaşımını durdurucu bir sebep kabul etmemekle beraber, diğer hallerde de durduran ve kesen sebepleri birer birer sayarak tahdidetmiştir. Ertelemeyi bu haller arasında saymamıştır. Kıyas için ne imkân, ne de sebep var.

Ertelemenin zamanaşımını durdurması daha muvafık olursa da bunu erteleme kanunlarının açıklaması gerekir. Nitekim, daimî erteleme kanunlarında bu yolda hükümler var.

7 — Erteleme ile durmuş takip ve tecziyeler, henüz erteleme devam ederken, kamu dâvasını veya cezayı düşüren sebeplerden birinin hudusu halinde ortadan kalkar. Bu suretle, sukut takdirinde, artık mevzu kalmiyacağından, erteleme ve varsa tahditleri de kalmaz.

8 — Erteleme şahsi haklara tesir etmez. Kanunda bu cihetin açıklanmış olup olmaması bir fark ihdas eylemez. Zira, erteleme, Devletin cezalandırma hakkına taallûk ve inhisar eder. Nitekim erteleme kanununlarında yalnız takip ve tecziyeden bahsolunur. Hattâ, ekseriya şahsi hakların masuniyeti tasrih olunur.

Şahsi hak dâvalarına ertelemeden sonra, ceza mahkemelerinde bakılmaz. Çünkü, zımnında yürüdükleri ceza dâvaları durmuştur. Ceza mahkemelerinde görülmekte olan tazminat ve yaş tashihi dâvalarına artık hukuk mahkemelerinde bakılır.

Şahsi hak icraları devam edeceğinden, ceza ilâmlarının bu hakka mütaallik kısımlarının tenfizi sekteye uğramaz. Mahkeme masrafları Hazinenin şahsi hakkıdır.

Tazminat kabîlinden olan para cezalarına ait dâvalara da ceza mahkemelerinde bakılmaması iktiza eder.

9 — Erteleme, zabıt, müsadere ve istirdadedilmiş malların sanığa, ariyet suretiyle dahi, iadesine müsait bulunmaz. Fakat, suç delili olarak hüküm kesinleşinceye kadar muhafazasına lüzum görülmiyen ve müsadereye tâbi olmıyan ve sahibine teslimi özel bir kanunla menedilen yani imhası veya resmî bir mercie verilmesi gereken şeylerden olmıyan maddelerin mahkeme kararıyle müstahiklerine iadesi caizdir.

10 — Erteleme, doğrudan doğruya takibe ve tecziyeye ait olmıyan işlerin görülmesini menederek hukukki zaruretleri tazyik ve zarara sevk etmemesi uygun olur. Gecikmesinde mazarat bulunan bir muayene veya tesbitin ifası, ileride mümkün olmıyacaksa, böyle muameleler birer tahkik işinden ibaret olmaları hasebiyle caiz sayılmalıdır. Bunun gibi, muhafazası müşkül ve imkânsız bir maddenin erteleme sebebiyle dokunulmaz hale gelerek çürümiye terkedilmesi mâkul olmasa gerektir.

Lâkin, kesin bir zaruret olmadıkça muamele kabîlinden olan işlerin dahi olduğu gibi bırakılması ve ilgililerin buna itiraz haklarının bulunması lâzımdır.

11 — Erteleme, hazırlık tahkikatının icrasına ve devamına engel olmaz. Çünkü, tahkik, ne takiptir, ne de tecziyedir. Gerçeği meydana çıkarmak ve bütün ilgililerin haklarını korumak için yapılan bir iştir. Yine tekrar etmek icabetti ki, devlet cezalandırma hakkından vazgeçmemiştir. Şu halde, tahkika mahal ve sebep mevcuttur.

Mademki, delillerin toplanması yani tahkik durmuyor, bunun selâmetini temin hususunda bir tedbirden ibaret bulunan tevkife de mâni tasavvur edilemez. Ancak, tevkif sebepleri, takip ve tecziyeyi sağlama gayelerine teşmil olunamaz. Tahkik bitince tahliye zaruridir.

Takipsizlik kararına yapılacak itiraz, netice itibariyle takibi istihdaf etse bile, tahkikat noktasından da ileri gelebileceği ve bu halde itirazı sonraya bırakmak delillerin zıyaını mucip olacağı için, ertelemenin bu itiraza mâni olacağı düşünülemez. Fakat, takipsizlik kararı kaldırılınca, kamu dâvası açılamaz.

12 — Erteleme, şikâyet hakkının düşmesini mucip olan mehlin cereyanını durdurmaz. Zira, şikâyet vuku bulmaksızın tahkikat yapılmıyacağı ve sonraya bırakılınca deliller zıyaa veya za'fa uğrıyacağı ve şikâyet bir takip ve tecziye olmadığı için, şikâyetin yapılmasına engel olmıyan erteleme, mehlin cereyanını da kesmez.

VII: ERTELEMENİN LÜZUMU

Ertelemenin tatbikatı ve buna istinadederek tâyin etmek istediğimiz hüviyeti anlatıyor ki, başka suretle önlenmesi imkânsız ihtiyaçlardan doğmaktadır. Mecburi takip sistemi bu ihtiyacı artırmaktadır. İhtiyari takip esasını kabul etmiş devletler, bu esası, erteleme müessesesinin yarıdan çok lüzumunu karşılıyacak hale getirebilirler.

Erteleme o kadar tabiî bir müessesedir ki, bazan fiilî olarak zuhur edip kendiliğinden takip ve tecziyeyi durdurmakta ve kanun sonradan durumu formüle etmektedir. Demek ki, müesseseyi yersiz saymak mümkün ve caiz değildir.

Her hukuk müessesesi gibi, şüphesiz ki, ertelemeden de zararlar doğabilir. Fakat, yerinde ve zaruret ölçüsünde tatbik olunarak bu zararlar azaltılabilir.

Erteleme bir fayda müessesesi olmaktan ziyade, bir zararı uzaklaştırma yoludur.

Ertelemenin adaletle oynama olmadığı iddia edilemez. Lâkin, keyfî olmadıkça, mazur görmek zaruridir. Yeter ki, bu yetkiye tasarruf olunurken, memleket asayiş ve emniyetiyle kökten ilgili bir iş görülmekte olduğu unutulmasın.

Erteleme yerine af geçemez. Kuruluşta amaçları tamamiyle ayrıdır. Erteleme müessesesi mevcut değilse, ihtiyacı af suretiyle izale gerekir ki, bu bir ifrat olur.

Bugünkü mevzuatımız, ancak daimî erteleme ihtiyaçlarını karşılıyacak mahiyettedir. Geçici ihtiyaçları, zuhur ettikleri hal ve şartlara göre tertibedilecek kanunlarla karşılamak gerekir.

VIII: ERTELEME ve YARGI ERKİ

Ertelemenin yagı erkiyle tearuz ettiği yolundaki görüşlere karşı, şu sözleri de kısaca bahse katalım ki, Anayasanın ertelemeyi hükümleri arasına almasındaki ilk mâna ve isabet, bu gibi telâkkileri bertaraf etmek olmuştur.

Bununla beraber, erteleme, takip ve teczıyeyi ortadan kaldırmamakta ve yalnız geçici olarak durdurmaktadır. Bu hareketi, hâdiselerin icaplariyle ihtiyar ettiği zaman mazeret ve zaruret aşıkârdır. Ekseriya ise, fiilî olarak durmuş Adli faaliyet hukuki bir şekle bağlamakta ve böylece vaziyeti mazbut bir hale getirmek ve mağdurluklara meydan vermemek endişesi izhar etmektedir.

Kanuni erteleme, Kaza Kuvvetine müdahale maksadından uzaktır. Belki adalete ferahlık sağlamaktadır.

IX: SONUÇ

Şu sonuca varıyoruz ki, erteleme tarihî ve lüzumlu bir müessesedir. Aftan ayrı bir varlıktır. Esasta belli ve tatbikatla şekilli bir hüviyeti vardır. Ancak, daha mazbut ve olgun bir hale getirilmek ihtiyacındadır.

Bu sebeple, ertelemeye esas hatları tesbit olunarak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda müstakil bir bölüm ayrılması ve hâdiselere göre tâyini icabeden teferruatın geçici erteleme kanunlarına bırakılması faydalı olsa gerektir.

Normal zamanlarda, daimî erteleme kaideleri, kanunlara karışık ve ferdî olarak uygulandıklarından, göze çarpmaksızın ve camia hayatında bir iz bırakmaksızın işlerler.

Harb gibi hallerde, çıkarılacak geçici erteleme kanunları ise, kamu hayatında tesir edecek mahiyeti ve önemi haizdirler.

———o———

KAMU HUKUKUNDA TARD VE TEB'İD

Yazan: **Nevzat GÜRELLİ**
İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku
ve Ceza Usul Hukuku Asistanı

I — Mefhum. 1 — Bir tedbir olarak tard ve teb'id. 2 — Bir ceza olarak tard ve teb'id. II — Kimler tard ve teb'idedilebilir? 1 — Yabancılar. 2 — Vatansızlar. 3 — Vatandaşlar. III — Tard ve teb'idde usul. IV — Tard ve teb'idin neticeleri. V — Tard ve teb'idin tatbikında meydana çıkan güçlükler, mahzurlar ve Birleşmiş Milletler Teşkilâtının faaliyeti. VI — Netice.

I — **Mefhum:** Tard ve teb'id, Devletin bazı mülâhazalara binaen ülkesinde bulunmasını mahzurlu gördüğü kimseleri sınırlarının dışına çıkarması ve tekrar müsaade etmedikçe ülkesine girmelerini menetmesidir (1). Devletler hâkimiyetlerine istinadederek, emniyet ve iç nizamlarını korumak için daima bu vasıtadan istifade etmişlerdir. Hattâ ilk zamanlarda bir ceza müessesesi olarak bu usul çok yaygındı. Eski Yunan kanunlarında adam öldürme ve mukaddes zeytin ağaçlarını tahrip gibi suçların faillerine, mahkeme hükmünü vermeden memleketten çıkarak, cezadan kurtulmak hakkı veriliyordu. Eski İbrani hukukunda da vaziyet buna benzer bir şekilde idi. Orta çağlarda İngiltere'de de bazı suçların failleri 40 gün içinde suçlarını itiraf ederek yabancı bir ülkeye sığınabilirlerdi. Artık bundan sonra ayrıca mahkemeye lüzum kalmadan bu gibi kimseler itiraf ettikleri suçun failleri sayılırlar ve ancak kıralın müsaadesiyle memlekete dönebiilrlerdi. Tarihte suçtan mücerret olarak da teb'idler yapılmıştır. Bunlar daha ziyade siyasi mülâhazalarla vâkı olmuştur. Bilhassa site - devlet devrinde siyasi partiler muhaliflerinden bu usulle kurtulmak yolunu tutarlardı. Fakat modern devletin teessüsiyle, devletin hâkimiyeti pirensipi tebellür etmiş, devlet ve tebaa birbirinden ayrılamaz iki unsur haline gelmiştir; tebaayı hudut dışı etmek usulü hemen tamamiyle terk edilmiştir. Bundan sonra gelen millî birlik mücadeleleri ve Birinci Cihan Harbini takibeden diktatörlük rejimleri zamanların-

(1) Sevig: S. 217. Dubois: S. 254. Repertoire: S. 108.

da da muhtelif suretlerle insanlar memleketlerinden dışarı çıkmak zorunda bırakılmışlardır (2). Tarihî bünye ve çehresini aynen muhafaza etmemekle beraber tard ve teb'id usulü zamanımızda da siyasi, içtimai, iktisadi ve hukuki önem arzeden bir müessese olarak devam etmektedir.

1 — Bir tedbir olarak tard ve teb'id : Son zamanlarda münakale vasıtalarının tekâmülü insanların bir memleketten diğer memleketlere seyahat etmelerini çok kolaylaştırmış ve gerek seyahat ve gerek iş bulmak maksadiyle bazı memleketlere dünyanın her tarafından yabancılar gelmeğe başlamıştır. Bu suretle yabancılar, zamanımızda her devletin âmme emniyeti, âmme menfaati mülâhazaları ile üzerinde önemle durması iktiza eden bir unsur haline gelmiştir. Yerli işçiye rekabet ettiği zaman yabancı işçi hoş görülmemiştir. Memleketin âsayişini bozduğu zaman yabancılara iyi gözle bakılmamıştır. Zaten yabancılar içinde bulundukları durum icabı sosyetenin sükûnunu bozmağa müstaittirler; çünkü alışmadıkları bir içtimai nizama intıbak etmekteki güçlükler, içinde yaşadıkları sıhhi şartların, mesken ve gıda durumlarının bozuk olması onları suç işlemeğe sevketmektedir (3). Böyle vaziyetlerde ön plânda kendi vatandaşlarının menfaatlerini korumakla mükellef olan Devlet ekseriya yabancıları sınır dışı etmekte fayda görmektedir. Devletler umumiyetle bu işi idari bir kararla yaparlar (4). Böylece idari bir tedbir şeklinde manzur olan tard ve teb'id Devletin en tabiî haklarından sayılmıştır. Devletler Hukukunda da, hâkimiyetlerinin bir neticesi olarak devletlerin teb'id hakkı kabul edilmiştir (5). «Devletin tard ve teb'id hakkı o derece bâriz-dir ki yabancıların tebaaya temsili bir mukavele ile şart kılınsa bile tard ve teb'id muamelesinden vâreste kalamaz» (6). Osmanlı Devleti kapitülâsyonlarda bile bu hakkını tahdit ve takyidetmemiştir. 1740 tarihli Fransız kapitülâsyonunun 20 inci maddesinde : «Bilcümle eğer karada ve eğer deryada kendi halinde yürüyen Fransalı olup aman üzere gelip giden tüccar taifesi ve Avrupa tacirleri ve tercümanları ve sair adamları... ilâh» denilmiş ve 32, 36 ve 84 üncü maddelerinde hep «kendi hallerinde yürümeleri» ve «dostluk merasimine ve sadakat levazımına halel getirecek hareketten mücanebet eylemeleri» şartı tekrar edilmiştir (7). Tard

(2) De Ruggiero: S. 687 ve müt.
(3) Fatou: S. 317.
(4) Sevig: S. 218. Repertoire: S. 109. Bekaert: S. 126.
(5) Sevig: S. 219. Repertoire: S. 111.
(6) Sevig: S. 219.
(7) Sevig: S. 218.

ve teb'id hakkı toplu bir halde sınır dışı etmeyi de ihtiva eder. Zamanımızda bu usul ancak harb esnasında kullanılmaktadır.

Devletler mevzuatlarında tard ve teb'id sebebi olarak pek umumi tâbirler kullanmışlar ve bunun takdirini idarenin ilgili ve yetkili makamına bırakmışlardır. Ancak, son zamanlarda keyfî sınır dışı edilmelerin aleyhinde bir cereyan vardır. İdare bu takdir hakkını kullanırken hakiki sebeplere istinadetmelidir, aksi halde devletin mesuliyeti kabul edilmelidir; deniyor (8).

Memleketimizde de tard ve teb'id idari bir tasarrufla yapılır. 15 Temmuz 1950 tarih ve 5683 sayılı «Yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatleri hakkındaki kanun» un 19 uncu maddesine göre: «İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terk etmiyenler sınır dışı edilebilirler.»

Aynı kanunun 21 inci maddesinin ilk fıkrası mezkûr kanuna istinaden sınır dışı etmelerde İçişleri Bakanlığını yetkili kılmıştır.

Görülüyor ki kanun vâzıı tard sebebi olarak muayyen ve müşahhas hâdiseler saymamış, takdirini İçişleri Bakanlığına bıraktığı umumi emniyet, siyasi ve idari icaplar gibi pek müphem ve umumi tâbirler kullanmıştır. Buna sebep müessesenin mahiyetidir. Yabancıların bir memlekette ne vakit tehlikeli addedilebilecekleri meselesi zamanın şartlarına göre değişen bir şeydir. Bir memlekette muayyen bir şekilde yaşayan bir yabancı, şimdi hiç bir tehlike arzetmediği halde bir müddet sonra, yaşama tarzını değiştirmediği halde haricî şartların değişmesi yüzünden mevcudiyeti memleket için zararlı sayılabilir. Bu yüzden tard ve teb'id sebeplerini önceden müşahhas olarak tâyin ve tesbite imkân yoktur. Ancak bu mevzuda kanunumuz üzerinde durulması iktiza eden bir hükmü ihtiva etmektedir. Gerçekten 5683 sayılı kanunda «Yabancıların Türkiye'yi terke davet veya sınır dışı edilmeleri halleri» başlığı altında biraz önce zikrettiğimiz 19 uncu maddede «muzır şahıslar» tâyin edilmekte, 20 nci maddede ise «pasaportlarını yenilemiyenler» matlabı ile şu hüküm sevkedilmektedir: «Usulüne uygun olarak Türkiye sınırlarına girmiş oldukları halde pasaportlarını zayi etmiş olan veya pasaportlarının hükmü kalmamış bulunan yabancılar, kendilerine ilgili makamlarca res-

(8) Sevig: S. 219. Repertoire: S. 112.

men ihtar vuku bulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde pasaport veya tâbiiyet ilmühaberi almağa mecburdurlar.» 20 nci madde bu mecburiyeti koymakla iktifa edip müeyyidesini ayrıca tasrih etmemektedir. Maddenin dâhil olduğu hükümler silsilesi sözü geçen hükmün müeyyidesinin sınır dışı edilme olduğunu ibram etmektedir. Hal böyle olunca, sınır dışı edilme, kanunumuz tarafından böyle muayyen ve müşahhas bir sebebe de bağlanmış oluyor demektir.

5683 sayılı kanunun 21 inci maddesinin 2 nci fıkrası salâhiyet bakımından önemli bir hükmü ihtiva etmektedir. Bu fıkraya göre: «İçişleri Bakanlığı lüzum göreceği sınır ve sahil illerine memleketin umumi güvenlik ve nizamı noktasından derhal çıkarılması lâzım gelen yabancıları istizan etmeden sınır dışı etmek yetkisini verebilir. Bu iller bu yetkiye göre işlem yaptıkları takdirde keyfiyeti mucip sebeplerle birlikte İçişleri Bakanlığına bildirmeğe mecburdurlar.

Demek ki memleketimizde tard ve teb'id salâhiyeti kaideten İçişleri Bakanlığına aittir. Ancak, memleketimizin emniyeti alyhine çalışmak için en müsait bölgeler sınır ve sahil mıntakaları olduğundan ve buralardaki yabancıları sınır dışı etmekte çok defa kolaylık bulunduğundan İçişleri Bakanlığı hudut ve sahil bölgelerindeki vilâyetlere lüzum göreceği zaman yabancıları tard salâhiyetini verebilir. Sözü geçen iller İçişleri Bakanlığına sormadan Türkiye'de bulunmaları umumi güvenliğe ve siyasi ve idarî icaplara zararlı bulundukları yabancılar sınır dışı edilebilirler. Fakat böyle bir muamaleden sonra İçişleri Bakanlığına yaptıkları işlemi gerekçesi ile birlikte bildirmeğe mecburdurlar.

Netice itibarile, idari bir tedbir olarak tard ve teb'id, Devletin hâkimimiyetine istinaden ülkesinde bulunmalarını menfaatlerine uygun görmediği şahısları hudutları haricine çıkarması ve onları tekrar ülkesine girmekten menetmesi şeklinde manzur oluyor.

2 — Bir ceza olarak tard ve teb'id: bazı memleketlerin ceza mevzuatında tard ve teb'idin aynı zamanda bir ceza olarak da yer aldığını görüyoruz. Bu halde tard ve teb'ide bir mahkemenin karar vermesi lâzım gelmektedir. 1937 tarihli İsveçre Ceza Kanununun 55 inci maddesine göre «hâkim ağır hapse veya hapse mahkûm edilen yabancıları üç seneden onbeş seneye kadar İsviçre topraklarından tard edebilir. Tard ve teb'id Devlet için külfeti mucip olmayan bir ceza olmak dolayısıyle kabul edilmesi faydalı bir ceza gibi görünse de bir çok bakımlardan tenkide şayandır (9).

(9) Logoz: S. 237 ve müt. Dupois: S. 260.

Evvelâ bu ceza, cezaların müsaviliği prensipine aykırıdır; çünkü aynı suçu işleyen vatandaş ile yabancı aynı içtimai muhitte yaşadıkları halde ayrı ayrı cezalara çarptırılmış olacaklardır. Meselâ uzun müddettenberi aynı sokakta kapı komşusu olarak yaşamakta olan biri yabancı biri vatandaş iki şahıs bir suçu asli iştirak halinde ika etseler ve meselâ ikisi de üçer sene ağır hapse mahkûm olsalar, yabancı için bu ceza yalnız üç sene ağır hapis değil, buna ilâveetn aynı zamanda sınır dışı edilme cezası da bahis mevzuu olacaktır.

Saniyen bu ceza, cezanın gayelerine de uygun değildir; çünkü tard ve teb'id cezası, cezadan beklenen uslandırma ve ıslah gayelerine hizmet edemez.

Modern ceza telâkkilerine göre tard ve teb'idin bir ceza olarak kabul ve tasvibedilmesi doğru görülmez.

II — Kimler tard ve teb'id edilebilir? Bir kimse bir Devletin ya vatandaşıdır ya yabancısıdır veya vatansızdır. Bu üç katagari şahıslar tard ve teb'id mevzuunda önem arzederler. Çünkü kaideten yabancılar tard ve teb'id edilir. Bir kimsenin vatansız olması onun sınır dışı edilmesi bir çok mahzurlar tevlideder. Vatandaşın teb'idi ise zamanımızda pek istisnai bir muameledir. Bu sebeplerden dolayı tard ve teb'ide mâruz kalan kimsenin vatandaş, yabancı veya vatansız oluşu çok mühimdir. Şimdi sıra ile bu üç hali inceleyelim:

1 — Yabancılar : Yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatleri hakkındaki 5683 sayılı kanunun 19 uncu maddesi Yabancıların Türkiye'den çıkmağa davet edilebileceğinden bahsediyor. Demek ki bu kanuna göre Türk vatandaşı hudut dışı edilemez. Türk Vatandaşlığı Kanunu müspet bir tarzda kimlerin ecnebi olduğunu tesbit etmemektedir. Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 Cenevre toplantısında şöyle bir tarif kabul edilmiştir. «Devlet içinde aktüel bir tâbiiyet hakkı olmıyan kimseler yabancıdırlar (10) Celse başkanı M. Albéric Rolin aktüel kelimesinin muayyen bir müddet içinde vatandaşlığı talebe hakkı olan yabancılar için konduğunu beyan etmiştir. Bu tarife nazaran bir Devletin tebaası olduğunu aktüel bir hak şeklinde dermeyan edemiyen kimse o Devletin yabancısıdır. Her devlet kendi iç hukuku ile kimlerin vatandaş olabileceğini tâyin ve tanzim eder. Bizde bu hususu 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu tanzim etmiştir. O halde Vatandaşlık Kanunumuza göre Türk

(10) Repertoire: S. 5. Annuaire de l'Inst. T. VIII, P. 187. (Bekaert: S. 14, not 1 den naklen).

vatandaşı sayılmıyan kimseler (Türk vatandaşlığına geçmek için gereken şartları haiz olup da hali hazırda Türk vatandaşı olmamış kimseler de dâhil olmak üzere) yabancıdırlar. Yabancılar kanununun sarih ifadesine mebni lüzum görüldüğü takdirde salâhiyetli makamlar tarafından sınır dışı edilebilirler.

2 — Vatansızlar: Bu katagori şahıslar tard ve teb'id bahsinde, bilhassa hudut dışına çıkarılmaları halinde meydana çıkan güçlükler bakımından önemlidir. Fransızcada «apolides», «apadrides» ve «heimotlosen» kelimeleriyle ifade edilen vatansızlar üç gurupa ayrılabilirler (11) :

a) Tâbiiyetlerini her hangi bir suretle kaybettikten sonra yeni bir tâbiiyet iktisabedemeyip hukukan ve fiilen vatansız olanlar. Bu nevi vatansızlar pek azdır ve bu azlıklarına binaen o kadar ehemmiyet arzetmezler.

b) Hukukan bir vatanları olduğu halde fiilen artık bir vatanları olup olmadığı belli olmayanlar. Meselâ daima memleket memleket gezen göçebeler, çingeneler bu gurupa girerler. Durmadan yer değiştirmek, aradan geçen uzun zaman sonunda bunlara ilk çıktıkları memleketin tâbiiyetini untturmuş ve kaybettirmişir.

c) Hukukan ve fiilen vatanları olup da, vatanlarile normal bağlarını kesmiş olan kimseler üçüncü gurupu teşkil ederler. Meselâ bir ihtilâl neticesinde memleketlerini terk etmiş olup ve tekrar döndükleri takdirde, kendi ölüm mahkûmiyetlerini imzalamış olacaklarından memleketlerine dönemeyenler; ezcümle bolşevik ihtilâlinden sonra Rusya'dan kaçan beyaz Ruslar, İkinci Dünya Harbine tekaddüm eden senelerde İtalya'dan kaçan anti faşistler ve Almanya'dan kaçan Yahudiler bu gurupa girerler.

Bu üç gurupa ayırdığımız vatansızların tard ve teb'idini numara V de inceleyeceğiz.

3 — Vatandaşlar: Eski devirlerde vatandaşların da tard ve teb'idi usulü cari idi.. Eski Yunan'da buna otrasizm denirdi. (12). Fakat zamanımızda vatandaş kaideten sınır dışı edilmez. 7 zilhicce 1293 tarihli Kanunu Esasimizin 113 üncü maddesinde : - Hükümetin emniyetini ihlâl ettikleri idarei zabıtanın tahkikatı mevsukası üzerine sabit olanları memaliki mahrusai şahaneden ihraç ve teb'idetmek munhasıran zatı hazreti padişahinin yedi iktidarındadır; denilmekte idi. Bu fevkalâde bir istisnai hükümdür ve halen mer'i olan Anayasamızda böyle bir salâhiyet hiç bir makama verilmemiştir.

(11) Roux: S. 248 ve müt.
(12) Sevig: S. 218.

III — Tard ve teb'idde usul: Tard ve teb'idde takibedilecek usuli muameleler tard ve teb'idin idari bir tedbir veya ceza olacağına göre değişecektir. Ceza mahiyetindeki sınır dışı etmelerde tard kararını bir mahkeme verecek ve bu kararı adli makamlar infaz edecektir. Daha çok ehemmiyet arzeden idari tard ve teb'idde tard kararı vermek tabiidir ki icra organına yani hükümete aittir. Fransa'da olduğu gibi (13) bizde de kaideten tard kararını İçişleri Bakanı verir. Bundan başka İçişleri Bakanlığının lüzumu halinde kendilerine bu hususta salâhiyet verdiği sahil ve hudut vilâyetleri de tard ve tab'id kararı verebilirler. Tard ve teb'id kararını verebilmek için idari bir tahkikata lüzum vardır. Çünkü sınır dışı edilmesi düşünülen yabancının, sınır dışı edilmesi gerektiğini kestirebilmek için başka yol yoktur. Tard kararının esababı mucibeli olması zaruri değildir. Ancak vilâyetler tard kararı verdikleri zaman, bunu esbabı mucibesile birlikte İçişleri Bakanlığına bildirmeğe mecbudurlar. Bir yabancının sınır dışı edilmesi karar altına alınınca 5683 sayılı kanunun 19 uncu maddesine göre kendisine Türkiye'den çıkmak üzere muayyen bir mühlet verilir. Bu mühletin süresinin tâyini de idarenin takdirine bırakılmıştır; verilen müddet zarfında Türkiye'yi terk etmediği takdirde hakkında tard kararı verilen yabancı sınır dışı edilebilir. Sınır dışı edilenlerin yol masrafları kendilerine aittir. Bu masrafları ödemekten âciz olanların sevkleri Devletçe temin edilir. (sözü geçen kanun m. 22 son fıkra)

IV — Tard ve teb'idin neticeleri : Hakkında tard kararı verilen kimse kendisine verilen muayyen müddetin sonunda memleketi terke mecburdur, etmediği takdirde zorla hudut haricine çıkarılır. Tard kararı idari bir karar olduğundan adliyenin murakabesine tâbi değildir; aynı zamanda «kanunların verdiği salâhiyete dayanarak memleketin iç ve dış siyasetini korumak maksadile gene mahsus kanunda hükümetin takdirine bırakılmış idari muamele ve kararlar» dan olduğundan bir hükümet tasarrufu sayılarak idari kazaya da tâbi tutulamaz (14). Ancak her idari karar gibi idare bu kararı da geri alabilir. Nitekim, 5683 sayılı kanunun 19 uncu maddesinde «sınır dışı edilebilirler» denilmektedir. Yani Bakanlık isterse sınır dışı etme muamelesinden sarfınazar edebilir. İdarenin, bu kararı her zaman geri alabileceği kanunun ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatleri hakkındaki kanunun 22 inci maddesine göre, sınır dışı edilenler İçişleri Bakanlığının hususi müsaadesi olmadıkça Türkiye'ye dönemezler. Müsaadesiz girdikleri takdirde (rupture de ban d'expul-

(13) Fransa'daki usul hakkında bk. Le Cabec: S. 235.
(14) Onar: S. 273 ve müt. Derbil: S. 170 - 171.

sion) denilen suçu ika etmiş olurlar ki hapis ve ağır para cezasını müstezimdir. Burada kanaatimizce, kanun koyucu, sınır dışı edilen yabancının tekrar müsaadesiz gelmesinden az çok bir müddet oturmak maksadı ile gelmesini kasdetmiştir. Yoksa meselâ bir yolcu gemisi ile bir Türk limanına gelse ve gemiden çıkmasa veya transit olarak geçen ve bir Türk hava meydanına muvakkaten inen bir uçağın içinde bulunsa mezkûr suçu ika etmiş sayılmamak iktiza eder. Nitekim Belçıka'da da doktrin bu merkezdedir. (15)... Sözü geçen suç için vazifeli Mahkeme, 5683 sayılı kanunun 27 inci maddesi gereğince sulh Mahkemesidir. Bu suretle mahkûm olanlar cezaları çektirildikten sonra sınır dışı edilirler. Buna benzer bir hüküm 24/7/950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanununun 34 üncü maddesinde vardır; mezkûr maddeye göre: «Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancılar 250 liradan 1250 liraya kadar ağır para veya 1 aydan 6 aya kadar hapis cezasile veya her ikisile cezlandırılır.

Bu gibilerden yabancı olanlar cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilirler.»

5683 sayılı kanunun 26 ncı maddesindeki suç ile Pasaport Kanununun 34 üncü maddesinde derpiş edilen suç arasında şu benzerlikler vardır: maddi unsur hemen aynı gibidir, çünkü iki suçta da müsaade edilmeden Türkiye sınırlarından içeri girmek bahis mevzuudur. Neticede yabancılar iki halde de sınır dışı edilirler. Bu iki suç arasındaki farkları da şöyle göterebiliriz; bir defa birinci suç Türk vatandaşları için mevzuubahsolamaz, sonra faillerin statüleri her iki suçta farklıdır.

V — Tard ve tab'idin tatbikında meydana çıkan güçlükler, mahzurlar ve Birleşmiş Milletler Teşkilâtının faaliyeti: tard ve teb'ide karar vermekte pek fazla zorluğa tesadüf edilmez. Ancak iş tatbik safhasına gelince br çok güçlükler ve mahzurlar kendini gösterir (16). Şimdi muhtelif ihtmallere göre bunları gözden geçirelim:

Evvelâ şunu belirtmeliyiz ki tard ve teb'id (expulsion) ile suçluların iadesi (extradition) birbirinden farklı müesseselerdir. Bu iki müessese arasında kısaca şu farklar vardır (17):

a) İadede, şahsın sınır dışına çıkarılabilmesi için mutlaka bir suç bahis mevzuu olmak lâzım gelir. Halbuki tard ve teb'idde sınır dışına çıkarılacak şahsın suç işlemiş olması şart değildir.

(15) Bekaert: S. 226.
(16) Fatou: S. 317 ve müt. Madray: S. 279 ve müt.
(17) Bolens: S. 8, Repertoire: S. 109 - 110.

b) İade, iade eden devletle iade edilen devlet arasındaki bir anlaşmaya istinadeder. Halbuki tard ve teb'idde tardeden devletin iradesi kâfidir.

c) İadede, iadeye mevzu olan şahıs, iade edilen devletin salâhiyetli memurlarına teslim edildiği halde tard ve teb'idde tardedilen kimseye hangi huduttan çıkmak istediği sorulur.

d) Askerî ve siyasi suç işleyenler iadeye mevzu teşkil etmediği halde tard ve teb'idedilebilir.

Bütün bu farklarına rağmen iadeyi hatırlatan tard müessesesinden iadesi caiz olmıyan suçluların iadesini temin etmek maksadiyle istifadeye çalışılmıştır. Buna maskeli iade (extradition déguisée) denir. Bu hareket hukukan tecviz edilmemelidir. Böyle bir mahzuru önlemek için sınır dışı edilen kimse takibinden kaçtığı memleketin hudutlarından sınır dışına çıkarılmamalıdır.

Hakkında tard kararı verilen bir yabancı veya vatansız bazı sebepler yüzünden memleketi terketmek imkânından mahrum olabilir. Daha önce anlattığımız vatansızların üç katagorisine mensup kimseler kendilerini kabul edecek başka bir memleket bulamıyabilirler veya tardedilen yabancı hudut dışına çıkmak için gereken malî iktidara sahip olmıyabilir. O vakit durum ne olacaktır? Hukukan ve fiilen vatansız olan kimseyi bile bile ülkesine kabul eden bir Devlet, bu şahsa karşı zımnen bazı vecibeler yüklenmiş olur. Çünkü, bu şahsın icabında döneceği bir vatanı olmadığını bildiği halde onu kabul etmiştir. Bu şahıs iltica ettiği devletin emniyeti için sonradan bir tehlike teşkil ederse, o zaman devlet müşkül bir durumda kalmış olacaktır. Bir taraftan, her şeyden evvel korumakla mükellef olduğu kendi emniyeti, diğer taraftan vatansızı kabul etmekle yüklendiği misafirperverlik vecibesi (devoir d'hospitalité) mevzuubahistir (18). Bir de hukukan vatanları olduğu halde fiilen vatansız olanlar tarda mevzu teşkil edebilir. Bunlar ekseriya göçebe hayatı yaşayan kabileler ve çingenelerdir. Böyle bir durumu önlemek için en doğru tedbir bunları huduttan içeri sokmamaktır (refoulement). Mamafih kanunumuz bu ihtimali yalnız salâhiyet bakımından derpiş etmiş ve bu gibileri sınır dışı etme salâhiyetini İçişleri Bakanlığına vermiştir. (5683 sayılı kanunun 21 inci maddesi). Bunlardan başka fiilen ve hukukan vatanları olup da oraya dönmelerinde büyük mahzur bulunanların tardı da bir mesele teşkil eder. Çünkü tardı gereken böyle bir şahsı kendi devletinden başka bir devlet kabul etmezse, onu kendi vatanına göndermek insani duygulara

(18) Roux: S. 258.

aykırı olur. İşte kanun vâzımız yabancıların Türkiye'de ikamet ve seyahatleri hakkındaki kanunun 23 üncü maddesinde şöyle bir hüküm koyarak bu müşkülleri halletmek istemiştir : «Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilip de pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terkedemiyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği bir yerde oturmağa mecburdurlar.» Fikrimizce bu tedbir sözü geçen mahzurlara cevap verebilecek, münasip bir tedbirdir.

Tard ve teb'idleri büyük müşkülât arzeden vatansızlar ve mülteciler mevzuunda Birleşmiş Milletler Teşkilâtının hayırlı faaliyetleri olmuştur. 15 Aralık 1946 da Genel Asamble tarafından kurulan ve OİR rumuzu ile anılan (l'organisation internationale pour les réfugiés) Milletlerarası mülteci teşkilâtı İkinci Dünya Harbine takaddüm eden devrelerde cari olan totaliter rejimler ve İkinci Dünya Harbi yüzünden yerinden yurdundan edilmiş milyonlarca insana yardım etmeğe çalışmaktadır. Bunlardan bir kısmı eski vatanlarına iade edilmiş ve bir kısmına ise yeni vatandaşlıklar temin edilmiştir (19).

VI — Netice : Tard ve teb'id müessesesi; cemiyetin menfaati ile ferdin menfaatinin çarpıştığı vaziyetlerden birini düzenlemektedir; ve taraflar arasında hâkimiyet müsavatı olmadığından kuvvetli tarafın yani devletin dediğinin olacağı tabiîdir. Ancak son zamanlarda gelişen Milletlerarası işbirliği zihniyeti fertlere daha müsait durumlar tanımayı icabettirmektedir. Hiç olmazsa ferde tard kararı karşısında hal ve şartlara uygun bir müdafaa hakkı tanımak lâzım geldiği fikrindeyiz. Çünkü şimdiki haliyle tard ve teb'id müessesei hukuki olmaktan ziyade siyasi bir mahiyet arzetmektedir. Halbuki devletlerin ve fertlerin hareketleri hukuka bağlandığı nispette emniyet ve adaleti temin eder. Tard ve teb'id müessesesini mümkün olduğu kadar hukuka daha fazla bağlamak yolunda hareket ve cereyanlar eksik değildir. Meselâ Milletlerarası Avukatlar Birliğinin (L'Union internationale des avocats) 1931 de La Haye'de, 1932 de Luxemburg'da topladığı kongreler oybirliğiyle «hükümetlerin, dosyayı tetkik teminatile müdafaa teminatını sağlamağa elverişli bir usulü kabul etmeleri» temennisinde bulunmuşlardır. Aynı mesele Fransa ve kolonileri avukatları millî cemiyetinin (L'association nationale des avocats de France et des colonies) 1925 de Rabat'da toplanan kangresinde ele alınmış ve ittifaka yakın bir ekseriyetle şu temenni izhar edilmiştir : «Hükümetlerin yabancıları tard ve teb'idetmek hakları tamamen mahfuz kalmak kaydile, kongre tard ve teb'id tehdidi altında bulunan bütün yabancılara müdafaasını yapabilecek bir müdafi tutmak hakkı tanınması te-

(19) Bu hususta fazla tafsilât için bk. Ce que fait l'onu...

mennisini beyan eder.» (20). Sözü geçen temennilerin yakında gerçekleşeceğini ümidettiğimizi beyan ederek yazımıza son veriyoruz.

Bibliografya:

BEKAERT (H.) : L'expulsion des étrangers et le délit de rupture de ban. (Revue de Droit Pénal et de Criminologie. Bruxelles, 1934, no. 1 p. 1, 1934, no. 2 p. 103, 1934, no. 3 p. 225).

BOLENS (J. J.) : Essai sur l'extradition et la non-extradition des nationaux. 1940 Lausanne.

LE CABEC (Robert) : L'expulsion des étrangers aux termes de l'ordonnance du 2/11/1945 et du décret du 18/3/1946. (Revue Critique de Droit International Privé, 1948, no. 3, p. 235).

CE QUE FAIT L'ONU : Pour aider les réfugiés et personnes déplacées 1949 New york.

DERBİL (Süheyp) : İdare Hukuku, cilt I, Ankara, 1950.

DUBOİS (René) : L'expulsion en droit pénal et administratif (Revue de Criminologie et de Police Technique, Genève 1949, no. 4, p. 254).

FATOU (Raymond) : Apropos du problème des étrangers indésirables et leur expulsion non suivie d'exécution effective. (Revue de Scionce Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris 1936, no. 3, p. 317).

LOGOZ (Paul) : Commentaire du Code Pénal Suisse. (Partie Générale) Neuchatel 1939.

MADRAY (Gilbert) : L'excution des décisions d'expulsion par le droit pénal. (Mélanges dédies â M. le professeur Joseph Magnol, Paris 1948 p. 279).

MAURY (Jacques) : Les affaires TOLEDO et D'Hollander. (Mélanges dédies â M. le professeur Joseph Magnol, Paris, 1948, p. 311).

ONAR (S. Sami) : İdare Hukuku 1 inci cilt 1942, İstanbul.

REPRETOIRE : de Droit international 1930, Paris, tome VIII.

ROUX (J. - A.) : Les «Apolides» et le droit d'expulsion. (Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, 1936, no. 3, p. 248).

DE RUGGİERO (Guido) : Exile; (Encyclopaedia of the social sciences, New York, 1942, p. 686).

SEVİG (Muammer Raşit) : Devletler Hususi Hukuku, birinci cilt, İstanbul 1947.

(20) Fatou : S. 324.

———o———

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜNDE MİKROFON KULLANILMASI

Revue de Criminologie et de Police Technique
Sayfa : 3 - 9 Geneve 1951, No. 1

H. F. PFENNİNGER
Zürich Üniversitesinde Profesör ve
İsviçre Askeri Temyiz Mahkemesi
Reisi

Çeviren :
Ankara Yargıç Adayı
Dr. Mustafa ÇELEBİ

21/Şubat/1949 tarihinde, Bern Kantonu Temyiz Mahkemesinin Ceza Dairesi, hakikati meydana çıkarmak maksadile hâkimin **menedilmiş vasıtalar** kullanmış olduğunu ileri sürerek, Bern şehir mahkemesinin bir kararını nakzetmiş ve bu haberi «Der Bund» gazetesi 1/Mart/1949 tarihli nüshasında «Ceza Muhakemeleri Usulünde menedilmiş vasıtalar» başlığı altında neşretmiştir. Sorgu hâkimi, biri hırsızlık, diğeri yataklık etmek suçundan sanık iki kişiyi haberleri olmadan mikrofon yerleştirdiği kendi odasında bir müddet yalnız bırakmıştır. Böylece iki sanık arasındaki konuşma, bitişik odaya yerleştirilmiş olan bir zaptetme aleti sayesinde madenî şerit üzerine alınmış ve zabıt tanzim edilerek esas duruşma esnasında meydana konmuştur.

Bern Temyiz Mahkemesinin 21/Şubat/1949 tarihli kararı, tam esbabı mucibesile, «Kriminoloji ve Polis» mecmuasında (sayfa 224 ve müteakıp) neşredilmiştir. Bern Temyiz mahkemesine göre hâkimin hareket tarzı ile Bern Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu iki noktadan ihlâl ettiğini söylemekle iktifa edeceğim : Evvelâ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 91 inci maddesi ihlâl edilmiştir. Zira hâkime, dairesinin işleri icabı, yeminli bir zabıt kâtibi refakat etmiyordu. Diğer taraftan, sanığı itirafa sevketmek maksadile ifadesine tesir edecek **cebir vasıtaları, şiddet, tehdit, vait, sahte telkin, aldatıcı suallere** başvurulmasını sıkı surette meneden 106 ıncı madde ihlâl edilmiştir. Filhakika zabıt kâtibi mikrofonla dinlemede hazır bulunmadığından, zaptı bilâhara ve plâğa istinaden kaleme almıştır. Bundan başka, temyiz mahkemesinin işaret ettiğine göre, sanıklara bir kaç saniye nezaret edilmeksizin tek başına bırakıldıkları hissi verilmiş ve bu şekilde, kanunda işaret edilmiyen bir yol-

dan bilhassa sanıklardan birinin itirafta veyahut hiç olmazsa tedbirsiz ifadede bulunması arzu edilmiştir.

Temyiz mahkemesi, Bern Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa istinaden, bir itirafın ne cebir ve ne de desise ile elde edilemiyeceğini, şayet bu gibi ifratlara kuvvetle mâni olunmazsa diktatör idarelerinde tatbik edilen ve fakat hukuk devletlerine yakışmayan tahkikat metotlarının yerleşme tehlikesine mâruz kalınacağını belirtti. «Sanığın gizliden tarassudedilmesinin aldatıcı sualler, alkol kullandırma, telkin, gece soruları ve diğer bedenî işkenceler gibi metotlardan farkı pek azdır.»

Bunu Waibliger, tefsirinde esas istinat noktası olarak almıştır. (No: 1, mad. 106). Bununla beraber ne Waiblinger, ne de Diethelm, «Tahkikatta itiraf ettirme» mevzulu tezinde (Bern 1928, sayfa 49 ve mütaakıp) hususi olarak mikrofon meselesinden bahsetmemektedirler.

Hemen bir kaç gün sonra tekerrür kanununa uyarak, aynı mesele Zürich Ağır Ceza Mahkemesinde Woog'un duruşmasında da zuhur etti. Woog ve arkadaşlarının, zaruret içinde bulunan Polonya ve Çekoslovak çocukları menfaatine toplanan 5000 frank ianeyi, Komünist Matbuat Kooperatiflerini kalkındırmak gayesine harcadıkları iddiasile haklarında cezaî takibata girişilmişti. 3/Eylül/1947 de bu hususta yapılan hazırlık tahkikatı sırasında, polis, ianeyi elinde bulunduran teşkilâtın idare heyetinin bir toplantısını dinletmişti. Yan odaya yerleştirilen bir alet yardımı ile dinleme temin edilmiş ve bu şekilde zabıt tanzim edilmişti. Mart 1949 da ağır ceza mahkemesinde duruşma cereyan ederken, Bern Temyiz Mahkemesince bu çeşit tahkikat usullerinin katiyen hükümsüz olduğuna dair bir karara varıldığı öğrenilmiş ve Woog'un müdafii, dosyadaki bu tahkikat zabıtlarının imhası ve bu işi yapan iki polis memurunun duruşmayı terketmesini istedi. Bununla beraber, savcı, hakikatı meydana çıkarmak maksadile, polisin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununca sarahaten menedilmeyen her vasıtayı kullanmak hakkına sahip olduğu fikrini müdafaa etti.

Ağır ceza mahkemesi, mikrofon kullanarak tutulan zabıtların duruşmada okunmamasına ve fakat iki polis memurunun mikrofonla duydukları hakkında şahit olarak dinlenmesine karar vererek meseleyi halletti. Müdafaa tezinin muvaffakiyetsizliğe uğramasından sonra, sanık müdafii ve komünist matbuatı bu casusvari metotları teşhir etmekten geri kalmadılar. Woog'un müdafii Avukat Senn-Hauser bu hususta «Hür İsviçre'de bu çeşit metotlara başvurulduğunu görmek beni fena halde üzerek isyana sevketti». demiştir. Bir kısım Burjuva matbuatında dahi bunlardan, «Cezayi müstelzim polis metotları» şeklinde bahsedilmiştir.

Bütün iyi şeyler üç kere tekerrür eder. Macar Devlet Bakanı İvan Boldizsar'ın «Nepzova» gazetesinin 13/Mart/1949 tarihli nüshasında «İsviçre'de gizli mikrofon» başlığı altında neşrettiği yazıyı 28/Mart/1949 tarihinde, İsviçre Hariciye Vekâleti protesto etmek mecburiyetinde kaldı. Resmî sıfatlı bu yazı sahibi İsviçre cezaî işler polisinin kullandığı metotların yakışıksızlığını ve memleketimizdeki adaletin keyfî olduğunu iddia ediyordu. Sözde, Macaristan'da kardinal Mindszenty'ye karşı mümkün olan bütün hürmetler gösterilirken (!) İsviçre'de Woog aleyhine cezai takibatta mikrofon kullanılmasında tereddüdedilmemiş, bu mevzuda bütün İsviçre gazeteleri sükûtu muhafaza etmiş ve Woog 17 ay mevkuf kalmış.

Bu makalenin yalanlarla dolu olduğu üzerinde vakit kaybetmek istemiyoruz. Filhakika bütün İsviçre gazeteleri gerek Woog dâvasında mevzuubahis mikrofondan, gerekse Woog'un kendisinden bahsetmişlerdir; ve Woog sadece üç gün mevkuf tutulmuştur. Fakat, Bern'de alınan kararın Woog müdafilerine, bozuk burjuva adalet sistemimize karşı kullandıkları ideal ip ucunu verdiğini ve yabancı bir devlet adamının, Mindszenty dâvası münasebetile dünya üzerinde bırakılan acı intıbaı, bu hâdiselerden faydalanarak, bir karşı hücumla silmeğe kalkmasını müşahede etmek enteresandır. İşte bunun için Ceza Muhakemeleri Usulünde mikrofon kullanılmasına ne dereceye kadar müsaade edilmesi lâzım geldiği hususunu tetkik etmek elzemdir.

II. BERN TEMYİZ MAHKEMESİNİN GÖRÜŞÜ

Bern Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi mikrofon vasıtasile dinlemeyi sanığın sorgusu gibi kabul ederek, Bern Ceza Usulü Kanununun ihlâl edildiğini beyan etti. Zira temyiz mahkemesine göre sorgunun muteber olabilmesi için 91 inci madde mucibince yeminli bir zabıt kâtibinin hazır bulunması lâzım gelmekte ve bundan başka sorguda zecri ve aldatıcı vasıtalar kullanılması 106 ıncı maddeye aykırı bulunmakta idi. Temyiz mahkemesinin ilk iddiası şüphesiz tamamile şeklîdir. Çünkü diğer ceza usulü kanunlarına göre sorgu zabıt kâtibi olmaksızın da muteberdir. Gerek 91, gerek 106 ıncı maddelerin tatbikında, bizce hata usul kanununun anladığı mânada bir sorgu vukua gelmiş olduğu fikrinden hareket edilmiş olmsındadır. Mikrofonla toplanan sözler ne hakiki mânasında polis tarafından dinleme, ne sorgu hâkimi tarafından yapılan sorgu ve ne de başka bir nam altında yapılan adli beyandır.

Her nekadar bu sözler, bir duruşma odasından zaptedilmiş ise de, kanunun göstermediği beyanların teşkil ettikleri büyük gruba dâhildir-

ler, ve sorgu hâkiminin emrile mikrofon (veya Manyetofon) kullanarak zaptedilmeleri her zaman tekrar edilmeleri bakımından diğerlerinden ayrılırlar. Zaptedilmiş konuşma, mahkemenin bilgisine ya Bern hâdisesinde olduğu gibi esas duruşma esnasında madenî şeridin dinlenilmesiyle veya Woog hâdisesinde olduğu gibi polislerin şahit olarak dinlenmesile, veyahut da kendi hareket tarzı ve bunun neticesi hakkında malûmat verecek olan tahkikatı yapan memurun dinlenmesile arzedilebilir. Her ne olursa olsun, evvel emirde tahkikat evrakının ne tarzda dâva mevzuu haline gediğinden mahkemenin daima malûmattar edilmiş olması tabiîdir. Rapor gösterdiği muhtevasile birlikte, tahkikatta ispat vasıtası olarak kullanılabilecek vesaik arasında sayılır ki bu vesaik Zürih'de (Paragraf 96) olduğu kadar Bern'de de (Madde 169) tahkikatın ihtiyaç göstereceği hallerde kullanılbilmek üzere hazır bulundurulmalıdır. Fakat rapor anlamı bakımından olduğu kadar şartları bakımından da bir sorgu teşkil edemez. Bunun içindir ki rapor tazyik yahut aldatma yolları ile tanzim edilmiş olsa dahi, Bern Ceza Usulü Kanununun ne 91 inci ne de 106 ıncı maddeleri ihlâl edilmiş addedilebilir.

Fakat Bern şehir mahkemesi hâkimi gibi biz de burada tam mânasile bir sorgu mevzuubahis olduğu fikrinden hareket etsek dahi, bununla Ceza Usulü Kanununun 106 ıncı maddesi anlamında tazyik veya aldatma ile bu sorguya tesir edildiğini meydana çıkarmış olmayız. Her vakit olduğu gibi burada da işi basite irca etmek maksadile, ismi geçen maddede sıralanmış gayri kanuni vasıtalar arasından bu mesele ile alâkası olmıyan «zecri vasıtalar» «şiddet», «tehdit», «vait» ve «aldatıcı sualler»i derhal münakaşa harici edebiliriz. Geri kalan ve cevaplandırılması icabeden nokta, ifadeye hileli telkinlerle tesir edilip edilmediğidir. «Sorgu hâkiminin Muhakeme salonunu âni terkile», sanığın ikisine de «hakikate aykırı olarak, bir kaç dakika nezaret altında bulundurulmadıkları hissini» vermiş olması, Bern temyiz mahkemesince **hileli telkinler** meyanında kabul edilmiştir. Fakat mevzuubahis olan bu hâdisede, sorgu hâkimi bir kelime söylemeksizin salonu terk etmiştir. Bundan, zımni bir aldatma «sükutla aldatma» müşahade edilse dahi, sorgu hâkiminin sanıklara, salona mikrofon yerleştirildiğini haber vermesi mecburiyetinde olduğunu iddia edecek kadar ileri gidilemez.

Fakat bizce esas olan, 106 ıncı madde muhteviyatına benzeyen hükümlerin bütün ceza usulü kanunlarına konulmasındaki maksat, sanıktan korku, tehdit veya her hangi bir aldatma ile tesir edilmemiş serbest, ihtiyari ve mümkünse doğru bir ifade elde etmektir. Halbuki meşgul olduğumuz hâdisede böyle bir şey mevzuubahis değildir : Sanık ifadesini

serbest bir surette ve ihtiyariyle yapmış; sadece, kendisini kimsenin dinlemediğini zannetmek dikkatsizliğinde bulunmuştur. Eğer bu mevzuda hataya düşmüşse bu, hâkimin desiseli telkinile olmamıştır. Ve yine bu hata, sözleri üzerine hiçbir surette tesir etmemiştir. Netice olarak, mikrofon vasıtasile sözlerin tesbitini sanığın sorgusu olarak kabul etsek bile, fikrimizce 106 ıncı madde ihlâl edilmemiştir.

ŞAHSİ GÖRÜŞ

Nazi rejiminde mikrofon (yalnız cezaî takibatta değil, bilhassa siyasî muhasımların casusluğunu meydana çıkarmakta da) o derece kullanıldı ki rejimin bir nevi dahilî casusluk sembolü ve hürriyetten mahrum milletin, Geslerin şapkası nev'inden, dehşet duyduğu bir madde oldu.

Fakat «Banyonun suyunu, içindeki çocukla beraber boşaltmak kabilinden, fenanın yanında iyiyi de atmamak lâzımdır. Gestapo tarafından meşum bir şekilde kullanılmış olan bu vasıta, cezaî polis elinde suçun meydana çıkarılması için ve bilhassa adli polisin hazırlık tahkikatında müessir bir mücadele vasıtası şekline girebilir. Bununla beraber, derhal ilâve edelim ki polis ve diğer suç tahkik ve takip organları arasında bir tefrik yapmak istemiyorum. Zira fikrimce bu organlar için menedilen şeylerin polis için de yasak olmaları lâzımdır. Sadece polis, gerek ihtiyati ve gerekse tazyiki faaliyetlerinde diğer organlara nispetle daha ziyade mikrofon kullanmak mevkiinde olacaktır.

1893 senesinde, tanınmış Alman hukukçusu Johannes Kohler «2100 senesinde bir aşk hikâyesi» adlı hayalî hikâyesinde kısaca «Alet» diye isimlendirdiği «Fonograf» ın her eve yayıldığı ve bunun neticesinden hâsıl olan endişe dolu bir havanın hüküm sürdüğü bir devri tasvir etmişti. «Edison icadına karşı» cepte taşınacak saat büyüklüğünde ve düğmesine basınca fonografla plâğa almağa mâni olan bir alet icadedilinciye kadar, ne yasak ve ne de ceza onu zararsız bir hale koymağa muvaffak olamıyordu.

Jules Verne Vari bu hikâye, böyle ilmî bir devrin bugün ancak başlangıcında olduğumuz ve muhakemeyi derinleştirecek olursak, polisin de bu mahiyeti itibariyle bitaraf aleti, önleyici ve suçla mücadele vasıtası olarak kullanacağı ve nihayet yakın bir zamanda bu alete karşı Panzehirler veya tesirini bertaraf edici vasıtaların icadedileceği fikrini tam bir vuzuhla ihtiva etmektedir.

Bugün adli binalar haricinde mikrofon kullanılması hiç de kolay bir iş değildir. Bununla beraber takibi hakikaten zahmete değer bir suç karşısında bulunulduğu, muayyen bir mahalde ve yakın bir zamanda ağır

bir suçun işleneceği veya işlenmiş bir suç hakkında her hangi bir sebepten, faraza ganimetin taksimi sebebinden, bir muhavere vukua geleceği vaktinde haber alınıldığı hallerde mikrofon kullanılabilir.

(Deutsche Juristen - Zeitung) da neşredilen bir makalesinde Sayfa 672 ve mütaakıp aynı profesör, Jos, Kohler, daha 1915 de Alman mahkeme salonlarına mikrofona mümasil aletler yerleştirilmesile otomatik olarak bütün duruşmaların tesbitini ve böylece uzun adli tahkikatın yazılmasının lüzumsuz kılınmasını teklif etmişti. Bugüne kadar bu fikre itibar edilmedi. (Mamafih, bildiğime göre Rusya ve diğer bazı yerlerde herkeksçe malûm «suçluluk itirafları» plâğa alınmak suretile ebedîleştirilmişlerdir. Fakat bu fikri, kolaylıkla tahakkuk edebilecek şu teklife tahvil edebiliriz : Sorgu hâkimlerinin odaları istenildiği zaman harekete geçirilebilecek mikrofon ve manyotofonla techiz edilebilir. Bu, her şeyden evvel mühim olan ifadelerin meselâ itirafın, çift bir zaptını tanzim edebilmek için sorgu hâkimine faydalı olur. Böylece, sanık bilâhara ifadeye itiraz veya onun korku yahut tehdit eseri olduğunu iddia ederse (1) gerek kendisiie gerekse mahkemeye doğrudan doğruya manyatofonun tesbit ettiği ifade vasıtasile zapta nazaran hakikat daha emin olarak ispat edilebilir. Biz bu şartlar altında, sanığın vukufu olarak veya olmıyarak, mikrofon kullanılmasının her hangi bir mahzuru olduğunu ve buna karşı muteber bir itirazda bulunulabileceğini zannetmiyoruz.

Bununla beraber Bern'deki hâdisede olduğu gibi, sanıkları muayyen bir zaman için bilerek ve istiyerek yalnız bırakıp mikrofonu çalıştırmak kanuni olur mu? Veyahut, işlenmiş veya işleneceği tasarlanan bir suç hakkında malûmat elde edilebileceği ümidedilen hariçteki bir mahalle mikrofon yerleştirilebilir mi?

Mevzuubahis mahaller (lokanta, kahvehane, toplantı salonları gibi) resmî veya umumi yerler olduğu takdirde bu suale müspet cevap vermekte tereddüdetmiyeceğiz; yalnız hususi ikametgâhın sükûnu ve ona hürmet mevzuubahis olduğu hallerdedir ki bu işe fikrimizce tevessül edilemez. Diğer bütün hallerde, mikrofonla dinlemede aynen, aktif hizmetin henüz son devresinde lüzumu anlaşılan arama, posta ile gönderilmiş şeylere el koyma, telefon muhaberelerini dinleme cinsinden, polisin nezaret vasıtalarından biridir. Fazla olarak telefonla dinlemede işitileni kaydetme mecburiyeti olduğu halde, mikrofon vasıtasiyle plâğa almada dinlenen şahsın sözleri bizzat kendi ağzında aynen tekrar edileceğinden bu usul diğer polis takip usullerine faiktir.

(1) Bu hale bilhassa Fransa'da, gittikçe daha fazla raslanmaktadır. Marsilya'da bir otomobil hırsızlığı işinde ismi geçen ve Charles Vuillermoz'un katlinden sanık Maunoury'nin muhakemesinin 19 Ekim 1950 celsesi buna son bir misaldir.

İşte nihayet bu sebeple ve haklı olarak 29/Mart/1949 da (Bunt), mikrofonun ilk defa nasyonal sosyalistlerin İsviçre'yi hedef tutan faaliyetleri sırasında (Frontiste) lere karşı kullanıldığını ve «Ecole de Sports Maag» namını taşıyan müessesenin hakikatta tehlikeli bir «Frontiste» teşkilâtı olduğunu keşfe hizmet ettiğini hatırlattı. İsviçre Ceza Kanununun 5/Ocak/1951 tarihinde yürürlüğe giren tadilâtile biz, devletin emniyetine karşı yöneltilmiş hareketlerin daha ilk safhalarında ve hazırlık faaliyetlerinde de olsa cezalandırılacakları tehdidinde bulunduk. Fakat, işte bu çeşit kanuna aykırı hareketlerdir ki zamanında keşif ve takibedilmesi lâzımdır. Dışardan silâhla düşmanın memleketi tehdidettiği, içerden «Beşinci kol» un bütün vasıtalarla milletin mukavemet azmini kırmağa gayret ettiği tehlikeli devirlerde her şeyden evvel ihtilâlî hareketleri daha mebdelerinde bastırmak veya hiç olmazsa muvaffak olmalarını önlemek maksadile, polisin posta ile gönderilen şeylere el koyması, telefon mükâlemelerini dilnemesi, mikrofon kullanması elzemdir.

Bern temyiz mahkemesi kararı, bütün cezaî takibatta sanık ile sorgu hâkimi arasında devamlı bir itimat duygusunun tesisi lâzım geldiği, halbuki hileli yollara sapma ile bu itimat duygusunun sanıkta tamir edilmez şekilde sarsılacağı üzerinde ısrar ediyor. Suçluluğa karşı mücadelede bu düşünüş tarzı her nekadar çok idealist ise de biz de kabul ederiz ki polis ve sorgu hâkimi kanuni yollarla faaliyetlerine devam etmelidirler ve sanığın itimadını kazanmak mümkün olduğu hallerde bu itimadı moral bakımından tenkide müstahak hareketlerle kaybetmemelidirler. Bununla beraber polis tahkikatının ve adli tahkikatın genişletilmesinde nasılki sanığın haberi olmadan mektuplarına el konabiliyor veya sorgu hâkimi tarafından gizli muhabereler esas duruşmada okunmak üzere zaptediliyorsa, mikrofondan da istifade aynı şekilde kabule şayandır. Mikrofonla dinlemede elde edilmek istenen şey sanığın sadece gizli muhatabının bilgisine arzetmeği tasarladığı suça veya tahkikata mütaallik beyanlardır. İtimat meselesine gelince, maalesef bu, ne âdi hukuk suçlarında ve ne de siyasi suçlarda mevcuttur; bu sebepten, ekseriya hayalî olan bu itimadı kazanma gayretine karşılık, sanık üzerine hiçbir mânevî tazyik, hiçbir işkence icra etmiyen, onu hataya sevketmeyen ve fakat yalnızca gözetlenmediği veya suç ortaklarile baş başa olduğunu zannettiği bir anda, sanığın işlenmiş veya işlenmesi tasarlanan bir suç hakkında tedbirsizce söylediklerini kaydetmekten başka bir rol oynamıyan mikrofondan istifade feda edilemez.

———o———

BİZDE AVUKATLIK MESLEĞİ

Yazan : Namık Kemal EĞİLMEZ
Yeşilhisar Sulh Yargıcı

Hak ve hukuk deyip de «Avukat» ı hatırlamamak mümkün müdür? Hak mefhumunu mücerretlikten çıkarıp ona şekil veren, yargıcın önüne koyan ve adaleti dağıtma işinde yargıca en büyük yardımı yapmak suretiyle onun mesai ortağı olan avukat değil midir? Şu halde avukatın gördüğü hizmet âmme hizmetleri arasında mümtaz bir mevki işgal etmektedir. Âmme hizmetlerinin en önemlisi olan adaleti dağıtma işinde mahkemelerin yardımcısı ve hakkın yapıcısı olan «Avukatlık mesleği», bu resmî mahiyeti itibariyle diğer serbest mesleklerden ayrılır. Avukatlık serbest meslek olmakla beraber avukatlar, vazifeleri ve vaziyetleri icabı kendilerini bir hususi şahıs, kendi başına bir sanat ve ticaret erbabı gibi telâkki edemezler. Zira, adli otoritenin murakebesi altında olup birtakım kayıt ve şartlara, vecibelere, meslekî inzıbata, ahlâki ve kanuni mecburiyetlere tâbidirler. Çünkü tarafların aynı derecede himayeye lâyık hak ve menfaatleri vardır. Bu bakımdan kanun avukatlığı âmme hizmeti mahiyetinde bir meslek saymış ve avukatların bilgi ve tecrübelerinin adalet hizmetine tahsisini mesleğe gaye olarak göstermiştir. Zira, taraflar arasında bilgi ve ehliyet bakımından eşitlik temini avukatın vücudunu zaruri kılar. Bu suretle kanun karşısındaki eşitlik fiiliyat alanında geniş ölçüde tecelli etmiş olur.

İşte, cemiyet hayatında bu kadar önemli bir fonksiyona sahip olan avukatlık mesleği, maalesef memleketimizde pek iyi bir meslek olarak tanınmamıştır. Hattâ çok kötü olarak tanınmıştır, denilebilir. Çünkü bizde avukatlığın menşei hiç de öğünülecek bir halde değildir. Piyeslerde, karikatürlerde, şarlatan, gürültücü, haklı haksız her işi alır, para çekmek için haklıyı haksız, haksızı haklı çıkarır, bir tip olarak canlandırılan avukat, yalnız halk tarafından değil, okumuş yazmışlar tarafından da uzun zaman bir «Müzevvir» gibi telâkki edilmiş ve ağır hitaplara mâruz kalmıştır. Hattâ meslek hakkındaki bu telâkki ve ağır ithamların bugün dahi

zihinlerden tamamiyle silinmiş olduğunu söyleyebilecek durumda değiliz. Bugün bile cahil muhitlerde eski telâkkilerin devam etmekte olduğu esefle müşahede edilmektedir. Meşhur hikâyeyi hatırlarsınız. Tarlasına bir öküzle bir adam girdiğini gören tarla sahibi oğluna : «Aman şu adamı tarladan çıkar» der. Oğlu : «Baba, der, adamı çıkaracağıma öküzü çıkarsam olmaz mı? Kütükleri berbat eder.» İhtiyar da : «Öküz beş on kütük kırar, biraz üzüm yer, yorulunca zıbarır yatar, o adam yok mu? Avukattır. Üzümleri satar, tarlanın tapusunu yutar, gene doymaz» cevabını verir (1).

Sözün kısası pek çokları, avukattan çekinirler. Katî bir mecburiyet duymadıkça başvurmazlar. Başvuranlar da kanunun himayesi altında hakkını, şeref ve namusunu müdafaa edecek, derdine derman bulacak bir ilim ve fazilet adamının yazıhanesine kutsi ve kurtarıcı bir mâbede girer gibi girmezler. Bunun sebebini, mesleğin bizdeki doğuş tarzında ve bugüne kadar geçirmiş olduğu safhalarda aramak lâzımdır. Bu sebeple burada mesleğin kısa bir tarihçesini gözden geçirmek zaruretini duyuyoruz.

Müdafilik ve avukatlık medeniyet kadar eskidir. İhtilâfların yumrukla halline sed çekildiği zamandanberi cihanda ve medeniyet âleminde avukatlar ve avukatlık mevcuttur. Ve buna her zaman, her yerde ihtiyaç görülmüştür. Bir yargıcın bulunduğu yerde en aşağı iki müdafi bulunmuştur.

Eski devirlerde Gildaniler, İranlılar, Mısırlılar, Yunanlılar ve Romalılar da adalet organları arasında yer alan avukatlığın yargıçlık kadar eski olduğunu görüyoruz. Batı memleketlerinde Baroların tarihi çok eskidir. Fakat memleketimizde mesleğin tarihi pek yeni ve pek gençtir. Bizde avukatlık ancak çok yakın bir mazide bağımsız bir meslek sayılmıştır.

Tarihî vesikalar bize, on altı ve on yedinci asırlarda yalnız «Arzuhalci» lerin bulunduğunu, bunların Yeniçeri Ocağı zâbitleri tarafından yetiştirildiğini ve ancak oradan ehliyetname alanların arzuhalcilik yapabildiğini gösteriyor. Fakat iptidai şekilde bile avukatların bulunduğunu kaydetmiyor (2).

Tanzimattan evvel bütün dâvalar ve kavgalar, şer'î hükümlerle hallolunduğu ve hükmü nasıl olsa «Kadı» (3) verdiği ve şeriatın kestiği parmak acımadığı kanaati mevcut olduğu için «Dâvavekili» denen şeriat ve-

(1) Avukat A. Haydar Özkent — «Türkiye'de Avukatlık» adlı konferans — 1938.

(2) Bu hususta arzuhalcilerin faaliyetini düzenleyen 1178 Hicrî (1759 Milâdî) tarihli fermanı zikredebiliriz.

(3) Osmanlı İmparatorluğunda yargıçlara verilen isimdir.

ya kanun memurları yoktur. İş ve güçleri dolayısiyle mahkemeye her zaman gidip gelemeyen dâvacılar muhtelif adamlara başvurmaya başladılar. İşte bunun üzerine iki tip avukat taslakları türedi. Bunlardan birincisi «Muhzırlar» dır. Bunlar uzun müddet kadıya hizmet etmiş, dâvaların girdisini, çıktısını pratik olarak öğrenmiş kimselerdi. Bu avukat taslaklarının ikinci kısmı ise, çok defa Karaman'lı, Niğde'li, İncesu'lu bakkallar idi. Kadı veya başefendiyi alışveriş dolayısiyle tanıdıkları için dâvacılar bunları tercih ederlerdi. Bunlar da dükkânlarını kalfa ve çıraklarına bırakarak mahkemede cepleri kâğıtlarla dolu olarak dolaşıp kendilerine dâvavekili süsü verirlerdi. Bunların ilk adları yazıhaneleri olmayıp ayakta dolaştıkları için «Ayakkavafı» dır. Bu müzevvir veya kavaflar, doğru dürüst Türkçeyi ve okuma yazmayı bilmeyen cahiller olup yaptıkları işler daima tersine çıkardı. Bu sebeple bunlara yalancı ve müzevvir adı da takılmıştır.

Anadolu'nun bir çok yerlerinde bugün dahi avukatın adı «Tezvir» dir. Cahil köylü vekil tutacağım demez, tezvir tutup onu süründüreceğim, der. Bunlar ücretlerini de falana, filâna para vereceğim diye müvekkillerinden para çekmek suretiyle elde ederlerdi. Mesleğin mahiyeti takdir edilemiyerek kanuna, nizama bağlanmayıp başı boş bırakılması bu telâkkilerin başlıca âmili olduğu açık bir hakikattir. Bugün bile cahil muhitlerde eski telâkkilerin devamı hep bu takdirsizliğin bıraktığı kötü izlerden başka bir şey değildir.

Birinci Osmanlı Meclis-i Mebusanına dâvavekilliğinden mebus (Milletvekili) olarak giren ve çok muhterem bir zat olan Hasan Fehmi Paşa bu meclise Reis seçilince, softalar köpürerek «Memleket yalancılar elinde kaldı. Ayakkavafları ve müzevvirler başımıza reis seçildi» diye bağırıp tepinmişlerdir (4). Bu tarihî vakıa avukatlar hakkındaki telâkkinin ve ağır ithamların açık bir misalidir.

Fıkıh hükümlerinin cari olduğu Osmanlı İmparatorluğunda Tanzimattan sonra Şer'iye mahkemeleri yanında Nizamiye mahkemeleri denilen adli teşkilât vücuda getirildikten ve bilhassa Usul kanunları Garpten iktibas edildikten sonra 1880 tarihinde bugün iş başında bulunan nesli yetiştiren «Hukuk Mektebi» açılmadan evvel Mekteb-i Sultanî (Galatasaray Lisesi) ye bağlı «Mekâtibi İlmiye-i Hususiye» adı ile açılan mektepte Fıkıh, Roma Hukuku, Mecelle, Hukuku Siyasiye ve Hukuku İdare okutulmaya başlanıyor. Elbette ki bunlar hep yargıç ve avukat yetiştirmek içindi.

(4) Avukat A. Haydar Özkent — Adı geçen konferans.

Bizde 1293 (Milâdî 1877) tarihine kadar dâvavekilliği adı ile belli başlı bir meslek yoktu. Bu tarihte neşrolunan ve mesleği ilk defa disiplin altına almak gayesi ile düzenlenen «Dersaadet Dâvavekilleri Cemiyeti Nizamnamesi» adlı bir nizamname ile dâvavekilliği bir meslek sayılmış ve nizamname gereğince 24 Mart 1294 (Milâdî 1879) tarihinde «Heyeti Daime» denilen meslek mensupları arasından sınırlı yetkilerle seçilmiş bir teşekkül de vücuda getirilmişti. Bu suretle ilk İstanbul Barosu teşekkül etmiş oldu. İşte Heyeti Daime denilen bu teşekkül bugünkü İstanbul Baro'sunun nüvesini teşkil etmektedir.

Türk avukatlığının ve barolarının tarihinde bu nizamname, bugünkü yükselişin ilk basamağını teşkil etmiştir. Bu nizamname gereğince dâvavekili olmak istyeenlerin, Hukuk Mektebinden mezun olması, 21 yaşını doldurması, Devlet memuriyetinde bulunmaması ve mahkûm olmaması lâzımdır.

Adliye Nezareti, bu nizamname hükmünün vilâyetlere de teşmiline karar veriyor (5). Bunun üzerine o zamana kadar kendilerine vekil süsü veren Karaman'lı vekillerin bir kısmı ortadan çekilmeğe başlıyor.

Fakat 1886 tarihinde çıkan meşum bir İrade-i Seniye, yalnız ceza dâvalarında dâva vekâletini mekteplilere münhasır kılıyor. Diğer hukuk, ticaret işlerinde rasgelenin vekâlet etmesine müsaade olunuyor. Avukatlar Cemiyetinden, serbest münakaşadan ve toplantılardan İstibdat idaresi kuşkulanıyor ve böylelikle Dâvavekilleri Cemiyeti (Baro) dağıtılmak isteniyor.

Meslek, mahkemeleri tam bir anarşi içinde istilâ eden, adaleti âdeta satılık bir meta haline getiren ve ilim ve ahlâktan nasibi olmıyan Karaman'lı müzevvirlerin elinde hercümerç halinde çalkaklanıp giderken Meşrutiyet idaresi (1908) tarafından yapılan yenilik hareketleri meyanında avukatlık mesleği de tanzim edilmek istenerek avukatlık hakkında bir kanun «Muhamat Kanunu» yapılmasına teşebbüs olunmuş ve birtakım projeler de hazırlanmış ise de neşrine muvaffak olunamamış; ancak ufak tefek bir iki maddelik kanunlar çıkarılmışsa da, meslek tam mânasiyle haysiyet ve şerefi ile mütenasip bağımsız bir müessese haline getirilememiştir.

Avukatlığın, sıkı bir disiplin altına alınması, mensuplarının şerefli insanlar arasına geçmesi, mesleğin cemiyet hayatında en ulvî vazife olan adaleti dağıtma işine yardımcı yapılması ve avukatlığı yalnız «Husumete vekâlet» telâkki eden dar zihniyetin silinmesi Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından sonra 1924 yılında büyük inkılâbın sosyal haya-

(5) 1879 tarihli İrade-i seniye.

tımızda kuruluşuna başladığı âcil değişiklikler ve yenilikler arasında 1340 (Milâdî 1924) tarihli ve 460 sayılı «Muhamat Kanunu» adı ile çıkarılan kanun sayesinde mümkün olmuştur. Cumhuriyetin feyizli icraatı arasında adli sahada ilk safta yer alan, adli ıslahatta ileri bir adım teşkil eden bu kanunla lâyık olduğu mevkiin tanınmasından avukatklık mesleğinde bulunanlar ne derece müftehir olsalar yeridir. Bu kanun muhtasar olmakla beraber tam mânasiyle modern bir meslek kanunu olup, meslek bağımsız bir müessese haline gelişini ve bugünkü halini bu kanuna borçludur. Bununla beraber Tanzimatın «dâvavekili» dediği, Meşrutiyetin «Muhami» demek istediği ve Cumhuriyetin önce «Muhami» dediği meslek mensuplarını «Avukat» yapan ve «Muhamat Mesleği» ne de «Avukatlık mesleği» adını veren yine Cumhuriyet idaresi tarafından çıkarılan 6/1/1926 tarih ve 708 sayılı kanun olmuştur. Bu kanun, aynı zamanda kötü şöhret almış olan avukatların meslekten uzaklaştırmak suretiyle meslekte büyük ölçüde esaslı bir tasfiye de yapmıştır. Gerek bu kanun ve gerekse 1926 tarih ve 641 sayılı, 1928 tarih ve 1222 sayılı ve 1934 tarih ve 2516 sayılı kanunlarla yapılan değişiklikler ve ilâvelerle mezkûr Muhamat Kanununun noksanları tamamlanmaya çalışılmıştır.

Cumhuriyet İdaresinin meslek alanında yaptığı büyük yeniliklerden birisi de kadınların da avukatlık pâyesini alabilmeleri olmuştur. Bugün bile bir çok ileri memleketlerde kadın yargıçlık ve avukatlık yapamadığı halde Türkiye Cumhuriyeti bu pâyeyi de Türk kadınından esirgememiştir.

Adli mevzuatımız Cumhuriyet rejimine ve muasır ilmî prensiplere uygun olarak tamamlandıktan sonra tatbikat ve tecrübelerle anlaşılan ihtiyaçları karşılamak ve noksanları tamamlamak için tedvin olunan ve mesleği düzenleyen hükümleri bir araya toplayan, adli ıslahatta yeni bir merhaleyi hedef tutan ve mesleğe bgünkü halini veren 1938 tarih ve 3499 sayılı «Avukatlık Kanunu» olmuştur. Bu kanun kanuni ve ahlâki şartları tesbit ettikten sonra cins farkı gözetmeksizin bu şartları haiz olan her Tüık vatandaşının avukat olabileceğini göstermektedir. Burada istitraten söylemek lâzımdır ki, avukatlığın geçirdiği safhalarda dört muhtelif sistemin mevcudiyeti görülür :

1 — Avukatlığa ait hak ve vazifelerin hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın herkes tarafından ifa edilmesine cevaz veren sistem. (En liberal olan bu sisteme Cumhuriyetten evvel Türkiye'de dâvavekilliği ve tezvir mesleğinde ve ihtilâl mevzuatının avukatlık meslek ve unvanını kaldırdığı zamanda Fransa'da mahkemeleri tam bir anarşi içinde ayak takımından olan iş adamlarının istilâ etmesinde olduğu gibi.)

2 — Avukatlığı bir Devlet memuriyeti haline ifrağ eden sistem. Bu sistemde yargıçlar gibi avukatlar da Devletin aylıklı memuru durumundadır. (Baronun yaptığı suiistimallere kızan Prusya Kıralı İkinci Fredrik avukatlık mesleğini ilga ederek bir kararname ile ücretli avukat istihdamını menetmiş ve bunun yerine aylık mukabilinde vazife gören ve taraflara meccanen hizmet etmekle mükellef «Kanuni müşavir» ler ikame eylemişti. Aynı tarihlerde İspanya'da Kıral, Avusturya'da İmıarator tarafından avukatlar tâyin edilirlerdi. Rus Çarlığı 30/10/1914 de avukatı Devletin aylıklı memuru haline getirmiştir. Baroyu ortadan kaldıran Bolşevik ihtilâli de bir sene sonra 30/10/1918 tarihli kararname ile tekrar aylıklı avukatlığı ihdas etmiştir. Fakat Rusya'da geniş suistimallere yol açan bu sistem 1920 de kaldırılarak avukatlık âmme hizmeti haline ifrağ edilmiştir. Bu sistem bugün hiç bir yerde cari değildir.

3 — Avukatlığı tam mânasiyle serbest bir meslek halinde düzenleyen sistem. (Bu sistem avukatlık mesleğinin, adli otoritenin devamlı murakabesinden azade tutulmasını ve bu murakabenin asgari hadde indirilmesini icabettiren bir sistemdir. Bu sistem bizim adli teşkilâtımızın dayandığı prensiplere uygun değildir.)

4 — Avukatlığı adaletin tedviri için adli otoritenin devamlı murakabesi altında bir âmme hizmeti ifası maksadiyle serbest bir meslek halinde düzenleyen sistem. Bu sistem en yeni ve en iyi sistemdir. En son 3499 sayılı Avukatlık Kanununun kabul ettiği sistem de, işte bu modern sistemdir.

Mesleğe feyz ve cazibe veren bu kanun, Kemalist rejime ve muasır ilmî prensip ve telâkkilere uygun hükümlerle teçhiz edilmiştir. Bu kanunun «Avukatların hak ve vazifeleri» babında yer alan şu iki maddesi mesleği parazitlerden temizleyerek Batı memleketlerindeki bugünkü seviyeye ve şerefli mevkie yükseltmiştir :

«Madde 22 — Avukatlık, âmme hizmeti mahiyetinde bir meslektir.

Gayesi avukatların hukuki bilig ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukuki münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlerinden doğan ihtilâfların hakka uygun olarak halline tavassut ve umumiyetle mahkemelerle diğer resmî mercilere kanunun tam olarak tatbiki hususnda yardım etmekktedir.

Madde 23 — Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde rey vermek, mahkeme ve hakem veya kaza salâhiyetini haiz diğer merciler huzurunda hakiki veya hükmi şahıslara ait hukuku dâva, müdafaa eylemek

ve bu hususlara ait bütün evrakı tanzim, adli muameleleri ve resmî dairelerde nizalı ve ihtilâflı işleri takibetmek yalnız bu kanun hükümleri dairesinde Baroya kayıtlı bulunan avukatlara aittir.»

Türk kanun vâzıı bu son madde ile hiç bir disiplin tanımıyan, bilgi ve ahlâktan nasibi olmıyan iş takibeden ayak takımları gibi parazitleri meslek alanından uzaklaştırmak suretiyle mesleği, esaslı bir disiplin ve nizam altına almış ve ona cemiyet hayatında lâyık olduğu mevkii vermiştir.

Adalet cihazının iyi işlemesi için adaleti dağıtma işinde yargıçlarla müşterek bir vazife deruhte etmiş olan avukatın yargıçların tabiî bir müşaviri olduğuna ve avukatlık mesleğinin de âmme hizmeti mesabesinde bir meslek olduğuna bu açık hükümler karşısında şüphe olmadığı gibi «Baro» ların da hususi hukuk sahasına giren şirket, tesis ve cemiyetler gibi hükmi şahıslardan hiç birine benzemeyip âmme hizmeti olan adalet idaresine yardımla mükellef olmasına ve Baro İdare Meclisleri avukatlar hakkında âmme yefkisinden olan inzıbatî hükümleri icraya yetkili bulunmasına göre bu müesseselerin de âmme müessesesi vasfını taşımakta oldukları aşikârdır (6).

Avukat, ihtilâfların halline ve aynı zamanda hukukun devamlı gelişmesine yardım eder. Üniversite tahsili bu vazifenin lâyıkiyle ifasına kifayet etmez. Hukukun hayata uygulanması staj devresinde öğrenilir. Bu sebeple kanun bir de «Avukatlık stajı» müessesesini ihdas etmiştir.

İşte memleketimizde yukarıdanberi arzettiğimiz safhaları geçiren avukatlık mesleği, büyük bir zihniyet mücadelesi neticesindeki inkılâplar sayesinde bugün adaletin meydana çıkması için dâvanın neticesindeki menfaatlerle tamamen alâkasını kesmiş sadece adalete ulaşmak için çalışan bir müessese halini almıştır.

Dün yargıçların bile yan gözle baktıkları avukatın bugün yargıçlarla aynı hukuk safında bulundukları anlaşılmış, onlara gösterilen hürmetin aynı gösterilmeğe başlanmıştır. «Hak»kı müdafaa gibi necip bir dâvanın, kanunlar arasında incelikleri seçme gibi hiç de basit olmıyan yorucu çalışmaların ve bu müdafaalar ve çalışmalardan doğan müspet ve iyi neticelerin gün geçtikçe avukatın bir «Hak unsuru» olduğu inanını kuvvetlendirmektedir (7).

---

(6) Sadi Sağnak - Kemal Boralıdağ — «Devlet camiasında Avukatlık ve Baro».

(7) Avukat Refik İnce — Hukuki iki makale ve üç konferans — 1940 adlı eserde «Avukat» adlı makale (İzmir Barosu Dergisi No: 2 — 1940).

245

Böyle mukaddes bir hizmetin uşağı olmak külfetini omuzlarında taşıyan ve Hakka sadakat, müvekkiline sadakat, meslektaşlarına sadakat şiarına sahip olması lâzım gelen her avukat, bu büyük şeref ve rütbenin ağırlığı karşısındaki mesuliyetini düşünürse; yürüyeceği yolun dikensiz olması için çok ve pek çok çalışma, bütün ilimlerle ve bilhassa sosyal ilimlerle mücehhez ve sağlam bir karaktere sahip olmak mecburiyetinde olduğunu idrak eder. Zira, avukatların faydalı bir vazife görmeleri geniş bir kültüre sahip olmalarına, seciye ve doğruluklariyle herkese tam bir itimat telkin etmiş olmalarına bağlıdır.

Avukatlık Kanununun 24. maddesi avukatları mesleğin vekar ve haysiyetle telifi mümkün olmıyan her türlü hal ve hareketten çekinmek, görev ve yetkilerini adalet icaplarına uygun olarak ifa ve kullanmakla mükellef tutmuştur. Mesleğin yüksek icaplarını ve şerefini takdir edemeyen her avukata karşı, Baroların ve mümasil müesseselerin çok hassas olanlarını mesleğin şerefi haklı olarak ister. Çünkü bir meslekte o mesleğin içinde yaşayan ahlâksızlar kadar hiç bir düşman fenalık yapamaz. Bu müesseseler, mesleğe hıyanetin cezasını, âdeta vatana hıyanet hassasiyetiyle karşılamak sayesindedir ki, herkesin hayatı, malı, namus ve şerefi üzerinde tasarruf etmek yetkisini haiz olan avukatlığın emniyet ve itimada liyakatini muhafaza edebilirler. Avukatların herkesin hayatı, malı, namus ve şerefi üzerinde tasarruf yetkisini veren bir meslek icra etmeleri muayyen bazı hak ve vecibeler doğurmaktadır.

Kanunun, yargıcın mesai ortağı olan avukata tanıdığı imtiyaz, adalet huzuruna çıkarılan ihtilâflarda şahsi kanaatini tam bir istiklâl ile ifade edebilmesini ve müvekkiline karşı her nevi menfaat bağlılığından ve müvekkilinin nüfuzundan azade kalmasını ve işe hâkim olup dâvayı adalete uygun bulduğu şekilde idare etmesini icabettirir. Fakat adalete hizmet vazifesile mükellef olan avukatın müvekkilini yanlış yola sevkeden hareketi de meslekî suçun en ağırını teşkil edeceğinden, bu hususlarda avukatın çok hassas davranması elzemdir. Kemale ulaşmak için şeref ve nezahetin müsaade etmediği vasıtalara başvurmaktansa meslekten feragat çok daha evlâdır. Aksi takdirde hemen ele geçirilen geçici menfaatlerin şahsi itibarı hiçe indireceği muhakkaktır.

Fakat, avukatın da nihayet bir insan olması hasebile hatadan azade olmasına imkân yoktur. Buna bir de riyazî hakikatte olan vasıfların hukuki ve adli hakikatte bulunmadığı ve meselenin hiç bir zaman avukat önünde mahkeme huzurunda olduğu şekilde karşılıklı iddia ve savunmalarla aydınlanmadığını ve kanun ve içtihatların sonsuz bolluğu ilâve edilirse katî bir neticenin önceden kestirilmesine imkân olmadığı anlaşılır.

Bir müellif avukatlık hakkındaki eserinde hukuktaki katiyetsizliği şöyle ifade etmetedir :

«Riyazi doğruluk, kendiliğinden reddedilemiyecek kıyaslara dayanır ve bu surette zekânın şartsız ve kayıtsız kendi tarafına geçmesiyle neticelenir. Dâva işlerinde ise, aksine olarak, tereddüt kaçınılmaz bir şeydir; katiyetsizlik normaldır. Ve şüphe kendini gösteir. Hukukta olsun cezada olsun vakıaların birbirine giift olmadığı hiç bir dâva yoktur...Bizler mutlak ve evvelden hazırlanmış bir hakikatın iddiacı tellâlları değiliz. Muhakeme salonunda işgal ettiğimiz yer ne peyke, ne de kürsüdür. Orası, biz vicdanlı sanatkârların bu kara ve bir örnek elbiseyi giyerek ateşle ve sadelikle her gün çalışmaya ve bir müddet sonra adlî hakikati kuracak olan parçaları işleyip hazırlamaya geldiğimiz mütevazi bir tezgâhtır.»

Fakat avukatın da ilmi, bahsiretkâr görüşü ve mütemadi çalışması ve hâdiseleri derin tetkiklerden geçmesi, sırf menfaat hırsı ile hareket etmemesi sayesinde az hatalı olması mümkün ve zaruridir.

Her ne kadar Avukatlık Kanununun 27. maddesi yolsuz ve haksız olduğu aşikâr olarak görülen işlerin reddi mecburiyetini âmirse de hukuki meselelerin şüpheyi doğurduğu hallerde içtihatların sonsuz tenevvüleri işin deruhdesini mümkün kılar. Zira, avukat «Adalet mütaahhidi» değildir. Sonra bir bakıma, avukatın dâvacı ile yapacağı istişare mesnetsiz iddiaları bertaraf edilmesine, kaçınılması imkânsız ihtilâflarda bir uzlaşma zemini bulunmasına yarar. Bu sayededir ki yargıç ve avukat müşterek bir vazife ifasını, hakkın aranmasını deruhde etmiş olur. Aksi halde usul kanunlarının zaruri olan teminatı taraflar elinde dâvayı uzatmaya yarayan bir vesile haline girer. Ceza işlerinde ise durum bambaşkadır. Çünkü sanıkların müdafaasında cemiyetin de menfaati vardır. Bu sebeple her müdafaa zaruri olarak ahlâkidir. Bu sahada avukatın efkârı umumiyeden ziyade vicdanına bağlı olması lâzım gelir. Dâvanın alınmasında müvekkilin şahsiyeti haizi tesir değildir. İtibare şayan olmıyan bir şahsın müdafaa edilmesi lâzım gelen haklı bir dâvası olabilir. Her dâvanın müvekkile ıstırap veren bir hastalık olduğunu ve onu bir an evvel ıstıraptan kurtarması lâzım geldiğini vicdani ve kanuni vazifesi olduğunu, sosyal hastalıkların mütehassıs doktoru olan avukat, daima hatırlamaya mecburdur.

Kanunun kendine verdiği yetkiler dairesinde mahkeme huzurunda fertlerin haklarını müdafaa eden veya taraflara bir hâdise hakkında hukuki bilgi, fikir veya nasihat veren bir kimse olan avukatın müvekkilinin hukukunu muhafaza ile mükellef bir vekil olmasına nazaran müvekkilinin hukukunu ancak mevzuu kanunların hükümleri dairesinde müdafaa

etmek ve hazırlayacağı müdafaasını münazara âdabı dairesinde ve nazik ve nezih bir dille teşrih ve idare etmek suretiyle ihkakı hak edilmesini mahkemeden ve onun mümessili olan yargıçtan talebetmek suretiyle vekâlet vazifesini, bihakkın ifa etmiş olur, yoksa mahkemeyi veya yargıcı tahkir etmek ve şirretlik göstermek suretiyle müvekkilinin hukukunu muhafaza ve vazifesini ifa ve hakkı elde edebileceğini zanneden bir avukatın müvekkilinin hukukunu muhafazası şöyle dursun, haddi zatında vekâlet vazifesini kötüye kullanmış ve binnetice bütün cezai mesuliyete katlanmış olacağı aşikârdır.

Bu sebeple mesleğin icrası sırasında şahsi vakar ve istiklâlini muhafaza etmesi lâzım gelen ve büyük bir söz hürriyetine sahip olan avukatın mahkemeye karşı hürmetkâr bulunması da asli vazifelerindendir. Yargıçlara hakikati söylemek, yargıçların dâvanın seyri esnasındaki emir ve isteklerini zamanında yerine getirmek ve mahkemede kanun, ahlâk ve muaşeret kaidelerine riayet etmek onlara gösterilecek hürmetin en büyük tezahürüdür. Yargıçlarla avukatlar arasındaki münasebetlerin esası karşılıklı hürmet esasına dayanır. Her ne kadar hasım mevkiinde ise de savcı ile avukat arasındaki münasebetlerde de aynı esas caridir. Adalet Dağıtım Fabrikasının iki ana şubesi olan «Mahkeme» ve «Baro» arasındaki samimiyet ve işbirliği de bu karşılıklı hürmet esasına dayanır.

Hulâsa, memleket adliyesinde adalet terazisinin sadık kantarcısı olan faziletli ve yüksek ilmî kudrete malik bir yargıçlar kültesine ne derece ihtiyaç varsa, yargıcın faaliyetini aydınlatan ve yalnız bilgi ve doğruluğu kendisine rehber tanıyan itimada lâyık bir avukatlar topluluğuna da, yalnız adliyemizce değil, umumi ve bütün sosyal hayatımız noktasından da, o derece lüzum olduğuna asla şüphe yoktur.

İlmin, doğruluğun, istiklâl ve şerefin sembolü olan nezih ve metin bir ahlâka sahip bulunan olgun ve dinamik avukatlarımızın mesleği, tatbikatta görülen noksanlarının yakında çıkarılacak bir kanunla ikmal edileceğini umduğumuz Avukatlık Kanununun istihdaf ettiği gayeye ve muasır modern seviyeye çok yakın bir gelecekte ulaştıracaklarına ve eski kötü telâkkileri tamamen sileceklerine tam bir inan ve güvenimiz vardır.

———o———

GABİNİN MAHİYETİ VE UNSURLARI

Yazan: İsmail Hakkı AYIK:
Alanya Yargıç yardımcısı

Plân :

I — GİRİŞ.

A — Mukavelât serbestisi.

B — Bir tahdit; gabin.

C — «Clasula rebus Sic Stantibus» kaidesinden tefriki.

II — TARİHÇE.

III — GABNİN DAYANDIĞI ESAS.

IV — GABNİN TARİFİ.

V — GABNİN ŞARTLARI.

A — Objektif unsur : Nispetsizlik.

B — Sübjektif unsur : Müzayaka, tecrübesizlik ve hiffetin istismarı.

1 — Müzayaka.

2 — Hiffet veya tecrübesizlik.

3 — İstismar.

a — Gaabinin, müzayaka, hiffet veya tecrübesizliği bilmesi.

b — Gaabinin, ivazlar arasındaki açık nispetsizliği bilmesi.

c — Gaabinin diğer tarafın müzayakasını, hiffet veya tecrübesizliğini suiistimal etmesi (aldatması)

VI — GABNİN NETİCESİ.

A — Alman Kanununa göre.

B — İsviçre - Türk Borçlar Kanununa göre.

C — Polonya Borçlar Kanununa göre.

D — Fransız Medeni Kanununa göre.

VII — GABİN SEBEBİYLE FESHİN NETİCESİ.

GİRİŞ :

Bu gün modern borçlar hukukunun en esaslı bir prensipi, mukavele serbestîsidir. Liberalizm denilen siyasi ve ekonomik cerayanın doğurduğu bu esasa göre; taraflar yapacakları akitlerde karşılıklı ivazları (ödemeleri,) kendi kudretlerine ve mevcut imkânlara göre serbestçe tâyin ve takdir etmek hürriyetini haizdirler.

Taraflarca bu suretle husule getirilen akitlerin yapılmış oldukları gibi kalmaları ve ifa olunmaları da, akitler hukukunun diğer bir ana kaidesidir. Akitler ifa olunmak için yapılmışlardır. Hukuki ve iktisadi sahada emniyetin teessüsü de akde sadakatin mevcudiyetini âmirdir.

Ancak, ekseri hukuk çevreleri tarafından kabul edilen bu esasların - Mevzuumuz haricinde kalan - muhtemel mahzurlarını önlemek maksadile birtakım takyidat vaz'edilmiştir(1). İşte bunlardan biri de «Gabin» dir. Kanun vâzıı, mukavele serbestîsi muvacehesinde zayıf olan tarafı himaye etmek maksadile hâkime; mukavelenin tanziminden sonra zayıf tarafın müracaatı üzerine, bu mukaveleyi tetkik etmek salâhiyetini vermektedir (B.K.m - 21).

Muhtelif kanunlara göre hâkim, gabin dolayısile akdi fesih veya tadil edebilmek salâhiyetini haiz bulunmaktadır. Ancak hemen tasrih edelim ki hâkimin mukavelede yapacağı tetkik akdin tanziminden sonra ahval şeraitin değişmesi suretile husule gelen vaziyet değildir. Çünkü akdin tanziminden sonra ivazlarda husule gelen değişmeler onu iktisabeden veya talebe hakkı olan tarafı müstefit eder veya zarara sokar. Kanun vâzıı gabin hakkındaki hükümlerle, akdin inikadı sırasında ivazların birbirine denk olmasını temin etmek istemektedir. Bu itibarla hâkim akdin inikadı anında mevcut olan durumu tetkik edecektir. Binaenaleyh ivazlardan birinde akdin inikadından sonraki zaman zarfında husule gelen vakıalar neticesinde aşikâr ve fevkalâde nispetlerde kıymet değişmeleri hallerinde gabin hakkındaki kanuni hükümlerden değil, Clasula Rebus. Sic Stantibus kaidesinden istifade edilebilir. Bu suretle daha iptidaen, gabin ile Clasula Rebus Sic Stantibus kaidesinin mâna ve şümulünün tefrikı lüzumuna işaret etmek isteriz.

11 — TARİHÇE :

Romalılar dahi fahiş derecede gabinlere hukukan mevki veriyorladı. Roma hukuku; reşit ve mümeyyiz olan kimseler arasında yapılan bir mu-

(1) T. B. K. m. 19, 11, 20, 21.

kavelenin ivazları arasındaki nispetsizliği üç yerde nazara almıştı, hakiki kıymetinin yarısından fazla veya eksik bir bedel ile yapılan satışta (2), malların taksiminde (3), ve kâr nispetinin tâyini üçüncü şahıslara bırakılmış olan şirkette (4)

Buna mukabil hırıstiyan hukuku daha ziyade ahlâki esaslardan hareket ederek ivazlar arasındaki nispetsizlik derecesi kendisine fahiş bir menfaat temin eden tarafı takbih ve takibetmiştir (5).

Kod Napolyon'da dahi gabin fesih sebebi addedilmiştir. Filhakika fransız ihtilâli iledir ki mukavele serbestîsine doğru bir temayül kendini göstermiş ve ihtilâlden sonra evvelâ fransız mevzuatında, bilâhara diğer memleket kanunlarında derin tesirleri görülmüştür. Buna rağmen mukavele serbestîsini takyideden gabin bu kanunda kabul edilmiştir. Gabin küçüklere ait akde taallûk ederse gabin dâvası mutlak surette cari olur. Fakat reşit olanlar hakkında ancak gayrimenkul satışında ve taksiminde caridir. Bu da ancak yüksek bir nispette mağbun olmakla kabildir. Şöyle ki gayrimenkulde kıymetin 12/7 den ve taksimde 4/1 den fazla aldanmak gibi (Code Civil m. 887, 1079, 1674).

İsviçre'nin 1881 kanununa gabin müessesesi kabul edilmemişti.O zaman buna, mukavele serbestîsi esasına aykırı olması başlıca sebep olarak görülüyordu. 1911 İsviçre Medeni Kanunu; devrin sosyal telâkkileri icabı zayıfları, tecrübesizleri himaye etmek için birtakım kayıt ve şartlara bağlı olarak gabin müessesesini kabul etmiş ve Türk kanun vâzıı da Borçlar kanununun 21 inci maddesi ile müesseseyi almıştı.

III — GABNİN DAYANDIĞI ESAS.

Gabin, munhasıran ahlâka mugayir olduğundan dolayı mı ? Yoksa irade beyanındaki fesattan dolayı mı kanunen bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Roma hukuku gabni rızayı ifsadeden sebeplerden addediyordu (6). Alman Medeni Kanununun 138 inci maddesinin 1 inci fıkrası ahlâka mugayir akitleri bâtıl addettikten sonra 2 inci fıkrası, bu umumi prensip meyanında gabni zikreylemiş olduğundan Alman hukuku bakımından gabnin ahlâk prensiplerine dayandığına şüphe edilemez. Ancak Alman Medeni Kanununa göre doğru olan bu mütalâa İsviçre ve Türk

(2) Ed. Cuq. Les Intitutions Juridiqes des Romains. C. 2, S. 402.
(3) Girard, Droit Romain. S. 594, not. 6.
(4) Girard, a. g. e., S. 577, not. 6.
(5) Planiol - Ripert. Traité pratique de droit civil français. S. 277.
(6) Hacı Adil, Borçlar Kanunu şerhi. C. 1, S. 119.

hukukuna göre mutlak surette kabul edilemez. Borçlar kanunumuz ahlâka mugayir akitlerin bâtıl olduğunu 19 ve 20 inci maddelerinde beyan etmiştir. Eğer gabin mücerret ahlâk mülâhazası ile kabul edilse idi ayrıca bir madde vaz'ına lüzum görülmez Almanya'da olduğu gibi aynı maddelere bir fıkra ilâve edilmekle iktifa olunurdu. (7). Bununla beraber Von Tuhr'a göre; kanun, gabni iradeyi ifsadeden bir sebep olduğundan değil, ahlâka mugayir addettiğinden gabne uğrayana fesih hakkı tanımıştır (8). Rossel'e göre, Borçlar kanununun 21 inci m.nın koyduğu prensip büsbütün yeni olup rıza beyanında bir nevi fesattan başka bir şey değildir. Kanaatimizce borçlar hukukunda gabnin kabul edilmesi zayıfları, tecrübesizleri himaye etmek ve müzayaka altında bulunan bir âkıdı, mânevi bir cebir ve ikrar neticesi o muameleyi yapmış saymak düşüncelerinden ileri gelmiştir.

İlâve edelim ki gabin Medeni kanunumuzun 2 ve 3 üncü maddelerinde mevzuubahis hüsnüniyet kaidesi ile çok alâkadardır. Hüsnüniyet kaidesine aşikâr bir surette aykırı olan mukaveleler karşısında vâzıı kanun sâkit kalamazdı.

IV — GABNİN TARİFİ :

Muhtelif müellifler gabin hakkında birbirine benzer tarifler vermişlerdir. Bunlardan Planiol ve Ribert'in Fransız hukukundan mücerret olarak umumi surette verdikleri tarife göre; «Gabin bir şahsın bizzat icra eylediği bir hukuki muamele neticesinde uğradığı zarardır. Daha doğru bir ifade ile gabin ivazlı akitlerde verilen ivazın kiymetinden, dun kıymette bir ivaz almak keyfiyetidir (9). Prof. Esat Arsebük eserinde «Gabin ivazlar arasında fahiş bir kıymet farkı (Laasio Enormis) (10). Prof. Samim Gönensay da «Gabin mütekabil taahhütleri havi akitlerde tarafların mütekabil taahhüt veya ifa ettikleri ödemeler arasındaki nisbetsizliktir.» (11) diye tarif etmişlerdir. Tük hukuku lûgati «Gabin karşılıklı edaları ihtiva eden akitlerde bir tarafın edası ile diğer tarafın ivazı arasında fahiş bir kıymet farkı bulunmasıdır.» (12).

Müelliflerin «Zarar», «Fahiş kıymet farkı», «nispetsizlik» diye tebarüz ettirdikleri husus, aşağıda tafsilâtı ile göreceğimiz gibi gabnin yalnızca objektif unsurudur. Taraflara mütaallik sübjektif unsuru ihtiva etmiyen

(7) Oser, Commentaire du Code Fédéral des Obligations. S. 187, II.
(8) Von Tuhr, partie générale du Code fédéral des obligations. C. I, S. 280. P. Ossipow, de la lésion, S. 220.
(9) Planiol - Ripert - Esmein. a. g. Traité, Tome VI. S. 275.
(10) Esat Arsebük, a. g. e., C. I, S. 469.
(11) Samim Gönensay, Borçlar Hukuku, S. 21, S. 124.
(12) Türk Hukuk Lûgatı. Türk Hukuk Kurumu T. dan H. 1945, Gabin.

bu tarifler olsa olsa sırf objektif unsura istinadeden Fransız hukukundaki gabin tarifine uygun olabilir.

Kanunumuzun 21 inci maddesini nazarı itibara alarak kanuni unsurları câmi olarak şöyle bir tarif verebiliriz :

«Bir akitte ivazlar (Ödemler) arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde eğer bu hal mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmişse o zaman gabin mevcuttur» denir.

V — GABNİN ŞARTLARI.

Gabnin şartlarını kanunumuzun tarifine göre incelerken diğer hukukların gabinde aradıkları şartlarla mukayese edeceğiz.

Borçlar kanunumuzun 21 inci maddesine uygun olarak yukarıda verdiğimiz tarife göre gabin, biri objektif, diğeri sübjektif, iki unsuru istinadetmektedir. Şimdi bu iki unsuru görelim:

A — Objektif Unsur : Tarafların karşılıklı olarak taahhüt veya ifa ettikleri ivazlar arasında açık bir nispetsizliğin mevcudiyetidir. Meselâ, Beyi akdinde satılan ile satış bedeli, Şirket akdinde sermaye ile faiz; kira akdinde kiralanan ile kira bedeli; iş akdinde iş ile ücret; arasında büyük bir nispetsizliğin bulunmasıdır.

Bir çok Hukuklarda, ivazlar arasında yüzde ne miktar farkın gabin teşkil edeceği tasrih kılınmış olduğu halde İsviçre ve Türk Borçlar hukukunda nispetsizliğin derecesi, mikyası gösterilmemiştir. Kadim Yahudilerde aranan fark altıda birdir (13). Roma hukukunda yüzde ellidir (14). Kurunu vustâda keza yüzde elli bir fark aranmaktadır (15). Kanunu medeniden evvel Fransız hukukunda yüzde elli bir bir nispetsizlik aranmakta idi. Kod Napolyon'un tedvini sırasında gabin dâvasının kabulü için bizde olduğu gibi müzayaka unsuru aranmadığı nazara alınarak bu nispet satışlarda 12 de yedi, taksimde dörtte bir olarak tespit edilmiştir (16).

Mecelleye göre gabin, gabni - fahiş ve gabni - yesir olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Gabni - Fahiş, derahimde (para) rubu öşür, yani yüzde iki buçuk, uruzda nısfı öşür, yani yüzde beş, hayvanatta öşür, yani yüzde on. Gayri menkullerde yüzde yirmi ve daha ziyade aldanmaktır.

(13) P. Ossipow. a. g. e., S. 20.
(14) P. Ossipow. a. g. e., S. 27.
(15) P. Ossipow. a. g. e., S. 43.
(16) P. Ossipow. a. g. e., S. 114, 356.

Gabni - yesir bu raddeye varmayan gabindir (17).

İsviçre Medeni kanununun tedvini sırasında nispet, Valais Kantonuda % 50 ve Friburg ve Tesin kantonlarında % 33 idi. Roma hukukunda cari % 50 nispetin kabulü teklif edilmiş ise de Hâkimin takdir hakkını takyidetmemek ve icabı hale göre ve kantonlarda cari daha müsait nispetlerin tatbik edebilmesini teminen, madde metninde her hangi bir nispet tâyin edilmeyerek gabin iddiasının kabulü için açık nispetsizliğin vücudu kâfi olduğu tasrih edilmiştir (18).

Nispetsizlik mefhumu medeni kanuna ait bir mefhum olduğundan bir hâdisenin nispetsiz telâkki edilip edilmiyeceği hususu hukuki bir vakıadır (19). Binaenaleyh bunun mevcut olup olmadığını rakama müstenit hiç bir kayda ihtiyaç olmaksızın Hâkim serbestçe takdir eder. Nitekim federal mahkeme bir istikrazın itası için yüzde 37. 5 faiz vadedilmesini (20) veya ustanın, bütün hastahane masraflarını deruhde etmesi üzerine üç parmağının kaybolmasiyle neticelenen zarardan çiftlik çırağının feragat etmesi (21) hallerini müspet. Meslek adamlarının 5500 Frank kıymet takdir ettikleri kullanılmış bir otomobili 7500 Franga satın almış olan doktorun (22) halini menfi telâkki etmiştir.

İvazlar arasında açık bir nispetsizlik mecvut olup olmadığının tâyini için, bu ivazların tarafların ihtiyaçlarına veya kendi noktai nazarlarına göre atfettikleri kıymetleri değil, esas itibarile objektif kıymetleri nazarı itibare alınmak lâzım gelir. Bu da İvazların iktisadi mânalarının tâyininden anlaşılır.

Bu itibarla kıymetlerin, cari (mütedavil) kıymetler, rizikolar, spekülâsyon imkânları ve buna mümasil piyasa âmilleri bakımından mukayesesi mümkün olabilmelidir (23).

Ehemmiyetle ilâve etmek lâzımdır ki; Doktrinin müttefikan kabul ettiğine göre ivazlar akdin inikadettiği zamandaki ihaline göre ölçülecektir. Akdın inikadından sonra ivaz veya mukabil ivazda husule gelen artma veya eksilme derecesi ne olursa olsun asla nazarı itibara alınmaz.

Şuna da işaret edelim ki; İsviçre - Türk Borçlar hukukuna göre ivazlar

(17) Ali Haydar. Dürerül - hükkâm şerhi Mecelletül - ahkâm. Kitabül büyu M. 165 şerhi.

(18) P. Ossipow. a. g. e., M. 165.

(19) Journal des Tribunaux. Cilt 61, kısım 11, S. 34.

(20) Journal des Tribunaux. Cilt 43, kısım 11, S. 803.

(21) Journal des Tribunaux. Cilt 44, kısım 11, S. 83.

(22) Journal des Tribunaux. Cilt 46, kısım 11, S. 55.

(23) H. Becker, a. g. e., S. 110.

arasındaki açık nispetsizlik akdin doğrudan doğruya feshini icabettirmez. Fakat Fransız medeni kanununda, gabin bizimkinden farklı bir sistem halinde tanzim olunmuştur. Bu kanuna göre gabin dâvasının kabulü için yukarıda tasrih ettiğimiz nispetsizlik kâfidir. Diğer tarafın müzayakada bulunmasına lüzum yoktur (24).

B — SÜBJEFTİF UNSUR : Müzayaka, tecrübesizlik veya hiffetin istismarı yukarıda da işaret ettiğimiz gibi ivazlar arasındaki açık nispetsizlik akdin doğrudan doğruya feshini icabettirmez. Kanunumuzun 21 inci maddesine göre «ivazlar arasındaki nispetsizlik» mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden, yahut tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmiş olması lâzımdır. Kanunun bu hükmüne göre bir taraftan mutazarrırın, yahut diğer bir tavsif ile mağbunun müzayaka, tecrübesizlik veya hiffet halinde bulunması, diğer taraftan da gaabinin bütün bu halleri bilerek istifade etmesi (istismar) mevzubahis olmaktadır. Sübjetif şartı bu hususlardan tetkik edelim.

1 — Müzayaka : Müellif Oser, müzayakayı şöyle tarif ediyor. «Müzayaka öyle bir durumdur ki, bu durumda mevcut tehlikeyi kabul etmekten ise gabinli akde rıza göstermek ehveni şerdir. Bu tehlike bizzat gabne uğrayan kimsenin veyahut yakınlarının hayatını, sıhhatini, şerefini, hürriyetini veya mallarını tehdidedebilir (25).

Prof. Samim Gönensay'ın da iştirak ettiği fikre göre «müzayaka iktisadi olabileceği gibi şahsi de olabilir». (26) Fakat Becker'e göre müzayaka yı yalınız iktisadi mânada mı anlamak lâzım geldiği hususu münazaalıdır. Federal mahkeme bir kararile (27) müzayakanın munhasıran iktisadi olmayıp müstacel şahsi ihtiyaçlarda da olabileceği noktai nazarına iştirak etmiştir. Becker tereddüdünü şöyle izah ediyor : «Şüphesiz böyle tehlikeler de mevcuttur. Meselâ ölüm tehlikesi içinde olan bir hastadan fahiş bir ücret isteyen doktoru veya yardıma muhtaç olan yolcudan böyle bir ücret talebeden dağ kılavuzunu düşünelim, diyor». Böyle bir hareketi ahlâk bakımından daha çok şiddet ve şümullü olan 21 inci madde hükmüne tâbi tutmakta hukuki isabet olup olmadığını da bilhassa düşünmek lâzım olduğunu ileri sürüyor (28).

Taraftar olduğumuz fikre göre müzayaka, fakir bir insan kadar zengin

(24) P. Ossipow. a. g. e., S. 114.
(25) H. Oser, a. g. e., S. 155, Nu. 10.
(26) Samim Gönensay. a. g. e., S. 124.
(27) Journal des Tribunaux. Cilt 61, kısım 11, S. 35.
(28) H. Becker. a. g. e., 110 (a).

bir insana da arız olabilir. Meselâ nazik ve sıkışık bir vaziyeti izale etmek üzere gayrimenkullerini derhal paraya çeviremiyen bir kimsenin vaziyeti buna misaldir. Müzayaka meselesinde kıstas, hakiki veya mefruz değil, iktisadi veya hayati varlığı tehdideden tehlikedir.

Yukarıda kısaca temas ettiğimiz gibi gabinli akdin yapılmasına sebep olan tehlikenin muhakkak bu akdi yapanın bizzat şahsını tehdidetmesi lâzım ve zaruri değildir. Âkıdın yakınlarından birinin de bu çeşit bir tehlikeye mâruz bulunması müzayaka halini, doğurmasına kâfidir.

Müzayaka hali gabne uğrayanın bir kusuru neticesi tahaddüs etmiş olabileceği gibi kusursuz da olabilir. Tehlikenin doğurduğu korkunun ciddî sebeplere istinadetmesi ile etmemesi müsavidir. Zira son halde de bir istismar mümkündür.

2 — HİFFET VE TECRÜBESİZLİK : Tecrübesizlik umumiyet itibarile hayat hakkında kâfi derecede tecrübesi olmamak (Yaş küçüklüğü dolayısile) dan veyahut da bazı hususi vaziyetlerde lâzım gelen bilgiye sahip bulunmamaktan ileri gelebilir (29). Meselâ Profesörün dul karısı, kocasının kalan kitaplarını değerinden haberdar olmıyarak gayet ucuz fiatla satması halinde tecrübesizlik mevcuttur (30).

Hiffet ise haldeki bir menfaatin istihsali için muhtemel neticeleri ile hiç meşgul olmamaktır (31). Meselâ müsrif ve paraya hiç kıymet vermeyen bir kimsenin bu hiffeti istismar edilebilir.

Hiç şüphe yok ki hiffet ve tecrübesizlik mutlaka vasiye ihtiyaç gösterecek derecede bir temyiz kudretinin yokluğuna delâlet etmez.

3 — İSTİSMAR : Borçlar kanununun 21 inci maddesine göre «Gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden veya tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmiş» olmalıdır. «...İstifade suretile vukua getirilmiş..» olmak kaydı, dolayısile müellifler şu üç noktada gaabin'in rolüne temas ediyorlar.

a — Gaabinin müzayaka, hiffet veya tecrübesizliği bilmesi, akdin inikadı esnasında gaabinin, mutazarrırın müzakaya halini, hiffet veya tecrübesizliğini bilmesi lâzımdır. Buna göre hâdise mutazarrırın müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik hali mevcut olsa dahi diğer tarafın bu hallere vu-

(29) Fritz Funk. Borçlar Kanunu şerhi. (Terc. H. Veldet - C. H. Selek) S. 31, Oser, S. 189.

(30) Andereas B. Schwarz. Borçlar Hukukunun umumi nazariyeleri. 1942, S 169.

(31) Fritz Funk. a. g. e., S. 36.

kufu bulunup bulunmadığının tetkiki icabeder. Müellifler (32) ve Türk ve İsviçre mahkeme içtihatları bu husuta müttefiktirler.

b — Gaabinin ivazlar arasındaki açık nispetsizliği bilmesi. Bazı müelliflerin fikrine göre (33), gaabin mukavelenin tanzimi sırasında ivazlar arasındaki açık nispetsizliği tamamen bilmelidir.

Von Tuhr ise aksi kanaattedir. Ona göre tarafların bu nispetsizliği behemahal bilmelerine lüzum yoktur (34). Federal mahkeme bu noktai nazara muhaliftir. 2/Ocak/1927 tarihli bir kararında (35) «Dâva olunanın (Gaabinin) satış tarihindeki ivazlar arasındaki nispetsizliği bilmiş olması lâzımdır. Bazı müelliflerin buna muhalif iddiaları; karşı tarafın müzayakasının, hiffet veya tecrübesizliğinin istismarı suretile vâki olacak gabinde, evvelemirde gabnin mevcut ve mümkün olduğunu bilmek ve bunu aramak lâzım gelmesi yüzünden sakattır.» demektedir.

c — Gaabinin, diğer tarafın müzayakasını, hiffet veya tecrübesizliğini suiistimal etmesi. («Aldatması» mânevi cebir). Yukarıda tasrih ettiğimiz üzere gabin bilinmelidir. Yani gaabinin akdin tanzimi sırasında, gerek ivazlar arasındaki nispetsizlikten ve gerekse mağbunun müzayakasından hiffet veya tecrübesizliğinden malûmattar olması şarttır. Hattâ bazı müelliflerce bundan maada işin ince tarafı (anrüchige) gaabin, hasmının bu zaafını, fahiş menfaatlar temini için suiistimal etmelidir.

İstismar şartına işaret eden müellifler, muhtelif tarifler veriyorlar; Becker «İstismar bir tarafın diğerinin müzayakasını, hiffetini veya tecrübesizliğini suistimal ederek şahsi menfaatler temin etmesidir.» (36). Prof. Samim Gönensay «İstismardan maksat, âkıtlardan birinin, diğer tarafın müzayakasını, tecrübesizliğini, hafif meşrepliğini bilerek bundan istifade etmesidir.» (37). Prof. M. R. Belgesay «..... 21 inci maddenin tatbiki için istifade eden tarafın diğerinin a l d a n m a s ı n d a âmil olması şarttır.» (38). Hacı Âdil «Müddei, hali müzayakada bulunduğunu veya hiffetini veya tecrübesizliğini ispat etmekle beraber bu esbabın müddeaaleyhçe kendisini aldatmağa âmil olduğunu meydana koyma-

(32) Samim Gönensay, a. g. e., S. 125, Becker, a. g. e., S. 110, (C) Arsebük, a. g. e., S. 473, A. Theo Guhl. Das Schweizeriche Obligationenrecht. S. 43, (C).
(33) H. Becker, a. g. e., 21 şerhi. Not 8, Oser, a. g. e., 21 şerhi. III. (A).
(34) Von Tuhr, a. g. e., C. 1, S. 280, not. 3.
(35) Journal des Tribunaux, anné 1927, Cilt 53,K. II, S.483.
(36) H. Becker, a. g. e., S. 110 (C).
(37) Samim Gönensay, a. g. e., S. 125.
(38) Mustafa Reşit Belgesay, Borçlar Kanunu şerhi. S. 34.

lı.» (39). Theo Guhl «karşı taraf, akdin tanzimi sırasında müzayaka, hiffet veya tecrübesizlik hallerini bilmeli ve bunları mukavelenin akdi için kendi menfaatine i s t i s m a r etmiş olmalıdır. (40)» Demektedirler.

Görülüyor ki temas ettiğimiz husus gabnin en ehemmiyetli ve dikkate şayan unsuru olarak ileri sürülmektedir. Filhakika, diğer bazı müelliflerin fikrine göre; akitte gabin mevcuttur, denilebilmek için, akitten istifade eden tarafın, akdin inikadı esnasında diğer tarafın müzayakasını hiffet veya tecrübesizliğini bilmesi icabeder. Fakat ayrıca bu müzayakayı hffet veya tecrübesizliği istismar etmesi, yani suistimal etmek kasdile bazı manevralar ve desiseler yapması şart değildir (41). Zira, bu fikre göre şüphesiz bazen müzayakaya, hifet veya tecrübesizliğe diğer tarafın hile veya desisesinin inzımamı kabil ise de; Borçlar Kanununun esasen 28 ve 29 uncu maddelerinde ayrı ve müstakil bir butlan sebebi olarak gösterilen hile ve desise hallerinin müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik hallerine inzımamı; gabin için bir şart olamaz.

Bu iddiaya karşı 21 inci maddenin metni dikkatle tetkik olunursa kanunun; mutazarrırın müzayaka halinden, hiffet veya tecrübesizliğinden, istifade keyfiyetinden passif bir surette bahsetmiyerek bilâkis (..... İstifade suretile vukua getirilmiş ise...) diye mütaaddi bir ifade kullanmış olduğu görülür. Bundan başka, düşünmek lâzımdır ki; gabin mukavele serbestîsi esasına konulmuş bir istisnadır. Yoksa, gabni munhasıran ivazların nispetsizliği ile âkıdın za'fına istinadettirmek ticaret ve alışverişi büyük mikyasta felce uğratmak olurdu. Kötü niyetli borçluların her fırsatta mukavelelere riayet etmemek imkânını önlemek için kanun vâzıı gabni dar bir çerçeve içinde vaz'etmiştir. Bu itibarla istismar şartının aranmasında mukavele serbestîsinin emniyeti bakımından da zaruret vardır.

Eski hukukumuz gabinde tağrir (42) unsuru aramıştır. Mecelleye göre beyide bilâ-tağrir, yani mütebaiyandan biri diğerini tağrir etmemiş iken gabni fahiş bulunsa böyle hotbehot mağbun olan kimse için hıyar-ı gabin olmamakla bey'i feshedemez (43).

(39) Hacı Âdil. Borçlar Kanunu şerhi. C. 1, S. 120.
(40) Theo Guhl. a. g. e., S. 43, (C).
(41) Fritz Funk. a. g. e., S. 21, Aser. a. g. e., S. 155.
(42) Tağrir = aldatmak demektir. Türk Hukuk Lûgati. S. 315.
(43) Ali Haydar, a. g. e., Kitabül büyu madde 356 şerhi. Fakat mal-i yetimi, mal-i beytülmal, bilâ-tağrir olsa dahi gabni fahiş ile beyi sahih değildir, batıldır.

Federal mahkemenin (44) ve gerek temyiz mahkememizin içtihatlarında «istismar» unsuruna ehemmiyetli bir mevki verildiği görülmektedir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 15/10/1935 tarih ve 2349/1907 sayılı kararına göre; on senelik yurtluk ve ocaklık maaşına karşı hükümetçe verilen 6500 lira değerindeki emlâk ve arazinin ancak 324 lira mukabilinde temlik edilmesi münasebetile çıkan dâvada ivazlar arasında 20 misli bir farkın sabit olmasına rağmen yüksek temyiz mahkemesi diyor ki; «Borçlar Kanununun 21 inci maddesinden anlaşıldığı üzere gabin sebebile akdin feshi için ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunması ve bu akdin mutazarrır olan tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden veya tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmiş olması ve bu sebeplerin akdin feshini isteyen dâvacıyı aldatmaya âmil olduğunun sabit olması meşrut bulunmuştur... Açık nispetsizlik mevcut ise de... bu sebeplerin dâvacıyı aldatmağa âmil olduğu hakkında sübut delilleri izah olunmaksızın hüküm olunması kanun hükümlerine uygun değildir. Hükmün ittifakla bozulmasına...»

Temyiz Ticaret Dairesinin 11/2/1943 tarih ve 1433/286 sayılı kararına göre ise; dâva edilenin, müzayaka halinde bulunmasından istifade etmiş olduğunu ispat edememiş bulunduğuna göre dâvacının dâva edilene bir yemin teklifine hakkı olduğuna ittifakla karar verilmiştir.

VI — GABNİN NETİCESİ :

A — Alman kanununa göre; Alman Medeni Kanunu, Türk - İsviçre Borçlar Kanunundaki şartlar dâhilinde olmak üzere gabinle mâlûl akitleri, ahlâk ve âdaba aykırı telâkki ederek mutlak butlanla bâtıl addetmiştir (45).

B — İsviçre - Türk Borçlar hukuku ise gabnin neticesi olarak mutlak butlanı değil, hata, hile veya ikrar sebebile sakat akitlerde olduğu gibi nispî butlanı kabul etmektedir. Yani gabinle mâlûl bir aktin sahih ve muteber olup olmamasını taraflardan yalnızca mutazarrır olan tarafın idaresine terkeylemiştir. Bu hükümsüzlüğü diğer taraf ileri süremez. Ancak zarar gören taraf akitle bağlı olmadığını bildirdikten sonradır ki diğer taraf da aktin bâtıl olduğunu ileri sürebilir.

---

(44) Journal des tribunaux. Cilt 61, K. 11, S. 31 : «Karşı taraf akdin tanzim sırasında, müzayaka, hiffet veya tecrübesizlik hallerini bilmeli ve bunları mukavelenin akdi için kendi menfaatine istismar etmiş olmalıdır.

Friburg kanton mahkemesinin bir kararı için bak. P. Ossipow, a. g. e., S. 245

(45) Alman Medeni Kanunu. M. 138.

Kanunumuzun kabul ettiği hal tarzının, Alman Medeni Kanununun kabul ettiği hal tarzından daha doğru olduğu muhakkaktır. Çünkü gabinli akitte mutazarrır olan kimse buna katlanırsa, bu gibi akitlerin sahih ve muteber olmaması için hiç bir sebep yoktur. Yukarıda mevzuubahis ettiğimiz gibi fesih hususunda gabne uğrayan kimsenin, ihtiyarına bırakılmış inşaî bir hakka sahip olması maksadı temine kâfidir.

Bazı müelliflere göre hata, hile ikrah ile; gabin netice itibarile nispî butlanı istilzam etmekle beraber her iki halde vaziyet tamamen birbirine uymamaktadır. 21 ve 31 inci maddelerin metnine göre aradaki fark; «İrade fesadile sakat olan bir aktin ilzami kuvveti yoktur. Halbuki gabinde ise mukavele bozdurulabilir (46)». Yani yanlış anlamıyorsak bu fikre göre, iradeyi ifsadeden sebeplerden biri (hata, hile, ikrah) ile mâlûl olan bir akit; bu tesirler altında akti icra etmiş olan tarafı daha bidayeten ilzam etmez. Ve bu akit ancak iradesi malûl olan bu âkıd tarafından icazet verildiği veya 31 inci maddedeki bir senelik müddet geçtiği suretledir ki sahih ve muteber olur.

Yine bu fikre göre, halbuki gabinle mâlûl akit ise, bidayeten sahih ve muteberdir. Ve ancak mutazarrır olan tarafın fesih hakkını kullanması suretiledir ki akit gayri sahih bir hale gelir.

Kanaatimizce kanunumuzun 21 inci maddesinde «Fesih» tâbiri kullanılmasına rağmen bu, tamamen 31 inci maddedeki mânayı ifade eder. Yani buradaki fesih, aktin sıhhate avdet etmesine mâni olmak için yapılan bir beyan mânasını ifade eder. Netekim Borçlar Kanunumuzun 26 ve 29 uncu maddelerinde de fesih tâbiri bu mânada kullanılmıştır.

Mutazarrır olan tarafın, akdin feshi için yapacağı beyanın hususi bir şekle tabi olduğuna dair 21 inci maddede kanuni bir kayıt bulunmamasına göre; adı geçen bu beyan için vesaiti adliyeye muhtaç olmayıp, şifahen dahi akdi feshettiğini beyan etmekle iktifa edebilir. Yalnızca bu beyanın tevcihi muktazi bir beyan olması lâzımdır (47).

Bu beyan üzerine akdin feshine razı olup olmamak diğer tarafın bileceği şeydir. İşine gelmiyorsa veya gabnin mevcut olmadığını iddia ediyorsa akdin feshine razı olmadığını bildirir ve ihtilâf o zaman mahkemeye düşer.

Bu fesih hakkı, müddetli bir haktır. Bir sene içinde dermeyan olunmalıdır. 31 inci maddeden farklı olarak bu bir senelik müddet, mutazarrır olan şahsın gabne ittılaından itibaren değil, 21 inci maddenin 2 inci

(46) Esat Arsebük. Borçlar Hukuku, Cilt1, S. 470.

(47) Yoksa Borçlar Kanunumuz fesih için dâva ikamesine lüzum göstermez.

fıkrasına göre akdin inikadından itibaren cereyan etmeğe başlar. Bu suretle daha uzun bir müddetin kabul edilmesi zaruri görülmemiştir.

C — Türk - İsviçre Borçlar hukukuna göre gabin sebebile, zarar gören taraf için akdi feshedebilmekten başka hiç bir hak tanınmamıştır. Meselâ o, akdin gabin dışında kalan kısımlarının muteber kalmasını isteyemez. Halbuki yeni Polonya Borçlar Kanunu bu hususta dikkate şayan bir hüküm koymuştur. Adı geçen kanunun 42 inci maddesine göre «diğer akıd kendi ödeminin tenkisini veya karşı ödemin tezyidini isteyebilir.

Bunlardan ne biri ne de diğeri mümkün olmadığı takdirde yapmış olduğu irade beyanının hukuki neticelerile mülzem olmaz. «Bunun çok mâkul bir hüküm olduğunda şüphe yoktur. Çünkü, gabinli akitte mutazarrır olan tarafın, karşı ödeme ihtiyacı olduğundan dolayı akdi devam ettirmekte menfaati bulunabilir. Bu takdirde fesihten içtinabeder. Ancak akdin ivazları arasında bir nispetsizlik mevcuttur. Bu ihtiyacı karşılamak üzere Polonya Borçlar Kanunu adı geçen tarafa evvelâ akdin hâkim tarafından tadil edilmesini talep hakkını bahşetmekte ve ancak ikinci safhada bir fesih hakkı vermektedir.

D — Fransız Medenî kanununda da buna müşabih bir hal sureti mevcuttur. Yukarıda Fransız Medeni kanununda gabin hususunda, bizimkinden aykırı bir sistemin mevcut olduğuna ve gabnin yalnız gayrimenkul satış akdine inhisar ettirilmiş bulunduğuna temas etmiştik. İlâve edelim ki aynı kanuna göre, adı geçen akdi, gabin sebebile fesih hakkı, satıcıya tanınmamış ve bu hak yalnızca müşteriye verilmiştir. Gabin dâvası sabit olduğu takdirde müşteri muhayyerdir. Dilerse mebii iade ile semeni geri alır, dilerse hakiki bedelin onda birini tenzil ederek üst tarafını iade ile mebii alıkor (48).

İsviçre ve Türk Borçlar hukukuna göre ivazlar arasında açık nispetsizlik bulunan ve sübjektif şartları tahakkuk eden her türlü akitleri fesh etmek hakkı her iki âkıda tanınmakla beraber mutazarrır olan tarafın akdi feshetmekten başka elinde bir hukuki vasıta ve çare yoktur (49). Bu itibarla İsveçre ve Türk Borçlar hukukuna göre gabin dâvasının mevzuu (aldığını vermek, verdiğini almak) dan ibarettir.

(48) Code civil, art. 1681.

(49) İsviçre Medeni Kanununun 1905 projesi, 1908 de Mütehassıslar Komisyonu tarafından tetkik edildiği sırada âzadan Keller, mutazarrır tarafa ya akdi feshetmek veyahut aradaki farkı istemek muhayyerliğini vermesi ve B. K. nun 21 inci maddesinin bu ruhla yazılmasını teklif etmiş ise de; ekseriyetçe kabul edilmemiştir. (P. Ossipow. De la Lésion, S. 218).

Gerçi kanunumuza göre fahiş cezaî şartın (B. M. m. 161) veya tellâllık mukavelesinde (B. K. m. 409) fahiş ücretin tenkisini, mutazarrır olan, mahkemeden taleb edebilirse de; bu hükümlere kıyasen gabne uğrayan kimse, aynı surette tenkis talebinde bulunamaz.

VII — GABİN SEBEBİLE FESHİN NETİCESİ :

Gabin sebebile usulü dairesinde akdi fesheden mutazarrır, ya edasını yerine getirmekten istinkâf eder veya evvelâ edada bulunmuşsa, sebepsiz iktisap esasına müsteniden verdiğini geri ister, kendisine iade edilmediği takdirde zarar ve ziyan talebeder.

Fahiş menfaat elde eden tarafın dahi verdiğini istirdada hakkı vardır. Çünkü mukavele feshedilince yapılan eda, sebepsiz kalmış olur. İşaret etmek lâzımdır ki, adı geçenin verdiği şey haksız, yahut ahlâka mugayir bir maksat istihsali için değil, belki bir akdin icrası maksadile yapıldığından Borçlar Kanununun 65 inci maddesi istirdada mâni değildir.

———o———

KIZ VE ERKEK KAÇIRMA SUÇLARINDA CEZAYI AZALTICI KANUNİ SEBEPLERDEN OLAN T. C. K. NUN 433 ÜNCÜ MADDESİ VE TATBİKAT

Şebinkarahisar Ceza Yargıcı
Fahrettin KIYAK

P L Â N

KONUMUZ.

GİRİŞ.

A — 433 ÜNCÜ MADDENİN 1 İNCİ UNSURU (Maddeleri)
B — İKİNCİ UNSURU (Evlenmek maksadı):

1 — Yaş meselesi,
2 — Mümeyyiz olmamak ve akıl hastalığına müptelâ bulunmak,
3 — Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 üncü maddesi,
4 — Veli veya vasinin rızası meselesi,
5 — Evvelce evli bulunmak,
6 — Evlenmeye engel hısımlık varsa,
7 — Evlenmeye geçici olarak engel müddetler varsa,
8 — Gaipliğe hükmolunmuşsa,
9 — Fail veya mağdurdan biri nişanlı ise,
10 — Diğer bazı özel haller,
11 — Memurlar statüsü.

C — ÜÇÜNCÜ UNSURU (Tecavüz vuku bulmamak).

K O N U M U Z :

Türk Ceza Kanununun sekizinci babı (Âdabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde işlenen cürümler) hakkındaki müeyyideleri tanzim etmiş bulunmaktadır. Bu babın birinci faslı :

(Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler) e ilişkin hükümleri,

İkinci faslı : (Kız ve kadın ve erkek kaçırmak) cürümlerini,
Üçüncü faslı : (fuhşiyata tahrik) i,
Dördüncü faslı : (Müşterek hükümler) i,
Beşinci faslı : (Zina) yı,
Altıncı faslı : (Nesep cürümleri) ni tedvin eylemiştir.

İşte konumuz, bunlardan ikinci faslı teşkil eden (kız ve kadın ve erkek kaçırmak) cürümlerinde cezayı azaltıcı kanuni sebeplerden olan 433 üncü madde üzerinde bir inceleme yapmaktır. Bu maksatla özel olarak ilgileneceğimiz hususlar; 433 üncü maddenin şümulü, unsurları, uygulanmasına engel olabilen haller ve bu mevzudaki çeşitli Yargıtay içtihatlarıdır.

GİRİŞ:

Konuya girmek için evvelemirde Türk Ceza Kanununun sözü geçen 433 üncü maddesini aynen okuyalım :

Madde : 433 — Yukarıki maddelerde yazılı cürümlerden biri mahzâ evlenmek maksadile işlenmiş ve bir gûna tecavüz vuku bulmamış ise fail hakkında tâyin olunacak ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

Görülüyor ki madde, bir kısım cürümleri işleyenlerin cezalarının, belli hallerde belli miktarlarda indirilmesini emretmektedir.

Madde zâhiren açık ve anlaşılır bir dille yazılmış görünmektedir. Nitekim kanunumuzun mehazı olan İtalyan Ceza Kanununun şârihi Majno (1) dahi bu hususta (bu maddeyi şerhe lüzum yoktur) demiş ve bilhassa maddedeki evlenme maksadını izaha kalkışmamıştır.

Halbuki durumun hiç de bu kadar sade ve vazıh bulunmadığı ve maddenin tatbikatta tereddütler doğurduğu ve bu sebepledir ki kanunun bu cihetteki boşluklarının çeşitli Yargıtay kararlariyle doldurulmak lüzumu hâsıl olduğu aşağıda sunacağımız izahlardan anlaşılacaktır. Tahsisan biz meseleyi bu yönden incelemeye ve böylece tatbikatta çok kere karşılaşılan tereddütleri izaleye çalışacağız.

Şimdi maddenin unsurlarının neler olduğunu görelim : 433 üncü madde ile cezadan indirme yapılabilmesi için başlıca şu şartların bulunması lâzımdır :

A — İşlenen suç, (yukarıki maddeler) olarak vasıflandırılan 429 ilâ 432 inci maddelerde yazılı cürümler olmalıdır.

(1) Mehaz İtalyan Ceza Kanunu şerhi, Majno. 1927. Madde 343 notundan.

B — O maddelerdeki cürümlerden biri (mahzâ evlenmek maksadiyle) işlenmiş bulunmalıdır.

C — Suç mağduruna suç faili tarafından (bir gûna tecavüz) vuku bulmamış olması tahakkuk etmelidir.

Bu üç şarttan biri eksik ise 433 üncü madde uygulanamaz.

İmdi bu şartları sırasiyle tahlile çalışalım :

A — BİRİNCİ ŞART :

433 üncü madde ile indirme yapılabilmesi için, cezaya esas teşkil eden cürüm, 429 - 432 inci maddelerde yazılı cürümlerden olmalıdır :

Bu maddelerden 429 uncu madde (cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenmek maksadile, reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırmak veya alıkoymak) suçuna,

430 uncu maddenin 1 inci fıkrası (aynı suret ve maksatlarla reşit olmıyan kimseyi veya şehvet hissile evli bir kadını kaçırmak veya bir yerde alıkoymak) suçuna,

11 inci fıkrası (reşit olmıyan kimsenin kendi rızasile şehvet hissi veya evlenmek maksadile kaçırılması veya alıkonması) na,

431 inci madde (cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanılmamış olsa bile kaçırılan kimsenin 12 yaşını doldurmamış olması) haline,

432 inci madde ise (429, 430, 431 inci maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiç bir şehevi harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırdığı eve veya ailesinin evine iade etmesi veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakması halinde) verilecek cezaya, taallûk etmektedirler.

Böylece işlenen fiil bu saydığımız cürümlerden birini teşkil ediyorsa kendi maddelerinde yazılı cezalar, aşağıda göreceğimiz diğer şartlar da varsa, 433 üncü madde uyarınca üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunacaktır. İka edilen fiil sayılan cürümlerden değilse bu madde ile indirme yapılamıyacaktır.

429 - 430 uncu maddelerde yazılı alıkoymak cürmüne şeklen benzeyen ve fakat hürriyeti tahdit amacını güden bir fiil işlenmişse ve ezcümle Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinde yazılı şekilde bir kimse bir diğerini hürriyetini tahdit maksadile bir yerde alıkorsa, işte burada şüphe yoktur ki ceza, 433 üncü madde gereğince azaltılamıyacaktır.

B — İKİNCİ ŞART :

Cürüm mahzâ (evlenmek maksadile) işlenmiş olmalıdır :

433 üncü madde ile cezayı indirerek hükmedebilmek için, failin, kaçırmak veya alıkoymak suçunu mahzâ evlenmek maksadile işlemiş bulunması lâzımdır. Filhakika bu suç evlenmek maksadile değil de (şehvet hissile) ika olunmuşsa veya suç hürriyeti tahdit amacını güdüyorsa, faili 433 üncü maddenin hafifletici hükmünden faydalanamıyacaktır. Ve hattâ eylemde evlenmek maksadı bulunmakla beraber aynı zamanda şehvet hissi de varsa yine tenzilâttan istifade edemiyecektir. Çünkü suç (mahzâ) evlenmek maksadile işlenmiş sayılamaz.

Prof. Sulhi Dönmezer'in (Umumi Âdap ve aile nizamı aleyhinde cürümler) adlı kıymetli eserinde bu fikir şöyle ifade olunmuştur (2) :

(Hafifletici sebebin tatbikına ait bu birinci şart bakımından dikkat edilmesi iktiza eden nokta kaçırmanın sırf, mahzâ evlenme maksadile vukuudur; fail mağdurla evlenmek maksadile harekete geçmiş olmakla beraber şehvet hissini de taşıyorsa, yani aynı zamanda şehvet maksadı da varsa, kendisine bu hafifletici sebep tatbik olunamaz).

Tatbikatta bu evlenmek maksadı meselesi geniş yorumlara yol açmıştır.

Acaba bir kaçırma veya alıkoyma suçu evlenmek arzu ve niyetiyle işlendiği halde, bu gibi durumlarda evlenmek maksadının makbul tutulamıyacağı haller var mıdır? Diğer bir deyimle failin maksadı evlenmek iken ve 433 üncü maddenin sarahatine rağmen, bu madde ile cezadan indirme yapılmasına başkaca kanuni engeller mevcut mudur ? Tatbikat nasıldır?

Bu mânada 433 üncü madde dairesinde cezadan indirme yapılmasına engel olan bir çok haller bulunduğu gibi tereddüde sebep olan ihtimaller de vardır. Bunları sırasile inceliyelim :

Birincisi yaş meselesidir.

1 — Yaşın evlenmek maksadı bakımından önemi :

Kaçırma ve alıkoyma suçlarının failleri ile mağdurlarının evlenme çağında bulunup bulunmamaları, 433 üncü maddenin uygulanabilmesi yönünden büyük önem taşır. Bu bölümü, failin ve mağdurun evlenme çağında bulunmamaları, yargıcın iznile evlenebilme imkânı, nasiyei halin rolü cephelerinden inceliyelim :

(2) Umumi âdap ve aile nizamı aleyhinde cürümler. Dr. Sulhi Dönmezer. İkinci tabı. 1950. Sh: 197.

a — Sanığın evlenme çağında bulunmaması :

Evlenme çağı, Medeni Kanunun değişik 88 inci maddesinde erkek için 17, kadın için 15 yaşın ikmali olarak kabul edilmiştir. Binaenaleyh erkek 17, kadın 15 yaşını bitirmedikçe evlenemez.

İmdi, 17 yaşını bitirmemiş bir erkeğin, evlenme çağında bulunan bir kadını T. C. Kanununun 429 - 430 uncu maddelerine mümas şekilde ve evleneceğim diyerek kaçırdığını veya bir yerde alıkoyduğunu kabul ve tasavvur edelim : Bu takdirde suçlu erkek hakkında sözü geçen maddelerde yazılı cezalar 433 üncü maddedeki indirmeye tâbi kılınmadan hükmolunmalıdır. Zira, esasen suç faili erkek kanun önünde evlenmek çağında değildir ve tabiatile şahsına ait bu durum kendisince de bellidir. Yaşının müsaadesizliği sebebile evlenmesine kanunen imkân bulunmadığını bilen bir kimsenin, suçu işlerken evlenmek maksadı güttüğünü kabul etmek hukuk mantığı itibarile de mâkul sayılamaz.

Nitekim yüksek Yargıtay görüşünü bu şekilde açıklamış ve tatbikatta yol östermiş bulunmaktadır. 1 inci Ceza Dairesinin 20/6/1941 günlü bir kararında (3) :

(Suçlu hâdise tarihinde hâkimin iznile de evlenebilecek çağda olmadığına göre evlenmek maksadının cezayı azaltıcı takdirî hallerden olup olmadığı düşünülmeden tâyin olunan cezadan tenzilât icrası yolsuzdur) denilerek, yaşı evlenmeye müsait bulunmayan kimsenin eyleminde evlenme maksadı gözetilemiyeceği ve belki bu halin takdirî azaltıcı sebep olabileceği ve ancak Ceza Kanununun 59 uncu maddesinden faydalanması mümkün bulunduğu içtihadedilmiştir.

b — Mağdurun evlenme çağında bulunmaması :

Mağdurun, suç işlendiği zaman evlenme çağında bulunmaması halinde de yukarıki mütalâayı tekrarlıyabiliriz. Mağdurun yaşının küçüklüğü nasiyei halinden belli olabileceği gibi, sanığın (yani suçlu sanılan failin) onu kaçırıp alıkoymadan evvel bu ciheti araştırması yani mağdurun evlenme çağında bulunup bulunmadığını soruşturup hesaba katması lâzımdır ki kaçırmayı evlenmek maksadile ika ettiğini ileri sürebilsin.

Yargıtay 1 inci Ceza Dairesinin 3/7/1937 günlü Es: 36/4576 sayılı bir kararında (4):

(3) Yargıtay I. Ceza D. 20/6/1941 günlü 2258/2137 sayılı kararı. Haşiyeli Türk Ceza Kanunu. Cemal Köseoğlu. 1945. Sa: 422.

(4) Aynı eser, sahife: 421.

(Nüfus kaydına nazaran hâdise zamanında 10 yaşında olduğu iddia edilen bir kızla evlenmenin kanunen mümkün olamıyacağı nazara alınmaksızın suçluların 433 üncü madde hükmünden istifade ettirilmesi) kanuna aykırı sayılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir içtihadında dahi (5) :

(Türk Ceza Kanununun 433 üncü maddesinin uygulanabilmesi için mağdurenin evlenecek bir çağda bulunması lâzım) olduğuna karar verilmiştir.

c — Yargıcın iznile evlenebilme halinde :

Gerek fail gerekse mağdur kayden evlenme çağında bulunmamakla beraber, Medeni Kanunun 88 inci maddesinin 2 inci fıkrasında kabul olunduğu ibi yargıcın iznile evlenebilecek yaşta iseler, bu takdirde lehe giderek ve sanığın suçu işlerken evlenmek için Yarıçtan izin alma imkânını tasarlamış olması ihtimalini de gözönünde bulundurarak evlenme maksadını gözetmek lâzımdır. Bu maksatla olacak ki bir kısım Yargıtay kararları da aynı noktai nazarı serdeylemiş görülmektedir.

Yukarıda (a) bölümünde gördüğümüz Yargıtay Ceza Dairesinin 20/6/951 günlü kararı bu merkezde olduğu gibi, mağdur hakkındaki 10/11/948 günlü 4 üncü Ceza Dairesinin bir kararında dahi (6):

(14 yaşını bitiren kızların Yargıcın iznile evlenebileceği gözetilmeden... 433 üncü maddeye yer olmadığına karar verilmesi yolsuz) addolunmuş;

Sanık hakkında olan 17/6/941 günlü bir Yargıtay kararında ise (7):

(Suçlunun hâkimin iznile evlenmesi mümkün olacağı nazara alınmadan evlenmeye ehliyeti olmadığından bahisle 433 üncü maddenin tatbikına mahal olmadığına karar verilmesi) kanuna aykırı sayılmıştır.

Prof. Sulhi Dönmezer, sözü geçen eserinde 17/6/941 günlü bu Yargıtay kararına temas ederek (bu telâkki kabul olunamaz. Bu gibi hallerde, o da evlenmenin hâkimin iznile tahakkuku halinde, ancak 434 üncü maddedeki şarta muallâk tam mazeret sebebi kabili tatbik olur) mütalâasında

(5) Ceza Genel Kurulunun 23/1/1950 günlü ve itiraz esas: 229/20, karar: 7 sayılı içtihadı. Adalet Dergisi 1950/12, sahife: 1713.

(6) Yargıtay 4. Ceza D. 10/11/1948 günlü 12776/11670 sayılı karar. Sadık Perinçek, Cahit Özden. Ceza Kanunu 1950. Sahife: 382.

(7) Yargıtay I. Ceza D. 17/6/1941 günlü 2215/2094 sayılı karar. Cemal Köseoğlu. Sahife: 422.

bulunmuş ve ayrıca aynı sayfada: (Medeni Kanunun 88 inci maddesi erkek 17, kadın 15 yaşını bitirmedikçe evlenemez, dediğine göre fevkalâde hallerde hâkimin hükmü ile erkeğin 15 kadının 14 yaşında evlenebilmeleri ellerinde değildir. Hâkimin hükmüne menut bulunan bu imkân dolayısiyle 433 üncü maddemizin ifade eylediği bu imkândan istifade olunamaz) diyerek yargıcın iznile evlenebilecek çağda olanların eylemlerinde evlenme maksadı gözetilemiyeceğine işaret eylemiş bulunmaktadır.

Halbuki sözü edilen 88 inci maddenin kabul ettiği izinle evlenme yaşında bulunanlar, evlenme çağına henüz ermemişlerden farklı olarak yargıçtan izin alarak evlenme imkânına sahiptirler. Suçun işlendiği sırada kanunun bahşettiği bu imkânı samimî surette tasarlamış bir kimsenin evlenme maksadını makbul saymanın ve cezasından 433 üncü madde ile indirme yapılmasının adalet hislerine daha uygun düşeceği tabiîdir. Bu itibarla biz de mezkûr Yargıtay kararı gibi düşünüyoruz. Aksi takdirde, izinle evlenecek yaşta bulunanlarla henüz evlenemiyecek çağda olanlar arasında fark kabul etmemiş oluruz. Birinciler evlenme ehliyeti bakımından daha müsait bir kanuni imkâna maliktirler. Bu imkânı samimî ve iyi niyetle derpiş ederek suçu ika eylemişse, ahlâki redaeti ikincilerden daha az düşük olur. 433 üncü maddenin hafifletici hükmünden faydalanmalıdır kanaatindeyiz.

d — Nasiyei halin rolü :

Acaba nüfus kaydına göre evlenme çağında bulunmıyan bir kimsenin nasiyei hali daha büyük gösteriyorsa bu cihetin konumuz bakımından bir rolü var mıdır?

Medeni Kanunun 35 inci maddesinde (ahvali şahsiye, buna mahsus sicil kayıtları ile taayyün eder.) yazılıdır. Buna göre, bir kimsenin belli bir yaşı bitirip bitirmediğini anlamak için nüfus sicilinde kayıtlı doğum tarihine bakmak lâzımdır. Fakat faraza nüfus kaydında 14 yaşını bitirmemiş görünen bir kadın nasiyei hali ve bedenî teşekkülâtı itibarile 17 yaşında görünüyorsa ve bu kadını kaçıran veya bir yerde alıkoyanın da niyeti evlenmek ise, bu takdirde evlenmek maksadını makbul ve muteber saymamak kanunun ruhuna ve adalet mantığına aykırı düşecektir. Zira çok kere raslandığı üzre çeşitli sebep ve düşüncelerle bir kısım vatandaşlarımız nüfus siciline küçük yazılmış olabilirler. Nüfus Kanunu bu şekilde nasiyei hali doğum tarihine uygun bulunmıyanların yaşlarının düzeltilmesini emretmektedir. Adalete intikal etmiş olan böyle bir durumda gerek C. Savcısı gerekse mahkeme bu ciheti nazarı itibara almalıdır. İş yani kaçırma veya alıkoyma suçunun faili hakkındaki kovuşturma hazırlık veya

ilk soruşturma safhasında ise Cumhuriyet Savcılığı kamu adına Hukuk Mahkemesinde yaş düzeltmesi dâvası açmalıdır. Bu dâvayı ilgililer açmak için mehil isterse münasip mehil verilmesinin de faydası aşikârdır. İş mahkemeye intikal ettikten sonra nasiyei hal ile doğum tarihi arasındaki farkın farkına varılmışsa, Ceza Yargılamaları Usulü Kanununun 255 inci maddesi uyarınca ceza mahkemesi nüfus kanunundaki usule tevfikan ilgilinin yaşını düzeltmelidir. Ta ki vücut yapılışına ve hakiki yaşına uygun doğum tarihi elde edile.

Yargıtay kararı :

Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında (8):

(Nasiyei halin yazılı yaşı tekzibeder görünmesine göre yaşının tashihine tevessül olunmadan ve kayden 14 yaşını ikmal etmemiş bulunan mağdurun evlenme ehliyetini haiz olmadığı gözeltilmeden 433 üncü madde ile indirme yapılması yolsuzdur) diyerek nasiyei halin kayıtlı yaşı tekzibettiği ahvalde yaş düzeltilmesi yoluna gidilmesi ve ondan sonra 433 üncü madde ile indirme yapılması lüzumunu dolayısiyle kabul eylemiştir.

2 — Mümeyyiz olmamanın veya akıl hastalığına müptelâ bulunmanın evlenme maksadının kabulü bakımından rolü.

Acaba mümeyyiz olmamak veya akıl kastalığına müptelâ bulunmak halleri 433 üncü madde ile cezadan indirme yapılmasına engel midir?

Medeni Kanunun 89 uncu maddesinde (evlenmeye yalnız mümeyyiz olanlar ehildir. Akıl hastalıklarından birine müptelâ olan da evlenemez) hükmü bulunduğu gibi aynı kanunun 112 inci maddesinde de (karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında bir akıl hastalığı veya daimî bir sebep neticesi mümeyyiz değilse o evlenme bâtıldır) denilmiş bulunmaktadır.

İşte bir kimse Medeni Kanun yönünden temyiz kudretini haiz bulunmayan birisini Ceza Kanununun 429-431 inci maddesine mümas şekilde ve evlenmek arzusu ile kaçırır veya bir yerde alıkorsa bu halde, evlenme maksadının mütalâası bakımından iki ihtimal vârittir:

a — Mağdurun mümeyyiz olmayışı yaşının küçüklüğü sebebiledir. Bu takdirde haddi zatında yaşının küçüklüğü evlenmesine engeldir. Binaenaleyh yukarıda I - b kısmında açıklandığı üzere, esasen mağdurun yaşı evlenmeye müsait olmadığından bu cihetten evlenme maksadı gözetilemez.

b — Mümeyyiz bulunmamak, yaş sebebile değil de Medeni Kanunun

(8) Yargıtay 4. Ceza D. 24/9/1946 günlü 8843/1084 sayılı karar. Sadık Perinçek.. Aynı eser, sahife: 382.

13 üncü maddesinde yazılı diğer sebeplerden dolayıdır: Bu halde aynı kanunun 89 uncu maddesine göre şahıs mümeyyiz bulunmadığından evlenme akdi icra kılınamıyacaktır. Her nasılsa evlenme akdedilmişse bu evlenme mutlak butlan ile mâlûldür. Binaenaleyh bu kanuni hüküm karşısında burada da evlenme maksadını gözetmemek ve 433 üncü maddemizi uygulamamak gerekir, düşüncesindeyiz.

Mağdur değil de bizzat suç faili temyiz kudretini haiz bulunmuyorsa durum aynıdır. Yalnız bu halde Türk Ceza Kanununun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının göz önünde bulundurulması şüphesiz ki lüzumludur.

Akıl hastalığı meselesine gelince: gerek Medeni Kanunun 89 uncu maddesinde gerekse Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 üncü maddesinde akıl hastalığına müptelâ olanların evlenmeleri memnu sayılmıştır. Bu cihet hakkındaki izahları aşağıda 3 sayılı bölümde tamamlıyacağız.

3 — Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 üncü maddesi:

UM. H. S. Kanununun 123 üncü maddesi şöyledir:

Madde — 123: Firengi, belsoğukluğu, yumuşak şangır ve cüzzama veya bir marazı akliye müptelâ olanların evlenmeleri memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesinin geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikâhları akdolunamaz.

O halde, acaba fail veya mağdurdan biri bu hastalıklardan birine müptelâ ise, bu hal 433 üncü maddenin hafifletici hükmünden failin faydalanmasına engel midir?

Maddenin muhalif mefhumundan, mezkûr hastalıkların usulü dairesinde tedavisi yapılarak sirayet tehlikesinin geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu istihsal olunabildiği surette evlenmenin mümkün olduğu anlaşılıyor. Fakat hastalığın geçip geçmiyeceği ve rapor istihsal olunup olunamıyacağı kesin olarak kestirilemez. Kanaatimizce suçu işleyen, mağdurdaki böyle bir hastalıktan habersiz ise evlenme maksadını makbul sayarak 433 üncü madde gereğince cezası indirilmelidir. Mağdurun bu durumunu bile bile fiili ika eden veya bizzat kendisinde böyle bir hastalık bulunduğunu bilen failin cezasından indirme yapılmaması daha uygun olacaktır. Failin akıl hastalığına müptelâ bulunması halinde şüphesiz ki T. C. K. nun 46 ve 47 inci maddeleri hükümleri mahfuzdur.

4 — Veli veya vasinin rıza ve muvafakatı meselesi:

Velâyet veya vesayet altında bulunan kimselerin kaçırılıp alıkonma-

271

sı hallerinde, veli veya vasinin kaçırma veya alıkoymaya ve binnetice evlenmelerine rıza ve muvafakatı yoksa, 433 üncü maddenin tatbikı mümkün değil midir?

Bu soruya cevap vermek için işi kanun maddeleri sırası ile incelemeyi gerekli görüyoruz.

a — T. C. Kanununun 429 uncu maddesine giren halde:

Bu maddede suçun bir unsuru da mağdur kadının reşit olması veya reşit kılınmış bulunmasıdır. Binaenaleyh bu maddeye mümas suçun mağduru esasen reşit olduğundan evlenmesi için velinin muvafakatı meselesi bahse konu olmıyacaktır. Mağdur vesayet altında ise ve vasinin muvafakatı bulunmuyorsa Medeni Kanunun 90 ıncı maddesine göre evlenmesi kanunen mümkün değildir. Bu engel dolayısiyle evlenme maksadını gözetmemek ve 433 üncü maddeden faili faydalandırmamak lâzımdır. Medeni K. nun 90 ıncı maddesi küçüğün vasisinden bahsederken 91 inci maddesi de (Mahcur, vasisinin rızası olmadıkça evlenemez) demektedir. Mahçurun vasisi imtina ederse sulh yargıcından talepte bulunabilecek ise de esas itibariyle vasinin rızasının bulunmaması evlenmeye mâni bulunduğundan yukarıki düşüncenin kabulü sonucuna varmaktayız.

b — 430 uncu maddenin 1 inci fıkarsı:

Bu fıkraya giren suçun unsur bakımından 429 uncu maddeden farkı, burada mağdurun reşit olmıyan kimse veya evli kadın olmasından ibaret tir. Bu maddeye nazaran suç:

aa — (cebir ve şiddetle) işlenmişse:

Bu halde de evli veya vasinin rızasının bulunmayışı bakımından 429 uncu maddede söylediklerimizi tekrarlıyabiliriz. Yani bu kimselerin küçüğün evlenmesine rızaları yoksa evlenemiyeceğinden evlenme maksadını gözetmemek gerekir. Fakat veli veya vasinin rızası varsa vaziyeti nasıl mütalâa etmelidir? Bilfarz, reşit olmıyan kimsenin tabiî rızası hilafına ve cebir ve şiddetle kaçırıldığını tasavvur edelim. Kaçırmayı mütaakip veliye sorulmuş veli rızası bulunduğunu bildirmiştir. Acaba velinin rızası bulunduğundan bahisle evlenme maksadını gözetmeli midir? Kanaatimizce hayır. Çünkü; Yargıtay 4 üncü Ceza D. nin aşağıda c bendinde avdet edeceğimiz 2/10/948 günlü bir kararında, reşit olmıyan kimselerin kaçırılması veya alıkonması suçlarında, suçun işlenmesine mağdurun ana ve babasının rızası yoksa, sanığın o mağdurla evlenmesine medeni Kanuna göre imkân bulunmadığından, evlenme maksadının gözetilmiyeceği ve bu itibarla 433 üncü madde ile indirme yapılamıyacağı kabul edilmiştir.

Gerek bu içtihada ve gerekse yukarıdan beri yaptığımız incelemede evlenme maksadının gözetilmesi için kanuni bir evlenme engeli bulunup bulunmadığını aramamıza göre denilebilir ki; mademki Medeni Kanunun evlenmeye engel sebepleri varsa evlenme maksadını kabul etmiyoruz o halde, cebir ve şiddetle işlenen kaçırma veya alıkoyma suçlarında bizatihi cebir ve şiddet mağdurun rızası bulunmadığına delâlet edeceğinden ve Medeni K. nun 97, 105, 109 uncu maddeleri evlenme akdinin icrası için her iki tarafın rızasını şart koştuğundan, mağdurun rızası hilâfına kaçırılmasında veya alıkonmasında evlenme maksadını gözetmemek lâzımdır.

Halbuki Yargıtay 5. Ceza D. nin aşağıda 5/b kısmında temas edeceğimiz 7/12/948 günlü kararı ile, keza 10/c bölümünde bahsedeceğimiz 27/6/950 günlü diğer bir kararı, zorla kaçırma suçlarında dahi evlenme maksadının kabulüne imkân vemektedir:

bb — (tehdit veya hile) ile işlenmişse.

Tehdit veya hile tabiatile evlenme memurunun huzurunda vâkı olmayacağından, böyle bir tehdit veya hileye muttali bulunmayan evlenme memuru akdi icra edecektir. Kaçırma ve alıkoyma cürmünün işlenmesinde yapılan tehdit akit icrasına kadar devam ederse veya fiilin ikaında yapılan hileye mağdur evlenme akdine değin muttali olmazsa akit icra kılınacaktır. Tahdit bu zamana kadar devam etmemişse veya hileye ıttıla olunursa mağdur evlenmeye muvafakat göstermiyeceğinden akit yapılamıyacaktır. Şu muhakemeden çıkaracağımız sonuç; suç esnasında vâkı tehdit evlenme akdinin icrasına kadar sürmezse veya bu zamana değin hileye vâkıf olunursa evlenme mümkün olmadığından ve tehdidin devamı veya hileden haberdar olunmaması sebebiyle akit tamamlanırsa Medeni Kanunun 117, 118 inci maddeleri gereğince evlenmenin feshi dâva edilebileceğinden evlenme maksadını gözetmemek daha uygun olacaktır, düşüncesindeyiz. Bu şekilde işlem yapmakla, gayri ahlâki hareketler yaparak kanunun hafifletici hükümlerinden faydalanmaya engel olacak ve 433 üncü maddemizin, samimî evlenmek maksadına makrun olan ruhuna da riayet etmiş bulunacağız.

c — 430 uncu maddenin 2 inci fıkrası:

Bu fıkrayı tatbikatta fazlaca tesadüf edilmesi bakımından arzeylediği öneme binen aynen okuyalım:

MADDE : 430 - Fıkra 2 : Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya hile olmaksızın kendi rızasile şehvet hissi veya evlenme maksadile

kaçırılmış veya bir yerde alıkonmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir.

Şu halde bu fıkraya göre bir şahıs : I — reşit olmıyan bir kimseyi, 2 — cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın, kendi rızasile, 3 — şehvet hissi veya evlenme maksadiyle, 4 — kaçırır veya bir yerde alıkorsa, cezası altı aydan üç seneye kadar hapistir. Yargıtay içtihadı Birleştirme Genel Kurulunun bir kararında (9): (Reşit olmayan kimselerin rızasiyle kaçırılmaları halinde suçun tekevvünü için ebeveynin veya vasinin rıza ve muvafakatının bulunmaması lâzımdır.) denilmiştir. Bu tevhidi içtihada nazaran maddenin yukarıda sıraladığımız dört unsuruna bir beşincisini eklemek gerekecektir: 5 — ve eğer veli veya vasinin rıza ve muvafakatı yoksa.

Şimdi konumuza avdet edelim. Görülüyor ki 430 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki unsurlardan biri de (şehvet hissi veya evlenme maksadı) dır. 433 üncü madde işte bunlardan yalnız (evlenme maksadı) nı hafifletici sebep saymıştır. Hafifletici sebep yönünden 4. Ceza Dairesi şöyle bir içtihatta bulunmuştur (10):

(Mağdurun ana ve babasının rızası bulunmadıkça evlenmesine ve dolayısile evlenmek kasdının gözetilmesine kanuni imkân olmadığı gözetilmeden 433 üncü madde ile indirme yapılması .. bozmayı gereklendirir.)

Bu içtihada göre, kaçırma ve alıkoyma suçlarında reşit olmıyan mağdurun ana ve babasının rızası yoksa, o, esasen Medeni Kanun önünde (11) evlenemiyecektir. Bu sebeple failin onu kaçırmakta evlenme maksadı güttüğünü kabul etmemek lâzımdır.

Fakat bu daire kararı, sözü geçen tevhidi içtihat karşısında tatbikatta tereddüde mahal bırakmamakta ve 433 üncü maddeyi bu mevzuda tatbiki imkânsız ölü bir hale getirdektedir.

Şöyleki: Reşit olmıyan kimsenin kaçırılması veya alıkonması halinde ana babanın rızası ya vardır veya yoktur.

aa — Ana babanın rızası vardır:

Bu takdirde tevhidi içtihat gereğince 430 uncu maddenin 2 inci fıkrasında yazılı suç tekevvün etmemiştir. Ortada cezayı gerektirir bir suç bulunmayınca ceza verilmesi bahse konu olamıyacağından 433 üncü madde ile indirme yapılması da düşünülemez.

---

(9) İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 8/5/1940, sayı: 74.

(10) Yargıtay 4. Ceza D. 2/10/1948. Sayı: 10706/10549. Adalet Dergisi 949/2. Sahife: 292.

(11) Medeni Kanun madde: 90.

bb — Ana babanın rızası yoktur:

Bu halde mağdurun rızasile kaçırılması veya alıkonması eylemi, ana babanın rızasının bulunmaması sebebile aile düzenini sarsmıştır. İçtihadı Birleştirme kararına nazaran suç teşekkül etmiştir. Faile 430 uncu maddenin 2 inci fıkrasında yazılı ceza verilecek ve bu ceza 433 üncü madde uyarınca indirilerek hükmolunacak ise de bu sefer daire kararı bu indirmeye engel olmaktadır. Çünkü ana babanın rızası bulunmadığından, mağdur Medeni Kanuna göre evlenemez. Bu sebeple evlenme maksadı gözetilemez ve 433 üncü madde uygulanamaz.

Görülüyor ki her iki halde dahi 433 üncü madde, 430 uncu maddenin 2 inci fıkrasına mümas suçların faillerine uygulanamıyacaktır. Bu bakımdan daire kararının tereddüde mahal bıraktığına işaret etmek istediğimiz gibi, aynı zamanda bu kararın mutlak mahiyette kabulüne de taraftar bulunmuyoruz.

Bu noktadaki düşüncemizi diğer bir yazımızda şöylece izah eylemiştik (12):

Failin, daha evvel mağdur küçüğün velisine başvurarak mağdurla evlenmelerine rıza talebetmiş ve menfi cevap almış ve her ne bahasına olursa olsun onunla evlenmeye karar vermiş bulunduğunu kabul edelim. Bu duruma rağmen onu rızasile kaçırırsa aile nizamına taarruz eden ve redaeti tebellür eden bu sanık hakkında hükmedilen cezadan 433 üncü madde ile indirme yapılmaması adaletle telif edilebilirse de bu tek ihtimal dışında ve ezcümle bazı ahvalde veli veya vasinin önceden ve hemen rızasının istihsaline fiilen imkân bulunamaz ve her halde sonradan bu kimseler razı edilir düşüncesile ve hakikaten evlenmek maksadile ve mağdurun da rızasile onu kaçırırsa, bu takdirde veli veya vasinin olaydan haberdar olunca şikâyette bulunması ve rızası olmadığını beyan etmesi failin iyi niyetini ve kasdını değiştiremez, kanaatimizce bu gibi hallerde kanunun ona bahşettiği imkânı vermeli ve cezası 433 üncü madde ile indirilmelidir. Zira suç evlenmek niyetile işlenmiştir ve o bu niyetinde samimîdir.)

Aynı yazımızda bu içtihadın diğer bir kararla ve (mağdurun ana ve babasının rızası bulunmadığını ve bulunamıyacağını failin bildiği halde suçu işlemesi) haline hasren tahdidini temenni etmiştik.

d — 431 inci madde:

Bu madde (kaçırılan kimse 12 yaşını doldurmamış ise fail cebir ve

(12) T. C. Kanununun 433 üncü maddesine ilişkin Yargıtayın bir daire kararı hakkında. Fahrettin Kıyak. Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, sayı: 20 - 21 (Ağustos - Eylûl 1950)

şiddet veya tehdit veya hile kullanmamış olsa dahi 3 seneden 7 seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır) hükmünü ihtiva etmektedir. Maddenin unsurlarından biri mağdurun 12 yaşını doldurmamış bulunmasıdır. Şu halde yaşı itibarile (I — b bahsinde izah olunduğu veçhile) mağdurun evlenmesine imkân olmadığından, 431 inci maddeye giren ahvalde 433 üncü madde uygulanamıyacaktır.

5 — Evvelce evli bulunmanın evlenme maksadına tesiri:

Medeni K. nun 93 üncü maddesinde (tekrar evlenmek isteyen kimse, vefat veya boşanma ile yahut butlan hükmü ile evliliğinin zâil olduğunu ispata mecburdur) hükmü bulunmakla beraber, 112 inci maddesinde de (karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında evli ise o evlenmenin bâtıl olduğu) yazılıdır. Bu halde ancak 113 üncü maddeye göre C. Savcısı ve alâkadarlar butlan dâvası ikame edebilirler.

Medeni Kanunun bu hükümlerinin konumuza tesirine geçelim; iki ihtimal düşünülebilir.

a — Fail esasen evlidir.

Medeni Kanunun yukarıya alınan hükümlerine nazaran, evli bir kimse ikinci defa evlenemiyeceğinden, esasen evli bir kimsenin evlenmek niyetiyle başka birini kaçırması veya alıkoyması halinde, 433 üncü maddenin hafifletici hükmünden o kimse faydalanamaz. Çünkü tekrar evlenmesine kanun mânidir ve evli olduğu ise kendisince bellidir.

Yargıtay 5 inci Ceza Dairesi 13/1/949 günlü bir kararında (13):

(Nüfus resmî kaydile, ilk tahkkiat ve duruşmadaki ifadelerile evli olduğu tahakkuk eden sanık hakkında 433 üncü maddenin uygulanması yolsuzdur) diyerek bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

b — Mağdur evlidir:

Failin esasen evli bulunması hakkındaki mütalâaları burada da aynen tekrarlıyabiliriz. Filvaki Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 21/3/947 günlü bir içtihadında (14):

(Mağdurun medeni hali evlenmeye müsait olmadığı takdirde 433 üncü maddenin uygulanmıyacağı) kabul edilmiştir.

(13) Yargıtay 5. Ceza D. 13/1/1949 günlü K: 95, Es: 48/2337 sayılı kararı. Sadık Perinçek.. Sahife: 374.

(14) Yargıtay 4. Ceza D. 21/3/1947 günlü 2454/3994 sayılı karar. Aynı eser, sahife: 382.

Yalnız bunun, failin evli oluşundan farkı, mağdurun evli olup olmadığını suçu işlerken failin bilip bilmemesi keyfiyetidir.

Bazan fail mağdurun evli olduğunu bilemiyecek durumda bulunabilir. Yargıtay, bilmemek halinde evlenme maksadının gözetilmesini uygun bulmuştur.

5 inci Ceza D. nin şu kararı bu yönden örnektir (15):

(... Mağdurenin mahzâ evli bir kadın oluşu buna vâkıf olmayan ve samimî surette evlenme maksadını takibederek zorla kaçırma fiilini işleyen sanıkların 433 üncü maddede derpiş olunan tahfif sebebinden faydalanmalarına mâni teşkil etmiyeceği gözetilmiyerek mezkûr maddenin uygulanamaması.. Yolsuzdur).

6 — Evlenmeye engel hısımlık hallerinin evlenme maksadının gözetilmesine tesiri :

Medeni Kanunun 92 inci maddesinde bazı derecedeki hısımların birbiriyle evlenmeleri memnu sayılmıştır. Binaenaleyh fail ile mağdur arasında bu maddede yazılı bir hısımlık münasebeti varsa, hukuk nizamını ve ahlâk kaidelerini çiğneyerek bu derecede yakın bir hısmını kaçıran veya alıkoyan bu kimsenin bu fiili, evlenmek maksadile ika ettiğini kabul ederek cezasından 433 üncü madde ile indirme yapılmasına imkân yoktur.

7 — Evlenmeye geçici olarak engel müddetlerin rolü :

Medeni kanunun 95 inci maddesi evlenmeye geçici surette engel kanuni müddeti 96 ıncı maddesi ise aynı mahiyetteki kazai müddeti tesbit eylemiştir.

a — Kanuni müddet :

Sözü geçen 95 inci maddede (kocasının vefatı veya boşama sebebile dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadının, vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren 300 gün geçmedikçe evlenemiyeceği, doğurmakla müddetin biteceği) yazılıdır.

İşte bu maddede yazılı 300 günlük memnuiyet süresi içinde bulunan bir kadının kaçırılması halinde evlenme maksadı gözetilebilir mi? Sorusu hatıra gelebilir. Bu soruya müsbet cevap vermek lâzımdır, düşüncesindeyiz. Çünkü burada evlenmeye engel kesin ve daimî bir müddet yoktur. Bu süre belli ve mahdut olup doğurmakla müddetin biteceği de madde

(15) Yargıtay 5. Ceza D. nin 7/12/1948 günlü 1797/3013 sayılı kararı. Aynı eser, sahife: 383.

hükmü iktizasındandır. Hattâ maddenin 2 inci fıkrası, kadının gebe kalması ihtimali olmadığı fennen sabit olan hallerde Yargıcın bu müddeti kısaltabileceğini kabul etmiş ve boşanma ile ayrılan karı kacanın tekrar birbirlerile evlenmek istemeleri vaziyetinde dahi bu müddeti azaltabileceğini tesbit eylemiş bulunmaktadır.

Binaenaleyh bir erkek, 300 günlük kanuni memnuiyet süresi içinde, boşanmış bulunduğu karısını tekrar evlenmek için kaçırırsa, bu mahdut olan memnuiyet süresini evlenmeye kesin engel saymamak icabeder.

b — Kazai müddet :

Medeni kanunun 96 ıncı maddesinde (boşanma ile birbirinden ayrılmış olan karı ve kocanın, Yargıç tarafından tâyin olunan memnuiyet süresi içinde tekrar evlenemiyecekleri ve bu süreyi, ancak birbirile evlenmek isterlerse Yargıcın azaltabileceği) kabul ve 142 inci maddede ise Yargıcın tâyin edeceği bu memnuiyet süresinin 1 ilâ 2 yıl olabileceği tesbit edilmiştir.

Bu kazai memnuniyet suresinin evlenme maksadının gözetilmesi bakımından rolü hakkında, kanuni müddetteki mütalâaları aynen tekrarlıyabiliriz. Yalnız burada bir de kocanın durumu bahse konudur. Çünkü, 95 inci madde sadece kadın hakkındaki kanuni memnuiyet süresini tâyin ettiği halde 96 ıncı madde, yargıç tarafından tâyin olunacak memnuniyet süresinin hem boşanan kadına hem de erkeğe şâmil olduğunu açıklamıştır.

Böyle bir kazai evlenme memnuiyeti süresi içerisinde bulunan bir erkek, diğer bir kadını evlenme maksadile kaçırır veya bir yerde alıkorsa ve ilgili ceza kanunu maddesinin tesbit ettiği diğer suç unsurları da tahakkuk ederse, yargıcın tâyin etmiş bulunduğu evlenme memnuniyeti süresi içinde erkeğin evlenemiyeceğinden bahisle 433 üncü maddeden faydalandırılmaması uygun ve âdil bir hareket olmıyacaktır. Zira evlenmesine engel olan süre hudutludur ve belli bir zaman sonra bitecektir ve o kimse dahi cürmü işlerken memnuniyet süresinin sonunda kanuni evlenme imkânını elde edeceğini tasarlamış bulunabilir.

c — Ordu mensuplarına ait özel kanundaki memnuniyet :

Ordu mensuplarının evlenmelerine dair olan 3663 sayılı kanunun 1 inci maddesinde, muvazzaf subaylar ve askerî memurlarla gedikli erbaşların muayyen bir müddet geçmedikçe veya belli bir rütbeye ulaşmadıkça evlenemiyeceklerine dair hüküm var iken bu madde son çıkan 5753 sayılı

kanunla (16) ilga edilmiş bulunduğundan, bu memnuiyet hakkındaki hükmün konumuz bakımından doğurabileceği bir sonuç kalmadığından bu hususta bir izahta bulunmıyacağız.

Ancak sözü geçen 3663 sayılı kanunun halen yürürlükte bulunan 2 inci maddesine bir lâhza dikkati çekmek istiyoruz. Bu maddede (Askerî okul talebelerinin evlenmelerine izin verilmez, evlenmiş olanlar askerî okullara kabul edilmez) denilmektedir. Ve bu hüküm askerî okul talebeleri için nevama bir evlenme memnuiyetidir.

O halde, bir askerî okul öğrenicisinin işlediği bir kaçırma veya alıkoyma cürmünden dolayı Türk Ceza Kanununa göre ceza verilmesi gerekirse, 433 üncü maddeden faydalandırılmalı mıdır: yoksa 3663 sayılı kanun askerî okul öğrencisinin evlenemiyeceğini kabul eylediğinden, evlenme memnuiyeti bulunduğundan bahisle evlenme maksadını gözetmemek mi icabedecektir?

3663 sayılı kanundaki evlenmeye izin verilemiyeceğine dair olan hüküm, ancak bu izni verecek ilgili makamları takyide yaradığı gibi, aynı kanunun 3 üncü maddesinde de açıkça (bu kanunun, medeni kanunun evlenmeye dair olan hükümlerine tesiri yoktur) kaydı mevcut olduğundan bu kanundaki hüküm evlenme maksadının gözetilmesine engel değildir.

8 — Gaipliğe hükmolunmuşsa :

Medeni Kanunun 94 üncü maddesinde (gaipliğine hükmolunan kimsenin kocası veya karısı, hâkim evliliğin feshine hükmetmedikçe evlenemez) denilmiştir.

Fail veya mağdurdan birinin karı veya kocasının gaipliğine hükmedilmiş bulunuluyorsa, o kimse kanun nazarında henüz evli durumundadır. Ancak Yargıca başvurarak hükümle evlilik fesholunabilecektir. Bu itibarla suç faili, kaçırdığı kimsenin evli olduğunu ve ezcümle kocasının gaipliğine hüküm verilmiş bir kadını zorla kaçıran kimse, kadının esasen evli olduğunu bilmiyor ise 433 üncü maddenin hafifletici tesirinden faydalanabilecektir. Faydalanmalıdır. Onun evli olduğunu biliyor ise evliliğin feshine dair dâva ikame edilmeden ve zorla kaçırdığı kadının böyle bir dâva ikame edeceği bilinmeden ve feshe dair hüküm alınmadan fiilin ika olunması, ona kanunun hafif hükmünün tatbik edilmemesini intacedeceği düşüncesindeyiz.

(16) 2/3/1951 günlü ve 5753 sayılı kanun. Resmî Gazete 6/3/1951 sayı: 7751.

9 — Fail veya mağdurun biri nişanlı ise :

Nişanlanmaya ait hükümler Medeni K. nun 82 ve mütaakıp maddelerindedir. Bunlardan 83 üncü madde (Kanun, imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için dâva hakkı vermez) der. Bu hükme göre bir kimse hukuki sonuçlarına katlanmak suretile nişan anlaşmasını bozabilir. İşte, başkasile nişanlı bir kimse bir erkek, bir kadını kaçırır veya bir yerde alıkorsa ve evlenmek maksadı mevcut ise onu gözetmek ve cezadan 433 üncü madde ile indirme yapmak için kanuni bir engel yoktur. Nişan bağı buna mâni değildir.

Mağdurun nişanlı olması halinde de aynı düşünceyi ileri sürmek mümkündür.

Yargıtay içtihadı :

Yargıtay 5 inci Ceza D. nin 25/11/1949 günlü bir içtihadında (17) :

(... Mağdurun başka birisile nişanlı bulunmasının evlenmek maksadının tahakkukuna ve bu maksadın ciddiyet ve samimiyetine mâni teşkil edemiyeceği gözetilmiyerek 433 üncü maddenin tatbiki lüzumundan zühul olunması yolsuzdur) denilerek bu noktada tatbikatçılara yol gösterilmiş bulunmaktadır.

10 — Diğer bazı özel haller :

Yukarıda sırasile izahına çalıştığımız haller dışında, yine kaçırma ve alıkoyma suçlarında evlenmek maksadının ne suretle mütalâa olunacağı cephesinden başka ihtimaller de düşünülebilir :

a — Bir failin birden fazla kimseyi kaçırması veya alıkoyması :

Bu gibi ahvelde, fail mağdurlardan yalnız birisile kanunen evlenebileceğinden ve birden fazla kimseyi (Fail erkek ise birden fazla kadını) kaçırması veya alıkoyması böylece evlenme maksadını tazammun etmiyeceğinden, 433 üncü madde ile indirme yapılmaması uygun olacaktır. Onun maksadı ya şehvet hissidir veya sair bir sebeptir ki 433 üncü madde dışında kalır.

b — Bir kaç kişinin bir kimseyi kaçırması veya alıkoyması :

Tatbikatta bu hale zaman zaman raslanmaktadır. Faillerden birisi mağdur ile evlenmek niyetindedir. Diğerleri bu amaç ile ona yardım et-

(17) Yargıtay 5. Ceza D. 25/11/1949 günlü 5082/49 : 3537 sayılı karar. Adalet Dergisi 950/5.

mişlerdir. Asıl failin cezasından 433 üncü madde ile indirme yapılmasına engel yukarıda sayılan başka bir sebep yoksa, indirmeden faydalanacak ve ona sağlanan bu hafif hüküm yardımcılarına da uygulanacaktır.

c — Faillerden gayrı bir kimse ile mağdurun evlenmesini temin etmek düşüncesi :

Suçu birkaç kişi birlikte işlerse ve bunların maksadı, bu eyleme katılanlardan gayri bir kimse ile mağdurun evlenmesini sağlamak ise, bu halde de evlenme maksadının gözetilmesi ve faillerin cezasından 433 üncü madde gereğince tenzilât yapılması Yargıtayca içtihadolunmuştur.

Bu cümleden olarak Yargıtay 5 inci Ceza Dairesinin 27/6/1950 günlü olan bir kararında (18) :

(Zorla kaçırma fiilinin buna iştirak edenlerden gayri bir şahıs ile mağdurun evlenmesini temin maksadile işlenmesi halinde de 433 üncü maddenin tatbiki iktiza eder) denilmiştir.

d — Fail ile mağdur arasında cinsiyet farkı bulunmaması :

Bir erkeğin diğer bir erkeği veya bunun aksi olarak bir kadının başka bir kadını kaçırması veya alıkoyması halinde, hareketleri hürriyeti tahdit veya şehvet hissine mâtuf bulunabilir. Zaten cinsiyeti bir olanların birbirleriyle evlenmeleri de muhal olduğundan evlenme maksadının düşünülmesine yer verilemiyeceği tabiîdir.

e — Suç karı koca arasında işlenmişse :

Birbiriyle evli olup herhangi bir sebeple biri diğerinden ayrı bulunan karı koca arasında, bittabi rıza dışında vâki olacak kaçırma veya alıkoyma hareketlerinde, fail ile mağdurun esasen evli bulunmaları sebebiyle tekrar evlenemiyecekleri kaziyesine göre, evlenme maksadı düşünülemez, filhakika bu kabîl suçun işlenmesine evlenme maksadının âmil olmıyacağı aşikârdır. Bundan başka bir de böyle hallerde esas cürmün yani 429 uncu maddeye mümas cürmün tekevvün edeceği de kabul olunamaz. Prof. Sulhi Dönmezer'in sözü geçen eserinde (Sh : 182) bu husus, (karı ve koca arasındaki münasebetlerde şehvet hissi ve evlenme maksadı mevzuubahis olamıyacağından 429 uncu maddedeki suçun karı koca arasında tekevvününe imkân olamaz) cümlesile izah olunmuştur. Aynı eserde Yargıtayın da bu görüşte bulunduğuna işaret edilerek : (Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 9409 Esas ve 7628 karar sayılı ve 23/12/1948 tarihli ilâmiyle kardeşinin evine ka-

(18) Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27/6/1950 günlü ve 2696/2752 sayılı kararı. Adalet Dergisi 1951/3, sahifeê 476.

çan karısını kocanın zorla oradan almasında kaçırma unsurunun bu esbabı mucibe ile mevcut olmadığına karar verildiği) açıklanmıştır.

II — Memurlar statüsü :

Devlet memuriyetine girenlerin bazı kimselerle evlenmeleri kanunen yasak olduğu haller vardır. Meselâ :

Memurin Kanununun memur olabilmek için gereken şartları sayan 4 üncü maddesinin Z. Bendinde (ecnebilerle evli olmamak, memur iken evlenenler müstafi addedilir) kaydı mevcuttur.

Yine, Yargıçlar Kanununun adaylığa kabul şartları arasında 3 üncü maddesinde (yabancı ile evli olmamak) şartı yazılıdır.

İşte faraza, reşit olmayan bir yabancıyı rızasile yanında alıkoyan bir memurun, ileri süreceği evlenme maksadı kabul olunabilir; zira hukuki sonuçlarına katlanarak o kimse yukarıki maddelere muhalefet edebilir. Nihayet müeyyedesi müstafi sayılmak değil midir ?

C — ÜÇÜNCÜ ŞART: BİR GÛNA TECAVÜZ VUKU BULMAMIŞ OLMALIDIR :

433 üncü maddenin tesbit ettiği nispetler dairesinde cezadan indirme yapılabilmesi için diğer bir şart da, failin, mağdura bir gûna tecavüzde bulunmamış olmasıdır. Mehaz İtalyan Ceza K. nun 433 üncü M. ye benzer 343 üncü M. nde (tecavüz vuku bulmamış olması) şartı yoktur. Madde aynen şöyledir : MADDE - 343 : Geçen maddelerde yazılı cürümlerden biri mücerret evlenmek kasdile işlenmiş ise ağır hapis yerine âdi hapis ikame edilir.

Görülüyor ki mehaz kanunda suçun evlenmek kasdile ikaı hali hafifletici sebep sayılmakla beraber, bu hal cezadan indirme yapılmasına değil, ancak ağır hapsin âdi hapse çevrilmesine sebep kabul edilmiş ve bu da emperatif bir hüküm mahiyetinde olmayarak yargıcın takdirine bırakılmıştır. Ve bunun için ise (tecavüz vuku bulmamış olması) şartı vaz'edilmiştir.

Bizim Kanun Koyucu bu hükmü kanunumuza alırken daha ileri giderek cezadan indirme yapılmasını da derpiş eylemiş bulunduğundan pek tabiî olarak failin ahlâki redaetini değerlendirmek bakımından nefsine hâkimiyeti derecesini ve tecavüzde bulunup bulunmaması bir nevi kıstas addetmiştir.

Kanunumuzun 433 üncü maddesinde sadece tecavüz kelimesi kullanılmış ve fakat hangi hareketlerin tecavüz teşkil edeceği açıklanmamıştır.

Acaba 433 üncü maddedeki (TECAVÜZ) den maksat nedir ?

Bu maddenin içerisinde bulunduğu babın (umumi âdap ve nizamı aile aleyhine işlenen cürümler)e taallûk etmesine ve 429 - 431 inci meddelerde suçun şehvet hissi veya evlenme gibi iki maksatla işlenmesinden bahsolunmasına ve 432 inci maddede (şehevî hareketlerde bulunmama) halinin suçun bir çeşit hafif şekli olarak vasıflandırılmış bulunmasına göre; 433 üncü maddedeki tecavüzden maksadın, kişiye, kişinin geniş anlamda maddi ve mânevi varlıklarına değil, münhasıran (ırzına) vâkı tecavüzler olduğunda şüphe yoktur.

Bu sebeple kaçırma veya alıkoyma eylemi işlenmiş olmakla beraber, mağdura cismen eza vererek maddi varlığına veya hakaret şeklinde mânevi kıymetlerine yapılacak taarruz ve tecavüzlerin maddedeki tecavüz mefhumuna dâhil bulunmadığına tereddüdedilmese gerek.

Bu ırza tecavüzün şümul ve mahiyetine dikkati çekmek faydalı olacaktır. Acaba Kanun ırza tecavüzden burada neyi murat etmiştir ?

Kanun Koyucumuz 433 üncü madde ile kanuni azaltıcı sebebi vaz'etmekle, kanaatimizce ileri derecede tecavüzleri kasdetmiştir. Bunlar da ırza geçmek ve ırza tasaddi mahiyetindeki hareketlerdir. Sarkıntılık ve söz atmak şeklinde kanunun vasıflandırdığı eylemlerin bu anlamda tecavüz sayılmaması lâzımdır.

Irza geçmenin tecavüz olduğunda şüphe yoktur. Fakat ırza tasaddinin buradaki tecavüz şeklinde kabulüne bizi ne gibi bir muhakeme sevketmektedir ?

Irz ve namusa tasaddi, kanunumuzun 415 inci maddesile 416 ıncı maddesinin 2 inci fıkrasında gösterilmiştir. Bu cürümlerin tabiî unsurları, şehvet hissinin bulunmasıdır. Irza tasaddi cürmünün en mühim unsuru tasaddiyi tazammun eden hareketlerin şehvet hissile ika edilmesi ve bu hissi tatmin amacını gütmesi bulunmasına ve böylece ırza tasaddi fiilleri ırza geçmeye yakın derecede toplumun moral telâkkilerini ve düzenini rencide edeceğine göre tasaddinin de tecavüz mefhumuna dâhil bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Esasen 432 inci madde de (hiç bir şehevî hareketle)bulunmamanın hafif mahiyette kabulü de anlatmaktadır ki, şehevî hareketlerle vâkı olacak taarruzlar kanun koyucu indinde himayeye mazhar değildir.

Prof. Sulhi Dönmezer sözü geçen eserinde bu husus hakkında şöyle demektedir :

.Kaydedelim ki fikrimizce «bir gûna tecavüz vuku bulmamış olmak» tâbirini sadece ırza geçmeye mahmul telâkki etmemek lâzımdır. Irza

tecavüz dışında her türlü bedenî temas, ırza tasaddi, beraber yatmak kalkmak gibi maddenin tatbıkına mâni olur).

Yargıtayda bir gûna tecavüzde bulunmamayı, hiçbir şehevî harekette bulunmamış olmak diye belirtmiştir. Ceza Genel Kurulunun 5 /5 /1941 günlü bir kararında (19) :

(Ceza Kanununun 433 üncü maddesindeki - bir gûna tecavüz vuku bulmamak - tâbirinin şümulü 432 inci maddede - hiçbir şehevî harekette bulunmamış olmak - şeklinde tasrih edilmiştir) denilerek tatbikatçılara bu konuda istikamet gösterilmiştir.

Bu itibarla ve sonuç olarak diyebiliriz ki, şehevî hareketlerle şehvet hissinin tatmini yoluna sapılması halinde ırza tasaddi cürümleri doğacağına göre, ırza geçme veya ırza tasaddi gibi eylemlerde bulunan kaçırma veya alıkoyma cürmünün failinin cezasından, 433 üncü madde gereğince indirme yapılmasına imkân yoktur.

———o———

(19) Y. C. G. K. 5/5/1941; Sa: 89/88. Sadık Perinçek... Sahife: 381.

KONKORDATO

Yazan : **Abdullah GÜNER.**
Yargıtayda St. Raportör.

Plân

1 — Konkordato, mahiyeti
2 — İflâsın açılmasından evvel ve sonra konkordato teklifi,
3 — Konkordato teklifinin arzolunacağı makam ve bu makamın vazifeleri,
4 — Konkordatonun mühleti.
5 — Mühletin ilânı,
6 — Mühlet kararına itiraz,
7 — Temyiz süresi,
8 — Mühletin işlemesi,
9 — Komiser,
10 — Komiserin vazifeleri ve konkordatonun tekemmülü,
11 — Konkordato nısabı,
12 — Konkordatoyu imza etmiyen alacaklıların hakları,
13 — Takibin taliki - mühletin neticeleri,
14 — Konkartonun mahkemede tetkiki,
15 — Konkordato hakkında verilen hüküm aleyhinde kanun yoluna müracaat,
16 — Konkordatonun reddi veya mühletin ref'i neticeleri,
17 — İtirazlı alacaklılar hakkında dâva,
18 — Konkordatonun tasdiki keyfiyetinin neticeleri,
19 — Konkordatonun neticelenmiyen takipler üzerine tesiri,
20 — Nizalı alacaklılara ait dâva,
21 — Konkordato haricinde yapılan vaitler,
22 — Konkordatonun kısmen veya tamamen feshi,

Konkordato, mahiyeti :

Konkordatoya ait hükümler İcra ve İflâs K. nun iptal dâvasına ait hükümlerini kapsayan 11 inci babını takibeden, 12 inci babında yer almış bulunmaktadır. Konkordato malî durumu, o andaki muaccel borçlarını tam bir şekilde karşılayamıyacak olan borçluların başvuracağı bir yol olması hasabiyle vehlei ulâda bu bahsin iflâs hükümlerinin bir parçası halinde kanunda yerini almış bulunmasını, kanun tekniğine daha uygun düşeceği mütalâa ve kanunun tertibinde bir ahenksizlik bulunduğu istişmam olunmaktadır. Çünki konkordato borçlunun himayesi kasdına makrun olarak derpiş edilmiş bir icra yoludur. Nasıl ki ihtiyati haciz ve iptal dâvası gibi müesseseler alacaklıların himayesine mâtuf birer icra yolu ise, konkordato da borçlunun himayesini derpiş eden bir icra yoludur. Zira borçlu bu müesseseye sığınmakla borçlarının yüzde yetmişini itibarına halel gelmeksizin ve iflâs gibi mânen ve maddeten öldürücü bir mahkûmiyete duçar olmaksızın bertaraf etmiş oluyor.

Bunun içindir ki; konkordato müessesesinin iflâs hükümleri arasında yerini almış bulunması keyfiyetinin kanun teknik ve tertibine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. zaten birçok tadillerle delik deşik bir hale gelmiş olan icra ve İflâs K. nun memleketin bu günki ihtiyaçlarının tatbiki karşısında ergeç yeni bir revizyona tâbi tutulacağı sırada kanunda bu ve buna benzer ahenksizliklerin ve tertip hatalarının pek yakında düzeltileceğini ummaktayız.

Konkordato mahiyeti itibariyle borçlunun alacaklıları ile yaptığı bir sulh ve ibra akdidir. Bu akde göre alacaklılar bir kısım alacaklarından feragatle borçluyu ibra etmekte, buna mukabil bakiye alacaklarını tesviye hususunda borçlu onlara karşı yeni bazı taahhütlerde bulunmakta, hattâ teminat ve yeni ödeme şekilleri göstermektedir. Bunun için borçlu tetkik merciine başvurmaksızın haricen de alacaklılariyle konkordato yapabilir ve alacaklılar bu yeni anlaşma ile mukayyet olurlar. Borçlunun haricen teklif edeceği konkordato hiç bir şarta bağlı değildir. Yeter ki teklif olunacak şartlar alacaklıları tarafından kabul edilmiş bulunsun. Tabiîdir ki; taraflar arasında teklif ve kabul olunabilecek bu şartların muteberiyeti kanuna, umumi nizama, ahlâk ve adaba uygun bulunmuş olmalarına bağlıdır. Bundan başka haricen yapılan konkordato bir akit mahiyetini taşıdığından akitlerin fesih ve iptaline mütedair borçlar kanununun mevcut hükümlerine tevfikan butlan veya fesih iddia olunabilir. Ancak biz burda icra ve iflâs kanununda yazılı ve tetkik merciine teklif edilecek konkordatodan bahsedeceğimizden haricî konkordatoyu mevzuumuz dışında bırakıyoruz.

Kanunumuza göre konkordato iflâsın açılmasından evvel ve sonra olmak üzere iki halde teklif olunabilir. Biz burada her halde teklif olunacak konkordatodan ve neticelerinden bahsedeceğiz.

İflâsın açılmasından evvel konkordato teklifi :

Malî durumunda hâsıl olan buhran dolayısiyle barçlarını temamen veya müddetinde karşılayamıyacak bir vaziyete düşmüş olan borçlu ancak konkordato teklifinde bulunabilir. Konkordato teklifini laâlettayin her borçlu yapamaz. Konkordato teklif edecek borçlunun biraz evvel söylediğimiz gibi malî durumunda vukua gelmiş olan kriz dolayısiyle borçlarını tamamen ve müddetinde ödeyemiyecek bir duruma düşmüş ve mezkûr krizin kendi sun'u taksiri haricinde tahahüddüs etmiş bulunması gerekmektedir. İsrafı ve sui'halleri veya hiyleli işler görmesi veyahut alacaklılarından bir kısmını ızrar için bazı alacaklılarına tavizlerde bulunması dolayısile borçlarını ödemiyecek bir vaziyete düşmüş olan her hangi bir borçlu konkordato hükümlerinden faydalanamaz. Fakat bütün iyi niyet ve doğruluğuna rağmen piyasada vukua gelen her hangi bir buhran, yahut senelerin kesat gitmesi gibi kendi iradesi dışında kalan haller dolayısile borçlarını tamamen veya zamanında ödemiyecek duruma düşmüş olan bir borçlu konkordato teklifinde bulunabilir.

Konkordato teklifinde bulunacak borçlunun tüccar olması lâzım gelmez. Kanunun aradığı şartları haiz olan her borçlu konkordato hükümlerinden faydalanabilir. Bu cümleden olarak zirai istihsalinde hâsil olan aksaklık dolayısile borçlarını ödemiyecek hale düşmüş bir çiftçi de konkordato teklif edebilir.

Konkordato teklifinde bulunabilmek için borçlunun mütaaddit şahıslara borçlu olması gerekmez. Bir şahsa veya bankaya veya Şirkete borçlu olan bir kimse dahi konkordato teklifinde bulunabilir.

Fertler konkordato teklifinde bulunabileceği gibi, gayeleri ticari olsun olmasın Şirketler ve tüzel kişiler de kanundaki şartları haiz bulunmaları halinde konkordato teklifinde bulunabilirler.

Yukarıda belirtildiği veçhile hakkında iflâs kararı sâdır olmamış borçlular (Şirketler, tüzel kişiler de dâhil) icrai takibata mâruz kalmış olsun olmasın aşağıda belirtilecek kanuni şeraiti haiz ise konkordato teklifinde bulunabilir. Haklarında iflâs hükmü verilmiş olan borçluların teklif edecekleri konkordato ayrı hükümlere tâbi bulunduğundan bundan ile-

287

ride bahsedilecektir. Burada haklarında iflâs kararı verilmemiş borçluların konkordato teklifinden bahsedeceğiz.

Borçlu aleyhinde icrai takip yapılması, böyle bir talepde bulunmasına engel teşkil etmez, bu takip borçlunun bir kısım mallarının satılmasına müncer olsa dahi konkordato talebine mâni değildir.

Borçlu iflâsa tâbi eşhastan olup da, aleyhinde bu yol ile takip yapılmış olsa dahi konkordato teklifinde bulunabilir. Hattâ borçlu takibe itiraz etsin veya etmesin iflâs talebi mahkemede derdest iken dahi hüküm lâhik olmadan borçlu konkordato hükümlerinden faydalanabilir. Fakat iflâs hükmü verildiği takdirde karar kesinleşmiş bulunsun, veya bulunmasın borçlu kanunun 285 inci maddesine göre değil 309 uncu maddesine tevfikan konkordato teklif eder ve işbu muameleler bu madde hükmüne tevfikan cereyan eder. Çünki iflâs kararı üzerine kararın kesinleşmesini beklemeksizin iflâs dairesi doğrudan doğruya harekete geçer, borçlunun bazı tasarrufları tahdit ve bazı tedbirler ittihaz olunur. İflâs idaresi alacaklılarla derhal münasebete girer. Bu sebepledir ki iflâsına karar verilmiş olan borçlunun teklif edeceği konkordato daha ziyade iflâs idaresini, alacaklıları ve mahkemeyi ilgilendirdiğinden tetkik merciince yapılacak bir işlem bulunmamaktadır. Bu itibarla iflâsın açılmasından sonra teklif edilecek konkordato hakkında kanunun 285 inci maddesi hükmü uygulanamaz, esasen kanunun 309 uncu maddesi; (iflâsına hükmedilmiş olan borçlu) ibaresini ihtiva eylediğinden ve maddede de iflâs kararının kesinleşmesi lüzumuna dair bir sarahat ve delâlet bulunmadığından iflâs kararının kesinleşmesinden evvel teklif olunacak konkordato hakkında kanunun 309 uncu maddesi hükmü uygulanır.

Konkordato teklif edecek borçluya kanun bazı mecburiyetler yüklemiştir. Herşeyden evvel konkordato teklif edecek borçlunun mevcut malları ve alacakları borçlarının en az % 30 zunu ödemeğe kâfi gelecek miktarda olmalıdır. Mevcudu ve alacakları bu miktar borcu ödeyemiyecek durumda olan borçlunun konkordato hükümlerinden faydalanmasına kanuni mesağ bulunmamaktadır.

Kanunun 285 inci maddesi ile derpiş ettiği mal ve alacaklar; o günkü raciye göre kıymet ifade eden mallar ve kabiliyeti tahsiliyesi gayri meşkûk alacaklardır. Borçlunun enfüsi olarak mallarına izafe edeceği kıymetin hükmü olmadığı gibi, alacaklarının tahsil kabiliyeti hakkında borçlunun taşıdığı kanaatin itibarı olamaz. Ezcümle; konkordato teklifinde bulunan borçlunun kendi borçlusu hakkında beslemekte olduğu itimat bir kıymet arzetmez. Borçlunun alacağını tahsilini sağlıyacak bir vesikaya bağlamamış veya bu alacak kabili tahsil hale konacak delillerden mahrum

bulunmuş veya borçlunun malî durumu alacağın tahsilinde şüphe tevlidetmiş veya borcu inkâr yoluna sapmış diğer bir deyimle objektif olarak borcun tahsil kabiliyeti hakkında ciddi şüpheler bulunmuş ise böyle bir alacak kanunun 285 inci maddesinde derpiş olunan alacaklar meyanına giremez. Bu takdirde borçlunun mevcudu ile alacaklarını hesabederken tahsili şüpheli bulunan alacağını nazarı itibare almamak gerekir.

Burada şu cihet hatıra gelmektedir. Borçlunun malları meyanına muntazar malları da ithal olunabilir mi ? Meselâ borçluya miras tarikiyle intikal edecek mallar mevcudatı arasında sayılabilir mi ? Bazı şarihler pek yakın bir gelecekte, intikali melhuz malların borçlunun mevcudatı arasında sayılmalarına taraftardırlar. Borçlunun pek ihtiyar olan veya tedavisi gayrikabil bir hastalığa müptelâ olup da her an ölmesi beklenilen mirasçısı bulunduğu kimseden borçluya intikal edecek malların da mevcudat arasında sayılması gerektiği düşüncesindedirler. Fakat biz bu düşünceye iştirak etmiyoruz. Çünki; kanunun 285 inci maddesinde (mevcut mallar) ibaresi istimal edilmiştir. Bu ibare ile maksut olan emval, bizzat mevcut olan mallardır. Yani konkordato teklifinde bulunan borçlunun bu teklifi yaptığı zamanda maliki ve sahibi bulunduğu mallardır. Muntazar malları buna ithal etmek kanunun sarih ifadesine ve maksadına muhalefet teşkil eder. Diğer taraftan bu malların intikali bir çok bakımlardan şüpheli olduğundan bunların nazara alınması halinde konkordato hayalî ölçülere istinadetmiş bulunacak ve kendisinden beklenilen gaye ekseriya tahakkuk etmemiş bulunacaktır. Çünki; borçlunun murisi hayatında gizlice ölüme bağlı tasarruflarla mallarını borçludan gayri bir kimseye bırakmış olabilir. Keza mevcut malını ancak karşılıyabilecek derecede borçlu bulunabilir ve bundan kimsenin haberi olmaz. Keza muris ihtiyar olur da beklenen zaman dâhilinde ölmiyebilir. Görülüyor ki bütün bunlar bize muntazar emvalin mevcut mallar katagorisine ithal olunmaması için ciddi sebepler teşkil etmektedir.

Bir az evvel konkordato teklif edecek borçluya kanunun bazı mecburiyetler yüklediğini söylemiştik. Bu mecburiyetlerden en başta geleni borçlunun bir konkordato projesi tanzim etmiş olmasıdır. Borçlu bu projede borçlarının kaçta kaçını (% 30 dan aşağı olmamak şartiyle) ödemeği teklif ettiğini gösterecektir.

Teklif vazih olacaktır. Her borç ayrı ayrı gösterilecek ve bunların itfa olunacak miktarları irae edilecektir. Bundan başka her borcun itfa olunacak yüzde miktarının ödeme tarihleri ve toptan ödenecekse bunun tarihi ve her iki halde teminatı vaz'olunacaktır. Borçlu bundan başka bu yüzdelerin nasıl ve ne suretle ödeyeceğinin mâkul bir izahını yapacaktır. Ticareti-

ne devam ederek elde edeceği kazançla ödeyecekse bu kazançtan ne suretle ve ne miktar tefrik yaparak ve nasıl temin edeceğini ve vergi gibi âmme borçları için bu kazançtan nasıl bir tefrik yapabileceğini tafsilâtlı olarak gösterecektir. Çünkü borçlunun irae eylediği tesviye şekli şahsî ve ailevi masraflarının ve vergi borçlarının sureti tesviyeleri arasında bir ahenk ve muvazene olmazsa konkordato ekseriya muvaffakiyetsizlikle sonuçlanır. Borçlunun geçim ve diğer hususi masrafları hesaba katılmaksızın tanzim olunan konkordatolar umumiyetle realiteden uzaklaşmış bulunur. Bu sebeple borçluların teklif etikleri konkordatonun realitelere sadakat derecesi tetkik mercilerinde ve alacaklılar topluluğu tarafından gözden uzak tutulmamalıdır.

Konkordato teklifleri umumiyetle borçluların % de muayyen bir miktarını ödemeği istihdaf etmezler. Bu kısım konkordatolar yalnız borç vâdelerinin temdidini tazammun ederler.

Ezcümle; mevsimin ölü olması dolayısiyle borçlunun elindeki malların sürümü olmaması yüzünden o tarihte borçlarını ödeyemiyebilir. Fakat faal mevsime girince fiatlarda vukua gelecek yükseliş ve mallara karşı artacak rağbet dolayısile borçlunun borçlarını tamamen itfaya bir durum hâsıl olması mümkündür. Böyle bir durumda bulunan borçlunun konkordato teklifinde bulunmasına kanuni bir engel yoktur. Bu durumda bulunan borçlu borçlarını tamamen, fakat vâdelerinden gayri zamanda ödeme taahhüdünü ihtiva eden bir konkordato teklifinde bulunabilir. Bu şekilde vâki bir konkordato teklifinin kabul edilmemesi için ciddi bir sebep mevcut değildir. Şunu demek isteriz ki; konkordato yalnız borcun muayyen bir miktarını temin eden bir himaye müessesesi olmayıp borçlarını vâdesinde ödeyemiyen borçluları da himayesine alan bir hukuk müessesesidir. ve kanaatımızca en dürüst olan konkordato projesi de böyle bir esasa istinadeden projedir.

Kanunun konkordato teklifinde bulunacak borçlulara tahmil ettiği mecburiyette konkordato teklifine bir bilânço raptedilmesi keyfiyetidirki: tatbikatta kanunun bu hükmüne lâyık olduğu Önem verilmiyor. Gayri vazih ve kısır bir bilânço ile iktifa olunduğu müşahade edilmektedir. Halbuki bilânço konkordato teklifinin kabulü ve ademi kabulü bakımından büyük bir önemi haizdir. Bu sebepledir ki; kanun vâzı bilânçonun ibrazı üzerinde durmuş ve hem de bunun mufassal olmasını emretmiştir. Bilânço borçlunun aktif ve pasif durumu arasındaki nispeti gösteren en kuvvetli bir belgedir. Borçlunun konkordato teklifinin malî durumu ile orantılı olup olmadığı ve konkordato hükümlerini yerine getirebilecek vaziyette ve kabiliyette bulunup bulunmadığı hususları bu belgenin ışı-

250

ğı altında gerektiği gibi incelenebilir. Çünki borçlunun ne miktar ve kıymette malı bulunduğu ve bunların nelerden ibaret olduğu konkordato hükümlerinin yerine getirilmesinde bu malların esaslı birer unsur olup olmıyacağı ve borçların nelerden ibaret olduğu ve alacaklıların kimler bulunduğu ve kendi borçlularının kimlerden ibaret olduğu ve borçlarının miktarı ancak bilânçodan anlaşılabilir. Mevcudat şu kadar, borç bu kadar kaydını ihtiva eden vesika kanunun aradığı mânada bir bilânço olamaz. Borçlunun vereceği bilânçoda mevcut mallar teferruatı, cinsleri ve kıymetleriyle birlikte ve alacakları da ve borçlar da yine teferruat halinde birer birer gösterilmelidir. Bilhassa ticaret âleminde bu cihet daha çok önemi iktisabeder. Çünkü; tüccarın her malı piyasanın aradığı kıymet ifade edecek mal olmaz. Bilfarz modası geçmiş rağbetten düşmüş bir mal maliyet kıymetiyle aktif hesabında gösterilebilir. Fakat böyle bir mal borcu karşılıyacak bir mal olmaktan ve kıymet arzetmekten çıkmış bulunabilir. Bilânçoda malların nev'i cinsi gösterilmiş ise tetkik merciince ve alacaklılar tarafından bunların ne dereceye kadar borcu itfa edebileceği kolayca kestirilebileceğinden borçlunun bunlara koyduğu kıymete ve binnetice bilânçonun aktif kısmına iltifat olunmıyarak borçlunun ya talebi reddolunur veyahut kendisinden daha sıhhatli ve o günki piyasa talepleriyle mütenazır mevcudat ihtiva eden yeni bir bilânço istenebilir. Eğer bu kabil mallar mevcudat ve mal gibi tâbirlerle kamufle edilerek bilânçoya dercedilirse konkordatonun kabulü ve ademi kabulü bahsinde tetkik merciinin vereceği karar hatalı ve binnetice alacaklılar da ızrar edilmiş olur.

Yine bu bilânço iledir ki borçlunun alacaklısı bulunduğu kimselerle bu alacakların müstenidi vesaik mahiyeti öğrenilebilir ve bunlardan alacağın tahsil edilip edilmiyeceği ve alacağın tahsilini temin edecek vesikalarla delillerin mahiyetlerine göre alacağın tahsilinin ne dereceye kadar mümkün olup olmıyamağı kestirilebilir. Zira Borçlunun mevcut mallariyle alacaklarının borcun en az yüzde otuzunu ödemeye yetişip yetişmiyeceği. bu suretle ancak asgarı hata ile hesaplanabilir; halbuki bilânço muhtasar veya müphem olursa, böyle ihatasız bilânçoya istinaden verilecek karar da ekseriya isabetsiz olur.

Bundan başka borçlu defter tutmağa mecbur şahıslardan ise kanun vâzıı buna diğer borçlulardan farklı olarak munzam bir külfet tamhil etmiştir. Bu şahıs bilânçodan maada defterinin vaziyetini gösterir bir cedveli konkordato teklifi projesine raptetmeği zaruri kılmıştır. Bu katagoriye dâhil borçlular ticari şirketler ile defter tutmağa mecbur olan tüccarlardan ibarettir.

Bu cetvelde tutulan defterler ile, bunların vaziyetleri irae olunacak-

251

tır. Yani defterlerin nelerden ibaret olduğu ve kanuna göre tutulmuş ve usulen tasdik edilmiş olup olmadıkları ve tasdik tarihleri ve haiz oldukları muameleler bu cetvelde gösterilecektir. Cetvel konkordato teklifinde bulunan tüccar borçlunun gerekli basiret ve tedbirle hareket edip etmediği ve muamelelerinde dürüstlüğe riayet etmiş bulunduğu hakkında tetkik merciine bir fikir verebileceğinden diğer bir deyimle merciin konkordatonun tasdikı ve ademi tasdiki hususlarında hâsıl edeceği kanaate iptidaen müessir bulunacağından bilânçodan sonra önemli vesikayı teşkil eder. Tatbikatta konkordato teklif eden borçlulardan işbu vesika pek aranmamaktadır. Hattâ borçlunun defter tutmağa mecbur eşhastan olup, olmadığı cihetini dahi incelemeden verdikleri basit bir bilânço ile iktifa olunmaktadır. Bu lâkaydi ve ihmal yanlış ve hatalı ve alacaklıların zararını tevlide müncer olur. Gerçekten konkordato borçlunun himayesi maksadına mâtuf bir icra yoludur. Fakat bu yol, ancak dürüst ve taahhütlerine sadık borçlular için kabul edilmiş bir hukuk müessesesidir. Muamelelerini bililtizam hileli yollara saparak yanlış kaydeden şu veya bu sebeplerle bazı tasarruflarını kaydetmiyen veya hakikate uymıyacak şekilde kayıtlar düşüren kötü niyet sahibi tüccar borçlular hiç şüphesiz kanunun bu himayesinden faydalanamamalıdırlar. Bu müessese daha ziyade namuslu olup da, elinde olmıyan sebepler yüzünden borçlarını filhal ve tamamiyle ödeyemiyecek duruma düşmüş insanlar için ihdas edilmiştir. Tetkik mercii konkordato teklifini incelerken bu noktalar üzerinde hassasiyetle durmalıdır. Çünki konkordato teklifinde bulunan her borçlu sanıldığı kadar kanunun himayesine lâyık değildir. Bu müessese kayıtsız ve şartsız bir halde herkese açık bırakılırsa borçlunun % 70 şinden kurtulmayı sağlıyacak böyle bir müessesenin şefkat kanatları altına sığınmak istemiyecek pek az insana tesadüf edilecektir.

Konkordato teklifi arzolunacağı makam ve bu makamın vazifeleri (İflâsın açılmasından evvel ve sonra):

İflâsın açılmasından evvel konkordato teklifi:

İflâsın açılmasından evvel vâkı olacak konkordato teklifi tetkik merciine yapılır. Salâhiyetli merciin neresi olduğunu kanun açıkça göstermiş değildir. Yetkili tetkik mercii, borçlunun bulunduğu yer tetkik mercii midir ? Yoksa alacaklının veya alacaklılardan bir kaçının bulunduğu yer veya takibin yapıldığı mahal tetkik mercii midir? Çünki taraflar muayyen bir icra dairesinin ve mahkemenin salâhiyetini bidayeten kabul etmiş ve takip de buralarda yapılmış olabilir. Bu takdirde borçlu konkordato teklif edecek olursa aleyhinde takip yapan icra dairesinin tâbi olduğu iflâs

dâvasına bakan mahkemenin bulunduğu yer tetkik mercinemi müracaat edecektir? Kanunumuz açıkça salâhiyetli tetkik merciini göstermemişse de, kanunun yazılış tarzından borçlunun bulunduğu yer tetkik mercii bu hususta salâhiyetli olduğunu kabul etmek iktiza eder. Çünki biraz sonra göreceğimiz veçhile borçlunun mallarının defteri tanzim ve kıymetleri takdir olunacaktır. Bundan da ancak borçlunun bulunduğu veya muamelâtının toplandığı mahal tetkik merciinin yetkili olduğu anlaşılabilir. Muhtelif şubeleri bulunan şirketin konkordato teklifinin muamelât merkezi yerindeki tetkik merciine arzedilmesi gerektiğini ilâveten söyliyebiliriz. Çünki şirketlerin kendilerine ait bilânço ve defterleri olsa da, borçlu şirketin emval ve mevcudatının mecmuu ancak umumi bilânço ile kabili tâyin olup, bu bilânço dahi şirketin merkezinde tanzim edileceğinden bu şirketin konkordato teklifinin şirket merkezindeki tetkik merciine yapılması icabeder. Aleyhindeki takipler muhtelif yer icra dairelerinde ve iflâs dâvası başka mahal mahkemelerinde açılsa dahi borçlu konkordato teklifini kendi ikametgâhı tetkik merciine yapabilir. Fakat borçlunun bu hakkından vazgeçerek aleyhinde takip yapılan icra dairesinin bağlı bulunduğu tetkik merciine kankordato teklifini arzetmesine kanuni bir mâni bulunmamaktadır.

Şurasını tebaruz ettirelim ki; konkordato bütün alacaklılara karşı bir tesviye teklif olmasına göre bir alacaklının yaptığı takip borçluyu konkordato teklifini takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı bulunduğu tetkik merciine arza mecbur edemez. Borçlunun alacaklıdan biriyle yaptığı anlaşmada borçlunun bulunduğu yerden gayri icra dairesinin veya mahkemenin yetkisini kabul etse dahi bu mutabakat borçluyu mezkûr mahal tetkik merciine müracaata icbar edemez.

Borçlu konkordato teklifiyle beraber söz gelişi edilen vesikaları da tetkik merciine verir, bunları alan merci borçluyu davet ederek izahat alır, merci borçludan borçlarını ödeyemiyecek duruma düşmesi ve borçları miktariyle vâdeleri, malları, alacakları ve bunların müstenit bulunduğu vesikaları hakkında izahat alır. Borçlunun verdiği izahatın mâvakaa derecei mutabakatının tesbiti için merci bilirkişi tetkikatı yaptırır. Bilânçonun sıhhatini tesbit ve borçlunun muamelelerinde doğrulukla telif edilemiyecek hareket ve muameleleri olup olmadığını tahkik eder. Filhal mevcut aktif mallarile kabili tahsil alacaklarını ve pasif durumunu tesbit ettikten sonra konkordato projesini inceler. Proje ile yapılan teklif borçların en az %30 unu itfaya kâfi gelip gelmediğine bakar. Bundan başka konkordato teklifinin bazı alacaklılarını ızrar kasdına makrun olup

olmadığının ve ödenmesi konkordato teklifile mütenasip bulunup bulunmadığını araştırır.

Tetkik mercii, borçlunun hesaplarının içinden çıkılmaz bir halde ve dürüstlükle telif edilemiyecek bir şekilde tutulduğunu, borçlunun muamelelerinde gerekli doğruluğa riayet etmediğini ve yaşayışında israf ile hareket ettiğini veya konkordato teklifinin bazı alacaklıları ızrar kasdiyle yapıldığını anlarsa konkordato tekliflerini reddeder. Keza tetkik mercii, borçlunun borçlarını ifaya mâni bir sebep görmezse veya gösterilen sebepleri ikna edici bulmazsa yine talebi reddetmek mecburiyetinde olduğu gibi, borçlu tarafından ödenmesi teklif olunan miktarı da mevcudiyle mütenasip bulmazsa teklifi reddeder. Meselâ borçlunun elinde külliyetli miktarda mal olupta bunları muhtemel fiat tereffüü düşüncesiyle satmayarak borçlarını ödemeyecek bir duruma düşmüşse mercii böyle bir borçlunun yapacağı konkordato teklifini bihakkın reddeder. Keza borçlunun ödemeği teklif etmiş olduğu borç miktarı, mevcuduyla mütenasip değilse mercii teklifi yine reddeder. Çünkü böyle bir teklifi yapan borçlunun mevcudu, alacaklılarının ızrarını hedef tutmaktadır. Burada şu cihet nazarımıza çarpmaktadır. Tetkit mercii borçlunun ödemeyi teklif ettiği para miktarını mevcuduna nazaran az gördüğü takdirde teklifi reddetmek mecburiyetinde olduğu gibi, çok görürse yine teklifi reddetmek mecburiyetinde midir? Diğer bir deyimle mevcuda nazaran ödenmesi teklifle taahhüdedilen meblâğ fazla görülürse tetkik mercii borçludan, daha ileri giderek: «senin ödemeyi teklif etmiş olduğun miktar malî takatinin üstündedir» diyerek konkordato teklifini reddedebilir mi? Bu cidden nazik bir meseledir. Borçlu, tetkik merciinden daha eyi işlerini bilmektedir. Zekidir, beklenilmeyen hâdiseler kendini bu hale düşürmüşse de o gündeki imkânlar, dirayeti ve kiyaseti kendisine fazla kazanç imkânını sağlayabileceğini ve bu suretle mevcudiyle mütenasip olmasa bile malî takati fevkinde görünen teklifini düşünmektedir. Tetkik mercii hâkimi yukarıda belirtildiği gibi; (hayır, sen ödeyebileceğini zannediyorsun amma mevcuduna nazaran bu taahhüdünü yerine getiremezsin, sen malî takatine göre ancak yüzde şukadarını ödeyebilirsin) deyerek konkordato teklifini reddedebilir mi?

Her iki tezin leh ve aleyhinde bulunanlar vardır. Denilebilirki tetkik mercii vâki teklifin borçlunun mevcudiyle mütenasip olup olmadığını mademki tetkika salâhiyetlidir. O halde borçlunun mevcuduyla mütenasip olmayan yüksek bir ödeme teklifini vâkı konkordato projesini reddetmesi lâzımdır. Çünkü alacaklılarının takibi altında kıvranan borçlu bu takibi muvakkaten olsun bertaraf ve alacaklılarını oldukça memnun et-

mek için mevcudiyle mütenasip olmayacak derecede yüksek bir ödemede bulunmağı teklif edebilir. Borçlu ayni zamanda piyasaya karşı malî takatinin sarsılmamasına dikkat ederek iflâs ve icra takibi taleplerini önlemek maksadiyle teklifinde borçlarının yüzde büyük bir kısmını ödeme taahhüdünde bulunabilir. Bu duruma düşmüş bir borçlu aklı seliminden ziyade hislerinin zebunudur. Binaenaleyh yaptığı teklifinin tetkik merciince objektif olarak süzgeçten geçirilmesi ve teklif, borçlunun malî takatinin fevkında ise reddedilmesi gerekmektedir, kanunun mutlak ifadesi bunu âmirdir denilmektedir.

Tezin aleyhinde bulunanlar ise, biraz evvel söylediğimiz gibi borçlu kendi durumunu tetkik mercii hâkiminden daha eyi müdriktir. O borcunun ne kadarını ödeyebileceğini yargıçtan daha eyi takdir eder. Sonra bu mesele borçlunun daha ziyade malî itibariyle yakından ilgilidir. Borçlu itibarını muhafaza edebilmek için taahhülerini mehmaemken yerine getirmek ister. Borç aynı zamanda âharın borçlu zimmetinde sabit olmuş bir hakkıdır. Borçlu ahlâkan ve dinen bunun zimmetinde kalmasına razı değildir. Bu gün durumu fena gitmiş ise yarından emindir. Kendisine taallûk eden bir borcun ödenmesine tetkik mercii hâkimi nasıl mâni olabilir. Bu onun hakkıdır. Mercii ancak konkordato teklifinde alacaklıları ızrar kastı olup olmadığını anlayabilir. Böyle bir kast olmayıp bilâkis alacaklıları daha çok tatmin edici bir teklife nasıl muhalefet edebilir ?

Görülüyor ki lehte ve alehte bulunanların kullandıkları mantık oldukça kuvvetlidir. Fakat biz meseleyi mantıktan ziyade kanun vâzıının kast ve arzusu dâhilinde halletmek zorundayız. Bunun içindir ki kanun maddesini iyice gözden geçirmek icabeder. İcra ve İflâs Kanununun 286 ıncı maddesinde; (.... Projenin alacaklıları ızrar kastından âri ve borçlunun mevcudu ile mütanasip olup olmadığına ..... göre talebin muafık olup olmadığına karar verir). denilmektedir. Projenin alacaklıları ızrar kastiyle tanzim edilmiş olması demek, borçlunun mallarının mevcudiyle gayri mütenasip bir teklifte bulunması demektir. Yani mevcudu daha fazla borç ödemeye elverişli iken borçlunun daha aşağı bir miktar borç ödeme teklifinde bulunmasıdır. Maddedeki (Projenin ızrar kastından âri) cümlesinin ifade ettiği mâna budur. (Borçlunun mevcudiyle mütenasip olup olmadığına) cümlesinin tazammun ettiği mâna teklif edilen ödeme miktarının borçlunun mevcudiyle denk olmasıdır. Bu iki cümle arasındaki (ve) edatı bir atıf edatı olup iki ibareyi birbirine bağlamaktadır. Mezkûr edat tefriki olsaydı ikinci ibareyi birinci ibareden müstakil olarak mütalâa etmemiz gerekecek ve teklif edilen sureti tesviye fazla görüldüğü takdirde merciin projeyi reddedeceğini kabul etmemiz icabedecekti. Fakat her iki ibare arasındaki (ve) edatı bir atıf edatı olduğuna göre ikinci cümleyi birinci cümle-

nin medlûl ve şümulü dâhilinde ve onun ışığı altında tahlil etmemiz gerekmektedir. Bu takdirde borçlunun alacaklıları ızrara mâtuf ve mevcuduyla mütenasip olmayan bir tesviye sureti gösterdiği takdirde tetkik merciinin projeyi reddedeceği anlaşılmaktadır. Doğrusu da budur. Tetkik mercii borçludan daha fazla onun menfaatlerini düşünemez ve gözetemez. Borçlu istikbal hakkındaki görüşlerine basiret ve tedbirlerine güvenerek o günkü malî takati fevkında ve mevcudiyle gayri mütenasip bir derecede tesviye sureti göstermişse bundan tetkik merciine ne? Konkordato nihayet borçlulara tanınmış bir himaye müessesesidir. Bundan faydalanmamak nihayet borçluyu ilgilendiren bir meseledir. İçlerinde dürüst hareket eden ve alacaklılarına karşı hüsnüniyetle mütehalli olan borçluyu bu müessesenin bahşeylediği imkânlardan istifadeye nasıl icbar edemezsek bu müesseseden âzami derecede faydalanmaya da öylece zorlamayız. Bunun için malî durumu borçunun % 30 unu karşılayamıyacak bir borçlu % 50 sini ödemeyi tazammun eden bir konkordato teklif ederse mercie düşen vazife, teklifi ret değil, takdir ve tashin ile tasdiktir. Borçlu teklif ettiği bu miktarı ileride, ödeyemez ve bu yüzden konkordato feshedilse hattâ iflâsı cihetine gidilse bu netice kendi fiilinin, tedbirsizlik ve basiretsizliğinin bir sonucu olacağından katlanması lâzımdır.

Malî takatin fevkında bir ödeme teklifini tazammun eden konkordatoyu tetkik mercii prensip itibariyle reddedemez. Ancak borçluya yeniden tadilen bir konkordato teklifi projesi vermesini emredebilir. Halbuki kanunumuz tetkik mercilerine böyle bir yetki tanımamıştır. Merci konkordato projesi ve diğer vesaiki tetkik eder. Borçlunun vaziyetini ve hesaplarını inceler. İşlerinde dürüstlüğe riayet edip etmediğini araştırır. Taahhütlerini ifaya mâni sebeplerini tesbit eder. Bunların ne dereceye kadar vârit bulunduğuna bakar, sonra teklifin alacaklıları ızrar kastına makrun olup olmadığını ve mevcudu ile mütenasip bulunup bulunmadığını ve mevcudun borcun % 30 unu ödemeye yetip yetmediğini tetkik eder. Neticede teklifi kabul veya reddeyler. Teklif üzerinde hiç bir tadilât yapamıyacağı gibi yapmasını da borçluya emredemez.

Bu itibarla tetkik mercii konkordato teklifini ya aynen kabul veya toptan reddetmek salâhiyetini haiz olup onu tadile mâtuf her hangi bir tasarrufta bulunmaya yetkili değildir.

İflâsın Açılmasından Sonra Konkordato Teklifi :

Kanun vâzıı iflâsına hükmolunan borçlulara da konkordato hakkını bahsetmiş bulunuyor. Fakat buradaki teklif tetkik merciine yapılmaz. Müflis borçlu teklifini iflâs idaresine yapar.

Borçlu bu teklifine bilânço ve defter tutmağa mecbur şahıslardan ise cetvel raptetmeğe mecbur değildir. Çünkü iflâsın açılmasiyle beraber müflisin bütün malları resmen tesbit edilmiş, ticari defterlerine hattâ hususi evrakına bile el konmuş ve bu suretle malî durumu; mevcutadı ve alacakları ve sair hakları iflâs idaresince esasen tesbit edilmiş bulunacağından müflisten konkordato teklifi üzerine aktif ve pasif vaziyetini gösteren bilânço ile defterlerinin durumunu irae eden cetvel istenmesine mahal görülmemiştir. Müflisin burada yapacağı şey bir konkordato projesi vermekten ibarettir. Şunu da derhal ilâve edelim ki müflis konkordato teklif edeceğini beyan ederek mühlet talebinde de bulunamaz. Konkordato teklif projesini ita etse dahi kabulü muamelesinin tekemmülüne kadar iflâs işleri devam eder. Şurası gözden kaçırılmamalıdır ki, iflâsına karar verilmiş kimsenin konkordato teklif edebilmesi için mevcut malları ile alacakları toplamının borçlarının % 30 unu karşılamasına lüzum yoktur.

İflâs idaresi teklif aldıktan sonra, müflisin malî durumunu gözden geçirerek o günki ahval ve şerait içinde müflisin konkordato teklifinin ne dereceye kadar vârit bulunduğu hakkındaki görüşlerini bir rapor halinde tanzim edip, müflisin teklif projesini de buna bağlıyarak ikinci veya daha sonraki alacaklılar toplantısında müzakere edilmek üzere alacaklılara bildirir, iflâs memuru alacaklılar toplantısında teklif projesiyle raporunu okur, borçluyu da bu toplantıda hazır bulundurarak gerekli izahatı almakla beraber borçlu ve alacaklılarına teklifi hakkında lüzumlu bilgiyi verir. Alacaklılar konkordato teklifini kabul ederlerse bir konkordato zaptı tutarak hazır bulunan alacaklılara ve on gün içinde iltihak edecek diğer alacaklılara da imza ettirip, kendisi de imza eder.

Esasen müflisin konkordato teklifi alacaklılar tarafından kabul edildikten sonra icra ve iflâs K. nun 294 den 299 ve 302 den 303 üncü maddeye kadar olan hükümleri burada da tatbik olunur. İflâstan evvel teklif olunan konkordato hakkında izahat verirken bu maddeler hükümlerini de ayrıca açıklıyacağımızdan tekerrüre mahal vermemek için burada yalnız uygulanacak kanun maddelerini zikretmekle yetiniyoruz.

Burada şunu söyliyelim ki müflisler için komiser tâyinine lüzum olmayıp murakaba ve nezaret işlemleri iflâs idaresince yürütülür. Diğer bir deyimle komisere ait görevler iflâs idaresince ifa olunur.

Konkordato teklifinin alacaklılar toplantısı tarafından kabulünü müteakıp dosya iflâs idaresince mahkemeye tevdi olunur. Mahkeme aşağıdaki izah edilecek kanuni şartların mevcudiyetini bittahkik tesbit ettiği takdirde konkordatoyu tasdik ve keyfiyeti iflâs idaresine tebliğ eder. İflâs ida-

resi bunu alır almaz iflâsın kaldırılmasını mahkemeden ister. Mahkemece de iflâs kararı ortadan kaldırılır.

Kanunumuz müflisin de konkordato teklifinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Fakat iflâs üç suretle olur. Biri; alelâde, ikincisi; taksiratlı, üçüncüsü de; hileli iflâstır. Burada hatırımıza gelen, acaba taksiratlı müflislerle hileli müflisler konkordato teklif edebilirler mi?

Prensip itibariyle konkordato müessesesi iyi niyetli borçluları himaye için derpiş edilmiş bir icra yoludur. Taksiratlı müflis ile hileli müflis iyi niyet sahibi bulunmaktan uzak oldukları için bunların konkordato tekliflerinin kabul edilmemesi gerekmektedir. Haddi zatında konkordato mahkemece tasdik edilirken kanunumuzun 298 inci maddesinin teşrihi sırasında görülecekir ki; mahkeme bazı şartların mevcudiyetini aramak zaruretindedir. Bu şartların en başında geleni borçlunun; alacaklılarının zararına olan doğruluk haricinde yahut, pek büyük hiffetle hiç bir muamele yapmamış olması şartıdır.

Taksiratlı ve hileli müflislerin iflâs sebeplerinin başlıcasını doğruluğa münafi veyahut pek büyük bir hiffetle yapılmış muameleleri teşkil ettiğinden bu kabîl müflislerin konkordato teklifleri alacaklıları tarafından kabul edilse dahi mahkemelerce redde mahkûmdur.

Binaenaleyh yalnız âdiyen iflâs etmiş olanların konkordato teklifleri kabule şayan olup, taksiratlı veya hileli müflislerin konkordato tekliflerinin kabulüne kanuni mesağ olamıyacağı bu izahatımızla anlaşılmış bulunmaktadır.

Konkordato süresi :

Tetkik mercii kanunun 286 ıncı maddesiyle kendisine tevdi olunan tetkikatı ikmal ve borçluyu da isticvap ve istima eyledikten sonra talebi muvafık görürse konkordato talebinin uygun olduğuna ve borçluya iki aylık mühlet verilmesine karar verir. Bu müddete konkordato süresi itlak olunur. Tetkik mercii işbu kararıyle birlikte bir de komiser tâyinini karar altına alır.

Borçluya bu mühlet ne için verilir ? Borçlu bir konkordato projesi vermiştir. Bu proje ile borçlunun verdiği diğer vesaik üzerinde inceleme yapan tetkik merciinin talebi muvafık olduğuna karar vermiş olmasiyle her iş bitmiş değildir. Aşağıda beyan olunacağı üzere yapılacak bir çok muameleler vardır. Bu işlemlerin ifası için oldukça zamana ihtiyaç var. Bu müddet en az iki ay ve en çok dört aydır.

Konkordato süresi bir taraftan borçlu aleyhinde yapılmakta olan bütün takipleri durduracağı gibi yeni takip açılmasına da mâni olmakla borçlunun, diğer taraftan umumi zamanaşımiyle ıskatı hakka müncer olan zamanaşımının cereyanına mâni olmak suretiyle alacaklıları dahi bu himayeyi derpiş etmektedir.

Tetkik merciince verilmiş olan iki aylık müddet içinde muameleler neticelenemezse komiserin talebi üzerine mercii iki ayı geçmemek üzere münasip bir mühlet daha verir.

Komiser mühletin uzatılmasına dair talepnamesinde temdit isteminin müstenidatını açıkça göstermek zaruretindedir. Buna binaen komiser verilmiş olan iki aylık ilk süre içinde neler yapıldığını ve geri kalan muamelelerin halen ne merkezde bulunduğunu ve şimdiye kadar ikmal edilmemesinin neden ileri geldiğini ve bu muamelelerin intacı için daha ne kadar bir müddete ihtiyaç bulunduğunu açıkça göstermek mecburiyetindedir. Alacaklıların adreslerinin tahkiki, borçlunun mallarının uzak yerlerde bulunması, Türkiye haricinde bazı malları bulunması gibi sebepler dolayısiyle komiserin yapacağı muameleler bu iki aylık mühlet içinde bitmemiş olabilir. Bu sebeplerdendir ki; kanun vâzıı mühletin iki ayı geçmemek üzere nihayet iki ay daha temdidine imkân vermiştir. Kanun ikinci defa verilecek mühletin âzami miktarını tâyin ederek asgari miktarını göstermiyerek muamelâtın tamamlanması için ihtiyacın göstereceği lüzuma göre bunu tetkik merciinin takdirine bırakmıştır. Bu hal karşısında merci işlemlerin o günki vaziyetini ve komiserin teklifini göz önünde tutarak bu mehli iki ay geçmemek üzere temdidedebilir.

Tatbikatta komiser olarak ekseriya iflâs memurları tâyin olunmaktadır.Sebebi de; iflâs memurlarından tâyin olunan komiserlere ücret verilmemektedir. Tetkik mercilerinde bir zihniyet vardır (Malî durumu konkordato teklif edecek hale gelen bir borçluya yeni yeni masraf kapısı açılmamalıdır).

Tetkik mercilerinin insanlık kaidelerinden mülhem olduğuna şüphe etmediğimiz bu fikirlerini kabul etmekle beraber komiserlerin iflâs memurlarından tâyin olunması tatbikatta borçlu aleyhine ve alacaklıların zararına bazı mahzurlar tevlidetmektedir. Aynı zamanda borçlu aleyhindedir. Çünki ;

İflâs memuru olan komiserin esasen işi başından aşkındır. Büyük şehirlerde bulunan iflâs memurları takatlerinin fevkında işle mahmuldürler. Küçük yerlerde bu vazifeyi icra memurları tâyin edileceklerinden esasen bütün devairi adliye gibi bu yerler icra memurları da mahmuldürler. İşi matlup sürat ile intaçedemezler. Halbuki konkordato süresi borçlu

için bir tereddüt devresidir. Bu devrenin uzaması borçlunun ziyanınadır. İki ay içinde bitmesi mümkün olan işler ancak dört ayda ihmal olunabilir. Bu da borçluyu ızrar eder.

Alacaklıların aleyhindedir. Çünki : işlerinin çokluğu dolayısıyle komiser tâyin olunan iflâs memurları bunu munzam bir iş, bir angarya telâkki etmektedirler. Münasip bir ücret verilebilecek olan bu işin bilâ ücret uhdelerine tahmil olunmasından dolayı ruhan bu işe karşı biganelik ve lâkaydi hissederler. Yaptıkları tahkikat ve tetkikat sathidir. İşin içine nüfuz etmeğe çalışmazlar. Muamlelerinde gerekli itinayı göstermezler ve ilânlarda ve davetlerde veya borçlu ve alacaklıların isimlerinde yaptıkları bazı hatalar yüzünden konkordato teklifinin tasdik edilmemesine ve muamelelere yeni başlanmasına ve bu sebeple bir çok yeni masraflar ihtiyarına sebebiyet verdikleri gibi tahkikat ve tetkikatını sathi yaptığından, sathi incelemelere istinaden tasdik edilmiş olan konkordato ekseriya beklenilen neticeyi vermez ve bundan alacaklılar mutazarrır olur.

Bu sebeple tetkik mercileri komiser tâyini halinde bunları avukat veya sair hukukçular arasından intihap ettikleri takdirde daha faideli neticeler alırlar. Bu kimseler gördükleri işe mukabil bir ücret alacaklarından ve bu vazife ile lâyıkı veçhile işgal etmeğe zamanları da müsait bulunduğundan komiserliğe tercihan bunları tâyin etmelidirler. Kaldı ki; verilecek iki ve nihayet dört aylık bir ücret alınacak neticeye nazaran hiçtir. Bu meblâğı çok görüp kanunun maksadını ihmal etmek yerinde bir tedbir olmasa gerekdir.

Mühletin ilânı :

Tetkik merciinde mühlet ilân olunur. Bu ilân mûtat şekilde yapılır. Bununla beraber alacaklıların ve borçlunun bulundukları mahallerde münteşir gazete varsa bunlar vasıtasiyle, eğer yoksa münasip vasıta ile ilân yapılır. Bundan başka keyfiyet icra dairesiyle tapu dairesine ve borçlu tüccar ise sicilli ticaret memurluğuna ve deniz ticaretiyle meşgul ise liman idaresine haber verilir.

Şüphe yoktur ki ilânın bildirileceği icra dairesi borçlu aleyhinde takip yapan icra dairesidir. Borçlu aleyhinde muhtelif icra dairelerinde takip yapılmakta ise bunların hepsine ilân keyfiyetinin tebliği gerekmektedir. Kanunun kasdettiği tapu dairesi; borçlunun gayrimenkul mallarının kayıtlı bulunduğu tapu dairesidir. Borçlunun bu nevi malları muhtelif yer tapu dairelerinde kayıtlı ise bunların hepsine tebligat yapılacaktır. Ticaret sicil memurluğu ile liman idaresine yapılacak ihbarlarda da aynı usulün uygulanması gerekmektedir.

300

Mühlet kararına itiraz :

İcra ve iflâs K. nun 288 inci maddesinin 2 inci fıkrasında telif za'fı bulunduğu kanaatindeyiz. Çünki bu fıkrada aynen : (konkordato talebi üzerine verilecek mühlet kararına ilân tarihinden itibaren yedi gün içinde her alacaklı istida ile itiraz edebilir). denilmektedir. Tetkik merciinin konkordato teklifi üzerine vereceği kararların neden ibaret olacağı kanunun 286 ve 287 nci maddelerinde gösterilmiştir. 286 ncı maddeye göre tetkik mercii teklif projesini uygun bulursa teklifin muvafık olduğuna ve 285 inci maddeye göre de borçluya iki aylık bir mühlet verilmesine karar verir ve bu kararla borçluyu bir de komiser tâyin eyler. Tetkik mercii hem teklifin muvafık olduğuna ve hem de borçluya iki aylık mühlet verilmesine ve bir komiser tâyinine dair olan hükmünü ayrı ayrı verir, isterse bunları birleştirerek bir karar halinde de verebilir. Tetkik merciinin mühlet itasına ait kararı, konkordato teklifinin kabulüne mütedair karardan ayrılarak verilmiş ise bunun nesine itiraz olunabileceğini doğrusu anlamakta müşkilât çekiyoruz. Bir karar kabili itiraz olabilmek için az çok onun takdirde müstenit bulunması lâzımdır. Kanun esasen mühlet miktarını tâyin etmiş ve tetkik merciine de bu miktarın karar altına alınması mecburi bulunmuş olduğundan böyle bir karara karşı ilgililere itiraz hakkı tanımamak daha uygun düşer.

Halbuki konkordato teklifinin muvafık olduğuna dair mercice verilecek karar oldukça takdire müstenit bir karardır. Çünki merci bu kararı vermeden evvel borçlunun tevdi eylediği konkordato teklifi projesini ve bu projeye ekli bilânçoyu ve tüccar ise defterlerinin vaziyetini gösteren cetveli tetkik edecektir, ayrıca borçluyu da istic'vabedecektir. Onun vaziyetini ve hesaplarının halini inceliyecek ve işlerinde doğru olarak hareket edip etmediğini ve taahhütlerinin ifasına mâni sebeplerin neler olduğunu araştıracak ve bunu göz önünde tutarak projenin alacaklıları ızrar kasdına makrun olmadığını ve teklifin borçlunun mevcudu ile mütenasip bulunup bulunmadığını ve mevcudunun borcunun % 30 unu ödemeğe yetip yetmediğini tesbit ettikten sonra konkordato teklifinin muvafık olup olmadığına karar verecektir. Bu karar vesaika müstenit olmakla beraber tahkikat ve tetkikata da dayanacağından bu kabil kararlarda yargıcın takdir hakkına oldukça fazla miktarda yer verilmektedir. İşte bu gibi takdir hakkına dayanılarak diğer bir deyimle deliller yanlış takdir olunarak verilen karar aleyhinde itiraz hakkının tanınması aklı selime daha mülâyim gelir. Diğer taraftan alacaklıları mutazarrır edebilecek karar, mühlet verilmesine dair karar olmayıp, konkordato teklifinin kabulüne mütedair kararardır. Mantıkan bir kimsenin bir muameleye karşı aksülâmel göstermesi,

o muameleden müteessir olmasına bağlıdır. Hiç bir kimsede, kendisini ilgilendirmiyen bir muamele tepki yaratmaz. Mühlet verilmesine mütedair kararda alacaklılar da tepki tevlidedecek nitelikte değildir. Bu vasfı haiz olan karar, konkordato teklifinin kabulüne mütedair karardır. Buna binaendir ki; alacaklıların itiraz hakları bulunduğu kararın konkordato teklifinin kabulüne ait karar olduğunu kabul etmek iktiza eder. Müddetin uzatılmasına dair karar nispeten takdire müstenit bir karar vasfını haiz ise de; mühlet kararının itiraz kabiliyeti olduğu maddede açıkça ifade edildiğinden ve mühletin temdidine ait karara itiraz edilebileceğine dair bir hüküm bulunmadığından itirazın mühlet kararına mâtuf bulunduğunu kabul etmek iktiza eder.

Kanaatimizce kanun, gerek konkordato kabulüne, gerekse mühlet itasına dair kararın bir karar halinde verilebileceğini farzetmiş olduğundan ve verilecek karar da; mühlete mütedair hüküm, konkordato teklifinin muvafık olduğuna ait hükümden evvel bulunduğundan bu babtaki kararı mühlet kararı tersim ederek 288 inci maddenin ikinci fıkrasını bu günki şeklinde tedvin etmiştir. Binaenaleyh fıkranın yazılışından yanlış mâna çıkarılmamalı ve vâkı olacak itirazların konkordato teklifinin muvafık olduğu kararına ilişkin bulunduğu anlaşılarak itirazın ona göre incelenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizin isabetini 288 inci maddenin son fıkrasındaki hüküm de teyidetmektedir. Konkordatonun muvafık olmadığı, mühletin kaldırılması hükmüdür. Konkordato teklifinin muvafık olmadığına dair verilecek kararla mühletin kaldırılmasına dair verilecek karar aleyhinde borçluya temyiz hakkı tanınmıştır. Konkodato teklifinin muvafık olmadığına merci tarafından 286 ıncı maddenin emreylediği şekilde tetkikat ve tahkikat icra edildikten sonra ve mühletin kaldırılmasına itiraz vârit bulunduktan sonra karar verilir. Konkordato talebinin muvafık olmadığı kararı borçlu üzerinde aksülâmel yaptığından ona temyiz hakkı, konkordato teklifinin muvafık olduğu kararı da alacaklı üzerinde tepki yarattığından buna itiraz hakkı ve mühletin kaldırılmasına ki; (bu konkordato teklifinin muvafık olmadığına müncer bir karardır.) Mütedair karar da yine borçlu üzerinde aksülâmel yaratacağından borçluya temyiz hakkı tanınmıştır.

İtiraz dilekçe ile olur. Şifahen yapılacak itiraz mesmu değildir. Okuyup yazması olmıyan alacaklı, tetkik mercii kaleminde zabıt tutturarak itirazını yapabilir. Ancak bu zapta istidalara ilsak edilen damga pulunun yapıştırılması ve kaydiyeye tâbi tutulması diğer bir deyimle ona istida şeklinin verilmesi lâzımdır.

Merci Kalemi alacaklılar tarafından verilen itiraz dilekçelerini esasa kaydeder. Bu kayıt tarihi itiraz tarihidir. Bütün istidaları kalem bir yerde toplar, yedi gün geçtikten ve istidalar tamamen toplandıktan sonra kalem bunları tetkik merciine verir. Merci mürafaa günü tâyin ederek mutarız alacaklılar ile borçluya davetiye tebliğ eder. Müdafaada İcra ve İflâs K. nun 18 inci maddesine göre basit yargılama usulü uygulanır. Alacaklılardan biri veya bir kaçı veya borçlu gelmezse gıyap kararı tebliğ olunmaksızın mürafaa gıyabında yapılır. Merciin burada tetkik edeceği şüphesiz alacaklılar tarafından gösterilen sebeplerle borçlunun buna vereceği cevap ve evvelce ibraz olunan vesaiktır. Muteriz alacaklı meselâ borçlunun işlerinde hüsnüniyete riayet etmediğini, taahhütlerini ifaya mâni olarak gösterdikleri sebeplerin vârit bulunmadığını, verdiği bilânçonun hakikatı ifade etmediğini alacaklılar itirazan ileri sürebilirler. Tetkik mercii bunları inceler, gerekirse yeni baştan bilirkişi marifetiyle borçlunun mevcudunu ve defterlerini tetkik ettirir, bu iddialara karşı borçlunun cevaplarını incelendikten sonra itirazları vârit görmezse reddeder, vârit görürse mühletin kaldırılmasına karar verir.

Merciin vereceği kararlardan itirazın reddi kararını alacaklılar, mühletin kaldırılması kararını da borçlu temyiz edebilir. Mühletin kaldırılması kararını da borçlu temyiz edebilir. Mühletin kaldırılması demek, konkordato teklifinin muvafık olmadığı demektir. Kanun vâzıı kısaca «mühletin kaldırılması» ibaresiyle isimlendirmiştir.

Temyiz süresi :

Konkordato hakkında verilen hüküm on gün içinde temyiz olunabilir. Kanunun 288 inci maddesinde temyiz süresinin hükmün tefhimi tarihinden itibaren cereyana başlıyacağı yazılı ise de; kanun vâzının umumi prensiplerden ayrılarak burada istisnai bir hüküm kabul etmiş olduğunu zannetmekteyiz. Böyle kabul edecek olursak taraflar hakkında temyiz süresinin işliyebilmesi için hükmün mutlaka bunlara tefhimi iktiza ettiği fikrini tercih etmek lâzımdır. Halbuki yukarıda da işaret eylediğimiz gibi burada tatbik olunacak muhakeme usulü basit yargılama usulüdür. Alâkadarlar gelmese de gıyap kararı tebliğine hacet kalmaksızın gıyaplarında karar verilebilir. Gıyabında verilecek bir kararın tefhimi bahis mevzuu olmıyacağından temyiz süresinin bu takdirde kararın tebliği tarihinden itibaren cereyan edeceğini kabul etmek lâzım geldiğine göre maddedeki : «tefhim» ibaresinin iltizami olarak değil, sırf tesadüfi olarak kullanıldığını anlamak lâzımdır.

303

Mühletin işlemesi :

Alacaklıların itirazı ne borçlu, ne de alacaklıların merci tarafından verilmiş olan hükmü temyiz etmeleri, evvelce verilmiş olan iki aylık mühletin işlemesini durdurmaz. Bu muameleler yapılırken mühlet biterse komiserin talebi üzerine tetkik mercii iki ayı geçmemek üzere münasip bir mühlet daha verebilir.

Fakat tatbikatta bunlara kanunun istediği gibi riayet edilmediği müşahede olunmaktadır. Dosyanın Yargıtaya gidip gelmesi 4-5 aylık bir zamanın geçmesine mütevakkıftır. Yargıtayın da hakkı vardır. Çünkü orada da takatin fevkinde iş bulunmakta, bu itibarla ya mühleti arttırmalı yahut temyiz ve itiraz devresinde mühletin cereyanını durdurmayı hedef tutan bir hükmü kanuna koymalıdır. Aksi takdirde bu fıkra hükmü tatbikatta uyulanma imkânını bulamaz.

Komiser :

Tetkik mercii konkordato teklifinin muvafık olduğuna karar verirse borçluya iki aylık bir mühlet vermekle beraber, ona bir de komiser tâyin eder.

Lâalettayin herkes komiser tâyin edilemez. Bir kimsenin komiser tâyin edilebilmesi için gereken vasıfların nelerden ibaret bulunduğu kanunun 287 inci maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre komiser tâyin olunabilmek için :

a) — Türk vatandaşı olmak,
b) — Lâzım gelen bilgi ve tecrübeyi malik olmak,
gerekmektedir.

Kanun vâzıı komiserin Türk vatandaşı olmasını lüzumlu görmüştür. «Türk vatandaşı» kaydından maksat Türk tâbiiyeti demektir. Kanununun bu hükmüne göre tâbiiyet itibariyle Türk, fakat ırk itibariyle Türk olmıyanlar komiser tâyin olunabilir.

Komiserin gördüğü hizmet mahiyet itibariyle bir âmme hizmetidir. Borçlu ve alacaklılar ile komiser arasındaki münasebetlerde âmme hükümleri caridir. Komiser ne borçlunun, ne de alacaklıların mümessildir. Bu sebeple borçlu ve alacaklıların arzuları onu takyidetmez. Hattâ kanunumuza göre komiserin borçlunun tasarrufları üzerinde nezaret ve mürakabe yetkisi vardır. Hattâ bu bir salâhiyet değil, vazifedir. Bundan başka bazı hallerde komiser borçluya ihtarda bulunur. Bunlardan komiserin vazifelerini izah ederken bahsedeceğiz. Komiserin gördüğü vazife bir âmme hizmeti olduğundan kanuni istisnalar dışında memleketimizde

âmme hizmeti deruhde edemiyen yabancıların bu vazifeye tâyinlerine kanuni mesağ bulunmamaktadır.

Komiser tâyin olunacak kimsenin haiz bulunması gereken ikinci vasıf da : Lâzım gelen bilgi ve tecrübeye malik bulunmasıdır. Kanunun aradığı bilgi ve tecrübe komiserin vazifesi olan iş hakkındaki bilgi ve tecrübesidir. Komiserin vazifesinin mahiyeti icabı, onun hem iyi bir hukukçu ve hem de iyi bir muhasip olması ve bunlarda vukuf ve meleke sahibi bulunması iktiza eder. Bizce iki sene yargıçlık veya avukatlık yapmış olmak, bu işte gereken melekeyi bahşedemiyeceğinden komiserlerin meslek hayatı oldukça uzun kimseler arasından seçilmesi realiteye daha uygun olur ve beklenilen faideyi daha isabetli bir şekilde tahakkuk ettirebilir. Komiserlerin iflâs veya icra memurlarından seçilmesi hakkında yukarıda zikrettiğimiz mahzurları burada tekrar etmeğe lüzum görmüyoruz.

Komiserin vazifeleri ve konkordatonun tekemmülü :

Komiserin vazifeleri, kanunun 287, 290, 291, 292, 293, 294, 296 ve 297 inci maddelerinde belirtilmiştir. Kanunun 287 inci maddesindeki hükme göre komiserin borçlunun tasarruflarına nezaret hakkı vardır. Daha doğrusu bu bir hak değil, vazifedir. Kanun, bu nezaret vazifesinin sınırlarını rusu bu hak değil, vazifedir. Kanun, bu nezaret vazifesinin sınırlarını çizmemiştir; ancak 297 inci maddesinde; borçlunun komiserin nezareti altında işlerine devam edeceğini beyan etmiştir. Kanun bu vazifenin sınırlarını tahdidetmiyerek komiserin nezaret hakkının şümul ve mahiyetini, borçlunun tasarruflarının keyfiyetine terketmiş bulunmaktadır; diğer bir deyimle nezaret vazifesinin mahiyeti ve şümulü borçlunun tasarrufuna göre değişir. Kanun vâzıı bunun tetkik merciince takdir olunmasını muvafık gördüğü için sınırlanmasından vaz geçmiştir. Meselâ borçlunun defterlerini usulüne göre tutup tutmadığına komiser nezaret eder. Borçlunun burada bir ihmalini görürse ona ihtarda bulunur. İşlerini gerektiği gibi yapıp yapmadığına dikkat eder, yapmazsa borçluya ihtarda bulunur. Kaale almazsa keyfiyeti mercie raporla bildirir.

Esasen kanunun 290 ıncı maddesiyle borçlunun bazı tasarrufları tahdidolunmuştur. Maddeye göre borçlu mühletin ilânından itibaren rehnetmek ve gayrimenkullerini satmak ve ipotek yapmak, kefil olmak ve ivazsız tasarruflarda bulunmaktan memnudur. Bu memnuiyeti temin için kanun bazı tedbirler almış ve bazı müeyyideler vaz'etmiştir. Mühlet verildiğine dair kararın tapu dairesine, sicil memurluğuna ve liman idaresine tebliği keyfiyeti bu tedbirler meyanındadır. Mühletin kaldırıldığı ka-

rarı tebliğ edilmedikçe tapu ve liman daireleri borçlunun satış ve ipotek tesisi ve hileli tasarruflarını kabul ve tescil etmezler. Hilâfına hareket eden tapu sicil memur ve muhafızları ve liman idaresi ihmal ve vazifeyi suiistimalden dolayı takibe mâruz kalırlar. Borçlunun menkul malları üzerindeki tasarrufları da tedbir olarak komiserin nezareti altına konulmuştur. Komiser borçlunun menkul mallarını terhin ettiğini; sattığını, yahut ivazsız olarak temlik ettiğini görürse keyfiyeti bir raporla tetkik merciine bildirir. Bu kabîl tasarrufta bulunacağını komiser önceden haber alırsa bunlardan tevakki etmesini borçluya ihtar eder.

Borçlunun 290 ıncı madde ile vaz'edilen memnuiyet hilâfında hareketinin müeyyideleri de; muamelenin bâtıl olması ve merciin mühleti kaldırmasıdır. Borçlu işbu memnuiyet hilâfına hareket ederse yaptığı tasarruf bâtıldır. Malı mezkûr tasarruf altında teslim etse bile istirdadolunur ve komiserin işarı üzerine tetkik mercii mühleti kaldırır. Mühletin kaldırılması demek; konkordato teklifinin muvafık bulunmadığı demektir. Bu muamelenin sonu iflâsa kadar varabileceğinden bu müeyyide oldukça ağırdır.

Borçlunun, ihtarlarını dinlemediğine veya 29 uncu madde ile derpiş olunan memnuiyet hilâfına hareket ettiğine dair komiser tarafından verilen rapor üzerine tetkik mercii imkân bulursa borçlunun savunmasını da dinleyerek komiserin mütalâalarını vârit bulursa mühleti kaldırır. Merciin vereeeği bu karar da kabili temyizdir.

Mühletin kaldırılmasına dair mercice verilen işbu karar kesinleştikten sonra tapu dairesine, borçlu tüccar ise sicilli ticaret memurluğuna, deniz ticaretiyle meşgul ise liman idaresine tebliğ olunur. Artık konkordato süresi bitmiş olacağından borçlu hakkındaki âdi ve ıskati müruruzamanların da cereyanı başlar. Komiser tarafından tanzim olunan zabıt ve evrak hilâfı sabit oluncaya kadar muteber vesikalardandır. Komiserler vazifeleri devamınca borçlu ile kendileri ve başkaları hesabına bir akit yapamazlar.

Komiser tâyinini mütaakıp borçlunun mevcudunun bir defterini yapar. Mallarının kıymetlerini bilirkişilere takdir ettirerek tesbit eder. Borçlunun mallarından bir kısmı âhar bir mahalde ise bulundukları yer icra dairesi marifetiyle bu muameleyi yaptırır.

Şurasını bilhassa belirtmemiz gerekir ki; borçlunun ancak haczi caiz olabilecek mallarını deftere geçirir ve borçlunun mevcudu hesaplanırken bu malların kıymeti nazara alınır.

Defter yapılırken borçlu kilitli yerlerini, dolaplarını komisere açmak mecburiyetindedir. Komiserin bu vazifeyi icra ederken haiz bulunduğu

yetki, haciz yapan icra memurunun veya iflâsına karar verilmiş olan kimsenin mallarını tesbit eden iflâs memurunun yetkisi gibidir. Borçlunun mümanaatı halinde komiser de icra ve iflâs memurları misillû zor kullanabilir.

Borçlunun 290 ıncı madde ile tasarrufu tahdidedilen mallar komiserin defterini yapmış olduğu mallardır. Bununla beraber borçluya hibe, miras veya piyango tarikiyle intikal edip de henüz deftere geçmemiş olan malları hakkında da aynı tahdit mevcuttur.

Defter tanzimi muamelesi tamamlandıktan sonra alacaklarını yirmi gün içinde bildirmeğe alacakları ilânla davet eder. Alacaklılarını borçlu daha evvel bildirdiği halde bunlara davetname gönderilmesini emretmiyerek ilânla davet edilmelerini kanun vâzının lüzumlu görmesinin sebebi, borçlunun bazı alacaklılarını saklamış olması, yahut alacağın borçlu bakımından münazaalı görülerek alacaklı sayılmaması ihtimalinde dolayıdır. Bu ilânda alacaklılarını 20 gün içinde bildirmiyenlerin konkordato teklifi müzakeresine kabul edilmiyeceklerini ihtar eder. İlândaki 20 günlük mühlet geçtikten sonra komiser konkordato teklifini müzakere etmek için alacaklıları toplantıya davet eder. Bu defa bu davet şüphesiz ilânla yapılmaz. Çünkü ilân üzerine alacaklılar belli olmuştur. Komiser ancak alacaklarını 20 günlük süre içinde kaydettirmiş olan alacaklıları davet eder. Komiser tarafından alacaklılara tebliğ olunacak davetiyede toplanmağa tekaddüm eden on gün içinde vesikaları tetkik edilecekleri de bildirilir. Bu da alacaklıların toplantıya mücehhez olarak gelmelerini ve toplantıda vesikaların incelenmesi için vakıt zıyaının önüne geçilmesi içindir. Bu ikinci davet, davetname ile yapılabileceği gibi, ilânla da yapılabilir.

Alacaklılar, alacaklarını 20 günlük mühlet içinde bildirirler. Alacaklarını bu mühlet içinde bildirmeyen kimseler konkordato müzakeresine iştirak edemezler. Alacaklılar alacaklarını bildirmekle beraber müstenidatı vesaiki da komisere tevdi ederler veya gönderirler. Bu muamelelerin itmamından sonra komiser kanunun 293 üncü maddesinin kendisine tanıdığı hakka dayanarak iddia olunan alacaklar ile mübrez vesaik hakkında beyanda bulunmak üzere borçluyu davet eder. Komiserin bu hakkı vardır. Çünkü bildirilen borçlar ve bunların müstenidatı vesikalar ve borçlunun durumu ve konkordato teklifinin kabule şayan olup olmadığı hakkında alacaklılar topluluğuna rapor verecektir. Alacakların bazılarının itfa edildiğine dair borçlu yedinde vesika bulunabilir. Komiser şüphesiz bunu da raporuna dercedecektir. Borçlu bazı alacaklıların taleplerine itirazda bulunabilir. Komiser bunu da raporuna dercederek bunun vârit

olup olmadığı hakkında mütalâa yürütebilir. İşte bu sebepler dolayısiyle komiserin borçludan gerekli izahatı alabilmesi için onu davet etmesi lâzımdır. Borçlu komiserin davetine icabet etmezse komiserin onu cebren getirme yetkisi burada mevcut değildir. Çünkü komiserin borçluyu şahsi hüviyetini tahdide müncer olan böyle bir tedbire başvurabilmesi için kanuni sarahate ihtiyaç vardır.

Komiserin bir vazifesi de alacaklılar toplantısına başkanlık etmektir. Fakat komiser toplantıdan evel yukarıda belirttiğimiz gibi, müracaatta bulunan alacaklılar ve kaydettirdikleri alacaklar ve tevdi ettikleri vesaikin mahiyetleri ve borçlunun bu alacaklar ve vesikalar üzerine vâkı beyanı hakkında bir rapor hazırlar ve buna kendi görüşünü de dercederek alacaklılar topluluğuna tevdi eder. Raporunu toplantıda okur. Komiser gerekli malûmatı vermek üzere bu toplantıya borçluyu da davet eder. Gelmezse zorla getirtir. Çünkü kanun bu toplantıda hazır bulunmağa borçluyu mecbur kılmıştır.

Alacaklılar topluluğu komiserin başkanlığı altında müzakereye başlıyarak borçlunun teklifini, ibraz ettiği vesikaları ve alacaklılar tarafından bildirilen alacaklar ile borçlunun bunlar hakkındaki beyanat ve izahatını münakaşa ve tetkik eder. Müzakere neticesinde tutulan konkordato zaptı derhal imza olunur. İmzayı mütaakıp 10 gün içinde vukua gelen iltihaklar kabul olunur. Alacaklıların bazıları alacaklarını ve vesikalarını iblâğ ve tevdi eyledikleri halde alacaklılar toplantısında şu veya bu sebeple bulunmıyabilirler. Bunların iltihakları için kanun on günlük bir mühlet vermiştir ki bu da pek yerindedir.

Konkordato nısabı :

Konkordato nısabı hakkındaki hüküm kanunun 297 inci maddesinde yer almıştır. Konkordato komiserin 20 günlük ilânı zarfında kaydedilmiş olan alacakların üçte ikisine malik ve alacaklıların üçte ikisine baliğ olan bir ekseriyet tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılır. Kanun burada iki türlü ekseriyet aramıştır. Hem alacak itibariyle ve hem de alacaklılar bakımından ekseriyet istenmiştir. Konkordatoyu imza eden alacaklıların alacağın üçte ikisine malik olmaları şart edilmiştir. Bu şart çok yerindedir. Çünkü alacak bakımından ekseriyet kâfi addedilseydi icabında bir alacaklının imzası konkordatonun kabul edilmiş sayılması için kâfi gelecekti. Keza yalnız aded kâfi addedilseydi alacakları mecmuu cüz'i olan bir ekseriyet alacakları çok olan bir ekalliyete arzularını empoze etmiş olabilecekti. Kanun vâzıı bu mahzuru bertaraf etmek için hem alacak miktarında ve hem de alacaklılar adedinde çoğunluk aramıştır.

JOP.

Ekseriyetin hesabında borçlunun imtiyazlı alacaklıları, karısı veya kocası ve ana, baba ve evlâtları hesaba katılmazlar, yani bunların ne alacakları ve ne de şahısları hesaba katılır.

Rehinli alacaklılara gelince : Komiser tarafından takdir edilen kıymet neticesinde teminatsız kalan alacaklar hesaba katılır.

Nizalı ve tâliki şarta bağlı veyahut muayyen olmıyan bir vâdeye bağlı olmıyan alacakların hesaba katılıp katılmaması ve katılacaksa ne nispette katılması gerektiği tetkik mercinin takdirine terkedilmiştir.

Yukarıda belirtmiştik ki komiser kaydedilen alacaklılar hakkında borçludan izahat isteyecektir. Borçlu aynı zamanda bu hususta alacaklılar toplantısında izahat verecektir. Borçlu bu beyan ve izahatında alacakların bazılarına itirazda bulunarak kabul etmiyebilir. Bu takdirde işbu alacak nizalı bir alacak mahiyetini iktisabeder. Bilfarz alacaklı borçlu tarafından verilmiş bir bono ibraz ederek alacağını kaydettirir, borçlu bunun meslekî tesanüde tebaan sırf alacaklıya bir yardım maksadiyle verildiğini ve bedelsiz olduğunu iddia ederek bu borca itiraz eder. Bu takdirde komiser itirazı tetkik merciine arzeder. Tetkik mercii hem borçluyu ve hem de alacaklıyı dinler, borçlunun iddiasını tevsik edecek delili varsa bunu inceler, neticede bu alacağın ve alacaklının konkordato nısabına dâhil edilip edilmemesine karar verir, bu karar kesindir.

Konkordatoyu imza etmiyen alacaklıların hakları :

Konkordatonun kabulü için alacaklıların ittifakına lüzum olmadığı yukarıdaki izahatımızdan anlaşılmıştır. Kanun, konkordatoyu kabul etmemiş alacaklıların haklarını mahfuz tutmuştur. Fakat bu borçluya karşı değildir. Hakları mahfuz tutulan alacaklılar tıpkı konkordatoyu kabul eden alacaklıların haiz bulundukları hak nispetinde borçludan mütalebede bulunabilirler. Konkordatoyu kabul etmiyen alacaklıların üçüncü şahıslarla ilgili hakları mahfuz tutulmuştur. Konkordatoyu kabul etmiyen alacaklılar, müşterek borçlulara veya borca kefil olanlara veyahut borcu ödemek taahhüdünde bulunanlara müracaat serbestliğini muhafaza etmiş bulunurlar.

Konkordato teklifine muvafakat etmiş alacaklılar dahi müşterek borçlu ile kefillere veya borcu ödeme taahhüdünde bulunanlara bu haklarını ödemeleri mukabilinde konkordato ile kendisine temin olunan hakları temlik teklifinde bulunabilirler. Konkordatoyu kabul etmiş olan alacaklıların bu hükümden faydalanabilmeleri için kefil ve müşterek borçluya veya borcu ödeme taahhüdünde bulunan kimseye toplanma günü ile yerini en aşağı on gün evvel haber vermesi şarttır. Alacaklı bu şahıslara

309
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

müracaat hakkına halel gelmeksizin konkordato müzakeresine iştirak salâhiyeti verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir.

Toplantıyı mütaakıp konkordato kabul edilmiş ise buna iltihak müddeti olan on gün geçtikten sonra komiser konkordatoya ilişkin bütün evrakı tetkik eder. İltihak eden olmuşsa bunları da nazara alarak konkordatonun kabul edilip edilmediğine ve tasdik muvafık olup olmadığına dair esbabı mucibeli mütalâasını yazarak dosyayı mahkemeye tevdi edilmek üzere icra dairesine verir. Tatbikatta komiser icra memurları veya iflâs memurları tâyin edilmekte olduğundan dosyanın icra dairesine tevdiine mahal olmadığından doğrudan doğruya mahkemeye verilmesi iktiza eder.

Görülüyor ki; konkordato muamelelerinde komiserin çok önemli rolü vardır. Komiserin kanunu bilmesi, iyi bir muhasebeci olması, bundan başka alacaklılar ile borçlunun menfaatlerini telif edebilecek kabiliyette olması iktiza eder.

Komiserin borçlunun tasarrufları üzerinde nezaret hakkı bulunduğu gibi, borçlunun da komiserin muamelelerine karşı mercie şikâyet hakkı vardır. Tetkik mercii bu şikâyeti İcra ve İflâs K. nun 16 ncı maddesi hükmü dairesinde tetkik eder. Şikâyeti vârit görürse komiserin muamelesini bozar veya düzeltir. Vârit görmezse reddeder. Bu karar dahi kesindir. Şikâyet süresi muamelenin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gündür. Maddenin son fıkrası gereğince bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı borçlu her zaman şikâyet edebilir. Meselâ komiserin defter tanzimi muamelesini yapmadığı veya savsakladığı borçlu tarafından görülürse bunu şikâyete her zaman hakkı mevcuttur.

Takibin taliki - mühletin neticeleri :

Mühlet, hem borçlunun ve hem de alacaklıların haklarını gözetmektedir. Mühlet kararı üzerine borçlu aleyhindeki bütün takipler durur. Yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoliyle yapılmakta olan takipler bundan istisna edilmiştir. Rehinli alacaklı, alacağını bidayette teminata bağlamıştır; elinde böyle bir teminatı olan alacaklının alacağından bir kısmını terke müncer olacak bir konkordatoya muvafakat edebileceği mantıkan derpiş olunamıyacağından bunlar, hem alacaklılar nısabı haricinde tutulmuşlar ve hem de açtıkları takibe mühletin tesir etmiyeceği kabul edilmiştir. Binaenaleyh mühlet kararı rehinli takiplere haizi tesir bulunmamaktadır.

Mühlet kararı diğer taraftan alacaklıların haklarını da korumaktadır. Zira bu mühlet içinde gerek âdi, gerekse ıskatı zamanaşımı süreleri işlemez.

Konkordatonun mahkemede tetkiki :

Biraz evvel komiserin konkordatonun tetkiki ve bu hususta bir karar verilmesi için esbabı mucibeli mütalâalariyle birlikte dosyayı mahkemeye tevdi edeceğini söylemiştik. Kanunun 296 ıncı maddesinde mahkeme tâbiri istimal edilmiştir. Tabiî maksut olan mahkeme, görevli ve yetkili mahkemedir. Ticarî borçlarını ödemiyecek duruma düşüp de konkordato teklifinde bulunan borçluya ait konkordatoyu inceliyecek mahkeme ticaret mahkemesidir. Gayri ticarî borçlar hakkında konkordatoyu hukuk mahkemeleri tetkik eder. Borç bin liradan aşağı olursa konkordatoyu hangi mahkeme tetkik edecektir. Yani sulh mahkemeleri buna yetkili midirler? Bazıları, kanundaki mahkeme tabirinden maksat vazifeli mahkeme olduğuna göre miktar itibariyle sulh mahkemesinin vazifesine dâhil konkordatonun da bu mahkeme tarafından incelenmesi icabeder demektedirler. Diğer bazı hukukçular ise sulh mahkemelerinin vazifelerini kanunun tâyin ve tasrih ettiğini, bunun dışında kalan işlere bu mahkemelerin bakamıyacağı ve sulh mahkemelerinin vazifeleri meyanında konkordatonun bulunmadığını ilei sürmektedirler. Bize de bu son noktai nazar daha mülâyim gelmektedir. Filhakika konkordatonun kabul edilip edilmiyeceği hususunu miktar itibariyle borç bin lira olsa da sulh mahkemelerinin tetkik edebileceğine dair kanunda bir sarahat yoktur. Konkordato teklifleri ve bunun kabulü bazı hususiyetleri ihtiva ettiklerinden bu bapta karar vermek yetkisinin sulh mahkemelerine tanınması daha uygun olur. Tatbikatta bunun misali görülmemiştir. Çünkü borcu bin lira olan bir kimsenin konkordato teklif etmesi henüz müşahede edilmemiştir. Bununla beraber tehaddüsü mümkün olan bir mesele üzerinde kısaca tevakkuf etmeyi faideli bulduk.

Kendisine dosya tevdi edilen mahkeme, komiseri dinledikten ve gerekli tetkikatı yaptıktan sonra karar vermek üzere bir gün tâyin eder. İtiraz edenler varsa haklarını müdafaa etmek üzere o oturumda hazır bulunabileceklerini ilânla bildirir. Mahkeme karar vermek üzere kısa bir ara verir. Konkordatoya ve komiser tarafından yahut mercice yapılan işlemlere karşı itirazları olanlar varsa mahkemeye müracaatla itirazlarını müdafaa ederler. Neticede mahkeme maddi ve usuli bir hata görürse konkordatoyu tasdik etmez. Bu usuli hatalar ıslah edilir ve dosya yine mahkemeye tevdi olunur. Bilfarz komiserin alacaklar hakkında beyanda bulunması için borçluyu davet etmemiş olması; yahut alacaklarını bildirmek için alacaklıların davetini havi ilâna dercolunan borçlunun hüviyeti

alacaklıları tereddüde sevk edecek derecede yanlış geçirilmiş bulunması gibi maddi ve usuli hataları konkordatonun reddi sebepleri olarak gösterebiliriz.

Esasen kanunun 298 inci maddesinin birinci fıkrasında bu cihet gayet vâzıh bir şekilde ifade edilmiştir. Sözü geçen fıkrada aynen : (yukarıdaki hükümler dairesinde yapılan konkordatonun tasdiki...) denilmektedir. O halde mahkemenin gözönünde tutacağı ilk şey konkordatonun 289 uncu maddeden 296 ıncı maddeye kadar mevzu hükümlere riayet edilerek yapılmış olup olmadığıdır. Mahkeme bu hükümlere muhalefet edildiğini ve maddi hatalar bulunuğunu görürse başkaca tetkikata lüzum görmeksizin yani kanunun 298 inci maddesinde tadadolunan şartların mevcut olup olmadığını aramaksızın konkordatoyu reddeder. Konkordatonun tanziminde usulî ve maddi bir hataya düşülmemiş ve kanuna muhalefet edilmemişse mahkeme aşağıdaki şartların mevcut olup olmadığını arar. Bu şartlar şunlardır :

1 — Borçlu, alacaklıların zararına olarak hüsnüniyet haricinde yahut pek büyük hiffetle hiç bir muamele yapmamış olmak;

2 — Teklif olunan para borçlunun servetiyle mütenasip olmak; (mahkeme, miras yoliyle borçluya düşecek malları da nazarı itibare alabilir);

3 — Konkordato hükmünün ifası ve kendilerine ihbar etmiş olan imtiyazlı alacaklıların bütün alacaklarının tesviyesi için kâfi teminat verilmiş olmak (alacaklılar teminat verilmesinden açık bir beyanla vazgeçebilirler);

Konkordato müessesi dürüst borçluların himayeleri için kanuna konmuş bir icra yoludur. Alacaklılarını ızrar kastı olmaksızın dahi doğruluk haricinde ve binnetice alacaklılarını ızrar eden muameleler yapan borçlulara bu müessese kapalıdır. Meselâ borçlunun bir tasarruftan kaçakçılık işleriyle meşgul olarak buraya azîm bir para yatırmış olması ve mallarının hükümetçe yakalanarak müsadere edilmesi neticesi borçlunun bu duruma düşmüş olmasını bir misal olarak zikredebiliriz. Burada borçlunun alacaklılarını ızrar kastı yoktur. Bilâkis çok kazanıp bir an evvel fazlasiyle ödemek niyeti vardır. Böyle hüsnüniyet dışında yaptığı muamelelerle malî durumu bozulan borçlunun teklif ettiği konkordatoyu alacaklıları kabul etse dahi mahkeme tasdik etmez.

Büyük bir hiffetle iş yapmış olan borçlu dahi konkordato müessesesinden faydalanamaz. Meselâ sadakatini tecrübe etmediği bir kimseye büyük miktarda para teslim etmesi kendisiyle harb vukuunda kaçınılmaz bir hal almış olan yabancı bir devlet bankasına para yatırması, mağlûp olaca-

ğı ve parasının kıymetini kaybedeceği muhakkak olan bir devletin paralarından çok miktarda satın alması, harb vukuu aynen belli olduğu halde eşya fiatlarının yükseleceği hesaba katılmıyarak uzun müddetli taahhütlere girmesi mali takatinin fevkında veresiye mal vermesi ve bunları sağlam vesikalara bağlamaması gibi muameleleri buna misal olarak gösterebiliriz. Borçlunun her iki muamelesinin de alacaklılarının zararına intaç etmesi lâzımdır. Yoksa alacaklılarına bir zararı dokunmıyacak olan muamele konkordatonun reddine bir sebep teşkil etmez. Ancak bir az evvel söylediğimiz gibi borçlunun ızrar kastı olup olmadığına bakılmaz. Muamelenin zararı tevlidetmesi kâfidir.

Teklif olunan paranın borçlunun servetiyle mütenasip olması lâzımdır. Bu hususta yukarı da mufassalan izahat vermiş bulunduğumuzdan burada tekrar etmiyeceğiz. Yalnız burada mahkemenin miras yoliyle borçluya düşebilecek malları da borçlunun mevcudu arasında sayılabileceği beyan olunmaktadır. Buna dair yukarıda izahat vermiştik, kanun miras yoliyle borçluya intikal edecek olan malları borçlunun mevcudu arasında sayıp saymamak hususunda mahkemeye takdir hakkı vermiştir. Kanun vazıı bunu mahkemenin takdirine terketmiş olmakla büyük bir isabet göstermiştir. Aksi takdirde konkordato muvaffakiyetsizlikle neticelenmiş olur. Çünki realiteye uymayan ve hayalî hesaplara istinadeden bir konkordatodan ne beklenebilir. Fakat mahkeme vaziyeti tetkik ederek bir servetin borçluya intikalini % 90 muhtemel görürse o takdirde bu serveti borçlunun mevcudu arasında sayabilir ve böyle bir hesaba dayanan konkordatoda muvaffakiyetsizlik ihtimali % 90 az olur.

Malûmdur ki; imtiyazlı alacaklılar haklarını borçlunun mevcudundan tamamen istifade etmedikçe diğer alacaklılar bir şey alamazlar. İmtiyazlı alacaklıların kimler olduğu kanunun 206 ncı maddesinde gösterilmiştir. Bu imtiyazlı alacaklıların hakları ödenmiş olduğu takdirde diğer alacaklılar bir şey istifade edememek durumuna düşeceklerinden, konkordato teklifinde bulunan borçludan imtiyazlı borçlarını karşılayabilecek teminat göstermesi istenir. Fakat alacakları mümtaz olmıyan alacaklılar borçlunun böyle bir teminat iraesinden vazgeçtiğini açık bir beyanla bildirmişlerse mahkeme borçludan böyle bir teminat istemez. Alacaklıların feragat beyanı ya komiser tarafından tutulan bir zabıt ile, yahut alacaklıların mahkemeye toptan verecekleri bir istida ile tevsik olunur.

Konkordato hakkında verilen hüküm aleyhine kanun yoluna müracaat:

Mahkeme konkordato hakkında verilen hüküm aleyhinde kanun yoluna müracaat hakkı tanınmıştır. Verilecek kararı yalnız borçlu ile itiraz

eden alacaklı temyiz edebilir. Konkordato hakkında verilecek karar bütün alacaklıları alâkadar ettiği halde karar aleyhine kanun yoluna müracaat hakkı yalnız itiraz etmiş olan alacaklıya tanınmış olması yerindedir. Çünkü konkordato bu safhaya gelinceye kadar bütün iddia ve müdafaaları incelenmiş olup, mahkemeye itirazda bulunmıyarak yapılmış olan muamelelerle tatmin edilmiş olduğu mefruz bulunan bir alacaklıya taraflarından olmadığı halde verilen bir karar aleyhine temyiz yoluna müracaat hakkı verilmesi hem mantıka ve hem de kanunun istinadetmekte bulunduğu prensibe uygun düşmemektedir.

Temyiz süresi on gündür. Bu süre kararın tefhimi tarihinden itibaren başlar. Karar giyapta verilmiş ise sürenin tebliğ tarihinden itibaren işlemeğe başlıyacağı şüphesizdir. Maddedeki tefhim ibaresi iltizamı olarak mevzu olmayıp vukuidir.

Konkordatonun reddi veya mühletin ref'i neticeleri:

Konkordato mahkeme tarafından tasdik olunmıyarak reddolunur, Yahut komiserin raporu üzerine veya borçlunun, kanunun 290 ıncı maddesindeki memnuiyete muhalefeti dolayısiyle tetkik mercii tarafından konkordato mühleti kaldırılırsa borçlu iflâsa tâbi şahıslardan, alacaklılardan birinin talebi üzerine borçlunun derhal iflâsına karar verilir. Kanun müracaat için bir mühlet koymuştur. İflâs talebiyle yapılacak müracaatın bu yedi günlük müddet içinde vukuu lâzımdır. Yedi günlük müddetin hangi tarihten itibaren cereyana başlayacağına dair kanunda açık bir hüküm bulunmamakta ise de; bunun, konkordatonun reddi veya mühletin kaldırılması kararının kesinleşdiği, hattâ karar tashihi vâki olmuşsa bunun reddolunduğu tarihten itibaren işlemeğe başlayacağını kabul etmek iktiza eder. Eğer yedi günlük müddetin kararın tefhimi veya tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlıyacağı kabul edilecek olursa, konkordatonun reddine veya mühletin kaldırılmasına mütedair kararın yargıtayca incelenerek bir neticeye bağlanıncaya kadar borçlunun iflâsına hükmedilmiş olunacakdır. Mahkeme kararı yargıtaydan bozulduğu ve bozma neticesi konkordato tasdik edildiği takdirde borçlu aleyhinde verilen iflâs hükmü kaldırılabilirse de; iflâs kararı üzerine yapılacak muameleler ve ihtiyar olunacak masraflar heder olacaktır. Bu itibarla yedi günlük mühletin konkordatonun reddi veya mühletin kaldırılması kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren cereyan edeceğini kabul etmek realiteye ve hukuk mantığına daha uygun düşer.

İtirazlı alacaklar hakkında dâva:

Mahkeme konkordatoyu tasdik ederse, konkordato alacakları itiraza

uğramış alacaklılara dâva açmak için yedi günlük bir mühlet verir. Bu mühletin kararın alacağı itiraza uğramış bulunan alacaklılara tefhimi veya tebliğ tarihinden itibaren cereyana başlaması gerektiğini iddia edenler olduğu gibi, kararın kesinleştiği tarihten işlemeğe başlıyacağı fikrini ileri sürenler de vardır. Kanaatımızca konkordatonun tasdikına mütedair kararı, alacağı itiraza uğramış alacaklı temyiz etmiş ise mühletin, kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeğe başlaması lâzımdır. Kanun yoluna alacağı itiraza uğramıyan başka bir muteriz müracaat etmiş ise bu takdirde kaziye berakistir. Çünki karar yargıtayca; konkordatonun tasdikında isabetsizlik bulunduğu gerekçesiyle bozulursa bu bozma bütün alacaklılara da ve bu meyanda alacağı itiraza uğrıyan alacaklıyâ dâ müessir olacağından sukutu hakka müncer ve mercice mûta yedi günlük müddetin bu alacaklı hakkında işlenmesi hukuk mantalitemize daha mülâyim gelir.

Kanunun bu maddede vaz'ettiği mehil sukutu hak süresidir.

Konkordatonun tasdiki keyfiyetinin neticeleri:

Tastik edilen konkordato bütün alacaklılar için mecburidir. Yanlız rehinli alacaklıların rehin kıymetine tekabul eden miktardaki alacaklarriyle devletin âmme hukukundan doğan alacakları bundan istisna edilmiştir. Çünki elindeki rehin alacağının tamamını veya bir miktarını karşılıyan alacaklının konkordato hükmüne tâbi tutulması ve alacağından bir kısmını elindeki teminata rağmen terke icbar edilmesi akla mugayir bulunduğu gibi nasafet ve hakkaniyet kaidelerine de uygun düşmez. Devletin vergi alacaklarını konkordatoya bağlamak imkânı yoktur. Çünkü bu alacaklar âmme işlerinin sevk ve idaresine mâtuf olup, imtiyazlı alacaklardandır. Hattâ alacaklılar sarih bir beyanla feragat etmezlerse konkordato teklif eden borçlunun bu kabil borçları için teminat göstermesi gerektiğini yukarıda söylemiştik. Binaenaleyh Devlet âmme alacaklarından dolayı borçlu ister konkordato akdetmiş bulunsun, ister bulunmasın nerede malını bulursa Tahsili Emval Kanunu hükümleri dairesinde istîfa eder. Devletin hususi hukuk münasebetinden doğan alacakları imtiyazlı değildir. Diğer alelâde alacaklar gibi muamele görür. Devlet ve bu alacağı konkordato nisabının hesabında nazara alınır.

Konkordatonun neticelenmiyen takipler üzerine tesiri :

Konkordato mahkemece tasdik olunduğu takdirde konkordato mühletinden evvel borçlunun malları üzerine konulmuş olup da henüz paraya çevrilmemiş hacizleri düşürür.

Hacizlerin kaldırılması için merci veya mahkeme kararına lüzum yoktur. Alâkalıların konkordatonun tasdikı kararını ibraz etmesi üzerine icra memurunun mahcuz malları derhal boçluya iade ve teslim etmesi lâzımdır. Mahcuz mallar paraya çevrilmiş bulunursa bu paranın borçluya verilmesi gerekir.

Nizalı alacaklara ait dâva:

Alacakların bir kısmını borçlu ve hattâ alacakları ihtilâflı bulunmıyan alacaklılar tarafından itiraz olunabileceğini ve alacakları ihtilâflı olanların alacaklılar hesabına ithal edilip edilmemesi keyfiyetinin tetkik merciinin takdirine terkedilmiş olduğunu ve konkordatonun tasdikı üzerine alacakları nizalı bulunan alacaklılara mahkemeye müracaat ile dâva açmak üzere mahkemece yedi günlük mühlet verileceğini söylemiştik. Alacağı ihtilâflı olan alacaklının mahkemeden hüküm istihsal etmesine kadar haylı bir zaman geçmiş ve hattâ borçlunun bütün alacaklarını tasfiye ederek konkordato hükümleri ortadan kalkmış bulunabilir. Alacağı nizalı olup da konkordatoya muvafakat etmiş olan alacaklı konkordato hükümlerinin sağladığı faidelerden mahrum edilemez. Onun hissesi tefrik olunur. Alacağı nizalı bulunan alacaklıya tefrik edilen bu pay naibi ve alacaklı neticede haksız çıkarak borçluda bir alacağı olmadığı anlaşılırsa buna verilen paranın istirdadı lâzım gelecektir. Paranın istirdat edilmemesi hem borçlunun ve hem de diğer alacaklıların zararını mucip olur. Bu sebeple tetkik merciine bu bapta takdir hakkı tanınmıştır. Merci emrederse alacakları nizalı olan kimselerin alacakları için ayrılan paylar alacak dâvası hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar borçlu tarafından sağlam bir bankaya, böyle bir banka bulunmıyan yerlerde icra veznelerine yatırılır.

Konkordato haricinde yapılan vaitler:

Konkordato şartlarından fazla olarak borçlu tarafından alacaklılardan birine yapılan vaitler hükme hacet kalmaksızın bâtıldır. Böyle bir vait evvelemirde dürüstlüğe mugayirdir. Konkordato müessesesi namuslu borçluları himaye edici bir müessesedir, sonra bu vait konkordato tanzim edilmeden evvel yapılmışsa diğer alacaklıların zararına matuf bir tasarruf olduğundan konkordatonun tasdikına engel teşkil eder, aynı zamanda alacaklılar nisabının teminine mâtuf telâkki edileceği için fasit bir hareket olarak kabul edilir. Eğer konkordatonun tasdikından sonra yapılmış ise, bu da konkordato hükümlerinin yerine getirilmesini güçleştirmeğe ve hattâ engel teşkil etmeğe bâdî olacak bir tasarruf olacağından kanun bunu bâtıl addetmiştir. O kadar bâtıl addetmiştir ki, bu bâtıla mahkemeden ka-

316

rar almağa bile lüzum yoktur. Lehine vait yapılmış olan alacaklı buna dayanarak borçluyu ilzam edemez. Bu vait tahtında verilen şey istirdat olunur.

Konkordatonun kısmen veya tamamen feshi:

Konkordato mucibince kendisine karşı borçlunun deruhde ettiği şartları yerine getirmediği takdirde alacaklının mahkemeye muracaatla konkordatonun kendi alacağına taallûk eden kısmının feshini talep ve dâva edebilir. Yetkili mahkeme konkordatoyu tasdik eden mahkemedir. Bununla beraber dâva açan alacaklı konkordato ile kendisine tanınmış olan hakları muhafaza eder. Mahkemece taraflar dinlendikten ve lâzım gelen incelemeler yapıldıktan sonra talep vârit görülürse konkordatonun alacaklıya taallûk eden kısmı fesholunur. Meseleyi bir misalle açıklamağı faideli buluyoruz. Konkordato ile alacaklılardan A'ya muayyen vâdelerde ödenmesi gereken belirli bir meblâğı ödemediği takdirde alacaklının talebi üzerine mahkeme işi tetkik eder. Borçlu bunu ödediğini iddia ederse delil ister. Hini hacette yeminle işi hallederek ödediği sabit olursa iddiayı ret, aksi takdirde konkordatonun bu alacaklıya ait kısmını fesheder.

Bu karar tebliği tarihinden itibaren on gün içinde borçlu ve alacaklı tarafından temyiz olunabilir.

Konkordato kendi hakkında feshedilmiş olan alacaklı mahkemeye müracaatla borçlunun iflâsını talep ve dâva edemez. Çünki iflâs kararı konkordatonun hükümsüzlüğüne müncer olur. Konkordatonun kendisine taallûk eden kısmını feshettiren alacaklının durumu konkordatoyu kabul etmiyen alacaklının vaziyetini alır. Müşterek borçlulara ve varsa kefillere veya hut borçlunun borcunu taahhüdetmiş olanlara müracaat serbestîsini iktisabeder.

Konkordatonun tamamen feshi:

Her alacaklı suiniyetle muallel bulunan bir konkordatonun tamamen feshini, onu evvelce tasdik etmiş olan mahkemeden talep ve dâva edebilir. Konkordatonun suiniyetle muallel bulunması demek; onu teklif eden borçlunun baştan aşağı kötü niyetle harekette bulunmuş mercii ve mahkemeyi ve alacaklılarını aldatmış olması demektir. Meselâ borçlu; borçlarını tamamen ödeyebilecek bir durumda iken mallarını gizliyerek konkordato teklif etmekle borçlarından bir kısmından kurtulmağı istihdaf etmesi, tetkik merciine ibraz eylediği bilânçonun ve cetvelin sahte olması, gösterdiği malların başkalarına ait bulunması, imtiyazlı alacaklılar için irae eylediği

banka teminat mektubunun sahte olduğunun tahakkuk etmesi gibi halleri bu kaziyede birer misal olarak gösterebiliriz.

Mahkeme konkordatonun bu şekilde muallel bulunduğunu görürse konkordatonun tamamını fesheder.

Konkordatonun tamamen feshi kararı aleyhinde borçlunun kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz etmek yetkisi vardır. Fesih talebi reddolunan alacaklı dahi bu hakkı haizdir.

Konkordatonun feshine ait kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren yedi gün içinde her alacaklı mahkemeye müracaatla borçlu iflâsa tâbi şahıslardan ise iflâsına hüküm olunmasını istiyebilir. Mahkemece borçlunun derhal iflâsına hükmolunur. Kanun 301 inci maddesinde «derhal» ibaresini istimâl etmiştir. Bu demektir ki mahkeme borçlunun hakikaten borçlu olup olmadığını araştırmak mecburiyetinde değildir. Nizalı alacaklar müstesna, diğer alacaklar sabittir. Mahkemenin uygulayacağı seri muhakeme usulüdür. Ancak mahkeme burada kanunun 158 inci maddesi hükmünü uygulamak mecburiyetindedir. Borçlarını ifa veya borçlarına yetecek bir meblâğı mahkeme veznesine depo etmesi için kanunun sözü geçen maddesinde yazılı mühleti borçluya vermek zorundadır. Mahkeme kanundaki «derhal» ibaresine dayanarak mühlet vermemeksizin borçlunun iflâsına karar veremiyeceği gibi böyle bir kararı muhakeme yapmaksızın evrak üzerinde yapacağı tetkikatla iktifa ederek veremez.

Çünki iflâs gibi mühim neticeler tevlideden bir kararın verilmesinden evvel borçluya savunması için imkân ve borcu yatırması için de mühlet verilmesi hem kanun ve hem de Adalet prensipleri icabıdır.

Bibliografya

1 — **Konkordato,** Adalet Dergisi 1949 sayı: 3, sahife: 158 Profesör Sabri şakir Ansay.

2 — **Konkordato,** İcra ve İflâs kanunu şerhi cilt: 2, sahife: 275 İstanbul 1949 Ordinaryüs Profesör Mustafa Reşit Belgesay.

3 — **Konkordato,** icra ve iflâs usulleri sahife: 263, Ankara 1948 Ordinaryüs Profesör Sabri şakir Ansay.

4 — **İflâs hukukunda konkordato,** 1949 İstanbul. Doktor asistan Necmettin M. Berkin.

5 — **Konkordato, İcra ve İflâs Kanunu şerhi (Hâkimler için-** Adalet Bakanlığı tercümesi sahife: 185, Ankara 1929

———o———

BİBLİYOGRAFYA

Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu : Türk Medeni Hukuku. Cilt : . I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku. IV üncü bası. İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası: 1951, Sayfa: 388, Krş. 590.

İstanbul Üniversitesi Hukuk ve İktisat Fakülteleri Medeni Hukuk Ordinaryüs Profesörü Dr. çok sayın Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun 1943 de ilk defa yayınlanan ve 1945 de ikinci basımı yapılan «Türk Medeni Hukuku cilt: I, Şahsın hukuku» na 1948 de son değişiklikler ve Medeni Kanunun «Başlangıç» maddeleri eklenerek üçüncü defa **«Türk Medeni Hukuku** cilt : **I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku»** adıyle tabedilmiştir. Diğer tabıları gibi üçüncü tab'ıda çok kısa zamanda tükenen ve uzun zamandır aranan değerli eserin bu kere 4 üncü baskısı da intişar etmiş bulunmaktadır.

Sayın müellif eserinin bu 4 üncü basımında da bazı değişiklik yapmış ve 3 üncü tabıdaki «Vakıflar Kanunu» nu kitaptan tamamen çıkarmışlar, eserin sonuna bir tesis senedi nümunesi ve evvelki fihristler kısmına bir de «İçtihatlar Fihristi» ilâve etmiştir.

Türk Medeni hukukuna dair en mühim mefhumları, prensipleri, Medeni kanunun tatbikını sistamatik bir tasnif altında toplayan ve izah eden ve titiz ve itinalı çalışma ile vücuda getirilen değerli eser; yalnız öğrenciler arasında değil, hukukçular arasında da geniş ilgi görecek ve büyük faydalar sağlayacaktır.

Kıymetli kitap; Sayın müellifin eserlerinde atıf yaptıkları müellifler ve eserlerine dair listeye ve kısaltmalara ait mühim not; IV üncü baskı için konulan kısa «Önsöz» ve eserlerinin 3 üncü tab'ından alınan «Önsöz» yazılariyle başlamaktadır. Bundan sonra «Başlangıç» kısmında Medeni Kanunun tatbikı; Objektif hüsnüniyet ve hakkın suiistimali, Sübjektif hüsnüniyet; Hâkimin hak ve nısfete göre takdir salâhiyeti; Borçlar Kanununun umumi hükümlerinin medeni hukukun diğer kısımlarındaki tatbik sahası; İspat yükü ve resmî sicil ve senetler hakkında geniş izahat verilmektedir.

I inci kitap «Hakiki Şahıslar» Birinci Bölümünde : Şahıs mefhumu; Şahsın hukukunun Medeni Kanundaki sistamatik yeri; Medeni Kanunun

319

şahsın hukuku kitabının çatısı; Şahsın hukuku ile ilgili bibliyografya; İkinci bölümünde : Hakiki şahsiyet; Tarihçe, Hakiki şahsın hususi halleri; Hakiki şahsın şahsiyet hakları; **Üçüncü Bölümünde** : Medeni haklardan istifade ehliyeti ve bununla ilgili kaide ve şartlar; ve bu ehliyeti daraltan sebepler; **Dördüncü Bölümünde** : Medeni hakları kullanma ehliyeti hakkındaki umumi bilgi ve çerçivesi; Şartları; Şahısların medeni hakları kullanma ehliyeti bakımından tarifi; Mahdut ve tam ehliyetsizlerin hukuki durumu ve bu 4 üncü bölümdeki bahisleri ilgilendiren mahkeme içtihatları; **Beşinci Bölümünde** : Şahsın zamanla münasebeti; Şahsiyetin başlangıcı; Şahsiyetin sonu; Gaiplik kararı ve bunun hukuki neticeleri; bu bölümdeki bahisleri ilgilendiren mahkeme içtihatları; **Altıncı Bölümünde** : Şahsın hısımlariyle münasebeti; Hısımlığa dair umumi bilgi; Kan ve sıhri hısımlık ve bu bölümü ilgilendiren kararları; **Yedinci Bölümünde** : Şahsın yer ile münasebeti; Yerin şahsın hayatındaki rolü ve ikametgâh mefhumu; İkametgâhın diğer yerlerle münasebeti; Medeni Kanunun ikametgâha ait prensipleri; İhtiyari ikametgâh; İhtiyari ve kanuni ikametgâh ve bu kısmı ilgilendiren mahkeme içtihatları; **Sekizinci Bölümünde** : Şahsiyetin himayesi, Şahsiyet hakları, Şahsın kendine karşı korunması; Şahsiyetin başkalarına karşı korunması; Şahsiyeti koruyan dâvalar ve bu bahisleri ilgilendiren mahkeme içtihatları; **Dokuzuncu Bölümünde** : İsmin himayesi; Umumi bilgi ve tarihçe, Soyadı mefhumu; İsmin unsurları ve iktisabı; Korunmağa değer öteki isimler; İsmi koruyan dâvalar; İsmin değiştirilmesi ve bu bahisleri ilgilendiren mahkeme içtihatları; **Onuncu Bölümünde** : Şahsi hallerin kayıt ve tescili; Şahsî hal sicilinin nevileri; Şahsî hal siçil memurları ve bu bölümdeki bahisleri ilgilendiren mahkeme içtihatları.

II inci kitap «Hükmî Şahıslar» Birinci Kısım, Birinci Bölümünde: İkinci şahıs mefhumu; Hükmi şahsiyetin tarihçesi; Hükmi şahsiyeti izaha çalışan teoriler; Türk Medeni ve Cemiyetler Kanununa göre hükmi şahısların mahiyeti; Hükmi şahısların çeşitleri; **İkinci Bölümünde** : Medeni haklardan istifade ehliyeti; Medeni hakları kullanma ehliyeti ve hükmi şahsın organları; **Üçüncü Bölümde** : Hükmi şahsın zamanla ve yerle ilişiği; Hükmi şahsiyetin başlangıcı; Hükmi şahsiyetin sonu; Hükmi şahsın ikametgâhı.

2 inci Kısım, Birinci Bölümünde : Cemiyetler; Cemiyetin kurulması; Cemiyet mefhumu; Cemiyetin tarihçesi ve nevileri; Cemiyetin kuruluş şartları ve nizamnamesi; Cemiyetin gayesi; **İkinci Bölümünde** : Cemiyetin faaliyete geçmesi; Cemiyetin organları; Umumi heyet (genel kurul); İdare heyeti (Yönetim kurulu); Cemiyetin murakabesi; Cemiyetin

âzası (üyeleri); âzalık hakları; âzalık vazifeleri; **Üçüncü Bölümünde:** Cemiyetin sona ermesi (infisah); Dağıtma (fesih); Cemiyetin sona ermesinin neticeleri;

Üçüncü Kısım, Birinci Bölümünde : Tesisin kurulması; Tesis ve vakıf mefhumu; Tesisin kuruluş şartları; Üçüncü şahısların tesise itiraz hakları ve tesisden rücu; **İkinci Bölümünde :** Tesisin faaliyete geçişi; Tesisin oranları; Tesisin murakabesi; **Üçüncü Bölümünde :** Tesisin sona ermesi; Dağılma; Dağıtma; Tesisin sona ermesinin neticeleri;

Dördüncü Kısım, Birinci bölümünde : Hükmi şahıslarla ilgili bazı içtihatlar; **İkinci Bölümünde:** Organlara dair; **Üçüncü Bölümünde:** Hükmi şahsiyetin şahsiyet haklarına dair; **Dördüncü Bölümünde:** Hükmi şahsın dâvada taraf olma ehliyetine dair; **Beşinci Bölümünde :** Cemiyetten çıkarılma sebeplerine dair; **Altıncı Bölümünde :** Cemiyet kararlarına itiraza dair; **Yedinci Bölümünde :** Tesisde maltahsisinin tarzına dair; **Sekizinci bölümünde:** Tesisin tesciline salâhiyetli mahkemeye dair; **dokuzuncu bölümünde :** Tesisin sonaermesi halinde tahsise dair mufassal bilgi ve izahat yer almıştır. Ayrıca «Ek» kısmına Cemiyetler Kanunu; Cemiyet nizamnamesi örneği; Resmî vasıyet tarikile yapılmış tesis senedi örnekleri; El yazısı ve vasiyet tarikile yapılmış bir tesis senedi örneği ilâve edilmiştir.

Değerli esere büyük emek sarfile hazırlanan **Kelimelere; Maddelere; Mahkeme İştihatlarına** ait fihristlerden başka bir de mufassal **Tehlili Fihrist** konulmuştur.

Hukuk Kütüphanelerimize telif ve tercüme, Türkçe ve yabancı dilde **yirmi yedi eser** kazandıran ve her biri müteaddit defa tab olunan kitaplarından; devamlı ve örnek çalışmasından dolayı çok Sayın Profesörü hararetle tebrik ederiz.

Kıymetli eser; İstanbul Üniversite Kitabevinden ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakultesinden tedarik edilebilecektir.

★

Halit Kömürcüoğlu - Hilmi Ergüney: Şahıs Aile ve Miras Hukuku. AnkaraGüney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O. : 1951, Sayfa : 353, Lira : 7,5

Yargıtay II inci Hukuk Dairesi Raportörü Halit Kömürcüoğlu ve bu Daire Mümeyyizi Hilmi Ergüney tarafından **«Şahıs, Aile ve Miras Hukuku»** adile (mirasçılar, hissesinin tâyin ve tesbiti, mahfuz hisse ve tenkis hesapları, ölüme bağlı tasarruflar şekil ve şartları) hakkındaki emsal temyiz kararlarını güzel bir tasnifle büyük bir kitap halinde yayınlamışlardır.

321

Eserin «Önsöz» yazısında müelliflerinde belirttikleri üzere : Medeni Kanunun birinci, ikinci, üçüncü kitaplarını teşkil eden şahıs, aile ve miras hukukuna müteallik dâva ve ihtilâflar, tatbikatta mahkemeleri fazlaca meşgul etmektedir. Mevzuları itibarile mütenevvi ve hassaten mirasçılar ve hisselerinin tâyin ve tesbiti ve mahfuz hisse ve tenkis hesaplarile ölüme bağlı tasarrufların şekil ve şartları gibi halli bazı kaide ve esaslara mütevakkif hadiselerin hallinde kıymetli kitap büyük fayda ve kolaylık sağlayacaktır.

Esere daha ziyade Dairenin müesses ve müşabih hadiselerde diğer bazı dairelerin kararları alınmıştır. Kitap, medeni hukukun miras hükümleri başlamakta ve bu bahsin nihayetine kadar kanun maddesini ve yukarda bahs olunan mevzularla alâkalı maddeler altına miras ve tenkis hesaplarının nasıl yapılacağını ve miras hisselerinin tâyini usulleri misallerle tarif ve izah edilmek suretile gösterilmiş ve tanzim olunacak vasiyetname şekilleri de tespit edilmiş olmakla beraber her maddenin temas ettiği dâvalara ve bahsin sonunda ahkâmı şahsiyenin diğer mevzularına ait temyiz kararları yazılarak kararların mahiyet ve muhtevalarının kolayca anlaşılması ve aranan meseleye temas edenlerin daha kolay bulunabilmesi için her kararın hulâsası yazılmıştır.

Kitan 3 kısıma ayrılmıştır: **Birinci Kısımda:** Medeni Kanun hükümlerine göre mirasçılar; Kan mirasçıları; intifa hakkı sahipleri ve karı koca mirasçılığına; birinci, ikinci, üçüncü derece mirasçılar ve nesebi sahih olmayan mirasçılar hisselerinin misallerle izahı ve emsal temyiz kararları; karı veya fürû ve karı veya kocanın ana baba veya bunların fürûu; Karı veya koconın büyük baba ve büyük ana veya fürûu ile içtimai haline misalleri ve izahları evlâdlığın mirasçılığı ve hisselerinin misallerle izahı, emsal temyiz kararları; Devletin mirasçılığı ve bir misal, varislerin hisselerini tâyin usulünü izah eden misaller; müsamaha ve misalle; veraset hükümlerine müteallik emsal temyiz kararları. **İkinci Kısımda** : Tasarruf nısabının ve mahfuz hissesinin hesap ve tâyini usulüne dair misaller ve izahları; borcun tasarruf harici terekeden tenzili lâzım geldiğinin izahı ve bu hususa müteallik Hususi Daire ve Genel Kurul kararları; ölüme bağlı tasarrufa ve ölüme bağlı tasarrufların muhtelif şekilleine ve Tatbikat Kanununun 1 ve 17 inci maddelerile emsal temyiz kararları; Okuyup yazma bilen; Okuyup yazma bilmiyen vasiyetçinin tanzim ettireceği vasiyetname şekilleri ve numuneleri;, El yazısı ile vasiyetname tanzimi şekli ve numunesi ve emsal temyiz kararları; şifahi vasiyetin tahrir ve tevdii şekli ve tevdi zaptı numunesi ve emsal temyiz kararları; Borçlar Kanununun, 511 ve 512 inci maddelerile em-

322

sal temyizkararları; Mirasın açılmasına, Mirasın hükümlerine, Taksime; **Üçüncü Kısımda** : Yaş, isim vekayıt; Nişan bozmaya, evlenmeye, izine; nikâhın sübutuna; Medeni Kanundan evvele ait nikâh ve talâk sübutu; Evlenmenin butlanı; Evlenmenin feshine, Boşanmaya, salâhiyete, Zinaya, hayata kasd ve pek fena muameleye, cürüm ve haysiyetsizliğe Terk sebebile ihtara, İhtara müstenit boşanmaya, Dimağ hastalığına, İmtizaçsızlık ve ayrılığa, Ayrılığa müstenit boşanmaya, Boşanmadan mütevellit tazminata Şahsi münasebete, Drahomaya, Karı koca arasındaki hukuki muamelelere, reddi nesep, nesep tashihi, babalık, tabii babalık, evlilik harici doğan çocukların tesciline; Evlâd edinmeye, Evlâd edinme iznine, Evlâd edinmenin şekil ve şartlarına ve iptaline; Evlâdlık rabıtasının ref'ine; Nafakaya, Aile birliğinin sıyanetine mâtuf tedbir nafakasına; iştirak nafakasına, Yoksulluk nafakasına, fürû nafakasına, Usul nafakasına, kardeş nafakasına, Velâyet, hacir ve vesayete, kayyim tâyini, vasi ücret ve Hesabına; vasinin iznine dair olan emsal temyiz kararları bulunmaktadır.

Müelliflerin uzun yıllardır Yargıtayın ahkâmı şahsiyeye müteallik hükümlerini tetkik ile vazifeli dairesinde çalışmakta olmalarından gerek hâkimlerin ve gerek alâkalıların miras ve tenkise dair olan ıhtilâfların hallinde ve şekle tâbi ölüme bağlı tasarruflara dair vesikaların tahrir ve tanziminde hatâya düşmemeleri ve sıhhatlı esaslara göre hareket etmelerini temin gayesiyle Dairenin İçtihat ve tatbikattaki direktiflerine numune olabilecek Temyiz Kararlarını toplu olarak neşretmeleri çok yerinde olmuştur.

Müellifleri tebrik eder, kıymetli kitabın kendilerinden istenebileceğini hatırlatırız.

★

Sırrı Uzunhasanoğlu : Tecil Müesseseleri.

İstanbul Çocuk Yayımları Kollektif Şirketi Matbaası : 1951, Krş. :150.

Babaeski C. Savcısı Sırrı Uzunhasanoğlu; Türk Ceza Kanunu ile bütün cezai mevzuata göre nazariyat ve tatbikat bakımından «Tecil Müesseseleri» isimli çok faydalı bir eser yayınlamıştır.

Müellif kitabını hazırlarken konu hakkındaki yerli ve yabancı 55 kitap, dergi ve yazıları gözden geçirmek ve kendi görüş ve kanaatlerini de ilâve etmek suretile tecil müessesesini tam ve mükemmel olarak tetkik etmiş bulunmaktadır.

Eser, müellifin, «Bir Yargıcın Milletine ve İnsanlığa yapacağı hizmetlerin başında her bakımdan doğru ve çabuk karar vermek gelir. Burada

023

her şeyden evvel esasları, bütün mevzuatın bilhassa umumi hükümlerini tam manâsı ile bilmekle kaimdir.» Önsöz yazısiyle başlamaktadır.

Bütün Kanunların maddelerini ezberde tutmak veya tatbikatta makbul sayıldığı gibi derhal yerini bulup hadisenin şekline uydurmakla iş bitmiyecektir. Zira; hakikaten, öz adalete giden yollarda herzaman aydınlık devam etmiyecektir. Öyle karışık, girift yollar, meseleler ve karanlıklarla karşılaşılırki o zaman insan yalınız bir yerden ışık bekler. O da, nazariyatın ışığıdır. Bu iş ne kadar erken tecelli ederse o kadar çabuk ve doğru karar verilir. Ve verilen böyle bir kararın Yargıtayda bozulması imkân ve ihtimali de o nisbette azalır.

Fazilet, zekâ ve gayret gibi vasıf ve mefhumlar ancak, amelî ve nazari geniş bir bilginin de sahibi olmak şartı ile kıymet kazanır. Ve böylece matlup semerelerde elde edilmiş olur.

Hukukun tatbikatla iştigal eden elemanları nazariyat ile alâkalarını kestikleri nisbette Adalet nuru yavaş yavaş zulmete bürünür.

Şu halde amelî sahada olduğu kadar nazari sahada da çalışmk ve her ikisini bir arada ve aynı ahenkle yürütmek şarttır.

Müellifin Önsöz yazısında da belirtildiği üzere Türk Ceza Kanununun I inci kitabını teşkil eden esaslarla buna tekabül eden bütün hususi kanun ve mevzuattaki hükümler üzerinde uğraşarak faydalı olabileceği düşüncesi ile iştirak, içtima ve tecil hükümleri ile bunlarla ilgili, müesseseleri değerli hukukçuların menbalar kısmında gösterilen bir çok yazı, kitap ve eserlerinden alınmış mevzulara müteallik fikir ve görüşleri ile toplu olarak bir arada ve çeşitli Yargıtay karar ve içtihatları ve ilgili bir takım notlarla birlikte gerek Türk Ceza Kanunundaki ve gerek diğer cezai mevzuattaki metinler toplu olarak bir arada ayrı ayrı iki bölüm halinde çıkarmak istenmiş isede çok büyük bir hacim teşkil ettiğinden bastırılamamış ve bu yüzden metin ve içtihatlar bölümü çıkarılmak suretile kısaltılmış (İştirak ve içtima hükümleri); (Tekerrür ve İlgili Müesseseler); (Tecil müesseseleri) adile üç kısımda neşri yoluna gidilmiştir.

Eserde; Tecil müesseseleri, Umumi giriş; Takibatın tecili, giriş, mahiyet ve şartları, dâvanın tecili, giriş; Askerî Muhakemeleri Usulü Kanununa dâvanın tehiri; Askerlik Kanununa göre dâva ve muhakemelerin talikını; Askerî M. Usulü K. nunun 4 üncü maddesile bu Kanunun 69 uncu mddesi arasındaki farklar; bu kanunla Askerî M. Usulü K. nunun 4 üncü maddesinde müşterek olan noktalar; Türk Ceza Kanununa göre dâvanın tecili; mahiyeti, unsurları; Tecilden sonraki hal, Tecilden sonraki hallerde 423 ve 434 üncü maddeler arasındaki farklar; Kadının erkek kaçırması; bu

tecilin hususiyetleri, netice; cezaların tecili, giriş, tecilin tarifi, mahiyet ve unsurları; Geçmişteki halin ehemmiyeti; 95 inci maddenin eski ve yeni şekline göre tecil müessesesinin hukuki durumu; müşterek, değişmeyen, değişen kısımları; 95 inci maddenin sanık bakımından fayda ve mahzurları; Vazıı kanunun maksat ve gayesi bakımından 95 inci madde; Benimsenmiş bir müesseseye bağlanan kanaatlerin, onun zıddı bir müessesenin tesisinde birdenbire değişmeyişi sebebinin kısaca izahı; Hakikatın ve müellifin düşüncesinin teyidi bakımından Yargıtayın bir kararı; Bu noktada ufak bir temenni; Tecilde bölünmezlik, tecilin ihtarı; Şartlı tecil; Neler tecil olunmaz; Tecilin neticeleri; İlk netice; Fransızlara ve Fransız müelliflerine ve bizim usulümüze göre; Müteakip netice; Muhtelif memleketlerde tatbik edilen muhtelif usuller ve Türk Ceza Kanunun yeri; Deneme müddeti bakımından fer'i cezalar : Ufak bir temenni, Türk ceza Kanununa göre tecilin hükümleri; Cezaların tecili hükümleri üzerinde bazı temenniler, Türk Ceza Kanununun 423 ve 434 üncü maddelerine göre cezanın tecili; dâvanın tecilinden farkı; Her iki maddenin hüküm arasındaki farkı; İcra ve İflâs Kanununa göre cezasının tehiri; Bununla diğer cezaların tecili arasında belli başlı farklar; İnfazın tecili, Giriş, Askerlik Kanununa göre infazın tecili, Tecilin mahiyeti ve şartları, Askerî M. Usulü K. nuna göre infazın tecili; Mahiyeti ve Şartları ve muhtelif bakımdan sebepleri; Ceza M. Usulü K. nuna infazın tecili; Ceza Usulünün 400 üncü tatbik şekli, esaslara formaliteler, Bunların nasıl anlaşılacağı yolunda vârit olabilen sualler; Müddeti hitamında gelmiyenler hakkında yapılacak muamele; Bu infazın diğer infazın tecili müesseselerile farkı; Cezanın infazından tereddüt edilirse yapılacak muamele; Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununa ek kanununa göre infazın tecili incelenmiştir.

Müellifi uygulamada büyük kolaylık ve faide sağlayacak eserinden dolayı tebrik ederiz.

Kitap, müellifinden istenebilecektir.

★

Dr. Turhan Feyzioğlu : Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi. (Yabancı Memleketlerde - Türkiye'de) Ankara : Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O. : 1951, Sayfa : 385, Kr. 550

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde Doçent Dr. Turhan Feyzioğlunun evvelce yayınlanan **«İdare Hukukunda Beklenmiyen Haller»; «Umumi İktisada Giriş»; «Esaret Yolları»; Milletlerarası Vergi Mükerrirliği ve bunu Önleme Çareleri»** adlı kitaplarından sonra bu kerre neş-

325

rettikleri «Kanunların Anayasa Uyguluğunun Kazai Murakabesi» adlı beşinci eserleri ele alındığında daha ilk nazarda büyük çalışma ve tetkik neticesi hazırlandığı anlaşılmaktadır.

Eserin yazılması sırasında mevzuu hakkındaki Türkçe ve Yabancı dillerde yayınlanan 267 kitap ve yazılar inceden inceye tetkik olunarak konusunun tam ve eksiksiz olması sağlanmıştır. Tam bir itina ve güzel bir tertiple yanlışsız olarak basılan değerli eser; sayın müellifin ilmi çalışmasında olduğu gibi baskı teknik işlerindeki bilgi ve titiz dikkatini de göstermektedir.

Eser; Konusunun ana hatlarını gösteren ve büyük emek sarfile hazırlanan 6 sahifelik fihrist ve kısaltmalar listesile başlamaktadır.

Eser üç kısma ayrılmıştır :

I inci Kısımda : «Umumi Esaslar» : 1 - Giriş. Burada etüdün konusu çoğunluk istipdadı ve Kanunların tazyik vasıtası olabilmesi, Hukuk Kaideleri arasında hiyerarşı (kademelenme), Anayasa fikri, Anayasalara üstün prensipler, şekli manâda Anayasa, Yatkın Anayasa, Bükülmez Anayasa;

2 — **Anayasaları teminat altına almak için baş vurulan tedbirler :** Serbest Seçim, Hür basın, Halk efkârının anayasaya riayet yemini, İki meclis usulü, Referandum, Yasama Meclis Komisyonlarının ve başkalarının önleyici müdahalesi, Devlet Başkanının vetosu, ihtisas ve Danışma organlarından istifade; Siyasi murakabe, Kazai bir organ tarafından murakabenin üstünlüğü;

3 — **Anayasaya aykırılığın muhtelif şekilleri :** İdari, İcrai tasarrufların Anayasaya aykırılığı : Kanunların Anayasaya aykırılığının muhtelif şekilleri; Kanunların şeklibakımından Anayasaya aykırılığı; İki nevi aykırılık arasında mahiyet benzerliği, Şekli bakımdan Anayasaya aykırılığın murakabesi (Türkiye'de ve Yabancı Memleketler'de); Resmî Gazete ile yayınlanan metinlerin vüsuku meselesi; Türkiyedeki tatbikat ve kusurları; Tutanak Dergisi ile Resmî Gazetenin çatışması;

4 — **Kanunlar üzerinde kazai murakabenin muhtelif şekilleri :** Kazai murakabeyi yapan organ bakımından (bütün mahkemeler, umumi kaza mercilerinin en yükseği, Anayasa mahkemesi); Kazai murakabeyi yapan organın işe el koyma tarzı bakımından (dâva yolu ile murakabe, defi yolu ile murakabe); Kazai murakabenin neticesi (müeyyidesi) bakımından (kanunun iptali, kanunun tatbikinden imtina edilmesi);

326

5 — **Defi yolu ile kazai murakabenin tabii sayılması**: Anayasada hiç bir sarahat olmadan kanunların anayasaya uygunluğunun defi yolu ile incelenebilmesi (A. B. D. Almanya, Yunanis'tan, Romanya, Estonya, Norveç, Mısır, Britanya milletleri camiası, Güney Amerika Devletleri, Fransa). Defi yolu ile Murakabeyi sarahaten men eden anayasalar;

II inci Kısımda : Muhtelif Yabancı Hukuk Nizamlarında Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi: Romanya,Çekoslovakya; Ispanya; Avusturya; İtalya; Almanya; İsviçre; Fransa; Portekiz; Meksika; Irlanda; İngiltere; Amerika Birleşik Devletleri;

1 — A. B. D. de Kanunlar üzerinde kazai murakabenin mahiyeti, Tarihi menşesi; dayandığı temeller;

2 — Mahkeme içtihatlarına göre bu murakabenin aldığı istikâmetler ve geçirdiği safhalar mahkemelerin sosyal mevzuat karşısında durumu;

3 — Kanunların kazai murakabesini sağlayan usuller;

4 — Anayasaya aykırılık kararlarında istinat edilen başlıca hukuki sebepler : Due process of law (uygun hukuki usul) akitlerin dokunulmazlığı, kanunların eşit himayesi, rule of ressnableness (akla uygunluk kaidesi), Balance of convenience (uygun muvazene); rule of certitude (vuzuh kaidesi);

5 — A. B. D. yüksek mahkemesi ile federe devlet mahkemeleri arasında ve yüksek mahkeme üyeleri arasında görüş farkları;

6 — Mahkeme kararlarının uyandırdığı akisler, kazai murakabeyi daraltma teşebbüsleri (Hâkimlerin halk oyu ile azli, kazai kararların halk oyu ile değiştirilmesi teklifleri, başka tedbirler);

7 — Anayasa tadillerinin anayasaya uygunluğunun murakabesi meselesi;

8— Son zamanlarda vukubulan gelişmeler, mahkemelerde kendi kendilerini tahdit temayülü (zaruret olmadıkça anayasaya uygunluğun incelenmemesi muteberiyet karinesi (emergency);

9 — Kıymet hükümleri ve netice;

III üncü Kısımda: Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uyguluğunun kazai Murakabesi :

I — Giriş, II Türkiye'de Kanunların Anayasaya uygunluğunun incelenmesi ile ilgili mahkeme içtihadları; III - Türk Hukuk Doktrinin muhtelif görüşler; IV - Türkiye'de Kanunların defi yolu ile kazai murakabesi aleyhine ileri sürülen delillerin münakaşası :

327

1 — Anayasamızın 52 inci maddesi kanunların Anayasaya uygunluğunun mahkemelerce tetkikine engel teşkil eder mi?; 2 — Anayasamızın 53 üncü maddesi Kanunların Anayasaya uygunluğunun mahkemelerce tetkikine engel teşkil eder mi?; 3 — Anayasaya yalınız yasama organına hitap eden bir kanun mudur?; 4 — Devletimizin muhtelif organları arasındaki münasebetler Kanunların kazai murakabesine engel midir?; 5 — Memleketimizde Kanunların Anayasaya uygunluğunun tetkikına karşı ileri sürülen diğer deliller; 6 — Hüküm;

Netice : Yer yüzünde umumi temayül - kazai murakabenin fayda ve mahzurları incelenmiştir.

Kitabın sonuna Biblografya, Eserde zikredilen eserlere mefhumlara ve Devletlere; Kanun ve Nizamname maddelerine ve Mahkeme İçtihatlarına göre Arama Cetvelleri ilâve edilmiştir.

Sayın Müellifi, Uzun ve Yorucu Bir Mesai ile vücude getirdiği faydalı eserinden ötürü tebrik ederiz.

★

Hukuk ve İçtihatlar Dergisi.. Sayı : 36.

Konya'da Avukat Hasan Halis Sungur tarafından iki ayda bir yayınlanan Derginin 951 yılı Kasım - Aralık aylarına ait nushası aşağıdaki yazı ve Yargıtay Kararlariyle çıkmıştır :

Makaleler : İsmail Doğu : Askerî Kazada Ceza Sistemi;

Yargıtay Kararları : «Şuf'a» hakkındaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme «İki ihale arasındaki fark», «İhalenin bozulması» «Başkasının arasına inşaat, suiistimal», «Okul masrafları, veli sıfatıla küçüğün masraflarını taahhüt», «İfraz edilen gayrimenkulün miktarının tâyini», «Kira akdi, şahitle isbata cevaz varmıdır», «Cihaz bedelinden borç, mihir mutebermidir», «Babalık, nafaka», «Ortaklık sözleşmesine aykırı hareket», «Resen noter senedine müstenit tâkip», «İstihkak iddiasını şahitle», ispat, «Tahliye», «Mürur hakkı», «Müşterek, müdahalenin men'i», «İzalei şuyu», «Alacak» hakkındaki Yargıtay Hukuk Dairesi; «Zimmet ve vukuuna sebebiyet vermekle görevi savsamak», «İhtikâr», «5677 sayılı Af Kanunu ve tekerrür», «Şahsi dâvalarda C. Savcısının kanun yoluna baş vurması», «4274 sayılı kanuna muhalefet», «Evlenmek maksadiyle alıkoymak ve evlenmek», «Hırsızlık», «İftira», «Orman Kanununa Muhalefet», «Memuriyet görevine suistimal», «Ruhsatstz silâh taşımak», «Tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesi ölüme sebebiyet vermek», «Seçmen kütüklerini kaybedenlere verilen ceza», «Seç-

men kütüğünün muhafazasını ihmal»e dair Yargıtay Ceza Daireleri Kararları..

★

Siyasi İlimler Mecmuası. Sayı : 247.

İstanbul'da Hasan Refik Ertuğ 21 yıldır çeşitli konulardaki kıymetli yazılarla neşrolunan «Siyasi İlimler Mecmuası» nın 1951 yılı Ekim ayına ait nüshası aşağıdaki münderecatla çıkmıştır :

Makaleler: Hasan Refik Ertuğ : Cumhuriyetin XXVIII inci Yıldönümü; Prof. A. Ş. Esmer : Birleşmiş Milletler günü münasebetiyle; H. R. Ertuğ : Emekli Sandığı Kanununda Adaletsizlikler; Dr. Cahit Talas : Asgari ücret : 2; M. Gönenli : Türkiye Uzlaştırma ve Tahkim Sistemi : 1;

Yasama çalışmaları : H. R. Ertuğ : Bu ayın mevzuatı;

Fikir hayatı : Orta Doğu sosyal emniyet semineri;

Politik kronik : Prof. A. Ş.E. : Bu ayın olayları;

Bibliyografya : H. R. E. : «Kanunların Anayasaya uyunluğunun kazai murakabesi» adlı eser hakkında...

★

Aynı Dergi. Sayı : 248

Makaleler: H. R. Ertuğ : Atatürk'ü Anarken; H. R. E. : Başbakanlığa bağlı daireler; Ord. Prof. Ömer Celâl Sarc : İktisadi Kalkınma Plânları; Namık Zeki Aral : Halk ve Hükümet; Dr. Cahit Talas : Asgari ücret (3); M. Gönenli : Türkiye Uzlaştırma ve Tahkim Sistemi (2);

Yasama çalışmaları : H. R. E. : Bu ayın mevzuatı; 1952 - 53 bütçesi;

İktisadi ve malî kronik : Ö. C. Sarc : Türkiye'de sermaye yatırımı;

Politik kronik : Prof. A. Ş. Esmer : Bu ayın olayları;

Bibliyografya : «Radyo işletmeciliği ve meseleleri» adlı eser hakkında.

★

Aynı Dergi. Sayı : 249

Makaleler: H. R. Ertuğ : Mülkiyenin 95 inci yıldönümü; H. R. E. : Münevver işsizliği ve Siyasal Bilgiler Fakültesi; Muhtar Yazır : Münevverlerin mesuliyeti, Sadık Artukmaç : Köylerimizi nasıl kalkındıralım, Dr. Cahit Talas : Asgari ücret (4/son), M. Gönenli : Türkiye'de uzlaştırma ve tahkim sistemi (3);

Yasama çalışmaları : H. R. E. : Bu ayın mevzuatı, Namık Zeki Aral : Mütedavil sermayeler;

Fikir hayatı : A. Adnan Adıvar : İnsan Hakları ve Yıldönümü;

329

Politik kronik: Ömer Rıza Doğrul : Suriye'de çarpışan taraflar, Prof. A. Şükrü Esmer : Suriye'de 4 üncü darbe;

Bibliyografya: H. R. E. : «Droit De L'information» adlı eser hakkında.

★

İstanbul Barosu Dergisi. Cilt : XXV, Sayı : 10, Lira : 1.

İstanbul Barosunca her ay muntazaman değerli yazılar ve seçilmiş Yargıtay kararlariyle neşrolunan «İstanbul Barosu Dergisi» nin Ekim 1951 ayına ait sayısının muhtevası şunlardır :

Doktrin: M. Kemal Oğuzman : Emniyeti suiistimal suçu; Avukat Nesim Sages : Dış ticaret rejimi hakkında;

Yargıtay kararları hukuk kısmı: «Zina mahsulü çocuğun tanınması», «Boşanma - Sulh teşebbüsü», «Boşanma - Eşya dâvası ve Şiddetli geçimsizlik», «Tahliye - Hissedarlardan birinin talebi», «Müdahalenin men'i dâvası - Gayri sabit hudut», «İşletmenin devri mukavelesi»;

Yargıtay kararları ceza kısmı: Not : S. Erman : «Evrakta sahtekârlık», «Ceza mürur-u zamanı», «Hükmkükn temyiz kabiliyeti», «Ceza kararnamesi - Temyiz kabiliyeti», «Hırsızlık - Psikopatik», «Ketm-i bedel dâvası - Ücret-i vekâlet», «Tazminat dâvasında mürur-u zaman», «İstiktaptan kaçınma»; Karar hülâsaları;

Federal Mahkeme kararları: Not : Prof. R. Sécretan; Not : D. Devres : «Garajcının mesuliyeti»,

Kronik: O. Arsal : Teşriî ve tanzimî kronik : (1/7/1951-30/9/1951).

Yeni eserler: M. O. : (Ord. Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun : Türk Medeni Hukuku C. 1. adlı eseri hakkında). Kayıplarımız.

★

Tatbikatta Yargıtay Kararları Dergisi. Sayı : 32.

İstanbul 4 üncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik tarafından, Yargıtay Hukuk Dairelerinin itina ile seçilmiş kararlariyle tatbikatta bütün hukukçulara yol göstermek amaciyle her ayın on beşinde yayınlanan derginin 1951 yılı Aralık nüshası özetlerini aldığımız şu kararları muhtevidir :

«Mala zarar sebebiyle mânevi tazminat, ıslah», «Yargıtay bozmasına fiilen ittiba, ısrar», «Sif satışlarda sigorta poliçesi» hakkındaki Hukuk Genel Kurulu; «Mukavele dışı inşaat», «Hakem huzurundaki dâvalar, vefat, harç», «Bâyiin müşteriyi ifayı taahhüde daveti mecburiyeti» ne dair Ticaret Dairesinin; «İştirak halinde mülkiyette dâva ikamesi»,

«Esaslı hataya düşme, akdin feshi», «Muvazaalı satış, akdin taraflarından olmıyanın dâva açabilmesi», «Cebrî satış, ıttıla tarihi, dâva müddeti, avukatlık ücreti», «Terekenin idaresi, mirası red hakkı», «Fail ile istihdam edenin müteselsil mahkûmiyeti», «Mülkiyeti muhafaza kaydiyle satışlar, borcun ödenmemesi», «Mahcuzun borcun ödemeğe yetmemesi», «Yabancı şirketin alacağının Türk parasiyle ödenmesi», «Hacizde istihkak iddiasının kabulü», «Kamulaştırılmış gayrimenkulde tahliye» hakkındaki Yargıtay Hukuk ve İcra - İflâs Dairelerinin kararları ve Haşiyeli Ticaret Kanunu ilâve forması...

★

İdare Dergisi. Sayı : 213.

İçişleri Bakanlığınca iki ayda bir neşroulnan «İdare Dergisi» nin 22 nci yıl kolleksiyonu son sayısını teşkil eden 1951 yılı Kasım - Aralık aylarına ait nüshası çeşitli münderecatı ihtiva etmektedir :

Tetkikler :

Celâl İren : Köy ve şehir sağlığı; Osman Meriç : Belediye ve köy kamulaştırma mevzuatımızda kamu menfaati anlamı; Sıtkı Tugal : Yeni Köy Kanunu tasarısının bayındırlığı ile ilgili hükümleri hakkında;

Tercümeler :

Münif Serav : İsviçre'de antidemokratik hareketler ve bunlara karşı alınan tedbirlere dair 21/5/1946 tarihli rapor; Halil Tekin : Devletin teknik organizasyonu; İ. Vehbi Berk : Bir devlet sınai müessesesinin işletme hesabı ve bilânçosu;

Cumhuriyetten önceki mevzuat :

M. Savcı Eyüboğlu : 1293 Kanunu Esasisi ve 1324 te yapılan tadilât; 1329 tarihli İdarei Umumiyei Vilâyat Kanunu;

İdari coğrafya :

Esat Onat : Amasya İli Merkez İlcesi İdari coğrafyası;

Fihrist :

208 ilâ 213 sayılı dergilerdeki yazıların mahiyetine ve yazı sahiplerinin adlarına göre.

K. D.

Yargıtay Kararları

HUKUK BÖLÜMÜ

Belediye meclisi kararıyle tahsil edilen paranın istirdadı dâvası, bu idari karar iptal edilmedikçe mesmu olamaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas: 3/162 — Karar: 130

DÂVA : 1580 sayılı kanunun 115 inci maddesi gereğince evvelce Hazineye ait olan mer'alarda koyunları otlatmakta iken rüsum veya ücret namiyle bir para alınmadığı halde mer'alar bütün belediyeye geçtikten sonra haksız olarak otlakiye ücreti namiyle alınmış olan 145 liranın maa faiz istirdaden tahsili istemine dairdir.

HÜKÜM : Dinlenen tanıklar mer'aların belediyeye geçmeden evvel Hazine tarafından koyun sahiplerinden rüsum veya ücret alınmıyarak belediye tarafından su parası namiyle ve iane maksadiyle para alındığını bildirmiş olmalarına ve Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinin içtihadı da bu husus• müeyyit bulunmasına binaen dâvacılardan İsmail'den bu namla alınan ve hasrettiği 72 buçuk liranın dâvalı belediyeden tahsiline ve faiz talebinden vazgeçilmiş olduğundan buna mütaallik talebinin reddine ve diğer dâvacı dâvasını takip etmediğinden müracaata bırakılmasına dair verilen hüküm Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesince; Hazine uhdesinde iken mer'adan otlakiye resmi alınmaması belediyeye devredildikten sonra dahi resim alınmamasını icabettirmiyeceği düşünülmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğu beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda : Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı Belediyeye izafeten Başkanı Neş'et Torun vekili Sabri Bulut.

YARGITAY KARARI

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

İstirdadı dâva edilen para belediye meclisi kararıyle dâvacıdan tahsil edilmiş olup idari olan bu karar iptal edilmedikçe dâvaya bakılmak caiz bulunmamış ve bu bakımdan bozma kararı vârit ve uyulmak lâzım gelirken aksine yazılı bazı düşüncelerle evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan son hükmün dahi bu sebepten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı (700) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 13/6/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Dâvacının kızı nişanlı iken boşalan daireyi başkasına kiraya vermiş olması tasarruf hakkının icaplarından olup bununla ihtiyacı kendisi tevlit ettiğinden bahsile tahliye dâvasının reddine karar verilmesi doğru değildir.

2 — Dâvacı, boşanan kızını ayrı dairede oturtmak ihtiyacında olup olmadığının tahkiki icabeder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 3/233 — Karar : 131

DÂVA : Müvekkillerinin mutasarrıf bulundukları apartımanın çok küçük olan üç odayı havi bir numaralı dairesinde ikamet etmekte iseler de kızları âhiren evlenmiş ve nüfus adedi yediye baliğ olmuş ve dâvalının kirası altında bulunan 3 numaralı daireyi kızının ve damadının ikametine tahsis etmek mecburiyetinde kalmış bulunduklarından mecurun boşaltılması istemine dairdir.

HÜKÜM : Dâvacıların kızları nişanlı iken boşalan 4 sayılı daireyi dâvacılar ana ve baba sıfatiyle kızlarının konut ihtiyacını temin için kiraya vermemeleri icabederken ve icabı hale öre de kendilerinden beklenen ihtimamı sarfetmiyerek başkasına kiraya vermekle ihtiyacı bizzat ihdas etmiş olduklarından dâvanın reddine dair verilen hüküm Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesince; kural olarak nişanlanma evlenme ile sonuca ermesi lâzım gelen bir bağıt ve merasim cümlesinden olmamasına ve boşalan dairenin evlenmeden önce ve dâvadan çok evvel kiraya verilmiş olması dâvacının kanuni ve mülkiyet hakkı icaplarından olup bu suretle konut ihtiyacını dâvacının tevlit eylediği kabul edilemiyeceğine göre hilâfına mütalâa beyaniyle dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz olduğu

beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda: Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Dâvacılar vekilleri Avukat Kâmi Nazım Dilman ve Osman Fevzi Yonca.

YARGITAY KARARI

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

Dâvacının kızının henüz nişanlı bulunduğu sırada boşalan diğer bir daireyi başkasına kiralaması onun kanuni mülkiyet hakkı icaplarından olup bu sebeple konut ihtiyacını kendisinin tevlit ettiğinin kabulü doğru bulunmamış ve hüküm verilmesini mütaakıp dâvacının; konuta ihtiyacı olan, kızı hakkındaki boşanma ilâmının kesinleşip kesinleşmediğinin ve kesinleştiği anlaşıldığı takdirde dâvacının tahliyesi istenilen dairede kızını oturtmak zaruretinde olup olmadığının tahkiki gerekmiş olmasına binaen hususi dairenin bozma ilâmına uyulmak lâzım gelirken aksine yazılı bazı düşüncelerle dâvacının kızının mücerret boşanmış olduğundan bahsile evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan son hükmün dahi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 600 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 13/6/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Dâvacının kızını oturtmak üzere tahliyesini istediği evde oturmaya kızının ve damadının muvafakat edip etmediğinin tahkiki icabeder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas: 3/254 — Karar: 132

DÂVA: Dâvalının oturduğu yeri kızına mesken olarak tahsis edeceğinden boşaltılması istemine dairdir.

HÜKÜM: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; dâvacının bu defa evlendirmiş olduğu kızı Huriye'nin meskene ihtiyacı olduğu ve Huriye'nin hâlen kayın validesi, kayın pederi ve kayın validesinin

annesi ve görümceleri ve kayın biraderiyle birlikte sıkışık vaziyette oturmakta olup Huriye'ye müstakil bir ev tahsis olunmadığı ve dâvacının kızını oturtmak için başka boş evi bulunmadığı ve tanıkların görgüye müstenit şahadeti ve yapılan keşiften anlaşılmış olduğundan müddeabih evin tahliyesiyle dâvacıya teslimine dair verilen hüküm Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesince; tahliyesi istenen dairede dâvacının kızının sıhhati bakımından oturması caiz olmadığı ve bilâkis kızın kayın pederi yanındaki odada oturmasının sıhhati bakımından daha muvafık olacağı bilirkişi adli tabip tarafından bildirilmesine ve dâvacının kızının hâlen oturmakta olduğu yerden kocasiyle birlikte çıkıp tahliyesi istenilen yere gelmeğe muvafakatleri tahkik ve tetkik edilmediği gibi şimdi oturmakta oldukları yerden çıkmağa mecbur oldukları da iddia edilmemesine ve hüküm yerinde yazılı olduğu veçhile tahliyesi istenilen yeri sıhhi bir duruma ifrağ edeceği hakkında dâvacının dâva arzuhalinde ve duruşmada bir dâva sebebi gösterilmediğine göre bu cihetler nazara alınarak mecurun tahliyesini dâvaya dâvacının ne dereceye kadar haklı olup olmadığının düşünülmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken dâvacı tarafından evvel ve âhır ileri sürülmiyen ve zaten de yerinde bulunmıyan sebeplere dayanılarak yazılı şekilde hüküm verilmesi yolsuz olduğu beyaniyle bozulmuş olmakla yeniden yapılan yargılama sonunda bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı vekili avukat Mustafa Deliveli.

YARGITAY KARARI

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

Dayandığı gerekçeye göre bozma kararına uyulmak ve bu kararda gösterilen açıklamalara dairesinde gerekli incelemeler yapılarak sonucuna göre bir karar verilmek lâzım gelirken yerinde olmıyan ve vâkıalara uymıyan bazı düşünceler serdiyle eski kararda ısrar edilmesi yolsuz ve dâvalının temyiz itirazları bu bakımdan vârit olduğundan temyiz olunan ısrar kararının da bu sebeplerden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 600 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 13/6/1951 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Evlâtlığının tesbitiyle vakıftan alacağı olan paranın tahsili hakkındaki dâvalarda asıl tesbiti istenilen evlâtlık tesisi ile ilgili hükümlerden olup tahsili istenilen paranın miktarına bakılmaksızın dâvanın görülmesi asliye hukuk mahkemesi görevi dahilindedir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi
Esas: 4963 — Karar: 2939

Diyarbakır'ın Telgrafhane sokağında 9 numaralı evde İskender Paşa vakfı evlâdından Ferit Alpiskender'in Diyarbakır Vakıflar İdaresi aleyhine evlâdiye hakkında alacağı olan 100 liranın tahsili talebiyle açtığı dâvanın müddeabihin 300 liradan aşağı olması dolayısiyle görev noktasından reddine dair Diyarbakır Asliye Hukuk Yargıçlığından verilen 11/11/1949 gün ve 570-613 sayılı ilâmın dairece incelenmesi dâvacı tarafından süresinde verilen dilekçe ile istenilmekle gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Dâva mahiyeti itibariyle tesis hükümleri ile ilgili dâvalardan bulunduğuna ve tesise mütaallik dâvaların da sulh mahkemelerinin görevi dışında tutulduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8 inci maddesinde yazılı olduğuna göre dâvaya bakılmak gerekirken bu cihet gözönüne alınmıyarak görevsizlik kararı verilmiş olması yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan 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 31/5/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Evlilik devam ettiği müddetçe koca karısını münasip veçhile infak ve iaşe ile mükellef olduğundan karının zinada bulunması boşanma sebebi olup kocayı infak mükellefiyetinden vâreste kılamaz.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi
Esas: 4499 — Karar: 4778

Emine Oruç vekili Ahmet Aydın tarafından müvekkilinin kocası Hasan Oruç aleyhine açılan nafaka dâvasının yapılan yargılaması sonunda; dâvacının zina yapıp birliği terk ettiği bu sebeple ayrı yaşamakta haklı

olmadığı anlaşıldığından dâvanın reddine dair verilen yukarıda tarih ve sayısı yazılı hüküm dâvacı Emine Oruç vekili Ahmet Aydın yönünden temyiz edilmekle bittetkik temyiz dileğinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaştırıldıktan ve dosyada mevcut evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâvacının zina suçundan beraet ettiği anlaşılmasına ve evlilik devam ettiği müddetçe koca karısını münasip veçhile infak ve iaşe ile mükellef olmasına ve karının zinada bulunması boşanma sebebi teşkil edip kocayı infak mükellefiyetinden vâreste kılamıyacağına mebni dâvaya bakılmak icabederken yazılı düşünce ile reddine karar verilmesi muhalif ve bozma dileği yerinde bulunmuş olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 23/6/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Müşterek gayrimenkulü kiraya veren hissedarın, kiracının kira şartlarını yerine getirmediğinden dolayı âkıd sıfatiyle akdin feshi ve mecurun tahliyesi hakkında dâva açmaya hakkı olup bu hususta yarıdan fazla hisse sahibi olmasının aranılmıyacağı.

Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi
Esas : 6987 — Karar : 4337

DÂVA : Küçükçekmece sokağında Kapanarya çiftliği dahilindeki mer'ayı hayvan otlatmak üzere bir sene müddetle ve bin lira icarla dâvalıya kiraya verdiği ve kanuni süre sonunda akdin kendiliğinden yenilendiği halde yeni kira senesi için kira bedellerini Ağustos tarihine kadar peşinen ödemesi gerektiği halde dâvalıya yapılan ihtara rağmen kira bedelini ödemediği gibi bağıt şartlarına aykırı olarak mer'anın 100 dönüm kadar kısmı sürülmek suretiyle ziraate tahsis edildiğinden akdin feshiyle mecurun tahliyesine karar verilmesi istemine dairdir.

KARAR : Tafsilâtı hüküm yerinde yazılı olduğu üzere sözü geçen Kapanarya çiftliği müşterek mülk olarak tapuda mukayyet bulunduğuna göre gerek âhara icarı ve gerekse kiradan mütevellit 3 üncü şahıs aleyhindeki dâvanın hisse ve adet itibariyle hissedarların ekseriyetinin iştiraki ile açılmağa gerektiği cihetle bu sebepten dâvanın reddine karar verildiği hakkındadır.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı vekili Avukat Saim Gürkul.

337

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki kâğıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dâvacının mecurun dörtte iki hissesine malik ve aynı zamanda âkid olduğu dosya içerisinde mevcut tapu kaydı ile konturato münderecatından anlaşılmasına ve dâvalı tarafından da kira bağıtı hakkında bir gûna itirazda bulunulmamasına ve şarta riayetsizliğinden dolayı akdin feshi ve tahliye zımnında âkıd sıfatiyle dâvacının dâva açmağa yetkisi bulunmasına nazaran dâvaya bakılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı 600 kuruş harç ve damga pulunun haksız çıkacaktan alınmasına 16/4/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

5677 sayılı kanunun 4 üncü (maddesinde orman mahsullerinin tarife bedellerine mütaallik ilgili dairelerin her türlü talep hakları mahfuz kalmak üzere kaçak olduğu sanılan maddelerin sahiplerine iade olunacağı) gösterilmiş olduğundan orman idaresinin teşcir masrafını istemeğe hakkı vardır.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi
Esas: 957 — Karar: 3047

Orman İşletmesi Müdürlüğü tarafından Ahmet Çolak ve Şakir Aziz ve Rifat Çokal aleyhlerine açılan tazminat ve men'i müdahale dâvasından dolayı (ARAÇ) Asliye Hukuk Yargıçlığınca yapılan yargılaması sonunda : Kesildiği tahakkuk eden ağaç bedeli yüz otuz altı lira 64 kuruşun dâvalılardan müteselsilen alınmasına ve teşcir masrafına ait talep yerinde olmadığından bu hususiaki fazla talep ile yerinde görülmeyen men'i müdahale dâvasının reddine dair verilen 9/3/1950 tarih ve 59 sayılı hükmün duruşma yapılmak suretiyle temyizen incelenmesi dâvacı orman idaresine izafetle vekili Avukat Hayri Kuloğlu tarafından istenilmiş olmakla işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılarak bu istem kabul edilmiş ve gün konularak taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Belli günde temyiz eden dâvacı Orman İdaresine izafetle vekili Avukat Akif Eranil gelmiş ve dâvalılar ve vekilleri gelmemiş olmakla anların gıyabında duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktkan ve hazır bulunan temyiz eden dâvacı orman idaresi vekili dinlenildikten sonra karar verilmek üzere bırakılan günde dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü :

Dâvanın konusu, dâvalıların Devlet ormanından izinsiz ağaç kesmiş olmalarından ötürü tazminatla birlikte müdahalelerinin men'i talebinden ibaret olmasına ve ceza evrakından dâvalıların tarlalarını genişletmek maksadiyle sınırlarında bulunan Devlet ormanından ağaç kestikleri anlaşılmasına göre, müdahalenin men'i talebi hakkında dahi gerekli inceleme yapılarak varılacak sonuca göre bir karar verilmek gerekli iken, yerinde olmıyan sebep ve düşüncelerle müdahalenin men'i talebinin reddine karar verilmesi yolsuz olduğu gibi, 5677 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde orman mahsullerinin tarife bedellerine mütaallik ilgili dairelerin her türlü talep hakları mahfuz kalmak üzere kaçak olduğu sanılan maddelerin sahiplerine iade olunacağı açıkça gösterilmiş ve bu itibarla dâvacı idarenin teşcir masrafını istemeğe hakkı bulunmuş olduğu halde, teşcir masrafına taallûk eden talebin de sebebi gösterilmeden reddine karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bu bakımdan yerinde olduğundan temyiz olunan hükmün bu sebeplerden (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz giderinin ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/4/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Ticari beyde kat'i ihale kararının tebliğine rağmen müşterinin bedeli tediye etmemesi üzerine normal müddet içerisinde bayi tarafından şartname dairesinde ikinci satışın yapılıp aradaki fiyat farkından ve satış masrafından evvelki müşterinin mesul olabileceği.

2 — Ayrı bir dilekçe ile istenip duruşmada okunduğu halde dâvalı tarafından itiraz edilmemiş olan faiz hakkında da bir karar verilmesi icabeder.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi
Esas: 2557 — Karar: 2485

Dâva: Dâvacı vekili, Ulupınar Kereste Fabrikası deposundan açık artırma ile dâvalıya ihale olunan keresteleri dâvalı verilen süre içinde ihale bedelini ödeyerek keresteleri almadığından yeniden satışa çıkarılıp yapılan ikinci ihale neticesinde 3897 lira 12 kuruş zarar husule geldiğinden bahsile bu paraya 117 lira 80 kuruş gazete ilân ücreti ilâvesiyle 4014 lira 92 kuruşun yargılama giderleri ve avukatlık ücretiyle birlikte dâvalıdan tahsilini istemiştir.

HÜKÜM : Kesin olarak üzerine ihale olunan keresteleri dâvalı almayıp ikinci defa yapılan ihale neticesinde husule gelen zarar bilhesap 3891 lira 87 kuruştan ibaret bulunmuş ve 117 lira 80 kuruş gazete ve neşir masrafı yapıldığı tahakkuk etmiş olmakla bu paraların 861 lira 69 kuruş avukatlık ücretiyle birlikte dâvalıdan tahsiliyle dâvacı orman işletmesine verilmesine yargılama giderlerinin dâvalıya yükletilmesine karar verildiğini natıktır.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTEYEN : Taraflar.

YARGITAY KARARI

Temyiz edenler vekillerinin istemleri üzerine duruşma için tâyin edilmiş olan günde temyiz edenlerden orman işletmesi adına vekili avukat İsmet Yazman gelip çağrı kâğıdı tebliğ edilmişken gelmediği anlaşılan diğer temyiz eden Müneccez Saka vekilinin gıyabında duruşma yapılmasına başlanarak temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır olan vekil dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka bir güne bırakılmıştı. Bu kere temyiz edilen ilâm ve dosyadaki kâğıtlar okunarak işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı :

Temyiz olunan hükmün dayandığı gerekçelere ve kesin ihale kararının 23/10/1947 tarihinde dâvalıya tebliğ edildiği ve dâvalının bedeli yatırmaması hasebiyle ikinci defa satışın 24/10/1947 tarihinde yani normal bir müddet içersinde yapıldığı anlaşılmasına ve dosyada mevcut şartname mündericatına göre dâvalının diğer temyiz itirazları yerinde değilse de; şartnamede tâyin edilen 2000 küsur liralık teminatın dâvalı tarafından idareye yatırılıp yatırılmadığı araştırılarak bu yolda bir tediyenin vukuu anlaşıldığı takdirde bu teminat tutarının iki ihale arasındaki farktan indirilmesi lâzım gelirken bu noktanın incelenmiyerek noksan tahkikata müsteniden ve yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi yolsuz olduğu gibi, kabul suretine göre dâvacı orman idaresi tarafından ihale farkı olarak istenilen meblâğa 5 lira 40 kuruş noksaniyle hükmedilmesi sebebinin karar yerinde açıklanmaması ve dâvacı tarafından 26/10/1948 tarihli dilekçe ile faiz istenilmiş ve bu dilekçede 17/1/1949 tarihinde okunarak dâvalının bir itirazı ile karşılanmamış iken dâvacının bu istemi hakkında bir karar verilmemiş olması yolsuz ve her iki tarafın temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan temyiz olunan hükmün yukarıda yazılı sebeplerden dolayı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 inc imaddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 470 kuruş tem-

340

yim masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 27/4/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

1515 sayılı kanunun birinci maddesi şümulüne girmeyen zilyedliğin M. Kanunun 639/2 nci madde şartlarına uygun olduğu takdirde tescile esas olabileceği.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas: 3943 — Karar: 1599

DÂVA: Müvekkillerinin mutasarrıf oldukları dâva dilekçesinde yazılı tarlaya bitişiğindeki dâvalılara ait tarlanın tapudaki sınırlarını değiştirerek müdahale etmekte olduklarından ve kendilerine ait çeşmenin tünel açmak suretiyle suyunun yarısını almakta olduklarından bahsile vâkı müdahalenin önlenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR: Her ne kadar dâva konusu tarla ve suyun 308 gün ve 11 sayılı kayıtta dâvacılardan Ahmet'in babası Hızır ağa namına kayıtlı ve bu kayıt dâva konusu yere sınır itibariyle uygun ise de gerek tarla ve gerekse suyun 40 senedenberi dâvalıların nizasız ve fâsılasız olarak tasarrufları ve zilyedliklerinde bulunduğu dinlenen tanıkların beyanları ve mahallinde bilirkişi marifetiyle yapılan uygulama ile anlaşılmış ve 1515 sayılı kanun hükümlerine göre olayda zamanaşımı tahakkuk etmiş olmasına mebni dâvanın bu sebeple reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Dâvacılar vekili.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği düşünüldü.

Dâvalıların 331 senesinde vefat eden Hızır adına kayıtlı bulunan tarlaya zilyedlikleri 1515 sayılı kanunun 1 inci maddesinde yazılı muameleye müstenit olmaması hasebiyle olay 1515 sayılı kanunun şümulüne girmemekte ise de dâvalıların 40 senedenberi zilyed bulundukları şahadetle gerçekleşmesine ve 26/9/1949 tarihli dilekçe de dâvacılar 308 tarihli kayıt mucibince 331 senesinde ölen babaları Hızır uhdesinde kayıtlı olduğunu bilmediklerinden başka tarlalarda çalıştıklarını beyan ederek eylemli tasarrufta bulunduklarını ileri sürmemiş olmalarına ve Medeni Kanunun 639 uncu maddesinin 2 nci fıkrasına göre yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddiyle sonucu doğru olan hükmün ONANMASINA ve

aşağıda yazılı 770 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 5/12/1950 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — Vâdesi tarihi yazılı olsa bile tarihsiz olan emre muharrer senet ticari vasfını kaybeder.

2 — Tarihsiz senetteki alacağı ciro suretiyle temellük eden şahsın, iflâsa tâbi şahıslardan olan borçlu aleyhinde iflâs yoluyla takip ve dâvaya hakkı vardır.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas : — 683 — Karar : 2354

Hâdisede alacağın müstenidi bulunan 1/3/1950 vadeli 5000 liralık senedin mündericatına ve Ticaret Kanununun 605 inci maddesi hükmüne nazaran dâvalı vekili tarafından ileri sürülen defiler yerinde görülemediğinden reddine ve sened muhteviyatını teşkil eden meblağı 7 gün zarfında alacaklıya ödenmediği gibi mahkeme veznesine de depo edilmemiş olmasına binaen 1/9/1950 cuma günü saat 11 den itibaren dâvalıların iflâsına ve iflâs.masasının teşkili için iflâs memurluğuna tezkere yazılmasına karar verildiği beyanından ibarettir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalılar.

YARGITAY KARARI

Temyiz dilekçesinin süresi içinde verilip kaydedildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Takibin istinad ettiği emre muharrer senedin tarihsiz olması ticari vasfını gaip ederse de ciro keyfiyeti alacağın temliki mahiyetinde bulunması ve bu suretle sened muhteviyatı olan alacağı temellük eden dâvacının iflâsa tabi şahıslardan bulunan borçlu aleyhinde iflâs yoliyle takib ve dâvaya hakkı bulunmuş olmasına ve temyiz olunan hükmün diğer gerekçesine göre temyiz eden dâvalı borçluların yerinde görülmeyen bozma dileklerinin reddile kanuna uygun olan mezkûr hükmün İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 438 inci maddeleri gereğince ONANMASINA ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenlerden alınmasına 3/5/1951 tarihinde oybirliğile karar verildi.

———o———

Yargıtay Kararları

CEZA BÖLÜMÜ

Ceza Muhakemeleri Kanununun 402 nci maddesine tevfikan verilmiş olan kararlar temyiz kabiliyetini haiz değildir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi

Karar : 146 — Esas : 8079

Toplu ve silâhlı olarak kaçakçılık yapmaktan sanık Ali ve arkadaşlarının mahkûmiyetlerine dair Urfa Askerî İhtisas Mahkemesinden 8/7/935 tarihinde verilip Yargıtayca 3/8/1935 tarihinde onanan hükmün infazı için tevdi olunduğu C. Savcılığınca zamanaşımı noktasından infazı lâzım gelip gelmiyeceği hususunda tereddüt edilerek karar alınması istenmesi üzerine bu yer As. C. Yargıçlığınca yapılan incelemede : Sanıklardan Ramazan, Aziz ve Ali haklarındaki dâvada zamanaşımı hasıl olduğundan T. C. K. nun 102/4 üncü maddesi gereğince infazına mahal olmadığına ve diğer sanık Osman hakkındaki cezanın tefriki ile infazına dair verilen 4/11/ 949 günlü karar Tekel İdaresi tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 24/7/950 günlü tebliğnamesi daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Urfa Askerî İhtisas Mahkemesinden 8/7/935 tarihinde verilip Yargıtayca 3-8-1935 tarihinde onanmış olduğundan infazı için tevdi olunan ilâmın C. Savcılığından 31/10/949 tarih ve 949/7821 No.lu yazısı ile zamanaşımı noktasından infazı lâzım gelip gelmiyeceği hakkında karar istenmesi üzerine Urfa As. C. Yargıçlığından 4-11-949 tarihinde müttehaz kararın C. M. U. K. nun 402 inci maddesi uyarınca verilmiş kararlardan olması itibarile temyiz kabiliyeti olmayıp mezkûr usulün 405 inci maddesinin son fıkrası gereğince itiraz kabiliyeti bulunmasına öre esas hakkında mütalâayı ihtiva eden tebliğnamenin reddile müdahil idare tarafından verilmiş olan temyiz dilekçesinin acele itiraz dilekçesi makamına kaim olmak ve muktezası merciince yapılmak üzere dosyanın C. Başsavcılığına iadesine 16/1/1951 gününde oybirilğiyle karar verildi.

5435 sayılı kanunla değiştirilen T. C. Kanununun 19 uncu maddesiyle para cezalarının on liradan aşağıda hükmedilmesine cevaz verilmiş olmasına ve bu husus Ceza Genel Kurulunca da kabul edilmesine göre (580) kuruş ağır para cezasının adli tevbihe çevrilmesi yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi

Karar : 171 — Esas : 4911

İdarî makamca müdahalesi menedilen Rüstem Bacağa ait taşınmaz malına müdahaleden sanık Hüseyin Akın hakkında yapılan duruşma sonunda : 2311 sayılı kanunun ikinci maddesi gereğince beş lira ağır para cezasile hükümlülüğüne mukayyet tekerrürden T. C. Kanunun 81 inci maddesile bu cezasının 580 kuruşa çıkarılmasına bu suç 5435 sayılı kanun meriyetinden evvel işlenmiş ise de T. C. Kanununun ikinci maddesinin son fıkrasına göre lehine olarak bu kanuna göre asgari hadden aşağı düşen para cezası yerine T. C. Kanununun 29 uncu maddesinin son fıkrasınca bu ceza yerine adlî tevbih yapılmasına dair Sivrihisar Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 27/1/1950 günlü hüküm Eskişehir C. Savcılığının temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 21-4-950 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

5435 sayılı kanunla değiştirilen T. C. Kanunun 19 uncu maddesile para cezalarının on liradan aşağıda hüküm edilmesine cevaz verilmiş olmasına ve bu husus Ceza Genel Kurulunca da kabul edilmesine göre 580 kuruş ağır para cezasının adli tevbihe çevrilmesi ve kabul suretine nazaran adli tevbih kararlarında 100 kuruş harç alınacağı Harç Tarifesi Kanunun 50 inci maddesinin 12 inci bendinde gösterildiği halde harç hüküm olunmaması yolsuz ve üst C. Savcısının temyiz itirazı ve tebliğname münderecatı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA ve sanığın mahkûmiyetini istilzam eden suç mahiyeti ve ikaı tarihi itibarile 5677 sayılı kanunun ikinci maddesinin (G) bendile beşinci maddesinin ilk fıkrası şümulüne dahil bulunmuş olduğundan mezkûr Af Kanunun mahallince nazara alınmasına 16-1-1951 gününde oybirliğile karar verildi.

Suçun işlendiği tarihin mebdeini tâyinde, ağaçların ormandan kesildiği ve çıkarıldığı tarih teşkil eder.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 176 — Esas : 11202

Orman Kanununa aykırı hareketten sanık Rüstem Alaçam hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun değişen 120 inci maddesi gereğince bir hafta hapis ve elli lira ağır para cezası ve 131 lira 4 kuruş tazminatla hükümlülüğüne 262 kuruş nispi ve 200 kuruş duruşma harcı alınmasına dair Erbaa Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 14-11-1950 günlü hüküm C. Savcılığile sanığın temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 21-12-1950 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanığın esasa ait temyiz itirazları ve C. Savcısını temyiz dilekçesindeki dâva mevzuunu teşkil eden ağaçları sanığın müzayededen satın aldığını söylemesine göre bu cihet incelenmeksizin ağaçların kaçak olduğunu bilerek alındığının kabulile yazılı şekilde sanığın mahkûmiyetine karar verilmesinin yolsuzluğuna ilişen temyiz itirazı ve tebliğnamedeki mütalâa zabıtname münderecatına ve sanık zabıt varakasında mezkûr ağaçları köylüden satın aldığını söylediği halde duruşmada bu ifadesinden rücu ile 4 sene önce müzayeden tedarik ettiğini söylemesine ve bu savunmasını tanık ile ispat edeceğini beyan etmişken göstermiş olduğu tanığın hüviyetini ve adresini bildirmemiş olmasına ve keşif tutanağı münderecatına nazaran yerinde görülmemiştir. Ancak :

31-8-1950 tarihli keşif tutanağında bahis konusu olan ağaçların 1 sene evvel kesilmiş ve kereste olarak imal edilmiş oldukları gösterilmesine ve suçun işlendiği tarihin mebdeini tâyinde ağaçların ormandan kesildiği veya çıkarıldığı tarih esas teşkil etmesine göre mezkûr ağaçların hangi tarihte orman çıkarıldığının tahkikile sonucuna nazaran suçun 5677 sayılı Af K. nun şümulüne dâhil olup olmadığının düşünülmesinden zuhul edilmesi yolsuz ve sanığın ve C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 16-1-1951 gününde oybirliğile karar verildi.

Dâva konusu teşkil eden orman emvalinin sanığın yapısında bulunmuş ve canlı vasıta ile nakli sırasında yakalanmış olmasına göre sanığa ayrıca 120 nci maddenin son fıkrası gereğince para cezası hükmedilmesi yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 181 — Esas : 154

Orman Kanununa aykırı hareketten sanık Mustafa Çidem hakkında yapılan duruşma sonunda 5653 sayılı kanunla değişen 3116 sayılı kanunun 120 inci maddesi gereğince bir hafta hapis ve 50 lira ağır para cezasile hükümlülüğüne ve yayla evine sarfettiği 11 adet çam ağacını canlı vasıta ile nakil ettiğinden 217 lira 80 kuruş para cezası ve 20 lira 69 kuruş tazminat, 700 kuruş harç alınmasına dair Çankırı Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 22-11-1590 günlü hüküm sanık tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 8-1-951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanığın esasa ait temyiz itirazları zabıtname mnderecatına göre yerinde görülmemiştir ancak : Dâva konusunu teşkil eden orman emvalinin sanığın yapısında bulunmuş ve canlı vasıta ile nakli sırasında yakalanmamış olmasına göre sanığa ayrıca 120 inci maddenin son fıkrası gereğince para cezası hüküm edilmesi yolsuz ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan tebliğnamedeki onanma isteğinin reddile hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 16-1-951 gününde oybirliğile karar verildi.

Orman Kanununun 120 nci maddesinin son fıkrasındaki para cezası tazminat mahiyetinde olmayıp âmme para cezası mahiyetindedir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 213 — Esas : 200

Orman Kanununa aykırı hareketten sanık Halil Onur hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun değişen 120 inci maddesi gereğince bir hafta hapis ve elli lira hafif para cezasile hükümlülüğüne ve 262 desimetreküp kereste için ayrıca 26 lira 20 kuruş para cezası alınmasına para cezası tazmini mahiyet arzettiğinden 52 kuruş nispî harçla 200 kuruş duruşma harcı alınmasına kerestelerin müsaderesine tarım işinde kullanılan merkebin müsaderesine mahal olmadığına dair Finike

Şulh Ceza Yargıçlığından verilen 12-10-1950 günlü hüküm bu yer ve Elmalı C. Savcılıklarile sanığın temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 13-1-1951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu :

Sanık tarafından temyiz isteğinde bulnulmuş ise de temyiz şartını yerine getirmemiş olduğundan sanığın temyiz dilekçesinin reddine ve 400 kuruş temyiz harcının kendisinden alınmasına karar verildikten sonra mahalli ve üst C. Savcılarının temyizleri üzerine gereği düşünüldü :

Uygulanan 120 inci madde de hapis cezasının cürüm neviinden olması itibariyle mütemmim ceza olan para cezasının da hafif olmayıp ağır olması icap etmesine göre hüküm fıkrasında para cezasının hafif olarak gösterilmesi ve mezkûr maddenin son fıkrasında yazılı para cezasının tazminat kabilinden olmayıp âmme para cezası olduğu gözetilmeksizin nispî harç tâyini suretile sanığa fazla harç hüküm edilmesi yolsuz mahalli ve üst C. Savcılarının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı tebliğname gereğince BOZULMASINA 17-1-1951 gününde oy birliğile karar verildi.

Kesilen ağacın koru ormanından mı yoksa baltalık ormanından mı keskildiğinin tahkik edilmemesi yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 223 — Esas : 10755

Orman Kanununa aykırı hareketten sanık İsmail Kamış ve arkadaşları haklarında yapılan duruşma sonunda adı geçen kanunun değişen 105 ve T. C. K. nun 55 inci maddeleri gereğince birer hafta hapislerine ancak Süleymanın yaşından dolayı cezasının üç güne indirilmesine nacak ve balta ile ağaçların zoralımına 100 zer kuruş harçla 225 kuruş davetiye posta masrafının mütesaviyen alınmasına dair Antalya Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 21-11-950 günlü hüküm C. Savcılığı ile sanıkların temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 13-12-1950 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanıkların temyiz itirazları zabıtname münderecatına göre yerinde görülmediğinden reddine ve C. Savcısının temyizine gelince : Sanıkların ağaç kestikleri kabul edilmesine göre mezkûr ağacın koru veya baltalık ormanından hangisinden kesildiğinin tahkikile sonuca nazaran sa-

nıklara 105 inci maddenin 2 inci fıkrası gereğince hapis ile beraber para cezası da hükmedilmesi lâzım geldiğinin de düşünülmemesi ve mahkûmiyetlerine karar verilen sanıklara hükmedilen muhakeme giderinin C. M. U. K. nunun 408 inci maddesi hükmü sarahatı dairesinde kendilerinden müteselsilen tahsiline karar verilmesi lâzım gelirken yazılı olduğu üzere mütesaviyen tahsiline karar verilmesi yolsuz ve C. Savcısının temyiz itirazları varit bulunmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı tebliğname gereğince BOZULMASINA 18-1-1951 gününde oybirliğile karar verildi.

Bir oturuma ait duruşma zabıtnamesinin usulen zabıt kâtibi tarafından imzalanmaması yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 308 — Esas : 309

Orman yangını çıktığını gördüğü halde ilgili en yakın mercilere haber vermemekten sanık Ahmed Ersoy hakkında yapılan duruşma sonunda 3116 sayılı kanunun değişen 115/3 üncü maddesi gereğince ondört gün hapsine 150 kuruş duruşma harcı alınmasına dair Alanya S. C. Y. dan verilen 15-12-950 günlü hüküm sanığın temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 13-1-1951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

10-10-950 tarihli oturuma ait duruşma zabıtnamesinin usulen zâbıt kâtibi tarafından imzalanmaması ve olay günü il merkezindeki yangın gözetleme mahillinden şarpasa tarafından yangını andırır bir duman görüldüğü ve yangını söndürmek üzere Orman İşletme Müdürü ve jandarma karakol komutanı ve jandarma erleri giderlerken mezkûr şarpsa köyünü geçmiş olarak gelen sanıktan sormaları üzerine yangını gördüğünü fakat orman yangını olmayıp fundalık yandığını söylediği kamu tanıklarının şahadetinden anlaşılmış olmasına ve esasen yangının mevcudiyeti il merkezinden görülüp söndürülmek üzere yetkili hey'etin hareket etmiş bulunmasına ve sanık tarafından da yolda kendilerine söylenilmesine göre sanığın fundalık veya orman yangınını ilgililere ayrıca haber vermek mecburiyeti ortada kalmadığı düşünülmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi ve kabule nazaran teşdit sebebi gösterilmeksizin aşağı hadden fazla ceza tâyini yolsuz ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan tebliğnamedeki onanma isteğinin reddile hükmün

bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çakacak taraftan alınmasına 19/1/1951 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Sanığın ormandan kestiği ağaçlarla orman içinde ev yapmış olması Orman Kanununun 105 ve 109 uncu maddelerine mümas ayrı ayrı birer suç teşkil eder.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 154 — Esas : 11236

Orman Kanununa muhalefetten sanık Abbas Turhan hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun 109 uncu maddesi gereğince bir ay süre ile hapsine ve 42 lira 6 kuruş tazminatla 84 kuruş nispî ve 200 kuruş maktu harç alınmasına dair Zonguldak Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 23-11-1950 günlü hüküm C. Savcısı ile sanık tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 22-12-950 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanığın temyiz itirazları zabıtname mündericatına göre, yerinde görülmediğinden reddine ve depo parasının geri verilmesine ve C. Savcısının temyizine gelince sanığın ormandan kestiği ağaçlarla orman içinde ev yapmış olmasına ve sanık hakkında 105 ve 109 uncu maddelerle dâva açılmış bulunmasına ve sanığın fiil ve hareketleri ayrı ayrı birer suç teşkil etmesine göre T. C. K. nun 69 uncu maddesi gözönünde bulundurulmak suretile 105 ve 109 uncu maddeler ile sanığa ceza tâyini lâzım gelirken yalnız 109 uncu madde ile sanığa ceza tâyini yolsuz ve C. Savcısının temyiz itirazları ve tebliğname mündericatı bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA 16-1-951 gününde oybirliğile karar verildi.

3437 sayılı kanunun 82 nci maddesinde yazılı ağır para cezası tazminat kabilindendir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 1811 — Esas : 2413

Yasak bölgeye tütün ekmekten sanık Tahir Telli hakkında yapılan yargılama sırasında : Müşteki idare duruşma gününden haberdar oldu-

ğu halde gelmemiş ve mazeretini de bildirmemiş olduğundan C. M. U. Kanunun 361 inci maddesi gereğince eski hale getirme talebinde bulunduğu takdirde icabına bakılmak üzere dâvanın düşmesine dair Bartın Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 1-2-1951 günlü hüküm bu yer C. Savcılığının temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 17/3/1951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu :

3437 sayılı kanunun 82 inci maddesinde yazılı ağır para cezası tazminat kabilinden olup idarenin şahsı hakkına taallûk etmesine ve C. Savcılarının tazminat kablinden olan ve hürriyeti bağlayıcı cezayı istilzam etmeyen bu kabil hükümleri temyize yetkileri bulunmamasına göre C. Savcısının temyiz dilekçesinin reddine 23-3-951 gününde oybirliğile karar verildi.

1918 sayılı kanunun birinci maddesinin (A) fıkrası gereğince gümrük resmine tâbi bulunan eşyayı yurda ithal veya ithaline teşebbüs fiili tam kaçakçılık suçunu teşkil eder.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 1858 — Esas : 2278

İthalât kaçakcılığından sanık ve tutuk Abdo Çatlak (Çaltak hakkında yapılan duruşma sonunda : Sanığın beyanı hilâfına bavulunda yapılan arama neticesinde kaçak eşya elde edildiği sabit olduğundan 1918 sayılı kanunun 253 üncü maddesi gereğince altı ay hapsine ancak, sanığın bu suçun icrasına ait bütün işleri ikmal etmiş ve fakat hudut üzerinde bulunan gümrük kapısında yakalanmak suretile bu eşyaları yurda kaçak olarak sokmağa kendi ihtiyarı haricinde olarak muvaffak olamamış ve bu suretle suç tam teşebbüs sahasında kalmış olduğundan T. C. Kanununun 62 inci maddesi hükmünce cezasının dört aya indirilmesine ve gümrük şahsi hakkı olarak 1020 lira 92 kuruş ağır para cezasile mahkûmiyetine kaçak eşyaların müsaderesine para cezasını ödeyemediği takdirde kanunî tahfif sebebiyle indirme yapılarak geriye kalan 680 lira 62 kuruş yerine ayrıca 681 gün hapsine 700 kuruş yarım maktu harçla 2042 kuruş nispî harç alınmasına dair Reyhanlı Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 5-2-951 günlü hüküm sanığın temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 16-3-951 günlü tebliğnamesile daireye verildikten son-

ra üst Hatay C. Savcısının temyiz dilekçesi de daireye verilmekle birleştirildikten sonra dosya okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanığın temyiz itirazları zabıtname münderecatına göre yerinde görülmemiştir. Ancak :

1918 sayılı kanunun birinci maddesinin A fıkrası gereğince gümrük resmine tabi bulunan eşyayı yurda ithal veya ithaline teşebbüs fiili tam kaçakçılık suçunu teşkil ettiği halde sanığın fiilinin teşebbüs derecesinde kaldığının kabulile sanığa eksik ceza tâyini yolsuz ve üst C. Savcısının temyiz itirazı varit olduğundan tebliğnamedeki onanma isteğinin reddiyle hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA 28-3-1951 gününde oybirliğile karar verildi.

Hâdisede takdirî tahfif sebebinin bulunup bulunmadığının takdiri yargıca aittir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 1892 — Esas : 1932

4274 sayılı kanununa aykırı hareketten sanık Rahime Altuntaş hakkında yapılan duruşma sonunda : Sanık iki defa para cezasına çarptırıldığı halde velisi bulunduğu çocuğun okula devamını temin etmediği anlaşıldığından eylemine uyan mezkûr kanunun 16/6 ıncı maddesi gereğince bir hafta süre ile hafif hapsine ve 100 kuruş harç alınmasına dair Bozkır Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 26/12/1950 günlü hüküm bu yer ve üst C. Savcılığı ile sanık tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 6-3-1951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu :

Vicahı olan hüküm sanığa 26-12-1950 günü tefhim olunduğu halde temyiz dilekçesi 4-1-1951 tarihinde müddet geçtikten sonra verilmiş olduğundan sanığın temyiz dilekçesinin tebliğname veçhile reddine ve 400 kuruş temyiz red harcının kendisinden alınmasına karar verildikten sonra mahalli ve üst C. Savcılarının temyizleri üzerine gereği düşünüldü :

Hâdisede takdiri tahfif sebebi bulunup bulunmadığının tâyini hükmü veren Yargıca ait bulunmasına ve zabıtname münderecatına ve ka-

351

rarın dayandığı gerekçeye göre mahalli ve üst C. Savcılarının varit görülmeyen temyiz itirazlarının ve tebliğnamedeki mütalâanın reddile hükmün ONANMASINA 29-3-951 gününde oybirliğile karar verildi.

Sanıkta tutulan eşyalar arasındaki feslerin ecnebi malı olduğu ve piyasada da bulunmadığı anlaşılmasına göre, zoralımına karar verilmesi lâzım gelirken iadesine karar verilmesi yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 1984 — Esas : 2431

Gümrüğe tabi eşya kaçakçılığından sanık Sıdıka Pekmez hakkında yapılan duruşma sonunda : Elde edilen eşyanın kaçak olduğunu bilerek satın aldığı anlaşılamadığından beraetine ve eşyaların kendisine iadesine dair Hatay Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 16-2-951 günlü hüküm hazine vekilinin temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 20/3/951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Hazine vekilinin esasa ait temyiz itirazları zabıtname mündericatına ve bilirkişinin mütalâasına ve deliller mahkemece takdir edilmiş olmasına göre yerinde görülmemiştir. Ancak; sanıkta tutulan eşyalar arasındaki feslerini ecnebi malı olduğu ve piyasada da bulunmadığı anlaşılmasına göre, zor alımına karar verilmesi lâzım gelirken iadesine karar verilmesi yolsuz ve hazine vekilinin temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan tebliğnamedeki onanma isteğinin reddile hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA ve depo parasının geri verilmesine ve bozma sebebine göre temyiz harcı alınmamasına 28-3-1951 gününde oybirliğile karar verildi.

Sanık hakkında Orman Kanununun 105 inci maddesiyle dâva açılmış olmasına göre suçun değişen vasfı itibariyle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 258 inci maddesi gereğince sanığa savunma hakkı verilmeksizin 120 nci madde ile ceza tâyini yolsuzdur.

352

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 2028 — Esas : 2334

Orman K. na aykırı hareketten sanık Hüseyin Bulut ve arkadaşları hakkında yapılan duruşma sonunda : Sanık Hüseyin Bulutun beraetine ve diğer sanıkların 3116 sayılı kanunun 5653 sayılı kanunla değişen 120 inci maddesi gereğince birer hafta hapis ve ellişer lira ağır para cezasile hükümlülüğüne ve 826 kuruş tazminatın müteselsilen 200 zer kuruş harçla birlikte alınmasına dair Ermenak Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 17-11-1950 günlü hüküm sanıklardan Ömer tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 14/3/1951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Zabıt varakasında koru ormanı dolaşılırken orman içinde yaş ağaçlardan imal edilmiş çoban evi yapıldığı görüldüğü yazılı bulunmasına göre bu cihetin tahkikile sonuca nazaran sanık hakkında 109 uncu maddenin uygulanması mümkün olup olmadığının düşünülmemesi aleyhde bozma sebebi sayılmamıştır. Ancak :

Sanık hakkında Orman Kanununun 105 inci maddesile dâva açılmış olmasına göre suçun değişen vasfı itibarile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 258 inci maddesi hükmü gereğince sanığa savunma hakkı verilmeksizin 120 inci madde ile ceza tâyini yolsuz ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan tebliğnamedeki onanma isteğinin reddile hükmün sanık Ömer'e ait kısmının bu sebepten dolayı BOZULMASINA ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 29-3-951 gününde oybirliğile karar verildi.

Tazminat kabilinden olan ve mütezayit nisbete tâbi bulunan para cezalarını müstelzim suçlar hakkında ceza kararnamesi tanzim edilemez.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 2044 — Esas : 2327

İstimal maksadile kaçak eşya bulundurmaktan sanık Mustafa Yıldız hakkında evrak üzerine yapılan incelemede eylemi sabit olduğundan 3777 sayılı kanunun 25/2 ve 5435 sayılı kanunun ikinci maddelerile T. C. Kanunun 55 inci maddesi hükmünce yaşından indirilerek neticede üç ay üç gün hafif hapsine ve 624 lira hafif para cezasile hükümlülüğüne kaçak eşyanın zor alımına dair Bozova Sulh Ceza Yargıçlığından verilen

28-8-950 günlü ceza kararnamesi, bu yer C. Savcılığının temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 14-3-951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu :

Ceza kararnamelerine karşı C. Savcılarının da itiraza yetkileri olduğu ahiren Ceza Genel Kurulunca kararlaştırılmış olmasına ve bu kabil kararnamelerin doğrudan doğruya temyizi kabil bulunmasına göre C. Savcısının temyiz dilekçesi itiraz dilekçesi makamına kaim olmak ve tazminat kabilinden olan ve mütezayit nispete tâbi bulunan para cezalarını müstelzim suçlar hakkında ceza kararnamesi tanzimine cevaz olmadığı mahallince nazara alınarak gereği yapılmak üzere merciine gönderilmesi için evrakın istek veçhile C. Başsavcılığına geri verilmesine 30-3-951 gününde oybirliğile karar verildi.

Idarenin şahsi hakkından olan ve tazminat kabilinden bulunan ve hürriyeti bağlayıcı cezayı ihtiva etmiyen para cezalarına mütaallik hükümleri C. savcılarının temyize yetkileri yoktur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Karar : 2061 — Esas : 2616

3437 sayılı kanuna muhalefetten sanık Mehmet Tufan hakkında yapılan duruşma sonunda : Sanık ektiği tütün fidelerini süresi içinde tekel idaresine bir beyanname ile bildirmediği anlaşıldığından eylemine uyan adı geçen kanunun 21, 83 üncü maddeleri gereğince 25 lira hafif para cezasile mahkûmiyetine ve 100 kuruş harç alınmasına dair Çeşme Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 23-1-1951 günlü hüküm C. Savcısı tarafından temyiz olunmasından dolayı yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 23-3-1951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu :

İdarenin şahsı hakkından olan ve tazminat kabilinden bulunan ve hürriyeti bağlayıcı cezayı ihtiva etmeyen para cezalarına mütaallik hükümleri C. Savcılarının temyize yetkileri bulunmadığı gibi uygulanan 3437 sayılı kanunun 83 üncü maddesinde ki hafif para cezasının asgari ve azami hadleri miktarına ve 5435 sayılı kanunun 3 üncü maddesi sarahatına göre hükmün temyizi de kabil olmadığından mahalli C. Savcısının temyiz dilekçesinin tebliğname gereğince reddine 30-3-1951 gününde oybirliğile karar verildi.

—o—

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin A bendi, idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Danıştayda görüleceğini yazmakta ise de şoförün dikkatsizliği şahsi kusur olup idari fiil muhteviyatına giremiyeceğinden bu gibi şahsi kusurlardan neş'et eden zararların tashihi dâvasına bakmak genel mahkemelerin vazifesine dâhil olduğu.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1950/13 — Karar : 1950/14

İstanbul E. T. T. İşletmeleri Genel Müdürlüğü vekili tarafından aynı yer Nafıa Müdürlüğüne izafetle İstanbul Muhakemat Müdürlüğü ve şoför Osman Kılınç aleyhlerine Üsküdar Sulh Hukuk Mahkemesine açılan dâvanın görülmesi sırasında dâva edilenlerden hazine vekilinin ileri sürdüğü görevsizlik savunmasının mahkemece reddilmesi üzerine Danıştay Başkanun sözcülüğünün uyuşmazlık ihdasını tazammun eden 14/7/1950 günlü yazısı ve Osman Kılınç'ın idaresinde bulunan Nafıa Müdürlüğüne ait kamyonun nafıa çavuşu Tahsinin inşaatına götürdüğü kumu boşaltıp dönerken müvekkili İdareye ait genel ışık direğine çarparak hasarına sebebiyet verdiğinden 136 lira 57 kuruş hasar bedelinin dâva edilenlerden tahsili hakkındaki dâva dilekçesi ve hâdise mahiyetine göre dâvanın görülmesi mahkemenin görevi içinde olduğundan hazine vekilinin görevsizlik savunmasının reddine dair mahkemenin ara kararı ve dosyadaki diğer kâğıtlar okunup başkanun sözcüsünün dâvanın Danıştayda incelenebileceği neticesine varan mütalâası dinlendikten ve uyuşmazlık mahkemesine baş vurmanın kanunda yazılı süresi içinde ve şekillerine uygun olarak yapıldığı anlaşıldıktan sonra uyuşmazlık mahkemesinin 5-10-1950 günlü oturumunda gereği görüşülüp düşünüldü :

3546 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin A bendinin, idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Danıştayda görüleceği yazılı olup dâvacı vekili ise müvekkili idarenin zararının idari fiil ve karardan ötürü meydana geldiğini iddia etmeyip şoförün dikkatsizliği gibi şahsi bir kusuru sebebiyle zarar

sebebiyet verdiğini iddia etmesine ve dikkatsizlik ve tedbirsizlik gibi haller idari fiil muhtevasından hariç bulunmasına ve özel hukuku ilgilendirmesine göre dâvaya bakmak Adalet Mahkemelerinin görevi içinde bulunduğundan başkanun Sözcüsünün dileğinin REDDİNE 5-10-1950 gününde çoklukla karar verildi.

(*) Hâdisenin hizmet esnasında vukuu sabit olduğu takdirde Danıştay vazifeli olacaktır. Hâdisede ise bu cihet malûm değildir. Dâvacı hâdisenin hususi bir iş esnasında vukubulduğunu ifade eden bir lisan kullanmıştır. Binaenaleyh bu cihetin sorulması ve alınacak cevaba göre vazife konusunun düşünülmesi icabedeceği mütalâasiyle karara muhalifiz.

İbrahim Senil Ziya Önen

İnşa halinde bulunan apartmanın ruhsat ve projeye muhalefetinden dolayı inşaatın durdurulması belediyenin yetkisi dâhilinde idari bir muamele olup bundan mütevellit zarar ve ziyanın tazmini dâvası idari yargı yerine ait olduğundan genel mahkemece vazifeli olduğuna dair ittihaz edilen kararın oybirliğiyle kaldırıldığı.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1950/14 — Karar : 1950/15

Halis ve Muammer Boyacıoğlu vekilleri avukat Kâmil Dilman ve Suphi Tolun'un İstanbul Belediyesine izafetle Belediye Başkanlığı aleyhine Kadıköy İkinci Asliye Hukuk Mahkemesine açtıkları dâvanın görülmesi sırasında dâva edilen vekili tarafından ileri sürülen görevsizlik savunmasının mahkemece reddedilmesi üzerine uyuşmazlık ihdasını tazammun eden Danıştay Başkanun sözcülüğünün 20-7-1950 günlü yazısı ve ihmal ve teseyyüp ve tedbirsizlik suretiyle müvekkillerine ikaedilen 25142 lira 68 kuruş zararın tahsili isteğini havi dâva dilekçesi ve dâvanın görev noktasından reddini mutazammın cevap lâyıhası ve mahkemenin vazifeli olduğuna dair ara kararı ve dosyadaki diğer kâğıtlar okunup başkanun sözcüsünün dâvanın rüyet merciinin idari kaza olduğu hususundaki mütalâası dinlendikten ve uyuşmazlık mahkemesine müracaatın kanunda yazılı süresi içinde ve şekillerine uyun olarak yapıldığı anlaşıldıktan sonra uyuşmazlık mahkemesinin 5-10-1950 günlü oturumunda gereği görüşülüp düşünüldü :

Dâvacıların yaptırmakta oldukları apartman inşaatı belediyeden verilen ruhsat tezkeresine ve projesine aykırı görülerek belediyece durdurulmuştur. Dâvacılar vekili bu durdurmadan mütevellid müvekkilinin zararının tahsilini dâva etmekde ve binanın ruhsatname ve projesine aykırı olmadığı halde durdurulduğunu iddia etmektedir. 2290 sayılı belediye yapı ve yollar kanunun 13 üncü maddesi ve bu maddeyi değiştiren 5431 sayılı kanun ruhsatname hükümlerine muhalif olarak yapılmakta olan inşaatı durdurmak için Belediyelere yetki vermiştir.

Kanunun kendisine verdiği yetkiye müsteniden belediyenin yaptığı bu hareket idari bir muameleden ibaret olduğu ve idari muamelelerden husule geldiği iddia olunan zararlara ait dâvaların görülmesi ise idare yargı yerine ait bulunduğu ve dâvacılar vekilinin apartmanın proje ve ruhsatnamesine uygun olduğu halde durdurulmasından mütevellit zararın tazminini dâva etmesi yargı yerini değiştirmiyeceği ve bu itibarla mahkemenin vazifeli olduğuna dair kararı yerinde olmadığı cihetle bu kararın kaldırılmasına ve bu dâvanın görülmesinin idare yargı yerine ait bulunduğuna 5-10-1950 gününde oybirliğile karar verildi.

Yargıçlar Kanununun 122 nci maddesi gereğince merkez inzibat heyetince verilen kararlardan dolayı hiç bir mercie müracaat olunamıyacağından bu hususdaki müracaat üzerine gerek Danıştay Beşinci Dairesi ve gerekse Yargıtay Birinci Ceza Dairesi tarafından isteğin reddine dair ittihaz edilen kararlar uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun 13 üncü maddesi şümulüne giremiyeceğinden merci tâyinine mahal olmadığına.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1950/15 — Karar : 1950/16

İvrindi mahkemesi eski zabıt kâtiplerinden Kadir Tırap tarafından Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilen 5-7-1950 günlü dilekçe ile, Balıkesir Adliye Encümeni kendisi hakkında azil kararı verdiğini ve vâkı itirazı üzerine Adalet Bakanlığı İnzibat hey'eti 10-1-1949 gün ve 236 sayılı kararla işbu azil kararını onadığını ve bu onanma kararı aleyhine Yargıtay Birinci Ceza Dairesine ve ayrıca Danıştay Beşinci Dairesine müracaat etmiş ise de, Her iki dairenin vazifesizlik kararı verdiğini beyanla vazifeli merciin tâyin edilmesini istemesi üzerene Uyuşmazlık Mahkemesinin 5-10-1950 günündeki toplantısında bu dilekçe ile ilişiği Danıştay Beşinci Dairesinin 27-2-1950 gün ve 1846/499 sayılı kararı okunarak gereği görüşülüp düşünüldü :

Olayda 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun 13 üncü maddesinde yazılı şekilde vazife uyuşmazlığı mevcut olmayıp 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 122 inci maddesi gereğince Adalet Bakanlığı merkez inzibat hey'etince verilen kararlardan dolayı artık hiç bir mercie müracaat olunamıyacağından ötürü gerek Danıştay Beşinci Dairesi ve gerek Yargıtay Birinci Ceza Dairesi dâvacının isteğini yerinde görmemiş olduklarından vazifeli merciin belli edilmesi yolundak düvacının talebinin REDDİNE 5-10-1950 gününde oybirliğile karar verildi.

Danıştay Beşinci Dairesiyle Genel Kurulu tarafından aynı mesele hakkında ittihaz edilmiş mübayin kararlar uyuşmazlık mahkemesi kurulması hakkındaki kanunun 19 uncu maddesindeki hüküm uyuşmazlığını teşkil edemiyeceği.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1950/16 — Karar : 1950/17

Merzifon'da dâva vekili Osman Taşkınbaş tarafından Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilen 11-8-1950 günlü iki nüsha dilekçe ile, 10 sene ruhsatnamesiz dâva vekilliği yaptığından Muhamat Kanununun bazı mevaddını muaddil 708 sayılı kanun gereğince avukatlık imtihanına girmek hakkı saklı kalmak şartiyle dâva vekâleti ruhsatnamesi aldığını ve mezkûr kanunun yürürlükte bulunduğu sırada bu ruhsatnamesinin Avukatlık ruhsatnamesiyle değiştirilmesini Adalet Bakanlığından istemiş ise de; 3499 sayılı Avukatlık Kanunun yürürlüğe girmesine değin Adalet Bakanlığı bir cevap vermiyerek bu kanun yürürlüğe girdikten sonra muvakkat üçüncü maddesi gereğince müracaatını reddettiğini ve bu red kararı aleyhine Danıştay Beşinci Dairesine açtığı dâva dahi reddedilmiş ise de; Başka bir meselenin tetkiki zımnında tesadüf eylediği Danıştay dâva daireleri umumi heyetinden verilmiş kararla beşinci dairenin mezkûr kararı arasında hüküm uyuşmazlığı mevcut olduğundan dilekçesinin bir örneğinin dâva edilen Adalet Bakanlığına tebliğini ve duruşma yapılmasını ve beşinci daire kararının iptaline karar verilmesini istemesi üzerine Uyuşmazlık Mahkemesinin 5-10-1950 gününde yapılan toplantısında bu dilekçe okunup gereği görüşülüp düşünüldü :

Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 19 uncu maddesinde yazılı kayd ve şartlara nazaran, idari kazanın en yüksek mercii oln Danıştayın beşinci dairesiyle genel kurulundan sadır olan iki karar arasındaki müba-

yenet, her iki dâvadaki hâdiselerin benzerliği sebebiyle hüküm uyuşmazlığını vücuda getirmiyeceğinden ve bu itibarla tebliğat icrasına ve duruşma yapılmasına da mahal bulunmadığından dâvacının isteğinin REDDİNE 5-10-1950 gününde oybirliğile karar verildi.

Bir dâvanın Danıştayda görülebilmesi için hukuku ihlâl eden vak'anın doğrudan doğruya idari bir fiil ve karar olması icabeder.

Hâdisede kamyon şoförünün tedbirsizlik ve dikkatsizlik gibi haksız bir fiil ve şahsi kusuru sebebiyle zarara uğratıldığı iddia edilmesine ve bu anlaşmazlığın halli, idari bir fiilin incelenmesini gerektrmemesine, kazanın bir âmme hizmetinin ifası vesilesi de vuku bulmadığı anlaşılmasına nazaran dâvanın rüyeti adalet mahkemelerinin görevi cümlesindendir.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1950/17 — Karar : 1950/18

Albay Rıza Duruman mirasçıları vekili avukat İhsan Gürak tarafından İstanbul Yeşilköy Hava Radar Grup Komutanlığı erlerinden Vecihi İnal ve Millî Savunma Bakanlığına izafeten İstanbul Muhakemat Müdürlüğü aleyhlerine İstanbul Asliye İkinci Hukuk Mahkemesine açılan otuz bin lira maddi ve on bin lira manevi zararın tahsili hakkındaki dâvanın görülmesi sırasında dâva edilenlerden Muhakemat Müdürlüğünce ileri sürülen görevsizlik savunmasının reddine karar verilmesi üzerine İstanbul Valiliğinin tahriki ile vazife konusunun Uyuşmazlık Mahkemesinde incelenmesi Danıştay Başkanun sözcülüğü tarafından istenilmekle :

Dâvacı vekilinin: Er Vecihi'nin idaresindeki Millî Savunma Bakanlığına ait kamyonu tedbirsizlik, dikkatsizlik ve nizamlara riayetsizlik neticesi olarak müvekkillerinin murisine çarptırarak ölümüne sebep olduğundan maddi ve manevi cem'an kırk bin lira zarar ve ziyanın er Vecihiden ve mesulünbilmal sıfatiyle Millî Savunma Bakanlığından tahsili hakkındaki dâva dilekçesi;

Dâva edilenlerden Muhakemat Müdürlüğü avukatının; Mahiyeti itibariyle dâvanın tetkik ve rü'yeti mahkemenin görevi dışında olduğuna, çünkü zarara sebebiyet verdiği iddia olunan nakil vasıtasının bir âmme hizmetini ifa maksadiyle seyir halinde bulunduğu dâvacı vekili tarafından kabul edildiğine dair cevap lâyihası;

Asliye mahkemesinin; Dâvanın konusu haksız fiile taallûk etmesine ve dâvada hazineden başka dâvalı mevkiinde hakiki şahsin bulunmasına

göre görevsizlik itirazının varid olmadığı yolundaki 14-6-1950 tarihli kararı;

İstanbul Valiliği tarafından Danıştay Başkanun Sözcülüğüne gönderilen ve dâvaya bakmak idari kazaya ait olduğundan işin Uyuşmazlık Mahkemesine tevdiine dair olan 21-6-1950 tarihli yazı, dâvacı vekilinin haksız bir fiilden mütevellit dâvanın rü'yeti adli kaza merciilerine ait olduğu yolundaki 15-9-1950 tarihli cevabı Başkanun Sözcüsünün Uyaşmazlık Mahkemesine gönderdiği 11/10/1950 tarihli yazıda (Dâvalılardan Millî Savunma Bakanlığına izafeten cevap veren İstanbul Muhakemat Müdürlüğü vekili avukat Şevket Kömürcüoğlu zararın vazifeten seyir esnasında vukuubulduğunu dâvacıların ikrar ve kabul ettkilerini ileri sürerek vazifesizlik def'inde bulunmuş, Devletin istihdam eden sıfatı ile mesuliyeti münhasıran hizmet kusurundan doğan zararlarda mevcut olduğuna âmme hizmetini ifası sırasında vukua gelen zararların bir hizmet kusurundan mı yoksa zararı ika edenin şahsi kusurundan mı ileri geldiğini tahkik, tâyin ve takdir zarureti vardır. Bu husus adliye mahkemelerinin vazifesi haricindedir, diyor.

Dâvacı dâvasını kurarken böyle bir cevapla kaşılaşacağını düşündüğü için keyfiyeti hususi hukuk sahasına sokabilmek ve böylece Adalet Mahkemesinin vazifesi sınırları içinde kalmak üzere hizmet kusuru yerine şahsi kusuru ikame eylemek ve kendisinden hükme bağlanacak tazminatı istifa edemiyeceği Er Şoförün yanına mes'ulünbilmal olarak idareyi eklemek yolunu iltizam eylemiştir.

İlk bakışta dâvanın bu esaslar dahilinde kurulması idari kazanın vazifesizliğini temine kâfi gibi görünür, hele askerî mahkemenin Şoförü iki sene hapis cezasına mahkûm eylemesi şoförün kusurunu, şahsi kusurunu külfete katlanmadan isbata yarıyacak bir esas manzarası gösterir. Fakat işi mevzuatımızın dayandığı prensipler göz önünde tutularak mütalaâ etmek lâzım gelirse o zaman hukuki vaziyetin büsbütün başka olduğu müşahade edilir. Şöyle ki, hukukumuz muhtelif vesilelerle arzeylediğim veçhile memurların şahsi kusurlarından dolayı idareyi mes'uliyet tertip eden umumi bir kaideyi muhtevi değildir. O halde bu nevi şahsi kusur esasına dayanan tazminat dâvalrının Adilye mahkemelerinde açılması ne kadar doğru ise böyle geniş mânada memurun yani âmme hizmetinin ifasi için vazifelendirilmiş kimsenin şahsi kusurundan dolayı Borçlar Kanununun 55 inci maddesine istinat ederek idare aleyhine mes'ulünbilmal sıfatiyle dâva açmak o derece yanlıştır. Çünkü bu tarzda harekete cevaz vermek Devlet aleyhine metinsiz mes'uliyet ihdas ve icad etmek olur ki bu, mahkemelerin kararlarına umumi olarak hukuk ilminin tanı-

dığı ihzarî seciyeyi inşaiye kalbeylemek demektir; diğer taraftan memur ile idare arasındaki münsebetin mahiyetini, vasfını değiştirmek yoluna gidilmiş, âmme hukuku yerine hususî hukuk hükümleri ikame edilmiş olur. Kanun hükümlerini tatbik vazifesi kendisine verilmiş olan kaza teşkilâtının böylece vazifesi dışına çıkmasına cevaz verilebileceğini sanmıyorum. Dikkat edilirse bahsettiğimiz hâdisede teşriî uzvunun hüküm koymadığı haller için hâkime verilmiş olan hüküm tesis eder gibi karar verme salâhiyetinin istimal ve tatbik şekli yoktur; çünkü çalıştırdığı kimselerin şahsi kusurlarından idarenin mes'ul tutulacağı işler (icra; tapu işlerinde olduğu gibi) evvelden tespit edilmiş bulunmaktadır. Bunlar haricinde şahsi kusur esasına dayanarak dâvacıların gene umumi mânasiyla memurun fiilinden mes'ulünbilmal sıfatiyla idare aleyhine adliye mahkemeleri huzurunda dâva açmaları sırf idareyi bu kaza teşkilâtı huzuruna getirmek ve orada mahkûm ettirmek için düşünülmüş bir tedbir gibi nazara çarpmaktadır.

Adliye Mahkemelerinde açılan dâvalarda bu inceliğin gözden kaçması sebebini hukuki hâdiselerin mensup bulundukları şubeler arasındaki farka kâfi derecede dikkat edilmemesinde ve ehemmiyet verilmemesinde bulmak mümkündür. Şahsi kusur mefhumu ki, idare hukukuna has bir telâkkinin mahsulüdür. Adliye Mahkemelerinde gereği gibi tahlil edilmemektedir. Bu tahlil yapıldığı zaman şahsi kusur işleyen kimsenin idareye nisbetle sokaktan geçen her hangi bir adamdan farklı hukuki durumda bulunmadığı anlaşılır.

Bu tahlilin yapılmaması yüzünden idarenin mes'uliyeti ehemmiyetli surette ağırlaşmaktadır. Çünki, bir taraftan kanunun haksız fiillerden doğan mes'uliyet esasına dayanarak mütalâa edilince idari kaza önünde açılacak dâva için mevzu 90 günlük müddet kendiliğinden bir senelik müruru zaman haline geliyor; diğer taraftan idareye kendisine mes'uliyet tereddüp etmemesi lâzım gelen bir sahada mes'liyet yükletiliyor. Bu mevzını bir şekilde işlemekle adli kaza merciinin büyük bir yenilik vücude getirdiği kanaatını besliyenlere biz iştirâk edemiyoruz.

Esasen zihinleri muhtelif istikametlerde düşünmeyen sevkeden ve temyizi lâzım gelen incelik şahsi kusur ile hizmet kusuru dediğimiz mefhumların hudutlarına taallûk etmektedir. Tatbikatta birbirinden bu iki mefhumu ayırmak, bunların sınırlarını belli etmek bazı hâdiselerde büyük nezaket arzedebilirse de; şahsı kusurun teşekkülü için kusuru işleyen şahsın dikkatsizliği, tedbirsizliği, nizamata riayetsizliği kâfi olmayıp bu gibi kusurları kendine, hatıra gelebilecek her çeşit ve şekil ile, bir menfaat temini gayesi gütmesi, diğer tâbirle kendisine objektif hükümlerin ver-

diği salâhiyeti kullanırken elindeki iktidarı bu iktidarın verilmesile elde edilmek istenen gayeye münafi, aksi bir istikamette, başka ve şahsî maksadların istihsal için kullanılmış olmak lâzımdır. Hal böyle olunca artık hizmet kalmamıştır ki, hizmet kusuru kalabilsin. Kendisine salâhiyet verilmiş olan kimse idare ile hiç alâkası olmıyan bir şahıs haline gelmiştir. İşlenen kusurun mahiyet ve gayesi onunla idare arasında mevcut münasebeti kesen, yok eden yeni bir âmil halinde hukuk sahasına çıkmakta, bu yeni âmil kendi neticelerini hasıl eylemektedir. Böyle şahsi bir emel ve gayenin meydana çıkmadığı hallerde şahsi kusurdan bahsetmeğe hukuk imkân yoktur, hattâ memurun hareketi başka bir cepheden suç teşkil eylese dahi. Bu esaslı mülâhaza idare hukuku ile medeni hukuk sahalarındaki mes'uliyetlerin tâyin ve takdirine rehberlik ettiği gibi Borçlar Kanunumuzun 53 üncü maddesinde ceza mahkemesinin verdiği kararın kusurun takdiri hususunda hukuk hâkimini takyid eylemiyeceğine dair konmuş olan hükmü de izah eder.

Huzurunuza takdim eylediğimiz hâdise bu itibarla da tetkike şayandır. Er şoför dikkatsizlik, belki nizamata da riayetsizlik yüzünden bir kimsenin ölümüne sebep olmuş, bu yüzden de askerî mahkeme tarafından iki sene hapse mahkûm edilmiştir. Bu hüküm kat'iyet iktisap edince bunu kazaî bir hakikat olarak kabul eylemekten başka çare yoktur. Fakat ceza sahasında er şoföre izafe edilen bu kazai hakikat medeni hukuk sahasında karar vermek mevkiinde bulunan hâkimi kusurun takdiri bakımından takyid etmiyeceği gibi bizzat kazaya sebep olan hareketi yapan şoförün mü yoksa nam ve hesabına hizmet ifa edilen idarenin mi kusurlu sayılması lâzımgeldiğini, diğer tâbirle kusurun şahsi mi idari mi olduğunu tâyin ve takdirine salâhiyetli makamı da bağlamaz. Nitekim Fransada hâdisemize benzememekle beraber aynı esas ve hükümlerin tatbikini icabettiren bir vak'a meydana gelmiş, yalnış bir şırınga yapmak suretiyle hasanın ölümüne sebebiyet veren bir hastabakıcı ölüme sebebiyet verme suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm edildiği halde bu fiil doğurduğu şahsi zarar bakımından hizmet kusuru syılmış ve tazminatın tediyesine idare mahkûm edilmiştir. Burada dikkat edilecek incelik şu noktadadır ki, idare mes'ulünbilmal sıfatiyle mahkûm edilmiş değildir. Mahkûmiyet hizmet kusuru sebebiyle vaki olmuştur.

Bu görüş bizim idari rejimimize ve mevzuatımıza tamamen uygundur. Çünki; Danıştay kanununun 23 üncü maddesi fıkrasında konmuş olan hüküm idarenin gerek kararlarından gerek fiillerinden doğan bütün zararlardan dolayı mes'uliyet esasını koymuş bulunmaktadır.

Bu esasa münafi bir yoldan giderek bir çok hizmet hususlarını şahsî

kusur tarzında mütalâa etmek ve idareyi bu telâkkinin tesiri altında mes'ulünbilmal sıfatiyle mahkûm etmek bilahare idareye böyle bir hükümde zaruri olarak istinadedilen Borçlar kanununun 55 inci maddesinin son fıkrası mucibince kusurun failine idarenin rücuuna yol açar ki bu netice her sınıf ve derecede idare memurları için büyük tehlikeleri ihtiva eden beklenmedik bir safha açar.

Bu görüş bir taraftan da dâvacılar için tehlikeli neticeler doğurabilir, çünki; gene 55 inci madde mucibince mes'ulünbilmal vaziyetinde bulunacak idare zararın vukuu bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu ispat ederek mes'uliyetten kurtulabilir. Dâvacının karşısında tediye kabiliyeti yüksek bir hasım bulundurmak hususundaki arzu ve maksadı tahakkuku imkânsız bir hale gelir.

Görülüyor ki, kanunlarımızın koyduğu esaslardan ayrılmak birden bire her şeye alt üst etmekte, bilhassa mes'uliyetlerin içtimaı gayelere aykırı surette, yerlerini değiştirmektedir.

Bütün bunların yanında bu gibi şahsi mes'uliyet dâvaları münasebetiyle idarenin adli mahkemeler huzuruna dâvet edilmesinin başka bir mahzuru daha vardır. İdarenin mes'ulünbilmal sıfatıyla mahkûm edilebilmesi için asıl şahsi kusuru ile zarara sebebiyet veren kimsenin idarenin emri altında ve âmme hizmeti icabı çalışan bir şahıs olduğunu iddianın icabı ve neticesi olarak kabul eylemek zaruridir. Çünki; âmme hizmeti mefhumunun ortadan kaldırılması hizmet kusurunu da bertaraf edeceğinden bu takdirde vazife ihtilâfı tekevvün etmez. Hal böyle olunca bir âmme idaresinin mes'ul edilebilmesi için onun hal ve maslahatın icbettiği bütün dikkat ve itinada bulunup bulunmadığını tahkik ve münakaşa eylemek lâğımgelecektir. Bu netice ise idari rejimin ihdası hikmetine, idare mahkemesinin kurulması illetine tamamen aykırı düşer. Birbirini takviye eden bu sebepler silsilesi âmme hizmeti bahis mevzuu olan yerlerde bir taraftan şahsi kusurdan bahsederken diğer taraftan idareyi mes'ulünbilmal sıfatiyle adliye mahkemesi huzuruna davet etmeğe hukuki imkân olmadığını pek kat'i olarak meydana koymaktadır.

Bu mahkemeleri bizzat adliye mahkemesinin yapması şahsi kusura dayanan dâvalarda idarenin mes'ulünbilmal sıfatıyla huzuruna getirilemiyeceğini dâvanın bu kısmını reddeylemek suretiyle dâvacıya anlatması icabederdi, fakat 1947 yılında henüz idari ve adli kazanın hudutları ciddî surette yapılan tetkik ve münakaşalarla belirtilmeden ittihaz edilmiş bir tevhidi içtihad kararı bu hususta hâkimlerin fikir ve hareket hürriyetini tahdit etmiş bulunmaktadır.

Yüksek Uyuşmazlık Mahkemesinin her iki kaza organı fevkinde bulunan salâhiyeti bu noktaları aydınlatacağı içindir ki bu mevzuda ısrarla durmakta fayda görüyoruz) şeklindeki düşüncesi aynen okunduktan; vazife uyuşmazlığı hakkındaki işbu isteyin Uyuşmazlık Mahkemesi kuruulmasına dair kanunun gösterdiği şekil ve süresi içinde yapıldığı anlaşıldıkktan sonra keyfiyet Uyuşmazlık Mahkemesinin 7/12/1950 tarihli oturumunnda görüşülüp gereği düşünüldü :

3546 Sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin A bendindde, rüyeti adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındakki idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacâak dâvaların Danıştayca görüleceği yazılı olmasına ve bu itibarla Danıştayın bir dâvayı görebilmesi için hukuku ihlâl eden vak'anın doğrudan doğruyya idari bir fiil ve karar olması icabeylemesine hâdisede ise dâvacı vekiili idari bir fiil ve karardan dolayı müvekkillerinin hukukunun muhtel olduuğunu iddia etmeyip kamyon şoförünün tedbirsizlik ve dikkatsizlik gibibi haksız bir fiil ve şahsi bir kusuru sebebiyle zarara ugradıklarını iddilia eylemesine ve bu itibarla dâva ve anlaşmazlığın halli için idari bir fiilliin incelenmesi gerekmeyip şoförün tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve nizamatta riayetsizliği bulunup bulunmadığı araştırılacağına ve diğer taraftan kaazanın bir âmme hizmetinin ifası vesilesiyle vaki olmadığıda dâva dilekçeesinden müstefad olmasına göre keyfiyet tamamen özel hukuku ilgilenndirmekte olduğundan işbu dâvaya bakmağa adalet mahkemesinin görevvli bulunduğuna 7/12/1950 gününde Oyçokluğile karar verildi.

Muhalefet oyu:

Başkanun sözcüsünün mütalâasına iştirak eylemediğinden karara muhalifim.

Z. Ö.

———o———

Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

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

a) Neşriyat Müdürlüğüne bir mektupla adreslerini ve abone veya kitap isteklerini bildirecekerdir.

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

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

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

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

Dergiye konulması istenilen yazılar doğrudan doğruya Bakanlığa gönderilir. Yazıların Dergiye konulup, konulmıyacağı bildirilmez ve konulmıyan yazılar ger verilmez. Dergideki yazılardan öne sürülen, düşünce ve inanlar yazarların düşünce ve inanlarıdır.

365