ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET DERGİSİ

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

YIL : 43 SAYI : 5

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

607

Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan ve mevcudu bulunan dergi ve kitapların adları, fiatları aşağıda; satın alma şekli de Derginin iç kapağında gösterilmiştir.

Kitabın adı	Fiatı Kr.
Adalet Dergisi : 947 : 1 - 12 nci sayıları	300
» » : 948 : 1 - 12 » »	1000
» » : 949 : 1 - 12 » »	1000
» » : 950 : 1 - 12 » »	1000
» » : 951 : 1 - 12 » »	1000
» » : 952 : 1 - 12 » »	1000
Adalet Mantığı (Tercüme)	300
Alman Ceza M. Usulü K. Şerhi (Rifat Taşkın Tercümesi)	175
Alman Ceza M. Usulü Kanunu (951) (Baha Arıkan Tercümesi)	300
Avukatlık Kanunu ve Talimatnamesi (938 basımlı)	50
Ayni Haklar Cilt : 1 (Wielan'dan tercüme)	600
» » » : 2 (» »)	750
Bağlamlar Kanunu Şerhi (H. Oser'den tercüme)	150
Ceza Kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu esbabı mucibesi	50
» » » » üzerinde bazı izahlar	50
» » » » alfabetik fihristi	175
Deniz Ticaret Kanunu	50
Deniz Ticaret Hukuku (K. Berker tercümesi)	300
Devletler Umumi Hukuku (Ş. Devrin tercümesi)	300
Hâkimler Kanunu (942 basımlı)	50
İsviçre Federal Mahkemesi Kararları : 944	75
» » » » : 945	100
» » » » : 946	100
» » » » : 947	100
Madrid Konferansı (Ceza Hukuku hakkında) (tercüme)	100
Meşhut Suçlar Kanunu	15
» » » Talimatı	15
Noter Kanunu (942 basımlı)	50
Tamimler Mecmuası : 928/937	175
» » : 938	100
» » : 939/940	100
» » : 942/949	100
» » : 950	100
Varşova Konferansı (Ceza Hukuku hakkında) (Tercüme)	75
Yargıtay Kararları Ceza Bölümü : 941/942	300
» İçtihadı Birleştirme Ceza Bölümü Broşürü	50
» » » Hukuk » »	50
Zürih Şerhi : Aile Hukuku (949) (Dr. Tahir Çağa tercümesi)	300
» » : Borçlar Hukuku C. 1 (Dr. Recai Seçkin tercümesi)	300
» » : » » » 2 (» » » »)	300
» » : Giriş ve Kişinin Hukuku C. 1 (Volf Çernis Terc.)	300
» » : » » » » 2 (» » »)	300
» » : Zilyedlik ve Tapu Sicilli (Suat Bertan tercümesi)	300

Dergiye konulmak üzere gönderilecek yazılar kâğıtların birer yüzüne seyrekçe satırlarla ve makine ile yeni Türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl: 43 Mayıs: 1952 Sayı: 5

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER :

Dr. Tahir Çağa	Kat mülkiyeti ihtiyacını tatmin edebilecek hukuki tedbirler	587—604
Muhsin Tuğsavul	Takdirî deliller	605—624
Hakkı Müftüoğlu	Tatbikat bakımından «Bazı suç ve cezaların affı» na dair 5677 sayılı kanun üzerine tetkikler	625—636
Tahir Kanık	Muvazaa ve ispatı	637—649
Sıtkı Tuncer	Mera dâvaları	650—655
Abdullah Güner	Medeni hukukta hâkimin takdir hakkı ...	656—673
BİBLİYOGRAFYA		674—685
YARGITAY HUKUK KARARLARI		686—703
YARGITAY CEZA KARARLARI		704—712
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI		713—720

609

KAT MÜLKİYETİ İHTİYACINI TATMİN EDEBİLECEK HUKUKİ TEDBİRLER (*)

Konferansı veren : Dr. Tahir ÇAĞA
İstanbul 4. Ticaret Mahkemesi Başkanı

Muhterem dinleyiciler,

Konferansımın mevzuuna girmeden önce, yüksek huzurunuzda, kat tasarrufu gibi memleketimizin halen en mühim meselelerinden biri üzerinde konuşmak fırsatını verdiğinden dolayı Türk Hukuk Kurumu'na ve onun değerli başkanına şükranlarımı arz etmek isterim.

Bilindiği veçhile, ikinci cihan harbinden bu tarafa bilhassa büyük şehirlerimizde devam edegelmekte olan mesken buhranı ve Medeni Kanunumuzun, hükümleri arasında kat mülkiyetine yer vermemiş olması karşısında kat tasarrufu ihtiyacını tatmin edebilecek hukuki tedbirler messelesi büyük bir ehemmiyet arzetmektedir. Gerçi mesken buhranını hafifletecek başka çareler de mevcuttur ve memleketimizde de bunlara başvurulmaktadır. Ezcümle kooperatifler teşkili suretiyle kollektif şekilde küçük evler inşasını bu meyanda zikredebiliriz. Bu yol, kredi temini hususunda bazı kolaylıklar sağlamakta ise de diğer cihetten inşaatı nispeten pahalıya mal etmek, ucuz fiatla geniş arsa temini mülâhazasiyle şehrin merkezî bölgelerinden uzaklaşmak ve binnetice belediye hizmetlerini güçleştirmek gibi ehemmiyetli mahzurlar da tevlidetmektedir. Bu itibarla orta sınıf halk tabakasını şehirlerin rağbet gören semtlerinde mesken sahibi edebilmek için halen, yani Medeni Kanun tadil edilerek kat mülkiyeti kabul olunmadıkça, en müessir çarelerden biri olarak yine kat tasarrufu ihtiyacını karşılayabilecek hukuki tedbirlerin aranıp bulunması teşkil etmektedir.

Zikrolunan tedbirlerin aranıp bulunmasına, mesken buhranından sarfınazar, diğer bir bakımdan daha zaruret vardir ki o da meriyet kanunumuzun müktesep hak olarak tanıdığı eski kat mülkiyetlerinin, kadastro tesbitine müsteniden tesis olunan yeni siciller üzerinde kabili tasarruf bir hale getirilmesi keyfiyetidir. Bu noktayı izah için evvelâ kat mülkiyetti mefhumunu ve eski kat mülkiyetlerinin Medeni Kanunumuz muvacehesindeki durumunu gözden geçirelim:

(*) Türk Hukuk Kurumunun daveti üzerine 26 Ocak 1952 tarihinde Ankara Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesinde verilen münakaşalı konferansın metnidir.

Kat mülkiyeti (propriété par étages, Stockwerkseigentum) tâbiriyle hukuk dilinde bir binanın **ufkî** olarak fiilen taksimi neticesinde hâsıl olan kısımlardan her birinin muhtelif şahısların **ferdî mülkiyeti** altında bulunması hali kasdolunmaktadır. Mülkiyete mevzu olan bina kısımlarının vüsat ve şümulüne göre bunun muhtelif nevileri yekdiğerinden tefrik edilmektedir. Ezcümle maliklerden her birinin ferdî mülkiyeti altında bulunan bina kısmı **bütün bir kat** olabileceği gibi (dar mânada kat mülkiyeti), aynı katta bulunan **dairelerden biri** (daire mülkiyeti) ve hattâ **tek bir oda** (hücre mülkiyeti) dahi olabilir. Fakat biz burada kat mülkiyeti tâbirini her üç nev'i de ihtiva etmek üzere geniş mânasında kullanacağız.

Bu geniş mânasiile kat mülkiyetinde maliklerin katlar üzerindeki ferdî mülkiyeti ile zemin ve müştereken istimal olunan bina aksamı (çatı, ana duvarlar, merdivenler v. s. gibi) üzerindeki müşterek mülkiyet tatbikatta kaideten memzuç olarak bulunmaktadır.

Garp memleketlerinde on ikinci asırdan beri taammüm etmiş bir şekilde mevcudiyetini tesbit ettiğimiz kat mülkiyeti birçok memleketlerde ve bu meyanda garp ve cenup Almanya'sında ve İsveçre'nin bazı kantonlarında son zamanlara kadar hayatiyetini muhafaza etmiştir. Halen de hassaten lâtin ve angloakson memleketlerinde mevcuttur 1).

Eski hukukumuzda da, müessese olarak mevcut olmamakla beraber, mülk arazi üzerine inşa edilmiş binaların tahtani ve fevkani taksimi sonunda ve sahibi rakabenin iznile arzı memleket ve vakıf mahallerde yapılan inşaat mülkiyetinin binayı yapana aidiyeti suretile mütekevvin **vücubu karar** dolayısile bizde de kat mülkiyeti tatbikatta istisnaen teessüs etmiştir. 2)

Buna mukabil Avusturya 1879 tarihli kanunile kat mülkiyetini menetmiş ve Almanya'da da 1900 tarihli Medeni Kanundan sonra kat mülkiyetini yeniden tesis imkânı kalmamıştır. Ancak Almanya, yarım asırlık bir fâsıladan sonra, ikinci cihan harbinin azîm tahribatından doğan şiddetli mesken buhranını hafifletmek ve inşaat için kredi teminini kolaylaştırmak gayesile 15. Mart 1952 tarihli hususi bir kanunla kat mülkiyetini tekrar ihdas etmiştir. Altmış dört paragraftan ibaret bulunan kanunda kat tasarrufu hakkında son derece enteresan hükümler vaz'edilmiştir. Ancak konferansımıza tahsis olunan zaman içinde bu hükümleri ana hatlarile dahi

(1) Fazla malûmat için bak. Ebülulâ Mardin, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1948, s. 20 ve müt.

(2) Bak. Ebülulâ Mardin, Kat Mülkiyeti, s. 8 ve müt., s. 15; aynı müellif, Ayni haklarda husule gelen inkılâp hükümleri, Medeni Kanunun XV. yıldönümü için armağan, s. 801 ve müt.; aynı müellif, Kat Mülkiyeti, İst. Baro Mecmuası, Mart 1948, s. 97 - 103.

izaha maalesef imkân olmadığından kanunun mevcudiyetine işaretle iktifa ediyoruz.

Mehazımız İsveçre Medeni Kanunu ve Kanunu Medenimiz de hükümleri arasında kat mülkiyetine yer vermemişlerdir. Ancak Kanunun meriyeti zamanında mevcut bulunan **eski** kat mülkiyetlerinin muntafi oluncaya kadar idame etmeleri de Meriyet Kanunumuzun 18 inci (İsviçre 17) maddesile kabul olunmuştur. Mezkûr madde aynen şöyle demektedir :

> «**Madde — 18** : Kanunu Medeninin meriyeti zamanında mevcut olan ayni haklar, gayrimenkul sicillerine mütaallik hükümler mer'i olmak şartile mahfuzdur.
>
> Yeni Kanuna nazaran tesisleri kabil olmıyan filhal mevcut ayni haklar eski kanuna tâbi kalırlar.»

Şu halde Medeni Kanunun meriyete girdiği 4/10/1926 tarihinde mevcut bulunan kat mülkiyetleri devam edecek ve fakat **eski hukuk hükümlerine tâbi olacaklardır**. Bu esas, gerek kat mülkiyeti mefhumu, gerekse kat malikleri arasındaki karşılıklı münasebetler ve tasarruf hususunda caridir. Binaenaleyh her hangi hukuki bir münasebetin kat mülkiyeti teşkil edip etmediği, maliklerin yekdiğerlerine karşı olan hak ve vecibeleri ve bilfarz şüf'a hakkına sahip olup olmadıkları, kat mülkiyetinin ne suretle nihayete ereceği meseleleri tamamen eski huhuk hükümlerine tevfikan hallolunacaktır 3)

Eki kat mülkiyetleri böylece ayni bir hak olarak eski ahkâma tâbi olmakla beraber **tapu sicilli bakımından** Medeni Kanun hükümlerine tâbidirler. Bu netice meriyet kanununun gerek zikrolunan 18 inci maddesindeki«**gayrimenkul sicillerine mütaallik hükümler mer'i olmak şartile**» kaydından, gerekse 39 uncu maddesi sarahatinden çıkmaktadır:

> «**Madde — 39** : Kanunu Medeninin gayrimenkul sicillerine dair olan kaidelere göre tesisleri artık kabil olmıyan ayni haklar (bir evin bir katının mülkiyeti, gayrin arazisi üzerindeki ağaçların mülkiyeti) tescil edilemeyip sadece ve lüzumu derecesinde işaret olunmakla iktifa olunur.
>
> Mezkûr haklar her hangi bir sebeple muntafi olduktan sonra artık yeniden tesis edilemez.»

Görülüyor ki devamları kanunen kabul edilmiş olan eski kat mülkiyetlerinin yeni kanuna göre (kadastro tesbitine müsteniden) tesis olunan tapu siciline«tesciline» imkân yoktur. Yapılacak muamele şudur: kat mülkiyeti şeklinde tasarruf olunan gayrimenkulün heyeti umumiyesi için

(3) Bak. Leemann, SJZ 10, 353 ff.

zemin malik ve malikleri namına **bir tek** sahife açılacak ve münferit kat maliklerinin hakları «beyanlar hanesi» ne sadece işaret edilecektir (4). Netekim tatbikatımızda da eski kat mülkiyetleri, kadastro tesbitinden sonra yeniden tesis olunan sicillâta bu suretle tescil ve işaret olunmaktadırlar.

Meriyet Kanunumuzun 39 uncu maddesi hükmü büyük bir ehemmiyeti haizdir. Bir kere bu hükümden anlaşılıyor ki eski kat mülkiyetleri kanun nazarında **tapu sicilli hukuku bakımından** bir gayrimenkul mülkiyeti değildirler. Saniyen, tapuya kabili «tescil» olmadıkları için bunlarda (kadastroya müstenit) **yeni** tapu sicilleri üzerinde (ferağ, terhin gibi) tasarruf da imkânsızdır 5). Medeni Kanunun 768 maddesinde : «Bir gayrimenkulün terhini, ancak tapuda müseccel olmasına bağlıdır.» demek suretiyle bunu açıkça ifade etmiştir.

Şu halde eskiden beri mevcut kat mülkiyetlerinin Medeni Kanundan sonra dahi devamları hakkı müktesep olarak kabul edilmekle beraber kadastro tesbitinden sonra yeni siciller üzerinde bunlarda ferağ, terhin gibi tasarruflar hukukan mümkün değildir. Bu müşkilâtın bertaraf edilebilmesi, bu hakların Medeni Kanun esaslarile hemahenk bir şekle ifrağına bağlıdır.

Görülüyor ki aramakta olduğumuz hukuki tedbirlere sadece kat tasarrufunun temin ettiği iktisadi faideleri bugün dahi sağlamak için değil, aynı zamanda eskiden beri mevcut ve devamları kabul edilmiş bulunan kat mülkiyetlerini kadastro tesbitine dayanan **yeni** siciller üzerinde de kabili tasarruf bir hale ifrağ bakımından dahi ihtiyaç ve zaruret vardır.

Ancak her iki ihtiyacı tatmin edebilecek hukuki tedbirleri araştırmağa geçmeden bir meselenin halli icabetmektedir :

Kanun kat mülkiyetini tanımadığına göre bu ihtiyacın başka yollarla tatmini hukukan caiz midir? Yoksa bu yoldaki teşebbüsler «kanuna karşı bir hile» (fraude à la loi, Gesetzesumgehung) mi teşkil etmektedirler ?

Eğer bu sualin cevabı menfi olacaksa zikrolunan tedbirleri araştırma yolunda sarf olunacak bütün gayretler de beyhude olacaktır. Netekim biraz sonra tetkik edeceğimiz tedbirlere bu bakımdan şüpheli nazarla bakanlar yok değildir 6).

---

(4) Bak. İsviçre Tapu Sicil Nz. mad. 114; Leemann, SJZ 10, 353 ff.; Mutzner, Meriyet K. Şerhi, mad. 45 N 1; Eugen Huber, zum schweiz. Sachenrecht, S. 14, Note 2.

(5) Bak. Leemann, SJZ 10, 353 ff.

(6) Bak. Kemal Oğuzman, Kat Mülkiyeti ve kanuna karşı hile, Baro Mecmuası, Temmuz 1951, s. 386, not 3 te zikrolunan müellifler.

İlim sahasında umumiyetle kabul olunan bir tarife göre kanuna karşı hile, kanunun âmir bir hükmüne doğrudan doğruya muhalif olmamakla beraber onun istihdaf ettiği gayeyi akim bırakan bir hareket tarzıdır. Diğer bir ifade ile kanuna karşı hile, kanunen memnu olan bir **neticeyi** haddi zatında meşru olan vasıtalarla istihsal etmek istemektir 7). Binaenaleyh her hangi bir hareket tarzının bu suretle tavsif edilebilmesi için hâdisede bahis mevzuu olan memnuniyet hükmünün **mahiyetine** bakmak lâzımdır.

Filhakika kanun bazan muayyen bir neticeye isal eden yollardan bir veya birkaçını teknik sebeplerle seddeder, bazan da ahlâki ve içtimai mülâhazalarla muayyen bir **neticeyi** meneder. Birinci halde netice bizzat memnu olmadığı cihetle bunun diğer vasıtalarla istihsaline mâni yoktur 8). Fakat ikinci halde, memnu olan neticenin herhangi bir vasıta ile istihsaline artık cevaz yoktur, bütün yollar kapalıdır. Konunun menettiği neticeye başka hukuki formüllerle ulaşmak istemek, kanunen caiz olmıyan bir «hilei şer'iye» den, fraude à la loi' dan ibarettir. Bunu bir misal ile izah edelim :

Borçlar Kanunumuzun 223 üncü maddesine göre, taksitle menkul satışlarında müşteri taksitlerden birini tediyede temerrüdederse bâyi muayyen şartlar altında akdi feshedebilir. Satıcı bu hakkını kullanırsa taraflardan her biri diğerinden aldığı şeyi iade ile mükllefdir. Kanun bu halde bâyie, mebii istirdattan başka münasip bir bedeli icar ve mebi bozulmuşsa tazminat talebetmek hakkını tanımış ve müşteriye bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleleri, ahlâki mülâhazalarla, bâtıl telâkki etmiştir. Şu halde müşteri mebii elinde bulundurduğu müddet için münasip bir bedeli icar ve eğer mebi bozulmuş ise tazminat verecek ve fakat evvelce ödediği taksitleri istirdadedecektir. Ancak tatbikatta satıcılar, kanunun bu yasağından kaçınmak için, malı bir «icar» akdi zımnında teslim eder ve «müstecirin» muayyen bir müddetle icar bedellerini ödemesi halinde malın ona ait olacağını ve aksi halde icar akdinin infisah edeceğini şart kılarlar. İcar akdinin infisahı halinde ise müstecirin tediye eylediği icar bedellerini istirdada şüphesiz hakkı yoktur. Görülüyor ki burada satıcı kanunun menettiği bir hususu haddi zatından meşru olan «icar akdi» yolile istihsale çalışmaktadır. Fakat 223 üncü madde, ekseriya zayıf durumda olan müşteriyi himaye için ahlâki mülâhazalarla muayyen bir **neticeyi** menetmiş olduğundan bunun başka vasıtalarla istihsaline cevaz

(7) Bu hususta fazla malûmat için bak. J. Vetsch: Die Umgehung des Gesetzes, 1917; Hâmide Topçuoğlu: Kanuna karşı hile, doktora tezi, 1950.

(8) Bak. Oser, Borçlar Kanunu Şerhi, mad. 20 N. 26.

615

yoktur. Binaenaleyh mevzuubahis «icar» akitleri de 223 üncü madde hükmüne tâbidirler.

Şimdi acaba hâdisemizde böyle bir vaziyet mevcut mudur ?

Bu sualin cevabını verebilmek için kanunumuzun hangi sebeple kat mülkiyetine yer vermemiş olduğunu araştırmak lâzımdır.

Literatürde hemen daima, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarının kat mülkiyetini **menettiğinden** bahsolunur. Hattâ bu ifade tarzı âdet hükmüne girmiştir. Halbuki her iki kanunda kat mülkiyetini doğrudan doğruya meneden sarih bir hükme tesadüf olunamamaktadır. Gerçekten böyle bir memnuniyet hükmüne ihtiyaç da yoktur. Zira kat mülkiyeti, Medeni Kanunun ayni haklarda kabul ettiği cüz'ü mütemmim esası ve bunun neticesi olan tapu sicilli sistemi dolayısiyle tesisine esasen imkân kalmamış olan hukuki bir münasebettir. Netekim Meriyet Kanunumuzun kat mülkiyetine dolayısiyle temas eden 39 uncu maddesinde de **«.. Tesisleri artık kabil olmıyan ayni haklar»** dan bahsolunmaktadır.

Filhakika 642 inci madde ile kabul edilmiş olan cüz'ü mütemmim esasına göre, bir gayrimenkulün mütemmim cüzüleri zaruri olarak arza tâbidirler. Bu esas cüz'ü mütemmim mahiyetini arzetmeyen muvakkat inşaat veyahut üst hakkı tesisi halleri müstesna olmak üzere (mad. 652, 654) gerek binalar gerekse bir binanın muhtelif katları hakkında caridir. Binnetice bir binanın ufkî surette taksimi ile muhtelif katlar üzerinde ferdî mülkiyet tesisi, cüz'ü mütemmim esası dolayısile hukukan imkânsızdır.

Cüz'ü mütemmim prensipi ile hemahenk olarak tapu sicilli sistemimizde de, kütükte **zemine** sahife açılması esası (Realfoliensystem) kabul **edilmiştir.** Tapu sicilli Nz. mad. 6). Medeni Kanunun 632 inci maddesine göre gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu - müstakil ve daimî ayni haklarla madenlerden sarfınazar - **arazidir.** Tapu Sicilli Nizamnamemizin 3 üncü maddesinin ifadesi veçhile «Arazi, hudutları tefrika kâfi vasıtalarla tahdit ve tefrik edilmiş bilûmum sathı zemindir.» Tapu sicilli bakımından müstakil hüviyeti olan, zemindir; üzerindeki bina ve sair inşaat ise müteммim cüzü olup zemine tâbidirler ve ancak zemin için aşılan sahifede yer alırlar. Şu halde, hukukan müstakil bir hüviyeti haiz olmamakla birlikte, bir binanın muhtelif katlarının muhtelif şahısların mülkiyeti olarak tescile tapu sicilli sistemimizin zikrolunan esası dolayısile imkân yoktur.

Medeni Kanunun 652 inci maddesinin 2inci fıkrasına gelince : Burada «Bir evin muhtelif katları üst hakkı tesisine mevzu olamaz.» denmektedir. Ancak Eugen HUBER tarafından kaleme alınan lâyihada mevcut olmayıp bilâhara ilâve olunan bu fıkra hükmü ile doğrudan doğruya kat tasarrufu istihdaf edilmiş olmayıp, bilâkis üst hakkına mevzu teşkil edebilecek

616

olan inşaatın şümulü tâyin olunmak istenmiştir. İlim sahasında da kabul olunduğu veçhile üst hakkı, inşaat ve mümasil tesisatın **heyeti mecmuası için** tesis olunabilir, yoksa bir inşaatın muayyen kısımları üst hakkına mevzu teşkil edemez 9). Şârih **Haab** diyor ki : «**Bu esas 2 inci fıkrada bir binanın** muhtelif katları hakkında zikredilmişse de **sureti umumiyede caridir.**» Netekim Alman Medeni Kanunu bu fıkramıza tekabül eden 1014 üncü paragrafında daha doğru bir ifade ile, inşaat hakkının bir binanın muayyen bir kısmına hasredilemiyeceğini söylemekte ve katlardan misal olarak bahsetmektedir.

Görülüyor ki kat mülkiyetinin İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında yer almamış olması hukuki - teknik sebeplerden ileri gelmektedir; yoksa bu, muhtelif kimselerin bir binanın münferit katlarından hasren istifade hakkını haiz ve bunu başkalarına devir ve terhin veya mirasçılara terk edebilmek salâhiyetine malik olmalarının bilfarz ahlâki ve içtimai esaslara münafi veyahut kat mülkiyeti müessesesinin mahzurlu telâkki olunmasının bir neticesi değildir. Netekim Eugen HUBER'in esbabı mucibe lâyihasında da, kat mükiyetinin şu veya bu mahzurlarından dolayı iktibas edilmemiş olduğu yolunda bir izahat da yoktur.

Şu halde yukarıda kanuna karşı hile hakkında verdiğimiz kıstası hâdisemize tatbik edecek olursak varılacak netice şudur :

Kanun, hükümleri arasında kat mülkiyetine yer vermemekle muayyen bir netice ve gayeyi, yani - tekrar edelim - muhtelif kimselerin bir binanın münferit katlarından hasren istifade hakkını haiz olmalarını ve bu hakları üzerinde kanun dairesinde tasarrufta bulunabilmelerini mentmemiş, bilâkis bu iktisadi neticenin (katlar üzerinde) **mülkiyet** yolile istihsaline hukuki - teknik sebeplerle imkân kalmamış olduğu cihetle aynı neticenin **kat mülkiyetinden başka** ve işaret olunan teknik zorluklara mahal bırakmıyan yollarla istihsaline **bu bakımdan** kanunen hiçbir engel olmamak lâzımdır. Netekim İsviçre Medeni Kanununu hazırlamış olan Eugen HUBER'de «Zum schweizerischen Sachenrecht» isimli enteresan risalesinde (s. 14/5) Medeni Kanunun meriyetinden sonra dahi bir binanın muhtelif katları üzerinde alâkadarlar lehine mülkiyetten gayri bazı hususi haklar tesisinin mümkün ve caiz olduğunu tasrih etmektedir.

Kat tasarrufu ihtiyacını karşılıyabilecek hukuki tedbirlerin aranmasına kanuna karşı hile mefhumu bakımından bir mahzur olmadığını bu suretle tesbit ettikten sonra bu hususta ilim sahasında teklif olunan tedbirlerin tetkikına geçelim :

1) Kat tasarrufu ihtiyacını karşılıyacak formüllerden birini bizzat

(9) Bak. Wieland, mad. 675, 3 d; Haab, mad. 675 N 5.

617

İsviçre Tapu Sicil Nizamnamesi derpiş etmektedir. Mezkûr nizamnamenin, her nasılsa tapu sicilli nizamnamemize geçmemiş olan, 114 üncü maddesi aynen şu hükmü ihtiva etmektedir :

«**Madde — 114**: Eski hukukta mevcut olup yeni tapu sicilli hükümlerine göre tesisleri caiz olmıyan ayni haklar tapu sicillinin «beyanlar sütunu»na işaret olunurlar.

Bu gibi ayni hakların yeni tapu sicilli hükümlerine uygun bir şekle ifrağı ile tescilini kantonlar tatbikat kanunlarile emredebilecekleri gibi alâkadarlar da bunu mukavele edebilirler; ezcümle kat mülkiyetinde veya gayrin arazisindeki ağaçlar üzerinde mülkiyet haklarında alâkadarlardan birinin bütün gayri menkulün maliki sıfatile tescili ve diğerleri lehine de Medeni Kanunun 781 inci maddesinin kasdettiği şekilde kabili devir irtifaklar tesisi gibi.»

Maddenin teklif ettiği şekle göre: Zemin ve üzerindeki bütün bina alâkadarlardan **birinin** mülkü olarak tapuya tescil olunacak ve diğer ilgililer **lehine de Medeni Kanunun 781 inci (bizde 753) maddesine tevfikan muayyen** katlar üzerinde hasren istifade salâhiyeti bahşeden kabili devir irtifak hakları tesis edilecektir.

Misal: Üç katlı bir binanın birinci katı A, ikinci katı B ve üçüncü katı da C uhdesinde olmak üzere öteden beri kat mülkiyeti şeklinde tasarruf edilegelmekte olduğunu farz edelim. Şu halde zemin ve üzerindeki binanın heyeti umumiyesi A nın mülkü olarak tapuya tescil olunduktan sonra ikinci kattan B ye ve üçüncü kattan da C ye, 753 üncü madde gereğince, hasren istifade salâhiyeti veren kabili devir ve intikal birer irtifak hakkı tesis olunacaktır. A da birinci kattan malik sıfatile istifade edecektir. Yeniden inşa olunan bir binanın da aynı suretle tescili şüphesiz mümkündür

Bu hal tarzının iki mahzuru vardır : bir kere, B ve C malik durumunda olmayıp mücerret irtifak sahibi olduklarından menfaatleri kâfi derecede korumuş değildir; zira bilfarz binanın yanması halinde irtifak hakları sona ereceğinden zemin munhasıran A uhdesinde kalacak ve B ile C mutazarrır olacaklardır. Saniyen : B ve C lehine tesis olunan irtifak hakları mukavele gereğince kabili devir bir mahiyet iktisabedebilirlerse de bunlar üzerinde **tapu sicillinde** gayrimenkul hükümlerine göre terhin suretile tasarruf mümkün değildir.

2) Bu mahzurları bertaraf etmek üzere ilim sahasında ikinci bir hal şekli teklif olunmaktadır. Buna göre :

Zemin ve üzerindeki binanın heyeti umumiyesi alâkadarların **müşterek mülkü** olarak tescil olunduktan sonra her bir hissei şayia **sahibi lehine** —ve diğer şayi hisseler veya bütün gayrimenkul aleyhine— yine 753 üncü maddeye tevfikan muayyen katlardan hasren istifade salâhiyeti bahşeden

618

ve şayi hisseye aynı surette merbut kabili devir birer irtifak tesis olunacaktır.

Yukarıki misalimizi alırsak : A, B ve C zemin ile binanın heyeti umumiyesinin şayi hissedarları olarak tapuya tescil olunduktan sonra şayi hissedar sıfatile her biri lehine sırasile birinci, ikinci ve üçüncü katlardan hasren istifade salâhiyeti veren ve şayi hisseye aynı surette merbut ve kabili devir olmak kaydile 753 üncü madde gereğince birer irtifak tesis ve tescil olunacaktır.

Şayi hisselerin nispeti, eski kat mülkiyetinin yeni hukuka uygun hale ifrağında münferit katların takdir olunacak kıymetlerine, bu tarz bir tasarrufun yeniden tesisi halinde ise alâkadarlardan her birinin gayrimenkulün iktisap veya inşası için muktazi masraflara iştirak derecesine göre tâyin olunacaktır.

Gerek İsviçre'de gerekse memleketimizde ilim sahasında, alâkadarların menfaatlerine en ziyade uygun hal tarzı olarak bu şekil gösterilmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından 1946 senesinde teşkil olunan komisyonun da, müellif **Haab**'dan iktibasen teklif ettiği şekil keza budur.

Filhakika bu hal tarzı yukarıda işaret olunan mahzurları bertaraf etmektedir :

Bir kere, alâkadarların her biri gayrimenkulün şayi hissedarı durumuna girdiğinden binanın bilfarz yanması halinde zemin üzerindeki mülkiyet hakları baki kalmaktadır.

Saniyen : Tesis olunan irtifak hakları şayi hisseye **ayni** bir surette merbut olduklarından onun âkıbetine tâbidirler, hissei şayia ile birlikte devir ve terhin olunabilirler.

Binanın irtifak mevzuu dışında kalıp bütün alâkadarlar tarafından müştereken istimal olunan (çatı, cümle kapısı, merdiven v. s. gibi) kısımlarında müşterek mülkiyet hükümleri caridir.

Görülüyor ki bu şekli hal, kat **mülkiyeti** tarzında olmamakla beraber alâkadarlardan her birine binanın muayyen bir kısmından **hasren** istifade etmek ve —şayi hisse ile birlikte olmak üzere— bu hakkını âhara devir ve terhin ve mirasçılarına terk eylemek, irtifak mevzuu mahalleri **ayni** hakkına müsteniden yalnız başına kiraya verebilmek gibi kat tasarrufunun temin eylediği bütün iktisadi faydaları sağlamaktadır.

İrtifak mukavelesinde, irtifak hakkının teferruatı tanzim olunmalıdır. Ezcümle irtifak mevzuu mahallerin ciheti tahsisi, yani ne olarak istimal olunabilecekleri, bu mahallere ait tamir ve bakım masraflarının kime ait olacağı, irtifak sahibinin bu mahallerde ne gibi tadilât yapabileceği v. s. tâyin olunmalıdır. Gerçi bunlar kütükte yer alacak değildir. An-

cak resmî senet bir «evrakı müsbite : Belge» olarak tescile esas teşkil ettiği için sicillin mütemmim cüz'üdür. Ayni hakkın tam muhtevası ancak bunda görülür. Sicil yalnız ayni hakkın mevcudiyetine kısaca işaret eder. Binaenaleyh kütükteki kayıtlar daima «evrakı müsbite» ye atıfta bulunmak zorundadırlar (Homberger, mad. 942 N. 7).

Müşterek mülkiyetle memzuç olarak tesis olunacak irtifakların böylece kat tasarrufu ihtiyacını **devamlı olarak** tatmin edebilmesi için hukukan bir tedbirin daha alınmasına ihtiyaç vardır. Filhakika müşterek mülkiyette hissedarlardan her biri kaideten dilediği anda taksim istiyebileceğine göre (mad. 627) böyle bir dâva sonunda şüyuun izalesile hissedarlar şayi hisselerini ve bunlara merbut bulunan irtifak haklarını zayi edeceklerdir. Bu tehlikeyi bertaraf edebilmek için Medenî Kanunun 627 inci maddesine tevfikan alâkadarlarca şüyuu idame mükellefiyeti kabul edilmek lâzımdır. Böyle bir mukavele âkıdleri ve külli haleflerini ilzam ederse de maliklerden birinden şayi hisseyi temellük eden şahsın (cüzi halef) izalei şüyu talebine mâni olamaz. Bu mahzurun dahi bertaraf edilebilmesi ancak mukavelenin tapuya tescili ile mümkündür. Bu suretle mukavele üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade eder.

Medeni Kanunumuzun 913 üncü ve mütaakıp maddelerinde ne gibi hususların tapuya tescil olunabileceğinin **tahdidî olarak** tesbit olunduğu ve bu maddelerde idamei şüyu mukavelesinden bahsedilmemiş bulunduğu ileri sürülerek sicil tatbikatımızda bu hususta bazı tereddütler izhar edilmekte ise de idamei şüyu mukavelesinin tapuya kabili tescil olduğunda ilim sahasında her hangi bir ihtilâf mevcut değildir (10).

Filhakika, müşterek malikler arasındaki münasebeti, bunların yekdiğerlerine karşı haiz bulundukları hak ve vecibeleri Medeni Kanun 623 üncü ve mütaakıp maddelerinde tâyin ve tesbit etmiştir. Ancak bir az sonra göreceğimiz veçhile bu hükümler âmir hükümlerden değildir. Binaenaleyh alâkadarlar müşterek mülkiyet münasebetini kanundakinden başka suretle tanzim ile şayi hissedarlardan her birine kanunun tanıdığı bazı salâhiyetleri tahdit veya refi ve tahmil eylediği vecibeleri tadil edebilirler. Bu gibi anlaşmalar şayi hissenin **muhtevasını** tâyin ve tanzim eyledikleri cihetle sicillin «mülkiyet hanesi» ne kabili tescildirler. İdamei şüyu mukavelesi de kanunun şayi hissedara âmir bir şekilde olmaksızın tanıdığı bir salâhiyeti —taksim istiyebilmek hakkını— ref'etmesi itibarile

(10) Bak. Haab, mad. 650 N 3; Wieland, mad. 646, 7 c; Leemann, mad. 650 N 15.

zikrolunan mahiyette bir anlaşma olduğundan «mülkiyet hanesi» ne kabili tescildir.

Medeni Kanun 627 inci maddesinde hukuki bir tasarrufla ancak on sene için izalei şüyu hakkının ref'ine cevaz vermektedir. Müşterek mülkün devamlı bir maksada tahsisi halinde ise idamei şüyu mükellefiyeti müddetle mukayyet değildir. Hâdisemizde de müşterek mülkiyetle memzuç olarak irtifak hakları tesisi ve alâkadarlara binanın muayyen mahallerinde bilâ müddet hasren istifade hakkı tanınması keyfiyetini müşterek mülkün 627 inci maddenin kasdettiği mânada «devamlı bir maksada tahsis» mahiyetinde görenler yok değildir. Ezcümle İsviçre'de müellif **Haab** (mad. 675 N. 17) ve bizde Ebülulâ **Mardin** (Kat mülkiyeti s. 51 ve müt.) bu fikirde olduğu gibi Zürih Kanton Mahkemesi umumi heyeti de eski bir kat mülkiyetinin yeni hukuka uygun bir hale ifrağında bu noktai nazarı kabul etmiştir. Yüksek mahkeme aynen şöyle diyor (11) :

> «Kat mülkiyetinin yeni hukuka uygun bir hale ifrağı için müşterek mülkiyet tesisi halinde şayi hisselerin 657 inci (bizde 627) maddenin kasdettiği mânada devamlı bir maksada tahsisi işin mahiyeti icabıdır. Bu sebeple böyle bir halde artık izalei şüyu istemek hakkı yoktur.»

Bu noktai nazar benimsendiği takdirde izalei şüyu tehlikesi kanunen kendiliğinden mürtefi olmaktadır. Hususi bir anlaşmaya ve bunun tapuya tesciline ihtiyaç yoktur. Ancak tatbikatımızın bu meselede nasıl bir tavır takınacağını şimdiden kestirmek mümkün olmadığı cihetle alâkadarların izalei şüyu tehlikesini hiç lomazsa on sene müddetle bertaraf edebilmeleri için şüyuu idame mukavelesi akdederek bunu tapuya tescil ettirmeleri kanaatimizce ihmali caiz olmıyan bir emniyet tedbiridir.

İlim sahasında ayrıca kanuni şüf'a hakkının ilgası da tavsiye edilmektedir. Gayrimenkulün tamamı alâkadarların müşterek mülkü olarak tapuya tescil olunacağı cihetle hissedar sıfatile her birinin kanuni şüf'a hakkı mevcuttur. Gerçi şüf'a hakkının ilgası, şayi hissenin satılmasında daha kolay müşteri temini ve bazan kıymetin artması gibi faideler sağlamakta ise de hissedarlar arasına yabancı ve geçimsiz kimselerin girmesine yol açmak gibi mahzurlar da tevlidetmektedir. Mamafih hâdisesine göre faideleri mahzurlarına galip telâkki olunduğu takdirde bu hakkın mukavele ile ilgası da hukukan mümkündür. Filhakika müşterek maliklerin 659 uncu madde gereğince haiz oldukları kanuni şüf'a hakkı, 657 inci ve mütaakıp maddelerin matlaplarından da açıkça atnlaşıldığı veçhile mülkiyet

(11) Bak. SJZ 15, 317 Nr. 75.

hakkının bir takyidi mahiyetindedir ve bu sebeple 657 inci maddeye tevfikan resmî bir senede rabıt ve tapuya tescil suretile ilga olunabilir (12).

Tetkik etmekte olduğumuz hal şeklinin (yani müşterek mülkiyetle memzuç olarak şahsi irtifak tesisi) kanunen caiz bulunduğunda ilim sahasında her hangi bir ihtilâf mevcut değilse de tatbiatta sicil muhafızlarımız tarafından bu hususta bazı tereddütler izhar olunmaktadır. Şimdi kısaca bunları gözden geçirelim :

a) Deniyor ki : Teklif olunan şekilde irtifak hakları esasen gayrimenkulün malikleri bulunan şahıslar lehine tesis olunmaktadır. Mülkiyet en şümullü ayni bir hak olması ve kanunun tanıdığı bütün salâhiyetleri câmi bulunması itibarile malik lehine ayrıca irtifak tesisi mümkün müdür?

Bu sualin cevabını 706 ıncı maddesinde bizzat kanun vermektedir. Gerçi madde bulunduğu mevki icabı olarak sadece malik lehine tesis olunacak **arzi** irtifaklardan bahsetmektedir. Fakat amelî bir ihtiyaç bulunduğu takdirde aynı hükmün şahsi irtifaklarda ve hattâ gayrimenkul mükellefiyetlerinde dahi cari olduğu umumiyetle kabul olunmaktadır (13).

b) Hâdisemizde tesisi düşünülen irtifakların **muhtevası**, binanın muayyen bir mahallinden hasren istifade salâhiyetidir. Mesnet olarak gösterilen 753 üncü madde (14), böyle bir irtifak tesisine müsait midir? Zira madde «arsa üzerinde nişan talimi veya mürur gibi» irtifakların tesisinden bahsetmektedir. Halbuki hâdisemizde irtifaka mevzu teşkil edecek gayrimenkul **binadır** ve tesisi düşünülen irtifaklar maddede zikrolunan misallere makis değildir.

Cevap : Bir kere, maddede bahsolunan «arsa» dan maksat «gayrimenkul» dür. Netekim maddenin aslında «Grundstück» tâbiri vardır ki gayrimenkul demektir. Esasen tapu sicillinde müstakil sahife zemin için açılacağı cihetle irtifak da aynı sahifeye tescil olunacaktır. Bu itibarla 753 üncü maddenin yalnız boş arsalar hakkında cari olacağı düşünülemez.

---

(12) Bak. Haab, mad. 657 N 17; Wieland, mad. 682 şerhi; Leemann, mad. 730 N 6.

(13) Bak. Leemann, mad. 733 N 15, 735 N 6; Wieland, mad. 733, la; Eugen Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit, s. 72 Note 78.

(14) Madde 753 aynen şöyledir:

«Malik her hangi bir kimseye veya bir cemaat lehine kendi arsası üzerinde nişan talimi veya mürur gibi muayyen bir istifadeye mütehammil olmak şartiyle, diğer irtifak hakları tesis edebilir.

Hilâfına mukavele olmadıkça bu haklar başkasına temlik olunamaz ve bunların şümulü hak sahibinin âdi ihtiyaçlarına göre takdir olunur.»

Saniyen : Maddede «nişan talimi veya mürur» dan bahsolunmakta isse de «gibi» tâbirinden bunların tahdidî olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer cihetten, tesis olunacak irtifak haklarının zikrolunan «nişan talimi veya mürur» haklarına makis olmasına da zaruret yoktur. İrtifakın **muhtevası** bakımından maddenin vaz'ettiği yegâne kıstas «muayyen bir istifadeye mütehammil olmak» keyfiyetidir. Esasen maddede zikrolunan haklar **bu kıstasın** bir misali olmak üzere gösterilmişlerdir.

Filhakika Medeni Kanunumuza göre **irtifak**, bir gayrimenkulden **mahdut** bir dairede istifade salâhiyetini bahşeden ayni bir haktır. Kanun vâzıı, tesisi caiz olan irtifak haklarını (muhteva bakımından) birer birer tadadetmemiş, bilâkis 703 üncü maddesinde «... irtifak hakkına malik olan kimse tarafından istimale ait bazı tasarruflara rıza göstermeğe veya mülkiyete hâs olan bazı hakların istimalinden içtinabetmeğe mecbur kılar» demek suretile irtifak hakkının **muhtevası** bakımından umumi bir kıstas vaz'etmiştir. Binaenaleyh bu kıstasın şümulüne giren her istifade hakkı irtifakın muhtevasını teşkil edebilir.

Arzi, yani bir gayrimenkul maliki lehine olmak üzere diğer bir gayrimenkul üzerinde tesis olunan irtifakların şümul ve muhtevasını Alman hukuku hâkim (yani lehine irtifak tesis olunan) gayrimenkulün ihtiyaçlarile takyidettiği halde İsviçre-Türk Medeni Hukukunda bu takyitten sarfınazar olunmuştur (15). Binaenaleyh yalnız hâkim gayrimenkulün istimali bakımından faideli olanlar değil, malikinin her hangi şahsi bir ihtiyacına tekabül eden her istifade hakkı, 703 üncü maddedeki kıstasın şümulüne girmek kaydile, irtifak hakının muhtevasını teşil edebilir.

Medeni Kanunun 703 üncü maddesi, mevkii icabı olarak, ârzi irtifaklardan bahsetmekte ise de irtifakın muhtevası bakımından vaz'ettiği kısıtas **şahsi** irtifaklarda da aynen caridir. Diğer bir tâbirle, muhteva bakımından arzi ve şahsi irtifaklar arasında bir fark mevcut değildir. 753 üncü maddenin 703 üncü maddeye paralel olarak vaz'edilmiş olduğu Esbabı Mucibe lâyihasında açıkça ifade olunmuştur (16).

Şu halde arzi irtifak, 703 üncü madde sarahatine göre, bir gayrimenkul sahibine diğer bir gayrimeukulün tamamını veya bir kısmını **mahdut** bir surette istimal salâhiyeti veren ayni bir hak olmasına ve arzi ve şahsi irtifaklar arasında muhteva bakımından bir fark da mevcut bulunmamasına göre bir binanın muayyen katlarından hasran istifade salâhiyeti bahşetmek üzere 753 üncü madde gereğince şahsi bir irtifak tesisinin caiz olduğu verilen izahattan açıkca anlaşılmaktadır. 753 üncü maddenin aradığı

(15) Bak. Eugen Huber, Esbabı Mucibe Lâyihası, cd II s. 133.
(16) Bak. Eugen Huber, Esbabı Mucibe Lâyihası, cd II s. 132 ve müt.

«muayyen bir istifadeye mütehammil olmak» şartı da hâdisemizde mevcuttur. Filhakika bir binanın münferit katlarının muayyen istifadeye mütehammil olduğunda şüphe bulunmadığı gibi esasen tesisi düşünülen irtifakların muhtevası da muayyen şekilde (ikametgâh veya iş yeri olarak) istifadeden ibarettir.

3) Mamafih izhar olunan tereddütler veya başka mülâhazalarla 753 üncü madde hâdisede emin bir mesnet olarak telâkki olunmadığı takdirde kat tasarrufu ihtiyacını karşılamak üzere müşterek mülkiyetle memzuç olarak 703 üncü madde gereğince **arzi irtifak** tesisi de mümkündür. Şöyle ki :

Gayrimenkulün tamamı alâkadarların müşterek mülkü olarak tescil olunduktan sonra her biri lehine muayyen katlardan hasran istifade salâhiyeti bahşetmek üzere 703 üncü maddeye müsteniden **arzi** irtifak tesis olunabilir.

Evvelce zikrettiğimiz misali alırsak : üç katlı binayı muhtevi gayrimenkul evvelâ A, B ve C nin müşterek mülkü olarak tapuya tescil edilecek ve bundan sonra sicillin «irtifaklar» hanesine **şayi hisse sahibi sıfatile A lehine —ve diğer şayi hisseler aleyhine—** birinci kat üzerinde, B lehine ikinci ve C lehine de üçüncü kat üzerinde hasran istifade salâhiyeti veren birer arzi irtifak tesis olunacaktır. İşbu irtifaklar, arzi irtifak olmaları itibarile, şayi hisse ile beraber ve ona tebaan tedavül edecekler; keza şayi hisse ile birlikte kabili terhindirler.

Gerçi **arzi** irtifak mefhumu, biri hâkim ve diğeri hadim olmak üzere, **iki** gayrimenkulün mevcudiyetini tazammun etmektedir. Ancak **şayi hisse** de buradaki gayrimenkul mefhumuna dâhildir. Filhakika gayrimenkul mülkiyetinde şayi hisse, hukuki tasarruf bakımından da gayrimenkul hükümlerine tâbidir. Binaenaleyh gerek hâkim, gerekse hadim gayrimenkul birer şayi hisseden ibaret olabilir; şu şartla ki hadim gayrimenkul üzerinde irtifak hakkının taallûk ettiği mahaller fiilen tefrik edilmiş olsun (17). Hâdisemizde de bu şart mevcut bulunmaktadır.

Kat tasarrufu ihtiyacını karşılamak üzere böylece müşterek mülkiyetle memzuç olarak **arzi** irtifak tesisinin kanunen caiz olduğu ilim sahasında da kabul olunmaktadır (18). Bu şekil 753 üncü madde dolayısile iz-

(17) Bak. Peter Liver, Mahdut ayni haklar, Giriş N 19; Leemann, mad. 781 N 9.

(18) Bak. Peter Liver, Giriş N 19.

har olunan tereddütleri de ortadan kaldırmaktadır. Hattâ bundan evvel tetkik ettiğimiz hal şeklindeki (19) irtifakların haddi zatında arzi mahiyette olduğunu söyliyen müellifler yok değildir (20). Gerçekten irtifak mutlak olarak muayyen bir şahıs lehine değil de bir şayi hisse sahibi lehine tesis olunduğu ve ayni bir şekilde şayi hisseyi takibettiği takdirde fikrimizce de bunun şahsi bir irtifak olarak telâkkisi doğru değildir.

Buraya kadar tetkik ettiğimiz hal şekillerinde kat tasarrufu ihtiyacı, ya müşterek mülkiyetle birlikte **arzi** irtifak veyahut müşterek mülkiyetle memzuç olarak veya olmıyarak 753 üncü madde gereğince kabili devir ve miras yolile intikal edebilen **şahsi** irtifak tesisi suretile karşılanmak istenmektedir. İlim sahasında bu hal şekillerinin kanunen caiz oldukları beyan edilmekle iktifa olunmakta, kanunun irtifak hükümleri karşısında hatıra gelen bir tereddüdün izalesi nedense ihmal edilmektedir.

Filhakika kat tasarrufu ihtiyacını karşılamak üzere tesisi düşünülen irtifak hakları bilhassa iki ayni hakla müşabehet arzetmektedir ki bunlardan biri «intifa hakkı» diğeri de «sükna hakkı» dır. Kanun her iki hakkın tamamen şahsi yani gayri kabili devir olduğunu ve mirasçılara intikal edemiyeceğini **âmir bir şekilde** hüküm altına almıştır (mad. 721, 730, 748). Binaenaleyh kabili devir ve intikal olmak üzere tesis olunacak irtifak haklarile bu haklar arasında mahiyet ve muhteva bakımından bir fark yoksa kanunun bu âmir hükümleri başka yollardan (753 ve 703 üncü maddeler kanalile) bertaraf edilmiş olmıyacak mıdır? İşte tereddüdü mucip olan nokta budur.

İntifa hükümleri bakımından tereddüdün izalesi güç olmasa gerektir. Zira irtifak hakkı, sahibine ancak muayyen ve mahdut bir istifade salâhiyeti bahşettiği halde intifa hakkının temin eylediği istifade hakkı, 717 inci maddenin sarahati veçhile, gayri mahduttur. Gerçi mezkûr maddeye göre intifa hakkı da mukavele ile tahdidolunabilir, fakat bu bir istisnadır. Binaenaleyh mukaveledeki tahditler dışında intifa hakkı sahibinin istifade salâhiyeti gayri mahduttur. İlim sahasında da tebarüz ettirildiği veçhile (Leemann 745 N. 2) muhtevası berveçhi peşin muayyen ve mahdut istifade salâhiyetleri olmak üzere intifa hakkı tesisine kanunen cevaz dahi yoktur. Halbuki irtifak hakkından temin olunan istifade mahdut ve muayyendir. Hâdisemizde de alâkadarlardan her birine binanın katlarından mu-

(19) Yani müşterek mülkiyetle memzuç ve şayi hisselere ayni bir şekilde merbut olmak üzere 753 üncü madde gereğince irtifak tesisi.

(20) Bak. Peter Liver, Giriş N 19.

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA 625

ayyen ve mahdut bir surette (ikametgâh veya ticaretgâh v.s. olarak) istifade salâhiyeti tanınmak istendiğine göre tesis olunacak hakkın bir intifa hakkı mahiyetinde telâkkisine ilmen imkân yoktur. Binnetice intifa hakkına mütedair hükümlerin ihlâli de bahis mevzuu değildir.

Sükna hakkına gelince : Burada mevcut tereddüdün izalesi müşkilât arzetmektedir.

Sükna hakkı, bir bina veya onun bir kısmını **mesken olarak** kullarmak salâhiyetidir (İsviçre MK mad. 776) (21). Eğer hâdisemizde bahis mevzuu olan gayrimenkul alâkadarlar tarafından mesken olarak **kullanılmıyacaksa,** kat tasarrufu ihtiyacını karşılamak üzere tesis olunacak irtifaklar **muhteva** bakımından sükna hakkından farklı olacaklarından bu hakkın gayrikabili devir ve intikal olduğu hakkındaki âmir hükümlerin ihlâli de bahis mevzuu değildir.

Fakat hâdisemizde irtifaka mevzu teşkil edecek olan gayrimenkul **mesken olarak kullanılacaksa,** yani irtifak hakları sahiplerine muayyen katlardan ancak mesken olarak istifade salâhiyeti bahşedecekse bu takdirde muhteva bakımından sükna hakkı ile arada bir fark bulmak hayli müşkildir. Kanun sükna hakkını sureti mahsusada tanzim etmiş olduğuna göre (bilhassa 753 üncü maddeye müsteniden) tesis olunabilecek irtifakların sükna hakkından **farklı bir muhtevaya** malik olmaları zaruri görünmektedir. Netekim şârih Leemann «781 inci maddeye tevfikan muhtevası sükna hakkının aynı olan bir irtifak tesisine imkân yoktur» demek suretile bu görüşü teyidetmektedir (22). Şu halde, ciheti tahsisi mesken olan bir gayrimenkulde kat tasarrufu ihtiyacını irtifak tesisi suretile karşılamanın caiz olup olmadığında bihakkın tereddüdolunabilir. Fakat sükna hakkının devir ve intikalini meneden kanuni hükmün (mad. 748) istihdaf olunan gaye nazara alınmak suretile tefsiri neticesinde mevcut tereddüt ve dogmatik mahzurun bertaraf edilmesi de mümkün görünmektedir. Şöyle ki :

Şahsi bir irtifak olan sükna hakkile normal olarak **yabancı** bir gayrimenkul takyidolunmaktadır. Sükna hakkı yabancı bir şahsın mülkiyet hakkını geniş mikyasta takyidettiği ve bunu âdeta çıplak mülkiyet menzilesine düşürdüğü içindir ki kanun vâzıı bunun hiç olmazsa muayyen bir şahsın hayat ve ihtiyaçlarile mukayyet olmasını arzu etmiş ve devir ve intikalini meneylemiştir. Memnuiyet hükmünün saikı budur. Gerçi malik le-

(21) Bizim 748 inci maddede bir tercüme hatası olarak «işgal» den de bahsolunmaktadır.

(22) Mad. 781 şerhi N 37; bak. Keza Peter Liver, Giriş N 64. Her iki müellif bir taraftan böyle söylerken diğer taraftan da kat mülkiyeti ihtiyacını karşılamak üzere irtifak tesisinde her hangi ilmî bir mahzur görmemektedirler.

hine de sükna hakkı tesisi mümkündür; ancak bu bir istisnadır ve ekseriyetle gayrimenkulü elinden çıkarmak istiyen maliler tarafından —satıştan sonra da meskensiz kalmamalarını teminen— tevessül olunan bir tedbirdir ki kısa bir müddet sonra sükna sahibi ile malik yekdiğerinden yine ayrılmaktadır.

Halbuki hâdisemizde irtifak haklarile takyidolunan mülkiyet yabancı bir mülkiyet değildir, bilâkis irtifak sahiplerinin müşterek malıdır ve irtifak ile mülkiyetin bu içtimaı da muvakkat değil, daimî olacaktır. Bu itibarla kanun vâzıını sükna hakkının devir ve intikalini men'e sevk eden endişeler (yani yabancı bir mülkiyetin ağır bir surette uzun müddet takyidi endişesi) burada (23) mevcut değildir.

4) Kat tasarrufu ihtiyacını karşılıyacak ve meselenin irtifak tesisi suretile hallinde ortaya çıkan dogmatik mahzurları tamamen bertaraf eden diğer bir şekli hal daha vardır ki o da şudur:

Gayri menkulün tamamı alâkadarların müşterek mülkü olarak tapuya tescil olunduktan sonra her birine ait **şayi hissenin muhtevasını** (yani istimal ve istifade bakımından bahşeylediği hak ve salâhiyetleri ve tahmil ettiği vecibeleri) mukavele ile sureti mahsusada tâyin ve tahdidederek bunu sicillin «mülkiyet» hanesine tescil etmek. Bu suretle müşterek mülkiyet münasebeti sureti mahsusada tanzim edilmiş olacak ve tapuya tescil ile mukavele üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade edecektir.

Medeni Kanun 623 üncü ve mütaakıp maddelerinde hissedarların karşılıklı hak ve borçlarını tanzim ve böylece **şayi hissenin muhtevasını** tâyin etmiştir. Buna göre hissedarlar müşterek mülklerini biliştirak idare ve **istimal** (mad. 624 fk 1) ederler; semere ve masraflar hisseleri nispetinde aralarında taksim olunur (mad. 626). Ancak 624 üncü maddedeki «hilâfına mukavele olmadıkça» ve 626 ıncı maddedeki «hilâfına hüküm yoksa» kayıtlarından da açıkça anlaşıldığı gibi kanundaki bu hükümler âmir hükümlerden mâdut değildirler (Haab 646 N. 8). Binaenaleyh hissedarlar aralarındaki müşterek mülkiyet münasebetini başka hükümlere de tâbi tutabilirler. Bu cümleden olarak her birinin istimal ve istifade hakkını müşterek mülkün muayyen bir kısmına (meselâ bir kat veya bir daireye) hasır ve masrafların hisse esasında başka nispetlerle taksimini mukavele edebilirler. Bu gibi anlaşmalarla alâkadarlar müşterek mülkiyet münasebetini tanzim ve şayi hissenin **muhtavasını** (yani hissedarlara bahşettiği hak ve tahmil eylediği vecibeleri) kanundakinden başka suretle tâyin ve tesbit etmiş olurlar. Diğer bir tâbirle, müşterek mülkiyet ve şayi hisse kalıp

(23) Yani hiç olmazsa müşterek mülkiyetle memzuç olarak irtifak tesisi hallerinde (hal şekli 2 ve 3).

olarak aynı kalmakta ve fakat hissei şayianın **muhtevası** tadile uğramaktadır. Bu nevi mukavelelerin âkıdleri ve külli haleflerini ilzam edeceğinde şüphe yoktur. Cüzi halefleri yani şayi hisseyi temellük eden üçüncü şahısları da ilzam edebilmesi için tapuya tescil şarttır. Müşterek mülkün idaresi, istimal ve ondan istifade hususunda kanuni hükümlerden inhiraf eden bu gibi anlaşmalarla **mahdut ayni bir hak tesis edilmeyip müşterek mülkiyet** münasebeti tanzim edilmiş olacağı cihetle bunların tapu sicillinde «mülkiyet sütunu» na tescilleri mümkündür. Böylece üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade ederler. Sicil muhafızı şayi hissenin tescili sırasında bu hususdaki mukaveleye atıfta bulunmakla mesele halledilmiş olacaktır.

Zikrolunan tarzda bir anlaşma ile mülkiyet hakkı, eski tâbirile rakabe, değil ancak intifa salâhiyeti fiilen taksime uğramakta ve haddi zatında müşterek mülkün her kısmına sâri olan bu salâhiyet muayyen bir mahalde lokalize edilmektedir. Eski tâbirile, burada mevzuubahsolan, kısmeti âyân değil, kısmeti menafi ve «mekânen muhayee» dir (Mecelle, mad. 1174 ve mütaakıp).

Şüphesiz burada da izalei şüyu tehlikesini bertaraf için müşterek malikelerin 627 inci madde gereğince idamei şüyu mukavelesi akit ve bunu tapuya tescil ettirmeleri lâzımdır. Arzu olunduğu takdirde kanuni şüf'a hakkının ilgası da mümkündür.

Son olarak tetkik ettiğimiz bu hal tarzının kanunen caiz olduğu İsviçre Medeni Kanununun redaktörü Eugen Huber'in esbabı mucibe lâyihasında (cild II s. 73) tasrih olunduğu gibi müelliflerce de teyidolunmaktadır.

Şahsi kanaatimize göre, kat tasarrufu ihtiyacını karşılamak üzere düşünülen hukuki tedbirlerin **en basiti** ve meselenin irtifak tesisi suretile hallinde ortaya çıkan dogmatik mahzurları bertaraf edeni budur. Diğer cihetten bu hal eski hukuk zamanından beri alışık olduğumuz bir müesseseye dayandığı için bize yabancı da gelmiyecektir.

Netice : Konferansrmızın başından beri verilen izahattan çıkan netice şudur ki Medeni Kanunumuz kat tasarrufu ihtiyacını karşılayabilecek çeşitli hukuki tedbirlere imkân vermektedir. Binaenaleyh mevcut mesken buhranının tazyiki altında Medeni Kanunun ana prensiplerini haleldar edecek ve tapu sicillerimizde teşevvüşler meydana getirebilecek her hangi bir tadile teşebbüsten önce ihtiyacın tetkik etiğimiz hukuki tedbirlerle karşılanmasına tevessül emek daha salim bir hareket tarzı olacaktır. Tapu sicilli teşkilâtımızın da bu hususta icabeden anlayışı göstereceğine kaani bulunuyoruz.

—o—

TAKDİRÎ DELİLLER (1)

Yazan : Muhsin TUĞSAVUL

Ankara Üçüncü Sulh Hukuk Yargıcı

2 — Takdirî deliller,

A — Takdirî delillerin mahiyeti,

B — Şahadet

a — Şahadetin kıymeti ve takdiri,

b — Hangi hallerde şahit dinlenir?

1 — Alacak âdi olup 50 liradan azsa,

2 — « « « 50 liradan fazlaysa,

3 — Senede karşı şahit dinlenir mi?

4 — Alacak tarihî bir mukaddemei beyyineye istinadediyorsa,

5 — Alacağı tevlideden hal veya muamelenin hususiyetine göre şahit istimaı,

I —Akrabalar arasında yapılan muameleler,

II — Alacak tazmini müstelzim fiillerden doğmuşsa,

III — Yangın, kazayı bahrî veya düşman istilâsı gibi fevkalzde hallerde,

IV — Halin icabına ve tarafların durumuna göre alacağı senede raptetmek müteamil değilse,

V — Yapılan akit ve muamelelerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu hallerinde,

a — Hata (yanılma),

b — Hile (aldanma),

c — Gabin (aşırı istifade),

d — Cebir ve ikrah (zorlama ve korkutma) hallerinde şahit dinlenir mi?

6 — Senet kaybolmuşsa,

C — Tatbikat ve istikdap,

D — Alacak ticari mahiyette ise,

E — Yalan yere şahadet,

a — Usul Kanunu yönünden,

---

(1) Kanuni deliller hakkındaki birinci makalemiz Temmuz 1951 tarihli Adalet Dergisinde neşredilmiştir.

b — Türk Ceza Kanunu yönünden,

F — Ehli vukuf (bilirkişi),

G — Keşif;

a — Keşfin mahiyeti,

b — Keşifte usul,

Takdirî deliller

A — Takdirin ve takdirî delillerin mahiyeti ve değerleri,

Kanuni delillerin mahiyet ve değerleri Usul Kanunu tarafından tasrih edilmiş ve muayyen iddiaların ancak belli delillerle kabili ispat bulunduğu aynı kanun tarafından tesbit edilmiş olmasına mukabil takdirî delillerin sübuta yeter olup olmadıklarının halli yargıcın takdirine terkedilmiştir.

Yargıcın takdirine bırakılmış olan bu salâhiyet hudutsuz bir salâhiyet değildir. Halli icabeden mesele, bu sınırın nereden başlayıp nerede biteceğini tâyin edebilmektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240. Maddesine göre (kanunun tâyin ettiği haller müstesna olmak üzere hâkim ikame olunan delilleri serbesçe takdir eder). Vicdani delil sisteminin tatbik edildiği ceza hukuku sahasında da bu kaide mevcuttur. Ezcümle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 254. Maddesine göre (mahkeme iradedilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder).

Kanunun mahiyet, değer ve şümulünü sarih olarak tesbit ettiği delillerin yargıç tarafından ayrıca takdirine cevaz yoktur. Buna rağmen kanun vâzıı Usulün 240. Maddesi ile umumi ve şâmil bir kaide koymak suretiyle mevcut delillerin takdirinin dâvayı rüyet eden yargıcın nüfuzuna, şahsi ve ilmî bilgi ve görgüsüne, hayat tecrübesine bırakmayı zaruri bulmuş ve ona terketmiştir.

Delillerin takdiri, başka bir ifade ile delillerin kaderinin tâyini Usul hükümleri bakımından delillerin, dâvanın sübutuna kifayet eder derecede olup olmadığını tesbit etmektir. Bu takdir, takdirî deliller için çok daha ehemmiyetlidir. Zira takdirî delillerin sübuta olan irtibatını, değerini kanun tesbit etmemiş yargıcın meleke, kabiliyet ve salâhiyetine terkeylemiştir.

Bir şeyin kaderini tâyin etmek sübjektif düşünce ve kararlarla olmaz. Kanun vâzıı, delillerin mukadderatını elbette yargıcın keyfî ve şahsi arzusuna terketmemiştir. Bu takdir, yargıca bir salâhiyet olarak verilirken her salâhiyet gibi bunun da usulsüz ve kanunsuz istimalini kanun ceza müeyyedeleri ile menetmiştir.

Bu madde ile vâzıı kanun, yargıca, (size delilleri takdir salâhiyetini

veriyorum; çünkü ben takdir etmek imkânına malik değilim; fakat siz delilleri takdir ederken umumi hukuk esaslarından, kanunların madde ve metinlerinden, ana prensiplerden, hak ve hukuk mefhumlarından, mevcut ve müesses nizamın koyduğu kaidelerden, örf, âdet ve ilmî içtihatlardan mülhem olacaksınız. Bu takdir aklı selimin, hukuk mantığının bir icabı ve hâdiselerin varılması tabiî ve zaruri akışlarının bir neticesi olmalıdır. Bu salâhiyeti her salâhiyet gibi, ihmal veya sui istimal edemezsiniz. Bu salâhiyeti size âmmenin ve tarafların menfaatine uygun hareket edeceğinizi farzederek veriyorum) demiştir. Filhakika hukuk nizamı, hiç bir salâhiyetin mutlak bir şümulü olduğunu kabul etmez. Hususi hukuk sahasında yargıca maddi meselenin takdiri bakımından tanınmış olan bu usuli salâhiyet neticesi itibariyle esasa yani hükme müessir geniş bir salâhiyettir. Bu salâhiyetin sui istimali veya dikkatinizce tatbik edilmesi elbette ki hakkın zıyaına sebebiyet verir. O halde bu salâhiyet dahi her salâhiyet gibi kanunun kontrol ve murakabesine tâbidir.

Hâdiselerin normal cerayanı, tarafların dâvadaki durumları ve davranışları, diğer kanuni delillerin taraflardan birisi lehine aldığı istikamet, umumiyetle delillerden edinilen intiba ve vicdani kanaat, tarafların iradetmiş olduğu delillerden elde edilen netice bir tarafın delillerini tercihe saik olacaktır.

Şu halde yargıç takdir salâhiyetini kullanırken bir taraftan hukuk nizamının ana prensipleri, hâdiselerin cereyanı ve mantıki seyri ile mukayyet olmasına mukabil diğer taraftan bütün bu meseleleri halledecek olan ve iç muhasebesinin, yani kendisini hakikate ulaştıracak olan vicdanının sesi ile de mukayyet olacaktır. Esasen takdir, son muhasebesini yargıcın vicdanında yaptıktan sonra hukuki bir hüviyet alır. Zâhiri hal ve kuru mantıkla, hâdise ve delillerin iç görünüşü, Adaleti kucaklayan derin duygular yargıcın vicdanında çarpışır. Yargıç bu muhasebede ya mevcut delillerin gösterdiği inkişafla vicdani kanaatinin intibak ettiğini görecektir ki bu takdirde mesele yoktur, hüküm vermek kolaylaşır. Yahut da delillerin zâhirî görünüş ve değerlerine rağmen onları yine dâvanın mahiyet ve bünyesi, edindiği kanaatin neticeleri muvacehesinde kabul etmiyecek ve vicdanının sesini dinleyerek takdirini ona göre kullanacak ve kararını verecektir.

Esasen Usulün 240. maddesinde zikredilmiş olan (serbestçe takdir) salâhiyeti bu gibi ahvalde kendini gösterir. Yargıç kendi vicdani takdirine göre, delillerin zâhir halini, suni olan inkişafını kabul etmez, ve ademi kabulün esbabı mucibesini kararında göstermek suretiyle, neden görünüşte varılması lâzım geldiği sanılan neticeden çok daha ayrı bir neticeye var-

dığını izah eder. Her zaman hata yapması mukadder olan insana tanınmış olan bu salâhiyetin çok büyük ve tehlikeli bir salâhiyet olduğunda şüphe yoktur. Bu sebepledir ki Yargıtay, yargıçların bir kısım kararlarını hulâsaten (hâdisenin cereyan tarzına ve delillerin inkişaf istikametine rağmen birtakım istidlâlâtı mücerrede ile yazılı şekilde karar verilmesi yersizdir) demek suretiyle nakzeder. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1935 senesinde ittihaz ettiği 47/11 sayılı kararıyle (hâkimin takdir hakkı şahadetin dâvaya mutabakatı halinde mevzuubahsolacağını) tasrih etmiştir.

Yüksek Yargıtay bir kısım kararlarında (..delillerinin takdiri yargıca ait bulunmuş ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamış...) esbabı mucibesiyle bazan da hükümleri tasdik etmektedir.

Yargıtay'ın takdire mütaallik hususlarda verdiği bu bozma kararları bir kısım meslektaşlarımız tarafından 240. Madde muvacehesinde kabul edilmemektedir. Filhakika yargıç takdirde isabetsizlik olmadığına kaani olursa eski kararında ısrarda haklıdır. Ancak, Yargıtay'ın takdirin isabetini kontrol etmek salâhiyeti vardır.

Takdirin yanlış kullanılması binnetice dâvayı sabit müdafayı gayri vârit veya kısmen vârit görmeyi yahut da dâvanın reddini mucip olur. Yani yanlış takdir, maddi meselenin takdirinde hatâya düşmek demektir.

Usulün 428. maddesinin 5. Bendine göre Yargıtay'a, (meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi) halinde hükmü bozmak salâhiyeti verilmiştir. Çünkü Yargıtay bir derece mahkemesi değildir. Bizde henüz bir derece mahkemesi olan istinaf mahkemeleri ihdas edilmemiştir. Eğer Yargıtay'a bu salâhiyet tanınmazsa, yanlış takdiri ihtiva eden kararların kesinleşmesine cevaz verilmiş olur. İstinaf kademesinin kurulması halinde Yargıtay hakiki hüviyetini alarak prensip mahkemesi haline geldiği zaman takdirin isabetsizliğine dokunan bu salâhiyet bittabi istinaf mahkemesine intikal edecektir.

Şurasını tebarüz ettirmek isteriz ki, Yargıtay, mahkemelerin takdirini ret veya kabul ederken çok dikkatli hareket etmiye mecburdur. Çünkü evrak üzerinde tetkikat yapmak başka, tarafların delillerini, şahitlerin ahvalini gözle görmek, bizzat incelemek başka şeydir. Muhakeme sırasında vâkı olan bir hareket veya bir bakışın çok kere zapta geçirilmesi mümkün olmayabilir. Fakat yargıca bu bir çok şeyler ilham ve ifham eder. Tarafların ve şahitlerin sözleri zaptedilebilir; fakat her hareket zaptedilemez. Hareket âni olarak cereyan eder. Tesbiti de mümkün olmıyabilir. Bu itibarla yüksek Yargıtay yargıcın takdirinde bâriz zühul gördüğü zaman kararı bozmalıdır.

632

Esasen takdirin herkesten evel yargıca verilmesinin hikmeti de, hâdiseye herkesten evel onun müşahade ve nüfuz edebileceğinin vâzıı kanun tarafından bidayeten kabul edilmesinde aramak lâzımdır.

Yargıç takdirini kullanırken «önceden kendisi tarafından verilmiş kararlara, bâtıl itikatlara istinadetmemelidir.»

Takdirin olmaması yargıcın bilmeyerek tarafsızlığını ihlale müncer olur. (Bitaraflık zekâ ve ahlâkın bir muhassalasıdır. Bitaraflık umumiyetle kullanılan, tarafsızlıktan veya kaygusuzluktan büsbütün başka bir şeydir. Bitarflığın sâdır olduğu iradi metanet ve seciye kudreti ise büyük çapta görüşlerin, fikrî yükselmenin ve kariha genişliğinin muhassalasıdır) (2).

Demek oluyor ki takdir, sırf «istidlâlâtı mücerredeye» sübjektif saik ve düşüncelere, ilim, akıl ve mantıkla hukukesasları hilâfına, dosya münderecatiyle ret ve talil olunmıyan şahadet ve sair delillerin gösterdiği neticelere aykırı olmamalıdır. Aksi halde buna (takdir) değil, (sui takdir) demek daha doğru olur.

Şu halde takdirin isabet veya ademi isabeti, dâvayı gören yargıcın (düşünmek ve muhakeme etmek) hususundaki (mantık ve sanatının) kudret derecesini ortaya koyan hukuki ve ilmî bir kriteryumdur.

Kıymetleri kanunen tesbit edilmemiş olan belli başlı deliller şahadet, ehli vukuf, keşif, istiktap ve tatbikattır.

Bu delilleri taraflı ve tarafsız delil olarak ikiye ayırmak mümkündür. Taraflı delilden maksat, bir tarafı haksız olarak iltizam eden delil demek değildir. Taraflı delil, tarafların ibraz ve ikame ettiği delildir. Meselâ şahit gibi. Tarafsız delil ise ilmî esaslardan mülhem olarak dâvanın hallinde müracaat edilen delillerdir. Meselâ keşif, tatbikat, bilirkişiye müracaat gibi.

Bu delillerin hepsi de yargıcın takdirine göre değerlenir.

B — Şahadet

a — Şahadetin kıymeti ve takdiri,

Bir ihtilâfın halli için kanunen menedilmiyen ahvalde taraflar şahadet beyyinesine istinadedebilirler.

Şahit, ihtilâfa mevzu olan hâdise veya beyanı gören yahut işiden kimsedir. Başka bir ifade ile (şahit, gerek tesadüfî olarak gerek tarafların talebiyle nizalı bir vakanın veya hukuki muamelenin yapılması sırasında hazır bulunan ve bilâhara o vakanın veya hukuki muamelenin mevcudiyeti, tarzı veya neticeleri hakkında hâkime bildiklerini söyleyen şahıstır) (3).

(2) Adalet mantığı ve tefsir, Adalet Bakanlığı tercümesi, sahife 420.
(3) Hukuk mantığı tefsir, sahife 147.

Yalnız başkalarından işidilen veya başkalarının görmüş olup kendisine naklettiği şeyler hususunda da şahit dinlenebilir. Buna (simaa müstenit şahadet) denir. Bu şahadet, gören ve bizzat işidene nispetle bittabi kuvvetli değildir. Kanaatimizce mücerret bu şahadete yani simaa ve nakle binaen hüküm vermek de doğru değildir. Bu şahadet, olsa olsa diğer delillerle birleştiği surette bir kıymet ve ehemmiyet kazanır.

Muhterem Hocamız Profesör Mustafa Reşid Belgesay «hâkim işitme üzerine olan şahadet, asıl şahidin ölümü gibi bir sebeple dinlenmesine imkân bulunmaması ve kendisinin doğrulukla mâruf olup yalan söylemesine ihtimal verilmemesi ye vakayı nakleden şahidin de şaibeli bulunmaması ve her iki şahidin beyanı vazıh ve katî bulunması halinde kabul edilebilir. Fakat, bu halde bile ihtiyat tavsiye edilir. Hususiyle, şahidin beyanı birbirine dayanan bir kaç kişinin malûmatına istinadediyorsa kabul edilmemesi evlâdır. Mamafih kanun marufiyet delili ile dâvanın ispatını kabul ettiğinden hâkimin bu türlü şahadete istinaden de dâvanın maddi meselesini sabit farzetmesi memnu değildir» (4).

Filhakika eski hukuka göre şahadetin doğruluğu bakımından simaa müstenit şahadet hükme medar kabul edilmemesine mukabil yeni Usul Kanunumuzda bu gibi şahadetin kabul edilmemesi hakkında bir hüküm mevcut değildir.

Şahadet beyyinesi takdirî delillerin başında gelen bir beyyinedir. Şahadetin doğruluğu veya yanlışlığını, iltizami olup olmadığını, hükme kâfi mahiyet arzedip etmediğini, mahiyet ve muhtevasını yargıç serbesçe takdir eder.

Şahidin nihayet her insan gibi hatalarla mâhûl bir kimse olması ekseriya dikkatinin kifayetsiz bulunması nazara alınırsa denebilir ki en tehlikeli delil şahittir.

Şahit çok kere fıtrat ve terbiyesi icabı bilerek veya bilmiyerek gördüğünü gizler. Bazan da nüfuzu nazarının kuvvetsiz olması itibariyle yanlış veya noksan anlatabilir.

Teessürle kabul etmek gerektir ki ekseri hallerde şahadet beyyinesi emniyetle ve kâfi derecede istinadedilecek bir beyyine vasfı arz etmemektedir.

Hakka ve adalete hizmet endişesini vicdanında duymayan ve yalan söylemeyi ve haksızlığı iltizam etmeyi tabiî sayan bir kimsenin mahkemeye yardım etmesine ve adaletin tecellisinde kendine düşen medeni ve insani vazifeyi yapmasına imkân yoktur.

---

(4) Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü şerhi cilt 2, sahife 74.

Tatbikatta bir çok ahvalde rasladığımız gibi, şahit, bildiğini ve gördüğünü saklamakta, saklamasa bile bunu bilerek veya bilmiyerek tadil veya inkâr etmektedir.

Psikolojisi bakımından şahadet müessesesi esaslı bir tahlile tâbi tutulduğu zaman, çok kere şahidin şahsi bilgi ve dikkatinin kifayetsizliği bazı ahvalde duyma, görme hislerinin insanı aldatması, üzerinden zaman geçen bir hâdisenin diğer hâdiselerle karıştırılması gibi muhtelif saiklar muvacehesinde mevcut şahadetin tamamen doğruluğunu kabul imkânsız bir hal alır. Bazı ahvalde şahit, menfaat bağlariyle merbut bulunduğu veya şahsan sempatisi olduğu kimselere karşı hakikate aykırı beyanda bulunabilir.

Şahit bütün hüsnüniyetine rağmen hâdiseleri hakikata uygun olarak ifadeye muktedir olmıyabilir. Bütün bu mahzurlarile beraber denebilir ki «şahadet içtimai adaletin temelidir. Onsuz adalet olmaz» (5).

Hemen her ihtilâf, insan varlığına dayanılarak, onun mevcudiyetine güvenilerek halledilir.

Şahadet beyyinesi yargıç tarafından dikkatli bir tahlile tâbi tutulmak, varsa mübayenetler telif edilmek, takdire esas olmak üzere imkân nispetinde şahitler mufassal bir şekilde istima edilmek, şahidin içtimai, malî ve ahlâki durumları, meslekleri, yaşadıkları hayat şartları ve taraflarla olan karebet veya münasebetleri, hâdisede ve ihtilâfda doğrudan doğruya veya dolayısiyle menfaatleri olup olmadığı tesbit olunmak ve şahidin şahsına ve seciyesine nüfuz edilmek ve ona göre takdir cihetine gidilmek lâzımdır. Ancak bu sayededir ki beşerî adalet kısmen olsun dalâlete sapmaktan kurtulur ve cemiyette nispî de olsa bir adalet hissi ve huzuru temin edilebilir. Adaletin bihakkın tecellisi kaza fonksiyonunun dikkat ve basiretle icrasına mütevakkıftır. Bu dikkat ve basiret ise, mahkemelerin iş hacmının normal ve yargıcın uzun müddet şahitleri mahkemede sorguya çekmesiyle mümkün olur. Şematik sual ve cevaplarla, hâdisenin künhüne nüfuz edilmeden âzami süratle hareket edilerek şahidi istima etmek adaletin tecellisini önlemekten başka bir fayda vermez.

b — Hangi hallerde şahit dinlenir,

Kanun bir hususun muayyen delillerle ispatını emretmiş ise o ihtilâf başka delil ile ispat olunamaz.

Usulün 237. maddesinde tesbit edilen bir hükümle delil hukukunun ana prensiplerinden birisi vaz'edilmiş bulunmaktadır. Bu prensipin istisnası aynı maddenin 2. fıkrasında zikredilmiştir. Tarafların yazılı şekilde

(5) Hukuk mantığı ve tefsir, Ali Himmet Berki, sahife 147.

635

ispat hususunu; diğer delillere raptettiği ahvalde o deliller kabul edilebileceği gibi. muhakeme sırasında tarafların tahtı kabulünde olan deliller ikrar edildiği surette o deliller ikame ve istima edilir. Başka delil kabul olunmaz (6).

Demek ki taraflar arasında yazılı veya şifahî bir sözleşme olmadığı takdirde kanunun tâyin ettiği hususlar yine kanun tarafından tesbit edilen muayyen delillerle kabili ispat olup bunun dışında başka bir delil ile ispatında vâzıı kanun tarafından cevaz verilmemiştir.

Kocası lehine kefalet eden bir kadının kocasiyle mukavele yapan bir kimse, mukavelenin muteber olduğunu ancak Sulh yargıcının tasdik kararı ile ispat edebilir. Zira Medeni kanunun 169. maddesine göre kadının koca lehine yapmış olduğu tasarruflar sulh yargıcı tarafından tasdik olunmazsa muteber olmaz. Yine bu cümleden olarak 50 lirayı geçen alacakların senetle ispatı lâzımdır. Şahit dinlenmez. (Usul kanunu madde 288). Alacak 50 liradan aşağı olsa dahi senede raptedilmiş olan bir tasarrufun kıymetini tenzil veya iskat eden her türlü tasarrufların da ancak senetle ispatı mümkün bulunmaktadır. (Usul kanunu madde 288).

Boşanma veya ayrılığın fer'î hükümlerine ait olmak üzere karı koca arasında tanzim edilecek sözleşme hâkim tarafından tasdik edilmedikçe muteber olmaz (7).

Medeni Kanunun 256. maddesi gereğince evlât edinme için, mücerret hâkimden karar almak kâfi olmayıp bu akdin resmî senede rapdedilmesi şarttır (8). Evlât edinme muamelesinin muteberiyeti bu senedin yapılmış olmasının sübutuna mütevakıftır.

Tapuda müseccel olan gayrimenkulün satışı ve mülkiyetinin intikali yine tapu sicili ile ispat edilebilir.

Bunun tabiî neticesi olarak tapuda mukayyet gayrimenkulün haricî satışı muteber değildir (9).

Bu misallerden anlaşılacağı veçhile kanunun muayyen bir delil ile ispatını emrettiği hususları ikiye tefrik etmek doğru olur :

A — Âmme intizamını ilgilendiren meseleler,

B — Âmme intizamını ilgilendirmeyen meseleler.

Âmme intizamını ilgilendiren hususlar için taraflar, Usulün 287. maddesinde yazılı olduğu üzere yazılı veya şifahi anlaşma yapmak salâhiyet ve

---

(6) Bu hususta Temmuz 1951 tarihli Adalet Dergisindeki Kanuni Deliller hakkındaki makalemize bakınız.

(7) Heyeti umumiye 26/5/1937.

(8) 2. Hukuk 2/11/1939, 3529.

(9) Tevhidi içtihat 10/6/1931.

iktidarını haiz değildirler. Bu neticenin maddenin metninde tasrih ve tesbit edilmesine hukuk tekniği bakımından bir lüzum ve zaruret yoktur. Kaideten âmme intizamı; hususi hukuk sahasındaki akit ve irade serbestîsine, ferdin hak ve salâhiyetlerini gaye itibariyle yine fertlerin hukukunu himaye mülâhazasiyle takaddüm eder.

Âmme intizamını alâkalandırmıyan hususlarda ise fertler tam ve kâmil mânada akit ve irade serbestîsine maliktirler. Bu itibarla yukarıda verilen misalleri 287. madde muvacehesinde ispat hukuku yönünden incelerken bu meselelerin hepsinin şekle bağlı olarak ispatı gerektiği zâhir olmakla beraber bir kısmının 287. maddenin ikinci fıkrasına göre dahi sözleşme ile tadil edilemiyeceğini kabul etmek lâzım gelir.

Girişe ait olan esasları böylece kısa bir şekilde tesbit ettikten sonra şimdi hangi hallerde şahit dinleneceği meselesine geçiyoruz. Usul kanunumuzun çetin bir bahsi olduğu şüphe götürmiyen bu mevzu üzerinde mümkün mertebe nazari esaslarla tatbikatın bu güne kadar olan tecellilerini göz önüne almak ve şahsi kanaatlerimizi de ilâve etmek suretiyle vazıh bir şekilde izaha çalışacağız.

Şahit dinlenmenin mümkün olup olmadığını tâyin için, alacağın miktarına ve mahiyetine göre bir tefrika tâbi tutmak icabeder. Alacak ya 50 liradan fazla veya az olur. Alacak ya âdi veya ticarî olur. Her iki hale göre tatbik edilecek esaslar ispat hukuku bakımından değişik ve tipik mahiyetler arzetmektedir.

1 — Alacak âdi olup miktarı 50 liradan dun ise;

Alacak ticarî bir akit ve muameleden doğmayıp 50 liradan az ise her türlü beyyine ile ispat edilir. Şahit ikame edilebilir, senet ibraz edilebilir. Usul Kanununun 288. maddesine göre bir hakkı ihdas, nakil, tahvil tecdit, ikrar, itfa, ıskat, hulâsa bir hakkın doğumu veya son bulması yahut şekil değiştirmesi veya bir alacağın yerine diğer bir alacağın ikamesi yahut bir alacağın diğer bir alacağa tahvili veya yenilenmesi için yapılan bütün tasarrufların vâkı oldukları zamandaki miktar ve kıymetleri (5000) kuruşu tecavüz ettiği takdirde, senetle ispat edilmesi lâzımdır. Şu halde alacak 5000 kuruştan azsa şahit ikamesine mâni bir hal yoktur.

Fransız Medeni Kanununun 1341. maddesine göre «miktar ve kıymeti 150 frangı aşan bütün hukuki muamelelerde hattâ vedialarda, bir noter senedi veya âdi senet tanzimi lâzımdır. Senede karşı veya onun ihtiva ettiği miktarın fazlasına taallûk eden iddialarla, senedin tanziminden evvel, tanzimi sırasında veya tanziminden sonra vâkı itiraz 150 franktan noksan miktara taallûk etse dahi şahitle ispat edilemez. Ticraet Kanunu hükümleri mahfuzdur.»

Kanunda tasrih edilen kıymet hangi zamandaki kıymettir?

Yine maddenin sarahatine göre tasarrufun vuku bulduğu tarihteki miktar ve değere bakmak ve alacağın o tarihte 50 liradan aşağı olup olmadığını tâyin etmek ona göre senetle ispatı caiz olup olmadığına karar vermek icabeder. Meselâ emanet verilen şeyin değeri 50 lirayı tecavüz ederse şahit dinlenmez. Dâva sırasında emanet edilen şeyin değeri 50 liradan dununa düşse dahi aslında yani taraflar arasındaki muamelenin vukuu tarihindeki değer 50 liradan fazla olduğundan yine şahit istimaına cevaz yoktur.

Alacağın miktarı, alacağın aslı ile bu asla bağlı olan ve senette yazılı bulunan faiz ve sair talepleri de ihtiva eder. Miktarın hakiki kıymetini buna göre tesbit etmek doğru olur (10).

Bazı hallerde bir kimsenin diğer şahıstan muhtelif cihetlerden veya aynı sebeplerle muhtelif alacakları olabilir. Bu alacakların mecmuu 50 lirayı mütecaviz bulunsa dahi her alacak 50 lira veya 50 liradan aşağı ise bu takdirde yine şahit istimaına cevaz vardır. Filhakika Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/12/1933 tarihli kararında (elli lirayı mütecaviz müddeabihi teşkil eden alacak sebep ve cihetleri muhtelif ve mütaaddit ve her birinin miktarı elli liradan dun bulunmuş olmasına nazaran her biri hakkında şahit dinlenebileceği) tesbit edilmiş bulunmaktadır.

Burada ehemmiyeti haiz olan şu noktaya işaret etmek istiyoruz : Bir akdin mevcudiyeti ile mevcudiyetinin ispat edilebilmesi başka şeylerdir. Hakikatte 100 liralık bir karz akdi mevcut olmasına rağmen ispat bakımından senet aranacağından senet bulunmadığı takdirde alacağın ispatı imkânsızlaşabilir. Alacağın muayyen bir hadden sonra senede raptedilmesi lüzumuna işaret eden Usulün 288. maddesinin sevkını muhik gösteren sebeplerin başlıcaları şunlardır :

a — Alacak senede raptedilirse vuku bulan muamelenin şerait ve tarihi unutulmaz. Yani yazılı bir vesika ile tesbit edilmiş olur.

b — Bazı ahvalde doğrudan doğruya icrada alacağın tahsili mümkün olur veya kolaylaşır.

c — Muhakeme Usulü bakımından sürat temin edilir. Yargıç elli lira üstündeki muameleler için şahit dinlemez senet arar. Senet yoksa yeminle meseleyi halleder.

d — Yalan şahadet kısmen olsun önlenmiş ve şahadet beyyinesine müracaat edilmemiş olur. Ve şahitlerin dinlenmesi ve takdiri gibi uzun ve yorucu işlere tevessül edilmez.

2 — Alacağın miktarı elli liradan fazla ise,

Usulün 290. maddesi sarahatine göre zamanı vukuundaki değeri 50 li-

(10) Profesör Mustafa Reşit Belgesay, Usul Şerhi, sahife 155.

rayı tecavüz eden iddialar için şahit dinlenmesine imkân yoktur. Bu gibi hallerde dâvacıdan senet istenir. İbraz edemediği takdirde dâvacı dâvalıya bir yemin teklif eder. Yeminin eda edilmesi takdirinde dâva reddolunur.

Dâvacı 50 lirayı aşan bir alacağı şahitle ispat edeceğini söylese hâdisede şahit dinlenmesine kanuni imkânsızlık olmasına rağmen dâvalı da buna muvafakat etse bu takdirde şahit dinlenebilir mi?

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ahiren mümasil hâdiselerde içtihadettiği üzere bu gibi ahvalde şahit dinlenebileceğini kabul etmiştir.

Fransız ihtilâf Mahkemesi Başkanı M. Faberguettes'in Adalet Mantığı adlı kitabının 152. sahifesinde «şahadetin memnuiyeti, âmme intizamından değildir. Taraflar kanuna muhalefetle şahadeti kabul edebilirler. Binnetice eğer karşı taraf şahitle ispata muvafakat etmişse hâkim re'sen şahadeti reddetmemelidir.» diyor.

Biz şahsan bu fikirde değiliz. Yukarıda arz edildiği üzere Usulün 288. maddesine göre kanunun muayyen bir delille ezcümle senetle ispatını emrettiği bir hususun başka bir delille ispat edilemiyeceği âmir bir hüküm olarak sevkedilmiştir. Taraflar arasındaki ihtilâfın tahaddüsünden evvel delil ikamesi hususunda bir sözleşme yapılmadığına göre mücerret muhakeme sırasında dâvalının şahit istimaın amuvafakat etmesi kanunun aradığı mânada delil iraesine mütaallik sözleşme şeklinde kabule imkân yoktur. Bu itibarla biz bu gibi hallerde şahit dinlenemiyeceği kanaatindeyiz.

Miktar itibariyle 50 liradan fazla alacaklarda şahit istima edilemiyeceğine ait misallere gelince;

Kira akdinde tahliye hakkındaki ihbar binnetice kira hakkının ıskatın âmil olması bakımından yazılı delil ile ispat edilmesi icabettiği gibi akdi ispat dahi kira bedeli miktarı itibariyle 50 lirayı aştığı surette şahitle ispat edilemez. Keza bedeli icarların alındığı hakkındaki müdafaa dahi şahitle ispat edilemeyeceği Yargıtay 3. Hukuk Dairesince içtihadedilmiştir (11). Bu cümleden olarak kira akdinin teceddüdettiği hakkındaki iddialar Millî Korunma Kanununun meriyetinden evvel miktarına göre şahitle ispat olunmamakta idi. Ödenen kira bedeli 50 liradan aşağı ise şahit dinlenebileceğine şüphe yoktur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 5/2/941 tarih ve 3/13 sayılı kararında (kira bedelinin peşin olarak ödendiği yolundaki iddia kira akdinin mukavelenameye bağlı olmamasına ve akdin vukuu ve kira bedelinin miktarı hakkında taraflar mutasaddık bulunmaları-

(11) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 24/9/1951.

na ve ödendiği iddia olunan kira bedeli 50 liradan aşağı olmasına nazaran keyfiyeti tediye hakkında şahit dinlenebileceği) tespit edilmiştir.

Karz, kefalet, emanet... gibi akitler de miktarları itibariyle 50 lirayı tecavüz ettikleri surette şahitle ispat edilemez.

Burada Usul Hukuku yönünden ayrı bir hususiyet taşıyan şu noktaya da işaret etmek faydalı olacaktır : Taraflar arasında yapılan sözleşme miktar itibariyle 50 lirayı geçmesine rağmen bu sözleşme 3. şahısların hukukuna müessir bulunuyorsa 3. şahıslar yazılı beyyinenin mevcudiyetine rağmen bunun hilâfını her türlü delil ile ispat edebilirler. Demek oluyor ki, yazılı beyyine veya senede ait hükümler sadece taraflar için mer'i ve muteberdir. 3. şahıslar için değil... Meselâ gayrimenkulün hissedarlarından birisi hissesini âhara 5000 liraya satmış olsa hakkı şuf'a sahibi olan kimse tapuda yapılan bu satışın 5000 lira olmayıp 2500 lira olduğunu her türlü beyyine ile ispat edebilir (12).

Keza Maliye Hazinesi gayrimenkul satışlarında alıcı ile satıcının ferağ harcından kaçınmak maksadiyle satışlardaki hakiki bedelin tapuda tescil edilen miktardan fazla olduğunu her türlü delil ve bu arada şahitle ispat edebilir (13).

Tanzim edilen senet Usulün tarifatı dairesinde tanzim olunmamışsa durum ne olacaktır?

295. maddeye göre kaideten mahkeme ilâmları ve noterler tarafından re'sen tanzim edilen senetler hilâfı sabit oluncuya kadar delili katî teşkil eder (14).

Ecnebi memleketlerde usulüne uygun olarak salâhiyetli memurlar tarafından tanzim ve tasdik edilen senetler mahallindeki mer'i kanunlara uygun oldukları mahallî Türkiye şehbenderleri ve siyasi memurlarınca tasdik edilmiş ise keza resmî senet hüküm ve kuvvetini haizdir (Usul 296).

Senet usulüne uygun tanzim edilmemiş ise ya hiç hukuki bir kıymeti haiz olmaz veya Usulün aradığı şartlar varsa mukaddemei beyyine olarak kabul edilerek kanunun 292. maddesine göre muamele yapılmak lâzım gelir.

İmzası noterden tasdikli senetler hilâfı sabit oluncıya kadar muteber vesaiktan maduttur (15).

---

(12) 1. Hukuk 20/12/1932.

(13) 4. Hukuk 3/10/1946, 4290/3940.

(14) Bu hususta Temmuz 1951, Adalet Dergisindeki Kanuni Deliller hakkındaki makalemize bakınız.

(15) Yargıtay Ticaret Dairesi 26/10/1940, 2422.

Noterlikçe re'sen tanzim edilen senetler ise sahteliği sabit oluncıya kadar beyyinei katiye mahiyetindedir (16).

3 — Senede karşı şahit dinlenir mi?

Alacak senede merbut ise ister 50 liradan fazla, ister az olsun Usulün 289 ve 290. maddelerinin sarahatine göre senede karşı yapılacak her nevi müdafalarla senedin hüküm ve kuvvetini azaltacak her nevi tasarruflar senetsiz, yani şahitle ispat edilemez. Mahkeme defide bulunan kimseden yazılı delil arar, yoksa yemin teklifi suretiyle ihtilâf hallolunur. Senette borcun sebebinin gösterilip gösterilmemesi neticeye haizi tesir değildir.

Yargıtay Hukuk Umumi Heyeti 12/7/1939 tarihli kararında (Müstenidi iddia senette... liranın nakden alındığı yazılıdır. Borçlu bu kaydın hilâfı hakikat olduğunu ve bu senedin buğday mukabili olarak verildiğini ve halbuki buğdayın teslim edilmediğini ve binaenaleyh senedin bedelsiz olduğunu ileri sürmektedir. Alacaklı filhakika senedin buğday mukabili olduğunu, ancak buğdayın senedin tanziminden evvel teslim edildiğini iddia ediyor. Temyiz 4. Hukuk Dairesi «borçlunun def'ine karşı alacaklı buğday bedeli olduğunu beyan etmek suretiyle borcun nakden vukuu hakkında senette yazılı ikrarı talil ederek buğday verdiğini iddia eylemiş bulunmasın anazaran alacaklının ibraz ve ikame edeceği her nevi deliller tetkik ve istima kılınarak ve alacaklı bu ciheti ispat edemediği takdirde usulen borçlunun yeminile halli mesele edilmek icabeder». diyor. Hukuk Heyeti Umumiyesi ise «borcun sebebi ikrar edilmesine ve hâdisede ikrarın asılsız olduğu hakkında ispat külfeti borçluya ait olup borçlu bu ciheti ispat edemediği takdirde alacaklının yeminiyle halli mesele edilmesi icabeylediğine» karar vermiştir.)

Keza Yargıtay Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 12-4-1933 tarihli kararına göre (sebebi gösterilmeyen borç senedine karşı vuku bulan defilerin ikrarda kizbe müncer olup olmadığı hususunda Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinde hâsıl olan içtihat ihtilâfı üzerine toplanan Umumi Heyette keyfiyet müzakere olunarak : Borç ikrarını mutazammın beyyine aleyhine delil ikamesi caiz olup ancak ikrarda borcun sebebi musarrah ise müddeaaleyh bu sebebin tahakkuk etmediğini ispat edebilir. Eğer borcun sebebi tâyin olunmamışsa müddeaaleyh evvelâ ikrarın muayyen bir sebebi bulunduğunu, saniyen bu sebebin tahakkuk etmediğini ispat hakkını haizdir. Şu hale göre seende müstenit iddaya karşı yukarıda yazılı defi

(16) Yargıtay Ticaret Dairesi 24/12/1931.

641

dermeyan edip bu def'ini alelusul ispat edemeyen müddeaaleyhin hasmına bir yemin teklifine hakkı olduğu) kararlaştırılmıştır.

Yargıtay İçtihat Birleştirme Genel Kurulu 12-4-1933 tarihli kararında da (senetli borca karşı vâkı def'in şahitle ispatına cevaz olup olmadığı hususunda hâsıl olan içtihat ihtilâfı üzerine keyfiyet müzakere olundukta : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290. maddesi mucibince senede müstenit olan her nevi iddialara karşı dermeyan olunacak müdafaaların şahitle ispatına cevaz olmamasına ve ibarei kanuniye mutlak bulunmasına binaen senetle ispatı lâzım gelmeyen ve fakat senede raptedilen her nevi alcaağa karşı vâkı teslimat iddiasının şahitle ispatına mesağı kanuni olmadığına...) deniyor.

Görülüyor ki bir alacak; eğer senede merbut ise miktarı ister 50 liradan az, isterse çok olsun, şahit istimaına cevaz yoktur.

Ayrıca alâkalı faslında izah edileceği üzere bu son içtihadı birleştirme kararı Usulün 293. maddesinin 5. bendine şâmil değildir. Bu gibi hallerde senedin mevcudiyetine rağmen müdafaa şahitle ispat edilebilir .

Aslı, miktarı itibariyle senetle ispatı icabeden bir tasarrufun, dâva sırasında ibra ve istîfa gibi şu veya bu sebeple miktarı elli liradan aşağı tenezzül etse dahi yine geri kalan miktar şahitle ispat edilemez. (Usul 289). Zira alacağın aslı senede merbuttur. İbra ve istîfa alacağın senede merbut olduğu hakkındaki farika ve hususiyetini bertaraf etmez.

Borçlar Kanununun 12. maddesine göre kanunen tahrirî olması lâzım gelen bir akdin tadili dahi tahrirî olmak lâzımdır. Şu kadar ki bu akdi nakız veya tadil etmeyen mütemmim ve fer'î şartlar bu hükümden müstesnadır, demek suretiyle usule mütenazır bir hüküm sevkedilmiştir.

Usulün 289 ve 290. maddeleri aslında bir birini itmam eden bir tek kaideyi ifade etmektedir. Bu kaide şudur :

(Senede merbut alacak 50 liradan az olduğu veya aslı 50 liradan fazla olmasına rağmen iddiaya mevzu teşkil eden miktar 50 liradan aşağıya tenezzel ettiği halde dahi alacağın esasının senede bağlı olması itibariyle buna karşı olan müdafaaların şahitle ispatına cevaz yoktur. Yine senetle ispat edilmek icabeder.)

Fransız Medeni Kanununun 1343, 1344 maddeleriyle aynı mahiyette ve miktar 150 frank olmak üzere iki kaide vaz'edilmiş ve şahit dinlenemiyeceğine işaret edilmiştir.

Senette tarih yoksa, muamelenin vuku bulduğu günü tespit bakımından şahit dinletmek zarureti vardır ve dinlenmelidir. Senet müphem, gayri vazıh ifadeleri ihtiva ediyor ve hâkim tarafından tefsirine imkân bulun-

muyorsa hâkim bu hususta da şahit dinleyebilir. Aksi halde senedi tefsire ve akdi öğrenmeye imkân kalmaz.

4 — Alacak bir mukaddemei beyyineye istinadediyorsa;

Eğer alacak bir tahrirî mukaddemei beyyineye istinadediyorsa bu takdirde şahit dinlenmesi caizdir. Demek oluyor ki bu madde şahit dinlenmiyeceğine mütaallik olan ana kaidenin bir istisnasıdır. Tahrirî beyyine başlangıcı nedir?

«Tahrirî bir mukaddemei beyyine var denebilmek için şartların birleşmesi gerektir :

a — Yazılı delil; bir karine ne kadar katî görünürse görünsün yazıdan hâsıl olmadıkça, bu maddedeki mânasında beyyine başlangıcı addedilemez.

Beyyine başlangıcı olabilecek yazının senet olması lâzım değildir : İddia olunan muameleyi tevsik maksadiyle yazılan yazılar gibi, başka maksatla yazılan yazılar da beyyine başlangıcı olabilir. Dost mektupları, hâtıra defterlerindeki kayıtlar bu kabîldendir. Fransa temyiz mahkemesi bir kimsenin mahkemede isticvabı sonunda tanzim edilen zabıt varakasının da beyyine başlangıcı olabileceğini kabul etmiştir.

Ancak, inkâr olunan bir senet beyyine başlangıcı teşkil edemez. (Temyiz III. H. Hukuk 13-11-1930 T. M. 639 930). İptal olunan bir senet de mukaddemei beyyine olamaz (T. IV. H. 23-937 ad. 199, 1938 P. 29-1938).

b — Yazı muamelenin vukuuna bir karine teşkil etmelidir.

Doğrudan doğruya iddia olunan muameleyi ihtiva eden yazılar gibi iddianın doğruluğuna delâlet edecek karineleri ihtiva eden yazılar beyyine başlangıcı olabilir.

Beyyine başlangıcı olan yazı hâkimin kanaatine göre, iddia olunan şeyin sübutuna kâfi ise tam takdirî bir delil olur. Bununla hükmedilebilir. Ezcümle, bir senet, içinde yazılı olup taahhüde mevzu teşkil etmemiş olan vakıa ve hâdiseler hakkında bir beyyine başlangıcı teşkil edebilir. Hâkim bu vakıaların vücuduna ve bunları bir sebeple de sonradan tahaddüs etmediğine kanaat getirirse bu beyyine başlangıcını delil sayarak hükmedebilir. Şu halde beyyine başlangıcı ile senet arasındaki fark birincisinin takdirî, ikincisinin de katî bir delil olmasıdır (17).

Demek ki mukaddemei beyyine kanuni değil takdirî bir delildir. Bir vesikanın mukaddemei beyyine olup olmadığını yargıç bu şartlara göre takdir edecek ya kabul veya reddedecektir.

Mukaddemei beyyine olan yazının dâvalıdan veya kanuni yahut mu-

(17) Mustafa Reşit, Usul şerhi, cilt 2, sahife 161 - 162.

kavele ile olan mümessilinden sâdır olması kâfidir. Yoksa onun tarafından imzalanması şart değildir. Bir mektup, hâtıra defterindeki notlar birer mukaddemei beyyine olabilir. Ancak üçüncü şahıslar tarafından dâvalı tarafından salâhiyeti olmadan yazılmış vesikalar mukaddemei beyyine olamaz. Ve bu vesikaların kendisine izafe edilen şahsın emriyle yazılmış olduğu hususu da şahitle ispat edilemez. Fakat eğer yazıyı yazan kimse muamele kendisine izafe edilen kimseyi temsil ediyorsa bunun sübutu halinde yazılan vesikayı mükaddemei beyyine olarak kabul etmek doğru olur. İmza veya yazının inkârı halinde istiktap yapmak lâzımdır. Fransız Medeni Kanununun 1347. maddesi, mukademei beyyineyi, (aleyhine dâva açılan kimseden veya onu temsil eden şahıslardan sâdir olan ve iddia edilen vakıanın sübutuna kâfi olmamakla beraber vukuuna delâlet eden bütün vesikalara yazılı mukaddemei beyyine denir) şeklinde tarif etmiştir.

Fransız Temyiz Mahkemesi içtihadına göre, tanzim edilip imzalanmamış zabıt varakaları alâkadarların önünde tanzim edilerek kendisine okunup imza ettirilmemiş veya imzadan istinkâf ettiği tasdik edilmemiş ise beyyine başlangıcı teşkil etmez.

Yüksek Yargıtay'ımızın içtihatlarına gelince;

Yargıtay Ticaret Dairesi 29-11-1930 tarihli kararıyle evvelce cereyan eden dâvada medarı tatbik ittihaz edilen imzaları havi icra evrakının yanmasından mahkeme kâtibinin nezareti altında bilirkişi tarafından yapılan tatbikatı havi raporun sonradan açılan dâvada mukaddemei beyyine addine bir mâni olmadığını içtihadetmiştir. Usulüne uygun şekilde tasdik edilmemiş bir defterin tüccar aleyhine mukaddemei beyyine addine imkân yoktur (18).

İnkâr edilen ve hasma aidiyeti sabit olmayan bir varaka, inkâr edilen mühürlü senet, parmak işaretini havi senetler de mukaddemei beyyine olamaz (19).

5 — Alacağı tevlideden hal veya muamelenin hususiyetine göre şahit istimaı;

Her memleketin Usul kanunları hususiyetleri itibariyle ya senet verilmesi mümkün olmayan veya senede raptına tarafların hususi durumları itibariyle lüzum ve hattâ imkân bulunmayan veya tarafların yaşamakta oldukları hayat şartlarının veya borcun doğumuna saik olan ahvalin hususiyetine göre miktar nazara alınmaksızın şahit istimaına cevaz

(18) Ticaret Dairesi 27/12/1930.

(19) Yargıtay 4. Hukuk 6/11/1933, Hukuk Heyeti Umumiyesi, 30/3/1938, 3. H. 28/6/1939.

vermişlerdir. Bizim Usul kanunumuzda da bu gibi haller 293. maddede tadat ve tesbit edilmiştir.

Bu madde miktarı elli lirayı aşmasına rağmen şahit dinlenecek halleri derpiş etmektedir. 293. maddenin başında yazılı olan (aşağıdaki hallerde her halde şahit ikame olunabilir). hükmü tatbikatta birtakım anlaşmazlıklara yol açmaktadır. Meselâ usul füru arasındaki muameleler senede merbut ise yine şahit dinlenir mi? (Her halde şahit ikame olunabilir.) ibaresinin medlûl ve şümulü nerede başlamakta, nerede bitmektedir? Bize göre bu ibare göründüğü kadar mutlak bir mahiyet ve vasıf taşımamaktadır. Şimdi sırasiyle bu kayıtları ayrı ayrı tahlile tâbi tutalım:

1 — Akrabalar arasında yapılan muameleler :

Kanun vâzıı bir kısım akrabalar arasında yapılan muamelelerin miktarı ne olursa olsun şahitle ispat edilebileceğini 293. maddenin birinci bendiyle tespit etmiş bulunmaktadır. Bu bent hükmüne göre, usul füru, birader ve hemşire, karı koca, damat, kayınpeder ve kaynana, damat ve gelin arasındaki muamelelerde şahit dinlenir. Kanunun hasrî bir şekilde tadadettiği bu akrabalık dışında şahit dinlenemez. Karabetin derecesi kanunla katî olarak tâyin olunmuştur.

Gerçekten, akrabalık derecesi bu kadar bir birine yakın olan insanların yapacakları muameleleri senede raptetmeleri ekseri ahvalde mümkün değildir. Bu gibi eşhas arasında aile birliğinin tevlidettiği içtimai, ahlâki, rabıta bakımından tabiî bir itimat halinin bulunduğu kanun vâzıınca farzedlmiş ve miktarı ne olursa olsun şahit dinlenebileceği tesbit edilmiştir.

Ancak, bu gibi akrabalar arasındaki her hangi bir muamele senede raptedilmiş ise, bundan doğan iddia ve müdafaaların da yine senetle islayan içtihat birleştirme kararına göre 290. madddeki senede merbut her patı zaruridir. Zira yukarıda temas edilen ve 290. maddenin şümulünü açıknevi iddialara karşı dermeyan edilecek müdafaaların (şahitle ispatına cevaz bulunmadığına dokunan ibarei kanuniye mutlak mahiyeti haiz) bulunmaktadır. Ezcümle Yargıtay Hukuk Gnel Kurulunun 22-1-1930 tarihli kararında (senede karşı şahit istimaı caiz değildir. İki taraf arasındaki münasebet ve karabet mevcudiyeti bu kaideyi değiştirmez) denmek suretiyle bu noktai nazar teyidedilmiş bulunmaktadır.

II — Alacak tazmini müstelzim bir fiilden doğmuşsa;

İster Ceza Kanunu mucibince cezai bir müeyyede altına alınmış bir fiilden, isterse cezayı mucip olmayan sadece tazmini icabettiren bir fiilden neşet etsin, zarar dolayısiyle tevellüdeden alacağın miktarı ne olursa olsun şahit istimaına cevaz vardır. Zira fiil, maddi bir hâdisedir. Bu

alacaklının iradsi ile tevellüdetmez. Haksız fiilin vukuundan evvel senede raptedilmesine mantıkan imkân yoktur.

Bir kimse diğer bir şahsı öldürürse 50 lirayı çok aşan bir zarar doğar. Bu zarar esasen senede bağlanamaz. Çünkü fiil tamamlanınca zarar doğmuş olur veya Ceza Kanunu mucibince suç vasfını haiz olmamasına rağmen bir kimse fiili ile diğer bir şahsa zarar verir. Bu gibi hallerde de keza miktar neye baliğ olursa olsun zarar miktarı şahitle ispat edilir. 293. maddenin 2. bendiyle vaz'edilmiş olan bu kaide zararı doğuracak fiilin bünye ve hususiyetinin zaruri ve tabiî bir neticesidir. Başka türlü bir kaide vaz'etmeye de esasen imkân mutasavver değildir. Binaenaleyh Borçlar Kanununun haksız fiil faslını alâkadar eden bütün hâdiseler, yani 41 - 60. maddelerin şümulüne giren her mesele ile tazminat tevlideden her fiil sonunda doğan alacaklar hakkında miktar bahis mevzuu olmaksızın her türlü delilin istimaı, irae ve ikamesi caizdir.

Yine bu cümleden olarak vekâleti olmadan başkası hesabına yapılan borçlarda da şahit istimaı mümkündür.

Eğer alacağın mesnedi olan mukavele dolandırıcılık fiili ile elde edilir veya mukavele esaslarında suç unsuru bulunursa bu iddialar dahi şahitle ispat edilebilir.

III — Yangın, kazayı bahrî veya düşman istilâsı... gibi fevkalâde hallerde,

Yangın, kazayı bahrî veya düşman istilâsı gibi senet alınması gayrimümkün veya müşkül hallerde yapılan muamelelerin de miktarına bakılmaksızın şahitle ispatına imkân vardır. Bu gibi hallerde bir akdin tahrirî bir beyyineye raptının imkânsızlığı veya müşkül olduğunu düşünen kanun vâzıı bu kabîl ahvalde şahadet beyyinesine istinada cevaz vermiştir.

Gerçekten fevkâlade halin, deniz kazası veya yangının, yahut düşman tarafından bir memleketin istilâsında taraflar arasında bir şahsın kurtarılması veya bir malın saklanması veya nakli, bir kimseye baktırılması ..... gibi ahvalde senet yapmak mümkün olmayabilir. Prefesör Mustafa Reşit Belgesay'ın da işaret ettikleri gibi (20) maddenin bu bendinde zikredilen ahval tahdidi mahiyette değildir. Bu hallere müşabih veya onlara kıyaslanacak her türlü fevkalâde hal ve şartlarda senet yapılması mecburi değildir. Şahadet beyyinesine istinadedilebilir. Dâvacı şahadet beyyenisine istinadedibilmek için evvelâ muamelenin vuku bulduğu tarihtaki fevkalâde hali, ve bu halin mevcudiyetine rağmen senet yapmaktaki imkânsızlığı veya müşkülâtı ispat edecek bundan sonra alacağının sübutunu temin yönünden şahit ikame ve istima ettirebilecektir.

(20) Mustafa Reşit şerhi 167.

«Vukuu evelden tahmin olunmıyan bir musibetin heyecan ve tesiri altında olsa bile senede bağlanması ahval ve şerait, umumi âdetler itibariyle mümkün olan muameleler şahitle ispat edilemez. Ezcümle bir kimse yangından çıkardığı malları saklamak, taşımak için mukavele yaparsa senet almak lâzımdır. Bir kimsenin mallarını yangın veya deniz kazası yerinden uzaklaştırmak için çabucak yapmağa mecbur olduğu muamelelerdir ki şahitle ispat olunabilir» (21).

Usulün 293. maddesinin 3. bendinin tatbik edilebilmesi için ana kıstas şu olmalıdır : senet yapılırsa musibet veya felâket, yahut fevkalâde hal sebebile zarar devam edecek veya artacak mıdır? Eğer böyle ise alacağın senede raptına lüzum ve imkân da yoktur. Aksi halde yapılacak muamelenin senede raptı lâzım gelir.

IV — halin icabına ve iki tarafın vaziyetine göre senede raptı müteamel olmayan muameleler,

Bazı hallerde taraflar arasında yapılan muamele, tarafların bir birlerine karşı olan vaziyetleri, yapılan muamelenin bizatihi mahiyeti icabı veya mevcut ahval ve şeraite göre senede raptedilmeden icra edilmesi hususunda bir teamül tesis etmiş olabilir. Bu gibi hallerde mahkeme evvelâ teamülün mevcudiyetini tesbit edecek ve teamülün mevcudiyeti sabit olduğu surette yapılan muamele 50 liradan fazla olsa dahi şahit dinlenmesine imkân bulunduğuna karar verebilir.

Senede raptı müteamil olmıyan muameleler ne demektir? Bundan senet istenmesi yaşanılan hayat şartlarına ve mevcut teamüllere göre mahzurlu ve ayıp sayılan halleri» anlamak lâzımdır.

293. maddenin 4. bendindeki teamül kaydı memleketin bütün hudutlarına şamil bir teamül olmayıp mahallî ve hususi örf ve âdetlere şâmil bir tâbirdir.

«Ezcümle şu hallerde Fransız mahkemeleri dâvanın şahitle ispatına müsade etmişlerdir :

Bir avukatın mahkeme reisine dosyayı verdiği, bir doktorun vizitesi, doktorun ücretini aldığı, bir kadın evlenme dışında münasebette bulunduğu, ve beraber oturduğu kimseye tevdi ettiği eşya, bir otelciye emanet edilen mallar şahitle ispat olunabilir. Bir otelcinin oteline, her saat gelen müşterilerin eşyasını sayarak senet senet vermesi âdeten imkânsızdır. Mamafih para gibi otelcinin teslimat kabilinde makbuz vermeyi âdet ettiği eşyanın tevdii şahitle ispat olunamaz. Fransız müellifleri nişanlanmanın da hukuki bir muamele olduğunu nazara alarak yazı ile is-

(21) Mustafa Reşit şerhi 167.

647

pat edilmesi lâzım geldiği mütalâasındadır. Ancak, çok kere olduğu gibi nişanlanma ciddî olmayıp kadını iğfal için verilmiş bir sözden ibaret kalmış ise, suç mevzuubahisolduğundan her vasıta ile ispat edilebilir.»

Memleketimizde, köylerde orta hayvan alım satımı senede raptedilmez. Köylülerimiz şahitler önünde birbirlerinin ellerini sıkmak, helâllaşmak) suretile satışı yaparlar. Netekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25/6/950 tarihlikararında (orta hayvan alım satımından mütevellit alacak dâvasında şahit dinlenebileceğini) ve 3. Hukuk Dairesi de 22/5/936 tarihli kararında (hayvan alışverişinin senede raptı müteamel omadığından bu hususun şahit) istimaına mâni bulunmadığını açıklamıştır. Keza Hukuk Genel Kurulu 25/1/933 tarihli kararile (köylüler arasında koyun alım satımının senede raptı müteamel olmadığından böyle bir akit 50 liradan ziyadeye taallûk etse de şahitle ispat edilebileceğini) tesbit etmiştir.

Köylerimizde ziraat veya bütün ortaklılığının da senede raptedilmemesi teamül halindedir. Binaenaleyh bu kabîl ihilâfların kâffesinde miktar ne olursa olsun şahit dinlenebilir.(22)

Üvey ana ile oğlu arasındaki karabet 293. maddenin birinci bendindeki derece ve münasebet uygun olmamasına rağmen tarafların birbirlerine karşı olan münasebetleri ve durumu icabı olarak Hukuk Genel Kurulu bunlar arasındaki ihtilâfın 50 lirayı tecavüz etse dahi 293. maddenin 4. bendinegöre şahit istimaının mümkün bulunduğunu içithadetmiştir. (23)

293. maddenin 4. bendile vaz'edilmiş olan bu kaide dahi şahit dinlenmiyecek halleri tesbit eden 288 — 289. maddelerle tanzim olunan ana kaidenin istisnalarından birisidir. İstisnayı teşmil etmek; ana kaidenin şümulüne tecavuz etmeğe ve binnetice kanun vâzıının maksadını aşmaya müncer olur. Kendisine arz edilen ihtilâfta yargıç, tarafların durumunu tesbit edecek, halin icabına vetarafların durumuna göre senet alınmasına mâni bir teamül olup olmadığını bilirkişinin beyanı veya şahadetle tâyin ettikten sonra böyle bir teamül mevcut ise, asıl ihtilâf hakkında şahit edilmeğe karar verilcektir. Bu sebepledir ki yüksek Yargıtay örf ve teamül tahakkuk etmeden böyle bir teamülün mevcudiyetinden bahisle mahkemelerin sadece şahit dinlemek suretiyle verdikleri kararları nakzetmektedir.

(22) 4. Hukuk Dairesi 8/9/1939 - 1664.
(23) Hukuk Genel Kurulu 23/2/1939.

Tatbikat Bakımından «Bazı Suç ve Cezaların Affı» na Dair 5677 Sayılı Kanun Üzerinde Tetkikler

Yazan : Hakkı MÜFTÜOĞLU
İstanbul C. Savcı Yardımcısı

«Af rahmü şefkat» ve «af yapmağa en ziyade şayeste olan şey» dir.

— Bir Hadis —

14 Mayıs, inkılâp tarihinde demokrasimizin inkişaf merhalelerinden birini teşkil eder.

Serbest seçimlerle tecelli eyleyen millî hâkimiyet ve teessüs eden demokratik idare, inkılâbın hâtırası olarak bir «Af Kanunu» hazırlamak ve tatbik etmekle işe başladı.

Hazırlanan tasarı Türkiye B. M. M. de müzakere olunurken, bu kanuna «14 Mayıs bazı suçlara ait tecil ve Af Kanunu» veya «bazı suç ve cezaların affı ve bir kısım cezaların indirilmesine dair kanun» isimleri verilmek istenilmiş (1) ve tartışmalardan sonra 15/Temmuz/1950 tarihinde yürürlüğe giren 5677 sayılı «Bazı suç ve cezaların affı» hakkında kanun ismi ile kabul buyrulmuştur.

Bu kanun ihtiva ettiği prensiplerle, ceza adaleti ve siyaseti sahasında müstesna bir ehemmiyet kazanmış ve kanun tekniği bakımından orijinal bir hüviyet de iktisabetmiştir.

Bu yazımızda af müessesesinin felsefesi ve bu müessesenin tekâmül seyrini bir tarafa bırakarak, tatbikat sahasında karşılaşılan problemlerden ve bunların çözülüş yollarından bahsetmek suretile, bu mühim kanunu tetkik ve tahlile tâbi tutmak cesareti gösterilmiştir.

Ve diğer taraftan, bu satırları tetkik külfetine katlanacak Sayın meslektaşlarımın derin bilgilerinin intişar ve inikâsiyle pek faideli olacak bir cereyan sahası hazırlayabilmek emel ve iştiyakile hareket olunmuştur.

I — Ceza Hukuku Bakımından Af.

Adalet veya umumi menfaat düşüncelerile, suç işleyenin takibine ve cezalandırılmasına taallûk eden haktan tamamen veya kısmen vazgeçilmesidir.

(1) T. B. M. M. Tutanak Dergisi dönem: IX, cilt: I, sahife: 620.

Dâva ve cezayı düşüren sebepler arasında yer alan bu müessese, klâsik bir tasnifle, umumi ve hususi af olmak üzere tefrika tâbi tutulmuştur.

II — Umumi af (Amnistie)

«Bazı suçların genel menfaat icaplarından dolayı unutturulması maksadile yapılan bir devlet tasarrufudur ki, yapılmakta veya yapılacak olan takibin veyahut hüküm altına alınan cezanın kaldırılması neticesini verir.

Şahsi hakka halel gelmemek üzere suçu, takibi ve mahkûmiyeti ortadan kaldırır (2).»

İşte, 5677 sayılı kanunun 1 inci maddesinde, 2 nci maddesinin a, b, c, ç, d, e, f, g bentlerinde gösterilen suçlar dışında kalan ve «15/Mayıs/1950 tarihinden önce işlenen suçlar hakkında takibat yapılmaz ve hükmedilmiş cezalar infaz olunmaz.» hükmiyle, umumi affın derpiş olunduğu ve zaman itibariyle mebdeinin tesbit edildiği görülmektedir.

Bu kanuna «Umumi Af» Kanunu ismi verilmediği halde I inci madde haddi zatında mukayyet umumi aftan bâhistir ve hükmü ihtiva etmektedir.

Zira «Bu karakteri taşıdığının bâriz misali, tasarının birinci maddesi hükmüdür; birinci maddesinde :

— 15 Mayıs tarihine kadar işlenmiş olan bütün suçlar affedilmiştir — tâbiri yoktur; fakat bunun yerine — suçlar hakkında takibat yapılmaz ve cezalar çektirilmez— denilmiştir. Bu sözün söylenmesinin veçhi illeti, 3 üncü maddeye koyduğumuz hükümdür.» denilmiş (3) ve maddenin tahririnde nazara alınan kıstas ve prensipler açıklanmak istenilmiştir.

Karakteri itibariyle umumi af,

(1) Bizatihi fiile taallûk ettiği cihetle objektiftir. Suç ve suçluluğun mevcudiyeti araştırılmaksızın sanki o suç işlenmemiş gibi sayılır.

Diğer bir tâbirle dâva ve cezaları bütün neticelerile ortadan kaldırır ve mahkeme masraflarının tahsili imkânlarını bertaraf eder.

Ayni maddenin son fıkrasında : «Bu madde hükmü ferî ve mütem-

(2) Bu tarif, Türk Hukuk Kurumu tarafından çıkarılmış olan «Türk Hukuk Lûgatinden alınmıştır.

(3) Adalet Bakanı Halil Özyörük'ün beyanatından:
T. B. M. M. Tutanak Dergisi dönem: IX, cilt: I, sahife 615.

650

mim cezalarla (4) ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine (5) de şâmildir.» Hükmü yer almış ve bu kanuni fıkra ile Türk Ceza Kanununun 97 inci maddesinde mevcut prensiplerin (6) teyidi cihetine gidilmiştir(7).

Diğer taraftan, bu maddenin şümulüne giren suçlar ve mahkûmiyetler bütün neticelerile zâil olduğuna göre, tekerrüre esas teşkil edemiyeceği gibi Türk Ceza Kanununun 522 inci maddesinde yazılı tenzilâttan faydalanmağa da mâni teşkil etmez (8).

---

(4) «Af, mahiyeti itibariyle umumi bir aftır. Fer'î ve mütemmim cezalara şâmil olduğu gibi para cezalarına da şâmildir. Orman Kanununa, Çiftçi Mallarını Koruma Kanununa göre verilen cezalar, belediye cezaları gibi bilcümle para cezaları affın şümulü içindedir.»

Adalet Komisyonu sözcüsü Müfit Erkuyumcu'nun beyanatından:

(Bahsi geçen dergi sahife - 603)

Bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 422, 442 ve 444 üncü maddelerine istinaden hükmolunan para cezalarının da affın şümulü içinde kabul etmek, umumi af hükümlerinin geniş tefsire tâbi tutulması prensipinin zaruri bir neticesidir.

15 Mayıs 1950 tarihinden evvel tashihi karar talebinde bulunup bu talebi reddolunanlara hükmedilen para cezalarının 5677 sayılı kanunun şümulüne girdiği kabul edilmiştir.

(Danıştay içtihadın birleştirilmesi kararı 10/11/1950 gün ve 448/541 sayılı ilâmı)

(5) 5677 sayılı kanunun birinci maddesindeki (neticeler) tâbirine tekerrür ve itiyada esas olmak kabiliyetleri de dâhildir.

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 8/1/1951 gün, 2/4-1 sayılı ilâmı)

(Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Tevhidi İçtihat kararları, Necati Volkan - Necmettin Arvas, sahife: 206).

(6) Türk Ceza Kanununun 110 ve 120 nci maddeleri.

(7) «Bu madde hükmü fer'î ve mütemmim cezalar ile ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine de şâmildir» hükmünü vaz'etmiştir ki maddenin bu fıkrası; T. C. Kanununun 3 üncü babında beyan olunan ve (ceza mahkûmiyetlerinin neticelerini) taknin ve tâdadeden hükümlere tamamen sirayet ve intıbak etmekte ve yine Ceza Kanununun dokuzuncu babında yer alan ve umumi affı tarif eden 97 nci maddesi de mevzuubahis bu hükmün şümulüne girmektedir.

Malûm olduğu veçhile (Ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri) hidematı âmmeden memnuiyet (seçim mevzularında seçme ve seçilme, sair bilcümle siyasi haklardan, devlet, vilâyet, belediye ve köy tarafından tevcih olunan memuriyet ve hizmetlerinden müebbet veya muvakkat olarak mahrumiyeti istilzam eder.) kanuni mahcuriyet altında bulunmak, memuriyetin zevali gibi fer'î cezalara mütaallik müeyyideleri ifade ve umumi af ise hukuku âmme dâvasının ve hükmolunan cezaların (bütün neticeleriyle) birlikte kalkacağı hakkında âmir hüküm vaz'etmektedir.

(Bazı suç ve cezaların affı hakkındaki kanunun birinci ve yedinci maddelerinin yorumlanmasına mahal olmadığına dair 1739 sayılı T. B. M. M. kararı.)

(8) Yargıtay 2 nci Ceza Dairesinin 15/11/1950 gün, 12925/12540 sayılı ve 15/9/1950 gün, 8064/11228 sayılı ilâmları.

Diğer taraftan Türk Ceza Kanununun 42 inci maddesinde «emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına alınmak cezası, asli cezanın ikmali, kısmen veya külliyen affolunduğu tarihte başlar» tarzında münderiç hüküm muvacehesinde, durumu incelemek icabeder. Bu sarahate rağmen tatbikatta; umumi emniyet nezareti altına alınmak cezasının merbut bulunduğu asli ceza, kanunun birinci maddesinin şümulüne girdiği takdirde, ferî cezanın infazından sarfınazar olunmakta ve bu tatbik tarzı kanunun 97 inci maddesinde yazılı hükme tevafuk ettiği düşüncesi hâkim bulunmaktadır.

Bu sebepledir ki; 5677 sayılı Kanunun meriyet tarihinden önce, bu kanunun birinci maddesinin şümulüne giren umumi emniyet nezareti altına alınmak cazasının infazından kaçmak hali vuku bulduğu takdirde, bu fiilin suç mahiyetinde kabulü imkânsızdır (9).

Ve ayrıca iptilâ derecesinde uyuşturucu madde kullanan şahısların salâhı tıbben taayyün edinceye kadar bir hastanede muhafaza ve tedavileri için alınan kararlar, bu maddeleri kullanmaktan veya bulundurmaktan mekerrir olanlara iki seneden az olarak verilen sürgün cezaları (10) da bu maddenin şümulü içinde yer almıştır.

(2) Umumi af bir atıfettir, hükümlerini ve prensiplerini geniş bir tefsire tâbi tutarak siyanen tatbik imkânlarını temin etmek lâzımdır.

Bu prensipe binaen, vâzıı kanunumuz mutlak bir affın hiç bir zaman şayanı kabul bulunmadığını göz önüne alarak ve Ceza Kanunumuzun prensiplerine uygun bir tarzda üçüncü maddeyi tedvin ve Kanunun metnine ithal etmiştir.

Bu maddede,

«Bu kanunun birinci maddesinden faydalanan hükümlülerden,

a — Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren,

b — Mahkûm oldukları cezanın zamanaşımı süresi içinde ve her halde beş yıl zarfında,

c — Aşağı haddi altı aydan az olmıyan hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim aynı cinsten (11) diğer bir cürüm işledikleri,

Takdirde evvelce haklarında hükmedilmiş bulunan cezanın infaz edilmeyen kısmı aynen çektirilir» denilmekte ve bu madde ile, kabul edilen affın (mukayyet umumi af) mahiyeti tebarüz ettirilmiş bulunmaktadır.

Bu madde, kanunun bir hususiyetini teşkil etmekte ve tesadüfen kanunun metnine alınmadığı da meydandadır.

---

(9) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/4/1951 gün ve 53/46 sayılı ilâmı)

(10) Türk Ceza Kanununun 404 üncü maddesi.

(11) Türk Ceza Kanununun 86 ncı maddesi.

Vâzıı kanun, bu maddeyi kanuna koymakla suçtan menetmek politikasına bir veçhe vermek istemiştir (12).

Diğer taraftan, bu maddenin kabul edilmesi sebebi iledir ki, üçüncü maddenin uygulanmasını gerektiren bir suçun işlenmesi halinde, evvelce hükmedilip ertelenmiş cezanın da infazı cihetine gidilmek lâzımdır.

Zira«... 5677 sayılı kanunun 3 üncü maddesi, ikinci maddesindeki istisnalar dışında kesinleşmiş bilûmum mahkûmiyetleri şümulü içinde bulundurmasına ve Ceza Kanununun 89 uncu maddesindeki tecilin infazı kayıtsız surette ref'etmeyip kanunla muayyen şartlar altında yeni bir suç işlendiği takdirde mahkûmiyetin esasen mahfuz bulunan infaz kabiliyetini avdet ettiren bir müessese olmasına ve mezkûr 3 üncü madde hükmile mukayyet umumi affın mücrimiyeti bütün neticelerile ref'eden tesirinden hariç bir netice tevlidedemiyeceğine göre eski mahkûmiyetin müeccel bulunması üçüncü madde hükmünün unsur esasına müessir olamayacağı gibi kanun —geri kalan kısım— tâbiriyle cezanın henüz infaz edilmemiş olan kısmı kasdedilmiş ve infazına başlanmamış olan mahkûmiyetlerde bu kısmın, cezanın tamamından ibaret bulunmuş olmasına nazaran sanığın 5677 sayılı K. nun birinci maddesile affa tâbi müeccel mahkûmiyetin 3 üncü madde uyarınca işlemiş olduğu yeni suç dolayısile aynen avdet etmesi kanunen lâzım ve zaruri bulunduğu» gerekçesine istinadettirilmiştir (13).

(3) Umumi af fiile muzaf bulunduğundan tetkik konusu olan kanunun 1 ve 3 üncü maddeleri şümulüne giren suçlaradan dolayı, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra âmme dâvası açılmadığı gibi açılmış olan dâvaların rüyetine devam olunarak nihai karara bağlanmasına imkân yoktur (14).

Diğer taraftan bu maddelerin şümulüne giren dâvalar —hangi safhada bulunursa bulunsun— hukuku şahsiye bakımından ceza mahkemelerinde rüyetine ve karara bağlanmasına kanuni imkân kalmadığından, şahsi hak-

(12) Birinci madde tatbik olunarak, takibat yapılmadan veyahut ceza tâyin edilmeden düşürülen dâvalar bu maddenin şümulü dışında kalmıştır.

(13) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/2/1951 gün ve 34/37 sayılı ilâmı) Yukarıda adı geçen eser, sahife: 204.

(14) Türk Ceza Kanununun 99 uncu maddesi.

lara taallûk eden taleplerin hukuk mahkemelerince tetkik ve karara bağlanması icabeder(15).

Hulâsa, şimdiye kadar kısaca arzetmeğe çalıştığımız izahattan «Bazı suç ve cezaların affı» hakkındaki 5677 sayılı kanunun 1 ve 3 üncü maddelerinde yer alan prensiplerden, affın «mukayyet umumi af» mahiyette kabulünün icabettiği neticesi çıkarılabilir.

III — Hususi af (Grâce) :

Hüküm altına alınan cezaların infazına tamamen veya kısmen mâni olan bir tasarruftur. Suç ve suçluluk baki kaldığı içindir ki —kanun veya kararnamesinde sarahat olmadıkça— fer'î ve mütemmim cezalara tesir etmez (16).

Bu sebepledir ki;

Hususi af şahsidir ve fiili bertaraf etmez. Hususi af daha ziyade adli hataların düzeltilmesi, ihtiyar ve hasta hükümlüler hakkında cemiyetin bir âtıfeti ve insani bir vazifenin ifası gibi maksatlarla kabul ve ilân olunur.

Bu izahattan sonra, 5677 sayılı kanunun 2 ve 5 inci maddelerinde yer alan esas prensiplerini nazara alarak, bu kanunun aynı zamanda «hussui af» karakterini ihtiva ettiği dermeyan olunmakta ve yüksek Yargıtayın içtihadı da bu merkezdedir (17).

---

(15) a — 5677 sayılı kanunun birinci maddesi umumi af mahiyetinde olduğundan T. C. Kanununun 110 uncu maddesi gereğince âmme dâvasının düşmesine karar verilmesi yüzünden şahsi hakka halel gelmez ve ancak hukuk mahkemesine müracaat etmek lâzımdır.

(Yargıtay 3 üncü Ceza Dairesinin 29/9/1950 gün ve 9589 sayılı ilâmı)

b) Af Kanunu sebebiyle âmme dâvasının ortadan kaldırılması müdahilin şahsi hak bakımından hukuk mahkemesine müracaat hakkını bertaraf etmez.

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/9/1950 gün ve 360/313 sayılı ilâmı)

(16) Türk Ceza Kanununun 98 inci maddesi.

(17) a — Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 11/12/1950 gün ve 102 sayılı ilâmı.

b — «Tâyin ve takdiri mahkemeye ait bulunan ceza miktarı önceden kestirilemeyeceği cihetle kanun maddesinde tertibolunan cezanın yukarı haddi beş seneyi geçtiği halde hükmolunması gereken cezanın bu müddeti geçmeyeceğinden ve bu itibarla suçun 2330 sayılı kanuna tâbi bulunduğundan bahsile hâkimliğince takibat icrasına mahal olmadığına karar verilmesi yolsuzdur.»

(Birinci Ceza Dairesinin 20/6/935 gün, 1711/3600 sayılı ilâmı).

Zira bu içtihadın gerekçesinde «... Çünkü beşinci madde, birinci maddenin şümulüne giren suçlarda olduğu gibi suçluluk halini ve hükmolunan cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırmış olmayıp hükmedilmiş ve edilecek cezaların üçte ikisini ve hükmedilmiş ve edilecek olan cezalar iki seneden az ise tamamını kaldırmıştır.

Cezaların bu suretle azaltılması, indirilmesi, değiştirilmesi, beşinci madde mevzuuna dâhil cürümlerden doğan dâvalar hakkında takibat yapılmasına ve fiilin sübutu halinde cezanın hükmen tâyinine bağlıdır.

Umumi af ile ortadan kaldırılan suçlar hakkında takibat icrası delil toplanması ve ceza miktarının tâyini umumi af müessesesinin ruh ve maksadına tamamiyle muhalif olan hallerdendir.

Vâkıa beşinci maddenin mevzuunda : Bir adli hatanın tashihi mahkûmun salâhı hal kesbetmesi ve cezayı çekebilecek bir durumda olmadığının tezahür eylemesi gibi hususi affın bazı unsur ve şartları mevcut bulunmamış ise de; kanun vâzıı bu hususta umumi ceza nazariyelerinden ayrılarak nev'i şahsına has bir af sistemi tesis ve suçluluğu değil sadece cezayı ortadan kaldırmak itibarile daha ziyade hususi bir af kabul etmiş olduğundan olayda bazı unsur ve şartların bulunmamasından affın umumi olduğunu istidlâle mahal yoktur.

Kaldı ki, ikinci maddede gösterilen cürümlerden dolayı hükmedilmiş veya edilecek cezaların üçte ikisinin indirileceğinden bâhis olan beşinci maddenin birinci paragrafının ilk fıkrasına dâhil cezalarda dahi zikri geçen şart ve unsurlar mevcut olmadığı halde bunun hususi af mahiyetini haiz olduğunda ihtilâf olmamaktadır.

Gayesi, sebep ve illeti bir olan beşinci maddenin aynı paragrafının ikinci fıkrasına dâhil cezaların da aynı hükme tâbi olması icabeder.

İşte bu sebeplere binaen beşinci maddenin birinci paragrafının ikinci fıkrasının umumi af mahiyetinde olmayıp hükmedilmiş ve edilecek cezaların kısmen veya tamamen indirilmesine munhasır olarak hususi af mahiyetinde bulunduğu» tebarüz ettirilmiştir.

Diğer taraftan; nazariyat sahasında, muayyen neviden suçlara tertibedilen cezaları —bütün vatandaşlara şâmil olarak— düşüren ve hususi affın şümulü içinde kalan af nev'ine de «fiilî af» diyoruz.

Bu tarifte yeralan unsurlar, prensipler nazara alındığı zaman, 5677 sayılı kanunun 2 ve 5 inci maddelerinde yer alan hükümlerin «fiilî af» mahiyetinde bulunduğu neticesini çıkarmak zaruretiyle karşılaşılmaktadır.

655

Ve böylelikle kanunun diğer esaslı bir prensipini de tesbit etmiş bulunuyoruz.

(1) Hususi af, kanun veya kararnamesinde hilâfı yazılı olmadıkça fer'î ve mütemmim cezalara tesir etmiyeceği cihetle sürgün, emniyeti umumiye nezareti altına alınmak ve âmme hizmetlerinden memnuiyet gibi fer'î ve mütemmim cezaların, beşinci maddede yazılı tenzilâttan istifade etmemesi icabeder (18).

Buna rağmen, umumi emniyet nezareti altına alınmak cezalarından indirme yapılmasını sağlayan içtihatlar yanında (19) hilâfı kabul eden içtihat da irae etmek mümkündür (20).

Türk Ceza Kanununun 42 nci maddesinde «umumi emniyet idaresi nezareti altına alınmak cezası, asıl cezanın ikmali veya kısmen veya külliyen affolunduğu tarihten başlar» ve yine aynı kanunun 101 inci maddesinde : «Müebbet veya on seneden fazla muvakkat ağır hapis cezaları hususi af ile azaltıldığı veya ortadan kaldırıldığı surette buna dair olan kanun veya kararnamede buna muhalif sarahat olmadıkça mahkûm üç sene müddetle emniyeti umumiye nezareti altına alınır» hükümlerinin mevcudiyeti karşısında, bu kabîl cezalar indirmeye tâbi tutulmaksızın aynen infazı yolundaki tatbikatın kanun hükümlerine uygunluğunu düşünmek kabildir (21).

Ve diğer taraftan, kanunun beşinci maddesinde : «... tamamı indirilir.» hükmünün uygulanmasından sonra, fer'î ve mütemmim cezaların çektirilmesine devam olunması (22) ve yalnız kanuni mahcuriyet halinin

---

(18) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 9/4/1951 gün ve 66/52 ve 7/5/1951 gün ve 71/68 sayılı ilâmları.
(Adı geçen eser, sahife: 210 ve 213).

(19) Yargıtay 5 inci Ceza Dairesinin 1/2/1951 gün ve 4272/4380 sayılı ilâmı.

(20). 1 — Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 1/2/1951 gün ve 4380/4272 sayılı ilâmı.
2 — Yargıtay 1 inci Ceza Dairesinin 21/3/1951 gün ve 598/644 sayılı ilâmı.

(21) Diğer taraftan kan gütme sebebiyle işlenen adam öldürme ve buna tesebbüs suçları failleri, hısımları hakkında tatbik olunacak muameleye dair 3236 sayılı kanunda yer alan «nakil» ve fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisabedenler hakkındaki 4237 sayılı kanunun 13 üncü maddesi gereğince, müstakillen tâyin olunan «âmme hizmetlerinden memnuiyet» cezalarının aynen infazı cihetine gidilmesi düşünülmelidir.

(22) Ağır hapis cezasının hapse tahvilinde 33 üncü maddenin tatbik kabiliyeti bulunmasına ve kamu hizmetlerinden yasaklık cezasının 20 nci maddeye göre tâyini lâzımdır.
(Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 27/12/1949 gün ve 3135/3725 sayılı ilâmı)

bertaraf edilmesi cihetine gidilmek gerekir (23).

(2) Hükmedilmiş veya edilecek cezalar meyanında mütemmim bir ceza olan para cezası da bulunduğu takdirde, para cezasından ikinci maddede gösterilen nispet dairesinde indirme yapılmalı mıdır?

Bu cihet tatbikatta ihtilâflıdır. Mahkemelerimizden bir kısmı, yukarda arzettiğimiz içtihadı birleştirme kararında gösterilen gerekçeye istinaden para cezalarından tenzilâta taraftar olmadıkları ve bazı mahkemeler de metinde mevcut «... cezalar» tâbirini Türk Ceza Kanununun 11 inci maddesindeki sıraya göre nazara almakta ve para cezalarından da indirme yapılmasını tervicetmektedir. Yüksek Yargıtayın içtihadı da bu merkezdedir (24).

Ve bu nevi para cezalarının hapse çevrilmesi gerektiği takdirde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre bir veya üç yıllık hapis süresi nazara alınarak, çektiği veya çekeceği hapis cezasiyle mahsubu yapılmaktadır.

Tatbikata intikal ederek durumu bir misalle açıklayalım: Mevsuf zimmetten 5 sene 10 ay ağır hapis ve 22000 lira ağır para cezasına hükümlü bir şahsın 5677 sayılı kanunun meriyetinden evvel ağır hapis cezasının yerine getirildiği ve yine kanunun meriyeti zamanında para cezasından dolayı takip altında bulunduğu nazara alınarak,

a) Beş sene onbir ay on güne düşmesine ve bu suretle bu şahsın üç sene on ay yirmi gün fazla hapsedilmesine,

b) Hükmedilen para cezasından üçte iki tenzilât yapıldıktan sonra yapılmasa dahi- geri kalan miktar hapse çevrildiği takdirde, bu yüzden o şahsın üç sene hapis yatması icabetmesine, binaen, fazla yattığı müddetin para cezasından çevrilme hapisle mahsubunun yapılması (25) icabeder. Ve misalimizde olduğu gibi para cezasının infazına imkân kalmaz (26).

---

(23) a — 5677 sayılı Af Kanununun beşinci maddesi tatbik olunan ahvalde (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/6/1951 gün ve 44/33 sayılı ilâmı)

b — Hususi af ile kalkmış olan mahcuriyet cezasının ayrıca kaldırılmış olduğunun karar yerinde tasrihine lüzum yoktur.

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25/12/1950 gün ve 191/81 ve 11/12/1950 gün ve 350/354 sayılı ilâmları)

(Adı geçen eser sahife: 219 - 221)

(24) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 13/8/1950 gün ve 9305/9405 sayılı ilâmı)

(25) Arzettiğimiz hal yolunun, tatbikatta tesadüf edilen diğer durumlara da teşmili mümkündür.

(26) Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Umum Müdürlüğünün 23/7/1951 gün ve 1139/3519 sayılı mütalâası.

657

Ancak para cezası hapse çevrilerek infaz edildikten sonra, çektirilen hapis süresi para cezasını tamamile karşılamamış olursa, geri kalan cezanın tahsili için infaz dosyasının malî mercilere gönderilmesi icabeder (27).

(3) Hususi affa tâbi suçlar tekerrüre esas teşkil eder. 5677 sayılı kanunun beşinci maddesindeki «tenzilâttan veya tamamen indirmeden» istifade edenler, kanunun tâyin ettiği süre ve şartlar içinde tekrar suç işledikleri takdirde, bunlar hakkında Türk Ceza Kanununda münderiç tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekir.

Burada, beşinci maddenin g bendinde «tekerrür hükümlerinin tatbikini gerektiren aynı cinsten (28) suçlar» tarzında sevkolunan hükümle, kanunun meriyetinden sonra işlenip tekerrür ahkâmının tatbikını müstelzim ahvali birbirine karıştırmamak lâzımdır.

Ve aynı cins cürümden (29) mükerrir olanların 5677 sayılı kanunun birinci maddesinden istifade edemeyecekleri ve ancak beşinci maddeden faydalanacakları kanunun metninden sarahatle anlaşılmaktadır.

IV — Umumi ve Hususi affın içtima halindeki cezalara tesiri :

5677 sayılı «Bazı suç ve cezaların affı» hakkındaki kanunun tatbikatı bakımından içtimaa tâbi suçların ayrı ayrı tetkika tâbi tutulması iktiza eder. Birinci maddenin şümulü dışında kalan suçlara ait cezalardan indirme yapılması gerektiği zaman, her suça ait ceza üzerinden ya kısmen veya tamamen indirme yapıldıktan sonra, içtima kaidesinin tatbikı cihetine gidilmek lâzımdır (30).

Tatbikatta tesadüf ettiğimiz diğer bir durumu da misal olarak ele alalım :

İçtimaa tâbi suçlardan birinin, af kanununun birinci maddesinin şümulüne girdiği, failinin bu suçtan tutuk kaldığı ve diğer suçun af kanununun beşinci maddesinde yazılı indirmeye tâbi tutulması gerektiği takdirde;

---

(27) Türk Ceza Kanununun 5435 sayılı kanunla değişik 19 uncu maddesi.

(28) Türk Ceza Kanununun 86 ncı maddesi.

(29) a — «..... İsnadolunan suç kabahatten ibaret bulunmasına ve 5677 sayılı kanunun beşinci maddesinde cürümden bahsedilmesine göre sanığın aynı cins suçtan mükerrerliği bulunması mezkûr Af Kanununun birinci maddesinin mutlak hükmünden istifadesine mâni teşkil etmez.

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 6/11/1950 gün ve 296/39 sayılı ilâmı)

Adı geçen eser: Sahife: 205.

b — «5677 sayılı Af Kanunundan önce infaz edilmiş olan aynı cinsten mahkûmiyet, sonradan işlenmiş bir suçtan dolayı verilecek ceza için tekerrüre esas teşkil eder.»

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14/5/1951 gün ve 65/70 sayılı ilâmı)

(30) «Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 31/7/1951 gün ve 1703/1586 sayılı ilâmı»

birinci maddenin şümulüne giren ve tutuk kalınan müddet, ikinci suçtan verilen ve indirmeye tâbi tutulan ceza ile mahsubu yapılabilir mi?

Diğer bir tâbirle beraet eden bir şahsın beraet kararından evvel işlediği diğer bir suçtan mahkûm olduğu takdirde beraet ettiği suçtan dolayı mevkuf kaldığı müddetin mahkûm olduğu ceza müddetine mahsubunu terviceden tevhidi içtihat kararında olduğu gibi, af kanununun birinci maddesinden faydalanışı bir beraet kararı gibi mütalâa etmek kabil midir?

Tatbikatta, tutuk geçen müddetin hükümlü lehine mahsubunun icrasını terviceden hükümlere tesadüf olunmakta ise de; bu kabîl kararların yüksek yargıtayın tetkikından geçerek tasdika iktiran ettiğine dair bir içtihadına tesadüf olunamamıştır.

V — Affın, mahkeme masrafları, musadere ve disiplin cezalarına tesiri :

Umumi af, mahkeme masrafları bakımından Hazinenin mutalebe hakkını iskat eder (31).

Musadere (32) ve disiplin cezalarına (33) tesiri kanunun 4 ve 7 inci maddelerinde gösterildiği cihetle tafsilâta girişmekten vazgeçilmiştir.

Son olarak 5677 sayılı kanunun 6 ıncı maddesinde yazılı hükmü (34) hatırlandıktan sonra, bu kanun hakkındaki düşüncelerimizi telhis etmeğe çalışacağız.

---

(31) «Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18/9/1950 gün ve 189/304 sayılı ilâmı»

(Aynı eser, sahife: 218).

(32) a — Af sebebiyle cezanın ortadan kaldırılması halinde 5677 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde yazılı ve musadereye tâbi olmıyan eşyanın sahibine iadesi lâzımdır.

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/9/1950 gün ve 350/373 sayılı ilâmı) (Aynı eser sahife — 211)

b — : «Dâvanın af sebebile ortadan kaldırılması şartlarına uygun olduğu taktirde suç eşyasının musaderesine mâni değildir.»

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11/9/950 gün ve 341/346 sayılı ilâm) (Aynı eser sahife — 206)

c — «Suçun Af Kanuniyle ortadan kalkması halinde kaçak olduğu anlaşılan eşyanın sahibine iadesine değil, musaderesine karar verilmesi icabeder.»

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/4/1951 gün, 10/12 sayılı ilâmı)

(33) Bazı suç ve cezaların affı hakkındaki kanunun birinci ve yedinci maddelerinin yorumlanmasına mahal olmadığına dair 1739 sayılı T. B. M. M. kararı.

(34) Suçlunun kendiliğinden gelip teslim olunması için müddetçe imkân varken kendisinden daha evvel yakalanmış olması 2330 sayılı kanundan istifade etmesine mâni olamaz.»

(Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 20/11/1936 gün ve 1172/1765 sayılı ilâmı)

Bu kanun, üçüncü maddede yer alan hükmile, bundan önce yürürlüğe giren kanunlara nazaran, ceza kanunumuzun esaslarına uygun yeni bir prensip vaz'etmiş, umumi ve fiilî affı ihtiva eden hükümleri bir metin içine alarak kanun tekniği bakımından orijinal bir hususiyet ihdas eylemiştir.

Ancak, kanunun ikinci maddesinde gösterilen suçların ağırlık dereceleri ve faillerinin ahlâki redaetleri nazara alınarak, üçüncü maddeye mütenazır diğer bir madde kabul edilmiş olsaydı bu kabîl suçları işleyenlere karşı «önleyici tedbirler» vaz'olunmak suretile kanunun hususiyetini teşkil eden emniyet tedbirlerini ihtiva eden hükümler takviye edilmiş olabilirdi.

Bu izahattan sonra, yazımızı Atatürk'ün «Af en büyük Adalettir.» vecizesile nihayetlendirmeği görüşlerimize uygun buluyoruz.

MUVAZAA VE İSPATI

Yazan : **Tahir KANIK**
Mecitözü Sorgu Yargıcı

PLÂN

1 — Giriş,
2 — Hukuki muamele,
3 — Hukuki muamelenin unsurları,
4 — İrade ve beyan arasındaki uygunsuzluk,
a) İrade ve beyan arasındaki gayrikasdi uygunsuzluk,
b) İrade ve beyan arasındaki kasdi uygcnsuzluk,
A) Tek taraflı uygunsuzluk :
1 — Kaydı zihni,
2 — Lâtife beyanı,
B) İki taraflı uygunsuzluk muvazaa :
5 — Muvazaanın tarifi,
6 — Gizli akdin mevzuu,
a) Zâhirî akdin taraflar bakımından tadili,
b) Zâhirî akdin vasıf bakımından tadili,
c) Zâhirî akdin mevzuu bakımından tadili,
7 — Gizli akdin muteber olup, olmaması ve bu hususlaki sistemler,
8 — Muvazaalı muameleler karşısında üçüncü şahısların durumu,
9 — Muvazaa ve inançlı muamele,
10 — Muvazaanın ispatı,
A) Tarafların muvazaayı ispatı,
a) Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emrettiği muamelelerden mütevellid muvazaanın ispatı,
1) Âdi senede bağlı muamelelerde muvazaanın ispatı,
2) Resmî senede bağlı muamelelerde muvazaanın ispatı,
b) Doğumu muayyen bir resmî şekle bağlı muamelelerden mütevellit muvazaanın ispatı,
c) Doğumu muayyen bir şekle bağlı olmayan muamelelerden mütevellit muvazaanın ispatı,
B) Üçüncü şahısların muvazaayı ispatı.

1 — Giriş :

Muvazaa bu gün maalesef suiniyet sahibi eşhasın bol bol müracaat ettikleri bir hukuki müessese haline gelmiş bulunmaktadır.

Muvazaanın ne olduğu ve ne şekilde ispat edileceğine dair mevzuatımızda açık ve sarih hükümler bulunmamakta ve bu boşluklar içtihat yolu ile doldurulmağa çalışılmaktadır. Biz de bu boşluğu göz önünde bulundurularak meslektaşlarımıza faydalı olur mülâhazası ile bu makaleyi kaleme almış bulunuyoruz.

2 — Hukuki muamele :

Hukuki muamele muayyen bir hukuki netice tevlidine mâtuf irade beyanıdır.

3 — Hukuki muamelenin unsurları :

Demek oluyor ki hukuki muamele biri bâtını, ruhi «İrade» diğeri de haricî ve kabili müşahede olan «Beyan» dan ibaret iki unsur bulunmaktadır.

İrade dahi «netice iradesi» ve «beyan iradesi» olmak üzere iki tâli kısma ayrılır. Meselâ bir şeyin satılmış olmasına veya tarafların borçlanmalarına mütaallik irade «netice» iradesi, muayyen bir fiil ve harekette bulunmak iradesi de «beyan» iradesidir.

4 — İrade ve beyan arasındaki uygunsuzluk :

Bir hukuki muamelenin sıhhat ve selâmeti irade ve beyan arasındaki beraberlikte münderiçtir. İrade ve beyan arasında beraberlik bulunmaz ise ne olacaktır? Yani bu gibi hallerde iradeye mi yoksa beyana mı itibar olunacaktır? Burada menfaatler ihtilâfı ile karşılaşırız; irade beyanında bulunan kimsenin menfaati, iradesine uymayan beyan ile ilzam olunmasıdır. Beyana muhatap olan kimsenin menfaati de beyanda bulunan kimseyi bu beyanı ile ilzam edebilmektir. Bu iki halin birincisinden «irade» prensipi, ikincisinden de «beyan» prensipi doğmuştur.

Roma hukuku, hukuki muamelelerde (beyan) prensipine geniş ölçüde yer vermişti. Ne söylenirse ona itibar edilirdi. Bu keyfiyet eski medeni hukukun bünyesindeki formalizmin bir tezahürü idi. Buna göre yapılan beyana karşı hata veya hile dermeyan olunamazdı. Beyanın yanında iradeye de itibar edilmesine yavaş yavaş Pretör hukuku çare bulmağa başladı. Bu suretle Roma hususi hukuku tarihinde sonraları daha ziyade beyanı yapan kimsenin iradesine (Animus) itibar olunması hususunda bir cereyan başladı.

Son zamanlar hukuk tekâmülünde gerek hukuk nazariyatında, gerekse hukuk mevzuatındaki noktai nazarlar yeniden bu iki noktai nazar arasında temevvücetmektedir.

682

17 ve 18 inci asır Alman (Usus modernus) tatbikatında herkesin beyanı ile bağlı bulunduğu prensipi hâkim olduğu halde 19. asrın Romanist medeni hukuk ilminde irade prensipi kabul edilmiştir. Bu keyfiyet bilhassa ferdî iaredeyi hukuki hayat için en kuvvetli âmil olarak kabul eden o devir kültürünün bâriz ferdiyetçi temayüllerine tâbi olmuştur. Bununla beraber 19. asırda diğer noktai nazarlar da gittikçe fazla mevki almaya başlamışlardır.

İrade prensipinin ticari hayat ve cari muamelâtın emniyeti için bir tehlike teşkil ettiği anlaşılmış ve iradeye bahşolunan himaye karşısında beyana muhatap olan tarafın da himaye olunması ihtiyacını da karşılamak lâzım gelmiştir. Bu suretle 19. asır Pandekt hukuk ilmine mütaallik neşriyatta iki ceryan bir birinden ayrılmıştır.

Borçlar Kanunumuz diğer kanunlarda olduğu gibi «irade» ve «beyan» nazariyelerinden yalnız birini veya diğerini kabul etmeyip hâdisenin hususiyetine göre bazen birine ve bazen de diğerine yer vermiştir (1).

İrade ve beyan arasındaki uygunsuzluk iki şekilde tezahür eder :

a) Gayri kasdi uygunsuzluk :

İrade ve beyan arasındaki gayri kasdi uygunsuzluk keyfiyeti B. K. nun 23 ve M. K. nun 116 ıncı maddelerinde bahsedilen (Hata) halleridir ki, burada bir kimse hakikatte arzu etmediği bir husus için beyanda bulunmuştur. Gayri kasdi uygunsuzluk halleri bizim esas mevzuumuzla alâkadar lomadığı için sadece işaret etmekle iktifa ediyoruz.

b) Kasdi uygunsuzluk :

İrade ile beyan arasındaki kasdi uygunsuzluk bir tarafa mı aittir? Yoksa bu uygunsuzluğu her iki taraf da arzu etmiş midir? Vaziyeti her iki bakımdan da kısaca izah edelim:

A) Bir taraflı uygunsuzluk :

İrade ve beyan arasındaki bir taraflı kasdi uygunsuzluk ya kaydı zihnî veya lâtife beyanıdır.

a) Kaydı zihnî :

Bir kimse hukuki muameleye mütaallik beyanda bulunurken beyan ettiği şeyi içinden istememektedir. Evet, dediği halde düşündüğü şey hayırdır. Bu gibi beyanlar muteberdir. Kaydı zihnî butlan sebebi değildir.

b) Lâtife beyanı :

Bir kimsenin karşı traafın keyfiyeti anlıyacağını zannederek gayri ciddî bir beyanda bulunması halidir. Böyle bir beyan hükümsüzdür. Bazan öyle lâtife beyanları vardır ki bunu objektif bir şekilde beyan eden herkes beyanın ciddiyetine şüphe etmez. Bu takdirde fena lâtife mevcut-

(1) Schwarz A. B. Borçlar hukuku dersleri 1948. C. I. 289 - 290.

tur ve kaydı zihnî gibi muteberdir. Meselâ bir ticarethane sahibi maiyetindeki müstahdemlerden birine ayın birinci günü feshi ihbar ettiği halde birkaç saat sonra o müstahdemi çağırarak ihbarın lâtife mahiyetinde olduğunu söylerse, müstahdem bu ihbar ile patronu mukayyet tutarak işinden ayrılabilir (2).

B) İki taraflı uygunsuzluk :

İrade ve beyan arasındaki uygunsuzluğu her iki taraf da arzu etmişler ise o zaman (muvazaa) dan bahsedilir.

5 — Muvazaanın mevzuu :

Muvazaa, tarafların yapmış oldukları bir anlaşma hükümlerini aralarında aynı zamanda gizli kalacak diğer bir anlaşma ile tadil etmeleridir(3).

Muvazza, bir beyanın diğer tarafın da arzu ve muvafakatı ile yalnız zâhiren yapılması, yani beyan edilen şeyin arzu edilen şey olmadığı hususunda tarafların mutabık kalmasıdır (4).

Muvazaa, bir akdin gerçeğin hilâfında gösterilmesi, hakikate aykırı bir dış görünüşü tarafların bilerek ve istiyerek meydana getirmeleridir(5).

Muvazaa, iki veya daha ziyade şahsın bir şeye başka bir şeyin görünüşünü vermek için anlaşmalarıdır (6).

Yukarıdaki tariflerden de anlaşılacağı veçhile iki taraflı hukuki muamelelerde ve tarafların rıza ve muvafakatları ile yapılır.

Tek taraflı hukuki muamelelerde mahiyeti icabı ancak diğer tarafın ıttılaına şart olanlarda muvazaa mümkündür. Diğer tek taraflı hukuki muamelelerde muvazaa mümkün değildir.

Resmî memur huzurunda yapılan akitlerde ve sair hukuki muamelelerde muvazaa yapılabilir mi? Yaptığı bir hibe ile tasarruf nisabına tecavüz eden bir şahıs mirasçıların tenkis dâvalarını önlemek veya borçlulardan mal kaçırabilmek için başkasına bağışladığı gayrimenkulü muayyen bir bedelle satmışçasına tapu memuru huzurunda takrir verebilir veya ipotek kaydı koydurabilir. Resmî dairelere karşı yapılan tek taraflı rıza beyanlarında da muvazaa mümkündür. Meselâ sulh mhakemesine müracaatla kayıtsız, şartsız mirası reddeden bir mirasçı, vâkı rıza beyanının

(2) Schwarz. A. B. s. g. e. S. 292.

(3) Postacıoğlu İlhan. Gayrimenkullerin ferağında şekle riayete mecburiyeti. S. 114.

(4) Schwarz. A. B. s. g. e. S. 293.

(5) Özkutlu Şefkati. Yargıtay I. H. D. nin 1/6/1948 günlü kararında muhalefet şerhi.

(6) Fabreguettes. Adalet mantığı ve hüküm verme sanatı. S. 248.

gayri ciddî olduğunu bununla başka bir gaye takibettiğini söyleyebilir.

Fakat, resmî dairelere karşı tek taraflı olarak vuku bulacak irade tezahürlerinde muvazaa mesmu değildir. Mirası reddettiğini yazılı veya sözlü olarak sulh mahkemesine bildirip kaydettiren mirasçının bilâhara bu beyanının muvazaa olduğunu dermeyan etmesi kanunen muteber değildir. Zira aksi halin kabulü resmî dairelerde mevcudiyeti asıl olan itimadı kökünden sarsar (7).

Yine yukarıdaki tariflerden anlaşılacağı veçhile muvazaada bir değil, iki akit mevcuttur. Birisi zâhirî akit. diğeri de gizli akit. Her iki akit de aynı zamanda yapılmıştır. Taraflar zâhiri akdi yaparken bunun zâhirî olacağını ve sadece üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edeceği hususunda anlaşmışlardır. Onların müşterek iradelerinin ifadesi zâhirî akitte değil, gizl iakitte münderiçtir.

6 — Gizli akdin mevzuu :

Âkıdler arasında yaptıkları gizli akitle zâhirî anlaşmanın hüküm ve neticelerini :

a) Taraflar bakımından,

b) Akdin vasfı bakımından,

c) Akdin mevzuu bakımından tadil ederler,

a) Akdin tarafları bakımından tadil :

(C) ye ait gayrimenkulün zâhiren (B) ye ve fakat hakikati halde (A) ya satılması hususunda A, B, C, anlaştıkları takdirde B ve C arasında inikadeden beyi akdi muvazaadan ibarettir. Çünkü tarafların güttükleri gaye gayrimenkulün C den B ye intikali değil, A ya intikal ettirilmesidir.

b) Akdin vasfı bakımından tadil :

En çok raslanan şekli hibenin satış veya satışın hibe şeklinde gösterilmesidir. Zâhirî akde nazaran gayrimenkul ivaz mukabilinde temlik edilmiştir. Fakat hakikati halde bâyi bedeli ferağı almadan aldığını söyleyerek temlik yapılmış ve karşılıksız yapılmıştır.

c) Akdin mevzuu bakımından tadili :

Taraflar arasında (A) gayrimenkulü satılmış gibi gösterilmiştir. Hakikati halde satılan (A) gayrimenkulü değil (B) gayrimenkulüdür.

7 — Gizli akdin muteber olup olmaması ve bu hususlaki sistemler :

Gayrimenkullere mütaallik akitlerde yapılan muvazaalarda zâhirî

(7) Erman Eyüp Sabri. Muvazaa iddialarının ispatı şekli. Adalet Dergisi, 1942, S. 1074.

akit mi muteberdir? Yoksa gizli akit mi? Gizli akit muteber ise resmî şekilde yapılmasına lüzum var mıdır?

Bu suallere üç ayrı şekilde cevap verilerek üç ayrı sistem vücut bulmuştur.

I — Açığa vurulan akit muteber olup gizli akit bâtıldır.

3-Mart-1329 tarihli «Emvali gayrimenkullerin tasarrufu hakkındaki kanunun 4 üncü maddesine göre :

(Senedi hakani ile tasarruf olunan bilcümle emlâk emvali gayrimenkulede muvazaa ve namı müstear dâvaları mesmu değildir (8).

II — Ne zâhirî akit muteberdi ve ne de gayri resmî şekilde yapılmış gizli akit. Bu noktai nazar Federal mahkeme tarafından benimsenmiş ve şu mülâhazadan hareket edilmiştir :

Medeni Kanun ferağa mütaallik akitlerin resmî senette tecessüsünü istemiştir. Halbuki taraflar resmî şekle bürünmüş hakiki akdin hükümlerini değil, hakikati halde gizli ve gayri resmî yapılmış akit hükümlerini yerine getirmek üzere anlaşmışlardır. Bu gizli akit resmî şekilde yapılmadığı için muteber değildir. Resmî şekle bürünmüş akitte tarafların hakiki rızalarına uygun bulunmadığı için muteber değildir (9).

Hocamız A. B. Schwarz da aynı noktai nazarı benimsemiştir (10).

Federal mahkeme gayrimenkullerin ferağında muvazaayı kabul etmemekle beraber resmî senette görülen satış bedeli haricen yapılan bir anlaşma ile bazı ahvalde tadil ile hakikati hale uymasa bile muteber olacağını kabul etmektedir. Yani bedel aleyhine muvazaayı muteber addetmektedir.

III — Gizli akit muteber, aşikâr olan akit taraflar arasında bâtıldır.

Muvazaalı muamele tarafların hakiki maksadına uymadığı için taraflar arasında hiçbir hüküm ifade etmez ve mutlak butlan ile bâtıldır. Gizli akdin muteber olması için resmî senede raptına lüzum yoktur. Bu noktai nazar bugünkü hukuk sistemimiz tarafından benimsenmiştir (11).

8 — Muvazaalı muamele karşısında üçüncü şahısların durumu :

Kaideten muvazaalı bir akdin butlanı üçüncü şahıslara hususile muvazaalı bir satış akdine müsteniden bir malı yedinde bulunduran müşteriden iktisabeden bir şahsa karşı da dermeyan edilebilir.

Fakat Borçlar Kanunumuz bazı ahvalde hüsnüniyet sahibi üçüncü şahısların iktisabını muteber addetmiştir :

(8) Cevat Gücün. Hukuk dâvaları. C. I. S. 624.
(9) Postacıoğlu İlhan. s. g. e. S. 119.
(10) Schwarz. A. B. s. g. e. S. 296.
(11) Gönensay Samim. Borçlar hukuku dersleri. 1943. C. I. S. 94.

a) Borçlar Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre : (Tahrirî borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan edilemez) aynı fıkra Almanca metinde şöyle ifade edilmiştir :

(Bir alacağı, yazılı bir borç ikrarına istinadederek iktisabeyleyen üçüncü şahsa karşı borçlu muvazaa def'i dermeyan edemez).

Buradaki defi usul hukuku bakımından bir defi olmayıp itirazdır. Yani yargıç, muvazaayı yalnız tarafların dermeyan etmesi halinde değil, re'sen dahi nazara alır (12).

b) Medeni Kanunun 901 inci maddesine göre :

(Bir menkulün emin sıfatı ile zilyedi olan kimseden hüsnüniyet ile mülkiyeti veya aynı her hangi bir hakkı iktisabolunursa o kimsede bu tasarrufları icra mezuniyeti olmasa bile iktisap muteber addolunur) görülüyor ki, menkul mal iktisaplarında hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar himaye edilmektedir. Fakat bir kimse evini muvazaalı olarak diğer bir şahsa devretse ve o da evi hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsa devretse —buradaki devirden maksat icara vermedir— icarda hüsnüniyet himaye edilmediği için üçüncü şahsın isticarı himaye görmez. Meğerki mal sahibi kiracıya mecuru âhara kiraya verme yetkisini tanımış olsun. Bu hal tarzı, yani menkul mallarda hüsnüniyet sahibi üçüncü şahısların himayesi tatminkâr olmadığı için yeni kanunlarda daha tatminkâr hükümler vaz'edilmiş bulunmaktadır.

Ezcümle Avusturya Medeni Kanununun 916 ıncı maddesine göre :

(Muvazaalı beyana itimadederek bir hak iktisabetmiş olan üçüncü şahsa karşı muvazaa def'i dermeyan olunamaz) (13).

Görülüyor ki, Avusturya Medeni Kanunu (Bir hak iktisabeden) hüsnüniyet sahibini himaye ederek gayrimenkul mükteseplerini de bu himayenin şümulü içine almıştır.

Fritz Funk, daha ileri giderek; (muvazaalı muamelenin butlanını herkesin ve hattâ alelâde üçüncü şahısların da dermeyan edebileceğini kabul etmektedir (14). Ancak butlanın üçüncü şahıs tarafından dermeyan

9 — Muvazaa ve inançlı muamele :

İnançlı muamele :

İtimada müstenit olarak mülkiyetin naklidir ki, burada mülkiyet sırf

(12) Funk Fritz. Borçlar Kanunu şerhi. t. t. S. 30.
(13) Schwarz. A. B. s. g. e. S. 295.
(14) Funk Fritz. s. g. e. S. 29.

edilebilmesi için o üçüncü şahsın bu butlandan her hangi bir şekilde istifadesi, bir menfaati bulunması lâzımdır.

bir gaye için nakledilir ve mülkiyeti iktisabeden kimse, iktisabetmiş olduğu bu mülkiyeti bu gaye ve maksadın istihsalinden sonra onu evvelce kendisine devretmiş olan şahsa iadeten devretmesidir.

Yani malik itimadettiği bir kimseye malını hakikaten temlik etmekte ve onu malik yapmaktadır. Ancak mutemet gayrimenkule tesahubettiği müddetçe kendisine itimadetmiş olan şahsın talimatı ile mukayyet bulunmaktadır. Bu talimat meyanında en mühim cihet mutemedin kendisine itimat akti neticesinde devredilmiş olan malı itimadeden şahsın talimatı dairesinde kullanması ve istediği anda geri vermesi iadei ferağa mecbur olmasıdır. Fakat iadei ferağ ve malı talimat dairesinde kullanmak gibi mutemedin omuzuna yüklenmiş olan vecibeler Üçüncü şahısları ilzam edecek mahiyette değildir. İadei ferağ vecibesi iki âkıd arasında tamamen şahsi bir borç olarak görülmektedir. Binaenaleyh mutemet talimat hilâfına hareket ederek malı üçüncü bir şahsa sattığı takdirde üçüncü şahsın iktisabı muteber olabileceği gibi mutemedin iflâsı halinde diğer şahıs istihkak iddiasında bulunamıyacak, sadece haiz olduğu mutalebe hakkını iflâs masasına kaydettirebilecektir. Bu hal mutemede yapılan temlikin hakiki olmayıp muvazaadan ibaret bulunduğu hissini uyandıracak mahiyettedir.

Acaba itimada müstenit temliki muvazaalı temlikten ayıran kıstaslar nelerdir?

Eğer taraflar temliki hakikaten arzu etmişler ve ancak bunun netice ve hükümlerini tahdidetmişler ise burada itimat mukavelesine müsteniden tahakkuk etmiş bir temlik vardır. Yok tarafeyn hakikati halde mülkiyetin devrini arzu etmemişler ise izhar ettikleri irade beyanı muvazaadan ibarettir ve temlik de hükümsüz ve bâtıldır (15).

II — Muvazaanın ispatı :

A — Tarafların muvazaayı ispatı :

a) Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emrettiği muamelelerden mütevellit muvazaanın ispatı :

Bir hakkı ihdas, nakil, tahvil, tecdit, ikrar, itfa ve iskat maksadı ile yapılan bilcümle tasarrruflar ile yapıldıkları zamandaki miktar veya kıymeti beşbin kuruşu geçen alacakların senede raptı mecburidir.

Senede bağlı bulunan her nevi iddialara karşı dermeyan edilebilecek

(15) Postacıoğlu İlhan. Namı müstear meselesi. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. XVIII — S. 1023 - 1024.

müdafaalar da yine senetle ispatı lâzım olup tanık dinlenmez. Şu kadar ki ticari muamelelerin ispatı bu hükümden müstesnadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 295 inci maddesi senetleri delil kuvveti bakımından resmî senetlere daha mümtaz bir yer ayırdığından biz de âdi ve resmî senede karşı olan muvazaa iddialarını ayrı ayrı inceliyeceğiz.

1) Âdi senede bağlı muamelelerden mütevellit muvazaa iddiası :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290 ıncı maddesine göre senede bağlı muamelelere mütaallik bilcümle defilerin de senetle ispatı lâzım geldiğinden, senede bağlı muamelelere karşı dermeyan edilecek muvazaa iddialarının da senetle ispatı zaruridir. Aksi halin kabulü (tanıkla ispatın) senetlerin hüküm ve kıymetini azaltır ve şahadete yazılı delilden daha fazla bir kıymet atfedilmiş olurdu.

2 — Resmî senede bağlı muamelelerden mütevellit muvazaa iddiası:

Resmî mercilerce usulüne uygun olarak tanzim olunan vesika resmî senet addolunur. Bilhassa noterler tarafından tanzim olunan (re'sen tanzim olunmuş senetler) ilâm hüküm ve mahiyetinde olup aksi sabit olana kadar muteberdirler.

Noterlerce re'sen tanzim olunmuş senetlere karşı da muvazaa dermeyanı mümkündür. Re'sen tanzim edilmiş senetlere karşı dermeyan edilen muvazaanın ispatı bir şekle bağlı mıdır?

Medeni Kanunumuzun 7 inci maddesine göre:

(Resmî senet ve sicillerin doğru olmadığı sabit oluncaya kadar münderecatı ile amel olunur. Bu münderecatın doğru olmadığını ispat bir şekli mahsusa bağlı değildir.)

Halbuki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290 ıncı maddesine göre senetle ispatı icabeder. Acaba [illegible] Usulü Muhakemeleri Kanununun 290 ıncı maddesi Medeni Kanunun 7 nci maddesinin hükmünü tadil etmiş midir? Medeni Kanunun 7 inci maddesindeki hüküm umumi olup, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Medeni Kanundan sonra meriyete girdiğinden 290 ıncı maddesindeki hüküm istisnaidir ve noterler tarafından tanzim olunan resmî senetlere münhasırdır; diğer resmî senetlerin ezcümle nüfus sicillindeki, tapu sicillindeki kayıtların aksi tanıkla ispat edilebilir.

(Noter senedinin bedelsiz olduğuna dair iddiada yazılı delil aranması ve bulunmadığı takdirde talep üzerine yeminle meselenin halledilmesi lâzım gelirken şahitlerin dinlenmesi yolsuzdur.)

(Yargıtay Hukuk Genel kurulununun 1/2/1935 tarih ve 17/16 sayılı kararı)

b) Doğumu muayyen bir resmî şekle bağlı muamelelerde muvazaa iddiasının ispatı:

Boruçlar kanununun II inci maddesine göre:

(Akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle bağlı değildir.)

Kanunen muayyen olan şekle riayet edilmesi zaruri bulunan muamelelerde bu şekle riayet edilmedikçe yapılan hukuki muamele hiçbir hüküm ifade etmez. Evlenme, gayrimenkul alım satımı, kefalet şekle bağlı akitlerdir ve muayyen şekillerde yapılması mecburidir. Bu şekil, ispat şartı olmayıp sıhhat şartıdır.

Şekle bağlı akitlerde tanzim edilen vesikalar aksi sabit olana kadar muteberdir ve Medeni Kanunun 7 inci maddesinde yazılı (resmî senet ve siciller) şümulüne girer.

Bir resmî sicil veya senedin doğru olmaması o sicil veya senedi tanzim eden memurun veya tarafların hata veya ihmalinden ileri gelebilir.

Gayrimenkul hissesi 100 liraya satılmasına rağmen diğer hissedarların şuf'a hakkını kullanmalarına mâni olmak için 500 lira olarak gösterilmiş veya mahfuz hisselerine tecavüz edilen mirasçıların tenkis dâvalarını önlemek için bağışlamaya satış süsü verilmiş olabilir. Bu kabîl hukuki muamelelerde muvazaa iddialarını ispat muayyen şekle bağlı değildir. Her nevi delil ile yargıcın kanaati celbedilebilir (16).

«Tapu memuru huzurunda hibe olarak gayrimenkulün tesciline dair olan akdin mahiyeti aslen beyi olduğuna dair iddianın yazılı beyyine ile ispatı lâzım iken tanık dinlenmesi yolsuzdur.»

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/6/1951 gün ve 1/62 sayılı kararı)

Yalnız bu karar tapu sicillindeki vaziyeti göz önünde tutmuş ve tapu kütüğündeki kayıtlarda vâkı muvazaanın ne yolda ispat edileceği meselesini incelemiştir. Bunun için de bir yandan resmî kayıt münderecatının hilâfının ne suretle ispat olunabileceği noktasından hareket edilmiş, diğer yandan resmî de olsa yazılı beyyineye karşı yapılacak iddiaların yine yazılı beyyineye istinadetmesi lüzumunu kabul eylemiştir. Resmî senet yazılı bir beyyine olduğundan hilâfının ancak yazılı bir delil ile veya karşı tarafa tevcih olunacak bir yemin ile yapılmalıdır. Yalnız bu taraflar arasındaki akde vâkı muvazaa iddiaları içindir.

Üçüncü şahısların resmî kayıtlara karşı muvazaa iddialarını ne suretle ispat edeceğini aşağıda inceleyeceğiz.

Fakat Yargıtay Genel Kurulunun:

«..... dâvacı 67 parça gayrimenkulünü dâvalıların murisi ..... adına

ipotek etmiş ise de muvazaadan ibaret olup bedelsiz olduğundan ipotek kaydının ref'ine karar verilmesi talebinden ibaret olan dâvanın yapılan yargılaması sonunda:

Dâvacı ..... namına 67 parça gayrimenkul kayıtlı olduğu bunlardan 66 parçasını 2500 lira borç mukabilinde birinci derecede ve birinci sırada dâvalıların murisi ..... adına ipotek edildiği dosyada mevcut tapu memurluğunun cevabi yazısından anlaşılmasına ve her ne kadar dâvacı vekili ipotek muamelesinin muvazaaten yapıldığını iddia ve bu iddiasını ibraz ettiği mektupla ispat edeceğini ileri sürmüş ise de gayrimenkul alım ve satımının ve ipotek muamelesinin muvazaaten yapıldığı iddiasının delillerle ispatı icabedip kaydı resmînin karşısında mübrez mektup kanuni bir kıymet ifade edemiyeceğinden dâvanın reddine dair verilen karar,

Hususi dairece:

Muvazaa dâvalarının ispatı mahsus ve muayyen bir şekle bağlı olmadığı halde dâvacının ibraz ettiği mektup hakkında lâzım gelen yazı ve imza tatbikına tevessül edilmeksizin bunun ipotek kaydına karşı hükümsüz olduğu beyanı ile bu noktadan tahkikat yapılmaksızın dâvanın reddine karar verilmesinde isabet görülemediğinden bahsile bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda:

Bazı mütalâalarla eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

Hukuk Heyeti Umumiyesinde ısrar kararı bittetkik:

Muvazaa dâvalarının ispatı mahsus ve muayyen bir şekle bağlı olmadığına nazaran dâvacının ibraz ettiği mektup hakkında yazı ve imza tatbikatı ve tahkikat icrası lüzumunu mutazammın Hususi Dairenin bozma kararı vârit ve uymak lâzım gelirken ısrara karar verilmesi yolsuzdur.» yolundaki 15/5/1940 gün ve 1/28-29 sayılı kararı (17) ile acaba taraflar arasındaki muvazaada da ispatın şekle dağlı olmadığı yolunda yeni bir içtihat mı teessüs etmiştir?

Yüksek yargıtayın mezkûr kararı dikkatle okunursa görülür ki resmî kayda karşı yazılı vesika (mektup) muvazaa iddiasını ispat için kâfi olup, resmî kaydın hilâfının yine resmî kayıtla ispatı icabetmiyeceğine mütaalliktir. Bundan çıkan netice şudur ki, taraflar resmî şekle bürünmüş muameleye karşı muvazaa iddialarını yazılı delille ispat etmek mecburiyetindedirler.

Yukarıda resmî vesikaya müstenit muamelede taraflar bu muamelenin vukuunda ve şartlarında ihtilâfa düştüklerinde yani muamelenin muvazaa olduğu iddiasında bulundukları zaman bu iddialarını yazılı delil ile ispat etmek zorunda bulunduklarına işaret etmiştik.

(17) Yargıtay kararları. Hukuk kısmı. 1939 - 1940, S. 84.

Acaba aynı hal 3 üncü şahıslar için de cari midir?

Bu suretle üçüncü şahısların muvazaa iddialarını ispatına gelmiş bulunuyoruz.

B) Üçüncü şahısların muvazaa iddialarını ispatı:

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin başkanı sayın Şefkati Özkutlu'nun belirttikleri gibi:

Medeni Kanunun 6 ıncı maddesinde taraflardan her birinin kendi iddiasını ispata mecbur olduğu hakkında umumi bir hüküm konularak ispat şekline dair kayıtlardan bahsedilmemiş olmasına göre, iddia ve müdafaanın kanunda hilâfına hüküm bulunmadıkça her türlü delil ile ispat olunabileceği esas olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

H. U. M. K. nun 288 inci maddesi taraflara Medeni Kanunun vermiş olduğu bu geniş yetkiyi sınırlandırmış ve hayli daraltmıştır. Esas itibarile şekle bağlı tutulmuş akitler, hukuki muameleler ve tasarruflar şekle riayet edilmedikçe muteber olamıyacaklarından bunların tarafları tabiatiyle birbirlerine karşı iddialarına kanunda yazılı şekildeki delillerle ispat etmek mecburiyetindedirler.

Bir gayrimenkule ait şayi hissenin satışında da akdin vukuunda ve şartlarında ihtilâfa düştüklerini, yani akdin muvazaa olduğunu yazılı delil ile ispat etmek mecburiyetinde bulunacakları tabiîdir.

Ancak, bu akdin muvazaa olduğunu iddia eden üçüncü şahsın da bu iddiasını aynı şekilde yazılı delille ispat etmesi lâzım geleceğini iddia edemeyiz.

Çünkü akdin taraflarından değildir. (18) Bu itibarla 3 üncü şahıs taraflar arasındaki akdin veya hukuki muamelenin muvazaa olduğuna dair tarafların imzalarını havi bir delil ve meselâ mektup ibraz etmek imkânından mahrumdur.

Eğer tarafların arasında resmî muameleye karşı muvazaa iddialarının da yazılı vesika ile ispatı lâzım geldiği yolundaki kaziyeyi üçüncü şahıslara da teşmil eder ve onlardan da yazılı vesika istersek üçüncü şahısların

(18) Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 1/6/1948 günlü kararı muhalefet şerhi. Feyzi Feyzioğlu. Şuf'a hakkında muvazaa iddiaları. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. XVI. S. 278.

hiçbir veçhile muvazaa iddiaları sabit olmıyacaktır. Zira işaret ettiğimiz gibi onlar yazılı delil temininden mahrumdurlar.

Yüksek Yargıtay şuf'ada bedel aleyhine muvazaa iddiası dermeyan eden şefiin bu iddiasını her türlü delil ile ve tanıkla ispat edeceğini kabul etmek suretile üçüncü şahısların muvazaa iddialarının ispatını kolaylaştırmıştır.

«Şefi tapuda yazılı bedelin hakiki olmayıp muvazaa olduğunu her türlü delil ile ispat edebilir»

(Yargıtay I. H. Dairesinin 14/11/1938 günülü kararı) (19)

(19) Kanık Tahir. s. g. m. S. 857.

(Devamı var)

673

MERA DÂVALARI

Yazan: Sıtkı TUNÇER
Gezici Arazi Kadastro Yargıcı

1 — Meranın tarifi,
2 — Tatbikat kanunu hükümleri,
3 — Eski Arazi Kanunu hükümleri,
4 — Medeni Kanun hükümleri,
5 — 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu,
6 — 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu,
7 — 474 sayılı Kanunun 3 maddesi,
8 — 5602 sayılı kanunun 14 maddesi,
9 — Köy Kanunu,
10 — Meralarda zamanaşımı
11 — Mera dâvalarında muhtarın köy aleyhine sulh veya ikrarı,
12 — Temenniler.

MERA DÂVALARI

Mera, Kelime mânası ile Hayvanların ra'yına, otlamasına mahsus yer demektir. Türkçe karşılığı otlaktır. Coğrafi olan bu tarifine mukabil meranın bir de hukuki cephesi vardır. Her merada hayvan otlar, amma her Hayvan otlatılan yere mera denemez. Cumhuriyetten evvelki arazi hukuku rejimimiz muvacehesinde mera mefhumu hukuki bir statüye sahiptir. Meranın bu hukuki durumunu iyice anlayabilmek için eski toprak rejimimizi kısaca gözden geçirmek zarureti vardır.

Eski arazi hukukumuza göre Devletin siyasi hudutları içindeki bütün gayrimenkullerin zemini Devletin idi. Kullanılış ve tahsis tarzlarına göre arazi birtakım kısımlara ayrılmıştır. Bunlardan arazii emîriye hususi mülkiyete konu teşkil eden bağ, bahçe ve tarla gibi arz nevilerini gösterirdi. Arazii mevkufe ise geniş hukukî cepheleri bulunan Vakıf gayrimenkullere denirdi. Arazii metruke iki kısımdı : Birinci kısmı umum halk için terk olunmuş yerlerdi ki yollar, pazar yerleri, iskele, namazgâh bu kabîldendi. İkinci kısmı ise (Karye ve kasaba veya kura ve kasabat-ı mütaaddidenin umum ahalisine terk ve tahsis olunan yerler) di ki meralar, kışlak ve yaylaklar, baltalıklar bu nevidendi. Arazinin diğer bir nevi'i de arazii mevat idi ki bugün biz buna hâli arazi diyoruz. Arazi Kanununun 6 maddesine

göre göre (Arazii mevat bir kimsenin tasarrufunda olmadığı ve ahaliye terk ve tahsis kılınmadığı halde cehirüssavt olan kimsenin aksayı umrandan sayhası istima olunmıyacak derecelerde kura ve kasabattan bait bulunan yani aksayı umrana tahminen bir buçuk mil, yani yarım saat miktarı mesafe bu'diyeti olan hâli mahaller) di.

Görülüyor ki eski arazi hukuku rejimimizde mera; hususi mülkiyet, Vakıf ve hâli mahaller dışında bulunan sahaya deniyordu. Ve meranın hukuki karakteri bir köye muhassas bulunmuş olması idi.

Köylere ve kasabalara yapılan bu terk ve tahsis keyfiyeti evvelce kadı ve naiplerin inhaları üzerine padişah tarafından ve fermanla vâki olurdu. Bugün bir çok yerlerde köylülerin ellerinde bu gibi fermanlar vardır. Bazı yerlerde ise çok eskiden tehaddüs etmiş dâvaların ilâmlarını görmekteyiz ki bunlarda da ilâm konusu yerine bir köye muhassas mera olduğunun zikir ve kabul edilmekte olduğu tesbit olunmaktadır. Kanaatimizce bu ilâmlar da birer tahsis belgesi mahiyetinde olup içindeki hudutların çevrelediği arazinin nev'ini, yani meralığını ispata kâfi kuvvettedir. Meralar muhassas oldukları şekilde ve tatbikat kanununun (Kanunu Medeninin sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkında kanun) 1 inci maddesine göre tahsis tarihlerinde mer'i olan ahkâma tâbidirler. Bu vaziyet aynı kanunun 18/2 nci maddesinde (Yeni kanuna nazaran tesisleri kabil olmıyan filhal mevcut aynı haklar eski kanuna tâbidir) denmek suretiyle teyidedilmiştir. Bu hale nazaran Arazi Kanununun meralara mütaallik ahkâmı mer'i bulunmaktadır. Bu hükümler şunlardır :

Bir karyeye minelkadim mahsus olan merada yalnız ol karye ahalisi hayvanatını ra'yeder. Ve âhar karye ahalisi ol meraya hayvanat süremez. İki veya üç veya daha ziyade karye ahalisi beyninde minelkadim müşterek olan mera her hangi karyenin hududu dâhilinde bulunur ise bulunsun ol karyeler ahalisi hayvanlarını müştereken ra'yettirip yekdiğeri ra'yiden menedemezler. Ve böyle bir karye ahalisine bilistiklâl veyahut bir kaç karye ahalisine biliştirak mahsus olan kadimî mera yerleri alınıp satılmaz ve üzerine mandıra ve ağıl ve ebniyei saire ihdas olunmaz. Ve gürum ve eşcar garsı ile bağ ve bahçe ittihaz kılınmaz. Ebniye ve eşcar ihdas ve garseden olur ise cemî zamanda ahali hedim ve kal'ettirebilir. Ve arazii mezrua misillû hiç bir kimse tarafından sökülüp ziraat ve harasetine izin ve ruhsat verilmez. Ve ziraat eden olur ise menolunur. Her ne vakit olsa mera olmak üzere ipka kılınır. (Arazi Kanunu madde : 97).

Minelkadim ne mikatr arazii muayyene mera olmak üzere terk kılınmış ise ol miktar arazii muayyeneye mera denilip muahharan tâyin ve ihdas olunan hudut ve sınıra itibar kılınmaz. (Arazi Kanunu madde: 98).

Bir karyeye mahsus veyahut bir kaç karye beyninde müşterek olan

merada karye ahalisinden bir kısmının ne miktar hayvanatı ra'yolunagelmiş ise ol hayvanatın muahharan hâsıl olan füruu yani dölleri dahi ol merada ra'yden menolunamaz. Ve ahalii kuranın hayvanatına müzayaka verecek olduğu halde hariçten ilâve ederek hayvanat getirip ra'yettirmeye ahalii karyeden bir kimsenin salâhiyeti yoktur. Ve bir karyeye hariçten gelip müceddeden yurt bina ederek tavattun edecek kimse ahalii karyenin hayvanatına zaruret ve müzayaka vermemek üzere hariçten bir miktar hayvanat tedarik ve celbederek ol karyenin merasında ra'yettirebilir. Ahalii karyeden bir kimsenin ol karye merasında ne miktar hayvanatı ra'yolunagelmiş ise muahharan ol kimsenin yurdunu alan kimsenin dahi ol miktar hayvanatı ra'yden menolunamaz. (Arazi Kanunu madde : 100).

Bir karye veya kasaba dâhilinde bulunan çiftliğin minelkadim ol karye veya kasaba merasında ne miktar hayvanatı ra'yolunagelmiş ise yine ol kadar hayvanatı ra'yden menolunamaz. Fakat bu makule çiftlikâta ol kasaba ve karye meralarından başka minelkdim müstakillen mahsus olan meralar ahalii kura ve kasabata minelkadim terk ve tahsis kılınmış olan meralar gibi arazii metrukeden olmayıp bu makule çiftlik meralarında yalnız mutasarrıfı hayvanatını ra'yettirip sairini ra'yden meneder. Ve bunlar ba tapu tasarruf olunur. Haklarında sair arazii emîriye muamelesi olunur. (Arazi Kanunu madde : 99).

Meralar hakkındaki Arazi Kanununun yukarıdaki maddelerine, hükümlerine mukabil Cumhuriyetten sonra çıkarılmış kanunlarımızda esasa müessir hükümler mevcut değildir.

Medeni Kanunun 641 inci maddesi menfaati umuma mahsus mallar için hususi hükümler vaz'olunacağını bildirmiş ise de bu ahkâm henüz vaz'edilememiştir. Medeni Kanunun meralardan bahseden 675 inci maddesinde ise herkesin kanunen menedilmedikçe örf ve âdete göre başkasının merasına girebileceği ve mantar ve ufak tefek yabani meyvaları toplayıp temellük edebileceği kabul olunmaktadır. Memleketimizde bunun hilâfına örf ve âdet mevcuttur. Köylülerimiz meralarına kimseyi sokmazlar. Bu hususta bir çok cinayetler işlenmiş ve işlenmektedir.

Medeni Kanunun mera hususunda hükümler ihtiva etmemesinin sebebi mehazı bulunan İsviçre ve Garp hukukunda mera mukabili hukuki müesseselerin bulunmayışıdır. Medeni Kanun arazi tâbirini gayrimenkul tâbirine müteradif olarak kullanmaktadır.

4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu merayı 4 üncü maddesinde kültür arazisi olarak tavsif ettikten sonra (Tarla, bağ, bahçe halinde kullanılmayan ve üzerinde hayvan otlatılabilen arazidir) diye tarif etmektedir. Evvelce de söylediğimiz gibi bu tarif coğrafidir. Hukuki değil-

dir. Huukki bir tarif olabilmesi için bir köye tahsis edilmiş olduğunun da eklenmesi lâzımdır. Bu kanuna göre dağıtmaya tâbi tutulacak arazi meyanında (Madde 8/B) (Bir veya birkaç köy, kasaba veya şehrin orta malı olan arazinin ihtiyaçtan fazla olduğu Tarım Bakanlığınca belirtilen parçası) kaydı da vardır. Burada kanunun maksadı doğrudan doğruya orta malı olan meralara da şâmildir. Maddeye göre meranın fazlalığını ve fazla kısmını takdir Tarım Bakanlığına ait olmaktadır. Ve 10 uncu madde gereğince bu gibi mera fazlalıkları ayrılır ayrılmaz Tarım Bakanlığı emrine girmektedir.

2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununun 16 ncı maddesinde şehir ve kasaba veya köyler arasında müşterek ve muhassas meraların evleviyetle iştirakin izalesi ve müstakil olarak tutanaklarının tutulması yolu tervicolunmuştur.

474 sayılı kanunun 3 üncü maddesinde de köy ve kasabalara mahsus ve metruk meraların ait oldukları köy ve kasabalar adına tahdit ve mesaha olunacakları yazılıdır.

5602 sayılı Tapulama Kanununun 14 üncü maddesinde ise (Belediye, özel idare ve köylerin âmme ihtiyacına muhassas olduğu kanaat verici belge veya bilirkişi sözleriyle tahakkuk eden her türlü gayrimenkul mallar sınırlandırılarak bu tüzelkişiler adına tesbit olunur. Bu tesbit, tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirtilen gayrimenkuller hususi kanunlarında yazılı hükümler mahfuz olmak üzere özel mülkiyete de konu teşkil edemez) denmektedir. Tapulama Kanunu halen memleketimizde ve bir çok ilçelerde uygulanmaktadır. Tapulama postaları mera ile hâli arazi arasındaki hukuki farkı iyice tefrik edemediklerinden köylüden seçilen bilirkişilerin beyanı ile iktifa ederek Devlete ait hâli araziyi köye muhassas mera imiş gibi tesbit etmektedirler. Bu hal ise bilhassa zamanımızda kuvvetli bir şekilde kendisini hissettiren Göçmen yerleştirme işinde Devleti müzayakaya sokacak vaziyettedir. Zira böylece Devlet malı hâli arazi azalmakta, daralmaktadır. Her ne kadar Tarım Bakanlığı 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 8/B ve 10 uncu maddelerine dayanarak bu hataları düzeltebilirse de bunun için köy adına tesbit edilen meraların köy ihtiyacından fazla olması ve o yerde de adı geçen kanunun uygulanmaya başlanmış bulunması lâzımdır. Bütün bunlar Devlete lüzumsuz külfetler tahmil eder. Bu bakımdan Hazine temsilcilerinin tapulamaya başlanan sahalarda uyanık bulunmaları ve her köyde köy tüzelkişiliği adına yapılmış mera tesbitlerini ve müstenidatını iyice incelemeleri lâzımdır.

Köy Kanununda meralar hakkında hususi hükümler yoktur. Bu kanunun 4 üncü maddesine göre tanzim edilen köy hudutnameleri bu hudut

677

içinde kalan hayvan otlamaya salih yerlerin köye muhassas mera olduğunu ispata kâfi değildir. Sadece Köy Kanunu, 8 inci maddesiyle, köy orta mallarını ve bu arada meraları kanun karşısında Devlet malı gibi vasıflandırmış ve bu malların Devlet malı gibi korunup muamele göreceğini söylemiştir.

Meralarda iktisabi zamanaşımının tekevvün edip etmiyeceği meselesi de incelenmeye değer. Arazi Kanunu, 102 nci maddesiyle meralarda mürurzamana itibar olunmıyacağını sarahatle söylemiştir. Ancak Medeni Kanunun bütün gayrimenkullere ve bu arada tabiatiyle meralara da şâmil bulunması lâzım gelen 639 uncu maddesi karşısında Arazi Kanununun bu hükmüne itibar olunamaz. Bu hale nazaran 639 uncu maddede yazılı şartlarla, hususi mülkiyete mevzu olacak şekilde, 20 sene müddetle bir meranın sökülüp ekilmek veya üzerine bina inşa edilmek gibi sebeplerle tasarruf edilmiş olması zilyedi adına tescili icabettirir. Ancak bir meranın hayvan otlatmak suretiyle uzun müddet bir şahıs tarafından kullanılmış olması mera olarak tescilini icabettirmez. Çünkü bu takdirde 639 uncu maddenin kanaatimizce şümulü dışına çıkılmış olur.

Görülüyor ki memleketimizde bir çok ihtilâflara yol açan mera meseleleri daha ziyade bu hususa mâtuf hükümlerin eskiliğinden ve yetersizliğinden doğmaktadır. Bilfarz köy adına bir mera dâvası ikame etmiş olan köy muhtarının köye izafeten ve köy aleyhine hasmı ile sulh olup olmıyacağı veya dâvadan vazgeçip geçmiyeceği hususları halen meşkûk ve ihtilâflıdır. Kanaatimizce eski ahkâma göre zemini hâlâ Devlete ait bulunan ve Köy Kanununa göre Devlet malı gibi muamele göreceği kabul edilmiş olan meralara mütaallik ihtilâfların âmme intizamından kabul olunması ve muhtarın sulh veya vazgeçmeye yetkisi bulunmadığının içtihadolunması daha iyi olur.

Cevat Abdürrahim Gücün ise, (Hukuk Muhakemesi Usulü Kanunu hükümlerine ve Borçlar Kanununun temsile mütaallik hükümlerine ve bu hükümlere muhalif olarak Köy Kanununda bir sarahat bulunmamasına göre) gerekçesiyle muhtarın köy aleyhine ikrarının ve sulhünün muteber olacağını kabul etmektedir. Gerekçesinden de anlaşılacağı üzere bu mütalâada Arazi Kanunu hükümleri nazara alınmamıştır. Halbuki Arazi Kanunu şârihlerinden Âtıf Beyin dediği gibi, muhassas bulunduğu köy halkının hepsi veya bir kısmı izin verse bile, hattâ memurin canibinden dahi meranın hâli kadimi tağyir olunamaz.

Meranın muhassas bulunduğu köyün cümle ahalisi veya bir kısmı mera üzerine ağaç garsına veya ebniye ihdasına izin vermiş olsalar bile bu izin verenler de dâhil cemî zamanda köy halkı dâva ederek hedim ve kal'ini isteyebilirler.

Görülüyor ki meranın hukuki vaziyeti bizzat muhassas bulunduğu köy halkının bile rızasına tâbi değildir.

Bu hale nazaran bu halkın temsilcisi olan muhtarın da meranın hâli kadimini tebdil ve tağyire mâtuf iradesinin hüküm ve kıymeti olamaz.

Medeni Kanun hükümlerinin memleket ihtiyaçlarına göre tadil edileceğini duymaktayız. Mera işinin de bu arada ele alınmasını ve köylerimizin, dolayısiyle memleketimizin hayati mevzularından biri olan bu meselenin de düşünülmesini temenni etmekteyiz. Kanaatimizce meraların yine eskisi gibi Devlet tarafından köylere tahsisinin kabul edilmesi lâzımdır. Bu yetkiyi, idare heyetlerinin de mütalâası alınmak şartiyle İçişleri Bakanlığına vermek doğru olur. Köylülerimiz hâlen meraları köyde hane başına taksim ederek sürmektedirler.

Bu sakim usule bir nihayet vermek, meralara mütaallik olarak esaslı ve etraflı hükümler koymak zamanı gelmiştir.

679

MEDENİ HUKUKTA HÂKİMİN TAKDİR HAKKI

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

Plân :

I — Kanunumuzdaki yerinin tâyini.
II — Hâkimin takdir hakkının tarihî önemi ve muhtelif kanunlarda yer alışı.
III — Takdir hakkının mehaz kanundaki mucip sebebine ait izahat.
IV — Kanun ve takdir salâhiyeti.
V — Takdir hakkının meriyet sahası.
VI — Takdir hakkının Yargıtay'ca kontrolü.
VII — Takdir hakkının yargıç tarafından nasıl kullanılacağı ve yargıcın şahsının önemi.
VIII — Takdir hakkının hak ve nisfet dairesinde kullanılması.
IX — Hâkimin takdir hakkının ispat hukuku ve delillerin takdiri ile ilgisi.

I — Kanunumuzdaki yerinin tâyini :

Medeni Kanunumuzun başlangıç kısmını teşkil eden 7 maddeyi muhteva bakımından üç kısma ayırmak suretiyle mütalâa edebiliriz.

a — Medeni hukukun tatbikına mütaallik esaslar.
b — Beyyineye mütaallik kaideler.
c — Hakkın istimal ve şümulü.

Medeni Kanunumuzun tatbikiyle ilgili esasları da yine ikiye tefrik ile incelemek muvafıktır.

aa — Medeni hukukun kaynağı olan birinci madde.
bb — Hâkimin takdirinden bahseden dördüncü madde.

II — Hâkimin takdir hakkının tarihî önemi ve muhtelif kanunlarda yer alışı :

Acaba takdir hakkı muhtelif kanunlarda nasıl yer aldı? ve hâkimin takdirine nasıl yer verildi? işte bu noktayı inceliyelim.

Hâkimin vazifesi XIX uncu asırdan itibaren bütün hukuk müelliflerinin ilgilenmesine sebep oldu. Modern Devlet teşkilâtlarında Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı (tefrikı kuva) prensipi hâkimdir. Teşriî kuvvet, yürütme kuvveti ve yargı kuvveti birbirinden tamamiyle ayrı durumdadır. Buna göre hukuku yaratmak kanun vâzıı olan teşriî kudretin elindedir. Onu tatbik etmek, hüküm vermek kaza kuvvetinin, mahkemelerin ve hâkimlerin vazifesidir.

Muhtelif memleketlerde kanun koyucular, kanunlarının ısdarında iki yol gütmüştür. Birincisi kazuist metottur ki, hayatta raslanacağı tasavvur ve tahmin edilebilen bütün hâdise ve meseleleri kanununun içine almak ister. Yani mücerret kaide koyma metoduna önem vermeyip, hayatın her olayını kanunda sayma yolunu tutan sistemdir. Bu usul asırlar boyunca devam etmiştir. Meselâ : İmparator Justinianus kendi kanununu **«mükemmel bir eser olarak vasıflandırmış ve bu kanunun saydığı olayların dışına çıkmayı hâkime yasak etmiştir»** (1).

Aynı hal Prusya Devleti umumi kanununda da kendini göstermektedir. Bu kanunun 46 ncı maddesine göre **«Kanunda o meseleye ait bir hüküm mevcut değilse teşriî meclise müracaat olunacaktır»** kaydı mevcuttur. Bu on yedi bin maddelik kanun âni olarak çöktü. Çünkü hayata intibak kabiliyeti o kadar azalmıştır ki, ufacık bir değişik olay karşısında dahi yeni bir hüküm koymak gerekiyordu. (2)

Fransız Code civili ve 2385 paragraf olan Alman Medeni Kanununda (Bürgeliches Gezetsbuch) kabarık hacımlariyle aynı metodu benimsemiştir. İşe bu şekilperest metot, hayata hâkim olmak iddiasını güderken, hayat ona hâkim olarak eski kıymetini yok mesabesine indirecek kadar kaybettirdi. XIX uncu asırda bu metodun yerini ikinci bir usul aldı. Çünkü beşeriyet üzerinde ekenominin etkisi mühim bir rol oynamaya başladı; birçok teknik icatlar yapıldı ve kanun vâzıı bu nisbette çeşitli olaylar içerisinde mücerret kaideler koymanın daha yerinde olacağını idrak etti. Fakat kanununların başından sonuna kadar da mücerret kaide koymaya lüzum yoktur. kanunlarda da bazı sarih ve katî hükümlere ihtiyaç vardır. Meselâ : rüşt yaşı ve zamanaşımı gibi (3).

İşte böylece ikinci bir kanun koyma metodu ortaya çıkmış oldu. Birincinin izahı sırasında, ikinci usulün gayesinin ne olduğunun da anlaşıldığı zannındayız. Burada hâkime geniş serbestî sahası bırakılıyor. Statik kanun hükümlerinin mahzurunu giderip, dinamik hayata ayak uydurmasını cak hâkime tanıdığı geniş takdir hakkı sayesinde temin etmiş oluyor. Bu prensipin en baş misalini mehazımız olan İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu teşkil eder. Demek ki bizim Medeni Kanunumuz hâkime geniş takdir hakkı vermekle, sonsuz değişiklik arzeden hal ve hâdiselerin sert ve katî kaidelere raptı ile haksız neticelere müncer olacak mahzurlarının ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Fakat buna rağmen Avrupa hukuk âlimleri tarafından başlıca şu noktalar üzerinde tenkide uğramıştır. Kanunun içerisinde birçok boşlukların mevcut olduğu

(1) Geny, Methode d'interpretation p. 84 t. I.
(2) Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz, Medeni hukuka giriş, Sf. 49.
(3) Prof. Dr. Saymen, Türk Medeni Hukuku, cilt I. Sf. 154.

ve bu arada hâkime çok geniş takdir hakkı verilmesinin doğru olmadığı ve bunun mahzurlu olduğu yolundadır.

Demek ki bazı kanun vâzıları umumi bir kaide vaz'ederken münferit hâdiselerin hal ve faslında mecburi olarak hâkime çok veya az bir hareket sahası bırakır ki buna teknik lisanla **«Hâkimin takdirine bırakma»** denir.

III — Takdir hakkının mehaz kanundaki mucip sebebine ait izahat :

«Takdir hakkı bundan önceki hükümiyetten bahseden hükümle sıkı, sıkıya alâkalı olduğu gibi, **hâkime serbestçe karar vermesini de emretmektedir.** Şüphesiz bu kaide evvel emirde bir ikazı haizdir. Hâkim, beyyineler hususunda Kanton hukukunun bazı nazariyatına bağlı bulunmamalıdır, Filhakika hâkim kanaatince mevcut addettiği vakıaları, meydana gelmiş olarak kabüllenecektir. Fakat bu hüküm daha da ileriye gitmektedir. Bir beyyinenin getirilmesi artık mevzuubahis olmayacağı ve hâkimin işin içinden kendi kendine çıkması lâzım geleceği haller nazarı itibare alınmıştır. Şayet hâkimin tam ve muntazam bir beyyine getirmesini araması gerekseydi, ekseriya nasafete (équité) uymayan kararlar vermeye mecbur olurdu ve hüküm beyyine külfetinin tevziinden çıkan normlara göre değil de pek muhtemelen hakikat olan şeye göre verilirse böyle bir usulde keyfî hiç bir şey olmayacak; bilâkis, daha mükemmel bir hukuk idealine tekabül edecektir. Hâkimin serbestçe takdir hakkı bilhassa Borçlar Hukukundaki, tazminatın hesabı ve bunların ifası vecibesi ile alâkalı olan hususlarda çok kullanılır. Bununla beraber evlilik rejiminde ve hattâ ayni haklarda da takdir hakkına raslanır. Şüphesiz bu hususta umumi bir kaide formüle etmek kabil olabilirdi. Fakat kanun koyucu kasden bundan vazgeçmiştir; zira, fiilen ve zamanla değişen ahval ve şerait muvacehesinde, hem vâzıh ve hem de her hale uyacak ve hattâ keyfî adaletten korkanlara hâkimin takdir salâhiyetini itiraz götürmez bir nimet addettirecek bu katî ifadeyi temel fikirden tedricen istihraç işini doktrine ve jürisprudansa ait addetmiştir.» (4).

Gerek Medeni Kanunumuzun gerekçesinin ve gerekse adalet komisyonu mazbatasının hâkimlerimizi bu hususta tenvir edecek derecede kaleme alınmamış olması, keza Medeni Kanunumuzun kabulü sırasında B. M. M. mizde istifadeyi mucip mütalâalar serdolunmaması hasebiyle hâkimlerimiz Medeni Kanunun menşei olan İsviçre Medeni Kanununun çok mükemmel bir şekilde kaleme alınan esbabı mucibe lâyihasını ve bu kanu-

(4) Code Civil Suisse, Exposé des motifs de L'avant-projet du Département-Fédéral de Justice et Police Sf. 24.
Tome premier Berne 1901.

nun İsviçre Parlâmentosu tarafından kabulüne kadar geçirmiş olduğu muhtelif safhaları nazarı dikkate almaları faydadan hâli değildir. Bu hususta İsviçre Medeni Kanununu hazırlamak vazifesini üzerine alan Prof. Eugen Huber'in 1888 - 1893 seneleri arasında İsviçre hususi hukukunun sistem ve tarihi (System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts) namı altında Almanca olarak kendi kalemi ile vücuda getirdiği eserini keza çok kudretli ve çok ilmî bir tarzda kaleme alınan esbabı mucibe lâyihasını (Erleuterungen), İsviçre Federal Meclisinde üç sene devam eden müzakereleri sırasında serdolunan kıymetli fikirleri yargıçlarımıza tanıtmak ve bunların tanınmasını imkân dâhiline koyacak tercümeler Adalet Bakanlığımız tarafından yaptırılırsa bu mehazların hâkimin takdir hakkını kullanmasında son derece faideli olacağı kanaatindeyiz.

IV — Kanun ve takdir salâhiyeti :

Hâkim bir meselede takdir salâhiyetini kullanabilmesi için hâdisenin maddi şeklini vazıh olarak tesbit ettikten sonra hâdisenin hukuki cihetinin halline geçebilir. Hâkim, meselenin hukuki cihetinin halline geçince acaba kanun bu mesele ile ilgili bir norm koymuş mu ilk defa onu araştıracak; eğer kanun gerek lâfziyle ve gerekse ruhiyle takdire taallûk eden bir hükmü muhtevi ise yargıç o zaman Medeni Kanununun dördüncü maddesiyle işi halledecektir. Eğer yargıç positif hukuk küllü içinde, hâdiseye tatbik edecek bir kaide bulamadıysa positif hukukun sakit olması halinde hukuktaki hakiki boşluk birinci madde hükmünü ilgilendirir. Bu maddede yargıca vâzıı kanun salâhiyeti verilmektedir (5).

Demek ki, kanun içerisinde muhtevasında bir boşluk bulunur. Yani kanun vâzıı umumi prensipi kor, teferruatı bir kasdı mahsusa istinaden hâkimin takdirine bırakırsa yargıç işte burada 4 üncü maddenin kendisi-

(5) Hâkimin kanun vâzıı salâhiyeti için şu yazılara bakınız: 1 — Yargıcın vâzıı kanun gibi hareket ederken nazarı dikkate alacağı hususat. İstanbul Baro Mecmuası 1942, Sf. 148. Recai Okan'dan. 2 — Yargıcın Teşriî salâhiyeti, Adalet Dergisi 941/4. Prof. Tahsin Adam. 3 — Hâkimlerimizin vâzıı kanun gibi koydukları kaideleri temyiz nakza salâhiyetli midir? M. H. Ürgüplü, Hukuki Bil. Mecmuası. 939/5968. 4 — Aynı yazarın, vâzıı kanun gibi karar veren hâkimin hükmü temyiz olmalı mıdır? Huk. Bil. Mec. 938/6596. 5 — Yargıcın kanun vâzıı gibi harekete geçerek vücuda getirdiği tasarrufun hukuki mahiyeti. Okandan İstanbul Baro Mecmuası, 943/460. 6 — Yargıcın teşriî salâhiyeti, yeni hukukumuz ve yargıcın faal rolü. Prof. Dr. K. Fikret Arık, Adalet Dergisi 942/3. 7 — Hâkimin kanun vâzıı gibi hareket ettiği saha. Okandan, İstanbul Baro Mecmuası. 942/732. 8 — Yargıç tarafından kanun vâzıı gibi ittihaz olunan hükmün Yargıtaya karşı derecei sübutu, Okandan, İstanbul Baro Mecmuası. 942/393. 9 — Hâkimlerimizin vâzıı kanun salâhiyeti. F. Hulûsi Demirelli. Hukuki Bilgiler Mecmuası. 934/6079.

ne tanıdığı takdir hakkının şümulü içerisinde yetkisini ölçülü bir şekilde olaya tatbik edecektir.

Eggere göre takdir keyfiyeti inkişaf ettirici bir tefsirdir ve bu mahiyeti itibaryile aynı zamanda boşluk doldurmasıdır. Bundan dolayı, takdir işi de **normlara göre hüküm vermekten** ibarettir. Takdir yetkisinin göreceği iş, vâzıı kanunun bile, bile koymamış olduğu normları yargıcın koymasıdır. Yargıç burada da hukukun şekillendirilmesinde iş birliğine çağrılmaktadır. O burada dahi kanun vâzıının yardımcısı ve hukukun yaratıcısı oluyor.

Bu normları yaratırken yargıç çift cepheden bağlıdır. Bir kere yargıç dış bakımdan kanunun çizdiği sınırlar ile tahdidedilmiştir. Her şeyden önce takdir yetkisinin hangi noktalara munhasır kalacağını kendisi tâyin edecektir. Yargıç bu yetkiyi kullanmada, birinci maddedeki boşluğu doldurmaya nispetle daha mukayyettir.

Bir de iç sınırlar vardır. Yargıcın takdir yetkisinin mânası «**Bizzat kanun vâzıı, hukuki münasebet için kendi kaidesini hangi objektif ölçüden iştikak ettiriyorsa, yargıcın aynı objektif ölçüye göre norm yaratmasıdır.**» Bundan dolayı nasıl ki kanunda «serbest hukuk yaratmak» diye bir terim geçmiyorsa «serbest takdir salâhiyeti» diye bir terim de yoktur (6).

Bu fikrin yerinde olduğunu ilerde Yargıtayımızın içtihatlarının tahlilinde de görmüş olacağız.

V — Takdir hakkının meriyet sahası :

Dördüncü maddenin koymuş olduğu norm Medeni Hukukun bütün sahalarında caridir. Aynı zamanda Medeni hukuka ait tâli kanunlar için de yine caridir (7).

Bu fikir kanaatimizce çok yerindedir. Bir kere dördüncü madde umumi bir hüküm olması bakımından medeni hukukun küllüne hitabetmiştir. Medeni hukukun takdirle ilgili maddelerinin bir vakıaya uygulanmasında bu maddeden istifade edeceğiz. Bir de medeni hukukla ilgili, tâli, yahut özel kanunlar var, acaba bu kanunların dördüncü madde ile münasebeti ne olabilir? Eğer bu kanunlara takdire mütaallik bir hüküm varsa onu, yoksa dördüncü maddenin umumi kaidesini onlarada tatbik edeceğiz.

VI — Takdir Hakkının Yargıtayca Kontrolü :

Medeni kanundaki takdir hakkı yargıtayın kontrolüne tâbidir. Ceza hukukundaki durumu burada incelemiyeceğimizden, biz yalnız medeni

(6) Egger, Başlangıç ve Kişinin hukuku, tercüme eden: Avukat Wolf Çernis. Ankara 1947, Sf. 113.

(7) Egger, s. g. e., Sf. III.

hukuka ait takdir yetkisinin kontrolünü münakaşa edeceğiz. Sayın hocam Prof. Dr. F. Erem ceza hukuku sahasında genel takdir hakkının her türlü murakabeden azade olmasını, bu bakımdan da Yargıtayın içtihatlarını tenkid etmektedir (8).

Hukuk Yargılama Usulü kanununun 428 inci maddesi şu hükmü muhtevidir. «**Mahkemei Temyiz aşağıda beyan olunan esbaptan dolayı temyiz olunan hükmü nakzeder**» dedikten sonra 5 inci bendinde de şu ibareye raslamaktayız «**Meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi**» işte bu maddeye istinaden diyoruz ki, hukuki bir meselenin yanlış takdiri temyiz sebebidir, yani Yargıtay böyle bir yanlışlığa karışır ve hükmü bozar. Şu halde kocası tarafından döğülen bir karının açtığı boşanma dâvasında mahkemenin bunu boşanma sebebi saymayarak dâvayı reddetmesi halinde Yargıtay hâkimin bu takdirine karışabilecektir; mahkeme döğülme vakasını dinlenen tanıkların sözleri kanaat verdiğinden dolayı müspet görmezse vakıanın tesbitine dair olan bu takdire Yargıtayın karışmaması icabeder; verilen kararlarda da prensip olarak karışmadığı görüldüğü gibi, içinde çalışmaya başladığımız günlerden beri de diğer hukuk dairlerine muvazi olarak I. Hukuk Dairesinde hâkimin takdir hakkına son derece hassasiyet gösterilmekte, mahkemelerin takdire müsteniden verdikleri hükümlere karşı yapılan itirazlar da reddolunmaktadır. Fakat hatalı takdir hakkının kullanılmasında müsaade edilmeyeceği tabiîdir.

Ölüme bağlı tasarruflarda, tasarrufun yapıldığı zamanda müteveffanın hangi akli durumda olduğu meselesi bir vakıanın tesbiti işidir. Lâkin yargıcın tesbit ettiği hukuki unsura tasarruf ehliyei mefhumunu doğru mu yanlış mı tatbik ettiği meselesi, maddi hukuk meselesi olarak Yargıtay birinciye karışmayıp ikinciye karışacaktır.

Escher'e göre vasiyetçinin tasarruftaki iradesinin muhtevasını tesbit bir hukuk meselesidir. Bundan dolayı hâdisede Federal mahkemenin takdirine tâbidir. Fakat tasarrufta kullanılan dilde muayyen bir tâbirin mânasını tâyin bir vakıa meselesi olduğundan Federal mahkemenin takdirine tâbi değildir.

Yani kullanılan bir kelimenin mânasını tesbit vakıa meselesi olduğu halde, vasiyetçinin bu tâbiri memlekette kullanılan mânada mı veya takdirî mânada mı anlamıştır, kullanmak istemiştir meselesi bir hukuki meseledir (9).

(8) Prof. Dr. Erem, Türk Ceza Hukuku, 2 nci bası, 1950, Ankara, S. 159. Prof. Dr. Erem, yine aynı bilgi için bk. Adalet Dergisi, 1946, sayı 11, S. 1198.

(9) Ord. Prof. S. Ş. Ansay, Hukuk yargılama usulleri, 4 üncü bası, 1950, Ankara, S. 283.

Yargıtay hâkimin takdir hakkına müsteniden verdiği hükmünü hak ve adalete uygun olup olmaması; aklın, hak ve nısfetin kabul edeceği bir hüküm bulunup bulunmaması; hissi selime, aklı selime, iktisadi ve içtimai icaplara, ahlâki telâkkilere, hukuku müktesebeye nihayet Anayasamızın ruh ve prensiplerine aykırı olup olmaması bakımından kazai tetkikatını icraya çalışacaktır.

Bu izahatımızı takviye bakımından Yargıtayımızın hukuk genel kurulu ve hukuk dairelerinin çeşitli zamanlarda vaz ettiği takdire mütaallik kararlarını burada zikretmeyi muafık bulduk.

I — «Evlât edinme mukavelesinin feshini mucip sebebin takdiri yargıca aittir».

Yargıtay kararları Adliye ceridesi 1937 sayı 6 s. 165.

2 — «11 yaşında ve tahsil çağında bir çocuğa ayda beş lira nafaka takdir ile yeme, içme ve giyinme gibi masrafların temin edilmiyeceği zâhir iken kendisine ayda bu miktar nafaka takdirinde isabet olmadığından hükmün bozulmasına»

Hukuk ve içtihatlar dergisi sayı 1-2 s. 52.

3 — «Sureti şahadet ve hükmün müstenit bulunduğu esbabı mucibeye delillerin ve boşanma halinde çocukların velâyetlerinin hangi tarafa tevdii icabettiğinin takdiri yargıca ait bulunmasına mebni vârit olmayan itirazların reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına»

Hukuk ve içtihatlar dergisi sayı 1-2 s. 62.

4 — «Hukuk hâkimi zararı mucip olduğu iddia edilen sebebin kusur olup olmadığını tâyin hususunda ceza mahkemesi kararıyle mukayyet olmadığı delil ve şahitlerin sözlerinin takdiri dâvayı gören mahkemeye ait bulunduğu cihetle ısrar kararı usul ve kanuna uygundur».

Hukuk Genel Kurul kararı E. 4-36 K. 52 Yargıtay kararları 1933 s. 21.

5 — «Beyyinelerin serbestçe takdir salâhiyetini haiz olan mahkemece şahadet kanaatbahş görülerek kabul ve hükmedilmiş olmasına ve kanunen verilen ve mahallinde istimal olunan takdir salâhiyetine mafevk mahkemece taaruza mesağ bulunmasına ve şekli iştirak suretiyle takdir olunan nafaka istikrar olunacak miktarda olmamasına binaen serdolunan itirazlar vârit olmadığından reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına»

Yar. 2. Hukuk Dairesi E. 421 K. 1672 Yar. kararları 1933 s. 114.

6 — «..... eşhas hizmetinde bulunan alacakların büyük bir hiffetle ilzam edici belgelere bağlanmaması konkordatonun tasdik edilmemesini gerektiren sebeplerden bulunmuş ve borçlunun alacaklılarına karşı pek büyük hiffetle muamele yapmış olduğunun kabulü de taarruz-

dan masun olan takdire dayanmış olduğundan borçlu vekilinin bozma dileğinin reddiyle hükmün onanmasına»

Neşredilmemiştir. Yar. İcra-İflâs Dairesi E. 4934 K. 5463 3/11/951.

7 — «Fiilin sübutuna mütaallik kesinleşen ceza mahkemesi kararları hukuk hâkimini takyid edeceğine ve zarar miktarı takdir edilen şahadetle sabit olmuş bulunmasına göre, dâvalıların kısmen takdire dokunan itirazları vârit görülmediğinden reddiyle gerekçesi itibariyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına»

Neşredilmemiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 9307 K 28/11/951.

VII — Takdir Hakkının Yargıç Tarafından Nasıl Kullanılacağı ve Yargıcın Şahsının Önemi :

Hâkimin takdir hakkının hukukun tatbikında çok faydaları vardır. Eyi ve muktedir hâkimler tarafından bu salâhiyetin kullanılması, değişen hâdiselere tam bir şekilde, zaman ve zemine uygun olarak, hüsnüniyetle tatbiki adaletin tevziinde mühim rol oynar :

Yargıç takdir hakkını kanunun sarih olarak emrettiği yerlerde kullanacaktır. Bu neticeyi dördüncü maddenin yazılış tarzından çıkarmaktayız. **«Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu** hususlarda hâkim, hak ve nısfetle hükmeder.» Kanunumuzun mehazı olan İsviçre Medeni Kanunu Fransızca metninden tercüme suretiyle kanunlaşmıştır. Fakat Almanca metnin tercümesi 4. maddenin mânasını daha açık bir şekilde ifade etmektedir. **«Kanunun takdir salâhiyeti verdiği veya halin gereğini yahut da hukuki sebepleri göz önünde tutmasını emrettiği hususlarda, hâkim hakkaniyet ve nısfete göre hükmetmekle mükelleftir» (10).**

Medeni kanunumuzun hâkime takdir salâhiyeti verdiği hükümler şunlardır. (M. 1. 24, 25, 26, 58, 65, 85, 91, 132, 148, 246, 247, 256, 258, 321, 328, 330, 337/3, 364, 365, 555, 650, 656, 661, 662, 690, 709, 894/1).

Borçlar Kanununda ise (M. 2, 44, 46, 42, 47, 49, 50-54, 91, 99, 136, 137. 161, 202 264, 286, 314, 320, 329, 336, 344, 359, 365, 367, 380, 384, 413, 471, 514, 517, 529, 535, 537).

Hukuk Usulü kanununda (M. 2, 34, 101, 108, 286) dır.

Takdire yer verilen bu maddelerin tadadından da anlaşıldığı gibi, Medeni Kanunun hâkime en çok takdir salâhiyeti verdiği saha aile hukuku, Borçlar Kanununun ise haksız fiilden doğan borçlar kısmıdır.

Kanun vâzıı takdir hükümlerinde iki noktadan hareket etmiştir. Birinci olarak takdir hakkı ya bir sosyal vakıa hakkında, ikinci olarak da mameleke taallûk eden bir miktarın tesbitinde verilmiştir. Birinciye mi-

(10) Egger, s. g. e., Sf. 113.

sal : M. K. 24, 25, 30, 58, 258, 555, 690, B. K. 320. maddeleri. İkinciye misal : M. K. 2, 4, 26, 85, 330/5, 334/2, 497, 650, 677, 693/2. B. K. da 41 - 54; 161, 202, 286, 336 ncı maddelerdir.

Yine takdir hakkını alâkadar eden maddeler iki noktada toplanmıştır. Takdir hakkı ya bir hüküm şartlarına yahut da neticelerine taallûk etmektedir. Meselâ kanun koyucu «..... şu şart mevcutsa ..... şu hüküm verilir» diyerek sadece şartların tâyinini hâkime bırakır. Bunu bir misalle açıklayalım, Medeni Kanunun 134. maddesinde «eşler arasındaki müşterek hayatı çekilmez bir hale koyan şiddetli bir geçimsizlik varsa **(ŞART)** hâkim boşanmaya karar verir». İşte buradaki hâkimin takdir hakkı «şiddetli geçimsizlik» şartının araştırılmasına hasredilmiştir (11).

Aynı kaideyi Medeni Kanunun 258, 275, 321 ve Borçlar Kanununun 250 inci maddelerinde de bulmak kabildir. Kanun koyucu bazan şartları tesbit ederek hâkime sadece bir hükmün neticeleri üzerinde takdir hakkı vermiştir. «..... **şu şart mevcutsa ..... hükmün şu neticeleri takdir olunur**» der. Meselâ: Medeni Kanunun 137 inci maddesine göre «hâkim dâvanın ikamesini mütaakıp **(ŞART)** lâzım gelen ve bilhassa kadının iskân ve infakına ..... dair muvakkat tedbirleri ittihaz eyler. **(HÜKMÜN NETİCELERİ)**».

Burada da hâkim, o şart mevcutsa neticeyi şu veya bu şekilde takdir edecektir (12). Medeni Kanunun 85, 321/2, 690 vesair maddeleri bu kaideyi muhtevidir.

Takdirden bahseden dördüncü maddede «muhik sebepler» veya «icabı hal» gibi tâbirler de bulunmaktadır. Meselâ :

İcabı hal tâbirine: M. K. 369, 669/2, 670, 681/2, 694/3 üncü maddelerinde.

Muhik sebepler tâbirine ise : M. K. 26. 65, 84, 132, 355, 555 inci v. b. maddelerinde raslanmaktadır

Maddeler tetkki edildiği takdirde, muhik sebep daha ziyade bir «fesih sebebi» olarak zikredilmiştir. İcabı hal tâbiri ise «bir vakıanın aydınlatılmasını» ilgilendirmektedir (13).

Fakat takdir hakkı maddelerde sarahaten gösterilmemiş, birtakım elâstikî kelimeler ve cümlelerle ifade edilmiştir. Biz yine bunlardan takdir hakkını anlayacağız. Ezcümle icabı hal, ahvalin muktazi bulunduğu gibi tâbirlerdir. Medeni Kanunumuzun 3, 132, 321, 143, 190, 26, 58, 65, 84, 690, 709 uncu maddeleri bu tâbirleri içine alır.

(11) Dr. Saymen, s. g. e., Sf. 156.
(12) Egger, s. g. e., Sf. 112.
(13) Egger, s. g. e., Sf. 112.

Hâkim takdir hakkını keyfî, indî duygularına, sübjektif düşüncelerine göre kullanamaz. Kanun koyucu hâkimi bu keyfîlikten men için Medeni Kanunun dördüncü maddesinde «.....**hâkim, hak ve nisfetle hükmeder**» demektedir. Hak ve nisfetin izahını ilerde yapacağımız için burada izahtan sarfınazar etmekteyiz.

Biraz da takdir hakkının hâkim tarafından kullanılmasını, kanunumuzda takdir hakkı verilen maddeleri ele almak suretiyle misallerle açıklayalım.

Diyebiliriz ki aile hukukunun takdirle ilgili maddelerinin en mühimmi 148 inci maddedir. Bu maddeye göre «**Boşanma veya ayrılık vukuunda, hâkim ana ve babayı dinledikten sonra hakkı velâyetin istimaline ve ana baba ile çocuklar arasındaki şahsi münasebetlere dair iktiza eden tedbirleri ittihaz eyler**». Burada kanun bir kaide koymuş, fakat bu kaidenin tatbikı şümulünü açık surette tâyin etmemiş, hal ve vaziyetin icabına göre işi hâkime terketmiştir. Hâkim, bütün bu hal ve durumları, iki tarafın vaziyetini, bilhassa çocukların menfaatini göz önüne alıp, onların yetişmesi, tahsili ve buna mümasil hallerde ne gibi iktiza eden tedbirler varsa onları alarak velâyeti boşanan ana, babadan birine tevdi eder ve diğer tarafın çocukla münasebetini de tâyin ve tesbit eyler. Hâkim bilhassa burada boşanan tarafların ahlâki, sıhhi, malî durumu ile çocukların yaşlarını nazarı itibare alacaktır.

Küçük yaştaki çocuklarla, kız çocukları daha çok anne şefkatine muhtaçtır. Bu gün tatbikatta da olduğu gibi küçük yaştaki çocukları anaya vermek matluba muafıktır. Fakat bundan her zaman küçük yaştaki çocuğun anaya verilmesi neticesini çıkarmıyalım, ekseri ahvalde böyle olması icabetmekle beraber bazı araz buna mâni olabilir; meselâ: Çocuk emzikli olmasına rağmen frengiye müptelâ bir anaya verilmesi kanaatimizce doğru değildir, keza hali vakti yerinde bir baba dururken fakir anaya çocuğun yaşı küçük olmasına rağmen bırakılmaması akla ve mantığa uygun gelmektedir. Hulâsa, hâkim halin icabına göre **iktiza** eden tedbirlerin uygulanmasına karar verecektir.

Burada Yargıtayımızın da en mühimlerinden birkaç içtihadını zikretmeyi faideli gördük.

1 — «Kanunu medeninin 148 inci maddesi mucibince velâyetin ana babadan hangisine tevdii lâzım geleceğinin tâyini mahkemeye mevdu hususattan bulunduğuna mebni bu cihete mâtuf temyiz itirazı vârit görülmediğinden reddiyle».

Yar. 2. Hukuk Dairesi E. 2726 K. 2817 Yar. kararları 1939-1940 s. 20.

689

2 — «Yaşına göre ana bakımına ihtiyacı olan çocuğun velâyetinin babaya tevdii yolsuzdur».

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28/9/938 T. K. 3291.

3 — «Kız çocuğu yaşına nazaran ana bakım ve şefkatine muhtaç bulunduğu halde babaya tevdiine karar verilmesi doğru görülmediğinden».

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 21/9/946 K. 3676.

4 — «Mahkemece dâvalının ahlâksızlığı kabul edilmiş olmasına göre 1933 doğumlu Hüseyin'in velâyetinin dahi dâvacıya tevdii lâzım gelirken dâvalıya bırakılması yolsuzdur».

Yar. 2. H. D. 20/10/945 K. 4768 (14).

5 — «..... M. K. nun 148 inci maddesi hükmünce boşanma halinde velâyetin boşananlardan hangisi tarafından kullanılması menfaatli olacağının takdiri yargıca ait bulunmuş olduğundan bu hususa dokunan itirazlar vârit değildir».

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 1165 K. 1738 1/4/949.

Kezalik Medeni Kanunun 85 inci maddesi nişanlılardan biri, kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından fahiş bir surette mutazarrır olmuşsa, hâkimin diğer tarafı mânevi tazminata mahkûm edebileceği kaidesini koymuştur.

Yargıtay da «nişanın bozulmasında, zararı mânavinin takdiri mahkemenin salâhiyetine aittir», diyerek 85 inci madde ile hâkime tânınan salâhiyeti aydınlatmış ve kuvvetlendirmiştir.

2. H. D. 10/1/929 Tarihli karar (15).

Yine Medeni Kanunun 134 üncü maddesindeki şiddetli geçimsizlik mevcut olup olmadığını hâkim takdir hakkına dayanarak tâyin edecektir. Yargıtay 2 inci Hukuk Dairesi bir kararında :

«Taraflar arasında şiddetli geçimsizlik olup, bundan böyle birliğin devam edemiyeceği anlaşılmış ve hâdisede delillerin takdiri yargıca ait olup sureti tatbikata nazaran mahkemenin takdirine taarruza mahal bulunmamış olmasına binaen itirazların reddiyle hükmün onanmasına». 15/12/1947 K. 803 (16).

Kezalik Medeni Kanunun 143 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre boşanmaya sebebiyet veren tarafı hâkim mânevi tazminat namiyle bir meblâğ ile mahkûm edebilir. Buradaki mânevi tazminatın miktarını hâkim tâyin ederken M. Kanunun dördüncü maddesindeki ölçüler dâhilinde ta-

(14) Hâkim Zerrin Akgün, Boşanma Hukuku, S. 148.

(15) Ord. Prof. Dr. H. Veldet. Türk Medeni Hukuku Umumi Esasları, 4 bası, 1951, İstanbul, S. 198.

(16) Akgün, s. g. e., Sf. 131.

rafların durumuna göre de hakkaniyete uygun olarak takdir hakkını kullanacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında : «Mevcut geçimsizliğe sebebiyet verilmesi bakımından dâvacının tamamen kabahatsiz ve boşanma yüzünden menfaatlerinin ağır surette haleldar olduğuna mahkemece kanaat getirilmiş olmasına, zararı mânevinin tâyin ve takdiri yargıca ait bulunmasına göre mânevi tazminata dokunan itirazlar vârit değildir».

Yargıtay kararları 1950, Sf. 107, E 2/48 - 15, K. 24.

Medeni Kanunumuzun 709 uncu maddesi de irtifak haklarında tazminattan bahsetmektedir. Buradaki tazminatın miktarının tâyininde de yargıcın rolü büyüktür. Meselâ : Geçit hakkının kullanılacağı arsanın önü tamamen kapanmamış olmakla beraber, hâkim gayrimenkulün diğer tarafından bir cadde açılmış bulunuyorsa hâkim gayrimenkulün sahibine artık pek az menfaat temin edeceğinden hâkim tazminatı gayrimenkul maliki lehine tenkis eder. Hiç menfaat temin etmiyorsa talebe mebni tazminatı bile ortadan kaldırır. Buradaki menfaate göre tazminatın ölçüsünde yargıcın da takdir hakkının rolü vardır (17).

Borçlar Hukukuna gelince :

Evvelce Borçlar Hukukunda takdir hakkının en çok kullanıldığı yerin haksız muameleden doğan borçlar faslındaki tazminata taallûk eden hükümlerdir, demiştik.

Bu fasıldaki 42 nci maddede **«Zararı ispat etmek müddeiye düşer. Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mûtat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikan tâyin eder.»** Kanun burada tatbik edilecek kaideyi koymuştur. Müddei (zarar gören) uğradığı zararın miktarını ispat edecektir. Fakat hakiki miktarı ispat edemezse o zaman hâkim bütün hal ve vaziyetleri, haksız fiili işliyenin kusuru derecesini, zarar görenin de zati kusuru olup olmadığını, zararı önlemek için tedbir alıp almadığını velhasıl bütün o olayla ilgili ihtimalleri inceleyerek edineceği kanaate göre takdir hakkını kullanmak suretiyle, **tazminat miktarını** adalete uygun bir şekilde tâyin edecektir (18).

Yargıtay da «Zararın hakiki miktarı belli olmıyan hallerde B. Kanunun 42 nci maddesi uyarınca zararın yargıçlıkça adalete muvafık bir şekilde tâyini icabeder» demektedir. 3. H. D. E. 516, K · 341, 12/1/1951

Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinde **«Hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim, temyiz kudretini haiz olmıyan kimseyi ika ettiği zararın tamamen**

(17) Veldet. Gayrimenkul tasarrufları, 1950, Sf. 182.

(18) Veldet. Umumi esaslar, 4. bası, Sf. 199.

691

yahut kısmen tazminine mahkûm eder.» Burada da hakkaniyetin iktiza edip etmediğini hâkim takdir hakkına müsteniden tâyin edecektir.

Borçlar Kanununun 344 üncü maddesi hizmet akdinden bahseder. İkinci fıkrası da şu hükmü muhtevidir. **«Ahlâki sebeplere veyahut hüsnüniyet kaidelerine göre iki taraftan biri artık akdi icra etmemekte haklı gösteren bir hali muhik sebep»** olarak göstermektedir. Üçüncü fıkrası da bu gibi hallerin mevcudiyetini takdir etmeyi hâkime bırakmıştır.

Son olarak da, hâkime takdir hakkı tanımakla beraber, tatbikatta da en çok raslanan B. K. nun 161 inci maddesinden bahsedelim.

Bu maddenin son fıkrasında **«hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.»** Burada hâkimin takdirine bırakılmış iki mesele var. Birinci cezai şart ne vakit fahiş derecededir, ikincisi ne miktar indirmek lâzımdır?

Federal mahkeme içtihatlarına göre her iki hususta cezai şartla himaye edilen menfaat göz önünda tutulur. Bir de halin diğer icaplarına, mükellefin malca olan eda kudretine, ekonomi cihetinden serbest olmayan vaziyetine bakılır (19).

Burada bir mesele hatırımıza gelmektedir. Acaba hâkim bir olayda takdir hakkını kullanırken kararı esbabı mucibeli mi olacak, yoksa sırf takdir hakkını kullandığını belirten meselâ, (takdiren) gibi kelimeleri kullanması maksada yetecek midir? Hukukçuların bir kısmı mücerret olarak takdiren kelimesinin kullanılmasının kifayet edeceğini müdafaa ederler. Ve hâkime takdir hakkı verildikten sonra bunu kimse hâkimden soramaz ve Yargıtay da esbabı mucibe göstermeden mücerret takdir hakkının kullanılmasından ötürü mahkeme kararlarını bozamaz, derler. Tatbikatta bizde esbabı mucibe gösterme işi tercih edilmekte ve esbabı mucibesiz kararları da Yargıtay bozmaktadır.

Fikrimizce de, esbabı mucibe gösterilmesi lâzımdır. Zira, bir kere hâkim keyfî, indî düşüncelerine göre hareket edemez. Ayrıca esbabı mucibeli karar hem Yargıtayı, hem tarafları ve hem de efkârı umumiyeyi tatmin eder.

Ezcümle Prof. Egger de, takdir yetkisine dayanılarak verilecek hükümde mucip sebeplerin gösterilmesi lâzımdır. Mücerret takdir yetkisinin ileri sürülmesi, mucip sebep olamaz. Bilâkis hüküm üzerinde müessir olmuş olan kıymet hükümlerinin, yargıcın hâdiseye tâbi tutmuş olduğu kaidelerin her hâdisede gösterilmesi icabeder (20).

Bir nebze de takdir hakkının isabetli olarak kullanılmasında âmil olan hâkimin şahsi kudretinden ve bunun öneminden bahsedelim.

---

(19) Ord. Prof. Esat Arsebük. Şahsın Hukuku, 1938, Ankara, Sf. 97.

(20) Egger, s. g. e.. Sf. 116.

Hâkim, kanunun kendisine tanıdığı takdir hakkını isabetli, durumunicabettirdiği ve rasyonel bir şekilde kullanabilmesi için onun geniş bir hukuk kültürüne sahip, maddeten ve mânen huzur içinde olması lâzımdır.

Hâkimin geniş bir kültüre malik olması onun yetişme ve çalışma sistemi ile yakından ilgilidir. Yetişmenin de temeli ki, bilhassa tatbikat için söylemek istiyorum. Yargıç adaylığına istinadeder. Bu sebeple yargıç adaylığının bugünkü durumundan kurtarılıp, imkân nispetinde eskiden olduğu gibi yetki tanınıp mesleğin bizzat içinde yoğrularak, işin daha derununa nüfuz etmesini sağlamak çok faydalı olur zannındayız. C. savcı yardımcılığı ve sorgu yargıçlığı yetkisinin zaten uhdesinde bir hayli işler temerküz eden mahkeme başkâtiplerine tanınması hiç de doğru değildir. Bu yetki hiç değilse bir yıllık stajını bitirmiş yargıç adaylarına tanınmalıdır. Son zamanlarda Adalet Bakanlığının yargıç adaylığına dair düşündüğü ve koymak istediği sistemi şükranla anmayı bir borç biliriz.

Saniyen hâkimin yetişmesinde en mühim rolü onun çalışmasının sağlanması oynamaktadır. Hâkim iş çokluğundan kurtarılmalı, işleri normal bir hadde inerek, kendisine okuma imkânı sağlanmalıdır. Ayrıca Meclis tutanak dergileri, Yargıtayın emsal içtihatları, sair hukuk tatbikatı ile ilgili neşriyat zamanında mahkemelere gönderilmeli ve yürürlüke olan positif hukuk serisi de her mahkemede bulundurulmalıdır.

İşte böylece kendine kolaylık gösterilen yargıç kanundaki takdire müstenit hükümleri ve bundan mütevellit kasdî boşlukları aklı selimine, ve hukuk kültürüne dayanarak daha isabetli bir şekilde doldurur. Bilhassa tercüme suretiyle alınan Medeni Kanunumuz hâkimlerin koyacağı içtihatlarla memleket ihtiyaçlarını bünyemize uygun bir şekilde daha iyi karşılamış olur.

Hâkimin takdir hakkının iyi kullanılmaması tecrübesizliğinden ileri geldiği gibi, şahsi ve ailevi sıkıntısından, onu tâyin eden Bakanlığın kendine gösterdiği bağlılık eksikliğinden de ileri gelebilir. Fakat bugün için mahkemelerin ve hâkimlerin her ihtiyaçlarının temini para ile ilgilidir. Cemiyetleri ve devletleri 12-13 yıldanberi yıpratan ikinci cihan harbinin doğurduğu malî sıkıntının ârazı memleketimizde de başgöstermiştir. Bu sebeple adalet teşkilâtımızın normal çalışmasında âmil olacak arzettiğimiz ihtiyaçların bir anda teminine imkân yoktur. Asîl ve necip hislerle mücehhez Türk hâkimlerinin çalışması üzerinde konforun değil, vicdanlarının tesir ettiğinden her zaman emin olunmalıdır. Çünkü bir memleket adliyesinin bozulmasının ne demek olduğunu merhum adalet güneşi Yargıtay Savcısı Fahrettin Karaoğlan'ın şu sözü her zaman için Türk hâkimlerinin kulaklarını çınlatmaktadır. «Bir milletin ordusu bozuk olabilir. Harbe girmedikçe bu hal meydana çıkmaz. Maarifi bozuk olabilir. Bu-

693

nun acısı da, ancak aradan bir nesillik bir zaman geçince kendini gösterir. İktisadiyatı bozulursa millet uzun seneler süren bir sefalet içinde sürüklenir, gider. Amma **bir memlekette adalet bozulursa, halk adalete inanmamaya başlarsa; anarşi kendini gösterir. Herkes hakkını kendi aramaya kalkar ve insan cemiyeti derhal dağılmaya, batmaya mahkûmdur»** (21).

Gerek umumi olarak hâkimler ve gerekse Türk hâkimleri için söylenen birçok veciz sözler vardır. Biz burada ehemmiyetine binaen misal kabîlinden olmak üzere birkaçını zikredeceğiz.

1 — «Türk hâkimleri dünyanın en namuslu hâkimlerinden sayılabilir. Bu hakikati kendimi işittirebileceğim her yerde yüksek sesle söyliyeceğim.»

Falche

2 — «Hâkim, ihtısası geniş bir adam olmak zaruretindedir. Yüksek felsefeye yabancı bulunmaması; hiç olmazsa, bugüne kadar hukuk mekteplerinde tedris olunmıyan, ancak hâkim için elzem olan ve insanı, fizikî ve mânevi bakımlarından tetkik eden diğer bir ilme vukufu bulunması lâzımdır.»

Bentham

3 — «Arzettiği azamet ile ne mükemmel; istilzam ettiği faziletler ve tahmil ettiği mesuliyetler ile ne korkunç meslek.»

Philippe Dupin

4 — «Hâkim olun, mahkûm olmayın».

Hz. Muhammet

5 — «Adli kudret kadar, vatandaşlar üzerinde, doğrudan doğruya itiyadi şekilde müessir olan hiç bir kuvvet mevcut değildir. Bunun için bu kudret kendilerine emanet olunanların seçiminde uyanık bulunmakta, milletin en büyük menfaati vardır (22), (23).

Thoret

VIII — Takdir Hakkının Hak ve Nısfet Dairesinde Kullanılması:

Medeni Kanunumuzun dördüncü maddesinde «..... **hâkim, hak ve nısfetle hükmeder.»** denmektedir. Buradaki hak ve nısfet iki ayrı

(21) Hâkim, H. Basri Erk, Adalet Edebiyatı Antolojisi, Sf. 58.
(22) Kâzım Dereli. Hukuki vecizeler. Ankara: 1950.
(23) Hâkimler ve şahısların önemi için bakınız.
a — Ord. Prof. Ansay, s. g. e., Sf. 34.
b — Kemaleddin Birsen. Medeni Kanunun XV inci yıldönümü, Sf. 91.
c — Av. Burhan Apaydın. Cumhuriyet Gazetesi 3 Ocak 1952 tarihli nüsha.
(24) Prof. Dr. Oğuzoğlu, s. g. e., Sf. 148.

mefhum olmayıp, hakkaniyet mefhumunun ifadesidir (24). Kanunumuz hak ve nısfetin ne olduğunu izah etmemiştir. Çünkü bu mefhum katî bir kalıp halinde ortaya konamaz. Nisfet bir görüş ve düşünüş meselesidir.

Nısfet dilimizde nasafet olarak kullanılmaktadır. Nısfet esasen bir ilim konusu değildir. Bu ancak hayatın verdiği tecrübelerden, amelî düşünüşlerden çıkar.

Eski hukukumuzda da hak ve nısfet kaidelerine temas eden bazı hükümler vardır. **«hâkim, beynelhasmeyn adil ile memurdur.»** İslâm hukukçuları adlin iki mânaya geldiğini söylerler. Birinci mânaya göre, müsavat yani beraberlik demektir. Demek ki hâkim taraflar arasında eşitliğe riayet edecektir. Mecelle bu günki anladığımız mânada hâkime takdir salâhiyeti vermez. İkinci mânada, âdil olmak, fenalık etmemek, ve doğruluğu herkesçe aşikâr olan bir şeyi yapmaktır. İşte buna göre hâkim hak kimin ise ona göre hüküm verecektir (25).

Demek ki Medeni Kanunumuzun takdir hakkı verdiği yerde hâkim hükmünü verirken keyfî değil, hak ve nısfet dairesinde karar vermekle mükellef olmaktadır. Hâkim bu mefhumu tatbik ederken ideal adalete, yani memleketin ve devrin, umumi ve hâkim telâkkilerine ve içtimai vicdana en uygun gelen hal tarzına mümkün mertebe yaklaşmaya çalışacaktır. Çünkü,**hak ve nısfet demek, hakkaniyet, adalet düşüncesi demektir (26).**

Hâkimin nısfete istinadederek karar verdiği halleri, ifa ettiği vazifenin mahiyetini nazarı dikkate alırsak, böylece hâkimin nısfete istinadede rek karar verdiği halleri üç kısma ayırabiliriz. Birincisi idari, ikincisi teşriî ve üçüncüsü de adalet vazifesidir (27).

Kanun nısfet tâbirini hak tâbirinin yanı başında ve ondan sonra kullanmaktadır. Bu sıranın önemi vardır. Bu hükmün gerek şartlarında ve gerekse neticelerinde takdir hakkından bahsedilmek için evvelâ talebedilen hakkın nısfet ölçüsünde takdir edilmesi lâzımdır. Fakat her hak da takdir mevzuu olamaz. Bir hakkın mevcudiyeti, «bir menfaate tekabül etmesi, bu menfaatin vâzıı kanun tarafından himayeye lâyık görülmesi ve kullanılması şahsın iradesine terkedilmiş bulunmasiyle» kabil olabilir (28), (29).

Biraz da nısfetin ölçüsünü araştıralım. Kanun umumi bir adalet fikrine istinadetmektedir. Haklar da bu adalet çerçevesi içinde dağıtılır. Kanunun takdir hakkı verdiği menfaat ihtilâfları evvelden kesin bir kaide kon-

(25) Prof. Arsebük. Hâkimin takdir hakkı ve hüsnüniyet, eski harflerle.
(26) Ord. Prof. Veldet. Umumi esaslar, Sf. 199.
(27) Prof. Tahsin Adam. Hâkim ve Nısfet, Adalet Dergisi, 1941, S. 6, Sf. 365.
(28) Prof. Arsebük. Şahsın Hukuku, Sf. 13.
(29) Dr. Saymen. s. g. e., 182 - 183.

695

masına imkân olmıyan ve mutlaka «o zamanki hâdisenin mahiyetine göre halledilmesi gereken» hükümlerle ifade edilirler. Bu ihtilâfların hallinde ve hak tâyininde en mühim rolü nısfet oynar. Del Vecchio'ya göre nısfet : **«Kanunun umumi adaleti yanında, hususi bir adalettir»** (30).

Kanun adaleti, ekseriya takdiri gereken bir meselede sert, tarafların isteklerine uymayan bir durum yaratır. Nısfet ise işte bu sert durumu yumuşatır. Daha âdilâne bir hale koyar ve tarafları hususi bir adalete göre tatmin eder (31).

Kanun daima ideal adalet fikrinden ilham alarak hazırlanır. Bu ölçü kanunun temelini teşkil eder. İdeal adalet, tabiî hukuk prensiplerinden çıkarılır. Nısfet de, **«Bir hâdisenin bütün hususiyetlerini nazara alarak bu ideal adalete yaklaşmak»** demektir (32).

Egger'e göre nısfet : Takdir hakkının mevcut olduğu hallerde **«O hâdisenin bütün hususiyetlerini nazara alarak hukuk idesine göre hüküm vermektir»** (33).

IX — Hâkimin takdir hakkının ispat hukuku ve delillerin takdiri ile ilgisi :

Tarihî bakımdan biribirine sıkı surette bağlı bulunan maddi hukuktaki takdir yetkisi ile ispat hukukundaki takdir yetkisi doğmatik bakımdan biribirinden kesin surette ayırdedilmek lâzımdır. Bu ayrılık bugün her ikisinin ayrı, ayrı tanzim edilmiş olmasiyle de açıkça belirmektedir. Yargıcın takdir yetkisi munhasıran hukukun tatbiki ile alâkalıdır. İspat külfetinin tevzii bundan masun kaldığı gibi, delillerin takdiri de bundan masun kalır (34).

Demek ki Medeni Kanundaki takdir hakkı ile ispat hukukundaki delillerin takdiri keyfiyeti biribirinden ayrılmış oluyor.

Birincisi bir vâkıanın yargıçça nasıl takdir edileceğini ifade eder.

İkincisi ise yargıç hangi vâkıaya ispat edilmiş gözüyle bakılacağını bildirir. Bu izahatla da delillerin takdirini, Medeni Kanunumuzun dördüncü maddesindeki hâkimin takdir hakkından ayırmış olduk. Böyle olduğu için de burada beyyinelerin takdirinin neden ibaret olduğunu izahtan sarfınazar ile konumuza nihayet vermiş oluyoruz.

(30) Del Vecchio, Leçons de philosophie du droit, Paris p. 210
(31) Del Vecchio, s. g. e., p. 211.
(32) Dr. Veldet. Umumi esaslar, Sf. 231, 1948.
(33) Egger, s. g. e., Sf. 116.
(34) Egger, s. g. e., Sf. 116.

BİBLİYOGRAFYA

Dr. A. Egger. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Çeviren : Avukat Volf Çernis, 1947, Ankara.

Eugen Huber. Exposé des Motifs L'avant-Projet du Departement Federal de Justice et Police. Toma - Primier, Berne 1901.

Del Vecchio, Leçons de Philosophie du droit Paris.

Geny, Méthode de l'Interpretation, t I - II.

Ord. Prof. Esat Arsebük, Şahsın Hukuku, 1938, Ankara.

Ord. Prof. Esat Arsebük, Hâkimin takdir hakkı ve hüsnüniyet, eski harflerle.

Ord. Prof. S. Ş. Ansay, Takdir hakkının Yargıtayca kontrolü, Hukuk yargılama usulleri 4. bası, 1951, Ankara.

Ord. Prof. Dr. H. Veldet, Medeni Hukukun umumi esasları, 4. bası, 1951, İstanbul.

Ord. Prof. Dr. H. Veldet, Gayrimenkul tasarruflar ve tapu sicili tatbikatı, 1950, İstanbul.

Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu, Medeni Hukuk I. ikinci bası, 1949, Ankara.

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz, Medeni hukuka giriş.

Ord. Prof. S. Ş. Ansay, Hâkimin takdiri. Adalet Dergisi, 1937, Sf. 17.

Prof. Dr. H. A. Göktürk, Şahsın hukuku, I. inci bası, 1942, Ankara.

Prof. Dr. A. S. Gönensay, Şahsın Hukuku.

Prof. Kemalettin Birsen, Medeni Kanunun XV. yıldönümü için.

Prof. Tahsin Adam, Hâkim ve Nasafet, Ad. Der. 1941, sayı 6, Sf. 365.

Prof. Dr. F. H. Saymen, Türk Medeni Hukuku, cilt I, 1948, İstanbul.

Prof. Dr. Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, 2. bası, 1950, Ankara.

Prof. Dr. Faruk Erem, Adalet Dergisi, 1946, sayı 11, Sf. 1198 — Ceza Kanununun 29. maddesinin tatbik şekli.

Hâkim Zerrin Akgün, Boşanma Hukuku.

Hâkim H. Basri Erk, Adalet Edebiyatı Antolojisi.

Kâzım Dereli, Hukuki Vecizeler, Ankara, 1950.

———o———

Bibliyografya

Prof. İsmail Hakkı Karafakih : «Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları». Ankara : 1952, Yeni Matbaa; Sahife: 300, Kuruş: 470.

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeniye ve Usul Hukuku Profesörü, değerli hukukçu, çok Sayın İsmail Hakkı Karafakih'in Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Umum Müdürü bulunduları esnada Wieland'dan tam bir vukufla tercüme ettikleri ve Türk Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlariyle ve ilgili kanunlarla işlemek suretiyle vücuda getirdikleri ve Adalet Bakanlığı tarafından 2. cilt halinde bastırılan ve uygulamada büyük istifade temin eden «Kanunu Medeni de Ayni Haklar» isimli 946 sahifelik eserlerinden sonra bu kere hazırladıkları «Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları» adlı ikinci kıymetli eserleri Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yayınları arasında neşrolunmuştur.

Halen Büyük Millet Meclisine sevkedilmiş bulunan yeni Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun esas projesini tanzim eden Komisyon Başkanı bulunan ve yıllardanberi de Siyasal Bilgiler Fakültesinde bu dersi okutan müellif eserini derslerine ait notlarının genişletilmesi suretile hazırlamıştır. Kitap, hukukçular ve adalet mensupları tarafından yıllardır aranmakta olduğundan büyük ihtiyacı karşılayacak; tatbikatta büyük istifade temin edecektir.

Sayın Profesörün, eserleri «Önsöz» yazısında da belirttikleri üzere, kitaplarında daha ziyade umumi prensip ve kaidelerin sistemli surette belirtilmesi maksadını takip etmişlerdir. Bununla beraber imkân dairesinde elde ettikleri Yargıtay ijtihatlarını ve bazı bahislerde İsviçre Kantonları, Alman, Fransız, İtalyan Usul Kanunlarının hükümleri mukayese suretile ilâve etmişlerdir. Nihayet, usullerde tatbikat çok defa kanunun lâfzından ayrıldığı cihetle, Nöşatel mahkemelerinde ve uzun yıllar hâkimlik hayatında edindikleri tecrübelerle kanun ve tatbikat ihtilâflarını ve kanun noksanlarını göstermek suretile tatbikatçıların şerh ihtiyacını karşılamış bulunmaktadırlar.

Yarının idarecilerine ve adliyecilerine adalet teşkilâtının nasıl çalıştığını ve yine yarının konsoloslarına vazifeleri dolayısiyle ifa edecekleri adli muamelelerde riayet ile mükellef bulundukları kaideleri gösteren ve onlara toplu malûmat veren bu kıymetli eserlerile sayın müellif, profesörü bulundukları irfan müessesesine ve memlekete olan hizmet borçlarını tam olarak ifa etmişlerdir.

Kıymetli eserin, hâkimliğe ve avukatlığa intisap edecekleri de tatmin edecek malûmatı ihtiva etmekte olmasından ayrı bir değeri daha bulunmaktadır.

«**Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**» metin itibarile altı kitaba ayrılmıştır. Ayrıca umumi, terim ve madde fihristleri ilâve edilmiştir.

Sayın müellifi, bu kıymetli eserlerinden dolayı hararetle tebrik ederiz. Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından bastırılan kitap, Ankara ve İstanbuldaki büyük kitapçılardan ve hususile Fakülte Talebe Kooperatifinden kolaylıkla tedarik edilebilecektir.

★

İhsan Şensoy : «**Cezada ve Hukukta Şahitlik**». İstanbul Sermet Matbaası : 1952, Kr. 100.

Dicle (Eğil) Asliye Yargıcı İhsan Şensoy'un tatbikatta çok fayda ve kolaylık sağlayan «**Hâkimler**» ve «**Adliye Harç Tarifesi**» Kanunlarından sonra bu kere «**Ceza ve Hukukta Şahitlik**» adile 3 üncü eserleri de yayınlanmıştır.

Küçük boyda, güzel bir kapak içinde olan ve iyi bir tertip ile temiz bir surette basılan ve küçük hurufatla 36 sahife tutan kıymetli kitap, ceza ve hukuk tahkikatında, bilhassa mesleke yeni intisap eden meslektaşlara şahitlerin tam olarak dinlenmesini temin ve ani tereddütlerini bertaraf etmek ve şahitlerin beyanlarının daha olgun bir şekilde takdirini mümkün kılmak düşüncesile hazırlanmıştır.

Eserde, Ceza ve Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunlarımızın şahitliğe ait bütün maddeleri ile Ceza Kanununun bu hususiaki cezai müeyyideleri tetkik olunmuş ve Yargıtay Kararları ile Adalet Bakanlığı Tamim ve Mütalâaları ve bu konuda neşrolunan diğer eserler incelenmiştir.

Kitap, müellifin kısa fakat özlü «**önsöz**» yazısiyle ve «**Şahitlik**» hakkında verilen geniş izahat ile başlamaktadır. Daha sonra «**Cezada Şahitlik**»; «**Şahitlerin celbi**»; «**Dâvete icabet etmiyen şahitler**»; «**Şahitlikten çekinme halleri**»; «**Meslek ve memuriyet icabı şahitlikten çekinme**»; «**Yemin verilmiyen şahitlik**»; «**Şahitlerin dinlenmesi**», «**Şahitlere yemin verilmesi**»; «**Yemin şekli ve yeminin edası**»; «**Şahide sorulacak ve söylenecek şeyler**»; «**Şahide verilecek tazminat ve masraflar**»; «**Hukukça şahitlik**»; «**Şahitlerin celbi**»; «**Şahitlikten çekinme halleri**»; «**Şahitlerin nasıl dinleneceği**»; «**Şahitlerin teminsiz dinleneceği haller**»; «**Kimlerin şahitlikten çekinemiyeceği**»; «**Şahitlikten imtina**»; «**Yemin şekli ve edası**»; «**Şahitlerin yeminden ve cevaptan çekinmesi halinde**»; «**Yalan şahitlik halinde**»; «**Şahitler hakkındaki diğer hükümler**»; «**Yalan şahitlik ve buna müretteb ce-**

699

zalar» da dair mufassal bilgi verilmiştir. Eserin son kısmına da **Yalan şahitliğe ait Yargıtay Kararları** alınmıştır.

Müellifi; tatbikatta büyük istifade sağlyaacak üçüncü kıymetli eserinden dolayı tebrik ederiz.

Kitap, İstanbul'da Üniversite Kitabevinden tedarik edilebilecektir.

★

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay : Türk Kanunu Medenisi Şerhi : II, Aile Hukuku. Yeniden yazılan 3 üncü bası, 2 inci cilt : **Hısımlar - Velâyet - Vesayet.** (Madde : 241 - 432), İstanbul, Şaka Matbaası : 1952; Sahife : 444, Kr. 365. İstanbul : Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından.

★

Kemal Arar : Kara Ticaret Hukuku. Cilt : 2, Ankara Güney Matbaacılık ve Gazetecilik Türk Anonim Ortaklığı : 1951, Sahife : 185, Kr. 425.

★

Ahmet Hamdi Başar : Milletçe Kalkınma Dâvamız. Milletçe Kalkınma Kanunu Teklifi ve Gerekçesi. İstanbul Tan Matbaası : 1951. (Saray Kitabevi), Sahife : 184, Kr. 300.

★

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi : I. **Teoriler**, 3. Cilt. **İsbat Teorisi. Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller.** 3. Basım. İstanbul, Şaka Matbaası. Sahife : 97 - 224, Tamamı 750 Kr.

★

A. Samim Bilgen : Hususile İnşaat İşlerinde İdarece Yapılan İhaleler. Ankara Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik A. O. - Yeni Matbaa. Sahife : 184, Kr. 500.

700

★

Derleyen : Fasih Hüseyin Güven : Cumhuriyet Kanunları Rehberi. Cilt : I, Alfabetik Kısım. İstanbul Güven Basımevi. Sahife : 353 - 400.

★

Derleyen : Fasih Hüseyin Güven : Cumhuriyet Kanunları Rehberi. Cilt : 2. Nümerik Kısım. İstanbul Güven Basımevi. Sahife : 321 - 368

★

Genel Emekli Subaylar Derneği Yönetim Kurulu : Emekli Hak ve Dâvaları. 2 inci kısım. İstanbul Âdil Ceylân Matbaası.

★

Edip Kemal Ergin : Tek Metin Kanunlarımız Arama Cetveli ve Yeni Metin. İstanbul Cumhuriyet Matbaası (Hilmi Kitabevi) Sahife : 72 + 550. Kr. 1600.

★

Prof. Cevad Abdurrahim Gücün : Nazarî ve Amelî Hukuk Dâvaları. 3. Cilt, I. Kısım. Şahıs ve Aile, Hukuku Hakkında İzahlar, Düşünceler, Tenkidler, Tatbikat ve İçtihatlar İstanbul Matbaacılık T. A. O. Sahife : IX + 371. Kr. 1000.

★

Muin Küley - Bülent Ulukut : Başkasının Arsasına Tecavüz Eden İnşaat. (Ayrı baskı) İstanbul Barosu Dergisi: 951 : 3, İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Muzaffer Atalay Samyeli : Nişanlanma, Evlenme ve Boşanma Hakkında Kanun Maddeleri. İstanbul Burhanettin Erenler Matbaası. Kr. 25.

701

★

Prof. Dr. Charles Oftinger : İsviçre Federal Mahkemesinin Medeni Hukuka Mütaallik İçtihatları : 938 : 947, Tercüme eden : **Dr. Halid Kemal Elbir** (Ayrı bası : İstanbul Barosu Dergisi) İstanbul Akgün Matbaası. Kr. 100.

★

Prof. Dr. Ferit H. Saymen : İşçi Sigortaları İhtilâflarında Vazifeli Mahkeme. İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Nezihi Sunar : Evlenme İşleri Kılavuzu. İstanbul Hüsnü Tabiat Basımevi. Kr. 100.

★

İsmail Hakkı Ülgen : Hukuk Bilgisi. İstanbul Millî Eğitim Basımevi. Sahife : III - 88, Kr. 160.

★

Dr. Ferruh Ünsalan : Adli Tıp Notları. İstanbul Cemal Azmi Matbaası. Kr. 250.

★

Prof. Dr. Halil Arslanlı : Ticaret Kanununun Umumi Hükümlerine göre Borçlu Temerrüdü. (Ayrı baskı : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Doçent Dr. Orhan Münir Çağıl : «Staller'in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi. 3 Kısım, (Ayrı Baskı) : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası : İstanbul İsmail Akgün Matbası.

702

★

Prof. Dr. Sulhi Dönmezer : Dinî Cemiyet Teşkili ve Din Propağandası. Ceza Kanununun 163 üncü maddesinin analizi. (Ayrı Baskı : İstanbul Üniversitesi Hukuk F. Mecmuası. İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Emin Âli Durusoy : Türk Deniz Hukuku Ansiklopedisi : 2 inci Fasikül. İstanbul Halk Basımevi. Sahife : 81 - 160. Kr. 250,

★

Dr. Halid Kemal Elbir : Gabnin Müddeti ve Hükümleri. (Ayrı Baskı : İst. Üniversite Hukuk F. Mecmuası) İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Dr. Halid Kemal Elbir : Gabnin Unsurları. (Ayrı Baskı : İst. Barosu Dergisi : 951 : 4).

★

Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu : Şuf'a Hakkının Doğusu ve Buna Terettüp Eden Hükümler. (Ayrı baskı : İst. Üniversitei Hukuk F. Mecmuası), İsmail Akgün Matbaası.

★

Prof. Georges Gurvitch : Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları. Kısım : 2, **Duguit Levy ve Heuriou.** Çeviren : **Dr. Hâmide Topçuoğlu.** Ankara : Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O.

★

Doçent Dr. Rabi N. Koral : Yabancı Kanunlara Teb'an Verilen Hakem Kararlarının Türkiyede İcrası. 3. Kitap, 1 inci

Kısım. (Ayrı Baskı : İst. Üniversite Hukuk F. Mecm.) İsmail Akgün Matbaası.

★

Doçent Dr. Nurullah Kunter : Ceza Hukukunun Bugünkü Gelişmesinde Franz Von Liszt'in Rolü. (Ayrı Baskı : İst. Üniversitesi Hukuk F. Mecm.)

★

Doçent Dr. İlhan Lütem : Harp Suçluları ve Devletlerarası Hukuk. Ankara : Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O., Sahife : 249, Kr. 300, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından.

★

Prof. Dr. Reşat Nalbandoğlu : İdare Hukuku. İstanbul Teknik Üniversite Matbaası.

★

Prof. Dr. Recai G. Okandan : Devlet İktidarının Tahdidi ve bu hususta ileri sürülen muhtelif Noktai Nazarlar. (Ayrı Baskı : İst. Üniversitesi Hukuk F. Mecm.) İsmail Akgün Matbaası.

★

Prof. Dr. Recai G. Okandan : H;amurabî Mecellesi (Ayrı Baskı : İst. Üniversitesi Hukuk F. Mecmuası) İsmail Akgün Matbaası.

★

Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig : Tabiiyet, Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilâfı Bakımından İkametgâh. (Ayrı Baskı : İst. Üniversitesi Hukuk F. Mecm.) İsmail Akgün Matbaası.

704

★

Doçent Dr. Naci Şensoy : Siyasi Suçlar. (Ayrı Baskı : İst. Ünivers. Hukuk F. Mecm.) İsmail Akgün Matbaası.

★

Süreyya Yücelge - Ali Talih Sencer : Uyuşmazlık Mahkemesi Kanun ve Kararları. Görev Mevzuu ile İlgili Yargıtay, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları. İstanbul : İstanbul Matbaası. Üniversite Kitabevi. Kr. 150.

★

Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay : Hukuk Yargılama Usulleri. 4. Basım. Ankara Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O, Sahife : XI + 380, Kr. 380. Ankara Hukuk Fakültesi Yayını.

★

Ord. Prof. Esal Arsebük : Borçlar Hukuku. 1 - 2 Cilt, 3. Basım. Ank. Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O, Sahife : XXI + 1170, Kr. 1750.

★

Prof. Dr. Halil Arslanlı : Ticari Bey'de Ademi İfa Def'i. Ayrı Baskı (İstanbul Hukuk F. Mecm.) İst. İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 15.

★

Prof. Dr. Nihad Reşad Belger : Sıhhî Ucuz Evler Kanunu Tasarısı. İstanbul Varol Matbaası. Sahife : 16.

★

Doçent Dr. Necmeddin M. Berkin : Senetli İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları. İstanbul İsmail Akgün Matbaası. Sahife : 23.

705

★

Ömer Nasuhi Bilmem : Hukuku İslâmiye ve Istılâhatı Fıkhiyye Kamusu. Cilt : 3, İstanbul Matbaacılık T. A. O. Sahife 631, Kr. 950. İstanbul Üniversitesi Yayınlarından.

★

Doçent Dr. Lûtfi Duran : Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatlarına Göre Selbi Vazife İhtilâfı. İstanbul İsmail Akgün Matbaası. Sahife : 32.

★

Emin Âli Durusoy : Türk Deniz Hukuku Ansiklopedisi. Fasikül : 1, İstanbul Halk Basımevi. Sahife : IV + 80, Kr. 250.

★

A. Bedri Edis : İlk Öğretim Düsturu. 2. Basım. İstanbul Güven Basımevi, Sahife : 280, Kr. 200.

★

Dr. Halid Kemal Elbir : Kardeşin Evlâd Edinilmesi ve «Adaptio İmitatur Naturam» Fikri. Ayrı Baskı. İstanbul Sosyal ve İktisat Mecmuası. İstanbul İsmail Akgün Matbaası.

★

Prof. Dr. Faruk Erem : Adalet Psikolojisi. Ankara Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O., Sahife : 1 - 272, Kr, 600, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

★

Doçent Dr. Sahir Erman : İtalyan Ceza Kanununun Tâdili İçin Hazırlanan Ön Tasarının Birinci Kitabına Toplu Bir Bakış. Ayrı Baskı : İst. Hukuk F. Mecmuası:, İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 29.

706

★

Doçent Dr. Sahir Erman : Yeni Basın Kanununa Göre Basın Suçlarında Cezai Mesuliyet. İstanbul İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 19. Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası neşriyatından.

★

Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu : Evvelki Hukukumuzda (Mecellede) Şuf'a Hakkı. Ayrı Baskı (İstanbul Hukuk F. Mecmuası), İsmail Akgün Matbaası, sahife : 35.

★

Hamdi Hızal : İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Tarihçe. İstanbul Furtuna Biraderler Basımevi, Sahife : 24, Kr. 50.

★

Dr. Yaşar Karayalçın : İsviçre Federal Mahkemesi (Federal Kaza Mercileri). Ankara Güney Matbaacılık T. A. O. Sahife : VII - 151, Kr, 200. Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından.

★

Doçent Dr. Nurullah Kunter : Ceza ve Ceza İnfazı Milletlerarası On İkinci Kongresi. Ayrı Baskı (İst. Hukuk F. Mecm.) İst. İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 34.

★

Prof. Dr. Julliot de la Morandiére : Fransız Medeni Kanununun Tâdili. Tercüme eden : **Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu.** Ayrı Baskı (İst. Hukuk F. Mecm.) İst, İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 15.

★

Prof. Dr. Recai G. Okandan : Devletin İktisar Unsurunun Vasıfları ve bu hususta ileri sürülen doktrinler. (Ayrı Bas-

707

kı : İst. Hukuk Fakültesi Mecm.) İst. İsmail Akgün Matbaası. Sahife : 27.

★

Nazım Poroy : Anayasamızda Tekâmül Doğru. İstanbul Tan Matbaası, İnkılâp Kitabevi, Sahife : 183. Kr. 250.

Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu : Ödeme Emrine İtirazın Sıhhat Şartları. Ayrı Baskı. (İst. Hukuk F. Mecm,) İst, İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 18.

★

Prof. Dr. Ferit H. Saymen : Türkiye'de İş ve İşçi Bulma Hizmeti. İstanbul İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 37.

★

Ord. Prof. Vasfi Raşit Sevig : Borçlar Hukuku ve İktisat, Ayrı Baskı (Ank. Ünivers. Hukuk F. Dergisi) Ank. Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O. Sahife : 41.

Sadık Tüzel : Anayasa Hukuku. İzmir Teknik Kitap ve Mecmua Basımevi. Sahife : 1 - 250. Kr. 400.

★

Bülent Ulukut - Muin M. Küley : Malzeme Sahibinin Kendi Levazımı ile Başkasının Arasına İnşaat Yapması. Ayrı Baskı (İstanbul Barosu Dergisi), İst. İsmail Akgün Matbaası, Sahife : 13.

★

Tatbikatta Yargıtay Kararları. Dergisi. Sene : 3, Sayı : 35, Kr. 50.

İstanbul IV üncü Ticaret Mahkemesi Üyesi Hayrettin Sezik tarafından her ayın onbeşinde Yargıtay Seçilmiş Ticaret - Hukuk - İcra, İflâs Daireleri Kararlariyle Tatbikatta bütün hukukçulara yol göstermek amacile yayınlanan derginin 15 Mart 1952 nüshası şu kararları ihtiva etmektedir :

708

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun : «Komisyon akdi, mektupla icab, ticari akitler», «Şuf'a hakkı, hususi kanuna göre satış, ıttılâ», «Murisin hayatında mallarını taksimi, mülkiyet iddiası», «iki ihale arasındaki bir aylık müddet», «Veraset senedinin iptali, hasım».

Ticaret Dairesinin : «Sigortacının rücuu, şimendöferle nakliyat, tazminatta zamanaşımı, ecnebilerin tazminat göstermesi», «Navul bedelinin tenzili, akde riayetsizlik, kusur».

Hukuk Daireleri'nin : «İstimlâkte tescilin yaptırılmaması, temyiz», «Yaş tashihi, velinin bulundurulması, doktor raporu», «Tevhidli dâvalarda gıyap kararı tasdiki», «Hizmet akdinde zaman aşımı ,muristen ve mirasçılardan ücret talebi, yiyim ve giyim masraflarının tenzil edilmemesi», hakkındaki kararlar ve **«Haşiyeli Ticaret Kanunu»** ilâve forması.

İstanbul Posta Kutusu 808 adresinde 21 senedir her - ay muntazaman neşrolunan Derginin Mart 1952 sayısı aşağıdaki yazılarla çıkmıştır :

Siyasi İlimler Mecmuası. Sayı : 252.

Makaleler : Hasan Refik Ertuğ : Kaza vahdeti mümkün müdür?, Ord. Prof. Hâmit Nafiz Pamir : Şehir imar plânları; Sadık Artukmaç : Köylerimizi nasıl kalkındıralım?; Tahir Öktem : Ziraî sigorta; Cavit Kinay : Amerikanın iktisadi durumu.

Yaşama Çalışmaları : H. R. Ertuğ : Bu ayın mevzuatı.

Fikir Hayatı : Osman N. Engin : Belediye gelirleri nasıl arttırılabilir?

İktisadî ve Malî Kronik : N Z. Aral : Bankalardaki tevdiat.

Politik Kronik : H. R. E. Türkiye Atlantik Paktı Üyesi.

Bibliyografya : «İl idaresi» adlı kitap hakkında; T. C. Merkez Bankasının aylık hesap vaziyetleri.

K. D.

—o—

709

Yargıtay Kararları

HUKUK BÖLÜMÜ

1 — Medeni Kanunun 258 inci maddesinin son fıkrasındaki bir aylık müddet gibi on yıllık müddetin de kanuni şuf'aya tatbıkı iktiza edip başlangıcı meşfuun bey'i tarihidir.

2 — Kanuni şuf'a hakkının kullanılmasından önce Borçlar Kanununun 125 inci maddesi bahis konusu olamaz.

Yargıtay T. İ. G. K.
Esas : :1 Karar : 6

Medeni Kanunun 659 uncu maddesiyle tanzim edilmiş olan, kanuni şuf'a hakkının kullanılmasının müddete tâbi olup olmadığı hakkında Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 20/9/1949 tarih ve 4906 /3683 ve 22/12/1949 tarih ve 8262/5329 sayılı kararlarını havi ilâmları arasında mevcut olan içtihad ihtilâfının halli gerekli görülmesine mebni uyuşmazlık konusunu teşkil eden mevzu Tevhidi İçtihad Genel Kurulunda incelenerek; Sonuçda :

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 20/9/1949 tarihli ilâmında,meşfû hisselerin satın alındığı 926 ve 927 tarihlerinden dâva tarihine kadar Medeni Kanunun 658 inci maddesinde yazılı olan 10 yıllık hak düşürücü müddetin geçtiği ve hak düşürücü müddetlere, zamanaşımının kat'ına mütaallik olan Borçlar Kanununun 132 inci maddesinin tatbik kabiliyeti bulunmadığı tasrih edilerek Asliye mahkemesi ilâmı onanmıştır.

22/12/949 tarihli ilâmda ise; Medeni Kanunun 658 inci maddesi hükümlerinin kabil olduğu nisbetde 659 uncu maddede yer alan kanuni şuf'aya tatbik olunup, kanuni şuf'ada, şuf'a mukavelesi ve şerh bahis konusu olamıyacağından 658 inci maddenin son fıkrası hükmünün 659 uncu maddeye tatbikının imkânsız bulunduğu belirtilerek asliye ilâmı bozulmuştur.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin her iki ilâmı kanuni şuf'aya müteallikdir. 20/9/1949 tarihli ilâmla, Medeni Kanunun 658 inci maddesindeki 10 yıllık hak düşürücü müddetin mürur ettiği tasrih olunarak asliye ilâmı onanmakla, mukaveleden mütevellid şuf'a için mevzu olan 658 in-

ci maddenin son fıkrasındaki müddet 659 uncu maddedeki kanuni şuf'aya da teşmil edilmiştir. 22/12/1949 tarihli ilâmda ise 658 inci maddenin son fıkrası hükmünün 659 uncu maddeye tatbik olunamıyacağı ifade olunmakla birinci ilâmda yazılı olan içtihada tamamiyle zıd bir içtihad tesis olunmuştur. Tevhidi İçtihad Genel Kurulundan bu iki zıd içtihad ihtilâfının halli istenmesine göre kurulun tetkikına arzedilen mesele; Medeni Kanunun 658 inci maddesinin son fıkrasındaki müddetin 659 uncu maddeye tatbık olunabilip olunamıyacağı hususuna mütaalik bulunmaktadır. Fakat bir kısım genel kurul üyeleri tarafından kanuni şuf'a hakkının Borçlar Kanununun 125 inci maddesindeki 10 yıllık dâva müruru zamanına tâbi olduğu kanaatı ihzar olunarak iki mübayin ilâm arasındaki içtihad ihtilâfının halli sırasında bu meselenin de halli istenmiş olduğundan önce bu hususun müzakeresine zaruret hasıl olmuş ve yapılan müzakerede; Genel Kurulun vazifesi sadece birbirine muhalif kararlardan birinde isabet olup olmadığını tâyinden ibaret olmayıp, her iki kararda isabet mevcud olmadığı takdirde, en doğru noktai nazarı tâyin ve tesbit etmek yetkisini de haiz bulunduğu cihetle, kanuni şuf'ada Borçlar Kanununun 125 inci maddesi hükmünün tatbık edilmesi iktiza ettiği yolundaki mütalâanın da müzakere mevzuu edilmesine ekseriyetle karar verildikten sonra esas meselenin müzakeresine geçilmişdir.

Yapılan müzakere ve münakaşalarda, bir kısım Genel Kurul Üyeleri tarafından; Medeni Kanunun 658 inci maddesinin son fıkrasında : (Şefinin bey'e ıttılaı gününden itibaren bir ay ve her halde sicille şerh verildiği tarihten itibaren 10 sene geçmekle şuf'a hakkı sakıt olur) denilmiş olmasına göre, şefiin bey'e ıttılaı tarihinden itibaren başlayan bir aylık müddet, kanuni şuf'aya tatbık olunursa da, 10 yıllık müddet, mukaveleden mütevellid şuf'a hakkının tammamiyle sukutunu intaceden bir müddet olması itibariyle aynı müddetin kanuni şuf'aya tatbikının, müşterek milkiyet münasebetinin devamı müddetince devamı zaruri olan kanuni şuf'a hakkının da tamamamiyle sukutunu intacetmesi ve bu müddetin başlangıcı hakkın tapu sicilline şerh verildiği tarih olup kanuni şuf'ada şerh bahis mevzuu olmadığından bu müddetin kanuni şuf'aya tatbikında bir başlangıç bulunmaması sebeplerinden dolayı 10 yıllık müddetin kanuni şuf'aya tatbık olunamıyacağı, ve Medeni Kanunun Beşinci maddesi delâletiyle Borçlar Kanununun 125 inci maddesi Medeni Hukukda da şâmil olduğundan kanuni şuf'a hakkının Borçlar Kanununun 125 inci maddesine tâbi bulunduğu kanaatı izhar edilmiştir.

Çoğunluk tarafından bu noktai nazar isabetli görülmemiştir. Filhakika 16/5/1951 tarih ve 19/6 esas ve 3 karar sayılı Tevhidi İçtihad kararıyle de teyid olunduğu üzere şuf'a hakkı inşaî bir haktır. Bu itibarla ala-

cak hakkından tammamiyle farklıdır. Alacak hakkı muayyen bir veya mütaaddit şahıslardan bir edayı talebetmek salâhiyetini tazammun eder. Halbuki, inşaî hak, muayyen bir hukuki münasebeti, ihdas, tebdil veya ilga hususunda hak sahibine tanınan bir salâhiyettir. Hak sahibinin bu salâhiyeti istimaline mütaalik bir taraflı irade beyanı muhataba vâsıl olmakla bir hukuki münasebet, bir hukuki rabıta hasıl olur. Bu suretle teessüs eden hukuki münasebet ve rabıtadan bir takım hak ve borçlar doğar, şuf'a hakkının istimali şefi ile, meşfûunaleh arasında muhtevası ve şartları esas itibariyle ilk satış akdinin aynı olan bir satış münasebetine vücut verir. İşte Borçlar Kanununun 125 inci maddesinde yazılı olan zamanaşımı, bu satış münasebetinden doğan alacak ve borçlar hakkında bahis mevzuu olur. Bizzat şuf'a hakkı, izah olunan mahiyetine nazaran Borçlar Kanununun 125 inci maddesine tâbi tutulamaz.

Kanun, umumiyetle inşaî hakların istimalini muayyen müddetlerle takyid etmiştir. Netekim gabinden mütevellit fesih hakkı (Borçlar Kanunu madde — 21), Aile hukukunda zinaya müstenid boşanma talebi (Medeni Kanun madde — 129), Muayyen müddetlerle takyid olunmuştur. İnşaî bir hak olan mukaveleden mütevellid şuf'a hakkının da böyle bir müddetle takyid olunduğu görülmektedir (Medeni Kanun madde — 658) Binaenaleyh mahiyeti aynı olna kanuni şuf'a hakkının da aynı müddetle takyidi zaruri ve tabiî bir netice sayılmalıdır.

Medeni Kanunun 657 inci maddesinde umumiyetle (Gayrimenkul milkiyetinin takyidleri) nden, 658 ve 659 uncu maddelerinde de hasren(Temlik hakkının takyidleri) nden ikisinden yani mukaveleden mütevellid şuf'a ile, kanuni şuf'adan bahsedilmiştir. Kanunun bu tanzim arzı, temlik hakkının birer takyidi olmaları bakımından bu iki hak arasında bir tefrik yapmadığını göstermektedir. Filhakika her ikisi de temlik hakkının birer takyidi olup aralarındaki yegâne fark birincisinin menbaının mukavele, ikincisinin menbaının kanun olmasından ibarettir. Bu sebepledir ki, mukaveleden mütevellid şuf'a, tabiî tanzim yeri olan Borçlar Kanununa alınmamış müşterek milkiyet münasebetine sıkı sıkıya bağlı bulunduğu için Medeni Kanunda tanzimi zaruri bulunan kanuni şuf'a ile birlikte tanzim edilmiş ve her ikisine şâmil olmak üzere müşterek hükümle vaz'edilmiştir. Bu müşterek hükümler 658 inci maddeye dercedilmiş ve ikinci bir tahrirden ictinab maksadiyle 659 uncu maddede tekrar edilmemiştir. Binaenaleyh 658 inci maddedeki hükümlerin kâffesi 659 uncu maddeye tatbikı gereken hükümlerdir. Esasen bu hükümlerden, şuf'a hakkının kullanılmasında satış şartlarına itibar olunması lüzumuna, bayiin ihbar mükellefiyetine, hakkın, şefiin bey'e ıttılaı tarihinden itibaren bir ay içinde kullanılması gerektiğine taallûk eden hükümlerin 659 uncu maddeye de şâmil

712

olduğunda tereddüd edilmemekde ve bu hükümler kanuni şuf'aya tatbık edilegelmekde ve bu husuda bir gûna itilâfı nazar hasıl olmamış bulunmaktadır. İhtilâf, 10 yıllık müddetin kanuni şuf'aya tatbık olunup olunmıyacağı hususunda ileri gelmektedir. Ekalliyetin yukarıda izah olunan telâkkisine göre bu müddetin kanuni şuf'aya tatbikında iki mahzur mevcuttur. Bunlardan birisi; 10 yıllık müddet, mukaveleden mütevellid şuf'anın tamamamiyle ziyanı intaceden bir müddet olması itibariyle aynı müddetin kanuni şuf'aya tatbikında, müşterek milkiyet münasebetinin devamı müddetince devam etmesi zaruri olan kanuni şuf'a hakkını tamamiyle sukut edeceği yolundaki mahzurdur. 10 yıllık müddet için bu mahzurun dermeyan edilmesine rağmen bir aylık müddetin kanuni şuf'aya tatbiki lüzumu kabul olunmaktadır. Halbuki, mukaveleden mütevellit şuf'anın bir tek satış için tesis olunup tapu sicilline de bu yolda şerh verilmesi halinde bir aylık müddet dahi mukaveleden mütevellid şuf'anın tamamiyle ziyaını intaceder. Bu bakımdan bu iki müddeti tefrika imkân yoktur. Bahis mevzuu mahzur her iki müddet için kabul veya reddolunmalıdır. Tasavvur olunan mahzurun mevcudiyeti kabul olunduğunda 10 yıllık müddet gibi bir aylık müddetin de kanuni şuf'aya tatbik olunmaması icabeder ki, bu takdirde şefiin, bey'e ıttılaı tarihinden aylarca ve senelerce sonra hakkını dermeyan etmesi imkân dâhiline sokulmuş olur. Halbuki, böyle bir netice kanunun sarih metnine olduğu kadar ruhuna da muhaliftir. Kaldı ki, tasavvur olunan mahzur hakikatte mevcut değildir. Zira, kanuni şuf'a hakkının gerek bir aylık, gerekse 10 aylık müddet içinde kullanılmaması bizatihi şuf'a hakkının mutlak surette sukutunu intacetmeyip ancak muayyen satışa veya satışlara ait bir sukut hasıl eder. Medeni Kanunun 657 inci maddesindeki şekle uygun bir tasarruf yapılmadıkça bizatihi kanuni şuf'a hakkının tamamiyle sukutu bahis mevzuu olmaz. Bu sebepden 10 yıllık müddetin kanuni şuf'aya tatbikında hakkın tamamiyle sukut edeceği mülâhazası kanuna uymamaktadır.

10 Yıllık müddetin başlangıcı bakımından ileri sürülen mahzura gelince; Mukaveleden mütevellid şuf'a hakkı, tahriri bir mukaveleye itinaden ve şerh verilmediği müddetçe yalnız âkidler arasında hüküm ifade eden bir haktır. Bu hak, ancak şerh sayesinde tapu sicilline intikal eder ve üçüncü şahıslara karşı şerh tarihinden itibaren dermeyanı mümkün olur. Bu itibarla, mukaveleden mütevellid şuf'ada, şuf'a mukavelesinin tapu sicilline şerh verildiği tarih, 10 yıllık müddetin başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Halbu ki, kanuni şuf'a hakkı, müşterek milkiyet münasebetinin teessüsü ile beraber vücud bulan temlik hakkının kanuni bir takyidi olması itibariyle Medeni Kanunun 657 inci maddesi gereğince ayrıca Tapu sicilline kayda hacet olmaksızın muteberdir. 659 uncu madde mucibin-

ce de üçüncü şahıslara karşı dermeyanı mümkün bir haktır. Bu suretle kanuni şuf'ada, şerh yerine kanunun hükmü kaim olmakda ve bu hüküm sebebiyle meşfuun satışı tarihinden itibaren hak, üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunabilmektedir. Bu itibarla 658 inci maddedeki 10 yıllık müddetin 659 uncu maddeye tatbikında başlangıç, Tapu sicilline şerh bahis mevzuu olamıyacağından meşfûun satışı tarihi olmak icabeder. Binaenaleyh başlangıç hakkında ileri sürülen mahzur da isabetli görülmemekte, aksine olarak, yukarıda belairtildiği veçhile, mukaveleden mütevvellid şuf'a ile, kanuni şuf'a arasındaki hukuki mahiyet ayniyeti ve menfaatler vaziyeti bu müddetin 659 uncu maddeye tatbikını icabettirmektedir.

Netice; yukarıda izah olunan sebeplere binaen; Medeni Kanunun 658 inci maddesinin son fıkrasındaki bir aylık müddet gibi, 10 yıllık müddetinde kanuni şuf'aya tatbikı gerektiğine ve 10 yıllık müddetin kanunî şuf'aya tatbikında başlangıcın meşfûun satışı tarihi olması iktiza ettiğine, kanuni şuf'a hakkının kullanılmasından önce Borçlar Kanununun 125 inci maddesinin tatbikı bahis mevzuu olmayıp zamanaşımının hakkın kullanılması neticesinde tahassül eden ve milkiyetin devrini istemekten ibaret bulunan şahsi mutalebe hakkı bakımından bahis mevzuu olduğuna ilk toplantıda üçte iki çoğunluk olmadığından ikinci toplantı da mevcudun üçte ikisini geçen çoğunlukla 26/12/1951 tarihinde karar verildi.

Bozmadan sonra yapılan duruşmaya gelmiyen taraflara (gelmedikleri takdirde dâvanın gıyaplarında görüleceğine dair) gıyap kararı tebliği icabeder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas: 4/157 — Karar: 155

DÂVA: Dâvacı vekili; Müvekkilinin mutassarrıf bulunduğu gayrimenkulde dâvalının taş ocağı açarak taş çıkarmış olduğundan taş bedeli ile heyelandan mütevvelit vukua gelen 500 lira zarar ki, cem'ân 4000 liranın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

HÜKÜM: Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; şahadet ve bilirkişi beyanile tahakkuk eden ikibinyüz liranın dâvalıdan alınarak dâvacıya verilmesine ve fazla istemin reddine dair verilen hüküm Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesince; Dâvalının husumet ittirazı hakkında tetkikat yapılarak bir karar verilmemesi ve taş bedeliyle heyelândan mütevvellit zararın tahsili talep ve dâva olunup fındık ağaçlarının kesil-

mesinden dolayı bir zarar istenmemiş olduğu halde mahkemece dâvanın şümulüne dahil olmayan fındık ağaçlarına mukabil beşyüz lira zararın tahsiline karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile BOZULARAK mahalline iade kılınmakla; yeniden yapılan yargılama sonunda : Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı Müteahhit Ali Özgelen.

YARGITAY KARARI

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

Bozmayı mütaakıp duruşmaya gelmiyen dâvalı hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun gıyap kararına taallûk eden hükümleri dairesinde bir işlem yapılmaksızın ve dâvanın giyapda görüleceğine dair gerekçeye müstenit bir karar verilmeksizin dâvanın neticelendirilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine muhalif olduğundan ısrar kararının bu sebepten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve sair cihetlerin tetkikına mahal bulunmadığına ve aşağıda müfredatı yazılı (470) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/12/951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Haksız fiilin vukubulduğu tarihten itibaren bir sene geçmeden açılan kayıt tashihi dâvası sırasında dâvacı dâvada bahis konusu iadei ferağ taahhüdünün yerine getirileceği ümidini taşıdığından henüz zararın vücudüne kani olmayıp kayıt tashihi dâvası kesin olarak neticelendikten sonra zararı anlamış ve zarara ıttıla bu tarihte vukubulmuş olduğundan bir senelik zamanaşımı bu tarihten itibaren işlemeye başlar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 4/213 — Karar : 157

Fevziye Merttosun mirasçısı Kâmil Çelebiler ile Şâmil Gülen aralarındaki dâvadan dolayı bozma üzerine ısrara dair İstanbul Asliye Dördüncü Hukuk Mahkemesinden verilen 7-7-950 tarih ve 202 sayılı hükmün onanmasını kapsıyan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulundan çıkan 2-5-951 tarih ve 4/205-136 E. 41 K. Sayılı ilâmın tashihi karar yoliyle incelenmesi dâvalı Şâmil Gülen vekilleri tarafından süresi içinde verilen dilekçe ile

715

istenilmesine mebni Hukuk Genel Kurulunca mezkûr dilekçe; tashihi istenen ilâm ve dosyadaki sair kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Olayda bir senelik zamanaşımı failine ve bilhassa zarara ittılâ tarihinden itibaren cereyana başlıyacağına ve haksız fiilin vukubulduğu tarihten itibaren bir sene geçmeden açılan kayıt tashihi dâvası sırasında dâvacı dâvada bahis konusu iadei ferağ taahhüdünün aynen yerine getirileceği ümit ve kanaatını taşıdığına ve sübjektif olarak o tarihlerde dâvacı henüz zararın vücuduna kani olmadığına ve kayıt tashihi dâvası kesin olarak neticelendikten sonra zararı anlamış ve zarara ittılâ bu tarihte vukubulmuş olduğuna ve bu tarihten bir sene geçmeden tazminat dâvası açıldığına ve genel kurul ilâmında gösterilen gerekçelere göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440 ıncı maddesinde yazılı sebeplerden hiç birine uymıyan karar tashihi talebinin sözü geçen kanunun 442 nci maddesi uyarınca REDDİNE ve tashih istiyenden onbeş lira para cezası alınarak hazineye irat kaydına ve aşağıda müfredatı yazılı (470) kuruş temyiz ilâmı harcının da tashih istiyenden alınmasına 19-12-1951 tarihinde çoklukla karar verildi.

Dâvalının dokuz senedenberi başkalarına kiralamak suretiyle zilyed ve mutasarrıf bulunduğu gayrimenkul hakkında babasından intikalen tapusuz malı olduğu iddiasında bulunan dâvacı, gasp ve tecavüz tarihinden itibaren bir senelik zamanaşımı geçmiş olduğundan dolayı dâva hakkından mahrumdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Esas : 5/100 - 62 — Karar : 101

DÂVA : Pederi Ömer'in Mart 1926 tarihinde ölümiyle kendisine kalan 18 parçadan ibaret meyveli bahçelerle sulu ve susuz tarlaların tahriri arazi komisyonunca hazine adına yazılmış oduğundan vaki müdahelenin önlenmesine ve bu gayrimenkullerin kendi adına tesciline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere her ne kadar dâvalı hazine adına mal müdürü dâva konusu gayrimenkullerin mütegayyip şahıslardan hazineye intikal edip 9 senedenberi hazinece kiraya verilmekde olduğunu def'an dermeyan eylemişsede de; Dâvalı hazine tarafından ibraz edilen tapu senetlerinin dâva konusu gayrimenkullere uymadığı mahallinde yapılan keşif sırasında bilirkişiler tarafından beyan edilmiş ve işbu gayrimenkullerin dâvacının babasının iken vefatile dâva-

cıya kaldığı ve dâvacının 1936 senesine kadar tasarrufu altında kaldığı dinlenen şahitlerin beyanlariyle sübut bulmuş olmasına mebni dâva konusu gayrimenkullere hazinenin haksız ve fuzuli olan müdahalesinin önlenmesine dair verilen hüküm Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesince ; 1937 tarihinde mütegayyip şahıslardan hazine adına kayıt olunan gayrimenkullerin 9 senedenberi içinde bulunanlara kiralanmakta olup dâvacının bu durumda dâva hakkı olmadığı dâvalı tarafından savunma suretile ileri sürülmüş ve şehadette savunmayı teyit eder mahiyette bulunmuş olmasına göre medeni K. nun 897 inci maddesi hükümleri göz önünde bulundurulmak suretile iş karara bağlanmak gerekirken olaya uymayan yazılı düşüncelerle karar verilmesi yolsuz olduğu beyanile bozulmuş olmakla; yeniden yapılan yargılama sonunda : Bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrar olunmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı hazineye izafeten mal Müdürü Mustafa Çeşmebaşı

YARGITAY KARARI

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

Hazine tarafından ibraz edilen ve nizalı yere aidiyeti iddia edilen tapularının mahallinde birer birer okunup bunların arazi üzerinde tekabül ettiği yerler tarafsız bilirkişilere tesbit ettirilmek suretiyle esaslı ve etraflı bir şekilde keşif yapılmak ve tapuların nizalı mahalle uymadığı anlaşıldığı takdirde dâvacının müddeabihi hangi tarihtenberi elinde bulundurduğu, zilyedliğinin başlangıç ve sonuç tarihlerinin ne olduğu ikame edeceği delillerle kendisine kesin olarak ispat ettirilerek hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmek ve bu hususları tazammun eden Özel Daire bozma ilâmına uyulmak lâzım gelirken aksine yazılı düşüncelerle evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan son hükmün dahi Hukuk Usulü M. K. nun 429 uncu maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 845 kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/12/951 tarihinde oybirliğile karar verildi.

---

1 — Ölünceye kadar bakma borçlusunun vefatı halinde alacaklının, mirasçıları tecrübe etmesi için kanun bir senelik intizar müddeti kabul edip bu müddet zarfında alacaklı sebep dermeyan etmeksizin akdin feshini isteyebilir.

2 — Ölünceye kadar bakma akdinin feshi halinde alacaklı resmî tasfiye, mirası ret ve bakma mukavelesi mucibince verilen malların elden çıkmış olması

gibi hallerde, borçlunun iflâsı halinde masasından talep edebileceği miktara müsavi meblâğın itasını borçlunun mirasçılarından isteyebileceği kanun hükümlerinden olduğu gibi her hangi bir akdin feshi halinde verilmiş olan ıvazın istirdadı umumi kaide olduğundan alacaklı diğer tarafın elinde verdiği malın mevcut olduğunu görürse umumi kaideye tevfikan o malların aynen istirdadını da isteyebilir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi
Esas : 1951/1420 — Karar : 5059

Of'un Alanosahot köyünden Süleyman oğlu Mehmet vekili Kâzım Üstündağ'ın aynı köyden Sırma Şamlı ve Kadir, Turhan ve Emine aleyhlerine; müekkilinin 942 Mayıs gün ve 25 sayılı tapu ile mutasarrıf olduğu hududu malûm bir parça gayrimenküldeki hissesini ölünceye kadar kendisine bakıp gözetmek kaydile dâvalıların murisi Mevlût'e temlik etmiş isede Mevlût sağlığında kendisine bakmamış ve aktin feshi için dâvaya kıyam olunduğu sırada Mevlût vefat etmiş olduğundan ve ölüm vukuu ile de akit kendiliğinden münfesih sayılacağından aktin fesih ve iptali talebile açtığı dâvadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde ; Mevlût'ün, 2/3/948 tarihinde vefat ettiği nüfus memurluğunun cevabile anlaşılmış ve akit Borçlar Kanununun 512 nci maddesinde yazılı miras mukavelesi şeklinde yapılmamış olduğu da tapunun cevabiyle tebeyyün eylemiş ve Mevlût Şamlı'nın dâvacıya hali hayatında bakmadığı gibi ölümünden sonra da mirasçılarının aynı şekilde dâvacıya bakmadıkları şahadetle tahakkuk eylemiş olduğundan dâvalıların murisi namına mukayyet müddeabih gayrimenkule ait kaydın iptaliyle dâvacı adına tashihan tesciline dair Of Asliye Hukuk Yargıçlığından verilen 25/10/950 gün ve 131—297 sayılı ilâmın temyizen tetkiki vereseden Kadir Şamlıoğlu tarafından süresinde verilen dilekçe ile istenmekle gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Mahkemece feshe karar verilmiş olmasına göre aktin bâtıl olarak kabul edilmemiş bulunduğu anlaşılmıştır. Borçlar Kanununun 518 inci maddesinin birinci fıkrasında bakma mukavelesinin borçlusunun ölümü halinde alacaklıya borçlunun mirasçılarını tecrübe etmesi için bir senelik intizar müddeti kabul olunmuştur. Bu müddet zarfında alacaklı sebeb dermeyan etmeksizin aktin feshini istiyebilir. Dâvacı hem esas bakma borçlusunun bakmadığı keyfiyetine ve hemde bu maddenin kendisine bahşettiği salâhiyete istinadeylemiş olmasına binaen ölüm sebebile fesih halinin şartları tahakkuk etmiş bulunduğundan mahkemece feshe karar verilmiş olması isabetli olduğu gibi bir aktin feshi halinde umumî kaide verilmiş olan ivazın istirdadıdır.

Borçlar Kanununun 518 inci maddesinin son fıkrası ise (İstiye bilir) kelimesile sona ermektedir, bu husus bakma mukavelesinin alacaklısının

munhasıran bu şıkkı ihtiyara mecbur olmadığını gösterir. Bakma alacaklısı diğer tarafın elinde verdiği malın mevcut olduğunu görmesi halinde umumi kaideye tevfikan o malların aynen istirdadını da istiyebilir. 518 inci maddenin son fıkrası umumi kaidenin bakma mukavelelerine tatbik edilmesini nehyeden bir hükmü ihtiva etmez. Bu maddenin ikinci fıkrası resmî tasfiye, mirası red, bakma mukavelesi mucibince verilen malların borçlunun elinden çıkmış olması hallerinde umumi iade kaidesine müsteniden istirdadı talep etmesi alacaklıyı mutazarrır edeceğini düşünülerek alacaklı için tevessülü kabil bir yol olarak kabul olunmasına alacaklı bu şıkkı ihtiyar etmenin lehine olacağını teemmül ederse bu maddeye istinat edebilir.

Zikrigeçen maddenin ikinci fıkrası bakma mukavelesinin alacaklısını yalnız bu maddeye müsteniden talepte bulunmaya icbar eylemez. Umumi hükümlere tevfikan talepte bulunan bakma mukavelesi alacaklısının mallarının iadesine karar verilmesi isabetli ve temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde görülmediğinden neticesi itibarile doğru olan hükmün ONANMASINA ve (2240) kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 22/11/951 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Başkan: İrfan Elgin ve Üye Mehmet Arıkan'ın muhalefet şerhleri

Dâvacı, borçlunun ölümü sebebile ölünceye kadar bakma akti münfesih sayılacağından bahisle aktin fesih ve iptalini istemiştir.

Borçlar kanununun 518 inci maddesinde ise, borçlu vefat edince alacaklı bir sene zarfında mukavelenin feshini talep edebilir. Bu takdirde alacaklı borçlunun iflâsı halinde masasında talep edebileceği miktara müsavi bir meblağın itasını borçlunun mirascılarından istiyebilir denilmektedir. Şu halde, alacaklı bu şekilde aktin feshini bir sene zarfında isterse verdiği şeyi istirdat etmek hakkını haiz olmayıp akti feshetmekten doğan hak artık paraya taallûk eder demektir. Alacaklı bu hakkını kullanmazsa akit, alacaklı ile borçlunun yerine kaim olan mirasçıları arasında baki kalır. Kanun maddesindeki istiyebilir kelimesinden maksut olan mânada bu yoldadır. Hattâ borçlunun mirascıları dahi borçlunun vefatı sebebile aktin devamının tehammül edilmez bir hale geldiğini isbat eylemedikçe feshi istihsal etmek hiyarına malik değildirler. Bu itibarla ittihaz olunan karara muhalifiz.

Medeni Kanunun tatbikından evvel karı koca gibi yaşamış olmak evliliğin sübutuna kâfidir.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi
Esas : 8389 — Karar : 86

Osman Kökşer tarafından Mustafa Deli aleyhine açılan evliliğin tescili dâvasının yapılan yargılaması sonunda; şahadet kanaatbahş mahiyette görülmemiş ve nüfus kaydına nazaran da dâvacının bekâr, Emine'nin ise evli oldukları anlaşılmış olmasına mebni dâvanın reddine dair verilen yukarda tarih ve sayısı yazılı hüküm dâvacı yönünden temyiz edilmekle yapılan incelemede; temyiz dilekçesinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğiyle kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

930 yılında vefat eden Eminenin kocası Hüseyinin 331 yılında vefat eylediği ve bundan sonra mezburenin dâvacı ile birleşerek karı koca gibi yaşadıkları ve Satı adında birde çocukları dünyaya gelüp nüfusa anası Emine ve babası Osman olarak kaydedildiği ve nikâhlarının kıyılmış olacağını yaşayışları gayrımeşru olamıyacağını dinlenen tanıklar beyan etmiş ve küçük Satı'ya ait nüfus kaydı da iddia ve şahadeti müeyyit bulunmuş ve oltarihte cari esaslara göre karı koca gibi yaşayış ve evliliğin sübutuna kâfi olup tanıkların akdı nikâhda bulunmamış olmaları şahadetlerinin kabulüne mani teşkil etmemiş olduğu halde bu cihetler gözönünde bulundurulmaksızın yazılı mütalâa ile dâvanın reddine karar verilmesi muhalif ve bozma dileği yerinde görülmüş olduğundan hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/1/1952 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Konut ihtiyacından dolayı satın alınmış olduğu halde usulen kanuni mehillere riayet edilerek kira akdinin feshi ihbar edilmemiş olan evin tahliyesi için kira müddetinin hitamından itibaren bir ay içinde tahliye dâvasının açılması lâzım gelip dâvanın müddetinde açılıp açılmadığını tâyin için kiranın başlangıç ve sonucunun usulen tesbiti, bu mümkün olmadığı takdirde M. K. Kanununun 30 uncu maddesinin bu yerde ne zaman tatbika başlandığının tahkikiyle senelik kira başlangıcının o gün itibar olunması icabeder.

Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi
Esas : 13394 — Karar : 9897

Habibe Üneri tarafından Mehmet Nakkaşçı aleyhine açılan ve konut zarureti sebebile satın aldığı evin boşaltılması istemine mütedair bulunan dâvanın yapılan yargılaması sonunda: dâvanın eve ihtiyacı bulunduğu dinlenen tanıkların beyanları ve dâvalının evde fuzulen oturduğu ikrarından

720

anlaşılmış olmasına mebni mecurun tahliyesine dair Edirne Sulh Hukuk Yargıçlığından verilen 15/8/951 günlü ve 951—513/619 sayılı hükmün temyizen incelenmesi dâvalı tarafından istenilmekle bittetkik: temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Konut zarureti dolayisile satın alınan mecurun tahliyesini istiyebilmek için olayda usulen ve kanuni mehillere riayet edilerek akdin feshi ihbar edilmediğinden kira müddeti nihayet bulduktan sonra bir ay içinde dâvanın açılması lâzımgeleceğine göre kira başlangıç ve sonucunun usulen tahkik olunarak dâvanın müddetinde açılıp açılmadığının tesbiti ve kiranın başlangıç ve sonucu tesbit olunmadığı takdirde Millî Korunma Kanununun 30 uncu maddesinin Edirne'de hangi tarihte neşir ve ilân edildiği araştırılarak bu tarihin kira akdine başlangıç addiyle dâvanın buna göre kanuni müddetinde açılıp açılmadığının tâyini lâzımgelirken bu yolda işlem yapılmıyarak tahliyeye karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bu sebepten (BOZULMASINA) ve başka cihetlerin şimdilik tetkikına mahal olmadığına ve aşağıda yazılı 675 kuruş harç ve damga pulunun haksız çıkacaktan alınmasına 5/10/951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Dâvalının evini satmak üzere vekil olan dâvacının vekâleti ifa ettikten sonra ücrete istihkakı için komisyoncu olması icabetmeyip bu hususiaki mahallî teamül tahkik edilerek ona göre karar verilmelidir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi
Esas : 43 — Karar : 6294

Muzaffer Turgutoğlu vekili Avukat Ali Rıza Dinç tarafından Mustafa Öneren vekili Avukat Rıza Günday aleyhine (Ankara) Asliye İkinci Hukuk Yargıçlığına açılan ve müvekkiline validesinden kalan evi dâvalı Mustafa Öneren bilvekâle dört bin liraya satıp parasını müvekkiline vermemiş olduğundan bahsile, dört bin liranın satış tarihinden itibaren yüzde beş faiziyle birlikte dâvalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş ve dâvalı vekili de cevap lâyihasında; Muzaffer'in evini dört bin liraya sattığını ve parasını da Muzaffer'in diğer vekili Rıza Savka'ya verdiğinden müvekkiline husumet teveccüh etmiyeceğinden dâvanın reddini ve müvekkilinin Muzaffer'e yaptığı bu hizmetine karşılık beş yüz liranın dâva-

721

cıdan tahsiline karar verilmesini karşılıklı olarak talep ve dâva etmiş olmakla yapılan yargılaması sonunda; dâvacıya ait evin dört bin liraya satıldığı tesaduku tarafeynle anlaşılmış ve dâvalının vekâlet uhdesinde baki iken, vekâletine müsteniden satış bedelini Muzaffer'e verilmesi icabederdi. Muzaffer'in Rıza Savka'ya vermiş olduğu vekâletnamede Mustafa'nın azline verilen mezuniyet kullanılmamış ve Mustafa'ya da azil haberi verilmemiş ve bu vekâletnamede Muzaffer'in gayrimenkullerini Rıza Savka tarafından satılmasına ve satış bedelinin alınmasına da mezuniyet verilmiş ve bu mezuniyetinin Rıza Savka'nın satması halinde müşteriden parasını almağa verdiği vekâletname münderecatından anlaşılmış olmasına ve esasen Mustafa Öneren'in dört bin lirayı Rıza Savka'ya verdiğine dair ibraz edilen ilmühaberdeki imzanın da Rıza Savka'ya ait olduğu ispat edilememesine binaen, dört bin liranın dâva tarihinden itibaren yüzde beş faiziyle birlikte dâvalıdan tahsiliyle dâvacıya verilmesine ve dâvalının Rıza Savka'ya verdiği parayı istirdatta muhtariyetine ve dâvalı emlâk komisyoncusu olmamakla beraber, Muzaffer'in gayrimenkulünü bilvekâle ferağ için bir hizmet ücret akdi de mevcut olmadığından mukabil dâvanın reddine dair verilen 13/4/1950 gün ve 245 sayılı hükmün duruşma yapılması suretiyle temyizce incelenmesi dâvalı vekili Avukat Rıza Günday tarafından istenilmiş ve işin duruşmaya bağlı olduğu anlaşılarak bu istem kabul edilmiş ve gün konularak taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Belli günde temyiz eden vekili Avukat Rıza Günday ve üstüne temyiz olunan vekili Avukat Rıza Dinç gelmiş olmakla duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve taraflar vekilleri dinlenildikten sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü :

Dâva edilen Mustafa Öneren dâvacı Muzaffer Turgutoğlu'nun evini haiz olduğu vekâletnameye müsteniden sattığı ve bedeli olan dört bin lirayı da kendisini azle ve parayı almağa mezun kıldığı Rıza'ya makbuz mukabilinde verdiğini def'an dermeyan etmekte ise de, ibraz olunan vekâletname gereğince, adı geçen Rıza'nın yetkisi ancak evi satması halinde bedelini müşteriden almağa münhasır bulunmuş olduğu esasen husumetin de Rıza'ya ait bulunduğu sabit olmadığı gerekçesiyle dâvalının def'i mahkemece reddedilmiş ve bunda da bir yolsuzluk mevcut bulunmamış olduğundan dâvalının bu noktalara dokunan temyiz itirazları vârit değilse de, dâvalı mukabil dâvasında dâvacıya ait evi satarken, bir çok zahmet ihtiyar ettiğinden beş yüz lira vekâlet ücreti talep etmekte olmasına ve taraflar arasında ücret mukavele edilmemesine nazaran, Borçlar Kanununun 386 ncı maddesinin son fıkrası hükmünce bu hususiaki teamülün tahkikiyle neticesine göre bir karar verilmek gerekirken, ya-

722

zılı şekilde dâvalının mukabil dâvasının reddi cihetine gidilmesi yolsuz ve usul ve kanuna muhalif olup dâvalının bu cihete dokunan itirazı vârit olduğundan hükmün yalnız bu noktadan (BOZULMASINA) ve dört bin liranın dâvalıdan tahsiline taallûk eden hükmün (ONANMASINA) ve dâvalının yalnız mukabil dâvası noktasından hükmün bozulmuş ve asıl dâvaya taallûk eden hüküm onanmış olmasına binaen, dâvalı vekili için mürafaa ücreti takdirine mahal olmadığına ve aşağıda yazılı temyiz giderinden onanma harcının temyiz edenden ve bozma harcının da ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/10/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İskân hakkının başkasına devir ve temliki muteber olmayıp ancak tasfiye vesikası kuponlarının devir ve cirosu caizdir.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 4970 — Karar : 5514

DÂVA : Dâvalılardan Yusuf'tan 15 - 20 sene evvel haricen satın alarak o zamandanberi zilyed bulunduğu Karakurt mevkiinde sınırları belli tarlayı dâvalılara Eylûl 1935 tarih, 42 numarada adlarına tapuya tescil ettirmiş olduklarından bahsile tesis olunan tapunun iptaline ve gayrimenkulün adına tesciline karar verilmesi istenilmiştir.

KARAR : Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere; dâva konusu gayrimenkulün dâvalılara 1771 sayılı kanun hükümlerine göre tefviz edilip 1935 tarihli tapu ile senetsizden adlarına tapuya tescil edilmiş olduğu anlaşılmış ve gayrimenkulün dâvalılardan Yusuf tarafından 15 yıl önce dâvacıya haricen satıldığı iddia edilerek tapunun iptali istenilmekte ise de bu yerin zilyedliğinin iskân hakkının devri muteber bulunmamış olmasına mebni dâvanın bu sebeple reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Dâvacı.

YARGITAY KARARI

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

Dâvalıların tapu ile malik oldukları gayrimenkul kendilerine âdi iskân suretiyle tahsis edilmiş olduğuna ve tahsisin tapuya tescilinden önce dâvalıların bu gayrimenkul üzerindeki hakları âdi iskân hakkından ibaret olup bu hakkın başkasına devir ve temliki muteber olamıyacağına ve tapuya tescilinden sonra haricî satışla mülkiyet devrolunamıyacağına gö-

723

re yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddiyle hükmün (ONANMASINA) ve aşağıda yazılı 500 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 24/11/1951 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Komandit şirketlerde mahkemece tâyin olunan tasfiye memurunun salâhiyetini mahkeme tâyin ve tevsi eder.

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas : 6385 — Karar : 5900

Tasfiye halinde Yılancıoğulları Şirketi tasfiye memuru tarafından şirketin menkul ve gayrimenkul mallarının toptan satışına izin verilmesi talebiyle açılan dâvanın yapılan yargılaması sonunda 235 inci maddenin mutlak sarahatine karşı vâridolmıyan dâvanın reddine dair Uşak Asliye Hukuk Yargıçlığından verilen 8/11/1951 tarih ve 1116/1069 numaralı kararın Yargıtayca incelenmesi tasfiye halinde Yılancıoğulları Şirketi Tasfiye Memurluğu tarafından istenilmekle dosyadaki kâğıtlar okunarak işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı :

Dâvacı tasfiye memuru tasfiyesine mahkemece memur edildiği komandit şirketin mevcut gayrimenkul fabrika binası ile, işbu fabrikaya ait bulunan şirket menkul mallarının parça, parça satışı halinde değerinden noksan fiyat ile satılacağını ve halbuki toptan satışı takdirinde değeriyle satılacağı, ortakların menfaati toptan satışı icabettirdiğini, toptan satış için şeriklerin ittifak ile karar ittihaz eylemeleri Ticaret Kanununun 235 inci maddesi hükmü iktizasından olup, bu hususu temin için ortaklara müracaat etmiş ise de; toptan satış yapılmasına ittifakla karar vermemiş olduklarından Ticaret Kanununun 236 ncı maddesi hükmü gereğince salâhiyetin tevsii suretiyle toptan satışa izin verilmesini istemiştir.

Ticaret Kanununun komandit şirketlere ait faslının 274 üncü maddesi hükmüne göre komandit şirketin fesih ve tasfiyesi hususu kollektif şirketlerin fesih ve tasfiyesi ahkâmına tâbi bulunmaktadır. Kollektif şirketlerin fesih ve tasfiyesine dair olan Ticaret Kanunu hükümlerine nazaran fesih ve tasfiye iki şekilde kendini gösterir.

1 — Ortakların bilittifak rızaen fesih ve tasfiyeye karar vermeleri halinde tasfiye memurunu da tâyin ederler veya mukavelelerin ne şekilde tasfiye edileceği veya kimin tasfiye memuru olacağı tâyin ve tasrih edilmiştir.

2 — Mukavelelerinde sarahat bulunmadığı ve bilittifak fesih ve tasfiyeye ve tasfiye memuru tâyinine karar veremedikleri surette mahkemece

fesih ve tasfiyeye karar verilip, tasfiye memuru da mahkemece tâyin olunur. Tasfiye memurunun mahkemece tâyin edilmiş olması ortakların fesih ve tasfiyede ve tasfiye memurunun tâyininde ittifak edememelerinden ileri gelmektedir. Gerek taraflarca ve gerekse mahkemece tâyin olunan tasfiye memurlarının ne şekilde tasfiye yapacakları ve salâhiyetleri Ticaret Kanununun 210 ve mütaakıp maddelerinde gösterilmiş bulunmaktadır. 236 ncı maddesinde de tasfiye memurlarının kanunne haiz oldukları anifüzzikir salâhiyetler sureti tatbiklerine göre veya şürekâ tarafından müttefikan veya mahkemece müttehaz karar ile tevsi veya tahdidolunacağı yazılı bulunmuştur. Tasfiye memuru şürekâ tarafından tâyin edilmiş ise, o zaman tasfiye memurlarının salâhiyetlerinin tevsi veya tahdidi şürekânın ittifakiyle olacaktır. Ancak tasfiye memuru mahkemece tâyin edilmiş olması halinde zaten şürekâ ittifak halinde bulunmamaları hasebiyle tasfiye memurunun salâhiyetinin tevsi veya tahdidi hakkında müttefikan karar almalarına imkân da yoktur. 235 inci maddede toptan satış için ittifak ile karar alınması derpiş edilmiş olup, bu dâvada tasfiye memuru şürekâ tarafından değil, mahkemece tâyin edilmiş olması bakımından şürekânın toptan satışa ittifak edemiyecekleri aşikâr bulunmaktadır. Bu itibarla mahkemece tâyin edilmiş olan tasfiye memurunun salâhiyetinin tevsiine veya tahdidine mahkemece karar verilmek iktiza eder. Netekim Ticaret Kanununun 224 üncü maddesinde mahkemenin tâyin ettiğ tasfiye memurunun azlinin münhasıran mahkemeye ait bulunduğu kayıt ve tasrih edilmiştir. Bu da gösteriyor ki mahkemenin tâyin ettiği tasfiye memurunun salâhiyetinin tevsi ve tahdidine 236 ncı madde gereğince mahkemece karar verilmek lâzımdır. Şu hale göre mahkemenin tâyin ettiği tasfiye memurunun şirketin menkul ve gayrimenkul emvalini parça parça değil toptan satışı hususunda salâhiyetin tevsiine ortakların ittifakiyle değil, mahkemece karar verilmek iktiza eylemektedir. 236 ncı maddede tasfiye memurlarının sureti tâyinlerine göre ya şürekâ tarafından ittifak ile veya mahkemece salâhiyetlerinin tevsi veya tahdit olunabileceği yazılı bulunup hâdisede tasfiye memuru mahkemece tâyin edilmiş olmasına göre tasfiye memurunun bu maddeden evvelki maddelerde yazılı salâhiyetlerinin tevsi veya tahdidine mahkemece karar verilmesi lâzımdır. Şerikler esasen ihtilâf halinde bulunup, ittifak edememelerine ve toptan satışın da şeriklerin menfaati iktizasından bulunduğu ileri sürülmüş ve toptan satış isteyen şerikerin menfaatlerini mahkemenin korunması icabetmiş olmasına göre meselenin bu yönden tetkik olunarak filhakika şirket emvalinin toptan satışı şirketin ve dolayısiyle şeriklerin menfaati icabından olduğu anlaşıldığı surette toptan satışa izin verilmek gerekli bulunduğu halde yazılı sebep ve düşüncelere dayanıla-

725 MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

rak toptan satışa mutlaka şeriklerin ittifakiyle karar verileceği beyan olunarak bu sebebe istinaden vâkı talebin reddine karar verilmesinde isabet görülememiş ve ileri sürülen temyiz itirazları bu itibarla yerinde bulunmuş olduğundan temyiz olunan kararın bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 26/11/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

1 — İkinci derecede ipotek alacaklısının satışa iştiraki için birinci derecede rüçhanlı alacağın yüzde yedi buçuğu nispetinde pey akçası veya teminat yatırması icabeder.

2 — Merhunu işgal eden kiracılarla borçlu arasındaki kira bağıtları tapuya tescil edilmiş ise arttırma ilân suretlerinin kiracılara da tebliği gerektir.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas : 973 — Karar : 1223

TEMYİZ EDİLEN KARAR : Borçlu Kornilya Lâzoğlu'nun ipotekli borcundan dolayı artırma ve ihalesi yapılan gayrimenkulün müşterisi Niko Stamargaki tarafından satış bedelinin ödenmemiş olmasından dolayı icra memurluğunca mezkûr ihale feshedilerek yeniden yapılan artırma neticesinde alacaklı Niko Avranidi uhdesine icra kılınan ihalenin feshi talebiyle adı geçen borçlu ile merhunda kiracı bulunan Dimosten Lâzoğlu ve ikinci derecede ipotek alacaklıları Stamatyos ve Niko Stamargaki tarafından ileriye sürülen şikâyetin reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

TEMYİZ EDEN : Niko Stamargaki, Korniliya Lâzoğlu, Stamatyos Sfakyanudis ve Dimosten Lâzoğlu.

YARGITAY KARARI

Temyiz olunan karar temyiz edenlerden Niko, Stamargaki'ye 20/1/1951 tarihinde tebliğ edildiği halde temyiz dilekçesinin İcra ve İflâs Kanununun 363 üncü maddesinin tâyin ettiği on gün müddet geçtikten sonra yani 31/1/1951 tarihinde verilip kaydedildiği anlaşılmasına binaen bu sebepten sözü geçen dilekçenin reddi ve diğer temyiz edenler tarafından süresi içinde verilip kaydedilmiş olan temyiz dilekçelerinin kabulü oybirliğiyle kararlaştırıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

Hâdisede ikinci derecede ipotek tesis eden alacaklılardan Satamatyos Sfakyanudis'in son yapılan artırmaya iştiraki için kendi alacağına rüç-

hanı olan diğer alacaklının hukukunu muhafaza bakımından ancak birinci derecede ipotek miktarı olan 35.000 liranın yüzde yedi buçuğu nispetinde pey akçesi vermesi lâzım geldiği ve merhunu işgal etmekte bulunan kiracılar ile borçlu arasındaki kira bağıtı tapuca tescil edilmiş olduğu surette artırma ilân suretinin şikâyette bulunan kiracıya da tebliği gerektiği halde bu hususların ihalenin feshini icabettirip ettirmediği düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan temyiz olunan kararın bu sebeplerden İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/3/1951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Kararları

CEZA BÖLÜMÜ

Odunların musadereye tâbi olmıyan canlı vasıtalarla taşınmasına göre uygulanan 120 nci maddenin son fıkrasiyle ayrıca para cezası hükmedilmemesi yolsuzdur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 2818 — Karar : 2170

Orman Kanununa muhalefetten sanık Hüseyin Kılıç hakkında yapılan duruşma sonunda : Devlet ormanından izinsiz ağaç kesmekten 3116 sayılı kanunun değişen 107 nci maddesi gereğince üç lira hafif para cezasiyle hükümlülüğüne ve 100 kuruş yarım harç alınmasına ve kesilen odunları nakletmekten aynı kanunun 120/1 inci maddesiyle bir hafta hapis ve 50 lira ağır para cezasiyle tecziyesine ve bir kağnı arabası, bir boyunduruk ve zincirin zoralımına, 200 kuruş yarım harç alınmasına dair Tercan Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 19/2/1951 günlü hüküm bu yer ve üst C. savcısı ile sanık tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 30/3/1951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Kabule göre odunların müsadereye tâbi olmıyan canlı vasıtalarla taşınmasına göre uygulanan 120 nci maddenin son fıkrasiyle ayrıca para cezası hükmedilmemesi yolsuz ise de C. savcılarının temyizi lehte olduğundan bu cihet aleyhte bozma sebebi sayılmamış ve tebliğnamenin iki numaralı bendindeki mütalâa bu sebeple yerinde görülmemiştir. Ancak;

Sanığın 40 kilo kuru odunu kasaba içinde pazar yerinde satarken yakalandığı 5/12/1950 tarihli tutanakta gösterilmesine ve bunların hangi tarihte ormandan kesildiği tutanakta yazılı olmamasına ve ormandan kesmediğini ve yıllardanberi damının içine atılmış çürük ve eski meşeleri satmağa götürürken yakalandığını söylemesine ve ağaçların ormandan kesildiği veya çıkarıldığı tarih suçun mebdei sayılacağına göre yakalanan odunların hangi tarihte ormandan kesildiği veya çıkarıldığı araştırılarak sonucuna nazaran suçun 5677 sayılı Af Kanununa girip girmediğinin düşünülmemesi ve kabul suretine göre sanığın fiili kaçak odunları nakletmekten ibaret bir suç olduğu gözetilmeksizin ve T. C. K. nun

79 uncu maddesi göz önünde bulundurulmaksızın ayrı ayrı suç olarak kabul olunarak sanığa 107 ve 120 inci maddelerle ceza verilmesi yolsuz ve mahalli ve üst C. Savcısının ve sanığın temyiz itirazları ve tebliğname mündericatı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeblerden dolayı BOZULMASINA ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 3/4/951 gününde oy birliğile karar verildi.

Merkep tarım işlerinde kullanılan hayvanlardan mâduttur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 2956 — Karar : 2183

Orman Kanununa muhalefetten sanık Cuma Göksen hakkında yapılan duruşma sonunda : 3116 sayılı kanunun 5653 sayılı kanunla değişen 107 inci maddesi gereğince taktiren bir hafta hapis cezasile hükümlülüğüne ve kendisine ait taşıt aracile odunların zor alımına ve davetiye ve tebliğiye masraflarile 200 kuruş harç alınmasına dair Afşin Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 25/1/951 günlü hüküm üst C. Savcılığı tarafından temyiz olunmasından ötürü yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 30/3/1951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Dâva Orman K. nun 120 nci maddesiyle açılmış ve suçun vasfı değişmiş olmasına göre C. M. U. K. nun 258 inci maddesi hükmünce sanığa savunma hakkı verilmeden 107 inci maddenin uygulanması ve hafif hapis yerine hapis cezası verilmesi ve tatbik olunan 120 inci madde de tarım işlerinde kullanılan canlı vasıtaların müsadere olunamayacağı yazılı iken merkeblerin müsaderesine hüküm edilmesi ve kısa kararda harç davetiye ve tebliğiye masrafları hüküm olunmadığı halde gerekçeli kararda bunlara da hükmolunmak suretiyle hükmün bu kısmının teşviş olunması ve harcın fazla tâyini yolsuz ve üst C. Savcılığının temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA 5/4/951 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 402 nci maddesine tevfikan ittihaz olunan kararlar temyiz kabiliyetini haiz değildirler.

Yargtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 998/6 — Karar : 2895

Şarap resmi kaçakçılığı yapmaktan sanık Kâmil Elmas hakkında Hatay asliye ceza mahkemesinin 217 sayılı ilâmile 240 lira ağır para cezasının 5677 sayılı Af Kanununun şümulüne dâhil olup olmadığından tereddüt edildiğinden bahsile bu hususta bir karar verilmesi tekel idaresi tarafından istenmesi üzerine yapılan incelemede : Para cezası 4250 sayılı kanun 37 ci maddesine göre hükmedilmesi itibarile af kanunun şumulüne girmiş olduğundan işbu hükmün infazına mahal olmadığına dair Hatay Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 23/2/1951 günlü karar Tekel İdaresinin temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 30/3/951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu :

Hükmedilmiş olan para cezasının Af Kanunu muvacehesinde infazı icap edip etmediği hakkında bir karar ittihazı idare tarafından istenmesi üzerine mahkemece mezkûr para cezasının Af Kanununa tâbi buulnduğundan hükmün infazına mahal olmadığına dair verilen kararın C. M. U. K. nun 402 inci maddesi gereğince verilmiş karar mahiyetinde bulunmasına ve sözü geçen Usulün 405 inci maddesinin son fıkrası gereğince bu gibi kararların temyizi kabil olmayıp acele itiraza tabi olmasına göre, idarenin temyiz dilekçesinin itiraz dilekçesi makamına kaim olmak ve gereği mahallince yapılmak üzere dosyanın C. Başsavcılığına geri verilmesine ve tebliğnamedeki mütalâanın reddine 6/4/1951 gününde oybirliğile karar verildi.

Orman Kanununun 120 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki para cezası tazminat kabilinden olmayıp âmme para cezası nevindendir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 3018 — Karar : 2289

Oraman Kanununa aykırı kareketten sanık Mehmet Karakülah, Abdullah Boğa ve Mahmut Karakülah haklarında yapılan duruşma sonunda : orman kanunun değişen 120 inci maddesinin I inci ve sonuncu fıkraları gereğince birer hafta hapis ve ellişer lira para cezası ile mahkûmiyetlerine ve Mehmet'in yaşından dolayı T. C. Kanunun 55 inci maddesi hükmünce hapsin 3 güne ve ağır para cezasının da 33 lira 30 kuruşa indirilmesine ve 120 inci maddenin son fıkrası ile de kestikleri ağaç miktarı iti-

barile ve ağaçları canlı vasıta ile taşıdıklarından Mehmetten 36 lira 30 kuruş Mahmuttan 45 lira 20 kuruş Abdullahtan 41 lira 60 kuruş para cezası alınmasına ve bu para cezası tazminat kabilinden olduğundan Mehmet'in yaşından dolayı tenzilat icrasına mahal olmadığına ikişer yüz kuruş duruşma harcının Mahmut ve Abdullahtan 150 kuruş harcın Mehmetten ve ayrıcada nisbi harç olarak Mahmuttan 90 Abdullahtan 83 ve Mehmetten de 72 kuruş alınmasına ve orman emvalinin ve kağnıların ve balta ve tahranın müsaderesine dair Altıntaş Sulh Ceza Yargıçlığından verilen 8/1/951 günlü hüküm sanıkların temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 3/4/951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanıkların esasa ait temyiz itirazları zabıtname münderecatına göre yerinde görülmemiştir. Ancak

Sanıkların ifadeleri suretine ve tanık bakım memuru Hasan Şeker, sanıkların arabalarile birer tomruğu ormandan çıkarırken yakalanmış olduklarını şahadetinde söylemesine göre eylemin içerisinden ağaç kesilen ormanın nev'i nazara alınmak suretiyle 105 inci maddenin 2 nci fıkrasına uygun bulunduğu düşünülmeksizin yazılı madde ile sanıklara ceza tâyini ve sanıklar hakkında uygulanan 120 nci maddenin 3 üncü fıkrasındaki para cezası tazminat kabîlinden olmayıp âmme nevinden bulunmasına göre sanıklardan Mehmet'e bu fıkra gereğince tâyin olunan para cezasından yaşı sebebile indirme yapılmaması ve sözü geçen para cezası tazminat kabilinden olmadığı halde sanıklara bu para cezası dolayısiyle ayrıca nispî harç hükmedilmesi yolsuz ve sanıkların temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükmün mezkûr sebeplerden dolayı tebliğname gereğince BOZULMASINA ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 10/4/951 gününde oybirliğile karar verildi.

On sekiz yaşını ikmali medeni halde değişiklik teşkil etmez.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 2805 — Karar : 2388

18 Yaşını doldurduğu halde medeni halindeki bu değişikliği onbeş gün içinde zabıtaya bildirmediği iddiasiyle sanık İran uyruğundan 1931 doğumlu Mustafa Sadık'ın yapılan duruşması sonunda 5683 sayılı kanunun 12 nci maddesi delâletiyle 24 üncü maddesine tevfikan ve takdiren 50 lira hafif paracezasile hükümlülüğüne cezanın ertelenmesine

ve 250 kuruş harcın alınmasına dair Eminönü 3 üncü sulh ceza mahkemesince verilip kesinleşen 10/11/950 günlü hükme karşı Y. Adalet Bakanlığının 20/3/1951 gün ve 179 - 485 numaralı yazılı emri üzerine Başsavcılığın 29/3/1951 gün ve 951/140 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu :

Yazılı emre atfen tebliğname münderecatı :

1 — Onsekiz yaşını ikmal etmenin medeni halde değişiklik addedilip edilmeyeceği düşünülmeden yazılı madde ile ceza tâyin edilmesi.

2 — Kabule nazaran 931 doğumlu olduğu anlaşılan sanık 949 yılı sonunda onsekiz yaşını ikmal ile reşit olmuş ve bu hususu onbeş gün içinde zabıtaya bildirmemek suretiyle suç 1950 senesinin Ocak ayında tekevvün etmiş bulunmasına göre 5677 sayı kanunun Birinci maddesile affa tabi bulunduğu gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi,

3 — Suçun vukuu tarihinde onsekiz yaşını bitirip yirmi birini ikmal etmemiş bulunan sanık hakkında yaşından dolayı T. C. Kanununun 56 ncı maddesinin uygulanmaması yolsuz görülmüştür. C. M. U. Kanununun 343 üncü maddesi uyarınca sözü edilen hükmün bozulması lüzumuna dairdir.

Gereği düşünülüp görüşüldü :

Yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebepleri dosya münderecatına göre yerinde görüldüğünden hükmün C. M. U. K. nunun 343 üncü maddesine tevfikan BOZULMASINA ve 5677 sayılı af kanunun birinci maddesi mucibince âmme dâvasının düşmesine 16/4/951 gününde oybirliğile karar verildi.

Orman Kanununun 120 nci maddesinde canlı vasıtalar dışındaki nakil vasıtaları her kime ait olursa olsun musadereye tâbidir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 3037 — Karar : 2479

Orman kanununa aykırı hareketten sanık Kemal Kılıç hakkında yapılan duruşma sonunda adı geçen kanunun değişen 107 nci maddesi gereğnice on lira hafif para cezasile hükümlülüğüne ve ağaçların müsaderesine çift aleti ve vastalarında kullandığı anlaşılan nakil vasıtası at ve arabanın müsderesine yer olmadığından kendisine iadesine 200 kuruş duruşma harcı alınmasına dair Ş. Karaağaç sulh ceza yargıçlığından verilen 16/2/951 günlü hüküm C. savcılığının temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 4/4/951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Orman kanunun 120 inci maddesinde canlı vasıtalar dışındaki nakil vasıtaları her kime ait olursa olsun müsadere edileceği gösterilmesine göre arabanın müsaderesi gerekirken ziraatta kullanıldığından bahsile iadesine karar verilmesi ve harç tarifesi kanunun değişen 52 inci maddesinin son fıkrasında kabahat dâvalarında mutlak surette yarı harç alınacağı yazılı olmsına göre tam harç hükmedilmesi yolsuz ve C. savcısının temyiz itirazlar ve tebliğname münderecatı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA 17/4/951 gününde oybirliğile karar verildi.

Orman İdaresi vekili tarafından kamu dâvası açıldıktan sonra tanzim ettirilen beyan zaptının usulen zabıt kâtibi tarafından imza edilmesi gerekir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi

Esas : 2.89 — Karar : 2567

Orman kanununa muhalefetten sanı Hayrullah Erden hakkında yapılan duruşma sonunda : koru ormanından izinsiz kuru ve devriklerden temin ettiği ağaçları samanlığına sarf ettiği sabit olduğundan adı geçen kanunun 107 inci maddesi gereğince üç lira hafif para cezasile hükümlülüğüne ve 382 lira 20 kuruş tazminat ile 764 kuruş nisbi ve 100 kuruş maktu harç alınmasına dair Araç sulh ceza yargıçlığından verilen 14/2/951 günlü hüküm sanık tarafından temyiz olunmasından dolayı yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 7/4/1951 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanığın esasa ait temyiz itirazları zabıtname münderecatına göre yerinde görülnemiştir. Ancak ;

Orman daresi vekili tarafından kamu dâvası açıldıktan sonra tanzim ettirilen beyan zaptının usulen zabıt kâtibi tarafından imza edilmemiş olması iibariyle bu beyan zaptına isnaden idarenin müdahil sıfatının kabulüne karar verilerek lehine tazminat hükmedilmesi ve mezkûr beyan zabıtında binaya masruf ağaçların bügunkü fiatı olarak gösterilen 382 lira 20 kuruş müstenidatı karar yerinde irae olunmaksızın hüküm altına alınmas yolsuz ve sanığın temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün mezkûr sebeplerden dolayı ahsi hak cihetinden BOZULMASINA ve 500 kuruş temyiz harcının halsız çıkacak taraftan alınmasına 20/4/951 gününde oybirliğile karar verildi.

733

Hükmolunan ve tazminî mahiyette bulunan 82,5 lira hafif para cezası için nispî harç tâyini gerekir.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi
Esas : 3048 — Karar : : 2611

3437 sayılı kanuna aykırı hareketten sanık Veli Duran hakkında yapılan duruşma sonunda: Sanık kanuni firesi çıktıktan sonra geriye kalan 33 kilo tütün borcunu tekel idaresine teslim etmediği sabit olduğundan eylemine uyan mezkûr kanunun 93 üncü maddesi gereğince beher kilosu 2,5 lira hesabile 82 lira 50 kuruş hafif para cezasile tecziyesine ve 600 kuruş yarım harç alınmasına dair Eşme S. C. yargıçlığından verilen 12/2/951 günlü hüküm sanığın temyizi üzerine yerinden gönderilen evrak C. Başsavcılığının 3/4/951 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanığın sübute ait temyiz itirazları dâva evrakı ve zabıtname münderecatına göre yerinde görülmemiştir. Ancak,

Hükmolunan ve tazminat kabilinden bulunan 82,5 lira hafif para cezası için nispî harç tâyini lâzım gelirken fazla olarak maktu harç alınması yolsuz ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA ve ceza mahkemeleri usulü kanunun 322 inci ve harç tarifesi kanunun 19 ve 67 inci maddeleri gereğince sanıktan 165 kuruş nispî harç alınmak suretiyle hükmün tebliğname veçhile ıslahen ONANMASINA ve 165 kuruş temyiz harcının kendisinden alınmasına 25/4/1951 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Karı koca gibi geçinmek üzere evine getirdiği şerikin 18 yaşını ikmal etmemiş olmasına göre sanığın hareketleri T. C. Kanununun 441 ve 430/2 nci maddelerini ihlâl mahiyetinde olup aynı kanunun 79 uncu maddesi gereğince sanık hakkında yalnız cezası ağır olan 430/2 nci madde hükmünün uygulanması gerekir.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi
Esas : 9962 — Karar : 9962

934 doğumlu Süleyman kızı Mihri'yi rızasiyle yanında alıkoymaktan sanık ve bu Mihri ile karı koca gibi yaşamaktan içtimaa tâbi üç ay hapis cezası mahkûmiyeti bulunan Abdullah Özek'in, yapılan yargılama sonunda : T. C. Kanununun 430/2, 69 uncu maddeleri gereğince sekiz ay hapsine infaz edilen üç ay hapis cezasının mahsubuna dair Acıpayam Asliye Ce-

za Yargıçlığından verilen 25/10/1951 günlü hüküm Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı onama isteyen tebliğname daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

1 — Karı koca gibi geçinmek üzere evine getirdiği şerikin 18 yaşını ikmal etmemiş olmasına göre sanığın hareketlerinin bir taraftan 441 ve diğer taraftan da 430/2 nci maddeler hükmünü ihlâl teşkil ettiği ve 79 uncu madde bakımından yalnız cezası ağır olan 430/2 nci maddenin tatbiki gerekeceği gözetilerek bu madde ile ceza tâyini ve bu suçtan takibat yapılmadan 441 inci madde ile tâyin edilmiş olan cezanın tenzili ve(harcının kaldırılması) ile yalnız üç aylık hapsin ve son hüküm harcının infazına karar verilmesi icap ederken içtima hükmünün tatbiki.

Bozmayı gerektirmiş ve itirazlar bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan onama isteminin reddile hükmün BOZULMASINA ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacaktan alınmasına 22/12/1951 de oybirliğiyle karar verildi.

Bir mevkufiyetin 40 ıncı madde gereğince mahkûmiyete mahsup edilmesinin ancak mevkufiyet ve mahkûmiyete sebebolan iki suçun mahkûmiyetle neticelenme halinde içtima hükümlerini gerektirmesi haline münhasır olduğu gözetilmeden aftan önce tahakkuk eden mevkufiyetin aftan sonra olan bu suç cezasına mahsubedilmesi yolsuzdur.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi
Esas : 9967 — Karar : 9967

Ali Başaran'ı bıçakla ve ölümle tehdit etmekten sanık İsmail Tunanın, yapılan yargılama sonunda : T. C. K. nun 191/2,59 uncu maddeleri gereğince beş ay hapsine ve sanığın yaralamak suçnundan tutuk olarak yargılandığı sırada 5677 sayılı af kanunu ile kamu dâvası ortadan kalkmış olduğundan bu işten tutuk kaldığı bir ayın bu defa verilen cezasından mahsubu yapılarak dört ay hapsine dair Susurluk Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 16/11/1951 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi üst dereceli Balıkesir C. Savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dâva evrakı C. Başsavcılığından : Hâdise sebebi araştırılarak tahfife yer olup olmadığının düşünülmesinin yolsuzluğundan ve başka bir sebepten bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Mahkemece defalarca sorulmasına rağmen hâdiseye başka bir sebep gösterilmemiş ve mağdurun nikâhsız olarak sanık yanında duran kızını geri almasının tahfif edici mahiyette bulunmamış olmasına binaen tebliğnamenin birinci bendi yerinde değilsede ;

1 — Bir mevkufiyetin 40 ıncı madde gereğince mahkûmiyete mahsup edilmesinin ancak mevkufiyete ve mahkûmiyete sebep olan iki suçun mahkûmiyetle neticelenme halinde içima hükümlerini gerektirmesi haline münhasır olduğu gözetilmeden aftan önce tahakkuk eden mevkufiyetin afdan sonra olan bu suç cezasına mahsup edilmesi.

Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün itiraz ve istem gibi BOZULMASINA 22/12/951 de oybirliği ile karar verildi.

———o———

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Suç ika eden subayın akli malûliyeti suçun ikaından evvel muhtelif vesilelerle belirmiş olduğu halde vazife başında tutmakla idarenin kusurlu hareket etmiş olup olmadığının tetkiki idare hukuku esaslarına göre idare yargı yerinin görevi dâhilindedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1951/9 — Karar : 1951/9

Yusuf Albeni mirasçısı babası Ali Albeni vekilleri Avukat Necdet Öklem ve Muzaffer Kebapçıgil taraflarından Millî Savunma Bakanlığına izafetle İzmir Maliye Hazinesi aleyhine İzmir Asliye Beşinci Hukuk Mahkemesine açılan dâvanın görülmesi sırasında dâva edilenin görevsizlik savunmasının reddine mahkemece karar verilmekle İzmir Valiliğinin tahriki üzerine Danıştay Başkanun Sözcüsünün uyuşmazlık ihdasını tazammun eden 1/3/1951 günlü yazısı.

Dâvacı vekillerinin, 203 üncü piyade alayında yedek asteğmen bulunan dâvacının oğlu Yusuf'un 18-8-1948 gününde vazife esnasında ayni alay subaylarından Yüzbaşı Mehmet Piştar tarafından tabanca ile öldürüldüğünü ve sanık hakkında Adlî Tıp İşleri Meclisi raporuna dayanılarak akıl hastası olduğundan âmme dâvasının düşmesine askerî mahkeme tarafından karar verildiğini ve sanığın aklî muvazenesindeki bu inhilâlini suçun vukuundan evvel de muhtelif şekil ve suretlerle açıklandığını ve istihdam ettiği kimselerin vazifelerini ifa sırasında yaptıkları zarardan istihdam eden Millî Savunma Bakanlığının mesul bulunduğunu beyanla maddî ve mânevi 50 bin lira tazminatın dâva edilenden tahsiline dair olan dâva dilekçesi, dâva edilenin, hizmet kusuru sebebiyle vâki zarardan dolayı açılan bu dâvanın mahkemenin vazifesi dışında kaldığı yolundaki lâyihası.

Hâdise doğrudan doğruya bir haksız fiilden doğmuş ve ona müstenid bulunmuş olduğundan vazifeye mütaallik itirazın reddine dair mahkemenin ara kararı ;

Vazife itirazı müddetinde yapılmadığından nazara alınamıyacağı hakkında dâvacı vekilleri tarafından Baş Kanun Sözcülüğüne gönderilen yazı

737

ve dosyadaki diğer kâğıtlar okunup Baş Kanun sözcüsünün (idare teşkilâtının işleyişinde yani ifa eylediği âmme hizmetlerine taallûk eden faaliyetlerden husule gelen aksaklıklar, kanuna aykırı hareketler tıpkı fertlerin hareket ve faaliyetleri gibi birtakım zararlar doğurabilir. Vukua gelmiş bir zararın müşahedesi bizi hemen bu zararın bir haksız fiilden yani hususi hukuk hükümleri içine giren bir fiilden doğduğu hükmüne götürmemelidir. Bir zarar bir haksız fiilden Borçlar Kanunu hükümleri daresinde mütalâa edilmesi icabeden bir fiilden doğabileceği gibi hususu hukuk zümresi ile hiç alâkası olmayan başka münasebetler manzumesine giren fiil ve hareketlerden de ileri gelebilir.

Hususi hukuktaki gayri akdi mesuliyetlere tekabül eden idare hukukunun da gayri akdi mesuliyetleri ihtiva ettiği ekseriya unutulmakta ve haksız fiil mefhumunun bütün hukuka aykırı ve tazmin vecibesi doğuran fiilleri ihtiva ettiği zehabına düşülmektedir. İşte bugün huzurunuza getirdiğimiz husus, kanaatımızca, bu neviden hatalı bir görüş mahsulü olarak rüyeti adliye mahkemesinin vazifesi dâhilinde telâkki edilmiş bir dâvaya aittir.

Yukarıya hülâsasını kaydeylediğimiz vakıalardan anlaşılıyor ki, sahne tamamen askeridir. Vakıalar idare rejimini kabul etmiş hiç bir memlekette hususi hukuk sahasında mütalâa edilebilecek neviden değildir. İşin içinde Borçlar Kanununun haksız fiil mefhumu ile izah edilebilecek tek unsur yoktur. Hâdise yani katil fiili dâva arzuhalinden anlaşılacağına göre, maktul askerlik hizmetini ifa etmekte iken aynı kıt'ada yüzbaşı tarafından vazife esnasında ika edilmiştir. Dâvacı vekillerinin bu yüzbaşının şuurunda bozukluk bulunduğuna dair ileri sürdüğü delillerin doğruluğunu kabul ederek tazmin hükmüne götüren hareketin mahiyetini incelediğimiz zaman illeti şuuru bozuk bir yüzbaşıyı vazife başında bırakmaktan ibaret olduğunu müşahede ederiz. Orduda böyle bir kimseyi hizmet ifa edebilir zannı ile vazife başında bırakmanın bir kusur teşkil edeceğinde şüphe edilemezse de bu kusurun idarî kusur yani hizmet kusuru olduğunda da tereddüt olunamaz. İdareyi yüzbaşıya bağlayan ve idarenin mesuliyetini icap ettirebilecek olan bağ âmme kanunlarından doğduğuna göre yüzbaşının merhum asteğmene karşı olan hareketini bir haksız fiil, bu haksız fiili işleyen yüzbaşıyı da idarenin müstahdemi sayarak idareye Borçlar Kanununun 55 inci maddesi hükmüne göre mesuliyet tertip etmek kanaatımızca, muhtelif hukuk sahalarını ve kanun hükümlerini bir birine karıştırmak olur. Bilhassa dâvacı vekilleri hâdisenin vazife esnasında vukubulduğunu açıkca beyan etmiş bulunmalarına rağmen mahkemenin bu beyan dışına çıkarak dâvayı hususi hukuk çerçevesi içinde telâkki etmesine cevaz yoktur.

738

Bu mülâhaza ile adliye mahkemesinin vazifesi olduğuna dair ittihaz eylediği kararın hukukumuzun istinat ettiği esaslara ve mevzuatımızın sarih metinlerine uygun olmadığı neticesine vardım. Binaenaleyh vazife konusunun incelenmesine müsade buyrulmasını rica ederim) meâlindeki mütalâası dinlenildikten ve mahallinden celbedilen dosyada mevcut evrak üzerindeki tarihlere nazaran mahkemenin vazifeli olduğuna 13-12-1950 tarihinde karar verdiği ve İzmir Valiliğinin Baş Kanun Sözcülüğüne 27-12-1950 tarihinde kaydını yaptırdığı dilekçe ile müracaatta bulunduğu görülmekle vazife konusunun kanuni süresi içinde vukubulduğuna ve şekline de uygun olduğuna karar verildikten sonra Uyuşmazlık Mahkemesinin 19-2-1951 günlü oturumunda gereği konuşulup düşünüldü :

Anayasa ile kabul edilmiş olan idarî yargının faaliyet sahası 3546 sayılı Danıştay Kanunu ile tâyin edilmiştir. Bu kanunun 23 üncü maddesi esas itibariyle bütün idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların doğrudan doğruya ve kat'i surette Danıştay dâva dairelerinde rüyet ve hal olunacağını âmirdir. Bu kaidenin istisnası yani idari fiil ve karara mümas olan hallerde dahi adalet mahkemelerinin bakacağı işler ancak kanunlarla tasrih edilenlerden ibarettir.

Hâdisede de gerek dâvacının oğlu maktul Yusuf'un ve gerek katil fiilini işleyen Yüzbaşı Mehmet Piştar'ın askerî hizmetle vazifeli bulundukları sırada ika edilen bir zararın tazmini meselesinde aklî malûliyeti suçun vukuundan evvel muhtelif vesilelerle beliren yüzbaşı Mehmet Pişdarı vazife başında tutmakla idarenin kusurlu hareket etmiş olup olmadığının tetkiki bahis konusu olup bu bakımdan idare hukuku esaslarına tevfikan rüyet ve halledilmesi gereken dâva idari yargı yerinin görevine girmektedir.

İcra ve iflâs ve tapu işlerinde olduğu gibi idarenin mesulünbilmal tutulacağı halleri kanunlar tahdidi olarak tasrih ve tadat etmişlerdir. Bu itibarla idarenin hâdisede hususi hukuk hükümlerine tevfikan mesulünbilmal sıfatiyle adalet mahkemesine davet edilmesi caiz değildir. İdare bu konuda ancak hizmet kusuru sebebiyle muhakeme edilebilir. Hizmetin kusurlu işleyip işlemediğini tetkik ve münakaşa edecek merci ise idari yargı yeridir.

Yukarıda yazılı sebep ve mülâhazalara binaen idare aleyhine açılan işbu tazminat dâvasının idari yargı yerinde tetkiki gerektiğinden adalet mahkemesinin vazifeli olduğuna dair bahis konusu kararının kaldırılmasına 19-2-1951 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Vazifesi başında Asteğmen Yusuf'u, nöbetçi zabiti Yüzbaşı Mehmed Pişdar'ın tabanca ile öldürmesi vazife ile ilgili bulunmamasına göre Adlî

Tıp Meclisi raporiyle istihdama elverişli olmıyan Yüzbaşı Mehmet Pişdar'ı istihdam edenler aleyhlerine açılan tazminat dâvasının sebebi hususi hukuk şümulüne giren bir olaydır.

Bakılması, görevli bulunan adalet mahkemelerine ait ve râcidir. Bu sebeple ekseriyetin kararına muhalifiz.

Y. K. F. Y

Belediye dairesinin, Belediye Kanununun 114 üncü maddesine istinaden bir meblâğ tahsil etmesi idari bir tasarruf teşkil ettiği gibi bu tasarrufun iptali üzerine bu tasarrufla hakkı ihlâl edilmiş olan dâvacının iade talebinden doğan ihtilâfın da idare hukuku sahasına girdiğinden halli idari yargı yerinin görevi dâhilinde ve adalet mahkemelerinin vazifesi dışında bulunduğu.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1950/10 — Karar : 1950/10

La Fonsiyer Yangın Anonim Sigorta Şirketi vekilleri Avukat Sait Rıza Sevsay ve Fahreddin Kalemcioğlu taraflarından İstanbul Belediyesi aleyhine İstanbul Asliye Birinci Hukuk Mahkemesinde açılan dâvanın görülmesi sırasında dâva edilen vekili tarafından ileri sürülen vazifesizlik savunmasının mahkemece reddine karar verilmesi üzerine İstanbul Valiliğinin tahkiki ile uyuşmazlık ihtasını tazammun eden Baş Kanun Sözcülüğünün 24-3-1951 günlü yazısı ;

Belediye Kanununun 114 üncü maddesi gereğince belediyenin sigorta şirketlerini itfaiye vesaitinin ancak idamesi masraflarına iştirak ettirmeğe hakkı olduğu halde İstanbul Belediyesi mezkûr vesaitin yenilenmesi için müvekkili şirketten 62711 lira 47 kuruş itfaiye resmi tarh ve tahsil etmesi üzerine müvekkilinin müracaatına binaen Danıştayca Belediye kararı ref ve iptal olunduğu cihetle şirketten tahsil edilen mezkûr yenileme masrafının iadesi isteğini taşıyan dâva dilekçesi ;

Dâva edilen vekilinin; iki taraf arasında hususi hukuku ilgilendiren bir münasebet bulunmadığından dâvanın tetkiki adalet mahkemesinin görevi dışında kaldığına dair lâyihası ;

Dâvanın mevzuu haksız iktisap edilen müddeabih meblâğın istirdadı talebinden ibaret olmasına göre dâvanın görülmesi adli kaza mercilerine ait olduğundan dâva edilen vekilinin vazifesizlik savunmasının reddine dair mahkemenin ara kararı ;

Ve dosyadaki diğer kâğıtlar okunup Baş Kanun Sözcüsünün (hukuka hürmet etmek lüzumu ile âmme idareleri kaza makamlarından sadır olan kararların icaplarını yerine getirmeye çalışmalıdırlar Böyle bir iptal ka-

rariyle temeli tahribedilen kararlara uyarak yapılmış muameleleri ortadan kaldırmalı, hâdisemizde olduğu gibi bir para tahsil edilmiş ise bu parayı sahibine iade eylemelidirler. Fakat çeşitli sebepler altında bu muamelelerin ortadan kalkması, tahsil edilmiş paraların iadesi için dâva açmak mecburiyeti hâsıl olursa bu dâvayı hangi merci rüyet edecektir? Umumiyetle dâvalara bakacak kaza mercilerini, mevzuatımıza hâkim olan prensiplere nazaran, dâvaya yol açan münasebetin mahiyeti tâyin eder Bu esasa göre ihtilâfın hangi nevi münasebetten doğduğunu araştırmak lâzım gelir. Bu araştırmada Belediye Kanununun 114 üncü maddesinin tatbikatı ile karşılaşırız. Şu hal ihtilâfın idare hukuku hükümlerinden neş'et ettiğini bize göstermeye kâfidir.

Bu izahat adliye mahkemesi tarafından kendisi bu dâvaya rüyete vazifeli olduğuna dair ittihaz edilen kararın, âmme hukuku hususi hukuk taksimine göre, hatalı olduğunu kâfi derecede tâyin eylemektedir.

Bu mülâhaza ile vazife konusunun yüksek mahkemece incelenmesini rica ederim) mealindeki mütalâası dinlenildikten ve uyuşmazlık mahkemesine baş vurmanın kanunda yazılı süre ve şekillerine uygun olarak yapıldığı anlaşıldıktan sonra uyuşmazlık mahkemesinin 19-4 1951 günlü oturumunda gereği konuşulup düşünüldü :

İstanbul Belediyesinin dâvacıdan Belediye Kanununun 114 üncü maddesine istinaden bir meblâğ tahsil etmesi idari bir tasarruf teşkil ettiği gi-gi bu tasarrufun iptali üzerine bu tasarrufla hakkı ihlâl edilmiş olan dâvacının iade talebinden doğan ihtilâfın da idare hukuku sahasına girdiğinde şüphe edilemez.

Bu kabil ihtilâfları rüyet ve halletmeğe görevli merci ise, 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin (A) bendi gereğince, Danıştaydır. Bu sebeple bu dâvaya bakmak adalet mahkemesinin vazifesi dışında olduğundan mahkemenin vazifeli olduğuna dair kararının kaldırılmasına 19-4-1951 gününde çoklukla karar verildi.

Haklı bir sebep olmaksızın belediyece alındığı Danıştay kararı ile hükmen sübut bulan bir paranın istirdadı istemi hususi hukuk şümulüne giren bir olaydır. İstirdadı istenen paranın vergi olarak alınmış olması işin mahiyetine müessir olamıyacağına binaen dâvaya bakmağa adalet mahkemeleri görevlidir. Bu sebeple ekseriyetin kararına muhalifiz.

Y. K. F. Y.

Belediye dairesinin, Belediye Kanununun 114 üncü maddesine istinaden bir meblâğ tahsil etmesi idari bir tasarruf teşkil ettiği gibi bu tasarrufun iptalili üzerine bu tasarrufla hakkı ihlâl edilmiş olan dâvacının iade talebinden doğann ihtilâfın da idare hukuku sahasına girdiğinden halli idari yargı yerinin görevi dâhilinde ve adalet mahkemelerinin dışında bulunduğu.

Uyuşmazlık Mahkemesi
Esas : 1951/11 — Karar : 1951/11

Şark Yangın Anonim Sigorta Şirketi vekilleri Avukat Sait Rıza Sevsay ve Fahreddin Kalemcioğlu taraflarından İstanbul Belediyesi aleyhine İstanbul Asliye Birinci Hukuk mahkemesinde açılan dâvanın görülmesi sırasında dâva edilen vekili tarafından ileri sürülen vazifesizlik savunmasının mahkemece reddine karar verilmesi üzerine İstanbul Valiliğinin tahriki ile uyuşmazlık ihdasını tazammun eden Baş Kanun Sözcülüğünün 24-3-1951 günlü yazısı ;

Belediye Kanununun 114 üncü maddesi gereğince Belediyenin Sigorta Şirketlerini itfaiye vesaitinin ancak idamesi masraflarına iştirak ettirmeğe hakkı olduğu halde İstanbul Belediyesi mezkûr vesaitin yenilenmesi için müvekkili şirketten 62711 lira 47 kuruş itfaiye resmi tarh ve tahsil etmesi üzerine müvekkilinin müracaatına binaen Danıştayca Belediye kararı ref ve iptal olunduğu cihetle şirketten tahsil edilen mezkûr yenileme masrafının iadesi isteğini taşıyan dâva dilekçesi;

Dâva edilen vekilinin, iki taraf arasında hususi hukuku ilgilendiren bir münasebet bulunmadığından dâvanın tetkiki Adalet mahkemesinin görevi dışında kaldığına dair lâyihası ;

Dâvanın mevzu haksız iktisabedilen müddeabih memlâğın istirdadı talebinden ibaret olmasına göre dâvanın görülmesi adli kaza mercilerine ait olduğundan dâva edilen vekilinin vazifesizlik savunmasının reddine dair mahkemenin ara kararı ;

Ve dosyadaki diğer kâğıtlar okunup Başkanun Sözcüsünün (hukuka hürmet etmek lüzumu ile âmme idareleri kaza makamlarından sadır olan kararların icaplarını yerine getirmeğe çalışmalıdırlar. Böyle bir iptal kararı ile temeli tahrip edilen kararlara uyarak yapılmış muameleleri ortadan kaldırmalı, hâdisemizde olduğu gibi bir para tahsil edilmiş ise bu parayı sahibine iade eylemelidirler. Fakat çeşitli sebepler altında bu muamelelerin ortadan kalkması, tahsil edilmiş paraların iadesi için dâva açmak mecburiyeti hasıl olursa bu dâvayı hangi merci rüyet edecektir? Umumiyetle dâvalara bakacak kaza mercilerini, mevzuatımıza hâkim olan prensiplere nazaran, dâvaya yol açan münasebetin mahiyeti tâyin eder. Bu esasa göre ihtilâfın hangi nevi münasebetten doğduğunu araştırmak lâzımgelir. Bu araştırmada Belediye Kanununun 114 üncü maddesinin tat-

lbikatı ile karşılaşırız. Şu hal ihtilâfın idare hukuku hükümlerinden neşet ettiğini bize göstermeye kâfidir.

Bu izahat adliye mahkemesi tarafından kendisi bu dâvayı rüyete vazifeli olduğuna dair ittihaz edilen kararın, âmme hukuku hususi hukuk taksimine göre, hatalı olduğunu kâfi derecede tâyin eylemektedir.

Bu mülâhaza ile vazife konusunun yüksek mahkemece incelenmesini rica ederim) meâlindeki mütalâası dinlenildikten ve uyuşmazlık mahkemesine baş vurmanın kanunda yazılı süre ve şekillerine uygun olarak yapıldığı anlaşıldıktan sonra uyuşmazlık mahkemesinin 19-4-1951 günlü oturumunda gereği konuşulup düşünüldü :

İstanbul Belediyesinin dâvacıdan Belediye Kanununun 114 üncü maddesine istinaden bir meblâğ tahsil etmesi idarî bir tasarruf teşkil ettiği gibi bu tasarrufun iptali üzerine bu tasarrufla hakkı ihlâl edilmiş olan dâvacının iade talebinden doğan ihtilâfın da idare hukuku sahasına girdiğinde şüphe edilemez. Bu kabil ihtilâfları rüyet ve halletmeğe görevli merci ise; 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin (A) bendi gereğince, Danıştaydır. Bu sebeple bu dâvaya bakmak Adalet mahkemesinin vazifesi dışında olduğundan mahkemenin vazifeli olduğuna dair kararının kaldırılmasına 19-4-1951 gününde çoklukla karar verildi.

Haklı bir sebep olmaksızın Belediyece alındığı Danıştay kararı ile hükmen sübut bulan bir paranın istirdadı istemi hususi hukuk şümulüne giren bir olaydır. İstirdadı istenen paranın vergi olarak alınmış olması işin mahiyetine müessir olamıyacağına binaen dâvaya bakmağa Adalet mahkemeleri görevlidir. Bu sebeple ekseriyetin kararına muhalifiz.

Y. K. F. Y.

Adalet Bakanlığından :

Yargıç ve Savcılarla Yardımlarının bir yükselme süresinde gördükleri işlerle verdikleri kararlardan Yargıtaya intikal eylemiş olanlarının yapılan temyiz incelemesi sonunda verilen notlara bakılarak umumi seviye derecesine göre bir sene evvelki durum muvacehesinde yükselme için konulmuş bulunan esas hadlerle prensiplerin değiştirilmesini gerekli kılacak mahiyette olmadığı görüldüğünden önümüzdeki sene için aşağıdaki hususların yürürlüğüne Ayırma Meclisi Genel Kurulunca 26-3-1952 tarihinde çoğunlukla karar verilmiştir

Şöyle ki :

1 — Bir Yargıç ve Savcının bir yükselme süresi içinde Yargıtayca incelenmiş karar ve lâyihalarından aldığı notların % 40 ının iyi veya çok iyi olması ve zayıf not miktarının umum not yekûnuna nazaran % 10 u geçmemesi şarttır.

2 — Aldığı notların iyi veya çok iyi sayısı % 70 i bulanlar tercihan yükseltilirler.

Tercihan yükselmede en aşağı 40 karar veya işlemin Yargıtaya gelmiş ve incelenmiş bulunması gereklidir.

Yargıtaya 40 işi gelmemiş olanların, ehliyelterini ispat için gönderecekleri kararlar veya diğer vesikalarla ilmî ve meslekî kudret ve kabiliyetleri anlaşıldığı ve Kurulca buna kanaat edildiği takdirde tercihan yükseltilmelerine karar verilebilir.

3 — Aldığı notların içinde zayıf olmamak şartiyle iyi ve çok iyi not sayısı % 90 ı bulanların mümtazen yükseltilmeleri mümkündür.

Mümtaz yükselmede de 40 karar ve işlemin Yargıtaya gelmiş ve incelenmiş bulunması lâzımdır.

4 — Ayırma Kurulunun incelemeye tâbi tutacağı notlar,

Adalet Bakanlığınca yükselmelerine engel olmayan ve yükselme sürelerini dolduran Yardımcı, Yargıç, Savcı ve bu sınıftakiler hakkındaki listenin tanzim edildiği tarihe tekaddüm eden iki yıl içinde alınan notlardır.

Adalet Dergisine abone olma ve kitap alma şartları

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

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

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

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

d) Kitap ve dergiler ayrıca posta ücreti istenilmeksizin Bakanlık 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 geri verilmez. Dergideki yazılardan öne sürülen düşünce ve inanlar yazarların düşünce ve inanlarıdır.*

745

3--5-1952

746