

ADLİYE VEKÂLETİ TARAFINDAN ÇIKARILIR

X

ADALET DERGİSİ



YIL : 47



SAYI : 8

A N K A R A
Yeni Cezaevi Matbaası

1 9 5 6

103

ADALET DERGİSİ

Yıllık Abonesi : 18 lira, Beher Sayısı : 1,5 liradır.

ADALET DERGİSİNÉ ABONE OLMA VE KİTAP ALMA ŞARTLARI

Adalet Dergisine abone olmak ve Adliye Vekâleti tarafından bastırılan kitaplardan satın elmak isteyenler :

- a) Neşriyat Müdürlüğüne bir mektupla adreslerini ve abone veya kitap isteklerini bildireceklerdir.
- b) Kitap veya abone bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracıklar ve karşılığında alacakları hasılatı mütekerrika makbuzunu ya mektuplarına bağlı olarak, yahut da oturdukları yer C. Müddeiumumiliğine teslim edeceklerdir.
- c) C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitap veya aboneyi ve alıcının adresile Adliye Vekâletine gönderecektir.
- d) Kitap ve dergiler ayrıca posta ücreti istenilmeksızın Vekâlet Neşriyat Müdürlüğü yazısı üzerine Ayniyat Ambar Memurluğunda alıcının adresine yollanacaktır.
- e) Adalet Dergisinin kapağında gösterilen kitaplardan başkasını almak isteyenlerin o kitabın mevcudu olup olmadığını daha önce Neşriyat Müdürlüğünden sormaları ve ona göre istemeleri lazımdır.

Dergiye konulması istenilen yazılar, kâğıtların birer yüzüne seyrekçe satırlarla ve daktilo ile yazılmış ve bir mektuba ilistirilmiş olarak doğrudan doğruya Vekâlete gönderilmelidir. Yazıların Dergiye konulup konulmayacağı bildirilmez ve konulsun, konulmasın yazılar geri verilmez. Yazılardaki tıkit ve kanaatler yazı sahiplerinin tıkit ve kanaatleridir.

101

-7. Kasım 1956

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıllı : 47

Agustos: 1956

Sayı : 8

İÇİNDEKİLER

Incelemeler:

Sahife

Ali Naim İnan Erkek - Kadın Hukuki Müsavatı 799—835

Volf Černis Şuf'a hakkını akım bırakmağa mâtuf bir teşebbüs olarak Gabin dâvası 836—871

Ali Arcak Türk Ceza Kanununun 434 üncü mad- desinin şümülü ve tekerrür meselesi 872—887

Tahir Kanık Menkul mülkiyetinin iktisap olarak Lü- gata 888—898

Kâzım Dereli Yeni Eserler 899—905

TEMYİZ MAHKEMESİ HUKUK KARARLARI 906—915

TEMYİZ MAHKEMESİ CEZA KARARLARI 916—929

105

Davalı Meşveret

-5 Nisan 1909

ADALTEKMAZLIK İSTİHBERİ

ADALTEKMAZLIK İSTİHBERİ

DERGİSİ

a) Meşveretin adı ve idare etmekle vazifeli olan kişi adı
belirtilmesi.

b) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

c) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

d) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

e) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

f) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

g) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

h) İstihberatın tarih ve konusundan bahsedilmesi.

6026 sayılı kanun gereğince idare etmekle vazifeli olan:

Adliye Vekâleti Neşriyat Müdürü Vekili

KÂZIM DERELİ

106

106

008

ERKEK - KADIN HUKUKİ MÜSAVATI ALMAN AİLE
HUKUKUNDA NE GİBİ DEĞİŞİKLİKLER YAPACAK

VE

BU DEĞİŞİKLİRİ İÇİNÉ ALAN 2 nci KANUN
TASARISININ HÜKÜMLERİ (*)

Yazar :

Dr. Jur. Ali Naim İNAN

“Bonn Esas Teşkilât” Kanunu diye anılan Federal Almanya Cumhuriyetinin — Bundesrepublik Deutschland — Esas Teşkilât Kanununun (!) üçüncü maddesinin ikinci fikrası :

“Erkekler ve kadınlar müsavi haklara mâliktirler” dedikten sonra bu maddenin tatlaklı alâkalı aynı kanunun 117 nci geçici mad. 1 inci fikrasında şu hükmü ihtiya eder :

“Bu kanunun 3 üncü maddesinin, 2 nci fikrasına aykırı haklar, Esas Teşkilât Kanununun bu maddesine uygun olarak tanzim edilinceye kadar yürürlükte kalırlar; bununla beraber bu yürürlük müddeti 31 Mart 1953 den daha uzun değildir.”

Bonn Esas Teşkilât Kanununun 117 nci maddesinin 1 inci fikrasına göre; 31 Mart 1953 tarihinden itibaren, aynı kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fikrasında hükme bağlanmış olan “erkekler ve kadınlar müsavi haklara mâliktirler” kaidesine aykırı bütün kanun maddeleri hükümlerini kaybetmektedir.

(*) Kısalmalar : bak. : bakınız; BGB. : Alman Medenî Kanunu; ve dev. : ve devamındaki sahifeler (veya maddeler); Bd. : Cilt; bş. y. b. e. : başka yerde belirtilen eser (veya eseri); fik. : fikra; İSMK. : İsviçre Medenî Kanunu; Mad. : madde; muk. : mukayese ediniz; Say. : sahife; TMK. : Türk Medenî Kanunu.

(1) Bonn Esas Teşkilât Kanunu 23 Mayıs 1949 da yürürlüğe girmiştir.

Tabiidir ki, Alman kanun vazisi hangi maddelerin yürürlükten kalktığını ve hangilerinin bunların yerine kaim olacağını bildirecektir (2). Fakat bu zor vazifenin yerine getirilmesi uzun zamana ihtiyaç göstermektedir. Bu sebeple Alman mahkemeleri carî kaideler kanun vazisi tarafından tâyin edilinceye kadar oldukça zor bazı hukuki meselelerinin halledilmesi vazifesile karşılaşmaktadır.

Biz bu çalışmamızda, Alman Bonn Esas Teşkilât Kanununun 117 nci maddesi ile 31 Mart 1953 tarihinden itibaren yine aynı kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında hükme bağlanmış olan ve kısaca "erkek - kadın müsavatı" diye anılan kaidenin Alman Medeni Kanununda ve bilhassa aile hukuku kısmında hangi kaideleri bertaraf edeceğini inceleyeceğiz. Yalnız bu incelemeye başlamadan evvel erkek - kadın müsavatı prensibinin mahiyeti bakımından mutlak olup olmadığını ve Alman Aile Hukuku reformunun tarihçesini kısaca incelemeyi de faydalı bulmaktayız.

(2) Bu çalışmalardan olarak hükümet tarafından hazırlanan kanun tasarısı 23 Ekim 1952 tarihinde parlâmentoya getirilmişse de, bu teklif parlâmentodan çıkmamıştır (bkz. Aile hukukunun maddelerinin birleştirilmesi ve değiştirilmesi hakkındaki 9 Temmuz 1955 tarihli kanun tasarısının esbab-i - mucibe läyihesi say. 11). Bu ilk tasarı Bundestagsdrucksache Nr. 3802 der 1. Wahlperiode'da neşredilmiştir. 29 Ocak 1954 de ikinci bir kanun tasarısı ve buna ek tasarı 9 Temmuz 1955 de parlâmentoya hükümet tarafından arzedilmiştir. İkinci kanun tasarıyle, Alman Medeni Kanununda — Das Bürgerliche Gesetzbuch — BGB, — aşağı yukarı 165; Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda - Zivilprozessesordnung — ZPO. — 14 ve bir iki başka kanunda da bazı maddelerinin değiştirilmesi veya yeni maddeler ilâvesi teklif edilmiştir. İkinci tasarı Bundestagsdrucksache Nr. 224 der 2. Wahlperiode ve buna ek tasarı Bundestagsdrucksache Nr. 1586 der 2. Wahlperiode'da neşredilmiştir.

I. Erkek - Kadın müsavatının mânası

ve

haklara bağıtılı. Mesela mutlakiyet derecesi

haklar (3), eşlenme (4), evlilik (5), hizmet (6), hizmet (7), eylem (8), Bösch (9)

Tabîî hukuk nazariyesinin "insanlar yaradılıştan birbirlerine müsavidirler" (3) şeklinde formüle edilmiş hukukî müsavat fikriyle erkekler gibi kadınlara da her sahada ve bilhassa siyasi, tâhsil, mëslekî ve aile hayatında müsavi haklar tanımması fikri doğmağa başladı. Fransız ihtiîâlı bu fikri kuvvetlendirmişse de, bilhassa 19 uncu asrm ikinci yarısından sonra görülen iktisadi ve teknik ilerlemeye uygun olarak kadınlara da erkekler gibi müsavi haklar tanımak fikri tekâmül ettirilmeğe başlamıştır.

Hâkim olan nazariyenin kabul ettiğine göre; umumî olarak, müsavat ve daha doğru bir tâbirle müsavi hak ve mükellefiyetlere sahip olmak, mevzuatta, teşmiyede (idarede) ve kazaî içtihatlarda aynı hâdiselere aynı muamelelerinin tatbiki mecburiyetini ifade eder. Eğer kanun vâzû bu umumî prensip yanında, "erkekler ve kadınlar müsavi haklara mâliktirler" şeklinde hususî bir kaide vazetmişse, cinsiyetlerin tabîî olan ayrılığı, artık hukuk bakımından ayrı hâdiseler şeklinde krymetlendirilmemelidirler. Bununla beraber erkek - kadın müsavatı üzerine yazılmış

(3) Muk. De la Barre; *De l'égalite des deux sexes*. Paris 1690. Max Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1928), say. 29 da zikredilen "insanlar yaradılıştan müsavidirler" fikrini ilk defa 1721 de Wolff'da görmüş olduğunu kabul etmesi, yanlış olmaz. (Bu eserler Beitzke: *Die Gleichberechtigung der Geschlechter u. das Bonner Grundgesetz*, Tübingen 1950 say. 10, not 4 den nakledilmiştir.)

literatürün (4) tatkıkında, aşağıda inceliyeceğimiz hususların bu müsavatı tahdit ettiği, yani mutlak bir erkek - kadın müsavatı kabul edilemeyeceği neticesine varılmaktadır.

Erkek - kadın müsavatı mutlakiyetinin tahditleri :

1 — Erkek ve kadın cinslerinin psikolojik ve fizikî ayrılıklarından doğan tahditler,

2 — Erkek ve kadın cinslerinin faaliyet sahalarının ayrılığından doğan tahditler,

3 — Esas Teşkilât Kanununda bulunan kaidelerden doğan tahditler olarak tatkık edilmektedir.

1 — Erkek ve kadın cinslerinin psikolojik ve fizikî ayrılıklarının hukuki normlarmın tanziminde nazarı itibare alması inkâr edilemez bir hâkattır. Zaten bu nevi tahditler kadın haklarıyle alâkalı bulunmaktadır.

(4) Erkek - kadın müsavatı üzerine, bilhassa son senelerde Almanya'da sayısız eserler, monografiler ve makaleler yazılmıştır. Biz burada bu eserlerden daha ziyade Alman Medenî Hukukuna ve bilhassa aile hukukuna ait olanlardan bazılarını bildirmesi uygun buluyoruz. E. Scheffler und E. Ulmer, *Die Gleichberechtigung der Frau*, in *Verhandlung des 38. deutschen juristischen Tages*, Tübingen 1951; G. Beitzke und K. Hübner, *Die Gleichberechtigung von Mann u. Frau*, in *bei Heftz. deutschen Rechts - Zeitschrift*, Nr. 14, Tübingen 1950; Dr. F. W. Bosch, *Familienrechtsreform Siegburg* 1952; aynı müelliş *Gleichberechtigung in Bereich der Elterlichen Gewalt*, in *Süddeutsche Juristen Zeitung* 1950; G. Bohmer, *die Gleichberechtigung der Frau im Erbrecht*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1950; K. A. Bettermann, *der Grundsatz von Gleichberechtigung der Geschlechter u. das geltende Familienrecht*. Diğer literatür için ve bilhassa erkek - kadın müsavat prensibini umumî olarak ve âmme hukukundaki tesislerini tatkık eden literatür için E. Scheffler'in (bş. y. b. e.) 38inci hukukçular kongresindeki tebliğinin say. 7, not 1, say. 12, not 1, say. 21, not 3; ve Beitzke'nin bş. y. b. e. say. 10, not 4 - 6, say. 16, not 33 ve say. 27 ve devrin dip notlarına bakılması tavsiye olunur.

dırlar. Bu sebepten, hak ve mükellefiyetlerdeki farklara, eğer bunlar cinsiyetlerin psikolojik ayrılıklarından doğrudan doğruya doğuyorsa müsaade edilir. Kanun koyucu da bu yoldan hareket ediyor ve bu hususlar kaideye bağlıyor. Meselâ : Erkek - kadın arasındaki evlenme yaşındaki farklar (5), evlenme mânî olarak kadının bekleme müddeti (6).

2 — İlkinci nevi ve bilhassa Mitteis (7), Creifeds (8), Bosch (9), Beitzke - Hübner (10) adlı müellifler tarafından savunulan tahditler erkek - kadın cinslerinin faaliyet sahalarının veya organik yapılarının aylılığından doğmaktadır. Meselâ, tecrübeler göstermiştir ki hiç bir kadın lokomotif ateşçisi olarak çalışmamaktadır. Müsavat fikri esas itibarıyle SUUMCUİQUE, herkese kendisine ait olanı vermelî, fikrinden doğmaktadır. Bu sebeple müsavat prensibinin esasına rağmen erkekler için bazı imkânlar muhafaza edilebileceği gibi kadınlar için de bazı koruyucu kaideler vazedilebilir. Meselâ : Anaları Koruma Kanunu, endüstride çalışma saatlerinin kadınlar için daha az olması veya gece çalışmasının kadınlar için yasak edilmesi gibi.

3 — Üçüncü nevi tahditler ise Esas Teşkilât Kanunundan doğmaktadır. Bonn Esas Teşkilât Kanununun 6 ncı maddesi :

“Evlilik ve aile devlet nizamının hususî muhafazası altında bulundurulur”.

kaidesini ihtiva ediyor. Burada an'anevî bir kazancın ailede ve evlilikte

(5) Almanya'da : Erkek 21, kadın 16; İsviçre'de : Erkek 20, kadın 18; İsviçre : Erkek 21, kadın 18; Finlândiya'da : Her ikisi de 21; İngiltere'de : Her ikisi de 16, yalnız 21 yaşına kadar velinin muvafakatı şarttır.

(6) Alman Evlilik Kanunu — EheG. — mad. 8 göre 10 ay, TMK. mad. 95 ve İSMK mad. 105 göre 300 gün.

(7) H. Mitteis, die Anpassung des Familienrecht an das Bonner Grundgesetz, in Süddeutsche Juristen Zeitung 1950 Sp. 241 ve dev.

(8) Greifeds, die Gleichberechtigung im Deutschen Recht, in juristischeristische Rundschau 1950, say. 449 ve dev.

(9) F. W. Bosch, die Gleichberechtigung der Elterlichen Gewalt bş. y. b. e'de 1950 Sp. 625 ve dev.

(10) G. Beitzke - K. Hübner, bş. y.b. e. say. 19 ve say. 45 ve dev.

garanti edildiği müşahede edilmektedir. Bilhassa kilise taraftarları bu esas üzerinden hareket etmektedirler.

Netice olarak denilebilir ki, erkek - kadın hukuki müsavatının yu-
karıda tetkik ettiğimiz cinsiyetlerin psikolojik, fizikî ve organik yapılaşları
dolayısıyle bazı faaliyet sahalarının ayrılımasındaki ve Esas Teşkilât Ka-
nununun tanıdığı evlilik ve aile müessesesini koruyucu tahditleri içinde
anlaşılması lâzımgelmektedir, yani bu esaslara dayanarak konulan kai-
deler erkek - kadın hukuki müsavatı ile bağdaşmaktadır (11).

II. Alman Aile Hukuku Reformunun Tarihçesine Kısa Bir Bakış

Erkek - kadın müsavatı prensibinin tekâmülü neticesi olarak birçok
memleketlerde son on yıl içinde aile ve evlenme hukukları yeniden tan-
zim edilmiştir. Medenî Hukuk işlerini federasyonlarla bırakması ve yıl
beyîl erkek - kadın müsavatı prensibine gereken ehemmiyeti vermesi
hasebiyle Amerika Birleşik Devletlerinde kanun koyucunun faaliyeti
ehemmiyetli ve alâka cezbedici mahiyettedir. Erkek ve kadınların müsavi
haklara sahip olması prensibi bilhassa şimal memleketlerinde tekâmül
ettirilmiştir. İsveç'te 1/1/1950 de yürürlüğe giren evlilik kanunda ve ana-
babâ hukukunda erkek - kadın hukuki müsavatı prensibini titizlikle na-
zarı itibâra alınmıştır (12).

Almanya'da, Aile Hukuku; 1900 senesinde yürürlüğe giren Alman
Medenî Kanununun — B G B. — 4 üncü kitabı olarak tanzim edilmiş-
tir. Aile Hukuku kaideleri zaten o tarihte eskimiş bir vaziyette idi. Bu
sebepledir ki, yalnız reform taraftarı August BEBEL tarafından değil,

(11) Bayan E. Scheffler (bş. y. b. e. say. 5 ve 6), 38inci Hukuk-
çular Kongresinin 15 Eylül 1950 tarihli oturumundaki tebliğinde bütün
bu tahditleri reddediyor.

(12) E. Scheffler, bş. y. b. e. say. 23 ve E. Ulmer bş. y. b. e.
ikinci kısmı say. 31.

aynı zamanda muhafazakâr Freiherrn V. Sturm - HALBERG tarafından da parlâmentoda lüzumlu, haklı ve sert tenkitlere uğramıştır (15).

1953 yani Nazizm devrinden evvel Aile Hukuku reformu için sayısız teklifler yapılmıştır. Hattâ, Hukukçular Kongresi 1924 de Heidelberg deki 33 üncü toplantımda ve 1931 de Lübeck'teki 36 nci toplantımda iki reform teklifiyle yakından meşgul olmuştur (14).

1933 - 1945 arasında hersey gibi, Aile Hukukunda da yapılması arzulanan reformlar da susmuşlardır. Yalnız, 6/VII/1938 de yürürlüğe giren Evlilik Kanunuyla — Ehegesetz —, Medenî Kanundaki evlenme ve boşanma hükümleri Nasyonal Sosyalist İdee'sine uygun olarak yeniden tanzim edilmiştir.

1945 denberi Aile Hukukunda reform meselesi yeniden ele alınmış, birçok hukukçular; Üniversite hocaları ve partiler tarafından muhtelif kanun tasarıları hazırlanmış ve sayısız makaleler, monografiler ve eserler meydana getirilmiştir (15).

1/III/1946 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik Kanunu ile yeni kaideler tanzim etmekten ziyade, 6/VII/1958 tarihli Evlilik Kanunundan nasyonal sosyalist fikirlerin bertaraf edilmesiyle meydana getirilmiştir. 25 Mayıs 1949 tarihinde BONN Esas Teşkilat Kanunu yürürlüğe girince artık "erkek - kadın müsavatı" bu kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyle kuvveden fiile çıkarılmıştır.

(15) E. Scheffler, bş. y. b. e. say. 23.

(14) E. Ulmer, bş. y. b. e. say. 31.

(15) Bak. Bu yazının dip notu Nr. 2 ve 4.

*III. Alman Medenî Kanununda — B G B. — ve bilhassa
Aile Hukukunda “erkek - kadın müsavatı prensibine”
uygun olarak yapılması beklenen değişiklikler ve
bu hususta hazırlanan 2 nci kanun tasartısının hükümleri*

A. EVLENMENİN UMUMİ HÜKÜMLERİ

I. Evlilik Birliğinin Hukuki Durumu :

1. Karar verme hakkı (Birlik reisiği) :

51 Mart 1953 tarihine kadar Alman Medenî Hukukunda cari olan evlilik hayatını alâkadar eden bütün hususlarda evlilik birliğinin reisi olarak “koca karar verme hakkını haizdir” (mad. 1334 BGB.) kaidesi, bu tarihten itibaren, hükmünü kaybediyor. Çünkü bu kaide erkek - kadın müsavatı prensibinin esasına aykırı düşmektedir. Karı - koca, şimdi evlilik birliğinde esas olarak müsavi haklarla sahip ve müsavi vazifelerle mükelleftirler.

a — Müşterek karar verme hakkı :

Evlilik birliğinde, evliliğin tabiatından başka türlü anlaşılmadığı nisbetté; karı - koca, müşterek evlilik hayatını alâkadar eden hususları müşterekçe halletmek hakkına sahiptirler. Karı - koca tarafından halledilmesi lüzumlu ve müşterek hayatı alâkadar eden hususlarda fikir ayrılığının bulunması halinde, bâzı tekliflerde görüldüğü gibi, vesayet mahkemesi tarafından karar verilmesi ekseriya pratik bir netice vermiyeceği ve vesayet mahkemesinin böyle bir kararı karı - kocayı birbirine karşı yabancı durumuna düşürebileceği gibi, belki karı - kocayı boşanmağa dahi sürükleylebileceği müşahede eldidiğinden, evlilik birliğinin tabiatından doğan bir istisna olarak kocaya karar verme hakkının tanınması birçok tekliflerde daha çok uygun görülmüştür. Yalnız koca fikir ayrılığındaki katı kararında, karının fikrini nazarı itibare almalıdır. B G B.’nin 1334 mad. 2 nci fikrasındaki “kocanın kararı, hakkını kötüye kullanması”

W

şeklinde tecelli etmişse, bu kararın kadını bağlı tutmadığı kaidesi de değişmekte, onun yerine kocanın fikir ayrılığı hususundaki kararı aile menfaatına aykırı ise; karı bu kararla asla bağlı değildir, kaidesi getirilmektir.

2 nci kanun tasarısı bu hususta şu hükmü koymaktadır : Mad. 1354

“Karı - koca, müşterek evlilik hayatını alâkadar eden hususları karşılıklı bir anlayış içinde düzenlerler. Fikir ayrılığında, anlaşma yoluna varmayı tecrübe etmelidirler. Eğer anlaşmazlarsa, koca; karının fikrini nazarı itibare olarak karar verir. Kocanın bu kararı ailenin menfaatına aykırı ise, karı bu kararla bağlı değildir ”.

b — Ev idaresi :

Evlilik birliğinin tabiatından doğan istisnalardan biri de, ev idaresi ne taallûk eden hususlarda karar verme hakkının kadına ait olmasıdır. Bu kaide B G B' nin 1356 mad. 1 inci fıkrasında “kadın 1354 üncü maddedeki kaidelere zarar vermekszin müşterek ev idaresini yürütür ” şeklinde vizedilmiştir. 2 nci kanun tasarısı 1356 ncı mad. sinin 1 inci fık. 1 inci cümleinde bu kaideyi,

“karı ev idaresini kendi mesuliyeti altında yürütür ” şeklinde kaleme almıştır.

c — Karının Mesleği :

Erkek - kadın müsavatına uygun olarak karı bir meslekle iştigal edip etmeyeceğine dahi karar verebilir. Alman Medenî Kanununun 1358 inci maddesindeki; kocanın, karının bir meslekle iştigal etmemesini, Vesayet Mahkemesinin kendisini salâhiyetli kılmاسından sonra, ihbar hakkı kaidesi de hükmünü kaybetmektedir. Bu kaide 2 nci kanun tasarımda tamamen kaldırılmıştır. Yalnız aynı tasarıda kadının mesleki faaliyetiyle alâkalı olarak 1356 mad. nin 1 inci fık. sına şu cümle ilâve edilmiştir:

“evlilikte ve ailedeki mükellefiyetleriyle bağdaşmak şartıyla kadın bir meslekle iştigal etmeye salâhiyetlidir ”.

143

c — İkametgâh :

Alman Medenî Kanununun 10 uncu mad. sinde, karının ikametgâhı kocanın ikametgâhı olarak tanzim edilmiş ve bâzı şartlar altında ki, kocanın ikametgâhını yabancı bir memlekette veya herhangi bir yerde tesis etmesi halinde, karının onu takip etmemesi veya etmek mükellefiyetinde olmaması halinde, karı kendisine bir ikametgâh tesis edebiliyordu. Bu kaide ikinci kanun tasarısında "karı - koca beraber yaşadıkça 10 uncu mad. mânaşızdır. Çünkü yalnız hukukî olarak değil, aynı zamanda hakikatte de karı - koca aynı ikametgâha sahiptirler. Eğer karı - koca birbirinden ayrı yaşıyorlarsa, ancak o zaman 10 uncu mad. bir ifade kazanır (16)", esbabı mucibesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Görülüyorki, karı artık kanundan dolayı kocasının ikametgâhını paylaşamıyor ve bu sebepten erkek - kadın müsavatı prensibinin esasına uygun olarak tamamen serbest bir kararla karı, müşterek ikametgâhı feshedebileceği gibi, kendisine mahsus bir ikametgâhta tesis edebilir. Yalnız karının bu hareketi evliliğe aykırı ise, koca kariya karşı evlilik hayatının eski hale getirilmesi ve bundan başka muayyen müddetten sonra, terkten dolayı boşanmanın dâvası ikame edebilir.

d — Ailenin adı :

Erkek - kadın müsavatı prensibinin meydana getirdiği zorluklardan biri de ailenin adı meselesinde kendisi göstermektedir. Mademki, müsavat prensibi kabul edilmiştir, nişanlılar evlenme memuru önünde, hangi soyadının aile soyadı olacağına karar verebilmelidirler. Meselâ : Aile soyadı olarak,

1. Kocanın soyadını,
2. Karının soyadını,

(16) 2. nci kanun tasarısı esbabı mucibe lâyihast say. 28, Nr. 5
(bş. y. b. c.)

5. Karı - kocanın soyadını beraber olarak, kabul edebilirler (17). Fakat, nişanlıların evlenme memuru önünde aile soyadına karar vermeleri birçok karışıklıklar doğuracağı ve 38inci Hukukçular Kongresinde Avukat CURTIUS'un pek haklı olarak söylediğ gibi, "bir erkek sülhbundan gelme kimselerden büyükbabanının "Krause", oğlunun "Müller" ve torununun "Schultze" adlarında olması" (18) aile birliği düşünmesini tehlkeye düşürecegi fikriyle reddedilmektedir. Bu sebepten ikinci kanun tasarisında 1355 mad. aile adının kocanın adı olduğunu ve yalnız karı evlenme memuru önünde, kocanın soyadına kendi kızlık adını da alağığını beyan edebileceğini ve bu beyanın resmî olarak tasdik edilmesi zorluklarını kaideleştirmektedir.

e — Kadının evlilik birlliğini temsil salâhiyeti :

Alman Medenî Kanununda "Schlüsselgewalt" diye anılan kadının evlilik birlliğini temsil salâhiyetini düzenleyen 1357 nci mad. si yalnız kadına ev idaresiyle alâkalı hususlarda kocanın işlerini yoluna koymak we bu işlerde onu temsil etmek salâhiyetini tanıyor ve hâdiselerden başka türlü anlaşılmadığında, bu hukuki muamelelerin evin idaresiyle alâkalı olarak yapıldığından, kocanın adına yapılmış olduğunu kabul ediyor we kocayı bu bağlılıklardan dolayı mesul tutuyor. Aynı maddenin ikinci fikrasında, kocaya kadının bu salâhiyetini tahdit etmek veya kaldırıkmak hakkını ve kocanın bu hakkını kötüye kullanması halinde kadının Vasyet Mahkemesine müracaatla kocanın bu kararını, kaldırıtabilme salâhiyetini hükmeye bağlamakta idi

(17) Talebimiz üzerine Alman Adliye Vekâletinin hususî olarak gönderdiği, Hükûmet, Federasyon Meclisi, Frei Demokrat Partei — FDIP — ve Sosyal Demokrat Partei — SPD — kanun tekliflerini ihtiyaçeden teksir edilmiş brosüründe Sosyal Demokrat Parti her üç imkânı allenin soyadı için teklif etmiştir.

(18) Curtius, Verhandlung des 38. Deutschen Juristentag Teil B ssay. 74.

Erkek - kadın müsavatı prensibine uygun olarak artık yalnız kadımla değil, karı - kocadan herbiri aynı derecede ev idaresiyle alâkâlı hususlarda birliği temsile salâhiyetlidirler. Karı - kocadan birinin ev idaresinin icapları hususunda yaptığı muamelelerden dolayı, diğer tarafta haklarla sahip ve borçlarla mükellefler olmalıdır. Karı - kocadan biri diğerine karşı aynı derecede bu salâhiyeti tahdit edebileceği gibi, tamamen de kaldırılabilir. Karı - kocadan birinin bu hakkını kötüye kullanması halinde, bu kötüye kullanılan karar, taraflardan birinin müracaatı üzerine Vesayet Mahkemesi tarafından kaldırılabilir. 2 nci kanun tasarısı bu temsil salâhiyetini 1557 nci maddesinde şöyle hükme bağlıyor :

“ Karı - kocadan herbiri diğerinin ev idaresinin ihtiyaçlarından doğan hukuki muamelelerini yerine getirebilirler. Karı - kocadan birinin böyle bir muamelesi, hâdiselerden başka türlü, anlaşılmadığı halde, diğer tarafa da haklar ve borçlar doğurur; kocanın ödemeğe muktedir olduğunda, karı bağlılıklarının ifasından imtina edebilir.

Karı - kocadan herbiri diğerinin salâhiyetlerini tahdit ve kaldırılabilir. Üçüncü şahislara karı - kocadan birinin bu kararını 1568 inci maddenin ölçülerine — üçüncü şahısların bu kararını bilmesi lâzım geldiği hallerde ve mal rejimi siciline kayıtlı olduğu haller gibi. — tesir eder. Karı - kocadan biri bu salâhiyetini kötüye kullanırsa, diğer tarafın müracaatı ile Vesayet Mahkemesi tarafından tahdit kaldırılabilir veya salâhiyet tekrar iade edilir”.

Tasarımin bu maddesinde “ kocanın ödemeğe muktedir olduğu halde, karı bağlılıkların ifasından imtina edebilir ” kaidesi erkek - kadın müsavatına aykırı bulunduğu düşüncesiyle ekseri tenkitlere yol açabilecek mahiyettedir. 2 nci kanun tasarısı esbabı mucibesinde bu husus söyle izah edilmektedir : 2 nci kanun tasarısı mesuliyet meselelerinin kaideinde, karı - kocanın karşılıklı nafaka mükellefiyetlerini düzenleyen tasarımin 1560 inci maddesinin nazarı itibare alınması lâzım geldiğine inan-

maktadır. Bu maddeye göre, esas itibariyle koca mesleki faaliyetiyle, karı ev idaresini yürütmekle ailenin nafakasına iştirak ederler; böylece koca ilk plânda ev idaresinin yürütülmesi için gereken parayı emre âmade bulundurmakla mükelleftir. Bu sebepten dolayı koca ilk plânda ev idaresi borçlarından dolayı mesul tutulmalıdır ” (19).

2. Nafakaka mükellefiyeti :

Alman Medenî Kanununun kabul ettiği kaideye göre, her ne kadar karı ev işlerini yapmak ve evlenme masraflarını beraber taşımakla aile nafakasına iştirak ediyorsa da esas itibariyle koca kariya ve çocuklara karşı nafaka ile mükellef tutulmaktadır. B G B. nin 1360 maddesinde “umumî olarak nafaka mükellefiyeti”, 1361inci maddesinde “ayrı yaşama hâlinde nafaka mükellefiyeti” tanzim edilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu kaideler esas itibariyle kocayı nafaka ile mükellef tuttuğundan ve erkek - kadın müsavatı prensibine aykırı olduğundan yeniden tanzime gidilmiştir.

Nafaka mülkiyetini 2 nci kanun tasarısı aşağıdaki şekilde yeniden tanzim ediyor :

a --- Nafakaya şahsî say (veya kazançla) ve mamelekle iştirak :

2 nci kanun tasarımının 1360inci maddesine göre, karı - koca birbirlerine karşı say (veya kazançlarıyla) ve mamelekleriyle ailenin nafakasına münasip olarak iştirak etmekle mükelleftirler. Kadın çalışmasını, ailenin nafakasına, ev işlerini yürütmek suretiyle getirir. Kocanın çalışma kudreti ve kazancı ailenin nafakası için kâfi değilse ve mamelekinin asla istifade etmesi, aile münasebetlerine uygun düşmüyorsa, kadın bir meslekle iştigal etmek mecburiyetindedir.

(19) Esbabi mucibe lâyihast, bş. y. b. e. Nr. 5 say. 50.

b -- Münasip aile nafakasının muhtevası :

2 ncı kanun tasarışının 1560 mad.sinde tanzim edilen "münasip aile nafakası" neleri muhtevidir, kaidesi; Alman Medenî Kanununda kısmen tanzim edilmiş bulunuyor. Fakat bu kaide nafaka mükellefiyetinin buradaki dar manası altında değil, umumî nafaka mükellefiyeti olarak tanzim ediliyor. Meselâ : 1601 mad. ve dev. 2 ncı kanun tasarışının 1506 ncı maddesine göre, münasip aile nafakası, karı-koca münasebetlerine göre talep edilen bütün ev idaresi masraflarına iştirak ve karı - kocanın şahsi ve müstereken infak ve iaşe mükellefiyetinde oldukları çocukların hayatı ihtiyaçların yerine getirilmesini içine almaktadır. Nafaka evlilik icap ettirdiği şekilde eda edilir. Koca muayyen bir müddet için müsterek aile nafakasına karşılık kendisinin iştirak hissesini peşin olarak karısının emrine bulundurmakla mükelleftir.

Ayrı yaşamada nafaka :

2 ncı kanun tasarışında karı - kocanın ayrı yaşaması halinde de, nafaka mükellefiyeti; erkek-kadın müsavatı prensibine göre, karı - koca ayrı yaşıyorlarsa, hakkaniyete uygun olduğu nisbetté birbirlerinden nafaka talep edebilirler. Yalnız burada her şeyden evvel karı - kocayı ayrı yaşamağa sevkeden sebepler, karı-kocanın ihtiilaçları, mamelekleri ve meslekî faaliyetleri nazarı itibare alınır. Bundan başka tasarımın aynı maddesi 2 ve 3 üncü fıkralarda hangi hallerde nafaka talep edilemeyeceğini kaldırıyor. 1 inci fıkraya göre, her kimse çalışması veya mamelekiyle ki, ondan büyük fedakârlık yapmaksızın kendisini infak ve iaşe edebiliyorsa, nafaka talep edemez. Aynı fıkranın ikinci yarım cümlesi de kusuru ile ayrılığa sebep olan kocanın karrya karşı nafaka mükellefiyetini hükmeye bağlıyor. Herkim, birinin talebi üzerine evlilik hayatının eski hale getirilme arzusundan intina ederse, nafaka iddialarını kayıp edeceğini 1561 mad. 3 üncü fık, tanzim etmektedir.

VLO

c — Ayrılık halinde nafakanın ödeme şekli :

1361inci maddesinin 4 üncü fıkrasında, ikinci kanun tasarısı, nafakanın ödeme şeklinin para ile olduğunu ve her ay peşinen ödeneceğini ve nafakaya müstahak olanın ay içinde ölmesi halinde, nafaka ile mükellef olan tarafından tam aylık ödemeyi yapılması mecburiyetini kai-deleştiriyor.

d — Ayrılıkta ev eşyası :

Alman Medenî Kanununun 1361inci fıkranın 2nci cümlesinde, karı - kocanın ayrı yaşamaları halinde; bunlardan birinin müşterek hattan imtina etmesi halinde, koca; kendisi için lüzumlu olmayan ve karının emrinde bulunan kendi mallarından olmamak şartıyla hususî bir ev idaresinin icap ettirdiği ev eşyasını kariya vermekle mükelleftir. Görülüyorki, bu kaide erkek - kadın müsavatı prensibiye uygun bulunmamaktadır. Bu sebepten ayrılıkta ev eşyasını ikinci kanun tasarımının 1361a maddesi şöyle tanzim ediyor :

“Eğer karı - koca ayrı yaşıyorlarsa, her ikisinden biri kendisine ait ev eşyasını, diğerinden talep edebilir. Karı - kocadan herbiri, hususî bir idaresinin yürütülmesi için zaruri ve hakkaniyete uygun olduğu derecede bu ev eşyasını diğerinin kullanmasına bırakma mükellefiyetindedir.

Karı - kocaya müştereken ait ev eşyası hakkaniyet prensibinin esasına uygun olarak taksim edilir. Eğer karı - koca anlaşamazlarsa, salâhiyetli mahkeme karar verir. Ev idaresine ait eşyanın kullanılması için uygun bir idare şekli tesbit edilir. Bu mülkiyet bağılılıklarına tesir etmez”.

3. Mülkiyet karineleri :

Alman Medenî Kanununun 1562 nci maddesinde (20) kocanın alacaklıları menfaatına olan mülkiyet karineleri de erkek - kadın müsavatı prensibine uygun olarak değiştirilmeden artın tatbik edilemez. Bu hususu 1562 nci maddesiyle, ikinci kanun tasarısı şöyle tanzim ediyor :

“ Kocanın ve karının alacaklıları menfaatına, karı - kocadan birinin veya her ikisinin birden mülkiyetinde bulunan menkul eşyalar borçluya ait kabul edilir. Bu karine, karı - kocanın ayrı yaşamaları halinde ve bunlardan birinin mülkiyetinde bulunupta o borçlu değilse, cari değildir. Beyaz (boş) ciro ile devredilmiş hamiline ve emre muharrer kıymetli evraklar menkul eşyalarla aynı tutulur. Karı - kocadan birinin münhasıran şahsi istimali altında bulunan malum eşyalar, birbirlerine ve alacaklılarla karşı münasebetlerinde, onlardan birinin istimaline tahsis edilmiş olup ve karı - kocadan birine ait olduğu kabul edilir ”.

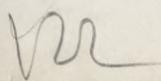
B. MAL HUKUKU REJİMİ

Erkek - kadın müsavatı prensibinin Alman Medenî Kanununda tanzim edilmiş mal rejimleri kaidelerinde yapacağı değişikliklerin incelemesine başlamadan evvel kısaca Alman Medenî Kanununun 4 üncü kitabını teşkil eden Aile Hukukunun 1 inci kısmının 6 nci babında tanzim edilmiş bulunan “ mal rejimleri hukuku ” sisteminden bahsetmeği, bu kısmındaki tetkiklerimizi kolaylaştırması bakımından faydalı bulmaktayız.

Alman Medenî Kanunu :

- I — Kanuni mal rejimi,
- II — Mukavelevi (seçimlik) mal rejimi diye mal rejimi hukukunu ikiye ayırmaktadır.

(20) Aynı şekilde Alman İslâs Kanununun 45 mad.



I. Kanuni Mal Rejimi :

1. Âdi Kanuni Mal Rejimi - ordendlicher gesetzlicher Güterstand :

Alman Medenî Kanununun 1363 - 1425 inci maddeleri arasında tanzim edilmiş olup, başka bir usûl kabul edilmemiş veya kanuni bir mâni zuhur etmemişse, evlenme akdinin inikadıyla karı - koca arasında arasında "idare ortaklığı — Verwaltungsgemeinschaft —" kanuni mal rejimi olarak cari olur. Bu rejime göre, karı ve kocadan herbiri mallainm mülkiyetine sahiptirler. Koca, karının bazı malları mahfuz (mahfuz mallar) kalmak şartıyla, evlenmeden evvel malik olduğu mallarının idare ve intifa hakkına sahiptir Evlilik birliğinin masraflarını, koca kendi kazancından ve karının beraber getirdiği malların gelirinden karşılar.

2. Fevkâlâde Kanuni Mal Rejimi — ausserordentlicher gesetzlicher Güterstand — :

1425 - 1431 maddeleri arasında Alman Medenî Kanunu fevkâlâde kanuni mal rejimi olarak mal ayrılığı — die Gütertrennung — hükme bağlamaktadır. Alman Medenî Kanununa göre, mal ayrılığı ya kanundan dolayı ki, medeni hakları kullanma ehliyeti tahditli kadının kanuni temsilcisinin (veli veya väsisinin) muvafakatını almadan evlennmesi halinde veya cari olan herhangi bir mal rejiminin kaldırılmış olması hinde veya evlenme mukavelesiyle mal rejimi olarak kabul edilmiş olmasında cari olur. Mal ayrılığı rejiminde, karı - koca mallarının mülkiyetine tamamen sahip oldukları gibi, kocanın ve karının getirdiği mallarını ne idareye ve ne de onlardan intifaa hakkı vardır.

II. Mukavelevi (secimlik) Mal Rejimi :

Bu mal rejimleri, usûlüne uygun olarak yapılan evlenme mukavelesiyle kabul edilirler.

1. Umumî Mal Ortaklıgı - die allgemeine Gütergemeinschaft :

Umumî mal ortaklıgı, Alman Medenî Kanununun 1457 - 1518 inci maddelerinde tanzim olunmaktadır. Alman Medenî Kanununun mal ortaklığında; ortaklığa giren mallar, karının ve kocanın hususî mahfuz malları, karmm ve kocanın mahfuz malları diye mallarda bir ayrılık yapmaktadır.

a — Ortaklığa giren mallar — das Gesamtgut — :

Ortaklığa giren mallar, mal ortaklıgı rejiminin kuruluşunda karya ve kocaya ait mallarla, sonradan iktisap edecekleri malları (B G B. mad. 1438), içine alır. Ortaklığa giren mallara karı - koca şayian maliktirler. Kadının rızasının alınması şart olan bâzı hukukî muameleler gayrimenkü'lün satılması (B G B. 1445 mad.) ortaklık mallardan hibe (B G B. mad. 1446) gibi, istisna edilirse, bu mallar üzerinde tasarruf ve idare hakkı esas itibariyle kocaya aittir (B G B. mad. 1443).

b — Karının ve kocanın hususî mahfuz malları — das Sondergut des Mannes und der Frau — :

Hususî mahfuz mallar, hukukî bir muamele ile devredilemeyen mallardır, Meselâ; kocanın haciz olunamayan maaş talebi. Mal ortaklıgı hususî mahfuz mallara tesir etmez. Karının hususî mahfuz malları üzerindeki salâhiyetleri, idare ortaklığmdaki gibi tahdit edilmiştir. Hususî mahfuz mal yerine kaim olan kıymet veya mal, meselâ, kocanın maaş talebi için ödenen miktar, ortaklık mallarına dâhil olur.

c — Karının ve kocanın mahfuz malları — das Vorbehaltsgut des Mannes und der Frau — (21) :

(21) T M K. nun 182, 185, 204, 217 maddelerinde İSMK. nunun kullandığı "Sondergut" mahfuz mallar olarak dilimize tercüme edilmişdir. Her ne kadar bu tâbir esas itibariyle B G B. de kullanılan "Vorbehaltsgut" mânasını da ifade etmekte ise de, B G B. "Sondergut" ve "Vorbehaltsgut" arasında bir ayrılık yaptığı için, biz bu çalışmamızda birinciyi "hususî mahfuz mal", ikinciyi "mahfuz mal" olarak kullanmayı uygun buluyoruz.

Mahfuz mallar, ancak evlenme mukavelesinde ortaklıktan hariç tutulan ve teberru yoluyla iktisap edilmiş olupta, ortaklık malı olmasını teberru edenin istemediği (B G B. mad. 1570) mallarıdır (B G B. 1440). Karı - kocadan herbiri mahfuz mallarının idare, itifa ve mülkiyet haklarına sahiptirler. Karı, ortaklık mallarının geliri aile infak ve iaşesini karşılamazsa, mahfuz mallarının gelirinden bir miktar ile aile nafakasına iştirak eder (B G B. mad. 1441).

2. *Tahditli mal ortaklısı — die beschraenkte Gütergemeinschaft :*

a — Müktesep mallarda ortaklık — Errungenschaftgemein-schaft

Müktesep mallarda ortaklısı, 1519 - 1548inci maddelerinde; Alman Medenî Kanunu tanzim ediyor. Müktesep mallar ortaklığında da; ortaklık mallar, koca ve karının beraber getirdiği mallar, karının mahfuz malları diye mallarda ayırmalar yapılıyor.

aa — Ortaklık mallar :

Müktesep mallarda ortaklık, evlenme mukavelesiyle kabul edildikten sonra, bu mukavelenin devamında iktisap edilen mallar ve beraber getirilen malların intifası ve evlenme mukavelesinde ortaklık malı olarak beyan edilen mallar ortaklık mallarıdır. (B G B mad. 1519). Karı-koca ortaklık mallara umumî mal ortaklığında olduğu gibi şayian maliktirler ve mallar koca tarafından idare edilir (B G B. mad. 1519 fık. 2 ve 1529 fık. 2).

ab — Karının ve kocanın getirdiği mallar — das eingebrachte Gut des Mannes und der Frau — :

Getirilen mallar, müktesep mallarda ortaklık rejimi kabul edilmeden evvel, karı kocadan herbirine ait mallarla (B G B. mad. 1520), mal rejiminin kabulünden sonra, bir ölüm dolayısıyla veya bağışlama veya cihaz (evlenmesi ve ayrı yaşaması nazarı itibare alınarak çocuğu verilen eşya veya mukabili para) (22) yolu ile elde edilmiş mallar olupta, mü-

(22) *Ausstattung, cihaz kelimesinin tam karşılığı olan Aussteuer tabirini de içine aldığı içindir ki, parantez içinde ayrıca izahat verilmiştir.*

tevaffanın, bağışlıyanın ortaklık malı olmasını arzu etmediği mallar (bunlar üçüncü kişinin yani teberruda bulunanın veya müteveffanın iradesi ile mahfuz mallar olarak da tanzim edilebilirler (23) (B G B. mad. 1521) ve bunlara bağlı haklarla (B G B. mad. 1522) evlenme mukavelesinde, getirilen mallar olarak beyan edilen malları içine alır.

Getirilen mallar idare ortaklığmdaki mal rejimi usulüne tâbidir. Bu malların intifa hakları ortaklık mallarına dâhildir (BGB. mad. 1525).

ac — Karının mahfuz malları :

Müktesep mallarda ortaklık rejimde Alman Kanununun 1526 nci maddesinin 1inci fıkrası yalnız kadına mahfuz mal hakkı tanıyor ki, bu da umumî mal ortaklığında olduğu gibi, evlenme mukavelesinde mahfuz tutulan, üçüncü şahısların tasarruflarıyle ve kanun tarafından mahfuz mal olarak bildirilen mallardan ibarettir. Bu, mallar için de mal ayrılığındaki kaideler carî olur (BGB. mad. 1526, fik. 5 dolayısıyle BGB. mad. 1441).

b — Menkul mallarda ortaklık — die Fahrnisgemeinschaft — :

Alman Medenî Kanununun 1549 - 1557 nci maddelerinde nizamlanan menkul mallarda ortaklıkta da, ortaklık, karının ve kocanın getirilen malları, karının mahfuz malları ayrılığı yapılmıyor.

ba — Ortaklık mallar :

Menkul mallarda ortaklık rejiminin kabulünde karının ve kocanın mâlik oldukları ve esas itibariyle rejim devamında iktisap edilen menkul mallar, ortaklık mallarını meydana getirir. Bu mallara umumî mal ortaklığındaki kaideler tatbik edilir (BGB. 1549).

(23) Bak. Palandt; Bürgerliches Gesetzbuch 1953, Aufl. 11 §. 1521 say. 1936.

bb — Getirilen mallar :

Bu grup mallara, menkul mallarda ortaklık mal rejiminin kabulü ânında, karının ve kocanın mâlik oldukları gayrimenkulleri ve beraber getirilen gemileri ve bunların mütemmim cüzileri ve onlardan doğan haklar (BGB. mad. 1551) (24) ve mal rejiminin kabulünden sonra karşılıksız olarak gayrimenkullerden elde edilen iktisaplar, devredilemiyen haklar yerine kaim olanlar hariç olmak üzere, diğer beraber getirilen haklar yerine kaim olan kıymetler ve evlenme mukavelesiinde getirilen mal olarak beyan edilen mallar dâhil olur. Beraber getirilen mallar üzerinde kocanın idare ortaklığında olduğu gibi idare ve intifa hakkı vardır (BGB. mad. 1550, fık. 2).

bc — Karının mahfuz malları :

BGB. menkul mallarda ortaklıkta da yalnız kariya mahfuz mal tânimî olup, bunlara umumî mal ortaklısı rejiminde zikredilen mallar dâhil olur (BGB. mad. 1549).

Kısaca Alman Medenî Kanunundaki mal rejimlerini tetkik ettikten sonra, erkek - kadın müsavatı prensibine göre hangi mal rejimi kanunî mal rejimi olarak tanzim edilecek ve bu prensip mukavelevî (seçimlik) mal rejimlerinde ne gibi değişiklikler yapılacağı meselesini inceliyeceğiz.

İdare ortaklığında, koca yalnız malların idaresi hakkına değil, aynı zamanda intifa hakkına da sahip olduğundan, bu mal rejimi müsavat prensibinin esaslarına aykırı düşmektedir. Zaten Medenî Kanun kabul edilirken idare ortaklısı rejiminin eski bir rejim olduğu çok şiddetli olarak tenkit edilmiş bulunmakta idi (25).

(24) Fakat burada BGB. mad. 1551, fık. 2 göre ipotekler, gayrimenkul üzerine tesis edilen rehinler (bizde ipotekli borç senedi) ve irat senedi gayrimenkul haklara dâhil değildir.

(25) Bak. bu yazının dip notu Nr. 13.

Mal ortaklısı rejimi de, kendisini çeşitli şekillerde arzetmiş olmasına rağmen müsavat prensibinin esasına uygun bulunmamakta, zira koca, mahfuz mallar hariç bütün malların idaresi hakkına sahip bulunuyor. Bundan başka umumî mal ortaklığında karı kocadan birinin diğer tarafın borçlarından dolayı geniş bir şekilde mesul tutulması, evlenme akdi ânında diğerine nazaran büyük bir mameleke sahip olana karşı bu rejim oldukça sert bir mal rejimi olarak kendisini arzetmektedir. Bu sebepten umumî mal ortaklısı kanunî mal rejimi olarak kabul edilemez. Menkul mal ortaklısı ise nadiren kabul edilen bir mal rejimi olması sebebiyle kanunî mal rejimi olarak kabule şayan bulunmamaktadır. Fakat müktesep mallarda ortaklık rejiminin geleceğin kanunî mal rejimi olarak kabul edilmesinin arzulandığı bazı tekliflerde müşahede edilmektedir (26). Müktesep mallarda ortaklık rejiminin, geleceğin kanunî mal rejimi olarak kaideleştirilmesinin pek şâyanı tavsiye olmadığı ikinci kanun tasarısunun esbab-ı - mucibe lâyihâsında, bu rejimin bütün incelikleriyle BGB. de tanzim edilmediği ve bilhassa tavsiyede büyük zorluklar doğurduğu (27) ve müktesep mallarda ortaklıkta karının mahfuz malları hariç idare hakkının kocada olmasından dolayı erkek - kadın müsavatı prensibine aykırı bulunduğu sebepleriyle izah edilmektedir. Fakat bu idare

(26) Altenstetter, *Deutscher Notartag* 1952, say. 88; Bosch, *Deutscher Notartag* 1952, 94; aynı müellif; *Deutscher Rechtpfleger* 1953, say. 273; aynı müellif, *Juristenzeitung* 1953, say. 448; Jung, *Deutsche Richterzeitung* 1953, say. 97.

(27) Aynı zorluklar zaten daha evvel Alman Medenî Kanununun ilk tasarısında belirtilmiş ve bu tavsiye zorluklarından dolayı müktesep mallarda ortaklık kanunî mal rejimi olarak kabul edilmemiştir. Bak. Motive zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich Bd. IV, say. 151 dev. Hattâ v. Rümelin (das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch 1908, say. 13) bildirdiğine göre resmî makamların müdahalesi olmaksızın bir tasviye imkânsızdır. 1951 de Würtenberg'de Noterciler Cemiyetinin sorduğu suallere aldığı cevapta, 1900 senesinden evvel müktesep mallarda ortaklık kanunî mal rejimi olmasına rağmen, pek az müracaat edilen bir rejim olduğu tesbit edilmiştir. Bak. esbab-ı - mucibe lâyihâsı, bş. y. b. e. say. 55.

hakkının, müstereken karı ve kocaya, veya her ikisine ayrı ayrı, fakat aynı derecede veya hâl bunlardan birine, kendi aralarında anlaşmala-riyle tanınması, kanunen sağlanarak erkek - kadın müsavatı prensibine uygunluk yaratılabilir. Fakat idarenin müsterek bir şekilde yürütülmeye-sinde sık sık fikir ayırlıkları meydana gelecektir. Bosch bu hususta, eğer karı - koca müsterek idare haklarında anlaşamazlarsa artık ULTIMA RATIONE COACTUS — letzte Notwendigkeit gezwungen — son çare tâzyiktir, yani hâkim tarafından birinin eksik olan arzusu tamam-lanmalıdır diyor (28). Bununla beraber, evlilik bîrliğine devlet müdaha-lesinin, tabîidir ki karı - kocanın tam bir âhenk içinde yaşamamalarına kanun vâzî gözünü yumamaz, en az şekilde karışması daima arzu edil-diği için bu fikrin de kabulu pek şâyanı tavsiye görülmemektedir. Müs-terek idare hakkında, ortaklık malları ne derece karı - kocadan birinin bağıllıkları ile mesul tutulmalıdır suali de zorluklar doğurucu mahiyet-tedir. Altenstettler karı - kocadan birinin bağıllıkları için ortaklık malla-rının yarısıyle mesul olmalıdır, fikrini ortaya atarak bu meseleyi erkek - kadın müsavatı prensibine uydurmağa çalışmaktadır (29). Böyle bir hal tarzı ise üçüncü şahısları mağdur etmektedir. Ortaklık mallar karı - ko-cadan birinin bağıllıklarına karşı ya tamı ile mesuldür veya hiçbir za-man mesul değildir. İdare hakkının ortaklık mallar için karı - kocada müstereken bulunmasının yukarıda sıraladığımız ve daha bir çok sayıla-bilecek zorlukları dolayısıyle, zaten Alman Medenî Kanunu ilk tasarı-sında reddetmiş ve bu hakkı yalnız kocaya tanımlıştir. Bu sebepten yeni tanzim edilecek kanunî mal rejiminde idare hakkı müsterek olamamalı-dır (30). Karı - kocadan herbirine aynı derecede idare hakkı tanıyan hal

(28) Bosch, Deutscher Notartag 1952, say. 100.

(29) Altenstetter, Deutscher Notartag 1952, say. 90.

(30) Motive zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich Bd. IV, say. 549 ve dev. Erkek - kadın müsavatına âzamî derecede titizlik gösteren şimal memleketleri bile mal ortaklığını rejiminde karı - kocaya ortaklık mallarda müsterek idare tanınmasının pratik bir yürütme sa-ğlıyamayacağı sebepyle reddetmektedirler, bak. Pappenheim, in Archiv für Rechts - und Wirtschaftsphilosophie Bd. XIII, say. 188. Aynı se-

çaresi ise onların tasarruf haklarını rencide edecek ve bu sebeple birçok ihtilâflar doğurabilecek mahiyettedir. Taraflara aynı derecede idare hakkı tanımak, ticaret şirketlerine uygundur, çünkü orada taraflar ekseri ticaret erbâbı kimselerdir ve anlaşamamaları halinde şirketin ifesi oldukça kolaydır. Üçüncü tekliste evlenme akdi ânında karı - kocanın bunlardan hangisinin idareye sahip olacağını beyan etmesi usulü ki, pek pek şâyanı tavsiye değildir, çünkü karı - kocanın böyle bir beyanda bulunabilmeleri için hukuki durumdan haberdar olmaları gerekdir ki, bu evlenme memuru tarafından, evlenme akdi ânında yapılamaz. Bumdan başka hukuki durumdan karı - kocayı haberdar etme işi bir avukata veya bir notere bırakılabilirse de, bu da evlenmeyi böyle bir mükellefiyetin ifasıyle bağlı kılmaktadır. Yukarıdanberi 2 nci kanun tasarıının müktesep mallarda ortaklığın kanunu mal rejimi olmayacağı izah eden fikirlerini tetkik etmiş bulunuyoruz.

Aynı tasarı mal ayrılığı rejiminin kanunu mal rejimi olarak tanzim edilmiş edilemeyeceği üzerinde de titizlikle durmuştur. Mal ayrılığı rejimi şekli itibariyle erkek - kadın müsavatı prensibine de uygun düşmektedir, çünkü taraflar mallarının idare ve intîfa haklarına müüstakilen sahiptirler yani karı - koca aynı haklarla ve mükellefiyetlerle mücehhezdirler. Yalnız karı mal ayrılığı rejiminde evliliğin sona ermessiyle mutazarr olmaktadır, çünkü karı kaide olarak ev işleriyle meşgul olup bir meslek ve sanatla istigal etmediğinden bir kazancı yoktur. Buna mukabil koca kazancını kendi mamelekine ilâve etmektedir. Bu sebeptendirki boşanmada nafaka ve kocanın ölmesi halinde miras hukukumun bazı hükümleriyle kadın himaye edilmektedir.

Geleceğin kanunu mal rejiminin öyle bir rejim olmalıdır ki, karı - koca hangisinin iktisab ettiği nazarı itibare alınmadan, evlilik birliği devamında iktisap ettikleri mallarını — diğerleri değil — paylaşabil-

beplerden dolayıdır ki TMK. ve İSMK. idare hakkını esas itibariyle kocaya tanımış ve onun yanında karı da evlilik birliğini temsildeki salâhiyeti nisbetinde idare hakkına sahiptir (TMK. 212 ve İSMK. 216 madd.). Bak. E. Huber, Erlæutungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Bern 1901 Heft 1, say. 117.

melidiürlüler. Mal rejimi reformu için olan teklişlerin birçokları bu esastan hareket etmektedir. Meselâ 1924 de Heidelberg'de Hukukçular Kongresinde Wieruszowski (31) mal ayrılığı rejimini kanunî rejim olarak, yalnız boşanmada karı ve kocayı birbirlerine karşı evlilikte iktisap edilen mallarının paylaşılmasını talep edebilmelerini, ölüm halinde ise daha geniş bir miras hakkı tanınmasını teklif etmiştir. Wieruszowski'nin bu teklifi, İlbihassa boşanma halinde halledilmesi oldukça zor bir mesele olduğu için tavsiyeye şayan bulunmamaktadır. Çünkü hâkim evliliğin devamı müddetini, ödemé kuğretinin ve kazanca tarafların iştirak derecelerini mazarı itibare alarak hakkaniyete göre kimin mamelekinin arttığını yâmi iade ödemesinin kimin tarafından yapılacağını ve bu artışa göre diğer tarafa ne miktar iadenin para olarak verileceğini tesbit edecektir. Bundan başka bu teklif kadının kocadan evvel olduğu halde, hakkaniyete uygun olmayan bir sertlik arzediyor. Eğer koca karısının yardımıyla mamelekini genişletmişse, karının mirasçılarının durumu carî olan hukuka göre daha kötü duruma düşüyor. İlbihassa kadının bu evlilikten evvelki kocasından olan çocukları varsa, onlar aleyhine çok gayri âdil ve hakkamiyete uygun olmayan neticeler doğurur.

Geleceğin kanunî rejimi olarak bilhassa kazanç ortaklı ğı — Zugewinstgemeinschaft — "(veya" kazanç tesviyesi — Zugewinstausgleic veya kazanç takımı — Zugewinstbeteiligug —") usulüne kabul edilmesi birçok defalar hararetle tavsiye edilmiştir (32).

(31) Wieruszowski, Verhandlungen des 33. deutschen Juristentag ssay. 331 ve dev. ve say. 357 ve dev.

(32) Bu usul 1900 senesinden evvel Almanya'nın bâzı muntakalarımda (bak. Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. IV. say. 492 ve dev.) ve İsviçre'de Federal Medeni Kanunun kabiliyünden evvel bâzı şehir ve kantonlarda (bak. Berent, die Zugewinstgemeinschat der Ehegatte, Breslau 1915, say. 15) kanunî mal rejimi olarak kabul edildiği gibi, bugün dahi Federal Medeni Kanunda (İsMK.) Kanunî mal rejimi olan mal birliginde (muk. IsMK. mad. 214 ve TMK. mad. 210) bir dereceye kadar nazari itibare alınmıştır. Kazanç ortaklı ğı usulü 1901 ve 1914 tarihlerinde Macaristan'da hazırlanan tasarırlarda da

Bu rejime göre karı - koca evlilikte mal ayrılığı rejimine yâni esas itibâriyle, diğerinin müdahalesi olmaksızın herbiri kendi malları üzerinde tasarruf ve onları idare eder. Eğer evlilik herhangi bir şekilde ortadan kalkmışsa, karı - kocadan biri : cüz'î bir kazanç bile elde etmiş olsa da onu digeriyle paylaşır (33).

2 nci kanun tasarısı mal rejimlerini şöyle sıralıyor :

I. Kanuni mal rejimi :

Kazanç ortaklısı (veya kazanç tesviyesi). 2 nci kanun tasarısı mad. 1371 - 1539.

II. Mukaveleli (seçimlik) mal rejimi :

Mal ortaklısı, 2 nci kanun tasarısı mad. 1438 - 1518.

2 nci kanun tasarısının mal rejimlerini tanzim eden hükümlerine göre artık müktesep mallarda ortaklık, mal rejimine ihtiyaç kalmamaktadır. Zira kanuni mal rejimine göre, evlenmenin devamı müddetinde yapılan iktisaplar karşılıklı olarak karı - koca arasında paylaşılacaaktır. Menkul mallarda ortaklık rejimini tasarıının hiç denecek derecede az müracaat edilir olması ve böyle bir rejimin kabulu hiçbir zaman şâyanı tavsiye olmadığı esbab-ı - mucibesine istinat edilerek kanundan çikaarlıyor (34).

esaslı olarak nazari itibare alınmıştır. Her ne kadar bu tasarılar kanunlaşmamışsa da praitik hayatı tesirli olmuşlardır (bak. Beramann Internationales Ehe-u. Kinderschaftrecht 1938 Bd. I say. 794).

(33) Almanya'da bilhassa bu mal rejimi taraftarları; Boehmner, Dölle, v. Rümel'in, Martin Wolf gibi tanınmış hukukçulardır. Heidelberg Lübeck ve Frankfurt (1950) Hukukçular Kongresinde de kanuni mal rejimi olarak tavsiye edilmiştir.

(34) Bş. y. b. e. 2 nci kanun tasarısı say. 59.

I — Kanunî Mal Rejimi :

Kazanç ortaklısı (veya kazanç tesviyesi) :

2 nci kanun tasarısının mal rejimlerinin umumî hükümler kısmına dâhil 1365 üçüncü maddesi kazanç ortaklısının kanunî mal rejimi olduğunu ve evlenme akdinin inikadiyle meydana geldiğini hükme bağlıyor. Aynı tasarımm 1371inci maddesinde kari - koca mallarının idaresi hulusu şu şekilde kaleme alınmıştır :

“Kari - kocadan her biri kendi mamelekini serbest olarak idare eder, bununla beraber aile birliğinin menfaati icabı olarak aşağıdaki kaideler ölçüsünde mameleki üzerindeki idare salâhiyeti tahdit edilmiştir.”

a — Kari - kocanın kendi malları üzerindeki tasarruflarının tahditi :

1. Kari - kocadan biri, diğerinin muvafakatı olmadan kendisini mamelekinin tamamı üzerinde mükellef tutacak tasarruflarda bulunamaz (2 nci kanun tasarısı mad. 1372, fık. 1). Vesayet mahkemesi, mamelekin mormal bir idaresi için talep ediliyorsa veya böyle bir hukukî muamelektarı - kocadan birinin tavsiyedeki haklarını tehlikeye veya esaslı bir tehlrikeye mâruz bırakmıyorsa, talep üzerine diğerinin böyle bir muvafakatsteen imtina ettiği veya hastalık veya gaybubeti muvafakatın beyanına mâni olduğu ve bununla bir mühlet tehlikesinin bağlı bulunduğu hallerde gerekli muvafakatı verebilir (2 nci kanun tasarısı mad. 1372, fık. 2).

2. Kari - kocadan birinin, diğerinin gereken muvafakatını almadan yaptığı mukavele, onun bu mukaveleye icazet vermesiyle hükümlifade eder (2 nci kanun tasarısı mad. 1373, fık. 1). İcazet verilinceye kadar üçüncü şahıs rücu hakkına sahiptir. 2 nci kanun tasarısının mad. 1373, fık. 2. göre üçüncü şahıs kari - kocadan birinin evli olduğunu bildiği halde — bunlardan birinin, muamele için diğerinin gereken mu-

vafakatini aldığıni beyan ettiği hal müstesna ve karı - kocadan birinin diğerinin hukukî muamelesine muvafakat etmeyeceğini bildiği halde rücu hakkını kullanamaz. Aynı maddenin üçüncü fikrası muvafakatını iki hafta içinde bildirilmemesinden icazetten imtina edildiğinin anlaşılması gerekiğinin ve böylece hukukî muamelelerin hükümsüz olduğunu kaideleştiriyor.

5. Tek taraflı mükellefiyetler yükleyen hukukî muameleler gerekli muvafakat alınmadan yapılmışsa 2 nci kanun tasarısunın 1374 üncü maddesine göre hükümsüzdür.

b — Ev eşyasi üzerindeki tasarrufların tahditleri :

Karı - kocadan biri kendisine ait ev eşyaları üzerinde diğerinin muvafakatı olmadan tasarısunın 1376 nci maddesinin 1inci fikrasına göre tasarruflarda bulunamayacağı gibi, böyle bir tasarruftan dolayı mükellef de değildir. Aynı maddenin ikinci fikrasına göre vesayet mahkemesi talep üzerine esaslı sebepler olmaksızın veya hastalık veya hukubet sebebiyle muvafakatten imtina edilmiş olunması hallerinde gereken icazet verebilir. 2 nci kanun tasarısunın 1377 nci maddesine göre, kıymetini kaybetmiş veya artık mevcut olmayan eşya yerine, yenileri konuluyorsa, bunların mülkiyeti, kıymetini kaybeden veya artık mevcut olmayan eşyanın sahibine ait olur.

c — Kazanç :

2 nci kanun tasarısunın 1378 inci maddeye göre mal rejiminin sona ermesinde kazanç tavsiye edilir. Kazanç, tasarısunın 1379 uncu maddeinde hükme bağlanmış olup, karı - kocadan herbirinin başlangıç mallardaki — das Anfangsvermögen — son mallarına — das Ende-vermögen — nazaran artan kısmının kıymetidir. Tasarısunın 1380 inci maddesi başlangıç mallarını şöyle sıralıyor : Karı - kocadan her birine, bağıtlıkları (borcları) indirildikten sonra, rejimin başlaması ânında mâlik oldukları malların hepsi ile halden kazanç olarak anlaşılmadıkça, mal

W

rejiminin kabulünden sonra ölüm veya gelecekteki bir miras yoluyla, hibe veya cihaz olarak iktisap edilen mallardan bağılılıklar indirildikten sonraki kıymetler dahi 1380 inci maddenin 2 nci fıkrasına göre başlangıç malları olarak hesaplanır.

Tasarının 1381 inci maddesine göre, son mallar ise; karı - kocadan birinin bağılılıklar indirildikten sonra, mal rejiminin sona ermesinde malik bulunduğu mallarıdır. Aynı maddenin fıkrasına göre, son mallar olarak, eğer karı - kocadan birinin karşısız temlikleri (teberruları), iki bunlar vasıtasıyla ahlâki ve sosyal bir mükellefiyet yerine getirilmemişse veya kasti haksız fiillerden doğan tazminat masraflarının veya mallarının kötü duruma sokulmasından doğan azalmalarının veya diğerini zarara sokucu hareketlerinin kıymetleri de son mallar olarak hesaplanır. Yalnız aynı maddenin 3 üncü fıkrasına göre mal rejiminin sona ermesinden en az on sene geçmiş olan mamelekteki azalmalar son mallarda hesaba katılmaz. Bunun gibi, karı - kocadan biri diğerinin ivasız temliklerime, haksız fiillerine veya israflarına rıza göstermişse bunların kıymetleri dahi son mal olarak hesaplanamaz.

Başlangıç mallarının kıymeti mal rejiminin kabul anındaki kıymeti, mal rejimi kabul edildikten sonra başlangıç malı olarak kabul edilen malların kıymeti iktisap edildikleri zamanki kıymeti; son malların kıymeti mal rejiminin sona ermesi zamanındaki kıymeti ve son mallar olarak hesap edilen azalma kıymetleri azaldıkları zamandaki kıymetleri olarak hesap edilir. Bu kaide bağlantıların değerlendirilmesinde dahi carid'r (2 nci İlkanın tasarısı mad. 1383).

ç — Tasviye :

Kanun tasarısının 1385 inci maddesi umumî olarak kanunu mal rejiminin sona ermesinde tasviye usulünü hükmeye bağlıyor. Bu maddenin İlbirinci fıkrasına göre, karı - kocadan birinin kazancı diğerinin kazancından fazla ise, kazancı fazla olan bu fazlalıktan $\frac{1}{4}$ ü düşüktен sonra geri kalan fazlalığın yarısını diğerine verir.

Meselâ :: Karı - kocadan birinin 10.000 DM, diğerinin 22.000 DM olarak son malları tesbit edilmiş. 22.000 DM, son malı olan 12.000 DM, fazladan $1/4$ nü yani 5000 D Mdüşer, geri kalan 9000 DM yarısını yani 4.500 DM. son mallarının kıymeti 10.000 DM olarak tesbit edilene verrir.

Fakat aynı maddenin ikinci fikrası tesviye talebi bağıllıklar düştükten sonra mal rejiminin sona ermesindeki malların kıymeti ile tahdit edilmiştir hükmünü vazediyor. Buna göre; meselâ kocanın 30.000 DM mameleki 18.000 DM borçları var. Mal rejimi zamanında koca 24.000 DM lik bağısta bulunmuştur. Tasarımın 1381 inci maddesinin 2 ncı fikrasına göre, kazanç $(30.000 - 18.000) + 24.000 = 36.000$ DM. dir Karı, ki misalimizde hiçbir kazanç elde etmemiştir. $36.000 - 9000 : 2 = 15.500$ DM. tasarımanın 1385 inci maddesinin birinci fikrasına göre talep edebilmelidir. Fakat aynı maddenin ikinci fikrasına göre; ancak 12.000 DM. talep edebilecektir. Çünkü, 30.000 DM den 18.000 DM. lik bağıllıklar düşündükten sonra kalan 12.000 DM. tesviye talebini tahdit etmektedir. Eğer 1381 inci maddenin ikinci fikrası tasarıda vaz edilmeseydi, (son mal olarak hesaplanan hususlar) kadın misalimizde ancak, $12.000 - 5000 : 2 = 4.500$ DM talep edebilecekti (35).

Tasarımın 1385 inci maddesinin 3 üncü fikrasına göre, mal rejiminin sona ermesiyle tesviye talebi olduğu gibi, bu andan itibaren miras yoluyla intikal veya başka yollarla devredilebilinir. Tesviye talebi üç senilik mururüzamana tâbidir. Aynı maddenin son fikrası, kanunî mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde hayatındaki tarafın tâli derecede kazanç temin etmiş olması halinde, tesviye talebinde bulunabileceğini hükmettiğiyorum.

2 ncı kanun tasarısı 1386 - 1399 uncu maddeye kadar kanunî mal rejiminin tasviyesindeki diğer hususları nizamlamaktadır. Alman Medenî Kanununun 1400 den 1437 ye kadar olan maddeleri tasarıda yürürlükten kaldırılmaktadır.

(35) Bu misal kanun tasarısı esbab-i - mücibe lâyihasından alınmıştır. Muk. bş. y. b. e. say. 46.

M u k a v e l e v i (seçimlik) M a l R e j i m i :

Mal ortaklığt :

Esas itibariyle 2 nci kanun tasarısı, Alman Medenî Kanununun 11457 den 1518 inci maddesine kadar nizamladığı umumî mal ortaklığını rejimini tek seçimlik mukavelevî rejim olarak kabul ediyor. Yalnız "umumî mal ortaklıği" tâbiri, bu maddelerden kaldırılarak onun yerine "mal ortaklıği" tâbiri kullanıldığı gibi, yukarıda kısaca incelediğimiz müktesep mallarda ve menkul mallarda ortaklık rejimlerinin tamamen yürürlükten kaldırılmasını teklif ediyor.

Umumî mal ortaklığının bazı maddeleri eski kanunî mal rejimi olan idare ortaklığını rejime ve müktesep mallarda ortaklık rejime atıflar yaptığından bu maddeler, yeniden tanzim edilen kanunî mal rejime ve mal ortaklığını rejime uydurulmaktadır. 2 nci kanun tasarısıyla Alman Medenî Kanununun umumî mal ortaklığını tanzim eden maddelerinin yalnız birkaçı esaslı değişikliğe tâbi tutulmaktadır.

C. ANA - BABANIN ÇOCUKLARLA MÜNASEBETLERİ

Ebeveynin çocuklarıyla olan münasebetlerinde bugüne kadar Alman Kanununda cari olan kaidelere göre, baba hâkimiyeti - PATRIA POTESTAS - prensibi hâkim bulunmakta idi. Erkek - kadın müsavatı prensibi 31 Mart 1953 den itibaren yürürlüğe girince Alman Medenî Kanununun Patria Potostas prensibi üzerine kurulmuş ebeveyn çocuk müünasebellerini tanzim eden kaidelerin büyük bir kısmı hükmünü kayıp etmektedir. 2 nci kanun tasarısı erkek - kadın müsavatı prensibine uygun olarak bu sahadaki hükümleri şöyle tanzim etmeyi teklif ediyor :

1. Çocuğun adı :

2 nci kanun tasarısı Alman Medenî Kanununun 1616 ncı maddesindeki; "çocuk babasının adını" taşır kaidesini aynen muhafaza ediyor. Buna karşılık Sosyal Demokrat Parti bu maddenin "çocuk aile adını taşır" şeklinde değiştirilmesini teklif etmektedir (56).

2. Çocuğun ikametgâhi :

İkinci kanun tasarısının BGB'nin tadel ettiği 11 inci maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır :

"Nesebî sahib çocuk ebeveyninin ikametgâhını paylaşır. Eğer ebeveynin aynı ikametgâhı yoksa, çocuk şahsi işlerini temsil eden ana - babadan birinin ikametgâhını paylaşır. Gayrisahih nesepeli çocuk anasının, tanınan çocuk babasının, evlâtlık evlât edinenin ikametgâhını paylaşır. Çocuk bu ikametgâhı nihaî olarak fesih edene kadar muhafaza eder.

Reşit bir çocuğun tanımı ve tanıma yerine kaim olan evlât edinme onun ikametgâhına tesir etmez".

c -- Çocuğun naflakası :

Alman Medenî Kanununun 1602 ncı maddesine göre, ana - baba evlenmemiş gayri reşit çocukların naflakasıyla mükelleftir. Bu kaide erkek - kadın müsavatı prensibini ihlâl etmemesi dolayısıyla tasarıda aynen muhafaza edilmektedir.

(56) Alman Adliye Vekâletinin hususî olarak gönderdiği hükümet ve parti tekliflerini ihtîva eden broşürü say. 48 mad. 1616. Rusya'da kari - koca ayrı ayrı adlar taşıyorlarsa, ki taşıyabilirler. Çocukların adını tesbitde ana - baba anlaşabilirler. Eğer anlaşmazlarsa, mahkeme çocuğun adını tâyin eder. Hattâ Ukranya'da herkes aile adını istediği gibi değiştirebilir. bak. K. HÜBNER bş. y. b. e. say. 51.

ç — Çocuğun ana - baba ile mali münasebetleri :

ça — Çocuğun mallarından intifa ve onların idaresi :

Alman Medenî Kanununun 1605 inci maddesinde tanzim edilen nafaka ile mükellef olan ebeveynin çocuk mallarından istifadesinin 2 nci kanun tasarısı yürürlükten kaldırırmakta, çünkü kanun tasarısı çocuk mallarından ebeveynin intifa hakkını esas itibariyle kabul etmemektedir (37). Çocuğun infak ve iaşesinden eski kaidelere göre, ilk derecede mesul olarak baba bulunuyordu (BGB. mad. 1606 fık. 2). Mesuliyetin ana ve babada birlikte olması (38) müsavat prensibine uygun olacağı düşünülerek birçok teklifler yapılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi, esas itibariyle çocuk mallarından intifa hakkını 2 nci kanun tasarısı kabul etmediği için, 1606 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki mesuliyeti, tasarınn 1560 inci maddesinde; nizamlanan umumî nafaka mükellefiyeti ölçülerine göre anlaşılmasıının lâzım geldiğini ikinci kanun tasarısı teklif etmektedir (2 ncı kanun tasarısı mad. 1606 fık. 2 son cümle).

Reşit çocuğun mallarının idaresi hususunu nizamliyan Alman Medenî Kanununun 1619 uncu maddesinin tasarında kaldırılması teklif edilmektedir.

çb — Alman Medenî Kanununun 1620 den 1623 üçü maddesine kadar kızın cihaz iddialarını tanzim eden kaidelerini, bu kanun kabulü târihi 1900 senesinden beri kadınların her türlü haya^t münasebetlerinde erkekler gibi yer almaları ve bilhassa kızlarma da oğulları gibi, meslekî terbiyelerinin verilmesi için ebeveynlerinin aynı masrafları yapmaları esbab-ı - mücibesi ile umumî teklîflere uyarak yürürlükten kaldırırmaktadır (39).

(37) İkinci kanun tasarısı esbabı - mücibe lâyihası bş. y. b. e. say. 35, 1605 inci mad. için.

(38) İlk kanun tasarısı bu esas üzerine hazırlanmıştır.

(39) 2 ncı kanun tasarısı esbabı mucibe lâyihası bş. y. b. e. say. 56 1620 - 1623 maddeler için.

d — Velâyet :

Baba hâkimiyeti — partia potestas — kaidesinin bilhassa, Alman Medenî Kanununda kendisini hissettirdiği sahalardan biri de velâyettir. Bu prensibe istinat ederek tanzim edilmiş bir velâyet hukuku ise, erkek - kadın müsavatına aykırı bulunmaktadır. Bu sebepten velâyet kaidelerinin yeniden tanzimi zaruridir.

da — Velâyet hakkı :

2 nci kanun tasarışının 1inci fikrasına göre, çocuk reşti olana kadar ananın ve babanın velâyeti altında bulunur. Eğer aşağıdaki maddelerde başka türlü nizamlanmamışsa, velâyet; çocuğun şahsı ve malları için olan haklara ve mükellefiyetlere itinadır ki, şahsı için olan itinaya çocuğun temsili de girer (2 nci kanun tasarısı mad. 1626 fık. 2).

db — Fikir ayrılığında, ilk defa ebeveyn anlaşma yoluna gitmelidirler (2 nci kanun tasarısı mad. 1627 fık. 2). Bir anlaşmaya varamazlarsa, baba ananın fikrini de nazarı itibare alarak katı karar verme hakkına sahiptir (2 nci kanun tasarısı 1628 fık. 1). Talep ile vesayet mahkemesi, babanın bu kararı, çocuğun menfaatında ehemmiyetli rol oynayan bir hususa aykırı ise veya karar verme hususu çocuğun mallarının normal idaresinden doğuyorsa, anaya bâzı muayyen hususlarda veya aynı çeşit hususlarda katı karar verme hakkının devredebilir (2 nci kanun tasarısı mad. 1628 fık. 2). Baba, fikir ayrılığında katı kararını verirken, birleşme yolunu ve ananın fikrini nazarı itibare almayı ihlâl etmişse talep üzerine Vesayet Mahkemesi, çocuğun menfaatına uygun olmak şartıyla çocuğun şahsı ve malları için katı karar verme hakkını anaya devredebilirler (2 nci kanun tasarısı 1628 fık. 3).

dc — Çocuğun temsili :

Çocuğu esas itibariyle baba temsil eder. Ana velâyet hakkını yalnız olarak kullandığı ve 1628 maddesinin 2 ve 5 üncü fikrasına göre, ken-

«disine katı karar verme hakkının devredildiği hallerde çocuğu temsil eder (2 nci kanun tasarısı mad. 1629 fık. 1). Çocuğun şahsi ve mallarına itinadaki ananın ve babanın hak ve mükellefiyetleri, çocuğa bir kayyım tâyin edilmişse; kayyımın salâhiyetlerine giren hususlara şâmil değildir (2 nci kanun tasarısı mad. 1630 fık 2). Kayyimla ebeveyn arasındaki çocuğun şahsi ve malları hususundaki fikir ayrılığını Vesayet Mahkemesi halleder.

dç -- Çocuğun şahsi için olan itinanın muhtevası :

Çocuğun şahsi için olan itinanın içine, çocuğun terbiyesine, nezarete ve onun ikametgâhına karar verme (2 nci kanun tasarısı mad. 1631), çocuğun geri verilmesini, ki çocuğun ebeveyninden biri tarafından haksız olarak gizlendiğinde, onu talep etme hakkını (2 nci kanun tasarısı mad. 1632) ihtiva eder.

Evli ise veya evli idî ise, bir kız çocuğun şahsi için itina kendisini. İlkız çocuğun şahsi işlerinin temsili hususunda tahdit eder (2 nci kanun tasarısı mad. 1633). Tasarının 1634 üncü maddesine göre, ana - babadan biri çocuğun şahsi için itina hakkına sahip değilse, onunla şahsi münasebetlerde bulunma hakkına sahiptir ki, bu münasebetleri Vesâyet Mahkemesi yakînen tanzim edebileceği gibi, çocuğun menfaati icap ettiiriyorsa bu münasebetleri geçici olarak veya daimî de menedebilir.

dd — Çocuğun malları için itina :

Ebeveynin, çocuğun mallarını idare hakkı; çocuğun, miras yoluyla ((bir ölümden dolayı) veya bir hibe vasıtasıyla iktisap ettiği, meğerki mirası bırakın veya hibede bulunan bu malların ebeveyn tarafından idare edilmesini arzu etmemiş olduğu haller müstesna, mallara da şâmil olur ((2 nci kanun tasarısı mad. 1638 fık. 1). Bu kaide, bu mallara bağlı tâli hâklara ve bunlardan doğan tazminat v. s. gibi taleplere dahi şâmildir ((aynı mad. fık. 2). Eğer yukarıdaki malları miras yoluyla veya hibe eden ebeveynin idaresine muhalif değilse, onun gösterdiği usule göre bu mal-

161

lar idare edilir, bu bir usul derpiş edilmemişse, Vesâyet Mahkemesi, bu malların nasıl idare edileceğini tanzim eder (2 nci kanun tasarısı mad. 1639).

Tasarının 1642 nci maddesi, çocuğun paralarının faize verilerek naşı nümalandırılacağını, 1643 ve 1644 üncü maddeleri çocuk namına yapılan hukuki muamelelerde, Vesayet Mahkemesinin icazetinin zaruri olduğunu tanzim etmektedir. Aynı tasarıının 1648inci maddesi çocuğun şahsı ve malları içi̇n ebeveynin yaptığı masrafları hangi hallerde talep edebileceğini, 1649uncu maddesi çocuğun mallarının gelirinin hangi hallerde, çocuğun nafakası için şarfedileceğini, 1664 üncü maddesi ebeveynin zarar için müşterekken mesul ve borçlu olduklarını kaideleştirmektedir.

de — Velâyet Mahkemesinin tedbirleri :

Çocuğun fikri ve bedenî gelişmesi, ananın ve babanın, çocuğun şahsı içi̇n olan itinayı kötüye kullanmasından dolayı tehlikeye maruz bırakılıyorsa veya çocuk şeref ve namusa aykırı şekilde adlandırılacak duruma düşüyorsa, Vesâyet Mahkemesi gereken tedbirleri alır (2 ncii kanun tasarısı mad. 166). Aynı şekilde çocuğun mallarına karşı olan tehlikelere karşı da Vesâyet Mahkemesi, gerekli tedbirleri alır (2 nci kanun tasarısı mad. 1667 - 1670).

df — Vesâyetin ebeveyninden birine verilmesi ve son ermesi :

Eğer ebeveyn boşanmamışlarsa, vesâyetin kime ait olacağının Vesâyet Mahkemesi karar verir (2 nci kanun tasarısı 1671 fık. 1).

Eğer ebeveyn geçici olarak ayrı yaşıyorlarsa, talep üzerine velâyet hakkı bunlardan birine Vesâyet Mahkemesi verebilir (2 nci kanun tasarısı mad. 1672).

Şu hallerde ebeveynden birinin velâyet hakkı sona erer :

1 — Medenî haklarını kullanma elhiyetini kayıp ettiği halde (2 nci kanun tasarısı mad. 1673 fık. 1).

WZ

2 — Medenî haklarını kullanma ehliyetinin tahdit edildiği halde (2 nci kanun tasarısı mad. 1673 fık. 2),

3 — Ebeveynden birinin şahsi ve malları için kayyım tâyin edildiği halde (2 nci kanun tasarısı mad. 1673 fık. 2), 2 nci ve 3üncü Nr. da birtiken hallerde, velâyet hakkını kayıp eden ebeveynden biri, çocuğun kanunu mümessili yanında, çocuğun şahsi için itina hakkını kullanır. Yalnız çocuğu temsile salâhiyetli değildir. Fikir ayrılığında, kanunî temsilcinin fikri esastır. Meselâ : Babaya bir kayyım tâyin edilmişse, ana, çocuğun yalnız olarak velâyet hakkına sahip ve onun kanunu temsilcisidir. Baba da ana yanında çocuğun şahsi için itina hakkını kullanır. Fikir ayrılığında ananın fikri ayırcı fikirdir.

4. Vesayet mahkemesinin, ebeveynden birinin uzun zamanдан beri velâyet hakkını kullanmadığını tesbit ettiği halde (2 nci kanun tasarısı mad. 1674, fık. 1).

5. Çocuğa karşı cürüm veya kasti cünha fiilinden dolayı ağır hapis veya en az 6 ay hapis cezasıyla mahkûm olunması halinde (2nci kanun tasarısı mad. 1676).

6. Gaipligine karar verildiği veya ölüm tarihi gaiplik kanunua göre tesbit edildiği hallerde (2 nci kanun tasarısı mad. 1677) ebeveynden biri velâyet hakkını kaybeder.

Eğer çocuğun şahsi ve mameleki menfaatlerinde velâyet hakkının ebeveynden birinin tek başına kullanması mahzurlu değilse vesayet mahkemesi, buna karar verebilir. Aksi halde çocuğa ya bir vasi veya kayyım tâyin eder. Fikir ayrılığında kayyım veya vasinin fikri katı ayırcı fikirdir (2 ncı kanun tasarısı mad. 1679).

C. VESAYET

2 nci kanun tasarısında, Alman Medenî Kanunu vesayet hakkındaki maddeler (BGB. 1773 - 1921) esas itimariyle muhafaza ediliyor. Yalnız erkek - kadın müsavatına uygun olmamış bir iki madde ki, baba - ya tanınan hakları, ebeveyne tanınması şeklinde ve bazı bir iki madde de lisân bakımından değişiklik yapılmaktadır.

167

~~X~~
ŞUFA HAKKINI AKİM BIRAKMAĞA MÂTUF
BİR TEŞEBBÜS OLARAK
GABİN DÂVASI (1)

— Temyiz Mahkemesinin mü-
tehalif kararları dolayısıyle —

Yazar: Wolf CERNİS
Avukat

İmdi, şuf'a hakkının kullanılması halinde mülkiyetin hangi andan itibaren intikal edeceğî meselesine de kısaca temas edelim ve bu maksatla sözü; Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU ile Galip ESMER'e bırakalım (18) :

"Bu meselenin halledilmesi için, şuf'a hakkının kullanılması hususundaki inşâî (yenilik doğuran) hakkın ne gibi yeni bir vaziyet ihdas ettiğinin tâyini lâzımdır. Şeffâ bu hakkı müddeti içinde kullanmakla : ya 1) Meşfuun mülkiyetini iktisap etmiş olacak yahut 2) şuf'a borçlusu (yani malik) ile kendi arasında meşfua müta-allık bir alım - satım akdine vücut verecektir. Şuf'a hakkının kullanılması bir inşâî hak sayıldığına göre — ki doktrinde ve mahkeme içtihatlarında hâkim olan fikir bu merkezdedir — bu hakkın kullanılması ile yukarıki ihtimallerden ya birinci, yahut ikinci gerçeklesecektir. Üçüncü bir ıhtimal olarak "Hakkin istimali neticesinde,

(1) Bu yazının başтарası 1956 yılı 7 sayılı Adalet Dergisindedir.

(18) Sözü geçen eser, sah. 426 ve 427.

Wolff

hak sahibinin mükellefe karşı bir satış akdi yapılmasını isteme salâhiyetini elde edeceği ” düşünülebilirse de, Tahir SEBÜK’ün haklı olarak işaret ettiği gibi, şuf'a mu-kavelesi, mahiyet itibariyle bir bey' vaadi mukavelesi ol-madığma göre, işbu üçüncü ihtimal vârit değildir.

Baştaki iki ihtimalin ikisi de, şuf'ada “istihlâf” fik-rine, yani gayrimenkulün satılması halinde şuf'a hakkını kullanan şefî'in, o gayrimenkülü satın almış olan müste-riye halef olacağı, onun yerine geçerek onun hak ve borç-larını haiz olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Eğer şefî müşterinin yerine mülkiyet hakkını iktisap edecekse buna “ tam istihlâf ” veya “ ayında istihlâf ”; yok eğer şefî müşterinin yerine âkit olarak, yani müşteri sıfatıyla sade-ce tescili talep hususunda bir alacaklı olarak geçecekse, buna da “ eksik istihlâf ” veya “ akitte istihlâf ” denile-bilir.

Bizde muhterem hocamız Ebül'âl MARDİN, M. R. BELGESAY, M. KÜLEY, “ tam istihlâf ” taraftarı-dırlar. Onlara göre, şuf'a hakkının kullanılması ve bedel-in ödenmesi ile mülkiyet ve gayrimenkulün nef'i ve ha-sarı artık müsteriden ayrılarak şefî'a intikal eder. Binaen-aleyh mahkemenin bu hususta vereceği karar mülkiyetin intikalî bakımından inşaî değil, iħzarîdir.

Tahir SEBÜK, “ akitte istihlâf ” taraftarıdır. Ona göre şuf'a “ hakkının istimali neticesinde yani bu hakkın kullanıldığına dair beyanın mükellefe vüslü ile bir taraf-tan hak sahibi ve diğer taraftan mükellef veya hukuki halefi arasında bir bey' münasebeti teessüs eder. Bu mü-nasebetten taraflar için âdi bey' mukavelesinden mü-tevelli haklar doğar. Hak sahibi, hakkının mevzuunu teş-kil eden şeyin alacaklısı, aynı zamanda şeyin bedelinin borçlusu olur. Hak sahibi ile mükellef arasında bey' mü-nasebeti bir taraflı irade beyaniyle vücut bulmuş oldu-

ğundan, ayrıca resmî şekilde bey'i senedi tanzimine lüzum ve mahal yoktur. Hak sahibi bir taraflı irade beyanının vücut verdiği bey akdine istinaden şey'in mülkiyetinin kendisine devrini ve diğer taraf da şey'in bedelinii istemek hususunda birer şahsî mutalebe hakkı elde etmiş olurlar". Kanunî şuf'ada veya tapuya şerh verilmiş akdî şuf'ada bu mutalebe hakkı, yalnız malike karşı değil, meşfuu satın almış ve namına tescil ettirmiş olan müsteriye de dermeyan edilir".

Bu izahattan sonra adı geçen müellifler, "Temyiz Mahkemesi de, yukarıda s. 425 de zikrolunan 20 Haziran 1951 tarih ve 5 sayılı tevhidi içtihat kararında "akitte istihlâf" prensibini benimsemiştir" neticesini çıksamakta ve "Bizim kanaatimize göre de şuf'a kullanılması doğrudan doğruya mülkiyetin intikali neticesini değil, bu hakkını kullanan şefiin akitte müşterinin yerine geçmesi neticesini doğurur" diye şahsî mütalâalarını açıklamaktadırlar.

Bu yazımızda, "tam istihlâf" teorisinin mi, yoksa yalnızca "akitte istihlâf" nazariyesinin mi duruma hâkim olduğumun münakaşa ve tahliline girişecek değiliz. Bununla beraber, bize kalırsa, 20 Haziran 1951 tarih ve 5 sayılı tevhidi içtihat kararını "akitte istihlâf" prensibini benimsediği yolunda tefsir etmek doğru değildir, bilâkis bu tevhidi içtihat kararı bütün neticeleriyle tam istihlâf nazariyesini kabul etmiştir. Filhâl kika tevhidi içtihat kararında aynen söyle denilmektedir :

"Bu hakkın kullanılmasıyle şef'i yeni bir akit yapmağa hacet kalmaksızın müsteriye halef olur. Bu suretle şefi irade beyanını müsteriye ısal edince yeni hukukî bir durum hasil olur. a — Meşfu hisse üzerindeki müsteriye ait haklar şefie geçer, bu andan itibaren de meşfu hissenin nefi ve hasarı şefie ait olur. b — Müsteri meşfu hisse kendisine neye mal olmuş ise o miktar ile şefiin alacaklısı olur.

Üeb

Bu suretle şefiin durumu satış akdinde müşterinin durumu ile kıyaslanmak lâzımdır. Herhangi bir satış akdine dayanarak mülkiyet hakkını ihraz etmeyi talep eden kimse — akit ile tecil edilmemiş ise satış bedelinin önce ödemek mecburiyetinde olduğu ve bu suretle bayiini temerrüt haline koyması lâzım geldiği gibi şefiin de şuf'a dâvasını kazanması için en geç hükminden önce şuf'a bedelini ödemesi veya tevdî etmesi ve bu suretle dâvalıyı temerrüt haline sokması lâzımdır. Aksi halde şuf'a hakkının kullanılmasıyle şefi, meşfu hissenin menfaatini ihraz ettiği gibi ayrıca şuf'a bedelini elinde tutarak paranın nemasından da istifade hakkını kazanmış olacak ve bunu mukabil dâvalı meşfu hissedene istifade hakkı kaybettiği gibi şuf'a bedelinin nemasından mahrum kalacaktır. Bu netice şefi ile müsteri arasındaki menfaat ihtilâfının hallinde hakkaniyet ve adalete uygun düşmiyeceği gibi, şuf'a hakkının mahiyeti ile de telif edilemez.

Kanunî şuf'a hakkının mahiyeti hakkındaki bu müttalâalar şuf'a dâvasının da mahiyetini aydınlatacak durumdadır. Şefiin şuf'a hakkını kullanmasıyle husule gelen yeni hukuki vaziyet gözönünde tutulursa şuf'a dâvasının bir kayıt tashihi dâvasından ibaret olduğu sonucuna varılır.

Her ne kadar dokrinde bu dâvanın mülkiyetin devrini tazammun ettiği de ileri sürülmüş ise de; şefiin şuf'a hakkını kullanmak suretiyle müsteriye halef olması prensibi bizi daha ziyade dâvanın kayıt tashihi dâvası mahiyetini arzettiği hususundaki ilmî içtihatlara temayül etirmektedir. Dâvanın mülkiyetin devrini tazammun ettiği yolundaki içtihada göre de mülkiyetin en geç hükmün kesinleştiği tarihte şefie geçmiş olduğu kabul edilmektedir. Bu içtihada temayül edilmesi halinde de, şuf'a bedelinin her halde hükminden önce ödenmiş olması gerekīgi so-

Uef

nucuna varılmaktadır. Çünkü müşteri satış bedelini peşinen ödediği gibi şefi de meşfu hisseyi iktisaptan önce şuf'a bedelini ödemesi lâzımdır. Mülkiyet hükmle devredilmiş olacağma göre bu devirden yani hükümden önce şefinin kendisine terettüp eden vecibeleri tamamen yerine getirmiş olması zoruridir. Şuf'a ait hükmün ise kayıtsız ve şartsız ve yalnız tapu kaydının düzeltilmesini hâlde etmesi bu düşüncelerin bir neticesi olarak belirlemektedir."

Bu kararda, şuf'a dâvasının bir kayıt tashihi dâvasından ibaret olduğu sonucuna varılması ve "her ne kadar doktrinde bu dâvanın mülkiyetin devrini tazammun ettiği de ileri sürülmüş *i s e d e . . .*" cümlesiindeki "ise de" kelimeleri ile bu yoldaki görüşün kabule şayan görülmediği açıkça ifade edilmiş bulunması karşısında, tam istihlâf nazariyesinin benimsendiğinin kabulü zoruridir. Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin metni yukarıda dercedilen 25/6/1951 tarih, E. 7973 ve K. 5408 sayılı kararında "şuf'a dâvası tashihi kayıt mahiyetinde olmasına göre" denilerek aynı telâkki iltizam edilmiştir. Bilindiği gibi, Medenî Kanunun 933 üncü maddesi, ancak aynı hakları haleldar olan bir kimseye, haklı bir sebep olmaksızın yapılan bir kaydın terkinini, tatbikattaki adile tashihini istemek hakkını verdiginden, sözü geçen tevhidi içtihat kararma nazaran; şefinin istinat ettiği şuf'a hakkını kullanmakla mülkiyetin kendisine geçmiş olduğunun kabul edildiği manasını çıkarmak icabetmektedir. İçtihadı birleştirme kararının bu tefsir tarzının doğruluğundan şüphesi olanlar varsa, Prof. Ebül'ülâ MARDİN'in "Şuf'ada istihlâf nazariyesi" adlı makalesini okuduktan sonra bizzat huküm verebilirler. Profesör Ferit Hakkı SAYMEN'in anlayışı da böyledir :

"Şuf'a hakkı da işte tesis edici, yaratıcı yenilik doğuran bir haktır. Şef'i bu hakkını kullanmakla satılan hisseye *m a l i k* olur, müşterinin *yerine geçerek* onu istihlâf eyler. İşte Temyiz Mahkemesinin 20/6/1951

U.S.

tarihli ve 13/5 sayılı tevhidi içtihat kararında kabul ettiği bu görüş modern Medenî Hukuk doktrinine tamamile uygundur ve büyük bir tasviple karşılanmıştır” (19).

16 Mayıs 1951 tarih, E. 6/19, K. 5. sayılı ve hele 26/12/1951 tarih, E. 1, K. 6 sayılı tevhidi içtihat kararlarında ise - ki, bunlarm başka İlbir kalemden çıktıgı anlaşılmaktadır - akitte istihlâf nazariyesi kabul edilmiş görünüyor (20).

Her ne hal ise, her üç tevhidi içtihat kararı ile Federal Mahkeme kararları ve her iki memleketteki hâkim ilmî içtihatların üzerinde birleşikleri esas, şefiin; şuf'a hakkını kullandığı hakkındaki beyanının müħâṭaba vasıl olması anunda, şefiün kendiliğinden yani mihanikî olarak müsteri yerine geçtiği ve onun halefi olduğunu. Bu suretle aynı anda müsterinin, bey' akdindeki sıfatı mürtefi olmuş oluyor.

Bu izahatın ışığı altında Temyiz 1. Hukuk Dairesinin 17/4/1956 tarihli kararına avdet edelim.

Dikkatten kaçmamıştır ki, bu kararda yürütülen mütalâalar, şefiin, ssatıcı ile alıcı arasında cereyan eden bey akdine d a h i l o l m a d i ğ i ffaraziyesinden kuvvet almaktadır. Binaenaleyh, esbabı mucibenin temellini teşkil eden bu faraziyenin kanunen ne dereceye kadar doğru olduğunu araştırmamız lâzım gelmektedir. Dâvacı, şef'i olup, kullandığı hak, şuf'a hakkıdır. İstanbul Üniversitesi Medenî Hukuk Ord. Profesörü Dr. İHâfzi Veldet VELİDEDEOĞLU ile Kartal Kadastro Müdürü Galip İEESMER tarafından neşredilen “ Gayrimenkul tasarrufları ve tapu sicili tatbikatı ” adlı eserde (21) müellifler diyorlar ki :

(19) İctihat tahlili, İstanbul Barosu Dergisi, yıl 1954, sayı 4, sah. 249.

(20) Karşılaştıınız : Tahir SEBÜK, sözü geçen eser, sah. 96 ve 998.

(21) sah. 418.

"Bize göre bir gayrimenkul üzerindeki şuf'a hakkı, hak sahibine hakkının taallük ettiği gayrimenkul üzerinde malikin diğer bir kimse ile yaptığı alım satım mukavelesine müdafahale ederek o yeri tercihan satın alma hakkını verir".

Görülüyor ki, şef'i pek âlâ satım mukavelesine dâhil olmamaktaadır. Federal Mahkemenin yukarıdaki sözlerini hatırlyalım ve hâlen İstanbul Üniversitesinde Medenî Hukuk Doçenti olan Dr. Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU'nun "Şuf'a hakkının kullanılması mümkün olan ve olmayan tasarruflar" başlıklı makalesinden şu satırları da nakledeelim (22) :

"Nitekim bir Federal Mahkemesi kararında da pek güzel belirtildiği gibi, "şuf'a hakkı, şefie, satıcıyı bir üçüncü şahsa karşı bağlıyan satım iradesinin akabinde, gayrimenkulün alıcısı durumuna geçmek salâhiyetini bahseder. Şefiin, üçüncü şahsim yerine geçmek istediğiine dair iradesini izharından itibaren ise mihaniği olarak, alıcı durumunda bir değişiklik hasıl olur. Bu hususta satıcımız, gayrimenkulün şefie veya üçüncü şahsa geçmesine dair arzusu nazara alınmaz. Bilâkis kanun, bu hususta karar vermek hakkının münhasıran şefie ait olduğunu düşünmektedir".

Tabîi ihtimalleri nazara alırsak, kanunî şuf'a kullanımının üzerine, bu hakkını inkâr eden müsteriye karşı şefiin açacağı dâva mahkemece ya kabul yahut da reddedilecektir. Böyle bir dâvaya karşı, müsteriinin ileri süreBILEceği hemen hemen yegâne müdafaa sebebinin, şefiin satışa ve esaslı şartlarına muttali olmasına rağmen bir aylık sukutu hâk müddetini geçirmiş olduğu keyfiyetinden ibaret olduğu ve bu müdafan-

(22) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XIX, sayı 1 - 2, sah. 230.

nm ispatının güçlüğü ve hele şuf'a dâvasının satış tarihinden itibaren bir ay içinde ikamesi halinde bu müdafaya bile mahal kalamiyacağı gözönünde tutulursa şefiin dâvasını kazanması asıl, dâvanın reddedilmesi ise hilâfi asıldır. Böyle olunca, elbette ki, kaideye itibar etmek ve istisnayı müstesna olarak bellemek lâzımdır. Yukarıda, mesnetleriyle gördüğümüz gibi, kanunî şuf'a hakkının kullanıldığı hakkındaki irade beyanının müsteriye vüslü ile beraber "hasbelkanun" şefiin müsteriyi istihlâf eylediği bugün artık halledilmiş bir mesele olduğuna ve şefiin şuf'a hakkının netice itibariyle gerçekleşmesine kaide nazariyle bakılması lâzım geldiğine göre, satış akdinde kaide olarak asıl söz sahibi diye — istisnâ hal tahakkuk etmedikçe sıfatı zail olan müsteriyi değil — şefiin tanımak, ister eksik, ister tam olanına taraftar olalım, cari olduğu umumen teslim edilen istihlâf nazariyesi ve fikrinin şaşmaz ve mantıkî bir icabıdır. Ancak şefiin şuf'a dâvası reddedilip hükmün kesinleşmesi takdirindedir ki, şefiin bu hakkının mevcut olmadığı tesbit olunmuş olacak ve müsterinin bey' akdindeki sıfatının mürtefi olmayıp baki olduğu anlaşılıcaktır ki, bu durum istisnâdır. Mademki bey' akdinde bu suretle şef'i kaideten asıl söz sahibi mevkiine geçiyor, o halde bey' akdinin rizayı ifsat eden sebeplerden biriyle mâlûl olduğundan bahisle açılacak bir fesih dâvasında, husumetin behemehal şefie tevcih edilmesi ve ona, kendisini müdafaa etmek imkânının verilmesi, kanunî ve mantıkî bir zarettir. Bahsettiğimiz istisnâ halin gerçekleşmesi ihtimaline karşı, dâvacı bâyi, fesih dâvasını hem şefie hem de müsteriye karşı açabilir ve belki de en salim hal şekli de budur. Çekinecek bir tarafı olmuyan hüsnüniyet sahibi bir dâvacının hareket tarzı da böyle olmalıdır.

Hülâsaten diyeceğiz ki, şef'i, hakkını kullanıp Federal Mahkemeının "Eintrittserklärung" diye vasiplandırdığı ve akde dâhil olmak hususundaki beyan mânasına gelen beyanı müsteriye vâsil olunca, bey' akdi bakımından kendisi kaideten müsterinin yerine geçer, müsterinin bu akitte sıfatı kalmaz, hattâ alıcı kaideten o kadar ertadan silinir ki, sanki bey' akdi hiçbir zaman kendisiyle değil, doğrudan doğruya satıcı ile şef'i arasında aktedilmiş kabul edilir ve gayet tabii olarak şef'i bey' akdine dâhil sayılır. Bu, insâî hâkkın mahiyetinden inbias eden kanunî bir fâ-

ziyedir ki, bey' akdinin mutlak veya nisbî butlanla muallel olması halinde dahi, şefiin kaideten müsteriyi istihlâf etmesi hükmü cereyan eder. Elbette ki, şuf'a hâdisesi ancak tam ve sahîh bir satış akdinde gerçekleşebilir. binaenaleyh şayet satış akdi mutlak butlanla bâtil yahut nisbî butlanla muallel olup da kanunî müddeti içinde akdin feshi istenmiş ise,, netice itibariyle, şuf'a hakkı da ex tunc yâni mâkâblîne şâmil olarak ortadan kalkacaktır (25). Fakat dikkat edilecek hukukî esas, şefiin, akde dâhil olmak hususundaki beyanı muhataba vâsil olduktan sonra kendisi kaideten müsteriyi istihlâf ettiğinden, o andan itibaren, mutlak butlanın olsun, nisbî butlanın olsun, behemehal ş e f i e karşı ileri sürülmesi gerektidir, zira bey' akdi hakkında kaideten sıfatı kalmamış olan müsterinin söz söylemeye artık hakkı yoktur. Nitekim Feyzi FEYZİOĞLU, "Şuf'a hakkının kullanılması için gereken şartlar" adlı makalesinde (24) bu mevzuua temas ederek diyor ki :

"Ezcümle mutlak butlanla mâlûl bir satış aktinde, esasen mûteber bir satış mukavelesi mevzuubahis olamı yacağına ve mutlak butlan, bâtil olan akte istinaden hak iddiasında bulunan her şahsa karşı dermeyan edilebilece ğine göre, ş e f i e karşı da ileri sürülerek, hakkını istimale meydan bırakılmaz."

Şu hale göre, kanunî şuf'a hakkının kanun dairesinde istimalinden sonra aktin iptali veya feshi dâvasında artık kaideten hakikî söz sahibi bulunan şefiin behemehal hasım ve dâvalı gösterilmesi kanunî bir zâruret olduğu kadar, onun hakkını akim bırakmak maksadıyla çıkartılacak mevhûm butlan sebeplerine karşı hukukunu müdafaa ve muhafaza

(23) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 72, Prof. Robert HAAB, sözü geçen eser, mad. 681/82 şerhi No. 34, sah. 461, Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU, "Şuf'a hakkının kullanılması için gereken şartlar", İstanbul Barosu Dergisi, cilt XXVI, sayı 10, sah. 572.

(24) İstanbul Barosu Dergisi, cilt XXVI, sayı 10, sah. 573.

NSR

edebilmesi imkânının kendisine verilmesi bakımından da adalet ve hayatı realitesi icabıdır.

Temyiz 1. Hukuk Dairesi'nin 17/4/1956 tarihli son içtihadı — ki, aslina bakılırsa, buna zıt olan aynı Dairenin 23/6/1951 tarihli kararında mevcut muhalefet şerhindeki fikrin bir tekrarından ibarettir — her şeyden önce, hareket mebdei bakımından doğru değildir, zira şefiin kâmunâ şuf'a hakkını usulü dairesinde kullandıktan sonra, bey' aktine dâhil olduğu, yukarıda mesnetleriyle ispata çalıştığımız gibi, bugün hukukî bir hakikattir. Bu itibarla, bu kararda varılan netice bizzarur, kâmuna uygun bulunmamıştır, gerçekten de bozma kararı evvelâ bu yöneden, sözü geçen her üç tevhidi içtihat kararına aykırıdır. Sayın 1. Hukuk Dairesi'nin, görüşünü takviye maksadiyle : "Hilâfının kabulü halinde ihisseli bir gayrimenkulde bâyiin rızayı ifsat eden sebeplere dayanarak müsterisine karşı aktin feshini talep imkânı ref'edilmiş olur" cümlesiyle ifade ettiği mucip sebepte de isabet yoktur, zira eğer bey' akdinde hakikaten iradeyi ifsat eden sebepler varsa, bayiin; kanunen müsteriyi kaideten istihlâf etmiş bulunan şef'i aleyhine, hattâ gönlü dilerse, kaideten ilâzumsuz olmakla beraber müsteriyi de hasım göstermesi suretile aktin ffeshi dâvası açmasına kanunâ bir mâni yoktur, bilâkis yar-ü ağıyara dokunmayan ve bu itibarla menfaatler vaziyetine ve adalete en uygun olan tek salim hal sureti ve çıkar yol budur. Mantiğın dahi emrettiği bu hal suretinin asıl hilâfının kabulü halindedir ki, İstanbul Asliye 3. Hukuk Mahkemesinin veciz surette ifade ettiği mahzurlar doğar ve şuf'a müessesesi meflûç hale gelir :

"Gabin dolayısıyle satış akdinin feshi dâvası ânında şuf'a dâvasının hükmeye raptedilmiş bulunmasına göre, akdin feshi sebeplerinin, şef'i ihzuriyle ve onun husumeti muvacehesinde dermeyan ve ispatı iktiza eeder. Bu suretledir ki, feshi akit dâvasındaki delillerin emin bir surette murakabesi mümkündür. Şeftin husumeti muvacehesinde tetkik edilmeyen ve satıcı ile müsterinin karşılıklı ikrar ve tasadukuna dayanan deliller

şefii ilzam etmez. Bu noktai nazarmı aksını iltizam eylemek; şefiin şuf'a hakkını daima ıskata müncer olur".

Hukuk siyaseti bakımından şuf'a müessesesine şu veya bu mülâhaiza ile alehtarlık, kanunumuzca kabul edilmek suretiyle makbul sayılımiş olan bu hakkın üzerinde tatbikatta titizlik ve hassasiyetle durulması gölgelememeli, bu hakkı dolambaçlı yollardan bertaraf etmeye mâitüf teşebbüslere kat'iyen himayeye mazhar olmamalıdır. Bilhassa Temiz Mahkememiz, aşağıda sırası gelince işaret edeceğimiz veçhile, bu gibi kaçamak teşebbüslere karşı daima uyanık davranışmayı bilmıştır.

Federal Mahkeme de, şuf'a hakkının bertaraf edilmesini intaç edebilecek şartlara, anlaşmalara vesair teşebbüslere karşı cephe alagelmiş, şefiin hakkını daima korumuş, bu hakkın dolambaçlı yollardan dahî akım bırakılmayıcağı, bilhassa Medenî Kanunun 2 nci maddesini kalkan yaparak ifade eylemiştir. İsviçre Yüksek Mahkemesinin, resmî külliyyatta (25) intişar edip metnini aynen tercüme ettiğimiz 2 Mayıs 1923 tarihli aşağıdaki kararı bunun güzel bir misalidir.

*Peter tarafından Bläuer aleyhine açılan dâvada II. Hukuk
Dairesinin verdiği 2 Mayıs 1923 tarihli karar*

A — Dâvacı Louise Bläuer ve kızkardeşi dâvalı Martha Peter-Bläuer, Schoren bölgesinde kâin zirai bir gayrimenkulün müşterek hissedârları idiler. Resmî senede bağlanan 2 Mart 1922 tarihli satış mukavelesi gereğince bayan Peter, müşterek mülkteki kendi hissesini kayınpederi Albrecht Peter'e satmış ve bu satışa ait satış akdine şu hükm konmuştur: "İşbu mukavele ancak, diğer hissedar Bayan Louise Bläuer tarafından gerekli feragat vuku bulduğu takdirde hüküm ifade edecektir. Böyle bir feragat beyanının istihsaline müvaffak olunamazsa, işbu satış akdi hükümsüz kalır". Resmi senedi tanzim etmiş olan noter Gerber, sözü geçen şartı zikretmeksızın, dâvacıyi satış mukavelesinin ak-

(25) Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes aus dem Jahre 1923, Amtliche Sammlung, 49 uncu cilt, sah. 203.

tedildiğinden haberdar eyliyerek, İsviçre Medenî Kanununun 682 nci maddesine tevfikan kendisine teveccüh eden şuf'a hakkından feragat davet etmiştir. Lâkin 21 Mart 1922 tarihli yazısıyle dâvaci, şuf'a hakkını kullandığını ve gayrimenkulün kendisine ferağını istedigini beyan etmiştir. Bunun üzerine noter Gerber, satış mukavelesinin ancak kendisinin feragati şartıyla akdedilmiş olduğunu ve bu şart tahakkuk etmediğine göre satışın hükümsüz kaldığını kendisine bildirmiştir.

Halihazır dâva ile dâvaci, dâvaliya ait müşterek mülkiyet hissesinin, 2 Mart 1922 tarihli mukavelede derpiş edilen şartlar dairesinde kendisine devrini talep eylemiştir. Dâvalı dâvanın reddini istemiş; bey'akdının mûteberliğinin tâbi tutulmuş bulunduğu tâlikî şartın tahakkuk etmediğini, bu itibarla dâvalının dahil olabileceği mûteber bir akdin mevcut olmadığını dermeyen eylemiştir. Açıtuğu mütekabil dâva ile, dâvalı, müşterek mülkiyetin derhal sona erdirilmesini istemek hakkını haiz bulunluğunun tesbitini istemiştir.

B. Bern kantonu İstinaf Mahkemesi 9 Kasım 1922 tarihli karariyle dâvayı, esas itibariyle İsviçre Medenî Kanununun 2 nci maddesine istinat etmek suretiyle hükmü altına almış ve mukabil dâvayı reddetmiştir.

C. İşte dâvalının şimdiki temyiz dileği bu hükmeye karşı yöneltilmiş olup kendisi mukabil dâvasının kabulünü ve esas dâvanın reddini yeniden talep etmektedir.

Federal Mahkeme gereğini düşündü

1. Evvelki mercin telâkkisi hilâfına olarak, 2 Mart 1922 tarihli bey' mukavelesine dercedilen şarttan sîrf dâvalının kendî müşterek hissesini dâvacıya temlik edecek verde üçüncü bir şahsa temlik etmek hususunda bir menfaati bulunmadığı mülâhazasıyle, sarfınazar edilemez. Mukavele ile kararlaştırılan şartların mûteberliği, tarafların bûnda bir menfaatleri olup olmamasına bañlıdır. Kaldı ki, dâvalı; kavîn-pederinin şîmdiye kadar gayrimenkülü hâsîlat icari suretiyle elinde bu-

lendumuş olduğuna, kendi hissesini bu itibarla ona vermek istedigine işaret etmek suretiyle haddizatında himayeye lâyik bir menfaatin mevcudiyetini de ispat etmiştir.

Kuhn tarafından Wiederkehr aleyhine açılan dâvada Federal Mahkemenin vermiş olduğu karara (Resmi Külliyat, 42 II 28) yapılan atf, doğrudan doğruya mülzim değildir, hiç olmazsa şu bakımından ki, oradı; şefün akde dâhil olmasından sonra satıcının bey' akdinden caydiğını beyan eylemesinin şefiin haklarına artık halel getiremeyeceği prensibi konmuştur. Hâdisemizde ise, muteber bir satış akdinden böyle sonradan vâki bir cayma bahis mevzuu olmayıp, bilâkis tâ baştanberi mukaveleye ithal edilmiş bulunan bir şartın ortadan kalkması veyahut tahakkuk söz konusudur.

2 — Buna mukabil dâvalının hareket tarzında gerçekten de İsviçre Medenî Kanununun 2 nci maddesine bir muhalefet mündemiçtir. Şuf'a hakkının İsviçre Medenî Kanunundaki tanzim tarzına nazaran bu hak, sahibine; satıcı, üçüncü bir şahsa karşı muteber bir surette satım iradesini izhar eder etmez, gayrimenkülü kendine çekmek hakkını verir. Hak sahibinin akde dâhil olmak hususundaki (şuf'a) beyaniyle beraber m u k t e s i b i n şahsında k e n d i l i ğ i n d e n bir d e ğ i s i k l i k husule gelip, gayrimenkülüň şuf'a hakkı sahibine mi yoksa üçüncü şahıs olan müsteriye mi ait olacağdı hususunda satıcının bir karar vermeğe sulâhiyeti yoktur. Kanun bilâkis, bu hususta sadece şuf'a hakkı sahibinin kararını esas ittihaz etmek istiyor. Gerçi gayrimenkülü hiç satmak ve böylece şuf'a hakkının kullanılmasına meydan vermemek, mâlikin ihtiivar ve iradesine tâbidir, lâkin bir satışa muvaşakat etti miydi, artık şuf'a hakkına istinaden hak sahibinin satış akdine dâhil olmamasını kabule mecburdur. Şu hale göre, dâvalının mukaveleye dercetmiş olduğu şekilde bir ihtirazı kayıt, şuf'a hakkının mahiyetine aykırıdır. Eğer dâvalı satış, dâvacının şuf'a hakkından (akde dâhil olmak hususundaki hakkından) feragat etmesine tâbi tutmak istiyor idî ise, hüsünüyet kaideleri icabı, dâvacının dikkatini tâ bidayettenberi bu cihete çekmekte mükellefti ve mademki bu mükellefiyete riayet etmemiş-

tiür, o halde dâvacının, müsterek hissenin satıldığı hususundaki bildirimden dolayı kendisini bağlı saymasını sineye çekmek mecburiyetindedir

Lâkin dâvacının, alım için lüzumlu olan vasıtaları hazırlamak, bâzı ssermayeleri nakde tâhvîl etmek, ipotek mûkabili borç para alımıya gayret etmek gibi teşebbüslerle girişmeğe bu yüzden kendini mecbur hisselmiş olabilmesi bakımından da, dâvalının hareket tarzında hüsnüniyet kaidelerine bir muhalefet mündemiştir. Dâvalı, nyetleri hakkında dâvacıyt tenvir etmediği takdirde dâvacının zarara uğraması ihtiimali bulunduğuunu düşünmeli idi. Bu hususta evvelki merci haklı olarak demin zîkredilen ve Kuhn tarafından Wiederkehr'e karşı açılan dâvadaki karara istinat etmiştir. Federal Mahkeme sözü geçen kararda etrafı bir esâbı mucibe ile, bey' mukavelesine bu gibi şartların konmasından dolayı şefî için doğabilecek ameli mahzurları göstermiş ve hassaten, hâdissemizdeki gibi ihtirazî kayıtları caiz saymak ciheti iltizam edildiği takdirde, haksız manevralarla şefîin hakkını kullanmasına bi'jîl mânî olunması tehlikesinin mevcut olacağına işaret etmiştir. Mâlik, şefii; nihayet mücadeleden vazgeçinceye ve şuf'a hakkının dermeyanından feragat edinceye kadar, boyuna yeni satış mukaveleleri ile sürekli olarak yeni ve dleğişen satış şartlarını yerine getirmek mecburiyeti karşısında bırakmak iümkânına sahip olurdu. Gerçi dâvalının hâdisemizde bu kabil haksız müksatlar peşinde koşmuş olduğu ispat edilmiş değildir. Lâkin mukuveleye konmuş olan ihtirazî kaydın caiz olup olmadığı meselesinde yalın müsaahhas hâdisenin esas ittihâz edilmesi doğru değildir. Bilâkis aramacak kistas, bu gibi şartların dercedilmesinin sureti umumiyyede, hüsnüniyet kaidelerine nazaran şuf'a hakkı ile kabilî tâlîf olup olmadığıdır. Bu suale ise, söylediklerimize nazaran, hiç olmazsa hak sahibinin tâ bastıran vaziyet hakkında tenvir edilmediği hallerde, menfi cevap vermek lâzımdır. Şu var ki, bu tenvir vazifesî vaktü zamanıyla yerine getirildiğî takdirde şefîin hukuki durumuna halel getirilmiş olmaz, çünkü bu takdirde şefî, şuf'a hakkında sebat ettiğini bildirerek işin içinden çıkabilir.

Satış akdinin infisahî şartı mı yoksa tâlikî şartı mı tâbi bulunduğu. 22 nci madde bakımından bir fark husule getiremez. Binaenaleyh dâvalı

taraftından bey' mukavelesine ithal edilen kaydın infisahî bir şart mı,, yoksa tâlikî bir şart mı sayılması gerektiğini araşturmağa mahal yoktur..

Nitekim müsterek hukukun doktrin ve tatbikatı, ancak şuf'a hakkını dermeyan edilmediği takdirde akdin icra edileceğine dair satış mukavelesine konan bir şartın, şefiin satış akdine dâhil olmasına mâni oammiyacağı noktai nazarını iltizam etmiştir (karş. Jaeger, Das Vorkaufsrecht, Marburg 1893 p. 89 ve orada zikredilenler). Sonraları Prusya Medenî Kanunu tamamen aksi görüşü kabullenmiştir. Şu kadar ki, mâlikin, mukavelenin hükümsüz kalması yüzünden şefiin uğramış olduğunu zararı tazminle mükellef olacağı beyan edilmek suretiyle bir ıslah tedbiri ittihaz edilmiştir. Modern literatür umumî olarak müsterek hukuktaki telâkkiyi tekrar tervîç etmiştir (Alman Medenî Kanununun 506 nci maddesindeki sarih hükmü de karşılıştırınız), binaenaleyh eğer İsviçre kanun vâzî farklı bir hüküm kabul etmek istemiş olsaydı, bu cihet liç şüphe yok ki, tereddüde yer bırakmayacak bir tarzda kanunda sarahanen ifade edilmiş olurdu.

Binaenaleyh Federal Mahkeme aşağıdaki hukmü vermiştir :

Temyiz talebi red ve Bern Kantonu İstinaf Mahkemesinin 9 Kasım 1922 tarihli kararı tasdik edilmiştir”.

Çok dikkate şâyandır ki, Federal Mahkemenin şefiin hukukunu korumak hususunda gösterdiği bu hassasiyet doktrinde az bile görülmüş ve bu karar bu bakımdan tenkide dahi uğramıştır. Nitekim mâruf şâih HAAB, 681/82 nci madde şerhinde, 35 numarada bu mevzudaki dışüncelerini şöyle ifade etmektedir (26) :

“Aktın şartla bağlı olması, şuf'a hâdisesinin mevcudiyetini bertaraf etmez. Tabiatıyla şefi', mükellef ile üçüncü şahıs arasında kararlaştırılan şartları tekabbül etmelidir, meğer ki, hususî anlaşma gereğince

(26) Sözü geçen eser, mad. 681/682, No. 35, sah. 416, 417.

SA

şuf'a hakkı, şartla bağlı satım hali için dahi alelilik bahsedilmek istenilmiştir olsun (Oertmann, BGB. mad. 504 N. 3). Maahaza, satının, şuf'a hakkının kullanılmamasına bağlı tutulacağı mealindeki şart bakımından hususî bir esasdır. Bu şart caizdir — hattâ, mükellef, onu, üçüncü şahsin tazminat taleplerini önlemek için akte dercederse, kaideyen isabetli hareket etmiş olur — lâkin şefie karşı bir hüküm ifade etmez (FMK. 49 II s. 203 ve müt.; BGB. mad. 506 hükmünde bu yolda sarahat vardır); hem de, "hak sahibinin tâ baştan", yâni ifa için hazırlık (vasıtaların hazırlanması vesaire) yapmadan önce, "vaziyet hûsusunda tenvir edilmiş" olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Federal Mahkemenin, (kendisine vaktinde bilgi verildiği takdirde şefiin hakkı muhtel olmaz, zira böyle bir halde o, şuf'a hakkında sebat ettiğini beyanla iktifa edebilecektir) yolundaki mucip sebebi (sözü geçen eser, sah. 206 aşağıda) hatalıdır; eğer şartın hak sahibine karşı da hüküm ifade ve tahakkuk edecek kabul edilirse, ortada bir şuf'a hâdisesi olmaz ve binnetice, hak sahibinin "şuf'a hakkında sebat etmesi" ihtimali bahis mevzuu bulunmaz".

Feyzi FEYZİOĞLU da, "Şuf'a hakkının kullanılması mümkün olan ve olmryan tasarruflar" adlı yazısında (27) Haab'ın tenkidini hakkı bulmakta olduğunu saklamamaktadır.

Yine resmî külliyatın 42 nci cildinde (yıl 1916) müntesir 24 Şubat 1916 tarihli diğer bir kararında Federal Mahkeme, 5 numarada (sahife 35 ve 36) şu mucip sebepleri göstermektedir (28) :

(27) Sözü geçen yerde, sah. 230, 231.

(28) "Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes", amtliche Sammlung.

"Binaenaleyh üçüncü bir şahsa satış vukubulunca şuf'a hakkı kullanılabileceğine göre, henüz ifa edilmemiş bulunan satış akdinin, şuf'a hakkı sahibinin şuf'a hakkını kullandığı yolundaki beyanını izhar ettikten sonra, ortadan kaldırılması suretiyle şuf'a hakkının hükmü üz hale getirilip getirilemeyeceği suları çıkar. Bu suale menfi cevap vermek lazımdır, zira şuf'a hakkının kullanıldığı yolundaki beyan üzerine, şuf'a hakkı sahibi ile mükellef arasında bir satış akdi meydana gelmiş olup, şuf'a hakkı sahibinin muvafakatı olmadan bu akıt artık ortadan kaldırılamaz. Esasen başka türlü bir hal suretinin, ameli bakımından o kadar ağır mahzurları vardır ki, ancak kanunun lâfzi mülzim bir tarzda böyle bir hal suretine delâlet ettiği takdirde tasvibe şayan olabilir, halbuki böyle bir durum yoktur. Gerçekten de böyle bir hal suretinde şuf'a hakkı hemen hemen tamamen mevhüm hale gelirdi, zira mükellef, arka arkaya dilediği fâsilalar içinde kendi adamlarıyle yapacağı ve son dakikada tekrar rücu edeceği oldukça fazla sayıdaki satışlarla, hak sahibini, daimî surette değişen satış şartlarına hazır olmak mecburiyeti karşısında bırakabilir, tâ kendisi mücadeleden vazgeçinceye kadar — işte bundan sonra mükellef hâkîkî satışı icra edebilecektir. İsviçre Medenî Kanununun 2 nci maddesi bu gibi suiistimalllerere karşı himaye bahsedecesi cihetle bu suiistimal ihtiyâlî bir tarafa bırakılsa bile, aksi telâkkinin terviç edilmemesi için, ciddî surette vâki olan bir satışta keza suiiniyetli olmıyarak bu satış âkidlerce ortadan kaldırılmasının, şuf'a hakkı sahibi için doğuracağı mahzurlar bile kâfidir. Böyle bir halde şuf'a hakkı sahibi, şuf'a hakkını kullandığı tarih için yalnız boş yere ehemniyetli nakdi bir meblâğı hazır tutmuş olmuyacak (bu maksat için belki de iyi sermaye yatırımlarını feda etmek mecburiyetinde kalmıştır), aynı zamanda ipotek vaziyetlerini düzene koymak için lüzumsuz hale gelmiş masraf ve emek ihtiyâr etmiş olacaktır ki, bu masrafları kendisine ne kimse tazmin eyliyecek, ne de emeklerinin karşılığını verecektir".

Nihayet, İsviçre'nin en yüksek mahkemesi, resmî külliyatın 75 üncü cildinde kism II, sayfâ 170 te yayınlanan 16 Ekim 1947 tarîhi en

yeni bir kararında, üçüncü şahısla yapılan satış akdinin sonradan ortadan kaldırılmasının, şuf'a hakkı sahibinin, hakkını kullandığı yolundaki beyanını hükümsüz kilmadığı prensibini bir daha ifade etmiştir : "Wie schon in BGE. 42 II 35 E. 5 ausgesprochen, macht die nachträgliche Aufhebung des Kaufvertrages mit dem Dritten die Erklärung des Vorkaufsberechtigten, dass er sein Recht ausübe, nicht unwirksam" (29).

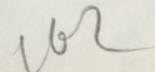
Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU, "Şuf'a hakkının kullanılması mümkün olan ve olmayan tasarruflar" adlı makalesinde (30) : "Şuf'a hâdisesinin tahakkukundan sonra satış akdinin taraflarca feshi, iadei ferâğ, hakkın istimaline mâni olamaz" diye prensibi koymaktan sonra muhtelif ihtimallerden birincisi olarak, şefiin şuf'a hakkını kullandık'an sonra, tarafların satış akdini feshetmeleri mevzuunu ele alarak diyor ki :

"Boyle bir fesih hukuki durumda hiçbir değişiklik yaratamaz. Yani şuf'a hakkının istimali (belki de henüz icra edilmemiş olan) satış akdinin iptal edilmesi suretiyle felce uğratılamaz. Zira, hak sahibi, kullañma beyanında bulunduktan sonra bâyi ile üçüncü şahıs arasında yapılmış olan satış akdinin taraflarında otomatik bir değişime olmuş ve şef'i üçüncü şahsin yerine geçmiş olarak tek satış akdi yine devam etmekte bulunmuştur. Binaenaleyh artık bu akitten, hak sahibinin muvaşakatı olmak suretin vazgeçilemez. Aksi fikrin tervici şuf'a hakkının tamamıyla hayali bir dereceye düşmesini intac etmiş olacaktı"

(29) Karşılaştırınız : Adnan DAMCI, "Transfert de la propriété foncière rurale en droit suisse et en droit turc", doktora tezi, Montreux 1949, sah. 168.

(30) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XIX, sayt 1 - 2, sah. 226.

İşte Temyiz Mahkememiz de, şuf'a hakkının sırlı kâğıt üzerinde kalmasına için, lüzumlu hassasiyeti göstermeği ihmali e'memiş ve şuf'a hakkının istimalini bertaraf etmeye mâtufl ve suiniyeti galip bir gayret müşahede ettiği teşebbüslerle haklı olarak iltifat eylememiştir (31). Bu itibarladır ki, Temyiz 1. Hukuk Dairesi 26 Mart 1929 tarihli bir kararında : " Bir kimse gayrimenkülü şahsı ahara satmasından dolayı hissedar için şuf'a hakkı husule geldikten sonra mefrugunaleyh o gayrimenkülü fariğinin uhdesine iadeten ferağ ederse, bu iadei ferağın şuf'a hakkına tesiri yoktur " mütâasında bulunmuş (32), 17/10/1938 tarih ve 4096 sayılı karariyle bu içtihadını tekrar eylemiş (33), 8/6/1943 tarih ve 2205/897 sayılı kararında da : " Birinci akit hissedarlar arasında yâki olmayıp, bilâhare mebiin sahibievveline fazla bedelle iadeten bey'i ş e f i i n ş u f ' a h a k k i n i i h l â l m a k s a d i n i irae etmekte " olduğuna işaret buyurmuş (34), 7/12/1944 tarih ve 3677/2807 sayılı başka bir kararında ".... ikamei dâvadan sonra müddeâleyh (R) satm aldığı gayrimenkulleri tekrar kendisine satana bey etmiş ise, ikinci satış üzerine dâvacının şuf'a hakkı yine baki olup ikinci dâva birinci dâvanın devamı mahiyetinde olmasına göre hâdisenin bu bakımdan tetkiki ile bir karara raptı muktezi iken dâva mevzuu kalmadığından bahisle dâvacının ikame eylediği şuf'a dâvasının reddine karar verilmesinde isabet yoktur " (35) diyerek mahkemenin hükmünü bozmuş, Temyiz Beşinci Hukuk Dairesi de, 14/6/1948 tarih ve 1588/509 ve 19-12-1949 tarih ve 3189/1789 sayılı kararlarında meşfu hissenin tekrar evvelki sahibi hissedara satılması ve devrolunmasının şuf'a hakkının kullanılmasına mâni teşkil etmediğini tebarüz ettirmiştir (36), 24/2/1950 tarih, E. 807 K. 585 sayılı daha yeni bir kararında : "Dâvalılardan Hatice Şen'in yer ve sınırları belli tarlada

-
- (31) Muin KÜLEY, "Medenî Kanunda ve tatbikatında şuf'a hakkı" İstanbul 1950, sah. 37.
 - (32) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 220, 221, No. 204.
 - (33) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 220, 221, No. 205.
 - (34) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 220, 221, No. 206.
 - (35) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 220, 221, No. 207.
 - (36) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 220, 221, No. 208 ve 209.
- 

şâyi hissesini 17/11/1949 tarihinde diğer dâvalı Yusuf Özcan'a satmakla dâva konusu tarlada paydaşlık sıfatı zail olduktan sonra Yusuf Özcan'ın meşfu hisseyi Hatice Şen'e geri satması dâvacının kanunî süre içinde kullandığı şuf'a hakkına müessir olamayacağına göre dâvaya bakılmak gereklirken . . ." esbabı mucibesiyle hükmü bozmuştur (37). Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi 4 Haziran 1929 tarihli bir kararında : "Şuf'a hakkının taallükündan sonra meşfuun müsteri tarafından ahara hibe edilmesi şuf'a hakkını iskat etmez" (38) neticesine varmış, aynı Daire 22/12/1930 tarih ve 7269 sayılı kararında : "Dâvadan sonra mûdeâleyh meşfu hisseyi ahara hibe etse dâvacının dâva hakkı sakit olmaz, çünkü bu hareket, dâvacının şuf'a hakkını iskat içinden yapılmış suiniyet e müstenit bir hareket olduğu zâhirdir" (39) diyerek kararının mucip sebebini de veciz surette açıklamış. 18/5/1944 tarih ve 1860/939 sayılı kararında : "Müsterinin meşfu hisseyi şuf'a yâni olmak maksadiyle karısına hibesinde ayrıca karısının suiniyetini ispata ihtiyaç" bulunmadığına (40) işaret buyurmuş, 12/6/1944 tarihli kararında (41) bu görüşü bir daha teyit eylemiştir. Temyiz 5. Hukuk Dairesi 27/2/1951 tarih ve 337/190 sayılı bir kararında, şuf'a dâvası açıldıktan sonra yapılan temlik ve ipoteklerin şefiin hakkına müessir olamayacağını belirtmiş (42), hâlen şuf'a dâvalarının temyiz tetkik mercii bulunan Altıncı Hukuk Dairesi de, 9/11/1954 tarih ve 5777/5241 sayılı kararında, resmî senette hibe olarak gösterilen akdin hakikatte bir satış olduğunu her türlü delil ile ispat hakkı şefiye

(37) Adalet Deraisi, yıl 41, 1950 Aralık nüshası, sah. 1701.

(38) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 222, No. 210.

(39) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 222, No. 211.

(40) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 222, No. 212.

(41) Tahir SEBÜK, adı geçen eser, sah. 222, No. 213.

(42) TÜRKMEN - KAZANCI - YÜKSEL - ÜNSEV - ER-TAN, "Türk Gayrimenkul Hukuku" cilt 1, Ankara 1956, sah. 621.

tanımiş (45), 13/7/1954 tarih ve 4253/3744 sayılı diğer bir kararında: "... Hüseyin Rahmi 7000 liraya satın aldığı nisif hisseyi aynı gün karısı Hatice'ye hibe ederek intikalini yaptırmış bulunmasına ve ilk satışla dâvacının şuf'a dâvası için hakkı doğmuş olmasına ve doğan bir hakanın hibe suretiyle bertâraf edilmesi mümkün bulunmamasına göre iddianın kabuliyle şuf'aaya hükmedilmek lazımgelirken dâvanın reddi cihetine gidilmesi" ni yolsuz bulmuş (44), 24/6/1954 tarih ve 2021/3325 sayılı başka bir karariyle mahallî mahkemenin kanaatine iştirakle: "... İlyas aleyhine dâva açıldıktan sonra yarı hissenin karısı Fatma namına geçtiği anlaşılması üzerine Usulün 186 ncı maddesi gereğince aleyhine dâva tevcih ve teşmil edilmiş ve bu hissenin şuf'a dâvasını önlemek için hibe suretiyle nakledildiği kanaatina varılarak dâvanın kabul edildiği anlaşıldığı gibi Hamit'in satın aldığı nisif hisseyi de şuf'a hakkını önlemek için dâvadan evvel karısı Hatice'ye hibe yoluyle geçirdiği ve bu hususun tamamen suiniyete müstenit olduğu mahkemece kabul edilerek hüküm verilmiş olmasına ve bu hususta suiniyeten ayrıca tesbit ve tahkikine lüzum bulunmamasına bînaen dâvalıları vârit olmýan itirazlarının reddiyle hükmün tasdikine" karar vermiş (45), 27/5/1954 tarih ve 5466/2962 sayılı ilâmında: "... satışla doğan şuf'a hakkı dâva açılmak suretiyle kullanıldıktan sonra yapılan trampa akdi ile ortadan kalkmıyacağıma ..." işaret buyurmuş (46) ve böylece aynı mealdeki 21/12/1953 tarih ve 8134/6755 sayılı kararını teyit et.

-
- (43) TÜRKMEN - KAZANCI - YÜKSEL - ÜNSEV - ER-TEN, "Türk Gayrimenkul Hukuku" cilt 1, Ankara 1956, sah. 621.
- (44) TÜRKMEN - KAZANCI - YÜKSEL - ÜNSEV - ER-TEN, "Türk Gayrimenkul Hukuku" cilt 1, Ankara 1956, sah. 622.
- (45) TÜRKMEN - KAZANCI - YÜKSEL - ÜNSEV - ER-TEN, "Türk Gayrimenkul Hukuku" cilt 1, Ankara 1956, sah. 622.
- (46) TÜRKMEN - KAZANCI - YÜKSEL - ÜNSEV - ER-TEN, "Türk Gayrimenkul Hukuku" cilt 1, Ankara 1956, sah. 622.

miştir (27). Bütün bu kararlardan çıkan müşterek netice, şuf'a hakkını bortaraf etmeye mâtufl teşebbüslerin kanunen korunmiyacağıdır, nitekim Feyzi FEYZİOĞLU da, bu kabîl hallere temasla şöyle diyor : "Çünkü sâatişla, şefiin hakkını istimal imkânı hâsil olmuştur. Bilâhare, şuf'a hakkı sahibi henüz bu hakkını kullanma imkânını zayı etmeden önce, müşterinin, meğer bâyie de olsun, yapacağı iadei ferağ, sîrf hakkın kullanılmasına mâni olmak gayesini taşır" (48).

Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 17/4/1956 tarihli son içttihiadi, hiç şüphe yok ki, Medenî Kanunumuzun 2 nci maddesi hükmüme de mugayirdir. Adliye Vekâletimiz tarafından türkçeye tercüme ettilmiş olan meşhur Zürich şerhinde "Giriş ve kişinin hukuku" kısmının şârihi bulunan beynelmile şöhret sahibi Prof. A. EGGER'in (49) bu eserin 2 nci madde şerhinde No. 8 de, bu maddenin mer'iyet sahasının İlbirinci maddenin kinin aynı olduğuna işaret suretiyle atıf yaptığı 1 nci madde şerhi No. 4 de bu prensiplerin doğrudan doğruya yalnız İsviçre Medenî ve Borçlar Kanunu hakkında değil, teknil Federal Hususî Hukuk, binnetice hususî sigorta mukavelesine mütedair federal kanun ve ttâli kanunlar denilen diğer kanunlar, maddî iffâs hukuku ve İsviçre Medenî Kanununa ait nizamnameler hakkında da cari olduğunu, Resmî Külliyyatın 51 inci cildinde III üncü kısmında sah. 109 da neşredilmiş olan Federal Mahkemenin bir ararını da zikretmek suretiyle kaydettikten sonra : "Fakat bu prensipler Federal Muhakeme Usulü ve İcra Hukukunda da cari olmak lâzım gelir" hükmüne varmaktadır.

(47) TÜRKMEN - KAZANCI - YÜKSEL - ÜNSEV - ERDEN, "Türk Gayrimenkul Hukuku" cilt 1, Ankara 1956, sah. 623.

(48) "Şuf'a hakkının kullanılması mümkün olan ve olmayan tasarıflar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakultesi Mecmuası, Cilt XI, ssayı 1 - 2, sah. 228.

(49) "İsviçre Medeni Kanunu şerhi, Giriş ve kişinin hukuku", Adalet Bakanlığı yayınları, cilt 1, çeviren : Volf ÇERNİS, Ankara 1947.

İşte Medenî Kanunumuzun :

“Herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifadda hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.

Bir hakanın sırf gayri izrar eden suistimalını kanun himaye etmez”

diyen 2 nci maddesinin mer'iyet sahası bu kadar şümüllüdür. Prof Egger'in bu maddenin vazifesi hakkında verdiği izahat (50), tekrar tekrar ve dikkatle okunmağa läyiktir :

“a) İki ana telâkki karşı karşıya bulunmaktadır (Genel giriş N. 28, 29). Bir taneSSI — pozitivist olanı — kanunun esas itibariyle kendi kendine yettiği düşüncesinden hareket eder. O, sубjektif hakanın muhtevasını kesin bir surette tâyin eder. Bundaın dolayı hüsnüniyet kaidelerine, Roma Hukukundaki duurumun tersine olarak, ancak gayet mahdut bir vazife düşebilir. Bunların tek bir vazifesi kalmıştır, o da, hukuki muamelelerin tefsir ve tamamlanmasına hizmet etmekten ibarettir. Bu keyfiyet bir tarafa bırakılacak olursa, bir kimseñin borçlu veya hak sahibi olup olmadığını, olduğunu takdirde, ne dereceye kadar ve ne kadar müddetle olduğunu kanun tâyin eder; hüsnüniyet kaidesi ise, olsa olsası, varlığı kabul edilen bir talep hakanın ne tarzda kullanılması lazımlı geldiğini tâyin eyleyebilir (bak. BG Bl. mad. 242). — Diğer telâkki — tartıcı olanı — kanunun, hukuki hayatı kendi başına var olamayacağunu ileri sürmektedir. Mahiyeti itibariyle hukuki fikirlerim — ister istemez bazan daha çok bazan daha az eksiklikler arzeden — teknik ifadesinden ibaret olan keçur, hukuki fikirden yan hüsnüniyet kaidelerinden işbu alıntılu-

(50) Sözü geçen eser'in Türkçe tercumesi, mad. 2, No. 6 ve 7. sah.,
84-85.

dir. — Bu kaideleler, kanunun tatbikunda yol gösteren yıldız olmalıdır. İMK ısdar edilirken, İsviçre hukuk literatürü 2 nci madde karşısında esas itibarıyle menfi bir cephe almış ve az çok katiyetle birinci noktai nazari kabul etmiştir, bak. Heuberger, A. Huber, Stähelin, Cordey. Fakat burada, Eugen Huber'in (*Recht und Rechtsverwirklichung*, 139) bahsettiği büyük değişiklik meydana gelmiştir. O zamandanberi literatür, fakat bilhassa başta Federal Mahkemeninki olmak üzere mahkeme içtihatları, alelitlak ikinci noktai nazari iltizam etmişlerdir.

b) Demek ki tatbikat, hüsnüniyet kaidelelerini, bütün hakların kullanılmamasında hudoft olarak kabul etmektedir (FMK. 45 II 398, 47 II 453). Tatbikat, hayatın çeşitliliği dolayısıyle, bütün hâdiseleri görmenin ve talep haklarını eksiksiz bir surette tanzim etmenin kanunu için mümkün olmadığını, koyduğu normların kâh fazla dar, kâh fazla geniş olduğunu ve hüsnüniyet kaidelelerine, yazılı hukukun bu eksikliklerini telâfi etmek vazifesinin düştüğünü kabul etmektedir (FMK. 40 III 160). Bu telâkki, esas itibarıyle İsviçre Mahkeme İçtihatlarının kanunlar hakkındaki an'anevi görüşüne; ancak bu görüş, 2 nci maddenin mevkiiine, matlabına ve muhtevalasına uygundur. Mad. 2 mevzu bakımından, 1.inci madde nin doğrudan doğruya devamını teşkil etmektedir. Bu madde (yani 1inci madde) objektif hukuktan, o madde (yani 2 nci madde) sâbjektif haktan hareket ediyor, birincisi yargıcı, ikincisi hak sahibi ve borçluya hitap ediyorsa, bu, yalnız ifade şeklindeki farklılardan ibarettir. Mad. 2 dahi hâkim'e hitap etmektedir (FMK. 38 II 462). Bu madde, birinci maddeyi açıklamakta; yargıcı, hukukun tatbiki için 1inci

bu madde gereğince yol gösterici ve kesin direktifi vermektedir".

Aynı maddenin şerhinde No. 12 de mâruf müellif sözlerine şöyle devam ediyor :

"2 nci madde amir hükümler ihtiya etmektedir (FMK. 52 I 75). Bu madde amme intizamı ve adaap (ahlâk) mülâhazasıyle sevkedilmiştir (Mutzner, son balb, mad. 2 N. 22). Bu itibarla, re'sen tatbik edilmelidir (Gmür, N. 20, K. Huber 100)".

Memleketimizdeki tatbikatın bu mevzuda nasıl bir seyir takip ettiği'ni tetkik edecek olursak, memnuniyetle müşahede ederiz ki Eugen Huber'in bahsettiği büyük değişiklik bizde de vuku bulmuş, Temyiz Mahkememiz, şarîh EGGER'in temenni ettiği gibi, ikinci maddedeki ana prensibi, kanunun tatbikatında yol gösteren yıldız olarak kabul etmiştir. Nitekim 14/2/1951 tarih, E. 17, K. 1 sayılı tevhidi içihat kararına göre: "Vakia ve karinelerden olayda kanunen iyi niyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötü niyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmaz ve dâva hakkının doğunuşunu sağlanan veya bertaraf eden iyi veya kötü niyet bu durumda makke-mece re'sen nazara almabilir".

Karz muamelesini temin eden gayrimenkul rehninin, rahinin temyizz kudretinden mahumiyyeti sebebiyle terkin edildiği takdirde alacağım tabii olduğu müruruzamanın rehnin terkini hakkındaki hükmün kesinleştiği tarihten itibaren cereyana başlaması icapettigine dair olan 9/3/1955 tarih., E. 22, K. 2 sayılı en yeni tevhidi içihat kararlarından birinde (51), Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihat Hukuk Kımı Umumî Heyeti, Medenî Kanunum 2 nci maddesini rehber ittihaz etmekte tereddüt buyurmanıştır :

(51) Resmî Gazete, 27 Haziran 1955 tarih ve 9039 sayılı nüshası.

“.... 15inci maddenin, mümeyyiz olmayan kimse tarafından, diğer taraf aleyhine dermeyan edilmesi de hal ve şartlara göre hüsniyet esaslarına aykırı bir durum mahiyeti arzedebilir. Filhakika mümeyyiz olmayan kimse temyiz kudretine sahip olsa idi aynı suretle hareket edecek yani normal zekâlı bir insan dahî aynı tarzda muamelede bulunacak idi ise, temyiz kudretinden mahrum olduğunu ileri sürerek muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyan edememelidir. Aksi takdirde temyiz kudretinden mahrumiyet hukuki muamelâtta gereklî emniyeti ihlâle müncer olacak bir teşevvüş ve istikrarsızlık âmili mahiyetini alır ki, bunu tecvize imkân yoktur. Zira her türlü sübjektif hakkın kullanılmamasını objektif hüsnüniyet prensiplerinin yani cemiyete hâkim olan dürüstlük kaidelerinin murakabesi altına vaz'eden Medenî Kanunun ikinci maddesi buna manidır. Nitekim mümeyyiz olmayan kimsenin tasarrufunun hukukan hüküm ifade etmeyeceği kaidesini vaz'eden 15inci maddenin ikinci fıkrasıyle mahfuz tutulan istisnalar arasında ikinci maddede ifade edilen objektif hüsnüniyet esasına aykırılık hali de mevcuttur. Başka tâbirle, mümeyyiz olmayan tarafından hukuki muamelenin hükümsüzlüğü iddiast objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı olduğu takdirde dinlenmez, zira bir hakanın suistimalı durumuna girer ve kanunî himaye den mahrum olur. Nitekim borçlunun hileli bir hareket tarzi ile alacaklıyı hakkını vaktinde dermeyan etmekten ulkoymuş olduğu hallerde zamana-

şunu veya hakkın içtihatları tarafından kabul edildiği gibi ezciüle babalık dâvasına mütaallik hak suküti süresi bakımından Temyiz Mahkememizce de kabul edilmişdir..."

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin 28/11/1955 tarih, E. 955//6657, K. 7754 sayılı münteşir kararı da (52) aynı doğru görüşün başkan bir misalidir :

" Bir hukukî muamelenin o muameleyi yapanın temyiz kudretinden mahrum bulunması sebebiyle bâtil olduğunu ileri sürme hakkı dahi, bütün haklarım kullanılmamasının sınırlarını gösteren Medenî Kanunun ikinci maddesi hükmüne tabii bulunmasına ve bir hakkın kanun tarafından kabul edildiği gayeden başka bir gaye için kullanılmasmış o hakkın afakî iyi niyet kaideleme aykırı kullanılması mahiyetini arz etmesine, temyiz kudretinden mahrum olam kimsenin muamelelerinin Medenî Kanunun 15 inci maddeşinin birinci fıkrası uyarınca hükümsüz sayılmasıyle kanun koyucunun o kimseyi ruhî durumu icabı makul olmayan hareketlerinin zararlı neticelerinden korumayı hedef tutmuş olması dolayısıyle temyiz kudretinden mahrum olan kimsenin yaptığı muamelenin aynı kayıt ve şartlar altında hareket eden müimeyyiz bir kimsenin muamelelerinden farksız olduğu ve bu sebeple zararlı bir mahiyet göstermediği hallerde Medenî Kanunun 15 inci maddeşine dayanılarak muamelenin hükümsüzlüğünü ileri sürenin hakkı gayesi dışında kullanıma şeklinde tecelli edeceğî cihetle Medenî Kanunun ikinci maddesi hü-

(52) "Tatbikatta Yargıtay Kararlari" dergisi, 15 Ocak 1956 tarihli sayısı sah. 2053.

müne a y kırı olacağına ve kanun taraflıdan korunmayaçağın a, Temyiz Mahkemesi İctihadî Birleştirme Heyetince verilmiş olan 9/3/955 günlü içtihadî birleştirme kararının gerektirici sebeplerinde yazılanlar dahi meselenin bu zaviyeden incelenmesini gerektirmesine göre dâvalının duruşma sırasında ve lâyiħalarında ve bilhassa 24/4/953 günlü cevap lâyiħasında dâvacılardan mümeyyiz olmadığı iddia edilen Yusuf Onur'un ödünç para almış ve iptali istenilen senetleri vermiş olmasının ve ödünç aldığı parayı kullanma şeclinin tamamiyle mümeyyiz bir insanın aynı şartlar altındaki hareket tarzından farklı bir mahiyet arzetmediğinin ispatına müntehi olan müdaħaalaları tâhkid olunmaksızın huküm verilmiş olması kanuna aykırıdır ve karar tashîhi isteği bu bakımdan Usulün 440inci maddesine uygundur..”

Acaba tetkik mevzuumuzu teşkil eden gabin dâvasında, taraflar, 29/3/1955 tarihli sözü geçen tevhidi içtihat kararında ifade edildiği üzere, “her türlü sübjetif hakkın kullanılmasını objektif hüsnüniyet prensiplerinin yanı cemiyette hâkim olan d ü r ü s t l ü k kaide'lerinin müraakkabesi altına vazeden “veya Ticaret Dairesi kararındaki ibareve nazaran “b ü t ü n hakların kullanılmasının sınırlarını gösteren Medenî Kanunun ikinci maddesi ‘hükümne’” uygun hareket etmişler midir? Maddi vâlikâlar hatırlanacak olursa, buna verilecek katî cevap : “Ne gezer!” den iibarettir. Filhakika tarafların dürüst hareket etmek söyle dursun, sîrf seffîn muktesep hakkını akım bırakmak maksadiyle bu dâvayı ihdas ettikllerî vakia ve karinelerden o kadar ortadadır ki, 14/2/1951 tarih, E. 17, IK. 1. sayılı tevhidi içtihat kararı gereğince, kötü niyetin ayrıca ispat edilmesine sebep ve vecih yoktur ve bu durumda kötü niyetin mahkemece re'sen dahi nazara alınması doğrudur, zira :

a) Şefi (İ. İ.) nin müsteri (N. N.) aleyhine açmış olduğu şu' a dâwasında, dâvalı müsteri; ibraz ettiği bâzı vesaike istinaden fariği ile kenâlisi arasında hûsusî bir ortaklık bulunduğu ve meşfuunbih hissenin bu

ortaklığın tasfiyesi zimminda kendisine ferağ edildiğini müdafaaeten derr-meyan etmiş, aleyhine hüküm sadır olsa, tasarlamış olduğu anlaşılıan gabin dâvasında fariği ile mutabık kaldığı üzere, çıkacak fesih kararının şuf'a hükmünden önce kesinleşmesini temin için, şuf'a dâvasında vakiit kazanmak maksadiyle şuf'a hükmünü temyiz etmekle beraber Temyiz'de mürafaaa istemiş ve Temyiz tasdik ilâmına karşı tashihi karar talebindle bulunmuş ve bu suretle son dakikaya kadar mücadele etmiştir. Halbulki aynı müsteri, fariğin açtığı (daha doğrusu ona açtırdığı) gabin dâvasında, şuf'a dâvasını mahkemeden gizlemiş, dâvayı "satıştan caymışisse müddeabibi geri alabilir" beyaniyle ve teklif edilen yemini eda etmiyeceğini söylemek suretiyle, hemen kabul edivermiş ve mahkeme kalemine zahmet ederek temyiz talebinden feragat etmiştir.

b) Fariğ (O. B.)'nin de hüsnüniyet sahibi olmadığı muhakkaktır, çünkü (N. N.) ile ortak olması itibariyle, uzun müddet devam eden şuf'a dâvasından haberdar bulunduğuun kabulu zaruridir. Esasen, tapu kaydının celbini önlemek için, tapu senedi aslını ibraz etmesi de, şefi lehim mevcut olan ihtiyatı tedbir ile İcra ve İflâs Kanununun 28 inci maddesi gereğince gayrimenkul kaydına verilmiş olan şerhin mahkemece öğrenilmemesi maksadına müstenittir. Böyle olmasa idi de, fariğ (O. B.)'nın şuf'a dâvasından hakikaten haberi bulunmasa idi, kendisi hukuken yime hüsnüniyet sahibi olduğunu ileri süremezdi, sebebine gelince : Sayım Ta-hir SEBÜK'ün, değerli eserinde belirttiği gibi (53) : " 657 nci madde mücibince mülkiyetin kanunu takyidi olan kanunu şuf'a hakkı tapu siciline kayda hacet olmaksızın muteberdir. Tapu siciline kayıt ve tescil ancak bu kanunu takyidin ilga ve tâdili için bahis mevzuu olur. 659 uncu maddeye göre de gayrimenkulün hissedarları, onun şartı bir hissesini satm alam üçüncü şahıslara karşı şuf'a hakkını haizdir. Binaenaleyh tapu siciline

(53) Söyü geçen eser, sah. 144. Aynı mevzuda karşılaşırınız. VE-LİDEDFOĞLU - ESMER, adı geçen eser sah. 430 : "Gerci kanunu şuf'a hakkı tapuya ayrıca serh edilmezse de buna esasen lüzum voktur - zira bir gayrimenkul hisseli olarak tescil edilince, hissedarlardan her birinin, diğerinin hissesi üzerinde şuf'a hakkı mevcut olması kanun icabıdır. Binaenaleyh üçüncü şahısların, şuf'a hakkının varlığını bilmemeleri ve hüsnüniyet iddiasında bulunmaları mümkün değildir".

ayrıca kayda lüzum olmaksızın kanun hükmü icabı miteber olan ve satın alan her üçüncü şahsa karşı kabili dermeyan olan bu hakka, gerek hisseyi satan (mükellef), gerekse mezkûr hisseyi satın alan (üçüncü şahıs) riayetle mükelleftir. Bunlar kanunun kendilerine taahmil ettiği bu mükellefiyeti bilmektedirler". Binaenaleyh hâdisemizde bayi, aksinin iddia ve ispatı caiz olmayan bu kanunî faraziyenin hilâfına olarak bu mükellefiyeti bilmediğini illeri süremez, bahusus ki, hâdisede şef'i saatış tarihinden itibaren bir ay içinde şuf'a dâvasını açmış ve ihtiyatlı tedbir de almış bulunuyordlu. Dahası var : Fariğ (O. B.) gabin dâvasını 11/2/1955 tarihinde yâmi şuf'a dâvasının mahallî mahkeme de şef'i lehine neticelendiği tarih olan 20/12/1954 den sonra açmıştır. Bundan başka, gabin dâvasının ikame tarihinden öncे meşfuunbih hisseler üzerine 17/4/1954 tarihinde ihtiyatlı tedbir konmuş olduğu gibi İcra ve İslâs Kanununun 28 inci maddesi gereğince de şuf'a hükmü gayrimenkulün kaydına 21 //12/1954 tarihinde şerh verilmiştir. Bilindiği gibi, Medenî Kanunun 921 imci maddesinin bir tatbik şeklinden başka bir şey olmayan sözü geçen 28 inci maddeye göre, " gayrimenkul dâvalarında dâvacının lehine hükmü sadır olduğu takdirde, mahkeme dâvacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimîyle beraber hülâsasını tapu dairesine bildirir. Tapu dairesi bu ciheti hükmolunan gayrimenkul kaydına şerh verir. Bu şerh trasarruf hakkının herhangi bir şekilde kullanılmasına mâni olmaz ". Mahkemenin bu madde mucibince hüküm hülâsasını tapu dairesine re'e sen bildirmesinden maksat, hükmün tefhimîyle kat'ileşmesi için geçecek zaman fasılásında yapılacak herhangi bir ferağ muamelesinde, lehine hükm verilen kimsenin haklarını muhafaza etmektir. Buradaki şerh, mahkeme kararının kesinleşmesine kadar — kararın nakzî halinde yeniden kat'ı bir hüküm sadır oluncaya kadar — devam edeceği cihetle müvakkat şerh mahiyetini haizdir. Görülüyorki, mezkûr 28 inci madde, ilgili gayrimenkulü iktisap edecek olan üçüncü şahısların hüsmüniyet iddialarını bertaraf ederek, lehine hükm sadır olan şahsin haklarını himayeye mâtuftur (54).

(54) VELİDEDEOĞLU - ESMER, sözü geçen eser sah. 474 ve 475.

c) Bütün bunlardan katı nazar sîrf halin icabı bile, samimî bir gabin dâvası açacak bir fariğin, dâvayı açmadan evvel, tapu sicilini tettik ederek mebi gayrimenkul hisselerinin hâlen de müsterisi adma katıylı olup olmadığını araştırmasını emreder, çünkü müşterinin arada geçen zaman zarfında mebii başkasına satmış olması muhtemel olduğu gibii, şefiin kanunî şuf'a hakkını kullanmış olması itibariyle bu yüzden sîcilde birtakım değişikliklerin husule gelmiş olmasını daima hesabâ katması lâzımdır (55). Binaenaleyh icabı hale göre kendisinden beklenen bu ihtiyamı sarfetmiyen kimse, hüsnüniyet iddiasında bulunamaz (Medenî Kanun, madde 3).

(55) Kissadan hisse çıkarılması için Temyiz Beşinci Hukuk Daiisinin Adalet Dergisinin 1950 Kasım nüshasında sah. 1551 - 1552 de yayınlanan aşağıdaki kararını okumak ve mahallî mahkemenin; meşfuunbih hisselerin birinci satışta 2.000,— liraya satılmış iken yalnız 11 gün sonra 4.000,— liraya tekrar satılması keyfiyetini muvazaanın ve binnetice suiniyetim varlığını farz etmek için kâfi gördüğünü gözönünde tutmaîk yeter :

"Dâva dosyasındaki tapu kayıt ve diğer kâğıtlar münderecatna göre dâvacıların 82/768 ve 55/96 payına sahip oldukları Çengelköy'de Yeni Su Yolu Defterzadâ sokağında eski, 6, 13, 13 mükerrer yeni 3/1, 13, 5 sayılı bir bap ev ve bostan odasını müstemil ayvalık bahçesi denilmekle anılan gayrimenkulün 2/8 payı sahipleri Mârika ve Katina 27/6/1946 tarihinde iki bin lira bedelle dâvalılardan Ahmet ve Faik'a ve bunlar tarafından da 8 Temmuz 1946 tarihinde dört bin lira bedelle diğer dâvalı İhsan İsmail Özkal'a satılmış ve dâvalılar alehine 15/7/1946 tarihinde şuf'a dâvası açılmıştır. Bir hâkîkîn doğumu için asıl olan iyiniyet olmakla beraber halin icabına göre kendisinden beklenen ihtiyamı gos termeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamıyacağı kanunun açık ve kesin esas kaide ve hükümleri gere-

Velhasıl neresinden bakılırsa bakılsın, hâdisede gabin dâvasındaki tarafların hüsnüniyet sahibi olmadıkları ve işbu dâvanın sîrf şefiin muktesep hakkını akım bırakmak maksadıyla ihdas edildiği muhakkaktır. O halde böyle bir gabin dâvası neticesinde sadık olan bir hukümle, şefiin hakkı yok edilemez, zira başka hiçbir kanunî mesnet olmasa bile. Međanî Kanunun 2 ncı maddesi buna kat'iyen müsaade edemez.

Nasıl ki, satıcı ile alıcının şef'i şuf'a hakkını kullandığını beyan ettikten sonra, satış akdini fesih veya iptal etmeleri, Federal Mahkemenin de belirttiği üzere, şuf'a hakkı sahibinin muktesep hakkını halelcedar edemezse, satıcı ile alıcının zevahiri kurtarmak içinen müsanna bir gabin dâvası ile bir ilâm istihsali yoluna gitmiş olmaları, şefiin muktesep hakkını evleviyetle ıskat edemez.

Bu düşünce pek mâkul olduğu için, doktora tezinin "Şuf'a hakkının kullanılması için gereken şartlar" adlı müntesir kısmında gabin nmevzuuna temas etmek fırsatını bulan Feyzi FEYZİOĞLU (56) : "Burada bir ayırma yapmağa ve nisbî butlanla mâlûl bir okitte fesih salâhîyetinin şuf'a mükellefinde yahut muktesip üçüncü şahista bulunuşunna göre (şuf'a hâdisesinin gerçekleşmesi) imkânlarını araştırmaya da

ğindiendir. Nizâti aayrimenkülün 2/8 hissesinin tapuca feragi ile şuf'a haklarını kullanma yetkisi gelen paydaş dâvacılara kanunî süre içinde dâvalılardan Ahmet ve Faik tarafından diğer dâvalı İsmail İhsan Özkal'a bir misli fazla bedelle devreylemeleri ve İsmail İhsan Özkal'm kanunî şuf'a süresi geçmeksizin meşfu hisseyi satın almak suretiyle gerekten ihtiyamı göstermemiş olmasının itibarıyla olayda iyiniyet iddiâsında bulunamaz. Binaenaleyh takdiri yargica ait bulunan delillerle meşfu hissenin İsmail İhsan Özkal tarafından devren iktisabının kötüniyetle vuku bulduğu mahkemece kabul edilerek olveçhile huküm verilmesinde bir yolsuzluk görülmemiştir..."*

(56) Sözü geçen yerde, sah. 574.

ımkal yoktur. Yeter ki, ortaya sîrf şefîn şuf'a hakkını istimaline mâni olmak gayesiyle bir butlan sebebi çıkartılmış olmasın" demek suretiyle aynı fikri ifade etmiş bulunmaktadır.

Kayda şayandır ki, bayi ile müsteri arasında cereyan eden gabin dâvasında, dâvacı gabin hususunda yeminden başka delili olmadığı ve dâvalıya bu hususta yemin teklif ettiğini beyan eylemiştir. H. U. M. K. nun 551 inci maddesine göre ise yemin, müsterinin mirasçısı olmamış şef'i hakkında detlik teşkil edemez, zira bu maddede sarahaten : "Yemin, ancak icra eden ve teklif edilen kimsenin ve mirasçılarının leh ve aleyhlerinde delil teşkil eder. Diğerleri için delil teşkil edemez" denilmektedir.

Şu hale göre, dâvacı bayiin, gabin iddiası hakkında şef'i e kâşf ikame edebileceği mûteber bir delili de hâdisede mevcut değildir.

Temyiz 1. Hukuk Dairesinin 17/4/1956 tarihli son bozma kararında : "Şuf'a hakkı şayian tasarruf edilen bir gayrimenkule yabancı bir hissadarm bey' akdi sebebile dahil olmasını önlemek içindir" ve "...bütünlere yabancı bir şahsim gayrimenkulün hissedârları arasında dahil olmadığı tesbit edilmiş olmaktadır" yolundaki cümlelerle, şuf'a hakkının gâyesine temas edilmekte ve eski hissedârm meşfuunbih hissenin maliki bulunduğu; gabin dâvası hakkındaki hükmüle tesbit edilmiş olduğuna göre şuf'a hakkının kullanılması için kanun vazının istihda ettiği — gayerin — hissenin yabancı bir kimseye geçmemesi olması itibariyle — mevcut olmadığı ifade edilmek istenmektedir. Halbuki şuf'a hadisesinin gerçekleşmesinden ve bu suretle şuf'a hakkının doğmasından sonra, hissenin eski sahibine iadesinin muktesep şuf'a hakkını ortadan kaldırıramiyacağının ilmi ve kazâ-i içtihatlarca kabul edilmekte olduğunu yukarıda misallerle anlatmıştık. Bundan başka, kanunî şuf'a hakkı ile tâkip edilen gâye, sîrf yabancı bir kimsenin hissedar olmasını önlemek değildir. Temyiz Ticaret Dairesinin muhterem Reisi Tahir SEBÜK'ün buyurduğu gibi : "Fakat zamanımızda kanunî şuf'a daha başka bir gayeye yaramakadar. Müsterek mülkiyet, idare ve işletme bakımından büyük güçlükler arzettimekte ve birtakım ihtilâflara yol açmakta olduğu gibi iktisadî de bu-

lunmadığından kanunî şuf'a ile müsterek mülkiyet münasebetinin kolaylıkla çözülmesi gayesi güdülmektedir (57).

Temyiz 1. Hukuk Dairesinin son içtihadı, adalete de uygun dlegildir, zira 20/6/1951 tarih ve E. 15, K. 5 sayılı tevhidi içtihat kararına göre, şefi irade beyanını müsteriye isal edince, meşfu hissenin nef'i ve hasarı şefie intikal etmekte olduğu halde, sayın 1. Hukuk Dairesi, bey' alkinin mukadderatma karşı şefiin seyirci kalmasını istemektedir. Bunu bir misalle canlandıralım. İki milyon değerinde bir apartmanın dörtte bir hissesinin satılması sebebiyle, gayrimenkulün diğer dörte üç hissesine sahip olan (A), müsteri (B) ye karşı şuf'a hakkını kullanmış ve şuf'a beyanı bilfaz 15 Nisan 1956 tarihinde müsteriye vâsil olmuştur. Bu anda dörtte bir hissenin nef'i ve hasarı şefie intikal etmiş olduğundan, iki gün sonra 17 Nisan 1956 da apartman tamamen yansa, şefi şuf'a bedelini müsteriye ödemekle borçlu olacaktır. Halbuki bu muhtaçaya katılan şefie, 1. Hukuk Dairesi, son içtihadında, bâyiin açacağı bir lesih veya iptal dâvasına müdahale etmek hakkını bile tanımıyor. Nîmetin kulfete göre olması adalet icabından değil midir, şefiin, bœy' alkinin kulfetlerine katlanması, ezcünile şuf'a bedeli ile diğer masrafları tedarik ederek mahkeme veznesine depo etmesi, buna rağmen, bœy' alkinde hiç söz sahibi olmaması munsif ve reva midir? Bu suale verecek cevap ancak "hayır!" olabilir, çünkü bu soruyu başka türlü cevaplamadımaşa adalet hissimiz ve hukuk zevkimiz bile mânidir.

Nihayet istîtraden arzedelim ki, şuf'ada mühim olan an, şuf'a beyanının muhataba varmak suretiyle bu hakkın hükmünü husule getirdiği andır. yoksa şuf'a dâvasında mahkemece dâvacı lehine verilen hükmün erken veya geç kesinleşmesinin ehemmiyeti yoktur, çünkü bu hükümlü ihdası değil, izharî mahiyettedir. Bu hükümlle, mahkeme; yeni bir hak ihdas etmiş, hattâ tanımı bile olmaz. bilâkis şuf'a hakkının, bu

(57) Sözü geçen eser, sah. 141 ve oradaki atıflar.

husustaki irade beyanının müşteriye vâsil olduğu andan itibaren doğmuş ve var olduğunu sadece tesbit etmiş olur, zira şuf'a hakkı yenilik doğuran haklardandır. Bu mahiyetteki haklar ile alelâde talep hakları arasındaki büyük farka işaret eden güzide hukukçu von T u h r, mârif eserinde diyor ki (58) :

“Buna mukabil yenilik doğuran haklar, kaideten dâvaya hacet olmaksızın, kullanılırlar. Ancak diğer taraf “yenilik doğuran” bir beyanın, meselâ, takasın muteberiyetine itiraz ettiği takdirdedir ki, bir mahkeme kararı talep olunabilir. Bu takdirde hükmü dâvalı için hiçbir borç ihdas etmez, evvelce husule gelen hukukî neticeyi tesbit eder”.

Zürich şerhinde Borçlar Hukuku kısmını yazmış olan OSER - SCHÖNENBERGER'in verdikleri izahata nazaran : “Yenilik doğuran hakkın kullanılması, diğer tarafın işbirliğine ihtiyaç göstermez (iste bu hakkın mümeyyiz vasıtı budur). Kaide olarak diğer tarafa karşı tek taraflı bir irade beyanı bu hakkın kullanılması için kâfidir (meselâ kabul beyanının ulaştırılması). Yalnız anlaşmazlık halinde yargıcın (izharı bir hükmü ile) araya girmesine lüzum vardır” (59).

Netice :

Mesele mühimdir, çünkü Temyiz 1. Hukuk Dairesinin son içtihadında ifadesini bulan görüş Tevhidi İctihat Hukuk Umumî Heyetinde galebe çalarsa, kanunî şuf'a müessesesi fiilen feda edilmiş olacaktır ki, kanunî bir hükmün içtihat yoluyla hemen hemen ortadan kaldırılmasını

(58) *Andreas von TUHR, "Borclar Hukukunun Umumî Kısı",* birinci cilt, çeviren : Cevat EDEGE, İstanbul 1952, sah. 25.

(59) *Adliye Vekâleti nesriyatı, çeviren : Recai SEÇKİN, Ankara 1947, sah. 10, No. 40 ve 41.*

ıntıç edecektir. 20/6/1951 tarih ve 13/5 sayılı tevhidi içtihat kararı güzel bir prensip ortaya koymuştur : "Genel Kurul birbirine muhalif kararlarla mukayyet olmayıp içtihadında serbesttir. Mübayin kararları kendi içtihadına muvafık görmezse kanuna, hal ve maslahata ve adaletle uygun şekilde meseleyi tetkik eder ve karara bağlar". Bu bakımdan ele alınınca, Temyiz 1. Hukuk Dairesinin 17/4/1956 tarihli kararının aranan bu vasıflardan mahrum olduğunu itirafl etmek lâzımdır, çünkü: a) Şuf'a hakkını kullanmakla kanun hükmü gereğince, bey' akdine kendiliğinden dâhil olan şefie, söz ve müdafaa hakkı tanımamak, onu bâyi ile müşterinin bir oyunçağı haline getirmek suretiyle bu içtihat evvelâ bu yönden ve bilhassa hâdise itibariyle Medenî Kanunun 2 nci maddeşinin tamamen ihmâl edilmiş olması dolayısıyle kanuna uygun bulunmamıştır. b) Şefiin zarar görmesi i h t i m a l i n e bile adalet bakımdan tahammül edemiyen Federal Mahkemenin görüşünün tamamen aksine olarak, şefiin yalnız külfetlere katlanması neticesini doğurması itibariyle adalete de aykırıdır ve hele, c) eski tâbiriyle söyleyelim " hayatı hakikiye " ihtiyaçları zaviyesinden hal ve maslahata uygun olmaktan çok uzaktır.

Sîrf hak ve hakikati sevdikleri için ömrlerini feragatle bu uğurda vakfetmiş olan Temyiz Mahkememizin büyük hâkimleri, bu meselede de, en doğru ve âdil tevhidi içtihat kararını vermekte gecikmeyecekler ve bu suretle geçmişte olduğu gibi, doğmuş bir hâkkın kaçamak yollardan akim bırakılmasına müsamâha edilmeyeceğini bir daha ispat edeceklerdir.

~~Y~~
TÜRK CEZA KANUNUNUN 434 üncü MADDESİNİN
ŞÜMULÜ VE TEKERRÜR MESELESİ

Yazan: Ali ARCAK
Tarsus C. Mütdeiumumisi

P L Â N :

I — Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesinin şümülü

- A. T. C. Kanununun 434 üncü maddesine göre tecil
 - a) Kamu dâvasının tecili
 - b) Cezanın tecili
 - c) Tecilin mahiyeti

- B. T. C. Kanununun 434 üncü maddesine göre düşme
 - a) Kamu dâvasının düşmesi
 - b) Cezanın düşmesi
 - c) Düşmenin mahiyeti

II — Cezanın infazından sonra mağdure ile evlenme hali

- A. Cezanın infazından sonra evlenme halinde T. C. Kanunu-nun 434 üncü maddesinin tatbiki meselesi

- B. Cezanın infazından sonra mağdure ile evlenmenin tekerrür hükümlerine tesiri meselesi
 - a) Tekerrür hükümleri tatbik olunamaz düşüncesi
 - b) Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesi kararı
 - c) Tekerrür hükümlerinin tatbikini icabettiren gerekçeler
 - d) Temyiz Mahkemesi 2 nci Ceza Dairesi kararı
 - e) Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyetinin kararı

III — Netice

**I — TÜRK CEZA KANUNUNUN 434 ÜNCÜ
MADDESİNİN ŞÜMULÜ**

Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesi şöyledir :

(Kaçırılan veya alikonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme dâvası ve hüküm verilmiş ise cezanın çekirilmesi tecil olunur.

Müruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir.

Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeler hakkında da geçerlidir.

Evlenme maznun veya mahkûm hakkında hukuku âmme dâvasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller, fiilde methali olanlar hakkında dâva ve cezanın düşmesini müstelzim olur).

Böylece kaçırılan, alikonulan, ırzına geçilen yahut tasaddi edilen kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuundan koca hakkında hukuku âmme dâvası ve hüküm verilmiş ise cezanın çekirilmesi tecil olunur. Suç ortakları hakkında ise, kamu dâvası veya ceza düşer

A — TCK. n u n 434 üncü maddesine göre tecil.

TCK'nun 434 üncü maddesine göre, ya kamu dâvasının teciline veya verilmiş ve kesinleşmiş bir ceza hükmünün teciline karar verilebilir.

a — Kamu dâvasının tecili : Mağdure ile maznunlardan biri evlenirse, kamu dâvasının teciline karar verilmek lâzımdır. Dâwanın teciline karar verilebilmesi için evlenme muamelesinin hüküm verilmeden önce veya verilen hüküm kesinleşmeden evvel tamamlanması isticap eder.

Yargılama devam ederken evlenmenin tahakkuku halinde, esassa girişerek meselenin münakaşasma ve ceza tatbikine mahal yoktur. Yargılama bitmeden ve hattâ ceza tertip edilmiş olsa bile hüküm kesinleşmeden evlenme muamesinin yapılması halinde, doğrudan doğruya kamu dâvasının teciline karar verilmesi gerekir. Ceza tertip edilerek cezannı çekirtilmesinin teciline karar verilmez (1).

Hazırlık soruşturmasında evlenme vukubulursa, bu haldle Cumhuriyet Müddeiumumisinin dâvanın teciline karar vermek yetkisi yoktu. Böyle bir durumda, talepname ile Sorgu Hâkimliğine veya iddia-name ile mahkemeye kamu dâvası açılması ve tecil kararının Sorgu Hâkimliğince veya mahkemece verilmesi lâzımdır.

İlk tâhkîkat sırasında evlenme yapıldığı takdirde, 12/1/941 tarihli tevhidi içtihat kararında münakaşa ve kabul edildiği üzere, Sorgu Hâkimliğince dâvanın teciline karar verilebilir (2).

b — Cezanın tecili: Mevzuubahis suçlardan ötürü ceza tertip olunup hükmü tesis olunmuş ve kesinleşmiş ise, bu halde cezanın çekirtilmesinin teciline karar verilir. Tecil kararını hükmü veren mahkemeden almak icap eder. Şayet hükümlü cezasının infazı için cezaevime alınmış olsa bile, evlenme halinde, mahkemeden alınacak karala hükümlünün cezaevinden tahliyesi lâzım gelir.

Hüküm verilmiş ve henüz kesinleşmemiş ise, cezanın çekirtilmesiniin teciline mi yoksa dâvanın teciline mi karar verilecektir? Yukarıda temas

?

(1) : *Suçlu mağdure ile hükümden evvel evlenenin olmasına görce, dâvanın ceza tâvin edilmeksiz'n tecili icap ederken ceza tâv'n edilmesi yolsuzdur (Temyiz 4 . C. D. 21/11/944 gün ve esas 10201, Karar 11820 sayılı).*

(2) *Kaçılmak veya irza geçmek gibi hallerinden dolayı Sorgu Hâkimlerince yapılan ilk tâhkîkat sırasında mağdure ile maznun arasında evlenme vukuunda, 434 üncü maddedeki sarahate yore, amme dâvâsının teciline karar verilmeli: kanunun ruh ve maksadına muafiftir. (Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihâdi 12/11/941 gün ve esas 7, Karar 229 sayılı).*

ettilerimiz üzere, ceza tertip olunmuş olsa bile, huküm kesinleşmeden henüz infazı kabil bir ceza mevcut olmayıp mesele dâva halinde bulunduğuunda, davanın teciline karar verilmek icap eder (5).

c — Tecilin mahiyeti : Gerek davanın tecili ve gerekse cezanın çektilmesinin ve tecilinin mahiyeti nedir? Evlenme ile tecil halinde, sanığın kamu dâvası ile ve hükümlünün ceza ile her türlü bağıntısı kesilmiş midir?

TCK. nun 434 üncü maddesinin 2 nci fıkrası; (Müruruzaman haddiine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce huküm verilmiş ise ceza çektilir) demektedir.

Bua göre, mağdure ile maznun yahut hükümlünün bu evliliği, müruruzaman sonuna kadar devam etirmek mecburiyeti vardır. Bu müddet içinde boşanma vukubulduğu ve bu boşanma keyfiyetinde erkek tarafından haksız bir harekelle boşanmaya sebebiyet verdiği anlaşıldığı takdirde, davanın teciline hükmelenmiş ise sanık hakkında takibat yenilenir. Şayet evvelce huküm verilmiş ise, ceza hükümlüye çektilir.

Kaydedelim ki, Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesindeki tecilin mahiyet, esas ve gayesi ile dayandığı sebep ve objektifliği, aynı kanunun 80 uncu maddesinde kabul edilen ve Hâkimin takdir hakkına terk edilmiş bulunan cezanın tecilinin mahiyet, esas, gaye ve sebeplerinden bambaşkadır.

(5) : Kaçırıldığı iddia olunan Nazmiye ile sanıklardan Osman'ın hükümen temyizini mütaakip 23/2/949 tarihinde evlenme akitlerinin icra edildiği Osman tarafından mahalli mahkemesi vasıtasiyle gönderilen Nüfus Müdürlüğünün yazısı ile taavyün ettiğinden TCK. 434 üncü maddesi gereğince zaman aşımı haddine kadar haksız olarak vukua getirdiği bir sebeple boşanmaya hükmedildiği takdirde takibat yenilenmek üzere, sanık Osman hakkındaki kamu dâvasının teciline ve stilde met-hialdar oldukları iddia olunan Yasar ve Mehmet haklarındaki hükümlerin bozularak kemu dâvasının düşürülmesine karar verildi (Tem. 5. C. D. 11/4/949 gün ve esas 457, Karar 1411 sayılı).

B — Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesine göre düşme :

Suça iştirak edenler varsa, başka bir deyişle, suçu işliyenler birden fazla ise bu halde, mağdure ile evlenen sanık veya hükümlüden gayri şerikler hakkında 434 üncü maddenin son fıkrası gereğince kamu dâvanım veya cezanın düşmesine karar verecektir.

a — Kamu dâvasının düşmesi : Sayet suç birkaç kişi tarafından birlikte işlenmiş ise, evlenme halinde, mağdure ile evlenen maznunun dâvası tecil olunurken bu suça gerek aslı ve gerekse ferî şekilde iştirak etmiş olan diğer şerik maznunlar hakkında dâvanın düşmesine karar verilir. Dâvanın teciline karar vermeğe yetkili olan merciler, düşmee kararı vermeğe de salâhiyetlidirler.

Şerik olan sanıklar hakkında, dâvanın teciline karar verilemez (4).

b — Cezanın düşmesi : Ceza verilip kesinlestikten sonra veya infaz halinde iken hükümlülerden biri ile mağdure arasında evlenme akdi icra olunursa, şerik bulunanlar hakkında cezanın düşmesine karar verilir. Sayet infaz halinde ise, mahkemeden alınacak kararla hemen tahliyeleri yapılır.

c — Düşmenin mahiyeti : Şerikler hakkında verilen düşme kararı, ister dâvanın düşmesi, ister cezanın düşmesi kararı olsun, kesindir. Düşme kararından sonraki vakıalar bu karar üzerine tesir etmez. Mağdure ile evlenen sanık veya hükümlünün zaman aşımı süresi içinde boşanmaları, haklarında düşme kararı verilenlere etkisizdir, hiç bir netice doğurmaz. Haklarında düşme kararı verilen kimseler böyle bir suç işlememiş sayılırular.

(4) Düşme kararı verilmesini gerektiren 434 üncü madde sarahatına aykırı olarak şerikler hakkında dâvanın teciline karar verilmesi yolsuzdur. (Tem. 4. C. D. 26/6/951 gün ve esas 5153, karar 5155 sayılı)

186

II — CEZANIN İNFAZINDAN SONRA MAĞDURE İLE EVLENME HALİ

Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesinin şümlü içine giren we aynı kanunun 414, 415, 416, 429 ve 430 uncu maddelere temas eden ssuçları işleyenler hakkında, mağdure ile sanık veya hükümlülerden hirimin evlenmesiyle evlitenen hakkında dâvanın veya cezanın tecil edileceği-mi, varsa diğer şerikler haklarında veya cezanın düşürülmesi gerektiğini iizah ettik.

Şimdi, ceza infaz olunduktan sonra mağdure ile hükümlülerden İlbirisi evlenirse durum ne olacaktır Burada iki mesele karşımıza çıkmaktadır.

Birisi, cezanın infazından sonra Türk Ceza Kanununun 434 üncü imaddesinin tatbik kabiliyeti bulunup bulunmadığı; diğeri de infaz edilen İlbu cezanın başka bir suç işlenilmesi halinde tekerrüre esas sayılıp sayılımıyacağıdır.

A — Cezanın İnfazından sonra mağdure ile evlenme halinde 434 üncü maddenin tatbiki meselesi :

Bir kız veya kadını kaçırın, alakoyan, ırzına geçen veya tasaddî ıeden şahıs veya böyle bir suçun şerikleri, hükümlenip cezaları infaz olunduktan sonra bunlardan herhangi birinin mağdure ile evlenmesi çekilen mahkûmiyet hükmüne veya neticesine tesir etmez.

Cezanın infazından sonra 434 üncü maddenin tatbiki istenilemez. Cezası infaz edilen ve mağdure ile evlenen hükümlü bilâhare mahkeme-ye müracaat ederek hakkında 434 üncü maddesi uyarmca bir erteleme weya düşme kararı verilmesini veya sabıkalılık durumunun kaldırılması-nı istediği takdirde böyle bir karar verilemez.

Nitekim yazılı emir yolu ile Temyiz Mahkemesine yapılan müracaat neticesinde verilen aşağıdaki karar bu hususu aydınlatmaktadır :

(Gündoğmuş Belediye kâtibi Aslan imzalı dilekçede, 1941 yılında rızası ile kaçırdığı Naciye ile mahkûmiyetten sonra evlendiğinden o zaman aleyhinde hüküm ve infaz edilmiş olan altı ay hapis cezasının erte lenmesine karar verilmesi istenilmekle, keyfiyet Alanya Ağır ceza Mahkemesince incelenerek sanık hakkında ceza çektilmiş bulunmasına göre, Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesi hükmünce, infaz edilmiş cezanın ertelenmesi bahis mevzuu olmuyacağından tecil talebinin reddine dair ittihaz olunan karara karşı yapılan itiraz üzerine; cezanın evlenme vukuundan evvel infaz edilmiş olması Türk Ceza Kanunun mutlak bulunan 434 üncü maddesinin hükmünü ortadan kaldırıramiyacağдан bahisle Alanya Ağır Ceza mahkemesi kararının reddine ve sanığın cezanın ertelenmesine dair Antalya Ağır Ceza mahkemesinden çıkan, 12/3/948 günü kararın; sanığın cezاسının 2-5-942 tarihinde infaz edilmiş bulunduğu ve taraflarım ise, 14/2/945 gününde evlendikleri evrak münderecatından anlaşılmasına ve Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesi hükmünce, çektilmiş olan cezanın senelerce evvel infaz edilmiş bulunmasına göre, bunun hakkında 434 üncü maddeye dayanılarak tecil kararı verilmeyeceği düşünülmeden, Antalya Ağır Ceza mahkemesince, yazılı olduğu üzere, Alanya Ağır Ceza mahkemesi kararının kaldırılmasına ve cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesinde isabet görülmeliğinden bahisle yazılı emre atfen bildirilmiş ve Temyiz Mahkemesince; "yazılı emre atfen ihbarnamede gösterilen bozma sebebi yerinde olduğundan infaz edilen cezanın ertelenmesi hakkında Antalya Ağır Ceza mahkemesince ittihaz olunan 12/3/948 günü kararın bozulmasına" oy birliği ile karar verilmiştir (5).

Demek ki, cezanın infazından sonra yapılan evlenme akdine istinaden TCK. sun 434 üncü maddesi gerezince verilen kararı, yüksek Temyiz Mahkemesince kabule şayan görülmemiştir.

(5) (Tem. 5. C. D. 22/6/948 günü ve Esas 1628, Karar 1800 sayılı.)

VS6

İnfaz edilmiş böyle bir cezanın teciline karar verilemeyeceği gibi, infaz edilmiş böyle bir cezadan doğan sabıkalılık durumunun teciline de karar verilemez. Hadim Asliye Ceza Hâkimliğince, kaçıldığı kızla cezası infaz edildikten sonra evlenen bir hükümlünün rezasının TCK. nun 434 ünürü maddesine göre, tecil ve tehirine ve sabıkalılık durumunun kaldırılmasına dair verilen karar, itirazımız üzerine, Konya Ağır Ceza mahkemesince 22/10/953 tarihinde re'f edilmiştir (6).

(6) Hükümlü Mahmut oğlu Osman Acar'ın cezasını çektiğinden sonra mağdure ile evlenmesi sebebiyle, verilen cezasının tecilinden hâlisle müvacaati üzerine Hadim Asliye Ceza Hâkimliğince Usulün 405 nci maddesi gereğince verilen 15/10/953 günü karara karşı Hadim C. İMüddeiumumiliğinden 19/10/953 günü itiraz dilekçesi ile itiraz edilmesi üzerine mahallinden gönderilen hüküm dosyası kırıcıca inceledikten sonra oluru konuşulup düşünüldü :

(Hükümlü Osman Acar'ın verilen hükmün kesinleşmesi üzerine 28 //5/951 tarihindetekrif ve 12-6-951 tarihinde tahliye edilmek suretiyle infaz edildiği anlaşılmış ve 21-2-952 tarihinde evlendikten sonra 13-10-953 günü dilekçesi ile 15 günlük cezasının kaldırılması hakkında verdiği dilekçe üzerine infaz edilen cezanın TCK. nun 434 üncü maddesine göre tehir ve teciline dair verilen kararda isabet görülmemiştir.

Çünkü, 434 üncü maddenin vaz'ettiği tecil müessesesi verilmiş cezanın infazının tehdîri ve âmme dâvasının aynı maddedeki kayıt ve şartlarla tecilinden ibaret olup hâdisemizdeki ceza tecilinden kastedilen saüde melhuz olamayacağı, bununla beraber Usulün 402 nci maddesinde me gibi hallerde kesinleşen hükümler hakkında karar verileceği tahdit ve tasrif edilmiş bulunduğuundan kesinleşmiş ve infaz edilmiş bir hükümlün hukuki neticeleriyle ne gibi ahvalde kalkacağı Ceza Kanununda malûm ve muayyen olmasına ve bunun dışında bu yolda karar ittihazına Usul hükümleri de müsait olmadığı cihelle itiraz ve mütalâa vârit görüldüğünden kabulü ile yazılı kararın ref'ine ittifakla karar verildi. (Konya Ağır Ceza mahkemesinin 22/10/953 gün ve 1953/157 - 359 sayılı kararı)

B — Cezanın infazından sonra mağdure ile evlenmenin tekerrür hükümlerine tesiri :

Sözü geçen suçlardan ötürü hükümlendiği cezayı çektiğten sonra mağdure ile eblenen şahıs başka bir suç işlerse, infaz olunan ceza sebebiyle tekerrür hükümleri tatbik olunacak ve dolayısıyla yeni suçundan ötürü şartları varsa cezası çoğaltıracak mıdır ?

Tekerrür hükümlerinin tatbiki gerekip gerekmeyeceği münakaşalarla sebep olmuştur.

a — Tekerrür hükümleri tatbik olunamazlığı nedeni : Kiyemetli Hâkim Halit Ekmekçioğlu, cezasi infaz edildikten sonra bile olsa, suçun mağduresi ile evlenen hükümlünün başka bir suç işlediği takdirde, infaz edilmiş olan ceza sebebiyle tekerrür hükümlerinin tatbik edilemeyeceği içtihadındandır.

Bu düşüncesinin gerekçelerini söylece ifade etmektedir :

(Sanığın 1950 senesinde cebrî mânevi ile kız kaçırmaktan TCK'nun 430, 432 ve 433 üncü maddeleri uyarınca ve neticeten 15 gün hapis cezasına mahkûm olup bu cezasını çektiğten sonra kaçırıldığı kızla evlenmiş olduğu ve sanığın bu sebeple infaz edilen bir cezadan dolayı sabıkâlı duruma düşmüş olduğu görülmekte ve tâyini cezada tekerrür hükümlerinin tatbiki gerekip gerekmeyeceği hususu incelendikte :

Sanığın kaçırıldığı ve bilâhare evlendiği kız sebebi ile mahkûm olup çektiği ve neticede sabıkâ olarak durumunu ağırlaştıran bu cezası, sair fiil ve hâdiseler için tâyin edilen normal cezalara benzemeyen bir cezadır. Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesinin şümülüne giren bu nev'i olayların dâvası ve cezası evlenmekle tehir ve tecil edileceğinden, vaz'ı kanun aile birliğinin teessüs ve idamesi için bu nev'i ceza ve dâvaları sair fiillerin ceza ve dâbalarından ayrı tutmak istemiş ve bu düşunce ve maksadını 434 üncü maddenin ruhunda ve mânasında arayıp ifade ederek bu nev'i dâva ve cezaları bir türlü affa tabi tutmuştur. İtalyam

Majno şerhinde de, bu kabil fiillerin dâvaları ve sonunda verilen cezalarının bütün neticeleriyle beraber ortadan kaldırılmış olacağı alâkalı bahşinde tefsilâti ile izah edilmiştir. Gerçi, Türk Ceza Kanununun 434 ünçü maddesinde aslina göre bir değişiklik olup madde hükmünün asla mevcut olan son fikranın maddeyi kanuniyemize almadığı görülmekte ise de; vaz'ı kanun, maddenin aslında yaptığı değişiklikle dâvanın weya cezasının beş sene müddetle değiştirilmesini kabul etmiş ve bununla da, doğrudan doğruya madde hükmünün aslında kabul edildiği gibi şanlığı evlenmekle birden bire ve hemen affa tâbi tutmayıp beş sene gibi uzun bir müddet ayırarak aile birliğinin siyaneti ve mevcut nizamın menfaati icabı bu madde lîtfunu ve affını bir şartta tâbi turak, beş sene-llik müddetin sonuna tâlik etmiş be böylece tesis edilen aile birliğinde, birleşmezden evvel olup biten kırgınlıkları ve duyulan üzüntülerini tarafla-rra unutturmak ve aile birliğinin bağlarını kuvvetlendirerek ailenin imar eedecek tabii ömrü boyunca idamesini sağlamak için beş sene devam ede-cek bir müddetin tesirini hâkim kılmak istemiştir (7). Bu itibarla; bu mev'î fiillerin dâva ve cezaları beş sene sonra bütün neticeleri ile ortadan kalkacağına göre bu müddet beş sene olmayıpda dört sene kabul edilse idi, bu müddetin hitamında da sanık ikinci bir suç şlemiş bulunsayıttır. Tekerrür hükümleri uygulanacak mıydı? Kanatımızca asla diyeceğiz. Çünkü, evlenen eşlerin birbirlerine kaynaşıp yuvanın saadetini buldukları ve aile birliğinde samimiyetin cereyan ettiği bir anda, böyle bir halin ssabika olarak görülüvermesi kurulan aile birliğini incitebileceği gibi, tarafların birbirine olan güvenini sarsacağı ve gelmiş geçmiş hatırlatacağrı ve üzüntülerini tazeliyeceği tabiidir. Şu halde, vaz'ı kanun aile birliği- mi kurup idamesini düşünerek prensip vaz ederken bir taraftan da yıkıcı ve yok edici bir maksat gütmesine imkân yoktur.

(7) Mebaz İtalya Ceza Kanununun tatbik edildiği ülkede Katolik dîni hâkim olup boşanma imkânsız denecek kadar zor olduğundan, vaz'ı kanunun evlenme halinde, bütün neticeleriyle cezayı ortadan kaldırırmakta bir beis görmediğini hatırlamak lâzımdır.

Türk Ceza Kanununun 89uncu maddesi ile mevzuumuzu ilgilenen diren aynı kanunun 434 üncü maddesini mukayese edersek düşüncemizi daha vazih ve daha kolay ifade etmiş oluruz. 89uncu maddenin ifade ettiği tecil müessesesi ile 434 üncü maddenin şümülüne giren tecil müessesesi aynı mahiyette görülemez ve incelenemez. Çünkü, 89uncu maddenin şümülüne giren müecel bir cezanın hükümlüsü, ikinci bir fiil işler ve ceza görürse bu ikinci cezası tâyin edilirken şartlarına uygun olursa bu müecel cezasını da çeker. Fakat 434 üncü madde ile yapılan bir müecel iezanın hükümlüsüne, ikinci fiilinin cezasını verirken, evlenmeden dolayı yapılan müecel cezası nazara alınmamış ve infaz edilmeyecektir. Bu itibarla vazı kanunun güttüğü maksada göre, nasıl ki, 434 üncü madde ile tecil edilen bir ceza başka bir fiilin cezasında nazara alınmak şart ve kabiliyetini haiz değilse, böyle bir fiilden dolayı verilen ve çektilen cezanın neticesinin, sabıka olarak ve mevzuatta yer almasına imkân yoktur. Aksının kabulü, vazı kanunun görüş ve düşüncesine ve adalet mantığına aykırı düber.

Türk Ceza Kanununun diğer hükümlerinden 440inci madde hükümlünün şümülüne giren olaylarda dâvacının ferağatı ile dâva ve cezalar tamamen bertaraf olunup affedilmektedir. Evlenme maksadının bulunması ve evlenmekle de 434 üncü maddenin ifade ettiği mâna da, 440inci maddenin mânası kadar şümülü olmak icap eder. Esasen sanık da kaçıldığı ve bilâhare evlendiği kadın sebebiyle aynı kanununun 429uncu madde delâletiyle 432 ve 433 üncü maddelerinin uygulanması suretiyle tâyin ve tertip edilen cezasını, evlenmenin zaruri kıldığı formalliteler sebebiyle fazladan çekmiş ve uygulanan maddelere göre, sanığın evlenmek maksadiyle suçunu işlediği anlaşılmış olduğundan, bu samimî arzu ve güdülen maksadın karşılığını sanık menfaatine ve aile nizamının selâmeti namına, 434 üncü madde hükmü ile lüt-ü ihsan şeklinde görmek icap ederken; bu cezasını fazladan çekmiş olan sanığın sabıkalı duruma düşmesi, kabule değer bir düşünce olarak vasfedilemez (8).

(8) Hadim Sülh Ceza Hâkimliğinin 30/6/953 gün ve 6/78 sayılı ve 16/10/953 gün ve 180/119 sayılı kararlarından.

b — Y. Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesi kararları: Sayın Hâkimin bu gerekçelere dayanarak sanık Osman Acar hakkında, mektupla tehdit suçundan ötürü verdiği mahkûmiyet kararında TCK. nun 81 inci maddesi hükmünü tatbik etmemiştir. Bu karar aleyhine üst C. M. Umumisi sıfatıyla Konya C. M. Ummiliğinden temyiz yoluna gidilmiş ve yüksek Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesi ise aşağıdaki kararla tekerrür hükümlerinin tatbiki icap etmeyeceğini kabul etmiştir :

(Kaçırma ve mahkûmiyetten sonra evlenme vukuuna binaen üst C. Müddeiumumisinin tekerrür hükümlerinin atabik edilmemesine ilişkin itirazı yerinde olmadığından hükmün TASDİKINA 27/II/953 tarihinde ittifakla karar verildi (9).

c — Tekerrür hükümlerinin tatbikini icap ettiren gerekçeler :

Aynı sanık Osman Acar'ın işlediği hırsızlık suçundan ötürü tesis olunan mahkûmiyet hükmünde yukarıda izah edilen gerekçelere istinaden tekerrür hükümlerinin tatbik edilmediğini gördük. Biz aksi düşüncede olduğumuz için kararı temyiz ettik. Tekerrür hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini şu gerekçelere dayanarak izah ettik :

1 — Ceza Kanunumuzun 434 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre: " evlenme vukuunda hukuku âmme dâvası ve huküm verilmiş ise cezannı çektilmesi tecil olunur ".

Kanunumuzda, ceza infaz edilmiş olduğu halde evlenme vukubulmuş ise, inlaz edilmiş olan cezanın bütün neticelerinin tecil olunacağına veya tatbik edilmeyeceğine dair herhangi bir huküm yoktur. Ceza Hukukunda, lehe bile olsa, kiyas yoluna yer verilemez. 434 üncü maddede bu düşüneyi kabul ettirecek ima yolu ile dahi hiçbir huküm mevcut de-

(9) Tem. 4 üncü Ceza Dairesi 27-11-953 gün ve esas 11127, karar 12271 sayılı karar.

ğildir. 434 üncü maddeyi karardaki şekilde tefsir etmek kanunî dayanaktan mahrumdur. Bu sebeple kabule şayan değildir.

2 — Kararda, mehaz İtalya Ceza Kanununun 352 nci maddesinin son fıkrasındaki : (Cezanın infazı veya mahkûmiyetin netayıcı cezaiyesi de tecil olunur) hükmüne istinat edilmekte ise de; bu hüküm, bizim kanunumuzun 434 üncü maddesinde mevcut değildir. Bunun açık mânası, Türk Kanun koyucunun bu hükmü kabule şayan görmediğidir. Nitekim, Mehaz Kanunun 358 inci maddesinde mevcut zina suçundan ferağat halinde, (Hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarılı nazar olunur) hükmü, kanunumuzun 444 üncü maddesinde hemen aynı kelimelerle kabul edildiği halde; 352inci maddenin karşılığı 434 üncü maddede " cezanın infazı ve mahkûmiyetin netayıcı cezaiyesi de tecil olunur " kaydının yer almayışı calibi dikkat değil midir? Bu izahlara göre de, hâdisenin her şeyden önce Türk Ceza Kanununun çerçevesi içinde mütalâası mecbûridir. Ceza Hukukunda tefsir yolu ile kanun çerçevesini kırmak ve mânalandırmak kabul edilemez.

3 — Kararda, evlenmiş olan sanığın evlenmesinden sonra sabıkâlî durumda bulunması kurulan aile birliğini sarsacağı gibi tarafların birbirine olan güvenini de inciteceği, işte bu sarsıntıyı bertaraf etmek için, sabıkâ durumunun tecilinin zarurî bulunduğu kabul edilmektedir. Bu gerekce ise, tamamen hissîdir. His esas tutularak kanunda olmryan hükümler tesis edilemez. Kanunlar tatbik edilirken, hissî olan cihet daima kanunların çerçevesi dışında kalır.

Nitekim, karî - kocadan biri diğerine karşı âdiyen müessir fiide bulunması ve bu suçu sabit olan sanık hükm giyerek cezası infaz edildikten sonra karî - koca yeniden barışarak, yuvada samimiyetin devam ettiği bir anda hükümlünün yeniden bir suç işlemesi halinde; birbirine olan güvenini ve eski samimiyetini sarsacağı için tekerrür hükümleri tatbik edilmeyecek midir? Mağdur olan eş, dâvasından ferağat etseydi kamu dâvası düşecekti. Şimdi barışip bir araya geldiler diye, eski suça işlenmemiş ve infaz edilmemiş gözü ile mi bakılacaktır? Elbette ki, hayır Cezanın infaz edilmiş olmasının tabii neticesi, sabıkâlî olan eş hakkında da tekerrür hükümlerinin tatbik edilmesidir.

4 — Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesindeki tecil hakkı ancak sanığın kaçırıldığı kızla cezası infaz edilmeden öice evlenmesiyle kendisine bir hak ve istifade bahşeder. Cezası infaz edildikten sonra mağdure ile evlenen hükümlü herhangi bir hak isteyemez. Bunun neticesi olarak sabıkalı duruma düşmeyi önleyemez. Kanunlarda sanık lehine kabul edilmiş hükümler, bir şartla sanığa faydalalar sağlar, O da, Kanunda gösterilen şartlara zamanında ve usulüne uygun şekilde elde edilir. Kanun, herhangi bir lütfundan istifadeyi bir zaman ile tahlit etmiş ise, bu zamanın dışına çıkıldıkten sonra kanunun aradığı şartın ifa edilmesi, herhangi bir lütfu bahsedemez. 434 üncü maddedeki lütfu, ancak ceza infaz edilmeden önce evlenenler hakkındadır. Ceza infaz edildikten sonra evlnme şartını yerine getirenlere bir tecil hakkı verilemez. Çünkü, dâyanın veya çekilmemiş cezanın tecil edilmesi imkânını vermiş olmakla kanun vaz'ının 434 üncü maddedeki asıl maksadı; kaçırma, irza geçme olaylarında tarafları evlenmeye teşvik etmek, böylece cemiyet içinde doğan bir husumeti kökünden kaldırılmaktır. Cemiyet içerisinde bu gibi bir suçun işlenmesiyle doğan huzursuzluklar sanık cezasını çektiğten sonra durulmuş olmasına göre, bilâhare vâkı olaen evlenme sebebinin sabıkayı tecile ve tekerrür hükümlerinin tatbik edilmemesini kâfi gelmeyeceği açıklıktr.

5 — Türk Ceza Kanununun 81 inci maddesindesinde, "mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya düştüğü tarihten" denilmek suretiyle mevcut olan bir mahkûmiyet infaz edildiği takdirde, belli süreler içinde tekerrüre esas olabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

Evlenme halinde, kesinleşen ve hattâ infaz edilmekte bulunan bir hükümlün, infaz edilmemesi için Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 402 nci maddesi gereğince tecil kararı almak mümkün olduğu halde, infaz sonra eski mahkûmiyetin ve sabıkalılık durumunun kaldırılması için herhangi bir karar alınmamaz. Buna göre, infaz edilmiş olan mahkûmiyet hükümlü mevcut olduğundan tekerrür hükümlerinin de tatbik icap eder (10).

(10) 9/7/953 gün be 535/36 sayılı ve 11-11-955 gün ve 535-52 sayılı tenyiz lâyihalarından.

d—Y. Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesinin kararları: Bu sebeplere isnat ettirerek vâki temyiz talebi İkinci Ceza Dairesi tarafından kabul edilmiştir. Yüksek Temyiz Mahkemesi, tâfsilâtlı gerekçeler göstermeden; (Maznunun evlîce mahkûm olduğu ceza tamamen infaz edildikten sonra suçu işlemiş olduğu halde, yerinde olmayan mucip sebeplerle tekerrür hükümlerinin tatbik edilmemesi yolsuzdur) diyerek ittifakla karar vermiştir (11).

e—Ceza Umumî Heyetinin kararı: İkinci Ceza Dairesinin tekerrür hükümlerinin tatbiki icap edeceğine dair vâki bozması üzerine, yeniden yapılan muhakeme neticesinde, Sayı Hâkim içtihadında devam ederek bozma kararına uymamış ve israr kararı verilmiştir (12).

Aksi düşünce de olduğumuzdan, yukarıda izah ettiğimiz gerekçelere istinaden israr kararını vâki temyizimiz üzerine Ceza Umumî Heyeti itirazlarınızı vârit görmüş ve: (Oluşa ve dosya muhteviyatına göre hussusi daire ilâmında gösterilen tekerrüre mâtuf bozma sebebi yerinde olup uyulmak lâzım gelirken bazı düşüncelerle evvelki hukümde israra karar verilmesi yolsuzdur) diyerek ekseriyetle karar vermiştir (13).

III — Netice:

Bütün bu izahlardan iki neticeye varılmaktadır :

A — Kaçırmâ, alakoomâ, irza geçme ve tasaddî suçlarından dolayı mahkûm olup cezası infaz edilen şahıslar haklarında, bilâhare mağdure ile evlenmeleri sebebiyle TCK. nun 434 üncü maddesinin tatbik kabiliyeti yoktur.

(11) Tem. 2. C. D. 15/8/953 gün ve esas 11160, karar 9856 sayılı İlâm.

(12) Tem. Ceza Umumî Heyeti, 22/3/954 gün ve esas 2110, karar 9 sayılı İlâm.

Vgl.

Bu gibi şahıslar hakkında, cezaları infaz edildikten sonra, cezalarının teiline veya düşmesine veya sabıkalılık durumlarının kaldırılmasına dair herhangi bir karar berilemez.

B — Sözü geçen suçlardan ötürü, mahkûm olup iezası infaz edilen şahıslar, infazdan sonra mağdure ile evlenmiş olsalar bile, bu evlenme eski mahkûmiyet hükümlünün neticeleri üzerinde herhangi bir tesir icra edemez. Yeniden suç işledikleri ve şartları mevcut olduğu takdirde mükerrir sayılırlar. Haklarında tekerfür hükümleri tatbik olunur.

MENKUL MÜLKİYETİNİ İKTİSAP YOLU OLARAK

(Lükata)

Yazar:
Tahir TANIK
Eflâni Hâkimi

PLÂN:

- 1 — Lükatanın Tarifi
- 2 — Tarihçe
 - a) Eski Roma Hukukunda Lükata
 - b) Eski Hukukumuzda Lükata
- 3 --- Medenî Kanunuza Göre Lükata
- 4 --- Bulanın (Multakitin) Hukukî Durumu
- 5 --- Bulanın (Multakitin) Hak ve Vecibeleri

A.) Vecibeleri

- 1 — İlade
- 2 — İlâm ve ihbar
- 3 — Alenî müzayede ile satış

B.) Hakları

- 1 — İkramiye
- 2 — Masrafalırm tazmini
- 3 — Hapis hakkı
- 4 — Mülkiyet hakkı

6 --- 5617 sayılı kanunun 15inci maddesi

196

Menkul mülkiyetinin iktisap yollarından olan (Lûkata) Medenî Kanunumuzun 693 ve mütaakip maddelerinde tanzim edilmiş bulunmakta ve fakat kâfi sarahati ihtiva etmemektedir.

Biz bu yazımızda kendisine muhtelif hukukî vecibeler tahmil olunan ve o nisbetté nimeti az bulunan şahsin (multaki^tin) mevzuatımız içindeki durumunu izahî faydalı bulduk.

1 — Lûkatanın tarifi

Lûkata :

Üzerindeki hakkını terk arzusu ve niyeti olmaksızın mâlik veya evvelki zilyedin iradeleri dışında zilyedliği kaybettiği ve hâlen de kimseyenin zilyedliği altında bulunmuşyan menkul şeylerdir (1).

Şu hale göre lûkata, yalnız eşyanın zilyedin arzusu ile elden çıkmamış olduğu hallere münhasırdır. Zilyedin veya mâlikin terk arzusu mevcut ise o zaman lûkatadan değil ve fakat ihrazdan bahsedilir.

2 — Tarihçe

a) Eski Roma Hukukunda Lûkata :

Eski Roma Hukukuna göre, kaybedilmiş şeyler sahipsiz telâkkî edilmmezdi. Bilâkis mâlikin onlar üzerinde zilyedlikten iradesi hilâfına vaz gâçmiş olduğu kabul ediliyordu. Bunları bulan kimse vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunan kimse addedilirdi. Bulan kimse bûlduğu şeyi sahibine vermeğe ve onu ihtimamla kullanmağa mecbur ollup icabederse yaptığı masrafları istiyebilirdi (2).

(1) Feyzi oğlu Necmettin. *Lûkata ve define*. İst. Hukuk Fakültesi Mîmuast, iilt 20, 1955, sahîfe 170.

(2) Dr. Koschaker Paul. *Roma Hukukunun ana hatları*. Ankara, S. 129.

b) *Eski Hukukumuzda Lükata :*

Mecellenin 760. maddesine göre :

Bir kimse yolda başkasına ait menkul bir şey veya hayvan bulursa durumu üç ayrı vaziyete göre mütalâa edilirdi.

Söyle ki :

1 — O kimse, bulduğu şeyi temellük etmek üzere alırsa gasip hükmünde olurdu.

2 — O kimse, bulduğu şeyi sahibine iade etmek üzere alırsa ve sahibi de bulan için malûm olursa o şey yedinde emanet olup emanet hükümlerine tâbi idi.

3 — Eğer bulunan şeyin sahibi malûm değilse Lükatadır. Bu halde dahi Lükata, bulan şahsin yedinde emanettir (3).

3 — *Medenî Kanunumuza göre Lükata*

Medenî Kanunumuzun 695 ve mütaakip maddelerine göre lükata-nın mevcudiyeti için aşağıdaki şartların tahakkuku lazımdır.

A) Bulunan menkul mal sahipsiz olmamalıdır.

Eğer bulunan şey sahipsiz ise bulan kimse onun mülkiyetini hiçbir kayıt ve şartta tâbi olmaksızın “İhraz” yolu ile iktisap etmiş olur. Görü-lüyor ki, bulunan menkul malın sahipsiz olması halinde lükatadan de-ğil yukarıda da işaret ettiğimiz vechile ihrazdan bahsedilmektedir.

B) Bulunan menkul mal sahibinin terk arzusu ve niyeti olmaksızın iradesi dışında elinden çıkmış olmalıdır.

Eğer Malik eşya üzerindeki hakkını terk arzusu olmaksızın ve fakat kendi rızası ile bir yere saklamış olursa kimse lükatadan bahs edebilir mi?

(3) Gücün. Cevad. Hukuk Dâvaları. C. II S. 43.

Bu sualın cevabını aşağıya kısmen derc edeceğimiz Federal Mahkemenin bir kararında bulmak mümkündür :

Karar şudur :

1931 yılında bir banka direktörü (X) tren ile seyahat ederken kaçakçılık ihbarı ile tevkif edilerek trenden indiriliyor. Kompartimanını duseşten tren müstahdemi, (X) in yattığı yatağı düzeltirken yataktı çarşaf içine saklanmış 121 bin Avusturya şilingi buluyor. Keyfiyeti derhal tren şefine bildiriyor ve para da (Balde) demiryolu idaresine tevdii ediliyor. Durumdan haberdar olan (Busch) Gümruk âmiri paranın kaçakçılık mevzuu olduğu için kendilerine verilmesi gerektiğini bildiriyor.

Demiyolları hukukî kism şefi, meseleyi tamamen bir LÜKATA olarak tafsif ediyor be parayı makbuz mukabilinde tevkif edilmiş bulunan (X) in hesabına olmak üzere adlı makamlara tevdii ediyor. Neticede direktör (X) memnu olarak 121.000 şilingi harice çıkarttığı için mahkûm edilerek paraya el konuyor. Bunun üzerine direktör (X) Demiryolları idaresi aleyhine dâva ikame ediyor.

Dâvacı sıfatı ile kendisi de, lükata hükümlerinin tatbiki lazımlı olduğu noktayı nazarına iştirak ediyor, fakat dâvalı demiryolu idaresinin lükkatayı kaybedenin kim olduğunu kat'i olarak bilmenden bir üçüncü şalhsa veya bir makama kendisine verilmek üzere dahi olsa tevdii edemeyeceğini, kaldu ki, böyle bir tevdii halinde, gümruk idaresinin parayı müsaadere edeceğini tahmin ederek gümruk idaresine verilmemesi icap ettiğimi, zira sayı bulunan kimse ile bir olduğunu, bu itibarla hak sahibinin mœnfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun olarak hareket etmesi iktitâza ettiğini, nihayet; lükata hükümlerini bulana bulduğu şeyi muhafaza etmek ve sahibi'ne haber vermek mecburiyetini tahmil ettiğini bu itibarla sahibinin talimatını beklemeksiz onu herhangi bir makama tevdii edemeyeceğini iddia ediyor.

Federal Mahkeme şu mucip sebeplerle iddiayı red ediyor :

“ Zilyedin üzerindeki hakkını terk arzusu olmaksızın fakat suu veya bu mülâhaza ile kasten sakladığı vahut bir vere bıraktığı sevi bulma hâ-

disesinde de lükata hükümleri tatbik olunur. Zira, bulmanın gerektirdiği (kaybetme) tâbiri ile mûtat konuşma dilinde zilyedin bir malı iradesi olmaksızın zilyedliğinden çıkarması hali anlaşılır. Yalnız İsviçre Medenî Kanunun — ona tab'an Türk Medenî Kanununun — kaybetmek mefhumunu mûtat konuşma dilindeki mânasından daha geniş telâkki eden vazîr kanun, Mültakît'in bulunan şeyin bir maliki olduğunu ve kasten terk edilmiş bulunmadığını — ahvali vaziyete göre — kabul etmesi gereken bir halükârdâ o malı kabulmuş olarak telâkki etmek istemiştir " (4).

Bu karar ve esbabı mucibesinden çıkan netice şu oluyor :

Hal ve vaziyetten sahibinin o şeyi oraya kasten bıraktığı zanni hasil olmadıkça onu bulan kimse, sahibinin veya zilyedinin iradesi dışında düşmüş, kaybolmuş veya unutulmuş bulunduğu zanetmekte haklı telâkki edilecek ve lükata hükümleri dairesinde mesele halledeilecektir.

Eğer malik veya zilyedin kendi arzusu ile şuraya veya buraya koyduğu farz olunursa o zaman lükata gahis mevzuu olaamaz. Bu takdirde, malik veya zilyet kendisine yapılan ihtarдан sonra bıraktığı şeyi kaldırırsa Borçlar Kanununun 91 inci maddesinin hükmü tatbik edilmek lazısim geli .(5)r

4) Lükatayı bulan şahsin (multakit'in) hukuki durumu :

Homberger lükatayı bulan kimseyi şöyle tarif eder :

"Mültakit, bir şeyi bulan ve onun üzerinde gerek şeyin 'maliki' ve gerek bizzat kendi şahsi için muhafaza etmek niyeti ile zilyedliğini teşis eden kimsedir ". (6)

(4) FEYZİOĞLU, s. a. e. s. 174.

(5) Wieland, aynı haklar, tt. Karafaki, Cilt I 1946 Ankara S. 562.

(6) FEYZİOĞLU, s. g. e. S. 174.

Bu itibarla lükatayı bulan kimse, zilyedin hukukunu haiz olur ve zilyedliğin himayesinden istifade ile zilyedlik dâvalarını ikame edebilir (7).

Halbuki yukarıda da işaret edildiği veçhile multakit, zilyed değil ve fakat vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunan kimse hükmünde addolunurdu.

Bugünkü hukukumuza göre de, şeyin malikine karşı lükatayı bulanın durumu, vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarrufta bulunan kimse baziyetindedir. Binnetice, lükataya mütaallik hükümlerde meseleyi çözecek kâfi sarahat veya delâlet bulunmazsa Borçlar K. nun 410 ve mütaakip maddelerden faydalananmak iktiza eder. Fakat lükatayı bulan kimsenin, onu kaybedene karşı — ki, şahsin mutlaka malik olması gerekmek — olan mesuliyeti suiniyetli bir zilyedin durumuna benzer. Zira bulan kimse biliyor ki, bu şey başkasına aittir. Bu itibarla onu enfûsi bir hüsniyetin sahibi sayamayız. Şu kadar ki, şeyin kime iade edeceğini bilip bilmeyişine göre mesuliyetinin derecesi daha şiddetli veya daha hafif olur. Eğer bulan kimse şeyi kime iade edeceğini bilmiyorsa ancak, kusuru ile lükataya âriz olan zararlardan mesul olur.

Şayet kaybeden kimseyi bildiği halde şeyi tevdi etmemişse, şeye kusuru dışında âriz olan zararlardan dahi mesuldür (8).

5 — BULANIN HAK VE VECİBELERİ

A) Vecibeleri :

Lükatayı bulanın vecibeleri, lükatanın sahibinin kim olduğunu bilip bilmemesine göre değişir. Binaenaleyh, bulanın vecibelerini lükatanın sahibini bilip bilmemiğini gözönünde bulundururarak şu suretle sıralamak mümkündür :

(7) Wieland, s. g. e. S. 365.

(8) Feyzioğlu, S. g. e. S. 174.

1 — İade Mükellefiyeti :

Lükatayı bulan kimse kaybedenin kim olduğunu biliyorsa o takdirde, keyfiyeti kaybeden şahsa derhal haber vererek şeyi ona iade etmeye mecburdur (M. K. m. 693/1).

Lükatayı bulan kimse sahibinin kim olduğunu bildiği halde, iade etmez temellüke kiyam ederse TCK. nun 511 inci maddesi gereğince cezaî takibata maruz kalır.

2 — İlân ve ihbar mükellefiyeti :

Lükatayı bulan kimse, bulunan şeyin sahibinin kim olduğunu biliyorsa o takdirde zabita memurlarından birine haber vermeğe veya keyfiyeti müناسip bir surette ilân etmeye mecburdur (M. K. m. 693-2).

Burada mültakit muhtardır. Dilerse, zabita memuruna haber verir; dilerse haber vermekszin keyfiyeti münasip şekilde ilân ettirir.

Eğer bulunan şeyin kıymeti bir liradan fazla ise, o takdirde zabita memuruna haber vermek mecburi olur (M. K. m. 693/3).

Görülüyor ki, mültakit tanınan hiyar hakkı, bulunan şeyin kıymeti bir lirayı aştiği zamanlarda ortadan kalkmakta ve zabıtaya ihbar mecburi bir hale gelmektedir. Bu mecburilik sadece zabıtaya haber vermeye mâtuftur. Bulanın bulunduğu şeyi zabıtaya teslim mecburiyeti yoktur.

Yalnız lükata, meskûn bir evde veya umumî daire beya müessesede bulunmuş ise, mültakit lükatanın kıymetine bakmaksızın onu her halde o evin sahibine yahut daire veya müessesesinin onları muhafazaya memur şahıs veya makamlara teslime mecburdur (M. K. m. 693/son). Bu teslimden sonra arama ve iade mükellefiyeti teslim edilen şahıs veya makama racı olur.

Lükatayı bulan kimse, onu lâyıkî veçhile yani müdebber bir kimse- nin ihtimamı ile muhafaza mecburiyetindedir. Bu mecburiyet, lükata kendilerine teslim olunan şahıs veya makamlar hakkında da aynen caridir.

3 — Alenî müzayede ile satış mükellefiyeti :

Mültakit icabında bulunan şeyi aleni müzayede ile sattırmak mecburiyetidir. Ancak, lükatanın satılabilirme mükellefiyetinin doğumu için şu üç şartın vücutü lâzımdır :

- a) Lükatanın hifzının küllefli olması,
- b) Lükatanın az zamanda bozulan şeylerden olması,
- c) Bir seneden fazla bir zamandanberi lükata zabıta memurları nezdinde bekletilmiş bulunması (M. K. m. 694).

Aleni müzayede ile satış için kanunen tahdidi bir şekilde gösterilmiş bulunan sebeplerden yalnız bir tanesinin mevcudiyeti satış için kâfidir.

Lükatada satış için bu üç şarttan bir tanesi mevcut olduğu halde satış cihetine gidilmezse ne olacaktır? Böyle bir vaziyette bilâhare şey kaybeden şahsa iade olunurken mültakit veya onun yerine kaim olan şahıs veya makam hifz masraflarını istiyemeyecekleri gibi, iade durumu hasın olunca şey şayet çabuk bozulan mevaddan ise, lükatanın bu yüzden telef olmasından mültakit veya onun yerine kaim olan şahıs veya makamlar mesul olurlar.

B) BULANIN HAKLARI :

1 — Müناسip ikramiye talep hakkı :

Bulunan şey asıl sahibine iade edilince bulanın kaybedenden müñasip bir ikramiye talebine hakkı vardır (M. K. m. 695/2).

İkramiye talep hakkı sadece bulana tanınmış olup onun yerine kaim olabilecek şahıs veya makamlara böyle bir hak tanınmıştır. Burada bahis mevzuu olan ikramiye, lükatayı bulan kimsenin yaptığı zahmetten ve namuskârlılığından dolayı kendisine verilen bir mükâfattır (9).

(9) Wieland, s. g. e. S. 365.

Bu ikramiyenin miktarı bulunan şeyin kıymeti nazara alınarak hâkim tarafından hak ve nasefet kaideleri çerçevesi içinde serbestçe takdir olunur (10).

2 — Masrafların tazmini :

Lükata sahibine iade edilince bulan kimse yapmış olduğu bütün masraflarını şey iade olunan şahıstan talebe hak kazanır. Bulan kimse yukarıda da, edildiği veçhile kendisine terettüp eden arama ve ilân ve cibelerini yerine getirmiş olursa şey iade olunan şahıstan zarurî ve faydalı bütün masrafların ödenmesini istiyebilir. Bulan kimse, lükata için gerekli ilân ve arama vazifelerini ifada gereken tedbirlere tevessül etmekte ihmal göstermiş, hususıyla lükatayı gizlemeye teşebbüs etmiş bulunursa artık onu tam bir suiniyet sahibi zilyed telâkki etmek icap eder. Bu takdirde sadece hak sahibi için dahi zarurî olan masrafları talep edebilir (11).

3 — Hapis hakkı :

Mültakit gerek masraflarını ve gerekse ikramiyeyi alabilmesi için lükata üzerinde hapis hakkında maliktir. Haklarını elde edinceye kadar bulduğu şeyi sahibine iade etmek mecburiyetinde değildir.

4 — Mülkiyet hakkı :

Mültakit, bulduğu şeyin sahibi ilân tarihinden veya zabıta memuru na ihbardan itibaren beş sene içinde meydana çıkmadığı takdirde bulduğu şeyin maliki olur (M. K. m. 695/1).

Görülüyor ki, mültakinin lükataya malik olabilmesi için şu üç şartın tahakkuku lâzimdir :

(10) Wieland s. g. e. S. 365.

(11) — Homberger — Hans Marti, FEYZİOĞLU, s. g. e. S. 183.
dip notu - 3

- a) İlân veya zabıtaya ihbardan itibaren beş sene geçmiş olmak,
- b) Bu müddet içinde şeyin sahibi meydana çıkmamış bulunmak,
- c) Mältakit kanunen kendisine terettüp eden yukarıda zikredilen vecibeleri yerine getirmiş olmak.

Burada zikredilen beş senelik müddet şeyi kaybeden için (Sukutu hak müddeti) bulan ise, (iktisabî müruruzaman) müddetidir. Yalnız başıboş gezen hayvanlar hakkındaki 5617 sayılı kanundaki hususî hükümler mahfuzdur.

Şöyledi:

Hayvan hırsızlığının men'i hakkındaki 22/3/1950 tarih ve 5617 sayılı kanununun aşağıdaki münheriç 15inci maddesine göre, başıboş gezen hayvanı bulan kims eichbir zaman gerek kendisi ve gerekse bedeli üzerinde hiçbir surette hak sahibi değildir.

Medenî Kanunumuzun lükata hükümlerinden tamamen ayrı hükümler vaz eden mezkûr kanunun 15inci maddesi aynen şöyledir :

Madden: 15

“ Başıboş bulunan veya herhangi bir kimsenin elinde hırsızlık olduğu anlaşılan bir hayvan en çok 4 hafta müddetle Mahallî Çiftçi Mallarını Koruma heyetlerince, bulunmryan yerlerde belediyeler veya ihtiyar kurullarında muhafaza olunur ve sahibi araştırılır. Bu müddet içinde müracaat eden hayvan sahibi bakım masraflarını muhafaza eden yere ödiyerek hayvanını teslim alır .

Hayvan sahibinin araştırılması için ilân yapılır. Sahibi bulunmayan hayvanlar satılır ve bunların bakım ve ilân masrafları satış bedelinden ödenerek bedelin kalan kısmı bir yıl müddetle bekletilir. Bu müddet zarfında da hayvan sahibinin araştırılmasına devam edilir.

Hayvan sahibi yine meydana çıkmazsa hayvanın satış bedeli, Çiftçi Mallarını Koruma Sandığına, bınların bulunmadığı yerlerde köy ve belediye veznelerine irat kaydolunur.

Her ne suretle olursa olsun sahibi meçhul bir hayvani ellerine geçenler, keyfiyeti en yakın karakol veya muhtara iki gün içinde bildirmeğe ve hayvan iteslime mecburdurlar”.

YENİ ESERLER

Yazan : Kâzım DERELİ

Dr. Nermin ABADAN : *Halk Efkâri.*

Mefhumları ve Tesir Sahaları.

Ankara : 1956, Yeni Matbaa, Sahife : 178, Fiyatı : 400
Kırş.

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgeler Fakültesi Âmme İdaresi Asistanı Dr. Nermin ABADAN tarafından hazırlanan "Halk Efkâri mefhumu ve Tesir Sahaları" adlı eser Fakülte yayınları arasında neşrolunmuştur.

Eser, Fihrist ile başlamaktadır.

Müellifin, Doktora Tezi olarak hazırladıkları 'Halk Efkâri' mevzuundaki bu eser memleketimizde bu konuda ilk defa yayımlanmış bir kitap bulunmaktadır.

"Önsöz" de Eser Sahibinin de işaret ettiğleri üzere, demokratik gelişimde Devlet faaliyetlerinin sürekli, dinamik ve nihai kontrolünü sağlama bakımından Halk efkârının rolü pek önemlidir" Gerçekten bütün kanun ve müesseseler ancak aydın ve uyanık bir halk efkârının devamlı desteklenmesi sayesinde gerçek görevlerini yerine getirmek imkânına kavuşurlar. Bu sebple her memlekette demokratik rejimin yerleşip kökleşmesi ve gayelerini gerçekleştirmesi, hür düşünceli ve siyasi rüste sahip vatandaş topluluklarının siyasi hayatın cereyanına katılmalari ve Devlet faaliyetlerinde nâzım rolü oynamaları ile mümkündür."

Müellifin tez olarak halk efkârını ele almalarına ayrı bir âmil de, Columbia Üniversitesinin 200 üncü yıldönümü münasebetiyle yapılan

kütle istihbarat vasıtalarının tesir derecesine ait araştırmalarla LAZAR-SFELD ve arkadaşlarının seçmenlerine oy vermelerine faktörler hakkında yayınladığı seçim tahlilleri olmuştur.

Birleşik Amerika'daki siyasi ilimler öğretiminin sosyal statikten ziyade sosyal dinamik mihrakında toplanan programları bu konulara diğer meseleler yanında hususî bir önem atfedilmektedir ki, Birleşik Amerika'daki Siyasal Bilgiler Fakültelerini Avrupa'daki benzerlerinden ayıran belli başlı hususiyet, başta halk efkârı olmak üzere, Siyasi Sosyoloji, sendikalar, sosyal sınıflar, demografi ve mukayeseli sosyal strüktür, sosyal değişiklikler v. s. gibi derslere daha geniş ölçüde yer verilmektedir. Bu bakımdan müellifin Birleşik Amerika'da Minnesota Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesindeki bir yıl devam eden çalışmaları, etüdleriyle ilgili materyelin toplanmasında büyük kolaylık sağlamıştır. Ayrıca, Minnesota Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı Profesör Llooyd Short, Gazetecilik Fakültesi Dekanı Prof. Ralph D. CASEY, Siyaset Nazariyeiisi Mulford Q. SIBLEY; Herbert Mi. CLOVSKY ve Sosyolog Arnold M. ROSE aydınlatır yardımında, Amerika dönüşünden sonra da, Asistan olarak beraber çalışıkları ünlü Âmme İdarecisi Prof. Dr. Marshall E. DIMOCK ve Alman Tarih Felsefecisi Sosyolog Ord. Prof. Hans FREYER etüdün planlaşmasında işatta bulunmuşlardır.

Eserin Giriş Kısmı "Tezimizin mihrak noktası olarak halk efkârı mefhum olarak dünyamız kadar eski, fakat ilmî araştırma konusu olarak atom fiziği kadar yeni bir mevzudur "cümlesiyle başlamakta ve konu hakkında müfit ve muhtasar bilgi verilmektedir.

Bundan sonra 3 bölümü ihtiva eden Metin kısmı gelmektedir.

Iinci Bölümde : Halk Efkârı Mefhumunun gelişimi, Modern teoriler, Halk efkârı merhumunun mahiyeti, Halk efkârını belirten vasıtalar, Propaganda;

İİnci Bölümde : Halk efkârının sosyolojik müessiriyet sahibi Grupların sosyolojik kadroları, Sosyal Teşkilât ve halk efkârı;

IIIüncü Bölümde : Halk efkârının hukuki müessiriyet sahibi, Hukuk felsefesi görüşünden halk efkârı âmme hürriyetleri ve halk e-

kârı, Demokrasilerde halk efkârının rolü, Anayasa çerçevesinde halk efkârının tezahürüne tanınan imkânlar, hâkimiyetin istimal ve tarzı bakımdan halk efkârının tesiri, Devlet Organları ve halk efkârı, Tazyik grupları (Pressure groups) ve kanun simsarlığı (Lobbying), Halk efkârı yoklamaları ve Kanun bazı hakkındaki geniş izahat bulunmaktadır.

Son kısımda netice ve eser ve makalelere dair bir bibliyografya, isim ve mefhüm endeksleri, Yanlış - Doğru Cetveli ilâve olunmuştur.

Müellifi, başarılı bir çalışma ile hazırladığı kıymetli eserlerinden dileyati tebrik ederiz.

Eser, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden iedarek edilebilecektir.



Askerî Adalet Mecmuası.

Yıl : 2, Sayı : 5, Fiyatı 1 lira.

Millî Müdafaa Vekâleti Adalet Başkanlığı tarafından neşrolunan Derginin 956 yılı Haziran ayma ait nüshasında Necmettin ALKAN'ın "Orduda İzin"; Fahri ÇOKER'in "Askerlikte disiplin, korunması, çareleri ve mevzuat"; A. Rıza HAFIZOĞLU : "Askerî Mahkemelerde yaş tashihî yapılabılır mı?"; Askerî Muhakeme Usulü K. nunun 273 üncü maddesi Hakkında; Askerî Temyiz Mahkemesinin Kararları bulunmaktadır.



İstanbul Barosu Dergisi.

Cilt : ×××, Sayı : 4 - 5, Yıl : 1956.

İstanbul Barosunca her ay yayınlanan "İstanbul Barosu Dergisi"nın 956 yılı Nisan ve Mayıs ayları sayısında aşağıdaki yazılar bulunmaktadır :

Prof. İlhan E. POSTACIOĞLU : Dâvalı Şeyin ve hakkın temliki ; H. U. M. Kanununun 186inci maddesi üzerinde bir deneme; Avukat Orhan BAŞARI : İş Kanununun tatbik sahası; Avukat Bülent ULUKUT : Medenî Hukukumuz bakımından Ormanlar; Avukat Yalçın TUNA : Türk Parasının kıymetini Koruma hakkındaki Kanun üzerinde bir inceleme; Temyiz Mahkemesinin Heyeti Umumiye ve Daire karaları; Avukat Ömer KÖPRÜLÜ : Tatbikattan mukayesi misaller; Meslek Haberleri; Yeni Neşriyat; Kayıtlar, Kanunlar . . .



Aynı Dergi. Sayı : 6 - 7

Dr. Yılmaz ALTUĞ : Türk ve İslâmi Kanunlar İhtilâfi Sistemleme göre boşanma ve ayrılık; Avukat Yalçın TUNA : Türk Parası Kıymetini Koruma hakkındaki 14 sayılı Karar üzerinde bir inceleme; Avukat Muzaffer GÜRAL ve Avukat Salih Nuri TÜZEL : Tatbikattan Mukayeseli Misaller; Temyiz Mahkemesi Umumî Heyet ve Daire Kararları; Hâsiyet Dîvâni Kararı, Meslek Haberleri, Yeni Neşriyat, Yeni Çıkan Kanun Metinleri . . .



Mukayeseli Hukuk Dergisi.

Yıl : 1, Sayı : 3,

Ankara- Işıklar Saraybosna Han No. 24 adresinde iki ayda bir neşrolunan "Mukayeseli Hukuk Dergisi" nin 1956 yılı Mayıs - Haziran aylarına ait nüshası şu yazılarla çıkmıştır :

İncelemeler : Ord. Prof. Mustafa Raşit BELGESAY : Medenî Kanun ve Evlilik dışı çocuklar; Prof. Dr. Şakir BERKİ : Hukukta tevazu ve tashîhi karar; Av. M. Celâl BULUT : İstîmlâk bedelinin artırılması dâvalarında husumet;

20

K a m u H u k u k u : "Öldürme Kasdı; Çehrede Sâbit Eser; Ölüm sebebiyet - Sanığın kusuru hakkındaki Temyiz Mahkemesi Kararları; "Hazine Avukatları - Üst derece maaş" hakkındaki Devlet Şûrası Kararları; "Kamu Hizmetine iştirak - Devletin mesuliyeti; Spor gösterisinde vukubulan kaza - Debletin Mesuliyeti" hakkındaki Fransız Devlet Şûrası Kararları;

H u s u s i H u k u k : Tapu kaydının iptali; Tebliğat; Terekenin tesbiti; Tenkis, mahfuz hisse; Nafaka; Okul masrafi — Temerrüt faizi; irtifak — Geçit Hakkı; Tahliye (ihtiyacı); Ticarethane tahliyesi; Tahliye; Muvakkat tahliye; Zilyedlik hakkındaki Temyiz Mahkemesi Hukuk Daireleri Kararları ve "Hak düşüren süre — iyi niyet"; Mülkiyet kullanımın aşırı kullanılması" na dair İsviçre Federal Mahkemesi Kararları; Yeni Eserler. .



Tatbikatta Yargıtay Kararları Dergisi.

Yıl : 8, Sayı : 86, Fiyatı : 75 Krs.

İstanbul Posta Kutusu 588 adresinde her ayın onbeşinde Temyiz Mahkemesinin Ticaret - Hukuk - İcra ve İflâs Dairelerinin seçme kararları ile neşrolunan Derginin 15 Haziran 1956 tarihli sayısında bulunan kararların kısa özetleri şunlardır :

Temyiz M. Hukuk Heyeti Umumiyesinin :
Gümrük Kanununda tasrih olunan krymetin ne olduğu;

Temyiz M. Ticaret Dairesinin :

Anonim Şirketin infisahı, tasfiyede mevcudiyeti, temsil hakkı; Kiracılık hakkının bertaraf edilmesi, tazminat, vazife; İhale; şartnamesinde dlegişiklik, ikin cihiale, taahhüdün ihlâli; Dâva arzuhalindeki ikrar, ikrârdan rücu, yemin ehlivukuf; Şirket Müdürine Kiralanan mesken, ticâri muamele, vazife; Vekilin vekâletten istifası, istifanın hükmü; İhale-

ye iştirak, teklisin kabul edilmemesi, tazminat, Fazla alınan gümrük resmî, istirdadı, zamanaşımı; İşçi sigortaları kurumunun muameleleri, vazife;

Temyiz M. Hukuk Dairelerinin :

Mecura yapılan zaruri masraflar, kiradan mahsup, suiniyet; Kira akdinin şahsen yapılması, şirket halinde devamı, tedİYE; Gayrimenkulün vekilden isticari, müdafaanın tevsii; Hazinenin vergi bakımından muaraza, istihkak, ücreti vekâlet; İstamlâkten bazgeçme, ecrimisil talebi; Veraset vergisi bakımından muaraza, istihkak, vazife; Fuzuli işgal dâvalarından harc; iptidai itiraz, esasa cevap; Vekilin satışa ittilâl, şuf'a hakkı, hakkın sukutu; Gayrimenkulün maliki olmryan akitler, akitler arasında tahliye; Babalık dâvası, kan tahlili lüzumu; Vekâletin nez'i, Çocuklarla şahsî münasebet tesisi; ihtar dâvalarında salâhiyetli mhkeme, ayrı mesken ittihâzi başlıklı kararları ve Diğer Mecmualarda çıkan karar özetleri..



İdare Dergisi.

Yıl : 27, Sayı : 240.

Dahiliye Vekâletince iki ayda mbir yayımlanan İdare Dergisinin 956 yılı Mayıs - Haziran aylarına ait sayısında aşağıdaki münderecat bulunmaktadır :

T e t k i k l e r :

Kemal AKKAYA : Sular Hakkındaki Mevzuatımız ve Kifayetsizliği; Mehmet ALDAN : Mahalle Muhtarlığı Teşkilâtı; Selim AYBAR : İstamlâk; Dahiliye Vekâleti Merkez Teşkilâtının tarihçesi; Hüseyin ÇAĞLAR : Atesli Silâhlar v eBıçaklar hakkındaki 6136 sayılı Kanuna dair; Fazlı DEMİREL : Millî Müdafaa Mükellefiyeti ve Komisyonlarına

ait işler; Cevdet GERAY : Evlilik dışı birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tesciline dair 4727 ve 5524 sayılı Kanununun İlkizdere kazası dâhilindeki Tatbikatı; Şerafettin KAYA : Türkiye'de genel nüfus sayımları ve şehirlerimiz; Ali KÖSE : T. C. Devlet Personel Kanunu Lâyihası Münasebetiyle Turgut TİMUR; Köy İçme Suları :

T e r c ü m e l e r :

Vecihi TÖNÜK : Birleşik Milletlerin İdarî Mahkemesi; Milletler arası ahvali şahsiye komisyonu 1955 umumî heyet Raporu. .

Temyiz Kararları

HUKUK BÖLÜMÜ

1295 tarihli kararnameye tevfikan istimlâk muamelesine ait ilânlar
rin istimlâki yapan idare tarafından yapılmış olması, idarenin Belediye
Komisyonunca takdir olunan bedeli kabullendiğini tazammun etmez. İst-
timlâk bedelinin indirilmesi hakkında idare tarafından açılan dâvanın bu
sebeple reddine karar verilemez.

Temyiz Beşinci Hukuk Dairesi
Esas : 3028 — Karar : 4348

Devlet Karayolları Umum Müdürlüğü vekili Avukat Muallâ Er-
tûk tarafından Halil Erdoğan ve Mustafa Erdoğan aleyhlerine açılan
isimlâk Ledelinin tenkisi dâvasının yapılan muhakemesi sonunda; İst-
timlâk Kararnamesi gereğince gazete ile mahallinde iki ilân yapıldığı
anlaşıldığından ve dâvacı idare ilân vererek istimlâk bedeline muvafakatini izbar ettikten sonra mezkûr bedelin tenkisini talebe salâhiyeti bu-
lunmadığından dâvanın reddine dair Kızılcahamam Asliye Hukuk Hâ-
kimliğinden verilen 10/12/1954 tarih ve 6/253 sayılı hükmün temyizen
incelenmesi dâvacı Karayolları Genel Müdürlüğü vekili Avukat Muallâ
Ertûk tarafından müddeti içinde verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla
dosyadaki kâğıtlar tamamen okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görü-
şüldü :

TEMYİZ KARARI

Dâvalı şahislara ait gayrimenkul dâvacı Karayolları Umum Mü-
dürlüğü tarafından 1295 tarihli kararnameye tevfikan istimlâk edilerek
Belediye Komisyonu tarafından kıymet takdir edilmiş ve kararnamede

Ulu

yazılı hükümler dairesinde iki defa ilân yapılmıştır. Bu ilânlarla istimlâk muamelesi kesinleşmiş, gayrimenkul sahibine bedelin tezyidi ve istimlâk eeden daireye de bedelin indirilmesi için dâva hakkı gelmiş olduğundan dâvacı müdüriyet tarafından bedelin indirilmesi hakkında açılan dâvaya usulü dairesinde bakılarak bir karar verilmesi gerektiği ve kiymeti dâvalı idare değil Belediye Komisyonu takdir ettiği halde dâvacının yaptığı ilânlarla istimlâk bedeline muvafakatini izhar etmiş olması itibarıyle bedelin indirilmesini dâva edemeyeceğinden bahsile dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde görülmüş olmakla hükmün H. U. M. Kanununun 428inci maddesi gereğince (BOZULMA-SINA) ve aşağıda yazılı 1380 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çırkacık taraftan alınmasına 14/7/1955 tarihinde ittifakla karar verildi.

Muhtaç çiftçiye verilen toprakların aynı hakkında zilyedlige müstesmiden açılan dâvada, gayrimenkülün tevzi edilen şahıs namına tescil edil diliğinin anlaşılması üzerine dâvacının dâvasını zilyedliğinin tesbitine hasretmesi caizdir.

Temyiz 5inci Hukuk Dairesi

Esas : 6018 — Karar : 4737

DÂVA : 25 - 30 senedenberi bilfiil zilyed ve tasarrufu altında bulunan iki kit'ada 70 dönüm arazinin Toprak Komisyonunda dâvalılara verilmiş olduğundan bahrsiyle vâkı müdahalenin men'ile mezkûr arazinin namına tesciline ve dâvalıların tapularının iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

HÜKÜM : Dâvacı vekili sonradan dâvasını mülkiyet hakkının tamamasına hasretmişse de, bu husus'ta ayrıca dâva açması lâzım geldiğinden ve dâva, toprağın hazine adına tescilinden sonra açılmış bulunduğuandan dâvacının toprağın sahibi olduğunu tesbiti ile idarî makamlardan toprak bedelini istemek ve dâva açmak hakkı mahfuz kalmak üzere işbu dâvanın redidine karar verilmiştir.

213

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadakî kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Dâvaci Zilyedi bulunduğu tarlanın Toprak Tevzi Komisyonunda muhtaç çiftçiye tevzi edildiğinden bahsiyle müdahalenin men'ini istemiş ve dâva tarihinden mukaddem Hazine adına tescil edildiğinin anlaşılması üzerine zilyedliğe müsteniden gayrimenkulün aynı hakkında dâva ahkki bulunmaması itibariyle dâvacı vekili tarlanın bedelini almak için zilyedliğinin tesbitini istemiş 27/1/954 tarihli 14/1 sayılı tevhidi içtihat kararında da, izah edildiği üzere dâvasını; toprağın sahibi olduğunun tesbit hususuna hasretmiş olmasına göre, dâvaya 4753 sayılı Kanununun 9uncu maddesi hükümlerine tevkikan bakılarak neticesine göre bir karar verilmesi gereği halde, tevhidi içtihat kararının bu kısımdan zâhil ile yazılı olduğu üzere dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz ve temyz itirazları varit bulunduğuundan hükmün H. U. M. Kanununun 428inci maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve 4753 sayılı Kanunun 61inci maddesi gereğince harc ve damga resmî alınmamasına 16/9/953 tarihinde ittifakla karar verildi.

Toprak Tevzi Komisyonunda Hazine namına belirtilen yerler hakkında senetsizden tescil yoluyla alınan tapuların iptalini istemeye Hazine'nin yetkisi vardır.

Temyiz 5inci Hukuk Dairesi

Esas : 5931 — Karar : 4770

DÂVA : Toprak Komisyonunda 17/7/953 tarihinde hazine namına tescil ettirildikten sonra, Hilmi Polat'a tevzi edilmiş 14/9/953 gün ve 101 numarasında namına tescil edilen gayrimenkulü dâvalının aldığı hasımsız tescil kararı ile namına tapulaştırılmış olduğundan bahsiyle dâvalının tapusunun iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

U6

HÜKÜH : Müddeabihin çiftçi Hilmi Polat adına tescil edilmiş olması Hazine husumete ehil olmadığından dâvanın reddine karar verildi.

TEMYİZ EDEN : Hazine vekili.

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Dâvacı Hazine vekili Toprak Tevzi Komisyonunca hazine namına belirtilip muhtaç çiftçi Hilmi'ye teczi ve namına tescil edilen tarla hakkında dâvalının senedsizden tescil yoluyla aldığı tapunun iptalini istemiştir. Hükümde bahsi geçen 27/1/954 tarih 14/1 sayılı tevhidi içtihat kararında namına tescil yapılan muhtaç çiftçi aleyhine açılan dâvada, hazineye husumet tevcihine kanunî bir zaruret bulunmadığı belirtilmişse de, hazine vekilinin müstakilen dâba hakkı bertaraf edilmemiş olmasına binaen dâvaya bakılarak neticesine göre bir karar verilmek lâzım gelirken, tevhidi içtihat kararının meşhumu muhalifinden bahsiyle hazine dâvasının reddine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları vârit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 438 inci maddesi gereğince (BOZULMASINA) 16/9/955 tarihinde ittifakla karar verildi.

*Borçlu belediyeye izafeten yazı işleri müdüriye yapilan tebliğ mu-
teber savılmazsa da, borcun ödeimesi için İcra Memurluğunda yazılan
tezkere ile takibe muttali olan Belediye Reisi tarafından şikâyet müddeti
îçinde tebliğin hükümsüzlüğü hakkında şikâyet edilmediği gibi, gecikmiş*

*itiraz yoluna da müracaat edmediği surette icranın devamı lâzım gel-
digine dair.*

Temyiz İcra ve İflâs Dairesi

Esas : 1063 — Karar : 1052

İcraca yapılan tebliğatın keenlemyekûn addiyle yeniden H. U. M. Kanununun 128 inci maddesi gereğince borçlu idareye tebliğat yapılmasına karar verildiği beyanından ibarettir.

TEMYİZ EDEN : Alacaklı vekili Avukat Mustafa Ağabigum.

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadakî kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Hâdisede borçlu Belediyeye izafeten reisi namına yazı işleri müdürüne ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması kanunen sayılamazsa da, İcra Memurluğunda Belediye Reisine hitaben yazılan 19/2/955 tarihli müzakkere ile takibin yapıldığıma muttalî olan borçlu Belediye Reisliğince 23/2/955 tarihinde memurluğa bu hususta cevap verilip ittilâ tarihinden itibaren tebliğin hükümsüzlüğü hakkında şikâyet edilmemiş olduğu gibi, gecikmiş itiraz yoluna müracaat etmemek suretiyle de, yapılan takibin kesinleştiği anlaşılmış bulunduğu halde mercice bu cihetler gözönünde tutulmaksızın bâzı mütalâa beyaniyle yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna aykırı ve alacaklının bozma dileği bu itibarla yerinde olduğundan temyz olunan kararın bu sebepten İcra ve İflâs Kanununun 566 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 27/2/956 tarihinde karar verildi.

U\$

Ahval veren kefil asıl borçlu gibi, mesul oudağundan Boçclar Kanunu'nun 493 üncü maddesinin tatbik yeri olmadığına dair.

Temyiz İcra ve İflâs Dairesi

Esas : 1226 — Karar : 102

Takib 12/11/953 hulülü vâde tarihli emre muharrer senede müste-mitt olup mezkûr senedin müteselsil kefil sıfatıyla borçlu tarafından imza edilmiş ve borçlunun müruruzaman def'i de, yerinde görülmemiş olduğundan borçlunun (70) lira üzerinden itirazının ref'ine karar verildiği bîyânından ibarettir.

Temyiz eden : Borçlu.

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Takibin istinat ettiği emre muharrer senette imzası bulunan borçlunun ahval veren kefil sıfatında bulunması ve Ticaret Kanununun 606 nci maddesi delâletiyle mezkûr kanunun 557 nci maddesi gereğince kefâlet ettiği şahıs derecesinde mesul olması sebebiyle hâdisede Borçlar Kanunu'nun 493 üncü maddesinin tatbiki esasen bahis mevzuu olamiyacağına ve temyz olunan kararın gerekçesine göre yerinde bulunmayan bozma dileğinin reddi ile usul ve kanuna uygun olan mezkûr kararın İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince (TASDÎKINA) ve aşağıda yazılı masrafın temyz isteyenden alınmasına 27/2/956 tarihin ittifakla karar verildi.

29

Bir alacağın müflis tarafından iflâstan evvel ipotekli temin edilip edilmediği hususunda alacaklı ile İslâs Dairesi arasında husule gelen ihtilâfın Ticaret Mahkemesince halli icap ettiğine dair.

Temyiz İcra ve İslâs Dairesi

Esas : 996 — Karar : 1102

İpotek kaydında zikredilmeyen senedin ipotekli ve rüçhanlı kabulüne imkân bulunmadığı gibi, menşeî malûm olmayan masrafların da yine ipotekli alacaktan ödenmediği anlaşılan (4.500) liranın İcra ve İslâs Kanununun 185inci maddesi gereğince ödenmesine ve 1/6/955 tarihli karar doğru olduğundan şikâyetin reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

TEMYİZ EDEN :Şikâyetçi vekili Avukat Adnan Çalikoğlu.

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Hâdisede müflis borçlu ile iflâs tarihinden evvel yapılmış olan ticâri muamelelerden doğan (27.000) liraya kadar borç için müflis tarafından iflâs idaresince tasfiye maksadiyle satılan gayrimenkul üzerinde ipotek tesis edilmiş olması sebebiyle mezkûr ipotek de, dahil olduğunu ve rüçhan hakkını haiz bulunduğu dermeyan etmiş olan alacaklı Mehmet Haçım'in istinat ettiği üçbin liralık 6/7/954 tarihli senedin ipoteğe ithal edilmiş olup olmadığı noktasından iflâs idaresi ile geçen alacaklı arasında ihtilâf husule gelmiş be İcra ve İslâs Kanununun 235inci maddesinin son fıkrası hükmünün şümulü dışında kalan bu gibi meselelerin tetkik ve intacı Ticaret Mahkemesine ait bulunmuş olmasına göre, mercice vazife ciheti gözönünde tutulmak suretiyle işin karara bağlanması iktiza ettiği halde yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan temyiz olunan kararm bu sebepten İcra ve İslâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428inci maddeleri gereğince (BozUL.

26

MİASINA) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacaktır alınmasının 28/2/956 tarihinde ittifakla karar verildi.

İhtiyatî tedbir kararının infazı neticesinde yediâdile tevdi edilen malın aynen teslim edilememesinden dolayı İcra ve İflâs Kanununun 3558 inci maddesi tatbik olunamayacağından bu husustaki uyuşmazlığın tetkiki, İcra Tetkik Merciinin vazifesi dışında olduğuna dair.

Temyiz İcra ve İflâs Dairesi

Esas : 1082 — Karar : 1181

Asliye Hukuk Mahkemesinin ihtiyatî tedbir kararına müsteniden vee 2/8/954 tarihli senetle yediemin borçlu İbrahim Uzun'a teslim edilen 5880 kilo fındığın aynen alınmadığı takdirde bedelen tahsili hakkındaki taakkibe karşı borçlunun ileri sunduğu itiraz varit görülmeliğinden reddine kaara verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden : Borçlu.

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Hukuk Mahkemesince ittihaz edilmiş olan ihtiyatî tedbir kararmın ihfazı neticesinde yediadile tevdi edilmiş bulunan mahsulün aynen teslim edilmesinden dolayı yediadlin bezkûr mahsülü mislen veya bedelen taazmin ile mükellef olup olmadığı hususundaki ihtilâfm ait olduğu mahkemece halli lâzım geldiği ve İcra ve İflâs Kanununun yalnız icraca hâzır olunan mallara ait bulunan 358 inci maddenin bu gibi hallerde tatbiki mümkün ve caiz bulunmadığı cihetle, taraflar arasındaki uyuşmazlığım tetkik be intacı mahdut salâhiyetli İcra Tetkik Merciinin vazifesi dışında kalıldığı halde, bu husus düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar ve-

rilmesi kanuna aykırı olduğundan temyiz olunan kararın bu sebepten İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/3/956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Takibe mesnet tutulan senedi temellük eden alacaklinin asıl borçlu aleyhinde yaptığı takip neticesinde aciz vesikası olması sebebiyle temlik eden rücu hakkı olup olmadığı hususundaki ihtilâfin mahkemece halli icap ettiğine dair.

Temyiz İcra ve İflâs Dairesi

Esas : 1084 — Karar : 1183

Takip; noterlikçe resen tanzîn edilen ve para alacağının devri temlikine mütadair bulunan senede müstenit olmasına ve icranın geri bırakılmasına ve icranın geri bırakılması hakkındaki talep yersiz olduğundan itirazm ref'i ile icranın devamına karar verildiği beyanından ibarettir.

TEMYİZ EDEN : Borçlu vekili Fehmi BAYDA.

TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı müzakere olundu :

Hâdisede borçlunun takibin istinat ettiği senet muhteviyatını alacaklıya temlikinden sonra, alacaklı tarafından mezkûr senet muhteviyatı ile mülzem olan üçüncü şahıs aleyhinde yapılan takip neticesinden bir semere hasıl olmaması ve üçüncü şahıs acizi hakkımda vesika olması sebebiyle alacaklinin kendisinden bu alacağı temlik eden borçluya rücu hakkı bulunup bulunmadığı hususnda taraflar arasında husule gelen:

22

ihtilâfın ait olduğu mahkemece halli lâzım geldiği halde, bu gibi meselelerin tetkik ve intacı mahdut salâhiyetli İcra Tetkik Mercilerinin vazifesi dışında bulunduğu düşünülmeksızın yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan temyiz olunan kararm bu sebepten İcra ve İslâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428inci maddeleri gereğince (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/3/956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Kararları

CEZA BÖLÜMÜ

Millî Korunma Kanununun 4945 sayılı Kanunla muaddel 57 nci maddesinde yazılı para cezaları 5435 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile artırmaya tâbi değildir.

Temyiz Tevhidi İctihat Büyük Umumî Heyeti
25/4/1956 tarih, Esas : 4 — Karar : 1

20/6/1946 da yürürlüğe giren 4945 sayılı kanunun 57 nci madde sindeki para cezalarının 5435 sayılı kanunun ikinci maddesi gereğince tezyide tâbi olup olmadığı hakkındaki Beşinci Ceza Dairesinin 11/1/1955 ve 21/2/1956 tarih ve sırasıyla 104 ve 645 esas sayılı kararları ile Ceza Heyeti Umumiyesinin 24/10/1955 tarih ve 87 sayılı kararı arasında husule gelen içtihat ihtilâfının tevhidi içtihat yoluyla halli Beşinci Ceza Dairesi Reisliğinin 24/2/1956 tarih ve 55 sayılı yazısıyle istenilmesi üzerine, 25/4/1956 da Hukuk ve Ceza kışmlarının içtimârı ile toplanan Tevhidi İctihat Umumî Heyetinde tarih ve numaraları mezkûr kararları arasında mübâyenetin mevcudiyeti tesbit ve kabul edildikten sonra keyfiyet müzakere olundu :

İhtilâfa mevzu teşkil eden yukarıda tarih ve numaraları yzılı kararlardan Beşinci Ceza Dairesine ait esbabı mucibesinde 5435 sayılı kanunun paranın tedrici bir şekilde değerini kaybetmesi dolayısıyle cezadan maksut olan neticeleri teminen para cezalarının artırıldığı ve Millî Korunma Kanununun 4945 sayılı kanunla tâdil edilen olunan 57 nci maddesinde, mevcut değişikliklerden günün iktisadî şart ve icaplarma göre para czalarının ayarlanması ibaret olmayıp, mezkûr maddenin muhtelif fıkralarındaki yeni müeyyidelerin tanziminde suç teşkil eden fiilerin mahiyetlerinin gözönünde tutulduğu ve eski hükümlere nazaran

lel̄ ve aleyhte farklı müeyyideler sevkolunduğu ve Millî Koruma Kanunun diğer maddelerinde mvz̄u para czalarının 5435 sayılı kanunun şüümülüne dâhil olduğu halde yalnız 4945 numaralı kanunla muadel 577 nci maddedeki para cezalarının tezyide tâbi tutulmaması gereklendiiren bir mesnedin bulunmadığı esaslarına istinat olunmasına mukabil Ceza Heyeti Umumiyesince ait kararda, 31/12/1945 gününe kadar yürürlüğe girmiş kanunlara taallûk eden 5435 sayılı kanunun ikinci maddesinin mezkûr tarihten sonra, 20/6/1946 da mer'iyete vaz'edilen 4945 numaralı kanunda yazılı para cezalarına teşmiline imkân bulunmadığı kabul edilmiştir.

5435 sayılı kanunun ikinci maddesi hükmüyle vergi ve resimlerin bu süreleri içinde ödenmemesinden dolayı tahsili lâzım gelen vergi ve resim cezalarıyla tazminat kabilinden olup mütezayit nişbette tâbi bulunan para cezaları hariç olmak üzere Büyük Millet Meclisinin kurulduğu tarihten önce yürürlüğe girmiş bulunan bütün kanun ve tüzüklerde yazılı olup da daha sonraki tarihlerde Büyük Millet Meclisince miktarına doşkunulmamış olan para cezaları on ve Büyük Millet Meclisince kabul olunupla, 31/12/1939 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlar da, mezkûr para cezaları üç misline çıkarılmıştır.

5435 sayılı kanunun ikinci maddesinin metninden de anlaşıldığı üzere, 31/12/1945 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlarda yazılı para cezaları tezyide tâbi tutulmuş ve bu tarihten sonra, neşir ve isd̄lar edilen kanunlardan mevzu para cezalarına bu hükmün teşmili mümkün bulunmamış olduğundan içtihat ihtilâfına mevzu teşkil eden 4945 sayılı kanunun 57 nci maddesinde yazılı para cezalarının bu kanunun 20/6/1946 da meriyete girmesine nazaran misil artırmamasına tâbi tutuluyacağma 25/4/1956 tarihinde mevcudun üchte iki ekseriyetile karar verildi.

15 yaşını bitirip 18 yaşını ikmal etmemiş olan bir kızla rızaen cinsi münasebette bulunanların fiil ve hareketleri, TCK. nun 423 üncü maddesinde gösterilen cürüm unsurlarının ve tukibat şartlarının mevcut olup olmadığını bakılmaksızın 6123 sayılı kanunla mezkûr kanunun 416 nci maddesine ilâve olunan 5 üncü fıkrasında yazılı suçu teşkil eder.

Temyiz Tevhidi İctihat Büyük Umumî Heyeti

25/4/1956 tarih, Esas : 5 — Karar : 2

Onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını ikmal etmemiş olan bir kızın evlenme vaadiyle kızlığını bozanların fiil ve hareketlerinin 6123 sayılı kanunla muaddel Türk Ceza Kanununun 416 nci maddesinin son fıkrasında yazılı suçu teşkil edip etmediği hususnda, Beşinci Ceza Dairesinin 23/3/1955, 17-7-1955 ve 30-12-1955 tarih ve sırasıyla 602, 3013 ve 5593 esas sayılı kararları ile Ceza Heyeti Umumiyesinin 23/1/1956 gün ve 14 esas numaralı kararı arasında tehaddiis eden içtihat ihtilâfının tevhidi içtihat yoluyla hali Beşinci Ceza Dairesi Reisliğinin 24/2/1956 tarih ve 54 sayılı yazısıyle isenilmesi üzerine, 25/4/1956 da Hukuk ve Ceza kısımlarının içtimaiyle toplanan Tevhidi İctihat Umumî Heyetinde: tarif ve numaraları mezkûr kararlar arasındaki mübâyenetin mevcudiyeti kabul edildikten sonra keyfiyet müzakere olundu.

Ihtilâfa mevzu teşkil eden yukarıda tarih ve numaraları yazılı Beşinci Ceza Dairesi kararlarında; 6123 sayılı kanunla Türk Ceza Kanununun 416 nci maddesine bir fıkra eklenerek onbeş yaşını bitiren ve reşit olmamış bir kimse rızaen cinsi münasebette bulunanların fiil ve hareketleri tecrim edilmiş olmakla beraber mezkûr kanunun 423 üncü maddesinin hükmünün mahfuz tutulduğu ve sarıh ve zimnî bir ilgânam düşünüleceği ve her iki cürme ait suç unsurlarıye takibat şartlarının yekdeğeinden farklı bulunmaları dolayısıyle Türk Ceza Kanununun 79 üncü maddesinin hâdisede tatbik kabiliyeti bulunmadığı esbabı mucibesine istinat edilmiştir.

Ceza Heyeti Umumiyesi kararında ise, 6123 sayılı kanunla muaddel Türk Ceza Kanununun 416 nci maddesine ilâbe olunan fıkra ile

fiil daha ağır bir cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde onbeş yaşıntı bitirip onsekiz yaşıntının ikmal etmemiş olan bir kimse ile rızaen cinsî münasebette bulunulması men ve tecrim edildiğinden mürtekiplerinin fiil ve harekeiinin 423 üncü maddde yazılı unsur ve şartlar aranmaksızın 416 ncı maddesinin son fikrasına tevafuk ettiği kabul edilmiştir.

6123 Sayılı kanunla Türk Ceza Kanununun 416 ncı maddesine ilâve olunan fıkra ile rızaen cinsî münasebette bulunulması menedilmiştir. Fıkradaki kimse tâbiri erkek ve kadın da şümülüne almaktadır. Üçüncü fıkranın mer'iyete girdiği tarihe kadar onbeş yaşıntı ikmal etmiş kimselerle fiil daha ağır bir cezayı istilzam etmediği takdirde, rızaen cinsî münasebette bulunulması evlenme vaadiyle izalei bekâret müstesna olmak üzere suçlandırılmış idi. Kanun vazinca onbeş yaşıntı bitirmiş olup da zimnen reşit olmayan kimselerle rızaen dahi olsa cinsî mukarenette bulunulması tecvîz kılınmadığından yapılan ilâve ile bu hareketler de tecrim bu suretle umumî bir zabita tesis edilmiş ve ayrıca müeyyidelendirilmişdir.

Bu hüküm muvacehesinde mağdurun erkek olmaması halinde, 423 üncü madde unsurları ve takibat şartları tesbit olunan evlenme vaadiyle İbekâretin izalesine ait suç ile 416 ncı maddenin son fikrasında yazılı cürrüm arasında unsur ve takibat şartları bakımından mütezat hükümlerin imevcudiyeti sebebiyle kanun hükümlerinden hangisinin tatbik edileceğinde Beşinci Ceza Dairesiyle Ceza Heyeti Umumiyesi kararları arasında içtihat ihtilâfi tehassûl eylemiştir.

416 ncı maddenin son fikrası metninde yer almış olan bir kimse titâbiriyle cinsî münasebetin kadın veya erkek olan şahislara da teşmil kılınmasına göre, kanun vazîr gerek evlenme vaadine mukarîn olarak ve gerekse böyle bir vaadle kandırma keyfiyeti mevzuubahis olmaksızın onbeş yaşıntı bitirip onsekiz yaşıntı ikmal etmeyen bir kızla rızaen vâkınmukareneti de mezkûr fıkranın şümülüne ithal eylemiştir.

Memnuiyet hilâfına onbeş yaşıntı bitirmiş olup da, onsekiz yaşıntı bitirmeyen bir kızla cinsî münasebette bulunanların hareketleri 423 üncü madddede mevzu cezadan daha ağır bir müeyyide ile tecziye kılınmasına

ve kanun vazının maksuduna göre, böyle bir kimse ile mukarenet halinde fiilin 423 üncü maddede mezkür unsur ve şartların mevcudiyeti aranmaksızın 416 ncı maddenin son fikrasında yazılı suçu teşkil edeceği anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 423 üncü maddesinin suç unsurlarından birisi de onbeş yaşını doldura bir kızın evlenme vaadiyle kandırılarak bıkının izale edilmesidir. Bikri izale edilen kızın onbeş yaşını ikmal etmesi meşrut olup yaşı bakımından münteha haddi gösterilmemesine nazaran mağdurun reşit bulunması halinde de, mezkür maddenin tatbiki icap etmektedir. Kanun vazınınca onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını ikmal etmeyen bir kızla cinsî münasebette bulunanların 416 ncı maddcye ilâve olunan 423 üncü maddede mezkûr cezadan daha ağır bir müeyyide ile tecziye olunmaları esasının kabul edilmesine göre, bu iki yaş haddi arasında bulunan bir kızı evlenme baadiyle kandırarak bıkını izale edenlerin 423 üncü madde gereğince tecziyesi 416 ncı maddenin son fikrası hükmü muvacehesinde düşünülemez. Kanun vazının mezkûr son fikra ile 423 üncü maddede yazılı (onbeş yaşını dolduran) ibaresini onsekiz yaşını ikmal eden şeklinde zîmen tadil eylediğini her iki madde hükümleri arasında mevcut açık mübayanet dolayısıyla kabul etmek zoruridir.

N e t i c e :

Yazılı sebeplerden dolayı onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını ikmal etmemiş olan bir kızla rizaen cinsî mukarenette bulunanların fiil ve hareketlerinin Türk Ceza Kanununun 423 üncü maddesinde gösterilen sair cürüm unsurlarının ve takibat şartlarının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın 6123 sayılı kanunla mezkûr kanunun 416 ncı maddesine ilâve olunan üçüncü fikrasında yazılı suçu teşkil ettiğine 25/4/1956 tarihide mevcudun üste iki ekseriyetiyle karar verildi.

Sulh Mahkemesinin vazifesizlik kararı ilk tahkikat mahiyetinde değildir. Bu itibarla tam değil, yarım harc alınması icabeder.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 17445 — Karar : 2609

Memnu silâh bulundurmaktan Sürmeli Durmuş'un; T. C. K. nun 264/2 nci madesi gereğince bir ay hapsine ve altı lira tam harc alınmasına dair (Göle) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 14/7/1955 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Ardahan C. M. U. İliği tarafından müddetinde istida edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderlmekle icabı müzakere olundu :

1 — Tatbik edilen madde fikrasından ayrıca yazılı bulunan ağır para cezasının hükmedilmesi lüzumundan zühul olunması,

2 — Silâhin memnu olduğu hakkındaki kesin deliller gösterilmeksızın yazılı madde ile ceza tâyini,

3 — Kabul ve suçun işlendiği tarih bakımından 5455 sayılı kanunun değişen 264 üncü maddenin ikinci bendi nazara alınmadan maznuna noksan ceza hükmedilmesi,

4 — Maznunun eski mahkûmiyeti bulunduğuunun gösterilmemesi,

5 — Sulh Mahkemesinin vazifesizlik kararı ilk tahkikat mahiyetinde olmadığı halde yarı yerine tam ve fazla harc tâyini,

6 — C. M. U. K. nunun 372 nci maddesi hilâfına Sürmeli Durmuş hakkındaki hükmün gizli tefhimi,

Yolsuz ve mafevk C. Müddeiumumisinin temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla vârit bulunmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA 6/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Ev odası, umumî veya umuma açık mahallerden asыılması kanunu aykırıdır.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 17632 — Karar : 2676

Evde kumar oynatmaktan maznun İbrahim Özdił ile Habip Akaa, Tahsin Esen; Kâmil Keleş ve Ömer Değer'in yapılan duruşmaları sonunda T. C. K. nun 568inci maddesi gereğince ve takdiren onar gün hafif hapis ve ellişer lira hafif para cezalarıyla mahkûmiyetlerine we emanette bulunan bir gümüş lira ile iskambil kâğıdının müsaderesi we mevkuf kaldıkları müddetin mahsubuna dair (Ilgm) Asliye Ceza Hâkimliğinden berilen 24/2/1955 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafewk Akşehir C. M. U. liği tarafından müddetinde istifa edilerek dâva evralkı bozma isteyen tebliğname ile Temyiz 3 üncü Ceza Dairesine ve oradan verilen vazifesizlik kararı üzerine daireye gönderilmekle icabı müzakerre olundu :

1 — Ev odasının tatbik olunan maddede yazılı veya umuma açık mahallerden olmadığı gözetilmeden bazı mütalâalarla yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün bu sebeple itiraz ve iistem gibi, BOZULMASINA 6/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Yalan şahadet suçunda, esas dâva bu sebeple talik edilmemiş we tahkikat sırasında bu şahadetten menedilmiş ise, T. C. K. nun 289/2 dğil, 289/1 maddesi tatbik olunur.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 17602 — Karar : 2703

Orman Kanunu muhalefet dâvasının görülmESİ sırasında İsmail Hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde yalan şahadeet bulunmaktan maiz-

nun Akif ve Ahmet Esen'in yapılan duruşmaları sonunda; esas dâva necilenmeden vâki rücu nazara alınarak T. C. K. nun 286, 289/2 uncu maddeleri gereğince birer ay onbeşer gün hapislerine dair (Bartın) Asliye Ceza Hâkimliğinden berilen 19/7/1955 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallî C. Müddeiumumiliği ile mahkûmlardan Akif tarafından müddetnde istida ve şartı if aedilerek dâva evrakı tasdik isteyen tebliğ-name ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

Maznunlardan şahadet ettiği dâvanın yalan yalan şahadet sebebi ile talik edilmemiş olduğu ve tahkikat sırasında buşahadetten rücu ettikleri halde, 289 uncu maddenin ilk fikrası hükmü nazara alımmadan yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş ve temyiz itirazları bu itibarla vârit görülmüş olduğundan tebliğnamede- tasdik isteminin reddiyle hükmün bu sebep- ten dolayı BOZULMASINA 6/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hırsızlık suçundan dolayı delilleri toplamak ve failleri elde etmek maksadıyla evde arama yapmak muhtarın vazifesi değildir.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 17611 — Karar : 2704

Ayşenin evine zorla girerek kanunen arama yapmak suretiyle vazifelerini istismâl etmekten maznun Muhtar Ahmet Cengiz, ihtiyar heyeti âzası Seyit Ahmet Görgülü, Tahir Tanır, Ömer Turan'ın; T. C. K. nun 240, 89, 94 üncü maddeleri gereğince altışar ay hapis, ikiyüzer lira ağır para ve üçer ayda memuriyetten mahrumiyet cezaları ile mahkûmiyetlerine ve cazalarının teciline dair (Altıntaş) Asliye Ceza Hâkimliğinden berilen 30/5/1955 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Kütahya C. Müddeiumumiliği tarafından müddetinde istida edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname il edaireye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

231

1 — Hırsızlık suçundan dolayı hazırlık tahlikatı ve suç delillerini elde etmek maksadiyle evde arama yapmak muhtarm vazifesi olnamasına ve âzaların da icraî görevleri bulunmamasına göre 193/1 inci madden yerine yazılı madde ile ceza tâyini,

2 — Kabul bakımından tahlife yer olup olmadığıın tetkik ve müzakere edilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş ve mafevk C. Müddeiumumisinin temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla várit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten BOZULMASINA 6/3/1956 tarihinde itifâkla karar verildi.

Gayrimenkule tecavüzü menedilen kimsenin, bu yerden fındık toplaması men kararının şümulü dışında bulunması sebebiyle 5917 sayılı kanunun 7 nci maddesiyle cezâtâyini yolsuzdu.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 3003 — Karar : 2709

Usulen müdahalesi men olunan Mahmut'un gayrimenkulüne tekrar tecavüz etmek suretiyle 5917 sayılı kanuna muhalefeten maznun kimselerden Arslan (Kâzım) Şahin'in yapılan duruşma sonunda; ad geçen kanunun 7 nci maddesi gereğince iki ay hapsine dair (Tirebolu) Aâsliye Ceza Hâkimliğinden verilen 28/12/1955 tarihli hükmün temyizer tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva elbârâ tasdik isteyen tebliğname ile verilen tetkik salâhiyetine binaen daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

Müştakinin fındık bahçesine hendek açmak suretiyle vâkı tecavüzen dolayı müdahalenin men'ine karar verilmiş olmasına ve men İkkarının infazından sonra fındık bahçesinden fındık toplamanın men İkkararı şümulü dışında bulunmasına ve gayrimenkulün aynine karşı işlenmiş

VL

bir teavüz teşkil etmemesine göre bu cihetler nazara alınmadan yazılı kanun maddesine göre ceza tâyini,

Eozmayı gerektirmīş ve maznunun temyiz itirazları bu itibarla vârit görülnǖş olduğundan tebliğnamedeki tasdik isteminin reddiyle hükmün bu sebepten bozulmasına 6/5/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Usulen müdahalesi men' olunan kimsenin, o gayrimenkule hissesinin bulunması tekrar tecavüz halinde vükkubulan suçluluğu bertaraf etmezz.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 5440 — Karar : 2857

Usulen men olunan Hadiye'nin gayrimenkulüne tekrar tecavüz etmek suretiyle 5917 sayılı kanuna aykırı harekette bulunmaktan maznun İhsan Yam'ın yapılan du'uşma sonunda; maznun tecavüz edilen gayrimenkul mirasçı sıfatıyla iştirak yoluyla hissedar bulunmasına ve resmem tı̄ksim edilmemīş olması itibariyle her kısımda hisseli bulunmasına göre, açı unsuru bulunmadığından beraatine dair (Kayseri) Sulh Ceza Hâkinliğinden verilen 24/1/1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallii C. M. U. līgi tarafından müddetinde istida edilerek dâva evraki bozma isteyen tebliğname ile verilen tetkik salâhiyetine binaen daireye göndēilmekle icabı müzakere olundu :

Nünazaalı gayrimenkulde ırs sebebiyle iştirakin ve hissedarlığın suçluluğu bertaraf edemeyeceği 29/6/1955 tarih ve 8/15 sayılı tevhidi īstihat kararı ile kabul edilmiş olmasına göre duruşmaya devam edilerek neticesne göre hükmün tesisi lâzım gelirken ancak, tâhfîse yol açabilen sebebe dayanılarak yazılı şilde beraaat kararı verilmesi,

Eozmayı gerektirmīş olduğundan hükmün bu sebepten itiraz ve istem bi BOZULMASINA 8/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Bir dam altında olmakla beraber girilen ahırda mesken olarak ittilâhaz olunan yer, açılan bir kapı bulunmadığı takdirde; ahırın müsterimîlât olarak kabulü doğru değildir.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 18204 — Karar : 2935

Ismail'in geceleyin mesken masuniyetini ihlal etmekten maznnun Mehmet Gökçe'nin; T. C. K. nun 193/2 nci maddesi gereğince altı ay hapsine dair (Kırklareli) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 10/5/1995 tarihli hükmün temyizce tetkiki maznun tarafından müddebetinde istitîda ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tasdik isteyen tebliğname ile dairâye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

Her ne kadar dosyada bulunan krokide maznunun girmiş olduğu ahırm aynı çatı altında bulunduğu gösterilmekte ise de, mesken oblan bu ahıra açılmış bir kapı bulunup bulunmadığı ve bu surette ahnının mesken mştemilâtından kabulü icap edip etmediği tâhrik ve tesbit olunmadan yazılı madde ile ceza tâyin edilmesi,

Bozmayı gerektirmiş be maznunun temyiz itirazları bu bakmddan vârit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki tasdik isteminin reddiyle hükmün bu sebepten BOZULMASINA ve on lira bozma harcının hâkksız çıkacaktır alınmasına 10/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Müşterek avlu, hane müstêmilâtundan addolunamaz.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas 17845 — Karar : 3092

Jandarma Yüzbaşısı H. Hüseyin'in geceleyin mesken masuniyetini ihlal etmek ve vazifede kendisine mukavemet göstermekten maznnun Mehmet Koçyiğit'in; T. C. K. nun 193/2, 258/3 ve 71 inci maddeleri

ggeeğince 13-10-1955 tarihli hükmün temyizlen tetkiki maznun tarafından da müddetinde istida ve şartlı ifa edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

1 — Girildiği kabul edilen üç evin müşterek avlusunun müstemidâtan sayılamiyacağı gözetilmeden ve fiilin 547 nci maddeye temos edip eetnediği tetkik ve münakaşa edilmeden maznunun 193/2 nci madde ille mahkûmiyeti cihetine gidilmesi,

2 — Hâdse sırasında jandaðma kumandanı vazifeli olmayıp maðdu durumunda bulunmasına göre, hâdisede mukavemet bahse konu olamıyacağı gözeteilmenden 456/4 üncü madde yerine 258 inci madde ile ceza tâyini ve bu bakımından ayrıca usulüne göre verilmiş şikayetname dde bulunmadığının gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirmiþ ve maznunların temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla vârit görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden BOZULMASINA, depo parasının geri verilmesine ve on lira bozma harçının haksız çıkışaktan alınmasına 13/3/1956 tarihinde ittifâka karar verildi.

Kaçırılan kızının kurtarılması maksadiyle, kızını kaçırın maðdurun evinin avlusuna girmek mesken masuniyeini ihlal suçunu teþkil etmez.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 18019 — Kara^r : 3106

Kızını kaçırın Recep'in rızası hilâfına geceleyin evine girmekten maznun ve mükerrir İbrahim Yılmaz ile kardeşleri Cemil Yılmaz ve Ferhat (Enver) Yılmaz'ın yapılan duruşma sonunda; T. C. KK. nun 193/2, 59 ve 81/1 inci maddeleri gereğince İbrahim'in beþ ay yirimiþ gün ve diğerlerinin beþer ay hapislerine dair (Vize) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 12/4/1955 taraklı hükmün temyizlen tetkiki mah-

kümlard İbrahim ve Cemil tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tasdik isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

Maznun İbrahim'in kızının kaçırıldığını kendisine söylemenesi üzerrine, kızını ve aile şeref ve namusunu kurtarmak maksadiyle ve kardeşleri Cemil, Ferhat ve Enver'le birlikte kızını kaçırın mağdurun oğlu Recep Aras'ın evinin avlusuna girerek kızı Müşerreff'i aramasında mesken masuniyetini ihlal suçu unsuru ve kasdı bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş ve maznun İbrahim ve Cemil'in temyiz itirazıları bu itibarla vârit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki tasdik istteminin reddiyle hükmün bu sebepten BOZULMASINA, İbrahim'in deppo parasının geri verilmesine ve on lira bozma harçının haksız çıkacaktır alınmasına ve sebebine göre bozmanın hükmü temyiz etmeyen maznun Ferha^t Enver'e de teşmiline 14/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Zarfçılık suretiyle para çalmak dolandırıcılık değil, yankesicilik suçunu teşkil eder.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi

Esas : 17800 — Karar : 3077

Zarfçılık suretiyle Mustafa Şaban'ın bin ikiyüz lirasını almak suretiyle dolandırmaktan maznun mükerrir Servet Vesek'in T. C. K. nûn 503, 81/2 inci maddeleri gereğince üç ay onbeş gün hapis ve ikiyüz doksan bir lira ağır para cezalarıyla mahkûmiyetine ve mevkûf kaldığı günlerin sayılmasına dair (Adana) 2 nci Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 25/11/1954 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddeinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tasdik isteyen tebliğname il daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu :

36

Fiilin, oluş ve mahiyeti itibarıyle yankesicilik suretiyle hırsızlık ~~sü~~
çunu teşkil ettiği gözetimeden yazılı şekilde mahkûmiyet kararı ~~verilmesi~~,

Bozmayı gerektirmiş olduğundan tebliğnamedeki tasdik ~~isteminin~~
reddiyle maznun tarafından temyiz edilen hükmün kazanılmış haklara
halel gelmemek üzere bu sebepten BOZULMASINA, depo parasının
geri verilmesine ve on lira bozma harçının haksız çıkışaktan alınmasına
11/3/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

—oOo—

287

in datus et electus, subiectus vel' editus, summae ex puto nulli, sed
dissimilares, quaeque in exemplum sibi quis deinceps invenerit, iusta habeat.

Etiammodum, id est, plures negotii, ut hunc, quod auctoritate
magistrorum, etiammodum, etiammodum, velio, sicut etiammodum, annua, sollempni-
tatem, et, etiammodum, MARIA, IN OS, estipula, vel, nonnulli, demoulti, blandi-
cione, etiammodum, rursum, etiammodum, annua, et, etiammodum, annua, non
dilectus, etiammodum, etiammodum, etiammodum, etiammodum, etiammodum, etiammodum,

239

260

MEVCUDU OLAN SATIŞTAKİ KİTAPLAR LİSTESİ

	Kuruş
Adalet Dergisi 1948 yılı 1-12inci sayıları	1000
» » 1949 » 1-12 » »	1000
» » 1955 » 4-12 » »	900
Adalet Mantığı (Tercüme)	300
Avukatlı Kanunu ve Talimatnamesi (1938)	50
Deniz Ticaret Hukuku (K. Berker tercümesi)	300
Mesrut Suçlar Kanunu Talimatı	15
Noter Kanunu (1942 Basılmış)	50
Tamimler Mecmuası (1938)	100
» » (1950)	100
941 - 942 Temyiz kararları Ceza Bölümü	300
Temyiz Mahkemesi Kararları: 952 Ceza Kısmı	300
» » » 952 Hukuk »	300
» » » 953 Ceza »	250
» » » 953 Hukuk »	300
» » » 954 Ceza »	250
» » » 954 Hukuk »	300
» » » 955 Ceza »	250
» » » 955 Hukuk »	300
» » Tehvidi İctihat Kararları: 950 Hukuk Kısmı	50
» » » 950 Ceza »	50
» » » 951 Hukuk »	50
» » » 952 Ceza »	10
» » » 952 Hukuk »	15
» » » 953 Ceza »	25
» » » 953 Hukuk »	25
» » » 954 Ceza »	25
» » » 954 Hukuk »	75
» » » 955 Ceza »	25
» » » 955 Hukuk »	75
Zürih Şerhi: Aile Hukuku (949) Dr. Tahir Çağa Tercümesi	300
» » Borçlar Hukuku C: 1 (Dr. Recai Seçkin Tercümesi)	300
» » Borçlar Hukuku C: 2 (Dr. Recai Seçkin Tercümesi)	300
» » Borçlar Hukuku Clt: 3 (Dr. Ferit Ayiter Tercümesi)	300
» » Giriş ve Kişinin Hukuku C: 1 (Wolf Çernis Tercümesi)	300
» » Giriş ve Kişinin Hukuku C: 2 (Wolf Çernis Tercümesi)	300
» » Miras Hukuku C: 1 (S. Şakir Ansay Tercümesi)	300
» » Vesayet Hukuku C: 1 (Wolf Çernis Tercümesi)	450
» » Vesayet Hukuku C: 2 (Wolf Çernis Tercümesi)	450
» » Zilyedilik ve Tapu Sicielli (Dr. Suat Bertan Tercümesi)	300

261

261