ADLİYE VEKÂLETİ TARAFINDAN ÇIKARILIR

ADALET

DERGİSİ

YIL: 48 SAYI: 5

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

1 9 5 7

437

ADALET DERGİSİ

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

ADALET DERGİSİNE ABONE OLMA VE KİTAP ALMA ŞARTLARI

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

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

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

c) C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitap veya aboneyi ve alıcının adresiyle Adliye Vekâletine gönderecektir.

d) Kitap ve dergiler ayrıca posta ücreti istenilmeksizin Vekâlet Neşriyat Müdürlüğü yazısı üzerine Ayniyat Ambar Memurluğunca 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 lâzımdır.

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

438

8 EKIM 1957

Devlet Nüshası

ADALET DERGİSİ

Yıl : 48 | Mayıs : 1957 | Sayı : 5

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER:		Sahife
Prof. Dr. Şakir Berki	Mevaşî Kirası (Hayvan Kirası) Madde : 296	433 — 439
Mehmet Arıkan	İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı	440 — 446
Doç. Dr. Jale G. Akipek	La Haye Devletler Hususî Hukuku Konferansı ve Sekizinci İçtimaı	447 — 464
Dr. Vamık Toprak	Kadîm Çin Hukuk Anlayışı ile Muasır Garp Hukuk Zihniyeti Arasında Bir Mukayese	465 — 483
Sıtkı Tuncer	Tescil Dâvalarında Vergi Kaydı	484 — 486
Kâzım Dereli	Yeni Eserler	487 — 494
TEMYİZ MAHKEMESİ HUKUK KARARLARI		495 — 511
TEMYİZ MAHKEMESİ CEZA KARARLARI		512 — 520
DÜZELTME		521

429

6026 sayılı kanun gereğince idare etmekle vazifeli olan;

Adliye Vekâleti Neşriyat Müdürü Vekili

KÂZIM DERELİ

460

MEVAŞÎ KİRASI. (Hayvan kirası). Md: 296

Prof. Dr. Şakir BERKİ

§. 1 — *Tarif ve mahiyeti.*

Hâsılat veren bir veya ziyade hayvanın intifa ve hâsılatından ücret veya sair ivaz mukabilinde istifadeyi temin eden bir akittir.

Bir ahyvanın mevâşi kirasına mevzu teşkil edebilmesi için iki şart lâzımdır:

1) Hayvan müstakillen kiraya verilmelidir.

2) Hayvan hâsılat getiren hayvanattan olmalıdır.

Her iki şart üzerinde yeteri kadar durmak icab eder:

Hayvan müstakillen kiraya verilmez, alelâde hâsılat kirasının teferruatı kabîlinden terkedilirse, mevâşi kirası ve müstecirin hayvanın hâsılatından istifadesi mümkün olamaz: A, B ye bir çiftliğini at, inek ve sair hayvanatı ile birlikte hâsılat icarına verse, müstecir bu hayvanları çiftliğin normal işlemesi için istimal eder; fakat hayvanların hâsılatından istifade edemez; meselâ ineklerin sütünden, gübresinden (1) istifade edemiyeceği gibi hayvanatın yavrularına sahip olamaz (2).

Mevâşi kirasında ikinci şart, hayvanın hâsılat getirebilen hayvanlardan olmasıdır. Her ne kadar ekser İsviçre müellifleri bütün hayvan kiralarına mevâşi kirası demekte iseler de A. Martin haklı olarak at ve eşek gibi hayvanatın kirasını mevâşi kirasından addedemez (3). Müellif, bu gibi hayvanat hâsılat getirmeyen cinsten olduğu zaman haklıdır. Meselâ at, kısrak veya damızlık nev'inden ise yine mevaşi kirasına mevzudur. Yoksa, âdi menkul kirasına mevzu olur. Kedi ve köpek, kanarya ve saka gibi kuşların kirasında da yukardaki kıstasın nazara alınması icap eder.

---

(1) Hâsılat müsteciri ancak çiftlik için zarurî gübrelerden müstefit olur. 4 ton gübre hâsıl olsa, iki tonu çiftlik için kâfi gelse, mütebaki iki tonun aynen veya bedelen mucire verilmesi lâzımdır.

(2) Hâsılat icarında aksine hüküm varsa, bu hükmü derpiş eden mukavele mevaşî kirası makamında addedilmek lâzımdır.

(3) A. Martin, a. g. e, Sa: 362.

at, kısrak damızlık nev'inden ise yine mevaşi kirasına mevzudur. Yoksa, âdi menkul kirasına mevzu olur. Kedi ve köpek, kanarya ve saka Erkek kanarya kiraya verilmiş ise, mevaşi kirası olamaz. Dişi kanarya kira mevzuu ise, mevaşi kirası mevzuubahistir. Hülâsa kiraya verilmiş olan hayvanın hâsılat verip vermediği nazara alınarak hükmetmek icap eder. Tavuk kiraya verilmişse hâsılat kirasıdır. Horoz kiraya verilmiş ise hâsılat kirası olmamak lâzımdır. Zira mücerret horoz kiralayanı yumurta alarak civciv çıkaramaz; fakat mücerret tavuk kiralayan yumurta satın alıp bu tavuk vasıtasiyle civciv hâsıl edebilir. Civciv tavuğun hâsılatıdır.

Bir hayvan hâsılat kirasına verilince kiracı kaideten onun bütün hâsılatından menfaattar olur. Koyun kiralanmış ise, sütünden, yününden ve yavrusundan faydalanma hakkı vardır. Mukavelede aksine sarahat ancak hâsılatın bir kısmında istifadeyi ref edici şekilde olabilir. Yani, hayvanın bütün hasılatından intifaa manî bir kayıt muteber olamaz. Meselâ A, B 100 koyunluk bir sürüyü mevaşi kirası olarak vermiş; mukavelede B nin sürüye dâhil hayvanların sütünden, yününden, yavrusundan istifade memnuiyeti vaz olunmuş; bu şart keenlemyekûndür; B koyunların bütün hasılatından istifade eder. Fakat mukavelede B nin sütden istifade edemeyip yün ve gübreden istifade edebileceği yazılı ise, bu şart muteberdir. Zira bu halde hasılattan istifade imkânı ref edilmeyip tahdit olmuştur. Bir hayvan dört nevi hasılat verse, üçünden istifade hakkı ref olunursa, birinde bâki olduğundan mevaşi kirası yine mevzuu bahis ve mevcuttur.

Hayvanat hasılat kirası mevzuunun fer'i ise, bu halde mevaşi kirasının mevzuu bahis olmadığı beyan edilmişti. Bunun neticesi şudur: Ziraî bir mal icarına dâhil hayvanatın da defteri tutulur. Halbuki mevaşi kirasında kiraya verilen hayvanatın defterle tesbitine lüzum yoktur.

§ .II—Mevaşî kirasının şumulü.

Mevaşî kirasında kiracı hayvanın hangi hasılatından istifade edebilir? Bütün hasılatından mı yoksa bir kısmından mı müstefit olur? Bu hususta kaide şudur: Akit sâkit ise, istifade bütün hasılata şâmildir: A,

B ye üç ineği dört sene müddetle kiraya verse ve akitte hasılattan istifade tarzına dair hiç bir hüküm bulunmasa, B ineklerin sütünden, yavrusundan, gübresinden hülâsa bütün menafiinden istifade eder.

Mukavelede sarahat varsa, ona göre hükmedilir. Meselâ yukardaki misalde ineklerin yavrularının kiraya verene aidiyeti şart edilmiş ise, kiracı yalnız süt ve gübreden istifade eder. (I)

Akitte hayvanın hiç bir hasılatından kiracının istifade edemiyeceği meşrut bulunduğu takdirde hüküm nedir? Mevaşî kirası muteber midir? Bu halde tefrik yapmak icap eder:

1) Hayvanın mücerret istimal suretiyle intifaı mümkün ise, akit mevaşî kirası olmaz, âdi menkûl kirası olarak muteber olur. A, B ye iyi yumurtlayan cins tavuklarını yumurtalar ile onlardan çıkarılacak civcivler de kendisine ait olmak üzere kiraya verse, B bu tavukları sırf tavuk zevki için kiralamış olacağından akit âdi hayvan icarı hükmünde olmak üzere muteber sayılmak lâzımdır. Mamafih, B nin bu maksatla icar kastinin kiralayan tarafından ispat edilmesi lâzımdır. Aksi halde, hasılattan intifaı imkânsız kılan şartlar lağiv addolunarak, mevaşî kirasının mevcudiyetine hükmetmek icap eder.

2) Hayvan, mücerret istimal ile intifa sağlayabilen hayvanattan ise, hasılattan istifadeyi küliyen kaldıran şart lâğiv addedilemez. Akit, âdi menkul icarı olarak muteber olur: A, B ye kanaryalarını kiraya verip yavruları ve yumurtalarının kendisine aidiyetini şart etse, kira âdi hayvan kirasıdır. B yalnız kanaryaları evine veya bahçesine koyup ötmelerinden duyacağı zevki tatmin için intifa eder. Zira kanaryanın istimali yalnız bu suretle olur.

§: III — Mevaşî kirasının hükmü.

Bu paragrafta kiracı ile kiralayanın borç ve haklarına temas olunacaktır.

(1) Kiralayan kiracının ihtiyacından fazla gübrenin kendisine ait olacağını iddia edemez. Kiracı fazla mikdarı satıp bedeline sahip olur. Mukavelede aksi, yani artan gübrenin kiralayana ait olacağı meşrut ise, hüküm değişir.

1. *Kiracının borçları :*

Muc'r, kiracıya hayvanı hâsılat vermeye yarar şekilde teslim etmeye mecburdur. Meselâ yavrulayacak bir ineği bu hali ile kiraya vermiş ise, kiracıya inek yavrulamadan evvel verecektir. Veya ineği hastalıklı ve süt veremez halde teslim etmemelidir.

Hayvan kira müddeti içinde hâsılat veremez şekilde hastalanırsa tedavisi mucire aittir. Ancak mucirin bu mükellefiyeti yerine getirebilmesi için, kiracının hastalığı derhal bildirmesi iktiza eder. Md. 297/2. Aksi halde mucir hayvanın tedavi edilmemesinden doğacak hâsılat noksanlarından mesul olmaz. Kiracı, hartalığı vaktinde bildirir, mucir geç tedavi ettirirse, ihbar ânı ile geç başlayan tedavi tarihi (1) arasında mahrum kalınan hâsılt kârından mucir mesul olur. İkiaylık süt veya bedeli talep edilir. (2)

2. *Kiracının borçları ve mesuliyeti Mad:* 295/2;297

A—Kiracının borçları.

1°) Mevaşî kirasında hayvanın menafiinden kiracı müstefit olacağından hayvanın zarurî masrafları ona a't olur. Yem ve normal iyi bakma masrafları ile muhafaza masrafları kiracıya terettüp eder. Mukavelede aksi meşrut ise ona göre hükmedileceğinden şüphe yoktur (3).

Hayvanın sıhhî ve ahır masrafları, bakım masrafları olduğundan, kiracıya aittir.

---

(1) Mamafih bu müddetten normal ihbar ile tedaviye normal başlama için muktazi müddel tenzil edilir.

(2) Hayvanı kiralayan yoğurt veya peynir imalâtçısı veya imalâthanesi ise, mucir, mevcut oldukça, aynen tazmine mecbur tutulur. Aksi halde mahrum olunan sütten ne miktar yoğurt veya peynir imâl edilecek idi ise, bunların bedeli istenir.

(3) Böyle şartları havi mevaşî kiralarında kiraya veren kira ücretini veya hâsılat hissesini tezyit ederek akit yapar. Böyle yapmamış olsa bile yem ve bakım masraflarını üzerine aldığı takdirde ücret veya hâsılat hissesinin bu masraflara tekabül eden nisbette tezyidi talebinde bulunamaz.

2°) Kiracı, hâsılat dolayısiyle intifaya mukabil uyuşulan ivazı vermekle mükelleftir. İvaz ya nakit veya sair şey, yahut hâsılat hissesi olabilir. İvazın bir miktarının para, mütebakisinin hâsılat olarak tesbiti de caizdir. Mukavelede nakit veya hâsılat hissesi mukayyet ise, ona göre hükmedilir: Hiç bir sarahat yoksa, hattâ ivazdan bahis bile edilmemiş ise (1), kiracının yine ivaz vermesi şarttır. Bu halde kiracı nakit vermeye salâhiyetlidir. Hâsılat hissesi vermeye zorlanamaz. Mahaza, âdet hâsılat hissesini âmir ise, nakit yerine hâsılattan muayyen bir hisse vermek mecburidir.

B — Kiracının mesuliyeti. Md. 297 :

a) Kaideten hayvana ârız olan bir zarardan kiracı mesuldür. Bu mesuliyetten üç şekilde kurtulabilir :

1°) Mukavelede aksine kayıt mevcut ise,

2°) Örfte aksi müteamil ise,

3°) Zararın muhafazadaki takayyüt ve ihtimama rağmen husul bulmuş olduğu ispat edilirse,

İlk iki halden biri mevcut ise, kiracı, üçüncü haldeki ispat külfetinden kurtulur. Ancka zararın kiracının kasdinden neş'et etmemiş olması lâzımdır.

b) Kiracı, kusuru ile sebebiyet verdiği fevkalâde masraflara katlanır. Bu masrafları kiralayan yapsa, kiracıdan istemeye haklıdır. Bir misal ile tavzih etmek lâzımdır: Kiracı, hayvanı fazla koşturmuş, terletmiş, terleme dolayısiyle muktazî tedbirleri almamış, (2) hayvan bu yüzden ağır şekilde hastalanmış ve kiracı keyfiyeti, yani hayvanın hastalandığını mücire ihbar etmiş, mücir tedavi için 250 lira sarf ve hayvanın kiracının yukarda mukayyet kusurundan hastalandığına ittıla kesbetmiş ise, 250 lirayı kiracıdan talebe haklı olur.

(1) Yeter ki akdin âriyet akdi olduğu sarahat veya delâletten istihraç
(2) İhtilâf halinde bunları ispat, mücire düşer.

c) Kiracı hayvana arız olan kaza ve hastalıkları mucire mümkün mertebe çabuk bildirmekle mükelleftir; aksi halde, doğacak her nevi zarardan mucire karşı mesul olur: İnek hastalanmış, ihmal edip ölümüne sebep olmuş ise ,ineğin ölüm anındaki bedeli ile, normal olarak yaşasa idi ne hâsılat getirecek idi ise bu hâsılata tekabül eden bedelini itaya mecbur olur (1).

Hayvanın bu paragfta mevzuu bahis hastalığı ârizî yani kendiliğinden hastalanmasıdır.

§ IV — Mevaşî kirasının feshi (Hitamı) :

1. Müddetli kiralarda :

Hayvan, muayyen bir zaman için kiralanmış ise, bu müddetin hitamı ile akit son bulur. Müddet rakamla tâyin edilebileceği, gibi kuzulama devresi, kış devresi, vesair lâfız ve ibarelerle de tesbit olunabilir. Bu halde mezkûr devrelere tekabül eden müddetler mevsim şerait ve tebeddülâtına göre hesap edilir. Müddet "hayvan şu yaşa kadar bende kalacaktır" gibi ibarelerle de tâyin olunabilir.

2. *Kira Müddetsiz ise.*

298 inci madde bu halde iki taraftan birinin akdi dilediği zaman feshedebileceğini beyan ediyor. Ancak, gayri muayyen zaman için yapılmış olan mevaşî kiralarında mezkûr salâhiyet aşağıdaki hallerde sâkıt olur :

1°) Hilâfına mukavele varsa,
2°) Hilâfına âdet varsa,
3°) İhbar hüsnüniyetle yapılmamış ise.

Bu sonuncu hal üzerinde durmak icabeder : Akdi feshetmek isteyen taraf ve bilhassa mucir, feshi gayri münasip zamanda ihbar ede-

(1) Müstakbel hâsılatın bedeli daha evvel verileceğinden, lugaritme kaideler ince faizin tenzili icabeder.

mez. Meselâ, müstecir ineklere ihtimam etmiş, üreme vakitleri gelmiş, tam bu sırada mucir akdin feshi ile ineklerin iadesini istemiş ise, bu feshi ihbar nazara alınmaz. Zira kanunun kullandığı ibare ile böyle bir halde feshi ihbar suiniyetli ve münasebetsiz bir zamanda vâkı olmuştur.

——oOo——

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN BİR KARARI

Yazan : Mehmet ARIKAN
Temyiz Mahkemesi Âzalığından
Emekli

İtimada müstenit akit - âdaba mugayir akit : (Kendi namına başkası hesabına gayrimenkul satın alınması)

Mevzu :

1938 yılında Zürih'te bir gayrimenkul satın alınmıştır. Bu muameleden evvel alıcı ile Almanya'da mukim bir Alman arasında bir mukavele akdolunmuştur. Bu mukavelede alıcı ancak itimat edilen (Emin) sıfatiyle gayrimenkulün sahibi olduğunu kabul ile beraber bu gayrimenkulün mülkiyetini itimat edene ilk talepte nakletmeyi taahhüt eylemiştir. İtimat edilen bu taahhüdün resmî şekilde yapılmadığını ileri sürerek bu taahhüdünü yerine getirmekten istinkâf etmiştir. İtimat edenin dâvası kabul olunmuştur.

İstinat edilen kanun maddeleri :

Borçlar Kanununun 19, 20, 400 (Türk Borçlar Kanununun 19, 20, 392 nci maddeleri).

Not :

Bu kararda gayrimenkulü bâyiinden resmen satın alan dâvalı (itimat edilen), kendisiyle hususî mukavele yapmış olan dâvacı ise (itimat eden) kelimeleriyle gösterilmiştir.

Hulâsa :

1 — İtimat edilenin emin sıfatiyle mâlik bulunduğu gayrimenkulün mülkiyeti itimat edene nakil taahhüdünün muteberiyeti resmî şekle

bağlı değildir. Hattâ bu borç itimada müstenit akitlerde mündemiç vekâletin neticesi olduğu takdirde bunun sarahaten şart edilmesine de lüzüm yoktur.

2 — Vazettiği mükellefiyetler itibariyle İsviçre Hukuku telâkkilerine mugayir ve bilfiil bir müsadereye muadil olan yabancı vergi mevzuatı neticelerinden kurtulmak maksadiyle yapılan akit bâtıl değildir.

Karar tarihi:

15 Haziran 1955, (E) — (B) A.P.F. 81 II 227

Hadise:

Emile Lacher — Zürihte Kâin bir gayrimenkulün mâliki idi. 6 Eylûl 1938 tarihli resmî senetle bu gayrimenkulü (E) ye 165000 frank'a satmıştı. Bunun 25000 frankı nakden tediye edilmek iktiza ediyordu. mütabaki 140000 frank için müşteri ipotek mükellefiyetlerini üzerine alıyordu. Bu akdin inikadına takaddüm eden 5 Eylûl 1938 de müşteri (E) ile dâvacı (B) aşağıdaki mukaveleyi imza etmişlerdir.

1 — (E), Zürihte kâin olup tapu sicilinde kendi namına iktisap olunacak gayrimenkulü (B). nin emini sıfatiyle elinde bulundurduğunu kabul eder (B). inin bu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını tanır.

2 — (E), Bu gayrimenkulü Müdür sıfatiyle kendi malı imiş gibi ihtimamla idareyi taahhüt eder. Senelik hesaplarını, müsbit vesaikle, (B) ye verecektir.

3 — (E) diğer akit dâvacı (B) ye karşı şu taahhütte bulunur. (B) tarafından her hangi bir anda vâki olacak talep üzerine gayrımenkulü âhara satacak ve bedelini dâvacı (B) ye teslim edecektir. Bundan başka (E) dâvacı (B) ye satış için tam salâhiyet verir. Bu salâhiyete istinaden (B) gayrımenkulü ipotek edebilecektir. Ancak (E) yi ipotekler dolayısiyle deruhte edeceği taahhütlerden kurtaracaktır.

4 — İtimada müstenit bu akit ile (E.) ye şahsan bir borç tahmil edilmiyecektir. (B) ise (E) yi taahhütlerden derhal kurtarmağı vaâd eder.

5 — (E.) gayrimenkulün idaresi için Zürih Kantunu Bankasında kendi namına mevduât cüzdanı açtıracaktır. (E) bu cüzdanın (B) ye aidiyetini tanır, ve bu cüzdanın mühtavasından ancak gayrimenkulün ihtiyacları için sarfiyatta bulunabilecektir. (E.) bu cüzdan bakiyesini (B.) namına her an devretmeği ve ona teslim eylemeği taâhhüt eder.

6 — Gayrimenkulün idaresi ve saire için (E.) nin senede 300 frank tazminat istemeye hakkı vardır. Mukavele şartları bundan ibaretitr.

Satış bedeli olarak nakden tediye edilmiş bulunan 25000 frank (B) tarafından tedarik edilmiştir.

5 Nisan 1946 tarihinde (E) ile (B) bâzı meseleleri ve bilhassa (E.) ye verilecek idare tazminatına ve gayrimenkulden (E.) tarafından işgal edilen kısma ait Lôjman bedellerine müteallik bazı hususları yeniden tanzim için mütemmim bir mukavele akdetmişlerdir. Harpten sonra İsviçrede Almanlara ait malların İsviçre makamları tarafından haczi cihetine gidilmesi üzerine (E.) Ağustos 1946 da nizalı gayrimenkulün (B.) ye ait olduğunu ve kendisinin bu gayrimenkule emin sıfatiyle mâlik bulunduğunu İsviçre Takas Ofesine bildirmiştir. Bilâhare (E.) gayrimenkule emin sıfatiyle mâlik olmadığını, Müdür sıfatiyle de idare etmediğini, hakikî ve aslî mâlik sıfatını haiz olduğunu iddia etmekle (B.) onun aleyhine mezkûr gayrimenkule ait mülkiyetin yukarıda bahsi geçen mukaveleye istinadla kendisine devrini temin için işbu dâvayi ikame etmiştir. Zürih Kanton Mahkemesi ile mahalli yüksek dereceli Mahkeme dâvayi kabul etmiştir . Fedaral Mahkeme dâvalının islah talebini red ile itiraz olunan kararı tasdik eylemiştir.

Kararın mucip sebebleri:

2 — Bizzat tarafların itimada müstenit akit (Konturat de Fiducie) olarak tavsif ettikleri 5 Eylûl 1938 mukavele üçüncü bir şahsa ait bir gayrimenkule taâlluk etmektedir. Bu gayrimenkul mukavele tarihinde üçüncü bir şahsa ait olup taraflar arasındaki mukavele gayrimenkulün sonradan iktisabı derbiş edilmek suretiyle tanzim olunmuştur. Fi'hakika ertesi gün bu gayrimenkul (E) tarafından iktisap edilmiştir. Taraflar

arasındaki mukaveleye ve mütaakıp hâdiselerin cereyanına iradelerinin telâhuku mesnet teşkil etmektedir. Bu anlaşmaya göre dâvalı (E.) gayrimenkulü satan üçüncü şahsa karşı kendi namına satın almış gibi görünüyor fakat dâvanın tarafları arasındaki dâhilî münasebete nazaran da gayrimenkulü dâvacının hesabına satın almış bulunuyor. Bundan maâda mukavele Kanton Mahkemesinin Federal Mahkemeyi bağlayan tesbit şekline göre de dâvalının dâvacıya talebi üzerine gayrimenkulün mülkiyetini temin vaâdini ihtiva ediyor .

3 — Federal Mahkemeye müracaât eden dâvalı islah talebinde gayrimenkulün mülkiyetini naklen mâtuf bu nevi taahhütlerin muteberiyeti için basit tahriri şeklin kâfi olmadığını resmî şekil icap ettiğini iddia etmektedir. İddiasına mesnet olmak üzere Federal Mahkemenin 72 II 358 (Y.D.P. 1947 I 617) ve 71 II 99 (Y.D.P. 945 I 472) de neşredilen kararlarını göstermektedir. Fakat bu kararlar dâvalının tezini desteklemektedir. Bu kararlar mülkiyetin itimada müstenit bir akit ile itimad eden tarafından itimad edilene (Emine) nakline taallûk etmektedir.

Aynî sebeplerle ileri sürülen ilmî mütalâalar da hâdiseye uygun değildir. Federal Mahkemeye müracaat eden dâvalı itimada müstenit akid mevzuunun doğrudan doğruya iktisabını bunun üçüncü şahıs tarafından iktisabından ayırmayı kasden ihmal etmektedir. Nihayet Federal Mahkemenin 78 II 945 kararı (Y.D.P. 945 I 523) yine itimada müstenit akit ile itimad edenin mevzu'u kıymetlerini itimad edilene (Emine) nakline taallûk etmektedir. Bundan gayri bahis mevzu'u olan kararların mevzu'u meseleler ise tamamiyle başkadır. Buna Federal Mahkemenin 65 II 163 kararı (Y.D.P. 1940 I 496) dâva mevzu'u hadiseye kabili tatbiktir Federal Mahkeme emsal teşkil eden kararında bir kimse diğer bir şahsa karşı bir vekâlet akdiyle üçüncü bir şahıs ile bir akid yapmayı taahhüt ettiği zaman, hattâ bu akit mesalâ gayrimenkul satış akdi gibi hususî bir şekilde tâbi bir akit olsa bile, prensip olarak vekâletin hususî bir şekle tâbi olmadığını bilhassa beyan etmiştir. Vekâlet akdnin mevzu'u üçüncü bir şahısla yapılacak alım satım akdi olmayıp vâdedilen hizmetin bilvekâle ifasıdır. Vekil vekâlet akdiyle deruhde ettiği vecibeleri yerine getirmezse (vâdeden müşteri) sıfatiyle değil Boçlar Kanununun 397

451

(Türk Borçlar Kanununun 389) ve mütaakıp maddeleri mucibince mesul tutulur. Keza vekilin gayrimenkulü müvekkiline devri mükelleftiyeti ayrı bir satış vaadi olmayıp vekâlet akdinin mahiyetinden neşet eden bir vecibedir. Hattâ taraflar bu vecibeyi bervechi peşin derpiş etmeğe bile mecbur değillerdir. Çünkü bu vecibe Kanunla tanzim edilmiştir. Borçlar Kanunu madde 400 (Türk Borçlar Kanununun 392). Bu suretle karar vermekle Federal Mahkeme uzun senelerdenberi doktrin ve mahakim içtihadlarında hâkim olan nokta'i nazara iştirak etmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi de aynî maâlde karar vermiştir. Bu Mahkeme 28 Şubat 1903 tarihli kararıyle Alman Medenî Kanununun 313. üncü maddesindeki şekle ait hükmün itimada müstenid akitten mütevellit münasebete kaabili tatbik olmadığına hükmetmiştir. 28 Ocak 1926 ve 2 Arlık 1927 tarihli kararlar da bu hükmü teyid etmiştir. Doktrin de bu prensibi ittifakla tasvip etmiş ve şimdiye kadar değişmemiştir. (Kararın bu kısmında Alman müellifler'nin eserlerine atıflar mevcuttur. Biz tercümede bunları almadık. Bu görüşten ayrılmak için bir sebep yoktur. Çünkü bu görüş tarzı netice itibariyle halen itimad edenin mevkiini kuvvetlendirmeğe müteveccih bir temayülü ifade etmetedir.

4 — Federal Mahkemeye müracaat eden dâvalı Eylûl 1938 tarihli Mukavelenin yalnız şekil eksikliği sebebiyle bâtıl olmayıp bunun âdaba muğayir olması dolayısiyle de bâtıl bulunduğunu iddia etmektedir. Dâvacı da döviz hususunda Nasyonal Sosyalizm hukukundan kaçınmak istediğini kabul etmekte ise de vergi mükelleftiyetlerini kezalik bertaraf etmek istediğine dair iddiaya itiraz etmektedir. Federal Mahkemeye müracaât eden dâvalıya göre âmma hizmetini aldatmak ve ona bir zarar vermek gayesine matuf bir akid âdaba muğayir ve binnetice Borçlar Kanununun 19 ve 20 nci maddeleri uyarınca bâtıldır. Bu idd'a İsviçre de câri hâdiseye göre doğru olabilirse de Federal Mahkemenin (Y.D.P. 950 I 488) 41 II 76 kararına nazaran yabancı bir memlekette cereyan eden hâdiseye göre doğru olduğu idd'a edilemez. Dâvalı, lâyihasında dâvacının taraflar arasındaki mukaveleyi yapmakla Zürih'te kâin gayirmenkulüne Alman Hükûmetinin el koymasının önüne geçmek istediğini kabul etmektedir. Herkesçe malûm olduğu ve Federal

Mahkemece de bilindiği gibi, Almanlar, servetlerini bildirmeğe ve vergi borçlarını tediyeye mecbur tutmuşlardır. Bu mecburiyet Alman'lara ait servetlerin bilfiil müsaderesine muadil idi. Dâvalı tarafından teslim edilen ve dâvacıyı tehdid eden tehlike Federal Mahkemece kabul olunmaz. Zira bu hal dövizlerin haczine müncer olur. Bu suretle de hususî şahısların müktesep haklarını ihlâl eder. Zarar gören için bilfiil tatbik edilen müsaderenin bir Döviz veya vergi merciinden sâdır olması hâizi ehemmiyet değildir. Hadisede itimada müstenit bir akdin yapılması İsviçre telâkkisine göre akdin butlanını mucip âdaba mugayir bir hareket teşkil etmez.

5 — Şekil noksanlığı neticeye müessir olamayınca dâvacının taraflar arasındaki akdi ileri sürmesi keyfiyetinin hakkın suiistimali olup olmadığını tetkika lüzum yoktur.

(Jurnal de tribunan. Sene 104, No. 5 — 15 Mart 956, Sahife 147).

Tercüme edenin notu:

Bu kararın Türk Temyiz Mahkemesinin 7/10/1953 tarih 7/8 sayılı tevhidi içtihad karariyle karşılaştırılması faydalı bulunmaktadır. Türk Temyiz Mahkemesinde tetkik edilen dâvalar karı ve koca arasındaki akitten tevellüt etmiştir. İddiaya nazaran taraflar üçüncü bir şahsa ait gayrimenkulü satın almak hususunda mutabık kalmamışlardır. Ancak üçüncü şahsa karşı müşteri sıfatiyle dâvalı görünecektir. Hakikatta gayrimenkul dâvacı hesabına ve onun vekil ve mümessili sıfatiyle satın alınacaktır. Satış bedeli de dâvacı tarafından verilmiştir. Gayrimenkul dâvalı tarafından üçüncü şahıstan satın alınmış ve fakat dâvacıya nakledilmemiştir. Dâvacı iki taraf arasındaki akde dayanarak dâvalının vecibesini yerine getirmesini talep ve dâva etmektedir. Temyiz Mahkemesi taraflar arasındaki akdin vekâlet akdi mahiyetinde olduğunu kabul etmiş, ancak resmî şekilde yapılmadığı için dâvalıyı tesçile icbara salih olmiyacağını, bu akdin dâvalıyı tesçile icbar için hukukî bir sebep teşkil etmiyeceğini derpiş eylemiştir. Diğer taraftan Boçlar kanununun 18 inci maddesinde derpiş edilen müvazaâ halinin ancak âkitler yani gayrimen-

kulü satan ile alan arasında tahaddüs edebileceği bu kararda belirtilmiştir. Üç tarflı bir muvaza'â iddiasının 18 inci madde şümulü dahilinde tetkikine ve kabulüne imkân görülmemiştir. Halbuki, Fedaral Mahkemenin yukarıda takdim ettiğimiz kararında; (1) sonradan iktisabı derpiş edilmiş bulunan gayrimenkul hakkında itimad akidlerinin, resmî şekilde olmasa dahi, muteber bulunduğu; 2) taraflar arasındaki ihtilâfın dahilî münasebetleri gözönünde tutularak halli lâzımgeldiği ; 3) mevzuu gayri menkule tallûk etse bile vekâlet akdinin hususî bir şekle tâbi olmadığı vekil vekâlet akdiyle taahhüt ettiği vecibeleri yerine getirmediği Borçlar Kanununun 389 ve mütaakıp maddeleri hükümleri dairesinde buna icbar edileceği kabul olunmuştur. Bu hususta, Ankara Barosu Dergisi yıl 1953 sayı 6 sahife 516 da Tevhidi içtihad kararına muhalefet şerhine bakınız. Muhalefet şerhi Federal Mahkemenin görüş tarzına uygun bulunmaktadır. Temyiz tevhidi içtihad kararının İsviçre ve Alman doktrini, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları ışığı altında yeniden ele alınması ve 5/2/1957 tarih, 6 sayılı tevhidi içtihatta belirtilen görüş tarzına rücu edilmesi şâyanı temennidir. 7 Mart 1957.

454

LA HAYE DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU KONFERANSI VE SEKİZİNCİ İÇTİMAI (1)

Yazan :
Doç. Dr. Jale G. AKİPEK

B — Maddî menkul malların milletlerarası bir mahiyet arzeden satışlarında mukavele ile kabul edilen mahkemenin salâhiyeti hakkındaki sözleşme projesi

Milletlerarası satış akdinden doğan kanun ihtilaflarının hiç olmazsa âkit devletler arasında yeknesak bir şekilde halli 1955 tarihli sözleşme ile temin edilmişti. Mülkiyetin intikaline tatbik edilecek kanun hakkındaki projenin hazırlanması suretiyle milletlerarası münasebetlerde satış akdinden doğabilecek kanun ihtilâflarından en mühimlerine müteallik yeknesak kaidelere varılmış oluyordu. Şimdi bu mesele ile ilgili diğer bir hususun, bu mahiyetteki satış akitlerinden doğacak ihtilâflara bakacak salâhiyetli makamın tâyini işi kalıyordu. Filhakika daha 1951 senesi içtimaında konferans kazaî salâhiyet meselesi üzerinde durmuş ve hattâ bir de sözleşme ön projesi hazırlanmışsa da vaktin darlığı ve sözleşmenin şümulü hakkındaki bir anlaşmaya varmanın kaabil olamaması yüzünden meselenin daha etraflı şekilde incelenmesi bir komusyona havele edilmişti (54). Konferans 1956 senesindeki Sekizinci İçtimaında işi yeniden ele almış ve 14 maddelik bir sözleşme projesi hazılamaya muvaffak olmuştur (55).

---

(1) Baştarafı Adalet Dergisi, 1957 : 4 üncü sayıdadır.

(54) Bu hususta bir sözleşme ön projesi hazırlanması işi muhtelif devletlere hukukçularından müteşekkil bir komisyona havale edilmiş ve komisyon tarafından da 1954 tarihli bir sözleşme projesi kaleme alınmıştı.

(55) Bu sözleşmeleirn tatbik sahalarını gösteren birinci maddeleri hep aynı şekilde kaleme alınmıştır. Bununla beraber kazaî salâhiyete müteallik sözleşme projesinin 10 uncu maddesi âkit devletlere millî kanunları tarafından ticarî addedilmeyen satışlarla taksitli satışları sözleşmenin şümulü haricinde bırakmak salâhiyetini tanımak suretiyle bu sözleşmenin tatbik sahasını diğerlerine nazaran tahdit etmek imkânını onlara bahşeder.

455

1 — Sözleşme projesinin bünyesi

a — Kazaî salâhiyete müteallik bir sözleşme projesinin hazırlanmasında şu iki sistemden biri ile hareket edilebilir ve bunlardan birinin veya diğerinin esas olarak alınmasına göre proje de geniş veya mahdut bir mahiyet ve şümul arzedebilir.

aa — Satış akdi münasebetiyle aralarındaki ihtilâfların halli hususunda taraflarca kazaî salâhiyete mütaallik bir mukavelenin yapılmamış olduğu hallerde tatbik edilmek üzere sözleşme ile birkaç devlet Mahkemesi salâhiyetli kılınmış olabilir (56). Meselâ akit mahalli mahkemesi, akdin icra edileceği mahal mahkemesi (57), müddeaaleyh'in mallarının en fazla bulunduğu mahal mahkemesi (57), müşterinin mûtat meskeninin bulunduğu mahal mahkemesi (57), müddeaaleyhin mûtat meskeninin bulunduğu mahal mahkemesi salâhiyetli addedilmiş olabilir. Şu mânada ki bunlar haricinde kalan sair mahkemelerin bu mesele ile ilgili olarak önlerine gelecek ihtilâflara bakmak salâhiyeti olmasın.

Bu sisteme müsteniden hazırlanacak bir sözleşeme geniş bir şümül arzeder. Çünkü mûtat salâhiyet kaidesi olan müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesi yanında müddeiye sözleşme içinde sayılan mahkemelerden her hangi birine müracaat hususunda bir serbestî tanınır.

bb — Taraflarca veya böyle bir salâhiyet anlaşmasının yokluğu halinde, sözleşme ile tâyin edilen mahkemeye münhasır bir salâhiyet tanınabilir. Bu suretle hazırlanan bir sözleşme, dar, mahdut bir şümul arzeder. Şu mânada ki dâvacı ancak sözleşme ile salâhiyetli kılınan mahkemeye müracaat zorundadır. Bunun haricinde mahkemelere müracaat edemez, ettiği takdirde dâvasının salâhiyet naktasından reddi tehlikesini de göze almış olur.

Yani gerek tarafların anlaşması ile gerekse sözleşme ile kabul edilen mahkemenin mutlak ve münhasır bir salâhiyeti vardır.

(56) Kazaî salâhiyete müteallik, hususî komisyon tarafından hazırlanan projelerden biri bu sisteme müstenitti, (Ekim 1955 tarihli proje).

(57) Devlet Komisyonunca 1955 tarihinde Batiffol'a hazırlatılmış olan sözleşme ön projesi (m. 2).

Denilebilir ki Konferansça hazırlanan sözleşme projesi esas itibariyle bu ikinci sistemden mülhem olmuştur. Çünkü ikinci madde tarafların anlaşması ile salâhiyetli kılınan mahkemeye mutlak bir salâhiyet tanımakta ve bundan gayri bütün Mahkemelerin kendi için hukukları bakımından salâhiyetli dahi olsalar bu mesele hakkında salâhiyetsizlik kararı vermek mecburiyetinde olduklarını tasrih etmektedir.

Esas itibariyle diyoruz, çünkü sözleşme içinde bu mutlak ve münhasır salâhiyet prensibine bâzı istisnalar da getirilmiştir (m. 3).

b — Maddî menkul malların milletlerarası satışlarında taraflarca kabul edilmiş olan mahkemenin bâzı istisnalar hariç mutlak ve münhasır bir salâhiyeti vardır (m. 2, f. I). Münhasır salâhiyet taraflara aralarındaki münasebetten doğan veya doğacak bütün ihtilâfları bu mahkeme önüne götürmek mecburiyetini yükler. Bu bir bakıma tarafların ve hele bilhassa dâvacının pek de lehine olan bir hüküm değildir. Yabancı ilâmların tenfiz tarzları arasındaki sistem farkları ve hele bu hususlaki formaliteler gözönüne getirilirse çok taraflı bir sözleşme ile muayyen bir mahkemenin mutlak ve münhasır salâhiyetini kabul etmenin milletlerarası ticarî münasebetleri pek de kolaylaştıracağı düşünülmez. Meğer ki böyle bir sözleşme, münhasır salâhiyet tanıdığı mahkeme tarafından verilen kararların sair devletlerde tanınmasını ve tenfizini temin edecek hususî bazı hükümleri de havi bulunsun. Netekim bu cihet Konferansca gözönünde tutularak sözleşmeye bununla ilgili bazı hükümler konmuştu (m. 5 ve 6).

c — Sözleşme tasarısı, taraflar arasındaki salâhiyete mütaallik anlaşmanın sarih olmasını arar. Bundan kazaî salâhiyet şart veya mukavelesinin muayyen bir şekle tâbi olması mânası da çıkarılabilir mi? Bu husus konferans sırasında üzerinde çok durulan münazaalı bir mesele teşkil etmiş böyle bir şartın muteber olabilmesi için yazılı şekilde yapılması lâzım geldiği bazıları tarafından müdafaa edilmişti. Nihayet ortalama şöyle bir hal tarzına varılabilmiştir : Esâs itibariyle kazaî salâhiyete mütaallik anlaşmanın yazılı olması lâzım gelmez. Fakat şifaî bir sat ş akdine müsteniden kabul edilmiş olan salâhiyet şartı ancak taraflar-

dan biri veya satış akdine tavassut etmiş olan tellâl tarafından yazı ile bir itiraza mâruz kalmadan bildirdiği veya teyid edildiğ takdirde mute berdir (m. 2 .f. 2).

Sözleşme projesi devletimiz tarafından imza edildiği takdirde bu hükmün salâhiyet mukavelelerinin mutlaka yazılı şekilde olmasını arıyan Usulün 22 inci maddesi karşısındaki durumu ne olacaktır, sözleşmeye uygun olarak kabul edilmiş bulunan bir salâhiyet anlaşmasının Usulü 22 inci maddesi anlamında yazılı şekilde yapılmamış olduğundan bahisle reddi cihetine mi gidilecektir? Kanaatimizce hayır. Bir kere sözleşmenin hususî bir kanun mahiyetinde olmaları onların umumî bir kanun olan ve umumî mahiyette bir kaide vazeden Usul Kanununun bu hükmüne muhalif olmaları halinde tanzim ettikleri hususî meselelere tatbiklerine bir mâni teşkil etmez (58). Diğer taraftan zaten aynı kanunun 24 üncü maddesi "..... muhadelerle salâhiyet hakkında vaz olunan hükümlerin" mahfuz olduğundan bahseder.

2 — *Salâhiyetli mahkeme*

Taraflarca salâhiyetli olarak kabul edilen mahkeme menkul malların milletlerarası mahiyetteki satışlarından doğan veya doğacak bütün ihtilâflara bakmak hususunda salâhiyetlidir. Böyle bir anlaşmanın yokluğu halinde veyahut da muteber olmaması halinde her âkit devlet kendi iç hukuk kaidelerine göre kazaî salâhiyet meselesini halleder.

Menkul malların bu mahiyetteki bir satışından doğan bi ihtilâf önüne getirilmiş olan Türk hâkimi de meselenin hallinde 1330 tarihli muvakkat kanunun 4 üncü maddesi ile Usul Kanununun salâhiyete müteallik 9 vd. madderinden ve bilhassa 16 ıncı maddesinden mülhem olmalıdır.

Sözleşme projesinin ikinci maddesi taraflarca kabul edilen mahkemeye mutlak bir salâhiyet atfeder; buna daha yukarlarda temas etmiş ve sözleşmede bu prensibe bir istisna da kabul edilmiş olduğunu söy-

(58) Aynı mânada M. Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku, c. I, 1957, İstanbul, s. 16.

lemiştik. Bu istisnaya göre, taraflar arasındaki anlaşma hükümlerince salâhiyetli kılınmış olandan gayrı bir mahkemenin önüne müddeaaleyhin salâhiyet itirazında bulunmadan çıkması, mahkemenin salâhiyetini kabul etmiş olduğunu gösterir. Meğer ki bu çıkış, haczedilmiş veya haczedilmek tehlikesine mâruz bulunmuş olan malların vikaye veya konulmuş haczin kaldırılmasını temin maksadiyle olmuş olsun (m.3).

Bu hüküm geniş bir tefsire müsaittir, buna mâni olmak içindir ki maddeye "kendi kanununa göre" de mahkemenin salâhiyetli olması gerektiği kaydı ilâve edilmiştir. Binaenaleyh ikinci madde gereğince mutlak salâhiyeti haiz olan bu mahkemenin haricinde kalan sair mahkemelerin milletlerarası mahiyetteki bir satış akdinden doğan bir ihtilâfa bakabilmeleri için sadece müddeaaleyhin salâhiyet itirazında bulunmamış olması kâfi olmayıp mahkemenin kendi usul hukuku kaideleri mucibince de salâhiyetli olması gerekir.

Türk hukuku mevzuubahis olduğu takdirde iki yabancı arasında Türkiye ile yer bakımından her hangi bir alâkası olmıyan bir dâvaya Türk hâkimi bakabilir mi? 1330 tarihli muvakkat kanunun 4 üncü maddesiyle Usul Kanununun 16 ncı maddeleri karşısında bu şüpheli görünebilir. Lâkin kanaatimizce Usul Kanunu zımnî salâhiyet esasını kabul etmektedir. Yani salâhiyet meselesi ancak müddeaaleyh tarafından dermeyan edilen hallerde mevzuubahis olur, hâkimin bunu resen kendiliğinden nazarı itibara alarak salâhiyetsizlik kararı vermesine usulen 23 üncü maddesi müsait değildir. Şu halde sözleşme projesinin 3 üncü maddesindeki gibi bir vaziyet karşısında, müddeaaleyh salâhiyet itirazında bulunmadan bir Türk mahkemesinin önüne çıkarsa, münazaalı mesele ile memleketimizin yer bakımından bir alâkasının bulunmaması, dâvanın salâhiyetsizlik noktasından reddi için bir sebep teşkil etmemelidir (59).

Mutlak salâhiyet kaidesinin diğer enteresan bir istisnasını da 6 ncı maddede bulmak kaabildir. Maddeye göre salâhiyetli mahkeme tarafın-

(59) Aksi görüş: M Raşit Sevig, Devletler Hususî Hukuku, C. II 1943, S. III vd.

dan verilmiş olan bir kararın diğer âkit devletlerden birinde müddeaaleyhe usulü dairesinde tebligat yapılmamış olduğundan bahisle tenfizi talebinin reddi halinde münhasır olmak üzere aynı dâva red kararını veren bu mahkeme önünde yeniden ikame edilebilir (m. 2). Fakat bu maddeye müsteniden verilen ilâmların projenin 5 inci maddesine istinaden sair akit devletlerde tenfizi cihetine gidilip gidilemiyeceği şüphe lidir. Öyle zannediyoruz ki bu vaziyette her devletin yabancı ilâmların tenfizine mütaallik mûtat sisteminin, meselâ Türk hukukunda Usulün 537 vd. maddelerinin tatbiki icabedecektir.

Kazaî salâhiyet anlaşmasının mevcudiyeti muvakkat veya ihtiyatî tedbirlerin alınması bakımından âkit devletlerden herbirinin mahkemelerinin haiz olduğu sa'âhiyeti de bertaraf edemez (m. 4).

Salâhiyet şartının mevzuu milletlerarası mahiyetteki satış akitlerinden doğan ve doğacak ihtilâfların halli hususunda bir veya birkaç salâhiyetli mhakemenin taraflarca gösterilmesinden ibarettir. Bh mevzua mütaallik çok taraflı bir sözleşmeyi imza etmek suretiyle âkit devletler sadece taraflarca salâhiyetli kılınmış olan mahkemeden gayri bütün mahkemelerin ve bu meyanda kendi mahkemelerinin de salâhiyetsiz olduğunu tanımak vecbesi altına değil, lâkin aynı zamanda kendi mahkemelerine verilmiş olan sa'âhiyeti de — kendi salâhiyet kaidelerine muhalif dahi olsa — kabul etmek mükellefiyeti altına da girmiş olurlar.

Taraflar salâhiyet şartı ile ancak âkit devletlerin mahkemelerini salâhiyetli kılabilirler (m. 2, f. 1), âkit devletlerden gayri üçüncü şahıs durumunda olan devletlerin mahkemesine salâhiyet tanınmasına mütaallik anlaşmalar sözleşme projesinin haricinde kalır.

Taraflarca âkit devletlerden birinin bir veya muhtelif mahkemeleri salâhiyetli kılınmış olabilir. Muayyen bir memleketin muayyen bir mahkemesinin salâhiyetli olarak tanınması halinde bir mesele yoktur, dâvanın mutlaka o mahkeme önünde açılması lâzımgelir. Fakat böyle olmayıp da salâhiyet kaydında bu hususta bir şey söylenmeksizin bir devletin "mahkemelerinin" salâhiyetli olduğundan bahsedilmişse, dâva o

460

memleketin hangi mahkemesi önünde açılmalıdır? Bu mesele artık her memleketin iç hukuku ile ilgili bir husus teşkil eder ve lex fori'nin usul hukuku kaidelerine göre halledilir.

Usul hukukumuzda bu bakımdan hususî bir hüküm mevcut olmadığından dâvacı kanaatimizce Türkiye'de Usul Kanununun 16 vd. hükmü ile vazifeye mütaallik 8 vd. hükümleri mahfuz kalmak üzere dâvayı dilediği yer mahkemelerinden herhangi birinde ikame edebilmek serbestisini haizdir.

§ II — Nafaka mükellefiyeti ile ilgili çalışmalar

Konferans nafaka mükellefiyeti ile ilgili çalışmalarına mevzu olarak sadece çocuklara olan nafaka mükellefiyetini ele almıştı. Bu mesele içinden de sadece çocukların nafaka hakkında doğan ihtilâflar üzerinde bir proje hazırlamakla yetinmiş, onlara karşı bu mevzuda yönelebilecek olan talepleri çalışmaları haricinde bırakmıştır. Buna sebep olarak bakımsız ve kimsesiz çocuk meselesinin İkinci Dünya Harbinden sonra birçok memleketlerde içtimaî ve iktisadî bir mesele haline girmiş olduğu gösterilebilir. Hakikaten harp esnasında düşman istilâsına mâruz kalmış memleketlerde ve hâlen de yabancı orduların tamamen çekilmemiş bulunduğu devletlerde bu, gerek evlilik içinde ve bilhassa evlilik dışında doğan çocuklar münasebetiyle sadece bir iç hukuk meselesi olarak değil, lâkin aynı zamanda bir devletler hususî hukuku meselesi olarak da ehemmiyetini hâlâ muhafaza etmektedir. Muhtelif devlet kanunları arasındaki mevcut tanzim ve sistem farkları ve bilhassa yabancı kararların tenfiz ve tanınması bakımından mâruz kalınılan güçlükler dolayısiyle himayesiz ve bakımsız kalan, adetleri küçümsenemiyecek derecede büyük olan bu çocukların himayesi ile ilgili olmak üzere milletlerarası sahada büyük bir faaliyet göze çarpmaktadır (60). Netekim La Haye Konferansı da yedinci içtimaında bu mevzuu ele almış ve bu içtima sonunda Holânda Devlet Komisyonundan bu meselenin hususî bir komisyonda tetkik ettirilerek ön çalışmalarda bulunulmasını ve Konferansın gelecek toplantısı gündemine bu mevzuun sokulmasını rica etmiştir.

(60) Bu hususta Birleşmiş Milletler tarafından hazırlattırılmış olan 1952 tarihli Cenevre örnek projeleri ve bu projelere ekli mütehassıslar komisyonu raporuna bak.

Komisyon bu ricayı yerine getirerek bir sözleşme ön projesi hazırlattığı gibi (61). Bu hususlaki görüşlerini bildirmek üzere devletler bir de soru varakası göndermişti.

Nafaka mükellefiyetinden doğan kanun ihtilâflarına tatbik edilecek kanun hakkında bir anlaşmaya varılmış olmakla iş bitmiyordu, asıl mühim mesele bu kanunun tatbiki suretiyle verilecek yabancı kararların sair âkit devletlerde tanınması ve tenfizini temindi. Sual varakasına verilen cevaplarda da kanun ihtilâfları ile ilgili olarak yapılacak sözleşmenin buna dair ikinci bir sözleşme ile tamamlanması isteniyordu. Filhakika bu mevzuda diğer başka milletlerarası teşekküller tarafından hazırlanmış bâzı projeler eksik değildi (62).

O halde Konferansın aynı mevzuları yeniden ele alarak bunlar üzerinde vakit kaybetmektense bu sözleşme projelerine iltihak etmelerini veya bunları imza ve tasdik etmelerini üye devletlere tavsiye etmesi daha mantıkî olmaz mıydı? Müzakereler sırasında bu görüşü müdafaa edenler de olmuştu. Fakat hakikatte 1952 tarihli örnek sözleşmelerle Birleşmiş Milletler devletlere bu mevzu ile ilgili bir sözleşme örneği teklif etmekten de daha ileri gitmiyordu (63).

(61) Lüksemburg'lu Profesör Hammes başkanlığındaki komisyon tarafından 11/1/1956 tarihli sözleşme ön projesi, 1956, La Haye.

(62) Meselâ Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Meclisi tarafından Cenevre'de hazırlattırılmış olan nafaka mükellefiyetine mütaallik kararların yabancı memleketlerde tenfizi ve tanınması ile nafaka dâvalarının yabancı memleketlerde ikamesine mütaallik 28/7/1952 tarihli iki örnek sözleşme; nafaka dâvalarının yabancı memleketlerde takip ve ikamesini kolaylaştırmak maksadı ile bunları takip etmek üzere her devlette kurulması gerekli yardım müesseseleri ile bunların işleyiş ve vazifelerine mütaallik 1956 tarihli New York sözleşmesi.

(63) Nafaka dâvalarının yabancı memleketlerde açılması ve takibi ile ilgili örnek sözleşmenin devletler arasında bu husus ile ilgili olarak akdedilecek çok taraflı sözleşmelere nümune ittihza edilebileceği, yabancı nafaka ilâmlarının tenfiz ve tanınmasına mütaallik örnek sözleşmenin ise devletler arasında iki taraflı muahedelere veya yeknesak kanunlara nümune teşkil edebileceği mütehassıslar raporunda yazılıdır: Rapport du Comité d'experts en matière de reconnaissance et d'exécution à l'étranger des obligations ailmentaires, Genève, 18 28 août 1952, E/AC. 39/1, s. 21

462

o halde La Haye Konferansı bu sözleşmelerden mülhem olarak hiç olmazsa üyesi devletler arsamda tatbik edilecek bir sözleşme meydana getirmekle Birleşmiş Milletlerin arzusunu da bir dereceye kadar tahakkuk ettirmiş olacaktı. Bu ve buna benzer saikler dolayısiyledir ki Konrans tarafından nafakaya mütaallik yabancı kararların tenfizi hakkında da bir sözleşme projesi hazırlanmıştır.

A — Çocuklara olan nafaka mükellefiyetinden doğan teşrii kanun ihtilâflarına dair sözleşme projesi

Konferans bu içtimaında nafaka mükellefiyetinin sadece çocuklarla ilgili olan meseleleri üzerinde durmuştur. Fakat bundan doğan bütün problemleri de ele almış değildir. Müzakere konusu olarak sadece çocuklara karşı olan nafaka mükellefiyetine devletler hususî hukuku bakımından tatbik edilecek kanunu araştırmakla yetinmiştir.

Bilindiği gibi bilhassa düz hat üzerinde nafaka mükellefiyeti mevzuubahis olduğu zaman çocukların da herhangi bir kayıt ve şarta tâbi olmadan — ister reşit olsunlar, ister olmasınlar — yardım etmedikleri takdirde zarurete düşecek olan ana babaya, daha doğru bir ifade ile usullerine karşı muavenet ve yardım mükellefiyeti vardır (MK 315). Fakat bunlar Konferansça sözleşme projesinin haricinde bırakılmıştır. Raporda da belirtildiği gibi nafaka mükellefiyetinden doğan meseleler tahdit edilirken çocuklara karşı olan nafaka mükellefiyetinin bilhassa milletlerarası münasebetlerde kesretle ihtilâflara sebebiyet verdiği ve halinin de en fazla müaccel'yet arzeylediği realitesinden hareket edilmiştir (64).

Proje çocukların nafakası ile ilgili meselelerden mahdut bir kısmını, ancak çocukların nafaka taleplerine tatbik edilecek kanunu göstermektedir. Şu halde onun dar bir şümul sahası vardır. Bu şümul sahasını tâyin edebilmek bakımından ehemmiyetli olan iki mesele üzerinde durmak icabeder :

(64) Ön projeye ekli M. L. I. de Winter'in raporu, 1955, La Daye, s. 5.

1 — Sözleşme projesinin şümulü :

a) Proje anlamında çocuk mefhumundan ne anlaşılmak gerekir, hangi çocukların nafaka taleplerinden doğabilecek ihtilâflara proje tatbik edilir?

b) Çocukların kimlere karşı haiz olduğu nafaka talepleri projenin şümul sahasına girer?

a) Proje çocuktan bahsetmektedir. Fakat bilindiği gibi çocuk mefhumunun hiç olmazsa Türk hukuku bakımından geniş bir mânası vardır: Nesep bakımından, rüşt bakımından bir fark gözetilmeksizin bütün fer'iler bu mefhum içine girer. O halde sözleşmenin tatbiki bakımından bu mefhumdan ne anlaşılması lâzım geldiğinin lâyıkı ile tesbit edilmiş olması gerekir. Bu, en nihayet bir tavsif meselesidir ve hâkim tarafından lex-fori'nin tatbiki suretiyle halli mümkündür. Lâkin bunu hâkimin kanununa bırakmak, sözleşmenin âkit devletlerden herbirinde şümul sahası tâyin edilirken bile değişik bir surette bâzan geniş, bâzan dar bir şekilde tatbikına yol açmak olurdu. İşte bunu önlemek maksadiyledir ki çocuk mefhumundan ne anlaşılacağı bizzat sözleşmenin birinci maddesiyle tâyin edilmiştir. Maddeye göre bu mefhum, nesebin sahih, evlilik dışı veya sadece tabiî bir nesep veya evlâtlık rabıtası olup olmaması bakımından bir fark gözetmeksizin, evli olmıyan ve yirmi bir yaşını idrak etmemiş olan çocukları gösterir.

b) Çocukların kimlere karşı haiz olduğu nafaka talepleri sözleşmenin şümulü içine girmektedir? Çocuğa nafaka vermekle mükellef olan şahıslar esas itibariyle çocuğun düz hat üzerindeki hısımları ile muayyen şartlar altında civar hısımları (MK 315 vd.) ve en nihayet belki de devlettir. Hiç olmazsa Türk Medenî Kanununun sistemi gereğince çocuk ancak bunlardan nafaka istiyebilir (65).

Çocuğa nafaka vermekle kimlerin mükellef olduğunu tâyin hususu da sözleşme ile salâhiyetli kılınan kanuna düşer. Ancak sözleşme pro-

(65) Türk Hukukunda, hiç olmasa Medenî Kanunda devlete çocuğa karşı umumî mahiyette bir nafaka borcu terettüp etmemektedir. MK. 317 ancak anası ve babası belli olmıyan çocukların belediyelerce infak olunacağını söylemekte ise de bunun teknik manâda bir nafaka borcu olup olmadığı şüphelidir. Mamafih bu hususta ayrıca 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar hakkındaki kanuna da bak.

jesi muhtelif hukuk sistemleri arasındaki ihtilâfları azaltmak ve sözleşmenin mümkün olduğu kadar fazla devletçe kabulünü mümkün kılmak maksadiyle çocuğun civar hısımlarına karşı olan nafaka taleplerinin sözleşme haricinde kaldığını tasrih etmektedir (m. 5, f. 1).

Burada diğer bir mesele çocuğun devlete karşı yönelicek nafaka taleplerine sözleşme projesinin tatbik edilip edilmiyeceği keyfiyetidir. Bu hususta proje içinde her hangi bir sarahat bulunmaması tereddütleri mucip olabilir, bununla beraber konferans müzakereleri esnasında meselenin daha ziyade devletler umumî hukuku ile ilgili olup sözleşmenin şümulü haricinde kalması gerektiği belirtilmişti.

2 — *Sözleşmenin bünyesi :*

a) Sözleşmede nafaka ve nesep meseleleri biribirinden tamamiyle ayrılmış ve sözleşmeye müsteniden verilecek kararların çocuğun ailevî ve nesep münasebetleri üzerine her hangi bir tesiri olmıyacağı tasrih edilmiştir (m. 5, f. 2). Bu, Türk Hukukunda zaten MK. 306 ve 310 ile çoktanberi yapılagelmekte olan bir tefriktir.

b) Tasarıya hâkim olan diğer bir fikir de âmme intizamı mefhumuna, âkit devletlerden herbirinde hiç olmazsa çocuğa karşı nafaka mevzuubahis olan hallerde, çok mahdut bir yer verilmesini temin etmek ve bu suretle de her devletin sözleşmenin şu veya bu hükmünün âmme intizamına muhalif olduğundan bahisle tatbikını bertaraf etmesine mâni olmaktır. Bunu sağlamak maksadiyledir ki sözleşme içinde sarih olarak salâhiyetli kanunun, ancak mahallî âmme intizamını aşikâr surette haleldar ettiği hallerde tatbik edilmiyeceğini derpiş eden 4 üncü madde hükmü konmuştur. Bu madde ile bu gayenin ne dereceye kadar temin edilebileceğini ancak tatbikat gösterecektir.

3 — *Kanun ihtilâflarına tatbik edilecek kanun :*

Projenin hazırlanmasına âmil olan mülâhazalar çocuğun düz hat üzerindeki hısımlarına karşı yönelteceği nafaka taleplerine tatbik edilecek kanunun çocuğun himayesi bakımından kendisine en fazla fayda ve menfaat temin edecek bir kanun olmasını gerektiriyordu. Bu kanun olsa olsa ancak çocuğun kanunu olabilirdi. Fakat çocuğun kanunu

hangi esaslara müsteniden tesbit edilecekti? Şimdiye kadar alışılmış olan kanunlardan hangisi — çocuğun millî kanunu ve ikametgâh kanunu — bu hususta şalâhiyetli addedilecekti? Sözleşme projesi bu meselede büsbütün başka bir görüşten hareket etmiştir. Nafakadan doğan kanun ihtilâflarına tatbik edilecek kanun ne çocuğun millî ve ne de ikametgâhı kanunudur. Çünkü bu kanunların çocukla ne dereceye kadar alâkalı oldukları ve onun menfaatlerini himayeye kâfi gelip gelmedikleri şüphelidir. Zaten çocuğun kanunu tâyin edilirken nazarî mülâhazalardan ziyade pratik hayat ve onun ihtiyaçları gözönünde tutulmak istenmiştir. Çocuk münferiden içinde bulunduğu muhitten tecrit edilerek değil, lâkin içinde yaşadığı ve yetişmekte olduğu çevre ile beraber mülâhaza edilmiştir. Hakikaten çocuğa hâlen yani nafakaya müteallik ihtilâfın çıktığı anda içinde bulunduğu ve belki de hayatının ve bilhassa yetişme çağının en büyük bir kısmını içinde geçireceği az çok muhakkak olan memleketin içtimaî ve bilhassa iktisadî şartlarına intibakını kolaylaştıracak bir nafaka temin edilmelidir ki o sıkıntıya mâruz kalmadan, bu memleket içinde rahatça yaşayabilmek ve yetişebilmek imkânlarına mâlik olabilsin.

Ona bütün bu imkânları sağlıyabilecek kanun olsa olsa hâlen içinde bulunduğu memleket kanunu olabilir. Netekim proje nafaka meselesine tatbik edilecek salâhiyetli kanun olarak nafaka talebinin ortaya çıktığı anda çocuğun mûtat meskenin içinde bulunduğu memleket kanununu kabul etmiştir (67). Diğer taraftan bu suretle gerek millî kanun ve gerekse ikametgâh kanununa bağlı olan devletlerde bir dereceye kadar tatmin edilmek istenmiştir (68).

Mûtat mesken mefhumu, teknik bir mefhum olan ikametgâhtan tamamiyle farklı ve münhasıran fiilî ve maddî bir vâkıayı gösteren bir mefhum mahiyetindedir. Bu fiilî ve devmalı olarak muayyen bir memleket dâhilinde bulunmayı, orada oturmayı ve yaşamayı ifade eder. Bâzan ikametgâh ile mûtat mesken aynı mahalde bulunabilir, her zaman beraber bulunmaları da icap etmez. Çünkü hiç olmaz-

(67) Bu hususta bak: de Winter'in sözü geçen raporu, s. 6-7.
(68) Sözü geçen rapor s. 6.

466

sa Türk hukuku bakımından ikametgâh mefhumu fiilî ve hukukî iki unsurun bir arada bulunmasını icabettirir (MK. 19). Hele çocukların ikametgâhı mevzuubahis olduğu zaman onların çok kere hukukan ikametgâhları olarak tâyin edilen mahalden başka bir yerde fiilen oturmakta olmaları mümkündür. Bu, bilhassa vesayet altındaki çocuklar hakkında doğrudur (MK 21). Binaenaleyh her hâdisede hâkim kendisine arzedilen delilleri takdir ederek çocuğun mûtat meskeninin bulunduğu mahalli serbestçe tâyin edecektir.

Esas prensip bu olmakla beraber, bu prensibin biri lex-fori, diğeri de lex-fori'nin kanun ihtilâfları kaideleri lehine yapılmış iki istisnası vardır :

a) İlk istisna, çocuğun ve müddeaaleyhin dâvaya bakmakta olan Mahkemenin tâbiiyetini haiz olmaları ve müddeaaleyhin mûtat meskeninin de tâbiiyetini haiz oldukları bu memleket dâhilinde bulunmasını öngören 2 nci maddede bulunmaktadır. Bu vaziyette sözleşmenin birinci maddesi ile salâhiyetli kılınmış olan çocuğun mûtat meskeninin kanunu yerine aynı zamanda hem çocuğun hem müddeaaleyhin millî kanunu olan Mahkemenin kanunu tatbik edilir. Başka bir ifade ile ikinci madde muayyen şartların mevcudiyeti halinde çocuğun mûtat meskeni yerine, çocuğun millî kanununun tatbik edileceğini derpiş eder. Bununla beraber bu istisna mutlak değildir. Devletlere bu vaziyetlerde kendi kanunlarının tatbik edileceğini beyan hususunda âdeta bir hıyar hakkı tanınmaktadır (69). Onlar dilerlerse maddenin kendilerine verdiği bu salâhiyetten faydalanabilirler, dilerlerse bu şartların mevcudiyeti halinde dahi 1 inci maddenin mûtat mesken kanunu prensibine bağlı kalırlar.

Bilhassa millî kanun sistemine bağlı devletlerin bu hükümden faydalanmak istiyecekleri şübhesizdir. Hatta kanaatimizce bu vaziyette; dâvacı ve müdeaaleyhin dâva açılan memleketin tâbiiyetini haiz olmaları halinde ayrıca müddeaaleyhin mûtat meskeninin de dâvanın açıl

(19) Maddede tasrih edilen beyanın âkit devletler arasında bir tebliğ (notification) ile yapılabileceği müzakereler sırasında tekeyyün etmişti.

dığı memleket dâhilinde bulunmasını aramak suretiyle Mahkemenin kanun tatbikını güçleştirmeyi haklı gösterecek bir sebep yoktur. Hattâ bu durumda o devletin kendi vatandaşları arasında çıkan ve kendi mahkemesi önünde görülmekte olan bir dâvaya kendi kanununun tatbikında menfaati bile vardır.

Bu sebebe binaen bu son şartın maddeden çıkarılması teklif edilmişse de bu teklif reddedilmiştir (70).

b) İkinci istisna çocuğun menfaati ve himayesi mülâhazası ile kabul edilmiştir. Bu sebeple de tatbiki diğeri ihtiyarî değil, fakat mecburidir. Filhakika 3 üncü maddeye göre hâdiseye tatbiki gerekli çocuğun mûtat meskeni kanununun kendisine nafaka hakkı tanımadığı hallerde nafaka ihtilâfına bakmakta olan makam bu kanun yerine kendi kanunlar ihtilâfı kaidelerince salâhiyetli olan kanunu tatbik edecektir. 3 üncü madde ile kabul edilen bu istisnanın diğerinden bir farkı da hâkimin bu mevzu ile ilgili olarak kendi kanununu değil, fakat kendi kanunlar ihtilâfı kaidelerine göre salâhyetli olan diğer bir kanunu tatbik etmek mecburiyetinde olmasıdır, bu kanun bâzan yabancı bir kanun olabileceği gibi, bâzan bizzat hâkimin kendi kanunu da olabilir.

B — Çocuklara karşı nafaka mükellefiyetine dair yabancı kararların tanınması ve tenfizi hakkında sözleşme projesi

Nafakaya müteallik yabancı kararların ne şartlar altında âkit devletlerde tenfiz edileceği hususu tanzim edilmiş olmadıçka kanun ihtilâflarına müteallik sözleşme projesinin ancak mahdut bir kıymeti olabilirdi.

Çünkü bu takdirde nafaka ile ilgili olarak verilmiş kararlar üye devletlerin yabancı kararların tenfizi hakkındaki mûtat kaidelerine tâbi olması gerekecekti. Hele Türkiye mevzuubahis olduğu zaman bu yabancı kararların kaabili tenfiz olup olmadığı meselesi Usulün 540 No. 4 maddesi karşısında epey tereddütler doğuracaktı. İşte nafakaya dair yabancı kararların hiç olmazsa âkit devletler ülkesinde kolaylıkla ve

(70) Bu hususta bak: Üçüncü Komisyon Zabıtları, 2 numaralı zabıt, s. 7, 3 numaralı zabıt, s. 4.

yeknesak bir şekilde tenfizini sağlamak maksadı iledir ki bu sözleşme projesi hazırlanmıştır.

1 — Sözleşme projesinin şümulü :

Nafakaya mütaallik kazaî salâhiyet ihtilâflarına dair olan bu sözleşme bir bakıma kanun ihtilâflarına dair olanı tamamlar mahiyette olmakla beraber, diğer bir bakıma ondan tamamiyle müstakil ve ayrı bir varlığı haizdir. Şu mânada ki bir kere âkit devletler dilerlerse ilk sözleşmeyi imza ve tasdik etmeden sadece bu sonuncuyu kabul edebilirler. Diğer taraftan yabancı kararların tenfizi ile ilgili olan sözleşmenin şümulü diğerine nazaran daha geniş bir mahiyet arzeder. Filhakika nafakaya mütaallik teşrîî kanun ihtilâfları sözleşmesi ancak yabancı bir unsuru ihtiva eden ihtilâfları içine alır. Halbuki üzerinde durmakta olduğumuz proje böyle bir unsuru ihtiva etmiyen kararlar hakkında da tatbik edilir (m. 1, f. I). Devletler hususî hukuku ile hiç ilgisi olmıyan münhasıran iç hukuk münasebetleri ile alâkalı bir nafaka ihtilâfı sonunda sevilmiş olan bir hukuk kararın — meselâ nafaka alacaklısı çocuk ve nafaka borçlusu baba Türkse, mûtat meskenleri ve ikametgâhları da Türkiye'de ise, dâvada Türk Mahkemelerinde açılmışsa — sonradan dâva olunanın ikametgâhını harice nakletmesi dolayısiyle yabancı bir memlekette tenfizinin gerekmesi hali buna misal olarak gösterilebilir.

Şümul ve tatbik sahası bakımından her iki sözleşme arasında sair hususlarda bir fark yoktur. Bu zaten birinci maddelerinden anlaşılır. Tenfiz ile ilgili olan sözleşme de nesep farkı gözetmeksizin evli olmıyan ve 21 yaşını idrak etmemiş olan çocukların düz hat üzerindeki hısımları aleyhine alacakları nafaka kararlarına tatbik edilir.

Nafaka taleplerine bakmak bâzı memleketlerde idarî makamların vazifesine dâhildir (71). Bâzı memleketlerde ise bu tamamiyle nizasız kaza yolu ile halledilmektedir. İşte sözleşme bu idarî makamlar tarafından verilen kararların da âkit devletlerde tanınması ve tenfizini temin etmek için teknik bir terim olan ilâm (jugement) yerine karar (décision)

(71) İsviçre'nin bâzı kantonlarında nafaka ihtilâflarına idarî makamlar bakmaktadır. Avusturya'da bu, nizasız kaza yolu ile halledilmektedir.

tâbrini kullanarak bunları şümulü içine almaktadır (m. 1). Yine böyle bir görüşün neticesidir ki sözleşmede "salâhiyetli mahkemeden" değil, fakat "salâhiyetli makamlardan" bahsedilmiştir (m. 2, m. 3).

Nafaka ihtilâflarına bakmak kazaî veya idarî makamlardan hangisine ait olduğu hususu her memleketin tamamiyle iç hukukunu ilgilendirir. Bu sebeple sözleşmede bu cihete temas edilmemiştir. Yalnız sözleşmenin tatbiki sırasında bu mevzudan çıkması mümkün ihtilâfları önlemek gayesiyle âkit devletlere kendi mevzuatları bakımından salâhiyetli makamların hangileri olduğunu diğer âkit devletlerin ıttılaına arzetmek üzere Hollânda Devletine bildirmeleri öngörülmüştür (m. 13).

Ancak her devletin iç hukukunca vazifeli olan bu makamlarından sözleşme projesi anlamında nafaka ihtilâflarına bakmaya salâhiyetli olanlarınca veren kararlar 2 nci ve 4 üncü maddedeki şartlar altında proje ile kabul edilmiş olan kolaylıklı tenfiz sisteminden istifade ederler.

2 — *Salâhiyetli makam :*

Konferans nafaka ihtilâflarına bakacak salâhiyetli makamı tâyin ederken tek ve münhasır bir salâhiyet prensibinden hareket etmemiştir. Çünkü böyle bir sistemin kabulü şu bakımlardan mahzurlar doğurabilirdi :

a Sadece nafaka borçlusunun mûtat meskeninin veya ikametgâhının bulunduğu memleket makamlarına salâhiyet bahşetmek;bu, sözleşmelerle himayesi bilhassa hedef tutulan çocuk bakımından mahzurlu olabilirdi; ve ekseri hallerde iktisaden nafaka borçlusuna nazaran çok kötü durumda olan çocuğu yabancı bir memlekette dâva açmak ve birçok masraflara katlanmak mecburiyeti ile karşı karşıya bırakmak olurdu.

Diğer taraftan bu suretle çocuklara karşı olan nafaka borçlarına tatbik edilecek kanun hakkındaki projeyi imza ve tatbik edecek olan memleketlerde nafakadan doğan ihtilâfa bakacak makamı ekseriya yabancı ve kendisince pek de iyi bilinmiyen bir kanunu tatbik gibi zor bir vazife karşısında bırakmak neticesine de varabilirdi.

b Yalnız çocuğun mûtat meskeninin bulunduğu memleket makamlarını salâhiyetli olarak kabul etmek çocuğun himayesi bakımından şayanı temenni olsa bile nafaka borçlusunun çok aleyhinde olurdu. Bilhassa şimdiki gibi devletler arasındaki döviz tahdidatının sıkı bulunduğu bir devrede müdeaaleyhi yabancı bir makam önüne çıkamamak ve kendisini orada bir mümessil vasıtası ile müdafaa ettirememek gibi kötü bir duruma sokablirdi. Filhakika sözleşme projesinde devletlerin nafaka meseleleri ile ilgili hususlarda döviz transferlerini kolaylaştıracaklarına dair bir hüküm varsa da bu, 10 uncu maddeden de anlaşılacağı üzere kanaatimizce ancak çocuk lehine tanınmış olan nafaka bedeline müteallikdir (72).

Belki de bu prensibin kabulü salâhiyet meselelerinde mûtat prensip olan müdeaaleyhin mahkemesi prensibinden inhiraf eder mahiyette olması dolayısiyle sözleşmenin üye devletlerce imza ve kabul imkânlarını da azaltabilirdi.

İşte bu sebepledir ki bir taraftan çocuğu himaye mülâhazası, diğer taraftan salâhiyet meselelerinde mûtat olan müddeaaleyhin ikametgâhı prensibini tamamiyle bertaraf etmemek kaygusu Konferansı şöyle ortalama çifte bir salâhiyet sistemini kabule sevketti. Esas itibariyle nafaka taleplerine bakmağa salâhiyetli makam bu talebin vaki olduğu anda gerek çocuğun gerek nafaka borçlusunun mutat meskenlerinin bulunduğu memleket makamlarıdır. Yani bu bakımdan nafaka alacaklısı âdetâ bir hıyar hakkını haizdir. O, nafaka talebini kendisi bakımından en fazla fayda mülâhaza ettiği bu iki makamdan biri önüne götürebilmek imkânını haizdir (m. 3, No. 1 ve 2). Bununla beraber ona tanınmış olan bu hıyar hakkını âkit devletler bertaraf edebilirler. Çünkü 18 inci madde sözleşmeyi imzalarken devletlere bir ihtirazî kayıtla çocuğun mûtat meskenin bulunduğu memeleket makamlarına tanınan salâhiyeti kabul

(72) Sözleşme tenfiz talebinde bulunan lehine pek çok kolaylıklar da sağlamaktadır. Bunlar adlî yardıma mazhar olma (m. 9, f. 1), judicatum cautio vermeden muaf bulunma (m. 9, f. 2), ve tenfiz için ibrazı gerekli vesikaların resmî tasdik ve vizeden muaf olması gibi hususlardır (m. 9, f. 3).

471

etmiyeceklerini bildirmek imkânını bahşeder. Bu imkândan faydalanmış olan devlet tabiîdir ki çocuğun mûtat meskeninin kendi ülkesinde bulunduğundan bahisle kendilerini salâhiyetli addeden kendi makamları tarafından verilen kararların sair âkit devletlerde sözleşmeye müsteniden tenfizini talep etmek hakkını da kaybeder. Bu cihet zaten 18 inci maddede açık olarak ifadesini bulmaktadır.

Nihayet üçüncü derecede salâhiyetli bir makam da nafaka borçlusunun sarahaten veya salâhiyet itirazında bulunmamak suretiyle zımnen salâhiyetini kabul etmiş olduğu memleket makamıdır. (m. 4, no. 3).

KADİM ÇİN HUKUK ANLAYIŞI İLE MUASIR GARP HUKUK ZİHNİYETİ ARASINDA BİR MUKAYESE (1)

Tercüme eden : Dr. Vamık TOPRAK

Çin hukuku, tanıdığımız diğer hukuk sistemlerinden çok farklıdır ve garp hukuk sistemine mensup memleketleri greko-romen zihniyete bağlıyan ananenin taşıdığı esaslardan tamamen başka esaslara dayanır. Hukuk, çinli zihniyette, ancak ikinci derecede bir rol oynar.

İçtimaî nizam **hukuk ile değil**, fakat eşyanın ve âlemin tabiî düzenine uygun düşen ve hayatın her halinde insana lüzumlu bir hattı hareket temin eden **rites'lerle** kaimdir (2). Cemiyetin iyi gidişini ve içtimaî münasebetlerin ahengini sağlamanın normal yolu, Çinlilere göre, kanun değildir; zira kanunlar, mücerret karakterleriyle, muhtemel vaziyetlerin sonsuz tahavvüllerini evvelden hesaba katamazlar. Üstelik onların sıkı sıkıya tatbiki, insanın doğuşta taşıdığı adalet hissini haleldar etmek tehlikesini gösterir. Bu sebeple, kanun neşretme işi, fena bir iştir.

İçtimaî münasebetlerde kanunların getirdiği vüzuh ve herkesin haklarını, vecibelerini tâyin ediş; bir iyilik değil, bir kötülüktür. Kanunların gayrı kabili münakaşa olarak doğurduğu sübjektif hak fikri eşyanın tabiî nizamına aykırıdır.: Ferdin, tabiatte ve ahenkle teşkil edilmiş bir cemiyette, diğerlerine karşı ancak vecibeleri vardır ve fert, haklarından bahsetmiye başladığı anda cemiyette bazı şeyler heder

---

(1) Bu yazı, René David'in, Traité élémentaire de Droit civil comparé, Paris 1950, adlı eserinin «Çin hukuk sistemi» başlıklı altıncı faslından telhisen alınmıştır.

Bibliyografya için aynı esere bakınız.

(2) Rites kelimesi burada müslüman hukukundakinden tamamen farklı mânada kullanılmış olup ifade ettiği mefhum ve bu mefhumun medlûlü metinde izah edilmiye çalışılmıştır. Müellif bu tâbirin fena seçilmiş olmasından ve mefhuma tekabül etmeyişinden müşteki görünmektedir. Ahlâk ve adalet duygusuna uygun düşünce ve hareket tarzını ifade ettiği anlaşılan rites tâbirine biz tek bir kelimeyle Türkçe karşılık aramaktansa, mânayı daha fazla kaçırmamak için, bu tâbiri aynen muhafazayı tercih ettik (mütercimin notu).

olur. Fertler bu kanunları tanıdıkları takdirde, haklara sahip oldukları nı anlarlar ve hattı hareketlerini sevkü idare etmesi gereken kaideleri yani ananevî ahlâk ve hareket kaidelerini bir tarafa bırakarak bu hak larını değerlendirmiye meylederler, neticede dâvalar çoğalır.

Her dâva, bizatihî kendi mevcudiyetiyle, tabiî nizamı ihlâl ederek herkese zarar verebilecek yeni bozgunlar doğurma tehlikesi arzeden bir skandaldir. Tabiatte herşey birbirine bağlıdır ve kimse, bir dâva ile tabiî nizamda ve sosyal sükûnda vuku bulan ihlâlin ne neticeler doğu rabileceğini evvelden kestiremez. Şayanı kabul hiçbir dâva yoktur, çünkü her dâva fertler arasında âşikâr bir bozgun ifade eder. Herbir ferdin vazifesi, bütün imkânlar dahilinde, tarafların menfaatlerini denkleştiren yoluna koyan ve birini yenmiş diğerini yenilmiş yapmıyan bir uzlaşma, ikisi ortası bir hal sureti aramaktır.

Bir ihtilâfı hallettirmek için hâkime baş vurmak, hakikî bir iflâstır ve kudretsizlik itirafıdır ki bu yola ancak son çare olarak tevessül edil meli ve bunda kendini denemezden evvel, bir anlaşmaya varmak için her halde bütün imkânları tüketmiş olmalıdır.

Adalet cihazından lehte bir karar alınmış olduğu ahvalde bile, derhal ifa istemek yahut infazı temin için âmme kudretine baş vur mak uygun düşmez. Bu noktada da ölçü ile davranmak ve hasma veçhesini kaybettirmiyecek, taraflar arasında iyi münnasebetleri ve sulhu tekrar kurma imkânını elde tutacak surette hareket etmek lâzım dır. İfayı müsamahasızca ve mühlet bırakmadan istemek antisosyal bir harekettir ve her türlü iyi gidişe muhaliftir. Bu, içtimaî sükûna, dolayısiyle tabiî nizama darbe teşkil eder, oysa ki her fert, umumun menfaati namına, bu nizama uymakla vazifelidir.

Konfüçyüz öğütlerine dayanan ananevî Çin düşünüşünün umde leri işte bunlardır.

Ihering'in "hak için mücadele" adlı küçük ve meşhur eserinde belirtilen garbın ananevi hukuk anlayışına daha uzak bir düşünüş olamazdı.

Çinliler için hukuk, şüphesiz lüzumlu olan, fakat derin surette acı

nılacak bir çareden (expédient'dan) başka birşey değildir; onu tahakkuk ettirmek, eşyanın tabiî nizammı haleldar eder, bunun için de ancak son çare olarak ve mümkün olduğu kadar az ölçüde başvurulmalıdır.

Hukuk ilmi çin mütefekkirlerini çekmez, onların bütün gayretleri ahlâk kaidelerini keşfetmiye ve ahengin emrettiği hattı hareket kaidelerini açıklamıya müteveccihtir. Şüphesiz bir Çin hukuku mevcuttur, fakat cemiyetin iyi işleyişi ve Çinlilerin idaresi esaslı surette hukuk kaideleriyle temin edilmiş değildir. Çinde hukukun kaynakları bile garp hukuk kaynaklarından pek farklıdır. Orada, eşyanın tabiî nizammı meydana koyabilen tek kaynak örftür.

Çin örfleri, Çinde müstakil mevcudiyeti bulunan birliklerin adedi kadar mütehalifitir ve tatbikatta da tabiatiyle sayısızdır. Bizler o örfleri pek az tanırız, halbuki Çinin hakiki hukukunu tanıyabilmenin ilk şartı örflerinin ilmî surette tanınmalarıdır. Kanun, sun'î ve mücerret ifadesiyle, hukukun ancak ikinci plânda bir kaynağıdır. İlgililerde hak hissini geliştirmemek ve dâvaları teşvik etmemek için onlara kanunları tanıtmaktan çekinmelidir. Bütün kanunlar, ehvenişer olarak ve sosyal nizamın ihlâlini müeyyidelendirmek için araya girdiğine göre, ceza kanunu karakterini arzedeceklerdir. İdare edenlerin arzusu bunların tatbikine hiç mahal kalmaması yolunda olacağından, onlar kanunlara mümkün olduğu kadar çekindirici bir karakter vereceklerdir. Bu sertliğin başlıca gayesi, nihayet ferdleri sindirmektir; fiiliyatta ise kanunlar bütün sertlikleriyle tatbik edilmek için yapılmış değildir. Onlar, bir kaide emretmekten ziyade bir "model" teklif eder. Hâkim bu modelden şüphesiz ilham alacaktır. Fakat halin icabı ona bir diğer sureti halli haklı gösteriyorsa modelden uzaklaşması caizdir, hattâ tavsiye edilir.

Her hususi vak'ada tabiî nizamın asgarî hadde de olsa ihlâli düşüncesinin ananevî Çin anlayışında oynadığı rol, garpte âmme nizamı tasavvurunun oynadığı role benzetilebilir, fakat bundan çok daha mühimdir. Çinde dâvalar hoş karşılanmaz ve bir fert dâva açınca dâvalıyı,

onunla birlikte bizat dâvacıyı ve hîni hâcette şahitleri de hapse atmak pek tabiî görülür. Dâva açmak suretiyle tabiî nizamı bozan bir şahıs, bu fiiliyle zarar verdiği cemiyetten teveccüh görmezse şaşmamalıdır. Bütün ihtilâflarını şerefli uzlaşmalarla halletmiye yanaşmıyan yahut mensup olduğu içtimaî grubun hakemliğini reddeden kimse şüphesiz mükemmel bir vatandaş değildir. Bir dâvanın tabiî nizamı ihlâlinde buna sebep olan herkesin mesuliyet payı vardır. Kendisine en az dâva gelen hukukçu en makbul hukukçudur. Binaenaleyh Çin'de avukatlık mesleği mevcut olmıyacaktır.

Çin cemiyetinin esas temeli Konfüçyüs'e göre, hukuk değildir (halbuki Konfüçyüs te bir hâkimdi), ahlâktır ve riteslerdir. Bu tâbir fena seçilmiştir ve Çincedeki karşılığı daha ziyade ahenk (convenance) kaideleri fikrini telkin eder; namuslu bir adam tarafından benimsenen halkın hissine, ahlâka ve umumi nasafet duygusuna uygun düşen tarzı ifade eder. Beşerî cemiyet, hukuk kaidelerine ve kanunlara başvurmaktan ziyade rites'lere riayet etmek ve müziğe yer vermek sayesinde ahenkle yaşıyabilir.

Çin'in en yüksek dereceli hâkimi, adlî Yuan'ın reisi Chu Chong, 1947 de şöyle yazıyor: "Kanunlar iyi bir hükûmete pek âlâ hizmet edebilirler, fakat kanunlar sulhü ve ahengi temin edici en mühim âmil olmaktan uzaktır. İnsanlarla hükûmet edilir, kanunlarla hükûmet edilmez. Kanunlar bizatihî kendi mevcudiyetleriyle bir müessiriyeti haiz olamazlar. Lüzumlu insanı iktidara getiriniz, kanunlar vücut bulacaktır; bu insan gitsin, kanunlar da yok olacaktır. Faziletli insanın bizzat kendisi hukukun kaynağıdır. Hükûmet eden faziletli bir insansa kanunlar ne kadar az olursa olsun, nizam hükümfermâ olacaktır. Hükûmet eden faizletli bir insan değilse, kanunlar ne kadar tamam olursa olsun, onları tatbik edemiyecek ve daima değişici olan halleri karşılıyamıyacaktır. O takdirde karmakarışıklık (le chaos) olacaktır. Devletin itilâsı hükûmet edenlerin evsafına ve tarzı hareketine bağlıdır".

İnsanlarla hükûmet etme, rites'leri üstün tutma ve yazılı kanunları ve hukuku küçümseme, hep beşerî tabiatin yaradılıştaki iyiliği

mûtasından doğmaktadır. Yaratan (le Ciel), insanın kalbine tabiî kanunu koymuştur; hükûmet eden'in rolü bu kanunu keşif ve tahrik edip eskilerin öğütlerini takiben kendini herkese örnek olarak kabul ettirmekten ibarettir.

Yine adlî Yuan reisi şöyle devam ediyor: "Bir karar vereceğim zaman ben de kanunu herkes gibi tatbik edebilirdim. Fakat benim nihaî olarak bağlandığım şey, her türlü müstakbel münâkaşa ve nizayı bertaraf etmektir."

Çin'in haricinde (3) çinli hukuk anlayışı umumi surette Uzak Şark'ın ve bilhassa Kore, Japonya ve Vietnam'ın hukuk anlayışı oldu.

Uzak Şark dışında çinli hukuk anlayışı keza Amerika'da kadîm medeniyetin hukuk anlayışı olmuş gibidir. Bir Meksika hukuku tarihçisi, Esquovel Obregon, aztèque insanının etimolojik ışığı altında, iddia ediyor ki, aztèque zihniyete göre, hâkimin rolü, Roma'da olduğu gibi önceden ihdas edilmiş bir kaideyi tatbik olmayıp, herşeyden evvelâ ihtilâfa son vermek, efkârı teskin etmek ve tarafların aralarını bulmaktır. Uzlaşma, birleşme fikri, kanunu tatbik fikrine tekaddüm eder.

Aztèque hukuku, bu hukukun on asırlık inkişafına son veren İspanyol istilâsiyle şüphesiz kaybolmuştur; fakat bugün halâ Meksika ve Guatémaltèque halkını teşkil eden bu Hintli köylülerin ruhlarında o hukukun aksettirdiği telâkkilerin kalmış bulunabileceğini düşünmek isabetsiz olmaz. Bu ilk temelden istihraç olunan unsurlar, gelecek asırlarda, belki de Amerikan müşterek hukukunun (common law américaine'in) dahi hissesi bulunan yeni lâtin anane ile birleşecek ve bizlerin biraz hafiflik göstererek, hiç tefrik etmeksizin "lâtin" diye tavsif etmeyi itiyat edindiğimiz bâzı Amerika memleketlerine has hukuka kendi hüviyetlerini kazandıracaktır.

Çinli hukuk anlayışını garplı hukuk zihniyetine esaslı surette zıt gösteren noktaları böylece işaret ettikten sonra, bu zıddıyetin, ne derece

(3) Çin tâbiriyle asıl içeri Çin ifade edilmektedir. Denilebilir ki, bugün başlıca sakinleri Çinliler olan Mançurya'nın da buna ithali lâzımdır. Çin'in dış eyaletlerinde, bilhassa Mogolistan'da ise Çinli hukuk anlayışı şüphesiz bir tesir icra etmiştir, fakat tamamen hâkim olmamıştır.

aslî olursa olsun, ifade edildiği kadar tam ve iki ırka mensup insanların bizatihî farklı tabiatinde mündemiç olup olmadığını araştırmak yerinde olur.

İlk bakışta hakikaten İhering'in meşhur "hukuk için mücadele" adlı küçücük eserinde ifadesini bulan garplı düşünüşle uzak şarklı düşünüş arasında bu zıddiyet telif edilemez gibi görünmektedir. Bununla beraber vaziyet üzerinde iyice düşünülecek olursa, bana öyle geliyor ki, bu hükümden şüphe edilebilir ve derin surette farklı ananenin ötesinde, beşerî zihniyetin bir olduğu teslim edilebilir.

İki zihniyet hakikaten farklı mıdır? Yine bana öyle geliyor ki, bizim ananemizde, hattâ tatbikatımızda, uzak şarkın görüş tarzına bizleri yaklaştıran birçok unsurlar mevcuttur ve işaret olunan tezat, zihniyetler arasında, hukukçuların eserlerini okuduğumuz zamankinden şüphesiz çok daha azdır. İhering tarafından "Hukuk için mücadele" konferansında müdafaa olunan anlayış, tipik surette bir hukukçu anlayışıdır ve tatbikatça kabul edilmiş olmaktan uzaktır, zira tatbikatta, tekmil garp memleketlerinde, İhering'i tekzip edecek surette hâkim olan vecizeye göre : Kötü bir uzlaşma iyi bir dâvadan evlâdır. İhering'in hilâfına, pek çok insan, Garpte, uzlaşmanın faziletlerini öğerler; Sulh bize ahlâkî sahada olduğu kadar iktisadî sahada da, hukukçunun adalet dediği dar takip yoluna nispetle, ahvalin bir çoğunda, üstün görünür. Garpta umumiyetle benimsenmiş olan hıristiyan ahlâkı, iyilikte bulunma vecibesini âdil olma vecibesiyle uzlaştırmayı emreder; thomiste hukuk felsefesi ise, hukuku sadece umumun selâmetini (le bien commun) sağlıyan bir vasıtadan ibaret görmek suretiyle, ferdi, kanunun kendisine hak tanıdığı şeyi bütün hallerde istemiye tahrik etmekten uzaktır.

İhering'in müdafaa ettiği zihniyet Garpte umumi surette revaç gören bir ideolôji tarafından emredilmiş olmadığı gibi, müttefiken kabul edilmiş te değildir. O zihniyetin bizzat hukukçular arasında muhalifleri vardır: bazıları, ihtilâfları hal ile vazifeli hâkime nasafet dairesinde hükmetme salâhiyetini izafe etmek isterler ki bu, kanunun sıkı sıkıya tatbikine zıt düşmektedir. Hâkim, tarafları uzlaştırmak için, muayyen

hallerde, nasafete göre hükmetme salâhiyetini kullanabilir.
Bazı memleketlerde veya bazı devirlerde hâkimin bu salâhiyetini kullanması sarahaten derpiş edilmiştir. Bir kısım Garp hukuk sistemlerinin, adliyece varılacak sureti hallin sulhe nisbetle düşük olduğunu, Çinli zihniyet mensuplarını tatmin edecek surette kabul ettiği vakidir: 9 Şubat 1949 tarihli yepyeni bir kanuna kadar Fransız usul hukuku ahvalin çoğunda taraflara, bir ihtilâf dolayısiyle takibe geçmezden evvel, sulh teşebbüsü için hâkim nezdinde toplaşmalarını emretmekteydi; bugünkü hukukumuzda bu mecburiyet bazı hallerde el'an devam etmektedir.

Fransız ihtilâli, insanın esasta iyi olduğunu kabul eden ve Çinli zihniyetin de temelini teşkil eyliyen rusocu (rousseauiste) mûtaya dayanarak, bütün hallerde ferilere, adalete müracaattan evvel, hukukçu olmıyan ve kendilerini uzlaştırabilecek olan hakemlere, hususî şahıslara başvurmalarını emrediyordu. Sulh hâkimi, nihayet, yeni bir devre kadar, Fransa'da, her şeyden evvel tarafları uzlaştırmakla vazifeli bir nasafet hâkimi olmuştu. Bugün hâlâ umumiyetle kabul edilmektedir ki, toplulukla iş ihtilâflarının halli, kanunun sıkı sıkıya tatbikinde ve bir "sözde adalet" te değil, belki daha çok tahkimde ve sulhte aranmalıdır.
Diğer memleketlerde de müşabih bir zihniyet revaç görmüş veya revaç görmekte bulunmuştur.

İhering'in düşüncesi hakikaten, Garp hukukçuları nezdinde umumî surette hükümran olmakta devam ediyor ve gerek kanunlarımızın, gerekse kazaî içtihatlarımızın temelini bu düşünce teşkil eyliyor. Bununla beraber tatbikat bu düşünceye pek de intibak göstermemiş gibidir. İş hukukunun, hukukçuları şaşırtan farklı prensiplere dayandığı söylenebilir. Hukukçular ananevi umdelerin yeni prensiplerle haleldar olduğunu görüyorlar ve ticaretin, kendi ihtilâflarını hususi kazaya hallettirmek suretiyle, ötedenberi, bu umdelerden kurtulmıya çalıştığını görmek istemiyorlar. Napolyon kanunlarının vâzıı ticaret hukukunu taknin edebileceğini ve onu hukukçuların anlayışlarına tevdi eyleyebileceğini zannetti, tacirler ise bâdemâ bu türlü anlayışa göre çalışacak olan ticaret mahkemelerini bir tarafa bırakacak surette hareket ettiler ve hakem yoluna

479

başvurdular. Halbuki tatbikatta sulhu tahkimden ayırmakta her memlekette ne türlü güçlüklerle karşılaşıldığı malûmdur. Ticaretin hakem yolu için gösterdiği teveccüh, Çinli hukuk anlayışının bize, hukukçularımızın kanaatlerine kapılarak farzettiğimizden daha az yabancı olduğuna delâlet etmez mi?

Aynı müşahede, Çinde rastlanan ve bize bazan tuhaf görünen, fakat ananemiz'n yahut hattâ bugünkü tatbikatımızın muadilini verdiği bazı görüş tarzları hakkında da mümkündür.

Çinli anlayışa göre bütün kanunların cezaî karaktere bürünmesi, eski Jermen hukuku nazara alındığı takdirde, bizi pek şaşırtmaz; bu hukukun geleneği yeni zamanlara kadar İsveç hukukunca kabul edilmişti: Bir akdin ademi ifası, nişanlılık vecibelerine ademi riayet, orada para cezalariyle tey'it olunmuştu. Eski Roma hukuku için de aynı müşahede de bulunulamaz mı?

Çinli ananenin vasıflarından olan "model" vasfı aynı suretle bizi şaşırtır. Fakat başka tarzda hareket edecek olursak ve meselâ, henüz kaza cihazımızla fiilen temin edilmiş olmadığı halde, kanunlarımızda, anayasalarımızda ve muayyen haklara ait beyannamelerde bazı hakların, hürriyetler'n ve ahlâkî vecibeler'n esaslarını ilân edişimizi nazara alırsak Çinli zihniyetle mutabakat halinde bulunmaz mıyız? Ayrıca, bugünkü ana kanunların, bilhassa hükümleri içtimaî muhitin halihazır şartlarına tamamen uymıyan bazı memleketlerde, bizzat mefhumları itibariyle ve içinde manzur oldukları ahval sebebiyle arzettikleri nisbeten nazarî karakteri de belirtmek lâzımdır.

Bütün bunlardan şu netice çıkar ki, Çinli zihniyet, bizim Garplı fikirlerimize ne kadar uzak olursa olsun, fiil'yatta, hukukçuların eserlerinde görüldüğünden şüphesiz daha yakındır; böyle olunca, daha iyi bir anlayış havası yaratmak için çalışarak, birini diğerine yaklaştırma ya gayret etmek boşuna sayılmaz. Burada da, diğer sahalarda olduğu gibi, hukukcular, teknik bakımdan hukuk dediğimiz şeyin ötesinde, hayatın ve içtimaî münasebetlerin iç yüzünü anlamak için peşin hükümlerinden ve kablî tasavvurlarından kendilerini kurtarırlarsa en iyi neticeler elde edilmiş olacaktır. Mukayese metoduna baş vurulduğu takdirde,

hukukcuların bu hususlaki vazifeleri geniş ölçüde kolaylaşmış olacak, bunun haricinde ise geleneğin kibri şuursuz ve maksatsız bir itiyat haline gelecek ve adalet fikri bütün ihtişamiyle parlamıyacaktır (4).

(4) Türk cemiyet hayatında, şahit olarak dahi adalete hiç yolları düşmemiş şahısların bu hali, bir tefahür meselesi yapmaları, ihtilâflarını sulh yolu ile halledemedikleri ahvalde dahi, hâkime baş vurmaktansa, hasmiyle hesapsaplaşmayı şaşılacak kadar tam bir tevekkülle ve soğukkanlılıkla çok kere âhiret gününe tâlik etmeleri, hasmı yüce Allaha havale eylemeleri, yukarki etüdde karşılaştırılan fikirler münasebetiyle kendi zaviyemizden teemmüle değer. Buna mukabil, yine cemiyetimizde günden güne artan, nüfusumuzun yirmide birini, hattâ daha fazlasını, dâvacı veya dâvalı olarak adliye ve idare mahkemelerine sürükliyen. bu suretle de hukukçunun adaletine karşı memleketimizde mevcut çekingenliği izaleye müncer olma istidadını gösteren nizalar ve dâvalar burada sükûtla geçiştirilemez. Bu dâvalardan mahkemelerce haklı veya sabit görülmiyerek reddedilenler ve red kararıyle iktifa olunmıyarak tekmil kanun yollarına tevessül edildiği. hattâ tezvir ve şikâyet yolları arandığı halde dâvacısı lehine netice vermiyenler ayrıca dikkate ve belki de teessüfe değer. İcra muamelâtı bakımından takibin tatbikatımızda arzettiği amansız ve kötü niyetli misallerine gelince, bunların ne an'anemizde, ne de mevzuatımızda yeri vardır. Nihayet, bütün bu takipleri bilvekâle deruhte edenlerin meslegi, bugünkü neslin hatırlıyabileceği kadar yakın bir mazide, umumî efkârın sevimsiz bulduğu, güvensizlikle baktığı ve hele evlâtları için hiç temenni edemediği bir faaliyet sahası teşkil etmekteydi. Avukatlar. müvekkillerini hasımlariyle uzlaştırmaya, onların zıt menfaatlerini meşru yollardan telife çalıştıkları nisbelle yahut. bu mümkün olmuyorsa, hâkim önünde hak ve hakikatin tecellisi için hâlisane kestirme yollardan gittikleri nisbette atalarının bu övünülecek telâkkilerine mensup, onları ebediyete doğru temsile lâyık ve dolayısiyle mezkûr Çinli zihniyete de yakın olmuş olacaklardır (mütercimin notu).

TÜRK HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK İSVİÇRE CEZA HUKUKUNDA TEŞEBBÜS

Yazan : Dr. Turhan Tûfan YÜCE

I. Suça hazırlık ve teşebbüs
1. Hazırlık
2. Teşebbüs

II. Teşebbüsün şartları
1. Kast
2. İcraya başlama
3. İcra hareketlerinin bitmemesi veya neticenin hâsıl olmaması

III. Teşebbüsün çeşitleri
1. Yarım kalmış teşebbüs
2. Tam teşebbüs

IV. Teşebbüsten vazgeçme ve pişmanlık

I.— Suça hazırlık ve teşebbüs

1 — Hazırlık. Ceza hukukunda, sadece netice mesuliyetinin tanındığı zamanlarda suça teşebbüs cezalandırılmazdı. Teşebbüsün cezalandırılması hukuk gelişiminin nisbeten ileri bir safhasını ifade eder (1). Bugün ceza hukukunda, sadece bir netice değil, bir tehlike husule getiren fiiller de cezalandırılır. Hattâ bugünkü modern ceza hukukunda sübjektif telâkkiler öylesine hâkim olmuştur ki, bazan fiil, bir tehlike meydana getirmemiş olsa bile sırf failin suçlu iradesini ifade etmesi itibarı ile cezaya müstahak görülmektedir.

Ceza hukuku failin kafasında doğan suç işleme fikrinin doğuş anından suçun bitmesi anına kadar süren "suçun oluşu hadisesi" ne belli bir safhada müdahale etmeli, belli bir yerde "oluş" u ceza tehdidi altına koymalıdır. İşte bu yer, teşebbüsün başladığı noktadır. Suç hazırlık safhasından geçtikten sonra teşebbüse ulaşır. "Henüz kanunî suç tipinin bir kısmını gerçekleştirmeyen, bilâkis zaruri icra fiilini mümkün kılmağa ve kolaylaştırmağa yarayan fiil hazırlık fiilidir."(2). Hazırlık, suç işleme gayesine yönelmiş bir faaliyet olsa bile, bir çok hukuklarda olduğu gibi

(1) Von Hippel, Deutsches Strafrecdt, Berlin 1930, Cilt: II, s. 392.

(2) Rossi, Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen im schweizerischen Strafrecht. Doktora tezi. Zürich 1942, s. 11 ve son.

482

İsviçre hukukunda da cezalandırılmaz (3). Hazırlık hareketlerini cezalandırmak mahzurlu olurdu. Hazırlık hareketleri cezalandırılsa idi. suç işlemeğe hazırlanan, meselâ tabanca satın alan veya eve gece hangi pencereden girebileceğini yoklayan kimse adeta suç işlemeğe zorlanmış olurdu. Çünkü nasıl olsa hazırlık dediğimiz hareket de cezalandırılacak diye fâil suçtan hâsıl olacak faydayı veya tatmini de gözönüne alarak, suçu işleyecektir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasını gerektiren bir sebep de bu safhada maksadın henüz belli olmamasıdır."Bir tabanca satın alıyorsam bunu, bir insan öldürmek için değil, bir kedi öldürmek için de satın almış olabilirim. "(4). Bir suç işleme için fırsat kollama, suç vasıtalarının tedariki suç yerine seyahat v.s. hazırlık hareketleridir. İsviçre Federal mahkemesi, bir kararında. banknotların fotoğrafını alan, bundan kılişe imal eden ve sahtelerini yapmak için gerekli vasıtaları tedarik eden kimsenin fiilini hazırlık fiili saymıştır (5). Hâdisenin daha ilerlemiş bir şeklini, üzerine para şekillerinin işleneceği bakır levhaları imal etmeği ve hâk işine başlamağı Zürih Kassation mahkemesi 16/10/1911 tarihli bir kararıile hazırlık değil, kalpazanlığa teşebbüs saymıştı (6).

Türk hukuku da İsviçre hukuku gibi hazırlık hareketlerini cezalandırmaz (7).

İsviçre hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi, bir suçun mukaddem safhasını teşkil ettiği takdirde hazırlık hareketi sayılabilecek olan bir hareketi kanun koyucunun mustakil bir suç saydığı müstesna haller vardır. İsviçre hukukunda hazırlık, daha hazırlık olarak umumî selâmet için mühim bir tehlike ifade eder ve cürmî maksadı açıkça ortaya koyarsa, meselâ devletin güvenliğine karşı suç işleme maksadı ile cemiyet

(3) Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, Bern 1946, 2. bası, s. 203.

(4) F. Clerc. Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Allg. Teli, Steck tarafından Almanca tercümesi, Basel 1943, s. 52. Burada bu konuda Danimarka ceza hukukunun bir hususiyetinden bahsedelim : Danimarka hukukunda teşebbüs mefhumu bir çok ceza hukuku sistemlerine nazaran çok geniştir. Bu hukukta teşebbüsün bulunup bulunmadığı sübjektif hususlarla taayyün eder. İcranın başalngıcı ile ilgisi olmıyan hazırlık hareketleri de cezalandırılır. 1866 tarihli Danimarka Ceza Kanunundan 1930 tarihli Ceza Kanununa alınan bu tanzim tarzı bir çok Danimarkalı cezacıların (ezcümle Olrik) tenkitlerine hedef olmaktadır. Fakat bu hal tarzı hâlen mer'idir. Bk. F. Marcus, Das Strafrecht Daenemarks, Das auslaendischt dre Gegenwart, yayınlayanlar: Mezger - Schönke - Jescheck, Berlin 1955, s. 96 - 97.

(6) Blaetter für zürcherische Rechtsprechung, XI. cilt, Zürich 1912, s. 243 - 244.

(5) Hafter. s. g. e.. s. 203, dip not: 5.

teşkili (İsviçre C.K.m.275), veya patlayıcı maddeleri saklamak (m.226), veya paraları tahrif için alet yapmak (m.247) mustakil suç olarak cezalandırılır.

Türk hukukunda da bazı hazırlık hareketleri, meselâ memnu silâh taşıma (Türk C.K. m.264, 10/7/1953 tarihli Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar hak. Kanun m. 5) mustakil suç olarak cezalandırılır.

2.— Teşebbüs. Fail hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra suçu işlemeğe (icraya) başlar. Bu noktada teşebbüs doğmuştur. Demek ki teşebbüs icra ile başlar. Fakat bir hareketin icra hareketi olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır yahut "icra" yı meydana getiren hareket hangi harekettir? İsviçre Ceza Kanunu da m.21 de"icraya başlama" dan bahsediyor. Madde şöyledir:

"Fâil, bir cürüm veya cünhanın icrasına başladıktan sonra cezayı müstelzim faaliyeti sonuna kadar götürmezse daha hafif cezalandırılabilir."

Görülüyor ki İsviçre kanununda icraya başlama noktasını esas almaktadır (8) Prof. Clerc'e göre, icraya başlama, "fiilin objektif unsurlarından birini ifade veya doğrudan doğruya suçun tamamlanmasını istihdaf eden bir fiildir. "(9). İcraya başlamada objektif bir şart bahis konusudur (10).

İsviçre Ceza Kanunu, mahkeme içtihatları ve müellifleri umumiyetle sübjektif teoriye mütemayildir. Bu itibarla Prof. Hafter ve bilhassa Prof. Germann "icraya başlama" hükmünün haricî vakalara göre değil, sübjektif kritere, fâilin beliren cürmî iradesine göre tâyini gerektiğini ileri sürerler (11). İcraya esas olan şudur: fâilin cürmî kararını gerçekleştirmek için eseaslı adımı atmış mıdır? İcraya başlanan fiil fâil için esaslı adımı ifade eder mi? (12). Bu konuda İsviçre Federal mahkemesinin 19/10/1945 tarihli bir kararıda Prof. Germann'a atıf yapmakta, sübjektif görüşü benimsemektedir. Bu karara göre:

(7) T. Taner. Ceza Hukuku, İstanbul 1953, 3. bası, s. 264; F. Erem, Türk Ceza Hukuku, Ankara 1950, s. 389.

(8) İcraya başlama (Der Beginn der Ausführung, Commencement d'exécution) mefhumu 1810 tarihli Code Napoléon'un 2. maddesinden gelmektedir.

(9) Clerc, s. g. e., s. 53.

(10) Hafter, s. g. e., s. 207.

(11) Hafter, s. 207.

(12) Germann. Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 - 1943, s. 72 ve Hafter, s. 207.

484

"Fâilin plânına göre, neticeye ulaşmak yolunda son ve esaslı adımı ifade eden ve kaide olarak geri alınamıyan her faaliyet icraî faaliyettir. (13).

Türk Ceza K. m. 61 de, teşebbüsün varlığı için, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi kasdedilen bir suçun icrasına başlanılmış olmasını şart koştuğuna göre. Türk hukukunda da «icraya başlama» veya «icra hareketi» mefhumlarını tâyin zarureti vardır. Türk doktrininde serdedilen fikirler İsviçreli müelliflerin fikirlerine çok benzemektedir. İsviçreli Prof. Clerc, «icraya başlama»nın «suçun objketif unsurlarından birini ifade veya doğrudan doğruya fiilin tamamlanmasına mâtuf bir hareket» olduğunu söylüyor (14). Prof. Taner'in izahına göre» «bir suçun hukukî tarifine nazaran maddî unsurunu teşkil eden bir hareketi yapmak icra hareketidir. Bilfarz bir kimse hırsızlık kasdı ile başkasının taşınabilir bir malı üzerine elini koymuş olsa icraî hareketi işlemiş olur» (15). Fakat Bâzı hallerde durum karanlıktır. Fiil suçun maddî unsurunu teşkil etmediği bâzı hallerde çok tehlikeli olabilir ve icraî sayılmak gerektir. Prof. Hafter, meselenin zorluğunu göstermek için soruyor: Meselâ adam öldürmede bıçağın çekilmesi, zehrin içkiye karıştırılması icra fiilleri midir? (16). Hafter ve diğer İsviçreli müellifler sübjektif teoriyi benimsiyor ve durumu fâilin iradesine göre yorumluyor. Prof. Taner de sübjektif teoriyi tutar görünüyor. Taner diyor ki: «Fâilin cürmî kasdından şüphe edilmiyecek derecede fiile yaklaşmış olduğunu anlatan hareketler icraî sayılmalıdır. Bu hallerde her ne kadar fail suçun maddî unsurunu teşkil eden hareketi henüz işlememiş ise de o kadar ileri gitmiştir ki yaptıklarını hazırlık hareketi saymağa imkân yoktur; fâil adeta arkasındaki köprüleri yıkmış bulunmakta, yaptığı hareketler doğrudan doğruya suçun icrasına teveccüh etmektedir.» (17). Bu ifade ile yukarda kaydettiğimiz 19/10/1945 tarihli İsviçre Federal mahkemesi kararı arasındaki benzerlik, bu noktada Türk ve İsviçre hukuklarının birbirine yakınlığını açıkca gösteriyor. Kararda şöyle deniyordu: «Fâilin, neticeye ulaşmak yolunda son ve esaslı adımı ifade eden ve kaide olarak geri alınmayan faaliyeti icraî faaliyettir.» Prof. Erem şu ölçüyü koymaktadır: «icra hareketleri tamamlandıkları zaman suç husule getirmeleri mümkün olan hareketlerdir, halbuki hazırlık hareketleri ne kadar devam ve tek-

(13) Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, aus dem Jahre 1945, amtliche Sammlung, cilt. 71, Kısım: IV, s. 211.
(14) Clerc, s. g. e., s. 53.
(15) Taner, s. g. e., s. 269.
(16) Hafter, s. g. e., s. 206.
(17) Taner, s. g. e., s. 269.

485

errür ederse etsin böyle bir netice husule getirmezler.» (18). Bu objektif bir ölçüdür ve kanaatimizce kullanışsızdır. Meselâ öldürülmek istenen kimsenin içkisine zehir karıştırmak icra hareketi midir, yoksa hazırlık hareketi midir? İçkiye zehir karıştırılmakla hareket tamamlanmıştır, fakat henüz adam öldürme suçu husule gelmemiştir ve içkiye ne kadar zehir karıştırılırsa karıştırılsın yani ne kadar hareket tekrar edilirse edilsin, suçun, bu hareketin tamamlanması ile meydana gelmesi asla mümkün değildir. O halde, Prof. Erem'in ölçüsüne göre bu hareketi hazırlık hareketi saymak lazımdır. Böyle bir görüş hazırlık hareketnin çerçevesini çok daraltır, tehlikeil cürmî kasdı açıkca belli olan suçlunun beraatine sebep olur. Kanaatimizce, sadece muayyen hareketlerin tamamlanıp tamamlanmadığına bakmak yerine, fâilin muhtelif hareketlerde ve durumlarda ifadesini bulan cürmî iradesini göz önüne almak ve sübjektif teoriye dayanmak daha doğru olur (19).

Alman doktrininde objektif teori hâkimdir, denebilir. Fakat sübjektif teoriyi tutan müellifler ve içtihatlar gittikçe çoğalmaktadır. Prof. Schönke bu müellifler arasındadır. Schönke'ye göre. «Cürmî irade fâilin umumî planına göre, ilgili kanunî suç tipinin koruduğu objeyi tehlikeye koyacak bir fiilde tezahür ediyorsa icra fiilî mevcuttur.» (20).

Fransız ceza hukukunda da «icraya başlama» mefhumunun sübjektif kıstaslara göre tefsiri temayülü gittikçe daha çok yayılmakta, sübjektif teori hâkim olmaktadır. (21).

II. Teşebbüsün şartları :

İsviçre ceza hukukunda teşebbüsün varlığını kabul için üç şartın gerçekleşmesi gerektir. Kast, icraya başlama, icra hareketlerinin fâilin elinde olmayan sebeplerle bitmemesi ve bitse bile neticenin hasıl olmaması.

1. KAST : Bu kast umumî mânadaki kasttır. Ve kast İsviçre C.K. m. 18'e göre «fiili bilerek ve isteyerek işlemektir.» Failin cürmî bir irade

(18) Erem, s. g. e., s. 390.

(19) Objektif - sübjektif teori münakaşaları için bk: Sulhi Dönmezer, Teşebbüste hazırlık ve icra hareketlerinin tefriki, İst. Hukuk Fakültesi Mec. 1943, c. VIII, s. 43 ve son.

(20) Schönke - Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 7. bası, München - Berlin, § 43, s. 156.

(21) Jacques Léauté, Die moderne Entwicklung des französischen Strafrechts, Freiburg - Breisgau Üniversitesinde 14/2/1957 de verilen konferansın Freiburg Hukuk Fakültesi Milletlerarası Ceza Hukuku Enstitüsü tarafından teksir edilen metni, s. 7.

taşıdığı tesbit edilmelidir. Bir teşebbüs fiilinin şartı belli bir neticeyi istemek ve tasavvur etmektir. «Kast teorisisi burada bütün şumulü ile kullanılmalıdır.» (22).

Bu şart, Türk hukukunda da teşebbüsün cezalandırılması için gerekli şartlardandır. (23). Kast bulunmayan fiillere teşebbüs bahis konusu olamaz. Türk müelliflerinden ilk önce Hamdi Öner. sonra Prof. Erem (24) Ceza K. m. 61 ve 62 deki «kast» tâbirinin umumî mânada kast değil, bundan başka bir şey, bir «suç işleme kararı» olduğunu ileri sürmektedirler. 1889 tarihli Mehaz İtalya Ceza Kanunu mukabil maddesinde «a» fine die ommettere un delitto» ibaresini kullanıyor ki bu bir cürüm işleme gayesiyle» diye tercüme edilebilir (25).

İster gaye, ister kast, isterse başka bir tâbirle ifade edilmiş olsun, burada anlatılmak istenen şey, kanaatimizce, umumî mânada kastten başka bir şey değildir. Prof. Erem'e göre, suç kararı, suç işleme hususunda tamamiyle teşekkül etmiş irade, kast ise hareket ile hem zaman olan iradedir (26). Bu görüşe katılmıyoruz. Çünki, Kast suç işleme hususunda teşekkül etmiş iradedir; Temyiz ceza umumî heyetinin 24/4/1944 tarihli bir kararında (27) denildiği gibi, «kast suç işlemek iradesinden ibarettir:» Bu iradenin hareketle hemzaman olup olmadığını aramağa kanaatimizce lüzum yoktur.

Alman Ceza K. nun 43. § ve paragrafın müellifler tarafından anlaşılışı meselemiz bakımından ilgi çekicidir, 43 § şöyledir:

«Bir cürüm veya cünha işlemek karar (Enstchluss)ını, bu cürüm veya cünhanın icrasına başlangıcı ihtiva eden fiillerle tatbike koyan kimse kastettiği suçu tamamlamamışsa teşebbüs dolayısı ile cezalandırılır.»

Görülüyor ki madde «kast» sözü değil. Prof. Erem'in kullandığı cürüm işlemek kararı»sözü vardır. Fakat Alman müellifleri bu «cürüm işlemek kararı» nın kast'tanbaşka bir şey olmadığını soylemekte birliktirler. Prof. Mezger bu «karar»ın fâilin ruhunda sübjektif bir

(22) Hafter, s. g. e., s. 201.

(23) Taner, s. 267.

(24) H. Öner, Kalkışmada kasdı belirten hareketlre, Adalet Dergisi, 1945, sayı: 5, s. 467; Erem, s. 367.

(25) Taner, s. 267, dip not: 1.

(26) Erem, s. 368.

(27) C. Köseoğlu, Hâşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. bası, İstanbul 1955, madde: 45. s. 65.

487

hâdise olduğunu, kasttan başka bir şey olmadığını söylüyor (28). Prof. Maurach, kanunun «karar» sözü ile umumî manasında kasttan başka bir şey düşünmediği fikrindedir (29). Prof. Kohlrausch. 43. § ın altına yazdığı notta aynen diyor ki: «Burada karar ve gaye kasttan başka bir şey değildir.» (30).

2. İCRAYA BAŞLAMA : Teşebbüsün ikinci şartı olan icraya başlama mefhumunu, yukarda, teşebbüsü hazırlık hareketlerinden ayırmağa çalışırken açıkladık.

3. İcra hareketlerinin bitmemesi yahut bitmiş ise de neticenin hâsıl olmaması ve bunun fâilin iradesinden mustakil sebeplerden ileri gelmiş olması, İsviçre Ceza K. teşebbüse taalûk eden 21. ve 22. maddelerinde bu şarttan açıkça bahsetmiyor. Madde 21, iki fıkradan ibarettir ve şöyledir .

Bir cürüm veya cünhanın icrasına başladıktan sonra fâil cezayı müstelzim faaliyetini sonuna kadar götürmezse daha hafif cezalandırılabilir.»

Fail, cezayı müstelzim faaliyeti sonuna kadar götürmekten vazgeçerse hâkim fâili cezalandırmayabilir.»

Maddenin 2. fıkrasının delâleti ile anlaşılıyor ki kanun burada yalnız failin iradesinden mustakil olan sebepleri düşünmüştür (31).

Bu üç şart Türk hukukunda da vardır. Ayrıca Türk hukukunda (Türk C.K. m. 61, 62) suç işleme vasıtalarının elverişliliği şartı vardır. İsviçre Ceza K. vasıtaların elverişliliği mefhumundan 23. maddesinde bahsediyor ki bu madde, Almancadaki tâbirle elverişsiz teşebbüs (untauglicher Versuch)e, Fransızcadaki tâbirle işlenemez suç délit imposible, imkânsız suç) taallûk etmektedir. Bu konuyu ayrı bir yazımızda inceleyeceğiz.

III. Teşebbüsün çeşitleri :

1. Yarım Kalmış (nâkıs) teşebbüs. İsviçre Ceza K.m. 21 de önce yarım kalmış teşebbüsten bahsediyor. Maddenin kenar başlığı tamamlanmamış teşebbüs(unvollendeter Vesuch.) tür. Bu halde fâil fi-

(28) Mezger, Strafrecht, 5. bası, München - Berlin 1954, s. 193.

(29) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Karlsruhe 1954, s. 429.

(30) Kohlrausch - Lange, Strafgesetzbuch, 41. bası, Berlin 1956, madde: 43, s. 138.

(31) Thormann - Von Overbeck, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Allg. Teil, 1. cilt, Zürich 1940, Madde: 21, s. 113.

ili işlemeğe başlıyor fakat elinde olmayan sebeblerin araya girmesi ile fiilin işlenmesini, yahut osmanlıca tâbiri ile fiilin icrasını bitiremiyor. Yarım kalmış teşebbüste,hâkim cezayı azaltabilir; fakat buna mecbur değildir. Hâkim bilhassa cezayı müstahak hallerde suçun kanunda yazılı tam cezasını verebilir (32).

1937 tarihli bu günkü İsviçre Ceza Kanununa kadar İsviçrede yürürlükte olan hukuklar yarım kalmış veya tamamlanmamış teşebbüsü, tammamlanmış fiilden daha hafif cezalandırılıyordu. Bu gün de, behemehal daha hafif cezalandırma mecburiyeti olmamakla baraber, pratikte ekseriya teşebbüsü yarım kalan fâil daha hafif cezalandırılır (33). İsviçre Ceza Kanununun sübjektif teorilere çok meyilli olduğunu bir kaç vesile ile söyledik. Bu temayül burada da kendini gösteriyor.

Türk Ceza Kanunu; failin cürmî iradesinden ziyade objektif hâdiseye önem vermiş ve yarım kalmış teşebbüste (Kanun tâbiri ile nâkıs teşebbüste) cezayı indirmeği mecburi tutmuştur (m. 61, 62).

2. Tam teşebbüs. İsviçre C. K. m. 22 ye göre, fâil cezayı müstelzim faaliyeti bitirdiği halde netice hâsıl olmazsa daha hafif cezalandırılabilir Bu tam teşebbüs hâlidir. Tam teşebbüs halinde fâil yapacağını, yapmış bütün icra hareketlerini bitirmiş, fakat netice hâsıl olmamıştır. Bu halde artık teşebbüsten vazgeçme bahis konusu olamaz. Katil silâhı kurbanına doğru boşaltıyor fakat iyi nişan alamadığı için vuramıyor. İsviçre askerî mahkemesi (das Militaerkassationsgericht) 17/7/1940 harihli yayınlanmamış bir kararında, yarım kalmış teşebbüsle tam teşebbüs arasındaki farkı şöyle izah ediyor: Fâil, fiilin icrasına başladığı halde vazgeçme imkânı henüz varsa burada yarım kalmış teşebbüs vardır. Buna karşılık tam teşebbüste fail fiilin tamam olması için yapacağını yapmış fakat netice hâsıl olmamıştır (34).

İsviçre Ceza Kanununun sübjektif teoriyi benimsemesi dolayısı ile tam teşebbüs halinde de hâkimi cezayı indirmeğe mecbur tutmamıştır. Zaten yarım kalmış teşebbüs halinde hâkim cezayı indirmeğe mecbur tutulamayınca tam teşebbüs haydi haydi böyle olmalıdır. Yarım kalmış teşebbüste olduğu gibi, burada da faile suçun tam cezasını verebilir.

Fâilin suçlu iradesinden ziyade ortada zararlı bir neticenin veya tehlikenin mevcut olup olmadığına bakan objektif teoriye bağlı Türk

(32) Thormann - Von Overbeck, s. g. e., madde: 21, s. 113.
(33) Hafter, s. 208.
(34) Clerc, s. g. e., s. 56.

Ceza K. (m. 62) tam teşebbüs halinde de cezanın indirilmesini mecburi tutmuştur.

IV.Teşebbüsten vazgeçme ve pişmanlık.

I. Vazgeçme (Rücktritt, Désistement). Vazgeçmenin şartı, failin faaliyetini kendi isteği ile, kendi irade ve ihtiyarı ile (aus eigenem Antrieb) sonuna kadar götürmemiş, bitirmemiş olmasıdır. Fâil, icra hareketlerini tamamlamadan kendi isteği ile teşebbüsten vazgeçerse cezalandırılmıyabilir. (İsviçre C. K. m. 21, f. 2) Bu suretle suç işlemek isteyene "Geri dönmesi için altın bir yol açık tutulmuş oluyor ."(35). Vazgeçme, yalnız, yarım kalmış teşebbüste bahis konusu olabilir. Fâili vazgeçmeğe götüren saikler çeşitli olabilir; meselâ suçlu olmaktan utanma duygusu gibi saygı değer bir duygu veya yakalanma korkusu gibi oportünist bir saik olabilir (36). Fâili vazgeçmeğe sevkeden saik ekseriya tam tesbit edilemez. Onun için hâkim, sadece, sanığın kendiliğinden vazgeçmiş olduğu kanaati ile iktifa etmelidir (37) Hâkim vazgeçme halinde fâili cezalandırmıyabilir. Kanunun ifadesi budur. Pof. SchWander, kanunun açıkça zikretmemesine rağmen, hâkimin, teşebbüsünden vazgeçen fâili daha hafif olmak üzere cezalandırabileceğini beyan ediyor (38) ki bu, kanaatimizce doğru bir düşüncedir; çünki kanunun ifadesinin muhalif mefhumundan çıkan budur. Pof . SchWander'e göre faili teşebbüsten vazgeçmeğe sevkeden saikin ahlâkî değeri ceza takdirinde nazara alınmalıdır (39).

Türk hukukunun tanzim tarzına gelince; bu hususta Türk C. K. m. 61' in son fıkrası diyor ki:

"Müteşebbis cürmün ef'ali icraiyesinden ihtiyarı ile vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır."

Buradan anlaşılıyor ki fail teşebbüsten kendi ihtiyarı ile vazgeçmiş se cezalandırılmaz (40). Ancak vazgeçilen teşebbüs başlı başına bir suç teşkil ediyorsa o suçun kanunda yazılı cezası ile cezalandırılır. Halbuki İsviçre hukukuna göre, izah ettiğimiz gibi, teşebbüsten vazgeçen fail

(35) V. Schvander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1952, s. 100
(36) Clerc, s. 55.
(37) Hafter, s. 203.
(38) Schwander, s. 100.
(39) Schwander, s. 100.
(40) Krş: Taner, s. 272.

cezalandırılabilir de. Burada da objektif ve sübjektif teori farklı neticelere ulaşıyur. Türk hukukunda da vazgeçme, ihtiyarî, yani serbest bir irade mahsulü olmak lâzımdır (41). Vazgeçmenin saiki ehemmiyetli değildir (42). Yeter ki vazgeçme ihtiyarî bir vazgeçme olsun.

2. Pişmanlık(taetige Reue). İsviçre Ceza K. m. 22, f. 2 de diyor ki: "Fail, kendiliğinden, neticenin husule gelmemesine çalışılmış veya neticenin husule gelmesini önlemiş ise hâkim, takdirine göre cezayı azaltabilir."

Pişmanlık duygusu, çeşitli zamanlarda çeşitli hukukî neticeler meydana getirir (43):

a) Pişmanlık fiilin işlenmesi sırasında vazgeçme'ye vücut verir. Vazgeçme İsviçre hukukunda bir cezayı kaldırıcı sebep olabilir. Bizde vazgeçme cezayı kaldırır.

b) Fiilen işlenmesi bittiketen sonra pişmanlık ancak bir tahfif sebebi olabilir. Meselâ karısını öldürmek isteyen adam, karının içkisine zehir karıştırıyor, fakat hemen pişmanlık duyuyor. Zehir daha tesirini göstermeden karısını derhal tedavi ettiriyor. İsviçre ceza kanunu pişmanlık halinde hâkimi cezayı azaltmağa mecbur tutmamıştır. Hâkim, faili pişmanlığa sevkeden sebepleri cezanın takdirinde nazara almalıdır (43). Teşebbüsten vazgeçme hakkında izah edilen esaslar burada da câridir (44). Pişmanlık kendiliğinden olmalı, samimi olmalıdır. Buradaki pişmantık netice hâsıl olmadan önce failin duyduğu ve faili neticeyi önlemeğe sevkeden pişmanlıktır, yoksa netice hâsıl olduktan sonra duyulan pişmanlık hukuken önemli değildir.

Bir çok hukuklarda düzenlenen pişmanlık (yabancı dillerdeki tâbiri ile faal pişmanlık, Alman ve İsviçre hukukunda taetige Reue) Türk Ceza Kanununda açık bir hükümle ifade edilmemiştir. Yaraladığı bir kimseyi, derhal tıbbî müdahale sağlıyarak ölümden kurtaran, kasden yangın çıkardıktan sonra yangını söndüren v. s. kimselerin durumu tereddütleri mucib olmaktadır, bu tereddütlerin sarih bir hükümle halledilmesi gerektir (45). Prof. Taner bu hususta hâkime, hâdiseye göre cezayı azaltmak veya hiç ceza vermemek hususunda geniş takdir yetkisi verilmesi gerektiği düşüncesindedir (46).

---

(41) Krş: Erem, s. 405.
(42) Taner, s. 273; Erme, s. 405.
(43) Hafter, s. 211.
(44) Haftre, s. 211; Schwander, s. 101
(45) Erem, s. 409.
(46) Tamer, s. 275.

TESCİL DÂVALARINDA VERGİ KAYDI

YAZAN : Sıtkı TUNCER
Beypazarı Hukuk Hâkimi

Medenî kanunumuzun 639 uncu maddesi, iktisabî mürurzamana müstenit tescil dâvalarında vergi kaydını, aramamaktadır. 6333 sayılı kanun la yapılan tadilâta rağmen vergi kaydı mezkûr maddede bir tescil şartı olarak derbiş edilmemiştir. 6335 sayılı kanun vergi kaydını tescilin bir unsuru olarak mütalâa eylemektedir. Mezkûr kanun 5602 sayılı tapulama kanununun 13/D fıkrasını tâdil eden maddeden sonra aynı kanuna bir ek madde ilâve eylemektedir. Buna göre:(Tapuda kayıtlı olmayan ve yüzölçümü 20 dönümden fazla olan gayrimenkullerin gerek 5519 sayılı kanuna ve gerek fevkalâde iktisabı zaman aşımına dayanılarak umumî hükümlere göre tescili dâvalarında zilyedliğin on yıl ve daha önceki vergi kayıtları ile de sabit olması lâzımdır.

Kesin hükme bağlanmamış olan tescil dâvalarıyla bu kanunun meriyete girdiği tarihten önce tescil talebi hakkı doğmuş kimseler tarafından açılacak dâvalarda da aynı hüküm tatbik olunur.)

Görülüyor ki kanunun sarih emrine nazaran 20 dönümden fazla vüsatteki gayrımenkullerin tescilini dâva edebilmek için en az on yıllık vergi kaydı ibraz etmek icap eylemektedir.

5602 sayılı kanunun tatbik edildiği yerlerde, tapulama işlerinin mahiyeti icabı böyle bir lüzum müdafaa ve ispat edilebilir. Fakat umumî hükümlere göre açılan tescil dâvalarında vergi kaydını mülkiyeti teyit ve tevsik eyleyen belgeler cümlesinden addeylemek kanaatımızca hatalıdır.

Maamafih biz bu yazımızda, vergi kaydının tescil için şart telâkki edilmesinin lüzumsuzluğunu münakaşa edecek değiliz. Esas maksadımız Temyiz mahkemesi 7 ci hukuk dairesinin âdeta müstakar hale gelen bir içtihadını tenkid eylemektir. Yüksek daire mübrez vergi kaydının hudutlarından birisi mer'a, tepe ...gibi gayrı muayyen hadlere dayanmakta ise bu takdirde kayıtta yazılı dönüm miktarından fazlasına hükmolunamıyacağını, ancak sabit hadlerden ölçülmek suretiyle vergi kaydında gösterilen miktarın tâyini lâzım geldiğini, tesbit edilecek miktardan fazlasına ait dâvanın reddi icap eylediğini içtihat eylemektedir. (7HD. 7-12-1956. 12952-12627). Halbuki metnini yukarıya aynen yazdığımız 6335 sayılı kanunda vergi kaydının ibrazı şart koşulmuş ise de hudut-

lardan birisi gayrı sabit olduğu takdirde vergi kaydının dönümüne itibar olunacağı yolunda her hangi bir hüküm ve delâlet yoktur. Yüksek dairenin mezkûr içtihadını, evvelce fennî mesahaya istinat etmeyen tapu kayıtları hakkında tatbik edilegelen Temyiz kararlarına kıyas ve istinad ettirdiği anlaşılmaktadır. Vergi kaydında yazılı dönüm miktarının işbu kayda nasıl düşürüldüğünü burada kısaca tetkik etmek zarureti vardır.

Türkiyede birisi 1289 digeri 1936 tarihinde olmak üzere iki umumî tahrir yapılmıştır. Birincisi daha ziyade musakkaf ve gayrı musakkaf emlâke ait olduğu hattâ emlâkin hudutlarını bile göstermediği için kıymeti mahduttur. Köylümüzün URGANCILAR dediği 1833 ve 2901 No. lı kanunlara istinaden 1936 yılında icra kılınan vergi tahriri tâdil ve ihdasları ile bugün için vergi kayıtlarının belkemiğini teşkil etmektedir.

İşbu kayıtların tahrir ve tanzim sırasında tatbikatın mihrakını teşkil eden birinci muaddel talimatnamenin 21. inci maddesi mezkur kayıtlardaki ölçü miktarının ne şekilde tesbit edildiğini sarahatla göstermektedir.

(Araziye kıymet konulmazdan evvel sathı mesahası tahmin ve tesbit edilir. Arazinin sathı mesahası, alâkadar mükelleflerden, komşularından, ihtiyar heyetlerinden alınacak malûmata, ve komisyonca, bilmüzakere hâsıl olacak kanaata göre TAHMİN edilir, sathı mesahanın tahmininde ihtilâf hâsıl olursa o takdirde arazi parçası basit bir şekilde yani adi şeritlerle ölçülerek mikdarı tayin edilir. Arazini tahririnde asıl gaye kıymetlerin ve hakikî mükellefin tâyini olduğuna göre ölçünün ancak ihtilâf zuhuru hallerine hasredilmesi ve sathî mesahasının mikdarı KABİLİ TAHMİN oldukça şeritle ölçülmek ve işi uzatmak cihetine gidilmemesi hassaten göz önünde tutulacaktır.)

2901 sayılı kanunun 5 inci maddesi de aynı mealdedir.

Şu hükümlere ve zihniyete göre, tahminen tesbit edilen vergi kayıtlarındaki mesahai sathiye rakamlarına yüksek dairenin bu kadar sıkı sıkıya sarılması kanaatımızca hatalıdır.

Mezkûr içtihad hatalı olmakla kalmamakta tatbikatta da bir takım huzursuzluklara ve haksızlıklara sebeb olmaktadır.

Bilfarz 18 dönümlük bir tarlanın tescilini dâva eden kimseler hiçbir vergi kaydı ibraz etmeden dâvalarını kazanabilmektedirler. Buna mukabil 25 dönümlük bir tarlanın tescilini dâva eden kimse, vergi kaydı 25 dönümden az bilfarz 6 dönüm olduğu, fakat vergi hudutlarından birisi gay-

rı sabit ve tevsia müsait bulunduğu takdirde tarlanın sadece 6 dönümüne temellük edebilmekte ve dâvası esasında sabit olduğu halde dâvayı neticeten kaybetmektedir. Halbuki aynı şahıs, aynı tarlanın sadece 15 dönümlük kısmını dâva ve irae eylemiş olsa idi vergi kaydını hiç ibraz etmeden 6 dönüm yerine 15 dönümlük kısmı tapulatacaktı.

Bu lüzumsuz tenakuzlar Temyiz 7 nci hukuk dairesinin mezkûr içtihadından neşet eylemekte ve itimat buyurulsun ki tatbikatta istisna teşkil etmeyen huzursuzluklara ve hattâ tertiplere sebebiyet vermektedir.

Bu içtihadın bir an evvel değiştirilmesi, ve 20 dönümden fazla gayrımenkullere ait tescil dâvalarında vergi kaydının ibrazı ile iktifa olunması temennisinde olduğumuzu, esasen kanunun ruhununda bundan ibaret bulunduğunu arzetmekle iktifa ediyoruz.

YENİ ESERLER

Yazan: Kâzım DERELİ

Sosyolojiye Giriş: Yazan: **Ord. Prof. Dr. Hans Freyer.** Tercüme eden: **Dr. Nermin Abadan.**

Ankara: 1957, Ajanstürk Matbaası; Sahife: 200, Fiatı: 5 Lira.

Münster Üniversitesi Hukuk ve Devlet İlimleri Fakültesi Sosyoloji Ord. Profesörü Dr.Hans Freyer'in Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde 1955-1956 ders yılında ve yaz sömestrisinde verdikleri Sosyoloji Dersi Notları Dr. Nermin Abadan tarafından dilimize çevrilmiş ve Fakülte neşriyatı arasında yayınlanmıştır.

Eser; Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'ın «Önsöz»; Prof. Dr. Yavuz Abadan'ın «Müellifi Takdim» ve Müellifin «Önsöz» yazılariyle başlamaktadır.

Eser; Sayın Müellifin «Önsöz» yazılarında işaret ettikleri üzere, Sosyoloji ilmine bir giriş vazifesi görmek ve bu sahada dersleri ve bâzı konferaslar takip etmiş olan talebelerin mevzu hakkında müstakil tetkikler yapabilmeleri maksadiyle hazırlanmıştır. Bu sebeple eserde sosyolojiye has bir sistem geliştirmek esas gaye olarak seçilmiştir. Bu ana gaye belli başlı üç istikamet takip etmekte olup, birincisi: yeni başlayanlara modern sosyolojinin nasıl çalıştığını, ne gibi metodlar kullandığını ve meselâ hukuk tarih, felsefe gibi ilim dallarından nasıl ayrıldığını ve kültür ilimleri sisteminde ne gibi bir yer işgal ettiğini göstermektedir. İkincisi: Çeşitli örnekler yardımı ile toplumsal olayların objektif ve ilmî bir şekilde nasıl incelendiğini ve bunlarla «kıymet hükümlerinden âzade» mefhumların ne şekilde teşkil edildiğini belirtmektedir. Üçüncüsü: Sosyolojinin birkaç önemli bahsini ihtiva ettikleri ana problemlerle halihazırda elde edilen neticelere göre tasvir etmektedir.

Yine «Önsöz» de belirtildiği üzere, Müellifin başlıca arzusu, her üç yoldan sosyolojiye has düşünce tarzını belirtmek ve toplumsal realiteyi tahrif edilmeden çok taraflı bir şekilde kavrayabilmeyi sağlamak üzere, bu ilmin muhtaç olduğu «sosyolojik görüşü» geliştirmektir. Bu arada uygun düşen, yerlerde, halen klâsik bir değer taşıyan eski sosyolojik teorilerin düşünce tarzlarına ve objektif neticelere işaret edilmiştir ki bu mânada eser aynı zamanda Emile Dürkheim, wilfredo, Pareto, MaX weber, Aguste

Comte, Herbert Spencer, Lorenz Von Stein wilhelm, Heinrich Richl, v.s. gibi düşünürlere ait fikirleri belirtmek bakımından sosyoloji tarihine bir giriş sayılır. Bununla beraber eserin asıl alâka sahası sosyoloji teorileri ve bunların tarihi gelişimi değil, toplumsal realite ve onun içinde yer alan aktüel problemler aynı zamanda hukukçuları, idarecileri, iktisatçıları, siyaset adamlarını pratik yönden ilgilendirmektedir.

Mevzu bu meslek adamlarına hususi bir görüş kazandırabilir ve hedefe en iyi bir şekilde bağımsız ve hür bir ilim olarak sıkı bir objektifliğe riayet ettiği nisbette erişir.

Eserin metin kısmı 6 bahise ayrılmıştır:

I inci bahiste: Sosyolojinin konusu ve metodu;
II nci bahiste: Sosyoloji tarihinin kısa bir özeti;
III üncü bahiste: Sosyal hayatın ana şekilleri;
IV üncü bahiste: Sosyal Hareketlilik;
V inci bahiste : Şehir ve Büyük Şehir;
VI ncı bahiste: Aile sosyolojisi hakkında mufassal bilgi verilmiştir.

Memleketimiz ilim âlemine kazandırdığı değerli eserinden; dolayı Sayın Müellifi ve bu kıymetli eseri tam bir vukufla dilimize çeviren Dr. Nermin Abadan'ı tebrik ederiz.

Eser, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden tedarik edilebilecektir.

★

Prof. Dr. Faruk Erem : Adam Öldürme ve Müessir Fiil. II nci Bası. Ankara : 1957, Güzel İstanbul Matbaası, Fiatı : 5 lira.

Ankara Üniversitesi Ceza Hukuku Profesörü Dr. Faruk Erem tarafından hazırlanan «Adam Öldürme ve Müessir Fiil» adlı eser; kanun ve yeni içtihatlardaki görüşlere istinaden bu kere ikinci defa neşrolunmuştur.

Eserin metin kısmı iki bölüme ayrılmıştır. I inci Bölümde : Adam öldürme, kasıdlı adam öldürme; meşru ve rızalı öldürmeler, illiyet bağı; adam öldürme suçunun maddî ve mânevî unsurları. Adam öldürme niyeti; adam öldürme kasdı ve bunun isbatı; şiddet sebepleri, akrabalık bağı, Memumurluk sıfatı, Zehir, Taammüd, Mağdurun birden ziyade olması, Canavarca his, İskence ve tâzip; Diğer suçlarla irtibat; Cezayı azaltıcı sebepler, Müşterek sebep, Haysiyet kurtarma saiki, Zina halinde yakalanma; **Neticenin kasdi aşması suretiyle adam öldürme;** Suçun maddî ve mânevî unsurları; Cezaya müessir sebepler; **İntihara iştirak;** Su-

çun maddî unsurları; İkna, Yardım, Suçun mânevî unsuru; **Taksirli Adam Öldürme; II nci Bölümde :** Müessir Fiil; **Umumî Müessir Fiil;** Kanunun tâyin ettiği neticeler, Cismen eza, Sıhhati ihlâl; Aklî; melekelerde teşevvüs, Neticenin devam müddeti, Maddî unsurun icrası, Suçun sübjektif icrası, Şiddet sebepleri; Neticeye göre şiddet sebepleri, Havasdan veya âzadan birinin devamlı zaafı; Havastan, el ve ayakdan birinin ziyaı, Söz söylemekte devamlı müşkilât, Söz söylemek kudretinin ziyaı, Çehrede sâbit iz; Çehrenin daimî değişikliği, aklî veya bedenî hastalık; İyileşmesi kaabil olmıyacak derecede akıl veya beden hastalığı, hayatî tehlike; vatinden evvel çocuğun doğması, Çocuğun düşmesi, Çocuk yapma kaabiliyetinin ziyaı, Âzadan birinin tatili; Vasıtaya göre şiddet sebepleri; Silâh (aşındırıcı ecza), Zehir, Yangın, Su baskını gibi vasıtalar, Saika göre şiddet sebebi, Mağdurun şahsına göre şiddet sebepleri, Tahfif sebepleri; **Neticesi kasdı aşan müessir fiil; Taksirli müessir fiil;** Adam öldürme müessir fiil hakkında müşterek hükümler; **Faili Bilinmiyen Adam Öldürme ve Müessir Fiil;** hakkında mufassal bilgi verilmiştir.

Tam bir vukufla tetkik olunan «Adam Öldürme ve Müessir Fiil» mevzuundaki Eser, nazariyat ve tatbikatta büyük istifade temin edecektir.

Sayın müellifi tebrik eder, kıymetli kitabın kendilerinden istenebileceğini hatırlatırız.

Prof. Dr. Şakir Berki-Burhan Gündoğan :
Fransızca-Türkçe Etudes De Droit No 2
Ankara, 1957, Fiatı : 1 Lira

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Profesör Dr. Şakir Berki tarafından Fransızca ve Türkçe olmak üzere iki kısım halinde hazırlanan «Etudes De Droit» ün 2 numaralı nüshası bu kere Müellifin ve Asistan Avukat Burhan Gündoğan'ın isimleriyle güzel tertip edilmiş bir kapak içinde temiz baskı ile yanlışsız olarak neşrolunmuştur.

Broşür Prof. Dr. Şakir Berki'nin : 1— Roma Hukuku İslâm Hukukuna Tesir Etmiş midir.; 2 — Modern Evlâd Edinmenin Mahzurları; 3 — Asistan Avukat Burhan Gündoğan'ın Munzam Müddetin Mahiyeti başlıklı etüdlerini ihtiva etmektedir.

Müellifleri bu mevzudaki devamlı ve faydalı çalışmalarından dolayı tebrik ederiz.

Broşür kendilerinden istenebilecektir.

★

497

Rıdvan Bülent ERCİYEŞ : Yirmi Senelik **Türk Hukuk Bibliyoğrafyası** İstanbul Fakülteler Matbaası : 1956, Sahife : 704, Fiatı : 20 Lira.

Adliye Vekâleti Kütüphanecisi Rıdvan Bülent Erciyeş tarafından hazırlanan «Yirmi Senelik Türk Hukuk Bibliyografyası» adlı külliyat; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Newyork Üniversitesi Âmme İdaresi ve Sosyal Hizmetler Yüksek Okulunun «Müşterek Yayınlar» ının beşincisi olarak neşrolunmuştur.

Külliyat; 1 Eylûl 1954 tarihinde Amerikan Haricî Faaliyetler İdaresi; NeWyork Üniversitesi Âmme İdaresi ve Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu ile Ankara Üniversitesi ve Türkiye Cumhuriyeti Maarif Vekâleti arasında imzalanan bir antlaşma neticesinde kurulan Hukukî Araştırmalar Enstitüsünce tetkik edilmiş ve yayınlanması faydalı görülmüştür.

Külliyat; son yirmi yıl içinde neşrolunan hukukî eser ve dergilerdeki yazıların ele alınması ile hazırlanmış; ayrıca hukuka yakınlığı dolayısiyle İktisat, Maliye ve diğer Sosyal İlimler alanındaki neşriyat ile Armağanlar, Yıllıklar ve sair Külliyatlardaki münderecat da ilâve edilmiştir.

Külliyatta, kitap ve makalelerin başlık metinlerinden veya mevzularından elde edilen mefhumlar Alfabetik tasnife tâbi tutulmuştur.

Külliyet; 10.800 zü geçen kitap ve yazıyı ihtiva etmekte olmasından pratik neticelerle birlikte tasnif edilen mefhumlar arasında bol atıflar da yapılmış olmasından sistematik tasnifin temin edebileceği kendine has faydaları verecek değerdedir.

Külliyet yalnız hukukî kitap ve makaleleri muhtevi olup Kanunlar ve İçtihatlar bulunmamaktadır.

Külliyata esas teşkil eden ve kısaltmalar listesinde gösterilen dergilerin metin kısmında rumuz, yıl ve numaraları yuvarlak parantez işaretleri arasına al[illegible]lerin yıl kaydından sonra rumen rakamlariyle cilt kayıtlarıda ilâve edilmiştir.

Külliyatın sonuna Müellif ve Mütercimlerin soy adlarını da alfebetik tasnife tâbi tutan mükemmel bir indeks konulmuştur. Adların hizalarındaki numaralar; yazılarının külliyat içinde aldığı sırayı belirtmektedir.

Uzun yıllardır Kütüpaneci olarak çalışan Müellif, külliyatı hazırlamada hakikaten büyük mesai sarfetmiştir. Kendisini Hukuk Kütüphanelerimize kazandırdığı bu büyük külliyatından dolayı hararetle tebrik ederiz.

498

Külliyat, Müellifinden ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden istenebilecektir.

★

Vergi Mecmuası .Cilt :IV, Sayı : 42,Fiatı : 150 Kr.

İstanbul -Cağaloğlu, Servilimescit sokak No. 24 adresinde her ay neşrolunan Vergi mecmuasının 1957 yılı Mayıs ayına ait nüshasında aşağıdaki yazılar bulunmaktadır.

Salâhaddin Dumlu : Vergi Usul Kanunumuzda kaçakcı ithamı ve haksız tarafları. Recep Turgay : Hususî Otomobil Vergisi; M. Kemal Özdemir : Sigortalı İşçi ve Analık sigortası mevzuatımız ;Sait Çelebi : Yeni Ticaret Kanunu; Gültekin Cemal Özkan : Millî Korunma Kanunu Müvacehesinde Ticarî ve Sınaî Maddeler; Fehameddin Ervardar : Yekdiğerinin sermayesine iştirak eden Şirketlerde hisse senetleri hakiki değerlerinin hesaplanış tarzı; Ahmet Edip Kuşdemiroğlu : Mart ayında Millî Korunma Mevzuatında vukubulan Yenilikler başlıklı yazılar; Damga Resmi Kanunda yapılan son değişikliklere ait ilâve Forma..

★

Ankara Üniversitesi **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.**
Cilt : XI, Sayı : 2
Ankara : 1957, Yeni Matbaa, Sahife : 470, Fiatı : 10 Lira

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesince neşrolunan Derginin 1956 yılı Eylûl ayına ait olup Emekliye Ayrılan Devletler Umumî Hukuku Profösörü Zeki Mesut Alsan'a armağan Sayıda bulunan yazılar şunlardır :

Siyasal Bilgiler Fakültesi : Önsöz; Dr. Suat Bilge : Prof. Zeki Mesut Alsan hakkında; Prof. Zeki Mesut Alsan : Umumî ve Millî Bakımalardan Politika;

★

Siyasî İlimler ve Hukuk :

Prof Dr. Yavuz Abadan : Devletler Umumî Hukuku ve Anayasalar; Prof. Dr. Hamit Sadi Selen : Yeryüzünün siyasi Çehresi; Prof. Dr. İsmail Hakkı Karafakıh: Hâkimlerin verdikleri kararlardan dolayı şahsen ve Devletin dolayısiyle Mesuliyetleri; Prof. Dr. Şakir Berki : İstihdam edenlerin mesuliyeti; Prof. Dr. Burhan Koni : Cezanın Tâyininde Suçlu-

nun Şahsiyeti; Doçent Seha L. Meray : Diplomasi Temsilcilerinin Hukukî Statüsü; Dr. Edip F. Çelik : Millî salâhiyetin Hukukî mahiyeti hakkında ileri sürülen nazariyeler; Dr. Feyyaz Gölcüklü : Türkiye'de çocuk suçluluğu; Seza Reisoğlu : Küçüklerin vesayetinden doğan kanun ihtilâfları; Dr Mehmet Gönlübol : Örnek Olaylarla (cases) Devletler Hukuku; Burhan Gürdoğan : Temyiz Mahkemesinin kontrolü bakımından Vakıa ve Hukuk; Doç. Dr. Cahit Talas : Harp sonu Anayasalarında Sosyal Haklar; Dr. Najat Bengül : İktisadi Gelişme için «Yatırım Kriterleri»; Mazhar Hiçşaşmaz : Muhasebe Tekniğinin Tarihî Tekâmülünde Bir Merhale : Basit Usul; Prof. Fehmi Yavuz : Şehirciliğimiz bakımından Ekenomik Faaliyetlerin kuruluş yeri ve Bölgecilik; Sadun Eren-Albert Gorvine : İktisadî Kalkınma ve Totalitler Liberaller; Dr. Nermin Abadan: Amme idaresinde son Gelişmeler; Mümtaz Sosyal : Devlet Memurlarının sınıflandırılması; Cevat Geray : Karayollarımızda kazalar, Trafik emniyeti ve Alkol;

Kronik

Kemal Galip Balkar : Hukuk Patolojisi Müzesesi; Dr. Şeref Gözübüyük : 1955 yılında insan Hakları ile ilgili mevzuat;

Kitap Tahlili :

Dr. Cumhur Ferman : Ticarî Bilgiler ve Muhasebe (jale Sihay) ...

İstanbul Barosu Dergisi. Cilt : XXI, Yıl : 1957, Sayı : 1 - 2.

İstanbul Barosunca her ay neşrolunan Derginin 957 yılı Ocak - Şubat aylarına ait iki sayısı birarada yayınlanmış olup muhtevası şunlardır :

Av. Dr. Sulhi Dönmezer : Müessir Fiiller konusunda (sabit eser) mefhumu; Av. İ. Hakkı Karafakıh: Yeni Ticaret Kanununa umumi bir bakış, hususile kanunun Usul Hükümlerinde vücuda getirdiği yenilikler Av. Dr. Necmeddin M. Berkin: Ticarî senede bağlı alacakların takibi Av. Yalçın Tuna: Takdir olunan vekâlet üzerinde avukatların hakları; Av. Dr. Sulhi Dönmezer: Tatbikattan mukayeseli Misaller; Dr. Aytekin M. Ataay: Temyiz Kararları; Yeni Neşriyat, Kayıplar ...

★

Son İçtihatlar. Yıl : 14, Cilt : XII, No : 110

İstanbul Posta Kutusu 751 adresinde her ay yayınlanan Derginin 1957 yılı Mayıs nüshasında aşağıdaki kararlar bulunmaktadır :

Hukuk : Cemiyetten ihraç, idare heyetinin salâhiyeti; Zilyedliğe dayanan hükmî şahsiyetin tescil dâvası; İsbat keyfiyeti; Gayrimenkul

500

tescil dâvası; Haricen gayrimenkul satışı; 6333 sayılı K. Tatbikatı, alâkalı dairenin hasım gösterilmesi Kadastro tahririnde Mâlikinin kim olduğu tesbit edilemiyen gayrimenkullere müdahale: Vazifeli mahkeme: Kadastro ve tahrirî sırasında hazine adına tescil edilmiş bulunan gayrimenkullerin zilyedlikle iktisap; Hazineye ait mal hakkında dâva hakkı; Husumet; Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk arasındaki münasebet; Muhkem kaziye, ihtiyaç sebebiyle tahliye dâvası: Müddet; İkrar, İstinat olunan vesikanın kaydiyesinin geç yapılması istinat tetkikına mâni olur mu? ; Mülkiyet hakkı: İcazetnamenin muteberiyeti; Senede karşı tediye def'inin şahitle isbatı; Temyiz sebebi: İlâm harcının kararında gösterilmemesi; Üçüncü şahsın istihkak iddiası; Harc...

Ceza : Karşılıklı ve neşren hakaretten dolayı hususi kanunlara göre tâyin edilen cezalar; Türk Ceza K. 485 inci maddesinin tatbiki; Çocuklar ve ihtiyarlar hakkında tecil hükümlerinin tatbiki; Mühür fekki, Şahidin ihzarı; Hırsızlık ve ihkakı hak suçları; Karşılıksız çek vermek suretiyle dolandırılıcık; Hükümden sonra çıkan kanunla vazifeli mahkemenin değişmesinin evvelce verilen hükme tesiri; Gıda nizamnamesine muhalefet; İadei muhakeme sebebi; İş Kanununun şümulünden çıkan sigorta hükümlerinin tatbikıne dair Temyiz Mahkemesi Kararları...

★

Mukayeseli Hukuk Dergisi. Yıl :2, Sayı : 3, Fiatı : 150 Krş.

Ankara Işıklar Caddesi Saraybosna han No : 24 adresinde iki ayda bir neşrolunan Derginin 957 yılı Mayıs — Haziran aylarına ait nüshasının muhtevası şunlardır : A. Himmet Berki: Medenî Kanunda iade ve Tenkis; Prof. Necip Bilge: Para borçlarında Cezaî Şart; Atıf Akgüç : İtalyan Anayasa Mahkemesinin Basın Mesuliyetine Dair Bir İçtihadı;

«Beklenmiyen Haller — İdarî Sözleşmede Değişiklik — Fiat Farkı» hakkındaki **Vekiller Heyeti Kararı;**

Kamumu Hukuku Hakkındaki" Belediye Elektrik İşletmesi-Bina vergisinden muafiyet"«Mülkiyet hakkı-İnşaat ruhsatı verilmesi-İşlemin iptali» «Kira takdiri - Bilirkişi Raporu - İdarî Dâva» **Devlet Şûrası;** «Taşıt Kazası - Tazminat - Devletin - Mesuliyeti» ne dair **Fransız Danıştayı;** «Belediye Memerunun haksız fiili - Tazminat - Adalet Mahkemesinin görevli oluşu»; «İdrae Müstahdeminin haksız fiili - Adalet Mahkemesinin Görevli oluşu» hakkındaki **Uyuşmazlık Mahkemesi;** «Ağır Tahrik - Şartı - Gerekçesi»; «Vazifede avukata hakaret»; «Müeessir fiil - çehrede sabit

eser»; Yalan Şahitliği - Şahit psikolojisi»; «Fuhuşa tahrik - Resmî olmıyan evlenmeye Aracılık»; «Millî Korunma - Faturanın geç tanzimi - Suçsuzluk» hakkındaki **Temyiz Mahkemesi Ceza; Hususî Hukuka ait** «Kötü niyet - Gavin - Şuf'a hakkına tesirsizliği»; «Başkasının arazisine kavak dikme - umumî zarar - Tescil»; Boşanma - Terk sebebiyle ihtar»; Eski Osmanlı Hanedanı mensubu - Türklüğe kabul - Aynı Hakları»; «Çalıştıranın mesuliyeti - Kusursuz mesuliyet»; «Okul Masrafı - Tazminat - Sonradan vazife alma»; «Harcın gizlenmesi - Vazife»; «Zilyedliğindevri - İyi niyet»; «Tescil dâvasında ilân mecburiyeti»; Vazifesiz mahkemece keşif Muteberlik »; «Orman mefhumu - İdareden sorma»; «Ölçüde hata tecvizi»; «Bedelsiz senet - Uptal - Şahit dinlenmemesi»; «Ticarî sözleşme - Fiat farkı»; «Aracılık ücreti - İşin yapılması»; «Bozma - Usulü Müktesep Hak»hakkındaki Temyiz Mahkemesi Hukuk Daireleri kararları; Yeni Eserler.

★

İdare Dergisi. Yıl : 28, Sayı : 245,

Dahiliye Vekâletince iki ayda bir seçme idarî ve adlî yazılarla neşrolunan Dergini 1957 yılı Mart - Nisan aylarına ait nüshasında şu yazılar bulunmaktadır.

Tetkikler :

Fethi Aykaç : İskân mevzuatı ve İdare Âmirlerinin Vazife ve Salâhiyetleri; M. Balasaygun: A.B.D. de âmme idaresi tetkikleri; M. Muhtar Çağlayan : A.B.D. devlerinde İcra Kuvveti ve Cumhurreisinin Salâhiyetleri; Ziya Ekincioğlu : Tahsis ve tevzi işlerinde idare âmirlerinin mesuliyetleri; Baha Kargın : İdarenin takdir hakkı; Turgut Timur : Köylere İçme Suyu Getirilmesi;

Tercümeler :

Neriman Abadan : Âmme İdaresi Hakkında Yeni Düşünceler; Şerif Mengen : Taşra Teşkilâtı Memurunun Salâhiyet ve Mesuliyetleri;

Yabancı Mevzuat :

Salâhaddin A. Korkut - Ferit Güryücel : Fransız Devlet Şûrası; Şevket Eker : İsviçre Vatandaşlığının Kazanılması ve kaybı hakkında ederal Kanun;

İdarî Coğrafya : Mehmet Kaya : Çukurova Kazası Coğrafyası..

502

Temyiz Kararları

HUKUK BÖLÜMÜ

Medenî Kanunun 132. maddesine tevfikan açılacak boşanma dâvasındaki ihtar, müstakil kazaî neticesi bulunmıyan, hâkimlikçe yapılmış bir muameleden ibaret olup nihaî karar mahiyetini haiz olmadığından kabili temyiz kararlardan addedilemiyeceği ve ihtarın kanunî şekle uygun olmadığı yolundaki itirazın boşanma dâvası neticesinde verilecek nihaî hükümle birlikte temyizen tetkiki istenebileceği hakkında.

Temyiz Tevhidi İçtihat Hukuk Umumî Heyeti

Esas : 10 — Karar : 1

Medenî Kanunun 132 inci maddesine tevfikan açılacak boşanma dâvalarında yapılması icbeden ihtarın boşanma dâvasından ayrı ve müstakil bir dâva olarak mahkemece rüyet ve şartlarının tahakkuk ettiği anlaşıldığı takdirde ihtara dair nihaî mahiyette bir hüküm te'sisi iktiza eylediği ve bu hükmün kat'iyet kesbeylemesinden sonra ancak boşanma dâvasının mümkün olduğu yolundaki eski içtihada muhalif olarak ihtarı yapacak olan Hâkimin 132 inci maddede zikrolunan diğer şartların mevcudiyetini ayrıca aramadan ihtar talebini is'afa mecbur olduğu ve ancak esas boşanma dâvasında bahsi geçen maddedeki bütün şartların tahakkuk edip etmediğinin tetkiki lâzımgeldiği hususunda dairede yeni bir içtihat hâsıl olduğundan bahisle İkinci hukuk dairesi Riyasetinden işin Tevhidi İçtihat heyetince halli 4-4-1956 Tarihli tezkere ile talebedilmesi üzerine Tevhidi İçtihat hukuk kısmı umumî heyetinde İkinci hukuk dairesinin üç ilâmı ile bu hususiaki mütalâa tetkik olundu.

Münhasıran İkinci hukuk dairesinin kararlarına dayanılarak ihtilâfın Tevhidi İçtihat yoliyle hallinin talebolunduğu ve çok zaman evvel buna dair evrakın teksir edilerek heyet Âzalarına tevzi edildiği ve bundan sonra da bu mevzuda ayrıca Hukuk Umumî heyeti kararı da bulunduğundan bahisle Baş Riyasete bir karar sureti de tevdi edilmemiş olduğu anlaşıldığından işin Tevhidi İçtihat hukuk kısmı umumî heyetinde görü-

503

şülmesi muvafık olduğuna ekseriyetle karar verildikten sonra ihtilâfın esasının tetkikına geçildi:

Medenî Kanunun 132 inci maddesine tevfikan evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle diğerini terettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği iddia edilen eşe karşı yapılacak ihtar müstakil kazaî neticesi olmıyan ve boşanma dâvasına tekaddümeden Hâkim delâletiyle yaptırılması iktiza eden bir muameleden ibarettir. Terkin, netayici mühim telâkkî edilerek akıbetinin Hâkim marifetiyle bir kerre ihtarından sonra bu ihtarın akim kalması halinde ancak 132 inci maddeye dayanılarak boşanma dâvasının açılacağı esası kanunen kabul edilmiştir. Bahis mevzuu maddenin diğer şartları gibi ihtar da boşanma dâvasının kabulü için mevcudiyeti elzem olan şartlardan biridir. İhtar talebinin is'afı Hâkimlikce mecburidir. İhtar icrası talebi Hâkime işin esasını tetkika salâhiyet vermez. İhtarı yapan Hâkimin ihtarnameye eşin gideceği yerin mufassal adresini ve terkin mahiyetine göre icabederse ve ihtarı yaptıran talebetmişse o yere gitmek için eşin emrine âmade kılınan para miktarını ve bir ay zarfında gidilmesi lüzumunu ve gidilmemesi halinde de bunun müncer olacağı neticeyi dercetmekle iktifa eylemesi icabeder.

Bu şekilde yapılan ihtarın semeresiz kalması üzerine açılacak 132 nci maddeye müstenid boşanma dâvasını rüyet edecek mahkemenin, terkin vâkı olup olmadığı vâkı ise bunun evlenmenin eşe tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle veya muhık bir sebeb olmaksızın vukua gelmiş bulunup bulunmadığını ve kanunî müddetlerin de dolmuş olup olmadığını ve ihtarın da kanunî şartları câmi olarak yaptırılmış bubulunup bulunmadığını tetkik etmesi lâzımgelir. Diğer şartlar gibi ihtarın da şekline uygun olarak yapılıb yapılmadığını aramak boşanmağa karar verecek mahkemenin vazifesi cümlesindendir.

Böylece yukarıda ihtarnameye derci icabettiğine işaret edilmiş bulunan hususların tebliğ olunan ihtarnamede mevcud olup olmadığını boşanma dâvasını rüyet eden mahkemenin araması ve tebliğ olunan ihtarnameyi 132 nci maddenin istihdaf ettiği gayeyi temin eder mahiyetde bulunmadığı takdirde de terk sebebine müstenid boşanma dâvasını reddeylemesi icabeder.

Netici; İhtar, müstakil kazaî neticesi olmıyan Hâkimlikce yapılmış bir muameleden ibaret bulunup nihaî karar mahiyetini haiz olmadığından sulün 427 nci maddesi mucibince bu kabil muameleler aleyhine temyiz yoluna gidilemiyeceğine ve ihtarın kanunî şartları câmi olarak muhatabına yapdırılmış olup olmadığı keyfiyetini de 132 nci maddenin bü-

tün şartlarını tahkik ile mükellef olan boşanma dâvasını rüyet edecek mahkemenin tedkik eylemesi iktiza eylediğine ve ihtarın kanunî şekle uygun olarak vâkı olmadığı yolundaki itirazların da boşanma dâvası neticesinde verilecek nihaî hükümle temyizen tedkiki icabeyledeğine ilk müzakerede 27-3-1957 tarihinde ittifakla karar verildi.

Borçlar Kanununun 55 inci maddesi mucibince istihdam edenin tazminat ile mesul tutulabilmesi için kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın kusuru dahi kanunî şartlardan bulunmadığı hakkında.

Temyiz Tevhidi İçtihat Hukuk Umumî Heyeti
Esas : 1 Karar : 3

Avukat H. B. Arcael tarafından 23/6/1956 da Birinci Reisliğe verilmiş bulunan dilekçede adam kullanmanın, kullandığı adamın sebebiyet verdiği zaradan dolayı Borçlar Kanununun 55 inci maddesi hükmünce mesûl tutulabilmesi için kullanılan adamın zarara sebebiyet vermesinde kusurunun kanunî şartlardan olup olmadığı mes'elesinde Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi kararıyle, Üçüncü Hukuk Dairesi kararı arasında birbirini tutmazlık bulunduğu ileri sürülerek bu durumun ictihadı birleştirme yoliyle giderilmesi istenilmiştir.

Dördüncü Hukuk Dairesi Reisliğinin 5-4-1956 günlü yazısında her ne kadar İsviçre Şârihlerinden Rossel ile Oser-Sekönberger Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin tatbiki için zararın meydana gelmesinde kullanılan adamın kusurunun bulunmasının aranmadığını yazmakda iseler de, kanunun tatbikında şârihlerin noktai nazarından ziyade kanun metninin mâna ve medlûlünün nazara alınması gerekli olması ve 55 inci madde hükmünün mutlak mesûliyet esasını tazammun etmemesi ve dolayısiyle adam kullananın mesûliyeti için kullanılan adamın kusuru kanunî şartlardan olduğu, Üçüncü Hukuk Dairesi Reisliğinin 13-7-1956 günlü yazısında ise Borçlar Kanununun 55 inci maddesinde kabûl edilen mesûliyetin sebebiyet verme esasına dayanan ve kusur aranmayan bir mesûliyet hali olduğu cihetle bu madde hükmünce adam kullananın mesûl tutulmasının kullanılan adamın kusuru neticesinde zararın meydana gelmiş olması şartına bağlı bulunmadığı bildirilmiştir.

Her iki dairenin kararları arasında birbirini tutmazlık bulunduğu cihetle ictihadın birleştirilmesi gerekdiğine ittifakla karar verildikden

sonra hukuk kısmı ictihadı birleştirme umumî heyetince mesele görüşülmüş ve aşağıda bildirilen sebeplerle Üçüncü Hukuk Dairesi ictihadının kanuna uygun bulunduğu neticesine varılmıştır.

1 — Kanun hükmünün mânasını tâyin etmekde ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan mânadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mâna, hükmün kanuna konulmasiyle güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lâfızdan çıkan mâna yerine, kanunun ruhundan çıkan mânaya göre hüküm verilmesi gerekdir ki bu durum, Medenî Kanunun birinci maddesinde kabûl edilen, kanunun lâfziyle ve ruhiyle temas etdiği bütün meselelere tatbik olunacağı kaidesinin neticelerindendir. Tefsiri söz konusu edilen Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin birinci fıkrasında (Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam etdiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa etdikleri esnada yaptıkları zarardan mesûldür. Şu kadar ki, böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icapettiği bütün dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olmıyacağını isbat ederse mesûl olmaz) denilmektedir. Bu metin, kasıt ile veya kusur ile meydana gelen zarardan bahsetmediği cihetle adam kullananın, adamının(kusuru olsun veya olmasın) işini gördüğü sırada meydana gelen zararlardan mesul tutulacağını anlatmaktadır. Hususiyle, aynı kanunun 41 inci maddesini metni ile bu metnin karşılaştırılmasiyle tesbit olunan yazılış farkı, bu ciheti açıkça göstermektedir.

2 — 19 uncu yüz yıl başlarındaki kanun yapma hareketlerinde haksız fiilden doğan mes'uliyet hükümleri, zararı meydana getirenin kusurlu olması esasına dayanmayta idi yâni bir kimsenin isteyerek yahut önleyebileceği bir zararı önlemek için dikkatli davranmamış olması yüzünden meydana getirdiği bir zararın karşılığını tazmin etmesi kabul edilmekte idi, diğer tabirle iradesini gereği gibi kullanmayan kimse, iradesini kullanıştaki bozukluktan dolayı mesûl tutuluyordu. Lâkin o yüzyılın ortalarına doğru tatbik sahasına giren yeni keşifler ve bu arada sanayinin ve ziraatın gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve iktisadî hayata hâkim olan makineleşme hareketi, insanlar arasındaki münasebetleri eskisine göre çok sıklaştırdığı gibi tehlike ihtimallerini eskisine göre pek çok artırdığı cihetle kusura dayanan mes'uliyet sistemi ile zararların karşılanmasına bir çok hallerde imkân kalmadığı görüldüğünden, kanunlara, sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım mesûliyet hükümleri konulmasına zaruret duyulmuştur ki, bunlara kusursuz mesûliyet hükümleri yahut tehlike esasına dayanan mesûliyet hükümleri denilmektedir. Nitekim, Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin

506

birinci fıkrası, 56 ıncı maddesinin birinci fıkrsı, 58 inci maddesinin birinci fıkrası hükümleriyle Medenî Kanunun 320 nci maddesi hükmü, kusursuz mesûliyet hükümlerindendir. Borçlar Kanununun haksız fiile ait hükümlerinin yazılışına esas olan sıraya göre dahi kusursuz mesûliyet hükümleri arasına konulmuş bulunan bu 55 inci madde hükmünü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat içtimaî tehlike dolayisiyle kabûl edilmiş hükümlerden saymak, iktisadî ilerleme yolunda bulunan ve bu bakımdan gerek sanayi sahasında, gerekse makineleşmek üzere olan ziraat sahasında ferdler için bir çok zarar tehlikesi ihtimalleri beliren memleketimiz bakımından da ictimaî ihtiyaçlara tamamiyle uygun düşecekdir ve böylece, kanunun lâfzına dayanan tefsiri, onun ruhuna da uygun neticeler verecek demekdir.

Bu 55 inci madde hükmünün kusura değil, sadece ictimaî tehlike esasına dayandığı kabul edilince bir kimsenin bir işini görmekle vazifelendirdiği diğer kimsenin bu işi görmesi dolayisiyle meydana gelen zarardan, ne kendisinin, ne de işi görenin her hangi bir kusuru aramaksızın mesûl tutulacağı neticesine varılır. Bu esası, (Nimet külfete göredir) şeklinde de anlatabiliriz; gerçekden, bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden faydalar sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada sebebiyet verdiği zararlardan da mesûl tutulması yâni elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur.

3 — Bu hükmün medhazı olan İsviçre Borçlar Kanununun 1881 yılında kabûl edilen edilen ilk şeklindeki metin, bazı tereddüdler uyandırmış ve ilk zamanda bâzı hukukçular iş görenin kusurunun adam kullananın mesûliyeti için şart olduğunu ileri sürmüşlerse de, zaman geçtikçe hükmün mânası dah iyi anlaşılmış ve böyle bir şarta lüzum olmadığını müdafaa eden bir çok hukukcular ortaya çıkmıştır. Hattâ İsviçre Borçlar Kanunun 1911 tarihli değişikliğinin hazırlanması sırasında metne (kullanılanın kusurlu olarak sebebiyet verdiği zarar) sözlerinin onulması teklifi ileri sürülmüşken böyle bir şarta ihtiyaç görmeyenlerin görüşü üstün geldiğinden, bu teklif neticesiz kalmış ve teşriî meclise yollanan metne zararın günahsız olan mağdura çektirilmesinden ise adam kullanana çektirilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağı düşüncesiyle geçirilmemiştir (j Chamorel, La Responsabilité de l'employeur pour le fait deses emplouyés en matière extracontractuelle, Thêse de Lausanne 1925 P. 27 - 29). 1911 de yürürlüğe giren ve bizim kanunumuzun mehazı olan İsviçre Borçlar Kanununun tatbikatında ve bu kanuna ait ilmî içtihatlar da bu madde hükmünün tatbikı şartları arasında zararı meydana getiren kimsenin kusuru aranmamaktadır ve önceden bu meselede görüşünü bil-

dirmekten çekinen İsviçre Temyiz Mahkemesi dahi bugün bu görüşü benimsemiş bulunmaktadır (V. Tuhr Borçlar Kanunu umumî hükümleri, Cevad Edege tercümesi § 491 ve N. 23 a, Fritz Funk, Borçlar Kanunu şerhi 1 umumî hükümler, Hıfzı Veldet—Cemâl Hakkı Selek tercümesi—Üniversite Kitapevi İstanbul Mad. 55 N. 6; Oser—Sehönenberger, Borçlar Hukuku, Recai Seçkin tercümesi, ikinci kısım, Yeni Cezaevi Basımevi 1950 Mad 55 N. 18). Demek ki, Medenî Kanunun birinci maddesi hükmünce kanun tatbikatında istifade edilmesi gereken ilmî ictihadlar ve kazaî kararalrdan başka, hükmün İsviçrede kanuna konuluş tarihi dahi aynı görüşü haklı göstermektedir.

4 — Burada adam kullananın halin gerektirdiği şekilde özenmiş olduğunu ispat ederek mesûliyetten kurtulmuş olmasını kanunun kabûl etmiş bulunmasına dayanılarak, 55 inci maddenin, nihayet adam kullananın kusurunu isbat külfetini tersine çeviren bir hükümden ibaret olup kusura dayanan mesûliyet esasının aslında baki olduğu ve bu itibarla kullanılan adamın kusurunun da aranması gerekdiği yollu bir itiraz hatıra gelebilir. Ancak, adam kullananın tedbirleri almış olduğunu ispat etmesi imkânı kusursuzluğunu ispat etme imkânı değildir. Nitekim, tedbir alınmış olmasının âni adam kullananın bir akıl hastalığına veya kazaya uğraması gibi sebeplerle imkânsız bulunması halinde dahi adam kullanan mesûliyetten kurtulmıyacaktır, halbuki, burada adam kullananın kusursuzluğunu ispat, onun mesûliyetten kurtulması için kâfi görülse idi âni akıl hastalığına veya âni bir kazaya uğrama durumları mücbir sebep mahiyetinde olduklarından tedbir alınmamasının neticesinden dolayı onun hiç bir şekilde mesul tutulmaması lâzımgelirdi. Bu itibarla hatıra gelen itiraz yersizdir. Esasen mesuliyetten kurtulma sebeplerinin kanuna konuluşu ile güdülen tek hedef, iş sahiplerini mesûliyetten kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirlere teşvik ederek içtimaî tehlikeyi azaltma düşüncesidir, yoksa metne kusur unsurunu sokma düşüncesi değil ?

5 — İçtihadı birleştirme umumî heyetindeki görüşmeler sırasında beliren bazı tereddütlere cevap olmak üzere şu ciheti açıklamak zarurîdir ki, kanun koyucu, Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin birinci fıkrası hükmü ile haksız fiil sebebiyle tazminat için aranan dört şarttan (yâni zararın varlığı, zararın bir kimsenin hareketi veya ihmali neticesi meydana gelmesi, hareketin veya ihmlin kanuna aykırı olması, hareketin veya ihmalin kasıt şeklinde veya diğer şekilde bir kusurun neticesi olması şartlarından) sadece kusur şartını 55 inci madde hükümleri arasına almamıştır. Fakat diğer üç şart, bu maddenin tatbikında da aranacak-

tir Bu itibarla, zararın kullanılan adamın faaliyetlerinden doğmayıp başka bir sebepten doğmuş olması halinde tazminata yer yotur. Bunun gibi, zarara sadece adam kullananın hareketinin değil, fakat zarara uğrayanın hareketinin veya diğer bir âmilin de beraberce sebebiyet vermiş olduğu hallerde, Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinin ilk cümlesi hükmünün tatbiki dahi mümkündür; lâkin mesuliyet, gerek adam kullanan kimse gerekse kullanılan adam bakımından, kusuru şart kılan bir mesûliyet mahiyetinde olmadığından dolayı, Borçlar Kanununun 43 üncü maddesindeki kusurun ağırlığı ile tazminat miktarının mütenasip olacağı hükmü, 55 inci maddeye ilişkin tazminatlarda tatbik olunmaz.

Netice; Borçlar Kanununun 55 inci maddesi hükmünce adam kullananın tazminat ile mesûl tutulabilmesi için kendisinin kusuru şart olmadığı gibi kullandığı adamın dahi kusurunun kanunî şartlardan bulunmadığına ve bu itibarla Üçüncü hukuk dairesinin içtihadının kanuna uygun olduğuna ilk toplantıda bir muhalif reye karşı 48 reyle ve 27-3-1957 de karar verildi.

Müddeabihin gösterilmesinde hata edilmiş ise, dâvanın ıslahı kabildir.

Temyiz Üçüncü Hukuk Dairesi
Esas: 8719 — Karar: 6251

DÂVA : Hazineye ait 2754 ada bir parsel sayılı gayrimenkulün 181 metre kare kısmına dâvalı ev yapmak suretiyle fuzulen işgal etmiş olduğund 1-1-947 tarihinden 1-1-955 tarihine kadar tahakkuk ettirilen 724 lira 80 kuruş ecrimislin maafaiz dâvalıdan tahsili istemine dairdir.

KARAR : Dâvalı işgal ettiği yerin 2738 ada parsel olduğu bilirkişi raporundan anlaşılmış ve dâvacı vekili dâva dilekçesinde her ne kadar 2754 ada 1 parsel yazılmışsa da bunun bir daktilo hatası olduğunu bildirerek dâvayı bu şekilde ıslah ettiklerini bildirmiş ise de, dâvalı vekili bunu kabul edemiyeceğini beyan etmiş ve şu hale göre hazineye ait 2754 ada 1 parselin dâvalı tarafından işgali sebebiyle dâvanın açıldığı, halbuki dâvalının bu yere bir müdahalesi ve işgali olmadığı tahakkuk eylemiş

...KÜTÜPHANESİ-ANKARA-1946

olduğundan sabit olmayan dâvanın reddine karar verildiği hakkındadır.
TEMYİZ EDEN : Dâvacı hazine vekili Avukat Orhan Gündüzaker.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün evrak okunup gereği Düşünüldü :

Dâvacı Usulî bir hata yapıldığından bahisle dâvasını islâh etmek istediğini bildirmiştir. Usulün 185 inci maddesinin ikinci bendinde dâvacının dâvalının rızası olmaksızın dâvasını tevsi veya mahiyetini tebdil edemeyeceği kaidesi konduktan sonra feragat veya islâhın bu hükümden müstesna olduğu açıkça gösterilmiştir. Kezalik aynı Kanunun 87 inci maddesini son fıkrasında da müddeinin islâh suretiyle müddeabihi tezyit edemiyeceği gösterilmiş ve müddeabihin değiştirilemiyeceği bahse konu edimemiştir.

Bu cihet ve usulün islâha mütaallik hükümleri gözönünde tutularak dâvacıya dâvasını islâh için imkân verilmesi ve sonucu dairesinde hüküm tesis olunması gerekli iken bundan zühûl ile yerinde olmayan sebep ve düşüncelerle ve müddeabihin değiştirilemiyeceğinden bahsiyle yazılı şekilde dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bu sebepten (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı 1075 kuruş temyiz masrafının haksız çıkacaktan alınmasına 25-11-955 tarihinde ittifakla karar verildi.

4626 ve 6126 sayılı kanunlara tevfikan tahliyeye karar vermek adlî kazanın vazifesi haricindedir.

Temyiz Üçüncü Hukuk Dairesi
Esas: 8666 — Karar: 6256

Erzurum Valiliğine izafeten Aşkale Hususi muhasebe Memuru Muhsin Oral.
Hususi İdare gelir Memurluğundan emekli Dursun Öz.

DÂVA : Hususi İdare Gelir Memuru iken Vilâyet daimi Encümen kararıyle dâvalıya tahsis edilen evi 950 yılında emekliye ayrıldığı hal-

510

de ve yapılan tebligata rağmen tahliye etmeyerek fuzulen işgal etmek te olduğundan evin tahliyesi istemine dairdir.

KARAR : Tafsilâtı hüküm yerinde yazılı olduğu üzere, İddianın subutuna binaen dâvalının fuzulen işgal etmekte olduğu evin tahliyesine karar verildiği hakkındadır.

TEMYİZ EDEN : Dâvalı vekili Dâva vekili Refik Çığ.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün evrak okunup gereği Düşünüldü:

Dâvacı Hususi idare dâvalıya memur meskenleri inşaası hakkındaki 4626 sayılı kanun uyarınca hasbelmemuriye tahsis edilen gayrimenkulün dâvalının emekliye ayrılması hasebiyle tahliyesini talep etmiştir. Sözü geçen Kanuna ek 6126 sayılı Kanunun 2 inci maddesi delâletiyle 1 inci maddesi gereğince bu gibi gayrimenkullerin Vilâyette Valilerin, Kazalarda Kaymakamların, Nahiyelerde Nahiye Müdürlerinin kararıyle bir hafta içinde boşaltılacağı derpiş edilmiştir. Kanunun bu hükmü aynı zamanda mahkemelerin işlerinin azaltılması mülâhazasına mütenit olduğudan âmme intizamı ile alâkalıdır. Bu itibarla bahse konu madde hükmü gözönünde tutularak vazifesizlik kararı verilmesi gerekli iken bu cihetten zühûl ile yazılı şekilde tahliyeye karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bakımından yerinde olduğunran hükmün bu sebepten (BOZULMASINA) ve şimdilik diğer cihetlerin tetkikına mahal olmadığına ve aşağıda yazılı 950 kuruş temyiz masrafının haksız çıkacaktan alınmasına 25-11-955 tarihinde ittifakla karar verildi.

Tapuda kayıtlı gayrimenkuller hakkında âdi senetle ferağ taahhüdü muteber değildir.

Temyiz Üçüncü Hukuk Dairesi
Esas: 8713 — Karar: 6299

DÂVA : Ayşe adındaki kadına ait tarlanın cebrî müzayedesine katılan dâvalı bu tarlanın 2/7 hissesini veya 150 lira para vermeyi kendisine vaad ettiği ve bu husus senede bağlandığı halde dâvalı ne parayı ve

nede tarla hissesini vermemiş olduğundan 150 liranın İcra, vekâletname masrafları ve faiziyle birlikte tahsili istemine dairdir.

KARAR : Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere, Dâvalı mübrez senedi kabul etmekle beraber senette mevkii yazılı tarlayı değil, Düşarşa yolu mevkiindeki tarladan hisse vermeyi vaadettiğini def'an ileri sürmüş ise de bu def'ini ispat bakımından dâvacıya yemin teklif etmemiş ve hadisede şahit ikamesine de kanunen hakkı bulunmamış olduğundan sabit olan 150 liranın tahsiline karar verildiği hakkındadır..

TEMYİZ EDEN : Dâvalı Mustafa Acar.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün evrak okunup gereği Düşünüldü:

Mübrez senedin icra dairesinde Ayşe adında bir şahsa ait gayrimenkulün cebri müzayedesi sırasında tanzim edildiği işbu senedin içinde yazılıdır. Dâvalı senette satışa çıkarılmış olan ve Ayşe'ye ait olan gayrimenkulün kendi üzerinde kalması halinde 2/7 hissesini dâvacıya ferağ edeceğini ve etmediği takdirde cezaî şart olarak 150 lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Tapuda kayıtlı gayrimenkuller hakkında böyle âdi senetle ferağ taahhüdü muteber olmadığından bu taahhütten rucu halinde cezaî şart olarak bir meblağ tediyesinin kabulü de, hükümsüzdür. Bu cihetten zuhûi edilerek yazılı şekilde tahsile karar verilmesi yolsuzdur. Bundan başka kabul suretine göre bu taahhüdün dâvacıya artırmaya iştirâkten ve gayrimenkulün dâvalı uhdesine halesine mâni olmaktan vaz geçirmek için yapılıp yapılmadığı ve bu sebeple Borçlar Kanununun 20 icni maddesi uyarınca Batıl olup olmadığı düşünülmeden tahsile karar verilmesi de isabetsizdir. Yukarıda yazılı sebeplere binaen bozma dileği verinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı 1100 kuruş temyiz masrafının haksız çıkacaktan alınmasına 28-11-955 tarihinde ittifakla karar verildi.

---

1 — Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü emredici hükümlerden değildir. Mütaahhidin fiyat farkı isteyemiyeceği yollu mukavele hükmünü kabul etmesi, adı geçen fıkranın mütaahhide tanıdığı haktan vazgeçme demektir ki bu da muteberdir.

2 — Mukavelenin uzatılması demek, onun sadece müddete ait hükmünün değiştirilmesi mânasına geldiğinden fiyat farkı istenmyieceği yollu hükmün mukavelenin ancak esas müddeti için tatbik edileceği ve uzatılan müddet için de tatbik edilmiyeceği iddia edilemez.

3 — Müddet uzatma isteklerinde tazminat hakkını mahfuz tutmayan mütaahhit, sonradan müddet uzatılmasına idarenin sebebiyet verdiğini ileri sürerek tazminat isteyemez.

4 — Mukavelede anılan sebepler dolayısiyle mukavele müddetinin idarece uzatılması için 4353 sayılı kanun hükmünce Devlet Şûrasının düşüncesinin sorulmasına ihtiyaç yoktur.

Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesi
Esas: 568 — Karar: 427

Elâzığ — Van hattının palo kısmı binalarının inşaatını taahhüt eyleyen müvekkili akdî vecibelerini vaktında ifa için gayret sarfettiği halde idarenin kusuru yüzünden 300230 lira fazla sarfiyatta bulunmuş olduğundan bahsiyle bu zarardan şimdilik 50000 lirasının dâvalı Vekâletten tahsil edilmesi işleminden ibarettir.

HÜKÜM: Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere; fazla para ödenmesi halide farkın idareden istenemiyeceği mukavele ahkâmından bulunduğundan ve sair sebeplerden ötürü dâvanın reddine karar verildiğine dairdir.

Temyiz eden: Hükmün temyizen tetkiki her iki taraf vekilleri canibinden istenilmiş ve temyiz tetkikatının mürafaalı olarak icrasını dâvacı vekili Sadık Arda ayrıca istemiştir.

TEMYİZ KARARI

Hâdisenin duruşmaya tâbi işlerden bulunduğu anlaşılarak bu istem kabul edilmiş ve gün tâyin edilerek taraflar vekillerine davetiye gönderilmişti. Muayyen günde temyiz eden dâvacı Şemsettin vekili Sadık Arda ile hazine vekili avukat Bülent Özenen gelmeleriyle duruşmaya başlanarak taraflar vekillerinin şifai izahatı dinlenildikten sonra karar verilmek üzere bırakılan günde dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

513

1 — Dâvacı, Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin 2 nci fıkrası hükmünün kanunun emredici hükümlerinden olması ve mukavelenin 13 üncü maddesi hükmünün bu emredici hükmüne aykırı bulunması dolayısiyle mahkeme kararının kanunsuzluğunu ileri sürmekte ise de, B. Kanun 365 inci maddesinin 2 inci fıkrası hükmünün emredici hükümlerden bulunmadığı gerek bu maddenin yazılışından, gerekse İsviçreli müelliflerin hepsinin düşüncelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten bu konuda dâvacı vekilinin iddiasının en çok lehinde düşünce yürütmüş olan Schönenberger—Oser dahi bu hükme aykırı mukavelelerin mümkün olduğunu fakat ancak mütaahhidin mesûliyetini gayet fazla ağırlaştıran hallerde mukaveledeki hükme rağmen kanundaki bu fıkra hükmüne dayanılmasının mümkün olduğunu ve bu fıkranın tatbikına engel olan anlaşmaların ancak bu hallerde iyi niyet esaslarına aykırı bir mahiyet arzedeceklerinden muteber olmayacaklarını ileri sürmektedir. Hadisemizde idarenin mukavelenin 13 üncü maddesine dayanmasında âfakî iyi niyet kaidelerine aykırı bir mahiyet yoktur. Bu cihet, her şeyden önce, 700 küsur bin liralık bir işde ancak (300) bin liralık bir fark meydana gelmiş bulunduğunun iddia edilmiş bulunmasından anlaşılmaktadır ki bu fark yüzde (50) yi bile bulmamaktadır.Esasen iş hayatında kâr etmek kadar, zarar etmek dahi tabiî olduğundan böyle farkların akdin değiştirilmesine sebep teşkil etmesi asla düşünülemez.

2 — Mukavelenin 13 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında aynen Mütaahhit ihale tarihinden sonra vergi ve resimler konulması her ne sebeple olursa olsun gereç fiatları, amele ve işçi gündelikleri akaryakıt, infilâk maddeleri ve taşıma araçları fiyatlarının yükselmesi sebebine dayanarak fazla para verilmesi veya süre uzatılması gibi isteklerde bulunamayacağı gibi ödeme şekillerinin değiştirilmesi veya yükseltilmesi süre uzatılması gibi isteklerde de bulunamaz. Velhasıl her ne suret, sebep ve vesile ile olursa olsun sözleşmeye bağlanmış fiyat birimlerinin hiç birisinin artırılması mevzuubahis olamıyacaktır) denilmektedir Dâvacı, dâvalı tarafın kusuru yüzünden müddet uzatılması sebebiyle meydana gelen fiyat farkının ödetilmesini istemiş bulunmaktadır. Halbuki (her ne suret sebep ve vesile ile olursa olsun) böyle bir fark istememeği birinci bentte bildirilen sebeplerle muteber bulunan bu hüküm ile kabul etmiştir. Kendisi bundan önce verilmiş bir karara dayanarak müddet uzatılması halinde 13 üncü madde hükmünün tatbik yeri bulamayacağını iddia etmekte ise de, o dâvadaki mukavele şartlariyle hâdiselerin oluşları bütün incelikleriyle bilinemediğinden dâvalar arasındaki benzerlik tesbit edilememektedir. Bu itibarla mukavelenin uzatılması

514

halinde bütün hükümleriyle uzatılmış sayılacağı yollu hukuki esasın tatbiki zaruridir uzatılmaya ait irade meyanında aksi açıklanmış olmadıkça uzatma sadece mukavelenin müddetine ait hükmün değiştirilmesi ve mukavelenin diğer hükümlerinin olduğu gibi bırakılması mânasına geleceği cihetle başka bir hal şeklinde hukuki bakımdan düşünülmemek gerektir.

3 — Dâvacı taraf, idarenin akde aykırı hareketleri sebebiyle uzatmış olduğu cihetle kendisinin idareden meydana gelen fiyat fazlalıklarını tazmin ettirebileceğini ileri sürmekte ise de, dosyada bulunan müddetin uzatılması isteklerini bildiren dilekçe örneklerinde müddetin uzatılmasını istemek hakkından gayrı olan haklarını mahfuz tutduğunu gösteren bir sözün yazılmamış bulunması itibariyle idarenin akde aykırı hareketlerinden doğan diğer haklarından vaz geçmiş olduğunu idarenin haksız durumu karşısında, sadece müddet uzatılmasını istemekle yetinerek zımmî şekilde bildirilmiş olmaktadır. Müddet uzatılmalarının resen yapılmış olduğu kabul olunsa dahi müddet uzatma kararlarının kendisine tebliği üzerine müteahhidin diğer haklarından vaz geçmediğini derhal idareye bildirmemiş olması ve uzatılan müddet içinde dâva etmiş bulunması dahi bu haklarından vaz geçtiği mânasına gelir. Bu durumlar karşısında sitüvayonların ödenmesi sırasında ileri sürülen ihtirazî kayıtların bu dâva bakımından artık bir tesiri olamaz. Çünkü ferağat ile ortadan kaldırılmış olan hak, yeni bir ihtirazî kayıtla yeniden meydana gelmez. Bu sebeplerle bu cihetlere dokunan itirazlar dahi yersizdir.

4— Müddet uzatmaların Devlet Şûrasından düşünce sorulmadan yapılmış olması dolayısiyle uzatma muamelelerinin muteber bulunmadığı yollu iddia, dahi mukavelede açıklanan sebepler dolayısiyle müddet uzatma kararı verilmiş olması karşısında ve 4353 sayılı kanunun 31 inci maddesi hükümlerince ancak mukaveleye yazılmamış olan hallerde akid hükümlerinin değiştirilmesi tadirinde Devlet Şûrasından ve hazine avukatlığından düşünce sorulması mecburiyeti kabul edilmiş olduğu cihetle, kanuna uygun değildir.

5 — Dâvalı vekili temyiz dilekçesini kanunî müddetinden sonra kayıt ettirmiş olduğundan dilekçenin reddi gerekir.

NETİCE : Dâvalının dilekçesinin (REDDİNE) ve dâvacı tarafın bütün itirazlarının reddiyle doğru olan hükmün (TASDİKINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafından 800 kuruş ret harcının temyiz edenlerden

515

dâvalıdan ve tasdik harcının da dâvacı Şemsettin'den tahsiline 28-1-1957 tarihinde ittifakla karar verildi.

Tarlanın veya tohumun, hem tarlanın ve hem tohumun dâvacıya ait olması hallerinde tazminatın hesabı.

Dâvacının sahip olduğu tarlaya ekilmiş olan mahsulün haksız yere dâvalı tarafça kaldırıldığı iddiasiyle açılan tazminat dâvasında dâvacıya ait tapu kaydının, yerine uymamasına rağmen tohumun dâvacı tarafından ekildiğinin sübutu halinde dâvacı sebepsiz mal edinme esaslarına göre, tapu kaydının yere uyması ve tohumun dâvacı tarafından ekilmiş olması halinde ise mahsul değerinden dâvalının biçme masrafları düşülerek bulunacak olan tazminata, tapu kaydının yere uyması ve fakat tohumun dâvalı tarafça atılmış olması halinde ise mahsulün değerinden tohum masrafları ile diğer mahsul elde etme masrafları düşülerek bulunacak olan tazminata hüküm verilmesi gerektir.

Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesi
Esas: 8542 — Karar: 454

Dâvalının, müvekkilinin kısmen tapu ile ve kısmen zilyedlik suretiyle mâliki olduğu 20 dönüm miktarındaki tarlasına müdahale ve ekili buğdayını hiç bir hak ve hukuka istinad etmeksizin biçmiş olduğundan bahsiyle 20 kile buğdayın aynen veya bedeli olan 1125 liranın dâvalıdan tahsiline karar verilmesi isteğinden ibarettir.

KARAR: Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere, mübrez tapunun ihtilâfı yere uymadığı bilirkişi raporu mündericatı ve şahitlerin şahadetinden anlaşılmış olmasına binaen, subut bulmayan dâvanın reddine karar verildiğine dairdir.

TEMYİZ KARARI

Temyiz isteğinin müddeti içinde olduğu anlaşılkıddan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

Mahkemenin dâvacının tapu kaydını yerine tatbik ettirmek üzere seçtiği bilirkişinin 1931 doğumlu olması bakımından 1311 tarihli kayıtda gösterilen yerleri bilmemesi tabiî bulunmasına göre o yerleri iyi bilen yaşlı kimseler arasından usulünce seçilecek bilirkişi veya bilirkişilere tapu ve vergi kayıtları tatbik ettirilmek ve bir de tohumun kimin

tarafından ekilmiş olduğu ciheti tahkik edilmek ve tapu ve vergi kayıtları yerine uymadığı ve fakat tohumun dâvacı tarafından atıldığı anlaşıldığı takdirde dâvacının ancak sebepsiz mal edinme hükümlerince bir istekde bulunabileceği gözönünde tutulmak ve o esaslar uyarınca tahkikat yapılarak hüküm verilmek, tapu kaydı yere uyduğu ve tohumu da dâvacı atmış olduğu takdirde dâvalının biçme masrafları da gözönünde tutularak sabit görülecek tazminata hükmedilmek ve tapu kaydı yere uyduğu ve fakat tohumu dâvalı atmış olduğu takdirde mahsulün değerinden tohum değeri ve diğer mahsûl elde etme masrafları indirilerek geri kalan kısma hüküm olunmak lâzımgeldiği düşünülmeksizin karar verilmiş olması kanuna aykırı ve tapuya dayanan kısma ilişkin olan temyiz itirazları bu itibarla yerindedir.

NETİCE: Temyiz olunan hükmün gösterilen sebeplerden (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 31-1-1957 tarihinde ittifakla karar verildi.

Tapulu bir arsa haricen satılmış ve müşteri tarafından üzerine bina inşa edilmiş ise bu satış zilyed bulunan müşteri lehine muteber sayılabilir.

Temyiz Yedinci Hukuk Dairesi
Esas: 3219 — Karar: 5111

Çivril'in Bey köyünün Köyiçi mevkiindeki 747 parsel sayılı gayrimenkulün kadastroca Veli Özdemir adına tesbitine İbrahim Tutal ile adı geçen Veli Özdemir taraflarından itiraz edilmekle câri muhakeme neticesinde: Dâva konusu yerin tesbit gibi Veli Özdemir adına tesciline dair Çivril Gezici Arazi Kadastrosu Hâkimliğinden verilen 22/2/1956 gün ve 954/730-956/87 sayılı ilâmın temyizen tetkiki dâvacı İbrahim Tutal tarafından müddetinde verilen dilekçe ile istenilmekle gereği görüşüldü:

747 parsel numaralı 260 metrekare evin Medenî Kanunun meriyetinden sonraki tarihi taşıyan tapuya müsteniden dâvalı Veli Özdemir namına yapılan tesbitine itiraz ve hükmü temyiz eden dâvacı İbrahim Tutal dâva konusu gayrimenkul tesbitinin dayandığı tapu dâhilinde olmakla beraber sahibinden haricen satın aldığını iddia ettiğine, bu yerin tapu sahibi Veli tarafından 9/7/1953 tarihinde İsmail Pekdemir'e ve

İsmail Pekdemir tarafından da 2/9/1953 tarihinde dâvacıya satıldığı hakkında senetler ibraz edilmiş olduğuna ve hâlen dâva konusu eve dâvacı zilyed bulunmasına, tapu tarlaya taallûk etmesine ve kadastroca avlulu ev olarak tesbit edildiğine, mübrez satış senetlerinde evin müşteri tarafından yapıldığı yazılı bulunmasına göre 5602 sayılı kanunun 13 üncü maddesinin C. bendi hükmü gözönünde tutularak ve haricen satın alıp ev yapma keyfiyeti muvacehesinde hakkaniyetin zilyed lehine karar itasına müsait olup olmadığı düşünülmek ve o yönden tahkikat yapılarak varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken 5602 sayılı kanunun hususî hükümleri nazara alınmaksızın ilâmda yazılı sebep ve düşüncelerle itirazın reddi cihetine gidilmesi yolsuz temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün (BOZULMASINA) ve 5602 sayılı kanunun 54 üncü maddesi gereğince harç alınmasına mahal olmadığına 30/4/1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Birlik sınırının tâyini keyfiyeti dâva mevzuu olamaz.

Temyiz Yedinci Hukuk Dairesi
Esas: 3641 — Karar: 5170

Barduz, Ağıl ve Kelur Tüzel kişilikleri ile Sarpu köyü tüzel kişiliği aralarında tahaddüs eden men'i müdahale dâvasından dolayı câri muhakeme neticesinde: Mahallî ilâmında gösterilen sebeple itirazlarının reddine ve kadastro memurunun çizdiği bu hudutların aynen tasdikına dair Kelkit Gezici Arazi Kadastro Hâkimliğiden verilen 8/10/1955 gün ve 955/3007-988 sayılı ilâmın temyizen tetkiki Sarpu köyü muhtarı Husrev Akan ve Barduz köyü muhtarı taraflarından müddetinde verilen dilekçe ile istenilmekle gereği görüşüldü:

Dâvacı köylere izafeten muhtarları tarafından vâkı itirazda dâvalı köye ait tapulama birlik sınırının yanlış tâyin ve tesbit edildiğini ileri sürdüklerine, tapulama kanununun 23 üncü maddesinde derpiş edilen birlik sınırı yalnız bu kanunun tatbiki bakımından tapulama sahasının tahdidi keyfiyetini tazammın etmesine ve idari mahiyette bulunmasına, bu itibarla Adlî kaza mercilerinde münakaşa ve itiraz konusu olamıyacağına göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddile hükmün (ONANMASINA) ve 5602 sayılı kanunun 54 üncü maddesi gereğince harç alınmasına mahal olmadığına 3-5-1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Takip tarihinden evvel alacaklının istinat ettiği senedin iptali hakkında dâva açıldığı surette dâva neticesine kadar icra takibinin tâlikına karar verilmesi iktiza ettiğinden itirazın ref'i talebinin reddine karar verilebileceğine dair.

Temyiz İcra ve İflâs Dairesi
Esas: 1746 — Karar: 1737

Temyiz edilen karar : Hadisede seneliği (5000) lira üzerinden kiralanan furunun kira bedelinden (2500) lirasının ödendiği ve (2500) lirası içinde sened verildiği anlaşımlakta ise de mecurun 1939 senesi kirasının 17 buçuk iradı gayri safisinin ise (300) lira olduğu anlaşılmış ve bu itibarla son kira mukavelesinin 6570 sayılı kanuna muhalif bulunduğundan senedin iptali ve fazla ödenen (1600) liranın tahsili için dâva açıldığı tahakkuk eylemiş ve bu sebeple alacak ihtilâflı bulunmuş olduğundan alacaklının ref'i itiraz talebinin reddine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden : Alacaklı vekili avukat Ali Rıza Akın.

TEMYİZ KARARI

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde verilip kaydedildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

İhtiyati hacze ve (2500) liralık senede müsteniden yapılan takibe karşı itiraz eden borçlu tarafından mezkûr senedin iptali hakkında mahkemeye dâva açıldığı ileri sürülmüş ve bu husutaki dâvanın takib tarihinden evvel ikame edildiği anlaşılmış olmasına göre dâva sonunda mahkemece red kararı ittihaz edilmesi ihtimali olduğu göz önünde tutularak mercice dâva neticesine kadar takibin talikına karar verilmesi iktiza ederken alacaklının dâvada haklı çıkması halinde takibin devamını talebe hakkı olduğu düşünülmeksizin mücerret açılan mezkûr dâvadan dolayı itirazının refi talebinin reddi cihetine gidilmesi kanuna aykırı olduğundan temyiz oluan 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 23-3-1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

513

Temyiz Kararları

CEZA BÖLÜMÜ

Bilirkişi resmî sıfatı haiz memur olmamasına göre resmî memur sayılarak cezanın artırılması yolsuzdur.

Temyiz Birinci Ceza Dairesi
Esas: 1682 — Karar: 1842

İlka eylediği müessir fiil neticesi İsmail Kaygusuz'un sağ gözünün onda dokuz görme kabiliyetini kaybetmesine sebebiyet vermekten maznun Omuş oğlu Hasan Memişin yapılan muhakemesi sonunda: Fiilinin sübutuna ve cürmün işlendiği sırada İsmail'in bilirkişi vazifesini yapmakta olduğunun ve maznunun araziyi yanlış ölçüyorsunuz kime vereceksiniz şeklindeki sualini cevapsız bırakmış olmasından hâdisenin vukua geldiğinin anlaşılmasına mebni T. C. K. nun 456-2, 271 ve 272 nci maddelerine tevfikan iki sene hapis ve 500 lira mânevî tazminatla 50 lira ücreti vekâletin maznundan alınarak müdahil İsmail Kaygusuza verilmesine dair (Malatya) ağır ceza mahkemesinden verilen 6-2-1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki maznun tarafından istenilmiş ve yokluk kâğıdı verilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği Yüksek makamından 9-5-1956 tarihli tebliğname ile temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Sübuta ve raporların mübayenetine ilişen itirazlar yerinde değilse de.

1 — Bilirkişinin resmî sıfatı haiz memur olmamasına göre resmî memur sayılarak bu sebeple cezanın artırılması,

Bozmayı mucip ve maznunun temyiz itirazları bu itibarla vârit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki tasdik mütalâasının reddile hükmün C. M. U. K.nun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve 10 lira bozma harcının haksız çıktığı takdirde maznundan tahsiline ve evrakın mahalline iadesine 6-6-1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

520

(Yük üzerine yolcu almak Belediye Nizamnamesine aykırı olup ölümü intaç eden bir âmil bulunmamasına mebni bu husus kusur sayılarak mahkûmiyete karar verilmesi bozmayı muciptir.)

Temyiz Birinci Ceza Dairesi
Esas: 2501 — Karar: 3067

Tedbirsizlik ve dikkatsizlik neticesi idaresindeki kamyonun devrilmesi neticesi Hatice Gürün ölümüne sebebiyet vermekten maznun Mehmet oğlu Emin Balkırın yapılan muhakemesi sonunda: Fiilinin sübutuna ve hakkında takdiri tahfif sebebinin kabulüne mebni T. C. K.nun 455-1 59 uncu maddeleri mucibince bir sene sekiz ay hapis ve 208 lira 30 kuruş ağır para cezasiyle mahkûmiyetine dair (Aksaray) Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 25-6-1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki maznun tarafından istenilmiş ve yokluk kâğıdı verilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği Yüksek makamından 18-7-1956 tarihli tebliğname ile temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği konuşuldu ve aşağıda ki karar tesbit edildi.

Mahallinde hâdiseyi mütaakıp yapılan salâhiyetli üç bilirkişi tarafından kamyonun sevk ve idaresinde hiç bir kusur ve tedbirsizlik bulunmadığı, yokuş ortasında durmasının ceryan nakleden bobinlerin aniyen yanmasından ileri geldiği ve vasıtanın yapılışı bakımından hidrolik frenlerin bu gibi ahvalde işlemediği bildirilmiş ve el freninin de başlı başına durdurmaya yetemiyeceği tesbit edilmiş olup yük üzerine yolcu almak belediye nizamatına aykırı ve o bakımdan cezayı mucip bir keyfiyet olması doğrudan doğruya ölümü intaç eden bir âmil bulunmamasına mebni sadece bu hususun kusur sayılarak mahkûmiyeti cihetine gidilmesi,

Yolsuz ve maznunun temyiz itirazlariyle tebliğnamedeki mütalâa bu bakımdan yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeple C. M. U. K. nun 321 inci maddesi mucibice BOZULMASINA ve 10 lira bozma harcının haksız çıktığı takdirde maznundan alınmasına ve evrakın yerine iadesine 5-12-1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

521

Fuzulî şâgil durumunda olan mağdurun, vâkı gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet istimaliyle def etmek ve gayrimenkulden gasıbı kovmak T. C. Kanununun 308 inci maddesine göre bir suç teşkil etmez.

Temyiz İkinci Ceza Dairesi
Esas : 884 — Karar : 7573

Kendiliğinden hak almaktan maznun Yusuf Dinç hakkında yapılan duruşma sonunda : T. C. K.nun 308-1; 4 89 94 üncü maddelerine göre 5435 sayılı kanun nazara alınarak neticeten 3750 kr. ağır para cezası ile mahkûmiyetine ve 250 kr. harçla 1500 kr. davetiye masrafının maznundan tahsiline ve cezalının ihtaren teciline dair (Uzunköprü) T. C. M.den verilen 31-10-1956 yılı hükmün temyizen tetkiki maznun vekili tarafından müddetinde istida ve şartı yokluk kâğıdı ile ifa edilerek dâva evrakını C. Başmüddeiumumiliğinin 27-12-1956 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı düşünüldü :

Taraflar arasında bir icra mukavelesi mevcut olmadığı gibi müştekinin eve girmesine maznunun her hangi bir şekilde rıza ve muvafakatı da inzimam etmemiş bulunmasına göre müşteki fuzuli şagil vaziyette olup medeni kanunun 894 üncü maddesi mucibince kanunun himayesi altında bulunan zilyedlik hukuku ihlâl edilen maznunun mâruz kaldığı gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet istimaliyle def etmek ve gayrimenkutden gaasıbı kovmak salâhiyetini haiz bulunan maznunun fiil ve hareketinde 308 inci maddedeki unsurların tahakkuk edip etmediği teemmül edilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi.

Bozmayı mucip esbaptan bulunmuş olmakla tasdika mütedair tebliğname talebinin reddiyle hükmün BOZULMASINA ve 1000 kuruş bozma harcının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 25-4-1957 tarihinde ittifakla karar verildi.

Belediye mer'asına tecavüz 5917 sayılı kanunun şümulüne giren bir suç teşkil etmez.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi
Esas: 3306 — Karar: 4568

Müdahalesi men olunan Erbaa Belediyesine ait merayı tekrar tecavüz etmek suretiyle 5917 sayılı kanuna muhalefetten maznun ve müeccel

522

iki ay hapis ve iki yüz elli lira ağır para cezalarına ait mahkûmiyeti bulunan Mustafa Tilki'nin yapılan duruşma sonunda adı geçen kanunun 7/1 inci maddesi gereğince iki ay hapsine ve müeccel cezasının aynen infazına dair (Erbaa) Sulh Ceza Hâkimliğinden verilen 4/12/1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile (verilen tetkik salâhiyetine binaen) daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu:

1— Ceza umumî heyetinin 10-12-1956 tarih ve 176/182 sayılı ve daha evvelki tarihli kararlariyle teessüs eden içtihadına göre 5917 sayılı kanunun hususî mülkiyete mevzu olan gayrimenkullerin zilyedliğini himaye maksadiyle vaz edilmiş olmasına göre maznunun Erbaa kazası Belediyesine ve dolayısiyle umuma ait meraya tecavüzü fiilinin bu kanunun şümulu dışında kaldığı gibi kaza belediyesine ait meranın köy mânevî şahsiyetine ait meralara tecavüzden bâhis T. C. K. nun muaddel 513 2 nci maddesinin de şumulü haricinde bulunmasına göre bu hususat nazara alınmadan maznunun yazılı şekilde mahkûmiyeti cihetine gidilmesi,

2 — Kabul bakımından men kararının infazı sırasında tecavüz edilen meranın teslim edildiği belediye zabıta âmirinin belediyeyi temsile salâhiyeti ve yetkisi bulunup bulunmadığı ve kararın bu bakımdan kanun hükümleri dairesinde infaz edilmiş olup olmadığı araştırılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi,

Bozmayı gerektirmiş ve maznunun temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla vârid görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına ve on lira bozma harcının haksız çıkacaktan alınmasına 26-3-1957 tarihinde ittifakla karar verildi

---

Cezaevinde mevkuf bulunan maznunun duruşmaya celbedilerek şahitlerin huzuriyle dinlenmesi lâzımdır.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi
Esas: 2239 — Karar: 4969

Tahsin Ürün'ü yirmi gün işinden kalacak derecede dövmekten maznun Tahsin Üstek'in yapılan duruşma sonunda; T.C.K.nun 456/2 inci maddesi gereğince iki sene hapsine ve otu altı lira yarım harç alınmasına dair (Keskin) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 5-11-1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa

edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu.

Senenin resmî takvime göre hesap edilmemesi neticesi ya harcın eksik tâyinindeki isabetsizlik aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.

— Maznunun sorguya çekildikten sonra ceza evinde mahkûmen bulunduğu anlaşılmasına göre cezaevinde duruşmaya celbedilerek şahitleri huzuriyle dinlenmesi ve şahadetlerine karşı diyeceğinin ve müdafaasının lüzumundan zühûl edilmesi,

Bozmayı gerektirmiş ve maznunun temyiz itirazları bu itibarla vârit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına ve on lira bozma harcının haksız çıkacaktan alınmasına 2-4-1957 tarihinde ittifakla karar verildi:

Maznunların gıyabında vekillerinin huzuriyle yapılan duruşmada C. M. U. Kanununun 258 inci maddesine tevfikan vekile müdafaa hakkı verilmesi halinde ayrıca maznunlara müdafaa hakkı verilmesine lüzum yoktur.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi
Esas: 1658 — Karar: 4595

Köylüler tarafından hazineye ait arazileri kullanan şahısların isimleri tesbit ve ecrimisil takdir etmek üzere köylerine gelen mal müdürü vekili Mürseli vazifede tehdit ve vazifesini yapmaya mâni olmaktan maznun Ahmet Altın, Ali Aydının yapılan duruşmaları sonunda; T.C.K. nun 188/2, 273/1, 59 uncu maddeleri gereğince takdiren birer ay hapis ve 100 er lira ağır para cezalariyle mahkûmiyetlerine dair (Digor) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 9-11-1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûmlar tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden Usulün 258 inci maddesi hükmünün maznunlar haklarında yerine getirilmemesi yolsuzluğundan ve diğer bir sebepten bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu:

Mahkemece sorguya çekilen maznunların gıyabında vekillerinin duruşmaya kabulü suretiyle maznunların zinen duruşmadan vareste tutulduğu ve 9-11-1956 tarihli duruşma celsesinde maznunlar müdafiine usulün 253 inci maddesine göre mütemmim müdafaa hakkı verildiği anlaşıl-

masına göre tebliğnamenin 2 sayılı bendindeki bozma sebebi ve dosya müderecatına, toplanan delillere, gerekçeye ve takdire nazaran maznunların temyiz itirazları vârid görülmemiş olduğundan reddile hükmün tasdikına depo paralarının irat kaydına ve müstedi maznunlardan on üçer lira tasdik harcı alınmasına 26-3-1957 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Suç asker tarafından asker aleyhine işlenmiş olmasına göre, As. M. U. Kanununun 1/2 nci maddesine tevfikan vazifesizlik kararı vermek icabeder.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi
Esas: 1651 — Karar: 4584

Üst Çavuş Metinin emaneten aldığı motosiklet lâstiklerini alacağına karşı tuttuğunu söyliyerek iade etmemek suretiyle emniyetini suiistimal etmekten maznun Üst Çavuş Turan Lilluşu'nun; beraetine dair (İzmir) 3.ncü Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 18-12-1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki Müdahil tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğnağme ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu:

1 — Suç asker tarafından asker aleyhine işlenmiş olmasına göre Askerî Muhakeme Usulü Kanununun 1 inci maddesinin ikinci bendi gereğince vazife cihetinin düşünülmemesi,

Bozmayı gerektirmiş olduğundan müdahil tarafından temyiz edilen hükmün sair cihetlerinin tetkikına mahal olmaksızın tebliğnağmenin iki sayılı bendi veçhile bu sebepten dolayı bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine 26-3-1957 tarihinde ittifakla karar verildi.

Seyir halinde bulunan trene ayva atmak (Katı cisimlerden olmadığından) T. C. Kanununun 388 inci maddedeki suçu teşkil etmez.

Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi
Esas: 1981 — Karar: 4637

Seyir halinde bulunan katara ayva atmaktan maznun ve mükerrer Hasan Yükselin T.C.K.nun 388, 81-1 nci maddeleri gereğince sekiz gün hapsine dair (Tire) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 12-12-1956 tarihli hükmün temyizen tetkiki Mafevk Ödemiş C.M.U. liği tarafından müddetinde istida edilerek dâva evrakı bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı müzakere olundu:

525

1 — Maznun tarafından trene atıldığı kabul edilen ayvanın tatbik edilen maddede yazılı (katı) cisimlerden mâdut olup olmadığı tesbit edilmeden ve ayvanın trene değil, Zeki adındaki şahsa isabetetmiş olduğu ve umumî bir tehlikeye sebebiyet veren bir zarar husule gelmemiş bulunduğu nazara alınmadan yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesisi,

2 — Kabul bakımından 413 ncü maddenin tatbikına yer olup olmadığının tetkik ve münakaşa edilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş ve Mafevk C. Müddeiumumisinin temyiz itirazı ve tebliğname münderecatı bu itibarla vârid görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına 27-3-1957 tarihinde ittifakla karar verildi.

---

1 — 31 inci maddenin dokuzuncu bendinde yazılı kâr hadlerinin ilâvesi malın alış bedeli ile hükûmetin kabul ettiği masraflar yekûnu bulunduktan sonra mümkün ve neticesine göre fazla fiyatla satış bulunup bulunmadığı tâyin edilmek lâzım iken malın alınış bedeline yüzde yirmi beş kâr ilâve edilerek satışta fazlalığın kabulünde,

2 — Emanete alınmamış olan un bedelinin müsadere ve iadesine karar verilmesinde isabet yoktur.

Temyiz Beşinci Ceza Dairesi
Esas: 4537 — Karar: 6007

İhtikâr teşkil eden fiyatla un sattığı bilmuhakeme sabit olan maznun Mehmet Sadi Şişman'ın fiiline uyan Millî Korunma Kanununun muaddel 57/4 üncü maddesi gereğince üç ay hapis(1000) lira ağır para cezalariyle ve fer'i cezalarla tecziyesine dair (Aksaray) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 3-7-956 günlü ve 956/73-75 sayılı hükmün müddeti içinde temyizen tetkiki mahallî C. müddeiumumisi ile adı geçen maznun taraflarından istenilmesi, şartı maznun tarafından yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilip C. Baş müddeiumumiliğinden tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı tetkik ve icabı müzakere ve aşağıda yazılı karar ittihaz olundu:

1 — 31 inci maddenin 9 uncu bendinde yazılı kâr hadlerinin ilâvesi malın alış bedeliyle Hükûmetin kabul ettiği masraflar yekûnu bulunduktan sonra mümkün ve neticesine göre fazla fiatla satış bulunup bulunmadığının tâyini kabil iken malın alış bedeline sadece yüzde yirmi beş kâr ilâve edilerek satışta fazlalık bulunduğunun kabulü,

526

2 — Un bedeli emanate alınmadığına göre müsadere ve iade kararı verilmesi,

3 — 1949 tarihinde (1500) lira sermaye ile üçüncü sınıf tacir olarak kaydedilmiş olan maznunun arada geçen yedi sene zarfında bir çok sebeplerle sermayesini artırması kabil bulunduğundan dükkânındaki mallarla bankalardaki alacak ve borçlarını, varsa mağaza dışındaki ticarî faaliyetlerinin tahkikiyle neticesine göre ticarî durumunun tesbit edilmemesi,

Yolsuz ve maznunla C. Müddeiumumisinin temyizi bu bakımlardan yerinde olduğundan hükmün C. M. U. K. nun 321 inci maddesi mucibince (BOZULMASINA) depo parasının maznuna geri verilerek haksız çıktığı takdirde kendisinden (10) lira bozma harcı alınmasına 27-11-1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

Kurbanlık hayvanların âzami satış fiyatları hakkında belediye encümeninden verilen kararın mesnedi tahkik olunarak neticesine göre ortada Millî Korunma Kanununa muhalefet suçunun bulunup bulunmadığının teemmülü icabeder.

Temyiz Beşinci Ceza Dairesi
Esas : 5536 — Karar : 6197

İhtikâr teşkil eden fiyatla kurbanlık koyun sattığı bilmuhakeme sabit olan maznun Rıza Tan'ın fiiline uyan Millî Korunma kanununun 31/2-A, 57/4 ve ceza kanununun 59 uncu maddeleri gereğince iki ay (15) gün hapis, (833) lira (30) kuruş ağır para cezalariyle tecziyesine hapis cezası müddeti kadar ticaretten men,ine dair (Ankara) Asliye Beşinci Ceza hakimliğinden verilen 30-7-1956 tarihli ve 956/398-442 sayılı hükmün müddeti içinde temyizen tetkiki adı geçen maznun tarafından istenilmesi, şartı yerine getirilmesi üzerine mahallinden gönderilip C Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı tetkik ve icabı müzakere ve aşağıda yazılı karar ittihaz olundu :

1020 ve 1021 sayılı Koordinasyon kararlariyle Belediyelere sadece gıda maddeleri ve havayici zaruriyenin âzami satış fiyatları ile kâr hadlerinin tâyini salâhiyeti verilmiş ve kurbanlık hayvanlar ise doğrudan doğruya gıda maddesi ve havayici zaruriyeden bulunmayıp muayyen

servet derecesindeki müslümanların dini vecibelerini karşılayacak mallardan bulunmuş olduğuna nazaran Ankara Belediyesinin kurbanlık hayvanlar hakkındaki kararının mesnedi sorulmak suretiyle dâva mevzuu olan hadisede Millî Korunma kanununa muhalefet suçu bulunup bulunmadığının temmülü icabederken zuhul olunması.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan tasdik isteyen tebliğnamenin reddiyle hükmün C. M. U. K.nun 321 inci maddesi mucibince (BOZULMASINA), ve depo parasının maznuna geri verilerek haksız çıktığı takdirde kendisinden (10) lira bozma harcı alınmasına 30-11-1956 tarihinde ittifakla karar verildi.

---oOo---

528

D Ü Z E L T M E

1957 yılı Adalet Dergisinin 3 üncü sayısının 303 - 309 uncu sahifelerinde neşrolunan «Temyiz Mahkemesi Umumî Heyetinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler» başlıklı yazı aşağıdaki şekilde düzeltilecektir :

Yanlış	Doğru	Sahife	Satır
Giresun	Giresun'un	303	1
Olduğundan	Olmadığından	303	19
Münazaunbihin	Münazaunfihin	303	20
Temyiz Mahkemesi	Bu iki kelime aslında yoktur.	304	7
aayrımenukl	gayrimenkul	304	25
Hisselerini kardeşleri olan dâvalılara hibe ettiğinden yazılmasına muvafakat ettiğini teknisyen ile yardımlara, hibe ettiğinden, yazılmasına muvafakat ettiğini teknisyen ile teknisyen yardımcısına ifade etmiş	Hisselerinin kardeşleri olan dâvalılara hibe ettiğinden, yazılmasına muvafakat ettiğini teknisyen ile teknisyen yardımcısına ifade etmiş	304 - 305	27/1 - 3
Tapu vasfında	Tapu memuru vasfında	305	13
Tahâkkuk	Telâhuk	305	23
hazine	Hazine	305	27
takyidatın	takyidatına	305	30
bir suç	bir çok	305	30
sicil veya	sicil memuru veya	306	24
Beyanına	beyanını	307	1
Velidedeoğlunun	Velidedeoğlu	308	11
etmekle	etmemekle	309	7
ankara'da	Ankara'da	309	10
mütavazi	mütevazi	309	11

——oOo——

529

MEVCUDU OLAN SATIŞTAKİ KİTAPLAR LİSTESİ

	Kuruş
Adalet Dergisi 1948 yılı 1 - 12 inci sayıları	1000
„ „ 1949 „ 1 - 12 „ „	1000
„ „ 1955 „ 4 - 12 „ „	900
Adalet Mantığı (Tercüme)	300
Avukatlık Kanunu ve Talimatnamesi (1936)	50
Deniz Ticaret Hukuku (K. Berker tercümesi)	300
Meşhut Suçlar Kanunu Talimatı	15
Noter Kanunu (1942 Basımlı)	50
Tamimler Mecmuası (1938)	100
„ „ (1950)	100
1941 - 1942 Temyiz Kararları Ceza Bölümü	500
Temyiz Mahkemesi Kararları : 1952 Ceza Kısmı	300
„ „ „ 1952 Hukuk „	300
„ „ „ 1953 Ceza „	250
„ „ „ 1953 Hukuk „	300
„ „ „ 1954 Ceza „	250
„ „ „ 1954 Hukuk „	300
„ „ „ 1955 Ceza „	250
„ „ „ 1955 Hukuk „	300
„ „ Tevhidi İçtihat Kararları : 1950 Hukuk Kısmı	50
„ „ „ „ „ 1950 Ceza „	50
„ „ „ „ „ 1951 Hukuk „	50
„ „ „ „ „ 1952 Ceza „	10
„ „ „ „ „ 1952 Hukuk „	15
„ „ „ „ „ 1953 Ceza „	25
„ „ „ „ „ 1953 Hukuk „	25
„ „ „ „ „ 1954 Ceza „	25
„ „ „ „ „ 1954 Hukuk „	75
„ „ „ „ „ 1955 Ceza „	25
„ „ „ „ „ 1955 Hukuk „	75
Zürih şerhi : Aile Hukuku (1949) 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 C: 3 (Dr. Ferit Ayiter Tercümesi)	300
„ „ Giriş ve Kişinin Hukuku C: 1 (Volf Çernis Tercümesi)	300
„ „ Giriş ve Kişinin Hukuku C: 2 (Volf Çernis Tercümesi)	300
„ „ Miras Hukuku C: 1 (S. Şakir Ansay Tercümesi)	300
„ „ Vesayet Hukuku C: 1 (Volf Çernis Tercümesi)	450
„ „ Vesayet Hukuku C: 2 (Volf Çernis Tercümesi)	450
„ „ Zilyedlik ve Tapu Sicilli (Dr. Suat Bertan Tercümesi)	300

531

532