1961
V

ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN AYDA BİR YAYINLANIR

Yıl : 52 Temmuz - Ağustos 1961 Sayı : 7 - 8

İ Ç İ N D E K İ L E R

İncelemeler Sayfa

Senai OLGAÇ : Satım Akdinde Satılanın Ayıptan Salim Olmasını Tekeffül 655
Lütfü DALAMANLI : Haksız Rekabet 664
Dr. Baki KURU : Ödeme Emrine İtirazın İptali Dâvası ve İcra İnkâr Tazminatı 676
Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK : Devletler Ceza Hukuku Bakımından Ülkede İşlenen Suçlar 695
Dr. Turgut SENGİR : İsviçre'de Noterlik 701
Dr. Erdoğan GÖĞER : Deniz Kazalarında Radarın Yeri 716
A. Sadeddin BERKİ : Eski Hukukumuzda Miras 725
Adlî KISAGÜN : Vefa ve İştirâ Hakları 734
Dr. Yıldırım KESKİN : Deniz Ticaret Mukaveleleri Üzerine Deneme 753
Aziz ŞENKAN : Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin Mahkeme Kararını Ref'edip Dâvanın Esasını Hükme Bağlayan Bir Kararı ve Bu Türlü Tatbikatın Mahkemelerin Israr Hakkına Zarar Verip Vermiyeceği Hakkında Bir Düşünce 764

İçtihatlar

I — Yargıtay Hukuk Kararları 771
II — Yargıtay Ceza Kararları 797
III — Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları 815

Kronik

Rıdvan Bülent ERCİYEŞ : Yeni Hukuk Yayınları 818

669

KÜTÜPHANESİ

ADALET DERGİSİNE GÖNDERİLECEK YAZILAR

Adalet Dergisinde yayınlanan telif veya tercüme yazıların bir sayfasına 15 lira ödenir.

Sayın yazar ve mütercimlerin Adalet Dergisinde yayınlanmasını istedikleri yazılarını bir mektupla Bakanlığımız Yayın Müdürlüğüne göndermeleri gerekir.

Gönderilecek yazıların kâğıdın bir yüzüne makine ile seyrek satırlarla, yeni terimlerle yazılması ve yazının baş tarafında bir plân ile umumî bibliyografya notlarının bulunması lâzımdır.

Dergiye gönderilen yazıların yayınlanıp yayınlanmıyacağı sahiplerine bildirilmez ve yazılar geri verilmez.

ABONE VE SATINALMA

Adalet Dergisinin bir sayısı 2,50 lira, yıllık abonesi 30 liradır.

Dergiye abone olmak ve Bakanlığımızın diğer yayınlarından satın almak isteyenler, yayın bedellerini bulundukları yer maliyesine yatırabilecekleri gibi, doğrudan doğruya Bakanlık Yayın Müdürlüğüne yatırmak veya posta ile göndermek suretiyle de temin edebilirler. para posta ile gönderildiği takdirde, makbuz pulu için ayrıca 6 kuruş ilâvesi gerekir. İstenilen dergi ve kitaplar, posta ücreti aranmaksızın bildirilen adrese postalanır.

Satışta bulunan yayınlarımız deginin arka kapak içyüzünde fiyatlariyle gösterilmiştir.

Millî Eğitim Bakanlığı Yayınevlerinde de Bakanlığımız yayınları satışa arzedilmiştir.

670

25 EKIM 1961

Devlet Matbaası

ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN AYDA BİR YAYINLANIR

Yıl : 52 | Temmuz - Ağustos 1961 | Sayı : 7 - 8

İ Ç İ N D E K İ L E R

İncelemeler — Sayfa

Senai OLGAÇ : Satım Akdinde Satılanın Ayıptan Salim Olmasını Tekeffül 655

Lütfü DALAMANLI : Haksız Rekabet 664

Dr. Baki KURU : Ödeme Emrine İtirazın İptali Dâvası ve İcra İnkâr Tazminatı 676

Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK : Devletler Ceza Hukuku Bakımından Ülkede İşlenen Suçlar 695

Dr. Turgut SENGİR : İsviçre'de Noterlik 701

Dr. Erdoğan GÖĞER : Deniz Kazalarında Radarın Yeri 716

A. Sadeddin BERKİ : Eski Hukukumuzda Miras 725

Adlî KISAGÜN : Vefa ve İştirâ Hakları 734

Dr. Yıldırım KESKİN : Deniz Ticaret Mukaveleleri Üzerine Deneme 753

Aziz ŞENKAN : Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin Mahkeme Kararını Ref'edip Dâvanın Esasını Hükme Bağlayan Bir Kararı ve Bu Türlü Tatbikatın Mahkemelerin Israr Hakkına Zarar Verip Vermiyeceği Hakkında Bir Düşünce 764

İçtihatlar

I — Yargıtay Hukuk Kararları 771

II — Yargıtay Ceza Kararları 797

III — Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları 815

Kronik

Rıdvan Bülent ERCİYEŞ : Yeni Hukuk Yayınları 818

671

6026 sayılı kanuna göre idare etmekle vazifeli olan :
Rıdvan Bülent Erciyeş

672

SATIM AKDİNDE SATILANIN AYIPTAN SALİM OLMASINI TEKEFFÜL

Yazan : Senai OLGAÇ

(Yargıtay Üyesi)

Satım akdinde, satılanın ayıptan salim olmasını tekeffül mevzuu, umumiyet itibariyle, Borçlar Kanunun 194 ncü maddesinin hükmiyle tanzim edilmiş bulunmaktadır. Hayvan alım satımında tekeffül 195,199 ncu maddelerde ve tekeffüle ait diğer hükümler ise 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207 nci maddelerde yer almaktadır.

Tekeffül mevzuunu, umumiyet itibariyle tanzim eden 194 üncü madde : «Satıcı alıcıya karşı satılan zikr ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddî ve hukukî bir sebeple kıymetini veya maksud olan menfaatini izale ve ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir.

Satıcı, bu ayıpların mevcudiyetini bilmese bile onlardan mes'uldür.» hukukî esaslarını vazetmiştir.

Yazımızda, münhasıran 194 ncü madde ile konulan hukukî esaslar ve bu maddenin şumulü ; doktirin ve tatbikat yönünden tetkike konu olarak alınmış bulunmaktadır.

1 — **Ayıba karşı tekeffül :** Satıcının alıcıya karşı ; satılan şay'in vadedilen vasıfları haiz olmamasından, satılan şey'in maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya kullanılacağı hususa elverişliliğini gideren veya azaltan ayıplardan dolayı mesul olması haline denir (1).

Satımdan maksad, faydalı bir şey'in mülkiyetini iktisaptır. O şey alıcının ondan istifadesini refedecek derecede ayıplı ise, satıcı borcunu ifa etmemiş olur. Bu takdirde satıcının bir akdî kusur yapmış olduğu kabul edilir. meselâ, sağlam olduğu beyan edilen bir bina çürük çıktığı veya satın alınan bir hayvan hastalıklı bulunduğu takdirde durum böyledir. Satıcı, alıcıya «faydalı ve salim» bir tasarruf temin etmeğe mecburdur.

(1) « Almancası - Gewahrleistungspflicht wegen sach - und Rechtsmangel. Fransızcası - garantie en rasion des defauts de la cause. » Türk Hukuk lûgatı, sh. 27

«Umumî manada ayıp, bir eşyada, hâkim olan telâkkiye göre bulunmaması lâzım gelen objektif kusurlardır.» (2)

«Vasıf, denilince, bir şe'yin kıymet ve evsafını tayin eden bütün hususlar anlaşılır. Bunlar, hukukî, maddî yahut iktisadî mahiyette olabilirler. Bir malın tasvir veya methü senası bir vait teşkil etmez. Bazı vasıfların mevcut olduğu hususunda tekeffülü mutazammın iradenin tezahür etmesi lâzımdır. Vaidin sarih olması zaruri olmayıp halin icaplarından anlaşılması da mümkündür.» (3)

Bir malın ayıplı olması demek, müşterinin o malda bulunmasını istemekte haklı olduğu vasıfların mevcut olmaması veya kısmen mevcut bulunması demektir.

Mebiin ayıptan salim olmasına dair kanunî tekeffül, gayrımenkul mallar da dahil olduğu halde bütün satımlarda mevcuttur. Arazi, bina, makine, ticarethane, tablo, otomobil, her türlü emtia ve saire gibi.

2 — Halin icaplarının alıcıya arzu edilen vasıfların temamen veya kısmen bulunmayışı sebebiyle şikayet hakkı verdiği hallerde ayıp mevcuttur.

Vasıf tabirinden, yalnız mebii diğer şeylerden ayırt eden tabii hususiyetleri değil, muamelâtta carî telâkkilere göre o şeyden neşet eden ve onun kıymeti üzerinde tesir ettiği kabul edilen her türlü iktisadî ve hukukî münasebetleri anlamak gerekir. Verim, kâr gibi mebiin eşya olarak vasfı ile doğrudan doğruya alâkalı olmayan hallerde vasıf mahiyetini haizdir. Meselâ : satılan mobilyanın halis cevizden olduğu, halının acem halısı bulunduğu, tablonun hakiki bulunduğu maddî vasıflara; makinenin imal kabiliyetinin şu miktarda, ticarethanenin aylık kârının X lira, evin kirasının şu kadar lira bulunduğunun beyan edilmesi iktisadî vasıflara; satılan arsa üzerinde âmme hukukundan neşet eden bir inşaat takyidinin bulunmadığının beyanı hukukî vasfa, misal teşkil eder (4). Vasıfların beyanı menfi ve müsbet şekilde yapılabilir. Mebiide, iyi vasıfların bulunduğu müsbet, kötü vasıfların ve noksanların bulunmadığını beyan menfi vasıf beyanına misal teşkil eyler.

---

(2) Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı, Ticari Bey, sh. 259

(3) Fritz Funk, Dr. en Droit, Commentaire du code Fédéral des Obligations, Traduit par Dr. Max E. Porret et Gustave Peregaux, Tercüme, Dr. Nihat Türel, Neşredilmemiş eser, sh. 142 No. 2

(4) Prof. Dr. Turhan Esener. Borçlar Hukuku Ders Notları, Teksir baskı, sh. 61

674

3 — Hukukî ayıptan, üçüncü şahsın hakkından neşet edenler değil (5), satılan şeyden faydalanmayı veya onu kullanmağı tahdit eden ayıplar anlaşılır. Ayıp kayda değer olmalıdır. Yani imkânsızlık doğurmalı veya alıcının arzuladığı normal kullanmayı geniş ölçüde tahdit etmelidir (6).

Ayıp, maldan istihsal edilecek faydaları ihlâl etmelidir. Maddede «maksut olan menfaati izâle veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan» bahseder. Burada müşterinin maksadı esastır. Koleksiyonu için pul satın alan kimse pulun damgalanmış olmasını bir ayıp sayamaz.

Mal, muayyen bir gayenin elde edilmesi için kullanılacak bir vasıtadır. Ev ikâmet ve irat için, elbise giyilmek için, gıdaî maddeler açlığı gidermek için kullanılan vasıtalardır. Bazen iştirada ki kast, malda muayyen vasıfların bulunmasını icap ettirir. İster zımnî olsun, ister vadedilmiş bulunsun mebiin icap eden vasıftarı haiz olmaması ya aktin hükümsüzlüğünü veya semenden tenzilât icrasını intaç eder (7).

Ayıp satıştan evvel mevcut olmalıdır. Sonradan husule gelen ayıplar alıcıya aittir. Ancak, akdin vukuundan evvel mevcut sebeblerden dolayı akdin vukuundan sonra hasar vukua gemişse satıcı gine mes'ul olur.

Miktar bakımından mebiin eksik verilmesi veya mebiden başka bir mal teslim olunması 96 ncı maddenin tatbikini icap ettirir. Ambalajın ayıplı olması malın ayıplı sayılmasını icap ettirmez. Fakat ambalaj mebiin mütemmim cüz'ü ise o zaman onun bozukluğu ayıp sayılır. Dikiş ve yazı makineleri kapaklarında olduğu gibi (8).

4 — Satıcı kanunen gerek hukukî gerek maddî bakımdan mebiin kıymet ve elverişliliğini mütekeffil olduğu gibi, temin ettiği vasıfların bulunmamasından da mes'uldür. Tekeffül borcu biri kanunî ve rızaî olmak üzere ikiye ayrılır (9).

İster kanundan ve ister akitten doğsun, hukukî ayıpları zapta karşı tekeffül borcundan tefrik müşkilât arzedebilir :

Guhl'e göre; zapta karşı tekeffül borcu alıcıyı üçüncü şahısların sübjektif haklarına karşı korur,hukukî ayıplara karşı tekeffül borcu alıcıya

(5) Zira bunlar zabta ait 189 uncu maddenin hükümlerine tâbi kılınmıştır.

(6) Funk. , Ter. Türel. , zge. sh. 142 No. 3

(7) Ord. Prof. Ahmet Esat Arsebük, Hususi akit tipleri etrafında incelemeler, AHFD. 1948 sayı 1—4, sh. 119

(8) Funk. , Ter. Türel. sh. 142 No. 3 ; Arsebük. zg. makale, sh. 119

(9) Dr. iur. Theo Guhl, Das Schweizererissche Obligationenrecht, 1936, Zürich. sh. 160; Arslanlı, zge. sh. 259 Dip Not. 24

hukukî bakımdan muayyen vasıfların bulunmamasından veya muayyen ayıpların bulunması sebebiyle mebide değer düşüklüklerine karşı himaye eder.

Oser'e göre, zapta karşı tekeffül borcu bir şeyde hukukî bir münasebetin, hukukî ayıplara karşı tekeffül borcu ise bir şeyde hukukî bir vasfın bahis mevzuu olduğu hallerde câridir. Meselâ, bir gayrımenkulde irtifak hakkının bulunduğu ileri sürülmüşse, Borçlar Kanununun 189 ncu maddesi, komşuluk münasebetiyle inşaatın tahdidi istenmişse, 194 ncü madde tatbik edilir (10).

Becker, tekeffül ile ayıplara karşı mes'uliyet hükümlerinin yan yana bulunduğunu beyan eder (11).

5 — Ayıp aktin inikadından, bilhassa nefi ve hasarın intikâlinden sonra doğmuşsa hata hükümleri tatbik edilemez. Akdin inikâdı sırasında mebiin luzumlu vasıflarında hata edilmiş ve bu hata akdi yapmağa müessir olmuşsa, hatanın mevzuu Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinde tarif edilen ayıp mevzuuna uygun ise, hata hükümleri tatbik edilemez. Ayıp hükümleri hata hükümlerine tekaddüm eder. Buna mukabil Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin tanzim ettiği saha dışında hata edilmişse Borçlar Kanununun 24 üncü maddesi kabili tatbiktir. (12).

6 — Satıcı ekseriya satılanın muayyen bir vasfının bulunduğunu veya bazı noksanların bulunmadığını ifade eder şekilde bir beyanda bulunmaz. Bununla beraber satılan şeyin satımından beklenen gayeyi temin edecek vasıfları haiz olması ticarî doğruluğun icabıdır. Bunlara «lüzumlu vasıflar» denir. Satıcı bu lüzumlu vasıflardaki noksanlıkları yani ayıpları bilmese bile bunlardan dolayı mesul olur. Satıcının bu vasıfları ayrıca zikir veya vaadetmesine lüzum yoktur. Bundan dolayı satıcının ayrıca bir vaadde bulunmasına lüzum kalmadan tekeffül hükümleri kanunen câri olduğu için bu nevi tekeffüle **kanunî tekeffül** adı verilmektedir. Bu nevi ayıptan satıcının sorumlu olması için şu şartların bir araya gelmesi lâzımdır.

a Ayıp satılanın kıymetini veya ondan beklenen faydayı izale ve ehemmiyetli surette tenkis etmelidir. Maksut olan menfaatin tâyininde müşterinin niyeti esas olarak alınır.

Değerde ayıbın ehemmiyeti mebiin fiyatı ile yakından ilgilidir. Ayıba göre mebiin kararlaştırılan fiyatla alınamıyacağı kabul edilebilirse, değeri

(10) Guhl, zge. sh. 160: Dr. H. oser. Das Obligationenrecht. 1915, sh. 479 No. 3; Arslanlı, zge. sh. 260

(11) Arslanlı, zge. sh. 259, 260

(12) Arslanlı, zge. sh. 263

676

azaltan bir ayıp vardır. Elverişlilikte daha ziyade mebiin kullanılacağı yer göz önünde tutulur.

b) Ayıp neticesinde mebiin değeri veya elverişliliği ehemmiyetli surette azalmalı veya temamen ortadan kalkmalıdır.

c) Mebideki ayıp gizli olmalıdır.

d) Mebideki ayıp, hasarın intikâlinden önce mevcut olmalıdır.

e) Ayıba karşı tekeffül mukavele ile berteraf edilmiş olmalıdır (13).

7 — Satıcının sattığı malda ayıp teşkil eden durumu bilmesi maddenin tatbik şartı değildir (14). 96 ve müteakip maddeler aykırı olarak satıcının kusuru olmaması halinde de tekeffül mevcuttur (15). Alıcı ayıbı bildiği halde akdi yapmış ise tekeffülden zımnen feragat etmiş sayılır. Ayıbın mebiin kıymetini veya maksut olan menfaatini izâle veya ehemmiyetli bir surette tenkis ettiğini isbat alıcıya aittir (16).

8 — Satılan şey'in ayıpları sebebiyle tekeffül 194 üncü maddede çizilen hudutlar dahilinde mukavele ile genişletilebilir veya tahdit olunabilir. Satılan şey'in kabulü halinde tekeffül sona erer. Yeterki ayıplar kabul anında görürebilir durumda olsun (17).

9 — Meskene tahsis edilen bir gayrımenkulü satın alan kimse, tabiî olarak mezkûr gayrımenkulün muhtelif dairelerinin bilfiil meskene yarar olduğunu kabul edebilir. Yabancı sebeplerden dolayı gayrımenkulün mesken olarak kullanılmasına imkân kalmazsa, satıcı Borçlar Kanununun 194 üncü maddesiyle 217 nci maddesine göre ayıpları tekeffüle mecburdur; cünki 194 üncü madde metnine göre satıcının tekeffülü yalnız vait ve zikrettiği vasıflara münhasır olmayıp aynı zamanda satılanın ya değerini veya maksat ve faydasını izâle veya mühim miktarda satılan maddi ve hukukî ayıplara şâmildir.. Hukukî ayıplar arasında İmar Kanununun (18) tahdidi hükümleri sayılmalıdır.

194 üncü maddenin kabili tatbik olması için, kanunun derpiş ettiği «ehemmiyetli bir surette kaydından gayrı, hususî hukuk veya âmme hu-

(13) Bilge, sh. 59. 60 ; Esener, zge. sh. 64, 65 ; Arslanlı, zge. sh. 266 269; Rossel, zge. No. 399-401.
(14) Tem. HGk. 3/6/1959 T. 4/30 E. 36 k. ; Ls. C. III. sh. 167
(15) Funk. zge. sh. 142 No. 4.
(16) Rossel, zge. No. 399-401
(17) Funk, zge. sh. 142 No. 1
(18) Evvelce İmar Kanununun yerinde Yapı Yollar Kanunu vardı.

677

kuku kanunlarından neşet eden ayıpların, rizklerin alıcıya geçerken var olmuş bulunması kâfidir» (19).

10 — Satın alınan arsanın imâr durumuna göre bir kısmının yeşil saha ve bir kısmının yola gideceği tesbit edilmiş ve İmar hükümleri sebebiyle gayrımenkulden kasdedilen menfaat önemli bir şekilde azalmış ise bu takdirde 194 üncü maddenin böyle bir dâvada tatbik edilir (20).

11 — Dâvacı tapuda arsa olarak yazılı bir gayrımenkulu satın almıştır. Arsa demek, üzerine yapı yapılması mümkün olan bir yer parçası demektir. Yani arsa vasfına, yapı yapabilmak şartı, kaide olarak bağlıdır. Bu vasfı haiz olmayan bir arsanın satışı kasdedildiği hallerde bu cihetin açıkca akid şartlarında tesbiti zaruridir. Bu itibarla, arsa olarak gayrımenkulü satın almış olan kimse bu gayrımenkule yapı yapılmasına Belediyenin müsade etmemesi halinde, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendine uygun şekilde hataya düşmüş demektir. Böyle bir hadisede Borçlar Kanununun 217 nci maddesi yoluyla aynî kanunun 194 ve202 nci maddeleri hükümlerince tekeffüle dayanan dâva dahi açılabilir. Bütün bu maddelerde dâvalı tarafın sattığı malda ayıp teşkil eden durumu bilmesi maddelerin tatbiki şartı değildir (21).

12 — Satıcı ayıpların mevcudiyetini bilmese bile onlardan mesuldür. 194 üncü maddede ki - m a k s u t m e n f a a t - tabirinden maksat mebiin teallûk ettiği husus için istimal kabiliyetidir. Ancak satıcının mutlak surette mebiin ayıplarından mes'ul olması için mebiin ayıplarını satımın vukuunda müşterinin bilmemesi ve ayıpların gizli bulunması şarttır.

Kezâlik, müşteri tekeffüle müstenit fesih davası hakkını muhafaza edebilmek için Borçlar Kanununun 198 inci maddesi serahatına nazaran ittihaz eylemeğe mecbur olduğu tetbirler de, kabzettiği mebiin hâli örf ve adete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek, mebiin muayenesi esnasında bayiin tekeffülü altında bir ayıp zuhur ettiği takdirde bunu derhal bayiine ihbar etmekten ibarettir. Bu kaidelere riayet edilmezse mebi, müşteri tarafından kabul edilmiş addolunur ve fesih dâvası hakkı sakıt olur.

Dâvacı arsayı apartman inşası için satın almıştır. Bu arsanın büyük bir kısmı yeşil sahaya gitmesi sebebiyle az bir kısmı üzerinde inşaat yapılmak mecburiyeti vardır. Arsanın temamı üzerinde inşaat yapıldığı tak-

(19) Federal Mahkeme kararı. 20/12/1934 T. Ist. HFM. sayı 11 sh. 373

(20) Tem. 4. HD. 29/12/1958 T. 9502 E. 8609 K.

(21) Tem. 4. HD. 25/3/1957 T. 8902 E. 1610 K.

dirde elde edeceği menfaatle, müsade edilen kısım üzerinde inşaat yapıldığı takdirde ki durum arasında bir misli farklılık vardır. Ayrıca, apartmanın her odasının kabili iskân ve sıhhi bir bina olmıyacağı ve zaviye'i rüyetten mahrum, havasız yere yapılan binanın kiracılar tarafından hiç bir zaman rağbet görmiyeceği tesbit olunmuştur.

Şu vaziyete böre mebiin kıymeti esaslı bir şekilde tenezzül ettiği gibi bilhassa geri kalan kısma yapılacak binanın gerek yapılmasındaki zorluklar ve gerekse iktisadi kıymetinin pek düşük olacağı bakımından yapılamıyacağı anlaşıldığından maksut olan menfaatin de ehemmiyetli surette haleldar olduğu neticesine varılmaktadır.

Mebiin bu ayıbının bey'in vukuunda müşterinin meçhulü olup olmadığı ve ayıbın gizli bulunup bulunmadığı olayda tahkiki gerekli durumdur.

Mevzubahis ayıp, müşterinin alenî olan tapu siciline müracaatla anlıyabileceği ayıplardan değildir. Kezalik gözle muayene edilerek mevcudiyetine bilgi edinilmesi de mümkün olamaz. Bir gayrımenkulü alan kimse aleni olan tapu sicillini tetkik ile mükellef olup yoksa henüz sahip olmadığını bir gayrımenkulün imâr plânına göre müstakbel durumunu tetkike mecburiyeti ve selâhiyeti yoktur. Tapu siciline bu hususta bir şerhte verilmiş değildir. Bu itibarla halin icabı olarak müşteri olan dâvacının bu ayıba akid sırasında vakıf olduğunu kabul etmek imkânsızdır.

Bu sebeble böyle bir dâvada fesih hakkının kabulü lüzumludur (22).

13 — Satıcı gayrımenkulunü, üzerinde hiç bir tasarrufî ve tecavüzı müdahalenin mevcut olmadığını beyan ederek alıcıya satmıştır. Alıcı tarafından hudut tahdidi dâvası açılmıştır. Tapudan gelen cevaplarda tasarrufî tecavüzlere maruz kaldığı beyanı ile alıcı akdin feshile verdiği paranın tahsili hakkında dâva açmıştır.

Böyle bir iddia 217 nci madde yoluyla 194 üncü maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve ikinci fıkralarına uygun bir mahiyet arzetmektedir. Bu sebeple, tarafların delilleri celp ve mezkûr maddeye uygun tetkik edilmelidir (23).

14 — Satılan apartmanın kanalizasyon kanalı umumi mecraya bağlanmayıp komşu binanın tali kanalına bağlatması teknik esaslara aykırıdır. Satıcı bu işi merciinden ruhsat almaksızın gizli olarak yaptığı ve keyfiyetin sathî bir muayene ile anlaşılmasının mümkün olmadığı, bu

(22) Tem. HGK. 7/7/1948 T. 1/168 E. 41 K.
(23) Tem. 4. HD. 15/4/1957 T. 8404 E. 2031 K.

679

halin kira bedellerinde düşüklük tevlit edeceği, pis suların sık sık bodrum katlarını istilâ edeceği ve akitten maksut olan menfaatin ehemmiyetli surette azalacağı bilirkişiler tarafından tesbit olunmuştur. Dâvacı müşteri, bu ayıbı gidermek için sarfettiği meblâğın tahsilini satıcı dâvalıdan talep etmiştir.

Kanalizasyon ikmâl edilmiş bir semtte apartmana ait tesislerin umumî mecraya bağlanmayıp apartmana zarar verecek şekilde tali bir kanala bağlanabileceği hususunun hemen hatırlanıp tetkik edilecek hallerden mâdut olmıyacağı tabiidir.

Dâvacı bu gizli ayıba sonradan kiracıların şikâyeti ile müttali olduğuna göre keyfiyetin bayie derhal bildirmediği mülâhazasiyle ve Borçlar Kanununun 198 inci maddesi hükümlerine imtisalen davalıya mesuliyet teveccüh etmiyeceğinin kabulü mümkün değildir. Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin derpiş eylediği, mebiin evsafını mütekeffil durumda kabul etmek lâzım gelir. Satış sırasında kanalizasyondan ki gizli ayıptan bahsedilmemesi dâvacının evsaf bakımından iğfal edildiğine müncer olur (24).

15 — Arsa belediye tarafından satılmıştır. Alıcı bina yapmak üzere bu arsayı satın almıştır. İmar plânına göre inşaat yapılamıyacak bir yerin satılmış olmasından dolayı Borçlar Kanununun 194 üncü maddesine göre olayın incelenmesi gerekir. Bu dâvanın tetkiki Adalet mahkemesinin vazifesine dahildir (25).

16 — İhale edilen arsanın yola ve yeşil sahaya ithal edildiği satıştan evvel satıcı tarafından bilinmektedir. Satıcı bildiği bu hususu şartnameye yazmamıştır. Şartnameye, zabıt halinde mes'ul olunup diğer ayıplardan dolayı mes'ul tutulamıyacağının satıcı tarafından yazılmış olması hüsnüniyet kaidesiyle kabili telif değildir (26).

17 — Bir buz dolabının satışında tarafların her ikisi de dolabın uzunluğu hakkında yanlış fikirde bulunuyorlar. Alıcı, taahhüt olunan vasıflara mebi uygun olmadığından mukavelenin feshini talep etmiştir.

Rızanın beyanında ve her iki tarafın hakiki maksatlarında ihtilâf olmadığı surette, satılan şey hakkında taraflar yanlış fikirde bulunsa bile, satış mukavelesi muteberdir. Satılan şeyin vasıflarına taâlluk eden hata halin icabına göre, işlerde câri olması lâzım gelen hüsnüniyet kai-

(24) Tem. HGK. 1/2/1956 T. 4/14 E. 14 K. ; LS. C. III sh. 221
(25) Tem. 4. HD. 24/10/1950 T. 4996 E. 4790 K.
(26) Tem. HGK. 2/2/1955 T. 4/7 E. 6 K.

680

delerine göre mukavelenin zarurî unsurları sayılmak lâzım geliyorsa esaslı sayılabilir. Satıcı vakit kaybetmeksizin alıcının arzularına uygun şekilde mal teslimine mecburdur (27).

18 — Satılan şeyin kâfi derecede sigorta edilmiş bulunması 194 üncü maddenin tatbikini istilzam ettirecek ayıplardan degildir.

Satıcı satılan şey'in bizzat aynına değilde sınıfına mahsus olan ayıplardan mesul değildir. Meselâ, lastiğin kayması, otomobilin buz üzerinde patinaj yapması gibi. Çünki, lastik tab'an kayıcıdır ve otomobil bu gibi yerlerde patinaj yapar. Fakat bir şeyin aynına taallûk eden ayıplar, onun kullanılmasını imkânsiz kılacak derecede çok ise nazara alınır.

Ayıplı olanların yerine müşterinin başkalarını istemesi keyfiyeti, paranın indirilmesini istemekten vazgeçmek manasını tazammun etmez (28).

19 — Satılmış ve teslim edilmiş ferdile tayin edilen şey, ayıplı ise veya satım anında sanıldığı gibi,değilse ifa dâvası veya akdin ita edilmemesinden dolayı tazminat dâvası açılmaz. Buna mukabil alıcı satıcının ayıplara karşı tekeffül borcuna ve gereğinde irade bozukluklarına ve bilhassa akdin temelinde hataya dayanabilir (29).

20 — Dâvalı satıcı, dâvacı alıcıya gayrımenkullerin gelirleri hakkında bilerek yanlış malumat vermiştir. Devralanın mukavelelerdeki kira bedelleri için resmî bir müsaadenin bulunmadığını saklamıştır, dâvalı bu müsaadenin mevcut olduğu düşüncesini uyandırmış ve ayrıca kiraların yükseltilebileceğini ihsas etmiştir. Olayda hile vardır. Satıcı, umumî hayat tecrübesine ve taraflar arasındaki görüşmelerin gelişme şekline göre, satımın inikadında kesin rol oynayan bir vasıf vaadinde bulunmuştur. Satım akdindeki tekeffülü bertaraf eden kayda rağmen, BK. 194 ve 196 gereğince satıcının tekeffül borcu devam eder ve dâvacının, prensip itibariyle, bu dâvada ileri sürdüğü semenin tenziline BK. 202 maddesi gereğince hakkı vardır (30).

(27) Federal Mahkeme Kararı. , 10/5/1931 T. , Arsebük, F. M. K. sh. 51

(28) Federal Mahkeme Kararı. , Halis Sungur, Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, II Aktin muhtelif nevileri, 1943, sh. 14

(29) S. Kaniti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları. İst. Barosu yayınlarından, sh. 33 Ka. No. 24

(30) S. Kaniti, zge. sh. 54 Ka. No. 32

681

HAKSIZ REKABET

Yazan : Lütfü DALAMANLI

(Yargıtay Üyesi)

Plân

I — Haksız Rekabet
II — Borçlar Kanununa göre Haksız Rekabet
III — Türk Ticaret Kanununa göre Haksız Rekabet
IV — Ticaret Kanununa göre haksız Rekabetten doğan Dâvalar
V — Cezayı Müstelzim Haksız Rekabetler

Bibliyografya : Dr. Fahri Halil Örs : Haksız Rekabet. Hukukî mahiyeti ve rekabet hakkının himayesi, Ankara 1958. Rossel : Borçlar Kanunu Şerhi ve tatbikatla ilgili mevzuat, 1957. A. Himmet Berki : Hukuk mantığı ve tefsir, Ankara 1948. Fahri Çalın — Muhsin Tuğsavul : Haksız fiillerden doğan tazminat dâvaları, İstanbul 1948. Zahit Çandarlı : Borçlar hukukunda müruruzaman, 1948. Esat Arsebük : Borçlar Hukuku, İstanbul 1943. Lütfü Dalamanlı : Borçlar Hukuku ve tatbikatı, 1959. Senai Olgaç : Borçlar Hukuku, 1960.

İlgili mevzuat : 1 — T. Tic. Ka. (6762 S. Ka.) M. 56-65. 2 — Borçlar Kanunu, M .48, 49. 3 — Medenî Kanun, M. 2, 3 ve 24. 4 — Türk Ceza Kanunu. 5 — Hukuk usulü Muhakemeleri Kanunu. 6 — Esnaf Dernekleri ve Esnaf Dernekleri Birlikleri Kanunu. 7 — Avukatlık Kanunu. 8 — İş Kanunu. 9 — Tababet ve Şuabatı Sanatlarının tarzı icrasına dair Kanun 10 — Ticaret ve Sanayi Odaları Birliği Kanunu 11 — Basın Kanunu. 12 — Fikir ve Sanat eserleri Kanunu. 13 — İhtira Beratı Kanunu. (1297 tarihli). 14 — Alâmeti Farikalara dair Nizamname (28 nisan 1304 tarihli). 15 — Markaların Beynelmilel Tescili Hakkında Nizamname (12229 S).

Reabete dakir milletlerarası mevzuat : 1 — Sınaî mülkiyetin himayesi için bir birlik teşkili hakkındaki 20/3/1883 tarihli Paris Mukavelesi. 2 — Fabrika ve Ticaret markalarının beynelmilel tescili hakkındaki 14 nisan 1891 tarihli Madrit İtilâfnamesi. 3 — Ticaret eşyası üzerinde sahte mahreç işaretlerinin men'ine dair 14 nisan 1891 tarihli Madrit İtilânamesi. 4 — 6 Kasım 1925 tarihli Lahey İtilâfnamesi.

I — HAKSIZ REKABET

Tarifi : Müellifler haksız rekabetin tarifinde ittifak edememişlerdir. Moreau, haksız rekabeti sınai veya ticari bir teşekkülden doğan hakları ihlâl ve rekabet maksadını istihdaf eden tedbirsizlik veya suiniyet ile yapılan işler, diye tarif etmişlerdir.

Rossel de; bir kimse mezun bulunduğu reklam ile iktifa etmeyerek etrafa rekabet düşüncesiyle bir takım yanlış şayialar neşreder veya diğer bir tacirin emtiasını bila sebep kıymetten düşürür veyahut halkı aldatacak alâmet ve ünvan kullanırsa. haksız ve mesuliyeti mucip şekilde hareket etmiş olur şeklinde tarif etmektedir.

Umumiyetle; rakiplerini ezmek ve onları iktisadi faaliyet alanından uzaklaştırmak maksadıyla iyi niyet kaidelerine aykırı suretlerle işlenen ve kanuna nizama, adap ve teamüle göre tecviz edilmeyen hareketlerin cümlesi de haksız rekabet olarak tarif edilmektedir.

Türk Ticaret Kanununun 56. maddesinde; aldatıcı hareket ve hüsnüniyyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi bir rekabetin her türlü suistimali haksız rekabet olarak tarif edilmiştir.

Tarihçe : 1 — Eski Çin, Yunan, Roma ve ortaçağ medeniyetlerinde ve lonca ve gedik teşkilatlarında haksız rekabet müeyyideleri vardır.

2 — Çalışma hürriyeti fikri ilk defa Fransada 1776 senesinde ele alınmış 2/3/1791 tarihli kanunla da, tatbik mevkiine konmuştur. Diğer Avrupa milletleri de Fransayı takiben ticari serbestiye mevzuatlarında yer vermişlerdir.

Fransızların 1807 tarihli ticaret kanununda; haksız rekabet haksız fiil çerçevesi içinde mütalâa edildiğinden ayrı bir hüküm sevkedilmemiştir.

1850 tarihinde bu kanundan kısmen tercüme edilerek alınan Kanunname-i ticaret de haksız rekabete dair bir hüküm mevcut değildir.

Bizde ancak medenî kanunun kabulü ile birlikte haksız rekabete mütedair hükümler mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır. Yeni 6762 sayılı Ticaret Kanununa da haksız rekabete dair geniş hükümler konulmuştur.

Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunundaki haksız rekabet hükümlerinin mukayesesi

1 — Türk Ticaret Kanununun rekabete dair hükümleri, Medenî Kanunun 2 nci maddesine istinat etmekte olduğu halde Borçlar Kanu-

685

nunun 48 inci maddesinde zikrolunan haksız rekabet hükmü Medenî Kanunun 24 üncü maddesine dayanmaktadır.

2 — Türk Ticaret Kanununda haksız rekabetten mütevellit maddî tazminatın istenilmesi için fiilin kast, ihmâl tedbirsizlik ve dikkatsizlikten doğmuş olması şart kılınmış olduğu halde Borçlar Kanunu yalnız fiilin hatalı olması şartına inhisar ettirmektedir.

3 — Türk Ticaret Kanununda haksız rekabet neticesi elde edilen menfaatler hakkında hükümler vazedilmiş olduğu halde Borçlar Kanununda böyle bir hüküm mevcut değildir.

4 — Ticaret Kanununda itibara ve şöhrete ve işleri yürüten diğer âmillere zarar verme hallerine ve mal tedariki kaynaklarına dair terim ve tedbirlere yer verilmiş olmasına rağmen Borçlar Kanununda buna yer verilmemiştir.

5 — Ticaret Kanununda haksız rekabete maruz kalan kimseyi himaye edecek geniş dâva hakları tayin edilmiş iken Borçlar Kanununda bu hususa yer verilmemiştir.

6 — Ticaret Kanununda haksız rekabet fiili bir kimsenin kendisine fayda temin etmek istenmesi şartına bağlı olduğu halde, Borçlar Kanununda müşterilerin azalması gayesini istihdaf etmek sureti ile işlenmesi esasını kabul etmektir.

7 — T. T. Kanununda bazı haksız rekabet fiillerinin nevî ve mahiyetleri tadat ve tasrih edilmiş olduğu halde Borçlar Kanununda haksız rekabet fiillerini izah eder mahiyette bir hüküm yokdur .

8 — T. T. Kanununda haksız rekabet fiilleri iktisadi rekabet hareketlerinden doğduğu kabul edilmesine rağmen Borçlar Kanunu iktisadi olmayan haksız rekabet mevzuunu da ihtiva eder.

II — BORÇLAR KANUNUNA GÖRE HAKSIZ REKABET

Borçlar Kanununun 48 inci maddesi ile sevkedilmiş bulunan haksız rekabet hükümleri yeni Ticaret Kanunu ile kaldırılmamış ve Türk Ticaret Kanununun mer'iyet ve tatbik şekli hakkındaki 6763 sayılı kanunun 41 inci maddesi ile sevk olunan; ticari işlere müteallik haksız rekabet hakkındaki Ticaret Kanunu hükümlerinin mahfuz bulunduğuna dair hüküm Borçlar Kanununun 48 inci maddesine ek 2 nci fıkra olarak konulmuştur.

Ticaret Kanunundaki haksız rekabet hükümleri Ticari işlerden doğan haksız rekabet fiillerine tatbik olunur. Borçlar Kanununun 48 inci maddesi hükmü ise ticari olmayan fakat müşteri ile alakalı ilmi, bedii, edebi, artistik faaliyetleri, muharrirlik, Noterlik ve buna benzer meslekleri icra eden şahısların ticari sahalarına müteallik işler sebebile işlenen haksız rekabet fiillerine has olarak tatbik olunur.

Kanuna göre Haksız Rekabetin Kanunî Şartları :

1 — Yanlış ilânlar yapmak suretile bir kimsenin müşterilerini azaltmak, veya azaltmak tehlikesine maruz kılmak.

2 — Hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler ile yine bir kimsenin müşterilerini azaltmak veya azaltmak tehlikesine maruz kılmak.

A. Yanlış İlânlar.

1 — Rakibini küçük düşürecek reklamlar yapmak.

2 — Hakkı olmadığı halde diğer bir kimseye ait sanatı icra edebileceğini bildirmek.

3 — Kendisinin veya başkasının şahsî veya malî veyahut sanatı hakkında hakikata aykırı şayialar çıkarmak ve bunları halk arasında gerek neşren ve gerekse şifahi surette yaymak gibi hususlardır.

B. Hüsnüniyet Kaidelerine aykırı hareketler :

1 — İltibastan faydalanmak

2 — Müşterileri iğfal etmek.

3 — müşterilere rakibinin itibarını kıracak sözler söylemek gbi hususlardır.

Maddî Tazminat Dâvasının Kanunî Şartları :

1 — Dâvalının haksız rekabet fiilinde hatalı olması,

2 — Haksız rekabet sebebiyle dâvacının zararı bulunması,

3 — Haksız rekabet fiiliyle dâvacının zararı arasında illiyet rabıtasının mevcut olması,

4 — Haksız rekabetin yanlış ilân yapmak veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket etmekten ileri gelmiş olması,

5 — Haksız rekabet dolayısiyle dâvalının müşterilerinin azalmış veya azalma tehlikesine maruz kalmış bulunması gibi hallerin mevcudiyetiyle tazminatın tayini için gereken kanunî şartlar tahakkuk etmiş olur.

685

Manevî tazminatın talep edilmesi şartları :

Haksız rekabetten mütevellit manevî tazminat talep edilebilmesi için B. K. da hususi bir hüküm sevkedilmemiş olduğundan mezkür kanunun 49. maddesindeki şartların tahakkuku halinde manevî azminat talep edi-

Haksız Rekabetten menedilmesini gerektiren şartlar :

1 — Haksız rekabetin devam etmekte olması

2 — Dâvacının bir zarar görmüş olması veya görmek tehlikesine maruz kalmış bulunması.

Halinde haksız rekabet mezvuunu teşkil eden şeyin men'i icap eder.

III — TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE HAKSIZ REKABET

Şartları :

1 — Aldatıcı hareketlerle iktisadî rekabetin suistimâl edilmiş olması,

Ezcümle : Malın vasfı üzerinde müşteriyi aldatmak, alım satım muamelelerinde reklamların, beyanların yapılması esnasında hile yapmak ve maddeleri tahşiş etmek gibi fiil ve hareketlerdir.

2 — Hüsnüniyyet kaidelerine aykırı olarak rekabette bulunulması:

T. Ticaret Kanununun 57. maddesinde 10 bentte toplanan haksız rekabet fiilleri kanunla tayin edilmiş hüsnüniyyete aykırı haksız rekabet fiil ve hareketlerdir.

Kanunda bu hüsnüniyyet kaidesine aykırı haksız rekabet fiilleri tadat edilmiş ise de takyid edilmiş değildir. Haksız rekabet sayılan hüsnüniyyet kaidesine aykırı başkaca fiil ve hareketler mahkemece takdir edilir.

3 — İktisadî rekabetin suistimali suretiyle haksız rekabette bulunulması,

Kanun iktisadi nizamın esas temellerinden olan rekabetin serbestce yapılmasını korumaktadır. Bunun için de iktisadi rekabetin suistimalini nazara alarak rekabet hakkından istifade esnasında husule gelecek suistimalleri önlemek istemiştir. Rekabet yapılması neticesinde zarar vukua gelmiş olsa bile iktisadi rekabet suistimal edilmedikçe haksız rekabet addolunamaz.

4 — İktisadi menfaatlerin zarar görmüş olması,

Hüsnüniyyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin suistimal edilmesi veya aldatıcı hareketlerle haksız rekabet yapılmış olması hallerinde; iktisadi menfaatlerin ızrar edilmiş veya böyle bir tehlikeye maruz kalmış olması lâzım gelir.

Haksız rekabet fiilleri ve izahı :

1 — Kötüleme.

Ezcümle :

a) — Beyan suretiyle kötüleme. başkanlarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, yahut ticaret işlerini yanlış, yanıltıcı, veya lüzumsuz yere kötülemelerdir. Yapılan hareketin kötüleme olması için beyanın yanlış isnatları ihtiva etmesi icap eder.

b) — Tenkid suretiyle kötüleme.

Meselâ : Bir tacirin rakiplerinin, şahısları, işletmeleri mahsülleri, hakkında kötülemeye matuf tenkidler yaptığı ve bundan rakibin bir zarar gördüğü veya görmesi muhtemel bulunduğu takdirde fiil haksız rekabet olur.

2 — Reklâm ile haksız rekabet.

a) — Aldatıcı reklâmlar.

Bir tacirin şahsî durumu, emtiası iş mahsülleri, ticarî faliyeti veya ticarî işleri hakkında yanlış beyan, yanıltıcı malûmat vermesi ve yahut üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmesi bir haksız rekabet fiilidir.

Hilâfı hakikat bilgi vermek, kendi mamulâtının veya ticaret işletmesinin kıymetini büyütmek ve bu suretle müşteri elde etmek gibi hareketler haksız rekabettir.

b) — Mukayeseli reklâm fiatları. Rakibinin adını zikrederek onun malları ile kendi malları ve kendi fiatlarını doğru olarak mukayese etmek haksız rekabet olmaz, ancak rakibin şahsi vasıflarından bahseden reklâmlar haksız rekabettir. Meselâ rakibin mahkûmiyetinde, dininden, siyasetinden bahsetmet suretiyle kötüleyen reklâmlarda bulunmak gibi.

c) — Taşkın reklâmlar ile haksız rekabet :

Reklâm sahibinin gerçekte olduğundan daha müsait şartları sağladığı zannını uyandıracak gürültü ve şamatalı yalan iddialarda bulunmuş olması bir haksız rekabettir. Bundan başka yalan olduğunu bildiği bazı muayyen vakıaları doğru imiş gibi göstermesi keza yapılması adaba aykırı bulunan ve rakipleri müşterilerine soğutmaya matuf bir takım gerçek hadiseleri herkese yaymak ve reklâm etmek de haksız rekabet olur.

687

3) — Hakikata aykırı malûmat vermek suretiyle haksız rekabet, başkalarını ahlâkî veya mali iktidarı hakkında hakikata aykırı malumat vermek.

Bir tacirin kredisine itibarına ve iktisadi inkişafına zararlı olacak her hangi bir malûmatın hakikat hilâfına verilmiş olması haksız rekabettir.

4) — Yanlış ünvanlar istimali suretiyle haksız rekabet : Paye, şahadetname, veya mükâfat almadığı halde bunlara sahip imişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya müsait olan yanlış ünvan yahut meslekî adlar kullanmak haksız rekabet fiilini teşkil eder.

5) — İltibas suretiyle haksız rekabet.

Bir tüccarın, rakip bir diğer tüccarın şöhretini ticaret ünvanını mahsulatını alametlerini müşterileri yanlış zehaba götürecek şekilde kullanması halinde, iltibas mevzuu bahis olur. Ticaret kanunu başkasının emtiası iş mahsülleri, faâliyeti veya ticarî işletmesi ile iltibas meydana getirmeye çalışmayı ve buna müsait olan tetbirlere baş vurmayı rekâbetin suiistimali olarak kabul eder.

İtibasın mevzuu bahis olduğu haller :

a) — Ticari faaliyetle iltibas meydana getirmek;

b) — Ticaret işletmesinin, başkalarının işletmeleri ile iltibasına meydan vermek.

Meselâ : Bir tüccarın başkalarının ticarî işletmesinin haricen görünen faik hususiyetlerini taklit etmesi veya kendi hususi karekteristik görünüşünü başkalarınınki ile iltibasa meydan verecek şekle ifrağ etmesi iktisadî rekabetin suiistimalini teşkil eder.

Bir kimsenin dükkân ve şubelerinde kullanmakta olduğu isim tablolara yazılış tarzında müşabehetin bulunması iltibaş tevlit eder.

c — Ticari emtiada iltibasın mevcudiyeti hali, o emtiayı müşterilerin satın almak istedikleri emtia şeklinde veya adında satışa arz edecek mahiyette olması haksız rekabet olur. Bilhassa başkasına ait eşyanın orijinal takdim tarzını ambalajını taklit etmek haksız rekabettir.

Meselâ : Oftalin ile Oftaljin ve Viton ile Vitogan isimleri müstahzarlar arasında iltibas mevcuttur.

d — Yabancı iş mahsüllerinin istismar edilmesi ve bilhassa rakibin mamulâtının taklit edilmesi umumi kaide hükmü içerisine giren her rekabet fiilini teşkil etmesi icap eder

688

e — Bir ticarî işletmenin tanıtma vasıtalarının başında ad ünvan marka ve işaretler gibi vasıtalar ile iltibasa meydan verebilecek şekilde ad, ünvan, marka ve işaret kullanmak hüsnuniyet kaidelerine aykırı olur.

6 — Müstahdemleri vasıtasıyle veya iğfal suretiyle haksız rekabet:

Üçüncü şahısların müstahdemlerine, vekillerine veya yardımcılarına menfaatlar sağlamak maksadı ile veya bu kabil menfaatları sağlamağa elverişli olacak surette müstehak olmadığı menfaatlar temin ve vait etmek veya müsdahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle istihdam edenin veya müvekkillerinin imalât veya ticaret sırlarını ifşa etmek veya ele geçirmek hüsnüniyet kâidelerine mugayir bir hareket olup binnetice haksız bir rekabettir.

7 — Rakibin sırlarından haksız yere faydalanmak.

Bir tüccarın, rakibinin muvafakat ve müsaadesi haricinde onun mahzemiyet sahasının kapalı yerlerine nüfuz etmesi, mektupları, kapalı vesikaları açması, kulak misafiri olması, gizliden kendisinden bir şeyler öğrenmesi, sırrı tecessüm ettirerek bir cisim vücuda getirmesi, suretler fotoğraflar çıkartması, aynen taklitlerini alması, resmini yırtması, kopye çıkartması veya bunları temin etmesi gibi sair usul ve yollar ile hareket ederek rakibin sırlarını hüsnüniyet kâidelerine aykırı olarak öğrenmek,

8 — Hakikate mugayir hüsnühâl şehadetnâmesi vermek haksız rekabettir.

9 — İş şartlarının ihlâl edilmesi suretiyle haksız rekabet. Meselâ : Ücret, iş müddeti, tadiller, munzam iş saatleri, mağazaların kapatılma saatine ait şartların ihlâli iş şartlarının ihlâlidir.

10 — Haksız rekabet adolunan diğer bazı hareketler.

A — Umumi adaba aykırı haraket.

Müşteriler, celp etmek için yolda halka hitab etmek, rakibin ilânını kapatmak, bozmak, yırtmak, gibi.

IV — TİCARET KANUNUNA GÖRE HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN DÂVALAR

Türk ticaret kanununun mer'iyet ve tatbik şekli hakkındaki kanun 41 nci maddesi ile borçlar kanununun 48 inci maddesine eklenen ikinci fıkrada (ticaret işlere ait olan haksız rekabet hakkında ticaret kanunun hükmleri mahfuzdur) diye yazılmıştır.

Ticarî işlerde bu kanun hükümleri tatbik olunur.

689

vazife :

1 — Ticaret mahkemesi.

2 — Ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerse ticaret işlerini görmeye vazifeli sulh ve asliye hukuk mahkemesi.

Selâhiyet :

Haksız rekabetin yapıldığı mahal mahkemesi.

Dâva açmak hakkını haiz olanlar :

1 — Haksız rekabetten zarar gören kimseler.

2 — Haksız rekabetten iktisadi menfaatleri haleldar olan müşteriler

3 — Ticaret ve sanayi odaları.

4 — Borsalar.

5 — Esnaf dernekleri,

6 — İktisadi ve mesleki birlikler.

Husumet :

1 — Haksız rekabet yapan kimseler.

2 — Müstahdemler,

3 — Haksız rekabet basın vasıtası ile yapılmış ise.

a) — Yazı sahibi veya ilân veren kimseler.

b) — Yazı sahibi veya ilân verenin haberi olmaksızın veya rızaları olmaksızın yazıp, ilân etmiş olan kimseler.

c) — Yazı sahibinin veya ilân veren şahsın bildirilmemesi halinde, yazı işleri müdürü veya ilân servisi şef'i.

d) — Başka sebebler yüzünden yazı sahibi veya ilân veren kimse meydana çıkmadığı takdirde keza yazı işleri müdürü ve ilân servisi şef'i, bunlar gösterilmemiş veyahut yok ise neşreden kimse bu da yoksa matbaacı aleyhine dâva açılır.

İsbat Külfeti ve Deliller : (T. K. M. 4)

1 — Dâvacı iddiasını isbat etmekle mükelleftir.

2 — Hakim haksız rekabet hareketlerini re'sen tayin ve takdir edemez. Ancak 57 maddede yazılı rekabet fiillerinin sabit olması halinde; kanunda tasrih edilen fiiller aynen kabul edilerek ona göre hükmolunur. Mezkûr maddede tadat edilmeyen sair haksız rekabet fiillerinin tâyininde de hakim tam serbest takdire sahip olmayıp hususî malûmatı olan ve fenni bilgiye sahip bilirkişi rey ve mütelâasını almak suretiyle karar verir.

690

3 — Haksız rekabetin men'i veya ref'i dâvalarının maddî veya manevî tazminatla birlikte açılması halinde; hâkim, olayın haksız rekabet olup olmadığını ve Kusurun mahiyetini ve zararla bu hareketin münasebetini tahkik ve tesbit eder. Dâvacının da failin kusurunu isbat etmesi gerekir.

4 — Zararın hakiki miktarını isbat etmek mümkün olmadığı takdirde; hâkim, Borçlar Kanununun 42 nci maddesine göre halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın aldığı tetbirleri nazara alarak adalet hak ve nesafete uygun olarak hükmeder.

Tashih dâvası :

1 — Haksız rekabetten mütevellit tashih dâvası. Haksız rekabetin neticesi olarak maddi durumun ortadan kaldırılması ve haksız rekabet yanlış ve yanıltıcı beyanlar ile yapılmış ise bu beyanların tashih ettirilmesi icep eder.

Meselâ : Bir kimsenin dâvacının adını kullandığını farz edelim. Bu takdirde dâvacı, adının yazılı olduğu etiket ve levhaları söktürüp kaldırmasını ve kezâ dâvalının yanlış ve yanıltıcı beyanlarının doğru olmadığını yine dâvalının ifadesiyle ilân ettirmesini ve rekabet yaptığı kimseye beyanının doğru olmadığını bildirmesini talep edebilir.

Maddî Tazminat dâvası :

Maddî tazminatın talep edilmesi için şartlar.

1 — Dâvalının kusurlu olması,

2 — Dâvacının bir zararı bulunması.

3 — Zarar ile haksız rekabet fiili arasında sebep ve netice münasebeti bulunması şarttır.

Zararın Tayini :

1 — Zararın mikdarı dâvacının haksız rekabet dolayısiyle ma'melekinde vaki olan eksilmeden ibarettir.

2 — Zararı ispat etmek dâvalıya âittir.

3 — Zararın hakiki mikdarını tâyin etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim fiilin hal ve mutad ceryanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak adalete tevfikan zararı tayin eder.

Manevî tazminat Dâvası :

Manevî tazminatın istenilmesi için şartlar :

1 — Dâvacının haksız rekabet yüzünden zarar görmüş olması.

2 — Dâvacının şahsî menfaatleri halkın kendisine itimadı ve onun halka karşı mevkii ve bu itimada ihtiyacı noktasından dâvalının haksız rekabetiyle ihlâl olunmuş hattâ şeref ve haysiyeti tehlikeye düşmüş olması.

3 — Dâvacının ticarî itibar ve kredisinin ihlâl edilmiş olması,

4 — Veyahut haksız rekabetin suç teşkil etmesi şarttır :

Men' dâvası :

Haksız rekabet yapıldığını iddia eden dâvacı yapılan fiilin durumuna göre men'ini de isteyebilir. Meselâ : Dâvalı dâvacıya ait işaretleri kendi mallarında göstermek suretiyle rekabette bulunduğu takdirde dâvacı bu işaretlerin dâvalının malları üzerinden kaldırılmasını talep eder.

Tespit dâvası :

İşlenen fiilin haksız rekabet olup olmadığının tespiti zımnında ticaret mahkemesinde açılacak bir dâvadır.

Dâvacı kendi ünvanının veya markasının dâvalı tarafından kullanıldığını iddia ettiği takdirde mahkeme yapacağı tahkikat neticesinde kullanılıp kullanılmadığını tesbit eder ve fiilin haksız olup olmadığına da bir karar verir.

Tespit neticesinde haksız rekabet olduğuna karar verilmiş ise, dâvacı ref' ve tazminat dâvalarını açabilir.

Ticaret kanununa göre haksız rekabette mururuzaman,

1 — Haksız rekabete maruz' kalan kimse dâva hakkının doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl içinde.

2 — Haksız rekabete maruz kalan kimse bunu öğrenmemiş olduğu takdirde fiilin vuku'undan itibaren üç yıl içinde.

3 — Haksız Rekabet suç şeklinde işlenmiş ise bu haksız rekabete maruz kalan kimse ceza kanunundaki ceza müruruzamanı müddeti içinde dâva açabilir.

Haksız rekabette uygulanan diğer hükümler : Haksız rekabet dâvalarında mahkeme dâvayı kazanan tarafın talebi ile masrafı haksız çıkan tarafdan alınmak üzere kat'ileşmesinden sonra hükmün ilânına karar verilebilir.

İlânın şekil ve şumulünü hâkim tayin eder.

692

V — CEZAİ MÜSTELZİM HAKSIZ REKABETLER

1 — 57 nci maddenin 1, 2, 4, 5, 6, 8 ve 9 ncu bentlerinde yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasden işleyenler;

2 — Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerininkine tercih edilmesi için şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticarî faaliyet ve işleri hakkında kasden yanlış veya yanıltıcı malümât verenler;

3 — Mustahdemler, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, istihdam edenin veya müvekkilerinin imâlat veya ticaret sırlarını ifşa etmelerini veya ele geçirmelerini temin için iğfal edenler;

4 — İstihdam edenler veya müvekkillerinden, işçilerinin veya müstahdemlerinin veyahut vekillerinin işlerini gördükleri sırada cezayı müstelzim olan bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili menetmeyen veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler;

58 nci madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine ceza mahkemesinde bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar.

Haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş ilâma rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tâli değişiklerle devam eden kimse altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve beş bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir ve suçlu re'sen takip olunur.

Hükmî şahısların cezaî mes'uliyetleri :

Ticaret Kanununun 65 nci maddesine göre hükmî şahısların haksız rekabet fiilini işlediklerinde 64 ncü madde hükmü, hükmî şahıs namına hareket etmiş veya etmesi gerekmiş olan organın âzaları veya ortaklar hakkında tatbik olunur. Bununla beraber para cezası ve masraflardan hükmî şahıslar hakiki şahıslarla birlikte müteselsilen mes'ul olur.

693

ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN İPTALİ DÂVASI
ve
İCRA İNKÂR TAZMİNATI

Yazan : Dr. Baki KURU

(Ank. Huk. Fak. Medenî Usul ve İcra - İflâs Hukuku Doçenti)

P l â n

§ 1. Giriş
§ 2. Genel olarak ödeme emrine itirazın iptali dâvası
§ 3. Dâvanın tâbi olduğu hükümler
§ 4. Dâvanın neticeleri
A) Dâvanın reddi
B) Borçlunun mahkûmiyeti
I — Takibe devam olunması
II — İnkâr tazminatı
1) İnkâr tazminatının şartları
2) İnkâr tarzinatının fonksiyon ve lüzumu

B İ B L İ Y O G R A F Y A

ANSAY, Sabri Şakir : Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 4 üncü baskı, Ankara 1956. — Arar, Kemal : İcra ve İflâs hükümleri, Cilt 1 İcra, Ankara 1944. — BELGESAY, Mustafa Reşit : İcra ve İflâs Kanunu Şerhi. 4 üncü baskı, İstanbul 1954, Cilt: I. — GÜRSEL, Nurettin : İcra ve İflâs Kanunu ve Tatbikatı, Ankara 1958 (Kısaltılmışı : Gürsel). — GÜRSEL, Nurettin : Borçlunun itirazı üzerine alacaklının mahkemeye müracaatı ve mahkemeden alacağı kararın infaz şekli (Ankara Barosu Dergisi 1958/3 s. 132-134) (Kısaltılmışı : Gürsel I). — Jaeger-Daeniker : Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911-1945, Cilt : I. — KARACA, Ali : İzahlı İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1944 (Kısaltılmışı : Karaca). KARACA, Ali : İcra İnkâr Tazminatı (Adalet Dergisi 1953/4 s. 374-380) (Kısaltılmışı : Karaca I). — NEDİMOĞLU, Kevni : Notlu İcra ve İflâs Kanunu, 1958. — OLGAÇ, Senai - KÖYMEN, Haydar : Kazai ve ilmî içtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu, İstanbul 1960. POSTACI OĞLU, İlhan E. : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1958.

§ I. Giriş

Ödeme emrine müddeti içinde yapılan itiraz üzerine icra takibi kendiliğinden durur (İİK m. 66) (1). İcra takibine devam edilebilmesi için, alacaklının bu itirazı bertaraf ettirtmesi (hükümden düşürtmesi) gerekir. Bunun için, İcra ve İflâs Kanunu (İİK) alacaklıya iki imkân tanımaktadır :

1 — İtirazın mahkemede iptali (İİK m. 67) ve

2 — İtirazın tetkik merciinde ref'i (İİK m. 68-70).

Alacak bir senede bağlı ise, alacaklı bu iki yoldan birini seçmekte muhayyerdir. Ancak, alacaklı itirazı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde tetkik merciinden itirazın ref'ini istemezse, artık bir daha ilâmsız takip talebinde bulunamaz (İİK m. 67, IV). Bu halde, alacaklının mahkemeye başvurarak dâva açmaktan başka bir imkânı yoktur (2).

Eğer, alacak senede bağlı değilse, alacaklı itirazın tetkik merciinde ref'i yoluna gidemez. Bu halde, alacaklının genel hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak dâva açması gerekir (İİK m. 67) (3).

Bu yazımızda, ödeme emrine itirazın iptali dâvasını, özellikle bu dâvanın en önemli neticelerinden biri olan icra inkâr tazminatını inceleyeceğiz. Ödeme emrine itirazın tetkik merciinde ref'i, bundan sonraki bir yazımızda inceleme konusu yapılacaktır.

§ 2. Genel olarak ödeme emrine itirazın iptali dâvası

Alacak senede bağlı değilse, ödeme emrine itirazın iptali için genel mahkemede dâva açılması mecburidir. Senede bağlı alacaklarda ise, alacaklı itirazın tetkik merciinde ref'ini istemezse (İİK m. 68), itirazın iptali için mahkemeye başvurarak dâva açabilir. İtirazın mahkemede iptali yolunu tercih eden ve bunun için mahkemede dâva açan alacaklı, artık tetkik merciine müracaatla itirazın ref'ini (İİK m. 68) isteyemez (4).

---

(1) Ödeme emrine itirazı bundan evvelki yazımızda incelemiştik, bak. Adalet Dergisi 1961/3-4 sayfa: 268-293.

(2) Aynı mahiyette: Yg. İİD'nin 9/4/1953 gün ve 1972/1788 sayılı kararı (Olgaç-Köymen No. 1130).

(3) Aynı mahiyette: Yg. İİD'nin 23/9/1957 gün ve 5057/5329 sayılı kararı (Olgaç-Köymen No. 1125).

(4) Yg. İİD'nin 6/11/1947 gün ve 3758/4208 sayılı kararı (Olgaç-Köymen No. 1138).

693

Ödeme emrine itirazın iptali için mahkemede dâva açmak bir müddete tâbi değildir (5). Alacaklı, alacağı zaman aşımına uğramadığı müddetçe mahkemede dâva açar ve bu dâva neticesinde alacağı ilâmı icraya koyarak alacağını alabilir. Fakat, alacaklı itiraz ile duran takibe devamı etmek istiyorsa ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde dâva açmak zorundadır. Aksi halde kendisinin yapılmış olan takibe müsteniden haciz istemek hakkı düşer (İİK m. 78, II). Dâvanın açılmasından bu dâva neticesinde verilen hüküm kesinleşmesine kadar geçen zaman bu bir senenin hesabına dahil değildir.

Alacaklının genel mahkemede açacağı bu dâva, müddeabihi takip konusu alacak olan (daha doğrusu, borçlunun itiraz ettiği alacak miktarı) normal bir eda dâvasıdır. Bu dâva ile, evvelâ iddia edilen alacağın tesbiti, sonra da borçlunun bu alacağı ödemeye mahkûm edilmesi istenir. Dâva başarı elde ederse, bununla hem alacak tesbit edilmiş ve borçlu bu miktar alacağı ödemeye mahkûm edilmiş, hem de borçlunun ödeme emrine vâki itirazı iptal edilmiş olur. Bundan başka, aşağıda etraflıca görüleceği üzere bu dâva neticesinde itirazında haksız çıkan borçlu asgari % 10 inkâr tazminatına da mahkûm edilir (İİK m. 67, II).

İtirazın iptali dâvası, yetki ve görev bakımından genel hükümlere (HUMK m. 1 - 27) tâbidir. Yalnız, mahkemenin görevini tâyin ederken, talep edilen alacak ile inkâr tazminatının toplamını göz önünde bulundurmak gerekir (6). Meselâ, alacak 910 lira ve % 10 inkâr tazminatı isteniyorsa, 910+ % 10 X 910 = 1001 lira ödeyeceğinden dâva asliye mahkemesinde görülecektir.

Alacaklı . İİK m. 64 gereğince kendisine verilecek ödeme emri nüshasını (7), dâva dilekçesine bağlar.

---

(5) Ancak, ihtiyati haczin tamamlanması için yapılan icra takibinde (Karş. İİK m. 264, I), borçlu ödeme emrine itiraz eder ve alacaklı da bu itirazın iptali için İİK m. 67 gereğince mahkemede dâva açmak isterse, alacaklının, borçlunun itirazının kendisine tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde genel mahkemede bu dâvayı açması lâzımdır (İİK m. 264, II). Aksi halde, alacaklının borçlunun malları üzerine koydurduğu ihtiyati haciz hükümsüz kalır (İİK m. 264, IV).

(6) Yg. Ticaret Dairesinin 26/6/1937 günlü ve 4 üncü Hukuk Dairesinin 9/3/1937 günlü kararları (Olgaç-Köymen No. 1140) ile 3 üncü Hukuk Dairesinin 18/10/1951 günlü kararı (Son İçtihatlar Dergisi 55/1352; bak. Karaok, Hasan: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, buna ait içtihatlar, alâkalı kanunlar ve tamimler ve tebliğler, 2. baskı, 1957, sayfa 89 No. 33).

(7) Buna tatbikatta inkâr vesikası denilmektedir. Bak. Gürsel I s. 132; Karaca I s. 377.

698

Dâva genel hükümlere göre (Harçlar Kanunu m. 8) harca tâbidir. Takip talebinde bulunurken yatırılan binde beş tahsil harcı, alacaklının talebi üzerine dâva harcına mahsup olunur (Harçlar Kanunu m. 40).

§ 3. Dâvanın tâbi olduğu hükümler

İtirazın iptali için mahkemede dâva açılması ile, yapılmakta olan ve itiraz ile durmuş bulunan icra takibi iptal edilmez. Bilâkis, takip durmakta devam eder. Dâva devam ettiği müddetçe, İİK m. 78, II' deki bir senelik haczi isteme müddeti cereyan etmez.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi (8); bir tahkim akdine konu teşkil eden bir alacak için icra takibinde bulunulmuş ve borçlunun itirazı üzerine hakem nezdinde dâva açılmış olması halinde, yapılan icra takibinin iptal edileceğine karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir: «.... taraflar arasında hakeme müracaat hususunda mukavele mevcut bulunmuş olmasına göre bir hakkın iki yoldan istifası mümkün ve caiz olmadığı mercice gözönünde tutularak ...» . Fikrimizce, hem kararda hem de gerekçesinde isabet yoktur. Bir kere, taraflar arasında tahkim akdinin bulunması, tahkim konusu olan alacak için icraya müracaata bir engel teşkil etmez. Hukukumuzda ilâmsız icra kabul edilmiş olduğuna ve mahkemeye gitmeden doğrudan doğruya icraya gidilebildiğine göre, hakem önünde dâva açmadan da doğruca icraya başvurulabilmelidir. Hadisede borçlu ödeme emrine itiraz etmiş, alacaklı da bunun üzerine hakem nezdinde dâva açmıştır. Alacaklının açtığı bu hakem dâvası aynı zamanda İİK m. 67 anlamında bir itirazın iptali dâvasıdır. Alacaklı, alacağı bir senede istinat ediyor ve alacak muhtacı muhakeme bir alacak değil ise, burada da tetkik merciinde itirazı ref' ettirmek veya itirazın iptali dâvası açmak hususunda bir tercih hakkına sahiptir. Eğer, borçlu itirazın iptali için dâva açmayı tercih eder veya alacağı bir senede istinat etmediği için dâva açmaya mecbur kalırsa, işte o zaman tahkim akdi tesirini gösterecektir. Alacaklı dâvasını genel mahkemede değil, hakem nezdinde açabilecektir. Fakat, nasıl genel mahkemede İİK m. 67 gereğince açılan bir dâva icra takibinin iptalini gerektirmiyorsa, dâvanın hakem önünde açılmış olması halinde de icra takibi iptal edilmemelidir. Borçlunun ödeme emrine itirazı ile duran (İİK m. 66) icra takibi hakem önündeki dâva devam ettiği müddetçe de durmakta devam eder ve hakem hükmünün kesinleşmesine kadar geçen zaman, m. 78, II' deki bir senelik haciz isteme müddetinde hesaba katılmaz (İİK m. 78, II). Hakem kararı kesinleşince (Karş. HUMK m. 536 son cümle), alacaklı bununla isterse durmuş olan icra takibini devam ettirir, dilerse ilâmlı icra (İİK m. 32) yoluna başvurur.

(8) 26/5/1958 gün ve 2906/3030 sayılı (Olgaç-Köymen No. 1124).

697

Genel mahkemelerde açılan bu itirazın iptali dâvasına tamamen genel hükümlere göre bakılır (İİK m. 67,I). Dâva açılması, tahkikat, deliller, muhakeme ve hüküm ve kanun yolları tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki genel hükümlere tâbidir. Dâva neticesinde verilen hüküm, aynı taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm kuvvetini haizdir. Dâva neticesinde verilen hüküm; diğer eda hükümlerinde olduğu gibi, alacağın mevcut olup olmadığını tesbit eder ve mevcut olduğu tesbit edilmiş ise aynı zamanda borçlunun (dâvalının) bu meblâğı ödemesi hususunda bir emir de ihtiva eder. Bundan başka, hükümde, borçlunun itirazının iptal edildiğinin tasrihi de faydalı olur. Fakat, böyle bir kayıt bulunmasa dahi, borçluyu takip konusu alacağı ödemeye mahkûm eden kararla, borçlunun itirazı her halde iptal edilmiş sayılmalıdır.

Dâvayı kaybetmesi sebebiyle, mahkûm olduğu borcu ödemek mecburiyetinde kalan borçlu; borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kaldığından dolayı, alacaklıya karşı, ne bir istirdat dâvası (İİK m. 72) ne de bir sebepsiz iktisap dâvası (Borçlar Kanunu m. 62) açamaz. Açarsa, bu dâva alacaklının kesin hüküm itirazı ile karşılaşır ve redde uğrar. Zira, itirazın iptali dâvası, genel mahkemelerde ve tamamen genel hükümlere göre bakılan bir maddi hukuk dâvasıdır ve bu dâva neticesinde verilen hüküm, aynı taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (9).

§ 4. Dâvanın Neticeleri

Dâvanın iki şekilde neticelenmesi mümkündür: 1— Dâvanın reddi ve 2— Borçlunun mahkûmiyeti yani dâvanın kabulü.

A) Dâvanın reddi ;

Borçlunun itirazı haklı görülürse, dâva esastan reddedilir. Bununla ihtilâf mevzuu alacağın mevcut olmadığı kesin hüküm olarak tesbit edilmiş olur. İtirazla duran takibin iptal edilmesi gerekir.

Biraz sonra göreceğimiz üzere, borçlunun itirazının haksız görülmesi sebebiyle mahkûmiyetine karar verilirse, borçlu asgari % 10 inkâr tazminatına mahkûm edilmektedir (İİK m. 67, II). Aynı imkânın, alacaklının haksız çıkması sebebiyle dâvanın reddi halinde borçlu lehine olarak tanınmamış olması pek isabetli bir çözüm şekli değildir. İcra hukukunda alacaklı ile borçlu arasındaki eşitliği temin için çok hassas davranan kanunumuzun, icra inkâr tazminatı bahsinde bu prensibe riayet etmemiş

(9) Karş. HUMK m. 237.

698

olması, fikrimizce bir tenakuzdur. Kanun, borçtan kurtulma dâvasında (İİK m. 69,V) ve istihkak dâvalarında (İİK m. 97,XIII ve XV) bu eşitliği sağlamış bulunmaktadır.

Aynı şeyin burada da câri olmamasını haklı gösterecek bir sebep göremiyoruz.

67 inci maddenin TBMM'de müzakeresi sırasında, alacaklının mahkemede haksız çıkması halinde, borçlu lehine de asgari % 10 tazminata hükmedilmesi teklif edilmişse de, bu teklif maalesef kabul edilmemiştir (10). İzmir milletvekili Hüsnü Kıtapçı tarafından 67 inci maddenin 2 inci fıkrasının şu şekilde değiiştirilmesi teklif edilmişti (11): « Borçlu veya alacaklının haksızlığına karar verilirse iki tarafın vaziyetine ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre yüzde ondan aşağı olmamak üzere münasip bir tazminat takdir olunur». Bu teklif, Adliye Encümeninin aşağıdaki gerekçesi üzerine, TBMM Genel Kurulunca reddedilmiştir (12): « 67 inci madde ilâmsız takip usulüne göre icraya müracaatla borçlusuna ödeme emri tebliğ edilen alacaklının bu emre itiraz edilmesi üzerine mahkemeye müracaat ederek neticede borçlu haksız çıkarsa yüzde ondan aşağı olmamak üzere bir tazminatla mahkûm edilmesi hükmünü mutazammın olup bununla vakit kazanmak ve alacaklının hakkını tavik etmek maksadıyle icra takibine itirazda bulunan borçluları doğruluğa sevketmek mülâhazasına müstenit bulunmuş ve aynı hükmün 1928 senesinde neşredilmiş olan bir kanunla kabul edilerek bu güne kadar tatbikatta faydası görülmüş olmasına binaen hâkimlerin umumi hükümlere göre takdirî surette salâhiyetli olduğu tazminat hükmü bu suretle en az miktarı tesbit edilerek mecburi bir hale konmuştur. Bu istisnaiyet borçlular hakkında böylece izah olunabilirse de alacaklı hakkında bu hükmün kabulü doğru değildir. Çünkü hiç bir hakkı olmayan bir adamın masraf ve külfeti ihtiyar ederek icra dairesine, sonra da mahkemeye müracaat etmesi makul bir sebeple kabul edilir hallerden değildir ve bir vesikaya istinat etmeyen alacak esasta haklı olduğu halde kanun nazarında sabit görülmeyebilir ve nihayet suiniyetle dâva açan alacaklı hakkında da umumi hükümler dairesinde mahkemenin tazminat hükmetmesine mâ-

(10) Bak. Adalet Bakanlığı yayını olan İcra ve İflâs Kanununa (1932 tarihli) ekli Meclis müzakeratı zaptı s. 33 ve 37; ayrıca bak. Karaca I s. 378.

(11) Aynı adalet Bakanlığı yayınına ekli Meclis müzakerat zaptı s. 37

(12) Aynı Adalet Bakanlığı yayınına bağlı Adliye encümeni esbabı mucibe mazbatası s. 45.

699

ni bulunmadığından teklif edilen kayıt konmamakla tasavvur edilen şekilde haksızlığa maruz kalan bir borçlu da büsbütün teminattan mahrum kalmamış olmakla teklifin kabul edilmemesine encümenimiz karar vermiştir».

Fikrimizce bu gerekçeler doyurucu olmaktan çok uzaktır ve kanunumuzun bu güne kadarki tatbikatı bunu açıkça göstermiş bulunmaktadır. İİK m. 69, V ve 97, XIII ve XV'te olduğu gibi, burada da borçlu ile alacaklı arasındaki eşitliği sağlayarak, suiniyetli alacaklılar karşısında borçluları himaye etmek gerekir. Adliye Encümeni raporunda iddia edildiğinin aksine olarak, hukukumuz henüz «suiniyetle dâva açan alacaklı hakkında mahkemenin tazminata hükmedebilmesini » sağlayacak «umumi hükümlerden» maalesef mahrum bulunmaktadır. Şu halde, yapılacak iş, dâvanın reddi halinde borçlu lehine de asgari % 10 bir tazminata hükmedilebileceğinin kabul edilmesidir.

B) Borçlunun Mahkûmiyeti :

Borçlunun itirazında haksız görülmesi halinde, borçlu takip konusu alacağı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilir. Bu halde, borçlu her dâvada olduğu gibi muhakeme masrafları ve bu meyanda bilhassa vekâlet ücretini ödemeye de mahkûm edilir (HUMK m. 417). Burada da, vekâlet ücretine talep olunmaksızın re'sen hükmedilmesi gerekir (13).

Borçlunun mahkûmiyetine dair kararın bu genel neticelerinden başka, icra hukuku bakımından iki önemli neticesi daha vardır:

1) Duran takibe devam olunmasını sağlamak ve
2) Borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûmiyeti.

I — Takibe devam olunması :

Borçlunun mahkûmiyetine dair mahkeme kararı ile, aynı zamanda borçlunun itirazı iptal edilmiş olduğundan, alacaklı itiraz ile duran (İİK m. 66) icra takibine devam edilmesini, yani borçlunun mallarının haczedilmesini isteyebilir. Alacaklının haciz istemek hakkı İİK m. 78, II'deki müddetle takyit edilmiştir.

Fakat, alacaklı eski takibe devam etmeye mecbur degildir. Alacaklı dilerse elindeki ilâma müsteniden ilâmlı icra (İİK m. 32) yoluna da başvurarak, borçlusuna bir icra emri göndertir (14)

(13) 29/5/1957 günlü içtihadı birleştirme kararı (Kazai İçtihat Dergisi 1957/9 s. 836-839 ve Son İçtihatlar Dergisi 1958/115.s. 2382-2386).
(14) Bak. Ansay s. 61.

700

Böylece, alacaklı eski ilâmsız takibe devam etmek veya yeni bir ilâmlı takipde bulunmak hususunda bir tercih hakkına sahipdir. Alacaklıdan bu seçim imkânını nez'edecek her hangi bir kanunî hüküm mevcut olmadığı gibi, kanunun umumî tanzim tarzı da alacaklının böyle bir seçim hakkı lehindedir. Bilhassa İİK. m. 78, II cümle 2 de dâvadan da bahsedilmiş olması, alacaklının haciz talebinde bulunmak suretiyle ilâmsız takibe devam edebileceği fikri ile kabili teliftir.

Hal böyle iken Gürsel'in (15), mahkeme kararı üzerine, alacaklının yalnız ilâmlı icraya başvurabileceği şeklinde anladığımız fikrinin neye istinat ettiğini tahmin etmek bizce zordur. Bu fikir, bugünkü yanlış icra tatbikatımızdan mülhem olsa gerektir. Gerçekten, bugün tatbikatta alacaklıya m. 64'e göre hazırlanan ödeme emri nüshası (inkâr vesikası) verildikten sonra, icra esas defterindeki dosya kaydı kapanmakta ve dosya mahzene sevkedilmektedir (16). Bununla, ilâmsız takip adeta iptal edildiğinden, mahkemeden lehine hüküm alan alacaklı ilâmlı icra yoluna başvurmaya mecbur kalmaktadır. İcra tatbikatımızın bu tuumunun hatalı olduğu kanaatindeyiz. Zira, alacaklının, mahkeme kararı üzerine ekseriya eski takibe devam iradesini bildirerek haciz talebinde bulunması kendi menfaatınadır. Çünkü, ilâmlı icrada kendisine haciz istemek yetkisinin gelmesi için en az 5 gün (ekseriya çok daha fazla) beklemesi icabedecektir. Halbuki, borçlunun itirazı mahkeme kararı ile iptal edildikten sonra, alacaklı hemen haciz talebinde bulunabilir. Hem. alacaklı bu halde icra zaptı, icra emri ve tebligat için masraf yapmaktan da kurtulmaktadır. Bundan başka. İİK m. 78, II. itirazın iptali dâvasının açılmasından dâva neticesinde verilecek hükmün kesinleşmesine kadar geçen zamanın, haciz isteme müddetinin hesaplanmasında hesaba katılmamasını hükme bağlamaktadır. Kanun, bununla dâva neticesinde verilecek hükümden sonra alacaklının haciz isteyebileceğini kabul etmis bulunmaktadır. Aksi halde, bu hüküm abesle iştigal etmiş olurdu.

Şu halde, mahkemeden lehine karar alan alacaklının bununla eski takibe devam edilmesini istemesini men edecek hiç bir kanunî hükmümüz olmadığı gibi, bilâkis buna cevaz verici hükümlerimiz (ezcümle İİK m. 78. II cüm. 2) vardır. Bundan başka, bu yol alacaklı için daha faydalı ve daha az masraflıdır. Alacaklıya bu yolun yanında, eski takibi bırakarak ilâmlı icraya müracaat etmek hakkının da tanınması gerekir. Zira, elinde bir mahkeme ilâmı bulunan alacaklının ilâmlı icraya başvurabil-

(15) Gürsel s. 64 No. 271; Gürsel I s. 132 No. 4.
(16) Bak. Arar s. 139-140; Gürsel I s. 132; Karaca I s. 379.

706

mesi, onun tabii bir hakkıdır. Yanlız, bu halde borçlunun talebi üzerine ilâmsız haciz yolu ile takibin iptal edilmesi gerekir kanaatindeyiz.

Dâva neticesinde lehine hüküm alan alacaklının, haciz talebinde bulunabilmesi için hükmün kesinleşmesini beklemesine lüzum yoktur. Zira, medenî usul hukukumuza göre, temyiz ve tashihi karar yoluna gidilmesi, hükmün icrasını tehir etmez (HUMK m. 443 ve 442 son fırka). İcrayı tehir ettirmek isteyen borçlunun, İİK m. 36'ya göre Yargıtaydan tehiri icra kararı getirmesi gerekir (17). Mahkeme, kararının Yargıtayca bozulması halinde İİK m. 40 tatbik olunmalıdır, Fikrimizce, kesinleşen mahkeme kararı aleyhine iadei muhakeme yoluna (HUMK m, 445-454) gidilerek bu yolda borçlunun hiç veya o kadar borcu olmadığı tesbit edilir ve bu karar da kesinleşirse, icra takibinin tamamen veya kısmen eski hale iade edilmesi gerekir (18).

II — İnkâr tazminatı :

İtirazın iptali dâvası neticesinde borçlunun haksızlığına karar verilirse, alacaklı lehine olarak, kararda gösterilen borç miktarının asgarî % 10'u nisbetinde bir tazminata hükmolunur (İİK m. 67, 11) ki, buna tatbikatta «icra inkâr tazminatı» denilmektedir.

İnkâr tazminatı İsviçre hukukunda yoktur. Başka hukuk sistemlerinde ve bizim eski hukukumuzda da mevcut olmayan bu müessese ilk defa 16 Mart 1928 gün ve 1215 sayılı kanunda yer almış olup (19), tamamen kendi buluşumuza dayanan yerli bir müessesedir. Buradaki inkâr tazminatı, Borçlar hukuku anlamında bir tazminat olmayıp, şartları tamamen icra hukukunca tanzim edilen ve borçlulara karşı cebrî icrayı daha müessir kılmak maksadı ile konulmuş bir nevi müeyyide, cezadır.

İnkâr tazminatına, itirazın iptali için mahkemeye başvurulmuş olması halinde mahkemece hükmolunur. Tetkik merciinin, icra inkâr tazminatına hükmetmesi caiz değildir. Bundan başka, itirazın ref'i için tetkik merciine giden alacaklı, artık mahkemeye giderek inkâr tazminatı talep edemiyecektir (20).

İlk önce inkâr tazminatının şartlarını, sonra da inkâr tazminatının fonksiyon ve lüzumunu inceleyeceğiz.

(17) Karş. Postacıoğlu s. 147.
(18) İİK m. 40, II'nin kıyasen tatbiki. İİK m. 40, III'de burada kıyasen tatbik edilmelidir. (Karş. BGE 56, III, 39 daki Federal Mahkeme Kararı : Jaeger - Daeniker m. 79/3).
(19) Bak. Postacıoğlu s. 147.
(20) Bak. Postacıoğlu s. 151.

702

1) İnkâr tazminatının şartları :

a) İnkâr tazminatına, ancak, para alacaklarından dolayı ilâmsız icra yollarından birine (21) gidilmiş olması halinde hükmolunabilir (21a). Yani, ilâmlı icrada inkâr tazminatı yoktur. İnkâr tazminatı, ilâmsız. icranın müessir olması için düşünülmüş bir tedbir, müeyyidedir.

b) Talep şartı : İcra inkâr tazminatına hüküm verilebilmesi için, alacaklının bunu dâva dilekçesinde talep etmiş olması lâzımdır.

İİK m. 67, II, talep hususunda bir sarahat ihtiva etmemektedir. Hatta, maddedeki «..... bir tazminat takdir olunur» ibaresi biraz da iltibasa mahal vericidir. Nitekim, bu ibareye istinatla, «mahkemenin icra inkâr tazminatına re'sen hükmetmek mecburiyetinde olduğu» fikrinde bulunulmuştur (22).

Postacıoğlu ile birlikte (23), Yargıtayın müstekar içtihadının talep şartının aranmadığı merkezinde olduğunu zannediyoruz (24). Belgesay (25), Yargıtayın inkâr tazminatına re'sen karar verilebileceği fikrinde olduğunu bildirmekte ve buna mesnet olarak da 4 üncü Hukuk Dairesinin 29/1/1953 gün ve 467/371 sayılı kararını (26) göstermekde ise de, biz Yargıtayın bu fikirde olduğunu zannetmiyoruz. Belgesay'ı bu kanaata sevk eden karardaki şu ibare olsa gerektir : «Hadisede icra tazminatı lâzım gelip gelmiyeceğinin re'sen hâkim tarafından nazara alınmasını mem edici bir hüküm mevcut bulunmadığından .....». Bu ibarenin isabetli bir şekilde kaleme alınmamış bulunduğunu ve okuyanı hataya sevk edici

(21) İlâmsız haciz yolu ile takip (İİK m. 67) rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip (İİK m. 147, III) ve ticarî senetlere mahsus haciz yolu ile takip (İİK m. 172, II).

(21 a) Bak. 4. Hukuk Dairesinin 12/10/1945 gün ve 3901/3565 sayılı kararı (Adalet Dergisi 1946 Yargıtay kararları - Hukuk Bölümü s. 158).

(22- Ansay s. 62; Yazman. İhsan : Yg. HGK'nun 13/11/1957 günlü kararının tahlili (Kazai İçtihat-Iurisdictio Dergisi 1958/12 s. 1118).

(23) Postacıoğlu s. 148.

(24) 4 üncü Hukuk Dairesinin 30/11/1945 gün ve 4272/4317 sayılı kararı (Bak. Akyazan, Sıtkı : İİK'nun 68 inci maddesi üzerine bir inceleme. Adalet Dergisi 1955/11 s. 1063 dip not 1'de zikredilmiş): «Dâva dilekcesinde % 10 icra tazminatı istenmediği halde hükmolunması yolsuzdur».

(25) Belgesay Cilt I s. 136.

(26) Adalet Dergisi 1953 s. 927.

703

bir mahiyette olduğunu teslim ederiz. Fakat, bu ibare ile hakikatte, inkâr tazminatı talep edilmesi halinde, hâkimin inkâr tazminatı talebinin haklı olup olmadığını takdir hakkını haiz bulunduğuna işaret edilmek istenmiştir. Zira, karara esas teşkil eden hadisede, dâvacı esasen inkâr tazminatı talep etmiş idi. Yalnız, mahkeme hadisede inkâr tazminatı lâzımgelmeyeceğine karar vermişti. Yargıtay da, yukardaki ibare ile, hâkimin bu hususu takdir ve tâyine yetkili bulunduğunu belirtmek istemiştir. Yoksa, mahkeme re'sen inkâr tazminatına hükmedemez; bu hususta mutlaka dâvacı durumunda olan alacaklının bir talebi lâzımdır.

Doktrinde de, inkâr tazminatına mahkûmiyet için bunun talep edilmesinin şart olduğu fikrini savunanlar ekseriyettedir (27).

Medenî usul hukukumuzun en önemli prensiplerinden biri, hâkimin tarafların iddiaları ile bağlı kalması ve talepten fazlasına hükmedememesidir (HUMK m. 74). Bu prensibin zaruri bir neticesi de, hakimin talep edilmemiş olan inkâr tazminatını re'sen hüküm altına alamamasıdır. Bundan başka, itirazın iptali dâvasında (İİK m. 67) görevli mahkemeyi tayin edebilmek için, talep edilen inkâr tazminatı miktarının bilinmesi gerekir. İnkâr tazminatı talep edilmemişse, mahkemenin görevi yalnız alacağa göre tayin olunur. Eğer, yalnız alacağa göre sulh mahkemesi görevli ve fakat inkâr tazminatı ile birlikte asliye mahkesi görevli oluyorsa, sulh mahkemesi re'sen inkâr tazminatına da karar vermekle görevi dışında kalan bir dâvayı hükme bağlamış olmak gibi garip bir durum ile karşılaşacaktır. İİK m 67. II, deki «takdir olunur» dan maksat, hâkimin icra inkâr tazminatı lâzım gelip gelmediğini ve bunun yüzde miktarını takdir edebilmesidir, Fakat bunun için evvel emirde dâvacı alacaklının inkâr tazminatını talep etmiş olması gerekir.

İşte bütün bu sebeplerle, mahkemenin re'sen inkâr tazminatına hükmedebileceği fikri kabul edilemez.

c) Borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi şartı : Alacaklı lehine inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için mahkemenin borçlunun itirazının haksız olduğuna karar vermesi lâzımdır. İİK m. 67, II, «Borçlunun haksızlığına karar verilirse» demekte ise de bundan maksat borçlunun itirazının haksızlığıdır. Borçlu dâva neticesinde haksız çıkmış olabilir; meselâ haksız fiilden dolayı 1000 lira tazminat ödemeye mahkûm edilmiş olabilir. Fakat, borçlunun, haksız fiilden mütevellit tazminatın hakiki miktarını bilmemesi ve bunun ancak mahkeme kararı ile sabit

(27) Belgesay Cilt I s. 136; Karaca I s. 377; Postacıoğlu s. 148.

olabileceği gerekçesi ile yaptığı itiraz, haksız bir itiraz değildir. Şu halde, burada borçlu inkâr tazminatına mahkûm edilemez.

Eğer, takip edilen alacak likid (liquide) (28) bir alacaksa, yani alacağın miktarı muayyen olup, bunun için ayrıca bir mahkeme kararına lüzum yoksa, borçlunun bu alacağa yaptığı itiraz haksızdır (29). Meselâ, alacaklı karz akdine istinaden 1000 liralık bir takip talebinde bulunmuş ise, borçlu bu karz akdinden dolayı kaç lira borçlu olduğunu tâyin edebilecek durumdadır. Borcun hakiki miktarının tespiti için mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Buna rağmen, borçlu itiraz eder ve mahkemece meselâ 800 lira ödemeye mahkûm edilirse, itirazında haksız çıkmış demektir; inkâr tazminatına da mahkûm edilmesi gerekir. Zira, borçlu karz akdinden dolayı 800 lira borçlu bulunduğunu mahkeme kararı olmadan da bilebilirdi (30).

Takip edilen alacak likid bir alacak değilse, yani alacak miktarı ancak mahkeme kararı ile tesbit edilebilecekse, bu halde, borçlu itirazında haklıdır. Zira, o alacağın hakiki miktarını tâyine muktedir değildir. Ezcümle, haksız fiilden mütevellit tazminat alacaklarında olduğu gibi. Meselâ, alacaklı haksız fiilden dolayı 1000 liralık tazminat alacağını ilâmsız icra yolu ile istemiş ve borçlu da buna itiraz etmiştir. Mahkeme, borçluyu 1000 lira tazminat ödemeye mahkûm etse bile, inkâr tazminatı lâzım gelmez. Zira, borçlu borcun hakiki miktarını bilmek imkânından mahrumdur. Borcun hakiki miktarı ancak, mahkeme kararı ile tesbit edilecektir, yani alacak likid değildir. Şu halde, borçlu itirazında haklıdır (31). Likid olmayan alacaklarda, borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun, İİK m. 62 II gereğince itiraz ettiği kısmı açıkça göstermek mecburiyetinde olmadığına da bundan evvelki yazımızda temas etmiştik (32).

Yargıtayın içtihatları; muhtelif safhalar arzettikten sonra, yukarda kısaca belirtilmeye çalışılan likid - likid olmayan alacaklar tefrikinde karar kılmışa benzemektedir.

İlk zamanlarda, borçlunun haksız çıktığı her dâva neticesinde borçlu inkâr tazminatına mahkûm ediliyordu (33). Bu devrede, İİK m. 67,

(28) Likid ve likid olmayan alacak mefhumu hakkında bak. Kuru, Baki : Ödeme Emrine İtiraz (Adalet Dergisi 1961/3-4 s. 278-279).

(29) Bak. Postacıoğlu s. 148.

(30) Misalimizde, borçlu alacağın tamamına itiraz etmiştir.

(31) Bak. Postacıoğlu s. 148-149.

(32) Bak. yuk. 28 nolu dip notta zikredilen makalemiz s. 278-279.

(33) Bak. Postacıoğlu s. 149 ve zikrettiği 27/5/1935 tarihli Ticaret Dairesi kararı.

705

II'deki «borçlunun haksızlığına karar verilirse» ibaresinin lâfzı ile iktifa edilmekte olup, maddenin ruhuna inerek, bunun «itirazın haksızlığı» mânasına geldiği anlaştırılmıyordu.

945 - 952 senelerinde yayınlanan Yargıtay kararlarında bu görüşün terkedildiğini görüyoruz. Bu kararlara göre, «muhtacı muhakeme» olan işlerde inkâr tazminatına hükmedilemez (34).

Yargıtayın bundan sonraki kararlarında şöyle bir formül kullanılmaya başlanılmıştır: «İcra inkâr tazminatının hüküm altına alınabilmesi icra takibine mevzu yapılan işin salâhiyeti mahdut olan icra hâkiminin haledeceği mesail cümlesinden olmasına vabestedir» (35). Bu görüş tarzı, eski kararlara nazaran bir ilerleme sayılabilirse de, her zaman tatmin edici değildir. Gerci, bu içtihadlara göre haksız fiilden mütevellit tazminat alacaklarında inkâr tazminatı lâzım gelmeyecektir. Zira, haksız fiilden doğan tazminat dâvası icra tetkik merciinin halledeceği mesail cümlesinden değildir. Bu içtihadın doyurucu olmayan (noksan) tarafı, bütün likid alacaklar için inkâr tazminatını caiz saymamasıdır. Gerçekten, senede bağlı olmıyan bir alacak için, alacaklı itirazın ref'i talebiyle tetkik merciine gidemez (İİK m. 68, I), Bu husus, «salâhiyeti mahdut icra hâkiminin halledeceği mesail cümlesinden» olmadığından, adı geçen içtihatlara göre inkâr tazminatı hüküm altına alınamıyacaktır. Halbuki, senede bağlı olmıyan alacak likid bir alacak olabilir ve borçlu bunun miktarını tâyin imkânına sahiptir. Buna rağmen, borçlu ödeme emrine itiraz etmiş ise, itirazı haksız sayılarak inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir (36).

Bunun gibi, alacak senedi mühürlü bir senet olur ve mühürlü senedin İİK m. 68' de yazılı vesikalardan olmaması sebebiyle, alacaklı itirazın iptali için mahkemeye müracaat zorunda kalırsa, gene de inkâr tazminatına hükmedilmelidir. Zira, mühürlü senede bağlı alacak (meselâ karz akdinden dolayı) ekseri ahvalde likid bir alacaktır. Borçlu, bunun hakiki miktarını tâyin edebilir durumda iken itiraz etmiştir. Şu halde, itirazı haksızdır, inkâr tazminatına mahkûm edilmesi gerekir. Yargıtay

(34) Postacıoğlu s. 149 ve dip not 7'de zikrettiği Yargıtay kararları; Ticaret Dairesinin 25/3/1950 gün ve 950/1258-1470 sayılı kararı (Olgaç-Köymen No. 1137).

(35) Hukuk Genel Kurulunun 12/1/1955 gün ve 3/4-4 sayılı kararı (Olgaç-Köymen No. 1128, Nedimoğlu s. 85 ve Postacıoğlu s. 149 dip not 8); aynı mealde: 3 üncü Hukuk Dairesinin 28/5/1957 gün ve 4175/3603 sayılı kararı (Kazai İctihat-Jurisdictio Dergisi 1957/10 s. 941-943).

(36) Bak. Postacıoğlu s. 150.

706

3 üncü Hukuk Dairesi ise, 7. 10. 1957 günlü kararında (37); «dâvaya mesnet ittihaz edilen senet mühürlü olup İcra ve İflâs Kanununun 68 inci maddesinde yazılı vesikalardan olmadığından esasen ihtilâfın mahkemece halli gerektiği göz önünde tutularak icra inkâr tazminatına ait talebin reddi muktazi iken ... »gerekçesi ile muhalif reyde bulunmuştur. İcra takibinin ve itirazın iptali dâvasının konusu, dâvalının satış bedeli olan 795 lirayı ödemesi idi. Bunun için ayrıca mühürlü senet tanzim edilmişti. Görüldüğü üzere, buradaki alacak muayyen bir meblâğa taallûk etmekte olup, dâvalı ne miktar borçlu olduğunu tâyin edebilecek durumdadır. Alacak miktarının tâyini için mutlaka bir mahkeme kararına lüzum yoktur. Şu halde, alacak likid bir alacaktır; borçlunun inkâr tazminatına mahkûm edilmesi gerekirdi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13. 11. 1957 gün ve 3/50 - 49 sayılı kararı ile (38), 3 üncü Hukuk Dairesinin bu görünüşünü reddetmiştir. Bir prensip kararı sayılabilecek ve likid - likid olmayan alacak tefrikini zımnen benimsemiş olan bu karara esas olan hadise şu idi : Borçlu, alacaklıdan satın aldığı mal bedeli olan 138 lirayı ödememiş, alacaklı icra takibinde bulunmuş ve borçlu ödeme emrine itiraz etmiştir. Alacak senede bağlı olmadığından, alacaklı İİK m. 67 gereğince mahkemede dâva açmış ve aynı zamanda % 10 inkâr tazminatı istemiştir. Mahalli mahkeme, borçluyu 138 lirayı ve % 10 inkâr tazminatını ödemeye mahkûm etmiştir. 3 üncü Hukuk Dairesi, «Dâva konusu ihtilâfın halli mahdut salâhiyetli icra hâkiminin vazifesi dışında olup (alacak senede bağlı olmadığından), mahkemece halli iktiza ettiği ve bu itibarla dâvalının icrada inkâr eylemiş olması hasebiyle inkâr tazminatına hükmedilmesine cevaz bulunmadığı ... »şeklindeki müstekar gerekçesiyle, mahalli mahkeme kararını bozmuştur. Mahalli mahkemenin ısrar kararı, Hukuk Genel Kurulunca tasdik edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, ezcümle; icra inkâr tazminatına hükmedebilmek için, alacağın İİK m. 68' deki vesikalardan biri ile sübut bulması kanunî şart değildir; bu sebeple, satılmış mal parasından ödenmemiş kısmın tahsili için açılan dâvada alacak senede bağlanmış olmadığı takdirde de inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir demektedir. Kararın gerekçesinde, sarahaten alacağın likid olması sebebine istinat edilmemekte ise de, Yargıtay; bu son kararı ile, alacağın miktarının mutlaka bir mahkeme kararı ile tesbit ve tâyin edileceği ahvalde (likid olmayan alacaklarda), borçlu inkâr tazminatına mahkûm edilemez formü-

(37) 6360/5378 sayılı (Ankara Barosu Dergisi 1957/6 s. 275-276).
(38) Son İçtihatlar Dergisi 1958/119 s. 3418-3420; Kazai İçtihat Jurisdictio Dergisi 1958/11 s. 1024-1025.

707

lünü (39), isabetli olarak benimsemiş bulunmaktadır. Buna mukabil, borçlu likid bir alacağa itiraz etmiş ise, yani borçlu itiraz edilen alacağın miktarını tâyin edebilecek (bilebilecek) durumda olup bunun için mutlaka bir mahkeme kararına lüzum yoksa, itiraz haksız olduğundan, borçlu inkâr tazminatına mahkûm edilecektir. Buna göre, mukaveleden doğan alacaklar ister senede (İİK m. 68, I anlamında) bağlı olsun ister olmasın likid alacaklar olduklarından, bunlara yapılan itiraz haksızdır; inkâr tazminatı lâzım gelir. Buna mukabil, haksız fiilden ve mukaveleye aykırı hareketten doğan tazminat alacakları likid olmadıklarından, bunlara yapılan itiraz haklıdır, inkâr tazminatı lâzımgelmez.

Fakat, Hukuk Genel Kurulunun 13. 11. 1957 tarihli kararı ile varılan ve menfaatler vaziyetine uygun olan bu neticeye rağmen 3 üncü Hukuk Dairesi eski görüşünde ısrar eder görünmektedir. Gerçekten, 3 üncü Hukuk Daresinin 11. 11. 1960 günlü bir kararında (40) şöyle denilmektedir : « 7. 12. 1955 tarihli ve 18/27 sayılı içtihadı birleştirme kararında haricen gayrımenkul satışı veya satış vaadi zımmında ödenen bedellerin istirdadının icra dairesinden talep edilemiyeceği ve bu gibi taleplerin tetkikinin icra dairelerinin vazifesi haricinde bulunduğu belirtilmiş olmasına ve bu itibarla dâvacının esasen icra takibine mevzu teşkil etmememesi gereken bir alacağının inkârından dolayı icra inkâr tazminatı talebine hakkı bulunmamasına binaen...». Gerci 3 üncü Hukuk Dairesi bu kararında yukarda belirtilen eski formülünü kullanmamaktadır ve daireyi bu kararı vermeye zorlayan 7. 12. 1955 günlü içtihadı birleştirme kararıdır. Fakat, netice itibariyle, 3 üncü Hukuk Dairesinin bu kararı ile, likid olan bir alacağın inkâr edilmiş olmasına rağmen, inkâr tazminatı lâzım gelmiyeceğine karar verilmiş bulunmaktadır. Bu ise, yukarıdan beri izah edegeldiğimiz üzere kabule şâyan değildir :

İlk olarak, 3 üncü Hukuk Dairesi kararının hareket noktasını teşkil eden 7. 12. 1955 günlü içtihadı birleştirme kararında (41) isabet mülâhaza edemediğimizi belirtmek isteriz (42). Zira, hukukumuzda para alacakları için ilâmsız icra caiz sayılmıştır. Haricen gayrımenkul satışına veya satış vaadine müteallik senetlere müsteniden yapılan akidler batıl olduklarından, alıcının, satıcıya ödediği semenin sebepsiz iktisap

(39) Bak. Postacıoğlu s. 150; Olgaç-Köymen s. 460.

(40) 5571/6041 sayılı (Adalet Dergisi 1961/1-2 s. 190-191). Aynı mealde : 3 üncü Hukuk Dairesinin 30/3/1961 gün ve 1675/2271 sayılı kararı (Son İçtihatlar Dergisi 1961/159 s. 4773-4775).

(41) Adalet Bakanlığı yayını, Tevhidi İçtihat Kararları-Hukuk Kısmı 1955 sayfa: 56-57.

(42) Bak. Postacıoğlu s. 97.

kaidelerine göre (43) iadesini talep hakkı mevcuttur. Hukukî sebebi, sebepsiz iktisap olan bu alacak, diğer para alacakları gibi ilâmsız icra yolu ile talep edebilir. İcra memuru, alacağın menşeini tetkik yetkisini haiz değildir, Takip konusu yapılan para alacağı, takip talebinde muayyen bir meblâğ olarak Türk parası ile ifade edilmiş ise (İİK m. 58/3), icra memurunun buna müsteniden bir ödeme emri düzenliyerek borçluya göndermesi lâzımdır. Borçlu bu ödeme emrine itiraz etmez ise, ödeme emri ve bununla icra takibi kesinleşir ve alacaklıya haciz istemek yetkisi gelir. Borçlu ödeme emrine itiraz ederse, alacaklının, elindeki senede müsteniden tetkik merciinden itirazın ref'i talebinde bulunamayıp, mahkemede dâva açmak mecburiyetinde olması (İİK m. 67), takip konusu alacağın likid vasfını ortadan kaldırmaz. Buradaki alacak likid bir alacaktır; zira, borçlu (satıcı) alacaklıdan (alıcı) batıl olan satış akdi sebebiyle ne miktar para aldığını bilebilecek durumdadır. Bu borç miktarının mutlaka mahkeme kararı ile tesbit edilmesine lüzum yoktur.

Şu halde, burada borçlu, alacaklının likid bir alacağına itiraz etmiş ve borçlu, alacaklının İİK m. 67'ye göre açtığı dâvada, bu alacağı ödemeye mahkûm edilmekle borçlunun ödeme emrine itirazının haksızlığı tesbit edilmiş bulunmaktadır. Bu sebeple, alacaklı lehine asgari % 10 inkâr tazminatına karar verilmesi gerekirdi kanaatındayız.

Borçlu; likid bir alacak talebi karşısında, borcun bir kısmına itiraz etmek isterse, itiraz etmek istediği kısmın cihet ve miktarını itirazında açıkça göstermelidir (44). Borçlu, bu mecburiyete riayet etmeyerek gene de borcun tamamına itiraz etmiş ise, itirazın iptali dâvası neticesinde borçlu olduğu tesbit edilen miktar için inkâr tazminatı ödemekle mükellef olur (45).

Görüldüğü üzere, icra inkâr tazminatının en önemli şartı, mahkemenin borçlunun itirazının haksızlığına karar vermiş olmasıdır. İtirazın haksızlığı, itirazın yapıldığı andaki duruma göre tayin olunur. Fakat, bu durum, borçlunun, ödeme emrine itirazından sonra doğan def'ilerini dâva sırasında alacaklıya karşı ileri sürmesine mâni değildir. Meselâ, borçlu; ödeme emrine itiraz ettikten sonra, alacaklıya karşı bir alacak iktisap etse (devralsa), itirazın iptali dâvasında borçlu takas def'inde bulunabilecektir. Zira, tamamen genel hükümere göre bakılan itirazın

(43) Bak. Borçlar Kanunu m. 61 : Muteber olmayan bir sebep.
(44) İİK m. 62,II. Bak 28 Nolu dip notta zikredilen makalemiz s. 278-279.
(45) Ticaret Dairesinin 17/3/1959 gün ve 3233/803 sayılı kararı (Hukuk Postası Dergisi 1959 s. 705).

709

iptali dâvasında, diğer dâvalarda olduğu gibi, bu dâvanın açılmasına kadar doğan bütün def'iler (46) ileri sürülebilecektir. Borçlunun bu şekildeki bir takas def'i vârit görülürse, alacaklının dâvası reddedilecektir. Fakat, burada mahkeme takas def'ine istinaden alacaklının dâvasını reddederken, borçlunun itirazda bulunduğu anda itirazında haklı olup olmadığını araştırıp tesbit etmelidir. Bu araştırma neticesinde, borçlunun itirazının itirazın yapıldığı anda haksız olduğu neticesine varılırsa, alacaklının dâvasının reddedilmesine rağmen, borçlu icra inkâr tazminatı ve muhakeme masraflarını ödemeye mahkûm edilmelidir. Zira, borçlunun ödeme emrine vâki haksız itirazı, alacaklıyı itirazın iptali dâvasını açmaya zorlamış ve alacaklının icra takibini sebepsiz olarak sürüncemede bırakmıştır.

d) İnkâr tazminatının miktarı :

Kanun (İİK m. 67, II), inkâr tazminatının miktarının «yüzde ondan aşağı olamıyacağını» sarahaten hükme bağlamaktadır. Şu halde, inkâr tazminatı, hüküm altına alınan alacağın asgari % 10'u nisbetinde olacaktır. Mahkemenin bunun altında inkâr tazminatına hükmetmesi caiz değildir. % 10 tazminata hüküm için borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmiş olması kâfi olup, alacaklının bir zarar görmüş olması şart değildir. Borçlu, alacaklının hakiki zararının % 10'dan az olduğunu ispat etmek suretiyle de % 10'dan aşağı bir tazminata hükmedilmesini isteyemez. İnkâr tazminatı, Borçlar Kanunu anlamında bir tazminat olmayıp, borçlunun inkâr yoluna sapmasını önlemek için konulmuş bir müeyyidedir. Kanun, bu müeyyidenin müessir olabilmesi için, tazminatın yüzde ondan aşağı olmamasını istemektedir.

Bu itibarla, Belgesay'ın (47); « Fakat, tazminat ancak bir zararı karşılayabileceğinden borçlu, itiraz yüzünden alacaklı bir zarara maruz kalmamış ise yüzde on tazminata mahkûm edilemez, onun zararı daha azsa o az miktara hükmolunur. Şu kadar ki, alacaklının zararı daha az olduğunu veya hiç olmadığını isbat borçluya düşer » şeklindeki fikrine iştirak edemiyoruz. Bu anlayış tarzı, kanunun yukarda izah edilen metnine ve ruhuna aykırıdır. Esasen doktrinde de, inkâr tazminatının yüzde ondan aşağı olamıyacağı fikri hâkim olduğu gibi (48), mahkemeler tatbikatımızda da asgari yüzde on tazminata hükmolunmaktadır (49).

(46) Yani ödeme emrine itiraz tarihi ile dâvanın açılış tarihi arasında doğan def'iler de.

(47) Belgesay Cilt I s. 137.

(48) Postacıoğlu s. 150; Karaca I s. 378; Ansay s. 61.

(49) Bak. Olgaç-Köymen sayfa : 460.

710

Kanun, inkâr tazminatı için yukarı bir had tâyin etmemiştir. Alacaklı, borçlunun itirazı üzerine maruz kaldığı zararın yüzde ondan daha yüksek olduğunu iddia eder ve bu iddiasını isbat ederse, mahkeme yüzde ondan yüksek bir inkâr tazminatını hüküm altına alabilir. Mahkemenin, yüzde ondan fazla inkâr tazminatına hükmederken, iki tarafın vaziyetini ve dâvanın ve hükmolunan şeyin tahammülünü göz önüne alması ve tazminat nisbetinin münasip olması lâzımdır (İİK m. 67, II). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski bir kararında (50), dâva olunan şeyin tahammül derecesi nazara alınmaksızın müddeabihe yakın olan yüzde seksen nisbetinde bir inkâr tazminatına hükmedilmesini yolsuz bulmuştur.

e) **İnkâr tazminatına mahkûmiyet için borçlunun kötü niyeti kaideten şart değildir :** Borçlunun inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için, onun ödeme emrine kötü niyetle itiraz etmiş olması kaideten şart değildir. İtirazının haksızlığına karar verilen borçlu, iyi niyetle itiraz etmiş olsa bile, o kaideten inkâr tazminatına mahkûm edilir (51).

Eğer, alacağa (ödeme emrine) itiraz eden, borçlunun velisi, vasisi mirasçısı ise, o zaman borçlunun inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için, itiraz eden bu kimselerin kötü niyetle ödeme emrine itiraz ettiklerinin sabit olması lâzımdır (İİK m. 67, III). Kötü niyeti isbatla mükellef olan alacaklıdır.

2) **İnkâr tazminatının fonksiyon ve lüzumu :**

İcra inkâr tazminatının fonksiyonu, TBMM Adliye Encümeni esbabı mucibe mazbatasında da belirtildiği gibi (52), borçluların mesnetsiz itirazlarına mâni olarak, alacaklıların haklarını daha kolaylıkla elde etmelerini temin eden bir müeyyide olmasıdır. Bu müeyyide vasıtasıyle, borçlunun sebepsiz inkâr yollarına sapması önlenerek, hem alacaklılar haklarına daha çabuk kavuşurlar, hem de tetkik mercileri ve mahkemeler mesnetsiz itiraz ve dâvalarla işgal edilmezler.

(50) Sene 1932 No. 564 (Karaca s. 94).

(51) Hukuk Genel Kurulunun 13/11/1957 günlü kararı (Kazai İctihat-Juricdictio Der, 1958/11 s. 1024-25; İçtihatlar Der. 1958/119 s. 3418-3420; Olgaç-Köymen No. 1123): Yazman, adı içtihat tahlili s. 1118; Ansav s. 61. Aksi fikirde : Belgesay Cilt I s. 136.

(52) Adalet Bakanlığı yayını olan İcra ve İflâs Kanunu (1932 tarihli) na ekli Adliye Encümeni esbabı mucibe mazbatası s. 10. Bak. ayrıca : Olgaç-Köymen sayfa : 460 dip not 1.

741

Bazı müelliflerimiz (53), icra inkâr tazminatının lüzumuna kail değildirler. Biz, Postacıoğlu (54) ile birlikte, icra inkâr tazminatının icra hukuku sistemimiz için lüzumlu bulunduğu kanaatındayız. Bilindiği üzere, icra hukukumuza göre, borçlunun sadece «itiraz ediyorum» demesi, icra takibini durdurmaktadır (İİK m. 66). Borçlu, itiraz ederken itirazının delil ve sebeplerini bildirmeye mecbur olmadığı gibi, itirazında bildirdiği sebeplerle de bağlı değildir (İİK m. 63). Eğer, borçlunun mesnetsiz itiraz ve inkârlarına karşı bir müeyyide konulmazsa, bilhassa kötü niyetli borçlular alacaklılarını uğraştırmak ve borcu ödemeyi geciktirerek zaman kazanmak maksadiyle, ödeme emrine itiraz yoluna sık sık başvurabileceklerdir. Zira, bu itiraz sebebiyle kendilerini en ufak bir müeyyide beklemiyecektir. Borçlunun, ilerde ayrıca icra masraflarını ödemeye mecbur kalması, onu yersiz itirazlardan alıkoymaya kâfi bir müeyyide değildir. Borçlunun yersiz itiraz ve inkârlarını önlemek için daha şiddetli bir müeyyideye ihtiyaç vardır ki, bu da icra inkâr tazminatıdır.

Bu bahsi bitirmeden evvel, inkâr tazminatının asgari haddi üzerinde de durmak isteriz. Yüzde on asgari had, 1928-29 seneleri için oldukça yüksek bir nisbet teşkil etmekte ve inkâr tazminatının müeyyide olmak fonksiyonunu yerine getirmekte idi. Fakat, yüzde on asgari haddin bugün de bu müeyyide fonksiyonunu yerine getirmekte olduğu pek söylenemez. Bugün iktisadi şartlar değişmiş, faiz nisbetleri artmıştır. Ticari işlerde temerrüd faizi yüzde ona çıkmıştır (Ticaret Kanunu m. 9, II). Değişen ekonomik şartlar ve dâvaların uzun sürmesi sebepleriyle, inkâr tazminatını göze alarak ödeme emrine itiraz edilmesi, eskisine nazaran daha sık görülen bir keyfiyettir. Dâvaların uzun sürmesi sebebiyle, alacaklıların hakiki zararları da yüzde onun üstünde olmaktadır. Gerçi, bu hakiki zararın isbatı halinde, yüzde ondan daha fazla bir inkâr tazminatı elde edilmesi mümkündür. Fakat, fazla zararı ispat etmek her zaman kolay olmamaktadır. Bütün bu sebeplerle, asgari inkâr tazminatı haddinin artırılması, meselâ yüzde yirmiye çıkarılması gerektiği kanaatındayız.

(53) Ansay s. 62; Arar; s. 140-141.
(54) Postacıoğlu s. 147-148.

DEVLETLER CEZA HUKUKU BAKIMINDAN ÜLKEDE İŞLENEN SUÇLAR

Yazan : Doç. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK

Devletler Ceza Hukuku pek yeni bir koldur. Hususi ile birinci Dünya harbinden beri bu konu birden bire önemli gelişmelere saha olmuştur.

Devletler Ceza Hukukunun gelişmesinde bir yandan ilmî çalışmalar ve Milletlerarası kongreler ve öteyandan Milletlerarasında yapılıp imzalanan sözleşmeler geniş ölçüde müessir olmuştur.

Suçluları geri vermeye dair olarak yapılan sözleşmelerden başka, kadın ticaretinin men'ine dair 4 Mayıs 1910 tarihli Paris ve 4 Temmuz 1931 tarihli Cenevre ek protokol sözleşmesi, Ergin kadın ticaretinin önlenmesine dair 11 Ekim 1933 tarihli Cenevre sözleşmesi; para kalpazanlığının cezalandırılmasına dair 20 Nisan 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi; Müstelicen neşriyatın tedavül ve ticaretinin men ve tecziyesine dair 12 Eylül 1923 tarihli Cenevre Sözleşmesi, Uyuşturucu maddeler ticaretinin men ve tecziyesine dair 19 Şubat 1925 tarihli Cenevre ve 31/Temmuz/1931 tarihli Cenevre Sözleşmeleri' tedhişçiliğin önlenmesi ve tecziyesi ile Milletlerarası bir ceza divanı kurulmasına dair 16/Kasım/1937 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, İnsanlığa karşı işlenen suçların önlenmesine ve cezalandırılmasına dair Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen 9/Aralık/1948 tarihli Paris Sözleşmesi gibi Milletlerarası belgeler bu arada sayılabilir.

Öteyandan Milletlerarası Ceza Hukuku Birliği 1889 Brüksel 1890 Bern, 1891 Christiania, 1893 Paris, 1894 Anvers, 1895 Linz, 1897 Lizbon, 1899 Budapeşte, 1902 Petesburg, 1905 Hamburg, 1910 Brüksel 1913 Kopenhag Kongreleri ve bu birliğin birinci Dünya Harbi sırasında dağılması üzerine 1924 de Pariste kurulan Milletlerarası ceza hukuku cemiyeti 1926 da Brüksel, 1929 da Bükreş, 1933 de Palermo, 1937 de Paris ve 1947 de Cenevrede yapılan kongreler bu alanda çok faydalı çalışmalar yapmışlar ve önemli kararlar almışlardır.

Devletler Ceza Hukuku tabiri Milli Ceza Hukukunu yer itibariyle uygulanmasına, yabancı memlekette işlenen suçlara veya yabancı suçlulara müteallik meseleler gurubunu işaret etmek için kullanılmış isede gerçekte bu kolun konusunu gereği gibi ifade edememiştir.

Bu gün Devletler Ceza Hukuku şu konuları incelemektedir.

1 — Yabancı memlekette işlenen suçların ülkede takibi;

2 — Ülkede yabancılar tarafından ve yabancılara karşı işlenen suçlar;

3 — Suçluları geri verme;

4 — Devletlerarasında adlî muamelelere aid tebliğler veya bilgi taatisi,

5 — Milletler-arası suçlar;

Devletler Ceza Hukukunun en önemli konularından biri Devletlerarasında olup yargı anlaşmazlığı ve yetki meseleleridir. Çünki bu gün her Devlet, hakimiyet hakkına dayanarak, tek taraflı kendi teşrii ve kazaî yetkilerini tesbit etmektedir.

Devleti teşkil eden unsurlardan biri bilindiği üzere Ülkedir. Bir devletin ülkesi hakimiyeti altında bulunan alandır. Devletin hakimiyeti altında bulunan bu alan, yer, hava veya su olabilir. Buna göre ülke devlet hakimiyeti altında bulunan kara, bu karanın üstündeki hava alanı ve nihayet — mevcutsa — kıyı denizlerini ve bunun üstündeki hava sahasını ifade eder. Bundan başka bu devlete ait gemiler ve bu devlet ordusunun işgali altında bulunan yerler de ülkeden bir parça farz ve kabul olunmaktadır.

Kara Ülkesi :

Kara ülkesi bir devletin siyasî sınırları içinde bulunan toprak bütünüdür.

Kıyı denizleri :

Denizin karaya bitişik olan hattı ile buna muvazi olarak muayyen bir mesafeden çekilecek farazî hat arasında kalan bölme şedit parçasıdır. Kara veya kıyı sularının ölçüsünde yani sahilden itibaren denizin ne kadar kısmının kıyı suları sayılacağı hususunda Milletlerarası kabul edilmiş bir esas yoktur. Bazı devletler bunu 3, bazıları ise 6 mil olarak kabul etmektedir. Bununla beraber kıyı suları ölçüsünün Milletlerarası bir esasa bağlanması hususunda çalışmalar yapılmaktadır. Birleşmiş Milletler, Devletler Hukuku kaidelerini tedricî surette birleştirme komisyonu bu konuda bir (kıyı denizi rejimine ait geçici tasarı) yı hazırlamış ve hükûmetlere mütalâalarını bildirmek üzere tebliğ etmiştir. Bu tasarıda ülkedeki iç sularla iltibası önlemek maksadiyle kara suları yerine kıyı denizleri tâbiri kullanılmıştır.

Konunun en girift meselesi kıyı denizlerinin genişliği ölçüsüdür. Bu nokta üzerinde bu güne kadar herhangi bir hal şekli tesbit edilmemiştir.

Tasarının, kıyı denizlerin genişliğine dair olan 3 üncü maddesi Hükûmetlerin bu hususa dair mütaleaları alındıktan sonra tesbit edilmek üzere askıda bırakılmıştır. Ancak sözü geçen komisyonun 5 Ağustos 1954 tarihli ve A/CN. 4/88 sayılı raporunda (sahife 38) bu genişlik ölçüsü olan 3 - 12 mil üzerinde durulmaktadır. Esas ölçü 3 mil kabul edilmiş ve fakat kıyının tabii durumu veya bitişik devletlerle olan hal ve mesafesine göre en çok 12 mile kadar her kıyı devletin bu genişliği tesbit yetkisi verilmesi temayülü belirmiştir.

Kara suları veya kıyı denizleri ülkenin bir kısmını teşkil eder.

Buna karşılık açık denizler hiç bir ülkeye bağlı veya hiç bir devlet hakimiyetine tabi değildir.

Hava Ülkesi

Bir devlet ülkesinin — kara veya su üstündeki hava alanı bu devlet hâkimiyetine tâbidir. Bu esas devletler arasında imza ve kabul edilen belgelerde ummî olarak tasvib edilmiştir. 13 Ekim 1919, 15 Haziran 1923 ve 7 Aralık 1944 tarihli hava seyrüsefer sözleşmeleri gibi.

Her devlet bir sözleşmeye dayanmış olmadıkça veya müsadesi alınmadıkça, yabancı hava gemilerinin kendi hava ülkesinde uçmasını men etmek hakkına sahiptir.

Şikago da 7/Aralık/1944 tarihinde imzalanan ve devletimizce de 5/Haziran/1945 tarihli ve 4749 sayılı kanunla onanmış bulunan (Milletlerarası sivil havacılık andlaşması ile sivil havacılık geçici sözleşmesi) bu konuda mühim vesikalardan biridir.

Devletler Ceza Hukuku bakımından ülkede işlenen suçlar denilince kara, hava ve su ülkesinde işlenen fiiller anlaşılmak lâzım gelir. Suçun işlenme yeri bu hususta çok önemlidir. Suçun işlendiği yere, icrasına başlandığı, icrasının devam ettiği veya icrasının bittiği yerlerdir. Umumiyetle yalnız icrayı haraketler cezalandırılmıştır. Suçun hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Ancak kanunlarca kabul edilen istisnalar konu dışındadır. Bu itibarla suçun işlendiği yer yukarıda icraî hareketlere göre tarif edilmiştir.

Bir çok kanunlar suçun nerede işlenmiş sayılacağını tayin etmemişlerdir. Ancak 1930 tarihli İtalya ve İsviçre Ceza Kanunu bu hususta açıklamalar yapmışlardır.

715

İtalyan Ceza Kanununun 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrası :

«Suç, kendini teşkil eden fiil veya ihmalin temamen veya kısmen icra edildiği veya bu fiil veya ihmalin neticesinin husule geldiği devlet ülkesinde işlenmiş sayılır.» diye bir tarif vermektedir.

İsviçre Ceza Kanununun 7 nci maddesi :

«Cinayet veya cürüm hem failin harakete geçtiği, hemde neticenin husule geldiği yerde işlenmiş sayılır.

Teşebbüs failin hem bunu yaptığı, hemde neticenin husule gelmesini tasarladığı yerde icra edilmiş sayılır.» tarzında suçun işlendiği yeri tarif etmektedir. Bizim Ceza Kanunumuzda buna benzer bir hüküm yoktur.

Bundan başka irtibat ve temadi hallerinde icrası haraketlerin icra edildiği yerlerde suç işlenmiş sayılmak lâzım gelir.

Kara ülkesinde işlenen suçlar :

Kara ülkesinde işlenen şuçlar hakkında bu ülkeye hakim olan devlet kanunu uygulanır. Başka tabirle Ceza Kanunu memleket içinde herkes hakkında hüküm ifade eder. Suçu işleyenin Türk veya yabancı olmasının bir önemi yoktur. Ancak bu alanda iki mühim istisna kabul edilmiştir :

A — Devletler Hukuku bakımından diplomatik muafiyeti olanlar;

B — Millî Hukuk bakımından teşrii masuniyeti olanlar ;

Türk Ceza Kanununun 3 ncü maddesi bu esası şu suretle belirtmektedir : «Türkiye'de suç işleyen kimse, Türk Ceza Kanunlarına göre cezalandırılır. ...» Diploması memurlarının muafiyeti ile teşrii mesuniyeti olanların durumu ayrı bir konu teşkil ettiğinden burada temas edilmiyecektir.

Su ülkesinde işlenen suçlar :

Bir devletin kara sularında veya kıyı denizlerinde işlenen suçlar hakkında bu devlet kanunları uygulanır. Bununla beraber bu kaide umumî ve istisnasız değildir. Kara sularında geçit halinde bulunan yabancı bir devlet bayrağını taşıyan sivil veya askerî gemilerde veya bu gemide bulunan kimseler tarafından kara sularının bulunduğu ülke devletinin vatandaşlarına veya buradaki yabancıların veya kara sularının mensup olduğu devlet ülkesinde bulunan kimseler tarafından gemi adamlarına veya gemideki kimselere karşı işlenen suçlar hakkında hangi devlet kanununun tatbik edileceği çok dikenli bir konudur. Ayrıca kıyı denizle-

rinde yani kara sularında bu suların mensup olduğu devlet bayrağını taşıyan sivil veya askerî gemi ile yabancı bir devlet bayrağını taşıyan sivil veya askerî gemi arasında vuku bulacak çatışmalar da ayrıca pürüzlü meselelerden birini teşkil etmektedir.

Su ülkesinde işlenen suçlar hakkında belirecek yetki uyuşmazlıklarını çözmeğe yarayan Devletlerarası müşterek bir kaide henüz mevcut değildir. Yukarıda sözü edilen Birleşmiş Milletler Komisyonunun hazırladığı tasarının 23 ncü maddesi, kıyı devletin, kendi kıyı sularından geçmekte bulunan yabancı bir gemideki bir şahsı tevkif etmek veya bu gemide işlenen bir suç dolayısiyle tahkik muamelelerine girişmek maksadıyle mezkûr geminin seyrine mani olabileceği halleri ve öteyandan, kıyı sularında demirli bulunan veya iç sularından gelerek kıyı sularından geçmekte olan yabancı gemi üzerindeki kaza yetkilerini belirtmektedir.

Madde 23 :

Yabancı bir gemi üzerinde tevkif :

Kıyı devlet, kara sularından geçmekte olan yabancı bir gemi üzerinde geçit sırasında işlenen suç dolayısiyle bir şahsın tevkifini veya tahkik muamelelerine ancak aşağıdaki hallerin birinde girişebilir :

A — Suçun neticelerinin, geminin dışına sirayet etmesi ;

B — Suç nev'inin memleketin âsayişini bozacak veya kara sularının nizamını ihlâl edecek mahiyette olması.

C — Gemi kaptan veya geminin bayrağını taşıdığı devletin konsolosu tarafından mahalli makamların yardımının istenmesi.

2 — Yukarıki hükümler. kara sularında demirli bulunan veya iç sulardan gelerek kara sularından geçmekte olan yabancı bir gemi üzerinde kıyı devletin kanunlarınca derpiş edilen tevkif veya tahkik muameleleri yapma yetkisini ihlâl etmez.

3 — Bununla beraber gemi üzerine tevkif yaparken mahalli makamlar seyrüsefer menfaatlerini nazarı itibare almak mecburiyetindedirler.

Hava ülkesi :

Hava ülkesinde işlenen suçlar hakkında bu ülkeye hâkim olan devlet kanunları tatbik olunur.

Gerek kara sularında ve gerekse hava ülkesinde bu ülke devletinin bayrağını taşıyan gemilerle yabancı devlet bayrağını taşıyan gemiler ara

717

sında vuku bulacak çatışmalar dolayısiyle belirecek yetki uyuşmazlıkları hususunda umumî bir kaide mevcut değildir. Ancak Brüksel de 10/Mayıs/1952 tarihinde imza edilen (denizlerde çatışma ve diğer hadiselerde cezaî selâhiyete dair bazı kaidelerin birleştirilmesi hakkında Milletlerarası Sözleşme) bu mevzuda mühim bir adım teşkil etmekte isede henüz devletlerden birçoğu tarafından tatbik edilememiştir.

718

İSVİÇRE'DE NOTERLİK

(Noterlerin sureti intihap ve tâyinleri ile terfileri, vazife ve selâhiyetleri ve haklarında disiplin muameleleri, noterlerin iş sahiplerinden aldıkları ücretlerin kanun ve tatbikat bakımından tetkiki)

Yazan : Dr. Turgut SENGİR

(İstanbul Ticaret Mahkemesi Azası)

I — Giriş ve meselenin önemi : Noterlik müessesesi bugün sosyal iktisadi ve ticari hayatın zaruri kıldığı bir hukuk müessesesi olarak kabul ve mütalâa edilmektedir. Filhakika bilhassa son asırların geniş mikyasta girift ve çapraşık bir şekil alan hukukî münasebetleri, noterlik müessesesi sayesinde basitlik sadelik ve emniyet kazanmışlardır. Ayrıca adli ve doktrinal faaliyette muhakeme edebilmek, isabetli neticeler çıkarabilmek için istinad edilmesi gerekli muta ve esaslar yine noterlik müessesesi sayesinde zengin bir kaynak elde etmişlerdir. Bu sebepten de müessese hukukî muameleler üzerine eğilmek isteyen hukukçuların olduğu gibi pratik hayatın muhtelif değişik tezahürleri arasında yalnız vicdanının sesini dinleyerek yol arayan Hâkimlere de çok sadık ve emin bir yardımcı olarak kendini göstermiştir.

Noterlik müessesesinin bu ehemmiyeti herşeyden evvel bu nazik vazifeyi üzerine alabilecek şahısların ahlakî hukukî ve kültürel formasyonlarının mükemmeliyetine istinad eder. Çiçeron'un dediği gibi suiistimali ve suiicrası ile aşağılık mevkie düşmiyecek hiçbir büyük meslek yoktur. Bunun gibi noterlik de ne kadar önemli olursa olsun, ahlâkî telâkkilerden uzak beceriksiz ellerde kıymetinden kaybedebilir. Bu sebepten dolayıdır ki bütün devletlerde müessesenin kuruluşundan itibaren giriş şartları daima büyük bir titizlikle tahdit edilmiş ve devletin sıkı kontrolü altına alınmıştır (1).

Lozan Devlet Başkanı G. Addor'un Noter Spielmann'a yazmış olduğu 15 mayıs 1914 tarihli mektubunda da bahsetmiş olduğu gibi dini inanç rahiplerin eseri olmadığı gibi Noter de müşterileri arasında doğruluk

(1) Spielmann, Notariat Vaudois s. 7

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

yaratamaz. Fakat kendisinin ilgili olduğu muamelelerde faziletin hüküm sürmesine elinden geldiği kadar gayret eder (2).

İviçrede noterlik müessesesinin tetkiki diğer devletlerinkinden çok farklı bir şekil göstermektedir. Bunun sebebini isviçrenin devlet şeklinde görüş ve an'ane ayrılığında ve müesseseye modern anlamda verilen ehemmiyetin dereceinde aramak iktiza eder. Hakikaten İsviçre Medenî Kanununun bütün memleket çapında yürürlüğe girmesine karşılık, noterlik kantonların çerçevesi içinde kalmıştır. Medenî Kanunun nihaî hükümlerinin 55 inci maddesi de aynen : «Kantonların kendi arazileri dahilinde resmi şeklin muhtelif tarzlarını tayinde serbest oldukları» derpiş edilmiştir.

Yine Napoleon kanunundaki klastik tarife göre resmi senet : «Hukukî muameleleri tevsik etmek selâhiyetini haiz makam tarafından usulüne göre tanzim ve tasdik olunan yazı ve vesikalardır.

Böylece kanunun tasrih edilen maddesinde gösterilen noterlik teşkilâtının mevcut olmadığı kantonlarda bu kantonların tayinde serbest bulundukları husus münhasıran hukuki muameleleri tevsik etme selâhiyetini haiz makamın tayini olacaktır. (3)

Kanunun bu sarih hükmüne rağmen çok mahdut bir miktarda da olsa zamanımızda bazı kantonlarda meselâ gayrımenkullerin intikali mevzuunda yapılması muktazi resmi senetleri tanzim etmek selâhiyetini haiz resmi makamın gösterilmediği yerler vardır.. (4) Halbuki Vaud kantonu noterleri başkanı Fritz Spielmann'ın 1926 tarihli «İsviçrede noterlik» adlı etüdünde de yazmış olduğu gibi : «Senedin resmi şekilde tanzimi yalnız taraflar için değil ayni zamanda devlet için de bir garanti teşkil eder.» (5)

Teşkilâtlı bir noterlik müessesesine sahip bulunan kantonlarda resmi senedin,

1) Kendisine verilen salâhiyet hudutları içinde çalışan noter tarafından tanzim edilmesi,

2) Akit tarafar ile noter arasında vukubulan teşriki mesai neticesi olarak meydana gelmesi (Akit taraflar niyet ve arzularını beyan ederler, noter ise kanun icaplarına ve nasafet kaidelerine uyarak senedi tanzim eder.)

(2) Spielmann, Noteriat Vaudois s. 8
(3) Spielmann, Fritz : Notariat Fiches juridiques suisses
(4) Spielmann, Fritz : Notice sur les formalités de l'Acte authentique en Suisse (Journal des tribunaux) 1930 s. 3.
(5) Spielmann, Fritz : Notariat Vaudois 1926 s. 9

3) Sırasiyle evvela âkit taraflar sonra da noter tarafından imzalanmış bulunması iktiza eder.

Şayet senet şahitlere de ihtiyaç gösteriyorsa, bunların dahi tanzim edilen senedin okunması sırasında hazır bulunup altını imzalamaları gerekir. Bu cümleden olmak üzere Vaud Kanton Mahkemesi 1 Temmuz 1914 tarihli kararında şahitlerden birinin senedin okunması sırasında bir müddet için dışarıya çıkmasını senedin hükümsüz sayılması için sebeb olarak göstermiştir (6).

Mevcut ve halen yürürlükte bulunan mevzuata göre İsviçrede teşkilat olarak noterlik üç cepheli bir manzara arzeder :

1) Noterliğin serbest meslek olarak kabul edildiği kantonlar : Bu kantonlarda noterler Devlet tarafından verilen bir çalışma patentini haiz kimseler olarak gözükürler. Daha ziyade fransız anlayışının tesiri altında kalan bu kantonlar Cenevre, Vaud, Valais, Neuchatel, Fribourg, Berne, Sole, Ure, Argovie, Bale-ville ve Tessin Kantonlarıdır.

2) Noterleri devlet memurları olarak kabul eden kantonlar : Bunlar Zürich, Schwiz, Thurgovie, Orisons ve Unterwalden le bas Kantonlarıdır.

3) Noterlik mesleği olarak bir meslek tanımayan kantonlara gelince, bunlar Lucerne, Unterwalden, Le Haut, Glaris, Zoug, Bale-campagne, Schaftouse, Appenzel ve St. Gall Kantonlarıdır (7).

Noterlik müessesesinin isviçre çapında gösterdiği bu tehavvüle rağmen resmi senedin tarifi ve mahiyeti üzerinde hiçbir ihtilaf yoktur. Diğer bir ifade ile resmi senet kelimesinden anlaşılan mana her kantonda aynı dır. Yine bu sebepten dolayıdır ki bunu meydana getiren şartlardan birinin noksanlığı senedi hükümsüz kılar.

II — Tarihçe : Orta Avrupada modern anlamda noterlik müessesesi ilk olarak 12 nci asırda İtalyanın şimal mıntakalarında teesüs etmiştir. Müessese bilhassa yazılı hukuk sistemini kabul etmiş bulunan fransız topraklarına intikal etmiş, bu memleketlerde tekemmül ettikten sonra fransız isviçresine geçmiştir. Daha ziyade örf ve adet hukukunun cari olduğu kuzey Almanya ve kuzey Fransa bu tesislerden uzun müddet uzak kalmışlardır (8). Bununla beraber bu mıntakalarda resmi senetle-

(6) Spielman, Fritz. Notariat Fiches juridiques Suisses
(7) Spielmann, Fritz. Notice S. 7 Journal des Tribunaux
(8) Graber (Jean Pierre) : Histoire du notariat dans le Canton de Neuchatel. Thèse ... Zurich 1956 s. IX

721

rin tazmininde senetler ileri gelen din adamlarının vesair sözü geçen şahsiyetlerin özel mühürleri ile mühürlenirdi. Kuzey Fransada ise lâik mahkemelerin damgaları ile muamele tekemmül ederdi. Bilâhare damgalanan bu vesaik muayyen bir yere tevdi edilir ve orada saklanırdı (9). Fransız isviçresi memleketlerinde bu aleni kayıtların muayyen bir yerde saklanması usulü 14 üncü arsa kadar devam etmiş, bu tarihten sonra her noter, kendine ait hususi arşiv tutmuş ve vesikanın aslını kendisinde saklamakla beraber bir kopyasını yine ayni yere tevdi etmiştir.

Bu tarihlerde senetlerden alınan harçlar münhasıran kilise meclisince alınıp sarfediliyordu. Ancak bilahare halk, kendi varlığını ve haklarını müdrik olmağa başlayınca kilise tahakkümünden kurtularak müstakil idarî teşekküller tesis etti. Böylece noterlerin tayinleri kilise idarecilerinin ellerinden krala intikal etmiş ve krallık idaresi altına girmiştir. Hakikaten başlangıçta noterler munhasıran Kral tarafından tayin edilir iken bilahare bu tayinler kralın selahiyet verdiği makam sahipleri tarafından yapılmağa başlandı. 14 üncü asrın ilk yarısında noterlik müessesesinin idaresi «eveklerin» eline geçmiş ise de bunların kilise meclisi ile hiçbir ilgisi bulunmamıştır. Nihayet 16 ncı asır başlarından itibaren noterlik müessesesine müteallik kanun ve mevzuat meydana gelmeğe başlamıştır (10). Bununla beraber müessesenin tekemmülü her memlekette ve her kantonda ayni olmamıştır. Meselâ Valais kantonunda 2 Kasım 1802 den itibaren başlayıp tekemmüle doğru giden mevzuat diğer kanunlarda daha ağır ve değişik bir seyir takip etmiştir. Bu cümleden olmak üzere Vaud kantonunda 1718 tarihinde başlayan müessesenin bünyesinin ıslahını istihdaf eden reform hareketleri 1723 tarihine kadar sürmüş ve bu tarihten sonra müsbet manada teşrii faaliyet kendini göstermiştir (11). Noterliğe müteallik ilk kanun olan 23 Haziran 1803 tarihli olup yüksek konsey tarafından neşir ve ilân edilen kanun ve bunu takip eden 1836, 1851 tarihli kanunlar bu gayretlerin neticesi olarak mütalea edilmesi iktiza eder.

III — Vazife bakımından noterlik yetkileri : Noterlerin selahiyetleri mevzuunda klâsik Napoleon kanunundaki tarifi nazarı itibara almak lâzım gelecektir. Mezkûr kanuna göre :

(9) Valais kantonunda bu senetlerin orijinallerinin saklandığı yer Valère dir. Bu senetler aleni veikalar olup her ilgilinin tetkikine amade tutulmuştu.

(10) Riedmatten (Jacques de): Le noterie valaisan en particuler sa responsabilité civile thèse 1938 s. 15.

(11) Scmidt, Maurice : La reformation des notaires dans le pays de Vaud Thèse Lausanne s. 103

722

Noter tarafların resmi mahiyet vermek istedikleri veyahut tarihini tesbit hıfzını temin ve suretlerini elde etmek istedikleri bilcümle senet ve mukaveleleri kabul etme yetkisini haiz devlet memurudur.

Bununla beraber bazı yeni kanton kanunları bu tarifi muhafaza etmemiştir. Bu cümleden olmak üzere Vaud Kantonu Kanunu; «Noterlerin bu kanun hükümlerine uygun olarak verilen ruhsatnameyi haiz memurlar olduğunu» belirtmiştir. Mezkûr kanuna göre tarafların resmi karekter vermek istedikleri ve buna mecbur oldukları senetleri kabul yetkisini haiz yegane merci noterliktir.

Bununla beraber iktisadi hayatın tekemmülü, noteri senetlerin kaydı rolünden başka sahalara da çekmiş ve noterlik vazifeleri teaddüt etmiştir (12).

Halen noterlik salâhiyetleri aşağıdaki hususlara teşmil edilir.

1) Federal ve Kanton mevzuatının resmî şekil tahmil ettiği senetlere bu vasfı vermek (13)

2) Mirasın taksimi ve tasfiyesi muamelelerini yapmak (14)

3) Adî senetlerin kabulü, muhafaza ve suretlerini yapmak

4) Hakiki ve hükmî şahısların imzalarını tasdik etmek, muayyen tarihte kendisine sunulan evrakı vize etmek

5) Kendisi tarafından kabul edilip diger senetlerin saklandığı yere evvelce konulmuş olan senetlerden çıkarılan mülkiyet şahadetnameleri tanzim etmek

Bundan başka noterin meslekî mes'uliyetini teşkil eden diger vazifeleri de vardır. Bunlar ezcümle :

1) Tarafların hüviyet ve ehliyetlerini tesbit etme mecburiyeti (14a)

2) Yine tarafların hakları ve borçları bakımından aydınlatma mükellefiyeti

3) Tarafların bahis mevzuu ettikleri hususları ve niyetlerini hukukî şekil altına koymak ve kanuna uydurmak ve vuzuh ve sarahatla senede raptetmek

(12) Spielmann : Fiches juridiques Suisses
(13) Spielmann : FJS
(14) Bk. Arrets du Tribunal Fédéral 50 11 66
(14 a) Riedmatten a. g. e. s. 82

4) Kendisine tevdi edilen sırları saklama mükellefiyeti

5 Her türlü evrakı müsbiteyi isteyip kontrol etmek

6) Senetlerin nihayet 15 gün içinde tescilini temin etmek gib vazifelerdir.

Noterlerin ayrıca, vekâletnameye lüzum kalmaksızın tarafları tapu sicil muhafızı, ticaret sicili memuru, maliye organları ve nihayet sulh yargıçları huzurunda temsil yetkisi de vardır (15).

IV — Arazi yönünden noterlik yetkileri :

Bu yönden noterlik yetkileri bir taraftan konfederasyon merkezileşme prensibinin tesiri ve diger taraftan kantonların müstakil kalma gayretleri arasında devamlı bir çekişme manzarası göstermektedir (16). Bununla beraber noterlik müessesesini kabul etmiş bulunan kantonlarda bu ihtilâflar o kadar sık değildir. Meselâ Vaud kantonunda Lozan mıntakası için salâhiyet sahibi bulunan noter Vevey mıntakasındaki gayrimenkullerin ipoteğine müteallik vesaiki tanzim edemiyecektir. Bununla beraber mezkûr noter, lüzum halinde gayrimenkulün bulunduğu yer noterliğine satışa müteallik muameleyi tanzim ettirmek için tarafların vereceği satış vaadini ihtiva eden vesikayı tanzim edebilir. Böylece Vaud kanton arazisinde kabul edilen hükme göre her noter ancak kendi mıntakasındaki muameleleri tanzim edebilir. Şayet gayrimenkuller muhtelif mıntakalara dağılmış bulunuyorsa kaç adet mıntaka varsa o kadar da noter bulunması gerekir.

Bununla beraber bu durum bütün İsviçrede ayni manzarayı göteremez. Filhakika borçlar kanununun intikali hükümlerinin 12 inci maddesi şu hükmü sevketmektedir :

«Gayrimenkuller üzerinde müesses ayni haklara tealluk eden senetler. İsvicre arazisinde gayrimenkulün bulunduğu yerdeki memurlar tarafından tanzim edildiği takdirde muteber olurlar».

---

(15) Bu mevzuda Federal Mahkemenin bir kararına göre : ... Herhangi bir gayrimenkule müteallik senedi tanzim eden noter bilahare bu senedi tapu siciline tescil ettirebilir. Tapu sicil muhafızının tescili reddi halinde noterin, vekil sıfatiyle başvurulabileceği kaza yolları ancak red keyfiyeti şekli sebeplere istinad ettiği takdirde muteber olabilir. Diğer taraftan noterin bu vekâleti, müvekkil durumunda olan malik gayrimenkulden istifade edemiyorsa, sona erer.

(16) Bak. Journal des Tribunaux 1930 s. 4 ve David Dénéréaz : Quelques reflexions d'un notaire sur sa profession s. 8

«Şayet mukavele muhtelif kantonlarda bulunan mülklere tealluk ediyorsa gayrimenkulün veya gayrimenkullerin bulunduğu kanton, resmi makamları, tanzimde yetkili olurlar». (17)

Muhtelif kantonlarda bulunan gayrimenkullerin alım satım muamelelerinde mezkûr kantonlarda kanun dairesinde senedi tanzim yetkisini haiz her memur selahiyetlidir».

Kanunun yukarıda incelemiş olduğumuz hükümleri Federal Konsey tarafından şu şekilde müdafaa edilmiş bulunmaktadır : «Mevzuubahis hükümler, gayrimenkulün bulunduğu yerdeki tapu sicilinin tutuluşuna en ufak bir zarar getirmeksizin muamelelerin kolaylaşmasına yardım edecektir. Böylece tapu sicil muhafızı, kendisince meçhul olan diğer kantonların hukukuna uygun olarak tanzim edilen senetleri tescil mecburiyetinde olmayıp ancak kendisinin ait bulunduğu kanton hukukuna müteallik senetleri tanzim edecektir». (18)

Bununla beraber gayrimenkulün muhtelif kantonların arazilerini içine aldığı hallerde yetkili memur, mevzubahis gayrimenkulün kısmı azamını ihtiva eden Kantonun memuru olacaktır. Keza diğer hallerde mülkün en kıymetli parçası hangi kantonun arazisi içinde bulunuyorsa o kanton noteri veya yetkili memuru işe bakacaktır. Ancak bu gibi hallerde bahis mevzuu olacak mülkün kıymetinin takdiri her kantona göre farklı bulunabileceğinden bu hususda dahi bazı ihtilaflar çıkabilir. Muhtelif kantonların arazisinde bulunan gayrimenkullerin alım satım muamelelerinde taraflara yetkili memurlar arasında bir tercih yapmak ihtiyarı bırakılmıştır (19).

V — İsviçrede Kantonlara göre noterlik statüleri : Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere İsviçrede Noterliği bir tek statüye irca etmek imkanı olmadığından, müesseseyi muhtelif kantonların mevzuatı ışığında ayrı ayrı ele alacağız.

Noterliğin serbest meslek olarak kabul edildiği kantonlar :

1 — Cenevre Kantonu :

a) Tarihçe. Cenevre kantonunun ilk noterleri dini teşekküllere bağlı din adamları olmuştur. Netekim 1543 tarihli kararname şu gibi hükümleri ihtiva etmektedir.

(17) Mezkur madde 10 aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni kanununun nihai hükümlerine ait 55 inci maddeyi tadil etmiştir.
(18) Arrets du Conseil Fédéral 1929
(19) Arrets du Conseil Fédéral 1929

725

«Noterleri tayin ve onları seçmeye selahiyetli makam dini meclistir. bununla beraber mevzuubahis noterin seçiminde şeref ve ehliyet bakımından kifayetli olduğuna mütedir şehrin noterlerinin şahadeti ve raporu alınmadan hiçbir tayin yapılamaz» (20) .

Bu hükme ayrıca bir de yemin formülü ilave edilmiştir. Cenevre noterlik teşkilatı bu hükümlerin tesiri altında 1707 senesine kadar kalmıştır. 1713 tarihinde Cenevre hükümeti Kanton vatandaşları için bir nevi Medeni kanun telakki edilen hukukî kararnameleri yeniden gözden geçirmiştir. Revizyona tabi tutulan bu kararlar 5/Ekim/1713 tarihinde halkın tasdikine iktiran edilmiş ve kabul edilmiştir. Mezkûr kanunun birinci maddesi noterlerin mesleğe girebilmek için haiz olmaları icap eden vasıflardan bahsetmektedir. Mezkur maddeye göre, noter olabilmek için Cenevre devleti vatandaşı olmak, namus ve iyi ahlak sahibi bulunmak, mesleği selahiyetle yapabileceğine mütedair kanton konseyinin tayin ettiği 4 noter, 2 avukat, 2 konsey azası ve sendika başkanlarından birinin reisliği altında teşekkül eden bir komisyon huzurunda muvaffakiyetli bir imtihan vermiş olması lazımdır (21).

Bilahare kabul edilen 1783 tarihli kanun ve nizamnameler aşağı yukarı ayni hükümleri ihtiva etmektedir. Fransız rejimi altındaki Cenevre noterliği 25 Ventose sene X kanunlarıyle idare edilmiştir.

Bu kanunlar, 1912 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu tarihten sonra halen cari bulunan mevzuat meydana getirilmiştir.

b) Halihazır teşkilat :

6 Kasım 1912 tarihli Cenevre kanununa göre Noterler, tarafların resmi şekil vermek istedikleri, tarihini garanti altına geçirmeyi arzu ettikleri, suretle elde etmek istedikleri mukavele ve senetleri tanzim ve kabul etmekle mükellef bir devlet memurudurlar. Diğer kantonlardaki arkadaşları gibi Cenevre noteri bu mahiyette her türlü talepleri karşılamakla mükelleftir.

Noterlik mesleği, Devlet şurası azalığı, avukatlık hakimlik ücretli devlet memuru ile kabili telif değildir. Ayrıca noterlik vazifelerini yapabilmek için kanun diğer bazı tehditlerden daha bahsetmiştir. Böylece noterlerin gerek doğrudan doğruya ve gerekse vasıtalı olarak ticaret ve sanayi teşebbüslerine karışmaları memnudur. Keza her türlü borsa fa-

(20) Spielmann : Organisatin du notariat en Suisse
(21) Dossiers concernant le notariat (XVIII-XIX siècle

726

liyetlerine karışmaları, kefil olmaları v. s. gibi hususlar da mani hallerdendir. (22).

Noterler Devlet Şurası tarafından tayin olunurlar. Adetlerinin her halde 15 den aşağı olmaması kanun icabıdır. Keza 25 yaşını bitirmiş olmaları, İsviçre vatandaşı bulunmaları, Medeni hakları kullanma yetkisini haiz olup 4 sene müddetle bir noter 6 ay da tapu sicil muhafızı nezdinde staj yapmış bulunması gerekir (23). Noterler faaliyetlerini bütün kantonda icra ederler ve hiçbir veçhile teminat göstermeğe mecbur değildirler. Faaliyetlerine devlet Şurası nezaret eder ve ayrıca her türlü şikayetler de bu makama yapılır. Diğer taraftan noter olabilmek için ayrıca yazılı ve şifahi imtihanı da muvaffakiyetle geçirmiş olmak şarttır. Şifahi imtihan İsviçre Medeni Kanunu eski Cenevre Medeni Kanunu, İsviçre Amme hukuku, Hukuk muhakemeleri usulü Cenevre mali mevzuatı ve devletler hususî hukuku mevzularından yapılır (24). Yazılı imtihan noterlik usulleri ve senetlerin kaleme alınmaları şekilleri üzerinden yapılır. Mümeyyizler heyeti içinde Devlet Şurası tarafından tayin edilen iki noterin de bulunması iktizaeder. Üç defa arka arkaya imtihanda muvaffak olamıyan namzet artık imtihana yeniden kabul edilemez.

2 — Vaud Kantonu :

Vaud kantonunda noterliğe müteallik ilk kanun Yüksek konseyin 23 Haziran 1803 tarihinde neşir ve ilan etmiş olduğu kanundur. mevzuubahis kanunun bazı hükümleri bilahare 1836, 1851, 1921 ve 1940 tarihli kanunlarla tadil edilmiş ise de 1803 tarihli kanun umumî hükümleri itibariyle 1921 tarihine kadar devam etmiştir. 9 Mayıs 1921 tarihli kanunun umumî temayüllerini aldığı 1851 tarihli kanunun müesseseye getirdiği yeniliklerden en önemlisi noterlerin sayılarının tahdit edilmemiş bulunması olmuştur (25). Ayni kanun noterlerin tayinlerinin Devlet Şurası tarafından yapılacağını da derpiş ediyordu (26). Keza evvelki kanunun tayin ettiği asgarî yaşı 23 den 25 e çıkarıyordu. 1851 tarihli kanunun diğer bir yeniliği de noterlerin kendilerine müracaat eden şahısları, haklı bir

(22) Spielmann : Organissation du notariat en Suisses s. 19

(23) Yaş durumuna müteallik bu hüküm 1713 tarihli kanunda kabul edilmiş olup hiçbir değişikliğe uğramadan yeni kanuna kadar intikal etmiştir.

(24) Hukuk fakültesi mezunları ve hukuk doktorları şifahi imtihandan muaf tutulurlar.

(25) 1836 tarihli kanun ise Vaud kantonundaki noterlerin azamî haddini 120 notere inhisar ettirmiştir.

(26) Spielmann ... Notariat Vaudois s. 59

727

sebep yok iken geri çevirmesine mani olan hükümdür. Filhakika bu tarihten sonra bu hükümler bugün cari olan kaidelere kadar gelmiştir.

9 Mayıs 1921 tarihli kanun Vaud kantonunda noterlikle kabili telif olmıyan meslekleri şu şekilde saymıştır.

a) Delet Şurası Başkan ve azalığı
b) Kanton mahkemesi azalığı ve kanton sorgu yargıçlığı
c) Devlet memurluğu
d) Kanton mahkemesi katipliği veya memurluğu
e) Valilik
f) Devlet tahsildarlığı
g) Mıntaka mahkemesi başkanlığı
h) Sulh yargıçlığı
i) Tapu sicil muhafızlığı
k) İflas ve takip memurluğu
ı) Devlet şurasının şubelerinden herhangi birinde memur
m) Federal idare memuru
n) Avukat
o) Ruhsatname sahibi komisyoncu

Noter namzetlerini imtihan etme selahiyetini haiz komisyon azaları arasında yer alan avukat ve noterler her 3 sene için tayin edilmiş olup bu 3 üncü senenin hitamından itibaren ancak bir sene geçtikten sonra yeniden seçilebilirler. İmtihan komusyonu normal alarak senede bir defa toplanır. Ancak fevkalade hallerde Devlet Şurasının teklifiyle fevkalade içtimalar yapabilir.

1921 tarihli kanunun bilhassa noterlerin faaliyetlerinde nezareti derpiş eden hükümlerdeki boşluk 25 Ocak 1923 tarihli kanunla doldurulmuştur. Netekim mezkur kanun Noter nezaret merciine ilave olarak merkezi Lozanda bulunan bir «Noterler Odası» ihdasını derpiş etmiştir. «Noterler Odası» adliye ve polis departmanı reisinin başkanlığında toplanıp Kantonun muhtelif kısımlarından faaliyette bulunan 8 aza 4 adet de yardımcı noterden müteşekkil bir heyettir. Noterler Odasının vazifesi noterleri ilgilendiren mevzularda bilhassa vaki şikayetlerde karar vermek durumunda bulunan Devlet Şurası veya Adliye ve polis departmanına fikir vermekten ibarettir. Ayrıca noter ücretlerine müteallik ihtilaflarda da söz sahibi bulunur. (27) Bilahare kabul edilen 18 Kasım 1940 tarihli

(27) Spielmann : L'organisation du notariat en Suisse

728

kanun ise eski hükümleri muhafaza etmekle beraber Noterlerin Banka ve iskonto muameleleri yapamıyacaklarını, Noterin bulunduğu kanton dahilinde de ayni haklara mütedair senetler haricinde her türlü faaliyette bulunabileceklerini. aynî haklara müteallik muamelelerde ise noterin ikametgahının gayrimenkullerin bulunduğu kantonda olması iktiza edeceğine dair hükümler derpiş edilmiştir (28).

Vaud kanton noteri hatalı taksirli fiilerinden dolayı mes'üldür. Bu mes'uliyet ise noterin bütün mükellefiyetlerine şamildir. Noterin ayrıca devlet teminatı olarak 20000 Frank kadar teminat göstermesi gerekir. Devlet Şurası en yüksek nezaret merciidir. Devlet şurası bu kontrolü bazan Valiler bazan da noter odaları vasıtasıyla temin eder. Ayrıca konsey mes'uliyet bahsinde mütehassıslara da müracaat edebilir (29).

18 Kasım 1940 tarihli kanun da bilahare tadil edilmiştir. Adalet ve Polis departmanını böyle bir revizyona sevkeden sebepler başlıca 3 adettir. Evvela evvelki kanunda gösterilmesi zaruri olan teminat 20000 franktan 50000 franga çıkarılmıştır. Ayrıca meb'us Bettems'in 1945 sonbaharında Yüksek Şuraya vermiş olduğu kanun teklifine uygun olarak Devlet Şurası o zamana kadar kadınlara yasak olan bazı meslekleri kadınların da icra edip edemiyeceği mevzuunu incelemiş ve 5 Ekim 1951 tarihinde Devlet Şurası «Kadınların dahi noterlik yapabilmelerine hiçbir manı bulunmadığına» karar vermiştir. Bilahare kabul edilen 10 Aralık 1956 tarihli kanun bu perensibi kabul etmiştir. Mezkur kanunun 1 inci maddesi : «Noter bir devlet memurudur. Resmi senetleri kabul ve tanzim eden tek yetkili makam noterliktir.» Mesleğin kabili telif olamıyacağı meşguliyetleri teker teker tesrih edememekle beraber yeni metin şöyle bir hüküm derpiş etmektedir : «Hakimlik ve diğer resmi vazifelere tealluk den kaideler, noterlik mesleği ile bunlar arasındaki uyuşmazlığı tayin ederler. Ayrıca bu mesleğin icrası avukatlık ve ruhsatlı komisyonculukla da asla telif edilemez.»

Mezkur kanuna göre noterlik vazifeleri şu gibi hususlardan ibarettir:

1) Gerek tarafların ve gerekse Federal veya Kanton mevzuatının resmi şekli zaruri gördüğü senetleri tanzim etmek

2) Bilcümle senetlerin hıfzı ve aslına uygun suretlerini talep vukunda vermek

(28) Spielmann : Fiches Juridiques Suisses
(29) Spielmann : FJS Bu husus 1956 tarihli kanunda derpiş edilmiştir.

729

3) Her türlü resmi senet, tesbit, şahadetname, protestolar tanzim etmek

4) İmzaların tasdiki ve muayyen tarih için vize vermek

5) Kendisi tarafından kabul edilip diğer senet asılları meyanına ithal edilen mülkiyet şahadetnameleri vermek

Bundan başka noter :

6) Aile rejimleri intikal ve diğer müşterek mülkleri tasfiye etmek

7) Adi senet tasdik etmek

8) Menkul ve gayrımenkul malları idare etmek

9) Menkul ve gayrımenkul malların satışı ve alışı için kendisine verilen yetki dairesinde her türlü teşebbüste bulunmak (30).

Noter kanton dahilinde vazifesini icra edebilmekle beraber kanton arazisi dışında hiçbir resmi senedin tanzimi işini eline alamaz. Böylece mevzuu bir gayrımenkulün mülkiyetine, bir gayrımenkul üzerindeki hakka, iştirâ ve vafe haklarına olduğu gibi satış vaadi gibi hallere mütaallik resmi senetlerin tanzimi ancak gayrımenkulün bulunduğu mıntaka noteri tarafından temin olunur. Ancak ölüme bağlı tasarruflara ait muameleler için bu hüküm tatbik edilemez. Noter hiçbir vekalete lüzum hasıl olmaksızın müşterilerini tapu sicil ve ticaret sicil memurları nezdinde temsil edebilir. Noterliğin icrası için Devlet Şurası tarafından verilen bir müsaadeye ihtiyaç vardır. Bu müsaade hamiline noterlik sıfatını bahşeder. Bu müsaadeyi elde etmeden noter veya eski noter namını taşımak cezayı muciptir. Fahri noter sıfatı ise ancak 25 senelik bir hizmetten sonra Devlet Şurası tarafından verilen tasdikname üzerine taşınabilir.

Bu hükümlere riayetsizlik hallerinde fail 10000 frank para cezası veya 3 ay kadar hapis cezasına çarptırılır.

Halen cari 10 aralık 1956 tarihli kanuna göre noterlik ruhsatnamesini elde etmek için şu gibi şartları havi bulunmak gerekir.

1) İsviçre vatandaşı olmak. medenî ve siyasî haklardan istifade edebilmek

2) Noterlik yapılabileceğine mütedair ehliyetnameyi havi olmak

3) 25 yaşını bitirmiş olmak

4) İyi şöhret sahibi olmak

5) Evvelce hileli alım satım muamelelerine karışmamış bulunmak

(30) Loi sur le notariat 10 dec. 1956 M. 4 te dahi bu hüküm aynen kabul edildi.

730

6) Kanunen tayin edilen 50000 franklık bir teminat göstermiş ve bu teminatı Adliye ve polis departmanına yatırmış olmak (31)

Bütün bu şartlara rağmen ahlakı ve hiffeti hakkında devlet şurasına kat'i bir kanaat veremiyen namzede ruhsatname verilmesine mani olunabilir (32). Ruhsatnamenin alınabilmesi için formasyon bakımından şu gibi safhalardan geçmiş olmak şarttır :

1) 3 yıllık staj devresini ikmal etmiş olmak

2) Stajı müteakip mesleki imtihanı da muvaffakiyetle geçirmiş bulunmak

Mesleki imtihana kabul edilebilmek için şu sıfatları haiz olmak gerekir.

1) İsviçre tebaası olmak

2) Stajı ikmal ettiğine mütedair vesika ibraz etmek (33)

Her sene bir imtihan devresi mevcut bulunmakla beraber fevkalade hallerde devlet Şurası kararıyla ayrı olarak bir imtihan devresi ihdas edilebilir. Mer'i kanun hükümlerine göre imtihan komisyonu başkanı asgari 3 ay önceden imtihanların başlangıç günü ve saatlerini resmi gazetede ilân eder. Bunun üzerine imtihana girmek isteyen namzedler imtihan komisyonuna müracaatla kendilerini kaydettirirler. Kayıt sırasında her noter namzedi gereken şartları haiz olduğuna mütedair evrak ve vesikaları komisyon başkanına verir. Evvelce tayin edilen kayıt müddetinin hitamında, bütün talepler toplanır ve komisyonca teker teker incelenir. Şartları haiz olduğu anlaşılan namzedlere ait dosyalar ayrılırlar. İmtihan komisyonu başkanın da fikrinin ilavesi ile Kanton Adliye ve polis Departmanına verilir. Müddetinden sonra vaki müracaat talepleri kaale alınamaz (34).

İmtihanlar yazılı ve şifahi olmak üzere iki guruptur. Yazılı imtihan staj sonunda yapılır ve şu mevzuları ihtiva eder :

1) Ticaret hukuku veya Medeni hukuk tatbikatına mütedair bir hadise üzerine istişare

2) Noterlik tatbikatına müteallik mali mahiyette ve muhasebeyi ilgilendiren meseleler

3) Mevzuları komisyon tarafından tayin edilen ve namzetlere imtihan esnasında bildirilen asgari üç senedin kaleme alınması

(31) Loi sur le Notariat 10 déc. 1956 m. 18
(32) Spielmann : Fiches juridiques Suisses
(33) Loi sur le notariat 10 déc. 1956 m. 19
(34) Loi sur le Notariat 10 déc. 1956 m. 24

731

Yazılı imtihanı muvaffakiyetle veren namzed şifahi imtihana kabul edilir, bu imtihan ise genel olarak şu gibi konulara tealluk eder :

1) Noterlerin umumi vazifeleri

2) Noterlik tatbikatına yarayabilecek kanun kararname tamim kanton ve federal nizamnameler

3) Tapu sicili

4) Devletler hususi hukuku.

Vaud kantonunda noterlerin disiplin muamelelerine müteallik hüküm ve kaideler mer'i noterlik tatbikatına müteallik kanunun 129 ve müteakip maddelerinde derpiş edilmiş bulunmaktadır. Filhakika 129 uncu madde hükmüne göre bu kanuna aykırı hareket eden ve vazifelerini ihlal eden noter maruz kalacağı hukuki ve cezai müeyidelerden başka disiplin cezalarına da çarptırılır. Hatta yapılan takipler bir netice vermemiş bulunsa dahi cezai ve hukuki manada bu akamet disiplin cezası verilmesine mani olamaz.

Noterlerin hatalı hareketlerinde verilecek disiplin cezaları şunlardır a) İhtar b) 1000 franga kadar para cezası c) azami bir yıla kadar meslekten tard d) Meslekten müebbeden azil (35)

Muvakkat olarak meslekten tard halinde muvakkaten, müebbed tard halinde ise bir daha verilmemek üzere noterin elinden ruhsatnamesi alınır. Devlet Şurası bir fiilinden dolayı hapis cezasına çarptırılmış bulunan noteri meslekten tardedebilir. Disiplin cezasını doğuracak hadiseye muttali olmaz noterler odası başkanı durumun gösterdiği vahamete göre tahkikat açılıp açılmaması hususunda karar verir. Şayet tahkiki mucip bir cihet varsa noter bundan haberdar edilir. Noterler odası başkanı hadisenin tahkikine bir heyeti memur eder. Heyet tahkikatı gizli olarak yapar. Tahkikat bittikten sonra tanzim edilen rapor noterler odası başkanına verilir. O da aleni celsede şahitleri dinler noksan kalan hususları ikmal ettikten sonra meseleyi gizli celsede müzakere edip kararını verir. Odanın vermeğe selahiyetli bulunduğu cezalar ihtar ve para cezalarıdır. Bunlara karşı kanun yolu açık değildir. Bununla beraber verilecek ceza odanın selahiyeti haricine çıkıyorsa oda durumdan Devlet Şurasını haberdar eder. Kendi reyini de ilâve edip dosyayı Devlet Şurasına gönderir. Hadise hukuki veya cezai mahiyette bir vasfı taşıyorsa oda Adliye ve polis departmanı vasıtasıyla dosyanın bir örneğini içişleri Vekâletine

(35) Laloi sur le Notariat

732

gönderir. Gerek odanın ve gerekse Devlet Şurasının kararlarına karşı her türlü kanun yolu kapalı ise de lüzum görüldüğü takdirde ve talep üzerine bu kararlar yeni baştan gözden geçirilebilir. (36)

Vaud kantonunda noterlerin iş sahiplerinden aldıkları ücretlere gelince : 10 aralık 1956 tarihli kanun ile 5 Temmuz 1957 tarihli nizamname hükümlerine göre noter ücretleri şu şekilde tanzim edilmişlerdir :

1) Her türlü noterlik hizmetleri için Devlet Şurası tarafından bir tarife hazırlanmıştır. Bu tarife mecburi olup taraflar arasında anlaşma ile değiştirilemez.

2) Mesleğe müteallik muamelelerde tarifeye kıyasen noterlik ücretleri alınan işin arzettiği müşkülat ve ehemmiyetine göre ve nihayet elde edilen neticeye göre teayyün eder. (37) ifa edilen her hizmeti müteakip noter yapılan masrafları ve alcağı ücreti ihtiva eden hesap pusulasını tanzim eder ve müşterisine verir. Müşteri lüzum gördüğü takdirde masrafların teferruatlı bir listesini talep edebilir.

Noterin icabı hale göre alacağı ücretlerden bir kısmını avans olarak talep hakkı vardır. Bu cümleden olmak üzere Federal Mahkeme vermiş olduğu bir kararda noter ile müşteri arasındaki münasebetin yalnız cift taraflı bir münasebet olmayıp ayrıca noterin umumi menfaat çerçevesi dairesinde resmi bir vazife ifasını da derpiş ettiğini beyanla noter ile müşterisi arasındaki münasebetin noterin borçları bakımından bir amme hukuku münasebeti olmadığı, buna karşılık ise müşterisinden olan hakları yönünden hususi hukuktan müştak bulunmadığı kabul edilmiştir. (38)

---

(36) Spielmann ... Fiches juridiques Suisses
(37) Loi sur le Notariat m. 103
(38) Arrets du Tribunal 27 11 299

733

DENİZ KAZALARINDA RADARIN YERİ

Yazan : Dr. Erdoğan GÖĞER

1. Bütün gayret ve teknik imkânlara rağmen deniz kazalarının önüne geçilememektedir. Gemilerin hızları ve sayılarının artması ile denizin önüne geçilemiyen tabiî muhataraları deniz kazalarının artmasına sebep olan ana unsurlardır. Deniz kazalarının artmasına meni olmak gayesiyle denizle ulaştırma sistemini tanzim edici bir nizam geliştirilmeğe çalışılmaktadır. Liman nizamnameleri, gemilerin teknik durumları ve ölçmeleriye ilgili tüzükler hep deniz kazalarını önleyici tedbirleri muhtevidirler. Bu konuda milletlerarası sahada da gayretler gösterilmiştir. Deniz Ticaret Kanunumuz üzerinde de tesir icra eden 23. 9. 1910 tarihli ve 9. 6. 1937 tarih ve 3226 sayılı kanunla tasdik edilmiş olan Brüksel Anlaşması hükümleri milletlerarası sahada deniz kazalarıyla ilgili en mühim tevhid hareketidir Brüksel Anlaşması hükümleri, harp gemileri gibi devletin ticari olmıyan hizmetlere tahsis edilen teknelerine tatbik edilmedikleri halde (madde 11) HGB (Alman ticaret Kanunu)nun çatma ile ilgili hükümleri her cins gemiye tatbik edilirler. (Bk. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche, 1897, § 7) (1).

Türk Ticaret Kanununun çatma ile ilgili maddeleri ve Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbik şekli Hakındaki mevzuat bu mevzuda bir sarahat ihtiva etmediğine göre Alman Hukukundaki prensip mi yoksa Brüksel Anlaşması hükümleri mi kabul edilmelidir. 23. 9. 1910 tarihli Brüksel Anlaşması hükümleri (Madde 11) ile 24. 5. 1935 tarihli protokol (madde 1) 3226 ve 6468 sayılı kanunlarla tasdik edildiklerine göre Alman Hukukunda ifadesini bulan prensibe Türk deniz hukuku bakımından itibar edilemez (2). Devletin ticari olmıyan hizmetlerine tahsis edilmiş bulunan gemilerine ticaret kanunu 1216 ve de. hükümleri tatbik edilmez. Bu görüş mutlak mânada değildir. Ticari olmıyan hizmetlere tahsis edilmiş devlet gemilerinin atandıkları amme hizmetlerine aykırı düşmedikçe çatma ile ilgili hususi hukuk hükümlerinin bu gibi gemilere de tatbiki yerinde olur. Unutmamak lâzımdırki, bizatihi çatma bakımından geminin devletin olup olmaması bir rol oynamaz. Gemi kimin olursa olsun daima «Seamanlike

(1) Wüstendörfer, Neuzeitliches SHR, 401, II, 3

(2) Müellif Wüstendörfer. Neuzeitliches SHR, s. 43'de Einführungsgesetz § 7, hükmünü tenkid etmektedir.

Practice» e riayet ana gayedir. «Seamanlike Practice» e uygun olmıyan hareketler çatmaya meydan veren kusurlu hareketler olarak kabul edilmemelidirler

Çatma (abordage, abbordaggio (3), Collision at sea, Zusammenstoss) 1861 tarihli Ordonnance de la Marine dahil ne Code de Commerce ne Alman Ticaret Kanunu ne de Türk Ticaret Kanununda tarif edilmiştir. HGB (Alman Medeni Kanunu § 734 ve onu takiben TK 1216' da «çarpışan gemilerden» (Zusammenstoss von Schiffexn) den bahsedilmektedir. Brüksel Anlaşmasına uygun olan bu hükümler iki veya daha ziyade geminin çarpışmasını tanzim etmektedirler (4). Gemilerin denize indirilmelerinden itibaren (5) birbirleriyle çarpışmaları TK 1216 ve devamında hükme bağlanmış olup rıhtım, duba, mendirek gibi liman tesislerine, köprülere, ponton veya sair denizlerde bulunan cisimlere bindirme hali tanzim edilmemiştir (6). Gemi olmıyan deniz üzerindeki diğer sabit cisimlerle vukua gelen vuruşmalar Deniz Ticaret Kanunu 1216 ve de ile Brüksel anlaşması hükümlerine uyun bir çatma değildir. Gemi evsafına sahip bulunmıyan cisimlerle vukua gelen çatmalar Borçlar Kanunu umumî hükümleri şumulüne giren bir husustur (7).

Fransız deniz hukukunda da durum Türk ve Alman hukuklarında olduğu gibidir. Code de Commerce Artice 407'de «Deniz gmileri arasında vukua gelen çatma halinden» (En cas d'abordage survenu entre navires de mer) yani çarpışan gemilerden bahsetmektedir. O halde çatma iki veya daha ziyade geminin vuruşması olup denizdeki gemi evsafını haiz olmıyan

(3) Abbordaggio terimi usto di navi'den farklıdır. Abbordaggio iki geminin birbiriyle tokuşması vuruşmasıdır. İçtihatlar Abbordaggio' nun geniş tefsirini kabul etmemektedirler. Bk. Charles, Du Recours de Tiers dans 1' assurance sur corps de navires, Paris 1937 s. 250'ye atfen, Pipia, Dirittimo maritimo, I, No. 217.

(4) Wüstendörfer, Neuzeitliches CHR, s. 401, 402; Abraham Das Seerecht, 1956. Berlin, s 142

(5) Denize indirilmiş olmakla beraber yapısı bitmemiş veya demirli bulunan gemilere bindirmenin vukuu bulması halinde de çatma vardır.

(6) Bu konuda Alman mahkeme içtihatları için Bk. HansGZ, Hbl. (Hanseatisch Gerictszeitung, Haublatt, Hambrg) 1905 No. 93; HansGZ. Hbl. 1901, No. 61; HansRZ (Hanseatische Rechtszeitschrift) 1927, 778; RG (Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen) 51, 331; RG, 35, 113 ile RG 86, 430

(7) Mukavese ed. Wüstendörfer, Neuzeitliches SHR s. 402 İzveren, Deniz Ticaret Hukuku, Ankara, 1960: s. 231 ve orada adı geçenler.

735

diğer cisimlerle çarpışma değildir (8). Fransız müelliflerinden Ripert'in «Abordage» çatma kelimesinin «abordage des navires» gemilerin çatması tedilenin «her hangi bir cismin üzerine bir geminin bindirmesi» lâzım geldiği neticesine varmaktadır (9).

Milletlerarası sahada da çatmadan kasıt hukukî mânada iki veya daha ziyade geminin birbirleriyle vuruşmasıdır. Hukukî mânada gemiye geminin mütemmim cüzü veya takımları da dahil olduğuna göre, gemi takımlarının birbirlerine çarpması halinde çatma mefhumuna dahildir.

Anglo-Amerikan hukuklarında bu konuda ihtilaflar mevcuttur. Eski tarihli olmasına rağmen mevcut içtihatlara uygun olarak Bouvier tarafından «Alaw dictionary» de «Collision» «gemiler veya yapıların aralarında çarpışması veya bir geminin diğerinin önüne veya üstüne atılması hali» olarak tarif edilmiştir (10). Bu tarifin sadece gemi mefhumuna giren iki cismin çarpışmasını ihtiva etmesine itiraz ederek, deniz üzerindeki gemi vasfını haiz olmıyan, rıhtım, mendirek vs. gibi sabit cisimlere bindirmenin de çatma anlamına dahil olacağı fikri müelliflerce benimsenmiştir (11). Bu istikamette Amerikan mahkeme içtihatları da mevcuttur (12). İhtilâflara sebebiyet veren «Collision» teriminin en doğru mânalandırılması ancak «insurance policy» de kastedilen şekilde anlaşılma-

(8) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit Maritime, Paris 4. ed. T. VI. No. 999; Danjon, Traité de droit maritime, Paris 1914. T. IV. 1132, Vocabulaire Juridique, redigé sous la direction de H. Capitan, Paris 1930 abordage kelimesi; Wahl, Deniz ticaret. Ankara. 1948 (çeviren, Kâzım Berber)

(9) Dipert bu fikrini bilhassa, Droit Maritime, Paris 3. Ed. 1930, T. III No. 2648'de ifade etmiştir. Ayni istikamette bir görüş için Bk. İzveren, age, s. 224 ve 225. Bugün milletlerarası mevcut tatbikat karşısında böyle bir münakaşa faydasızdır. Abordage kelimesinin manası hakkında bk. Audoun. Dor 16-17. (Revue de droit maritime comparé, publiée par L. Dor. Paris.)Bu konuda eski olmamalarına rağmen alâka çekici içtihatlar için Bk. Desjardins, Traité de droit Commercial maritime, Paris, 1887, V. No. 1076

(10) Bouvier, A Law Dictionary, Philadelphia, 1880; Normandy (1904) 187 p 198 (Law reports probate divorce and amiralty division).

(11) Arnould, On the Law of Maritime insurance, London, 2 ed. V. II. section 826; ayni fikir daha sarih olarak «the century dictionary» deki Collision teriminin tarifinde «iki veya daha ziyade müteharrik cisim veyahut müteharrik cisimle sabit bir cismin çarpışması, vuruşması, bindirmesi» olarak ifade edilmiş-ir.

(12) Bk. Western Transit Co. v. Brown, 152 Fed. 476 (Federal Reporter, U. S.) :Steamstung John Carroll v. Actua Ins. Co., 203 App. Div. (N. Y.) 430, (Appellate Division of New-York's Reports).

sıyla mümkündür (13). Collision'un denizde gemi vasfını haiz olmıyan cisimlere de bindirmeyi ihtiva edip etmediği sigorta poliçelerine bırakılmıştır. Bununla beraber, genel olarak sigorta poliçelerindeki «collision teriminin denizde gemiler arasında vuku bulacak çarpışmalara mahsus olduğu kabul edilmektedir. Netekim, Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkemesi sigorta poliçelerindeki mutâd «running down clause» larından kastedilen mânanın «collision with another ship or vessel» olduğu görüşü benimsenmiştir (14). Yani bir geminin diğer bir gemiyle çarpışması çatma mefhumuna girmektedir. Su üstünde yüzebilen veya durabilen kütükler, ponton veya şamandıralar, sigorta poliçesindeki «collision clause» da kastedilen mânada gemi değillerdir (15). İşte «collision clause» ile « special collision clause» arasındaki ana fark buradadır. «Special collision clause» hali geminin diğer herhangi bir gemi, buz, batmış veya yüzer enkaz veyahut diğer su üzerinde olup gemi mefhumuna girmeyen yüzer cisimlerle çarpışmasını ihtiva eder. Special collision clause, hem gemilerin birbirleriyle ve hemde gemilerin denizdeki sabit veya müteharrik cisimlerle çarpışması hadiselerini ihtiva eder.

Alman nakliye sigortacıları birliğinin poliçelerinde mevcut hususi «Kollisionklausel» den gaye gemilerin denizdeki diğer yüzer cisimlerle (anderen schwimmenden Gegestaenden) çarpışması olduğu şartın metninde sarahatle mevcuttur.

II. Radar'ı deniz ticaret gemilerinde kullanmaktan gaye, gemilerin hem birbirleriyle ve hem de denizdeki diğer sabit veya müteharrik yüzer cisimlerle çarpışmasını önlemektir. O halde, radar, gerçekleştirmek istediği gaye bakımından. çatma kelimesi için TK 1216 ve de. da tesbit edilen mânadan daha geniş bir alanda tatbik edilir.

Gayet geniş tatbikat sahası olup muhtelif tip ve çeşitleri olan radar (Radio and detection and ranging) in denizlerde ticaret gemileri tarafından kullanılan tipleri konumuz dahilindedir. Bugün dünya denizciliğinde genel olarak,

(1) Su üstü ihbar radarları
(2) Hava ihbar radarları
(3) Seyir radarları

(13) Bk. London Ass. Co. v. Companhia de Moagens, 167 U. S. M. 149 (United states Monthly Law Magazine)
(14) London Ass. Co. v. Companhia de Moagens, 167 U. S. M. 149
(15) Merchants Marine Insurance Co. v. North of England Protecting and Indemnity Association, 43 T. L. R. 107 (The Times Law Reports)

737

(4) Topçu radarları, olmak üzere, dört tip radar kullanılmaktadır.

Konumuz bakımından seyir radar'ları, bizi yakinen alakadar etmektedir. Seyir radar'ları su üstünde bulunan şeyleri en sıhhatli şekilde tesbit ederek seyir emniyeti sağlamak üzere kullanılırlar. Bu radar'lar PPI (Plan Position Indicator) ludurlar. Seyir radar'ları 10.000 gibi çok yüksek bir frekansa sahiptirler. Dalga boyları 3 cm dir. Pals repetition rate (pals'ları tekrarlama sürati) yüksektir. Seyir radar'larının mesafesi 20 mil olup ölü mıntıkaları en mühim noksanlarıdır. Bu ölü mıntıkaların mevcudiyeti ve ekran malûmatını tefsirde düşülen hatalar deniz ticaretinde radar'dan beklenilen kesin faydaların elde edilememesi neticesini tevlit etmiştir. Seyir radar'ları bu iki ana güçlüğü yenmedikçe deniz ticaretinde birinci plânda yer işgal edemezler. Seyir radar'larının arz ettiği bu güçlükler dünya denizciliğinde asırlardan beri mevcut nizamların olduğu gibi muhafaza edilmesine sebep olmaktadır. Radar, bugünkü haliyle dünya deniz hukukunun çatma mevzuatında özlenen inkilâbı yaratacak kabiliyette değildir.

Ticaret gemileri bakımından radar, geceleri ve sisli havalârda seyir yolları üzerinde mevcut cisimleri keşfetmek gayesiyle kullanılan bir vasıtadır. Gemiler bu seyir vasıtasını bulundurmakla mükellefmidirler. Seyir radar'ı bulunmıyan bir geminin tahsisi taşıyanın mesuliyetini doğuran başlangıçtaki denize elverişsizliği yaratırmı?

Gemileri, bir yardımcı seyir vasıtası olan radar'la mücehhez olmağa mecbur eden kanun, nizamname veya milletlerarası anlaşma hükmü mevcut değildir (16). 1948'de Londra'da toplanan denizde seyrüsefer emniyetiyle ilgili konferansta problem yeniden ortaya atılmışsa da 23/9/1910 tarihli Brüksel anlaşmasının 16 ncı maddesinin radar'ın sağladığı imkânlara rağmen değiştirilmesi kabul edilmemiştir. Kazai içtihatlar da aynı görüşü benimsemektedirler (17).

Radar'ı bulunmıyan bir geminin tahsisi taşıyanın mesuliyetini doğuran başlangıçtaki elverişsizliği yaratmaz. Buna mukabil gemide radar'ın mevcut olması halinde onun sağlam veya bozuk oluşuna göre taşıyanın mesuliyeti tebeyyün edecektir. Radar'ı bozuk bir gemiyi denize gönderen taşıyan, o radardan istifade neticesinde vuku bulan hasara karşı başlan-

(16) Bk. Okçuoğlu. 48-3 A. D. 261 ve de. (A. D. — Adalet Dergisi)

(17) Bk. Amiralty Division, 8/11/1956 kararı için 9/11/1956 tarihli LL; District Court, Eastern District of Virginia, Norfolk, 5/5/55 için 55 A. M. C. 1160; ayni istikamette, Tribunal de Commerce de la Saine, 57 D. M. F. 491 (Droit Maritime Français)

gıçtaki denize elverişsizlik noktasından mesul olur. Normal ve kusursuz olan radar ekranında tesbit edilen bilgilerin yanlış tefsiri (error in jugment) halinde vuku bulacak kaza dolayısiyle taşıyan veya donatana kendi gemilerindeki yük bakımından mesuliyet teveccüh etmez. (error in the navigation) (18). O halde radar'a sahip olmıyan gemi, taşıyan ve donatanlar için tercihe şâyandır. Bu ise erişilmek istenen gayeye uygun düşmez. Tamamen radar'ın bulunmaması sebebiyle meydana gelen deniz kazalarından donatan ve taşıyanlara kısmen de olsa mesuliyet yüklenmesi prensibi hem seyrüsefer emniyeti ve hem de yükün selâmeti bakımından gereklidir. Henüz bu kadar kesin sarahatte içtihat bulmak mümkün değilse de genel akış ve probleme karşı tutum bu görüşü destekler mahiyettedir.

İçtihatlarda genel olarak kabul edilen husus radar'ın sadece navigasyona yardımcı bir vasıta olduğudur (19). Cour of Inquiry Southampton, kötü görüş şartları veya sis halinde tam hızın veya nispeten yüksek süratin muhafaza edilmesinin ağır şekilde cezalandırılması gerektiğini belirterek navigasyona yardımcı vasıta olan radarın çatmayı önlemek üzere vazedilen kaidelere riayetsizlik için bir mesnet olamıyacağını kabul etmiştir. Radar ekranında karşıdan bir geminin geldiği müşahede edildiğinde alınacak asgari ve mutlak tedbir süratin azaltılmasıdır (20). Bu tedbir alınmadığı takdirde mesuliyet mutlaktır.

Radar ekranında diğer bir geminin müşahede edilmesi genel olarak çok az mâna ifade eder. Radar cihazından hakiki istifade, ancak ekranda görülen geminin, dikkatle tetkik edilerek, sürat ve rotasının tesbiti ile mümkündür (21). Hakiki mânada radarla seyir ancak bu şartların tahakkuku ile sağlanabilir. Bu tetkikin yapılması zaman alacağına göre radar'la seyirde dahi süratin, milletlerarası kaidelere uygun olarak azaltılması gerekmektedir. Denizdeki herhangi bir cismin radar ekranında müşahede edilmesi kifâyet etmeyip, onun hakkıyla tetkik edilip kıymetlendirilmesi lâzımdır. Bu istikamette daha eski kararlar da mevcuttur (22). Robert-Lowry isimli Amerikan gemisi Smoky-Hill gemisiyle çar-

(18) Bk. Ticaret Kanunu, 1062/II Taşıyan gemi adamlarının geminin sevkine ait kusurundan masul değildir.

(19) 5/5/1956 tarihli LL; Tribunal de Commerce de la Seine, 57 D. M. F. 491

(20) Cour Of Inquiry Southampton, kararı için 5/5/1956 tarihli LL; aynı istikamette, 57 D. M. F. 491

(21) Bu görüş için bk. 5/5/1956 tarihli LL; 57 D. M. F. 491

(22) 14/2/1951 tarihli LL; ayni karar için bk. Okçuoğlu, 48-3 A. D. 264'e de

739

pışır. Robert-Lowry, Smoky-Hill'in ekranında 3,5 deniz mili mesafede iken müşahede edilir. Smoty-Hill'in çarpışmamak gayesiyle yaptığı alabanda iskele Robert-Lawry'nin aksi bir manevrası olmasa muvaffak olacaktır. Gemiler birbirlerine yarım mil mesafede iken Smoky-Hill'in gösterdiği şon gayret de fayda vermez ve çatma vuku bulur. Mahkeme haklı olarak radar ekranında karşıdan gelen gemiyi müşahede etmenin kifâyet etmiyeceğini kabul ederek, Smoky-Hill'in kaptanının müşahede ettiği geminin durumunu tetkik edip değerlendirmemesini çarpmanın ana sebebi olarak kabul edilmiştir. Radar ekranında görülen gemi uzak mesafede olsa dahi onun hakiki sürat ve rotası tesbit edilinceye kadar sürat kesilir (23). Sürat kesilmesi veya diğer gerekli tedbirlerin alınması için gemilerin birbirlerine yarım deniz mili yaklaşmalarının beklenmesi en büyük hatadır (24).

Bir gemide radar'ın mevcut olması nöbetçi veya gözcülerin vazife yapmamalarını gerektirmez. Sis tabakasına yaklaşıldığı tesbit edilir edilmez usul ve kaidesine uygun olarak gerekli gözcüler yerleştirilmelidir (25). Cour of Inquiry London, 17/7/1956 tarihli bir kararında (26). köprüde sadece nöbetçi zabitinin bulunması, radar cihazını kullanarak seyir için lâzımlı değerlendirmeye yardım edecek kimsenin bulunmaması, «forcastle» daki gözcülük mahallinin işgal edilmemiş olması, icabı halde kaptanı derhal çağıracak veya durumdan haberdar edecek bir personelin nemevcudiyeti hallerinde sis işaretleri yerinde olup düdük çalınmış olsa dahi mesuliyetten kurtulmak imkânsızdır (27). Gemide sadece radar'ın bulunması kifâyet etmeyip onu kullanarak müşahedelerini kaydedecek ve seyir için gerekli değerlendirmede gemi zabitanına yardımcı olacak personelin bulunması da şarttır.

III. Bir Geminin radar ile techiz edilmiş bulunması dünya denizciliğinde «Seamanlike practici» e dahil olduğu kabul edilen hareketlere tamamen riayet edilmesine mâni teşkil etmez. Bizatihi radar seyire yardımcı bir vasıta olduğuna göre deniz adamlığına uygun ihtimamı göstermek gemi personeline düşen ana mükellefiyettir. Râdar'ın mevcudiyeti ve kullanılması asla çatmaya mâni olunması yolundaki kaidelerin ihlâlini gerektirmez (28).

(23) Bk. Admiralty Division'un kararı için 21/12/1956 tarihli LL'e
(24) 21/12/1956 tarihli LL'e bakınız.
(25) 57 D. M. F. 491
(26) 18/7/56 tarihli LL'e bakınız.
(27) Court of Inquiry London 17/7/1956 kararı için 18/7/56 tarihli LL'e bk.
(28) Court of Inquiry London, 56 Fairpl 350 (Farplay Weekly Shipping journal, London)

740

Radar'ın yardımıyla seyir imkânına sahip olan gemiler bundan usulüne uygun ve akıllıca istifade etmelidirler. Sıhhatli radar'ın mevcudiyetine rağmen navigasyon hatasına düşenler hiçbir zaman affedilmemelidirler. Radar'da karşıdan gelen gemi takip edilmesine rağmen karşıdaki geminin rotasıyla kesişecek bir rota değişikliği neticesinde vuku bulan çarpışmadaki kusur en ağır cezaya müstahâktır (29).

Kaptan ve gemi zabitanının radar'ın bulunması halinde seyir hatası neticesinde meydana gelecek çatmadan doğacak mesuliyetten kurtulmaları şartları gayet sert esaslara bağlanmalıdır. Radar ekranında yapılan müşahedenin veya bunun degerlendirilmesinin hatalı olması radar bozuk olmadıkca, kaptanın ve gemi adamlarının kusurları neticesidir. 19.5.1956 tarihli Lloyd's List and Shipping Gazete, London'da yer alan karar bu noktayı aydınlatmaktadır. Gemi zabıtanının mesuliyeti kusur mesuliyetidir. mesuliyetten kurtulmak ancak kusursuzluğu ispat ile mümkündür. Bu konuda misal olabilecek şu içtihadı zikredebiliriz. Radar'ın verdiği bilgiyi tamamen değerlendiremeyen nöbetci zabitin, «Seamenlike practice'e» uygun haraket etmiş olabilmesi için hiç değilse kaptanı durumdan haberdar etmesi ve kaptandan emir almadan çarpışma ihtimalini arttıracak bir manevra yapmaması lazımdır (30).

Amerikan içtihatları radarla mücehhez bir Gemi zabıtanının, sis tabakasının yakınlaştığını kendilerine bir kusur atfedilemiyecek şekilde fark etmemeleri halinde çevrelerindeki sahayı radarla taramamış olmalarından dolayı mesul olmıyacaklarını kabul etmiştir (31). İngiliz içtihatları daha derine giderek kusur atfedebilme noktasını tetkik etmişlerdir (32). Radar ekranında 2 deniz mili mesafede karşıdan bir gemi nin geldiği müşahede edilmesine rağmen ışıklarını görmek mümkün olmadığı ahvalde geminin sis içerisinde bulunduğuna hükmetmek gerekir. Bu kanaate varır varmaz kaptan bütün tedbirleri almalıdır. Karar müşahhas hadiselere kıyasen tatbik edilebilme bakımından çok alakâ çekicidir.

Radar'ın istenilen gayeye hizmet edebilmesi için ekranda yapılan müşahadelerin devamlı olarak kayıt edilmesi lâzımdır. Karşıdan gelen geminin rotasını ve süratini yakından takip ile çarpışma ihtimalini kat'i tesbit edebilmek ancak müşahadelerin devamlı kaydıyla mümkündür

(29) Admiralty division bu karar için bk. 19/5/56 tarihli LL'e
(30) Admiralty division London, 18/6/1956 tarihli LL'e bk.
(31) U. S. — District Court, Eastern District of Virginia/Norfolk, 55 A. M. C. 1160
(32) Admiralty Division, London, 28/6/1956 tarihli LL'e bakınız.

741

(33). Radar müşahedeleri dolayısiyle yapılması gereken devamlı kayıt mükellefiyetinin ihmal edilmesi gemi zabitanını mesul eder.

Gemi adamları, kaidelerle denizcilik usullerine uygun olarak hareket ettiklerinden, kendilerine kusur atfedilemiyeceğini veya verdiği bilgiye dayanılan radar'ın bozuk olduğunu, herhangi bir ihmalleri olmadan bilemediklerini ispat ile mesuliyetten kurtulabilirler. Bu kusursuzluğu ispat'ın hudutlarının genişlemesine asla müsamaha edilmemelidir (34).

(33) Admiralty Division, 28/6/1956 tarihli LL'de.

(34) Bu konuda gayet yeni sayılabilecek bir karar Admiralty Division, London, 24/1/1958 tarihli JOC'de mevcuttur. (Journal of Commerce Liverpool-London)

ESKİ HUKUKUMUZDA MİRAS

(Feraiz)

Yazan : A. Sadettin BERKİ
(Yalova Hâkimi)

Plân :

I — Giriş
II — Feraizin kaynakları
III — Feraiz hükümlerinin esasları
IV — Terekeye taalluk eden haklar
V — Feraizde hisselerin hesabı
VI — Feraizde evlâtlık ve hazine
VII — Feraiz hükümlerinin tatbik sahası

Bibliyoğrafya : 1 — Ali Hikmet Berki «Miras ve Tatbikat» - 2 — Hasan Basri Çantay «Kur'anı Hakim ve Meali kerim» - 3 Esat Arsebük «Medenî Hukuk - 4 — «Ceridei Feraiz Salih Efendi» - 5 — «Türk Hukuk Lûgatı»

I — Giriş

Tetkik konusu yaptığımız feraiz, islâm hukukunun mirasa taalluk eden bir kısmıdır. Feraize ait hükümlerin tatbiki, madeni kanunun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 1 ve 16. Maddeleri hükümlerine müsteniden ve bilhassa 2613 ve 5602 sayılı kanunların ağır bir tempo ile devam eden tatbikatı ile 50 — 60 sene belki daha fazla devam edeceği tahmin olunabilir.

Ötedenberi ve filhal hukuk fakültelerinde mülk ve arazide tatbiki iktiza eden feraiz ve arazinin intikaline mütedair ahkâm tedris edilmekde ve keyfiyet bazı profesörlerce takdirlerine mevdu olarak medeni hukuk derslerinde icmalen öğretilmekde, fakat talebe tarafından ve hatta tatbikatcılarca hernedense bellenmek lüzumu duyulmamaktadır. İzaha lûzum yokki, bilhassa hâkim olsun, avukat ve hatta tapucular olsun bunları öğrenmek izdrarındadırlar. Bu hükümlerin isabetle tatbiki lûzumunu söylemeğe ihtiyaç yoktur. Meriyet Kanunu hükümleri bâki kaldıkca veraset vesikası vermek ve eski hadiselerde feraizi tatbikle mü-

kellef hâkimler hak ve adaletin kemiyyet ve keyfiyet tanımayan kutsiyeti muvacehesinde ona lâyık olan ehemmiyeti vermeleri ve aksi halde vicdan mes'uliyeti altında kalmaları şüphe götürmez bir hakikattir. Buna rağmen tatbikatda, eski miras hukukuna vakıf pek az kimse bulunması sebebiyle umumiyet itibariyle hisselerin tefrikinde ve mirascıları tayinde çok defa hukukî esasdan âri, kalıp halinde natamam bilgiye sahip bazı müftü, imam ve yaşlı baş kâtip veya tapu memurlarından bilirkişi şeklinde veya haricen isifade zorunda kalınmakda ve bu yüzden hatalı neticelerle temyiz mahkemesinin işlerinin çoğalmasına ve halile iş sahiblerinin keyfiyetten tamamen bihaber bulunmalarından dolayı temyiz yoluna gidilmediğinden ekseri ahvalde telâfisi gayri mümkün haksızlıklara sebebiyet verilmektedir.

Biz öyle anlıyoruzki, fakülte ve mekteblerde okutulmaması şöyle dursun feraizin zorluğu hakkında meslekdaşlar arasında bir fikri sabit vardır. Halbuki, öğrenmek arzu eden bir kimse için böyle bir müşkilât mevzubahs olmamak lâzımdır. İlk nazarda feraizde görülen müşkilat hukukun mûdil diğer branşları yanında pek basit olduğu anlaşılır. Bu itibarla biz burada feraizin esas ve ana hadlarını tetkik ve izaha çalışacağız. Esas kavranınca 41 hal olarak yad edilen feraiz mes'eleleri elde mevcut eski ve yeni bir çok eserlerden istifade suretiyle kolaylıkla halledilebilir.

Malum olduğu üzere, islâm hukukun ilk ve ana kaynağı Kitap yani Kur'anı Kerimdir. Bundan başka yine kur'ana müstenit islâm Peygamberi hazreti Muhammedin fiil ve kavlinden ibaret olan sünnetle her ikisine müsteniden hükümlerin tefsiri demek olan icmaı ümmet kaynaklar arasındadır.

Bilindiği üzre Kur'anı Kerim tarafı ilâhiden Peygamberimize lâfzen ve manen indirilen dünyevî ve uhrevî hükümleri ihtiva eden hükümlerin hey'eti mecmuasıdır.

Hadis, istılâhan hazreti peygamberin ümmetine örnek olacak söz, fiil ve takrirleridir.

İcmal ümmet, lûgatte müminlerin ittifakı, istılahen ise, aynı asırda yaşayan bütün müctehidlerin bir hüküm üzerinde diğerlerinden habersiz olarak ittifak eylemeleridir.

Feraiz hükümlerinin esasları. Kur'anı Kerimle va'z edilmiş ve bu esaslar beşeriyete verasetin ana unsurlarını vermiştir. Söylemeğe hacet yokdurki, ilâhî kitaplar ana hükümleri ihtiva edip beşeri bütün hadiseleri şamil ve bütün teferruatı câmî hükümleri ihtiva etmez; teferruatın

744

hükümlerini müştehit ve âlimler istimbat ederler. İşte hadis ve icmaı ümmet buna müstenittir. Beşeri kanunlarda da hal böyledir. İnsan topluluğunun bitmez tükenmez ihtiyaçlarından doğan ve zamanla artan beşerî temayül ve ihtiyaçlar muvacehesinde tam ve noksansız kanun tedvini imkânsızdır. Bu sebeple kanunlar, umumî esas ve mes'eleleri va'z ile iktifa ederler. Hatta en mükemmel ve etraflı hazırlanan kanunlar bile zamanla vukua gelen değişiklikler karşısında kıymetlerini kaybederler.

II — Feraizin kaynakları

Feraiz 15 asıldan ibaret olup bunların 7 si Kur'anı Kerim, 5 i hadis ve 3 ü de icmaı ümmetle sabittir. Kur'anı Kerimde beyan buyrulan 7 asıl Nisâ suresinin 11, 12 ve 176 Ayetlerini teşkil eder:

11. âyet «Allah size miras hükümlerini şöylece tavsiye (ve emr) eder : Evlatlarınız hakkında (ki küküm) erkeğe iki dişinin payı mikdarıdır. Fakat, onlar (o evlâtlar ikiden fazla dişiler ise (ölünün) bıraktığının (terekenin) üçte ikisi onlarındır. (dişi evlat) bir tek ise ozaman bunun yarısı onundur. (ölenin) bir çocuğu varsa onlardan (ana ve babadan) her birine terekenin altıda biri (verilir) çocuğu olmayıp da ona ana ve babası mirascı olduysa üçde biri anasınındır. (Erkek, dişi) kardeşleri varsa o vakit altıda biri anasınındır. (Fakat bütün bu hükümler ölenin) edeceği vasiyyet (in tenfizin) den veya borç (unun ödenmesin) den sonradır. Siz babalarınızdan ve oğullarınızdan hangisinin, faide cihetinden, size daha yakın olduğunu bilmezsiniz. (Bu hükümler ve hisseler) Allahdan birer ferizadır. Şüphesizki Allah hakkıyle bilicidir. Yegane hüküm ve hikmet sahibidir.«

12. Âyet : « Zevcelerinizin çocuğu yoksa terekesinin yarısı sizindir. Eğer onların çocuğu varsa o halde size terekesinden (düşecek hisse) dörtde birdir. (fakat bu da) onların (zevcelerinizin edecekleri vasiyyet (i) ve borç (u eda) dan sonradır. Eğer çocuğunuz yoksa bırakdığınızdan dörtde biri onların (zevcelerinizin) dir. Şayet çocuğunuz varsa terekenizden sekizde biri — yine ettiğiniz vasiyyet ve borç (un edasın) dan sonra — onlarındır. Eğer mirası aranan erkek veya kadın, çocuğu ve babası olmayan bir kimse olur, ve onun erkek veya kız kardeşi de bulunursa, bunlardan her birinin (hakkı) altıda birdir. Eğer onlar bu (mikdardan) çok iseler o halde onlar (ölünün) edeceği vasiyyet ve borç (un edasın) dan sonra üçde birde ortakdırlar. (gerek vasiyyetde ve gerek borç ikrarında mirascılara asla) zarar verici olmamalıdır. (bu emirler ve hükümler) allahdan (size) bir vasiyetdir. Allah (her şeyi) hakkıyle bilendir, halimdir (cezayı gecikdirse de ihmal etmez).«

745

176. Âyet: «(Habibim) senden fetva isterler. De ki; Allah babası ve çocuğu olmayan miras hakkındaki hükmü (şöylece açıklar, eğer (erkek veya kız) evlâdı (ve babası) olmayan bir erkek ölür, onun (ana baba bir veya sadece baba bir tek kız kardeşi kalırsa terekesinin yarısı onundur. Eğer (mirascı) erkek kardeş ise çocuksuz (ve babasız) (ölen kız kardeşinin (vefatıyla) bıraktığı (nın tamamını alır) eğer (aynı şartlarla kalan) kız kardeş iki (veya daha ziyade) ise oğlan kardeşinin bırakdığının üçde ikisi (ni alırlar) Eğer (yine aynı şartlarla mirascılar) erkek ve dişi kardeşler ise o zaman erkek için dişinin iki hissesi (vardır). Allah size — şaşırırsınız diye — (dininizin hükümlerini) açıklıyor. Allah her şeyi hakkıyla bilendir.»

Görülüyorki, bu âyeti kerimeler hem mirascılar hem de hisselerini tayin eylemektedir. Bu hükümlerden 7 aslı şöylece icmal etmek mümkindir.

1 — Çocukların miras hisseleri

2 — Müteveffanın çocukları bulunduğu takdirde ana babanın alacağı hisseler

3 — Müteveffanın çocuğu bulunmadığı takdirde ana babanın alacağı hisseler

4 — Müteveffanın çocuğu bulunduğu ve bulunmadığı ahvalde kocanın hissesi

5 — Müteveffanın çocuğu bulunup bulunmadığı hallerde karının hissesi.

6 — Bir ve birden fazla olmalarına göre ana bir kardeşlerin hisses

7 — Ana baba bir veya baba bir kardeşlerin hisseleri

Sünnetle (hadisle) muayyen esaslar :

1 — Azad edenin azadlıya mirascılığı

2 — Müteveffanın kızlarıyla birlikde bulunan kız kardeşlerinin hisseleri.

3 — Asabatın hisseleri

4 — Ceddelerin hisseleri (Ananın anası ve onun anası ... ve babanın babasının ... anası)

5 — Kızların ve oğlun kızlarının ve kız kardeşlerin hisseleri

İcma ile takarrur eden esaslar :

1 — Müteveffanın oğlu bulunmadığı takdirde oğlunun oğul makamına kaim olması ve kız bulunmadığı suretde oğlun kızının kız makamına kaim olarak hisse almaları

746

2 — Baba olmayıp ced yanı babanın babası ... olursa ceddin baba makamına kail olarak hisse alması

3 — Ana baba bir kardeş yoksa baba bir kardeşin onun makamına kaim olarak mirascı olması

Feraizde bu esaslardan başka bazı mes'eleler mevcuddur ki, bunlara biraz sonra kısaca temas edeceğiz.

Hadiselerde tatbiki lâzım gelen feraiz hükümleri, Hanefi mezhebinin kabul eylediği hükümlerdir. Esasda diğer mezheblerle aralarında birlik olmakla beraber bazı mes'elelerde ictihat farkları vardır.

III — Feraiz Hükümlerinin esasları

Feraizin menbalarını arz ettikden sonra şimdi de mirascıları izah edelim :

Bu hukukda mirascılar 3 nev'e ayrılır :

A — Hisseleri muayyen olan mirascılar ki, bunlara ashabı feraiz denir. Bunlar :

1 — Koca
2 — Karı
3 — Baba
4 — Baba tarafından dedeler (ced)
5 — Ana bir oğlan ve kız kardeşler
6 — Kız
7 — Ölünün oğlunun ve oğlunun oğlunun. kızı
8 — Ana baba bir kız kardeş
9 — Baba bir kız kardeş
10 — Ana
11 — Baba ve ana tarafından analar (cedde)

B — Asabeler :

Bunlar muayyen pay sahibleri hisselerini aldıkdan sonra geri kalanı alanlar ve yalnız bulundukları takdirde bütün miras kendilerine kalanlar olup iki kısımdır :

1 — Nesebi asaba
2 — Sebebî asaba

Nesebî asaba, baba tarafından akrabalardır ki, 3 nevidir :

a — Başlı başına yani ölüyle arasında kadın bulunmayan erkekler ki, bunlar da ölünün cüz'ü yani oğlu ve oğlunun oğlu ...

747

b — Ölünün aslı yani babası ve bunun babası ve ilâh.

c — Ölünün babasının cüz'ü yani babasının oğlu ve onun oğlu ilâh.

ç — Ölünün babasının babasının ... cüz'ü yani amca büyük amcaların oğulları ve erkek torunları olarak dört sınıfdır.

2 — Sebebî asabe : halen mülga bulunan köle azad edenlerle, bunların asabalarına mütealik olduğundan ve sebeple tatbikine mahal bulunmadığından üzerinde durmağa lûzum görmüyoruz.

C — Kan hısımları yani Zevilerham : Bunlar da 4 nevidir :

1 — Müteveffanın kızlarının ve oğlunun oğlunun kızlarının ferileri

2 — Müteveffanın sahih olmayan ceddeleri

3 — Ölenin mutlak olarak yani ister ana bir ister baba bir ve ister Ana Baba bir Kız kardeşlerinin ferileriyle yine mutlaka kardeşlerin ve oğullarının kızları ve bunların ferileri

4 — Halalar, ana bir amucalar, dayı ve teyzeler ve bunların ferileriyle ana baba bir amucalar veya baba bir amcaların ve bunların oğulları ve oğullarının ... kızları ve bunların ferileridir.

Yukarıda A, B, C bendlerinde sıraladığımız mirascılardan sonra bunların ne suretle tevarüs eylediklerini gözden geçirelim :

A bendinde zikredilen muayyen pay sahipleri mirascılarla içtimada kendilerini iskat eden varis yoksa belli paylarını alırlar. Ancak bu paylar beraber bulundukları mirascılara göre deyişir : ve biraz evvel işaret ettiğimiz veçhile bazı mirascılarla bulundukları suretde sâkıt olurlar yani miras alamazlar. Bu mes'eleleri teferruatıyle gösteren bir çok matbu yeni ve eski eserler vardır. Ve burada bunları tafsile yazımızın hacmi müsait olmadığından okuyuculara bu eserlere müracaatı tavsiye ederek, umumî kaideleri görelim.

Feraiz hükümlerine göre, karabeti kuvvetli derecede yakın olanlar uzak olanları iskat ederler, yakın dereceli mirascı varken uzak derecede olanlar mirascı olamazlar. Dereceden maksat karabet yakınlığıdır. Meselâ, oğul varken oğlun oğlu, müteveffanın oğlu ve kızı ile ana bir kardeşi. ana baba bir kardeş varken baba bir kardeş, ana baba bir amca varken baba bir amca varis olamaz. Bu esaslar gerek asabelerde ve gerekse kan hısımlarında aynen tatbik olunur. Yukarda B ve C bendlerinde bahsetdiğimiz sınıflardaki mirascılar da sırasına göre miras alırlar. İlk sınıfda bulunan varken müteakıp sınıflar mirascı olamazlar. Bu sınıflar karabet kuvvetine ve yakınlığa göre teşkil olunmuştur. Meselâ, asabeden birinci sınıf mirascı varken ikinci sınıf ve bunların kısımları ve a kısmında gös-

748

terilen asabe varken b, c, ç bendlerinde gösterilen asabeler mirascı olamazlar; bundan başka C bendinde gösterilen kan hısımları (zevilerham) kendi aralarındaki sınıflarına göre mukaddem sınıfdan varis varken muahhar sınıfdakiler mirascı olamazlar.

Hulâsa olarak diyebiliriz ki, muayyen pay sahibleri kendilerini iskat etmeden asabe ile mirascı olabilecekleri gibi zevilerham yani kan hısımları veya koca ile birlikde bulunurlarsa bunlara hisseleri verildikten sonra bakiyeyi sınıflarına göre iktisab ederler. Bunlardan başka muayyen hisse sahibleriyle veya asabe ile bulunurlarsa mirascı olamazlar.

Şu ciheti kaydedelim ki, eşler herhangi varisle bulunurlarsa hisse alırlar ve hiç bir veçhile sâkıt olmazlar yani karı, koca gerek muayyen hisse sahipleriyle ve gerekse asabe ve zevilerhamla bulunduklarında daima mirascıdırlar. Ancak bulundukları mirascıların nev'ine göre hisse nisbetleri değişir.

IV — Terekeye taalluk eden haklar

Yukarıda meali aynen nakledilen Kur'anı Kerimin nisa suresinin 11 ve 12. âyetlerinde beyan buyrulduğu veçhile varislerin hakları, borçlar (techis ve tekfin ve defin de dahildir), müteveffanın vasiyeti eda ve tenfiz olunduktan sonradır. Yani evvela ölünün techis tekfin ve defin masrafları yapılır sonra borçları ödenir ve sonra varsa vasiyyeti tenfiz olunur ve nihayet kalan mirascılara paylaştırılır.

Vasiyyetde tasarruf nisabı daima terekenin üçde biridir. Mirascıların izin ve muvafakatları olmadıkça üçden fazla ve mirascıya vasiyet muteber değildir.

V — Feraizde hisselerin hesabı

Bu hesablar feraizde de âmali erbaaya ve âdi kesir ameliyesine istinat eder. Hesabda bu dört ameliye ile kesri âdiye vakıf olan herkes miras hissselerini kolaylıkla tayin edebilir.

Hesabda ilk ele alınacak husus , mirascıların nevilerini tayin, muayyen hisse sahiplerinin 1/2, 1/4, 1/6, 1/8, 1/3 ve 2/3 gibi hisseleri tesbit etmek, şayet muhtelif hisse sahipleri varsa ve bu hisselerin mahreçleri yani paydaları muhtelif ise âdi kesir kaideleri dairesinde nisbet muhafaza edilmek şartiyle müşterek payda bulunmakdan ibarettir. Bundan sonra muayyen hisse sahiplerine hisseleri verilir. Geriye bir şey kalırsa asabeye, asabe yoksa aşağıda izah edileceği veçhile kendilerine paylaştırılır. Şayet bakiyeyeyi alacak kimseler birden ziyade ise kesirli olmamak şartiyle

aralarında taksim edilir. Müteaddit değilse, bakiye temamen kendisine ait olur. Miras taksiminde en küçük payı birden aşağı düşürmemek lâzımdır. Düşerse bire iblâğ için nisbeti muhafaza zımmında bütün mirasların hisseleri aynı adetle çoğaltılır. Meselâ, ölünün kocası, kızı ve ana baba bir erkek kardeşi kalsa, kocanın hissesi 1/4 kızın hissesi 1/2 olup kardeş de kalanı alır. 1/4 ile 1/2 payları aynı olmadığından müşterek mahreç bulunur, her iki kesrin paydalarını diğerinin suret ve paydasıyle çarpılır, bu takdirde miras mes'elesi 8 sehim itibariyle 2 sehim kocaya, 4 sehim kıza ve geri kalan 2 sehim de kardeşe verilir. Ancak burada 8 den ibaret olan mahreç ve suretleri ihtisar mümkün olduğundan ihtisar edilerek mahreç 4 de indirilir ve buna göre 1 kocaya, 2 kıza ve mütebaki 1 de kardeşe verilir. Fakat ihtisar zaruri değildir. Hisseleri tâyinde rakamların küçülmesi kolaylığı mucib olacağından hesabda faideli olur. Bu misalde kardeşler iki tane olsa, bakiyeyi bunlara müsavi olarak vermek iktiza edeceği cihetle yarımşar isabet eder ki, yukarda bahsedildiği gibi kesri bertaraf etmek için mahreç ve hisseler iki ile zarbedilir. ve bu takdirde mahreç 8, kocanın hissesi 2, kızın 4 ve kardeşlerin hisseleri ise birer sehim olur.

İşte hesaplar bu ameliyeler veçhile olup bütün mes'eleler bu esaslar dahilinde kolaylıkla halledilir. Ancak bazen muayyen hisse sahiplerinin hissleri toplamı paydadan fazla çıkar ki, buna avliye, bazan da aksine olarak noksan çıkar ki, buna da reddiye denir. Fakat bu mes'eleler asaba bulunmadığı suretde vâki olur.

Avliyeye bir misal verelim : farzedelimki ölenin kocası, ana baba bir kız kardeşi ve bir de baba bir kız kardeşi kalsa koca, 1/2 ana baba bir kız kardeş 1/2 ve baba bir kız kardeş 1/6 alcağından bu hisselerin mahreci 6 olur; buna göre kocaya 3, ana baba bir kardeşe 3, baba bir kız kardeşe de 1 vermek lâzım geldiğinden mahreci 7 ye yükseltmek suretiyle mes'ele halledilir. Ve bu takdirde bunların hisseleri tabiatiyle aynı nisbetde azalır.

Bir de reddiyeye misal verelim: Faraza, müteveffanın yalnız iki kızı kalsa bunların hisseleri 2/3 olduğundan mahreç 3 olur. Halbuki hisseleri mecmuu birerden ibaret olduğundan 1 fazla kalır. Buna mânı olmak için bütün tereke kendilerine verilmesi iktiza edeceği cihetle mahreç ikiye indirilir. Ve bu suretle bir fazlalık kızlara reddedilmiş olur. İşte avliye ve reddiye denilen mes'eleler bunlardan ibarettir. Bunları bir çok misallerle izah daha faideli olursa da, yazımızın mevzuuna sığmayacağından tafsilatı bu babta yazılan eserlere bırakarak bu kadarla iktifa ediyoruz.

750

VI — Feraizde Evlatlık ve Hazine

İslâm miras hukukunda Medenî Kanunun kabul eylediği evlâtlık müessesesi olmadığından mirascılığı da bahis mevzuu olamaz. Manevi evlât edinmede miras bakımından hiç bir hüküm ifade etmez.

Hazineye gelince; feraiz hükümlerine göre hazine, terekeye sahibsiz mal olarak el koyar; bu hanefilere göredir. Şâfilere göre hazine, mirascı olarak terekeye malik olur. Hazinenin terekeye el koması hiç varis olmadığı ve vasiyyet de bulunmadığı takdirdedir. Terekenin tamamına müstahik bir tek mirascı varsa, hazine bir şey alamaz. Ancak eşler yani karı veya koca, bulunursa bunlar hisselerini aldıkdan sonra geri kalan, sahibsiz mal olarak hazineye kalır. Vasiyyetde de hüküm böyledir. Yani terekenin tamamına müstahik varis olmayıp yalnız müteveffanın vasiyeti varsa buhalde vasiyyet mikdarı ne olursa olsun tenfiz olunur. fazla bir şey kalırsa devletin olur.

Medeni kanunumuzda ise hazine mirascı sıfatıyle terekeye malik olur. Ancak terekenin borçlarından tamamen değil kendisine intikal eden mallar nisbetinde mes'uldür. Bu hüküm, medeni kanunun 571. maddesinin ikinci fıkrasında aynı ibareyle tasrih olunmuştur.

VII — Feraiz Hükümlerinin tatbik sahası

Feraiz hükümleri terekeyi teşkil eden mal ve hakların hepsinde kabili tatbikdir. Fakat gayrimenkullerde ayrılık vardır. Bilindiği üzre gayrımenkuller eski hukukumuzda ayrı kanunlara tâbi olarak mülk, arazî ve vakıf olmak üzre 3 kısma ayrılır. Feraiz yalnız bunlardan mülk olan nevide tatbik edilir. arazî ve vakıf nev'inden olan gayrımenkullerde intikal kanunları hükümleri cereyan eder.

Mülk arazî kadim köy ve kasaba derununda olan veya kenarında olup da, tetimmei sükna yani evden istifade için kullanılması icap eden yarım dönüm mikdarı mahal ile arazii emiriyeden iken, cevazı şer'iye binaen mülkiyeti başkalarına verilen mahaller ve tasarruf kanununun neşrinden evvel araziyi emiriye üzerine dikilen ağaçlar ve tesis edilen bağlar mülk gayımenkullerdendir. Eğer ağaçlar ziraate mani olmayacak derecede seyrekse, yalnız ağaçlar mülk olup feraiz hükümlerine ve yerleri arazî hükmünde olup intikal kanunlarına tâbi olur. Ancak, 30 Mart 1329 tarihli tasarruf kanunundan sonra, araziyi emiriye üzerinde inşa olunan binalar ve dikilen ağaçlar ve tesis olunan bağlar yere tâbi olup haklarında intikal kanunları uygulanır.

Ehemmiyetine binaen intikal kanunlarıyle irse mâni olan halleri diğer bir yazıda izaha çalışacağız.

751

VEFA VE İŞTİRA HAKLARI

Yazan : Adlî KISAGÜN

Bibliyografya : Fikret Arık : Adalet Dergisi, 1943 Sayı : 8 - 9 - Esat Arsebük : Borçlar Hukuku, Ankara 1937. — Ali Himmet Berki : Vakıflar, Ankara 1950. — Theo Guhl : Le droit fédéral des obligatiohs, Zürich 1947. — Abdurrahman Gücün : Nazarî ve amelî hukuk davaları, İsanbul 1945. — Ferit Gürzumur : Tapu ve kadastro külliyatı, Ankara 1961. — Honig : Roma Hukuku, İstanbul 1940. — Yaşar Karayalçın :Mecelle, Ankara 1959. — Adlî Kısagün : Şuf'a dâvaları, Ankara 1958. —Senai Olgaç ve M. R. Karahasan : Gayrimenkullerin akid esasına dayanan iktisap ve tescilleri, İstanbul 1945. — Oser ve Schönenberger : Borçlar hukuku, Ankara 1950 (Recai Seçkin tercümesi) — Planiol ve Ripert : Traités pratique du droit civil français. Paris 1952. — Rossel : Manuel du droit fédéral des obligations, Laasanne 1920. — Sayman ve Elbir : Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958. — Tahir Sebük : Şut'a, vefa ve iştirâ hakları, Ankara 1951. — Schwarz : Borçlar hukuku, İstanbul 1948. — Kâmil Tepeci : Notlu ve izahlı Borçlar Kanunu, Ankara 1959. — Kâmil Tepeci : Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenisi, Ankara 1950. — H. V. Velidedeoğlu ve Galip Esmer : Gayrimenkul tasarrufları, İstanbul 1950. — Von Thur : Partie générale des obligations (Traduit par Emile Thilo) — Wieland : Kanunu Medenîde ayni haklar, Ankara 1947 (İ, H. Karafakı tercümesi)

TARİHÇE :

VEFA HAKKI : Roma'da : (Pactum de retrovendendo) Roma'da vefaen satış müessesesi mevcuttu ve infisahî şarta müstenit bir satış mahiyetindeydi. Satıcı bedeli alıcıya iade ettiğinde satış akdi infisah ederdi. Ayrıca satıcı satılan şey'in kendisine satılmasını talep ve dâva hakkına malikti. Vefaen satış akdi şahsî hak bahşedip aynî neticeler tevlit etmez idi (1).

GERMEN Hukukunda : (Wieder Kaufsrecht) Cermenlerde vefaen satış mukaveleden doğan bir haktı fakat aynî neticeler tevlit ederdi. Bu mukavele yalnız alıcı ve satıcıyı bağlamakla kalmaz fakat üçüncü şahısları da riayete mecbur ederdi. Vefaen satış Germen hukukunda bir kredi

(1) Honig

müessesesi halinde doğdu ve bu vasfını ipotek müessesesinin tekâmülüne kadar muhafaza etti (2).

İSLÂM Hukukunda : (Bey-bil-vefa) Vefaen satış, fıkıh kaidelerinin tedvininden meydana gelen Mecelle'nin 188 ci maddesinde yer aldığı gibi, arazi ve müstegallatı mevkufe'ye ait kaide ve kanunlarda da yer almıştı.

MECELLEDE'de : Belli bir bedelle satılan şey'in alıcıya bedelini iade suretiyle geri alınması hakkı idi. Bu hak akitden doğar fakat aynî neticeler tevlit ederdi. Yalnız gayrimenkuller için ve mûşâ olmamaları kaydiyle tatbik edilebilirdi. Şâyi hissenin vefaen satışı fasit addolunurdu. Bu hususiaki akit 14.9.1318 tarihinden sonra resmî şekle tâbi tutuldu. Bey'-bil-vefa akdi bir rehin akdi hükmündeydi. Ne alıcı ve ne de satıcı akit mevzuu şey'i ahara satamazlardı. Alıcı şey'den faydalanabilir fakat şey'de hasıl olan telefiyat kıymetinde alacağından kaybederdi. Şey'in mülkiyeti müştetiye geçmez, satıcı borcun vadesi gelmeden de bedeli iade ederek şey'i geri alabilirdi. Alıcı alacağını yani bedeli tamamen aldıktan sonra şey'i iade etmemezlik edemezdi. Alıcı alacağını tamamen istifa etmedikçe satıcının diğer alacakları şey'e el koyamazlardı. Vefaen satış akdinden doğan hak heriki taraf mirascılarına intikal ederdi (3).

Arazi'ye ait kaide ve kanunlar'da : Arazide vefaen satış aşağıdaki irade, nizamname ve kanunlarla tanzim edilmişti;

1 — 23 Rebiülevvel 1265 tarihli irade :

2 — 9 Ramazan 1274 tarihli nizamname . Miri arazi mutasarrıfının vefaen ferağ suretiyle araziyi rehnetmesi kabul edilmiş, bu hususiaki akdin mal memuru huzurunda ve resmi şekilde tanzimi şart kılınmıştır.

3 — 23 Şevval 1274 tarihli arazi Kanunu : Vefaen ferağa bu kanunun 116, 117, 118 ci maddeleriyle yer verilip tanzim edilmiştir. Burada da akdin mahiyeti gayrımenkulün rehnedilmesi hükmündedir.

4 — 8 Cemaziyelevvel. 1275 tarihli tapu nizamnamesi 26 ve 30 cu maddelerinde ferağı bil vefa hakkında hüküm vardır.

5 — 23 Ramazan 1286 tarihli nizamname : Tasarruf ettiği miri araziyi ferağı bil vefa ile müstakrıza ferağ edenin vefatı halinde arazinin borca teminat olmakta devam edeceğine ve arazi borcu karşılamadığı takdirde alacaklının borçluya ait diğer emvale muracaat hakkı olacağına dair hüküm vardır.

(2) Sebük
(3) Karayalçın

6 — 30 Temmuz 1305 tarihli irade : Vefaen ferağ edilen arazinin alacağın istifası zımnında ihaleye sevkini tanzim etmektedir. Bu irade vefaen ferağ akdinin defteri hâkânî memuru huzurunda akdi şartını vaz etmiştir.

7 10 Eylül 1306 tarihli irade : Vefaen ferağ olunan arazinin tahliye ve teslimi hakkında olup, borç muaccel olup ödenmedikçe, hüküm istihsaline hacet kalmaksızın defteri hâkânî memuru müzekkeresiyle icra memuru tarafından tahliye ve teslimini amirdir.

Müsakkafat ve müstegilatı vakfiye, de :

Burada bey'-bil-vefa yerine ferağ'-bil-vefa mevzubahistir. Akde mevzu olan mülkiyet hakkı değil tasarruf hakkı idi. İstikraz edilen meblâğ karşılığında tasarruf edilen şey, borç ödendiğinde reddolunmak şartiyle istikraz eden kimseye ferağ edilirdi. Yapılan adeta bir gayrimenkul rehni akdi idi. Leyhine ferağ yapılan alacaklı şey'e tasarruf eder, onu ahara icar edebilir, ondan faydalanabilirdi. Bu tasarruf sırasında şey'de husule gelecek telefiyat kendisine değil borçluya ait olurdu. Zira vefaen ferağ akdi mülkiyeti yine borçlu uhdesinde bırakıp fakat alacaklıya şey üzerinde hapis ve alacağını şey ile temin hakkı bahşederdi.

Vefaen ferağda, borç miras yolu ile borçlunun mirascılarına intikal eder ve onlar borcu ödemedikçe akde konu şey'e tasarruf edemezlerdi. Borçlunun mirasçı bırakmadan vefatı halinde şey borcun teminatı olmaktan çıkarak mahlûl olur ve vakfa avdet ederdi. Alacaklının vefatı durumda bir değişme yaratmaz şey yine alacağın istifasına kadar alacağa teminat olmakta devam ederdi.

Borcun kısmen ödenmesi ferağın kısmen fekkini iktiza ettirmezdi. Borlu borcunu rizaen ödemediği takdirde alacaklı belli yollarla borçluyu takip ve alacağını tahsil etmek gerekir, tediyeden intina vefaen ferağın kat'i ferağa inkilâbını intaç etmezdi. Aksine mukavele batıl sayılırdı. Vefaen satış hilâfına vefaen şayi hisseler için de caiz ve muteberdi(4).

İSTİRA HAKKI : Bir şeyi belli şartlar altında satınalma hakkından ibaret olan iştirâ hakkı, şuf'a ve vefa haklarından daha şumullu bir hak olmasına rağmen Fransız Medenî Kanunu ile yeni zamanlarda tanınmış, tatbik görmüştür.

Târifleri :

Vefa hakkı : Temlik edilen bir gayrimenkulü, temellük edenin yeni-

(4) Berki

754

den muvafakatına hacet kalmaksızın, tek taraflı bir irade beyanı ile tekrar temellük imkânı bahşeden inşai bir haktır.

İtirâ hakkı : Bir gayrimenkulü, tek taraflı bir irade beyaniyle ve belki bir bedelle satın alma hakkını bahşeden inşaî bir haktır.

Şumulleri : Menkul ve gayrimenkul bütün iktisadî değer ve eşya ile kaabili devir bütün haklar, vefa ve iştirâ haklarının şumulüne girerler.

Kaynakları : Heriki hak da mukaveleden doğarlar. Doğuşları için behemhal bir mukavelenin mevcudiyeti şart olduktan başka, hakkın gayrimenkule taalluku halinde ayrıca bu mukavelenin resmî şekilde yapılmış olması da zaruridir. Aksi halde mukavele vefa ve iştirâ hakkı tevlit etmez ve mükellefi ilzam etmez. Vefa ve iştirâ vaadine dair yapılacak akitlerin de resmî şekle riayeten tanzimleri gerektir (5). Resmi şekil muteberiyet şartı olup vefa ve iştirâ haklarını tevlide ve ilzama kâfidir. Hakkın doğuşu için ayrıca mukavelenin tapuya şerhedilmesi zarureti yoktur. Şerh, hakkın doğuşuna taalluk etmeyip onun üçüncü şahıslara dermeyan kudretiyle techizine matuf, tamamen malikin ihtiyarına bırakılmış bir husustur (6). Hak resmî şekilde tanzim edilmiş mukavele ile ve mukavelenin tapu siciline ibrazına hacet kalmaksızın mukavelenin tekemmülü anında doğmuş bulunur.

Borçlar Kanununun akit ve in'ikadi ile iradeyi fesada uğratan sebeplere temsile ait bütün hükümleri vefa ve iştirâ mukavelelerine de tatbik edilir.

Mevzuattaki yerleri: Heriki hak da; Türk Medeni Kanununda : 660 ıncı maddede yer almıştır. İsviçre Medeni Kanununda: 683 üncü maddede bahse konu edilmiştir. Fransız Medenî Kanununda : 1659 ve müteakip maddelerde zikredilmiştir. Alman Medeni Kanununda: 497 - 503 üncü maddelerde tanzim edilmiştir.

Mevzuları : Alım satım akdine konu teşkil edebilecek kaabili devir bütün haklar ve iktisadî değerler bu haklara mevzu teşkil edebilirler.

Mahiyetleri : Vefa ve iştirâ hakları mahiyeten birer şahsî haktırlar.Hakka mevzu şey üzerinde doğrudan doğruya inhisarî bir yetki bahşetmezler. Bilâkis o şey'in maliki olan şahıstan mukaveledeki esaslar dairesinde hareket etmesini talep yetkisi bahşederler. Bir şey üzerinde

(5) Borçlar Kanunu Madde 213 92 Medenî Kanun Madde 919

755

inhisarî yetki tevlidetmeyip bir şahıstan (hakka mevzu şey'in malikinden muayyen bir hareket tarzının, bir işin, bir şey'in istemesini mümkün kıldıkları için şahsidirler.

Vefa ve iştirâ hakları ayni zamanda nisbî birer haktırlar. Zira hakka mevzu eşya ile, alâkaları doğrudan doğruya ve mutlak değildir. Hakka mevzu şey ile ilgiler malik, dolayısiyle ve nisbidir.

Vefa ve iştirâ haklarına müteallik mukaveleler âkit taraflar arasında şahsi ve nisbî bir alâka tevlit ederler. Hakların gayrımenkule taalluk etmeleri gayrımenkul üzerinde tesis edilmeleri durumda bir değişme yaratmaz. Bu ahvalde dahi hak şahsi ve nisbidir. Filhakika gayrımenkul üzerinde tesis edilmiş vefa ve iştirâ hakları doğrudan doğruya gayrimenkul üzerinde bir yetki yaratmazlar, sadece o gayrimenkul malikinden mukavele hükümleri dairesinde hareketle gayrimenkulü devam müddeti içinde hakkın istimâli halinde teslim etmesini isteme selâhiyetini bahşederler.

Vefa ve iştirâ mukavelelerinin taalluk ettikleri gayrimenkul tapu kaydına şerhedilmeleri onların şahsi hak vasfını ayniliğe tebdil etmez. Şerh halinde de bu haklar şahsi ve nispidir. Malikten yine ve ancak gayrimenkulü hakkın istimâli halinde teslim etmesini talep yetkisini bahşedebilirler. Şerhle, o gayrimenkul üzerinde inhisarî ve mutlak bir yetki sağlamış olmaz. Şerh sadece vefa veya iştirâ hakkının üçüncü şahıslara da dermayanı imkânını bahşetmekle aynî neticeler tevlit hudretini muvakkaten ihraz etmiş olur. Şerhin herhangi bir sebeple terkini bu kudretin ziyanına sebep olur. Hulâsa, vefa ve iştirâ hakları tapu kaydına şerh edilmelerile birer aynî hak haline gelemeyip bu taktirde dahi şahsi ve nisbî birer hak olmakta devam ederler. Şu farkla ki, şerhten evvel yalnız mükellefe karşı dermeyan edilebildikleri, yalnız onları ilzam edebildikleri halde şerhten sonra herkese karşı kaabili dermeyan birer hak mahiyetini iktisap ederler. Bu hal şerhin terkinine veya şerhin yevmiye defterine kaydı tarihinden itibaren on yıl geçmesi ne kadar devam eder.

Vefa ve iştirâ hakları ayni zamanda birer inşaî haktırlar.Filhakika tek taraflı bir irade ile yeni bir hukukî durum ihdâsına kaadir olan haklardır. Vefa veya iştirâ hakkı sahibi, bu hakkını tek taraflı bir irade beyanı ile istimâl eder ve bu beyanın mükellef malike vusulü, hakka mevzu şey'in mülkiyeti üzerinde değişiklik yaratır. Şey, nefi ve hasarı hak sahibine taalluk etmek üzere o andan itibaren hak sahibine geçer.

Vefa hakkı, satılan bir şey'i, belli bir süre içinde tekrar temellük hakkı bahşeder. Hak sahibi o şey'i bu süre içinde temellük edip etme-

mekte muhayyerdir. Vefa mukavelesi şey'i o müddet içinde temellük hususunda hak sahibine bir mecburiyet tahmil etmez. Bu itibarla malik, hak sahibini hakkın devamı müddeti içinde şey'i temellüke icbar edemez. Vefa mukavelesi onun lehine böyle bir hakkı ihtiva etmez. iştirâ hakkı da öyledir. Bir şey'i belli bir bedelle satın alma hakkından ibaret olan iştirâ hakkına ait mukavele dahi hak sahibine hakkın devam müddeti zarfında şey'i temellük edip etmemekte muhayyer kılar. Mükellef malik iştirâ hakkı sahibine hakkını istimâle, şey'i mukaveledeki müddet içinde satın almaya icbar edemez.

Vefa ve iştirâ hakları, mahiyeten kaabili devir, miras tarikile kaabili intikaldirler. Kaabili devir oldukları müddetçe de kaabili hacizdirler. Ancak devredilemeyecekleri hakkında mukavele ile hüküm sevki caiz ve muteberdir.

muhtevaları:

Vefa ve iştirâ hakları, mutalebe hakkını ihtiva ederler. Taalluk ettikleri şey'in malikinden mukavele hükmünün yerine getirilmesini, karşılıklı taahhüdün ifasını talep hakkını muhtevidirler. Hakkın istimâli beyan edilip bu beyan malike vasıl olur olmaz, hakta mündemiç olan mutalebe hakkı hakkın yerini alıp zahir olur ve bundan sonra vefa ve iştirâ hakkı değil, karşılıklı taahhütlerin ifası mes'elesi bahse konu olur (7).

Bu haklar, hak sahibi bakımından bedel ödeme, mükellef malik bakımından da ifa veya tazmin borcunu ihtiva ederler. Hak sahibi bir defa hakkını istimal ettiğini beyan edip bu beyan muhataba vasıl olduktan sonra bedel ile sorumlu olur ve bu bedelden rucu edemez. Vefa veya iştirâ mukavelesinin bahşettiği muhayerlik hakkın istimâline kadardır. İstimâl beyanı ile vefa veya iştirâ hakkı, karşılıklı vecibelerin haline inkilabeder ve tarafları bağlar. Daha evvel hakkı istimâlde muhayyer olan hak sahibi, istimâlden sonra bedeli ödemeye icbar edilebilir. Mükellefe gelince, o vefa veya iştirâ mukavelesile, hakkın hak sahibi tarafından istimâli halinde şey'i devir mükellefiyetini yüklenmiştir. Ancak, onu bununla mükellef kılan hak şahsî ve nisbi bir haktır. Şey'in bizzat kendisi üzerinde bir yetki kurmaz. Sadece mükellefin şahsı ve fiili ile ilgilidir. Mükellefin şahsından devri talep imkânını verir. Bu itibarla, mükellef mukaveleye rağmen şey'i aynen devre icbar edilemez. Devretmediği takdirde de mukavelede şartı cezaî tesbit edilmiş ise onunla ve eğer hak sahibinin maruz kaldığı menfi zarar varsa bu zararı tazmin ile mükellef tutulabilir. Böylece devir borcu tazminat borcuna inkilâp eder. Resmî şekilde yapılmış muteber bir

(7) Borçlar Kanunu. Madde : 81, 106

757

vefa ve iştirâ mukavelesinin mükellefe tahmil edebileceği mükellefiyet bundan ibarettir. Mükellef mukaveleye rağmen hak mevzuu şey'i hak sahibine devretmeyebilir. Üçüncü şahsa satabilir ve bu satış muteberdir, vefa ve iştirâ mukavelesine rağmen hüküm ifade eder. Eğer, vefa ve iştirâ mukavelelerinin mükellef şahsından şey'in bizzat kendisi üzerine müessiriyeti temin edilmek, mükellefin şahsına muhatap olmaktan kurtarılıp herkese şâmil bir hale getirilmek isteniyorsa, mukavele tapu siciline şerhedilmelidir. Bu takdirde hak şahsiliğini muhafaza etmekle beraber ayni hak neticelerini tevlit kudreti ihraz edeceğinden, mükellef ve şey'i ondan devralacak herkes, şey'i vefa veya iştirâ hakkının istimâli halinde hak sahibine devre mecbur bulunur. Bu mecburiyet istimâl beyanının muhatap malik veya müşteriye vusulü anında kendiliğinden doğup otomatik olarak gerçekleşmiş olur. Filhakika şey, hakkı istimâl beyanının muhataba vusulü anında, nefi vehsarı hak sahibine taalluk etmek üzere otomatik olarak malik değiştirmiş olur. Mükellefin hakka mevzu şey'i şerhe rağmen üçüncü şahsa satması veya satmış olması bu hukukî olayın aynen cereyanına engel teşkil etmez. Zira, üçüncü şahıs hakka mevzu şeyin mülkiyetini, şerhin tahmil ettiği aynen ifa, aynen devir mükellefiyetile birlikte devralmış olur. Hakkın kendisine karşı da dermeyanı kaabil olduğundan, kullanma beyanının kendisine vusulü anında yukarıda izah ettiğimiz hukukî olay aynen cereyan ederek, şey hak sahibine geçer.

Gayeleri:

Heriki hak da gayrimenkullerin şartlı devir ve ferağı hakkında vazedilmiş memnuiyeti tahfif maksadını istihdaf ederler. Bununla beraber her birinin yekdiğerinden farklı hususi gayeleri mevcuttur. Şöyle ki:

Vefa hakkı : Bu hak ipoteğin hanüz inkişaf etmediği devirlerde bir kredi vasıtası idi. Kredi temini gayesini istihdaf ederdi. Nitekim Medeni Kanunumuzdan evvelki hukukumuzda tamamen bir gayrimenkul rehni müessesesi olarak işlemiştir. Bugün vefa hakkı, münhasıran temlik sebebile elden çıkmış şey'in mülkiyetini tekrar iktisap imkânı bahşeden bir hak mahiyetindedir.

İştirâ hakkı : Bir şey'i iktisap arzu ve kararına rağmen bazı hususi engeller saikile onu derhal iktisap edemeyen kimseye o şey'i ilerde iktisap imkânını temin gayesini istihdaf eder.

Doğuşları:

Vefa ve iştirâ hakları mukaveleden doğarlar. Gayrimenkul üzerinde tesis edilecek vefa ve iştirâ haklarına ait mukavelenin resmî şekilde tanzimi şarttır. Aksi halde hüküm ifade etmezler. Gayrimenkuller hakkın-

daki iştirâ ve vefa hakkı mukaveleleri için resmî şekil muteberlik şartıdır. Şu da var ki bu hakların gayri menkul üzerinde tesis edilebilmeleri, doğabilmeleri için resmî şekilde tanzim edilmiş bir mukavelenin mevcudiyeti kâfi olup ayrıca bu mukavelenin tapu sicilline şerhedilmesi icap etmez. Şerh, hakkın doğuş şartı olmayıp hakka vücut veren mukaveleye üçüncü şahısların da riayetini temin vasıtasıdır.

Şekil Şartı : Menkul hakkında tesis edilecekleri zaman şekil bakımından taraflar şekil serbestisi esasından istifade ederler. Zira vefa ve iştirâ hakları menkuller üzerinde şifahi akidle dahi kaabilli tesis haklardandır, şahsî ve nisbîdirler. Şeyle ilgileri dolayısiyle olup mutlak değildir. Ancak hakka mevzu şey'in kıymeti elli lira üstünde olduğu taktirde akdin isbatı için yazılı beyyine isteneceğinden (8) bu gibi hallerde vefa ve iştirâ akdinin hiç değilse yazılı yapılması ihtiyatlı bir hareket olacaktır. Gayrimenkullere müteallık vefa ve iştirâ mukavelelerinin behemhal resmî şekilde tanzimi lâzım gelip resmî şekil muteberlik şartıdır. Aksi halde mukavele gayrimenhul üzerinde vefa veya iştirâ hakkı tesisine medar olmaz, maliki ilzam etmez. Mukavelenin hüküm ifade etmesi için ayrıca mukavelede zikri geçen ve hakka konu teşkil eden gayrimenkul tapu kaydına şerhi vermek iktiza etmez. Hak, resmî şekle riayeten tanzim edilmiş mukavelenin tekemmülü anında doğmuş ve maliki ilzam etmiş bulunur. Şerh hakkın doğuşu için değil üçüncü şahısların da mukaveleye riayetini temin için yapılır. vasiyet veya miras mukavelesi yolu ile tesisleri halinde ölüme bağlı tasarruflar hakkındaki şekil şartına riayet icap eder (9).

Ehliyet Şartı : Vefa ve iştirâ hakları inşaî haklardandır. Tek taraflı bir irade beyaniyle yeni bir hukukî durum ihdâs edecek mahiyettedirler. İstimâlleri, neticesiyle bir hukukî tasarrufa müncer olur. Binaenaleyh bu mukavelelerde taraf olarak görülen kimselerin akdin in'ikadı anında medenî hakları istimâl ehliyetini haiz bulunmaları lâzımdır.

Muhteva : Bir vefa ve iştira mukavelesinin aşağıdaki hususları ihtiva etmesi gereklidir ;

1 — Taraflar : Hak sahibiyle mükellefin ad ve soyadları, adresleri. hakkın üçüncü şahıs leyhine tesis edilmesi halinde üçüncü şahsın adı, soyadı ve adresi mukavelede zikredilmek lâzımdır.

2 — İrade beyanları : Tarafların vefa ve iştirâ hakkı tesisine müteadir irade beyanlarının mukavelede yer alması lüzumu izahtan varestedir.

(8) H. U. M. Kanunu Madde 288
(9) Medenî Kanun Madde 478

759

3 — Hakka konu şey : Hakka mevzu şey mukavelede bariz ve vazıh olarak belirtilmelidir.

4 — Bedel : İştirâ mukavelesinde bedel aslî unsurdur. Behemhal zikri icabeder. Hal böyle olmakla beraber, bedelin satın alma anında tesbiti kararlaştırılabilir ve bedeli beyan yerine geçer. Vafa mukavelesinde bedelin zikri mecburi değildir. Mukavelede bedel hakkında hüküm bulunmadığı takdirde satış bedeli geri alma bedeli olarak itibar edilir.

5 — Müddet : Taraflar hakkın devam müddetini tayinde serbestirler. Ancak vefa ve iştirâ hakları tesislerinden itibaren on sene geçmekle mutalebe hakkı tevlit kudretini kaybederler (10). Bu itibarla devam müddetinin on sene üstünde tesbiti mukavelenin hükümsüzlüğünü intac etmez, fakat on senenin hitamında o mukaveleye istinaden mükelleri ilzam kaabil olmaz. Taraflar devam müddeti on seneden az olan mukaveleler tanzim ve müddet hitamında bunları tecdit suretiyle devam müddetinin fiilen on sene üstüne çıkmasını temin edebilirler. Taraflar hakkı istimâl müddetini şarta bağlıyabilirler, Ezcümle hakkın malikin vefatından sonra istimâl edilebileceği şart edilebilir. Şerh müddetinin on seneye tecavüz edemiyeceği hakkındaki kanun hükmü (11) amir hükümdür. Mukavele ile muhalefete cevaz yoktur.

Taraflar mukavele ile sair hususlar hakkında hüküm sevkine yetkilidirler. Meselâ, hak sahibi için hakkın devam müddeti içinde istimâl edilmemesi halinde cezai şart tesbit edebilirler. Fakat bu müddet içinde hakkın herhalde istimâl edileceği hakkında hüküm sevkedemezler. Hak sahibine tahmil edilecek böyle bir mecburiyet mukavelenin hukukî mahiyetini tebdil eder. Keza âdemi ifa halinde mükellef için cezaî şart tahmil edilebilir. Cezaî şart mahiyetten akdin icaplarını ademi ifa halinde doğan bir mükellefiyet olmasına, binnetice hak sahibini, hakkını istimale icbar eden mahiyette bulunmasına, bu hal ise vefa ve iştirâ hakkının mahiyetine uygun düşmemesine binaen hak sahibini hakkı istimale icbar eden böyle bir şartın hakkın mahiyetini tebdil edeceği düşünülebilir. Netekim Ankara Hukuk Fakültesinin kıymetli ve genç Medeni Hukuk Profesörü Sayın Turhan Esener bu kanaatte, müellif Tahir Sebük ise aksi kanaattedir. Cezaî şartın herhalde hakkı istimal mecburiyeti tahmil etmediği, istimal hususunda hak sahibinin gene ihtiyarında serbest bulunduğu cezaî şartın ise vefa veya iştirâ akdi haricide bir akid ifade ettiği düşünülebilir. Hakkın devredilip edilmiyeceği hakkında mukaveleye hüküm konabilir.

(10) Medeni Kanun Madde 660
(11) Medenî Kanun Madde 919

760

Tapuya şerh ve hükmü : Vefa ve iştirâ mukaveleleri, bu hakların şahsî ve nisbî olmaları sebebiyle yalnız mükellefi ilzam ve onun şahsından belli bir şey'in yapılmasını, şey'in devrini talep hakkı bahşederler. Üçüncü şahıslar için de lüzum ifade edebilmeleri için gayrimenkuller hakkında tesisleri halinde, o gayrimenkulün tapu kaydına şerhedilmeleri lâzım gelir (12). Vefa ve iştirâ hakları ancak bu şerhten sonradır ki hakkın taalük ettiği gayrimenkul üzerinde iktisap edilen haklara ve onların sahipleri olan üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade ederler. Şerh şahsî ve nisbî olan vefa ve işrirâ haklarına herkese kaabili dermeyan bir aynîlik kudreti kazandırır. Bu kudret şerhin mevcudiyeti veya on senelik müruru zaman müddetinin geçmemesi şartiyle kaimdir. Şerh terkin edilir veya şerhten itibaren on yıl geçerse hak aynîlik kudretini kaybederek tekrar şahsiliğe düşer. Vefa ve iştirâ haklarının tapuya teşcil değil şerhedilmeleri onların şahsî birer hak ve şerhle aynîlik kudretini ihraz ettiklerinin bir delilidir. Filhakika, aynî hak tapuya tescil, şehsî hak ise ancak şerh edilir.

Vefa şe iştirâ mukavelelerinin tapu siciline şerhi için hakka mevzu gayrimenkul malikinin ayni tasarrufa ehil olan kimsenin bu hususta tapu siciline hitaben yazılı talepte bulunması lâzımdır (12). Ayrıca bu hakların tesisinden evvel tesis edilmiş hakların sahiplerinden muvafakat alınması ihtiyatlı bir hareket olacaktır. Filhakika, mukaddem aynî hak sahiplerinin zarar gördükleri iddasıyle şerhe karşı terkin talebinde bulunmaları mümkün ve muhtemeldir. Her iki halde tapu sicili bakımından luzum ifade eden bir muamele olmayıp vefa ve iştirâ hakkı sahiplerinin menfaatleriyle ilgilidir. Vefa veya iştirâ mukavelelerinin ihtiva ettikleri bilcümle şeraitin aynen tapu siciline şerhedilmesi hususî bir ehemmiyeti haizdir. Sadece vefa ve iştirâ mukavelesinin mevcudiyetini şerh ayni neticeyi tevlit etmez. Mukavelelerin ihtiva ettikleri hükümler aynen şerhedilmekle üçüncü şahıslara karşı teker teker hüküm ifade ederler.

Mükellefin bazı mukavele hükümlerini veya mukaveleyi şerhten imtinaı halinde, vefa veya iştirâ hakkı sahibinin mükellefi buna mahkeme kararıyle icbardan başka çaresi kalmaz. Zira şerh malikin muvafakatiyle yapılabilir. Bu taktirde mahkeme hükmü mükellefin talebi yerine kaim olur. Ayrıca mahkeme, şerh hakkındaki hükmüne kadar hakka mevzu gayrimenkul malikinin tasarruf salâhiyetini tedbir mahiyetinde tahdit de edebilir.

Tapu sicilline şerh bu hakların hak sahipleri tarafından şerh tarihinden itibaren on yıl müddetle herkese karşı dermeyanını mümkün kılar.

(12) Medenî Kanun Madde 919

Ancak bu müddet şerhe taalluk edip hakkın devamına konmuş azami müddet değildir. Nasıl on sene geçmekle mukavele hükümsüz olmaz fakat matalebe hakkı tevlit, mükellefi ilzam kudretini zâyi ederse on sene geçmekle şerhde hükümden düşmez. Mevcuttur fakat aynîlik kudretinden mahrumdur. Maksadın husulüne medar olmaz. Devam müddeti on seneden az mukavele akd ve müddet hitamından evvel tecdit ve her tecditte şerhi yenilemek suretiyle fiilen şerhin on yıldan daha uzun bir süre için devamını temin mümkündür.

Şerh'in diğer haklara tesiri :

Şerh'ten önce tesiş edilmiş haklar : Şerhten evvel, vefa ve iştirâ haklarına mevzu teşkil eden gayrimenkul üzerinde tesis edilmiş gayrimenkul rehni, irtifak hakkı ve gayrimenkul mükellefiyeti vefa ve iştirâ hakkı şerhinden müteessir olmazlar. Şerh ondan evvel tesis edilmiş olan aynî mahiyetteki takyitlere müessir olamaz.

Şerh'ten sonra tesis edilmiş haklar : Şerh'ten sonra tesis edilmiş haklar vefa ve iştirâ haklarına tesir edemezler. Onlara zarar verdikleri nisbette hükümsüzdürler. Vefa ve iştirâ hakkı sahibi bunların hakkına zarar verdiği veya tahakkuka mani olduğu iddiasiyle terkinlerini dâva edebilir.

Vefa ve iştirâ haklarının istimâli : Vefa ve iştira hakları mukavelede zikredilmiş devam müddeti içinde, mukavelede müddet yoksa on yıl zarfında, hak sahibinin arzusuna bağlı olmak üzere istenildiği zaman kullanılabilir. Mukavelevi şuf'a hakkında olduğu gibi, hakkın istimâli için hakka mevzu gayrimenkulün satışı gerekmez.

Hakkı istimâl şartları : Vefa ve iştirâ hakları, devam müddeti içinde yapılmış tek taraflı bir irade beyaniyle kullanılır ve bu beyan muhataba vusül anında yeni bir hukukî durum ihdâs eder. Bu itibarla inşai bir haktır. Öte yandan vefa ve iştirâ hakları birer şahsî hakdırlar. Yalnız mukavelede taraf olanları ilzam ederler. Hakların gayrimenkul üzerinde tesis edilmeleri ve mukavelenin gayrimenkul tapu kaydına şerhedilmesi halinde, aynî hak halini almayıp sadece aynî netice tevlit gücünü şerh müddetince ihraz etmiş olurlar.

Kullanma beyanı : Vefa ve iştira hakları, sarih, kayıt ve şarttan arî tek taraflı, şekle tâbi olmayan ve fakat yazılı yapılması şayanı tavsiye bulunan bir beyan ile yapılır. Beyan şekle tâbi değildir. Ancak hakka mevzu olan şey'i mükellef veya müşteriden teslim ve iadeyi temin edecek olan mutalebe hakkı, beyanın muhatap veya müşteriye vusulü anında doğacağı, bu itibarla beyanın vusulü şart olduğu cihetle isbat bakımından

762

yazılı hatta noter marifetiyle yapılması lâzımdır. Aksi halde istihdaf edilen hukukî maksat hasıl olmaz. Beyanın muhatabı vefa ve iştira mukavelesinde taraf olan maliktir. Malikin mukaveleye rağmen hakka mevzu şey'i müşteriye satması halinde, ancak mukavele tapuya şerhedilmiş olduğu takdirde hakkın üçüncü şahsa dermeyanı kaabil olabileceğinden bu şartların varlığında müşteri de muhatap olur.

Devam ve kullanma müddeti : Vefa ve iştirâ haklarında devam müddetiyle kullanma müddeti birleşir. Zira vefa ve iştirâ haklarında kullanılabilmeleri için hakka mevzu şey'in satışı gerekmez. Vefa ve iştirâ hakları mukavelede tesbit edilmiş devam müddeti içinde, mukavelede müddete ait hüküm yoksa mukavele tarihinden itibaren on yıl içinde her an kullanılabilirler. Hakkın kabili istimâl olabilmesi için mukavelede zikredilen müddetin dolması iktiza etmez. Zira hak mukaveledeki müddetin geçmesiyle değil mukavelenin tekemmülü ile doğar ve doğuşu anından itibaren hak sahibinin arzusuna tâbi olarak her an kullanılabilir. Devam müddetinin müruru hakkın sukutuna müncer olur. Mukavelede müddet bulunmayan ahvalde on yıl sonra hak müruru zaman neticesi mutalebe yani dâva hakkını kayıp etmek suretile netice tevlit kudretini zayi eder.

Devam ve kullanma müddetinin başlangıcı akdin inikad anıdır. Hakkın vasiyet yolu ile tesisi halinde bu müddet vasiyeti yapanın ölüm tarihinden itibaren cereyana başlar. Devam ve kullanma müddeti en çok on seme olabilir ve bu müddet mukavele ile on seneden çok olarak tesbit edilemez. Bununla beraber, taraflar on seneden daha az müddetli mukavele akdederek ve hitamında bu mukaveleyi yenileyerek müddeti fiilen on seme üstüne çıkarabilirler.

Himaye Müddeti : Gayrimenkul üzerinde tesis edilip, mukavelelerî hakka mevzu gayrimenkul tapu kaydına şerhedilen vefa ve iştira hakları on yıl içinde üçüncü şahıslara da kaabili dermeyan olacak şekilde muvakkaten aynîlik vasfını ihraz ederler. İşte hakkın üçüncü şahıslara dermeyan edilebileceği müddeti gösteren bu müddete himaye müddeti denir. Bu müddet on seneyi tecavüz edemez ve mukavele ile uzatılamaz. Gayrimenkullerin uzun müddet takyidi milli servet, dolayisiyle amme menfaatile ilgili bir hususturbinaenaleyh bu hususiaki hüküm âmirdir, mukavele ile muhalefete cevaz yoktur. Hal böyle olmakla beraber. müddeti on yıldan az olan vefa ve iştirâ mukaveleleri tanzim, ikmâl ve tapuya şerh, müddet hitamında yeniden aynı mukaveleyi tanzim, ikmâl ve tapuya şerh suretiyle, azami on sene olabilen bu müddetin fiilen on sene üstüne çıkarılması mümkün ve muteberdir.

763

Şu da varki, on senelik müddet geçmekle şerh hükümsüz olmaz. Fakat hak sahibine mutalebe yani dâva hakkını bahşetmek gücünü kaybeder. Bundan sonra hakka mevzu gayrımenkulün ahara satışı halinde, hak sahibi gayrımenkulü iade talebinde bulunmak göcünden mahrum bulunur. Himaye müddetinin başlangıcı, vefa ve iştirâ mukavelelerinin tapuya şerhedildiği, şerhin yevmiye defterine kaydedildiği andır.

Müruru zaman müddeti : Vefa ve iştirâ hakları herhalde tesisleri anından itibaren on sene geçmekle sakıt olurlar. Şerhedilmiş vefa ve iştirâ haklarının, şerhi hüküm ifade etmesine rağmen şerhten itibaren on sene geçmekle mutalebe hakkı tevlit edememelerinin sebebi, işte hakkı müeyyidesiz kılan bu müruru zaman müddetidir. Devam ve kullanma müddetiyle himaye müddetlerinin müruru zaman müddetinden tefrikine dikkat etmek gerekir. Müruru zaman müddeti hakkı değil mutalebe yani dâva hakkını ıskat ederek hakkı netice istihsalinden mahrum bir hale düşürür. Hak mevcuttur fakat işe yaramaz, şerh bâki ve hüküm ifade etmektedir amma herkese dermeyan kudreti bahşetmez.

Beyan'ın muhataba vusulü şartı : Vefa ve iştirâ haklarının istimâllerine müteallık beyanlar, muhataba vusulleri muktazi beyanlardandır. Beyan muhataba vasıl olmadıkça hukuki durumda hiçbir tahavvül yaratmaz. Beyanın muhataba vusulü anından itibarendir ki, hak sahibi leyhine mutalebe hakkı bedel ödeme borcu ile birlikte doğmuş olur ve aynı anda mükellef için hakka mevzu şey'i teslim veya iade mükellefiyeti tevellüt eder.

Muhatap vefa veya iştirâ hakkına taalluk eden mukavelede taraf olan maliktir. Mukavelenin tapuya şerhedilmesine rağmen hakka mevzu gayrimenkulü satın alan üçüncü şahıs müşteri de muhatap sıfat ve ehliyetini ihraz eder zira şerhe rağmen gayrimenkulü satın almış, gayrimenkul ile birlikte şerhin tahmil ettiği mükellefiyeti de kabullenmiştir. Eski malik teslim borcunu ona devretmiştir. Binaenaleyh vefa ve iştirâ akdinin borçlusu durumuna gelmiş, aynen ifa ile mükellef bulunmuş, hakkın istimâli hakkındaki beyanın kendisine vusulü ile gayrimenkulü iade borcu doğmuştur. Temerrüdü halinde iadeye hükmen icbarı mümkündür. Hakkın istimâli hakkındaki beyanın kendisine vusulüne rağmen hakka mevzu şey'i teslimden imtina eden mükellefin hükmen icbaredilebildiği gibi, beyanın vusulü müddetle mukayyet değildir. Hakkın müddetinde devam müddeti içinde istimâl edilmiş olması vusulün bütün hukuki neticeleri tevlit etmesi için kâfidir.

Mutalebe hakkı ve mahiyeti : Vefa ve iştirâ haklarının gayrimenkul üzerinde tesis edilip tapu kaydına da şerh edildikleri ahval de, hakk

764

istimâl beyanı muhatap mükellefe vasıl olunca hakka şey hak sahibinin mülkiyetine prensip olarak geçer. Şey'in nefi ve hasarı o andan itibaren hak sahibine terettüp eder. Vefa ve iştirâ hakları mukavele ile ekilir. hakkı istimâl beyanın muhataba vusulü anında mutalebe hakkı olarak intaş eder. Bu anda malik şey'in devrini istemek ademi ifa halinde maliki buna hükmen icbar etmek yetkisini iktisap eder. Vefa ve iştirâ hakkı istimâl ile yerini mutalebe hakkına, mutalebe hakkı karşılıklı taahhütlerin ifası borcuna terkeder. Filhakika vusul anında hak sahibi leyhine şey,i devralma hakkı ile birlikte bedel ödeme borcu da ayni zamanda doğar. Keza ayni anda mükellef için şey'i devir borcu ile birlikte bedel isteme hakkı da ayni anda tevellüt eder. Hak sahibi bir def'a hakkını istimal edip beyanını muhataba isâl ettikten ve bu beyan muhataba vasıl olduktan sonra, artık bedeli ödemekten kurtulamaz. Rucu edemez. Mükellef de bundan sonra şey'i devirden imtinâ edemez. Herikisinin hükmen icbarı mümkün olur. Zira artık bahse konu olan karşılıklı taahhütlerin ifasıdır (13). Mutalebe hakkı, hakkın gayrımenkule taalluk edip tapuya şerhedildiği ahvalde yalnız mükellef maliki değil fakat ayni zamanda şerhe rağmen gayrimenkulü mükellef malikten satın alan müşteriye karşı da dermeyan edebilir ve onun dahi hükmen icbarına imkân verir.

Menkullerde, mutalebe hakkı, malikin devir fiilini ifa talebine inhisar eder. Hakkın istimâli hakkındaki beyanın malike vusulü, şey'in otomatikman hak sahibine intikalini sağlayamaz. Zira hak şahsidir ve menkuller için şerh mevzubahis olmayacağı cihetle aynilik kudretinden, şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet tesisi yetkisinden mahrumdur. Maliki aynen ifaya icbar yetkisi bahşetmez. Mukavele edilmiş ise şartı cezai veya zarar ziyan talebini mümkün kılar. Gayrimenkuller üzerinde tesis ve şerhedilmiş vefa ve iştirâ haklarında olduğu gibi, şey'i malikten satın alan şey'in mülkiyetiyle birlikte şey'i teslim mükellefiyetini de birlikte devralmış olmaz. Zira menkul hakkında vefa ve iştirâ haklarında şahsilik sebebiyle şey'i devir mecburiyeti tevlit kudreti yoktur.

Bedel mefhumu : İştirâ mukavelesinde bedelin behemal zikredilmiş olması lâzımdır. Bedel iştirâ mukavelesinin aslî unsurlarındandır. Vefa mukavelesinde bedelin zikri zaruri değildir. Mukavelede bedel hakkında hüküm bulunmadığı takdirde satış bedeli geri alma bedeli olarak kabul edilir. Bedel,iştirâ veya vefa mukavelesinde tesbit veya sureti tesbiti kararlaştırılmış, hak sahibinin hakkı istimâl eylemesi halinde ödeyeceği mikdar, meblâğdır.

(13) Borçlar Kanunu Madde 81, 106

765

Hakka mezu şey'in gayrimenkul olması, hakkın tapuya şerhedilmiş bulunmasına rağmen mükellefin şey'i üçüncü şahsa satması ve hak sahibinin üçüncü şahıstan iade talep etmesi halinde ödemekle mükellef bulunacağı bedel değişmez. üçüncü şahsın tapu masrafları, ödediği harçlar, komisyon bedelleri bedel mefhumuna girmez. Hak sahibi bunları kabule mecbur değildir.

Hak sahibinin yetkileri ve borcları :

Yetkileri : Hak sahibi akdettiği vefa veya iştirâ mukavelesile geri alma veya satınalma hususunda bir mükellefiyet altına girmiş değildir. Binaenaleyh bu hususta muhayyerdir. Dilerse hakkını istimâl eder, dilerse etmez. Hakkını devam müddeti içinde istimâl etmemesi, müddetin geçmesi onu malike karşı mülzem kılmaz. Meğer ki mukavelede cezaî şart, tazminat gibi müeyyedeler bulunsun. Hak sahibi hakkını hakkın devam müddeti içinde her an ve arzu ettiği zaman kullanabilir. Şufada olduğu gibi hakkın istimâli için bir satışın vukuu ve hakkın kullanma müddeti içinde istimâli gerekmez. Vefa ve iştirâ haklarında devam müddetiyle kullanma müddeti birleşir. Aynidir. Hak sahibi mukavelesini hakkın taalluk ettiği gayrimenkul tapu kaydına şerhettirdiği yani malikin şerhe muvafakatını temin ettiği takdirde (14) şerhe rağmen şey'i satın alan üçüncü şahıstan iade talebine ve onu tıpkı akid malik imişcesine iade hususunda icbara yetkilidir.

Borçları : Hak sahibi hakkını istimâle karar verdiği taktirde bunu bir beyanla yapmağa ve bu beyanı muhatap malik veya müşteriye isâle mecburdur. Ayrıca hak sahibi hakkını istimâle mütedair beyanını muhataba isâl anında mukarrer bedeli hazır bulundurmağa ve talep halinde muhataba ödemeğe mecurdur. Bedel hakkında yukarıda izahat verilmiştir. Keza hak sahibi hakkı istimâl beyanının muhataba vusulü anında prensip olarak şey'in maliki olur, bu itibarla bu andan sonra şey'de hasıl olacak hasara katlanmak mecburiyetindedir.

Mükellefin hak ve borçları :

Borçları : Malik Mükellef, hakkın gayrimenkule taalluku ve tapu kaydına şerhedilmesi halinde aynen ifa ile mükelleftir. şey'i üçüncü şahsa devretmesi bu mükellefiyetin ifasına engel olmaz. Şey'in mülkiyetini devir bu ahvalde şey'i devir mükellefiyetinin devrini tazammun eder Binnetice aynen ifa onun yerine müsteri tarafından yapılmak icap eder Vefa ve iştirâ mukaveleleriyle mükellefiyet altına giren yalnız maliktir.

(14) Medenî Kanun Madde 924

766

Binaenaleyh hak sahibini satın almaya veya geri almaya icbar edemez. Hakkın menkule taalluku halinde aynen ifaya icbar edilemez.

Hakları : Bedel talebinden ibaretdir.

Vefa ve iştira haklarının sukut sebebleri :

Hakkın istimaliyle : Hak sahibinin hakkını kullanarak hak mevzuu şey'i iktisap etmesi vefa ve iştirâ haklarını düşürür.

Mukavelede tesbit edilen devam müddetinin geçmesile : Hakkın devam müddeti taraflarca serbestce tayin edilebilir. Mukaveledeki devam müddeti geçer ve bu müddet zarfında hak sahibi hakkını kullanmamış olur veya mukavelede müddet tayin edilmeyip de mukavelenin in' ikadı tarihinden veya tapu sicilline şerh mevzubahis olan ahvalde şerhin yevmiye defterine kaydından itibaren on yıl geçmiş olursa vefa ve iştirâ hakları yine sukut ederler.

Ölümle : Vefa ve iştirâ mukaveleleri tapuya şerhedilmedikleri taktirde şahsi birer hak olarak kalacakları ve bu taktirde hak sahibinin veya mükellefin vefatı hakkın sukutunu intac edeceği cihetle bu haklar için ölüm bir sukut sebebi teşkil eder.

Mukavelenin tapuya şerhedilmesi halinde hak aynîlik kudretini muvakkaten, azami on yıl için ihraz edeceğinden bu taktirde ölüm hakkın sukutunu intac etmez. Hak ve mükellefiyet küllî halefiyet tarikile mirasçılara intikal eder.

Hak sahibi veya mükellef hükmî şahsiyetin zevaliyle : Vefa ve iştirâ haklarının süjesi muhakkak hakiki şahıs olmak lâzım gelmez. Bu hakları ve mükellefiyetleri iktisap ve iltizama ehil hükmî şahıslar da iktisap veya iltizam edebilirler. Bu itibarla hak sahibi veya mükellef yükmî şahsın zevali hakkın mutlak olarak sukutunu intac eder.

Hakka mevzu gayrimenkulün zıyaile : Zelzele, heyelân, su baskını gibi tabii sebeplerle hakka mevzu gayrimenkulün zıyaa uğraması keza hakkın sukutuna sebep olur.

Ancak hakkın mevzuu misli bir şey olduğu takdirde şey'in zıyaı hakkın sukutunu intac etmez. Zira ifa daima mümkündür.

İstimlâk ile : Hakka mevzu şey'in amme menfaatı için istimlâki hakkı iskat eder.

757

Hak sahibile mükellef sıfatlarının ayni kimsede birleşmesile : Hak sahibi mükellefin mirasçısı olur ve veraset tarikile hakka mevzu şey'e sahip olur ise heriki sıfat bir kimsede içtimâ edeceği ve bir kimsenin kendisine karşı hak dermeyanı mevzubahis olamayacağı için hak sukut eder. Şu kadarki mirasçılık sıfatı bilahere veraset ilâmının iptali suretiyle kalkar ise hak tekrar aynı kudretle yeniden bâki olmakta devam eder.

Mutalebe hakkını düşüren on yıllık zaman aşımı ile : Vefa ve iştirâ hakları herhalde on senede sukut ederler. Mukavelede müddet tayin edilmese dahi on yıldan fazla devam edemezler. Şerhedilmeleri de durumda bir değişme yaratmaz. Şerh on seneden fazla devam edemez. Bununla beraber on sene geçmekle şerh hükümsüz olmaz fakat mutalebe hakkını tevlit kudretini kaybeder. İşte gerek şerhedilmiş olsun gerekse olmasın on senelik müddetin tamamlanmasile mutalebe hakkı sukut eder. Bundan sonra hakkın istimâli netice vermez.

Rehin alacaklısının talebile : Rehin hakkı sahibi rehnin paraya çevrilerek alacağını bu suretle istifa hakkına malik olduktan başka, rehin hakkına zarar veren vefa ve iştirâ haklarının terkinini de talep ve dâva edebilir. Heriki halde de vefa ve iştirâ hakları sukut ederler. Vefa ve iştirâ hakları kendilerinden evvel tesis edilen aynî haklara, onlardan biri olan rehin hakkına müessir olamayacağı cihetle, kendilerinden evvel tesis edilmiş olmak kaydiyle rehin hakları sahiplerinin paraya tahvil ve terkin taleplerile vefa ve iştirâ haklarının sukutlarına sebebiyet verebilirler.

Hakkın istimâline imkân vermeyen satış akitlerile : Menkuller hakkında yapılmış veya gayrimenkuller hakkında yapılmış olup da tapuya şerhedilmemiş vefa ve iştirâ akitleri şahsî hak tevlit edecekleri ve hakka mevzu şey'in üçüncü şahsa satışı halinde haklarını bu şahsa dermeyan imkânı bahşetmeyecekleri, iade talebinde bulunamayacakları cihetle hakka mevzu şey'in mükellef tarafından ahara satışı hakkın sukutunu intac eder. Vefa ve iştirâ hakları bu ahvalde tazminat hakkına inkilâp ederler.

Feragat ile : Yazılı olmak kaydile vefa ve iştirâ haklarından feragat caizdir. Ancak, hakkın istimâlinden feragatla, hakkın bizzat kendisinden feragat ve nihayet dâva hakkından feragatın yekdigerinden tefriki iktiza eder :

Hakkın istimâlinden feragat : Mukavelede zikredilmiş müddet veya on yıllık azami müddet içinde mahzur kalmak şartile hakkın istimâlinden bir müddet için feragat mümkündür. Bu feragat hakkı ıskat etmez. Sadece bir müddet için hakkın istimâlini imkânsız kılar.

768

Bu feragatın yazılı ve açık olması lâzımdır. Şerhedilmiş bir vefa veya iştirâ hakkının istimâlinden feragatın resmi şekilde yapılması gerekir.

Hakkın bizzat kendisinden feragat : Hakkı tamamen ıskat eder. yazılı olması, şerhedilmiş hak mevzubahis olduğu takdirde resmî şekilde yapılması lâzımdır.

Dâva hakkından feragat : Mükellefi ifaya hükmen icbar hakkından feragat demektir ve yalnız gayrimenkul için tesis edilip tapuya şerhedilmiş vefa ve iştirâ haklarında mevzubahis olabilir. Neticesiyle hakkı ıskat ettiği gibi tazminat talebine de imkân bırakmaz.

Vefa hakkına taallûk eden içtihatlar :

Şekil şartı : Vefa hakkı hakkındaki mukavele noterlikçe re'sen tanzim edilmek, resmî şekilde yapılmak gerekir. B. K. nun 213 üncü maddesi bunu âmirdir. Aksi halde mukavele vefa hakkı tevlidedemez.

Temyiz Mah. 1 inci H. D. 19/1/951 gün E/3597-K/243

Vefa hakkına ait mukavelenin resmî şekilde yapılmış olması hakkı tevlid için kâfidir.

Temyiz Mah. 1 ci H. D. 3.10.950 gün E/1956-K/3567

Tapuya şerh : Vefa mukavelesinin tapuya şerhi hak mevzuu gayrimenkul maliklerinden herhangibirine dermeyanını on sene müddetle mümkün kılar.

Temyiz Mah. 1 ci H. D. 3.10.950 gün E/1956-K/3567

Devam müddeti : Vefa hakkı, müşteriye karşı dermeyan edilebilmek için mukaveledeki müddet değil tapu kaydındaki şerhte tayin edilen müddet zarfında kullanılmak lâzımdır.

Temyiz Mah. 5 ci H. D. 17.5.948 gün E/1112-K/1290

Sukut : Vefa hakkı, mukavelede yazılı devam müddeti içinde hak sahibinin vefatı mirasçılarına hiçbir tebliğat yapılması iktiza etmeksizin devam müddetinin geçmesiyle sakıt olur. Mükellef mirasçılara tebligat icrasına mecbur değildir.

Temyiz Mah. 5 ci H. D. 11.1.952 gün E/1465-K/112

Temyiz H. U. H. 16.9.1953 gün E/103-K/103

İştira hakkına taalluk eden içtihatlar :

Mahiyet : İştirâ hakkı şahsi bir hak olup, tapu sicilline şerh verilmekle taaluk ettiği gayrimenkul üzerinde sonradan iktizap edilecek hakların sahiplerine karşı da dermeyan edilebilir. İştirâ mukavelesinin muteberiyeti için hakkın tapuya şerhedilmesi şart değildir. Borçlar Kanunun

213 cü Medeni Kanunun 660 ve 919 maddeleri hükmü muvacehesinde resmî şekilde tanzimi muteberiyeti için kâfi olup, şerhi aynî bir hak olduğundan değil sırf üçüncü şahıslara dermeyanı bakımından lüzumludur.

Temyiz Mah. 6 cı H. D. 11.1.953 gün E/985-K/3045

İştirâ mukavelesi, hak sahibine, hakka mevzu şey'i alıp almamakta muhayyerlik tanır. Hak sahibine hakkın taaluk ettiği şey'den istifade ve intifa hakkı bahşetmez.

Temyiz Mah. 1 inci H. D. 28/3/1946 gün ve E/7371-K/1292

İştirâ akdi, satış vaadi akdi değildir.

Temiz Mah. 1 ci H. D. 12.6.943 gün ve E/761-K/761

Şekil şartı: İştira mukavelesi B. K. nun 213 cü maddesinde yazılı olduğu veçhile resmî şekilde tanzim edilmiş olmadıkça maliki ilzam etmez.

Temyiz Mah. 1 ci H. D. 28.3.946 gün ve E/7371-K/1292

Şerh: İştirâ mukavelesinin tapuya şerhi, hakkın üçüncü şahıslara dermeyanını mümkün kılar.

Temyiz Mah. 1 ci H. D. 25.12.943 gün ve E/3230-K/4473

Mükellefin hakkı: İştirâ hakkı malı satın alma hakkından ibaret bulunmasına mebni. Noterlikçe resmî şekilde tanzim edilmiş binaenaleyh muteber iştirâ mukavelesi yalnız hak sahibine hakka mevzu malı alıp almamakta muhayyerlik hakkı tanımış olabileceğine, mükellefin bu mukaveleye istinaden hak sahibinden bedel talebi ve onu satın almaya icbar hakkı bulunmaması lâzım geleceğine...

Temyiz Mah. 1 ci H. D. 10.4.953 gün ve E/2476-K/1279

Aynen ifa ile birlikte zımanı rucu talebi: İştirâ mukavelesinde zımanı rucu kabul edilip hak sahibi zımanı rucu talep etmiş bulunmasına göre aynen ifa talebinde bulunamaz.

Temyiz Mah. 6 cı H. D. 10.3.955 gün ve E/2306-K/4489

Sukut: Mukavelede muayyen müddetin mururu ile iştirâ hakkı sukut eder.

Temyiz Mah. 1 ci H. D. 12.6.943 gün ve E/761-K/761

DENİZ TİCARET MUKAVELELERİ ÜZERİNE DENEME

Yazan : Dr. Yıldırım KESKİN

Bibliyoğrafya : Lyon - Caen, Charles et Renault, Louis : Traite de droit commercial, 5éme èd, t. V et VI, Paris, Librairie gènàrale de droit et de jurisprudence 1931— 1936 Magnenat, Henri : Essai sur la nature juridique du contrat d'affrétement thèse Lausanne 1948 — Ripert, Georges : Droit maritime, 4ème èd, t. II, Paris, Editions Rousseau et Cie, 1950 - 1953. — Schaps, G. : Das deutsche Seerecht, Berlin, 1906. — Schoerer : Der Dienstverschaffungscertrag, Leibzig, 1914. — wüstendörfer, Hans : Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2. Auflage, Tübingen Verlag J. C. B. Mohr. 1950.

1 — Giriş :

Ticaret Kanunumuzun 1016'ıncı maddesi. deniz ticaret mukavelelerinin çeşitlerini sayar. Alman ticaret kanununun 556 ıncı paragrafına tekabül eden bu maddeye göre, «çarter mukavelesi,» bir geminin taşıyan tarafından, tamamının, bir cüz'ünün yahut da belirtilmiş bir yerinin taşıtana tahsis edilmesidir. «Kırkambar mukavelesi» ise, parça mal olan muayyen bir eşyayı,denizde taşımayı taahhüt etmektir.

Ticaret Kanunumuzun tasnifi, modern deniz trafiği fikrinin gerekleri ve deniz ticaretinin geçen yüzyılın ikinci yarısından beri geçirdiği devrim göz önünde tutularak yapılmıştır. 1016' ıncı maddenin ilk fıkrasında sözü edilen deniz ticaret mukaveleleri, çoğunlukla, navlun mukavelelerine konu olanlar, ikinci fıkrasında sözü edilenlerde. taşıma mukavelelerinin konusunu teşkil edenlerdir. Birinci halde, hemen her zaman, bir çarter; parti kırkambar mukavelelerinde ise konişmento (TTK. m. 1907) bulunur.

Fakat, deniz ticaret mukavelelerinin daha iyi anlaşılabilmeleri için bunları, başka bir tasnif yaparak «tam navlun mukaveleleri» ve «kısmî navlun mukaveleleri» diye ikiye ayırmak doğru olur. birinci bölüme giren mukaveleler, bir geminin tamamının, belli bir zaman için (Time Charter). yahut da, bir veya daha çok seyahat için (voyage Charter) taşıyan tarafından taşıtana tahsisini sağlayanlardır. İkinci bölüme girenler ise, gemi nin bir cüz'ünün yahut da muayyen bir yerinin gene taşıyan tarafından taşıtana tahsisi gayesini güden mukavelelerle, kırkambar mukaveleleridir.

II — Deniz ticaret mukavelelerinin çeşitleri

Deniz ticaret mukavelelerini belli başlı iki grupta toplayabiliriz : tam navlun mukaveleleri ve kısmî navlun mukaveleleri.

A — Tam navlun mukaveleleri

Tam navlun mukaveleleri çoğunlukla iki şekilde göze çarpar : sürenavlun mukavelesi (Time Charter, l'affrétement à temps, Zeitfrachtvertrag) ve yolnavlun mukavelesi (voyage charter, l'affrétement au voyage, Riesefrachtvertrag).

Bu her iki mukavelenin ispat vesikası çarter partidir. Kanunumuz gene bu hallerde bir konişmento kesilmesine de engel değildir. Fakat, konişmento kurallarını emredici hükümlerle düzenleyen 1924 tarihli Brüksel Milletlerarası anlaşmasından bu yana, konişmento, daha çok kırkambar (affrétement à la piéce, Stückbütervertrag) mukavelelerinde kullanıldığından, çarter partilerin sürenavlun ve yolnavlun mukavelelerin de kullanıldıkları ilkesini kabul etmek gerektir.

1 — Sürenavlun mukavelesi

Sürenavlun mukavelesinden bu isim altında, kanunumuz, sarahatle bahsetmemektedir. Alman Ticaret Kanununda da durum böyledir. Almanyada bazı yazarlar, sürenavlun mukavelesini kanunun tanımadığını iddia edecek kadar ileri gitmişlerdir. Bununla berober, kanunun sürenavlun mukavelesini hiç bir surette tanımadığı ileri sürülemez. Gerçekten de kanun, bu mukavelenin hüküm ve neticelerini düzenlemektedir. (Bk. m. 1076 TTK ve § 622 HGB). Kaldı ki, tatbikatta ve içtihatlarda da sürenavlun mukavelesi gerek bizde, gerek Almanyada her zaman var olagelmiştir.

Sürenavlun mukavelesi, bir geminin tamamının, taşıyan tarafından belli bir zaman için, geminin teknik yönetimi ile birlikte, taşıtana bırakılmasıdır.

Bu mukavele, konuşmento ile yapılmayan bütün deniz ticaret mukaveleleri gibi, iki taraflı, tam bir rızaî akittir İrade özgürlüğü ilkesine uygun olarak kurulur.

Sürenavlun mukavelesinde geminin ne kadar zaman için taşıtanın emrinde kalacağı, taraflarca kararlaştırılarak çarter partiye yazılır. Taşıtana, yalnız gemi değil, aynı zamanda kaptan ve tayfaların hizmetleri de devredilir. Kiralayan, gene çarter partide yazılı yer ve tarihte gemiyi hazır bulundurmayı üzerine alır. Gemi, bakımlı, denize ve yüke elverişli, bilhassa, hangi gaye için kullanılacaksa o gayenin gerçekleşmesinin gerek-

772

tirdiği şartlara uygun olmalıdır. Yolculuk esnasında geminin tamir edilmesi gerekirse, bu tamir masraflarını, hangi tarafın ödemesi gerektiği konusunda bir açıklama da hemen her zaman çarter partilerde yer alır.

Taşıyanın yukarıdaki ödevlerine karşılık, taşıtanın da, tabii olarak yerine getirmek zorunda bulunduğu bir sıra ödevleri vardır. Bunların başında gemiyi, bonus pater familias ilkesine uygun olarak kullanmak, zamanında ve aldığı durumda iade etmekle, navlunu ödemek gelir. mukavelede kararlaştırılmış zaman içinde, geminin tamir edilmesi gerekirse, tamir suresi boyunca navlun işlemez (Bk. m. 1093 TTK ve § 638 HGB). Mukavele, gemi seyahatte iken sona ererse, taşıtan gemiyi seferin sonuna kadar elinde tutabilir. Ancak, fazla zaman için bir ek navlun ödemek zorundadır. Geminin iadesi sırasında, mazot, kömür v. b. gibi taşıtan tarafından alınmış gemi kumanyasını, taşıyan bedelini vererek satın alır (1).

Sürenavlun mukavelesinde, prensip olarak nakliyatın ticarî yönetiminden başka, geminin teknik yönetiminin bir kısmı da, taşıtanın emrine geçer.

Bir limandan diğer bir limana gönderilen mal nakliyatında gerekli olan ödevleri başlıca ikiye ayırabiliriz : Geninin teknik yönetimi ve ticarî yönetim (Bk. m. 1062 TTK ve § 607 HGB).

Geminin teknik yönetimi çoğunlukla, taşıyanın elindedir. Teknik yönetim demek, geminin seyahat esnasında kullanılması, sağlamlığı, makinalarının çalıştırılması, manevrası, tayfaların yönetimi, malın kabulü, istifi ve teslimi demektir.

Ticarî yönetime gelince bu, çoğunlukla, (başka türlü olmasına da imkân yoktur) taşıtanın elindedir. Deniz ticaret mukavelelerinin imzalanması, geminin kalkacağı ve varacağı limanları tayin, malı yüklemek ve boşaltmak ticarî yönetime giren unsurlardır.

Sürenavlun mukavelesinde, geminin teknik yönetimine ait bir kısım yetkiler, taşıyandan geçer. taşıyana Bunlar taşıtanın, zaten elinde tuttuğu ticarî yönetime eklenirler. Meselâ mukavelede şöyle bir şart bulunabilir ; «Kaptan, malın kabulü, taşınması ve teslimini ilgilendiren her türlü konuda taşıtanın emirlerine tabî olacaktır.» Mukavelede böyle bir kayıt görülmemez, bunun, bir sürenavlun mukavelesi olduğu sonucuna varmamız gerekir.

(1) Chauveau, traité, p. 453

773

2 — Yolnavlun mukavelesi

Yolnavlun mukavelesi, bir geminin tamamının taşıyan tarafından bir yahut daha çok sefer yapmak üzere taşıtana bırakılmasıdır.

Bu mukavelede nakliyatın, yukarıda sözünü ettiğimiz, gemiyi ilgilendiren teknik yönetimi taşıyanın elindedir. Ticarî yönetim de taşıtanın elindedir. Yâni bu iki çeşit yönetim arasında tam bir ayrılık vardır; yetkilerin bir kısmı taşıtana geçmez.

Yolnavlun mukavelelerinde belirtilecek olan zaman, seferlere yetecek kadar uzun olmalıdır. Taşıtan ister diğer taşıtanlarla yeni mukaveleler imzalayarak onların mallarını yükler (m. 1060 TTK ve § 605 MGB), ister kendi mallarını taşır.

Yukarıda sürenavlun mukavelesi için sözünü ettiğimiz, geminin teknik yönetiminin bir kısmının taşıtana geçmesi dışında kalan, taşıyanla taşıtan arasındaki karşılıklı ödevler, yol navlun mukavelesine de oldukları gibi uygulanırlar.

B — Kısmî navlun mukaveleleri

1 — Geminin bir cüz'ü veya muayyen bir yerinin tahsisi

Geminin bir cüz'ünün (meselâ güvertesinin) veya muayyen bir yerinin (meselâ ambarlarından birinin) taşıyan tarafından taşıtana tahsisi de gene, yukarıda konusunu ettiğimiz sürenavlun ve yolnavlun mukaveleri ile yapılır; ispat vesikası olarak da çarter parti kullanılır. Geminin bir cüz'ü veya muayyen bir yeri belli bir zaman yahut da bir ve birden fazla sefer için taşıtana bırakılır. Mukavelenin şartları taraflarca, çarter partiye yazılır.

Ticaret kanunumuza göre, tam navlun mukavelelerinin bütün hükümleri, geminin bir cüz'ü veya muayyen bir yerinin tahsisine, kural olarak, uygulanır (Bk m. 1045 ve 1058 TTK ile §§ 587 ve 603 HGB). Bu kuralın iki istisnası vardır: (m. 1045, no: 1 ve 2 TTK ve § 587 HGB). Taşıyan navlunun ancak bir kısmına hak kazandığı hallerde (m. 1040, 1042 ve 1043 TTK) Pişmanlık navlunu olarak tam navlun alır. «...Meğer ki, taşıtanların hepsi mukaveleden caymış veya malları teslim etmemiş olsunlar» Bununla beraber, teslim olunmayan yükün yerine verilmiş ve taşıyan tarafından kabul edilerek gemiye yükletilmiş diğer malların navlunu, taşıyana ödenecek olan tam navlundan indirilir (m. 1045, no: 1 TTK). İkinci istisna şudur: « 1040 ve 1041 inci maddelerdeki hallerde boşaltma yolculuğun gecikmesine ve aktarmaya sebep olabilecek ise, taşıtan, malın boşaltılmasını isteyemez; meğer ki bütün taşıtanlar muvafakat etmiş

olsunlar. Bundan başka, taşıtan, boşaltmadan doğan masraflarla zarar ve ziyanı tazmin etmekle mükelleftir. Taşıtanların hepsi cayma haklarını kullanırsa, 1040 ve 1041'inci maddeler olduğu gibi tatbik edilir» (m. 1045, no : 2 ve 3, fıkra TTK).

2 — Kırkambar mukavelesi

Kırkambar mukavelesi, bu gün en çok kullanılan deniz ticaret mukavelesidir. Alman doktrin ve içtihatlarında çok önemli bir yeri vardır.

kırkambar mukavelesi, (affrètement â la piéce, stückgütervertrag), parça mal olan bir eşyanın, deniz yolu ile, bir rıhtımdan diğer rıhtıma taşınmasıdır. Bu parça malın, önceden, vasıfları belirtilmiştir : Sandık, çuval fıçı, paket gibi.

Kırkambar mukavelesinde, şimdiye kadar incelediğimiz mukavelelerde olduğu gibi, birinci derece önemli olan, geminin kısmen, kaptan ve tayfaların hizmetleri ile birlikte taşıtana tahsisi değil, malın taşınması dır. Bu mukaveleyi diğerlerinden ayıran özellik de buradadır. Kırkambar mukavelesi, bir eşya taşıma mukavelesidir (contrat de transport), diğerleri ise, navlun mukaveleleridir (contrat d'affrétement) (2).

Meselâ Hamburg limanından istanbula bir otomobil gönderildiğini farzedelim. Taşıtanın (yahut yükletenin), bunun için bir ambar kiralamasına, yahut da geminin başka bir yerinin kendisine tahsisini istemesine ihtiyaç yoktur. Otomobili, taşıyanın rıhtım üzerindeki deposuna bırakabilir. Taşıyan malı, geminin istediği yerine koyabilir (Diğer mukavelelerde, çarter parti, geminin hangi kısmının tahsis edilmiş olduğunu belirtmelidir; kırkambar mukavelesinde böyle bir kayda ihtiyaç yoktur). Ancak şu husus da gözden ırak tutulmamalıdır: taşıyan malı, geminin güvertesine koyacaksa, bunu taşıtana önceden haber vermek ve rızasını almak zorundadır (m.1029 TTK). Bunun dışında, mesela taşıyan malı istediği gemi ile gönderebilir. çoğunlukla mukavelede «malın tesliminden sonra kalkacak ilk gemi ile» kaydı vardır. Düzenli seferlerde böyle bir kayda

(2) 23 Eylül 1923 tarihli «İsviçre sancağı altında deniz nakliyatı üzerine Federal kanun» navlun mukavelesi ile eşya taşıma mukavelesini gayet açık bir şekilde tarif ederek, ikisini birbirinden ayırır: «Navlun mukavelesi donatanın, taşıyan olarak, muayyen bir geminin tamamını veya bir kısmını bilirtilmiş bir zaman (sürenavlun) yahut da belirtilmiş bir veya bir kaç seyahat için (yolnavlun), ücret karşılığında, taşıtanın emrine vermesidir» (m. 97 LNM). «Denizde eşya taşıma mukavelesinde, taşıyan, navlun karşılığında, yükletence kararlaştırılmış deniz nakliyatını yapmayı taahhüt eder» (m. 101 LNM).

775

da ihtiyaç yoktur. Malın en çabuk vasıta ile gönderilmesi normal olarak esas kabul edildiğinden, taşıtan yükü, ilk kalkacak gemiye, haliyle yükler.

Arzettiği bu kolaylıklar, kırkambar mukavelesini, deniz ticaretinde en çok kullanılan mukavele haline getirmiştir. Isbat vesikası çarter parti değil konuşmentodur. Kanunumuz, bu halde de bir çarterparti yapılmasına engel olmamakla beraber, tatbikatta çarter parti yerini konşmentoya bırakmıştır. 1924 Brüksel milletler arası anlaşmasının konuşmento kurallarını belirten emredici hükümleri, parça mal gönderenlerin lehinedir. Çarter parti, denizcilikten iyi anlayan ve büyük ölçüde mal nakleden kimseler arasında imzalanır. Oysa ki, konişmento, denizcilikten hemen hiç anlamayan kimselerin bile, taşıyan karşısındaki haklarını korumaktadır.

III — Deniz Ticaret Mukavelelerinin Hukukî Mahiyetleri

A — Kırkambar mukavelesinin hukukî mahiyeti

Hemen hemen bütün yazarlar, gerek Almanyada gerek Fransada, deniz ticaret mukavelelerinin hukukî mahiyetleri konusunda anlaşmazlık halindedirler.

Üzerinde fazla tartışılmayan yegâne mukavele, kırkambar mukavelesidir. Yazarlar bunun bir istisna akti (m. 355 59. BK) olduğu düşüncesindedirler ki, biz de bu görüşe katılıyoruz. Kırkambar mukavelesi ile taşıyan, muayyen bir ücret karşılığında (navlun), bir gayenin gerçekleşmesini (eşya nakli) üzerine almaktadır. Bu bir locatio operis faciendi'dir (3).

B — Sürenavlun mukavelesinin hukukî mahiyeti

Hukukî mahiyeti en çok tartışılan deniz ticaret mukavelesi, sürenavlun mukavelesidir. Yazarların bir kısmı sürenavlun mukavelesinin kira akti, diğer bir kısmı istisna akti olduğu inancındadırlar.

1 — Sürenavlun mukavelesinin kira akti olduğunu ileri süren görüş.

Sürenavlun mukavelesinin kira akti olduğunu ileri süren yazarlar (Lyon-Caen, Renault, Valin, Pothier, de Valroger, Desjardins), Fransız Ticaret Kanununun 273'üncü maddesine dayanmaktadırlar (4). Bu madde deniz ticaret mukavelesini «gemi kiralamak için yapılan akit» olarak tarif etmektedir. Fransız Ticaret Kanununun 296, 297 ve 1719'uncu maddeleri de bu yolda bir yorumlamaya elverişlidir.

(3) Magnenat, thèse, p. 97
(4) Lyon-Caen et Renault, t. v. p. 418

Bu yazarlar, kanunun ifadesinden başka deliller de ileri sürüyorlar : sürenavlun mukavesinde taşıtan, seferleri ve gidilecek limanı tayin eder, yakıtın parasını öder, navlunu verir, kaptan ve tayfanın yönetimini elinde tutar. Bütün bu unsurlar, sürenavlun mukavelesinin bir kira akti olduğunu göstermeye yeter.

2 — Sürenavlun mukavelesinin istisna akti olduğunu ileri süren görüş.

Ripert, sürenavlun mukavelesinin kira akti olduğu fikrinde değildir. «Mal sahipleri bu gün eşyanın gemideki yerini bile bilmemektedirler... Kendi haberleri olmadan kiracı mı olacaklardır?» Ona göre, sürenavlun mukavelesi, eşya taşıma mukavelesinin bir nev'i olan, istisna aktidir (5).

Sürenavlun mukavelesi aşağıdaki sebeplerden kira akti olamaz :

a) Kira aktinin konusu belli bir maldır. Buna göre, geminin bilinmesi şart olacaktır. Oysa ki, bugünkü sürenavlun mukavelesinde, mal belli bir gemi ile değil, çoğunlukla, donatanın her hangi bir gemisi ile yola çıkar.

b) Kiralanan mal ne durumda teslim alındı ise, o durumda teslim edilmelidir. Ticaret Kanunu ise, gemi yola çıkmadan önce denize elverişli olmadığı takdirde, kaptanı navlundan mahrum etmekle apayrı bir hüküm koymaktadır (m. 1019 TTK).

c) Yolculuk esnasında kaptan gemiyi tamir ettirmek zorunda kalırsa taşıtan beklemek ve gene de tam navlun ödemek zorundadır. Gemi, seferde bozulur, tamir edilmezse taşıtan, gidilen yere kadar orantılı bir navlun ödemek zorundadır.

Ripert'e göre, sürenavlun mukavelesinin kaynağında istisna akti vardır. Taşıtan bir müteahhittir. Ticarî yönetimle, geminin teknik yönetimini elinde tutarak belli bir gayenin (eşya taşıma) gerçekleşmesini üzerine alır. «... Bu mukavelenin hukukî mahiyetinde hiç bir şüphe olmamalıdır; bu, bir istisna aktidir» (6).

Nevar ki, sürenavlun mukavelesi Ripert'in dediği gibi bir istisna akti de değildir. Gerçekten de, istisna akti fikrine aşağıdaki tenkitleri yapabiliriz :

a) İstisna aktinde müteahhit, bir netice elde edeceği sözünü verir (m. 355 BK.). Sürenavlun mukavelesinde taşıyanın borcu, bir netice bor-

(5) Ripert, t. II, p. 243-245.
(6) Idem.

cu (obligation de resultat) değildir; bir vasıta borcudur (obligation de moyen). Taşıyan malı, varma limanına götürmeyi taahhüt etmez, malı varma limanına götürmek için elinden gelen herşeyi yapmayı taahhüt eder.

b) İstisna aktinde gaye bellidir. Sürenavlun mukavelesinde geminin hangi gaye için kullanılacağı belli değildir. Taşıtan gemi ile, eşya nakliyesinde bulunacak demek doğru olmaz; taşıtan gemiyi meselâ balık tutmak için de kullanabilir.

c) İstisna aktinde ücret, önceden kararlaştırılmamışsa, işin değerine göre tesbit edilir. Navlun, hiç bir zaman malın değerine göre tesbit edilmez; zamana, yahut da malın ağırlık ve hacmine göre tesbit edilir.

Bugünkü Fransız doktrini Ripert'in düşüncesine yönelmektedir. Bu fikrin niçin kabul edilmeyeceğini yukarıda gördük. Sürenavlun mukavelesi, ne bir kira ne de bir istisna akti olamayacağına göre, hukukî mahiyeti nedir?

Alman hukukunda bu soru, uzun tartışmalara yol açmıştır (7). Orada da, sürenavlun mukavelesinin kira yahut da istisna aki olduğunu ileri süren yazarlar çıkmıştır. Schaps bu mukavelenin bir locatio conductio operis olduğu inancındadır. Pappenheim, mal ve hizmet kirası olduğu fikrini ileri sürmüştür. Claussen ise, istisna akti fikrine yatkındır.

3 — Sürenavlun mukavelesinin gerçek hukukî mahiyeti

Sürenavlun mukavelesinin gerçek hukukî mahiyetini bulan zannımızca Lion, dur. Bu yazara göre, sürenavlun mukavelesi bir karışık akittir (contrat mixte). üstüste gelen iki akit vardır: kira ve hizmet sağlama (8) Bu iki aktin, ikisi birden sürenavlun mukavelesinin içine girerler ve biri olmadan öteki de olamaz.

Kira aktinin ne olduğu bellidir. Buna mukabil, hizmet sağlama aktinin hudutları çizilmemiştir, işlemi bilinmemektedir. Alman doktrini, geçen yüzyılın sonundan beri bu aktin ne olduğu, ne olabileceği üzerinde uzun uzun çalışmış ve özelliklerini ortaya koymuştur.

Dienstverschaffungsvertrag, öyle bir akittir ki, hizmet sağlayan (taşıyan) üçüncü bir şahsa (taşıtana) kendisine mukavele ile bağlı bir ya-

(7) Magnenat, thèse, p. 107 sq.

(8) Hizmet sağlama aktini, hizmet akti (m. 313 sq. BK) ile karıştırmamak gerektir; zira bu ikincisinde hizmetleri bizzat hizmetin sahibi arzeder.

778

hut daha çok kimsenin (kaptan ve tayfalar) hizmetlerini sağlamayı taahhüt eder.

İstisna aktinin tersine olarak dienstverschafungsvertrag'ta müteahhit, bir netice elde etmeyi garenti altına almaz; sadece, iş sahibine, hizmetleri kendisinin emrine hazır bulundurmayı taahhüt eder.

Schroeder'e göre, bu mukavele, BGB'deki mukavelelerinin hiç birisine benzememektedir. Bizim hukukumuzda da durum böyledir. Dienstverschaffunsvertrag'ı Borçlar Kanunumuzdaki akitlerden hiç birine benzetemeyiz : Ne kira, ne istisana, ne de hizmet aktine. Gene Schroeder'e göre, şüphe yok, hizmet sağlama aktinin kaynağında, kira akti vardır. Ancak bu iki akit arasındaki benzerlik sadece görünüştedir; her iki aktin iç bağlantıları çok sağlamdır. O kadar sağlamdır ki, (sürenavlun mukavelesinde) karşılıklı tesirleri birbirine zorlamalarda bulunur ve bir karışık mukavele ortaya çıkarır. (gemischter vertrag).

Demek ki, özet olarak şunu söyleyebiliriz: Sürenavlun mukavelesi bir karışık akittir; içinde iki mukavelenin unsurları vardır: kira ve hizmet sağlama.

Sürenavlun mukavelesinde bu iki aktin hemen hemen bütün unsurlarını buluyoruz. Gerçekten de taşıtanın birinci gayesi bir gemi elde etmektir. Ancak bu, taşıtanın ilk gayesidir, tek gayesi değildir. İstediği, aynı zamanda, kaptan ve tayfaların hizmetleridir de . Bu yüzden, sürenavlun mukavelesi sadece bir kira akti damaz. Kaptan ve tayfaların hizmetleri olmadan taşıtan gemiyi kullanmak imkânlarından mahrumdur. Onlar olmadan hiç bir kâr elde edemeyecektir. Geminin zilyedinden, kendisine mukavele ile bağlı vasıflı (qualifé) işçilerin hizmetlerini sağlamasını istemek zorunda kalacaktır.

Akla şöyle bir durum gelebilir: taşıtan sadece gemiyi kiralayıp, ayrıca, kaptan ve tayfaları kendisi bulamaz mı ? Bu halde, sürenavlun mukavelesi bahis konusu değildir. Ticaret Kanunumuz, Fransız ticaret kanununun «affrètement coque nu» müessesesini tanımamıştır. Burada taşıtan ile gemi sahibi arasında bir kira akti vardır; ve Ticaret Kanununun hükümleri değil, Borçlar Kanununun hükümleri uygulanır.

C — Yolnavlun mukavelesinin hukukî mahiyeti

Yol navlun mukavelesinin hukukî mahiyeti üzerinde yazarlar, anlaşmışa benziyorlar. Hiç değilse doktrinde bu mukavele, sürenavlun mukavelesinin doğurduğu tartışma ve anlaşmazlıklara yer vermiyor. Hukukçular, yolnavlun mukavelesinde bir kira akti görüyorlar. Fakat, bize ka-

779

lırsa, yolnavlun mukavelesinde bir kira akti görmek, bu aktin hudutlarını fazlası ile zorlamak olur. Fikrimizce yolnavlun mukavelesi de bir karışık akittir ve sürenavlun mukavelesi ile aralarındaki bütün fark, birincisinin bir yahut daha çok sefer için, ikincisinin ise, belli bir zaman için taşıtana bırakılmasından ibarettir. Aralarında başka hiç bir fark yoktur; varsa bile bu, çok nazaridir ve tatbikata uymamaktadır.

Sürenavlun ile yolnavlunu birbirlerinden ayıran nedir? Yazarlara göre sürenavlunda, taşıyanın geminin teknik yönetimine ait bir takım yetkileri taşıtana bırakmasıdır. Fakat taşıtan, taşıyanın bu yetkilerini nasıl eline alabilir? Nasıl geminin manevra yapması, makinalarının işlemesi ve sağlamlıkları konusunda fikir sahibi olabilirler? Bir geminin işlemesi, çok nazik, çok karışık, çok bilgi isteyen bir husustur. Taşıtanların çoğu tüccardır; bir kaptan yahut hiç değilse bir donatan kadar geminin teknik yönetiminden anlaması için, özel bir eğitim görmüş olması gerekir. Bu da çok nazaridir. Bir kaptan seçmek bile kolay değildir; denizcilik çevrelerini bilmek, kaptanları tanımak gerekir. Taşıtanın malı kabulü, istifi, teslimi de gene nazarîdir. Bir malın istifi, bilirkişi işidir. Bir çok limanlarda acconiers yahut stevedores adı verilen mütehassıs istifçiler kullanılır. Hatta bu kimselerin istifi de «arrimeurs jurés» denilen bilir kişilere kontrol ettirilir.

Kaldı ki, sorumluluk açısından bakılacak olursa, taşıyanın geminin teknik yönetimini taşıtana bırakmasında çok önemli bir mahzur vardır. Zira herhangi bir hasar olursa, bilhassa üçüncü şahıslara karşı, bu hasardan sorumlu olan taşıtan değil, taşıyandır. Meselâ, kaptanın, sırf kaptan sıfatı ile haiz olduğu kanunî salâhiyete istinaden yaptığı hukukî muameleden üçüncü şahıslara karşı bir alacak hakkı doğduğunu farzedelim. Ticaret Kanunumuzun 948'inci maddesine göre, bu zarardan donatan, deniz serveti, yani gemi navlun ile sorumludur. Oysaki sürenavlun mukavelesinde kaptan, taşıtanın emrindedir. Normal olarak taşıtanın sorumlu olması gerekir. Fakat gemi kendisinin değildir; kendisinin olmayan bir gemi ile nasıl sorumlu olur? Alacaklıların gemi ve navlun üzerinde kanunî bir rehin hakları vardır. Bu alacaklıların sürenavlun mukavelesinde, alacaklarını, kendileri ile hukukî bağı olmayan taşıyanın gemisi üzerinden ödetmeleri haksızlık değil midir? Almanyada yazarlar bu haksızlığa göz yummakta (9) ve «taşıyan geminin teknik yönetimini taşıtana bırakmasa idi; üstelik taşıtandan navlun aldığı için, kârı da vardır» diyerek, sorumluluğu taşıyana yüklemektedirler.

(9) Wüstendörfer, p. 121 sq.

780

Kendisini böyle bir tehlikenin beklediğini bile bile taşıyanın, geminin teknik yönetimini taşıtana bırakmayacağı muhakkaktır. Geminin teknik yönetimi, taşıtana geçmeyince, sürenavlun ile yolnavlun arasındaki fark da, bir zaman farkından ileri gitmez.

Fikrimizce, yolnavlun mukavelesi de bir karışık akittir; bu mukavelede de kira ve hizmet sağlama akitlerinin unsurları vardır. Zira, taşıtanın yalnız gemiye ihtiyacı yoktur, aynı zamanda kaptan ve tayfaların hizmetlerine de ihtiyacı vardır. Gemiyi ve kaptanı ayrı ayrı bulup mal ve hizmet kiralamanın güçlüklerini ve böyle bir mukavelenin nasıl Ticaret Kanununun hükümleri dışına çıktığını gördük. Taşıtan, ister istemez taşıyandan, elinde bulundurduğu kimseleri hizmetlerini sağlamasını isteyecektir. Bu da bizim Alman hukuk doktrinin, Dienstverschafungsvertrag müessesesine, bu yolla da, karışık akte götürür.

781

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİNİN (MAHKEME KARARINI REF EDİP DÂVANIN ESASINI HÜKME BAĞLAYAN) BİR KARARI VE BU TÜRLÜ TATBİKATIN MAHKEMELERİN ISRAR HAKKINA ZARAR VERİP VERMİYECEĞİ HAKKINDA BİR DÜŞÜNCE

Yazan : Aziz ŞENKAN

Temyiz Mahkemesi 4. H. Dairesi, metni aşağda mevcut (1) kıymetli bir kararında, mahkeme kararını ref edip dâvanın esasını hükme bağlamakla, gerek Hukuk ve gerek Ceza Us. Kanunlarımızda öteden beri mevcut olduğu halde şimdiye kadar Temyizce pek tatbik edilmiyen (kararı düzeltme veya değiştirme) yetkisinin, bundan böyle tatbik edileceği ümidini vermektedir.

Filhakika Hukuk Usulümüzün 438. maddesi, başkaca tahkikat icrasına mahal kalmadan dâva hakkında hüküm verilebilecek derecede dosyanın tekemmül ettiği hallerde, Temyizin, verilecek hükmü mahkemeye işaretle iktifa ederek dosyayı iade etmesi yerine, yanlış olan kararı (düzeltilmesi kabil ise) düzelterek tastik etmesi, değilse değiştirmesi, tabiri diğerle, gerekli hükmü kendisinin tesis etmesi yetkilerini, Temyiz Mahkemesine vermektedir.

Ceza Usulümüzün 322. maddesinde ise bu husus daha açık bir şekilde ifade edilmiş ve Temyiz Mahkemesinin (bizzat dâvanın esasına hükmedeceği) maddede tasrih edilmiştir.

Şüphe yokki Temyizin bu suretle dâvanın esası hakkında karar vermesi, dâvadan beklenen faideyi büyük nisbette kıymetsizleştiren (neticenin gecikmesi) mahzurunu mühim derecede bertaraf eder. Aksi tatbikatın, bilhassa hukuk dâvalarının neticesini en az bir sene, hatta ondan da fazla geciktirdiği bir vakıadır.

Lüzumsuz muamele ve masraflara mahal bırakmıyarak neticeyi çabuklaştıran ve mahkemelerin işlerini de azaltan bu tatbikatın, tarafların tashihi karar yoluna başvurmalarına manî olmadığı tabiidir. Ancak

(1) Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesinin 5/11/959 gün ve 2020-7885 sayılı kararı: Adlî Tıp müessesesi fizik... (devamı ilâmın içindedir).

mahkemelerin israr hakkını ve dolayısiyle dâvaların Temyiz Heyeti Umumiyesinde müzakeresi yolunu kapayıp kapamadığı noktasına gelince:

Her nekedar Hukuk Usulümüzün 438. maddesinin ilgili fıkrasında Temyizin (... bundan ötürü temyiz olunan kararı bozmayıp bu cihetleri değiştirerek ve düzelterek tasdik edeceği) ifade edilmiş ve 4. Hukuk Dairesinin işbu kararında da, kanunun bu ifadesine uygun olarak (... kararın bu düzeltilmiş şeklinin onanmasına ... karar verildi) denilmiş olduğundan, artık burada Temyizce tasdik edilmiş bir karar karşısında bulunmamız itibariyle, buna karşı bir ısrarın düşünülemiyeceği ilk plânda akla gelmekte isede, kelimenin lâfzına değil, onunla ifade edilmek istenen mefhumların asıllarına kıymet verildikte, (mahkeme kararının tamamiyle aksine hüküm tesis eden bir temyiz kararını) mahkemenin kararını tasdik etmiş manasında anlamağa imkân kalmaz. Zira tasdik demek (mahkeme kararının Temyizce muvafık bulunarak kabul edilmesi) demektir. Bir Temyiz kararında, mahkeme kararının kanunsuzluğu açıkca belirtildikten ve fazla olarak da tamamiyle aksine bir hüküm tesis edildikten sonra, bu muameleye artık bir tasdik denilemiyeceği izahtan varestedir.

Kanaatımızca (tasdik) kelimesinin Temyiz ilâmında yersiz kullanılması, maddedeki bozuk ifadenin bir neticesi olmuştur. Çünkü muhtelif memleketlerin kanunlarından faidelenilerek vücude getirilen Hukuk Usulü Kanunumuzun bir çok yerlerinde mevcut olan ifade ve mâna aksaklığı 438. maddenin ilgili fıkrasında da mevcuttur.

Fıkra aynen şöyledir :

(Temyiz olunan karar, esas yönünden kanuna uygun olupta kanunu tatbikte bir yanlışlık yapılmış veya kanuna uymuyan husus hakkında yeniden tahkikat ve muhakeme yapılmasına Temyiz Mahkemesince lüzum görülmemiş olursa bundan ötürü temyiz olunan kararı bozmayıp bu cihetleri değiştirerek ve düzelterek tasdik eder.)

Görülüyorki burada, birbirinden farklı olan ve bu sebeple de ayni neticeyi doğuramıyacak bulunan iki ayrı karar birbirine karıştırılmış ve bunların her biri için tesis edilecek hükümler değişik olmak lâzım iken ikisinin bir fıkrada ve bir cümle ile ifadesine çalışıldığından mâna ve ifade bozulmuştur.

Birbirinden ayrı olan kararlardan birini, (esas yönünden kanuna uygun olupta kanunu tatbikte bir yanlışlık yapılmış olan kararlar) diğerini ise, (kanuna uygun olmayan kararlar) teşkil etmektedir.

Kabul etmek zaruridirki kanuna (uyan) ve (uymayan) kararlar aynı neticeyi doğuramazlar.

Esas yönünden kanuna uygun olupta kanunu tatbikte bir yanlışlık yapılmış olan kararların düzeltilerek tasdiki elbetteki tabiîdir. Fakat kanuna uygun olmayan bir karar, ortadan büsbütün kaldırılarak, onun yerine tamamiyle aksi bir hüküm tesis edilince artık bu bir tasdik olamaz.

Kaldıki yeni hüküm Temyiz Mahkemesince tesis edildiğinden, Temyizin, kendi kararını kendisinin tasdik etmesi de düşünülemiyeceğinden, fıkradaki tasdik kelimesinin, değiştirilen kararlar için yanlış kullanıldığını ve bunlara şamil olamıyacağını bir de bu sebeple kabul etmek zarureti vardır.

Fikrimizce fıkra ikiye ayrılmalı, birinci hal için (düzeltilerek tasdik) kelimeleri kullanılmalı, ikinci hal için ise sadece (Temyizin kararı değiştirebileceği) ifade edilmeli idi.

Böylece kanunda ve temyiz ilâmında mevcut olan (tasdik) kelimesinin yersizliği ve bu sebeple de israra mâni olmıyacağı neticesine vardıktan sonra diğer bir nokta üzerinde daha durmamız gerekmektedir ki o da şudur :

Temyiz Mahkemesi, hükmü bizzat tesis ettiğinden, mahkemece yapılacak bir işlem kalmadığı ve Temyizin, bu suretle mahkemeyi yeni bir karar vermek imkânından fiilen mahrum bırakması neticesi artık bir israr kararının verilmiyeceği, yolundaki bir düşüncenin tahlil ve münakaşasına gelince :

Her nekadar mahkemenin israr edebilmesi için şimdiye kadar yapılageldiği gibi gibi Temyizin, (Bu karar yanlıştır. Şu yolda karar verilmesi) diye mahkemeye yeni bir karar verme imkânını bırakması icap ettiği ve bunun yerine kararı temyizin vermesi ile, artık mahkemenin yeniden karar verebileceği bir hususun bulunmadığı ilk nazarda hatıra gelmekte isede fikrimizce bu tarzı düşünüş, şimdiye kadarki tatbikatın yarattığı alışkanlıktan doğmaktadır.

Temyizin bizzat karar vermesinin, mahkemenin israr hakkını haleldar edip edemiyeceği hususunu araştırırken, vâki tatbikatın tesiri altında kalarak değil, (israr) müessesesinin mahiyet ve neticeleri ile bundan apayrı olan (yanlış kararların temyizce doğrultulabilmesi) müessesesinin mahiyet ve neticelerini ve bunların niçin vaz edildiklerini ayrı ayrı tâyin tesbit etmemiz gerekmektedir.

Şüphe yokki israr müessesesi, hakikatte çok çeşitli veçheler arzeden içtimaî hadise ve münasebetleri, kanunların dar kalıplarından birine uydurmağa mecbur olan mahkemenin, herhangi bir vakıa hakkındaki görüşü ile, temyizin o mesele üzerindeki görüşünün birbirine uymaması halinde, hakkın kaybolmaması ve durumun daha iyi aydınlanabilmesi için, işin, daha emin bir merci olan Temyiz Heyeti Umumiyesinde müzakeresine imkân verebilmek maksadıyla ihdas olunmuştur.

(Yanlış kararların temyizce doğrultulması) yolu ise, lüzumsuz formalitelerle neticenin daha çok gecikmesini önlemek maksadıyla vaz olunduğuna göre, birbirinden bu kadar ayrı maksatlar için vaz olunan bu iki müessesenin birbirine zıt olabileceğini kabule çalışmaktansa, temyizce doğrultulan bir karara karşı ısrarın mümkün olup olamıyacağını tâyinde, temyiz mahkemesinin (Bu karar yerine şuna karar veriniz) demesi ile (Bu karar yerine şuna karar verdim) demesi arasındaki (veriniz) ve (verdim) kelimelerine değil, mahkemenin görüşü ile temyizin görüşü arasında bir fark bulunup bulunmadığına ve mahkemenin kendi tezinde ısrar ile işin birde Heyeti Umumiyece tetkikini isteyip istemediğine ehemmiyet vermek daha isabetli olur düşüncesindeyiz.

Mahkemenin, ısrar etmesi demek, Temyizce kabul olunmayarak değiştirilen kendi kararını, Heyeti Umumiyede müdafaa etmesi demektir. Yoksa Temyizin hüküm altına aldığı husus hakkında kendisinin bir karar vermesi bahis mevzuu değildir. Mahkeme ısrar kararıyla, kendi kararında ısrar eder. Temyizin verdiği karar üzerine bir hüküm tesis etmez. Bu sebeple Temyizin, (karar verdim) demesi ile (verilsin) demesi mahkemenin kendi kararını müdafaa etmesine mani olamaz kanaatindeyiz.

Bundan sonra şu yoldaki bir diğer düşünce üzerinde de durmak istiyoruz :

(Temyizin, mahkeme kararını tepdil ederek esas hakkında bizzat karar vermesine bir tasdik diyemeyiz, fakat bu bir bozma da değildir. Halbuki kanun ancak bozulmuş kararlara karşı ısrar hakkını verdiğinden bu yoldaki kararlara karşı bir ısrar düşünülemez. Bu, nev'i şahsına münhasır bir yoldurki bu halde temyizin kararına karşı ısrar edilemez) şeklindeki bir diğer düşünüşe gelince :

Her nekadar bu düşünce de diğerleri gibi ilk anda makul görünmekte isede, burada da kelimelere değil mefhumlara kıymet verildikte, bunun da yanlış olduğu sonucuna varılır.

Gerçi kanunda ısrardan bahsolunurken (bozulan kararlar) a karşı ısrar edilebileceği ifade edilmiştir. Fakat buradaki bozulan kararlar ta-

785

birinin, Temyizce (tasdik ve kabul olunmayan) kararları ifade etmek için kullanıldığı şüphesizdir. Ancak biz burada hakiki manasındaki tasdiki, tabiri diğerle, Temyizin tamamen doğru bulup aynen kabul ve tasdik ettiği kararları kasdediyoruz. Gerçekten de böyle bir tasdik kararına karşı israr düşünülemez. Fakat bir mahkeme kararı Temyizce muvafık bulunmadığından tamamen ortadan kaldırılarak onun yerine bambaşka bir karar tesis edildikten sonra, artık bir hükmü kalmayan eski kararın bozulmamış olduğunu kabul biraz zordur. Böylece neticeten kiymetsizleşmiş ve ortadan kalkmış olan mahkeme kararının bu haline, hukuk istilahında da, lügat anlamında da ancak (bozulma) denilebileceğinden, bundan apayrı olan (doğru hükmün Temyizce tesis edilmesi) ile mehkeme kararının bozulmuş olma vasfının diğişmiyeceği fikrindeyiz.

Mantık bizi bu noktaya getirince : Temyizce doğrultulmuş olan bir karar üzerine mehkeme, israr etmek veya etmemek hakkındaki kararını ne suretle verir? veya bu doğrultulmuş karar ne zaman ve nasıl kesinleşir? mevzularına da temas zarureti doğmaktadır.

Fikrimizce bu hususta şöyle hareket edilecektir. Temyizin doğrultma ilâmını, isteyen taraf tebliğe çıkartacaktır. Tarafların tashihi karar hakkı, müddetin müruru ile sâkıt olduktan veya Temyiz tashihi karar talebini reddettikten sonra, mahkemenin israr hakkını kullanıp kullanmıyacağı hususundaki kararını vermesini isteyen taraf, mahkemeye vereceği ve hasma da tebliğ ettireceği bir dilekçe ile serdedeceği hukukî sebeplere dayanarak mahkemeden, (israr'a) veya (israra mahal olmadığına) karar verilmesini ister. Mahkeme, öbür tarafın da mukabil diyeceklerini beyan edebilmesi için on günlük bir cevap müddeti tâyin ederek bu dilekçeyi hasma tebliğ eder. Karşı tarafın da cevabı alındıktan veya on günlük müddet geçtikten sonra, taraflar duruşma istemez ve mahkemece de lüzum görülmeşse, ayrıca bir duruşma açmağa dahi lüzum kalmadan, mahkeme, evrak üzerinde tetkikatını yaparak kararını verir. Mahkeme, (israra mahal olmadığına) karar verirse. Temyizin doğrultma ilâmı kesinleşir. İsrara karar verirse Heyeti Umumiyenin kararı beklenir.

Son olarak Temyiz ilâmında kullanılmış olan iki kelime hakkındaki fikrimizi de kaydetmek istiyoruz.

Temyiz ilâmının netice kısmında : (Temyiz olunan kararın hüküm fıkrasının silinerek yerine ... sözlerinin yazılmasına ...) denilmiştir. Düşüncemize göre buradaki (silinme) ve (yazılma) kelimelerine lüzum yoktu. Zira Temyizin bu emrine rağmen mahkeme kararındaki hüküm fıkrası silinemiyeceği gibi bunun yerine temyizin kararı da yazılacak değildir. Bu kelimelerle (mahkeme kararının ref edildiği) ifade edilmek

istendiğine göre maksada daha uygun bir tabir bulunabilir idi. Ancak bunu seçmek için israf edeceği zamanı, çok daha ehemmiyetli meselelere tahsis ettiği aşikâr ve muhakkak bulunan sayın Dördüncü Hukuk Dairesi, cemiyetimizin ve adliyemizin çoktan beri şiddetle muhtaç bulunduğu bir tatbikâtın çığrını açmış olmakla ifa ettiği hizme-in büyüklüğü sebebiyle, bizi burada kendilerine teşekküre mecbur etmiştirki bu cihetin de kaydı, en tabii bir vecibenin ifasıdır.

T. C. Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi, E. 959/2020 K. 7885 sayılı ilâmı

Mahkemesi	:	İzmir Asliye İkinci Hukuk Hâkimliği
Tarihi	:	25.12.958
No:	:	1289
Dâvacı	:	Tevfik Şahin adına Avukat Faruk Kenan Arar
Dâvalı	:	Emine Süheyla Bedrişan ve arkadaşları adlarına Avukat Nurettin Durmaz.
Dâva	:	

Taraflar arasındaki gayrimenkul alım satımından doğma ve temlik senedine dayanılarak açılan alacak dâvasının yapılan muhakemesi sonunda, tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere tahakkuk eden 1860 liranın faiz ve icra inkâr tazminatı ile birlikte dâvalılardan müteselsilen alınarak dâvacıya verilmesi ve fazla isteğin reddi hakkında adı geçen mahkemeden verilen hüküm müddeti içerisinde dâvalılar adına Avukat Nurettin Durmaz tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşuldu.

Adlî Tıp müessesesi fizik şubesine ait bilirkişi raporundaki kanaat kat'i mahiyette ve hükme yeterli değildir. Ayrıca dâvacı, 956/563 esas sayılı dosyadaki 6.7.956 tarihli dâva dilekçesinde ve ona ekli listede, bu dâva mezuu 1865 liranın senet harici olarak esas itibariyle elden ve bir kaleminin de yapı malzemesi vererek ödendiğini açıkca bildirmiş ve senet 954 tarihli bulunmuş olmasına göre senedin sahteliğinin kabulü ile bu senede dayanan dâvanın reddi gerektiği halde makemece bu cihetler düşünülmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur. Ancak bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden duruşma yapılmasını gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması, Usulün değişik 438 inci maddesinin 6 cı fıkrası hükmüne uygun görülmüştür.

787

Netice: Temyiz olunan kararın hüküm fıkrasının silinerek yerine (Sâbit olmayan dâvanın reddine, peşin alınan harç miktarına göre yeni den harç alınmasına yer olmadığına, Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince dâvalılar vekili için takdir edilen 200 lira vekâlet parasının ve dâva masraflarının dâvacıya yükletilmesine karar verildi.) sözlerinin yazılmasına ve kararın bu düzeltilmiş şeklinin ONANMASINA ve aşağıda yazılı temyiz giderinin dâvacıya yükletilmesine ve peşin yatırılan 1860 kuruşun temyiz eden dâvalılara geri verilmesine 5.11.959 tarihinde ittifakla karar verildi.

788

İÇTİHATLAR

I — YARGITAY HUKUK KARARLARI

İSTİMLÂK — MÜTEMMİM CÜZ VE TEFERRUATA KIYMET TAKDİRİ

ÖZÜ : İstimlâk edilen gayrımenkulün içerisinde bulunan ağaçlar ve kuyu için kıymet takdir edilmemiş olması halinde 6830 sayılı kanunun 14. maddesine göre maddî hataya istinatla dâva açmaya gayrımenkul sahibinin hakkı vardır. Talebin reddi kanuna aykırıdır.

(6830 SK m. 14)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 7/5/1960 gün E. 2869, K. 2456)

Bedel tezyidi dâvasında Belediye Riyasetine değil Nafia Vekâletine husûmet tevcih edilmiş olmasına göre dâvalı vekilinin temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü itirazlar dâva dilekçesi münderecatına uymamaktadır. Usûlü dâiresinde seçilen ehlivukuf marifetile yapılan tetkikat üzerine mucip sebebleri gösterilmek suretile gayrimenkule kıymet takdir edilmiş ve bu hususta yeniden tetkikat icrasını gerektirir kanunî sebeb görülmemiş olmasına binaen dâvalı vekilinin temyiz itirazları yerinde bulunmamıştır. Ancak; dâvacı dilekçesinde, ağaç bedellerinin tezyidi ve kıymet konulmayan kuyuya da kıymet takdiri istenilmiştir. Ağaçların arın mütemin cüzü olması ağaçlara ayrıca kıymet takdirine mani teşkil etmediği ve ehlivukuflar da ağaçlara ayrıca kıymet takdir ettiği halde arzın mütemmim cüz,ü olduğundan bahisle talebin reddi kanuna aykırıdır. istimlâk edilen gayrimenkul içerisinde bulunan kuyu için komisyonun kıymet takdir etmemiş olması mahkemece takdir ettirilmesine mani değildir. Takdiri kıymet komisyonu gayrimenkul üzerindeki cüz,ü mütemmimlere ve teferruata kıymet taktir etmemiş olması halinde 6830 sayılı kanunun 14 ncü maddesine göre maddi hataya istinadla dâva açmağa gayrimenkul sahibinin hakkı mevcuttur. Bu cihetten zühûl ile kuyu bedeli hakkında vazifesizlik kararı verilmesi yolsuzdur. Binaen aleyh taraflardan dâvacı vekilinin temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 nci maddesi gereğince bozulmasına ve dâvacı tarafa duruşma için 200 lira Avukatlık ücreti taktirine ve aşağıda yazılı 710 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 7/5/960 tarihinde ittifakla karar verildi.

TAPU KAYITLARI ÜZERİNDE TASHİHAT — VAZİFE

ÖZÜ : 1 - Alâkadarlar tahriren muvafakatlarını beyan etmedikçe mahkeme kararı olmaksızın Tapu Sicil Memuru kayıtlar üzerinde hiç bir tashih icra edemez.

2 - Tescil yolsuz ise alâkalının mahkemeye müracaat ederek terkinini talebetmesi gerekir.

(MK m. 933, 935 - 2644 SK m. 7)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 7/1/1961 gün. E. 5285, K. 15)

Dâva 2644 sayılı Tapu Kanununun 7 nci maddesi gereğince hazine tarafından kendisine satılıp mal müdürlüğünün müzekkeresi üzerine namına tescil edilen iki kıt'a gayrımenkule ait Şubat 951 tarih ve 79,80 sayılı kayıtların tarafların takriri alınmamış olduğundan bahsile tapu memurluğunca resen şerhler ve beyanlar hanesine şerh verilmek suretile iptal edilmiş olduğundan bu kaydın terkini talebinden ibarettir. Medeni kanunun 933 ncü maddesi gereğince haklı bir sebeb olmaksızın yapılan bir tescil vaya tescilin tadil ve terkini ile ayni hakkı haleldar olan kimse kaydın terkinini veya tadilini isteyebilir. Yine mezkûr kanunun 935 nci maddesi mucibince alakadarlar tahriren muvafakatlarını beyan etmediçe, mahkeme kararı olmaksızın tapu sicil memuru hiç bir tashih icra edemez. Tescil yolsuz ise alakalının mahkemeye müracaat ederek terkinini talep etmesi gerekir. Hazinenin böyle bir talebi yoktur. Yolsuz olan tescil de alakalıların itiraz hakları mahfuz kalmak üzere hükümü ifade eder. Binaenaleyh tapu memurunun tescilin iptaline aid şerhinin terkinine karar verilmesi lazım gelirken tarafların takriri alınmamış olduğundan ve esas kayıdın yolsuz ve haksız olduğundan bahsile davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Hükmün yukarıda yazılı sebebden dolayı H.U.M.K.nun 428 nci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1100 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 7/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

GEÇİT HAKKI — BAŞKASINA TANINAN GEÇİT HAKKINDAN İSTİFADE

ÖZÜ : 1 — Gayrimenkulün umumî yola medhali olmayan katları için mürur hakkı talebedilemez.

2 — Başka bir şahsın dâvalıya ait yerde geçit hakkı bulunması dâvacının da böyle bir talepte bulunmasını haklı kılacak kanunî bir sebeb sayılamaz.

790

3 — Geçit hakkı tesisi için açılan dâva, dâvacı lehine neticllense dahi dâva masrafları dâvalıya yükletilemez, dâvacı lehine vekâlet ücreti hükmedilemez.

(MK m. 671 — HUMK m. 413 vd.)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 9/1/1961 gün, E. 960/6983, K. 33)

Dâvacı arsasına inşâ etmekte olduğu binanın yolu olmadığını iddia ile dâvalılar gayrimenkulü üzerinde murur hakkı tanınmasını istemiştir Yapılan keşif neticesine ve kroki münderecatına göre dâvacı gayrimenkülünün bir cephesi umumî yola açıktır. Esasen dâvacı da yaptığı inşaatın zemin katının yolunu umumî yol istikâmetinde açmış ve üst katlarının yolu için dâvalılar gayrimenkulünde murur hakkı tesis etmeği düşünerek metâllerini o istikamete göre inşâ ettirmiştir. Dâvacı evinin üst katları içinde kendi gayrimenkulünden umumi yola gitmek mümkün iken yalnız kendi menfaatını düşünüp komşu gayrimenkulünden yol istemeğe hakkı yoktur. Başka bir şahsın dâvalıya ait yerde geçit hakkı bulunması dâvacının da böyle bir talepde bulunmasını haklı kılacak kanunî bir sebeb sayılmaz. Dâvacının üst katının tadili suretiyle kendi gayrimenkulünden zemin katında olduğu gibi umumî yola çıkması külfet ve masrafı mucip ise kendi haksız hareketiyle buna sebeb olduğu için neticesine katlanmak mecburiyetindedir. Binaenaleyh dâvalılar gayrimenkulünde mürur hakkı tesisi kanuna mugayirdir. Kabule göre de dâvacı gayrimenkulü lehine irtifak hakkı tesis olunduğu ve hadisede dâvalıların kusuru olması bahis konusu bulunmadığı cihetle takdir olunan tam ivazdan maada bu yüzden yapılan bütün masraflarında dâvacıya tahmili gerekirken dâvanın hususiyet ve mahiyeti düşünülmeksizin masrafların dâvalılara tahmili ve ayrıca dâvacı lehine avukatlık ücreti takdiri de yolsuzdur. Temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428. maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 720 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 9/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

GAYRIMENKULE TECAVÜZÜN DEF'İ — MAHKEMECE TAHKİKAT İCRASI

ÖZÜ : Nizalı yolun kadim olup olmadığının tahkik ve tesbiti mahkemeye aittir. İdarî makamın yolun kadim olduğunu kabul etmiş olması mahkemenin usulü dairesinde yapacağı tahkikata müessir değildir.

791

(MK m. 618 vd. — 5917 SK m. 3)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 9/1/1961 gün E. 7057, K. 44)

Dâvacılar tapulu tarlalarının bir kısmını yol haline getirmek suretiyle dâvalılar tarafından vâki müdahalenin men'ini istemişlerdir. Dâvalı ise nizalı yerden geçmesine 16 sene evvel müsaade ettikleri halde sonradan bu yeri kapadıklarını, kaymakamlığa vâki müracaatı üzerine yolun açtırıldığını beyan etmiştir. Kaymakamlıkdan celb olunan evraka göre tecavüzün def'i hakkında dâvalı tarafından vâki talep üzerine davacıların men edildiği anlaşılmıştır. Dâvacılar 5917 sayılı kanunun 3. maddesine göre müdahalenin men'i talebinde bulunmuşlardır. Açılan bu dâva üzerine yolun kadim olup olmadığının tahkik ve tesbiti mahkemeye aittir. İdarî makamın bu yolun kadim olduğunu kabul etmiş olması mahkemenin usulü dairesinde yapmağa mükellef olduğu tahkikata müessir değildir. Esasen dâvalılar def'ilerinde yolun 16 sene evvel ihdas olunduğunu kabul ettiklerine göre mahkemenin yolu kadim saymasındaki isabetsizlik aşikârdır. İddia ve müdafaa tedkik ve usulü dairesinde tahkikat yapılmaksızın kaymakamlıktan celb olunan evrak münderecatına göre yolun kadim olduğu anlaşıldığından bahsile hüküm verilmesi yolsuzdur. Temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. Nun 428 nci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1175 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 9/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

TAPUDAKİ MİKTARIN TEZYİDİ — TAPU KANUNUNUN TATBİKİ

ÖZÜ : Tapuda yazılı miktarın tezyidi hakkında açılan dâvada hudud komşularından biri itirazda bulunduğu takdirde dâvacının umumî hükümler dairesinde ilgililere husumet tevcihi suretiyle dâva açması gerekir.

(5520 SK)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 10/1/1961 gün, E. 960/6680, K. 58)

Dâvacı 1771 sayılı kanuna tevfikan fariğine temlik olunan gayrimenkulün mahallinde ölçülerek fazla çıkacak miktarın namına tescilini istemiştir. Tapu kaydında miktarı muteber olduğuna dair bir meşruhat mevcutsa da; temlik kararında böyle bir kayıt olmadığı anlaşılmıştır. Dâva 5520 sayılı kanuna müstenid olup dinlenilen hudud komşularından belediye ile Mehmet Kocabıyık dâvacının talebine zabıtnamede yazılı

792

olduğu üzere itiraz etmişlerdir. Bu itiraz üzerine dâvacının umumî hü kümler dairesinde ilgililere husumet tevcih ederek dâva açması gerektiği ve sözü geçen kanun hükmünün bu yolda olduğu mehkemece de kabûl edildiği halde taraflara masraf ihtiyar ettirilerek keşif yaptırıldığı ve dâvanın hasımlı bir dâva veçhesine büründüğü yolunda usulsüz ve kanunsuz mütalâalar beyaniyle dâva kabûl edilerek fazla çıkan miktarın tesciline karar verilmesi yolsuzdur. Belediyenin temyiz itirazları varid bulunduğundan kararın H. U. M. K. nun 428 nci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1050 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 10/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ÇİFTÇİYİ TOPRAKLANDIRMA — TEMSİL SELAHİYETİ

ÖZÜ : 1 — 7116 sayılı kanunla İmar ve İskân Bakanlığı kurulmuş ve bu kanunun 19. maddesiyle Toprak ve İskân işleri bu Bakanığa bağlanmıştır.

2 — 4353 sayılı kanunun 18. maddesinin son fıkrasına göre alâkalı daire âmiri sıfatıyle tapu memuru dâvalı mevkiini almış olup mahallî malmüdürünün İmar ve İskân Bakanlığını temsil yetkisi yoktur.

(7116 SK m. 19 — 4353 SK m. 18)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 13/1/1961 gün E. 6278, K. 196)

Dâvacılar uzun zaman zilyetlikle iktisap ettikleri tarla, toprak tevzi komisyonunca hazîne namına tesbit ve bilahare tescil edilmiş olduğundan müdahalenin men'ini istemişlerdir. Dâvacılar, dilekçelerinde maliye hazinesine izafetle malmüdürüne husumet tevcih etmişlerse de sonradan İmâr ve İskân Vekâletine izafetle bu daire işlerine bakan daire Âmiri sıfatiyle tapu memuruna da dâvayı teşmil etmişlerdir. 7116 sayılı kanunla İmâr ve İskân Vekaleti kurulmuş ve bu kanunun 19 uncu maddesi hükmüne göre topraksız çiftçiyi topraklandırma vazifesini yapmak üzere toprak ve İskân işleri bu Vekâlete bağlanmıştır. 4353 sayılı kanunun 18 nci maddesinin son fıkrasına göre alakalı daire amiri sıfatıyle tapu memuru dâvalı mevkiini almış ve verilen hüküm kendisine tebliğ edil-diği halde temyiz etmemiştir. Mahallî Malmüdürü İmâr İskân Vekaletini temsil yetkini haiz değildir. Binaenaleyh temyiz talebinde bulunmaya hakkı olmadığından temyiz isteğinin reddine, dâvacıların temyizine gelince, yapılan keşif üzerine bilirkişiler dâvacıların dayandığı vergi kaydındaki hudutlarda cihet yanlışlığı mevcut olmakla beraber kaydın bu yere

ait olduğunu, ancak garp haddinin kısmen hâli olduğunu beyan etmiş ve mahkemece de bu suretle kabul edilerek 10 dönümlük yer hakkındaki dâva reddedilmiş olmasına göre dâvacıların temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddile hüküm tasdikına ve 4753 sayılı kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmî alınmamasına 13/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

YAPU TATBİKİ — BİLİRKİŞİ SEÇİMİ — KOMŞU TAPULARININ CELBİ

ÖZÜ : Taraflarca gösterilen bilirkişiler bilgileri olmadığını beyan etmiş ve dâvacı da başka delili olmadığını bildirmiş olmasına göre nizalı tarlayı bilen ve eski hududun yaşlı kimselerin tahkik ve tesbiti ve bunlar arasından resen bilirkişi seçilmesi mahkemeye aittir. Nizalı tarlanın hudut tapularının da celbi ile bu tarlayı hudut gösterip göstermediklerinin tahkiki ve nizam kesin olarak halli icabeder.

(MK m. 618 vd. — HUMK m. 284)
(Yargıtay 5. Hukuk dairesi 17/1/1961 gün E. 960/7315, K. 289)

Dâvacı 1334 tarihli murisine ait tapulu tarlasının Doğu kısmında iki dönüm mıktarına Vâki müdahalenin men'ini istemiştir. İlk keşifte bilirkişi nizalı tarla Ali Çavuş adında birisine ait iken ölümü ile verese arasında taksim olunduğunu tarlaya kimin tasarruf ettiğini bilmediğini söylemiştir. İkinci defa yapılan keşif üzerine bilirkişi mevkiin uymadığını yalnız Doğu haddindeki telgraf yolunun mevcut olduğunu diğer hadlerde gösterilenler eski şahıslar olduğundan bilemediğini beyan etmiştir. İlk keşifte usulü dairesinde tapu tatbikâtı yapılmamıştır. İkinci keşifte resen seçilen ehlivukuf bir mütalâada bulunmadığı gibi tarlanın eski hududunda gösterilen şahısları tanıyabilecek bir yaşta değildir. Dâvacının Başka delili olmadığını söylemiş olması mahkemece tahkik ve tetkik edilecek başka bir cihet kalmadığını göstermez. Taraflar bilirkişi seçmekte ittifak edemediklerine göre bu tarlayı ve eski hududlarını bilecek yaşlı kimselerin tahkik ve tesbitiyle bunlar arasından resen bilirkişi seçilmesi mahkemeye aittir. Nizalı tarlanın hudud komşularına ait tapu kayıtlarının celbile dâvacının dayandığı tapu kaydında malik gösterilen şahıs hudud gösterip göstermediğinin de tahkikiyle tapunun nizalı yere ait olup olmadığının kesin olarak tesbiti icap eder. Noksan tahkikat ve keşfe istinaden yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur. Temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. Nun 428 inci maddesi gereğince

794

bozulmasına ve aşağıda yazılı 675 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 17/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

TAPU SİCİLİNDEKİ YANLIŞLIĞIN TASHİHİ — ALÂKALILARIN DİNLENMESİ

ÖZÜ : Tapu memurunun sicilindeki yanlışlığın tashihi hakkındaki talebi üzerine alakalılara tebligat yapılarak dinlenmeleri lâzımdır. Evrak üzerinde tetkikat icrasiyle iktifa olunması doğru değildir.

(MK m. 935 — 2644 SK m. 33 — Tapu sicili nizamnamesi m. 107 vd.)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 17/1/1961 gün E. 960/7242, K. 290)

Tapu sicil muhafızlığı tarafından mahkemeye Vâki müracaatta ölünceye kadar bakıp beslemek görüp gözetmek şartiyle temlik olunan gayrimenkulün siciline yanlışlıkla (satışından diye yazılmış olduğundan bu yanlışlığın evrakı müsbitesine uygun olarak tashihini istemiştir.) Tapu memuru tarafından resen Vâki talebin topu sicil nizamnamesinin 107 nci maddesine istinad ettirilmiş olması ilgililerin dinlenmesi luzumunu bertaraf etmez. Binaenaleyh ölünceye kadar bakıp besleme akdine müsteniden yapılan akitte alacaklı ve borçlu durumunda olan ilgililere tebliğat icrası gerektiği halde evrak üzerinde tetkikât icrasiyle yetinilmesi doğru değildir. Temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve 2644 sayılı kanunun 33 üncü maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 17/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ÇİFTÇİYİ TOPRAKLANDIRMA — İHTİYATÎ TEDBİR

ÖZÜ : 4753 sayılı kanuna göre açılan dâvalarda ihtiyatî tedbir hususunda zikri geçen kanunun 28. maddesinin gözönünde bulundurulması icabeder.

(4753 SK m. 28 — HUMK m. 112)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 20/1/1961 gün E. 5738, K. 360)

Arazî Kadastrosunca tahrir yapıldığı sırada her iki Köyü Kuru Derenin ayırdığı kabul edildiği halde Toprak Tevzî Komusyonunca mahallindeki yolun yanlışlıkla hudud gösterildiği yetkili Fen adamları marife-

795

tiyle yapılan keşif ve tatbikatla tesbit edilerek rapor alındığı gibi duruşma sırasında da kendilerinden tamamlayıcı izahât alınmış olmasına ve hükümde yazılı sebeblere göre dâvalı hazine vekilinin zabıtname ve evrak münderecatına uymayan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak dâvacı ihtiyatî talebinde bulunmuşsa da 4753 sayılı kanunun 28 inci maddesine göre hadisede ihtiyatî tedbir kararı verilemiyeceği gibi keyfiyet Adliye Vekâletinin 31/8/960 tarih ve 68 numaralı tamimiyle mahkemelere bildirildiği halde hükümde ihtiyatî tedbir kararının hüküm kesinleşinceye kadar devamına karar verilmesi kanuna aykırı ise de bu cihet bozmayı gerektirmediğinden tedbire müteallik kısmın kaldırılması suretiyle hükmün ıslahen tasdikına ve 4753 sayılı kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmî alınmamasına 20/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

TAPULU YERİN TEVZİİ — DÂVA HAKKI — HARÇ

ÖZÜ : 1 — Tapulu yerin Hazine yeri sayılarak Toprak Tevzi Komisyonunca muhtaç çiftçiye tevzi edilemez.

2 — Tapu sahibi müdahalenin men'i ve tapunun iptalini birlikte isteyebileceği gibi dâvasını yalnız bunlardan birine hasredebilir.

3 — Gayrimenkulün verese arasında taksim edilmiş olması tapulu yer hakkındaki dâvanın dinlenmesine mânî değildir.

4 — 4753 sayılı kanunun tatbikinden doğan dâvalar bu kanunun 61. maddesi gereğince her türlü harç ve resimden muaftır.

(MK m. 618 vd. — 7116 SK m. 19 — 4753 SK m. 61)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 20/1/1961 gün E. 7461, K. 361)

Dâvacı, kendisi ile dâvalıların müşterek murisleri uhdesinde 1300 tarihi ile mukayyet tarla taraflar arasında evvelce haricen taksim edilerek tasarruflarında bulunmakta iken Toprak Tevzî Komisyonunca kendi kullandığı kısım elinden alınarak dâvalılara tevzi edildiğinden bahsile müdahalenin men'ini istemiştir. Dâvacının dayandığı 1300 tarihli yoklama kaydının tasdikli, muteber bir tapu kaydı olup olmadığı mahkemece tahkik ve tasdik edilmemiştir. Tasdikli olması halinde tapulu yer hazine yeri sayılarak Toprak Tevzi Komisyonunca muhtaç çiftçiye tevzi edilemez. Dâvacının bu tapuya istinaden dâva açmağa hakkı mevcut tur. Tapulu bir yerin muhtaç çiftçi namına tevzi ve tescili tapu sahibinin dâva hakkı mâni teşkil etmez. Tapu sahibi müdahalenin men'ini ve

muhtaç çiftçiye verilen tapunun iptalini birlikte isteyebileceği gibi dâvasını yalnız bunlardan birisine hasredebilir. Muhtaç çiftçiye verilen tapunun iptali hakkında da dâva açmağa icbar edilemez. Gayrimenkulün verese arasında haricen taksiminin mutaber olmaması davacının tapulu yer hakkındaki dâvasının dinlenmesine manî değildir. Noksan tahkikata istinaden yersiz ve isabetsiz mütalâalarla dâvanın reddi yolsuzdur. 4753 sayılı kanunla Toprak Tevzî işinin Tarım Bakanlığınca yürütüleceği gösterilmişse de dâva tarihinde Toprak ve İskân İşleri Genel Müdürlüğü 5613 sayılı kanunla Başvekâlete bağlanmış ve 14 Mayıs 1958 tarihinde meriyete giren 7116 numaralı kanunla da Toprak ve İskân Vekâleti kurularak çiftçiyi topraklandırma işi bu vekâlete verilmiştir. Hazîne vekili gerek Başvekâleti ve gerek İmâr ve İskân Vekâletini temsil yetkisini haizdir. Ancak Ziraat Vekâleti lehine avukatlık ücretinin takdiri doğru değildir. Dâva 4753 sayılı kanunun tatbikinden doğmuş ve bu kanunun 61 inci maddesinde yazılı olduğu üzere her türlü harç ve resimden muaf bulunduğu halde bu madde hükmünün göz önünde bulundurulmaması da kanuna mugayirdir. Temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına 20/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

GEZİCİ ARAZİ MAHKEMESİNİN VAZİFESİ — TESCİL DAVASI

ÖZÜ : 1 — 4573 sayılı kanunun tatbikından doğan ve zilyetliğe dayanan dâvalarda yalnız dâva konusu yerin zilyedi tarafından iktisap olunup olunmadığının tetkikiyle men'i müdahale ve tapunun iptaline karar verilebilir.

2 — 4753 sayılı kanuna göre görevli mahkeme zilyedi namına tesçil dâvasına bakamaz.

(MK m. 635 — 4753 SK m. 27, 61)

(Yargıtay 5 Hukuk Dairesi 20/1/1961 gün E. 960/5739, K. 364)

Dâvacı 5/10/954 tarihli dilekçe ile dâvasını 4753 sayılı kanuna göre görevlendirilmiş olan mahkeme nezdinde takip etmiş ve yapılan tahkikata göre nizalı yeri zilyetlikle iktisap ettiği anlaşılmış ve miktarının 20 dönümden az olması dolayısile vergi kaydı ibraz etmesine kanuni bir mecburiyet bulunmamış ve açılan dâva üzerine neticesinin beklenmesi lâzım gelirken hazine namına tescil edilmiş olması dâvacının müktesep hakkını ihlâl etmiş olmasına ve hükümde yazılı sebeplere göre bu cihete dokunan temyiz itirazları yerinde bulunmadığından reddile hükmün

tasdikına, ancak 4753 sayılı kanunun tatbikinden doğan ve zilyetliğe dayanan dâvalarda yalnız dâva konusu yerin zilyedi tarafından iktisap olunup olunmadığının tahkikile men'i müdahaleye ve tapunun iptaline karar verilebilir. Bu dâvalar sözü geçen kanunun 61 inci maddesinde yazılı olduğu üzere harç ve resimden muafdır. O Şahıs adına tescil ise umumî hükümlere göre harç ve resime tâbidir. Binaenaleyh gezici sıfatile faaliyette bulunan mahkeme 4753 sayılı kanuna göre zilyedi namına tescil dâvasına bakamıyacağından tescil talebinin reddi ve zilyedin umumî hükümler dairesinde ait olduğu mahkemede tescil talebinde bulunması gerekir. Binaenaleyh tescil talebinin bu bakımdan reddi gerekirken tescile karar verilmesi bu bakımdan yolsuzdur. Hükmün yalnız bu sebeple H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve 4753 sayılı kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 20/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

GEÇİT HAKKI — TAM IVAZ — DÂVA MASRAFLARI

ÖZÜ : 1 — Dâvacı gayrimenkulünden yol için ayrılan yer için kıymet takdirinden başka geri kalan kısım üzerinde ne miktar kıymet düşüklüğü husule geldiği tahkik ve tesbit edilerek Medenî Kanunun 671. maddesinde yazılı (Tam ıvaz) ın tayini icabeder.

2 — Dâvacı geyrımenkulü lehine tesis edilen yol için dâvalıya harç ve masraf tahmil edilemez.

(MK m. 671 — HUMK m. 413 vd.)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 24/1/1961 gün E. 7556, K. 440)

Dâvalı temyiz dilekçesinde, gayrımenkulünde dâvacı gayrımenkulü lehine mürur hakkı tesisi dolayısile noksan ıvaz takdir edildiğini ileri sürmüştür. Yapılan keşif üzerine dâvalı evinin bulunduğu gayrımenkule yol için ayrılan 36 metre kare yere 50 lira takdir olunduğu görülmüştür. Dâvalı gayrımenkulünden bu miktar yerin yol olarak ayrılması üzerine geri kalan kısım üzerinde ne kadar kıymet düşüklüğü husule geldiği tahkik ve tesbit edilmemiştir. Medenî Kanunun 67 inci maddesinde (Tam ıvaz) verileceği yazılı bulunmaktadır. Binaenaleyh O yolda tetkikat icra sile tam ıvazın tayin ve takdiri gerekir. Dâvacının yolu olmamasında dâvalının bir kusuru yoktur. Dâvalı gayrımenkulünden yol geçirilmesi kanunî şartların mevcudiyeti halinde mümkün olmaktadır. Dâvacı gayrımenkulü lehine tesis edilen yol için tam ıvazdan maada bu yüzden yapılan bütün masrafların da dâvacıya tahmili icap eder. 50 lira olarak tak-

dir olunan ıvazdan yapılan 43 lira 20 kuruşun tenzili suretile masarifi muhakemenin dâvalıya tahmili adalet ve nesafete mugayirdir. Dâvalının temyiz itirazları yerinde bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve dâvanın kıymetine göre 5887 sayılı Harçlar Kanunu gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 24/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

İSTİMLÂKTEN VAZ GEÇME — MAL SAHİBİNİN KABULÜ

ÖZÜ : 1 — İstimlâkin tahakkukundan ve bedelin kesinleşmesinden sonra idare tek taraflı olarak istimlâkten vaz geçemez.

2 — 6830 sayılı kanunun 22. maddesi gereğince vaz geçme mal sahibinin kabulüne bağlıdır.

(6830 Sk m. 21, 22)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 26/1/1961 gün E. 261, K. 469

İstimlâk bedeli kat'ileştikten sonra dâvacı komisyon tarafından takdir edilen bedelin tahsilini istemiş, bunu takiben de idare istimlâkten vaz geçmiş ise de dâvacı vazgeçmeyi kabul etmemiştir. İstimlâkin tahakkukundan ve bedelin kat'ileşmesinden sonra istimlâk safhaları kapandığından idare 6830 sayılı kanunun 21 inci maddesi gereğince tek taraflı olarak istimlâkten vazgeçemez. Sözü geçen kanunun 22 inci maddesi gereğince istimlâkin tahakkukundan sonra gayrimenkulün istimlâk maksadına tahsisine lüzum kalmaması halinde vazgeçme mal sahibinin kabulüne bağlıdır. Gayrımenkule el konmamış ve idare namına tescil edilmemiş olması hukukî durumu değiştirmez. Dâvacı vazgeçmeyi kabul etmediğine ve bozmaya uyularak icabı da yerine getirildiğine göre idare vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddile hükmün tasdikına ve aşağıda yazılı 7204 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 26/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

PENCERE AÇILMASI — GAYRIMENKULE TASARRUF HAKKI

ÖZÜ : Dâvalının dâvalı tarafından açılan pencereden evinin gözetilmesini önlemek ve mahremiyetini temin etmek için kendi mülkü dahilinde duvar çekmesi gayrimenkulü üzerinde serbest tasarruf hakkını

799

kullanmaktan ibaret olup ızrar kasdi mevzuu bahsolamıyacağından duvarın kal'ine karar verilemez.

(MK m. 2, 656, 661)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 31/1/1961 gün E. 7553, K. 651)

Dâvacı, evinde açtığı pencerelerinin ziyasına manî olmak maksadiyle dâvalı tarafından pencereleri önüne çekilmiş olan duvarın kal'ini istemiştir. Dâvalı duruşmada dâvacının yeni yaptığı ev projesinde mevcut olan pencere Belediyece iptâl edildiği halde dâvacının proje hilâfına pencere açarak kendi evinin mahremiyetini ihlâl etmesi ve pencerelerin kapatılması hakkında Belediyece yapılan tebligata rağmen yine kapatmaması yüzünden önüne duvar çekmek suretiyle evinin mahremiyetini koruduğunu def'an dermeyan etmiştir Fen ehli tarafından tedkik edilen projeye nazaran pencereler belediyece iptâl edildiği halde dâvacı yine açmakta israr etmiştir. Belediyece vâki tebligata rağmen kapatılmadığı da belediyeden alınan cevaptan anlaşılmış ve dâvalının def'i teeyyüt etmiştir. Yapılan her iki keşif üzerine bilirkişiler dâvalının kendi parseli üzerinde kalan kısım üzerinde duvar çekmesinde bir zaruret mevcut olmadığı ancak dâvacı pencerelerinden dâvalı evinin görülmesini önlemek için yapıldığını ve dâvacı evinin pencerelerinden bir sandalya üzerinden dâvalı evinin içinin görülebileceğini beyan etmişlerdir. Dâvalı bu pencerelerin kendi evinin mahremiyetini ihlâl ettiği iddiasiyle kapatılmasını isteyemiyeceği gibi dâvacı da dâvalının kendi gayrimenkulünde pencereler önüne çektiği duvarın kal'ini isteyemez. Mülkleri üzerinde serbest tasarruf hakkı her iki tarf için de müsavidir. Dâvalının kasdi dâvacının ziyasına manî olmak değil, bilirkişi inşaat kalfasının beyanı gibi pencerelerden evinin gözetilmesi ihtimalini önlemektir. Bu itibarla dâvalının mülkiyet hakkını kullanırken dâvacıyı izrar kasdiyle hareket ettiğinin kabulünde isâbet yoktur. Pencerelerin nezaretini kesen duvarın kal'ine dair verilen karar yerinde değildir. Dâvalının temyiz itirazları yerinde bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve dâvanın kıymetine göre 5887 sayılı Harçlar Kanunu gereğince harç alınmamasına ve 300 kuruş damga resminin ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 31/1/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

KÖY MEYDANI — DÂVA HAKKI

ÖZÜ : Tapunun iptâli istenen nizalı yeri köy meydanı olduğu anlaşılmasına göre dâva hakkı köy hükmî şahsiyetini temsil eden muhtarın yetkisi dahilindedir. Bu yer hakkında hazînenin dâva hakkı yoktur.

800

(442 SK m. 10 — 2644 SK m. 21)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2/2/1961 gün E. 7447, K. 633)

Dâvacı hazîne vekili, Kadastroca dâvalı namına tesbit ve tescil edilen 1507 parselin mer'a olması hesabiyle tapunun iptalini istemiştir. Yapılan keşif esnasında dinlenen şahidin şahadetinden nizalı yerin köy meydanı olduğu anlaşılmış, tarafların şahidin şahsına ve ifadesine karşı itiraz etmedikleri görülmüştür. Köy kanununun 10 uncu maddesinin 11 ve 12 nci bentleri ve Tapu K. nun 21 inci maddesi gereğince köy meydanları ve yol fazlası köy hükmî şahsiyetine aittir. Köy meydanları hususî mülkiyet mevzuu değilse de bu hususta dâva hakkı köy hükmi şahsiyetini temsil eden muhtarın yetkisi dahilindedir. Bu durum karşısında mera olmadığı ve köy meydanı olduğu mahkemece sabit görülen nizalı yer hakkında hazînenin dâva açmağa hakkı yoktur. Bu sebeple dâvanın reddi icap ederken mahkemece köy meydanı olarak kabul edilmiş olmasına rağmen mer'a olduğundan bahsile tapunun iptaline karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1100 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/2/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

KEŞİF — RESEN KEŞİF İCRASI — KEŞİF MASRAFLARI

ÖZÜ : Hadise resen keşif icrasını gerektirir işlerden olduğu takdirde HUMK. nun 415. maddesi hükmüne göre keşif masrafı dâvalıdan alınabileceği gibi ileride icabedenlerden istifa olunmak üzere Devlet Hazînesinden de tediye olunmasına karar verilebilir.

(HUMK m. 363, 415)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 16/2/1961 gün E. 783, K. 887)

Dâvacı Karayolları vekilinin eski hale getirme talebi mahkemece tetkik edilip Hukuk Muhakemeleri Usulü kanununun 167 nci maddesinde yazılı muayyen sebeblere müstenit görülmiyerek reddedilmiş ve dâvacı idare vekilinin buna karşı itirazı yerinde bulunmamıştır. Esas hakkındaki temyize gelince : Dâvacı, gayrimenkulün metre karesine komisyonca takdir olunan 18 liranın tenkisini istemiştir. Dâvacı vekilinin duruşmaya gelmemesi dolayisiyle itirazı tetkik olunmadığı halde hükümde komisyonca takdir olunan kıymetin yerinde görüldüğü ve itirazın varit bulunmadığı beyan edilmiştir. Dâvacı tarafın bir celseye gelmemiş olması dâvasının reddini gerektirmez. Mahkeme, diğer tarafın keşfe talip olmadığını ileri sürmüşse de hadise resen keşif icresını gerektirir işlerden

801

olmasına binaen Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 415 inci maddesi hükmüne göre mahkeme keşif masrafının dâvalı tarafından da tediye edilmesine karar verebileceği gibi tediye olunmadığı takdirde ileride icap edenlerden istifa olunmak üzere devlet hazînesinden de tediye olunmasına karar verebilir. Kabûle göre dahi aynî yerde devlet Karayolları tarafından yol için bir çok istimlâklar yapıldığına göre kesinleşmiş istimlâk bedellerinin de tetkik ve mukayese ettirilmesi gerektiği halde dâva tetkik ve tahkik olunmaksızın yazılı şekilde reddi yolsuzdur. Temyiz itirazları bu sebeple varit görüldüğünden hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1510 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/2/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ÇİFTÇİYİ TOPRAKLANDIRMA — YARDIM PARASI

ÖZÜ : 1 — 4753 sayılı kanunda yardım parası hakkında mahkemede dâva açılacağına dair bir hüküm yoktur.

2 — 4753 sayılı kanunun 52. maddesinde kuruluş, onarma ve çevirme kredilerinden doğan alacaklar ödenmediği takdirde krediyi veren Ziraat Bankasınca Tahsili Emval Kanunu hükümlerinin tatbik olunacağı gösterilmiştir.

(4753 SK m. 52. 57, 61)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 17/2/1961 gün E. 49, K. 946)

Dâvalının Muhtaç Çiftçi sıfatiyle aldığı araziyi ortağa ve kiraya verdiği yapılan tahkikat ve kendi ikrarı ile sabit olmasına ve 4753 sayılı kanunun 57 nci maddesi hükümlerine göre dâvalının temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Dâvacı hazine vekilinin temyizine gelince dâvacı dâvalıya yardım parası olarak ödenen 300 liranın da tahsilini istemiş ve mahkemece bu hususta bir karar verilmemiştir. Ancak sözü geçen 57 nci maddede yazılı şartlara riayet etmiyenlerin gayrimenkullerinin geri verilmesinin mahkemeden isteneceği ve işletilmediği senelere ait ecri mislinin de isteneceği yazılı ise de yardım parası hakkında da mahkemede dâva açılacağına dair bir hüküm yoktur. Aynı kanunun 52 nci maddesinde kuruluş, onarma ve çevirme kredilerinden doğan alacaklar ödenmediği takdirde krediyi veren Ziraat Bankasınca tahsili emval kanunu hükümleri tatbik olunacağı gösterilmiştir. Bu itibarla mahkemece bu hususta bir karar verilmemesi neticeye müessir bozma sebebi sayılmamıştır. Hazine vekilinin bu temyiz itirazlarının da reddiyle hükmün tasdikına ve 4753 sayılı kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 17/2/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

802

İSTİMLÂK BEDELİNE İTİRAZ — YENİ MALİKİN EVVELKİNİN HAKLARINA HALEF OLMASI

ÖZÜ : Gayrimenkul maliki tarafından istimlâk bedeline itiraz dâvası açıldıktan sonra, gayrimenkul bey vaadine müsteniden başkası tarafından mahkeme ilâmiyle temellük edilmişse, yeni malik evvelkinin haklarına halef olduğundan dâvayı takip hakkını haizdir.

(BK m. 190, 213 — 6830 SK)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 3/3/1961 gün E. 1070, K. 1200)

Hususî İdâre tarafından istimlâk olunan gayrimenkul Kornilia uhdesinde mukayyet olup istimlâk muamelesi de bunun namına yürütülmüş ve istimlâk kararı Kornilia'nın ölümüne binaen, veresesine tebliğ edilmiş ve müddeti içinde dâva açılmıştır. Kornilia ile Yako Kohen arasında gayrimenkulün bey' vaadine dayanan bir senet tanzim edilmiş ise de bu senet Yako Kohen için aynî bir hak doğurmadığından Kornilia vârislerinin bedelin tezyidi hakkında dâva açmalarına kanunî bir mâni yoktur. Yako Kohenin henüz aynî hak sahibi olmadığı zamanda bedele itiraz dâvası açması bahis konusu olamaz. Ancak adı geçen Yako Kohen açtığı dâva ile bey' vaadine müteallik aktin ifasını istemiş ve gayrimenkulün namına tesciline dair verilen 29/4/959 tarihli ilâm kesinleşmiş ve 26/5/959 tarihinde Yako Kohen namına tapuya tescil olunmuş ve buna istinaden 12/5/959 tarihli dilekçe ile dâvacı yerine kaim olduğunu beyanla duruşmaya kabulünü istemiştir. Yako Kohen gayrimenkulü mahkeme ilâmiyle temellük ettiğine göre evvelki malik Kornilia'nın bu gayrimenkule ait haklarına halef olmuştur. Binaenaleyh duruşmaya katıldığı tarihten itibaren evvelkinin malik yerine kaim olarak dâvayı takip hakkını haiz olduğundan talebinin kabuliyle dâvanın intacı gerektiği halde hükümde yazılı sebeplerle dâvanın reddi ve dâvacıların muhakeme masrafı ve vekâlet ücretiyle ilzamı usule muhaliftir. Dâvacı ile müdahilin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428. maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1310 kuruş temyiz masrafının temyiz edenlerden alınmasına 3/3/960 tarihinde ittifakla karar verildi.

İSTİMLÂK — FİİLİ İSTİMLÂK — 221 SAYILI KANUNUN TATBİKİ

ÖZÜ : 1 — 8/10/956 tarihine kadar fiilen vuku bulan istimlâklerde 221 sayılı kanun hükümleri tatbik olunur.

823

2 — Bu kanuna göre tapu kayıt sahibi fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrımenkul bedelini isteyebilir. Müdahalenin men'i dâvası açamaz.

3 — Dâvaya bakmak mahkemenin vazifesine dahil olup, Şurayı Devlete ait olduğundan bahisle vazifesizlik kararı verilemez.

(6830 SK — 221 SK m. 2)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 9/3/1961 gün E. 1080, K. 1275)

Dâvacı, tapulu gayrımenkulü içine Belediye tarafından elektirik direği dikilmek suretile vâki müdahalenin men'ini istemiştir. Yapılan keşifle nizalı yerin dâvacı tapusu hududu içinde kaldığı tesbit edilmiş ve dosya münderecatına göre direğin 954 yılında dikildiği anlaşılmıştır. 7/1/961 tarihinde yürürlüğe giren 221 sayılı kanuna göre 6830 sayılı kanunun mer'iyete girdiği 8/10/956 tarihine kadar kamulaştırma işlerine dayanmaksızın kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrımenkuller ilgili amme hükmi şahıs veya müesesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır. Sözü geçen kanunun 2 nci maddesi gereğince gayrımenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde eletrik direğinin dikilmiş ve faaliyete geçirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsis addedilir. Yine aynı kanunun müteakip maddelerine göre, tapu kaydı sahibi, fiili tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrımenkul bedelini isteyebilir. Müdahalenin men'i dâvasını açamaz. Bedele ilişkin uyuşmazlıklarda umumi hükümler dairesinde halolunur. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve kesin karara bağlanmamış dâvalar hakkında da bu kanun hükümleri uygulanır. Dâvacının hakkı bu kanun gereğince bedele inhisar ettiği takdirde ayın dâvası bedel dâvası olarak görülüp hükme bağlanır. Binaenaleyh dâvanın bu yönden tahkiki icabeder. Kabule göre de esasen istimlâk kararı verilmeksizin gayrımenkule müdahalede bulunulduğundan bu babdaki içtihadı birleştirme kararına tevfikan dâvaya bakılması gerekir. Bu cihetler düşünülmeksizin dâvaya bakmak Devlet Şurasının vazifesi dahilinde mahkemenin vazifesi haricinde olduğundan bahsile dâvanın reddi yolsuzdur. Dâvacının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden kararın bozulmasına ve aşağıda yazılı 1175 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 9/3/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ÇİFTÇİYİ TOPRAKLANDIRMA — ARAZİNİN BİZZAT İŞLENMESİ

ÖZÜ : 1 — 4753 sayılı kanunun 5618 sayılı kanunla değiştirilen 1.

804

maddesine göre kanun, çiftçiyi arazi sahibi yaparak toprağa bağlamak suretiyle geçimini sağlamak gayesini gütmektedir.

2 — Muhtaç çiftçi sıfatiyle aldığı arazide başkalarını ücretle çalıştırması, başkalarına ait motörle ücretle sürdürmesi ve mahsulünü kaldırması kanunun maksat ve gayesine aykırıdır. Ancak zarurete ve halin icabına göre başkalarının fennî ziraat ve vasıtalarından istifade edebilir.

(4753 SK m. 1, 36, 61)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 10/3/1961 gün E. 335, K. 1308)

Dâvacı hazine vekili, 4753 sayılı kanuna tevfikan muhtaç çiftçi sıfatile verilen araziyi davalının bizzat işletmeyerek ortağa verdiğinden tapu kayıdlarının iptalile hazine namına tesçilini istemiştir. Dâvalı müdafaasında tarlaları ortağa vermediğini, para verip ektirdiğini ileri sürmüştür. Şahitler davalının iki parça tarlasını ücret mukabilinde motörle sürüp, ektiklerini ve biçtiklerini beyan ettikleri gibi mahkemece de müddeabih tarlalar davalı tarafından bilfiil ekilip biçilmemekle beraber parasile sürdürülerek ektirildiği ve biçtirildiği kabul edilmiştir. 4753 sayılı kanunun 36 ncı maddesinde arazi verilecek kimselerin çiftci olmaları veya çiftçilik yapmağı yüklenmeleri ve her iki halde de verilecek araziyi kendilerinin işletmesi şarttır, denilmektedir. Muhtaç çiftçi sıfatiyle aldığı arazide başkalarını ücretle çalıştırması ve savunmasında kabul ettiği gibi arazisini başkalarına ait motörle yine ücretle sürdürmesi ve mahsulünü kaldırması kanunun maksad ve gayesine aykırıdır. Taahhüdü veçhile çiftçiliği bizzat yapan çiftçi, zarurete ve halin icabına göre başkalarının fennî ziraat vasıtalarından faydalanabilir. Fakat çiftçiliği kendisi yapmayarak arazisini başkalarına ait motörle ücret mukabilinde işletmesi çiftçilik yaptığını göstermez. 4753 sayılı kanunun 5618 sayılı kanunla değiştirilen birinci maddesinde izah olunduğu üzere, kanun, çiftçiyi arazi sahibi yaparak toprağa bağlamak suretile geçimini sağlamak gayesini gütmektedir. Çiftçilik yapmayan şahsa irad temini kanunun gayesi dışındadır. Bu cihetlerden zuhulle bilfiil tarlada motörle çift süren ve eken şahısların dâvalının vasıtası olup ortak olmadıklarından bahsile dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz olduğu gibi dâva 4753 sayılı kanunun tatbikinden doğmuş ve bu kanunun 61 inci maddesinde yazılı her türlü harç ve resimden muaf bulunmuş olduğu halde bu madde hükmünden de zühul edilmesi kanuna aykırıdır. Dâvacı vekilinin temyiz itirazları varid bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına 10/3/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

805

MÜŞTEREK MÜLK — MUHKEM KAZİYE

ÖZÜ : Müşterek mülkiyette bir hissedarın gayrımenkul üzerindeki yed'in iadesine, tecavüzün ref'ine ve sicilin tashihine dair açtığı dâva ve verilen karar diğer hissedarların lehlerine olması itibariyle onların hisselerine de sâri ise de aleyhe verilen karar dâvaya dahil olmayan hissedarlara şâmil ve sâri değildir.

(MK m. 623 vd.)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 31/3/1961 gün E. 374, K. 528)

Dâvacının dayandığı tapularda hissedar bulunan Mehmet Yetişkin tarafından dâvalılar aleyhine aynı gayrımenkullerden dolayı açılan dâva üzerine yapılan tapu tatbikâtı neticesinde dâvanın reddine dair verilen karar temyizen tasdik ile kesinleşmişse de şimdiki dâva, aynı tapunun diğer hissedarlarından İzzet Yetişkin ve Pembe Cebeci veresesi Lütfiye ve Nurettin taraflarından açılmıştır. Dâvacı tarafın istinat ettiği tapularla müdeabih aynı ise de taraflar aynı sayılamaz. Müşterek mülkiyette, bir hissedarın gayrimenkul üzerindeki yedin iadesine, tecavüzün ref'ine ve sicilin tashihine dair açtığı dâva ve verilen karar diğer hissedarların lehlerine olması hesabiyle onların hisselerine de sari ise de aleyhde verilen karar o dâvaya dahil olmayan hissedarlara sari ve şamil değildir Ancak evvllki ilâmın bir delil olarak göz öuüude bulundurulması gerekir. Binaenaleyh dâvaya usulü dairesinde bakılarak neticesine göre bir karar verilmek lâzım gelirken dâvanın reddine karar verilmesi yolsuzdur. Dâvacılar vekilinin temviz etirazları varit bulunduğundan hüküm H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve 4753 sayılı kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmamasına 31/3/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

İSTİMLÂK — FAİZ TALEBİ

ÖZÜ : 1 — İstimlâk edilen gayrimenkule el konulmasına rağmen bedelin ödenmemesinden dolayı gayrimenkul sahibinin faiz talebine hakkı vardır.

2 — Bu faiz tazminat faizi kabilinden olup umumî müruruzaman hükümlerine tâbidir.

3 — Borçlar Kanununun 113. maddesine göre evvelce işleyen faizlerin talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş olmadıkça faiz talep edilemez.

806

(6830 SK m. 14 — BK m. 113)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 1/4/1961 gün E. 377, K. 1537)

Dâvacı evvelce istimlak bedelinin tezyidi hakkında açtığı dâva hükme bağlanmış ise de o zaman faiz istemediğinden dâva tarihinden hüküm tarihine kadar %5 üzerinden 23150 lira faizin tahsilini talep etmiştir. 6830 sayılı kanunun 14 üncü maddesinde yazılı müddet, komisyonca takdir olunan bedel hakkında yapılacak itirazlara aiddir. Hadisede istenilen faiz, İstimlâk olunan gayrimenkulün bedeli ödenmediği halde gayrimenkule el konulmuş olması sebebine müstenittir. Bedel ödenmeksizin gayrimenkule el konulmak suretiyle intifadan mahrum bırakıldığı takdirde sahibinin faiz talebine hakkı vardır. Bu faiz tazminat faizi kabilinden olup umumî mururu zaman hükümlerine tabidir. Hadisede tatbik yeri bulunmayan borçlar Kanunun 133 üncü maddesine dayanılmak suretiyle asıl alacak hakkında dâva hakkı sakıt olunca faiz talebinin de sakıt olacağından bahsile dâvanın reddinde isâbet yoktur. Borçlar Kanununun 113 üncü maddesinde evvelce işleyen faizlerin talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş olmadıkça faizlerin talep edilmeyeceği bildirilmiştir. Mahkeme bu madde hükmüne de istinat ettiği halde faizi talep hakkının mahfuz bulundurulup bulundurulmadığını tahkik etmemiştir. Dâvacılar temyiz dilekçesinde icra takibi ve bankadan paranın tahsili sırasında faize aid talepleri hakkında ihtirazi kayıt dermeyan ettiklerini iddia etmişlerdir. Bu cihet dâva dilekçesinde ileri sürülmemiş ise de mahkemece dâvacılardan delilleri sorulmadığı gibi icra dosyası celp ve tetkik edilmemiş ve gerek icradan ve gerekse bankadan bu husus hakkında bir bilgi alınmamıştır. Buna rağmen müstenidi mevcut olmaksızın ihtirazı kayıt dermeyan edilmeksizin bedelin alındığından bahsedilmesi doğru değildir. Evvelki bedel tezyidi dâvasında faiz hakkının mahfuz bulunduğu yolunda bir beyanda bulunulmamış olmasının şimdiki dâvanın reddi sebebleri arasında gösterilmesi de yerinde değildir. Dâvacıların temyiz itirazları yerinde bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve temyiz eden dâvacılardan Barık Uluğa duruşma içni 200 lira avukatlık ücreti takdirine ve aşağıda yazılı 1510 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 1/4/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

İNŞAAT TECAVÜZÜ — KADASTRO

ÖZÜ : Kadastro gören yerlerde ihtilâfın kadastro plânlarına göre halli icabeder. Bu itibarla inşaat tecavüzünde hüsnüniyet def'i ileri sürülemez.

807

(5602 SK — MK m. 648)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 7/4/1961 gün E. 131, K. 1649)

Taraflara aid yerlerin kadastroca tahrir edildiği anlaşılmaktadır. Yapılan keşif üzerine fenehli tarafından verilen krokili raporda dâvalı inşaatının dâvacı parseline tecavüz ettiği tesbit edilmiş ve miktarı gösterilmiştir. Kadastro gören yerlerde ihtilâfın kadastro planlarına göre halli icap eder. Kadastro gören yerde her gayrimenkulün başladığı ve bittiği hudut belli olduğuna göre inşaat tecavüzünde hüsnüniyet def,i ileri sürülemez. Bu itibarla inşaat tecavüzü üzerine dâvacının 15 gün içinde itiraz etmemiş olmasına müstenîden tecavüz edilen arsanın dâvalıya temliki cihetine gidilemez. İnşaatın eski malik zamanında yapıldığı beyan edilmekte ise de dâvalı kadastro çapına göre satın almış olmasına binaen kadastro çapına itibar edilmesi gerekir. Bu cihetler düşünülmeksizin dâvacının dâvalıdan gerek inşaatın kal'i ve gerek tazminat hakkında bir talepte bulunamıyacağından bahsile dâvanın reddine karar verilmesi kanuna aykırıdır. Dâvacının temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1170 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 7/4/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

İSTİMLÂK — BİLİRKİŞİ SEÇİMİ

ÖZÜ : İstimlâk işlerinde bilirkişi seçilirken 122 sayılı kanunun 15. maddesinin 2 ve 3. bendinde yazılı tertibe riayet olunması lâzımdır.

(122 SK m. 15)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 20/4/1961 gün E. 1519, K. 1842)

Bedelinin tezyidi istenilen gayrimenkule kıymet takdiri için ehlivukuf intihabı işinde 122 sayılı kanunun 15 inci maddesinin ikinci ve üçüncü bendinde yazılı tertibe riayet oluması gerektiğinden Türk Mühendis ve Mimar odaları birliğine bağlı ihtisas odalarından liste gelip gelmediğinin tahkiki, gelmemişse istenmesi lâzımdır. Bu odaların liste verememesi veya verilen listelerden fiili ve hukukî sebeblerle ehlivukuf seçilmesinin imkânsız olması halinde bayındırlık, Tarım ve diğer resmî daire ve teşekküllerden seçilecek fen adamlarından ehlivukuf heyetinin teşkil olunması icap ederken mahkemece, (Bu güne kadar ihtisas odalarından liste gönderilmemiş ve civar vilayetlerden fen adamı temini külfetli ve masraflı bulunmuş olduğu yolunda mütalâa beyaniyle fen adamlarının Geyve kazası resmî daire ve teşekküllerinden saçilmesi suretiyle heye-

tin teşkiline karar verilmesi ve bu suretle usulsüz seçilen ehlivukufla tahkikat yapılarak gayrimenkule kıymet takdir edilmesi yolsuzdur. Mülk sahiplerine ait liste dosya içinde bulunmadığından seçildiği bildirilen ehlivukufun bu listeden seçilip seçilmediğinin tahkiki de mümkün olamamıştır. Bu itibarla idare vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve esasın tetkikine mahal olmadığına ve aşağıda yazılı 710 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 20/4/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ÇİFTÇİYİ TOPRAKLANDIRMA — TEVZİE TABİ TUTULAN GAYRİMENKUL — MİKTAR FAZLASI

ÖZÜ : Hazinece yapılan gayrimenkul satışında miktarın muteber ve fazlanın hazineye ait olduğu şartı yoksa satışa konulan hududu belli ve sabit bir gayrimenkulün vasıflarını belirtmek bakımından miktarının gösterilmiş olması bu miktarın muteber olduğuna ve fazlanın Hazineye aidiyetine delâlet etmez. 5618 sayılı kanunun ek 2. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm, sabit hudut bahis konusu olmaksızın yapılan satış ve tahsislere aittir.

(4753 SK — 5618 SK ek m. 2/2)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 5/5/1961 gün E. 1137, K. 2088)

Dâvacılar, murisleri uhdesinde kayıtlı tarlalarının bir kısmı toprak tezi komisyonunca dâvalıya tevzi ve namına tescil edildiğinden dâvalı tapusunun iptâli ile müdahalesinin men'ini istemiştir. tapudan celbedilen kayıt örneklerine göre dâva konusu tarla ile diğer 19 parça gayrimenkul tapu komisyonu kararıyle hazine namına tesbit edildikten sonra bedeli mukabilinde dâvacıların murisine 946 tarihinde satılarak adına tescil olunmuştur. Toprak tevzi komisyonunda nizalı kısmın ne sebeble tevzie tabi tutulduğu mahkemece sorulmamıştır. Ancak yapılan keşif üzerine bilirkişi tanzim ettiği krokili raporda dâvacıların murisine tapusundaki miktarın bırakılarak fazlasının tevzie tâbi tutulduğu gösterilmiştir. Dâvacıların dayandıkları tapu kaydında, hazinece yapılan satışda gösterilen miktarın muteber olduğu ve zuhûr edecek fazlanın hazineye ait olduğu şeklinde bir meşruhat yoktur. Satışa konulan hududu muayyen bir gayrimenkulün vasıflarını belirtmek bakımından miktarının gösterilmiş olması bu miktarın muteber olduğuna ve fazlanın hazineye aidiyetine delâlet etmez. 4753 sayılı kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve

809

bazı maddelerle geçici maddeler eklenmesine dair 5618 sayılı kanunun ek ikinci maddesinin ikinci fıkrasında (hazinece özel kanunları hükümlerine göre miktar üzerinden satılan, tefviz veya tahsis edilen, paralı veya parasız dağıtılan arazide ölçü neticesinde çıkan fazlalık ...) hakkında hükümler vardır. Buradaki miktar, sabit hudud bahis konusu olmaksızın yalnız miktar muteber ve fazlası hazineye ait olmak üzere yapılan satış ve tahsislere aittir. Bu yolda bir meşruhat mevcut olmadığına göre sabit hadler içinde kalan yerlerde zuhur edecek fazlalık tevzie tâbi tutulamaz. Bu cihetler düşünülmeksizin hadiseye uymayan temyiz içtihadından bahsile yazılı şekilde karar verilmesi kanuna muhalifdir. Dâvacılar vekilinin temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve 4753 sayılı kanunun 61 inci maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmasına 5/5/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

İSTİMLÂK — FAİZ TALEBİ

ÖZÜ : 1 — Faiz talebi ile dâva açılıp niza başladıktan sonra duruşma sırasında Bedel tediye edilirken dâvacının ihtirâzi kayıt dermeyan etmesine lüzum ve mahal yoktur.

2 — Duruşma sırasında alacak ödendiğine göre ödendiği tarihten itibaren faiz işlemesi kesilmiş olur.

(122 SK — BK m. 114)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 22/6/1961 gün E. 2155, K. 2711)

Dâvacı İstimlâk edilen gayrimenkulün bedeline aid faizin tahsilini istemiştir. Bedelin tezyidi hakkındaki evvelki dâvada dâvacının faiz istemek hakkını mahfuz tuttuğunu bildirmemiş olması bu hususta sonradan dâva açmasına mani değildir. Borçlar Kanununun 113. maddesinde asıl borcun tediye ile sukutu halinde faiz gibi fer'i hakların da sukut edeceği ve ihtirazi kaydın borcun tediyesi zamanında dermeyanı gerektiği belirtilmiştir. Hadisede faiz talebiyle dâva açılıp niza başladıktan sonra duruşma sırasında bedel tediye edilirken dâvacının ihtirazi kayıt dermeyan etmesine lüzum ve mahal yoktur. Ortada faiz hakkında dâvası mevcuttur. Bu dâvanın usulü dairesinde tahkik ve intacı lâzımgelir. Ancak, duruşma sırasında alacak ödendiğine göre ödendiği tarihten itibaren faiz işlemesi kesilmiş olur. Bu cihetler düşünülmeksizin yazılı şekilde mütalâa beyaniyle dâvanın reddi kanuna aykırıdır. Temyiz itirazı yerinde bulunduğundan hükmün H. U. M. K. Nun 428 maddesi gereğince bo-

zulmasına ve aşağıda yazılı 1510 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarfdan alınmasına 22/6/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ARZUHALİN MAHKEME KALEMİNE KAYDI — HARÇTAN MUAFİYET

ÖZÜ : Su işlerine ait istimlâk dâvasında dâvacı idare harç ve puldan muaf ise de arzuhalin kanunî müddeti içinde mahkeme kalemine tevdi edilip kayda geçirilmesi lâzımdır.

(HUMK m. 178 — 6200 SK m. 49)

(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 28/6/1961 gün E. 3000, K. 2881)

İstimlâk kararı 4/10/960 tarihinde tebliğ edilmiş, bedelin indirilmesini isteyen dâvacı vekili 19/10/960 tarihinde Hâkim tarafından kaleme havale edilen dâva arzuhalini mahkeme kalemine kaydettirmiyerek aylarca yedinde tuttuktan sonra 11/1/961 tarihinde esas defterine kaydettirdiği anlaşılmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 178. maddesine göre arzuhalin mahkeme kalemine kaydı tarihinde dâva ikâme edilmiş ad olunur. Kayıt tapu üzerine konulan tarih müddetin hesabında esas tutulur. Bu dâvada idare harç ve puldan muaf ise de arzuhalin kanunî müddeti içinde mahkeme kalemine tevdi edilip kayda geçirtilmesi lâzımgelir. Dâvanın harç ve resme tabî olmaması dâva arzuhalinin usul hükümleri gereğince müddeti içinde kayda geçirilmesi lüzumunu ortadan kaldırmamıştır. Bu itibarla dâvacı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle kararın tasdikına ve 6200 sayılı kanunun 49 uncu maddesi gereğince harç ve damga resmi alınmasına 28/6/961 Tarihinde ittifakla karar verildi.

ORMANA MÜDAHALE — KEŞİF

ÖZÜ : 6831 sayılı kanunun geçici 1. maddesine göre Ziraat Bakanlığınca yapılacak muamele nizalı yerin orman olup olmadığını belli etmekten ibarettir. Mahkemece mahalinde keşif yapılarak nizalı yerin tapu dahilinde ve 4785 sayılı kanunun 2. maddesinde gösterilen devlet leştirme dışında kalan yerlerden olup olmadığının ve 5658 sayılı kanunun şümulüne girip girmediğinin tahkik ve tesbiti icabeder.

811

(6831 SK m. 17, muvakkat m. 1 — 4785 SK m. 1, 2 — 5658 SK)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2/7/1961 gün E. 1483, K. 2936)

Dâvacı Orman İdaresi dâvalının devlet Ormanından dört dönüm miktarında tarla açtığından bahisle müdahalesinin menini istemiş, dâvalı da dedesinden kalan tapulu yeri olduğunu def'an dermeyan etmiştir. Dâvalı hakkında evvelce açılan Ceza dâvası üzerine bu yerin Orman sayılan yerlerden olduğu hakkında Ziraat Vekâletinden cevap alınmış ise de tapu dahilinde kalmış olması sebebine istinaden dâvalının beraetine dair verilen kararın temyizen tetkik edilerek kesinleştiği anlaşılmıştır. Dâvalının dayandığı 1289 tarihli tapunun hadlerinde İsmail tarlası Dere, fundalık, Kocagöz ve miktarı da 8. Dönüm olarak gösterilmiştir. Şimdiki dâva üzerine yapılan keşifde tapu tatbik edilerek tapunun nizalı yeri içine aldığı tesbit olunmuş ve mahkemece de o suretle kabul edilmiştir. Tanzim kılınan krokide nizalı yer 5500 metre kare gösterilmiş ise de nizasız yerler ölçülmemiştir. Hükümde ziraat vekâletinden alınan cevaba da istinat olunmaktadır. 6831 sayılı kanunun geçici 1. maddesine göre, Ziraat vekâletince yapılacak muamele, bu yerin Orman olup olmadığını belli etmekten ibarettir. 4785 sayılı Kanunun 1. Maddesinde devletleştirilen ormanlar, ikinci maddesinde de devletleştirme dışında kalan yerler ayrı ayrı gösterilmiştir. 1289 tarihli tapunun ihtiva ettiği yerin devletleştirme dışında kalıp kalmadığının mahkemece araştırılması lâzım gelir. 5658 sayılı kanunda dâhi, evvelce devletleştirilen bir kısım ormanların, bir işleme tabi tutulmaksızın sahiplerine intikal edeceğine dair hüküm de mevcuttur. Mahkemece bu yönden tahkikat yapılarak neticesine göre bir karar verilmesi lâzım gelirken noksan tahkikata istinaden yazılı şekilde karar veridmesi yosuzdur. Dâvalının temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428. Maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 960 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/7/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

SULH — HARİCEN VAKİ SULH — DÂVADAN FERAGAT

ÖZÜ : Tarafların haricen sulh olmaları üzerine dâvacının, dâvalının gıyabında dâvadan feragat ettiğini beyan ederek takibetmemesi aynı yer hakkında sonradan açılan dâvada muhkem kaziye teşkil etmez.

(HUMK m. 91, 93, 237)
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 28/2/1961 gün E. 758, K. 1139)

812

Dâvacı tapulu gayrimenkulünün bir kısmına dâvalı tarafından vâki müdahalenin men'ini istemiştir. Yapılan keşif üzerine dâvacı tapusu tatbik edilerek nizalı yeri içine aldığı tesbit olunmuştur. Ancak aynı yer hakkında evvece taraflar arasında cereyan eden dâva üzerine dâvalının gıyabına duruşma yapıldığı sırada dâvacının dâvalı ile sulh olduğundan bahsile davadan feragat eylediğini beyan etmesine binaen hadisede muhkem kaziye bulunduğundan bahsile dâva reddedilmiştir. Dâvacı sulh olduğunu beyan etmişse de böyle bir sulhname ibraz edilmemiş ve mahkemece de sulh aktine müstenit bir hüküm verilmemiştir. Dâvacının dâvadan vazgeçmesi ise mahkeme haricindeki sulh sebebine müstenit bulunmaktadır. Sulh tahakkuk etmişse esas haktan vazgeçilmiş demektir. Yoksa mücerret dâvadan vazgeçmek dâvayı takip etmiyeceğini beyana matuftur. Esasen dâvacının dâvadan vaz geçtiğini beyan ettiği sırada duruşma dâvalının gıyabında cereyan ettiği ve keyfiyet dâvalının ittilaına erişmediği cihetle vazgeçmenin esas hakka tâalluk ettiği ileri sürülemez. Bu cihetler düşünülmeksizin ve keşif de yapılmış olmasına rağmen yazılı -şekilde mütalâa beyaniyle dâvanın reddine karar verilmesi yosuzdur. Temyiz itirazları varit bulunduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 nci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 1175 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 28/2/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

TAPULAMA — İLÂNEN TEBLİGAT

ÖZÜ : 5602 sayılı kanun gereğince ilân yapıldığı hallerde dâvacı mevkiinde bulunan hazineye 6091 numaralı kanunla eklenen fıkra mucibince ayrıca tebligat icrasına lüzum ve mahal bulunmadığı hakkında.

(5602 SK m. 33)

(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 30/5/1961 gün E. 5327, K. 4996)

Taraflar arasında tapulama tesbitinden mütevellit dâvadan dolayı verilen hükmün temyizen tetkiki maliye hazinesi tarafından müddetinde istenilmekle dosyadaki kâğıtlar okunup gereği düşünüldü :

Tapu kaydına istinatla yapılan tapulama tesbitine mümeyyiz dâvacı hazine tarafından başka bir tapuya dayanılarak itiraz edilmiştir. Duruşma günü 5602 sayılı kanun hükümleri dairesinde ilân edilmiş olup hazine dâvacı mevkiinde olduğundan sözü geçen kanunun 33. cü maddesine 6091 numaralı kanunla eklenen fıkra mucibince ayrıca tebliğat icrasına lüzum ve mahal bulunmamaktadır. Hazinenin bu cihete makul temyiz itirazları

813

yerinde değildir. Ancak dâvacı hazine itiraz arzuhalinde nizalı parselin hazineye ait tapu muhtevası olduğunu ileri sürmüştür. Bu hususta tapu sicil memurluğuna yazılan tezkereye verilen cevapta eski ada ve parsel numarasının bildirilmesine lüzum gösterilmiştir. Nizalı parselin bulunduğu birlikte eskiden kadastro tahdidi yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise nizali parselin o zaman neye müsteniden kimin adına tahdit edilmiş olduğu hususunun araştırılması, sonucu dairesinde bir karar ittihazı icab ederken bu cihetin eksik bırakılması isabetsiz hazinenin bozma dileği bu bakımdan yerinde olduğundan kabuliyle hükmün bozulmasına sair hususların şimdilik incelenmesine mahal olmadığına ve 5602 sayılı kanunun 54. Maddesi gereğince harç alınmasına mahal olmadığına 30/5/1961 tarihinde ittifakla karar verildi.

II — YARGITAY CEZA KARARLARI

C. SAVCISININ TEMYİZİ — KONUT DOKUNULMAZLIĞI

ÖZÜ : 1 — Bir hükmü temyiz eden C. Savcısının Temyiz dilekçesini hükmü veren mahkeme hâkim veya reis veya o derecede diğer bir hâkime verip havale ettirmeden yalnız kendi havalesiyle mahalli mahkeme başkâtibine kayıt ettirmiş ve süresinde verildiği başkâtibin imzasiyle tevsik edilmiş olması halinde bu yolda işlem ceza yargılama usulü Kanununun 293. maddesi karşısında C. Savcısınında başvuracak kanunî mercide bir yanılması sayılarak bu isteği kanunî mercie verilmiş geçerli bir Temyiz olarak kabul edilmelidir.

2 — Üst katında kadın hükümlü ve tutuklarının kaldıkları bir ceza evinin alt katında yalnız gardiyan kadının oturup yatmasına bırakılmış olan odasına bu kadın gardiyanın dışarıdan gönlü ile bir yabancı kişiyi alıp kabul etmesinde konuta izinsiz girme şartı ve unsuru gerçekleşmemiştir. Giren kişi Ceza K. nun 193 maddesiyle cezalandırılamaz.

(CMUK m. 293, 310 — TCK m. 193)
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 6/3/961 gün E. 4/1, K. 1)

Dosyaya göre üst Salihli C. Savcısı temyiz dilekçesini hükmü veren hâkime verip havale ettirmeden kendisi mahkeme kalemine gönderip Başkâtibe kaydettirdiği için bu yolda işlemin Ceza Yargılama Usulü Kanununun 310. maddesine uymadığından tebliğnamede, savcının temyiz isteğinin reddine karar verilmesi istenmiş bulunmakla bu cihet öncelikle görüşüldü :

Üst savcı temyiz dilekçesini mahalli mahkeme başkâtibine kendi havalesiyle kaydettirmiş ve süresinde temyiz ettiğini tespit ve tevsik eylemiştir. Temyizde aranan esas da hükmün incelenmesi isteğini açıklamış olmaktır ve bunun tespitidir.

Ceza Yargılama Usulü Kanunumuzun 310. maddesinde (dâvayı temyiz talebi.....hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya bu husta zabıtvarakası tutmak üzere Başkâtipliğe yapılacak bir beyanla olur, zabıtvarakası Reis veya Hâkime tasdik ettirilir) denilmekle beraber aynı kanunun 293. maddesinde de (kabule şayan bir müracaatte ka-

815

nun yolunun veya merciin tâyininde yapılan bir hata; müracaat edenin hukukunu ihlâl etmez) diye yazılıdır.

Üst Salihli C. Savcısı hükmünü temyiz edeceği Kula Asliye ceza mahkemesi derecesinde bir hâkime, bulunmazsa aynı yetkiyi hâiz bir başka hâkime temyiz dilekçesini havale ve kaydettirmesi usulün 310. maddesi gereğinden ise de seyrek bile olsa başvuracakları kanun yollarını veya kanunî mercileri tâyinde C. Savcılıklarının da yanıldıkları olmaktadır. Sanık veya dâvacılar için kabul olunagelen bu yanılma ihtimalinin C. Savcıları için kabul edilmemesine bir sebep ve kanunî bir sakınca yoktur. Yargıtay özel dairelerinin çoğunluğu ve Ceza Genel Kurulunun da benzer işlerde kanunî mercilerin seçilmesinde C. Savcılarının yanıldıkları kabul ve istemleri kanunî merciye verilmişçesine geçerli sayan kararları ve içtihatları vardır. Tebliğnamedeki düşüncenin oyçokluğu ile reddine karar verildikten sonra sanığın ve üst savcının temyizleri üzerine dosya incelenerek aşağıdaki karara varıldı :

Dosyaya, soruşturma, duruşma ve keşif tutanaklarına göre Kula kadın cezaevi, iki katlı bir yapı olup üst katındaki odalarda kadın tutuk ve hükümlüler kalmakta, kadın gardiyan Pakize Ürkmez ise kendi oturması ve gecelemesi için ayrılan alt katta ve hükümlü ve tutukluların kaldıkları yerlerle ilgisi olmayan bağımsız bir diğer odada kalmaktadır. Görüşüp tanıştığı sanığı işte yalnız kendi konutu olan bu odaya almış ve sanık onun izniyle buraya girmiştir. Gardiyan kadın görevini kötüye kullanmak suçundan Türk Ceza Kanununun 240. maddesiyle mahkemeye verilmiş ve cezalandırılmış bulunmaktadır. Böyle olunca da sanık üst katta kendilerine ayrılmış odalarda kalan hükümlü ve tutuk kadınların konutları sayılan odalara girmiş ve onların konut dokunulmazlığını bozmuş sayılamaz. Bir hizmetçinin veya kadının kötü maksadıyle eve baskısını alması hali inceleme konumuz olaya benzemez ve buna örnek gösterilemez. Bu olayda konuta izinsiz girme şartı .gerçekleşmiş değildir. Özel daire ilâmında yazılı bozmaya uyulmayıp eski hükümde ısrar edilmesi kanuna aykırı, sanığın ve üst Salihli C. Savcısının temyiz itirazları ve tebliğnamedeki düşünce yerindedir.

Sonuç : İtirazların kabulüne ve yukarıda açıklanan sebepten hükmün tebliğname gibi bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve on lira bozma harcının ileride haksız çıkarsa sanıktan alınmasına 6/3/1961 gününde Temyizin usulünde olduğunda oyçokluğu ve işin esasının bozulmasında oybirliğile karar verildi.

816

ORMAN SUÇUNDA MÜKERRERLİK

ÖZÜ : 6831 sayılı Orman Kanununun 108. maddesinin 6 fıkrasında yazılı olan (Mükerrerler bu hükümden faydalanamazlar) hükmünden mutlak bir mükerrerlik değil yine zor alımı söz konusu canlı hayvanla ve Tarım arazileri kullanılmak yoliyle işlenmiş ve kendisi köylü ve çiftçi olduğu için o suçun işlenilmesinde kullanılan hayvan ve arazilerinin zor alımına karar verilmemiş olan bir orman suçunun mükerrerliği kasdedilmiştir.

(6831 SK m. 108/6 — TCK m. 81)
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 6/3/961 gün E. 3/31, K. 31)

Dosyaya göre sanık Mehmet Tezcan 21/1/1960 da ormandan kerestelik olmayan nitelikte ağaç ve kök kesip iki merkebe yükleyerek pazara satmağa getirirken yakalanmış olduğu için 6831 sayılı Orman Kanununun 91/1. maddesiyle mahkemeye yollanmış ve yargılaması sonunda bu madde ile verilen hapis ve para cezası (1960 yılında yerine getirilmiş olan yine o kanunun 91/1 ve Türk Ceza Kanununun 81/1. maddeleriyle verilmiş ve kesinleşmiş sekiz gün hapis ve 1160 kuruş ağır para cezası hükümlülüğü tekerrüre esas alınarak) Türk Ceza Kanununun 81. maddesinin ikinci fıkrasiyle arttırılarak cezalandırılmış yakalanan odunlarla birlikte bunların taşınmasında kullanılan merkeplerin de zor alımına karar verilmiş ve bu hüküm özel dairece incelenerek, köylü ve çiftçi olan sanığın merkeplerinin zor alımına karar verilmesi kanuna aykırı görülerek hüküm bozulmuş ise de, sanık mükerrir olduğundan bu haktan faydalandırılamayacağı gerekçesiyle eski hükümde israr edilmiştir.

2) 6831 sayılı Orman Kanunun 108. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında (kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtaları kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsaderesine hükmolunur. Ancak, çiftçi köylü olup köyde sakin bulunduğu ve ziraat işlerinde kullanılan ve kendilerine ait bulunan vasıtalarla bizzat nakliyat yaptığı anlaşılanların (at, kısrak, katır, merkep. öküz, inek, manda) ile kağnı, araba ve koşumları hakkında müsadere hükmü tatbik olunmaz) denildikten sonra bunu kovalayan 6 ncı fıkrasında da (mükerrirler bu hükümden faydalanamazlar) diye yazılı bulunduğu görülmektedir.

3) Bu fıkradaki mükerrirlikten mutlak tekerrür mü, aynı cinsten işlenmiş suçların mükerriri olmak mı, yoksa yine zor alımı söz konusu canlı hayvanlar ve tarım araçlarının kullanılması yoluyla işlenmiş bir suçun mükerriri olmak mı ? kastedildiği araştırılırsa görülüyor ki kanun

817

koyucu köylü ve çiftçi olan ve köyde oturup çiftçilikle uğraşan kişileri bu işte kullanılmakta oldukları canlı hayvanlar ve araçlarından yoksun bırakmamak amacını gütmüştür ve bu gibilerin bu çeşit araçları ve canlı hayvanlarını kullanarak işledikleri orman suçlarında kendilerine acıyarak bunları zor alımdan istisna etmiştir. O halde (kanundaki mükerrirler bu hükümden faydalanamaz) sözünün de bu görüşe bağlı kalınarak değerlendirilmesi gerekir. Bundan da birkez bu canlı hayvanlar ve araçlar bir orman suçunda kullanıldığı halde bunları kullanan çiftçi ve köylü olduğu için bunların zor alımı yoluna gidilmemişse bu hüküm yerine getirildikten sonra o kişinin o hayvanlar ve araçları veya başka hayvan ve araçları yeniden işlediği bir orman suçunda kullanması halinde önce gösterilmiş olan acımaya değer bir insan olmadığı anlaşılacağı cihetle ikinci birkez bu haktan faydalandırılamayacağı sonucuna varılır. Nitekim kanunun kabulü sırasında bu maddeye konan gerekçede de bu anlayış açık olarak belirtilmiş bulunmaktadır. Demekki buradaki mükerrirlikten maksat, hayvan veya araç kullanılarak bir orman suçu işlemek te mükerrirliktir, yoksa her hangi bir orman suçu sebebiyle mükerrir olmak değildir.

4) Yapılan açıklamalara göre özel daire ilâmında yazılı bozmaya uymak gerekirken eski hükümde israr edilmesi kanuna aykırıdır, sanığın temyiz itirazları bu bakımdan yerindedir. Onama isteyen tebliğnamenin reddi, hükmün bozulması gerekli görülmüştür.

Sonuç : İtirazların kabulüne, tebliğnamenin reddine hükmün yukarıda yazılı sebepten bozulmasına ve on lira bozma harcının ileride haksız çıkarsa sanıktan alınmasına 6/3/1961 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

ESRAR KAÇAKCILIĞI — AF KANUNU TEMYİZ TETKİKATI

ÖZÜ : Esrar kaçakcılığından Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesinin 3 ve 4. fıkraları ve 59. madde uygulanarak ağır hapis ve ağır para cezasiyle birlikte 2 sene 6 ay olarak hükmedilen ve yine hüriyeti bağlayıcı bir ceza olan sürgün cezasının 113 sayılı kanunun 134 sayılı kanunla tadil edilen birinci maddesine dayanılarak üçte birinin indirilmesiyle yetinilmeyip mikdarına göre büsbütün kaldırılması icap ettiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmekle kalınmayıp Ceza Yargılama Usulü Kanununun 322 inci maddesinin âmir hükmüne uyularak Temyiz mahkemesince esasa da hükmedilmesi sürgün cezası büsbütün kaldırılarak mahkeme kararının bu düzeltilmiş şeklinin onanması gerekmektedir.

818

(TCK m. 403 ve 3/4 fıkraları TCK m. 59 (113 SK 134 SK değiştirilen birinci maddesinin B. C. bentleri)
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17/4/961 gün E. itiraz 63, K. 65)

Dosyaya göre sanık Ahmet Sevinçgir, 2/10/1959 da işlediği esrar kaçakcılığından yargılanarak suçu sabit görülüp Türk Ceza Kanununun 403. maddesinin 3 ve 4. fıkraları ve 59. madde ile 8 yıl 4 ay ağır hapis. 833 lira 30 kuruş ağır para cezası ve 2 sene 6 ay süre ile Keskin de çektirilmek üzere sürgün cezasına çarptırılması gerektiği kabul olunmuş ve fakat 113 sayılı af kanununun 1. maddesinin C. bendi uyarınca ağır hapsina beş yılı, ağır para cezasiyle sürgün cezasının da üçte bireri indirilerek üç yıl, dört ay ağır hapis ile 555 lira 50 kuruş ağır para cezasına ve bir yıl, sekiz ay süre ile sürgünde bırakılmasına 26/11/1960 gününde karar verilmiştir. Sanığın temyizi üzerine Beşinci Ceza Dairesince incelenen bu karar, sürgün cezasının hürriyeti bağlayıcı bir ceza olması ve miktarı itibariyle 113 ve 134 sayılı af kanunlarının 1. maddesinin B bendi gereğince büsbütün kaldırılması gerekirken üçte bir oranında indirilmiş olması yüzünden temyiz etmemiş olan diğer sanığa da teşmil edilmek üzere 3/2/1961 günlü ilâmla bozulmuştur. C. Baş savcılığı özel dairenin bu bozma kararının kaldırılmasını ve sürgün cezasının büsbütün kaldırılarak hükmün kalanı üstünden onama kararı verilmesini itiraz yoluyla istemiştir.

1) Sürgün cezasının dahi hürriyeti bağlayıcı bir ceza olması dolayisiyle 113 sayılı kanunun 134 sayılı kanunla değiştirilmiş 1. maddesinin (C) bendi gereğince ve ağır hapis cezasiyle beraber hükmedilmiş bulunmasına rağmen tamamının kaldırılması gerekeceği konusunda Baş savcılıkça özel daire arasında görüş birliği vardır ve Genel Kurul dahi bu görüşü doğru bulmaktadır.

2) Ceza Yargılama Usulü Kanununun değişik 322. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde (vakıanın daha ziyade tenvirine hacet kalmaksızın beraete veya tahkikatın tatiline karar verilmesi iktiza ederse) Yargıtayın bozma ile yetinmeyerek dâvanın esasına dahi hükmedeceği bildirilmektedir. Nitekim af kanunlarının çıkması halinde bu hükme dayanılarak kararın bozulmasına ve ceza dâvasının ortadan kaldırılmasına Genel Kurulca ve dairelerce karar verilmektedir.

İnceleme konusu olayda da sürgün cezası bakımından bir kaldırma kararı verilmesi sözkonusu olduğu cihetle bu hükmün uygulanması gerektir.

3) Kuruldaki görüşmeler sırasında bu hükmün uygulanıp esas hakkında karar verilebilmesi için af kanununun, mahkemenin kararından

sonra çıkmış olmasının şart bulunduğu af kanununun mahkemenin kararından önce çıkmış ve mahkemenin kararında belli bir şekilde uygulanmış olması halinde dairece, mahkemenin af kanununu uygulayışının doğru bulunmadığı takdirde düzeltilerek onama kuralının uygunlanmayıp bozma yoluna gidebilmesinin ve böylece mahkemenin israr etmesinin ve şayet Yargıtay dairesinin görüşünde bir yanılma varsa bunun belirtilmesine ve Genel Kurulda tartışılıp karara bağlanmasına imkân bırakılmasının gerektiği ve beşinci ceza dairesinin uygulamalarının dahi bu yolda olduğu ve usul kanunumuzda yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelere ısrar yetkisi tanınmış olduğundan 322 madde hükmünün ancak bu yetki gözönünde tutularak uygulanabileceği bildirilmiştir. Fakat bu görünüş çoğunlukça doğru bulunmamıştır.

a) Usulün 322. maddesinde yazılı şartların gerçekleşmesi halinde işin esasına hükmetmek veya etmemek, Yargıtay ceza dairesinin veya Ceza Genel Kurulunun takdirine bırakılmış değildir. Zira, maddenin 1 fıkrasında (bizzat dâvanın esasına hükmeder) denilmektedir ki, bu yazılış hükmün âmir hükümlerden olduğunda tereddüde yer bırakmamaktadır. Kanunumuzun me'hazı Alman kanununda bulunmayan ısrar müessesesinin kanunumuzda benimsenmiş olmasına rağmen bozma ile yetinilmeyerek esas hakkında hüküm verme (diğer deyimle düzeltilerek onama) kuralının dahi kanun koyucu tarafından kabul edilmiş bulunduğu ve bu kuralın imkân bulunan hallerde dâvanın daha çabuk ve daha az masrafa ve yüke katlanılarak çözülmesini sağlamak üzere kanuna konulmuş olduğu, yani 322 maddenin birinci fıkrası hükmünün kanuna konulmasıyla güdülen amaç, gözönünde tutulunca bu hükmün uygulanmasında mahkemenin israr yetkisinin hesaba katılamayacağı görülür.

b) Birinci fıkradaki âmir hüküm ile düzeltilerek onama yolu kabul edildikten sonra ikinci fıkrada (sair hallerde Temyiz Mahkemesi işi ..... mahkemeye gönderir) denilmiştir ki, bu yazılış, ancak ve ancak (şartlarının gerçekleşmemiş bulunması dolayısiyle) düzeltme yoluna gidilemeyen durumlarda bozma ile yetinileceğini göstermektedir. Daha açıkçası kanun koyucu mahkemelerin ısrar hakkını yalnız kararların bozulması ile yetinilmesi gereken haller için kabul etmiş olmaktadır.

c) 322. maddenin birinci fıkrasında sayılan 4 hali düşünürsek bütün bu hallerde dahi mahkemenin ısrar kararıyle Yargıtay dairesinin yanıldığını meydana çıkarabileceği durumlar olabilir. Fakat kanun koyucu bu hallerde Yargıtayın görüşünün mahkemenin görüşünden daha üstün tutulması gerektiğini kabul etmiş bulunmaktadır. hele delilleri mahkemenin takdir etmiş ve hükümlülük kararı vermiş bulunmasına rağmen

820

Yargıtayca beraete karar verilmesi imkânı, Yargıtayın görüşünün üstün tutulduğunu belirmektedir.

ç) Görüşmeler sırasında 1918 kaçakçılığın yasak edilmesi ve kovuşturulmasına ilişkin kanunun 59. maddesinin ikinci fıkrasının cümlesi hükmünün dahi usulün 322. maddesinin birinci fıkrası hükmünün dar bir şekilde uygulanması gerektiği yollu görüşü haklı gösterdiği ileri sürülmüştür. Fakat söz konusu cümlenin yazılışında kullanılan (gibi) sözü, aksi görüsü değil, tam tersine burada benimsenen görüşü haklı gösterir niteliktedir. Gerçekten, söz konusu cümle (Temyiz Mahkemesi kanun maddesinin numarasında yanlışlık vuku'u veya hüküm mahallindeki tavsife göre cezası daha hafif olan maddenin tatbiki icabederken daha ağır olan ve tavsife uymayan maddeye göre ceza tâyin eder.) şeklindedir.

4) Bu sebeplerle itiraz yerinde bulunduğundan kabul edilmesiyle özel dairenin bozma kararının esas karardaki sürgün cezası büsbütün kaldırılıp doğru hüküm tesis edilerek tamamlanması, diğer deyimle mahkeme kararının düzeltilerek onanması gerekli görülmüştür.

Sonuç : İtirazın kabulüne ve itiraz konusu beşinci ceza dairesinin 3/2/961 günlü kararının kaldırılmasına ve mahkeme kararının sadece sürgün cezasına ilişkin bölümünün, bu ceza büsbütün kaldırılarak düzeltilmesine, yarım duruşma harcının da bu sebeble kalan ceza karşılığı 88 lira 50 kuruşa indirilmesine ve kararın bu düzeltilmiş şeklinin hükmü temyiz etmemiş bulunan diğer sanık Mihaile de teşmil edilmek üzere onanmasına ve depo parasının sanık Ahmet'e geri verilmesine ve 177 lira onama harcının sanık Ahmet Sevinçgir den alınmasına 17/4/1961 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

ORMAN KANUNU — ORMANIN GENÇLEŞTİRMEYE AYRILMASI İDARİ TASARRUF — DUYURULMASI

ÖZÖ: 6831 sayılı orman kanununun 19. maddesinde sözü geçen ormanların gençleştirmeye ayrılması aynı kanunun 23. maddesindeki anlamda burada yeniden orman yetiştirip gelişinciye kadar muhafaza ormanı olarak ayrılması demek olup bir ormanın gençleştirmeye ayrılması işlemi bir idari tasarruf bulunduğundan 23. maddede gösterildiği şekilde gençleştirmeye ayrılan ormanın sınırları belli edilerek civar köy ve kasabalarda halka duyurulduğu soruşturularak tesbit edilmedikçe orman kanununun 95. maddesinin son fıkrasına dayanılarak verilecek ceza ikiye katlanamaz.

(6831 SK m. 19, 23 95)
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24/4/961 E. 3/45, K. 47)

Dosyaya göre sanık, Devlet ormanına izinsiz keçi sokmuş olduğundan yargılaması yapılıp işletme müdürlüğünün 2/6/1960 günlü karşılık yazısında, buranın 1957 yılındanberi gençleştirmeye ayrılmış alanlardan olduğunun bildirilmiş bulunmasına dayanılarak 6831 sayılı kanunun 19. maddesi yoluyla 95. maddesinin birinci fıkrasiyle verilen ceza son fıkrasiyle ikiye katlanarak hükmedilmiştir. Bu karar, sanığın temyizi üzerine incelenerek 6831 sayılı orman kanununun 23. maddesi hükmüne göre gençleştirmeye ayrılmış bulunan orman sahasının sınırları belli edilerek cıvar köy ve kasabalarda ilân yapılıp yapılmadığı usulünce soruşturulmadan sözü geçen 95. maddenin son fıkrasiyle cezaların iki kat olarak hükmedilmiş olmasının yanlış bulunması sebebiyle bozulmuştur.

95. Maddede cezası konan yasağın, kanunun 19. maddesinde olduğu. 23. maddedeki yasağın cezası ise 111. maddede bulunduğu, 23. maddenin inceleme konusu olayda bir ilgisi bulunmadığı muhafaza ormanlariyle gençleştirmeye ayrılmanın aynı şeyler olmadığı ileri sürülerek eski hükümde ısrar edilmiştir.

6831 sayılı orman kanununun 23. maddesinin birinci fıkrasında (..... yerler daimî olarak, tahribedilmiş veya yangın görmüş Devlet ormanları da istihsal ormanı haline gelinceye kadar ziraat vekâletince muhafaza ormanı olarak ayrılabilir .....) denmektedir. Görülüyorki diğer bazı zorunluklar yüzünden gerekli görülen Devlet ormanları hali ve fundalıklar daimî olarak muhafazaya ayrılabilecekleri gibi tahribedilmiş veya yangın görmüş orman alanlarını da buralarda yeniden orman yetiştirip gelişinceye kadar belli bir süre için muhafaza ormanı olarak olarak ayrılabilir. İşte traşlama kesinti yapılarak harabedilmiş bir orman alanının gençleştirmeye ayrılması da bu çeşitten bir muhafaza ormanı haline konması demektir.

Gerçi kanunlar yayımından başlayarak veya yine kanunda konacak bir süre sonradan başlamak üzere yürürlüğe girerler ve bunlara karşı gelenlerin (kanunu bilmiyorduk) demeleri kendilerini cezadan kurtaramaz ise de olayımızda durum böyle değildir.

Orman kanununun 95. maddesinin son fıkrasında (yanmış orman sahalariyle alelumum gençleştirme sahalarına, gençleştirmeye tefriki tarihinden itibaren 15 sene içinde hayvan sokulması veya başı boş bırakılmak yüzünden girmesi hâlinde yukarıda yazılı cezalar iki misli tatbik olunur) denilmektedir. Bu maddede geçen gençleştirmeye ayırma, ancak idarî bir karar ile olur. Demek ki, gençleştirmeye ayırma bir idarî tasar-

822

ruftur. Kanun ormana izinsiz keçi sokmağa salt bir ceza koymuştur. İzinsiz hayvan sokan o cezayi görür. Çünkü bu bir kanun hükmüdür. Fakat hayvan sokulan yerin idarenin tasarrufiyle (verilecek cezayi ikiye katlayarak hükme sebep sayılacak) gençleştirmeye ayrılmış olduğunu bilmedikce oraya hayvan sokanın cezası arttırılamaz. Çünkü idarî tasarruf, ceza artırmanın kanuni sebebidir ve yurttaşların hukuki durumları üzerinde değişiklik meydana getirecek idarî bir işlemin yurttaşların bilgisine ulaştırılması ise idare hukukunun ana kurallarındandır. İnceleme konusu ceza hükmünün uygulanmasında bu ana kuralın dahi gözönünde tutulması idare hukuku bakımından zaruridir. Yurttaşın idarî kararı bildiğini kabul edebilmek için de belli şekil ve yollarla o kararın halkın bilgisine ulaştırılmış olması gereklidir. Özel dairenin bozması bu bakımlardan yerindedir.

Bozmaya uyulmak ve soruşturma eksiği tamamlandıktan sonra hüküm verilmek gerektigi düşünülmeden ısrara karar verilmesi kanuna aykırı ve sanığın temyiz itirazları bu bakımdan yerindedir. Israra ilişkin bölümünün onanması ve diğer yönlerin incelenmesini isteyen tebliğnameki düşünce yersizdir. Bozma yapıldığına göre de daireye verilmesi uygun görülmemiştir.

Sonuç : Tebliğnamenin reddine ve temyiz olunan hükmün yukarıda yazılı sebepten Bozulmasına ve on lira bozma harcının ileride haksız çıkarsa sanıktan alınmasına 24/4/1961 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

ORMAN KANUNU — SANIK LEHİNE HÜKÜM

ÖZÜ : İşlenen bir orman suçundan dolayı 6831 sayılı Orman Kanununun 108. maddesiyle verilmiş olan hüküm ayni kanunun 91. maddesinin olaya uygun bulunması halinde ve yalnız sanığın Temyizi üzerinede Temyiz Mahkemesince bozulabilir. Çünki olaya uygulanan ve uygulanması doğru olduğu sanılan maddelerin özelliği olan bir olaya ayrı ayrı uygulamalar yapmadan maddelerin mücerret dış görüşleriyle karşılaştırılmalariyle birinin veya diğerinin sanık lehine olduğu peşin olarak kabul edilemez. Ve 91. maddenin sanık aleyhine olacağı düşüncesiyle ve sadece sanığın Temyizi bulunması hükmün bu yüzden bozulmasına engel sayılamaz.

(6831 SK m. 108, 91)

(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24/4/961 E. 3/47, K. 49)

1) Dosyaya göre sanık Hüseyin Değer, ormandan öküz arabasiyle

825

950 desimetre küp hacminde birtane kaçak çam tomruğunu taşırken yakalandığından 6831 sayılı Orman Kanununun 91. maddesinin birinci fıkrasiyle hakkında kamu dâvası açılmış olup yargılaması sonunda, sabit görülen eylem sadece bir taşıma suçu olarak kabul olunarak yine o kanunun 108. maddesinin birinci ve son fıkrasiyle yedi gün hapis, 50 lira ve ayrıca yüz lira ağır para cezasına çarptırılmış, yalnız kendi temyizi üzerine özel dairece incelenerek (sanığın savunması ve suç tutanağı münderecatına göre 91. madde yerine 108. madde ile cezalandırılmış olması) bakımından hüküm bozulmuş, ısrar yoluyla verilen 25/11/1960 günlü hükmü de sanık ve C. savcısı temyiz ettiklerinden Ceza Genel Kurulunca incelenip o zamanki içtihada uygun olarak (Kaçak ağaçları ormandan çıkaranlar için kanunun 91. maddesinin 3. fıkrasiyle konan ceza kaçak ağaçları bilerek taşıyan ve bulunduranlara 108. madde ile konan cezadan daha ağır olduğu halde buna ve yalnız kendi temyizine rağmen sanığın aleyhine bozulmuş ve ısrar yoluyla verilip yine sanık lehine olan hüküm sonucu bakımından doğru görüldüğünden (ısrar edildiği halde verilen bozma harcı kaldırılarak düzeltilip) onanmasına 9/1/1961 de karar verilmiştir.

Bu onama kararına karşı C. Baş savcılığı, 6831 sayılı kaununun 91. maddesinin 3. fıkrasındaki ceza 108. maddedeki cezadan daha aşağı ve sanığın lehine olduğunu ileri sürerek ve Ceza Genel Kurulunun 13/2/1961 gün ve itiraz 3/65 - 20 sayılı kararına dayanarak onama kararının kaldırılmasına ve ısrar hükmünün bozulmasına karar verilmesini karar düzltme yoluyla istemiştir.

2) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13/2/1961 gün ve itiraz 3/65 - 20 sayılı kararında etrafiyle açıklanmış olduğu üzere esas konu bu olayda 6831 sayılı Orman Kanunun 91. maddesinin 3. fıkrasındaki ceza mı, yoksa 108. maddesinin birinci fıkrasındaki ceza mı sanığın lehine olduğunun tâyinidir.

Bir kanunun iki ayrı madde ve fıkrasının toptan ve mücerret bir şekilde karşılaştırılarak şu veya bunun sanığın lehine veya aleyhine olacağını peşin olarak kabul etmek, her vakit doğru sonuç vermez. Bunun için de uygulanmış olan ve uygulanması lehe olacağı sanılan madde ve fıkra belli bir olaya bütün özellikleri gözönünde tutularak ayrı ayrı uygulanmalı, verilen cezalar karşılaştırılmalı ve hangisinin uygulanması sanığın lehine olduğu ve olacağı kestirildikten sonra o madde ve fıkra ile esas uygulama yapılarak hüküm verilmelidir. Nazariyatta sanığın lehine olan kanun hükmünün belli edilmesinde ileri sürülmüş olan çeşitli yollardan birisi ve en önemlisi bu yodur. Bu yol, ünlü hukukçular ve özellikle

İtalyan ceza kanunu şarihi Majno, İsviçre Fedaral ceza kanununu şerheden profesör Logoz ve profesör doktor Faruk Erem taraflarından da benimsenmiş bulunmaktadır.

Hal böyle iken mahkemece 6831 sayılı orman kanununun 108. maddesinin birinci fıkrasiyle verilmiş olan ceza, 91. maddesinin 3. fıkrasiyle konan cezadan daha ağır olduğu özel dairece kabul edilerek hüküm bozulmuş ve ısrar kararı da sonucu bakımından sanığın lehine olduğu ve evvelce aleyhe temyiz eden bulunmadığı için aleyhe bozulmayacağı düşüncesiyle onanmış bulunmaktadır.

Söz konusu her iki maddede hapis cezalarının aşağı ve yukarı sınırları eşit ise de bunlardan 108. maddenin birinci fıkrasında 50 liradan 200 liraya kadar, 91/3. maddede 25 liradan 300 liraya kadar olmak üzere para cezası konulmuştur. Bu iki sınır arasında olayın özelliğine göre mahkemece ne ölçüde para cezası hükmedebileceğini maddelerin dış görünüşleriyle karşılaştırıp kestirmek mümkün olmadığı kolaylıkla anlaşılmakta, bu dahi, cezaların ağırlığını ve hafifliğini belirtmede kullanılan bu son ölçünün doğruluğunu göstermektedir.

3) Yukarıdanberi yapılan açıklamalara göre sanığa 108. madde ile ceza verilmiş olan bir hüküm, kendi temyiziyle 91/3. madde ile ceza verilmemiş olduğu yönünden incelenip bozulabilir ve 91/2. madde ile konan cezanın daha ağır olduğu peşin olarak kabul edilip yalnız sanığın temyizi incelemeğe engel sayılamaz. Ve karar düzeltme isteği yerindedir.

Ceza Genel Kurulunun onama kararının kaldırılması, kendisi tarafından kesilmiş olmasa bile ormanda kesik ve devrik bulunan ağaçların dahi orada parçalanmasına ve ormandan çıkarılmasına 6831 sayılı kanunun 14. maddesinin B. bendiyle yasak konmuş ve 91/3. madde ile de cezası gösterilmiş ve özel daire ilâmında yazılı bozma bu bakımdan yerinde olduğundan uyulmayarak verilmiş olan ısrar kararının bozulması gerekli görülmüştür.

Mahkeme, her iki maddeye ve suçun ve suçlunun özelliklerine göre ceza verecek ve daire bozmasında gösterilen maddeye göre vereceği ceza, ilk def'a verdiği cezadan daha hafif olursa mahkûmiyet kararını o cezaya göre kuracak, yoksa mahkûmiyet kararını yine bozma kararında gösterilen kanun maddesine göre ve fakat ilk def'a bozulan cezayi aşmayan miktar üzerinden verecektir. Zira ilk karar, mahkûm aleyhine temyiz edilmediği için ilk karardaki ceza ve miktarı mahkûm lehine, usulün 326. maddesinin üçüncü fıkrası gerğince usule ilişkin kazanılmış bir hak olur.

825

Sonuç : Karar düzeltme isteğinin kabulüne, Ceza Genel Kurulunun düzeltilmesi istenen 9/1/1961 günlü onama kararının kaldırılmasına ve Koyulhisar sulh ceza mahkemesince verilmiş olan 25/11/1960 günlü ısrar kararının, 3 sayılı bentte gösterilen sebepten yeniden bozulmasına ve on lira bozma harcının ileride haksız çıkarsa hükmü temyiz etmiş olan sanık Hüseyin Değerden alınmasına ve dosyanın C. Baş savcılığına geri çevrilmesine 24/4/1961 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KORUMA MECLİSİ BAŞKAN VE ÜYELERİ T. C. KANUNUNA GÖRE MEMUR

ÖZÜ : 4081 sayılı çiftçi mallarını koruma kanununa göre kurulan koruma meclisi başkan ve üyelerinin görevleri dolayisiyle işledikleri suçlardan dolayı Ceza kanununun memurlar hakkındaki hükümleri uygulanır bunlar arasında esasen memurin muhakematı kanununa tabi olanlar varsa onlar hakkındaki kavuşturma memurin muhakematı kanununa göre yapılır.

(4081 SK m. 4, 23 — 4081 SK izahnamesi m. 23)
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5/6/961 gün E. Tayini Mercî 32, K. 36)

Dosyaya göre Bayındır ilçesi Çırpı bucağı çiftci mallarını koruma başkanı Osman Güleşken hakkında korumaya ait 505 lirayı zimmetinde bırakarak görevini kötüye kullanmaktan yargılanıp Ceza kanununun 240. maddesiyle cezalandırılmak üzere mahalli asliye ceza mahkemesinde soruşturma açılmasına İlçe yönetim kurulunca karar verilmiş, bu kararı itiraz yolu ile inceleyen il yönetim kurulu, sanığın memurin muhakematı kanununa tabi memurlardan bulunmadığı gerekçesiyle ve 4081 sayılı kanunun 23. ve buna ait izahnamenin 23. Maddesine dayanarak Osman hakkındaki lüzumu muhakeme kararının Bozumlasına ve genel hükümlere göre işlem yapılmasına karar vermiş, asliye ceza mahkemesine yollanan evrak üzerine bu mahkeme de yukarıda anılan 4081 sayılı kanun ve izahnamesinin ilgili maddeleri koruma başkan ve üyelerinin memur durumunda olduklarını gösterdiği gibi Yargıtay Ceza Genel Kurulunun içtihadı da bu yolda olduğunu ileri sürerek dâvaya bakmak Asliye Ceza mahkemesinin görevi dışında olduğundan karar vermiş ve uyuşmazlığın giderilmesi ve yargı yerinin belli edilmesi için dosya Kurulumuza verilmiş bulunmaktadır.

Tetkik edilen 4081 sayılı çiftçi mallarının korunması hakkındaki kanunun 5856 sayılı kanunla muaddel dördüncü maddesinde (Mürakabe

826

Heyetiyle koruma meclisine âza seçilebilmek için belediye meclisine âza intihabedilebilmek hakkına asker ve memur olmamak) malik olmak ve aynı ziraî sahada ziraatle meşgul bulunmak şarttır...

Koruma meclisi âzaları ticaret ve sanayi ve ziraat odaları bulunan yerlerde bunların da iştirâkiyle toplanan belediye meclisi tarafından gizli reyle ve dört sene müddetle intihabolunurlar...

Koruma meclisi âzalarından gizli reyle bir reis ve bir reis vekili seçerler.) ve yine mezkûr kanunun 23 üncü maddesinde (bu kanun ile vezifedar olanların vazifeleri dolayısiyle işledikleri suçlara ceza kanununun memurlar hakkındaki hükümleri tatbik olunur. Bu gibilerin ifa ettikleri vazifeden dolayı kendilerine karşı işlenen suçlar memurlar aleyhine işlenmiş sayılır.) ve bu kanuna ait izahnamenin 23. Maddesine ilişkin paragrafta (bu kanun ile kendilerine vazife verilen bekçiler, ihtiyar ve koruma meclisleri reis ve âzaları ve mürakabe hey'eti reis ve âzaları ve bu kanunla kendilerine vazife verilen diğer kimseler vazifeleri dolayısiyle işledikleri suçlar için ceza kanununun memurlar hakkındaki hükümleri mucibince ceza görürler. Vazifedarlar arasında haddizatında memurin muhakemat kanununa tabi olanlar varsa bunlar hakkındaki takibat bu kanun hükümleri dairesinde yürütülür.

Bu kanun ile vazifedar olanlara karşı ifa ettikleri vazifeden dolayı işlenen suçlar memurlar aleyhine işlenmiş sayılır) denilmektedir.

Konu ile ilgili bir mevzuat incelendikten sonra anlaşılacağı veçhile, 4081 sayılı kanun ile vazife verilenlerin vazifeleri dolayısiyle işledikleri suçlardan dolayı ceza kanununun memurlar hakkındaki hükümleri mucibince ceza göreceklerinde ve bunlara karşı ifa ettikleri vazifeden dolayı işlenen suçların memurlar aleyhine işlenmiş sayılacağında şek ve şüphe yoktur.

Tartışma konusu bu vazifelilerin vazifelerinden mütevellit suçlarda memurin muhakemat kanunu hükümlerine tabi olup olmadığıdır.

4081 sayılı kanunla kendilerine vazife verilen bekçilerle muhtar ve âzaların izahnamede belirtildiği veçhile haddızatında memurin muhakemat kanununa tabi kimselerden olmaları sebebiyle bunlar hakkında tereddüt edilemezse de kanunun 4. Maddesine göre koruma meclisine seçilmeleri için asker ve memur olmaları şart olan ve ziraatle meşgul halk arasından seçilen koruma meclis âza ve başkanlarının memurin muhakemat kanununa tabi oldukları düşünülemez. Bu hususta kanunî bir sarahat bulunmadığına göre bunlar hakkında memurin muhakemat kanunu hükümlerinin tatbik edilmemesi yerinde olur.

827

Sonuç : Yukarıda yazılan gerekçeye göre tebliğnamedeki mütalâa varit görülmediğinden reddiyle isabet bulunmayan Bayındır Asliye ceza mahkemesinin 22/2/1961 günlü kararının kaldırılmasına ve bu mahkemenin merci tâyinine ve dosyanın mahalline gönderilmek üzere C. Başsavcılığı memuriyetine verilmesine 5/6/1961 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HIRSIZLIK — EMNİYETİ SUİSTİMAL

ÖZÜ : Biletci olarak çalışdığı yerden para çalarak hırsızlık yapmak hizmet sebebiyle emniyeti suistimal suçunu teşkil eder.

(TCK m. 510)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 24/3/961 gün E. 760, K. 702)

Biletçi olarak çalıştığı sırada Luna park limited şirketinden para çalmaktan sanık; Yılmaz Gökalan hakkında yapılan duruşma sonunda : T. C. K. nun 491/3, 522, 525 inci maddelerine tevfikan ve neticeten dört ay hapsine ve bu kadar emniyeti umumiye nazareti altında bulundurulmasına dair Adana İkinci Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 23/2/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma istiyen 17/3/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

1 — Oluşa ve kabule göre, sanığın fiilinin hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçunu teşkil ettiğinin gözetilmemesi ve neticeten vazife cihetinin düşünülmemesi,

2 — En son sözün sanığa verilmemesi,

3 — Bir çok şahitlerin dinlendiği 24/1/1961 tarihli oturuma ait zabıtnamenin kâtip tarafından imza edilmemiş olması,

Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı itiraz ve istem gibi bozulmasına 24/3/1961 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

828

HIRSIZLIK — İŞTİRAK — SUÇUN SUBUTU

ÖZÜ : 491. Maddenin son fıkrasının tatbiki için suça iştirâk edenler haklarında kamu dâvası açılmış olmakla beraber suçlarının subutu ve iştirâk edeceklerinin taayyünü lâzımdır.

(TCK m. 491 son)
(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 11/4/961 gün E. 979, K. 931)

Hırsızlığa nakıs teşebbüsten Sanık Şükrü Aydın hakkında yapılan duruşma sonunda : Türk Ceza Kanununun 491/3-son, 61, 522, 525 ci Maddelerine tevfikan ve neticeten dört ay müddetle hapis cezasıyle mahkumiyetine ve cezası kadar Emniyeti Umumiye nezareti altında bulundurulmasına dair İstanbul 6. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 7/3/961 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallî C. savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 11/4/961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Oluşa göre mahallî C. savcısının teşebbüse ilişen temyiz itirazı varit değilsede :

9/1/1961 tarihli zabıt varakası münderecatına ve sanığın yanında bulunduğu iddia olunan şahısların suça iştiraki derecesi ve sübutu tesbit edilmemiş ve haklarında dâva açılmamış bulunmasına göre maddenin son fıkrası ile ceza tâyini,

Bozmayı gerektirmiş ve mahallî C. savcısının temyiz itirazları bu itibarla varit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı tebliğname veçhile bozulmasına ve sanık Şükrü Aydın'ın tevkif tarihine ve bozma sebebine nazaran tahliyesine ve başka sebeple hükümlü veya tutuk olmadığı takdirde hemen serbest bırakılması lüzumunun mahalline telle bildirilmesi için C. Başsavcılığına müzekkere yazılmasına 11/4/1961 tarihinde oyçokluğuile karar verildi.

EMNİYETİ SUİİSTİMAL — MESLEKİN İCABI

ÖZÜ : Şöförün para bozması meslek ve san'atı icabından bulunmadığından 508, maddenin tatbiki yerinde olup 510. Madde uygulanamaz.

(TCK m. 510)
(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 11/4/961 gün E. 901, K. 953)

829

Taksi şöförü iken nakil ücreti olarak müşterilerinden aldığı paranın üstünü vermemek suretiyle emniyeti suiistimalden sanık Ali Koç hakkında yapılan duruşma sonunda : T. C. K. nun 508, 523/ son maddelerine tevfikan yirmi gün hapis ve seksen üç lira otuz kuruş ağır para cezasiyle mahkûmiyetine dair Samsun Asliye İkinci Ceza Mahkemesinden verilen 2/2/1961 tarihli hükmün temyiz tetkiki C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 28/3/1961 Tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülünüp görüşüldü :

Şöförün para bozması meslek ve sanatı icabından bulunmamasına göre mahllî C. Savcısını nattbike ilişen temyiz itirazı ve tebliğnamenin 1 sayılı bendindeki bozma sebebi varit değilsede :

1 — Müşteki Şarl duruşmanın ilk celsesinde şikâyeti olmadığını söylemiş ve suçun mahiyeti itibariyle takibi şikâyete bağlı bulunmuş olduğu halde bu cihetin nazara alınmaması,

2 — 26/12/1960 tarihli oturumda sanık vekili tarafından sebkeden tecil talebi hakkında bir karar verilmemesi

Bozmayı gerektirmiş ve temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla varit görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına 11/4/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

5917 SAYILI KANUNA MUHALEFET

ÖZÜ : Men edildiği halde zilyetlik ve zabt ve tasarrufun devamı halinde fiil af kanunu dışında kalır.

(5917 SK)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 11/4/961 gün E. 895 K. 945)

5917 Sayılı Kanuna muhalefetten Sanık Ali Kaya hakkında yapılan duruşma sonunda : sanığa isnat edilen suç 5917 sayılı kanununun şumulû dışında kalıp Türk ceza kanununun 513/2 nci maddesi şumulüne girmesine ve suç tarihi itibariyle hakkındaki dâvanın113 sayılı af Kanununun şumulüne girdiğinden kamu dâvasının ortadan kaldırılmasına dair keşan Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 2/2/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki üst Edirne C. Savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. BaşSavcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 27/3/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

830

Sanık Ali Kaya 26/1/1961 tarihli duruşma celsesinde iki defa men edildiği halde bahis konusu köy merasının halen tasarruf altında bulunduğunu ikrar eylemesine ve zabt ve tasarruf keyfiyetinin devam etmekte bulunması halinde fiilin af kanunu dışında kalacağına nazaran bu cihet nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi.

Bozmayı gerektirmiş ve temyiz itirazı ve tebliğname münderecatına bu itibarla varit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına 11/4/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SUÇUN TEMADİ VE TESELSÜLÜ

ÖZÜ : Bir kasti cürminin efali icraiyesinden olarak kanunun bir hükmünün defatle ihlâlinin bir suç telâkki olunması lâzım olup suçun aftan sonra temadisi ve teselsül devam etmekte iken affın yürürlüğe girmesi halinde bu tarihten evvelki unsur suçlar affa uğrar ve bu tarihten sonrakiler affın şumulü dışında kalır.

(TCK M. 80)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 13/4/961 gün E. 960, K. 971)

Çalıştığı dükkândan geceleyin müteaddit defalar hırsızlık yapmaktan sanık Hüseyin Mete (Akbuğa) hakkında yapılan duruşma sonunda: Türk Ceza Kanununun 492/1, 80, 522, 55/3 üncü maddelerine tevfikan neticeten dokuz ay on gün hapsine dair Bursa Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 13/3/961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Baş savcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 5/4/961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Bir kastı cürminin efali icraiyesinden olarak kanunun bir hükmünün defaatla ihlâli halinin bir suç telâkki olunması lâzım geleceğine ve suçun afdan sonra temadisi ve teselsül devam etmekte iken af kanununun yürürlüğe girmesi halinde bu tarihten evvelki unsur suçlar affa uğramış ve bu tarihten sonrakilerin affın şumulü dışında kalmış olacağına ve hadisede en son suç 8/9/1960 tarihinden onbeş gün evvel ve diğerleri ise af kanununun müntehası bulunan 27 Mayıs 1960 tarihinden evvel işlenmiş bulunmalarına göre hâdisede 80 inci maddesinin tatbiki mümkün bulunmadığı nazara alınmadan cezanın mezkûr madde ile artırılması,

831

Bozmayı gerektirmiş ve sanık Hüseyin Akbuğa nın temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla vârit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına, depo parasının geri verilmesine ve on lira bozma harcının ileride haksız çıktığı takdirde kendisinden alınmasına 13/4/1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

III — UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI

MÂLÛLİYETİN KÜNYEYE İŞLENMEMİŞ OLMASI — TAZMİNAT DÂVASI — İDARİ YARGI

ÖZÜ : Akıl hastalığı ile mâlûl olan er'in bu durumunun askerlik şubesince künyesine işlenmemiş, mâlûliyet sebebiyle dâvacının miras bırakanının ölümüne sebebiyet verilmiş olması yüzünden meydana gelen zararın tazmini dâvasının idari yargı yerinde görüleceği hakkında.

(3546 SK m. 23)

(Uyuşmazlık Mahkemesi 1/7/961 gün E. 17, K. 16)

Erinç İlik tarafından Millî Savunma Bakanlığı aleyhine Ankara Asliye İkinci Hukuk Hâkimliğine açılan dâvanın görülmesi sırasında dâvalı vekilince ileri sürülen görev itirazının reddedilmesi sebebiyle görev konusunun incelenmesi Baş Kanunsözcülüğünden istenilmekle Uyuşmazlık Mahkemesinin 1/7/1961 tarihli oturumunda dosyadaki kâğıtlar okunduktan ve başvurmanın şekline uygun olarak süresinde yapıldığı anlaşıldıktan ve Baş Kanunsözcüsünün dâvanın görülmesi idarî kaza mercii ne ait bulunduğu yolundaki düşüncesi dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dâvacı, Başkale askerlik şubesinde askerlik hizmetini yapan er Yılmaz Bilen'in daha önce iki defa Elâzığ akıl hastahanasine yatırılıp tedavi edildiği halde bu cihetin Adıyaman şubesince künyesine işlenmemiş olması dolayısiyle bu ere silâhlı hizmet verilmiş olduğunu, adı geçenin delirerek Üstteğmen Tevfik İlk'i mavzerle öldürdüğünü, bu olayın ilgili personelin anlatılan hizmet kusuru sonucu olduğunu ileri sürerek maddî ve manevî tazminat alınmasını istemiştir.

Dâva dilekçesinde belirtilen oluşa ve hizmet kusuruna dayanılmış bulunmasına göre mahiyeti açıklanan kusurdan doğan zararın ödetilmesine ilişkin olan bu dâvanın Danıştayda görülmesi Danıştay Kanununun 23. maddesi hükmü gereğidir.

Sonuç : Dâvada idarî yargının görevli olduğuna Ankara Asliye İkinci Hukuk Hâkimliği kararının kaldırılmasına, durumun mahkemesine bildirilmesine Baş Kanunsözcülüğü isteğine uygun olarak 1/7/1961 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

855

VAKIFLARA AİT ARSA ÜZERİNE İZİNSİZ YAPILAN İNŞAAT — ZİLYET ADINA TESCİL — İDARÎ YARGI

ÖZÜ : Dâvacı, Vakıflar idaresince vakfa ait arsanın 6188 sayılı kanun gereğince 3 üncü kişiye temliki yolunda verilen idarî kararın yerinde olmadığını ve bu kararın hükümsüzlüğüne karar verilmesini hedef tutmuş olmasına göre Danıştayın görevsizlik kararının kaldırılması gerekir.

(6188 SK m. 23, 3546 SK m. 23)
(Uyuşmazlık Mahkemesi 1/7/961 gün E. 20, K. 19)

Arif Kaya ile İstanbul Vakıflar Başmüdürlüğü ve Süleyman Girgiç arasındaki dâva dolayısiyle Bakırköy Asliye Hukuk Hâkimliğinden ve Danıştay Sekizinci Dairesinden verilen görevsizlik kararları sebebiyle Danıştay Sekizinci Dairesinden verilen görevsizlik karaları sebebiyel meydana gelen selbî görev uyuşmazlığının giderilmesi Arif Kaya adına avukat Muammer Sinanoğlu tarafından istenilmiş olmakla 1/7/1961 gününde toplanan Uyuşmazlık Mahkemesince dosyadaki kâyıtlar okunduktan ve Baş Kanunsözcüsünün dâvanın idarî yargı yerinde görülmesi gerekeceği yolundaki düşüncesi dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dâvacı 6188 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce Zeytinburnundaki tesiz mahallesinde yaptırmış olduğu 4 numaralı gece kondusunun benzerleri gibi dâvalı idarece kendisine satılması gerektiği halde yanlışlıkla diğer dâvalıya satılmış bulunduğunu ileri sürerek tapunun iptali ni istemiştir.

İptali istenilen tapu; dâvalı idarenin 6188 sayılı kanun gereğince yaptırdığı inceleme sonunda almış olduğu komisyon kararına dayanmaktadır. Gerçekten idare temlikte tamamen serbest bırakılmış olmamakla beraber gayrımenkulleri satıp satmamakta serbesttir. Bu konuda idare gayrımenkulü gerçek zilyedine temlik etme yolunda bir karar vermiştir ve bu karar dahi idarî bir karardır. Dâvacı, idarî kararın uygulanmasında idarenin yanıldığını, gerçek zilyet kendisi olduğu halde başka kimseyi zilyet sanan idarenin malı ona temlik ettiğini ileri sürerek idarî kararın hükümsüzlüğüne karar verilmesini hedef tutmaktadır. Gerçekten, idarî kararlar yürürlükten kaldırılmadıkça ilgililer için hukukî sonuçlar doğurur. O halde Adliye mahkemesinin görevi içindeki bu tapu iptal dâvasının görülebilmesi için herşeyden önce alınan idarî kararın iptali gerektir. Bu gibi idarî kararların iptalini hedef tutan dâvaların ise Danıştayda görülmesi Danıştay Kanununun 23 üncü maddesi gereğidir.

834

Sonuç : Dâvada idarî yargının görevli olduğuna ve Danıştay 8 inci Dairesi kararının kaldırılmasına 1/7/961 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

MAAŞ DEFTERİNİN NUFUS KAYDINA UYMAMASI — İDARÎ YARGI

ÖZÜ : Nufus kayıtlarına aykırı olarak maaş defterine yazılmış olan evlilik yazısının silinmesi dâvasının idarî yargı yerinde görüleceği hakkında.

(3546 SK m. 23)
(Uyuşmazlık Mahkemesi 1/7/961 gün E. 21 K. 20)

Ayşe Durak tarafından hazine aleyhine Bursa Asliye Birinci Hukuk Hâkimliğine açılan dâvanın görülmesi sırasında dâvalı vekilince ileri sürülen görev itirazının reddedilmesi sebebiyle görev konusunun incelenmesi Baş Kanunsözcülüğünden istenilmekle Uyuşmazlık Mahkemesinin 1/7/1961 tarihli oturumunda dosyadaki kâğıtlar okunduktan ve başvurmanın şekline uygun olarak süresinde yapıldığı anlaşıldıktan ve Baş Kanunsözcüsünün dâvanın görülmesi idarî kaza merciine ait bulunduğu yolundaki düşüncesi dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dâvacı, kocası İsmail Hakkıoğlu Hüseyin'in birinci cihan harbinde ölümünden sonra hiç evlenmediği halde maaş defterine yanlışlıkla «Ayşenin tezevvücü» sözlerinin yazılmış olması sebebiyle maaş bağlama işleminin sonuçlanamadığını ileri sürerek maaş defterindeki bu yazının silinmesini istemiştir.

Dâva; İdarece nufus kayitlerine aykırı olarak maaş defterine yazılmış olan evlilik yazısının silinmesi dâvası olup nufus kaydinin düzeltilmesi mahiyetinde değildir. Maaş bağlanması ile ilgili bu gibi idarî tasarrufların düzeltilmesi dâvalarının görülmesi ise idarî yargının görevi içindedir.

Sonuç : Dâvada idarî yargının görevli olduğuna, Bursa asliye birinci hukuk hâkimliği kararının kaldırılmasına, durumun mahkemesine bildirilmesine Baş Kanunsözcülüğü isteğine uygun olarak 1/7/1961 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

885

KRONİK

YENİ HUKUK YAYINLARI

Yazan : Rıdvan Bülent ERCİYEŞ

DEMİROĞLU, Kemal — Nevzat Karagil : Yeni Seçim Kanunlarının Mufassal Şerh ve Tatbikatı. İstanbul 1961 Sıralar Matbaası. 280 S. «Hukukî Siyasî İktisadî ve Kültürel Eserler Serisi NO : 1»

Eser, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçim Kütükleri Hakkındaki 298 sayılı kanun ile Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi hakkındaki 304 ve Milletvekili Seçimine dair 306 sayılı kanunları toplamaktadır. Bu kanunların madde metinlerinin altında şerh ve izahları yapılmış, ilgili Yüksek Seçim Kurulu Kararları gösterilmiştir. Fiyatı 15 liradır.

EGESELİ, Hakkı — Şakir Altay : Evrakta sahtekârlık suçları. Ankara 1961 Yeni matbaa. 4 + 219 S.

Devlet memurlarının, iktisadî devlet teşekkülü memurlarının ve banka memurlarının resmî evrak üzerinde sahtekârlık suçları ve bankalarda meslekî sır ile banka ikramiyelerinin hukukî mahiyetlerinin incelenmekte olduğu eserin birinci bölümü 4 kısma ayrılmıştır. Bu kısımlarda dâvanın açılması, memurin muhakemat kanunu, 1609 sayılı kanun ve adlî vazife incelenmektedir. İkinci bölüm de 4 kısımdır. Memur, Ceza Kanunun tatbikatında memur sayılan ve sayılmayanlara müteallik Yargıtay kararları, iktisadî devlet teşekkül ve memurları, kurum ve teşekküllerle ilgili kanun hükümleri bu bölümün kısımlarıdır. Üçüncü bölümün kısımlarında ise evrak, evrakta sahtekârlık şekilleri, unsurları, iğfal kabiliyeti, hile ve hud'a bakımından zimmet ve ihtilâs grafoloji, resmî evrak sayılan ticarî senetler inceleme konusu yapılmıştır. Dördüncü bölümde banka memurlarının sahtekârlıkları, bankalardaki meslekî sır ve ikramiye; beşinci bölümde memnu hakların iadesi ve değişik şekliyle 113 sayılı Af Kanunu incelenmiştir. Yazarları Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi Reisi ve Azası olan eserin fiyatı 15 liradır.

ESENER, Dr. Turhan : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk — İsviçre Hukuku Bakımından Selâhiyete Müstenit Temsil. Ankara 1961 Ajans Türk Matbaası. XVIII + 220 S.

836

«Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından NO : 150»

Ankara Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Doçenti olan yazarın kitabının baş tarafında sistematik fihrist, bibliyografya sayfaları ve sonunda kavram üzerine arama cedveli bulunmaktadır. Bir başlangıçtan sonra 4 kısma ayrılmıştır. Temsil salâhiyeti, başlıklı birinci kısım bölümlerinde dahilî temsil salâhiyeti, harici temsil salâhiyeti, temsil salâhiyeti ve teme münasebet, temsil salâhiyetinin mevzuu ve şumulü : Başkası namına hareket başlığını taşıyan ikinci kısmın bölümlerinde mümessilin başkası namına hareket ettiğini açıklaması ve açıklamaması halleri; Vasıtasız temsilin hüküm ve neticeleri başlıklı üçüncü kısmın bölümlerinde tensil olunanın ve mümessilin hukukî durumları : başlığı Temsilin sona ernesi olan dördüncü kısmın bölümlerinde temsili sona erdiren sebepler ve temsilin sona ermesinin hüküm ve neticeleri incelenmiştir. Fiyatı 27 liradır.

GÖĞER, Dr, Erdoğan : Akreditif muameleleri ve hukukî mahiyeti. Ankara 1961 Ajans Türk Matbaası. XV + 121 S.

«Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın NO : 20»

Baş tarafında sistematik fihrihst ile bibliyografya sayfaları bulunan eserin ilk beş paragrafında akreditifin nevileri ve hukukî mahiyeti, ikinci bölümünde taraflar arasındaki münasebetler incelenmiştir. Türk hukuk literatüründe ele alınmamış bir konu üzerinde meydana getirilen bu monografi bilhassa ticaret hukuku ile uğraşan tatbikatçılar için önemli bir kaynaktır. Fiyatı 18 liradır.

GÜR, A. Refik : Hâkim ve avukatlara, müesseselere, iş ve meslek mensuplarına hatırlatır. İstanbul 1961 Çeltüt Basımevi. 254 S.

Eski hâkimlerden A. Refik Gür'ün bu kitabı hukukî münasebetlerde mesleklerin icrasında lüzum oldukça başvurulacak nitelikte bir eserdir. Eserin birinci kısmında Medenî ve Borçlar Kanunlarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, İcra ve İflâs Kanununun, Türk Ticaret Kanununun ve isimlâk Kanununun maddelerine göre alfabetik endeksler yerlere ayrılmış, Medeni, Borçlar, Ticaret, İcra ve İflâs Kanunlarında yer almaktadır. Bu kısımda adı geçen kanunların maddelerinde anılan kavramların yanında madde numaraları yer almıştır. İkinci kısım müddet alan tanzim edici müddetler, zamanaşımları, hak düşüren müddetlerin alfabetik endeksleri ve sürelerin beyanı gösterilmiştir. Hukuk dâvaları

837

başlığını taşıyan üçüncü kısımda hukuk dâvalarının çeşitlerine göre vazife. selâhiyet, dâvaya ehliyet ve husumet hallerine işaret olunmuş ve hukuk dâvalarında harçlar gösterilmiştir. Dördüncü Kısım hukuk ve cezada müşküllerin anahtarı başlığını taşımaktadır. Bu kısımda ana kanunlar ve diğer mevzuatla ilgili mefhumların alfabetik endeksi madde numaraları ile birlikte hazırlanmıştır. Beşinci kısım ticaret şirketlerine ayrılmıştır, Şirketlerin mukavele örnekleri, dış ticaret rejimlerine ait sirküler, ithalât talimatnamesi, kota ithal listesi ve şirketler hakkında yapılacak muamele, pul ve formalitelerinin beyanı bu kısımda toplanmıştır. Eserde son olarak yer alan ek bölümde adlî kuruluşa toplu bir bakış ile sulh hâkimleri ve vazifeleri beyan edilmektedir. Fiyatı 15 liradır.

GÜRZUMAR, Fikri - Tekin Gürzumar : Tapu ve Kadastro Külliyatı Muamele ve izahatı. Birinci cilt. Ankara 1960 İstiklâl Matbaası. XVI + 616 S.

Birinci baskısı 1953 yılında yapılan eserin daha kullanışlı bir tertip le meydana getirilen ikinci baskısında da tapu ve kadostroya ait eski ve yeni mevzuat bir araya getirilmektedir. Kanun, tüzük ve kararname metinleri açıklanmıştır. Eserin önsözünde külliyatın 3 ciltte tamamlanacağı bildirilmektedir. Baş tarafında geniş bir sistamatik fihrist bulunan birinci cildin bölümlerinde Osmanlı Devletinin kuruluşundan evvel toprağın idare ve tasarrufu, Osmanlı Devletinin kuruluşundan 1290 tarihine kadar arazi tasaruf ve muameleleri, 1290 tarihinden sonraki mevzuat ve tatbikat, eski tapu teşkilâtı ve tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü kuruluşu, Vakıf gayrimenkul mallar ve bunlarla ilgili tapu ve tatbikatı, miras ve intikal ve bunlarla ilgili tapu muameleleri (Medeni Kanundan evvelki hükümlere göre ve Medeni Kanun hükümlerine göre) deniz, nehir, göl metrukatı ile bunlardan izinli ve izinsiz doldurulan yerler çekek mahalleri ve bataklıkların kurutulmasından meydana gelen arazi bahisleri yer almaktadır. Fiatı 25 liradır.

İNAN, Dr. Ali Naim : Türk Hukukunda ilân suretiyle yapılan vaadler. Ankara 1961. XII + 149 S.

«Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 154»

Ankara Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Doçenti olan yazar eserinin giriş kısmında ilân suretiyle yapılan vaad kavramı üzerinde açıklama yapmış, birinci kısımda müessesenin hukukî mahiyeti ve hukuk sis-

838

temlerindeki durumunu, ikinci kısımda ilân suretiyle yapılan vaadin ve mükâfatlı müsabaka ilânının şarları, hükümleri ve sona ermelerini. üçüncü kısımda ilân suretiyle yapılan vaade ve mükâfatlı müsabaka ilânına benzeyen hukukî müesseseleri incelenmiştir. Baştarafında sistamatik fihristi, sonunda bibliyografya sayfaları ile kavram üzerine alfabetik fihrist ve kanun maddelerine göre arama cedveli bulunan eserin fiatı 14 liradır.

KALPSÜZ, Dr. Turgut : Ticarî satışta ifa mahalli. Ankara 1960 Ajans Türk Matbaası. XXXIII + 218 S.

«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından NO : 144»

Ankara Hukuk Fakültesi Ticaret hukuku doçenti olan yazarın bu monografisi bir girişten sonra 3 kısma ayrılmıştır. Ticarî satışta ifa mahalline müteallik umumî hüküm, kanunun tamamlayıcı hükümleri birinci kısmın; ifa mahallinin hukukî mahiyetini izah etmek üzere ileri sürülen nazariyeler, ifa mahalline müteallik nazariyelerin tenkidi ve netice ikinci kısmın; satıcının aslî borçları ile alıcının aslî borçları üçüncü kısmın bölümleridir. Baş tarafında sistematik fihrist ile bibliyografya sayfaları ve sonunda kavramlar üzerine alfabetik endeks bulunan eserin fiyatı 25 liradır.

POROY, Dr. Reha : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. İstanbul 1961 Sermet Matbaası. XXI + 260 S.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Doçenti Reha poroy'un eseri sistematik biri fihrist ile başlamakta, sonunda bibliyografya sayfaları, kanun maddeleri ve kavramlar üzerine endeksler yer almaktadır. Eser bir «Giriş» ten sonra üç kısma ayrılmıştır. Birinci kısmın bölümlerinde kıymetli evrak mefhumu, kıymetli evrak nazariyeleri, nama ve emre ve hâmile tanzim olunan kıymetli evrakın hususiyetleri, kıymetli evrakın ziyaı ve iptali; ikinci kısmın bölümlerinde genel bilgiler verildikten sonra poliçe, emre muharrer senet veya bono, çek; üçüncü kısmında makbuz senedi ve varant incelenmiştir. Lüzum görüldüğü yerlerde Yargıtay kararları zikredilmiştir. Fiyatı 20 liradır.

REİSOĞLU, Dr. Seza : Sebebsiz iktisap dâvasının genel şartları. Ankara 1961. Ajans Türk Matbaası. XI + 173 S.

839

«Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları NO: 153»

Birinci bölümün paragraflarında sebepsiz iktisap ve kanunumuzdaki mevkii, tarihçesi, sebepsiz iktisap dâvasının mahiyeti ve benzeri dâvalardan tefriki konusu incelenmiş, ikinci bölümün paragraflarında zenginleşme (umumiyet itibariyle, zenginleşmenin tarif ve şumulü, zenginleşmeyi meydana getiren fiil ve hareketler, zenginleşmenin çeşitleri, zenginleşme ile fakirleşme arasında illiyet rabıtası); fakirleşme (umumiyet itibariyle, fakirleşmenin zenginleşmeyle ilgisi olmadığı haller, fakirleşmenin mamelekten bir kıymetin çıkışını icabettirmediği, fakirleşmeye dâvacının maruz kalması); haklı bir sebebin bulunmaması, sebepsiz iktisap dâvasının açılamıyacağı haller, üçüncü bölümün paragraflarında hususî olarak zikredilen sebebsiz iktisap halleri incelenmiştir. Başında sistematik fihristi, sonunda bibliyografya sayfaları bulunan eserin fiyatı 16,50 liradır.

SUNGUR, Hasan Halis: Anayasayı ihlâl suçları ve Türk Ceza Kanununun 146. Maddesi hükümleri. Sakıt iktidarın sorumluluğu. İstanbul 1961 İstanbul matbaası. 390 S.

Eserin bölümlerinde milletlerin ihtilâl hakkı, Yüksek Adalet Divanı, Anayasayı tağyir ve ilga eden başlıca kanun ve kararlar, kabinede açık bakanlıklar bırakılması ve vekil bakanlarla idaresi suretiyle anayasanın ihlâli, temel hak ve hürriyetlerin çiğnenmesi suretiyle anayasanın ihlâli Büyük Millet Meclisi vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs, söylev ve yayınla anayasayı ihlâl suçlarını işlemeğe teşvik. 146. maddedeki suçların unsurları, düşük iktidar başları ve milletvekillerinin sorumlulukları başlıklarını taşımaktadır. Fiyatı 20 liradır.

TUNÇOMAĞ, Dr. Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri 1. İstanbul 1961 Menteş Kitabevi. XVI + 386 S.

Önsözünde yazarın belirttiğine göre A. von Tuhr ile A. B. Schwarz'ın eserleri temel olarak gözönünde tutularak hazırlanan bu eserin baş tarafında sistematik bir fihrist bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın önemli kararları da alınmak suretiyle tatbiki yönden de kıymetlendirilen eserin giriş kısmında genel bilgiler verildikten sonra, (Borçlar Hukukunun genel mefhumları) başlığını taşıyan birinci kısım paragraflarında borcun esası ve meydana gelmesi, eksik borçlar, yenilik doğuran haklar. edim ve çeşitleri, parça ve cins borcu, seçimlik borçlar

840

para ve faiz borcu hakların tahakkuku incelenmiştir. İkinci kısım (Borçların teşekkülü) başlığını taşımaktadır. Bu kısmın paragraflarında hukukî muamele mefhumu, başlıca çeşitleri. hukukî muamele ehliyeti, kazandırıcı muamelenin sebebi, hukukî muamelenin hükümsüzlüğü akdin meydana gelmesi, akdin şekli, sebebi, akid yapma vaadi ve akid yapma mecburiyeti, akdin yorumlanması, ilân suretiyle yapılan akidler, hata, hile ve ikrah, iradeyi sakatlayan sebeplerin hükümleri, gabin, temsil mefhumu, ziraî temsil ve yetkisiz temsil, haksız fiil ve bunun şartlarından hukuka aykırılık kusur, zarar, illiyet rabıtası, maddi tazminatın tesbiti ve tanzim şekli, maddî tazminatın indirilmesi, manevî tazminatın özellikleri, istihdam edenlerin sorumluluğu, ev reisinin ve hayvan idare edenlerin, bina ve gayrımenkul sahiplerinin sorumluluğu, tam ve eksik teselsül inceleme konusu yapılmıştır. (Sebepsiz Zenginleşmeden doğan borçlar) başlığı altındaki üçüncü bölümde ise sebepsiz zenginleşme mefhumu, sebepsiz zenginleşme dâvasında iadenin konusu ve çevresi dâvanın mahiyeti, tarafları ve zamanaşımı incelenmiştir. Fiyatı 20 liradır.

YÖRÜK, Ord. Prof, Abdülhak Kemal : Hukuk Felsefesi Dersleri, Birinci kısım, Üçüncü Bası, İstanbul 1961 Sönmez Neşriyat ve Matbacılık A. Ş.

İstanbul Üniversitesi Yayınları No : 910 - Hukuk Fakültesi No : 185»

Basında sistematik fihrist, sonunda alfabetik fihrist bulunan eserin giriş kısmında ilim ve felsefe, hukuk felsefesi başlıklı paragraflar bulunmaktadır, Birinci bölümde hukukun mantıkî tarifini yapmak için tutulması düşünülecek yollar, hukuk mefhumununun tahlili; ikinci bölümde objektif mânada hukuk ve sübjektif inceleme konusudur. Fiyatı 15 liradır.

İDARE DERGİSİ, Yıl : 31, Mart - Haziran 1961, Sayı, : 269 - 270

İçişleri Bakanlığı tarafından iki ayda bir yayınlanan derginin bu 269 - 270 inci birleşik sayısında sırasiyle (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası) nın metni ile Fahri Çoker'in Kanun ve nizamların tabı ve neşri mevzuu ve tarihçesi, Cevat Geray'ın Trafik Kanunundaki son değişiklikler, A. Turhan Şenel'in 5917 sayılı kanuna göre yapılan tahkikatlarda yemin ve verilen kararların damga ve resim kanununa göre durumu başlıklı makaleleriyle Mehmet Tarcan'ın 1958 tarihli Fransız Anayasası çerçevesi içinde valinin durumu, Yusuf Yakuboğlu'nun Paris Şehri ve Seine Vi-

841

lâyeti idarî ve malî rejimi başlıklı tercümeleri ve son çıkan kanun metinleri bulunmaktadır. Derginin sayısı 1 yıllık abonesi 5 liradır.

İLMÎ VE KAZAÎ İÇTİHATLAR DERGİSİ

Yayınlamaya başladığını 1961 yılı 1 - 2 birleşik sayılı Adalet Dergisinde bildirdiğimiz (İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi) nin 1961 yılı 2 inci sayısında Yargıtay, Askerî Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Vergi Temyiz Komisyonunun 48 kararı yer almıştır. Bu kararlardan bazıları Fahrettin Kıyak, İhsan Serim, Cebbar Şenel, Lütfü Dalamanlı tarafından notlandırılmıştır.

3 üncü sayıda 54 karar vardır. Bazıları Fahrettin Kıyak, Lütfü Dalamanlı, tarafından notlandırılmıştır. Bu sayıda kurucu meclisin kabul ettiği 239 - 264 sayılı kanunların metinleri de bulunmaktadır.

4 üncü sayıda bulunan 61 karardan bazıları Cebbar Şenel, Fahrettin Kıyak, İhsan Serim, Sadi Kazancı tarafından notlandırılmıştır. 265 - 273 sayılı Kanunlar da derginin bu sayısında yer almaktadır.

5 inci sayıda 37 karar vardır. Bazılarını Fahrettin Kıyak, Cengiz Şenel, Cebbar Şenel notlandırmıştır. 274 - 298 sayılı kanunlar da bu sayıda yayınlanmıştır. Derginin yıllık abonesi 30, altı aylığı 15 ve bir sayısı 3 liradır. (Posta kutusu 41 Anafartalar - Ankara) adresine başvurulabilir.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI.

Cilt: XXVI, Sayı : 1 - 4,

Derginin bu XXVI, cildinin 1 - 4 birleşik sayısında Öztekin Tosun'un (Türkiyede iktisadî suçlar), Kemal Balkar'ın (Hizmet kusurunun sınırları), Çetin Özek'in (Türk hukukunda memurların muhakemesi), Vedat R. Sevig ve Nihal Erdener ile Yılmaz Altuğ'un (Türkiyenin dış ticaret rejiminin ana hatları ve bununla ilgili devletler hususî hukuku kaideleri), Rabi Koral'ın (Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli sözleşme), Kenan Tunçomağ'ın (İkametgâh), Aytekin Ataay'ın (Medeni Hukukta ad ile ilgili temel bilgiler), Serda Kurdoğlu'nun (Fransız hukukunda otelci varanı), Aydın Aybay'ın (Borcun ifa yeri ve yetkili mahkeme), Orhan Münir Çağıl'ın (Felsefenin ışığında hürriyet, adalet Hukuk devleti ve Hukuk kültürü), makaleleri ile Öztekin Tosun'un Léauté'den (Yeni Fransız ceza muhakemeleri usulü), Ayhan Önder'in Oehler'den (Alman ceza hukuku reformunun suç politikası

problemi), Server Tanilli'nin Michaelidès-Nouaros'dan (Babalığın isbatı ve bu konuda ilmin getirdiği yenilikler), Serda Kurdoğlu'nun Messineo'dan (XX. asırda batı Avrupa hukuklarında akdin tekâmülü) tercümeleri ve Kemal Tunçomâğ'ın Mahkeme içtihatlarının tahliline dair kroniği yer almaktadır. 360 sayfa olan derginin fiyatı 10 liradır,

---

TAPU VE KADOSTRO MECMUASI. Sayı : 1, Mart 1961.

Tapu ve Kadotro Umum Müdürlüğü İstanbul Teşkilâtı Memurları yardımlaşma Derneği tarafından Mart 1961 tarihinde birinci sayısı çıkarılan bu yeni dergide başlıca yazılar şunlardır. Ekrem Yardım'ın (Tapu ve kadastro tarihine toplu bir bakış), Dr, Davran'ın (İpotekte teferruatın ehemmiyeti), Hilmi Yavuz'un (Tapu dairelerine verilecek talepnameler), Şükrü Dingiloğlu'nun (Tapu sicilli muhafızının alâkadarlara tebliğ ve ihbar mükellefiyeti hakkında), Ahmet Ziya Kayaoğlu'nun (Vekâletnameler), Hamit Kil'in (Mecelle muvacehesinde kat mülkiyeti ve yeni sicille intikal şekli ve sona ermesi), Nevzat Basmacı'nın (bağışlama), başlıklı makaleleri ve ayrıca kadastroya dair meslek yazıları ve Adalet Bakanlığı ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün mühim mütalâalarına yer verilmiştir. Fiyatı 2,50 liradır.

843

844

825

SATIŞTA OLAN ADALET BAKANLIĞI YAYINLARINDAN BAZILARI

Zürih Şerhi Serisi	Fiyatı
Egger: (Çev: V. Çernis) Giriş ve kişinin hukuku, 1947, Cilt: 1, Mad: 1 - 51.	3.00
Egger: (Çev: V. Çernis) Giriş ve kişinin hukuku, 1948. Cilt: 2. Mad: 52 - 89.	3.00
Egger: (Çev: T. Çağa) Aile hukuku, 1949. Mad: 241 - 345.	3.00
Egger: (Çev: V. Çernis) Vesayet, 1952. Cilt: 1. Mad: 346 - 381	4.50
Egger: (Çev: V. Çernis) Vesayet, 1955. Cilt: 2. Mad: 382 - 438.	4.50
Escher: (Çev: S. Ş. Ansay) Miras Hukuku, 1953. Cilt: 1. Mad: 439 - 489.	3.00
Homberger: (Çev: S. Bertan) Aynî Haklar: Zilyedlik ve Tapu Sicilli, 1950. Mad. 887 - 935.	3.00
Oser - Schönenberger: (Çev: R. Seçkin) Borçlar Hukuku, 1950. Cilt: 2. Mad: 41 - 108.	3.00
Oser - Schönenberger: (Çev: F. Ayiter) Borçlar Hukuku, 1950. Cilt: 3. Mad: 109 - 181.	3.00

Yargıtay Kararları						
İçtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk Kısmı, 1930 - 1947						6.00
»	»	»	»	»	1948	25
»	»	»	»	»	1950	50
»	»	»	»	»	1951	50
»	»	»	»	»	1952	15
»	»	»	»	»	1954	75
»	»	»	»	»	1955	75
»	»	»	»	»	1956	50
»	»	»	»	»	1957	1.00
»	»	»	Ceza	Kısmı	1948	25
»	»	»	»	»	1950	50
»	»	»	»	»	1952	10
»	»	»	»	»	1953	25
»	»	»	»	»	1954	25
»	»	»	»	»	1955	25
»	»	»	»	»	1956	25
»	»	»	»	»	1957	25
Devletlerarası hukuku ilgilendiren Yarg. Hukuk ve Ceza kararları						1.00
Yargıtay Kararları 1941 - 1942 Ceza Kısmı						3.00
»	»	1944	»	»		3.00
»	»	1946	»	»		2.50
»	»	1948	»	»		3.00

847

Yargıtay Kararları	1949	Ceza	Kısmı	2.00
»	» 1949	»	»	2.00
»	» 1950	»	»	2.00
»	» 1951	»	»	3.00
»	» 1952	»	»	3.00
»	» 1953	»	»	3.00
»	» 1954	»	»	2.50
»	» 1955	»	»	3.00
»	» 1956	»	»	2.50
»	» 1957	»	»	2.50
»	» 1958	»	»	2.50
»	» 1959	»	»	1.00
»	» 1941 - 1942	Hukuk	Kısmı	3.00
»	» 1944	»	»	3.00
»	» 1945	»	»	3.00
»	» 1946	»	»	2.50
»	» 1948	»	»	3.00
»	» 1949	»	»	2.00
»	» 1950	»	»	2.00
»	» 1951	»	»	3.00
»	» 1952	»	»	3.00
»	» 1953	»	»	3.00
»	» 1954	»	»	3.00
»	» 1955	»	»	3.00
»	» 1957	»	»	3.00
»	» 1959	»	»	4.00

Diğer Yayınlar

İsviçre	Federal	Mahkemesi	Kararları	1944	75
»	»	»	»	1945	1.00
»	»	»	»	1946	1.00
»	»	»	»	1947	1.00

Schwarz : (Çev : R. Taşkın) Alman Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi 1.75

Wieland : (Çev : İ. H. Karafakih) Aynî haklar. Cilt : 1. 6.00

Wieland : (Çev : İ. H. Karafakih) Aynî haklar. Cilt : 2. 7.50

Wahl : (Çev : K. Berker) Deniz Ticareti Hukuku, nazarî ve amelî 3.00

Vidal - Magnol : (Çev : Ş. Devrin) Ceza hukuku. Cilt : 1. 4.00

Le Fur : (Çev : Ş. Devrin) Devletler umumî hukuku. 3.00

Daguin : (Çev : B. Arıkan) Kanunumuzun mehazı olan Haşiyeli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu. 3.00

Abdullah Tunca : Tatbikat yönünden Cumhuriyet Savcısının görev ve Yetkileri 2.50

Dr. Recai Seçkin: 1961 - 1962 Adalet Yılının Açılışı Dolayısiyle Söylev 50

7 - 8 Birleşik Sayılı Olan Bu Derginin Fiyatı 5 Liradır.

S48