ADALET
DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN AYDA BİR YAYINLANIR

Yıl : 52 | Eylül - Ekim 1961 | Sayı : 9 - 10

İ Ç İ N D E K İ L E R

İncelemeler — Sayfa

Prof. Dr. K. Fikret ARIK : Yeni Anayasa Mahkemesi Hk. 831

Eyüp Sabri ERMAN : York - Anvers Kaideleri ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Muvacehesinde Müşterek Avarya 850

Ziya ÖNEL : Hukuk Genel Kurulunun Yekdiğerine Uygun Düşmeyen İki Kararı ve Bu Münasebetle Özel Daire ve Genel Kurul Kararları Üzerinde Bir İnceleme 888

Lütfi DALAMANLI : Hacizden Mütevellit İstihkak Dâvaları 902

Fahrettin KIYAK : Suç İşlemeğe Tahrik Cürümleri 914

Dr. Turhan Tufan YÜCE : Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi 927

Dr. Erdoğan GÖĞER : Cer (Römorkaj) Mukavelesi 936

Dr. Naci KINACI : Acentenin Komisyon İsteme Hakkı ... 946

Nezih ELPE : Türk ve İsviçre Hukukunda Çocuk Düşürme Suçları 952

Nasuh DOBRUCALI : Yargıtay İkinci Ceza Dairesi ile Altıncı Ceza Dairesinin Aynı Mesele Üzerindeki İçtihat Ayrılığına Dair 958

BİLGE UMUR : Borçluya İsnat Olunamayan İmkânsızlık Sebebiyle Ademi İfa 963

İçtihatlar

I — Yargıtay Hukuk Kararları 983

II — Yargıtay Ceza Kararları 997

III — Federal Mahkeme Kararları (İrtifak Hakkı, Tazminat — Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi (Çeviren : Mustafa KIRAY) 1012

ADALET DERGİSİNE GÖNDERİLECEK YAZILAR

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

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

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

Dergiye gönderilen yazıların yayınlanıp yayınlanmıyacağı sahiplerrine 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 saatın almak isteyenler, yayın bedellerini bulundukları yer maliyesine yatırabilecekleri gibi, doğrudan doğruya Bakanlık Yayın Müdürlüğüne yaıtırmak 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 adresse postalanır.

Satışta bulunan yayınlarımız deginin arka kapak içyüzünde fiyatlariyle gösterilmiştir.

Millî Eğitim Bakanlığı Yayınevlerinde de Bakanlığımız yayınları satışa arzedilmiştir.

850

Devlet Basısı

23 OCAK 1962

ADALET DERGİSİ

ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN AYDA BİR YAYINLANIR

Yıl : 52 Eylül - Ekim 1961 Sayı : 9 - 10

İ Ç İ N D E K İ L E R

İncelemeler **Sayfa**

Prof. Dr. K. Fikret ARIK : Yeni Anayasa Mahkemesi Hk. 831

Eyüp Sabri ERMAN : York - Anvers Kaideleri ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Muvacehesinde Müşterek Avarya 850

Ziya ÖNEL : Hukuk Genel Kurulunun Yekdiğerine Uygun Düşmeyen İki Kararı ve Bu Münasebetle Özel Daire ve Genel Kurul Kararları Üzerinde Bir İnceleme 888

Lütfi DALAMANLI : Hacizden Mütevellit İstihkak Dâvaları 902

Fahrettin KIYAK : Suç İşlemeğe Tahrik Cürümleri 914

Dr. Turhan Tufan YÜCE : Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi 927

Dr. Erdoğan GÖĞER : Cer (Römorkaj) Mukavelesi 936

Dr. Naci KINACI : Acentenin Komisyon İsteme Hakkı ... 946

Nezih ELPE : Türk ve İsviçre Hukukunda Çocuk Düşürme Suçları 952

Nasuh DOBRUCALI : Yargıtay İkinci Ceza Dairesi ile Altıncı Ceza Dairesinin Aynı Mesele Üzerindeki İçtihat Ayrılığına Dair 958

BİLGE UMUR : Borçluya İsnat Olunamayan İmkânsızlık Sebebiyle Ademi İfa 963

İçtihatlar

I — Yargıtay Hukuk Kararları 983

II — Yargıtay Ceza Kararları 997

III — Federal Mahkeme Kararları (İrtifak Hakkı, Tazminat — Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi (Çeviren : Mustafa KIRAY) 1012

851

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

852

İNCELEMELER

YENİ ANAYASA MAHKEMEMİZ HAKKINDA

(Mukayeseli bir inceleme)

Yazan : Prof. Dr. Kemal Fikret ARIK

Memleketimizde kanunların anayasaya uygunluğununkazaî kontrolu:

Anayasaların normal kanun hükümlerine üstünlüğü esasını kabul etmelerine rağmen (M. 115), ne 1876 anayasası, ne de 1909 anayasa tadilâtı, anayasaya uygunluğun kazaî kontrolu hakkında bir hüküm ihtiva etmez.

20 Ocak 1921 tarihli esas teşkilât kanununda da aynı sübûtu görmekteyiz.

20 Nisan 1924 anayasasına gelince, 103. maddesinde anayasanın öteki kanunlara üstünlüğü kabul ve ilân etmesine rağmen, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol hususunda özel bir mahkeme tesis etmiş değildir.

Bu Anayasada, adlî ve idarî kazaî makamların kanunların anayasaya aykırılığını müstakil bir dâva yolu ile murakaba hususunda yetkisi olup olmadığı bahsinde de bir sarahat mevcut değildi.

Adliye mahkemelerinin anayasaya aykırı bir kanunun iptâl dâvasına bakamıyacağı hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak bu mahkemelerin, anayasaya aykırılık konusunu bir defi zımmında inceleyip inceleyemiyeceği hususu münakaşalı idi. Yargıtay ve Danıştayın kararlarında ve doktrinde tam bir istikrar yoktur.

Kanunların anayasaya aykırılığı iddiasını defi olarak tetkik hususunda mahkemelerin yetkili olduğuna dair cereyan son yıllarda doktrinde kuvvetlenmekle beraber kazaî içtihat 1960 yılına kadar müttereddit hatta menfi durumunu muhafaza etmiştir. Hatta 1952 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu meseleyi kesin olarak aleyhte halletmiştir ( ) ve ancak, 1961 yılında vakıflar nizamnamesinin Vakıflar Kanununa aykırılığı ile ilgili bir meselede aynı genel kurul. verdiği kararın esbabı mucibesinde. Bu konuya da temas etmiş ve kanunların anayasaya aykırılığı konusunun mahkemelerce tetkik edilebileceği tezini tamamiyle benimsemiştir.

Yine son yılların siyasi mücadele hayatında demokrasi ve temel hürriyetler rejiminin teminatı bahsinde ortaya atılan en mühim tedbirler

esasında anayasa mahkemesi ihdası fikri yer alır. Nitekim 27 Mayıs 1961 tarihinde Kurucu Meclis ve 9 Temmuz 1961 tarihinde Halkoyu yolu ile Türk Milletinin çoğunluğu tarafından kabul edilen yeni anayasa açıkça bir anayasa mahkemesinin kurulmasını kabul etmiştir. (M. 145-1952).

Anayasa mahkemesinin görevleri :

1. Bu mahkeme, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunun) iç tüzüklerinin anayasaya aykırılığını kontrol edecektir (M. 147 f. 1):

Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin selâhiyeti sadece kanunların anayasaya aykırılığını murakabe etmek değildir. Bizzat anayasa tarafından muayyen başka vazifeler verilmiştir.

2. Kazaî organ seçimle ilgili ödevler :

a. Danıştay başkan ve üyeleri ile başkanun sözcüsünün seçimi (M. 140 f. 3);

b. Kendi asil ve yedek üyeleri arasından uyuşmazlık mahkemesine başkanlık edecek üyenin seçimi (M. 142. f. 2);

3. Siyasi partilerle ilgili görevler :

a. Siyasi partilerin kapatılması hakkında dâvalara bakmak ve kapatma kararı vermek (M. 57 f. 4) :

b. Siyasi partilerin gelir kaynakları ve giderleri hakkında hesap almak (M. 57 F. 2);

4. Kazaî görev: Görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yüce divan sıfatiyle :

a. Cumhurbaşkanını, bakanlar kurulu üyelerini; Yargıtay, Danıştay, askerî Yargıtay. Yüksek Hâkimler kurulu, Sayıştay başkan ve üyelerini; Cumhuriyet baş savcısını, Baş kanun sözcüsünü, Askerî Yargıtay Baş Savcısını;

b. Kendi üyelerini yargılamak (M. 147 F. 2) (Bu takdirde savcılık görevini Cumhuriyet Baş Savcısı yapar).

c. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasında veya üyeliğin düştüğüne meclise karar verilmesi hallerinde ilgili üye veya Türkiye Millet Meclisi üyelerinden herhangi birisi tarafından bu kararın anayasaya

veya iç tüzük hükümlerine aykırılığı iddiası ile yapılan başvurmaları incelemek (140 f. 3).

5. Anayasa ile verilen diğer görevler :

Anayasa ile başka görevlerde verilebilir (143 f. 3).

Anayasa mahkemesinin teşkilâtı :

a. Anayasa Mahkemesi heyetlere bölünmemiştir. Teşkilâtı ve yargılama usulü ayrı bir kanunla tesbit edilecektir;

b. Çalışma tarzı ve üyeleri arasındaki iç bölümü kendi yapacağı iç tüzükle düzenlenir (148 f. 13).

c. Anayasa mahkemesinin 15 aslî ve 5 yedek üyesi vardır.

Bu üyelerin tâyin ve seçiminde bilhassa kazaî makamlara vazife verilmiştir. Bu suretle yeni anayasa mahkemesinin kazaî mahiyeti daha kuvvetle belirtilmiştir :

Kazaî makamlarca seçilen üyeler :

Dört üye Yargıtay tarafından seçilir. Yargıtay bu üyeleri kendi başkan ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı arasından seçer.**Üç üye** Danıştay tarafından seçilir. Danıştay bu üyeleri kendi başkan ve üyeleri ile Başkanun sözcüsü arasında seçer.

Bir üye sayıştay tarafından seçilir. Sayıştay bu üyeyi kendi başkan ve üyeleri arasından seçer.

Bu seçimler üye tam sayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla yapılır.

Yasama meclislerince teşrî makamlarca seçilen üyeler :

Anayasa mahkemesine millet meclisi üç. Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer

Dikkate değer ki yasama meclisleri bu seçimleri kendi üyeleri arasından yapamaz. Bu suretle mahkemenin siyaset dışı mahiyeti daha kuvvetle belirtilmek istenmiştir, yasama meclislerince seçilecek birer kişinin üniversite tarafından teklif edilecek bir aday listesi üzerinden seçilmesi lâzımdır. Üniversitelerin Hukuk, İktisât ve Siyasal Bilgiler üyeleri birlikte toplanarak açık üyeliklerin 3 katı tutarında ve gizli oyla aday gösterirler (146 III).

Yasama Meclisleri seçimi üye tam sayılarının üçte iki (⅔) çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. İlk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa salt çoğunlukla yetinilir. (M. 147 II).

855

İcraî makamca seçilen üyeler :

Cumhurbaşkanı da iki üye seçer. Bu üyelerden birini Askeri Yargıtay, genel kurulunun tam sayının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği 3 aday arasından seçer (145 1).

Yedek üyeler :

Anayasa mahkemesinin 5 yedek üyesi vardır. Yargıtay 2, Danıştay ile yasama meclislerinin herbiri birer yedek üye seçer. Yedek üyelerin seçiminde de asıllarının seçimindeki usul uygulanır (M. 145).

Anayasa mahkemesine üye olmak için aranan şartlar :

Bu şartlar genel olarak yüksek kaza vazifeleri ifa için aranan şartlara benzer : 40 yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay veya Sayıştayda başkanlık, üyelik, başsavcılık, baş kanun sözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisât veya siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya 15 yıl avukatlık yapmış olmak (M. 146 f. 10).

Anayasa mahkemesinin başkanı ve başkan vekili (ikinci başkanı).

Mahkeme başkan ve başkan vekilini kendi üyeleri arasından seçer. Seçim süresi dört yıldır, fakat aynı şahsın yeniden seçilmesi caizdir. Seçim gizli oyla ve üyelerin salt çokluğu ile yapılır (M. 147 f. 1).

Anayasa mahkemesi üyelerinin hukukî durumu :

Anayasa mahkemesi anayasanın yargı başlığını taşıyan 3. bölümünün (d) kısmında yer almıştır; vazifelerinin en büyük kısmının mahiyeti ve üyelerinin sureti umumiye de menşei kazaîdir. Adı da mahkemedir. Bu itibarla anayasa mahkemesi üyelerinin pek yüksek derecede hakimler olduğu şüphe götürmez. Nitekim üyelik sıfatı, bir üyenni hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden sona erer. Bunun dışında görevini sağlık durumu bakımıdan yerine getiremiyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de anayasa mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğu kararı ile işten ayrılır (M. 146 f. 2).

Anayasa da bir hüküm yoksa da istifa suretiyle ayrılmaları da şüphesiz caizdir. Nihayet anayasa mahkemesinin üyeleri 65 yaşında emekliye ayrılırlar (M 146 f. 1).

Üyelerin mâli durumları özel kanunla düzenlenecektir.

İKİNCİ FASIL

Anayasa Mahkemesinin Kontrol Usulleri

A. Anayasa mahkemesi, bundan böyle kanunların ve yasama meclisleri iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunu kontrol edecek olan özel bir yargı yeridir.

B. Adlî ve idarî mahkemeler kanun ve yasama meclisleri iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunu murakabe edemezler. Doğrudan doğruya dâva yolu ile murakabe edemiyecekleri kesindir. Aksi takdirde anayasaya aykırı bir karar vermiş olurlar. Bununla beraber amelî bakımdan vukuu pek uzak bir ihtimal olmakla beraber, bir idarî veya adlî mahkeme önünde bir kanunun anayasaya aykırılığı hasebiyle açılmış olan bir dâvaya dair mahkemece verilmiş olan iptal kararı, temyiz yoluna başvurulmak suretiyle kesinleşirse böyle bir kararın hüküm ve tesiri ne olacaktır? Yeni anayasanın 132 maddesinin 3. fıkrasına göre «yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez». Bu hal gösteriyor ki usul kanunumuzda hukuk rejiminin temel kurallarına aykırı kesin hükümlerin iptali için özel bir usul kabul edilmesi zaruridir. Bu gün ki «kanun yararına bozma» müessesesi, kesin hükmü ortadan kaldırmamaktadır.

İlâve edelim ki Danıştay'ın kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol hususunda kazaî değil lâkin istişarî bir yetkisi vardır. Zira o, Bakanlar Kurulu tarafından gönderilen kanun tasarılarını incelemekle görevlidir. (Madde 140 f. 2) Bu münasebetle kanun tasarısının anayasaya aykırılığını müşahade edersek bu ciheti belirtmek vazifesidir. Lâkin bu mütalâanın yasama meclisini bağlamıyacağı bir hakikattir. 1924 anayasasında da mevcut olan bu mütalâa yetkisinin fiilen bir netice vermediği görüşülmüştür. Zira hükümet, kanun tasarılarını Danıştay'a gönderip göndermemekte serbesttir. Ve fiiliyatta bu usul hemen hemen metruk idi.

Adlî ve idarî yargı yerleri, tüzüklerin veya sair idarî tasarrufların anayasaya uygunluğunu kontrol edebilirler mi? Bu nokta hakkında anayasada açık bir hüküm yoktur. Kanaatımızca anayasaya aykırı olan idarî muamele ve kararlar idarî mahkemelerce tıpkı kanuna aykırı muamele ve kararlar gibi iptal olunabilirler. Zira bütün idarî tasarruflar kazaî murakabeye tabidir. (M. 114 f. 1). Anayasanın maddesine göre idare de anayasaya uymak zorundadır. Şu halde kazaî makamın idarî tasarruf üzerindeki murakabesi bu noktayı da içine alacaktır. Fakat idari mahkeme söz konusu idarî tasarrufun dayandığı bir kanun mevcut ve idarî tasarrufta o kanuna uygun ise, kanunun anayasaya aykırılığı anayasa mah-

kemesince tesbit edilmeden idarî tasarrufun anayasaya aykırılığına karar vermek doğru olmıyacaktır.

Tüzüklere gelince. bunların bir idarî tasarruf olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla aynı hükme tabi tutulması lâzımdır. Şunu da ilâve edelim ki tüzüklerin hazırlanması sırasında Danıştaydan geçerken (M. 107) anayasaya uygunluk meselesi de incelenecektir. Bu bakımdan Danıştay tüzüklerin yalnız kanuna değil anayasaya uygunluğu hakkında da mütalâa beyan edecektir. Lâkin bu mütalâa kazaî bir murakabe olmayıp nihayet idarî ve istişarî bir mütalâadır. Bu münasebetle işaret edelim ki tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının tetkiki hususunda 1924 anayasasında yasama meclisine tanınmış olan salahiyet (M. 52) yeni anayasada kaldırılmış olduğundan yasama meclislerinin halen böyle tetkik yetkisi yoktur. Ancak kanuna veya anayasaya aykırı bir tüzüğün kanunla, hatta yeni bir tüzük tadili ile ortadan kaldırılması imkânı tabiatiyle her zaman mevcuttur.

Dikkate değer ki 27 Mayıs 1960 ile 6 Ocak 1961 tarihleri arasında Millî Birlik Komitesi'nin ve Devrim Hükümetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufda bulunanlarla uygulayanlar hakkında cezaî veya mal veya hukukî sorumluluk iddası ileri sürülemez. Bu maksatla herhangi bir yargı yerine başvurulamaz. (Geçici madde 4).

Binaenaleyh bunlar hakkında Anayasaya aykırılık ileri sürülemez.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Anayasa Kontrolünün mevzuu

Türkiye federal bir devlet olmadığı için meselâ İtalya'da olduğu gibi «Merkezî devlet ile federe devletler arasında bir salâhiyet ihtilâfı bahis konusu değildir. Keza yeni anayasa, devletin yüksek organlarının fiillerinin ve davranışlarının anayasaya uygunluğunu kontrol vazifesini» meselâ Almanya'da olduğu gibi» anayasa mahkemesine vermemiştir.

Anayasa mahkemesi sadece kanunların veya yasama meclislerinin iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunu kontrol eder. Fakat kanun tasarılarının anayasaya uygunluğu hususunda istişarî birer mütalâa vermeğe ne mezun ve ne de mecburdur (Halbuki'Fransa'da Anayasa Konseyi bilhassa kanun tasarılarının anayasaya uygunluğu hususunda mütalâa beyan eder). Buna mukabil, daha önce de beyan edildiği gibi. Hükümet, dilerse kanun tasarıları hakkında Danıştayın mütelâasını alabilir (M. 140). Lâkin bu mütalâa ne hükümet ne de yasama meclislerini bağlamaz. Tüzük

tasarılarının Danıştay' dan geçmesi mecburi olup anayasaya uygunluk konusu da bu münasebetle Danıştay tarafından incelenir (M. 107).

Kanunların anayasaya uygunluğunun kontolünde usul :

Anayasa mahkemesi kendiliğinden harekete geçen bir kurum değildir. Onun yargı yeri yani mahkeme olması bir dâvacının bulundurulmasını gerektirmektedir. Fakat ortada bir dâvalı taraf vardır denemez. Bir kere anayasa mahkemesi işe el koyduktan sonra gereken bilgiyi bizzat toplamaktadır. Diğer taraftan verdiği karar yalnız tarafları bağlamaz (inteportez) değildir.

1. Dâva usulü

Anayasa mahkemesi muayyen resmî veya siyasi organların iptal Dâvası üzerine, kanunların doğrudan doğruya ve objektif kontrolünü yapmağa yetkilidir.

a) Bu usulde bir dâvacı taraf mevcuttur. ancak dâvalı taraf mevkiinde bulunan bir makam anayasada derpiş edilmiş değildir. Hiç şüphesiz anayasa mahkemesi reesen hareket edip icap edenlerden bizzat malûmat ve gerekiryorsa belgeler isteyecektir. Bu hususta teferruatın anayasa mahkemesinin teşkilât ve faaliyetini tanzim edecek kanunda yer alması lâzımdır. (M. 149).

b) İptal dâvası açmağa yetkili olanlar.

Bir kanunun anayasaya aykırılığından dolayı iptal dâvası açmak yetkisi ferden tanınmamıştır. (Almanya'da bu hak anayasa şikâyeti adı ile en geniş şekilde ferde açılmıştır). Bunun sebebi bir takım suiistimalleri ve mahkemenin büyük bir iş hacmi altında ezilmesini önlemektir. Kabul etmek gerekir ki milli irade ile seçilmiş olan bir yasama meclisinin nüfuz ve itibarının sarsılmasına yol açacak bir usulün dikkat ve basiretle kullanılması, umumî menfaate daha iyi hizmet eder; kaldı ki anayasaya aykırı kanun karşısında ferd için defi yolu ile işi anayasa mahkemesine aksettirmek imkânı vardır (M. 151). Ayrıca, mensup olduğu veya başvurduğu siyasî parti de harekete geçebilir.

Anayasanın kanunun iptali dâvasını açmak yetkisi tanıdığı mahdut. resmî, şahsî ve siyasî teşekküller şunlardır (149).

aa) Cumhurbaşkanı.

Cumhurbaşkanı, anayasaya aykırı saydığı bir kanuna karşı vetoşunu kullanır. Kanunu red ettirmeğe muaffak olmazsa iptal dâvası yoluna gide-

859

bilir. Bununla beraber veto etmediği bir kanunu da sonradan basının veya bir fert veya teşekkülün müracaatı üzerine veya kendiliğinden hareket geçerek müddeti içinde iptal dâvası açabilir. İtiraf etmek gerekir ki bunlar nadir ve nazik ihtimallerdir. Zira böyle bir halde devlet başkanı hükümet ve yasama kuvveti ile karşı karşıya gelmek tehlikesi ile karşılaşır.

bb) Siyasî partiler

Bütün siyasi partilere iptal dâvası açmak hakkı tanınmıştır. Bunun sebebi ferde bu yolun kapatılmasının aynıdır. Ancak muayyen bir derecede onun desteğine mazhar olan partiler bu usulden mani olunabilir.

aaa) Son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az % 10 nu alan

bbb) Veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasi Partiler veya bunların meclis grupları iptal dâvası açmak yetkisini haizdir.

Bu suretle parlamentoda çoğunluğu elde tutan bir partinin istediği kanunları çıkarması halinde azınlık partilerine müessir bir savunma vasıtası verilmiştir.

cc) Yasama meclişlerinden birinin bir miktar üyesi :

Yasama meclislerinden birinin «meselâ senatonun» üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyelerinin birlikte hareketi ile iptal dâvası açılabilir. Şu halde senatonun tâbii üyeleri, bir miktar senatodan seçilmiş üyenin de iştiraki ile iptal dâvası açmak hakkını haizdir. Acaba bir kanunun lehine oy kullanmış olan parlemento üyeleri veya siyasi partiler iptal dâvaşı açabilir mi? Anayasada bu hususta sarahat yoktur. Metnin mutlak ifadesi ve gaye düşünülürse bu soruya müsbet cevap vermek lâzımdır.

Şimdiye kadar sayılan teşekküllerin dâva hakkı konu bakımından tahkik edilmemiştir. Cumhurbaşkanı, siyasî partiler, yasama meclislerinden birinin muayyen istisnaları her kanunun iptalini dâva edebilirler. Halbuki muayyen bir takım resmî teşekküllere mahdut dâva ehliyeti tanınmıştır. Bunlar ancak **kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda iptal dâvası açmak** yetkisini haizdir. Mahdut dâva yetkisi bulunan teşekküller şunlardır :

aaa) Yüksek Hakimler Kurulu (madde 143 vd),
bbb) Yargıtay

840

cec) Danıştay
ddd) Askerî Yargıtay
eee) Üniversiteler

Dikkat edilirse bu beş resmî teşekkülden dördü kazaî kuvvete mensup dört yüksek mahkeme biri de ilmî otoriteyi haiz bir teşekküldür.

Yüksek mahkemeler arasında yine yüksek bir mahkeme olan ve bu bakımdan anayasa mahkemesine üye de veren Sayıştay — her nasılsa — unutulmuştur.

Mahdut dâva yeterliği bulunan teşekküllerin iptal dâvası açmak hususunda takip edeceği usul. (Hangi organın ne suretle karar vereceği..) Anayasa mahkemesi kanununda tanzim edilmek lâzımdır (M. 147).

c) İptal dâvasının kabul şartları

aa) Süre şartı

Anayasaya aykırı bir kanunun iptali meselesi siyasi bakımdan ve hukuki emniyet düşünceleriyle, bir an önce halledilmesinde menfaat bulunan bir meseledir. Uzun zaman yürürlükte bulunan, halkın alıştığı bir kanunun iptaline teşebbüs etmek vahim neticeler doğurabilir. Bu sebepten iptal dâvası kısa bir süre ile tahdit edilmiştir: anayasa mahkemesinde doğrudan doğruya iptal dâvası açmak hakkı, iptali istenen kanunun veya iç tüzüğün resmî gazetede yayınlanmasından başlayarak **90 gün sonra** düşer (M. 150).

Anayasa mahkemesinin göreve başladığı tarihde mevcut kanunlar aleyhine iptal dâvası açmak için göreve başlama tarihi bir sükutu hakmüddeti kabul edilmiştir. (Geçici madde 9).

Dikkate değer ki anayasa mahkemesinin göreve başladığı tarihte mevcut kanunların anayasaya aykırılığı için defi yolu bakımından bir müddet konmamıştır. Şu halde bu kanunların tatbiki için kendilerine kendi bünyelerinde mevcut müruru zaman, sükutu hak gibi müddetler geçmedikce defi yolu açıktır. Bu mahkemelerde anayasa mahkemesinin kuruluşundan sonra çıkan kanunlara karşı mevcut defi yolu için de tatbik edilmelidir.

bb) İptal edilemiyecek kanunlar :

Anayasa. bazı kanunların iptal davasına konu teşkil edemiyeceğini kabul edilmiştir :

aaa) Usulen yürürlüğe konmuş Milletlerarası Sözleşmeler.

Usulen yürürlüğe konmuş Milletlerarası Antlaşmalar kanun kuvve-

861

tine haizdir. Bununla beraber bunlar aleyhine iptal dâvası açmak hakkı tanınmamıştır (M. 149, 151, 65. 5), Zira bunlar başka bir devletin iradesini de taşıyan hukuî muamelelerdir.

bbb) Devrim Kanunları

Anayasa, yürürlüğe girdiği tarihte mevcut ve Türk Toplumuna çağdaş (uygarlık, yaşayış seviyesini sağlıyacak ve Cumhuriyetin lâik seciyesini koruyacak) bazı kanunların anayasaya aykırı şekilde anlaşılamıyacağı ve tefsir edilemiyeceğini emretmiştir. Bizzat anayasanın saydığı bu kanunlar şunlardır (M. 153):

1. Tevhidi tedrisat kanunu (3 Mart 1302 tarihli ve 430 sayılı);

2. Şapka giyilmesi (İktisasî) hakkında kanun (25 Kasım 1341 tarihli ve 671 sayılı);

3. Tekke ve zaviyelerle türbelerin seddine ve türbedarlıklar ile bir takım ünvanların men ve ilgasına dair kanun (13 Kasım 1341 tarihli ve 1677 sayılı kanun);

4. Türk Kanunu medenisi ile kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru tarafından yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110. maddesi hükmü (17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı):

5. Beynelmilel rakamların kabulü (20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı);

6. Türk harflerinin kabul ve tatbiki (1 Kasım 1928 tarihli ve 1353 sayılı):

7. Efendi, bey, paşa gibi lakâp ve ünvanların kaldırılması (26 Kasım 1934 tarihli ve 2590 sayılı);

8. Bazı kisvelerin giyilmiyeceği hakkında kanun (3 Ocak 1930 tarihli ve 2596 sayılı);

ccc) İkinci Devrim Kanunları.

Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amacı ile gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar :

Bunlar diğer kanunların değiştirilmesi ve kaldırılmaşında uygulanan kurullara göre değiştirilebilir. Veya kaldırılabilir. Ancak bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile anayasa mahkemesinde iptal dâvası açılamıyacağı gibi itiraz yolu ile dahi mahkemelerde anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez (Geçici madde 4 f. 3).

e) Anayasaya uygunluk kavramı, kontrolün şümulü.

Anayasa mahkemesi, kanunun anayasaya uygunluğunu şekil (formel) ve maddî (matèriel) noktalardan inceler. Birinci nevi kontrola şekîl murakabe veya dış murakabe (le contrôle de fond ou contrôle intrinsèuque İkinci nevi kontrole esas bakımından kontrol (le contrôle de fond ou contrôle intrinsèque) adı verilir.

aa) Şekli kontrol :

Şeklî kontrolden maksat, önce bir kanunun hazırlanıp kanuniyet kesbetmesi için bizzat **anayasanın** koymuş olduğu şekil ve usul hükümlerine uygun hareket edilip edilmediğinin kontrolüdür. Şu halde bir kanun teklifinin bir mebus veya senatör tarafından yapılması veya bir lâyihanın hükümetten gelmesi icabeder (M. 91): Bu teklif veya lâyihanın millet meclisinde sonra senatoda anayasanın koyduğu hükümlere göre müzakeresi (M 92) sonra her iki meclis tarafından kabulü, nihayet Cumhurbaşkanı tarafından kabulü ve ilânı gerekir (M 93). Şekli kontrol parlamentonun faaliyetine ve parlamentoda uygulanan usule ilişkin anayasa hükümlerine de şamîldir. Şu halde Büyük Millet Meclisinin faaliyetine ait kaide başlığını taşıyan hükümler (83-91): müzakere nisabı, karar nisabı, müzakerelerin aleniyeti ile bunların neşri, parlamentonun usul dairesinde toplantıya çağrılması, başkanlık divanının usulüne göre teşkilî ... dahi kontrole esas olur.

Yasama meclislerinin iç tüzük hükmlerine aykırılık konusu da incelenir mi?

İç tüzük hükümleri anayasa karşısında alelâde bir kanun mertebesinde sayılmış ve anayasa mahkemesinin kontrolüne tabi tutulmuştur. Bu bakımdan bir kanunun iç tüzük hükmüne aykırı olarak kabulü halinde iç tüzüğün tadil edildiği ileri sürülebilir. Diğer taraftan aksi fikir de savunulabilir; Zira bizzat anayasa, parlamentonun faaliyetinin nasıl ceryan edeceği hususunu iç tüzüğe bırakmakla (m 85) adeta iç tüzüğü kendisinden bir parça saymaktadır. Şu halde mahkemenin kontrolü o hükümlerden hiç olmazsa en mühimlerinin uygulanmasına da şâmildir.

Fikrimizce, anayasa mahkemesinin murakabesi parlamento seçimlerinin usulüne göre yapılıp yapılmadığı yani bizzat yasama meclisinin usulüne göre kurulup kurulmadığı noktasına kadar gidemez. Normal olarak bu kanunun da anayasa mahkemesinde kontrole tabi olması gerekirdi. Fakat fikrimizce bu cihet anayasa mahkemesinin fazifesi dışındadır. Çünki, bir kere anayasa mahkemesinin vazifeleri arasında bu cihet sayılmam-

ıştır. Öbür yandan anayasanın 75. maddesinin pek sarih hükmüne göre seçimlerin kontrolü hususunda Yüksek Hâkimler Kurulunun imzası yetkisi vardır.

bb) Esasa ait kontrol :

Anayasada mevcut temel prensiplere aykırılık bulunup bulunmadığının tesbitine yönelen bir kontroldur. Asıl mühim ve zor olan kontrolde budur. Zira anayasada ifa edilen hükümler bilhassa temel haklar çok genel ve dolayışiyle müphem olarak ifade edilmişlerdir. Mesalâ bütün bu tabii servetler ve kaynaklarının devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu beyan ve bunların aranması ve işletilmesi hakkını devlete veren 130. madde hükmünün medeni kanunda mevcut fevkalâde müruru zamanla veya işgal sureti ile iktisap hükmü ile bağdaşıp bağdaşamıyacağını tesbit etmek oldukça zordur. Bu gibi temel hürriyetlere ait hükümlerde çok geniş ve umumidir. İdarenin verdiği her türlü zarardan mesuliyeti esasını da (M 114 f 2) pek mutlak görüyoruz.

Fakat bu konuda en mühim zorluk, anayasanın **(başlangıç) kısmının** murakabeye esaş teşkil edip etmiyeceği hususudur. Anayasalarda (başlangıç) kısımlarının taşıdığı hukukî değer memleketten memlekete değişmektedir. Fransa'da başlangıç veya demeç kısımlarına hukukî değer verilmiyor. Bunlar felsefî ve siyasî birer beyan sayılıyor. Memleketimizde anayasanın geçici hükmüne göre (başlangıç) anayasa hükümlerinden sayılır. Bu takdirde anayasa mahkemesi başlangıç kısmında yer alan müphem ve umumî esasları da kontrolünde göz önünde tutacaktır

f) Anayasa mahkemesi kararlarının şekli, muhtevası, tesiri.

Anayasa mahkemesinin kararları **kesindir.** Şu halde bu kararlara karşı başka hiçbir mercie baş vurulamaz. Acaba. diğer mahkemeler de mevcut hükümlerin tavzihi, karar tashihi gibi yollarla bizzat anayasa mahkemesine başvurulabilir mi? Anayasa mahkemesinin verdiği karar iptal dâvasında istişnaî formatem bir mahiyet taşır. Yani bu karar, kanunun varlığına son verir. Bu bakımdan tavzih, karar tashihi gibi yollar kararın mahiyeti ile zor bağdaşır. Defi suretiyle verilen karar — taraflara münhasır kalacağı ayrıca bildirilmemişse — genel bir mahiyet taşıdığından iptal dâvasında verilen kararların aynı rejime tabi olmalıdır fikrindeyim.

Anayasaya aykırı olduğuna karar verilen kanun veya kanunun müstakil ve muayyen kısmı veya iç tüzük veya bunun müstakil kısmı iptal edilmiş olur; yani yürürlükten kalkar (M. 157 f. 2).

karar, verildiği tarihten itibaren meridir. Bununla beraber mahkeme lüzumlu gördüğü hallerde kararın netice doğuracağı anı geciktirebilir.

824

Lâkin geciktirme müddeti kararın verilme tarihinden itibaren 6 ayı geçer (M.152 f. 2).

İlk nazarda garip görünen bu geciktirme yetkisinin sebebi, kanun vazıına yeni bir kanun yapmak hususunda imkân ve fırsat vermek fikriyle izah ediliyorsa da iptal edilmiş olan bir kanunun daha bir müddet yürürlükte kalması o kanunun itibar ve nüfuzuna tesir eder..

İptal kararı resmî gazetede derhal yayınlanır (M. 152 f. 3).

Anayasa mahkemesinin kararı makable şâmil değildir (M. 152 f. 3).

Karar herkese karşı ileri sürülebilir, daha doğrusu ilgili herkesi bağlar : Herkesten maksat «**devletin yasama, yürütme ve yargı organları, idarî makamları, gerçek ve tüzel kişiler**» dir (M. 152 f. 5).

Anayasa mahkemesinin görevine başladığı zaman yürürlükte bir kanun hakkında iptal dâvası açılabilir mi? Geçici madde 9 f. 1 buna müsbet cevap vermektedir. Ancak bu dâva mahkemenin göreve başladıktan sonra resmî gazete ile ilânından itibaren altı ay içinde açılmazsa dâva hakkı düşer (Geçici M. 9 f. 2).

Anayasaya uygunluğun defi yolu ile murakabesi (M. 151).

Kanun veya yasama organlarının iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunun defi suretiyle kontrolu hususunda anayasa mahkemesinin tanı bir yetkisi vardır M. 151).

Bununla beraber bu yetki inhisarî bir mahiyet taşımaz. Çünkü, bazı hallerde, mahallî mahkemenin veya Yargıtayın anayasaya uygunluk meselesini nihaî olarak halletmek durumuna girmesi mümkündür.

Defi suretiyle murakabenin mekanizması şu suretle özetlenebilir : Adlî veya idarî bir mahkemede görülmekte olan bir dâva sırasında taraflardan biri, **uygulanacak bir kanun** hükmünün (1) anayasaya aykı-

(1) Şu halde o dâva ile ilgili olmakla beraber işin halline esas teşkil etmiyecek bir kanunun anayasaya aykırılığı iddiası halinde mahkemeyi anayasa mahkemesine sevketmiyecektir; çünki söz konusu kanun davanın hallinde **uygulanacak bir** kanun değildir. Anayasa mahkemesi bu ciheti kontrol edebilir mi? Yani uygunluğunu incelemeye davet edildiği kanun hükmünün dâvanın halline esas olmadığını tetkik ve beyan edebilir mi? Sözü geçen kanun, dâvanın halline esas teşkil etmiyeceği kanaatinde ise anayasaya uygunluk meselesini incelemeden dosyayı mahalli mahkemeye iade edebilir mi?

Fikrimizce bu konularda anayasa mahkemesinin tam yetkisi vardır : Çünki anayasa mahkemesi mücerret olarak istişarî mahiyette mütalâa veren bir merci değildir; Bir mahkemede görülmekte olan bir davada «uygulanacak bir kanunun hükümlerinin» anayasaya uygunluğunu kontrol ile görevlidir (M. 151 F 1).

865

rılığı ileri sürülebilir; mahkeme bu iddianın ciddî olduğu kanısına varır sa bu konuyu incelemesi için dosyanın anayasa mahkemesine gönderilmesine karar verir ve bu mahkemenin sözü geçen konuda vereceği kararа kadar dâvayı geri bırakır (M. 151 f. 1).

Önemle işaret edelim ki defi yolu ile murakabe usulünde taraflardan hiçbirinin talebi olmasa dahi hâkim, uygulanacak bu kanun hükümlerini anayasaya aykırı görürse bu konu hakkında karar vermesi için dosyayı kendiliğinden (yani resen) anayasa mahkemesine göndermeğe ve bu mahkemenin vereceği karara kadar dâvayı geri bırakmaya karar verir (2).

Görülüyor ki bu nevi kontrole defi yolu ile murakebe adı verilmesine rağmen mahkemenin de resen hareket etmeğe salâhiyeti vardır.

Anayasa mahkemesi, söz konusu edilen kanun veya iç tüzük hükmünün anayasaya uygunluğu konusunda işin kendisine gelmesinden başlıyarak üç ay içinde kararını verir (M. 151 f. 3).

Bu süre içinde anayasa mahkemesi kararını bildirmezse mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürütür. Ancak, anayasa mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır. (M. 151 f. 4). Şu halde anayasa mahkemesinin kararı, iş henüz mahallî mahkemede karara bağlamadan yetişirse hâkim anayasa mahkemesinin görüşüne uymak zorundadır. Yargıtaya intikal ettiği zaman ne olacaktır? Bu takdirde mahallî mahkemenin bu kararı, dosyanın bir parçası olarak, derhal Yargıtay göndermesi lâzımdır. Bu takdirde Yargıtay dahi, anayasa mahkemesinin görüşüne uymak zorundadır. Çünki bu mahkemenin kararı bütün yargı organlarını da bağlar (M. 152 f. 5).

Mahallî mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddianın reddine karar verir; Bu takdirde bu iddia, esas hükümle birlikte temyiz merciinde karara bağlanır (M. 151 f. 2).

Mahallî mahkemenin aykırılık iddiasının ciddî olmadığı yolundaki kararı aleyhine Yargıtay yoluna başvurulmamak veya Yargıtayca onanmak suretiyle kesinleşir.

(1) Mahallî mahkemenin talep üzerine veya kendiliğinden dosyayı anayasa mahkemesine göndermek hususunda verdiği **karar aleyhine temyiz** yoluna başvurulabilir mi ? Böyle bir karar işi nihaî olarak halleden bir karar olmayıp bir ara kararı mahiyetindedir. Bu bakımdan aleyhine temyiz yoluna gidilmemesi icap eder kanaatindeyiz.

Bu takdirde muayyen bir kanun veya iç tüzüğün anayasaya aykırılığı konusu anayasa mahkemesinin mevcudiyetine rağmen, fiilen mahalli mahkemece halledilmiş olur. Bu hal gösteriyor ki anayasa mahkemesi, bir kanunun anayasaya uygunluğunu kontrol hususunda bir tekel hakkına sahip değildir.

Mahallî mahkemenin aykırılık iddiasının ciddî olmadığı yolundaki görüşünü Yargıtay doğru görmezse hükmü bozar ve iddianın anayasa mahkemesince tetkiki için dosyanın bu mahkemeye sevkine karar vermesi lüzumuna işaret eder. Mahallî mahkeme bu yolda bir bozmaya karşı ısrar hakkına sahip midir? Bundan şüphe etmemek lâzımdır. Bu takdirde anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliği Yargıtay genel kurulunun kararı ile aydınlanır. Başka deyimle genel kurul aykırılık hususunun anayasa mahkemesine arzı lüzum veya ademî lüzumu hakkında karar verir. Yoksa anaysaya aykırılık konusu hakkında müsbet veya menfi bir hüküm vermemek icapeder.

Anayasa mahkemesinin durumu ne olacaktır?

Anayasa mahkemesi, her şeyden önce, anayasaya aykırılığı iddia edilen kanunun mahallî mahkemede görülmekte olan dâvada «uygulanacak bir kanun» olup olmadığı hususunu inceleyecektir. Eğer söz konusu kanun, görülmekte olan dâvanın hallinde uygulanacak bir kanun değilse aykırılık meselesi hakkında bir karar veremeyecek ve dosyayı doğrudan doğruya mahallî mahkemeye gönderecektir.

Anayasa mahkemesi yalnız muayyen bir kanun veya iç tüzük maddesini incelemekle yetinmeyecektir, gerekiyorsa o madde ve maddelerin kanunun bütünü içindeki yerine, dayandığı temel fikre göre anayaya uygunluğunu iceleyecektir. Başka bir deyimle talep ile bağlı kalmıyacaktır.

Anayasa mahkemesi, görülmekte olan dâvada taraflar anlaşsalar, sulh olsalar, feregat etseler dahi hatta işin anayasa mahkemesine gönderilmesini isteyen taraf bu iddiasından vaz geçse dahi tetkikatını yapıp bir karar verecektir zira defi suretiyle gelen aykırılık iddiası tarafları değil umumî menfaati ve kamu düzenini ilgilendirir.

Anayasa mahkemesi, mahallî mahkemede görülen işin esası hakkında karar vermiyecektir. Yalnız uygulanacak kanunun anayasaya uyup uymadığını tesbit edecektir. İşin esası hakkında verme yetkisi mahallî mahkemeye aittir.

87

Anayasa mahkemesi incelenmesi sırasında gerekli belgeleri getirtmek, tanıkarı dinemek hususunda tam bir yetkiye sâhiptir.

Anayasa mahkemesinin kararı, anayasaya aykırılık arzeden kanun veya iç tüzük hükmünün veya hükümlerinin iptaline taalluk eden. «bu karar devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamları» gibi gerçek ve tüzel kişileri bağlar (M. 152 f. 5). Şu halde, defî «kelimesinin zannettirdiği gibi, anayasa mahkemesi muayyen kanun veya iç tüzüğün sadece muayyen hadisede uygulanmıyacağını tesbit etmekle iktifa etmez, genel mahiyette bir karar verir. Bu noktada da yani anayasaya aykırılığın tesbiti halinde verilecek hükmün mahiyeti bakımından iptal dâvası ile defi yolu arasında bir fark olmadığını görüyoruz.

Bununla beraber anayasa mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen anayasaya aykırılık iddiası üzerine verildiği hükmün, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir (M. 152 f. 4). Bu hükmü izah zordur : Zira bir kanun veya iç tüzüğün yalnız muayyen dâvada ve yalnız o dâvanın tarafları için anayasaya aykırı olduğunu kabul ve diğer dâvalarda ve başka taraflar hakkında anayasaya aykırı olmadığını düşünmek mantıktan doğru olmaz; kaldı ki bir kanunun anayasaya aykırılığı hususunda anayasa mahkemesinin kararı resmî gazetede yazılmakla herkes tarafından öğrenilecek ve o kananun her tatbikında bu cihet ileri sürülecek ve anayasa mahkemesi de aynı kanun hakkında aynı kararı vermek zorunda kalacaktır. Görülüyor ki böyle usulün pratik faydası da olmıyacaktır.

Zaten kanun vazının böyle bir kanunu ilga etmek için harekete geçmesi de çok mümkündür.

Anayasa mahkemesinin defi suretiyle yaptığı kontrol da muhtevası ve şümulü itibariyle dâva yolu ile yapılan kontrolun aynıdır. : Anayasa mahkemesi söz konusu kanunun yalnız anayasa metnine uygunluğunu değil başlangıç kısmındaki esaslara uygunluğunu da kontrol edecektir.

Anayasanın bazı maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiası dinlenecek midir? Anayasadaki hükümlerin hepsi önemce aynı değerde değildir. Meselâ devletin Cumhuriyet olduğuna ve lâyikliğine dair hükümler hiç bir suretle tadil edilemez bunları tadil eden yeni anayasa hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiasının bu mahkemece dikkate alınması gerektiği kanaatındayız.

Anayasa mahkemesinin yürürlüğe girdiği tarihte mevcut kanunların anayasaya aykırılığı defi suretiyle ileri sürülebilir mi? Bundan şüphe

868

ettmiyoruz. Nitekim bu kanunların **iptali için** anayasa mahkemesinin göreve başladığının resmî gazetede ilanından itibaren **altı ay içinde** dâva açmak hakkı kabul edilmiştir. (Anayasa geçici 9. madde).

Bu altı aylık müddet, yeni anayasaya tekaddüm eden kanunların anayasaya aykırılığın defi suretiyle ileri sürülmesi hususunda uygulanır mı? Bu soruya hayır cevabını vermek lâzımdır. Zira geçici 6 maddedeki müddet yalnız iptal dâvaları için konmuştur (3). Defi suretiyle verilen iptal kararlarının da makable şümulü yoktur.

Anayasa mahkemesinin görevine başladığının resmî gazete ile yayınlanmasından önce mahkemelerde kanunların anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez ve mahkemelercede kanunların anayasaya aykırılığına dayanarak karar verilemez (geçici madde 9 f. 1).

Anayasa mahkemesinin kuruluş tarihi : Nihayet ilâve etmek icabeder ki anayasa mahkemesi, yeni anayasanın yürürlüğe girdiği yani Büyük Millet Meclisinin seçilmesi (M. 157 f. 2) tarihinden itibaren değil, fakat Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısından başlayarak en geç altı ay içinde çıkarılmalıdır (Geçici madde 7).

İKİNCİ BÖLÜM

Başka memleketlerde anayasaya kontrolü mekanizması

Anayasaya uygunluğu kontrol bakımından çeşitli örnekler ;

Kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol hususunda muhtelif memleketlerde çeşitli usuller vardır. Bunlardan Birleşik Amerika ile Avrupa memleketleri arasında esaslı farklar vardır. Avrupa memleketlerinde kabul edilen usuller de birbirinden ayrılmaktadır. Aşağıda ana hatlariyle başlıca kontrol sistemlerini gözden geçirilecektir :

1 — Birleşik Amerikada kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü.

1. Birleşik Amerika'da bu kontrol devletin kuruluşundan beri mevcuttur. Niçin Birleşik Amerika'da kanunların kontrolü bu kadar kolayca

(3) Acaba anayasaya tekaddüm eden kanunların anayasaya aykırılığı defi suretiyle ileri sürülebilir mi? Gecici 6. madde bu kanunlar hakkında yalnız iptal dâvası açılabileceğinden bahsetmiştir; Bunların defi suretiyle tetkikinden bahsetmemiştir. Ancak defi suretiyle inceleme sonunda iptal kararı verildiğine göre bu usul ile de yeni anayasaya uygunluk meselesinin kontrol edilebileceğinden şüphe etmemelidir.

859

kabul edilmiştir? Her şeyden önce Amerika'da devletin federal mahiyeti böyle bir kontrolü zarurî kılmıştır. Çünki federal bir devletin merkezî hükûmetle üye devletler arasında salâhiyet ihtilâflarını halledecek bir makama ihtiyacı vardır. Başka deyimle üye devletler merkezi hükümetin baskısı altında kalmamak, için federal anayasanın kendilerine tanıdığı yetkilerin çiğnenmesine karşı bir kontrole muhtaçtırlar.

Birleşik Amerika'da kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol, sömürge devrinden kalan bir geleneğe de bağlanır. Birleşik Amerika bağımsızlığını kazanmadan önce, her sömürgenin kendi parlementosu vardı. Bu parlementonun sömürge anayasasına aykırı kanunlar çıkarması halinde krala baş vurmak mümkündür.

Nihayet. Birleşik Amerika'da hâkimlerin ayrı bir kuvvet halinde teşkilâtlanması anayasa ile kanun arasındaki ihtilâfın da hâkimler tarafından halledilmesini tabii kılmıştır (4).

Bu ana fikre göre Birleşik Amerika'da her hâkim kanunların anayasaya aykırılığını kontrol edebilir. Amerika'da üye devletlerin yargıçları ve federal yargıçlar. Federal hâkimlerin başında da yüksek mahkeme (Supreme court) vardır. Bu mahkeme, öteki federal mahkemelerin verdiği kararları, bu arada anayasaya aykırılık konusunda aldığı kararları da kontrol eder. Demek ki yüksek mahkeme yalnız anayasaya aykırılık iddialarını inceleyen bir özel anayasa mahkemesi değildir.

Amerika Yüksek Mahkemesinin statüsü:

a) **Üye sayısı** : Zamanla üye sayısı değişmiştir. Bir aralık 6. sonra 7, daha sonra da 10 yargıç bulunuyordu. Son ve uzun zamandan beri yargıç sayısı 9 dur.

b) **Seçiliş usulü** : Yüksek mahkeme yargıçları Amerikan senatosunun muvafakatiyle Cumhurbaşkanı tarafından tâyin edilir. Yargıçların dürüst ve hukukçu olmaları lâzımdır. Bundan başka yargıçların dini, hangi üye devlete mensup bulunduğu, siyasî temayülü de tâyinlerinde

(4) «Adlî kuvvetin vazife ve salâhiyetinin esası, kanunun ne olduğunu beyan etmektir; kanunu olaylara uygulayan kimselerin bu kanunun hükmünü açıklaması ve yorumlaması zaruridir; eğer iki kanun birbiriyle çatışırsa mahkeme bunlardan her birinin uygulama alanını belli etmek zorundadır; eğer bir kanun anayasaya aykırı ise çatışan kaidelerden hangisinin önündeki hadiseye uygulanacağını beyan etmeldir; bu yetki, adlî fonksiyonunun mahiyeti icabıdır; yasama kuvvetinin anayasaya aykırı bir muamelesi batıldır, mahkemeleri bağlayamaz; mahkeme üstün kaideyi uygular. Ona aykırı olan mâdun kaideyi bir tarafa bırakır.» Baş hâkim Marchal. Bu fikir için bk. Châtelain aynı eser.

870

fiilen rol oynar. Bu surtle yüksek mahkemedeki yargıçlardan biri daima katolik hâkimlerden, diğer biri batı bir başkası merkez, bir başkası doğu bölgelerden alınır. Nihayet yüksek mahkemede iki büyük siyasî partiye mensup yargıç bulunmasına da dikkat edilir.

c) **Yargıçlık süresi :** Yüksek mahkeme yargıçları ömür boyunca tâyin edilir. 75 yaşından sonra kendileri dilerse emekliye ayrılırlar. Emekliye ayrılan yargıç görevdeki tam maaşını almağa devam eder.

d) **Yargıç maaşları :** Çok dolgundur. Yılda 25 bin dolardır. Ayrıca Vaşingtonda mükemmel bir ev verilir. Başkanlar % 10 zam alırlar.

e) **Garanti :** mutlak bir garantiye sahiptirler.

Amerika yüksek mahkemesi federal karakter taşıyan mahkemelerin verdiği kararları istinaf veya yargıtay olarak inceler. Üye devletler mahkemelerinin verdikleri kararlar bir mahallî Kanununun federal bir kanuna veya federal anayasaya aykırılığı konusuna taallûk ederse dâva federal karakterdeki bir mahkemeye intikal eder.

Amerika Yüksek Mahkemesi içtihadının gelişmesi :

Amerika Yüksek Mahkemesi, kanunların anayasaya aykırılığını kontrol konusunda daima aynı ölçü ve görüşlere sadık kalmamıştır. Bu bakımdan yüksek mahkeme içtihadını üç devreye ayırarak incelemek âdet olmuştur (5).

İlk devre — Birleşik Amerikanın bağımsızlığını kazanmasından 1867 yılına yani Amerika iç savaşının sonuna kadar sürer. Bu devrede Yüksek Mahkeme, Federal Kanunların anayasaya aykırılığını inceleme hususunda çok çekingendir. Netekim bu konuda verdiği kararların sayısı da çok azdır (ancak iki karar). Bunun tam tersine, bu devrede üye devlet mahkemeleri çok canlıdır: mahalli kanunların mahallî devlet anayasalarına aykırılığı sebebiyle bir çok iptal kararları vermişlerdir. Bu devre, merkezî Federal hükûmet sisteminin nisbeten zayıf, mahallî hükûmetlerin kuvvetli olduğu devirdir. 1803 tarihli Maddison-Marburry dâvasındaki verilen karar ile Dredelscott kararını görüyoruz. Birinci kararda bir sulh yargıcının tâyini dolayısiyle yüksek mahkeme bir kanunu anayasaya aykırı olduğu için iptal etmiştir. İkinci kararda Yüksek mahkeme esirliği muhafaza eden devletlere hak veren bir görüşe varmıştır. Her iki karar daha çok sonra önem kazanmış, emsal teşkil etmişlerdir.
lerdir.

(5) Bak, Jean Châterlain : Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité dls Nancy'de Avrupa Merkezi'inde 1961 de verdiği konfırans Turhan Feyzioğlu : Kanunların anayasaya uygunluğunun kazaî mürakebesi 1953. 871

(Devamı 1019 uncu sahifede)

YORK — ANVERS KAİDELERİ VE TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ MUVACEHESİNDE MÜŞTEREK AVARYA

Yazan : Eyüp Sabri ERMAN

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi Başkanı)

Deniz nakliyatiyle ilgili teamül ve mevzuat kara nakliyatına nazaran hususiyet arzeder. Bunun böyle oluşu bu iki çeşit nakliyat arasındaki farkın tabii bir neticesidir. Bir def'a, deniz nakliyatında riziko karaya nazaran daha fazladır. Gemi ve hamule muhtelif kuvvet ve sebeblerin tesiri altında, değişik tehlikelerle karşı karşıyadır. Tehlike, münhasıran tabii kuvvetler neticesi husule gelebileceği gibi donatan, gemi adamı, hamule sahibi gibi yolculukla alakalı şahısların veya çatmada olduğu gibi Üçüncü şahısların ihmali veya kasdi hareketleri yüzünden yahutta harp halinden tevellüt edebilir. Tehlike ve hasara münhasıran gemi. navlun ve yükün ve yahut cümlesinin birden maruz kalması yani; tehlikenin müşterek olması da mümkündür. Böyle bir tehlikenin önlenebilmesi için, bir çok hallerde olağan üstü fedakârlık yapmak, masraf ihtiyar etmek zorunda kalınabilir. Bunlardan başka, bir deniz sergüjeştine atılan gemi, navlun ve yük arasında mükadderat birliği vardır. Birinin akibeti diğerininki ile sıkı sıkıya alakalıdır. Bu hallerden her biri deniz nakliyatı için hususî hükümler tedvinini mucip ve kâfi birer sebebtir.

Bir deniz hadisesi neticesinde husule gelen maddî hasar ve zararlarla ihtiyar edilen masraf ve ücretlere denizcilik lisanında (Avarya) denir. Türk Hukuk Lûgatında avarya; «Gemiye veya yüke, kendi yıpranmalarından veya fırtına, buz, sis gibi tabiat kuvvetlerinden yahutta harp sırasında milletler arası deniz ticareti hukukunun ihtiva ettiği hususî kaidelerin mükiyeti korumamasından dolayı arız olan maddî hasarlarla fevkalade masraflardır.» Diye tarif edilmiştir.

Deniz Ticareti kanunu ile Hukuk Edebiyatımıza giren bu istilâh ufak tefek farklarla, hemen hemen bütün denizci milletlerce benimsenmiştir. İtalyanlar; avaria, İngilizler; average, Fransızlar; avarie, Almanlar; Haverei, Yunanlılar; Avaria olarak tekellüm ederler. İstilâhın menşei hakkında muhtelif fikirler ileri sürülmüştür. Bazı hukukçular Latince (Ha-

ver, avere. habere) kelimelerinden, diğer bazıları; Almanca Hafen yahut haben kelimesinden neş'et ettiğini iddia ettikleri gibi Arapca (Avvâr) kelimesinden geldiğini söyliyenler de vardır. Hülâsa, bu gün dahi bu istilâhın menşei hakkındaki noktai nazar ihtilafı çözülmüş değildir.

HUSUSÎ AVARYA :

Münhasıran gemi, navlun, hamule veya cümlesi birden hasar ve zarara maruz kalmış olsa dahi, bu netice; daha büyük zararlara mani olmak için. bilerek ve isteyerek tevlit edilmemiş, alakalılardan birine atfı kabil bir kusur neticesi doğmamış ise ilgililerden her biri kaderine razı olmak, maruz kaldığı zarara katlanmak mecburiyetindedir. Yani; Çok zarar görenin az veya hiç zarar görmüş diğerlerine rucu etmeğe hakkı yoktur. Bundan başka, aksi mukavele edilmiş olmadıkca, gemiciliğin âdî ve olağan üstü masrafları ve hususiyle kılavuz, liman, romorkaj, karântine, buz kırdırma ve bunlara benziyen hususlara müteallik resim ve ücretler, navlun mukavelesi mucibince bu tetbirleri almakla mükellef olmasa dahi yalınız donatana terettüp eder. Hamüle sahibine rucu imkânı yoktur.

Türk Ticaret Kanununun 1180 inci maddesinde Hususî avarya; «müşterek avarya sayılmayan . 1075 inci maddede yazılı olup yukarıda gösterilen gemiciliğin âdi ve olağan üstü masrafları dışında kalan ve bir kaza neticesinde tevellüt eden bütün zarar ve masraflar ve hususiyle gerek yolculuk sırasındaki, gerekse yolculuktan sonraki bir gecikmeden meydana gelen (İşsiz kalma zararı gibi), gemiyi veya yükü ilgilendiren bütün zararlar veya ziyanlar ile bir müşterek avarya hareketinin dolayısiyle neticesi olan (rayic farkından meydana gelen zarar ve ziyanlar gibi) zararlar» olarak tarif edilmiş, maddenin son fıkrasında hususî avaryanın gemiye ait olanına gemi mâlikinin. yüke ait olanına yük sahibinin katlanacağı tasrih edilmiştir. Ancak; nakliyeci malların yükletilmesi, istifi, taşınması, elden geçirilmesi ve boşaltılmasında tetbirli bir nakliyecinin dikkat ve ihtimamını göstermekle mükelleftir. Teslim alındıkları andan teslim edildikleri ana kadar geçen müddet içinde, malların ziya veya hasarı yüzünden doğacak zararlardan nakliyeci mes'uldür. Megerki ziya veya hasar, tetbirli bir nakliyecinin dikkat ve ihtimamı ile dahi önüne geçilemiyecek sebeblerden ileri gelmiş olsun. Mülğa deniz ticareti Kanununun 1242 nci. maddesi hususî avaryayı; (Müşterek avarya sayılmayacak bir kazadan doğan ve 1162 nci. maddede yazılı kılavuz, liman, fener. romorkör, karantina, buz kırdırma masraflariyle bunlara benzeyen başka âdi ve olağan üstü deniz resimleri ilâ. Gibi masraflar haricinde kalan hasar ve masraflar) olarak kabul etmiştir.

Türk Ticaret Kanunu, 1180 inci maddesinde hususî avaryayı tarif ettikten sonra 1196 ncı. maddesinde bazı hususî avarya şekillerini ele almaktadır. Bu madde hükmüne göre aşağıdaki haller müşterek avarya değil hususî avaryadır :

1 — Yolculuk sırasında olsa bile hususî avarya neticesinde lazım olan paranın tedarikinden çıkan zarar ve masraflar,

2 — Gemi ve yük için, birlikte itiraz edilmiş ve her ikisi kurtarılmış olsalar bile itiraz masrafları,

3 — Gemi yüzmekte iken yelken zorlaması veya makina ve kazanların çalıştırılması yüzünden gemi, yük, navlun veya bunlardan birinin düçar olacağı kayıp ve hasarlar.

MÜŞTEREK AVARYA :

Hususî avaryaya dahil zaralar tamamen kaza ve kaderin eseridir. Birde gemiyi, yükü veya herikisini müşterek bir tehlikeden kurtarmak maksadiyle, bilerek ve isteyerek tevessül edilen bir hareket, alınan bir tetbir neticesi husule gelen hasar ve zararlar olabilir. Kaptan daha büyük zararları def'i edebilmek için gemiyi veya yükü daha hafif zararlara sürükleyebilir. Meselâ; geminin ve hamulesinin tamamen zıyaına meydan vermemek maksadiyle bir kısım gemi techizatını veya yükü denize atabilir. gemiyi karaya oturtabilir. Müşterek selâmet bakımından alınan böyle bir tetbir sonunda husule gelen hasar ve zararı buna maruz kalanın omuzlarında bırakmak, digerlerine teşmil etmemek adâlet mantığı ile kabili telif değildir. İşte bu düşüncedirki asırlar boyunca devam edegelmiş bir teamül hukukunun doğmasını, zarar ve hasar buna maruz kalanın üstünde bırakılmayıp bu sâyede selâmete erişen sair mal ve kıymetlere de nispet dahilinde tahmil edilmesi esasının kabulünü intaç etmiştir.

Müşterek avaryanın menşei milattan evvele uzanır. Eski Yunanlılarda malın, bütün yolcuların müşterek müzakere ve kararı ile denize atılması veya gemi ve malı kurtarmak maksadiyle fidye verilmesi hallerinde bunların deniz ödüncünden düşüleceği kabul edilmiş, o devirde (denize atma) hareketi müşterek avarya tipi olarak ele alınmış idi.

Avaryaya müteallik hükümler Roma Hukukuna eski Yunanlılardan intikal etmiştir. Öteden beri bir teamül olarak tatbik edile gelmekte bulunan avarya müessesesi Fransada ilk defa 1681 tarihli ordonnance ile tesbit edilmiş bulunmaktadır. 1440 numaralı deniz ticareti kanunu ile dilimize (küçük avarya) ve (büyük avarya) diye nakledilen bu müessesenin adı ve hükümleri 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile değiştirilmiştir.

874

MÜŞTEREK AVARYA HAKKINDAKİ MİLLETLER ARASI MÜŞTEREK KAİDELER ;

Milli Kanunlarda hususî ve müşterek avaryaya taallûk eden hükümler arasında önemli değişikliklere rastlanmaktadır. Ezcümle; bazı kanunlarda müşterek avarya sayılan bir kısım hareketler diğer bazılarında hususî avarya meyanına ithal edilmiş, bazı devletlerde müşterek avaryaya gemi tam, navlun üçte iki kıymeti üzerinden iştirâk ettirildiği halde diğer bazılarında, ezcümle; İngilterede gemi tam kıymeti, navlun ise gayri safi miktariyle, Fransada; gemi ve navlun; kıymetlerinin yarısı üzerinden avarya hesaplarına katılmaktadır. Beynelmilel önem arzeden bu günkü deniz nakliyatında, Millî kanunlarda görülen bu muhtelif ve mütezât hükümler alakalıları tereddüt ve şüpheye sürüklediği gibi tatbikat sahasında da güçlükler doğurmaktadır. Meselâ; Kanada bandıralı bir geminin bir Türke ait hamule ile Yunanistan karasularında müşterek avarya hareketine maruz kaldığını tasavvur edelim. Avarya. donatanın mensup bulunduğu Kanada Milli kanununa göre mi yoksa hamule sahibi Türkün veyahut da varma limanı olan Yunanistanın Milli Kanunlarına göre mi hal edilecektir. Donatan veya hamule sahipleri vakıf olmadıkları veya olupta elverişli bulunmadıkları kanun hükümleriyle ilzam edilmek istemiyebilirler. Avaryaya taallûk eden hükümler âmme intizamı mülahazasına dayanmadığı, Hilafına mukavele mümkün bulunduğu için böyle bir durumu önlemek maksadiyle, ilgililerin bağlanmak istedikleri kaideleri konşimento veya navlun mukavelenamesinde birer birer tasrih etmeleri mümkündür. Fakat, bu hususta tesbit edilmesi gereken kaideler çok ve tafsilatlı olabileceğinden bir kısmının unutulması veya tamamı konşimentoya geçirilerek sayfalar doldurulması veyahut da tesbiti için tarafların uzun ve yorucu müzakere ve münakaşalara mecbur kalmaları gibi bir neticenin doğumu muhakkaktır. Bu takdirde, işin pratik bakımdan halli, başka başka kanunlara tabi donatanı ve hamule sahibini tatmin edici ve müştereken kabul etmeleri mümkün bazı kaideler bulunup tesbit olunması hususundaki zaruret kendini gösterir. Pek önem arzeden bu mesele denizci milletler arasında ele alınmış, türlü ve müteaddit milletler arası kongrelere mevzu olmuş, neticede; (York-Anvers) kaideleri namiyle anılan kaideler vucut bulmuştur.

Bugün artık avarya hareketi hakkında konşimentoya uzun uzun hükümler koymak mecburiyeti yoktur. Taraflar tabi olmak istedikleri millî kanunlardan her hangi birini göstermek veya avaryanın (York-Anvers) kaidelerine göre halledileceğini kaydetmek suretiyle işlerini görebilirler.

875

YORK VE ANVERS KAİDELERİNİN TARİHÇESİ :

Deniz nakliyatında milletler arası, müşterek bazı prensiplerin tespiti kolay olmadı. Bu mesele ilk defa (National Association for The Promation Of. Social Science) tarafından ele alındı. Glaskov'da, 1860 yılında, beynelmilel bir konfrans topluyarak bir Proje hazırlanmasını ve tetkik için denizci milletler ticaret odalarına ve deniz derneklerine gönderilmesini, elde edilen sonuçlar dahilinde katî Projenin hazırlanması maksadiyle 1862 yılında 2. nci bir konferans akdini temin eyledi. Bu konferanslara deniz nakliyatında mühim bir rol oynıyan (Lioyd's) iştirak etmediğinden müsbet bir neticeye varılamadı : Ancak; (Milletler arası müşterek avarya komitesi) adı altında bir komite teşkil edilerek müşterek avarya esaslarının tesbiti işi buna bırakıldı. Komite bazı esaslar hazırlayarak 1864 eylülünde (York) şehrinde kongreyi toplantıya çağırdı. (Lioyd's) in iştirak etmemesine rağmen bu konferans ilgi çekti, bir çok hükümetler resmen iltihak ettiler. Neticede, müşterek avarya da beynelmilel nizamlara temel olmak üzere, (York kaideleri) namiyle, 11 kaide tesbit edildi. Daha sonra, (Milletler arası kanun islah ve tanzim cemiyeti) müşterek avarya mevzuunu tekrar ele alarak 30 Ağustos 1877 tarihinde, Anvers de milletler arası bir konferans akdine muvaffak oldu bu konferansa Lioyd's iştirak edip cephe almış, avaryaların kaldırılmasiyle iktifa edilmesini istemiş bulunmasına rağmen konferans sonunda avaryalar hakkında 12 kaide tesbit edildi, evvelce York da tesbit edilen prensipler de göz önünde tutularak bu kaidelerin bütününe (York ve Anvers kaideleri) adı verildi. Cemiyet 1890 yılında Liverpolda yaptığı 14 üncü konferansında kaideleri, o tarihe kadar geçirilen tatbikatı göz önüne alarak tadil ve islah etti, adedini onsekize çıkarttı. Bu kaideler 1890 tarihli York ve Anvars kaideleri adiyle anıldı. Aynı cemiyetin 8 Eylül 1924 tarihli 33 üncü konferansında York ve Anvers kaideleri yeni baştan ele alınıp tadil, islah ve tanzim olundu. 1924 tarihli York ve Anvers kaideleri başta; A, B, C, E, F, G, harfleriyle ifade edilen yedi kaide ile müşterek avarya ya ait umumî esasları, birden yirmi üçe kadar teselsül eden numaralar altında ifade olunan kaidelerle de müşterek avaryanın hususî hallerini tespit etmekte idi

1946 yılında, İsviçrede Zürih şehrinde toplanan deniz sigortacıları kongresinde 1924 york ve Anvers kaideleri yeniden ele alındı. Bazı delegeler, doğurduğu külfet ve masraf bakımından müşterek avarya müessesesinin kaldırılması, donatan, yük sahibi ve sigortacılar lehine bir hareket olacağı kanaatini izhar ettiklerinden bu teklifin incelenmesi İsveç, Birleşik Amerika, İspanya, İngiltere ve Fransa delegelerinden müteşekkil bir komiteye havale edildi. Komisyon yaptığı tetkikat sonunda, müş-

876

terek avarya müessesesinin tamamen kaldırılmasının doğru olmadığı, ancak, 1924 York ve Anvers kaidelerinde de bazı tadilât ve islahat yapmanın zaruri bulunduğu kanaatina vardı. Bu müteala 1948 yılında (Noord Wıkon Zee) de toplanan deniz sigortacıları konferansı tarafından tasvip olunarak milletler arası denizcilik komitesine arzı kararlaştırıldı. Denizcilik komitesi sigortacılar konferansının bu dileği üzerine komite azası milli teşekküllerden mütalaalarını sordu. 1949 yılında Londrada toplanan bir komisyonda Milli teşekküllerin değişik noktayı nazarlarını birleştirir bir proje hazırlandı. 1949 yılı Eylül Ayında Amisterdamda Yirmibirinci celsesini akdeden milletler arası denizcilik komitesi 1924 tarihli York ve Anvers kaidelerinin yeniden gözden geçirilmesini hedef tutan bu projeyi inceledi. Halen, 1950 York ve Anvers kaideleri adiyle yürürlükte bulunan esaslar bu suretle tesbit edilmiş oldu. Tadil ve islahın en mühim kısmı: başa eklenen tatbikat kaidesidir. Bunda; «Hilafına her hangi bir kanun hükmü veya teamül bulunmuş olsa dahi, müşterek avarya hesaplarının düzenlenmesinde harfli ve numaralı kaidelerin uygulanacağı» yazıldıktan sonra müteakip fıkrasında; numaralar altında gösterilen kaidelerin mezkür maddelerde bahis mevzu olan müşterek avaryanın hususi hallerine hasren tatbik edileceği, bunların dışında kalan müşterek avarya hareketlerinin ise harfli kaidelere göre neticelendirileceği tebarüz ettirilmiştir. Hülasa; taraflar müşterek avaryanın 1950 (York-Anvers) kaidelerine göre hallini istedikleri takdirde artık milli Kanunlardaki değişik hükümlere itibar olunmayıp münhasıran adı geçen kaidelerin tatbiki lazım gelmektedir.

1950 kaidelerinde bir kısım hükümler aynen ipka, bazıları tadil edilmiş, diğer bazılarınada ilâveler yapılmıştır. Bu suretle kaideler biri tatbikat kaidesi, yedisi harfli, yirmi ikisi numaralı kaide olmak üzere otuz olarak tesbit edilmiştir.

TÜRK TİCARET KANUNUNUN KABUL ETTİĞİ SİSTEM :

1/1/1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun müşterek avaryaya taallûk edn hükümleri 1950 tarihli York ve Anvers kaidelerine muvazi olarak tadvin edilmiş, bu kaideler Anglo-Sakson Hukuk kaidelerine has kalıptan çıkarılarak modern Türk mevzuatına uydurulmuş, ifade zapturapt altına alınarak anlaşılması ve uygulanması kolay bir hale getirilmiştir.

« ... Yürürlükte bulunan - Mülğa - Kanunun büyük avarya hakkındaki 1241—1274 ncü maddeleri kâğıt üzerinde duran ve yaşamıyan hükümlerdendir. Çünkü; çartır sözleşmelerine, sigorta poliçelerine ve konşimentolara derc edilen özel şartlara binaen, müşterek avarya hesapları kanun

877

hükümlerine göre değil, York-Anvers kaideleri uyarınca tanzim edilmektedir. Adı geçen kaideler ise ya kanun şeklinde veya teamül olarak denizcilikle ilgili başlıca devletlerde, hususile Anglo-Sakson Hukuk muhitinde uygulanmaktadır. Mademki Türkiyede de ilgililer adı geçen kaideleri maksada elverişli bulup fiilen tatbik etmektedir. Şu halde kanunun bu kısmının islahında ölü hükümlerinin yerine geçmek üzere memleketimizde de yaşayan teamülleri kanun şekline sokmaktan daha münasip bir yol yoktur. Yalnız; Lahey ve (Varşova-Oksfort) kaidelerinin kanunumuza ithali işinde tatbik edilen usul burada da uygulanmıştır. Hükümler Anglo-Sakson Hukuk kaidelerine has kalıptan çıkarılarak modern Türk mevzuatına has kalıba sokulmuştur. Bu suretle kanunun bünye ve sistemine dokunulmaksızın müşterek avarya gibi mühim bir müesseseyi ilgilendiren hükümler canlandırılabilmiştir. — Hükûmet esbabımucibe mazbatası — »

Hükümetin görüşüne iştirak eden Büyük millet Meclisi Adliye Encümeni mazbatasında şöyle denilmektedir; (... Müşterek avaryaya ait milletler arası esasları York ve Anvers kaideleri adı altında toplanmıştır. Hükümet tasarısında bu kaidelerin esas tutulmuş oluşu kanunun bilhassa milletler arası münasebetlere ilişkin bulunması sebebiyle Encümenimizce de yerinde görülmüştür. Yalnız, Hükümet tasarısının yapıldığı tarihte mevcut olan 1924 tarihli metin yerine 1950 de kabul edilen şekli esas tutulmuştur. Müşterek avarya mefhumunun esaslarını bildiren birinci fıkra hükmü; York ve Anvers kaidelerinin A. kaidesiyle C. kaidesinin ilk fıkrası hükümlerinde pek mühim rol oynayan, müşterek avarya hareketiyle bu hareketin neticesi olan ve müşterek avaryadan sayılan zarar ve masrafları anlatan müşterek avarya mefhumlarını bir birinden ayırt edecek şekilde, York ve Anvers kaidelerinin Ticaret hayatında yaşayan tarifine daha uygun olarak kaleme alınmıştır. Netice itibariyle, birinci fıkra metni York - Anvers kaidelerine hem lafız ve hem ruh itibariyle uygun bir şekle sokulmuştur....)

MÜŞTEREK AVARYANIN MÜMEYYİZ VASIFLARI

1950 tarihli York - Anvers A. kaidesinde; «Müşterek bir deniz sergüjestine girişmiş mamelekleri, müşterek bir tehlikeden korumak maksadıyla, cümlesinin selâmeti için, bile bile ve makul surette, fevkalade bir fedakârlık yapılır veya fevkalede bir masraf ihtiyar edilirse - bu unsurları aynen ihtiva etmek ve genişletilmemek kaydıyla - müşterek avarya hareketi var sayılır.» denilmektedir. Bu kaide, ticaret hayatında ve tatbikat sahasında anlaşılan ve uygulanan şekli göz önünde tutularak, lafız ve ruh itibariyle esas metinden de uzaklaşılmamak şartıyle Türk Ticaret

878

kanununun 1179 ncu maddesinde aynen şöyle ifade edilmiştir; «müşterek bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi ve yükü tehdit eden bir tehlikeden onları korumak maksadıyle ve makul bir hareket tarzı teşkil edecek şekild, bile bile, fevkalade bir fedakârlık yapılması veya fevkalade bir masrafa katlanılması halinde müşterek avarya hareketi mevcut sayılır.»

1440 sayılı mülğa deniz ticareti kanununun 1241. nci maddesinde müşterek avarya - büyük avarya - ; «gemiyi veya yükü veyahut her ikisini, müşterek bir tehlikeden kurtarmak maksadıyla, kaptan tarafından veya onun emriyle, bunlara bilerek verilen bütün zararlar, bu gibi tetbirler yüzünden ileri gelen zararlar ve yine aynı maksatla yapılan masraflardır.» şeklinde tarif edilmekte idi.

Gerek York-Anvers A. kaidsine ve gerek Türk Ticaret kanununun 1179 ncu maddesi hükmüne göre; bir hareketin müşterek avarya sayılabilmesi için;

A — Gemiyi ve yükü tehdit eden, müşterek bir tehlikenin vucudü,

B — Bu müşterek tehlikeden gemiyi ve yükü korumak maksadıyle bilerek ve isteyerek fevkalade bir fedakârlık veya fevkalade bir masraf ihtiyar edilmesi,

C — Bu fedakârlık veya masrafın gemiyi ve yükü mevcut tehlikeden korumak için makul bir hareket tarzı teşkil etmesi,

D — Faydalı bir sonuç elde edilmesi, yani; geminin veya hamulenin veya hiç olmazsa bunlardan bir kısmının kurtarılmış olması,

Lazımdır. Şimdi müşterek avaryanın bu unsurları üzerinde de durarak biraz izahat verelim.

A — Müşterek tehlike :

Gemi veya yükte bazı fedakârlık ve masrafları gerektiren tetbirler alınmadığı takdirde korkulan neticenin meydana geleceği muhakkak ise hiç şüphesiz böyle bir tehlike müşterek avarya şartlarındandır. Meselâ: hamulenin bir tarafa kayması neticesinde muvazenesi bozularak batmak üzere olan gemiyi ve içindekileri kurtarmak maksadiyle bir kısım gemi techizatının denize atılarak muvazene temin edilmiş veya su almağa başlayan ve çaresizlik içinde kalan gemi karaya oturtulmuş olması hallerinde tehlike muhakkaktır. Fakat; avarya hareketini tehlikenin tesirini ikaa kadir bir durumda kendini göstermiş olması haline hasrekmet doğru değildir. İhtimal dahilinde bulunan bazı vakıaların araya

879

girmemesi halinde tehlikenin korkulan neticeyi doğuracağı beklenmkte ise bundan korunmak maksadiyle alınan tetbirler dahi müşterek avarya hareketi sayılmalıdır. Fakat; bu tetbirlerin tehlikeye tekaddüm etmemesi, diğer bir ifade ile tehlike başlamadan önce alınmamış olması lâzımdır. Ezcümle; hususi avaryaya maruz kalarak bir limana sığınan geminin, devam edecek yolculuğa dayanıklı hale getirilmesi için tamirata tabi tutulması veya ileride çıkması melhuz bir fırtınadan korkularak,, filhal icabetmediği halde bir kısım yükün denize atılması âni bir tahlike karşısında alınmış tedabir mahiyetinde olmadıklarından müşterek avarya sayılamaz.

Tehlikenin, yolculuğa devam halinde korkulan neticeyi vereceği muhakkak olupta bundan korunmak maksadiyle bir barınma limanına iltica edilmişse bu hal müşterek avaryanın hususî bir şekli olup York-Anvers Onuncu kaide (a) bendinde bahis mevzuu edilmiştir.

Tehlike; müşterek sergüjeşte atılan gemiyi ve yükü birden tehdit etmiş olmalıdır. Yalınız yüke veya gemiye matuf tehlikeleri bertaraf etmek için alınmış tetbirler ve yapılmış masraflar müşterek avarya hareketi sayılmaz. Meselâ; deniz kazası neticesinde gemi hasara maruz kalmış olsa dahi bu haliyle yolculuğa devam imkânına malik ise tamir için her hangi bir limana girmesi veya icap etmediği halde hamule veya techizatını atması müşterek avarya değildir. Velev, muayyen bir navlun mukavllesine istinat etmiş dahi olsa tahmilat için, boş olarak yapılan sefer sırasında vuku bulan tehlikelere karşı alınan tedbirler ve yapılan masraflar müşterek avarya sayılarak yüke teşmil edilemez. Gemi ile yükün müşterek sergüzeşte atılması hali yükün gemiye girmesiyle başlayıp kati şekilde tahliye edilmesine kadar sürer. Geminin bir kısım yükü alıp diğer bir kısmını limanda bırakması halinde ancak gemiye alınan yük avarya hareketine ithal edilebilir. Yükün ve geminin ayrı şahsa ait oluşu müşterek avarya kaidelerinin tatbikine mani değildir.

B— Gemiyi ve yükü müşterek tehlikeden korumak için ihtiyar edilen fedakârlık veya masrafın bilerek yapılmış ve olağan üstü bir mahiyet arzetmiş olması lâzımdır. Arzu ve ihtiyar hilafına vuku bulan hasar ve zararlar veya bilerek yapılmış dahi olsa gemiyi ve yükü koruma maksadına matuf bulunmayan hareketler müşterek avarya değildir. Ezcümle: fırtına neticesinde geminin bir kısım techizatının denize sürüklenmesi. teknede hasar ve zararlar vukua gelmesi, direk ve serenlerin kırılması ilâ.. İsteyerek ve bilerek yapılmış şeyler değildir. Böyle tabii müessirat neticesinde vukuu muhakkak bir zararın veya hasarın tacil edilmesi halinde dahi müşterek avarya yoktur. Esasen. karaya oturması muhakkak olan geminin bu akibetinin kaptan tarafından kolaylaştırılması, gemi

880

içinden tutuşarak tamamen yanıp kül olması muhakkak gemi techizatı veya hamulesinin denize atılması, fırtına sebebiyle hasara uğrayıp düşmesi muhakkak gemi sereninin yıktırılması ilâ.. Gibi hareketler vukuu muhakkak bir neticeyi tacil etmekten başka birşey değildir. Bu itibarla müşterek avarya sayılamaz. Fakat; çıkan yangını söndürerek gemiyi veya yükü kurtarmak maksadiyle sıkılan sulardan husule gelen zararlar ve alınan tedbirler hiç şüphesiz müşterek avarya sayılmalıdır.

Mülğa deniz Ticareti Kanununda, kaptan tarafından veya onun emriyle verdirilen zararlardan bahis edilmekte idi. Gerek York-Anvers kaidelerinde ve gerek Türk Ticaret Kanununda fedakârlık ve masrafın behemhal kaptan tarafından veya onun emriyle yapılacağına dair bir kayıt yoktur.

C — Fedakârlık veya masraf makul bir hareket tarzı teşkil etmelidir. Daha hafif hasar ve zararla geçiştirilmesi mümkün bir tehlike için, ezcümle; hamuleden az bir miktarının atılmasiyle gemi ve yükün kurtarılması muhakkak iken, icap etmediği halde, daha çok ağır hasar ve masrafı mucip bir halin tercih ve tatbik edilmesi ve meselâ; geminin karaya oturtulması makul bir hareket tarzı sayılamaz. Bundan başka, böyle bir fedakârlık veya masrafın ihtiyar edilmemesi halinde yükün veya geminin maruz kalacağı hasar ve zarar daha ağır olmayacak idi ise veyahut yük veya gemide yapılan fedakârlık tehlikeyi önlemek için lüzümlu değilse yapılan bu hareketler makul bir hareket tarzı sayılamaz.

D — Yapılan fedakârlık veya masraf faydalı bir sonuç vermiş, yani gemi, hamule veya hiç olmazsa bunlardan bir kısmı kurtulmuş olmalıdır. Fedakârlığa rağmen hiç bir şey kurtulmamışsa bittabi tazmin bahis mevzuu olamaz. Zira; gemi ve yükün selâmeti için fedâ edilen kıymetler ancak bu fedakârlık sonunda kurtulan kıymetlere ve bir nisbet dahilinde tazmin ettirilebilir. Müşterek avaryada alakalıların gaybı ancak kurtulan malların değeri nisbetinde tazmin olunur. Müşterek avarya şahsî bir borç doğurmaz. Geminin büyük avarya garamesindeki payı gemi alacaklarındandır.

Fransız hukukcuları yapılan fedakârlıkla elde edilen netice arasında bir illiyet rabıtası aramaktadır. Gemi, yük veya bunlardan bir kısmı yapılan fedakârlık neticesinde değilde başka saik ve sebebler altında kurtulmuş olursa bu kurtulmayı müşterek avarya haraketi saymamaktadır. Alman Hukukçuları ise, bir defa fedakârlık ihtiyar edildikten sonra büyük avaryanın husule geleceği, kurtulan şeyler başka sebeplerle, hatta tesadüf eseri kurtulmuş olsalar dahi neticeye müessir bulunmayacağı tezini savunmaktadır.

881

Ne gibi zarar, ziyan, masraf ve ücretler müşterek avarya hesabına ithal edilebilirler :

1950 York-Anvers B. kaidesinde; «Müşterek avarya fedakârlıkları ve masrafları, iştirâk eden menfaatlerce, aşağıdaki esaslar dahilinde paylaşılır.» dendikten sonra müteakip C, F. G, kaideleriyle bu esaslar tesbit edilmiştir. C. kaidesinde aynen; (müşterek avarya hesaplarına ancak müşterek avarya hareketinin doğrudan doğruya neticesi olan zarar, ziyan ve masraflar kabul olunur. Gerek seyyahat sırasında, gerekse mütekabilen sürastarya gibi gecikmeden ve piyasanın gaybedilmesi gibi her hangi bil-vasıta zararlardan dolayı gemi ve hamulenin maruz kalacakları hasar ve zarar müşterek avarya sayılamaz.) F. kaidesinde ise; (Müşterek avaryadan sayılacak bir masrafın önüne geçmek için göze alınan her fazla masrafa müşterek avarya denir. Bundan menfaat temin etmiş başkaca alakalılar olup olmadığı araştırılmaksızın avarya garamesine ithal edilir. Ancak; bu yüzden önüne geçilen müşterek avarya masraflarının tutarını aşmaması şarttır.) denilmektedir.

York-Anvers A, B, C, kaideleri Türk Ticaret kanununun 1179 ve 1180 inci maddelerinde ifadesini bulmuştur. 1179 ncu maddenin ikinci cümlesinde; «müşterek avarya hareketinin ancak doğrudan doğruya neticesi olan zarar veya masrafların» garameye katılacağı gösterildikten sonra müteakip fıkralarında aynen; «1184 — 1195 inci maddelerde sayılan haller dahi birinci fıkradaki unsur — müşterek avarya anasırı — mevcut olmak ve bu kısımda aksine hususî hüküm bulunmamak şartiyle müşterek avaryaya giren. Müşterek avaryadan sayılacak bir masrafın yapılmaması için göze alınan her fazla masraf dahi, başka ilgili şahıslar bu fazla masraflardan faydalansalar bile önlenmiş olan masrafın tutarına kadar, müşterek avarya garamesine kabul olunur. Müşterek avarya garamesine giren zarar veya masraflar, gemi, navlun ve yük arasında aşağıdaki hükümlere göre paylaşılır.» denilmektedir. Maddedeki müşterek avarya garamesine girecek zarar ve masrafların «Müşterek avarya hareketinin doğrudan doğruya bir neticesi olması» lazım geldiğini bildiren kayıt muteakip 1180 inci maddede menfi şekilde düzenlenen bir ibareyle teyit edilmiştir. Mezkür madde aynen şöyledir; «Müşterek avaryadan olmayan, 1075. inci madde hükmüne girmeyen ve bir kaza neticesinde doğan bütün zarar ve masraflar ve hususiyle gerek yolculuk sırasındaki ve gerek yolculuktan sonraki bir gecikmeden meydana gelen (işsiz kalma zararları gibi.) Gemiyi veya yükü ilgilendiren bütün zararlar veya ziyanlar ile bir müşterek avarya hareketinin dolayısiyle neticesi olan (rayiç farkından meydana gelen ziyanlar gibi.) zararlar hususî avaryadır. Hususî avaryanın gemiye ait olanına gemi maliki, yüke ait olanına yük sahibi katlanır.»

882

«..... 1180. inci maddenin birinci fırkası hem eski kanunun yanlış olarak küçük avarya dediği ve Alman kanununun 701. inci maddesinde hususî avarya adıyle anılan zarar ve masraflar hakkındaki hüküme hemde York-Anvers kaidelerinden C. kaidesinin 2 nci fıkrası hükmüne uygun olarak yazılmıştır. Maddenin yazılışından anlaşılacağı üzere, hususî avaryanın esas unsurları cümledeki — hususiyle — sözüne kadar olan kısımda anlatılmıştır. Bundan sonraki kısmı, York-Anvers kaidelerinden C. kaidesinin ikinci fıkrasına uygundur ve daha ziyade ana hükmü açıklar mahiyettedir. Müşterek avaryanın tarifinde mevcut olan — müşterek avarya hareketinin doğrudan doğruya neticesi olmak — unsuru burada menfi şekilde teyid edilmiştir. Bu hüküm eski Kanundaki hükme göre mühim bir değişiklik arzettiğinden York-Anvers C. kaidesinde yapıldığı gibi metninde bir müsbet şekilde ve birde menfi şekilde tekrar edilmesi çok faydalı ve önemli görülmüştür. Burada belirtilmesi lüzumlu bir nokta da; müşterek avaryadan olan bir zararın giderilmesi için yapılan tamir sırasında donatanın gemiyi işletememesi yüzünden mahrum kaldığı kârların hiç bir zaman müşterek avaryadan sayılamıyacağıdır. Metindeki gecikmeden ileri gelmiş zararların misali olarak gösterilen — işsiz kalma zararları — bu ciheti gereği gibi belirtmektedir. — B. M. Adliye encümeni mazbatası. — »

Bu hükümlerden açıkca anlaşılacağı gibi, bir zarar veya hasarın müşterek avarya hesaplarına ithal edilebilmesi için müşterek avarya hareketinin doğrudan doğruya bir neticesi olması, yâni; aralarında bir illiyet rabıtasının bulunması zaruridir. Bunun dışında kalan zarar, ziyan, hasar ve masraflar garameye ithal edilemez. Meseleyi bir misalle izah edelim; Müşterek bir tehlikeden korunmak maksadiyle geminin karaya oturtulması halinde, böyle bir tetbirin alınmasına mütedair kararın icraya başlanmasından itibaren ve bu maksatla vâki hareket neticesi hadis olan zarar ve hasarlar, Ezcümle; gemi karaya sevk edilirken fazla dalga, sürtünme, kayalara çarpma ilâ. neticesi husule gelen zararlarla, karada iken gemiye ve hamuleye arız olan hasarlar, geminin yüzdürülmesi için yapılan masraflar, Romorkaj, hamulenin hafifletilmesi ve aktarılması masrafları ilâ... Doğrudan Doğruya büyük avarya hareketinin birer neticesi dir. Fakat; gemiyi ve yükü müşterek bir tehlikeden korumak maksadiyle bir barınma limanına iltica ya karar verilipde henüz bu limana varmadan geminin kendiliğinden karaya oturması hali kaptanın almak istediği tetbirle alakalı değildir. Binaenaleyh; bu suretle husule gelen zarar ve hasar müşterek avarya hareketinin doğrudan doğruya bir netisesi sayılamaz.

883

Müşterek avarya neticesinde hasara uğrayan şey'in bilahare vuku bulacak bir hususî avarya sonunda tekrar hasara uğraması veya zayi olması hali evvelce müşterek avarya ile doğan tazminat istemek hakkını bertaraf etmez. Ancak; sonraki kazanın önceki ile hiç bir alakası bulunmadığı ve önceki zarar vuku bulmamış olsa dahi tek başına bu yeni zararı tevlit edecek mahiyette olduğu tahakkuk ederse tazminat istemek hakkı sakıt olur. Bununla beraber; sonraki kazanın vukuundan evvel, hasara uğramış olan şey'in eski haline getirilmesi için sahibi tarafından yapılmış olan masraflardan mütevellit tazminat hakkı saklı kalır. Ezcümle; bir kısım gemi techizatının kırılıp koparılması, denize atılması bahasına muvazenesi temin edilerek kurtarılmış olan geminin müteakiben bir ayısberge çarparak battığını, yalnız hamulesinden bir kısmının kurtulduğunu farz edelim. Bu ikinci kazanın önceki ile bir alakası bulunmadığı gibi, tek başına gemiyi batıracak ve gemi teçhizatının tamamını yok edecek kudret ve mahiyettedir. Bu itibarla; evvelki müşterek avaryaya taallük eden fedakârlıktan doğan tazminat istemek hakkını iskat eder. Donatan mukaddema feda edilen gemi teçhizatı için kurtulan hamule üzerinde bir hak iddia edemez. — T. T. K.. Md. 1183 —

MÜŞTEREK AVARYADA KUSURLU TARAFIN DURUMU

1950 York-Anvers D. kaidesinde; «Fevkalâde fedekârlık veya masraf ihtiyarına sebep olan hadise deniz yolculuğuna girişmiş olan taraflardan birinin kusurundan ileri gelse bile paylaşma yapılır. Ancak; işlediği kusurdan dolayı bu tarafa karşı açılabilecek dâvaları ikâme hakkı mahfuzdur» denilmektedir. Bu prensip Türk Ticaret Kanununun 1181 inci maddesinde; «tehlikenin üçüncü bir şahsın veya ilgililerden birinin kusurundan doğmuş olması müşterek avarya hükümlerinin tatbikine mani olmaz. Şu kadarki; böyle bir kusuru olan ilgili sadece kendi uğradığı zarar için bir tazminat istemiyeceği gibi sebep olduğu avarya garamesine iştirâk edenlerin bu yüzden uğradıkları zararlardan da onlara karşı mes'ul olur. Tehlikeye, gemi adamlarından birinin kusuru sebep olmuş ise bundan donatan da 947 ve 948 inci maddelere göre mes'ul olur» şeklinde izah edilmiştir.

Müşterek avarya hareketine, geminin sefere elverişli olmayışı sebebiyet vermişse donatan, gemi adamlarından her hangi birinin yanlış bir hareketi sebep olmuşsa gemi adamları, yük sahibi tarafından bilinip de yükleme sırasında gizli tutulan yükteki bir ayıp intaç etmiş ise yük sahibi kusurlu demektir. Böyle bir deniz macerasında, kusuru ile zarar ve hasara sebebiyet veren tarafın, diğerlerinin zararlarını tazmin şöyle dur-

884

sun bizzat uğradığı zararlardan bir kısmını avarya garamesine iştirâk etmek suretiyle diğrelerine tahmil edebilmesi adalet mantığı ile bağdaşamaz. Binaenaleyh; böyle bir kusur halinde dahi müşterek avarya hesapları görülür. Ancak; kusurlu taraf garame sonunda tahakkuk eden zararının tazminini isteyemez. Bilakis; diğerlerinin bu yüzden maruz kaldıkları zararları tazmin etmekle mükeleftir. Bu kaidenin tatbikatını tesbit bakımından Türk Temyiz mahkemesinin aşağıdaki içtihadı bizlere ışık tutmaktadır;

(... York-Anvers D. kaidesiyle tesbit edilen kusurluluk hali, dâvâ mevzuu deniz hadisesinin cereyan ettiği tarihte mer'i - mülğa - deniz ticareti Kanununun 1243 üncü maddesinde daha vazıh bir şekilde yer almış ve «tehlikeye üçüncü bir şahsın veya alakalılardan birinin kusurunun sebep olması büyük avarya hükümlerinin tatbikine engel olamaz. Şu kadarki; böyle bir kusuru olan alakadar, uğradığı zarar için tazminat isteyemiyeceği gibi sebep olduğu büyük avarya garamesine iştirâk edenlerin bu yüzden uğradıkları zararlardan da onlara karşı mes'ul olur» şeklinde izah edilmiştir. Müşterek avaryaya ilişkin maddeleri York-Anvers kaidelerinden mülhem olarak kaleme alınan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1181 inci maddesinde bu hüküm aynen tekrarlanmıştır. Yük sahibi Toprak Mahsulleri Ofisi; armatörün ve gemi adamlarının kusurlu olduklarını iddia ederek tazminata ilişkin talepleriyle mülzem tutulamayacağını bilakis; sebebiyet verdikleri zararların bunlara tazmin ettirilmesini bilmukabele iddia etmiş, armatörün uzun ve tehlikeli bir sefere tahammülü olmayan, esaslı tamire muhtaç bir gemiyi sefere çıkarmak suretiyle kusurlu hareket ettiği ve bu kusurunun müşterek avarya neticesi hasar ve zararları tevlit ettiği subut bulmuş olduğuna göre; müşterek avarya garamesineden lehine tezahür eden meblâğı talep hakkını haiz bulunmamış, bilakis gerek hususi avarya ve gerekse müşterek avarya sebebiyle diğer tarafa iras ettiği zararları tazminle mükellef tutulması icap eylemiş iken, aksine düşünce ve sebeblerle armatörün dâvasının kabuliyle mukabil dâvanın reddedilmesi mukavelename, kanun ve usul hükümlerine muhaliftir. - T. Ticaret dairesi. Ta: 8/11/1958, E: 1068, K: 2756 - »

NAKİL MUKAVELENAMESİNE KONULAN BİR HÜKÜM İLE KUSURDAN DOĞAN MES'ULİYET HALİ BERTARAF EDİLEBİLİRMİ ?

Taraflardan her hangi biri kusurlu olsa dahi, garame neticesinden faydalanacağına ve diğer tarafın zararını tazminle mükellef tutulmayacağına dair mukavele hükmü muteber olurmu?

885

Borçlar Kanununun 99 uncu maddesi mucibince; «Hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart batıldır. Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükûmet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa, haiz olduğu takdir salâhiyetine istinaden hâkim bu şartı batıl addedebilir». Bu madde, navlun mukavelenamesine, önceden konulan bir hükümle, müşterek avarya neticelerinden kurtulma imkânını önlemektedir. Temyiz Ticaret Dairesinin denizcilik bankası tarafından konşimentolara konulan ve bir kısım kusurlardan muafiyeti ve tazminatın tahdidini mutazammın hükümler hakkındaki içtihadı da bu neticeyi müeyyittir. «...nakliyeci, teslim alındıkları andan itibaren teslim edildikleri ana kadar geçen müddet içinde, malların ziyaı veya hasarı yüzünden doğacak zararlardan mes'uldür. Ağır kusurdan mütevellit zarar ve ziyandan ademi mes'uliyete mütedair şart kanunun âmir hükmüne muhalif bulunması sebebiyle batıldır. Binaenaleyh; nakliyeci ademi mes'uliyeti için zararın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispatla mükelleftir. Dâvada; nakliyeci durumundaki denizcilik bankası zararın hudusunda ağır kusurları bulunmadığına mütedair müdafaasını isbata davet olunmak, isbat edememesi, yani; nakliyecinin sorumluluğunun tahakkuku halinde konşimentonun 23 üncü maddesindeki tazminat miktarını tahdit eden hükmün dahi ağır kusurdan mütevellit tazminat dâvasında kabili tatbik bulunmadığı göz önünde tutularak, umumî hükümler dahilinde, zararın tesbiti cihetine gidilmek lâzımdır. - T. Ticaret dairesi, Ta: 5/7/1956, E: 4482, K: 3401 - ». Temyiz mahkemesi Hukuk Umumî hey'etinin 22/5/1957 tarihli, 67/57 sayılı kararı da aynı mahiyettedir. «Konşimentoda, dâvalı denizcilik bankasının müstahdemlerle kaptan ve gemi adamlarının ağır kusur teşkil etmeyen hareketleri neticesi, yüke verilen zararlardan mes'ul olmıyacağı yazılıdır. Mahkemece dâvalının zararla mes'ul tutulması hadisede ağır kusurun mevcut olduğunun kabul edilmiş bulunduğunu gösterir. Borçlar Kanununun 99 ncu maddesi kusurun mevcudiyeti halinde mes'uliyetten iptidaen beraeti tazammun eden şartın hükümsüzlüğünü derpiş etmiştir. Konşimentonun 23 üncü maddesine mes'uliyetten kısmen beraeti tazammun eder mahiyette konulmuş olan hüküm bu bakımdan muteber değildir. Dâvacının tahakkuk eden zararının tamamen tazminine hüküm verilmesi lâzımdır». Bu içtihatlar mülğa ticaret Kanunu zamanına aitdir. Halen yürürlükte olan Türk Ticaret Kanununa bu hususta daha tahdit ve takyit edici hü-

886

kümler konulmuştur. Mezkûr kanuna ait hükûmet tasarısı esbabı mucibe lâyihasında; nakliyecinin mes'uliyetten kurtulabilmesini mucip haller birer birer kanunda ele alınıp izah ve tazminat borcu tahdit edildiği için bunların tevsi edilemiyeceği, ticarî kusurlardan mütevellit mes'uliyetin mukavele ile iptidaen bertaraf veya tahdit edilemiyeceği tebarüz ettirilmiştir.

« ... 1893 yılı Amerikan Harter kanununda yapılan ve sonradan Lahey kaidelerinde ve dolayısiyle Brüksel anlaşmasında da kabul edilen - Ticarî - kusurlarla - teknik - kusurlar arasındaki tefrik Türk Ticaret Kanunu tasarısının 1061 ve 1062 maddelerinde de yer almıştır. Buna göre; taşıyan yani kiralayan kendi adamlarının kusurlarından da kendi kusurlarında olduğu gibi mes'uldür. Fakat; zarar geminin sevki veya sair idaresi sırasındaki bir hareketten veya yangından ileri geldiği takdirde taşıyan yalnız kendi kusurundan mes'ul olur. Geminin sevk ve idaresi tabirine esas itibariyle yükün menfaatı icabı olarak alınan tedbirler dahil değildir. Bu gibi tedbirler arasında işlenen bir kusur teknik kusur sayılmaz. Binaenaleyh; malların yükletilmesi, istifi, taşınması, ellenmesi, boşaltılması zamanında uğradıkları ziya ve hasarlardan dolayı nakliyeci sorumludur. Meğerki; ziya veya hasar tedbirli bir taşıyanın sarfetmekle mükellef olduğu dikkat ve ihtimam gösterilmekle beraber önüne geçilemeyecek sebeblerden ileri gelmiş olsun. Ticarî kusurlardan dolayı mes'uliyet sözleşme ile iptidaen bertaraf edilemiyeceği gibi tahdit dahi edilemez. Çünkü; tasarıda, nakliyecinin lehine olarak mes'uliyetten kurtulma halleri açıkca belirtildiği gibi (madde: 1063, 1064) tazminat borcunun şümulü de tahdit edilmiştir. (madde :1112 ilâ. 1115). yükleten; malın cinsini ve kıymetini bildirmemiş ve bu beyanı konşimentoya yazılmamış olduğu takdirde nakliyeci her halde, beher koli veya parça başına en çok 1500 Türk Lirasiyle mesuldür. Bu miktar 1924 yılı Brüksel anlaşmasının 4. üncü maddesinin 5 inci bendinde yazılı 100 İngiliz lirasının bu günki karşılığıdır. Nihayet nakliyecinin hangi hallerde kanunî mesuliyetini bertaraf edebileceği 1118 inci madde de zikredilmiştir. ... Taşıyan, malların yalnız kabzından dolayı değil aynı zamanda geminin; denize, yola ve yüke elverişli olmamasından ileri gelen zararlardan da yükle ilgili olanlara karşı mesuldur. Meğerki tetbirli bir nakliyecinin sarfetmekle mükellef olduğu dikkat ve ihtimam gösterilmekle beraber noksanlığı yolculuğun başlangıcına kadar kaşfetmeğe imkân bulunmamış olan. Geminin denize, yola ve yüke elverişli olmaması hali gemi yola çıktıktan sonra meydana gelirse taşıyan taşımak için aldığı malları tetbirli bir nakliyeci gibi koruyup korumadığına göre 1061 ve 1062 nci maddeler mucibince mes'uldur. — Hükümet tasarısı esbabı mucibe layihası. — »

887

İsbat külfeti :

1950 York-Anvers E. kaidesinde; (beyyine külfeti, bir masrafın veya gaybın hakkiyle müşterek avaryaya kabulünü iddia eden tarafa düşer). denilmektedir. Bu hüküm, Umumî bir Hukuk prensibinin teyidinden başka bir şey değildir. Aynı kaide Türk Medenî kanununda da yer almış ve 6 ncı madde ile; kanun hilafını emretmedikce taraflardan her biri iddiasını isbata mecbur tutulmuştur. Ancak; Türk Ticaret kanununda bu kaideye bazı istisnalar konulmuş bulunmaktadır. Bunu gerektiren zaruret hükümet tasarısı esbabı mücibe layıhasında şu suretle açıklanmaktadır;

«... Tazminat dâvaları için isbat küfetinin kime ait olacağı bilhassa önemlidir. Medenî Kanunun 6 ncı maddesi hükmünü bu sahada da aynen uygulamak demek bir elle verileni diğer elle ortadan kaldırmak demektir. Bunun içindirki malların ziyaı veya hasarı yüzünden tazminat iddia eden kimse zararın, malların teslim alındığı andan teslim edildiği ana kadar geçen müddet içinde vukua geldiğini isbat etmekle iktifa edebilir — madde : 106- Bunda muvaffak olduğu takdirde nakliyeci de zararı doğurabilecek, yani; zarara sebebiyet verecek kusurun bulunmadığını ve vazifesi icabı olan bütün dikkat ve ihtimamı sarfetmiş olmasına rağmen zararı önleyemediğini veya bertaraf edemediğini ispat edecektir. nakliyeciye terettüp eden bu ispat külfetini hafifletmek maksadiyle, 1063 üncü madde de mühim bir karine kabul edilmiştir. Şöyleki; zararın halin icaplarına göre nakliyecinin mes'ul olmadığı ve açıkca sayılan tehlikelerin biri sebebiyle vukuu mümkün ise, zararın bu tehlikeden ileri geldiği kabul olunur. Binaenaleyh; nakliyeci zararın 1063 üncü maddede yazılı sebeblerden birinden doğmuş olduğunu ileri sürdüğü takdirde zararın bu sebeble vukuu anlaşılırsa — ki bu husus hâkimin takdirine bağlıdır - nakliyeci mesuliyetten kurtulur. Fakat; tazminat iddia eden kimse karinenin aksini ispat etmekte serbesttir. Bunda muvaffak olduğu veya müsbet olarak zararın nakliyecinin mesul olduğu bir hadiseden ileri geldiğini isbat ettiği takdirde nakliyeci mesuliyetten kurtulamaz.»

Türk Ticaret Kanununun 1197 nci maddesinde bu umumî kaidenin başka bir istisnası daha derpiş edilmiş bulunmaktadır. Müşterek avarya hallerinde, zararın teşbitinde, mutat ticari teamüllere uygun şekilde taşınmış olmayan mallar; nakliyecinin acentesinin veya sair temsilcisinin haberi olmaksızın veya yükleme sırasında bile bile yanlış beyanla yükletilmiş mallar nazarı itibara alınmaz. Ancak; bu mallar kurtarılmış olursa müşterek avarya borcuna iştirâk eder. Yükleme sırasında hakiki değerinden aşağı değerde gösterilen mallara arız olacak hasar ve gayıplar bildiri-

888

len değer üzerinden tazmin olunur. Fakat; müşterek avarya borcuna hakiki değerleri üzerinden girerler. Kaptana, usulüne göre bildirilmemiş olan kıymetli eşya, sanat eserleri, para ve kıymetli evrak zarar hesabına ithal edilmez.

Müşterek avaryanın Hususî şekilleri.

1950 tarihli York - Anvers kaidelerinin başındaki, harflerle ifade edilmiş hükümlerde müşterek avarya umumi şekilde ele alınmış, unsurları tesbit edilmiştir. Bunun haricinde, birden başlayıp 22 ye kadar teselsül eden numaralı kaideler ile müşterek avaryanın hususi şekilleri ele alınmıştır. Bu hususi tiplerin dışında kalan müşterek avarya iddialalarının harf kaideleriyle ifade edilen umumi esaslara göre çözülmesi zaruridir. Müşterek avaryanın hususi tipleri aşağıda izah edilenlerden ibarettir.

YÜKÜN DENİZE ATILMASI

KAİDE; I :

(Yük, ticaretin tanınmış usul ve kaideleri dairesinde taşınmış olmadıkça, denize atılmasından dolayı müşterek avarya iddiası kabul olunmaz.)Türk Ticaret Kanununun 1197 nci maddesinin 1. numaralı bendinde bu kaideye muvazi olarak; (mutat ticarî teamüllere uygun şekilde tanınmış olmayan malların hasar ve ziyalarının müşterek avarya hesaplarına ithal edilmiyeceği) gösterilmiştir.

Göğertede mal taşımak ticarî teamüllere uygun değildir. yükletenin muvafakatı olmadan eşyanın göverteye yükletilemiyeceği, küpeşteye asılamıyacağı kanunlarımızda yer almış bulunmaktdır. Ancak; maden direği, kereste ve büyük hacımlı bazı eşyaların ve bu meyanda otobüs ve otomobillerin göğerte de nakli bu gün bir itiyat haline gelmiş bulunmaktadır. acaba; kanunun, yükletenin muvafakatına bağladığı bu taşıma şeklini ticarî teamüle uygun ve binnetice müşterek avarya hareketine dahil bir taşıma telakki edebilecekmiyiz? Mülğa deniz ticareti kanununun 1107 nci maddesinde; yükletenin rızası olmadıkça malın göğerteye yükletilemiyeceği, Küpeşteye asılamıyacağı. 1249 uncu maddesinin 1. numaralı bendinde de; güverteye yükletilmiş mallardaki hasar ve zararların müşterek avarya hesaplarına ithal edilemiyeceği açıkca yazılmıştı. Halen mer'i Türk Ticaret Kanununun 1029 uncu maddesiyle Mülğa kanunun 1107 nci maddesinde ki hüküm aynen ipka edilmiş olmasına rağmen, 1249. uncu maddeye mütenazir 1197. nci maddesinde; Gögeretye yükletilmiş mallardaki hasar ve zararlar) ibaresi yerine (Mutat Ticari teamüllere uygun şekilde taşınmış olmayan mallar) ibaresi kullanılmıştır. Yükletenin rizası hilafına mal güğerteye yükletilemiyeceğine, küpeşteye

889

asılamıyacağına göre bu şekilde vaki taşımaya mutat teamüle uygun gözüyle bakmağa imkân yoktur. Binâenaleyh; maddenin yazılışındaki bu değişiklik mananın taksir ve tahsisini değil tevsiini hedef tutmaktadır. Muayyen halin haricinde kalan ve ticarî teamüle uymayan taşımalarıda şumüli içine almaktadır.

Temyiz Ticaret Dâiresinin eski ve yeni kanun zamanlarında verilmiş iki kararı maddenin tatbikatı yönünden bizleri aydınlatmaktadır. kararlar aynen şöyledır;

«... Mülğa deniz ticareti kanununun 1249 ncu maddesinin 1 numaralı bendi mucibince; güğerteye yüklenmiş malların müşterek avarya hesaplarına ithal edilmesine imkân yoktur. Fakat; Bu mallar yükletenin muvafakatı hilafına güverteye yükletilmiş ise, donatan bu suretle sebebiyet verdiği ve müşterek avarya hesaplarına ithali gayri mümkün zararların tamamını tazminle mükelleftir. Binaenaleyh; güverte de taşımanın yükletenin rızasiyle vuku bulduğunun nakliyeciye isbat ettirilmesi lazımdır. - Temyiz Ticaret Dâiresi, Ta: 12/6/1959, E: 641, K: 1763 - »

... Mahkemece müşterek avarya durumunun mevcudiyeti kabul edilmiş isede, bu kabul noksan tetkikata istinat etmesi itibariyle yerinde görülmemiştir. Şöyleki; matlabı; - müşterek avarya olarak kabul edilecek zararlar - ibaresini taşıyan Türk Ticaret Kanunun 1197. nci maddesinin 1. numaralı bendinde; mutat ticarî teamüllere uygun şekilde taşınmış olmayan malların uğradığı hasar ve ziyanların müşterek avarya olarak kabul edilmeyeceği açıkca gösterilmiştir. Nitekim, aynı kanunun 1184 ncü maddesinde de 1197. nci maddenin 1. numaralı bendi hükmüne muvazi olarak; gemide mutat ticarî teamüllere göre taşınmakta olan yükün denize atılmasının müşterek avaryadan madut olduğu ifade edilmiştir 1197. nci maddenin muaddili olan mülğa deniz ticaretî kanununun 1249. ncu maddesinin 1. numaralı bendinde; göğerteye yüklenmiş olan malların hasarının büyük avarya olarak nazara alınamayacağı hükmü mevcut iken T. Ticaret kanununda bu hüküm yerine daha geniş ve umumi bir ifadeyle; (mutad ticarî teamüllere uygun şekilde taşınmış olmayan) mallardan bahis edilmiştir. Aynı Kanunun 1029. ncu maddesinde, yükletenin muvafakatı olmadıkça eşyanın göğerteye konmayacağı yazılıdır. Binaenaleyh; mahkemece göğerteye konan maden direklerinin bu surette taşınmasının mutad ticarî teamüle uygun olup olmadığı, yükletenin muvafakatı alınıp alınmadığı hususları incelenerek hadisede müşterek avarya durumunun mevcut olup olmadığı mes'elesinin halli lazımdır. - Temyiz Ticaret dairesi, Ta: 25/12/ 1959, E: 3152, K: 3770 - »

890

Müşterek selâmet uğrunda denize mal atılması ve fedakârlık yapılması :

KAİDE : II:

«Müşterek selâmet uğrunda göze aldırılan bir fedakârlık yapılırsa veyahut böyle bir fedakârlığın yapılması neticesi olarak gemiye ve yüke veya bunlardan birine gelen zarar ile müşterek selâmet uğrunda denize mal atmak üzere açılan anbar kapaklarından veya başka bir delikten anbara giren suların yaptıkları zararlar müşterek avaryadır.»

Türk Ticaret Kanununun yukarıda gösterilen York - Anvers II kaidesine tekabul eden 1184. üncü mddesi aynen şu şekilde kaleme alınmıştır; «gemide, mutad ticarî teamüllere göre taşınmakta olan yükü, gemi kısımlerını veya gemi aletlerini denize atma, gemi direklerini, çımaları veya yelkenleri kesme, demirleri, demir halatları veya zincirleri bırakma yahut kesme hallerinde, gerek bizzat bu fedakârlıklarını teşkil ettiği zararlar, gerek bu fedakârlıklardan gemiye veya yüke gelebilecek diğer zararlar, hususiyle denize mal atmak üzere açılan anbar kapaklarından veya başka bir delikten anbara giren suların yapacağı zararlar müşterek avarya garamesine kabul olunur.)

GEMİDE ÇIKAN YANGININ SÖNDÜRÜLMESİ :

KAİDE : III

«Gemide çıkan yangını söndürmek için gemiye ve yüke veya bunlardan birine, su ile veya başka suretle - karaya oturma ve yanan gemi bordasına yanaşma halleride dahil olmak üzere - yapılan zararlar müşterek avaryadır. Ancak; dökme halindeki yüke, gemi kısımlarına ve kolilere gelen zarar için hiç bir avarya tazminatı ödenmez.»

York-Anvers III numaralı kaide Türk Ticaret kanununun 1128 nci maddesinde ifadesini bulmaktadır. Bu maddede aynen; «gemide çıkan yangını söndürmek üzere, gemide ve yükte veya bunlardan birinde, su ile yahut lumbarları açarak batırma halide dahil olmak üzere başka suretlerle meydana getirilen zararlar, - yükün yanmamış olarak kalan parçallarının istif edilmeksizin veya dökme halde gemiye yüklenmiş malların ve gemi kısımlarının yanma yüzünden uğradığı zararlar hariç olmak üzere - müşterek avaryadandır.» Adliye Encümeni esbabı mucibe layihasında; 1188. nci maddenin mehezi olan III numaralı York-Anvers kaidesindeki; geminin karaya oturtulması sözünün tasarıdan çıkarıldığı, bundan başka tazminatın şümülüne girmeyen mallar arasında dökme halde olan mallar da dahil bulunduğundan metnin bu değişiklikleri karşılayacak şekilde düzeltildiği izah edilmiştir.

891

Kırık ve döküklerin kesilmesi :

KAİDE : IV :

«Daha evvel deniz yolculuğunun tabii tehlikelerinden birinin vukuu ile elden gitmiş olan direk, kırık ve döküklerin veya başka eşyanın kesilmesiyle meydana gelen zarar ve hasarlar için müşterek avarya tazminatı verilmez. »

York-Anvers IV numaralı kaideye muvazi olarak Türk Ticaret kanununun 1184 ncü maddesinin son fıkrası kaleme alınmıştır. Bu fıkrada aynen : «daha önce denizciliğin tabii tehlikelerinden birinin tahakkuku ile kopmuş bulunan direk veya başka eşyanın kırık ve döküntülerini kesme hallerinden meydana gelen gaip ve zararlar müşterek avarya olarak kabul olunmaz.» denilmektedir.

«Müşterek avarya mefhumunun esası; yapılan fedakârlıkların ve katlanılan masrafların iradî olmasıdır. Bilhassa, bu maddedeki direklerin kesilmesi sözleri tatbikatta karışıklığa yer vermektedir. Çünkü: bu sözler direklerin tabii âmiller tesirleriyle, kendiliğinden kopması halinide hatırlatmaktadır. Bundan istifade eden bazı donatanlar iradi bir şekilde kesilmiş olmıyan, fırtınanın koparmış bulunduğu direkler için de müşterek avarya tazminatı istemeğe kalkışmaktadır. Bu maksadla tasarıdaki madde metni, mehezi olan Alman Ticaret Kanununun 706. ncı maddesinin 1. nci bendi ve IV numaralı York-Anvers kaidesinin muhalif mefhumundan anlaşılan manaya uygun şekilde kaleme alınmış, tedbir yerine 1179 uncu maddedeki tarife uygun olarak fedakârlık sözü konulmuştur. Adliye Encümeni esbabı mucibe mazbatası» .

GEMİNİN KARAYA OTURTULMASI :

KAİDE : V

«Bir gemi bile bile karaya oturtulmuş olursa, duruma göre; böyle bir tedbir alınmamış olsaydı geminin mutlaka sahile veya kayalara bindireceği anlaşılırsa, bile bile karaya oturtma neticesinde geminin, yükün, navlunun veya bunlardan birinin uğradığı zarar veya hasar müşterek avarya hesaplarına girmez . Fakat, bu durumdaki bir geminin yüzdürülmesinden ileri gelen hasar ve zararlar müşterek avaryadan maduttur. Geminin müşterek selâmet uğrunda, bile bile karaya oturtulmuş olduğu diğer bütün hallerde, bu yüzden vaki zarar ve hasar büyük avaryaya kabul olunur.»

Türk Ticaret Kanunun York-Anvers Vnumrolu kaidesine tekabül eden 1186 ncı maddesinde şöyle denilmektedir; «Geminin yalnız batmak veya zapdedilmek tehlikesinden korunmak için, bilerek karaya oturtulması halinde; karaya oturma ve yeniden yüzdürmeden çıkan zararlar ve yüzdürme masrafları müşterek avarya olarak kabul edilir. Şukadarki;

892

zikri geçen tetbir alınmamış olsaydı geminin mutlaka sahile veya kayalara bindireceği anlaşılırsa yalnız yüzdürme masraf ve zararları müşterek avarya olarak kabul olunur.»

(1186. ncı maddeye ilâve edilen ikinci cümle, 1950 York-Anvers V kaidesinin birinci fıkrasının son kısmından alınmıştır. ve bu hükümi York-Anvers kaidelerinin son şekline tamamen uydurulmuştur. — Adliye Encümeni esbabı mucibe mazbatası —)

Batması muhakkak bir geminin karaya oturtularak kurtarılması hali müşterek avarya olup bu hareketin doğrudan doğruya gerektirdiği bütün zarar ve hasarlar avarya garamesine ithal edilir. Fakat; esasen karaya düşmekte olan bir geminin hareketini teshil ve tacil etmek veya nisbeten daha kolay kurtulabileceği, fazla hasara maruz kalmıyacağı kumsal bir sahaya sevk etmek ilâ. gibi hareketler bu hadiseye müşterek avarya vasfını verdiremez. Bu halde ancak yüzdürme ameliyesinin icap ettirdiği masraflar ve bu ameliye neticesi husule gelen zarar ve hasarlar müşterek avarya sayılır.

YELKENLERİN ZORLANMASI. YELKEN AVARYASI VE GAYBI

KAİDE : VI

«Müşterek selâmet uğruna karaya oturmuş bir gemiyi yüzdürmek veya daha sıgolmayan bir yere götürmek için gayretler sarfolunması yüzünden yelken ve direğin veya bunlardan birinin gaybı veya avaryası meydana gelirse bu gayıp ve zarar müşterek avarya sayılır. Fakat; gemi suda yüzdükce gemiye, yüke, navluna veya bunlardan birine, yelken zorlanması yüzünden gelen her hangi bir avarya veya gayıp müşterek avarya asyılmaz.»

York-Anvers VI Nnmrolu kaide Türk Ticaret Kanununun 1187. nci maddesiyle 1196. ncı maddesinin 3 numrolu bendinde ifadesini bulmuştur. 1187 nci maddede şöyle denilmektedir; «Gemi, kendisinin veya yükün kurtarılması için, bilerek karaya oturtulmuş olmayıpta başka sebeblerden oturmuş ise, karaya oturma yüzünden çıkan zararlar müşterek avaryadan sayılmamakla berablr yeniden yüzdürme için yapılan masraflarla bu yüzden gemiye veya yüke bilerek yapılan zararlar müşterek avaryadandır. Hususiyle tehlikeli bir vaziyette bulunan gemiyi müşterek selâmet uğruna yüzdürmek veya daha derin bir yere götürmek için sarf olunan gayretler yüzünden;

1 — Yelken ve Direğin veya bunlardan birinin ziyaı veyahut hasara uğramasından doğacak zararlar.

893

2 — Makina ve kazanlara arız olan hasarlar,

3 — 1185. inci maddede yazılı (Geminin hafifletilmesi maksadına matuf) zararlar,

Müşterek avarya olarak kabul olunur.»

Türk Ticaret Kanununun 1186 ncı maddesinin 3. numaralı bendi mucibince; gemi yüzmekte iken yelken zorlaması veya makine ve kazanların çalıştırılması yüzünden gemi; yük ve navlunun veya bunlardan birinin düçar olacğı gayıp ve hasarlar müşterek avarya sayılmazlar.

MAKİNE VE KAZANLARA İKA EDİLEN HASAR :

KAİDE : VII

«Tehlikeli durumda karaya oturmuş bir geminin makina ve kazanlarına, onu yüzdürmek için sarf olunan gayretler yüzünden yapılan hasar hakikaten geminin müşterek selâmeti uğrunda, yüzdürülmesi maksadiyle göze alınmış bir fedakârlık neticesi olduğu anlaşılmak şartiyle müşterek avaryaya kabul olunur. Fakat; gemi yüzerken makine ve kazanların işletilmesinden, makinelerin tatili ile mumasil tetbirler yüzünden ileri gelen zarar ve hasar hiç bir şekil ve surette müşterek avarya olarak kabul edilemez.»

York-Anvers VII ve VI numrolu kaideler Türk Ticaret kanununun 1187 nci maddesinde memzucan mütalaa edilmiştir. Mezkür maddenin ikinci fıkrası mucibince; tehlikeli bir vaziyette bulunan gemiyi müşterek selâmet uğrunda yüzdürmek veya daha derin bir yere götürmek için harcanan gayretler yüzünden makine ve kazanlara arız olan hasarlarla geminin hafifletilmesi maksadına matuf zararlar müşterek avarya olarak kabul olunmuştur.

KARAYA OTURMUŞ GEMİNİN HAFİFLETİLMESİ İÇİN YAPILAN MASRAFLAR

KAİDE : VIII

«Bir gemi karaya oturmuş olupta yükü, mahrukat ve komanyası veya bunlardan biri boşaltılır ve duruma göre bu tedbir bir müşterek avarya hadisesini teşkil ederse hafifletmenin fazla masrafları, mavna kirası, icabına göre yeniden yükleme masrafları ve bunlardan doğan zararlar ve gayıplar müşterek avaryaya kabul olunur.»

Bu kaideye tekabul eden Türk Ticaret kanununun 1185. inci maddesi aynen şöyledir; «Karaya oturmuş olan geminin hafifletilmesi bir müşterek avarya hareketini teşkil ettiği takdirde bunun için yükün, yakıtın

894

veya kumanyanın hepsinin veyahut bir kısmının mavnalara veya diğer vasıtalara aktarılması halinde, mavnalar veya diğer vasıtaların kirasiyle zikri geçen şeylerin çıkarılmaları ve yeniden gemiye yüklenmeleri sırasında gemiye veya kendilerine ve vasıtalarda yüklü bulundukları sırada kendilerine gelebilecek bütün zararlar müşterek avaryaya kabul olunur.»

1185 inci madde, mehezi bulunan Alman Ticaret Kanununun 706 ncı maddesinin ikinci bendi hükmüne ve bilhassa bu bendin 3 üncü cümlesindeki hafifletme normal yolculuğun devamı sırasında iktiza etmiş ise müşterek avarya mevcut olmaz şeklindeki hüküm ile york-Anvers VIII numrolu kaidenin yazılışına uygun ve aynı zamanda 1179 uncu maddenin 1 inci fıkrasındaki tarifle ahenkli olarak kaleme alınmıştır. — Adliye Encümeni esbabı mucibe mazbatası —)

MAHRUKAT YERİNE YAKILAN GEMİ EŞYASI, KUMANYA VE YÜK:

KAİDE : IX

«Telike karşısında, müşterek selâmet uğruna, mahrukat gibi yakılması zarureti hasıl olan gemi eşyası ve kumanyası — ancak ve ancak gemi tam ve bol mahrukat ile donatılmış oldukca — müşterek avaryaya kabul olunur. Fakat; gemide bulunması icap, eden mahrukatın muhammen miktarıda son hareket liman ve günün rayci ile hesablanarak müşterek avaryaya matlup kayıt ilunur.»

Bu kaidenin muadili olan Türk Ticaret Kanununun 1189. uncu maddesi aynen, şu şekilde kaleme alınmıştır; «Tehlike karşısında, müşterek selâmet uğruna, zaruri olarak, yakıt gibi yakılan yük, gemi eşyası ve kumanyası veya bunlardan biri; ancak ve ancak gemi tam ve bol yakıt ile donatılmış olduğu takdirde, müşterek avarya kabul olunur. Şu kadarki; bu suretle yakılan şeylerin muadili olan yakıt miktarının muhammen kıymeti son hareket limanı ve gününün rayici üzerinden hesablanarak donatana zimmet ve müşterek avaryaya matlup kayıt olunur.»

BARINMA LİMANINDAKİ MASRAFLAR.

KAİDE : X

York-Anvers X numaralı kaide de barınma limanındaki masraflar vesaire 4 bent üzere tesbit edilmiştir. Kaide aynen aşağıda gösterildiği şekilde kaleme alınmıştır :

— Bir gemi; kaza, fedakârlık veya başka fevkalade haller yüzünden bir barınma limanına girer veya yükleme liman veya mahalline döner, barınma ve dönme, müşterek selâmet uğruna alınması zarurî bir tetbir

teşkil ederse, bu limana ve mahalle giriş masrafları müşterek avarya sayılır. Bundan başka, bu limandan ilk yükünün tamamı veya bir kısmı ile hareketinde, çıkış masrafları da barınmanın veya dönmenin neticesi sayılabilmek şartiyle müşterek avaryaya kabul olunur.

b — Yükü, Mahrukatı veya kumanyayı, gemi içinde koyup kaldırmak veya bir limanda, bir yükleme, durma veya barınma limanında boşaltmak için yapılan masraflar. (eheme veya boşaltma müşterek selâmetin temini veya fedakârlık yahut kazadan ileri gelen gemi avaryalarının tamiri için zaruri olmak ve bu son halde de yolculuğun selâmetle başarılması tamirin yapılmasına vabeste bulunmak şartıyle) müşterek avaryadan sayılır.

c — Yük, mahrukat veya kumanyanın elleme veya boşaltma masrafları müşterek avaryaya kabul olunduğu takdirde bunların yeniden yükleme ve gemide istif edilme masraflariyle depo masrafları da (Makul bir şekilde ki sigorta masrafları dahil) müşterek avaryadandır. Fakat; gemi mahküm edilir veya ilk yolculuk yarıda bırakılırsa geminin seyre kabiliyetsizliğine hükm olunması veya yolculuğun bırakılması tarihinden sonra işleyecek her hangi bir depo masrafı müşterek avaryaya girmez. Yükün boşaltılması bitmeden evvel gemi mahkûm edildiği yahut yolculuktan vaz geçildiği takdirde yukarıda yazılı depo masrafları boşaltmanın bitmesi tarihine kadar müşterek avaryaya kabul olunur.

d — Avaryalanmış bir gemi yolculuğa bütün yüküyle devama imkan verecek şekilde tamir göremiyeceği bir limanda bulunursa, masraftan tasarruf maksadiyle, tamir için başka bir liman veya mahalle veya varma limanına kadar ramorkörle çektirilmesi yahutta yükün tamamen veya kısmen başka gemiye aktarma edilmesi veya başka her hangi bir yolda sevki kararlaştırılırsa bu romorkaj aktarma ve yeniden sevki veya bunlardan birinin lüzum gösterdiği fazla masraf (tasarruf edilen meblağ baliğini geçmemek şartiyle) deniz yolculuğunda ilgili olanlarca elde ettikleri tasarruf nisbetinde paylaşılır.

York-Anvers X numrolu kaide aşağıda kaydedeceğimiz XI numrolu kaide ile memzuç olarak, Türk Ticaret Kanununun 1190 ncı maddesinde ele alınmıştır. madde aynen şöyledir;

«Kaza, fedakârlık veya başka fevkalade haller yüzünden yolculuğa devam olunması gemiye ve yüke müşterek bir tehlike getirecek olupta bunun önüne geçmek için geminin bir barınma liman veya yerine girmesi yahut yükleme liman veya yerine gelmesi yahut gereken tamiratı yaptırmak buralarda mümkün olmadığı takdirde başka bir barınma limanına girmesi ve bu hareketlerin müşterek selâmet bakımından zaruri bir

896

tetbir mahiyetini arzetmesi halinde aşağıda sayılan zarar ve masraflar müşterek avarya olarak kabül olunur.

1 — Mezkûr liman veya yere giriş masraflariyle barınma veya dönmenin neticesi sayılabilmek şartiyle, geminin liman veya yerden ilk yükünün tamamı veya bir kısmı ile hareketindeki çıkış masrafları,

2 — Gemi hasarlarının tamiri için zaruri olmak şartiyle yük, yakıt veya kumanyayı gemi içinde koyup kaldırmak yahut bir yükleme, durma veya barınma limanına yahut yerine boşaltmak için yapılan masraflar,

3 — Yük, yakıt veya kumanyayı elden geçirme ve boşaltma masrafları ikinci bent hükmü gereğince müşterek avaryaya kabul olunduğu takdirde bunların yeniden yükletilme ve gemide istif edilme masraflariyle depo ve makul surette yapılmış olmak şartiyle depo ile ilgili sigorta masrafları, şu kadarki; gemi mahkûm edilir veya başladığı yolculuğu yarıda bırakırsa geminin mahk»miyetine hükmedilmesi veya yolculuğun bırakılması tarihinden sonra işleyecek depo masrafları müşterek avarya olarak kabul olunmaz. Fakat, yükün boşaltılması bitmeden gemi mahkûm edildiği veya yolculuktan vazgeçildiği takdirde mezkür depo masraflarının boşaltmanın bittiği ana kadar tahakkuk eden kısmı müşterek avaryaya kabul olunur.

4 — Hasara uğramış bir gemi, yolculuğa bütün yük ile devamını temin edecek surette tamir görebileceği bir liman veya yerde bulunurda masraftan tasarruf maksadiyle tamir için başka bir liman veya yere yahut ta varma limanına kadar yedekte çektirilir veya yük kısmen veya tamamen başka bir gemiye aktarma vesair her hangi bir suretle varma limanına doğru yola çıkarılırsa, sarf edilecek römorkaj ve aktarma masraflariyle yükün varma limanına ulaştırılmasına matuf sair fevkâlade masraflar, şu kadarki; bu masraflar böylece tasarruf edilecek fevkâlade masraf tutarını aşmamak şartiyle, yolculukta ilgililer tarafından, bu suretle sarfından kurtulmuş oldukları fevkâlade masraflar nisbetinde ödenir.

5 — Geminin bir barınma limanına girmesi veya yükleme limanına veya yerine dönmesi sebebiyle uzayan yolculuk dolayısiyle kaptanla diğer gemi adamlarına verilmiş olan ücretler, bu uzayan yolculuk sırasında onların yiyip içmeleriyle yakıt ve kumanyadan sarfedilmiş olanlar için yapılmış bulunan ve makul had dahilinde olan masraflar,

6 — Bir gemi, bir liman veya yere girer veya bir liman veya bir yerde kalırsa, yahut bir kaza veya fedakârlık neticesinde geminin uğradığı hasarların tamirini mümkün kılmak için gemi bir limana veya bir yere girer veya bir limanda yahut bir yerde kalırsa ve geminin emniyetle yolculuğa devam edebilmesi bu tamire bağlı bulunursa kaptanın ve gemi

897

adamlarının üçretleriyle yiyip içmeleri için geminin bu liman veya yerde durduğu munzam devrede ve yolculuk edebilecek duruma girdiği veya bu duruma girmesi lâzım geldiği tarihe kadar makul had içinde yapılmış bulunan masraflar müşterek avaryadandır. Munzam durma devresi, gemi mahkûm edildiği veyahut ilk yolculuğuna devam etmediği takdirde, geminin mahkûm edildiği yahut yolculuğu bıraktığı tarihte ve şayet bu tarihte gemi henüz boşaltılmamış olursa boşaltmanın bittiği tarihte sona erer. Munzam durma devresinde sarfedilmiş olan kumanya ve yakıt ve bu devrede yapılmış olan liman masrafları (müşterek avaryadan olmayan tamirlerin yapılması sebebiyle sarfedilmiş bulunanlar hariç olmak üzere) müşterek avaryaya kabul olunur.

7 — Kaptanlara ve diğer gemi adamlarına, geminin bakımı veya müşterek avaryaya girmeyen tamirleri için fazla çalışma üçreti ödenmiş olduğu takdirde bu üçret bunun ödenmiş olması dolayısiyle yapılmasına hacet kalmamış bulunan ve yapılması halinde müşterek avaryaya ithal edilecek olan masraflar nisbetinde müşterek avaryaya kabul olunur.

8 — Gerek bu bendin. gerekse müşterek avarya ile ilgili diğer hükümlerin tatbikinde, donatanın kanun ile veya iş akdi ile bunları ödemeğe mecbur olduğuna bakılmaksızın, kaptan ve diğer gemi adamlarına veya onlardan birine yapılmış bulunan bütün ödemeler ücret sayılır.»

1190 inci maddenin birinci fıkrası daha kolay ve iyi anlaşılır ve mehezi bulunan X ncu York-Anvers kaidesinin dayandığı esasa daha uygun bir şekil verilmek için konulmuştur. — Adliye Encümeni Esbabı mucibe mazbatası.

GEMİ ADAMLARININ BARINMA LİMANINDA VE BARINMA İLE İLGİLİ ÜCRET VESAİR MASRAFLARI :

KAİDE : XI

« a — Geminin bir barınma liman veya mahalline girmesi, yahut yükleme liman veya mahalline dönmesi sebebiyle seyahat uzadığı sırada, kaptan, zabitan ve gemi adamlarının, makul bir şekilde ihtiyar edilen ücret ve masraflariyle harcanan mahrukat ve kumanya dahi; barınma liman veya mahalline girme masrafları onuncu kaidenin (a) bendi hükmüne uygun olarak müşterek avaryadan madut olduğu takdirde müşterek avarya hesaplarına ithal edilir.

b — Bir gemi; kaza, fedakârlık veya fevkalade haller neticesinde, her hangi bir liman veya mahalle girer veya orada alıkonur ve müşterek selâmetin temini yahut fedakârlık veya kazadan mütevellit geminin maruz kaldığı hasarların tamiri lüzumlu bulunursa, seyahatın emniyetle

devamı bakımından, tamiratın zaruri olması halinde böyle bir liman veya mahalde geçen munzam alıkonma devresi içinde veya geminin seyahata devamına müsait bir halde bulunduğu veya bulunacağı zamana kadar kaptan, zabıtan ve tayfanın makul bir surette ihtiyar edilen üçret ve masrafları müşterek avarya sayılır.

Gemi mahkûm olur veya ilk seyahatine devam etmezse, munzam alıkoyma devresinin mehkûmiyet veya yolculuğun terkedilmesi tarihine kadar teşmiline cevaz olmayacağı gibi yükün boşaltılması tamamlanmamış bulunması halinde boşaltmanın hitamı tarihine kadar uzatılmasınada mesağ yoktur.

Müşterek avaryadan sayılmayan tamiratın icrası için harcanan mahrukat ve kumanya müstesna olmak üzere geminin munzam alıkonma müddeti içinde istihlâk edilen mahrukat ve kumanya müşterek avaryaya kabul olunur.

Sırf müşterek avaryaya kabul olunmayan tamiratın yapılması için katlanılan diğer bütün masraflar hariç, geminin munzam alıkonma devresi içinde ödenen liman masrafları dahi müşterek avaryadan sayılır.

c — Kanunun gemi sahiplerine tahmil ettiği vecibelerle iş mukavelesinden doğan icaplar nazarı itibara alınmaksızın, ücretler gerek bu kaidenin ve gerekse diger kaideler hükümlerinin istihdaf ettiği gayeye nazaran; kaptana, zabıtana ve tayfalara veya nam ve hesablarına yapılan bilumum tediyeleri ihtiva edecektir.

d — Geminin bakımı veya bedeli müşterek avaryaya kabul edilmeyen tamirler için kaptana, zabıtana, tayfalara fazla mesai ücreti ödendiği takdirde bu fazla mesai ücretleri ancak fazla mesai yapılmadığı takdirde ihtiyar olunacak müşterek avaryaya dahil masraflardan elde edilecek tasarruf nisbetinde müşterek avaryaya kabul olunur.»

York-Anvers Kaidelerinden olup yukarıda tesbit edilen hüküm X uncu kaideyle, memzucan, Türk Ticaret kanununun yukarıya çıkarılan 1199 ncu maddesinde mutalaa edilmiştir. Adliye encümeni esbabı mucibe layihasında; bu maddedeki 5, 6 ve 7 nci bentler hükümlerinin XI inci kaideye uygun bir şekilde vaz edildiği, velbu XI inci kaidenin c. bendi hükmü maddeye 8 inci bent olarak eklendiği belirtilmiştir.

829

Boşaltma sırasında yüke verilen zararlar :

KAİDE :- XII

«Yük, yakıt ve kumanyanın ellenme, boşaltma, depolanma, yeniden yükleme ve istif edilme ameliyeleri sırasında uğrayacakları hasar ve gayıplar, ancak; bu ameliyelere müteferri masrafların müşterek avaryadan sayılmaları halinde ve bu hale inhisar etmek kaydiyle müşterek avarya sayılırlar.»

York-Anvers XII kaidesi geminin hafifletilmesinden bahseden XIII ncü kaideyle birlikte, Türk Ticaret Kanununun 1185 inci maddesinde ele alınmış olup mezkûr madde hükmü buna ayrılan bölümde izah edilmiştir.

TAMİRAT MASRAFLARINDAN YAPILMASI ZARURİ İNDİRMELER :

KAİDE : XIII

«Müşterek avarya tazminat hesablarında, müşterek avarya olarak tazmini kabul edilen tamirlerden eski malzeme veya parçalar yenileriyle değiştirildiği takdirde aşağıdaki kaidelere uyğun olarak eski ve yeni fakları tenzil edilir.

İlk tescil tarihinden kaza tarihine kadar, geminin yaşına göre tenzilat hesaplanır. İstisnaen kumanya ve demirbaş eşya, izolatörler, kurtarma sandalları ve mümasili ile gyro puslası tertibatı, telsiz aletleri, istikamet aletleri, elektrikli iskandil cıhazları ve benzerleri, makineler ve kazanlar için, yaşlarına göre tenzilâta tâbi olan eşyalar hakkındaki tenzilât tatbik edilir. Kullanılmamış olan kumanya, demirbaş eşya ve aletler hakkında hiç bir tenzilat yapılmaz. Hasarın meydana çıkarılması bedeli hariç, yeni malzeme ve parçaların bedelleriyle işçilik ve yerine koyma masrafları üzerinden tenzilat yapılır.

Havuz ve kızak ücretleriyle geminin mahal tebdili masrafları tam olarak kabul olunur. Karinenin temizlenmesi ve boyası ,bu boya kazadan önceki 6 ay içinde yapılmış olmadıkça tazmin olunmaz.

A — Bir yaşına kadar olan gemilerde : Karinenin raspalanma, temizlenme, boyanma veya astar boya masrafları üçte bir tenzilata tabi olup diğer bütün tamir masrafları tamamen kabul edilir.

B — Bir yaşından üç yaşına kadar olan gemilerde: karinenin raspalama temizlenme ve boyanması masrafları yukarıda, (a) fıkrasında olduğu gibi üçte bir tenzilata tabi tutulur.

900

Yelkenlerin, donatımın, halat, ip, iskala ve üçlemelerin (Zincir ve madenî telden olanlar hariç) tente ve muşambaların, kumanya ve demirbaş eşyanın ve boyanın bedellerinden üçtebir nisbetinde indirilir.

Ambarların tahta aksamı ile tahta direkler ve sırıklar dahil teknenin ahşap kısımlarından, sandallar. mobilya, mefruşat, tabak ve çanak takımları madenî ve cam eşya, madenî tel arma (techizat), halat ve üçlemeler, gyro puslası tertibatı, telsiz telgraf aletleri, istikamet tâyin eden aletler, elektrikli iskandil cihazları ve benzerleri, kablo ve zincirler, izolatörler, yardımcı makinalar, dümen cihazları ve teferruatı, maçuna, vinç ve elektrik makinaları (elektriğe müteallik sair malzemeler hariç) ile teferruatları üzerinden altıda bir tenzilât yapılır. Diğer tamirler tam bedelleriyle kabul olunur.

Ahşap veya muhtelit teknelerde kaplamalar şu şekilde muameleye tâbi tutulur; gemiden çıkarılan madenî kaplamaların gayri safi ağırlığına müsavi bir miktardaki hurdanın satış tutarı düşüldükten sonra makinenin bedeli tam olarak kabul olunur. Yeni kaplamaları koymak için kullanılan çiviler, kece ve işçilik (el emeği) üçtebir tenzilâta tâbi tutulur.

C — Üç yaşından altı yaşına kadar olan gemilerde: tenzilat yukarıda (b) fıkrasında izah edildiği gibi yapılır. Ancak; ambarların ahşap aksamı da dahil teknenin tahta kısımlarından, ahşap direk, sırık ve sandallardan, mobilya ve mefruşattan üçtebir, diler ve sırıkların demir kısımlarıyle (kazanlar ve teferruatı dahil) sair bütün makinelerden altıdabir tenzilat yapılır.

D — Altı yaşından 10 yaşına kadar olan gemilerde-: (C) fıkrasında gösterildiği gibi tenzilât icra edilir. Ancak; bütün donatımın, ip ve halatların, iskala ve üçlemelerin, direk ve sırıkların demir aksamından gyro puslası tertibatının, telsiz telgraf aletlerinin, istikamet tâyin eden cihazlarla elektrikli iskandil cihazları ve benzerlerinin, izolatörlerin, yardımcı makineler, dümen cihazları, maçuna, vinç ve teferruatı ile (kazanlar ve teferruatı dahil) sair bütün makinelerin bedellerinden üçtebir tenzilât yapılır.

E — On yaşından onbeş yaşına kadar olan gemilerde : bütün tamirlerden üçte bir tenzilat yapılır. İstisnai olarak teknenin demir aksamı ile çimento isleri ve demir kablolarda altıda bir indirilir. Çapalar tam bedelle hesaba alınır.

F — 15 yaşından yokarı olan gemilerde : bütün yenilemelerden üçtebir tenzilât yapılır. İstisnaen demir kablolardan altıdabir indirilir. Çapalar tam bedelle hesaplanır.»

906

XIII ncü York-Anvers kaidesi Türk Ticaret Kanununun 1199 uncu maddesinde şu suretle ifade edilmitir;

«Eski malzeme veya parçalar yenileriyle değiştirildiği takdirde; müşterek avarya tazminatı hesabında, müşterek avarya olarak ödenmesi kabul edilen tamir tutarlarından yeni ve eski farkları, 1191. inci maddenin son fıkrası mahfuz kalmak üzere, aşağıdaki hükümlere göre indirilir;

Esas itibariyle indirmeler geminin yaşına göre hesaplanır. Geminin ilk defa olarak gemi siciline kaydolunduğu tarihten kazanın vuku bulduğu tarihe kadar geçen müddet geminin yaşı itibarolunur. Ancak; kumanya ve demirbaş eşya, izolasyon tertibatı, kurtarma sandalları ve benzerleri, gyro puslası tertibatı, telsiz aletleri istikamet gösteren aletler ile iskandil aletleri ve benzerlerinden ve makina ve kazanlarda indirme, ilgili eşyanın kendi yaşına göre yapılır.

İndirme yeni malzeme ve parçaların değeri üzerinden yapılır. Hasarı tesbit masrafları müstesna bu değere işçilik ve yerleştirme masrafları da dahildir.

Kızak ve havuz üçretleriyle geminin yer değiştirme masrafları tam olarak kabul olunur.

Kazaya tekaddüm eden 6 ay zarfında boyanmış ise karinayi temizleme ve boyama masrafları da ithal edilir.

A — Bir yaşına kadar, bütün tamir masrafları tam olarak kabul edilir. Ancak; karinayı kazıma, temizleme, boyama veya ziftleme masraflarından üçte biri indirilir.

B — Bir yaşından üç yaşına kadar : karinayı kazıma, temizleme, ve boyama masraflarından (A) bendine göre indirme yapılır.
zincirler ve madenî teller harıç olmak üzere yelkenler, techizat halatlar. ipler, anbar kapakları, palamar, örtüler, muşambalar, kumanya ve istih lâk maddeleri ve boya bedellerinden üçte bir indirililir.

Anbarın iç döşemeleri, tahta direkler ve sırıklar ve sandallar dahil teknenin ahşap kısımları, mobilya, mefruşat, tabak ve çanak takımları madenî ve cam eşya, teller ve madenî palamar, ciro (gyro) puslası tertibatı, telsiz telgraf aletleri, istikamet tayın eden aletler, akis yoluyle iskandil ve benzeri cıhazlar, çapa zinciri ve zincirler, izolasyon tertibatı, yardımcı makinalar, dümen cıhazları ve teferruatı, macuna, vinç ve elektrik makinaları ve teferruatı (elektrik tahrik makinaları hariç) değerleri üzerinden altıda bir indirilir. Diğer tamirler tam bedelle kabul olunur.

Ahşap veya muhtelif teknelerde madeni kaplamalar aşağıdaki şekilde muamele görür :

Gemiden çıkarılan madenî kaplamaların gayri sâfi ağırlığına müsavi bir miktarın bedelinden hurdanın satış tutarı düşülür ve bakiye meblâğ tam olarak kabul edilir. Yeni kaplamalar yapmak için kullanılan çiviler keçe ve işçilik üçtebir tenzilata tabidir.

C — Üç yaşından altı yaşına kadar : İndirme yukardaki (b) bendine uygun olarak yapılır. Ancak, anbarın iç döşemeleri dahil teknenin tahta kısımlarından, ahşap direk, sırık ve sandallardan, mobilya ve mefruşattan üçte bir ve direk ve sırıkların demir kısımlarıyle (kazanlar ve teferruatı dahil) bütün makinelerden altıdabir indirilir.

D — Altı yaşından 10 yaşına kadar : indirme (c) bendine göre yapılır. Ancak, bütün teçhizatın, ip ve halatların. iskota ve palamarların. direk ve sırıkların demir kısımlarının, ciro (gyro) pusla tertibatının, telsiz telgraf aletlerinin, istikamet gösteren cihazlarla akis yoluyle iskandil cihazları ve benzerlerinin, izolasyon tesisatının, yardımcı makinalar, dümen cihazlarının, maçuna, vinç ve teferruatıyle (kazanlar ve teferruatı dahil) sair bütün makinaların bedellerinden üçtebir indirilir.

E — 10 Yaşından 15 yaşına kadar : bütün yenilemelerde üçtebir indirme yapılır. ancak, teknenin demir aksamı ile çimento işleri ve çapa zincirlerinden altıda bir indirilir. çapalar tam bedelle hesaba alınır.

F — 15 yaşından sonra : bütün yenilemelerden üçte bir indirilir. Ancak, çapa zincirleri altıda bir indirmeye tabidir. Çapalar ise tam bedelle hesap edilir.»

Muvakkat tamirler :

KAİDE : XIV

«Bir gemi, bir yükleme, durma veya barınma limanında, müşterek selâmet için veya bir müşterek avarya fedakârlığı sonunda hasıl olan hasarlardan dolayı, muvakkat surette tamir edilirse bu tamirlerin bedeli müşterek avarya olarak tazmin olunur. Arızî olarak başa gelen bir hasar neticesinde sadece yolculuğun tamamlanmasını sağlamak maksadiyle, muvakkat tamirlere girişilmiş ise; bundan menfaat temin etmiş başkaca ilgililer olup olmadığı araştırılmaksızın ve yalnız bu nevi tamirler bu limanda yapılmamış olsaydı karşılaşılacak ve müşterek avarya diye tanzim olunacak masraflardan elde edilecek tasarruflar nisbetinde bir para müşterek avaryaya girebilir. Müşterek avaryadan sayılan muvakkat tamir masraflarından eski ve yeni farkı indirilmez.»

Türk Ticaret kanununun XIV. üncü York-Anvers kaidesine muvazi olarak kaleme alınan 1191 inci maddesinde şöyle denilmektedir: «Gemi;

bir yükleme, durma veya barınma limanında, müşterek selâmet uğruna veya müşterek avaryadan sayılacak bir fedakârlık neticesinde hasıl olan hasarlardan dolayı muvakkaten tamir edilirse bu tamirin masrafları müşterek Avarya olarak kabul edilir. Şu kadarki; Kazaen vaki bir hasar neticesinde, sadece yolculuğun ikmalini temin için muvakkat tamirlere girişilmiş ise yapılan masraflar ancak mezkûr tamirler yapılmamış olsaydı karşılaşılacak ve müşterek avarya olarak tazmin edilecek olan masraftan elde edilen tasarruf nisbetinde ve yapılmış masraflar yüzündn diğer ilgililerin elde edebilecekleri tasarruflara bakılmaksızın müşterek Avaryaya girebilir. Müşterek Avaryadan sayılan muvakkat tamir masraflarından yeni ve eski farkı indirilmez.»

«1191 inci madde, mehazı olan XIV. üncü York ve Anvers kaidesinin 1950 yılında almış olduğu şekle nazaran (yapılmış olan masraflar yüzünden diğer ilgililerin elde edebilecekleri tasarruflara bakılmaksızın) ibaresi birinci fıkranın ikinci cümlesine eklenerek hükümet tasarısı metni Adliye Encümenince tamamlanmıştır.»

KAİDE : XV :

«Yükün uğradığı bir zarar veya zıyadan doğan navlun gaybı gerek müşterek Avarya hareketinin neticesi olsun, gerekse Yük. zarar veya gaybı müşterek Avarya sayılsın herhalde müşterek Avarya addolunur. Gaybedilen gayrisafi Navlundan, Sahibinin onu kazanmak için göze almak mecburiyetinde olduğu halde yapılan fedakârlık sayesinde esirgeyebildiği masraflar düşülür.»

Bu kaide Türk Ticaret kanunun 1202 inci maddesiyle ifade edilmiştir. Madde aynen şöyledir : «Yükün Ziya veya hasarından doğan Navlun gayıplarının müşterek Avarya yoluyla tazmini; Navlun gayıbının bir müşterek Avarya hareketi neticesi olmasına yahutta bizzat yükün Ziya veya hasarının müşterek Avarya kabul edilmiş bulunmasına bağlıdır. Gaybedilen gayri safi Navlundan, yapılan fedakârlık sebebiyle tasarruf edilmiş olan masraflar indirilir.»

FEDKÂRLIK SONUNDA GAYBEDİLEN VEYA HASARA UĞRAYAN YÜK İÇİN TAZMİN EDİLECEK KIYMET :

KAİDE XVI : -Yapılan fedakârlık sonunda gaybedilen veya hasara uğrayan yüke verilecek tazminat, mal sahibinin bu yüzden uğradığı zararın tutarıdır. Bu meblâ, Geminin Varma limanında, tahliyesinin son günündeki veya yoculuk Varma limanından başka bir yerde bitirilirse yoculuğa nihayet verildiği tarihteki piyasa kıymetlerine göre tesbit olu-

nur. Bu suretle, hasara uğrayan mallar satılır. Hasar bedeli başka surette kabul edilmemiş bulunursa, müşterek Avarya kabul olunacak zarar miktarı satış safi tutarı ile geminin en son tahliye günündeki veya yolculuk başka bir limanda sona eriyorsa bu yoculuğun bitme sırasındaki Avaryasız malın safi kıymeti arasındaki fark kadardır.»

Bu kaide Türk Ticaret kanununun 1200 ve 1201 inci maddelerinde ifadesini bulmuştur.

«Fedakârlık neticesinde, Ziya veya hasara uğrayan yük için verilecek tazminat mal sahibinin bu yüzden uğradığı zarara eşit olacaktır. Zarar miktarı Geminin boşaltıldığı son gündeki veya yoculuk varma limanından başka bir yerde bitirilirse yolculuğa son verdiği tarihteki piyasa fiyatı esas tutularak takdir olunur. Piyasa fiyatı yoksa yahut bu fiat veya fiyatın nasıl tatbik edileceği, bilhassa malın mahiyeti yüzünden kestirilemiyorsa fiat bilirkişilere bictirilir. Bu Fiattan, Malın Ziyanı neticesi tasarruf edilen Navlun, Gümrük resmi vesair masraflar indirilir. Müşterek Avaryadan sayılmayan ve Avaryaya sebeb olmuş hadiseden önce veya sonra yahut hadise sırasında hasıl olan değer düşüklüğü ve ziyanlar dahi, tazminat hesap olunurken indirilir. 1183. üncü madde hükmü mafuzdur. Müşterek Avarya masraflarını kapatmak üzere 1195 inci madde hükmü gereğince satılan mallar da feda edilmiş mallardan sayılır. —T. T. 1200—»

(Maddenin üçüncü fıkrası, Alman Ticaret kanunu mehaz tutulmak suretiyle tanzim edilmiş mülga Deniz Ticareti kanunun 1254 üncü maddesinde alınmıştır. York ve Anvers kaidesinde yazılı değildir. Ancak York ve Anvers kaidelerinde de hakiki zararın hesaba katılması meşrut olduğuna göre, müşterek Avaryayı ilgilendiren hakiki zararın tesbiti için müşterek Avarya hareketinden önce veya sonra meydana gelipte malın değerini düşüren bütün hadiseler neticesindeki değer düşüklüğü ve ziyaların müşterek Avarya hareketinin neticesi sayılmasına imkân olmıyacağı cihetle hesaptan düşüreceği tabiidir. — Adliye Encümeni Mazbatası —)

Türk Ticaret kanununun 1201 inci maddesinde ise aynen şunlar mevcuttur: «Fedakârlık neticesinde hasara uğrayan mallar satıldığı ve zararın tutarı hakkında taraflarca başka esaslar kabul edilmiş olmadığı takdirde, hiç hasara uğramamış olduğu kabul edilmek suretiyle malların en son boşaltma günündeki veye yolculuk asıl varma limanından başka bir limanda sona ermiş ise yolculuğun sona erdiği gündeki safi kıymeti ile Avaryalı malların safi satış tutarı arasındaki fark müşterek Avaryaya ithal edilecek zarar miktarını gösterir.»

905

GARAMEYE İŞTİRAK EDEN KIYMETLER :

KAİDE : XVII :

«Müşterek Avaryaya iştirak borcu mameleklerin yolculuk sonundaki safi kıymetine — eğer dahil değilse — feda edilmiş mameleklere bahşolunan tazminat hakları ilâve edilmek suretile tesbit olunur. Donatanın riskine dahil navlun ve yolcu ücretlerinden, müşterek Avarya sırasında Gemi ile yük tamamen kaybedilmiş olsaydı navlunu kazanmak için göze aldırılmayacağı tabii olan ve müşterek Avaryaya ithal edilmiş bulunan masraflarla Gemi Adamlarının ücretleri indirilir. Mameleklerin kıymetinden müşterek Avaryaya sebeb olan hadiseden sonraki bütün masraflar — bu masraflar müşterek Avarya kabul edilmemiş olmak şartiyle — indirilir. Yolcu bagajlariyle konşimentoya bağlanmamış olan zati eşya müşterek avaryaya iştirak ettirilmez.»

Bu kaide Türk Ticaret Kanununun 1203 üncü maddesinde açık bir şekilde ifadesini bulmuştur. Bu madde aynen şöyledir :

«Müşterek Avaryaya kabul olunan zararların tamamı, Gemi, Yük ve Navlun arasında, Gemi ve yükün değerleri ve Navlunun miktarı ile mütenasip olarak pay edilir. Müşterek Avaryaya iştirak borcu, birinci fıkrada yazılı şeylerin yolculuğun sonundaki hakiki safi değerlerine, önceden ithal edilmiş olmadıkça feda olunan şeyler için kabul olunan müşterek Avarya tazminatı ilâve edilmek suretiyle tesbit olunur. Geminin ve yükün müşterek Avarya hareketi anında tamamiyle Ziyaa uğramaları halinde, Navlun'a hak kazanmak üzere ödenmelerine veya yapılmalarına hacet kalmayacak olup da müşterek avaryadan sayılmıyan Gemi Adamları ücretleriyle masraflar, Donatanın Rizikoya uğrayan yük ve yolcu Navlunlarından indirilir. Garemeye iştirak eden şeyler için müşterek Avarya hareketinden sonra yapılmış olan ve müşterek Avaryaya kabul edilmiş olmayan masraflar da bunların iştirak değerlerinden indirilir. Yolcuların Bagajlarıiyle konşimetoya bağlanmamış olan zati eşyaları müşterek Avaryaya iştirak etmez.»

GEMİ HASARLARI

KAİDE XVIII :«Geminin ve makineleri ile takımlarının uğradıkları hasar ve gayipler tamir edildikte veya yenilediğinde bu hasar için verilecek müşterek Avarya tazminatı, eski malzeme yenileriyle değiştirildiği takdirde XIII üncü kaidede yazılı tenzilata tabi ve yenilenmelerinin hakiki ve makûl bedellerinden ibaret olur. Tamirler yapılmamışsa tamirin keşif üzerine tesbit edilmiş bedellerini geçmemek şartiyle makûl bir kıymetten düşme parası verilir. Geminin fiili veya hükmi tam ziyai halinde,

Gemiye verilecek müşterek Avarya tazminatı müşterek Avaryadan olmayan hasarlardan tamir masrafları ve şayet varsa satış tutarı çıkarıldıktan sonra kalan ve geminin kestirilen sağlam hali değerinden ibarettir.»

Bu kaidenin mukabili Türk Ticaret kanununun, 1198 inci maddesidir. Maddede şöyle denilmektedir: «Gemi ve teferruatının uğramış oldukları hasarlara ve Ziya'a karşılık müşterek Avaryaya kabul edilecek miktar tamir yapılmış veya eski parçaların yerine yenileri konulmuş olduğu takdirde, aşağıdaki maddede gösterilen indirmeler mahfuz kalmak üzere, tamirin veya yenilemenin makûl ve hakiki değerinden ibaret kabul olunur. Geminin fiili veya hükmi tam ziyai halinde Gemiye verilecek müşterek Avarya tazminatı, müşterek Avaryadan olmayan hasarların tamir masrafları ve varsa satış tutarı çıkarıldıktan sonra kalan, geminin takdir edilen sağlam hali değerinden ibarettir.»

BEYAN EDİLMEMİŞ VEYA YALAN BEYANLA YÜKLETİLMİŞ MALLAR

Kaide XIX: «Donatanın veya memurunun izni olmaksızın veya yükleme sırasında yalan beyanla — hakiki mahiyeti saklanarak — yükletilmiş mallara gelecek zarar ve gayıplar müşterek avaryaya kabul olunmaz. Ancak; bu gibi mallar kurtarılmış bulunduğu takdirde müşterek avarya borcuna iştirak ettirilirler. Yükleme sırasında, hakiki kıymetlerinden aşağı bir kıymetle ve bile bile, uydurma bir beyanla yükletilmiş mallar, beyan olunan kıymeti ile tazmin olunurlar. Fakat, borca hakiki kıymetleriyle iştirak ettirilebilirler.»

Bu kaide Türk Ticaret kanunun 1197 inci maddesiyle ifade edilmiştir. madde şöyledir: «Müşterek Avarya hallerinde zararın tesbitinde aşağıdaki şeylerin uğradıkları hasar ve Ziya hesaba katılmaz:

1 — Mutat Ticari teamüllere uygun şekilde taşınmış olmayan mallar,

2 — Taşıyanın acentesinin veya sair temsilcisinin haberi olmaksızın veya yükleme sırasında bile bile yanlış beyanla yükletilmiş mallar, şukadarki; bu gibi mallar kurtarılmış olursa müşterek Avarya borcuna iştirak ederler. Yükleme sırasında hakiki değerlerinden aşağı bir değer bildirilmek suretiyle yükletilen mallara arz olacak Zarar ve gayıplar bildirilen değer üzerinden tazmin olunursa da müşterek Avarya borcuna hakiki değerleri üzerinden girer.

3 — Kaptana usulüne göre bildirilmemiş olan kıymetli eşya, sana eserleri, para ve kıymetli evrak.»

907

AVANSLAR.

KAİDE XX: «Kaptan, Zabıtan ve tayfaların ücret ve iaşeleri ile seyahat sırasında, tepdil olunmıyan mahrukat ve kumanyadan gayri müşterek Avaryadan olan para sarfiyatı için alınacak yüzde iki komisyon müşterek Avaryaya girer. Ancak, Para müşterek Avarya çerçivesi içinde bulunan menfaat sahiplerinin biri tarafından ikraz edilmemiş ise, icap eden paranın deniz ödüncü akdi yolu ile veya sair suretle elde edilmesi için yapılan masraflar ve bu uğurda satılmış olabilecek malların sahiplerince uğranılan zararlar Müşterek Avaryaya dahildir. Müşterek avaryanın masraflarını karşılamak için ödünç alınan paranın sigorta masrafları dahi müşterek Avaryadandır.» Bu kaideye tekabül eden Türk Ticaret kanununun 1195 inci maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: «Müşterek Avarya masraflarını kapatmak üzere, yoculuk sırasında para bulmak lâzım gelipte bu hal zarar ve masraflara sebep olmuş veya ilgililer arasında yapılacak paylaşma ayrıca masrafı icap ettirmiş ise, mezkûr zarar ve masraflar da müşterek avaryaya kabul olunur. Hususiyle yolculuk sırasında satılan malların satışından doğan ziyan, lâzım olan para Deniz ödüncü yoluyla alınmışsa deniz ödüncü primi, deniz ödüncünden başka bir suretle alınmışsa sarf olunan paranın Sigorta primi, zararların tedkik ve tayini ve müşterek Avarya hesaplarının yaptırılması masrafları müşterek Avarya olarak kabul olunur. para, borçlu masaya dahil ilgililerden her hangi biri tarafından temin olunmamışsa müşterek Avaryaya giren sarfiyat için yüde iki nisbetinde bir komisyon kabul olunur. Ancak, Komisyon hesap edilirken Kaptan, zabitler ve Tayfaların ücretleri ve geçim masrfaları ve yolculuk sırasında yeniden tedarik edilmiş olan yakıt ve kumanya bedelleri zarara alınmaz.

1195 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen sigorta primi (alınan paranın sigorta primi)değil yirminci kaidenin son fıkrasında ve Alman Ticaret kanununun 706 maddesinin 7 inci bendinde işaret edildiği gibi sarf edilmiş olan paranın sigortasının primidir.

BÜYÜK AVARYAYA GİREN ZARARLARIN FAİZLERİ :

KAİDE XXI. «Müşterek Avaryaya kabul olunan masraf, fedakârlık ve tazminat tutarlarına, müşterek Avarya hesaplaşma tarihine kadar, yıllık yüzde beş üzerinden faiz tanınır. Fakat; Arada ilgililerin yaptıkları ödemeler veya hakkı olanların müşterek Avarya mevcudundan alel hesap çektikleri paralar faiz hlsabında gözönünde tutulur.

PARA DEPOZİTOLARI :

KAİDE XXII : «Yükün; müşterek Avarya, kurtarma ücretlerine veya başka hususî masraflara iştirak borcundan dolayı para depozitoları tahsil olunduğu takdirde bu paralar bekletilmeksizin, biri Armatör hesabına diğeri mudiler hesabına seçilecek birer mümessil adına, her ikisinin muvafakat ettikleri bir bankada açılacak müşterek, hususî bir hesaba yatırılır. Bu suretle yatırılacak paralar, varsa ve işliyorsa faizleriyle birlikte hak sahiplerinin teminatı mesabesinde olup yükün kendilerine müşterek Avaryadan, kurtarma ücretllrinden veya hususî masraflardan dolayı yapmağa mecbur olduğu ödemelere tahsis olunur. Alel hesap ödemeler veya depozito istirdatları dispeççinin yazılı muvafakatı bulunmak şartı ile mümkündür. Bu depozito, tediye veya istirdatların yapılması tarafların nihai mesuliyetlerine tesir etmez.»

HUKUK GENEL KURULUNUN YEKDİĞERİNE UYGUN DÜŞMEYEN İKİ KARARI VE BU MÜNASEBETLE ÖZEL DAİRE VE GENEL KURUL KARARLARI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Yazan : Ziya ÖNEL

(Yargıtay Üyesi)

Dâva Mevzuu :

Murisin iki kızı; Murisleri annelerinin, dâvalı kardeşleriyle birleşerek aslında çok daha değerli bulunan gayrimenkulünü, hakikatte hibe olduğu halde, çok düşük bedelle ve muvazaatan satış akti şeklinde göstermek suretiyle, kendilerini miras haklarından mahrum ettiklerinden bahisle, aktin iptalini talep ve dâva eylemişlerdir.

Mahal mahkemesi; Dâvacılar vekili, borçlar kanununa tevfikan muvazaa iddiası ile, satış aktinin ve tapunun iptalini dâva etmiştir. Mevzuatımızda bu yolda dâva ikâmesini men eden bir hüküm bulunmamış olduğundan, dâvalı vekilinin, tenkis dâvası açılması gerektiği ve hadisede zaman aşımı bulunduğu hususundaki defileri gayri varit görüldüğünden, satış aktinin, intikâl muamelesinin ve tapunun iptaliyle, kaydın eski haline ircaına karar vermiştir.

Özel Daire : Dâvacılar dâva istidasında, miras haklarından mahrum edilmek maksadiyle, iptalini istedikleri tasarrufun yapıldığını zikretmiş oldukları gibi, zabıt namenin 16 ncı sayfasında da maksadı tavzih sadedinde, miras hakkından mahrum edilmek kastı ile yapılan tasarrufun iptalini istediklerini dâvacılar vekili beyan etmiştir. Bu yolda verilen izahata nazaran dâvacı tarafın talebinin, tenkise taallûk ettiğinin kabulü lâzım gelir. Zikredilen vakalara nazaran hukukî tavsif mahkemeye terettüp eder. Mücerret iptal kelimesinin kullanılmış olmasından, dâvacı taratın Zikrettiği hadiselere göre, tekıs Kast etmediğinin istihracı bahsi caiz olmaz. Dâva mevzu olan tasarruf müteveffa tarafından hayatında yapılmış olduğuna göre burada dâvacı istidasında zikrettiği cihetle, medenî kanununun 499 maddesine istinaden açılmış bir dâva da bahis mevzuu olamaz. Dâvacılar murisin Çocukları ve bu sebeble mirasçı bulunmaları hasabiyle bu dâvayı açmış bulunduklarına göre, medenî kanunun 507 nci maddesi hükmüne istinat eylediklerinin kabuli icap eder. Verilen izahata nazaran,

borçlar kanununun 18 inci maddesine dayanan muvazaa hali de mevzubahis olamaz. Böyle bir hak iddia edilmiş olsaydı, bu mahiyetteki bir iddianın yazılı delille isbat ettirilmesi icap ederdi. Bilâkis mirascıların miras haklarından murisleri tarafından mahrum kılınmaları için yapılmış olan tasarrufun tenkisi istendiği teamül olunarak ve ona göre muktazi tetkikat yapılarak, bir karar verilmesi iktiza ederken, usulün 150 inci maddesi gereğince imzası ile de tevsik edilmiyen zabıtnamenin 16 ncı sayfasındaki beyandaki mahfuz hisseli iptal kelimesine isabetsiz bir mana izafesiyle, yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan varit bulunmakla. hükmün bu sebeple bozulmasına 23/9/1958 tarihinde karar verilmiştir.

İsrar üzerine Genel Kurul; Dâvacı vekili tutanağın 16 ncı sayfasında, dâva dilekçesinde yazdıklarını teyyit ederek, miras bırakanın, görünüşte bir satış akti yapmak ister gibi davranarak, gerçekten, bağışlama yolu ile ve müvekkilllrinden mal kaçırmak maksadı ile gayrimenkulü dâvalıya temlik ettiğini ve bu itibarla satış aktinin ve temlikin muteber olmadığını, bu bakımdan iptâl isteğinde bulunduklarını açıklamıştır. Ortada bir ikrar, yahut dâvadan vaz geçme beyanı bulunmadığı cihetle, usulün 150 nci maddesi gereğince tutanağın imzalanmamış olması, beyanının muteberliğine tesir etmez.

A — Borçlar kanununun 18 inci maddesinde, hakkında bazı hükümler konulmuş olan muvazaa iki şekilde olabilir.

1 — Taraflar her hangi bir akit yapmak istemezler. Fakat görünüşte bir akit yapmak üzere irade beyanında bulunurlar. Bu akit, tarafların iradesine dayanmadığı cihetle, hükümsüzdür.

2 — Taraflar belli bir akit yapmak isterler ve bu akti yaparlar fakat bu gerçek akdi saklamak maksadiyle başka bir akit yapmak üzere ayrıca irade beyanında bulunurlar. Bu halde, görünüşte yapılan akit hiç bir zaman muteber olmaz ve esas akit kaide olarak muteber olur.

Muteberliği kanun hükmünce belli bir şekle bağlı tutulan bir akti meydana getiren irade beyanlarının, ancak şekle uygun olarak açığa vurulması halindedir ki, akit meydana gelebilir. Diğer deyimle, uygun olmayan irade beyanları istenilen hukukî neticeleri dogurmaz. Bundan dolayidir ki şekle bağlı akit meydana gelmez. Bu itibarla ikinci şekildeki muvazaada, gerçekten yapılmak istenilen akit şekle bağlı bir akit ise, o zaman bu akit dahi hükümsüz olur. Hukuk tatbikatımızda kanun hükümlerine karşı hile teşkil eden akitlere dahi, muvazaalı akit denilmekte iseде, hadisemizde böyle bir durum yoktur.

911

B — Dâvacı vekilinin iddiası şekline göre; miras bırakanı aslında gayrımenkulü dâvalıya bağışlamış ve fakat tapuda bu akti bir satış şeklinde yaptırmıştır. Demek ortada az önce açıklanan ikinci şekilde bir muvazaa durumu vardır. Burada taraflar, gerçekten satış akti yapmak istemedikleri cihetle, muteber gayrimenkul satışı meydana gelmez. Bundan başka bağışlama iradesi resmi senette beyan edilmiş değildir. Halbuki Medenî Kanunun 634 üncü maddesi gereğince, gayrimenkule ilişkin bağışlamanın muteberliği resmî şekle bağlanmıştır. O halde yapılmak istenilen bağışlama akti de, şekil şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle meydana gelmez. Nitekim 7/10/953 günlü ve 7/8 sayılı içtihadı birleştirme kararının gerektirici sebeplerinde de, bu hukukî sebepler açıkca benimsenmiştir.

Muteber bir hukukî sebebe dayanmıyan tapu kaydının düzeltilmesi ise medenî kanunun 933 üncü maddesi gereğidir. Bu bakımdan mahkemenin, tapu kaydının düzeltilmesine karar vermesi kanun hükümlerine uygundur.

C — Burada mirascıların, miras bırakandan kendilerine geçen bir hakkı kullanmaları sebebiyle, tapuda yapılmış bir aktin muvazaalı olduğunun, usul kanununun 290 ıncı maddesi gereğince şahitle isbatı caiz olmamak gerekir. Ancak bu akit, miras bırakanla dâvalılar arasında ve dâvacıları zararlandırmak kastı ile yapılmış olduğundan ve böyle bir halde, muvazaaya ilişkin yazılı delilin dâvacıların eline geçmemesi için akti yapanlarca bütün tedbirlerin alınması tabiî olduğundan ve böyle durumlarda, şahit dinleme yasağının tatbiki halinde, iddianın isbatı imkânsızlaşacağından, usulün 293 üncü maddesi hükmünce dâvacılar tarafından muvazaanın şahitle isbatı usule uygundur. Şayet bu dâvayı miras bırakan veya dâvalı taraf açmış olsaydı, o zaman muvazaanın şahitle isbatı mümkün olmazdı.

D — Mirasa ilişkin medenî kanun hükümlerinde tenkisi istenilen muameleler, aslında muteber bulunan muamelelerdir. Burada muteber bir satış bulunmadığı cihetle, tenkis isteği söz konusu olamaz.

Mucip sebebleri ile israr hükmünü, 4/9/1960 tarihinde ekseriyetle onanmıştır.

Diğer bir dâvada mirascılar. murisin muvazaatan satış akti tanzim ettiğinden ve hakikatte hibe olduğundan bahisle, aktin iptalini ve hibe mevzuunun terekeye iadesine karar verilmesini istemiş ve mahkemece dâvaya uygun şekilde ittihaz olunan karar, özel dairece; iade istenilen hakkındaki tasarrufunda müteveffanın kasti hibe dahi olsa, satış şeklinde bu akti gösterdiğine göre, bu hal müteveffanın, tasarruf mevzuu malları

912

iadeye tabi kılmak istemediğini gösterir. Bu gibi vaziyetlerde mahfuz hissesi ihlâl edilmiş bulunan mirasçı ancak, medenî kanunun 507 nci maddesinin 4 üncü bendine dayanarak, tenkıs yoluna tevessül edebilir. 603 üncü maddenin şartlarının tahakkuk ettiği şeklindeki kabulün mesnedi izah edilmeden. Diyerek hükmü bazmuştur.

İsrar üzerine Genel Kurul; Daire görüşünü teyit ve aynen (Dâvacıların terekeye iadesini istedikleri malların muris tarafından dâvalıların satılmış olması, asıl maksadı hibe etmek dahi olsa, malların iadeye tabi tutulmadıklarını açıkca göstermektedir. Bu itibarla dâvacı mirascıların ancak, medenî kanunun 507 nci maddesinin 4 numaralı bendine istinat edebileceklerine ve iade dâvası açamıyacaklarına işaret eden ve tamamiyle varit olan özel daire kararına uymak lâzım gelirken) kaydı ile israr hükmünü ittifakla bozmuştur. (1/4/1959 gün ve 13/2).

Görülüyor ki her iki dâvada da dâvacı mirascıların, miras haklarından mahrum etmek kastı ile ve muvazaa suretiyle, hakikatta hibe olan akti, satış şeklinde gösterdiğinden bahisle, iptali talep ve dâva olunmuş ve mahal mahkemeleri her ikisinde de, ayrı hukukî esaslara dayanmakla beraber, aynı neticeye varmış ve iptale karar vermiştir.

Genel Kurul; borçlar kanununun 18 inci maddesinde yazılı muvazaa sebebiyle iptale dair olan birinci dâvaya ait hükmü onamış ve medenî kanunun 603 üncü maddesinde yazılı iade sebebiyle iptale dair olan ikinci dâvaya ait hükmü ise, yukarıda beyan edildiği üzere, ancak tenkis dâvası açılabileceğinden bahisle ve oybirliğiyle bozmuştur. Bu dâvada, muvazaadan ve borçlar Kanununun 18 inci maddesinden bahisle iptal istenebileceği derpiş edilmemiş ve hasren dâvanın tenkis dâvası olacağı ve ancak medenî kanunun 507 nci maddesinin 4 üncü bendine istinat edilebileceği açıkca belirtilmiştir. Esasen Borçlar Kanununa dayanılarak iptal istenebileceği kabul edilmiş olsaydı, iptal hükmünde birleşen neticeler itibariyle, bu son hükmü de tasdik eylemek lâzım gelirdi.

Her iki dâvanın maddî vakaalarında, sebep ve saikında ayniyet mevcuttur. Hadiselerde ayniyet ve birlik, hükümde de birliği icap ettireceği hukukî bir mutearifedir. Halbuki Genel Kurulun ayni mahiyetteki bu iki dâva hakkında ittihaz eylediği kararlarda ise, birlik şöyle dursun tamamen ayrılık mevcuttur. Biri, neticesi kısmi iptale müncer olan tenkis dâvasına, diğeri ise hükümsüzlüğünden bahisle aktin ve buna müstenit kaydın tamamının iptaline işaret etmektedir.

Hadiselerin uygunluğu ve telifinin mümkün bulunduğu iddia olunamıyacak derecede aykırılığı zahir olan ve neticeleri yekdiğerinden çok farklı bulunan bu iki kararın, içtihadı birleştirme Genel Kurulunca tet-

913

kik olunarak görüş ayrılıklarının giderilmesi, tatbikattaki tereddütlerin önlenmesi ve tatbikata yön verilmesi bakımlarından, temenniye değer mahiyette görülmüştür.

Bu vesile ile, birinci dâva dolayısiyle Genel Kurul ve özel daire arasında beliren görüş ayrılıklarının tetkikine geçiyorum.

Özel daire özet olarak «dâva tasvif şekline göre, mahfuz hisse sebebiyle tenkis dâvası olarak kabul edilmek icap eder. Borçlar Kanununun 18 inci maddesinde yazılı muvazaa sebebiyle iptal dâvası şeklinde kabulü isabetsizdir. Böyle bir dâvanın esasen yazılı delille isbatı lâzımdır.» Diyor.

Genel Kurul ise; «Haddizatında hibe olan akit, muvazaa suretiyle satış gösterilmiştir. Gayrimenkullerin hibesi resmi şekle bağlıdır. İradeler hibe olarak telâhuk ettiği halde, bu iradelere aykırı olarak aktin satış şeklinde inşa edilmiş olması itibariyle; ortada kanunen muteber sayılabilecek ne satış ve ne de hibe akti mevcuttur. Tenkis dâvası ise muteber akitler hakkında mevzubahis olabilir. Bu sebeple dâvanın, borçlar kanununun 18 inci maddesinde yazılı muvazaa sebebiyle iptal dâvası olarak kabulü lâzımdır.

Her ne kadar dâva hakkının muristen intikâli sebebiyle isbat bakımından yazılı delil aramak kaideten doğru ise de, tasarrufun mirasçıya ve onun miras haklarına müvecceh bulunması sebebiyle; murisin ve diğer tarafın yazılı delil burakmamak için her türlü tedbirleri almaları tabii bulunduğundan isbat imkânsızlığı karşısında beyyine serbestisinin kabulü doğru ve muvafık olur demektedir.

Bu iki kararda esas görüş ayrılıkları bilhassa şu noktalarda toplanmaktadır.

Özel Daire; Muvazaalı akitler esas itibariyle hükümsüz ve gayri muteber akitler değildir. Bu davada dâvacılar, külli halef sıfatiyle değil, mahfuz hisseli mirascılar olarak dâva ikâme etmişlerdir ve bu sebepledir ki şahit beyyinesi kabul edilmiştir.

Genel Kurul ise; Hadisede muteber bir akit yoktur. Muteber olmayan akitler hakkında tenkis söz konusu olamaz. Bu itibarla dâva, borçlar kanununun 18 inci maddesinde yazılı muvazaa sebebiyle iptal davasıdır. isitisnaen her türlü beyyine ile isbat hakkını tanımak icap eder. Mütalâasındadırlar.

Bu şekilde tebarüz eden görüş ayrılıklarına göre :

1 — Muvazaalı akitlerin muteberiyeti ve hükümleri,

2 — Hadisemizde dâva hakkının, küllî halef sıfatından mı yoksa mahfuz hisseli mirascılıktan mı doğduğu,

914

3 — Muvazaalı akitlerde isbat meselesi,

Hususlarının tetkiki icap etmektedir.

1 — Muvazaalı akitlerin muteberiyeti ve hükümleri :

Mesele, murisin küllî halefi sıfatiyle mirascının muris yerine kaim olarak açacağı dâvalar ile, murisin terekesine dahil olmayıp, mirascının kanun icabı haiz olduğu tenkis ve iade dâvaları gibi dâvaların yekdiğerinden tefriki hususundan ibarettir.

Oser şerhinde muvazaa; tarafların iradeleri ile beyanlarının birbirini tutmayışı olarak tarif olundukdan sonra, hakiki iradelere uygun olarak tanzim dilecek olan aktin maksadı temin edememesi sebebiyle bu yola baş vurulacağının ve kasten yapılan böyle bir aktin, üçüncü şahısları yanıltmak veya onların haklarını bertaraf etmek için yapılacağını beyan ve,

a) Taraflar hakikatta hiç bir hukuki değişiklik düşünmemiş oldukları halde, bir aktin varlığını beyan ve izhar etmiş olmaları,

b) İradeler diğer bir akit üzerinde ve meselâ hibede telâhuk ettiği halde, satış şeklinde izhar ve o yolda bir şekil vermiş bulunmaları,

Suretlerinde tezahür ettiğini ifade ediyor.

Bunlardan birincisi; esasen hiç bir hukuki değişiklik yapılması, diğer bir deyimle her hangi bir akit üzerinde irade telâhuku düşünülmediği cihetle, bir akitten bahsedilemiyeceğinden, tarafları ve külli halefleri hakkında hiç bir hüküm ifade ve netice husule getiremiyeceği bedihi ve daha ziyade izahtan varestedir. Ancak iyi niyetli üçüncü şahıslar hakkında, hüsnüniyetin korunması pirensibi icabı muteber bir aktin hüküm ve neticelerini hasıl eder. Böyle bir muvazaa şeklindedir ki mirasçı, muris yerine kaim olarak, aktin hükümsüzlüğünü ve iptalini isteyebilir. Bu husus tetkikini yaptığımız kararların mevzuu dışındadır.

İkinci Şekil; İradelerin diğer bir akit üzerinde ve hadisemizde olduğu gibi hibede birleştiği halde, satış şeklinde inşa edilmiş olması :

Bu mevzuda daire; dâva tasvir şekline göre tenkis olarak kabul edilmek icap eder. Bu dairede tetkikat yapılarak ... Demek suretiyle aktin esas itibariyle muteber olduğunu ve ancak dâvacının tenkis hükümlerine göre, haklarını halele uğratmış ise, o nisbet dairesinde iptali gerekmekte bulunduğuna işaret etmiş bulunmaktadır. (İleride vereceğimiz izahattan da anlaşılacağı üzere dâvacıların, borçlar kanununun 18 inci maddesi

915

ne dayanan iptal dâvasına hakları bulunmamak itibariyle, daire bozmasında bu hususun açıkca kaydedilmesi daha muvafık olurdu.)

Genel Kurul ise; taraflar belli bir akit yapmak isterler ve akti yaparlar. Fakat bu gerçek akti saklamak kastiyle başka bir akit yapmak üzere ayrıca irade beyanında bulunurlarsa, bu halde görünüşte yapılan akit hiç bir zaman muteber olmaz ve esas akit kaide olarak muteber olur demek suretiyle, şekle tabi olmayan akitlerde daire noktai nazarını tasvip etmektedir.

Muteberliği kanun hükmünce belli bir şekle bağlı tutulan bir akti meydana getiren irade beyanlarının, şekle uygun olarak açığa vurulması halindedir ki, akit meydana gelebilir. Diğer bir ifade ile, şekle uygun olmayan irade beyanları istenilen hukukî neticeleri doğurmaz. Bundan dolayıdır ki, şekle bağlı akit meydana gelmez, Bu itibarla ikinci şekildeki muvazaada, gerçekten yapılmak istenilen akit, şekle bağlı bir akit ise o zaman, bu akit dahi hükümsüz olur. Diyerek ve 7/10/1953 gün ve 7/8 sayılı içtihadı birleştirme kararını da mesnet ittihazı suretiyle, hükümsüz olan bir aktin iptali istenebileceğini ve tenkis söz konusu olamıyacağını beyan ve izah eder.

Sözü geçen içtihadı birleştirme kararında benimsenen ve hadiseye ışık tuttuğu kabul edilen kısımda aynen (medeni kanunun 634 üncü maddesi, mülkiyeti nakledecek akitlerin resmi şekilde yapılmasını âmirdir. Bununla. hakiki iradelelerinin tam olarak telâhuk ettiğini, âkitler beyan eyleseler ve fakat hakiki kasıtlarının akti yaparken hibe olduğu sabit olsa, bey akti batıl olur, ama yerine hibe akti kaim olamaz. Çünkü, memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telâhuk eylememiştir. Bu halde, tapu kaydı hali aslisine irca olunmakla iktifa olunur) denilmektedir.

Kânaatimizce, bu görüş te hatalıdır. Medeni kanunun 634 üncü mad, desi; mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber değildir. hükmünü koymuş ve sadece resmi şekle işaret eylemiştir. Binaenaleyh, resmi şekil şartı yerine getirilmekle, akit vucut bulur. Şeklin iradelere uygun olmaması halinde, aktin batıl olacağına işaret ve delalet eden bir kayıt yoktur. Şeklin, asıl iradelere uygun omaması halinde, yani muvazaalı akit muvacehesinde hükümlerini, bu hususu derpiş eyleyen borçlar kanununun 18 inci maddesi çevresi içinde mütaalâ eylemek icap eder. Bu madde hükmü ise, şekle tabi olan ve olmayan akitler hakkında tefrik yapmaksızın, âkitlerin, hakiki ve müşterek maksatlarını aramak

916

lâzımdır, diyor ki, muvazaalı akitler hakkında sevk edilmiş hususî bir hüküm olmak itibariyle işin, bu maddenin anlayışı şeklinde halledilmesi zaruridir.

Bu madde hakkında şarih Oser; kanunun koyduğu kaideye hakim düşünce, bir irade izharının yorumunda, tabirlerin lâfız itibariyle manası değil lâkin tarafların iradesinin esas tutulacağıdır. Yalnız buna hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsı himaye için ikinci fıkrayla bir istisna kabul edilmiştir. (Sh. 144) Hadisede sadece gösteriş işlemi varsa beyan, hiçbir netice hasıl etmiyecektir. Lâkin gösteriş işleminin arkasında ciddi olarak istenilmiş bir işlem gizlenmiş ise o zaman, şu halleri birbirinden ayırt etmelidir. Ciddi işlemin, (şekil ve muhteva bakımından) bütün kanuni şartları yerine gelmiş olursa, bu muamle muteberdir. (Sh. 147) Maddedeki ana kaide, bağışla alâkadar olmayan üçüncü şahıslar hakkında da caridir ve ancak hakiki irade üzere muteberdir. Ciddi olmayan beyan batıldır. (Sh. 149) diyor. Şu son cümlede açıkça belirtildiği gibi hibenin, satış şeklinde gösterilmesi halinde, hibe hükümleri tatbik olunacak ve ancak onun zahiri şekli olan satış batıl olacaktır. Yine eserin 148 inci sahifesinde; muvazaalı akitlerin, mahfuz hisse dolayısiyle iptal edilebileceğini misal olarak zikrediyor. Bu misalden de anlaşılıyorki esas akit batıl değildir ve ancak mahfuz hisse sebebiyle ve mahfuz hisse nisbetinde fesh ve iptale tabidir.

Muvazaalı akitlerin bâtıl ve gayri muteber olmadığı 27/3/1957 gün 12/2 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla da kabul edilmiş görünmektedir. Gerçekten sözü geçen kararda «Müşterek mülkün hissedarları, hisselerini karı ve kocaya, evlât yahut akrabaya temlik etmeleri halinde, şekilen satış akti bulunsa bile, hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferriği maksatların veya hibe gibi mülâhazaların hakim olduğu ahvalde, Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şuf'a hükmü cereyan etmez» denilmektedir. Burada aktin muvazaalı olduğu kabul edildiği halde, şekline bakılmaksızın asıl iradeler nazara alınarak ve bu iradeler muteber sayılmak suretiyle neticeye varmış, iptali icap edeceği mutalâa ve mülâhaza edilmemiştir.

Diğer taraftan Medenî Kanunun 507 nci maddesinin 4 üncü bendinde; mahfuz hisse kaidelerini bertaraf etmekkasdi ile yapıldığı aşikâr olan temliklerin tenkîse tâbi olduğu hükmü konulmuştur. Genel Kurul görüşüne göre, bu bent hükmünü, haşiv lağv mahiyetinde telâkki eylemek icap etmektedir. Çünkü bu bent hükmüne giren bütün muvazaalı akitler iptale tâbi tutulmuştur. Vakıa yüksek heyet kararında, 507 nci madde ancak muteber akitler hakkında tatbik olunur denilmekte ise de, muvazaasız akitler hakkında maddenin diğer bentleri uygulama yeri bulur.

917

Fakat bu bentlerin şumulü dışında ve 4 üncü bendin uygulanabileceği muteber bir akit şekli tasavvur edemedik.

İki görüşün neticelerini bir iki misalle tebarüz ettirmek faydalı olacaktır.

a — Lehine temlik yapılan, temlik eden aleyhine; satış şeklinde ve ... bedelle anlaşmıştık. Akti muvazaatan hibe olarak gösterdik, kaydın düzeltilmesini isterim diyor. Dâva sübut buldu. Faraza dâvalı da dâvayı kabul etti. Hüküm ne olacaktır? Daire görüşü, dâva gibi hüküm tesisini icap ettirir. Genel kurul görüşüne göre ise; muvazaalı akitler muteber değildir denilerek, iptale karar verilecek ki, dâvayı kazandım, lâkin müddeabihi kaybettim, fıkrasını hatra getiriyor Zira, dâvacı adına hibe olarak kayıtlı bulunan gayrimenkul, mâlikini değiştirmiş ve geldiği yere dönmüştür. Bu karar hemdâva dışıdır ve hem de kanaatımızca hukukî olmaktan uzaktır. Dâvanın reddi halinde ise, tarafların tesadüküne rağmen muvazaalı akit ayakta kalacaktır.

b — Mirasçılardan biri, muvazaadan bahisle iptal talebinde bulunuyor. Farzediniz ki şahit sıfatıyla dinlenen diğer mirasçılar da, muvazaa olmadığını, aktin hibe değil satış olduğunu ifade ediyorlar. muvazaa neticesine varan mahkeme, daire görüşüne göre, dâvacının hissesi nisbetinde iptale karar verecek, lâkin Genel kurul görüşüne göre ise; aktin iptali ile, kaydın eski hale getirilmesi şeklinde hüküm tesis edecek ve şu suretle dâvacı olmayan mirasçılar, aksi beyanlarına rağmen bu hükümden faydalanacaklardır ki, hatalı bir netice olduğu zahirdir sanırım.

Görülükor ki, umumî heyet kararının tatbikatı, sonucu itibariyle de aksaktır ve çıkmazdadır.

2 — Hadisemizde, dâvacıların dâva hakkının hangi sıfatlarından (külli halef; mahfuz hisseli mirasçı) doğduğu yani dâvanın, borçlar kanununun 18 inci maddesine dayanan iptal veya medeni kanunun Tanzim ettiği tenkis dâvası mı olduğu hususu:

Kayıtsız ve şartsız olarak mirası iktisab etmiş olan mirasçılara, külli halef tabir olunur. Şu suretle, murisin hak ve mükellefiyetleri bakımından teşbih caiz ise, külli helef; nevima muris hüviyetine bürünmüş mirasçı demek olur. Bu itibarla külli halefin tasarruflarının. murisin tecelli eden iradesi istikâmetinde bulunması icap eder. Takip edilen gaye itibariyle iradeleri arasında tam bir mutabakat şarttır. Ayrılık halinde külli halefiyet söz konusu olamaz. Hadisemizde muris dâva açmış bulunsaydı. mirasçı da, halefi sıfatıyla bu dâvayı takip edebilirdi. Halbuki muris. dâvacının mahfuz hissesini bertaraf etmek kasdi ile ve onu hedef tutan bir tasarrufta bulunmuştur. Bu tasarruf fesh ve iptal oluncaya kadar

ayaktadır. Hüküm ifade eder. Dâvacı mirasçı da, kendisine matuf olan murisin bu irade ve tasarrufunu iptal ettirmeğe çalışıyor, onun irade ve tasarrufuna taarruz ediyor. Bu durumda, gayelerdeki tezat ve tearuz aşikârdır. Böyle olunca da dâvacıyı, murisin kullî halefidir, mirasçı sıfatıyla onu ve onun iradesini temsil ediyor, onun yerine kâimdir, dâva hakkı, mirasçılık sıfatından doğuyor diye kabul eylemek, hakikaten benimsenmesi güç bir prensip ve anlayış olur.

Yukarda muvazaalı akitlerin hüküm ve muteberiyeti kısmında, muvazaalı aktin muvazaa edilen şekli düzeltilerek, o şekliyle hüküm ve netice tevlit edeceğini arz ve izah eylemiştik. Hadisemizde satış şekli batıl olup. yerine hibe ikâmesi suretiyle hüküm ifade edeceğine göre, muris için iptali mümkün olmayan sahih ve muteber bir hibe akti mevcut demektir. o takdirde külli halef sıfatıyla bu hibenin, mirasçıların da bağlaması lâzımdır.

Herkes mumeleki üzerinde kanuni tahdid ve takyidler dışında dilediği gibi tasarruf selâhiyetini haizdir. Mirasçılar bakımından murisin bu haklarını tahdid ve takyid eden ise, sadece mahfuz hisseli mirasçılardır. Medeni kanunun 452 inci maddesi; füruu, baba ve anası erkek ve kız kardeşi yahut karısı veya kocası sağ iken vefat eden murisin ölüme bağlı tasarrufların, bu kimselerin mahfuz hisseleri miktarından fazla olan mallarında muteberdir. Bu mirasçılardan kimse bulunmazsa murisbütün mirasta tasarruf edebilir. Kaidesini koymuştur. Bu hususu böylece kaydeyledikten sonra muvazaalı akitlerin sebeb ve saikini tesbit edelim:

Hakiki iradelere uygun şekilde tanzim edilecek aktin, maksadı temin edememesi halindedir ki muvazaa yoluna baş vurulur. İradelere uygun şekilde düzenlenecek akit istenilen neticeyi hasıl edebiliyorsa, diğer bir deyimle, maksada ermek için muvazaa yoluna gitmeğe lüzum ve ihtiyaç yok ise, o akit hakkında muvazaa iddiası dermeyan olunamaz. Herkesin tasarruflarında kanun hükümlerini bildiği farzolunur. Denilemez ki tasarruf bağış şeklinde olsa idi muteber olacaktı, ancak asıl kasıt bağış olduğu halde, lüzum ve sebep yok iken akit, satış şeklinde tanzim edilmiş ve şekil iradelere uygun düşmediğinden, akit muallel hale getirilmiştir, ve bu sebeble aktin iptali gerekir.

Bir misalle tebarüz ettirelim. Murisin kardeşi çocuğu; murisim beni miras haklarımdan mahrum etmek kasdı ile, şu gayrimenkulü, hakikatte hibe olduğu halde, satış şeklinde göstermek suretiyle temlik etmiştir. Muvazaa sebebiyle aktin iptalini isterim, diye dâva etse, lehine temlik yapılan dâvalının vereceği en tabiî cevap, murisin, dâvacıyı miras hakla-

rından mahrum etmesi için muvazaalı akte ihtiyacı yoktur. İddiası gibi tasarruf hibe şeklinde olarak yapılmış olsa idi, dâvacının yine de miras haklarından bahsetmesine imkân yoktu. Murisi her türlü tarrufu ile onu mirasından mahrum edebilirdi. Yolunda olacaktır.

Gerçekten Medenî Kanunun 459 uncu maddesinde; iskatı âmir olan tasarrufta, sebebin beyan edilmesi lâzımdır. İskat edilen tarafından itiraz vukuunda iskat sebepleri sabit olmazsa, tasarruf nisabı miktarında infaz olunur. Denilmektedir. Bu demektir ki, iskat edilen mirasçı mahfuz hisseli mirascı değil ise iskat sebebleri tahakkuk etmediği halde, bütün mirastan yine de mahrum kalacaktır. İskat edilen mirasçının mahfuz hisseli mirasçı olması halinde dahi, iskat sebeblerinin tahakkuk etmemiş olduğuna bakılmaksızın muamele, murisin tasarruf nisabı nisbetinde yine de muteber olacaktır.

Diğer taraftan dâvanın herşeyden önce hukukî bir mesnedi bulunmak lâzımdır. Yukarda sözünü ettiğimiz medenî Kanunun 452 inci maddesî muvacehisinde ise, mahfuz hisseli olmayan mirasçıların dâvası hukukî mesnetten mahrumdur. Çünkü bu madde, mahfuz hisseli mirasçısı bulunmayan murisin bütün mallarında tasarruf edebileceğini kabul eylemiştir. Buna göre, mahfuz hisseli olmayan mirasçı, murisle irs münasebeti bulunmayan lâlettayin bir şahıs mevkiidedir. Muvazaa, iptal veya tenkis sebebidir ama her zaman ve herkes için dâvaya hak kazandıran bir sebeb değildir. Meğer ki aktin, mutlak butlan ile batıl ve Cumhuriyet Savcılığının da iptal ettirebileceği bir muamele olarak kabul ve telâkkî edilmiş olsun. Böyle olmadığına ve olamayacağına nazaran, mahfuz hisseli olmayan mirasçının muvazaa iddiasının tetkik ve tesbitine girişilmeden dâvacının, dâva hakkı bulunmaması bakımından dâvanın reddî iktiza eder.

Bütün bunlar bir tarafa bırakılarak, iki şahidin beyanından bahisle ve mücerret şeklin iradelere uymadığı mucip sebebiyle, iptale karar verilebileceğini sanmıyorum.

Murisin, sebeb göstermeksizin «mirastan iskat ettim, şeklindeki bir irade beyanı mahfuz hisseli olmayan mirasçıyı mirastan mahrum etmeğe kâfi gelmektedir» Tabiî ehliyetsizlik ve rızayı fesada uğratan sebebler hariç ve mevzu dışıdır: Korunan mahfuz hisseli mirasçı ve onun da sadece mahfuz hissesidir. Nitekim evlât edinme ve görüp gözetme şartı ile yapılan temlikler bahsinde de; bazan bu muamele ve mukavele mahfuz hisseli mirasçıların mahfuz hisselerini kısmen veya tamamen bertaraf etmek kasdî ile yapılır. Denilmektedir. Görülüyor ki, hep mahfuz hisseli mirasçıdan ve onun mahfuz hissesinden bahsolunmaktadır. Çünkü hepsi aynı

prensibe dayanıyor ve çünkü mahfuz hisseli olmayan mirasçının miras hakları, herhangi kanunî bir teminata bağlı değildir. Murisin her türlü iradesi bu haklarını bertaraf etmeğe yeterlidir.

Bu izahattan çıkarılacak netice şu oluyor ki, mahfuz hisseli olamayan mirasçılar muvazaadan bahsedemezler. Dâva hakkı, mücerret mirasçılıktan ve halefiyetten değil kanunun himayesine mazhar mahfuz hisseden doğmaktadır.

Murisin, mirasçı olarak, bir kardeş ve bir kardeş çocuğu bıraktığını farzedelim, Kardeş çocuğu; kardeş gibi miras hakkına müsavi şekilde malik olmasına rağmen, yukarda gördük ki, mahfuz hisseli mirasçı olmaması sebebiyle, muvazaadan bahsetmesine ve bu yolda dâva ikamesine hakkı yoktur. Mahfuz hisseli mirasçı olan kardeşin, muvazaa sebebiyle iptal dâvası açtığını ve dâvanın sübut bulduğunu kabul edersek, yüksek heyet kararına göre, kayıt iptal ve hali aslisine irca olunacak ve böylece, müstakilen dâva hakkı bulunmayan kardeş çocuğu da mirası yarı şeklinde bölüşmek suretiyle bu hükümden istifade etmiş olacaktır. Doğrudan doğruya dâva hakkı dahi bulunmayan bir mirasçının, delâleten ve bilvasıta hakka nail kılınması, elbetteki hukuken olduğu kadar, aklen ve mantıken de müstebattır. Şu halde hüküm, kardeşin mahfuz hissesi nisbetinde iptale ve dolayısı ile tenkîse dair olacaktır.

3 — İspat meselesi:

Bu hususda da genel kurul «Burada mirasçıların, miras bırakândan kendilerine geçenbir hakkı kullanmaları sebebiyle, muvazaa iddiasının şahitle ispattı caiz olmamak gerekir. Ancak bu akit miras bırakanla dâvalılar arasında, dâvacıları zararlandırmak kasdî ile yapılmış olduğundan ve böyle bir halde muvazaaya ilişkin yazılı delilin dâvacıların eline geçmemesi için akti yapanlarca bütün tedbirlerin alınması tabiî olduğundan ve böyle durumlarda şahit dinletme yasağının tatbiki halinde, iddianın ispatı imkânsızlaşacağından, usulün 293 üncü maddesi hükmünce dâvacılar tarafından muvazaanın şahitle ispatı usule uygundur. Şayet bu dâvayı miras bırakan veya dâvalı taraf açmış olsaydı, o zaman muvazaanın, şahitle ispatı mümkün olmazdı» demektedir.

Dâva hakkının mirasçılık sıfatından doğduğunun kabulü yanında, ispat bakımından ayrılık gözetmek, tezada düşmek demek olur ve bazı mülâhazalarla beyyine serbestisi tanımak doğru bir görüş olarak telâkkî edilemez. mirasçı küllî halef sıfatıyla, murisin haiz olduğu hakların şümulü dahilinde kalmağa mecburdur. Bu hukukun, mütearife kabilinden olan ana prensip ve kaidelerindendir sanıyoruz, Asilden ziyade imkâna sahip bir kimse tasavvur etmek ve bu müessesede tatbikatına yer

92

vermek, esas kaide ve prensipleri zedeler mahiyette olduktan başka çok da tehlikelidir hakikatte tamamen bedelli ve yüzbinlere baliğ bir tasarrufun, iki şahitle ispat ve aktin iptali sonucunu doğurur. Hattî murisle mirascının anlaşması gibi bir takım hileli muamele ve tasarruflara yol açar. Böylece hukuki muamelâtta mevcut olması lâzım gelen emniyet ve itimadı da sarsar,

Diğer taraftan muvazaa sebebiyle murisin açtığı iptal dâvasının yazılı delil bulunmaması sebebiyle, redle neticelenmesine mukabil, mirascının ayni sebeble açtığı dâvanın serbest beyyine usuliyle ispat edilmesi, ammenin itimat ve adalet fikrini zedeler. Dahası var; muris tarafından açılan ve şahit ikamesi talebi reddedilen dâvanın, müracaata kalmasından sonra murisin ölümü üzerine, mirascıların çıkıpta şahit ikamesine hakları olduğunu ileri sürebilmesi ve bunun kabulunü düşünmek bir takım talih ve tesadüflere yer vermek olur ki, Hukuk anlayışına uygun düşmez ve mantıkı bir tefekkür ve kabul tarzı olamaz

Genel kurul kararında, usulün 293 üncü maddesinin hangi bendine istinat edildiği açıklanmamıztır. Kanaatimizce hadise, sözü edilen maddenin herhangi bendinin uygulanmasına imkân veren bir hususiyet taşımamaktadır.

İkinci şekildeki muvazaalı akitler yani asıl kasit hibe olduğu halde, muvazaatan satış şeklinde gösterilen akitler, mirascıları hedef tuttuğu ve hep ayni şekilde tecelli ettiği cihetle, külli halefe tanınan beyyine serbestisine istisna demekte doğru olamaz.

Dâvanın mahiyetini yukarda izah etmiş bulunuyoruz. Dâva hakkı kanunun himayesine mahzar mahfuzhisseden doğmuş bulunmasına göre, davacılar bu sıfatla akte yabancı ve üçüncü şahıs mevkiindedir. Nasıl ki üçüncü şahıslar, hukuki muamelelerinden dolayı alacaklı durumunda olabilir ve bu sebeple aktin hakları nisbetinde iptalini talep ve serbest beyyine usulüyle davalarını ispat edebilirlerse, mahfuz hisseli mirasçılarda, mahfuz hisselerine tecavüz edilmesi halinde, kanundan doğan bir sebeple muristen alacaklı durumuna girer ve böyle olunca da her türlü beyyine ile davayı ispat etmeleri mümkün olur.

Netice :

1 — Muvazaalı akitler esas itibariyle batıl ve gayri muteber olmayıp, muteber akitlerdir. Ancak alâkalıların haklarını ihlâl ettiği nisbette iptal ve tenkise tâbidirler. Muvazaa sebebiyle aktin batıl olduğu ve gayrimuteber bulunduğu fikri doğru olamaz.

2 — Dâva hakkı, kanunun himayesine mazhar mahfuz hisseden doğmaktadır. Bu itibarla ancak mahfuz hisseli mirasçılar, mahfuz hisseleri nispetinde iptal ve tenkîs talebinde bulunabilirler. Külli halef sıfatıyle muvazaa iddiası dermeyen edilemez.

3 — Mahfuz hisseli mirasçılar akte yabancı ve üçüncü şahıs durumundadırlar. Bunun içindir ki muvazaayı her türlü beyyine ile ispata hakları vardır.

925

KUTUPHANE - ANKARA

HACİZDEN MÜTEVELLİT İSTİHKAK DÂVALARI

Yazan : Lütfi DALAMANLI

(Yargıtay Üyesi)

Plân

I — Hacizden Mütevellit İstihkak İddiası

II — İstihkak Dâvasının açılmasına Tekaddüm Eden Muamele ve Kararlar.

III — İstihkak Dâvaları ve Mahkeme safahatı

IV — Müddetler

V — Hazine Hacizlerinden Mütevellit İstihkak Dâvaları

Bibliyoğrafya : Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay : Hacizden mütevellit istihkak dâvaları, 1953. Sabri Şakir Ansay : İcra ve İflâs Usulleri, 1949. Ali Karaca : İzahlı İcra ve İflâs Kanunu, 1947. Hakkı Güler : Haşiyeli İcra ve İflâs Kanunu şerhi, 1942. Muzaffer Güral : İstihkak dâvası ve delilleri, 1940. Senai Olgaç : İcra ve İflâs Kanunu ve ilgili mevzuat. İcra ve İflâs Dairesi Kararları.

I — Hacizden Mütevellit İstihkak İddiası

Tarifi : Haczedilen mallar üzerinde üçüncü şahıslar tarafından mülkiyet veya rehin hakkı, yahut âriyet veyahut vedia gibi hukuki münasebetten doğan sair hak ileri sürülmesi keyfiyetidir.

İstihkak dâvasının açılması için kanuni şartlar :

A — Borçlu elinde haczedilen mala karşı üçüncü şahıslara istihkak iddiasında bulunmak imkânı verilmiş olmasına göre kanuni şartlar :

1 — Boçluya ait olduğu iddiasıyla haczedilen mal üzerinden üçüncü şahıslar tarafından mülkiyet veya diğer ayni hak ileri sürülmüş olması,

2 — İstihkak iddiasına karşı alacaklı ve borçlunun itiraz etmiş olması, (İc. İf. M. 96/2)

3 — İcra tetkik merci'ince verilen takibin talik veya reddine dair kararın üçüncü şahsa tebliği ile beraber kendisine verilen yedi günlük mühletin geçmemiş olması, (İc. İf. M. 97/6)

4 — Her hangi bir sebeple haczin kalkmamış olması, halinde üçüncü şahıslar tarafından itiraz edenler aleyhine istihkak dâvası açılabilir. (İc. İf. M. 97/6)

B — Üçüncü şahsa istihkak iddiasında bulunmak imkânı verilmemiş olmasına göre kanuni şartlar : (İc. İf. M. 97/9)

1 — Alacaklının talebi üzerine borçlunun elindeki bir malın haczedilmiş olması,

2 — Alacaklı ile borçlu huzurunda cereyan eden haciz muamelesinden üçüncü şahsın haberdar edilmemiş olması,

3 — Haczedilen malın satılmamış veya satılmış ise, bedelinin alacaklıya verilmemiş olması halinde hacze muttali olan üçüncü şahıs tarafından alacaklı ile borçlu aleyhine istihkak dâvası açılabilir.

C — Haczedilen şey borçlunun elinde olmayıp, üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia eden üçüncü şahıs nezdinde bulunmasına göre kanunî şartlar : (İc. İf. M. 99)

1 — Alacaklı tarafından borçluya ait olduğu iddiasıyla üçüncü şahsın nezdinde bulunan bir malın haczedilmiş olması,

2 — Üçüncü şahıs tarafından haczedilen mal üzerinde istihkak iddia edilmiş olması.

3 — Üçüncü şahıs tarafından vâki istihkak iddiasının alacaklıya ve borçluya bildirilmiş olmakla beraber kendilerine dâva açmak üzere verilen yedi günlük müddetin geçmemiş olması halinde alacaklı tarafından üçüncü şahıs aleyhine malın borçluya ait olduğunun sübutu ve vâki mu-arazanın men'i hakkında dâva ikame edebilir. (İc. İf. M. 99)

II — İstihkak dâvasının açılmasına takaddüm eden muâmele ve kararlar

A — İcra dairesince yapılacak muâmeleler :

1 — Borçlunun elinde haczedilen mala karşı üçüncü şahıs tarafından istihkak iddia edildiğinde icra memuru bu iddiayı haciz esasında haciz zabıt varakasına, sonradan ise icra zabtına derç eder. Alacaklı ve borçluya keyfiyeti tefhim veya tebliğ eder, aynı zamanda itirazları olup olmadığını bildirmeleri için kendilerine üç günlük mühlet verir. Alacaklı ve borçlu üç gün içinde itiraz etmedikleri takdirde, istihkak iddiasını kabul etmiş sayılırlar. eğer müddetinde itiraz etmişler ise icra memuru itirazlarıyle birlikte dosyayı derhâl icra tetkik merciine tevdi eder. (İc. İf. M. 96 ve 97/1)

925

2 — Mal üçüncü şahsın elinde haczedilmiş olup bu üçüncü şahıs tarafından da mal üzerinde istihkak iddia edilmiş ise, icra Memuru keyfiyeti alacaklı ve borçluya tefhim veya tebliğ etmekle beraber kendilerine dâva açmak üzere yedi günlük mühlet verir. Bu suretle dâva açmak külfetinin kime tahmil olunacağını da tayin ve tesbit etmiş olur.

3 — Haciz Muâmelesinden haberdar edilmiyen üçüncü şahıs mahcuz mallar satılıp bedeli alacaklıya verilinceye kadar istihkak dâvası açmak hakkını haiz olduğundan dâvayı doğrudan doğruya icra tetkik merciine açmış olacağından icra dairesince yapılacak ihzarı bir müâmele yoktur. (İc. İf. M. 97/9))

B — İcra tetkik merci'ince verilecek kararlar :

İstihkak iddiasına karşı yapılan itiraz üzerine dosya icra tetkik merciine verildikten sonra merci dosya üzerinde veya lûzumlu görürse tarafları davet ederek mürafalı yapacağı tetkikat neticesinde takibin talikına veya devamına karar verir. Şöyle ki :

1 — Eğer dâva sırf satışı tehir etmek gayesiyle ikame edilmiş olduguna dair ciddi sebepler mevcut ise merci takibin taliki talebini red eder.

2 — İcra tetkik mercii dâvacının dâva dilekçesiyle birlikte ibraz ettiği yazılı delilleri ve diğer evrakı tetkik ederek tahassül eden kanaata göre takibin talikına veya reddine karar verir. (İc .İf. M .97/1,2)

3 — İstihkak iddiasında bulunan üçüncü şahıs tarafından takibin taliki talep edilmiş ve icra tetkik merciide bu talebi varit görerek takibin talikına karar verdiği takdirde alacaklının zararını karşılamak üzere üçüncü şahsın teminat itasınada hüküm verilmesi gerekir. Eğer merci istihkak iddiasının doğruluğuna Kanaat getirirse dâvacıyı teminat göstermekten muâf tutabilir. Dâvacının hüküm olunan teminatı yedi gün içinde vermesi icap eder. Tayin olunacak teminat mahcuz malın bedelini geçmiyeceği gibi bu bedelin % 10 dan da aşağı olamaz. (İc. İf. M. 97/3)

4 — Dâva açmak ve dâvayı isbat etmek külfetinin kime tahmil olunacağı icra memurluğunca tayin ve tesbit edilmesi üzerine borçlu zilliyet kabul edildiği takdirde Üçüncü şahsa. Üçüncü şahıs zilliyet kabul edildiği takdirde alacaklıya, dâva açmak ve iddiasını isbat etmek külfeti tahmil edilmiş olur. Bu muâmeleye gerek alacaklı ve gerekse üçüncü şahıs tarafından icra tetkik merciine şikâyette bulunabilir.

Merci şikâyet üzerine tetkikat yaparak şikâyetin reddine veya icra Memurunun muamelesinin iptaline karar verir. Karar kesinleştikten sonra taraflardan hangisinin dâva açacağı tayin edilmiş olur.

926

III — İstihkak Dâvaları ve Mahkeme Safahatı :

Usûlü Muhakeme :

Hacizden mütevellit istihkak dâvaları basit usûlü muhakemeye tabi olup diğer dâvalara takdimen sür'atle görülmesi lâzımdır. Dâvacının yazılı delillerini dâva dilekçesine bağlı olarak takdim etmesi gerekir. İstihkak dâvaları umumî hükümler dairesinde göröldüğünden israr kararı da verilebilir. Her nekadar gıyap kararının çıkarılmasına lûzüm yoksa da meşruhatlı (Usûlün 509 ve 510 ncu maddesinde yazılı olduğu üzere) davetiye tebliğ edilmesi icap eder.

Selâhiyet :

İstihkak dâvalarında selâhiyetli mahkeme, Hukuk Usûlü Muhakemeleri kanunun 512 nci maddesiyle tayin ve tasrih edilmiştir. İstihkak davası mahçuz malların bulunduğu veya haczin vaz olunduğu mahal icra hakimliğine rüyet olunur.

Şöyleki :

1 — Alacaklı bulunduğu mahal icra dairesine müracaatla başka mahalde bulunan borçlunun malını haczettirmiş ve üçüncü şahısta istihkak iddiasında bulunmuş ise, üçüncü şahıs isterse mahçuz malların bulunduğu, isterse haciz kararını veren icra dairesinin bağlı bulunduğu mahal icra Hakimliğine dâva açabilir. (H. U. M. K. M. 512).

2 — Borçlunun elinde haczedilen mala karşı üçüncü şahıs tarafından istihkak iddiasında bulunulmuş; alacaklı, borçlu ve üçüncü şahıs ayni mahalde ikamet etmekte iseler haciz kararını veren icra memurluğunun bağlı bulunduğu tetkik merciinde dâva açılır.

Vazife :

İcra ve iflâs kanunun 97. maddesine göre mahçuz mallar hakkındaki istihkak dâvalarını görmek, icra tetkik merciinin vazifesi cümlesindendir. Ancak aşağıda yazılı hallerde açılan istihkak dâvaları tetkik mercilerinin vazifesi haricinde mahkemelerin vazifesi dahilindedir.

1 — Satılmış mahcuz malın aynı hakkında açılan istihkak dâvaları.

2 — İhtiyati haciz icrai haczekalbedilmeden evvel açılan istihkak dâvaları. (İc. İf. 24/4/959 E. 2448 K. 2344)

3 — İhtiyati tedbir kararı üzerine açılan istihkak dâvaları. (İc. İf. 5/4/958 E. 1502 K. 2103)

927

4 — 6183 sayılı kanuna göre hazine tarafından haczedilen mallar hakkında açılan istihkak dâvaları, Mahcuz malın kıymetine göre Sulh ve Asliye Hukuk mahkemeleri.

5 — İflasına karar verilmiş olan müflisin malları hakkında açılan istihkak dâvalar.

Borçlu hakkında yapılan takip sırasında iflasına karar verilerek masa teşekkül etmiş ise de haczedilen mallar hakkında mercide açılmış olan istihkak dâvası üzerine borçlu mahcuzun dâvacıya ait olduğunu beyan etmiş olmasına göre usulen borçlu yerine kaim olan masaya tebliğat yapılarak merciin dâvaya devam etmesi neticesine göre karar verilmesi lâzımgelir. İe. İf. 23.5.960 E. 3784 3740

İstihkak dâvalarında Alacaklının ikame edebileceği Mukabil Dâvalar:

Üçüncü sahıs tarafından mahcuz mal hakkında bir vesikaya istinaden İstihkak Dâvası açılması halinde; alacaklı, dâvanın her safhasında ve aynı zamanda aciz vesikası istihsaline mecbur olmaksızın mukabil dâva olarak vesikanın iptalini talep ve dâva edebilir (1).

Bu iptal dâvalarında da İcra ve İflas Kanununun 277 ve mütaakip maddeleri tatbik olunur. Yalnız iptal dâvaları seri, İstihkak dâvaları ise basit usuli mahkemeye tabidir. Her iki dâva bir arada görüleceğine göre, hangi usulün tatbik edileceği cai sualdir.

İstihkak dâvalarında alacaklının dermeyan edebileceği def'iler :

1 — Üçüncü şahıs mahcuz malı borçluya batıl bir akde istinaden teslim ettiğini ileri sürdüğü takdirde; alacaklı da borçlunun malı zaman aşımı yoluyla iktisap ettiğini dermeyan edebilir.

2 — Üçüncü şahıs mahcuz malın rızası hilafına elinden çıktığını veya borçlunun malı sulniyetle elinde bulundurduğunu ileri sürdüğü takdirde alacaklı da daha evvel üçüncü şahsın bu malı suiniyetle elinde bulundurmuş olduğnu def'en dermeyan edebilir.

3 — Alacaklı mahcuz malın mülkiyeti evvelce borçlu tarafından üçüncü şahsa batıl bir akde istinaden devredildiğini ileri sürerek butlan def'inde bulunabilir.

4 — alacaklı istihkak iddiasına karşı borçlu ile üçüncü şahıs arasında mal üzerindeki yapılan akdin muvazaa olduğunu keza dermeyan edebilir.

(1) İçtihadı Birleştirme kararı, 24/2/1944 E. 2, K. 7.

5 — Alacaklı malın borçluya ait olduğunu müdafaa ederek her türlü delille ısbat edebilir.

İstihkak Dâvalarında Tazminata dair Hükümler :
İcra ve İflas Kanununun 97 nci maddesinin 13 ve 15 inci fıkraları İstihkak dâvalarının sonucuna bağlanan Tazminat hükümlerini İhtiva eder.

Dâvacının tazminatla Mahkûm edilmesi için gereken şartlar :

1 — İstihkak dâvası üzerine dâvacı üçüncü şahsın talebine istihaden takibin talikına karar verilipte neticede dâvanın red edilmiş olması veya mezkûr kanunun 97 nci maddesinin 10 uncu fıkrasına göre satış bedelinin mahkeme neticesine kadar mevkuf tutulmasına karar verilmiş olması.

2 — Alacaklı tarafından tazminatın talep edilmiş olması şarttır. Üçüncü şahıs mahcuz malın kendisine ait olduğunu ileri sürerek istihkak iddiasında bulunmakla beraber takibin talikini istemiş ve mercide takibin talikına karar vermiş ve neticede de dâva reddedilmiş ise veya üçüncü şahıs tarafından mahcuz mal satıldıktan sonra bedeli hakkında istihkak dâvası açılmasına istinaden satış bedelinin mahkeme neticesine kadar mevkuf tutulmasına karar verilmiş ise alacağın dâva sebebiyle istifası geciken miktarının yüzde onundan aşağı olmamak üzere dâvacı tazminatla mahkûm edilir alacaklı lehine kanunun tayin ettiği bu tazminat yüzde ondan aşağı olamaz.

Burada tazminat, alacaklının hacz ettirdiği mal üzerindeki alacak miktarı esas tutularak hesap edilir. Meselâ : Alacaklı 5000 liralık alacağı için borçlunun fabrikasında mevcut 1000 liralık tesisatı üzerinde istihkak iddia etmiş ise alacaklı lehine 1000 lira üzerinden yüzde on hesabiyle 100 lira tazminata hüküm verilir.

Alacaklı ve borçlunun Tazminatla mahkûm edilmesi için gereken şartlar :

1 — Alacaklı ve borçlunun İstihkak iddiasına karşı suiniyetle itiraz etmiş veya bu yolda suiniyetle müdafaada bulunmuş olmaları.

2 — Alacaklı ve borçlunun suiniyetli olduklarının sabit olması.

3 — Dâvacı üçüncü şahıs tarafından tazminatın talep edilmesi şarttır. Üçüncü şahsın istihkak iddiasına karşı borçlu ve alacaklı haczedilen malın üçüncü şahısa ait olduğunu bilmelerine rağmen itirazda bulunarak istihkak iddiasını kabul etmemiş ve neticede de istihkak iddiası ve alacaklı ve borçlunun suiniyetli olduğu sabit olmuş ise; haczedilen malın değer bahasının yüzde onundan aşağı olmamak üzere itiraz eden alacaklı ve borçludan tazminat alınmasına asıl dâva ile birlikte hükm olunur.

929

İc. İf. D. 18/5/1960 T. 3604/3874 sayılı kararı : Dâvalı alacaklının kamyonlarını hacz ettirilmesinde suiniyetini gösterir deliller karar mahallinde zikr ve münakaşa edilmeden %10 taminata hükmedilmesi yolsuzdur.

Dâva açmak ve isbat etmek külfeti :

1 — İcra memuru tarafından barçlunun elinde iken haczedilen mal hakkında üçüncü şahıs istihkak iddia ettiği takdirde; İcra ve İflas kanununun 97 nci maddesi hükümleri dairesinde üçüncü şahsın istihkak dâvası açması lâzım gelir.

2 — Haczolunan şey borçlunun elinde olmayıp da üçüncü bir şahsın nezdinde bulunursa mezkûr kanunun 99 uncu maddesi gereğince alacaklının istihkak dâvası açması icab eder.

3 — Haczolunan şey ne borçlunun ve ne de üçüncü şahsın elinde olmayıpda dördüncü bir şahıs elinde bulunursa aşağıda yazılı durumlara göre taraflardan herhangi birine dâva açmak külfeti tahmil olunur.

a) Dördüncü şahsın mahcuz mala borçlu hesabına zilyed bulunmakta ise üçüncü şahsa,

b) Dördüncü şahıs mahcuz mala üçüncü şahıs hesabına zilyed bulunmakta ise alacaklıya dâva açmak külfeti yükletilir.

4 — Mal borçlu ile dördüncü şahıs elinde haczedilmiş ise üçüncü şahsın dâva açması icab eder.

5 — Mal, borçlu ile üçüncü şahıs elinde haczedilmiş ve malın hangisine ait olduğu anlaşılmıyorsa ancak borçluya âidiyetini gösterir Kuvvetli bir karine varsa üçüncü şahısın dâva açması yerinde olur.Aksi taktirde 3 üncü şahsın dâva açması icap eder

6 — Karı koca arasında mal ayrılığı olup müştereken zilyet bulundukları bir mal üzerinde hacizden mutevellit istihkak iddia eden üçüncü şahsın dâva açması gerekir. Haczedilen malın hukukî durumuna göre isbat külfeti :

A — Üçüncü şahsın dâvacı olmasına göre isbat etmesi gereken hususlar.

1 — Üçüncü şahıs, menkul mahcuz malın borçlu tarafından kendisine satıldığını veya hibe edildiğini veyahut rehin edildiğini ileri sürdüğü takdirde, malın kimin elinde haczedildiğine bakılır. Borçlunun elinde haczedilmiş ise malın menkul olmasına göre satış, hibe ve rehin akdinin tekemmül etmesi için teslim şart olduğundan üçüncü şahsın iddiası mesmu değildir.

930

Bununla beraber mal üçüncü şahsın elinde haczedilmiş ise, istihkak iddiasının aksini alacaklının isbat etmesi lâzım gelir.

2 — Üçüncü şahıs borçlunun elinde haczedilen malı borçluya ariyet veya vedi olarak veridiğini ve kendisine ait olduğunu iddia ettiği takdirde; bu iddiasını isbat etmesi gerekir.

3 — Üçüncü şahıs, borçlu elinde ve hapis hakkına istinaden alacaklı tarafından haczettirilen mal üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ileri sürdüğü takdirde; Borçlar kanununun 268 inci maddesine göre haczedilen malların borçlu kiracıya ait olmadığını mucir dâvalının bildiğini veya bilmesi lâzımgeldiğini isbat ettiği takdirde, hapis hakkı kaldırılır. Ve istihkak iddiası da subut bulmuş olur.

4 — Üçüncü şahıs, borçlu elinde haczedilen mal üzerinde miras sebebiyle istihkak iddiasında bulunmuş ise; Medenî kanununun 577 ve müteakip maddeleri gereğince mirasçılık sıfatını isbat etmesi kâfidir.

5 — Üçüncü şahıs, borçlunun elinde haczedilen malı borçluya mülkiyeti muhafaza kaydiyle satmış olduğunu ve bedelinin tamamen almadığını ileri sürerek istihkak iddiasında bulunmuş ve yapılan mukavelenin de Medenî Kanunun 688 inci maddesine göre Noter tarafından tasdik ve hususî siciline kaydedilmiş ise istihkak iddiası mesmu olur.

6 — Üçüncü şahıs, mahcuz mal satıldıktan sonra çalındığını veya rızası hilafına elinden çıktığtnı ileri sürerek istihkak iddiasında bulunabilir. Bu suretle açılan istihkak dâvasında Medenî kanunun 902, 903 ve 904 üncü madde hükümleri tatbik edilir. Müşteri hüsnüniyet sahibi ise dâvacı üçüncü şahıs müşterinin ödediği bedeli vermek suretiyle malı geri alır. Eğer suiniyetli ise müşteriye ödediği bedeli vermeksizin malın iadesini isteyebilir.

7 — Üçüncü şahıs, satılması istenilen merhun gayrimenkulün üzerindeki inşaatın tarafından yapıldığını ileri sürerek istihkak iddiasında bulunduğu ve bu iddiası sabit olduğu takdirde, inşaat yerin mütemmim cüz'ü olduğundan birlikte satılması zaruri olup, ancak yerden ayrı olarak bir kıymet takdir edilmesi ve satıştan sonra takdir edilen inşaat bedelinin üçüncü şahsa verilmesi gerekir.

8 — Üçüncü şahıs, borçlu elinde veya borçlu namına yatırılmış olan para üzerinde istihkak iddiasında bulunamaz. Çünkü para ikraz maiyetinde mislî şeylerdendir.

9 — Mahcuz mala ait konçimento üçüncü şahsın elinde bulunduğuna göre malın zilyedi üçüncü şahsın olduğundan 99 uncu maddeye göre alacaklının dâva açması lâzımgelir. İc. İf. 20/12/959 E. 7876 K. 7985

931

İstihkak dâvasında deliller :

1 — Tarafların iddia ve def'ileri serbest beyyine ile isbat olunur.

2 — Borçlunun ikrarı alacaklıyı ilzam etmez. Fakat borçlunun kendini ilzam edeceğinden ikrarı hilâfına sonradan, ikrarı hilâfına ileri süreceği iddia ve def'iler dinlenilmez. (İc. İf. M. 97/11)

3 — İstihkak dâvalarında en kuvvetli delil tarafların beyanıdır.

4 — İstihkak dâvalarında her türlü delil ibraz ve ikame olunabilir. Dâvacı iddiasını vesika ve şahitle isbat edebileceği gibi yemin dahi teklit edebilir.

5 — Senede karşı taraflar arasında şahit dinletilmesi kanunen mümkün olmadığı halde istihkak dâvasında dâvacı üçüncü şahıs olması itibariyle senetlerin iptali şahit dinletebilir. (İc. İf. M. 97/16)

6 — Dâvalı iptal dâvasını mütekabil olarak istihkak dâvasının her safhasında ikame edebilir. Keza İcra ve İflas Kanununun 277 ve müteakip maddelerine müsteniden açtığı bu mütekabil iptal dâvasında muvakkat veya kat'i âciz vesikasını dahi ibraz etmeğe mecbur değildir. (İc. İf. M. 97/16)

7 — Motorlu nakil vasıtaları hakkında açılan istihkak dâvalarında bu vasıtanın trafik defterinde borçlu adına kayıtlı olması hali borçluya aidiyetini gösterir kesin bir delil değildir. Filhakika 6085 sayılı Trafik Kanununun 21 inci maddesinde teknik ve hukukî değişiklik tescil edilmedikçe muteber olmayacağı yazılı ise; de bu madde hükmü idari mahiyette olup borçlar ve Medenî Kanunda menkullere müteallik hükümleri lağvetmemiş olduğundan dâvacının mülkiyet iddiasına dair diğer delillerinin toplanması ve nazarı itibare alınması icap eder.

8 — 3202 sayılı kanunda ziraat Bankası lehine kabul edilen Çiftçiye ait çift araçları ve ürünleri üzerindeki kanunî rehin hakkının mevcudiyeti, bunların hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsa satılması halinde mülkiyetine geçmiş olacağından bu gibi mallar üzerinde üçüncü şahıs istihkak iddiasında bulunabilir.

9 — Fatura malın mülkiyetini tayin etmiyeceğinden başkaca dellillerle teyit edilmesi lâzımdır. İc. İf. 28/9/959 E. 3466

10 — Oğlunun borcundan dolayı babanın malının haczedilmesi için bababasiyle birlikte oturması sai ve kazancının babaya terkedilmiş olup olmadığının aranması şayet bu suretle bir hak ve alacağı varsa İcra İflâs

kanununun 89 uncu maddesi gereğince o şeyin haczi cihetine gidilebilir. H. U. H. 19. 3. 952 E. 14 K. 9

11 — Ziraat Bankasının kanunu rehni bulunan bir malı hüsnüniyetle satın alan kimsenin istihkak iddiası mes'mudur. İc. İf. 16. 6. 958 E. 3432 K. 3475

12 — Bedeli ve nakliye ücreti borçlu tarafından ödendiği kabul olunan malların haczedildiği sırada hukuken borçlunun elinde sayılmaları itibariyle Medenî Kanununda iş bu zilliyedliğin borçlu lehine mülkiyete karine teşkil eylemesi ve bu gibi tahsis ve tevzie tabi malzemenin tahsis olunduğu mahal dışında kullanılmasının caiz olmaması mülkiyetinin borçluya aidiyetini kabul etmek lâzımdır. İc. İf. 20/2/960 E. 7881 K. 127

IV — Müddetler

1 — İstihkak dâvası İcra ve İflâs Kanununun 97 nci maddesinin 6 ncı fıkrasına göre üçüncü şahıs tarafından, takibin talikına veya devamına dair kararın tefhim veya tebliğini takip eden günden itibaren 7 gün içinde tetkik merciine açılır. Bu müddet sukütu hak müddeti olduğu için merci tarafından resen nazarı itibare alınır. Yedi gün içinde üçüncü şahıs dâva açmadığı takdirde alacaklıya karşı istihkak iddiasından vaz geçmiş sayılır.

Keza sukutu hak müddeti olması itibariyle dâvanın eski hale getirilmesi de mümkün değildir.

2 — Üçüncü şahsa dâva açmasına imkân verilmemiş ise, sonradan alacaklı aleyhine icra hakimliğine açacağı istihkak dâvasında yedi günlük müddet mevzuu bahis değildi.

3 — İstihkak dâvasında zilyedlik sebebiyle dâva açması külfeti hakkında verilen karara karşı vâki şikayet üzerine tetkik merciince ittihaz olunan kararın kesinleşmesinden ve temyiz edilmemişse temyiz müddetinin mürurundan sonra istihkak dâvası açılabileceğinden icra dairesince verilen yedi günlük mühlet işlemez.

4 — İstihkak dâvası devam ettiği müddetce İcra ve İflâs Kanununun 106 ncı maddedeki mahçuz malların satılmasına dair talep müddetleri cereyan etmez.

5 — İstihkak iddiasına karşı alacaklı ve borçlu kendilerine verilen üçgünlük mehil içinde itirazlarını yapmadıkları takdirde istihkak iddiasını kabul etmiş sayılırlar .

933

İstihkak Dâvasının Düşmesi Halleri :

1 — Borcun ödenmesi;

2 — Malın kabili haciz olmadığına karar verilmiş olması

3 — Mahcuzun tamamen telef olması veya iktisadi değerini kaybet mesi veyahut memleket hudutlarından dışarı çıkarılmış olması;

4 — Dâvacının dâvasından vaz geçmiş olması;

5 — Dâvanın kanuni müddet içinde açılmamış olması;

V — Hazine Hacizlerine Karşı İstihkak Dâvaları

Amme alacaklarının ödenmemesi halinde; 6183 sayılı kanunun 62 nci maddesi gereğince borçlunun mal beyanında gösterdiği veya tahsil dairelerince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı üzerine konan hacizlere karşı üçüncü şahıslar tarafından ileri sürülen istihkak ve rehin iddiaları ile açılan istihkak dâvaları ayrıca bu mevzuda tetkike yer verilmiştir.

Hazine hacizlerinde haczi yapan Memurun yapacağı muameleler;

1 — Borçlunun elinde haczedilen mala karşı üçüncü şahıs tarafından istihkak iddia edildiği takdirde haczi yapan memur bu iddiayı haciz za bıt varakasına geçirir. İddia borçlu tarafından yapılmış ise üçüncü şahsa, üçüncü şahıs tarafından yapılmış ise borçluya keyfiyeti tahriren bildirmesi lazımdır.

2 — Üçüncü şahıs tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde itiraz etmezse artık istihkak iddiası dinlenmez.

3 — Tahsil Dairesi haciz zabıt varakasını aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde istihkak iddiasını reddetmediği takdirde kabul etmiş sayılır. Tahsil dairesi istihkak iddiasını yedi gün içinde reddeder ve üçüncü şahısta yedi gün içinde hacze itiraz ederse tahsil diresi yedi gün içinde mahkemeye müracat etmesi lüzumunu üçüncü şahsa tahriren bildirmesi icap eder. Ve üçüncü şahısta kanuni müddet içinde dâva açmadığı takdirde istihkak iddiasından vaz geçmiş sayılır. Eğer kanunun tayin ettiği merasime riayet edilmemiş veya merasimin ifasından önce istihkak dâvası açılmış ise ayrıca merasimin ikmaline lüzum yoktur.

Selâhiyet : Haczi yapan tahsil dairesinin mensup olduğu mahal mahkemesi hazine hacizlerinden mütevellit istihkak dâvalarını görmeye salahiyetlidir.

934

Vazife : Mahcuz malın değerine göre Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemesi İstihkak dâvalarını görmeğe vazifelidir.

Husumet : İstihkak dâvasında husumet hazineye teveccüh eder Eğer borçlu istihkak iddiasını itiraz etmiş ise hazine ile birlikte borçlunun da hasım gösterilmesi gerekir.

Takibin tehiri ve teminat : İstihkak dâvasını açan üçüncü şahıs takibin tehirini mahkemeden talep edebilir. Hakim ibraz edilen vesaik ve delilleri tetkik eder. Talebi haklı gördüğü takdirde hazinenin muhtemel zararına karşı tayin edeceği teminatı dâvacı üçüncü şahsın göstermesi kaydiyle takibin tehirine kararverebilir.

Tazminat : Üçüncü şahıs dâva ikamesinden sonra mahkemeden takibin tehirine karar istihsal etmiş ve takip de bu karara müsteniden tehir edilmiş ve neticede dâva reddedilmiş ise hazine lehine machuz mal bedelinin yüzde onu nisbetinde tazminata da hükmolunur. Dâvanın kabulü halinde hazine ancak vekâlet ücreti ve masrafı muhakeme ile mahkûm edelir.

935

SUÇ İŞLEMEĞE TAHRİK CÜRÜMLERİ

Yazan : Fahrettin KIYAK

(Yargıtay C. Başsavcı Yardımcısı)

Plân

Konuya Giriş

I — Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü

1 — Suç işlemeğe tahrik cürmünün unsurları
2 — Ağırlatıcı sebebler
3 — Son Fıkra

II — Suç işlemeğe tahrikin özel şekilleri

1 — Bir cürümü övme cürmü (Dolayısıyle tahrik)
2 — Halkı kanuna itaatsizliğe tahrik
3 — Cemiyetin sınıflarını kin ve adavete tahrik
4 — Suçun neşir yolu ile işlenmesi

Konuya Giriş

Yasak fiilleri işleyenler nasıl ki kanunlar tarafından ceza ile karşılanmışlardır. Onları suç işlemeye teşvik ve tahrik edenler de sosyal bünye için zararlı kimselerdir, bunların da cezalandırılmaları elbetteki lâzımdır.

Mevzuatımıza göre (1), bir kimseyi suç işlemeye teşvik eden yahut suçu işleme kararını takviye ederek veya suçun irtikâbı için talimat vererak ya da müzaheret vaadinde bulunarak o kimsenin suçuna fer'an iştirak eden şahsa Türk Ceza Kanunu 65. maddesiyle, asıl suça mürettep cezanın belli bir miktarını tâyin eylemiştir.

Fakat, suç işlemeye teşvik sonucu, kasdolunan suç işlenmemiş ve teşvik böylece tesirsiz kalmışsa, müşevvike bu takdirde sözü geçen 65. madde hükmü uygulanamıyacaktır. Çünkü genel hukuk prensiplerine göre, suça iştirakin bahse konu olabilmesi için, asıl failin, suçu işlemesi veya suçun hiç değilse kalkışma (teşebbüs) derecesinde kalmış bulunması ge

(1) Yazılarımızda öztürkçe kelimeleri kullanmayı prensip edinmiş bulunmamıza rağmen, hukuk dilinde kökleşmiş ve özel anlamları bulunan ıstılahları (cürüm, unsur, iştirak gibi) aynen kullanmakta fayda ve zaruret görmekteyiz.

rekir. O halde teşvik, bir sonuç vermemişse, teşvikçi cezasız mı kalmalıdır? Yoksa teşvik ve tahrik eylemi, mücerret bu hareket, kamu düzeninin sarsıcı mahiyeti dolayısiyle, bir takım şartlara bağlanarak özel bir suç mu sayılmalıdır?

Kanun koyucu, suç işlemeye tahrik etkisiz de kalsa, açıkça (alenen) işlenmişse, sosyal bünyede yapacağı tahripleri dikkate alarak, onu başlı başına bir cürüm saymıştır. Böyle bir gerekçe ile de (suç işlemeye tahrik cürmü) kabul edilmiş olmaktadır.

Bu cürüm kamu düzenine yönelmiş olması sebebiyle, Ceza Kanunumuzun (Amme Nizamı Aleyhinde Cürümler) başlıklı beşinci babı içerisinde yer almıştır. Bu babın birinci faslı suç işlemeye tahrik cürümlerini, ikinci faslı da cürüm ikaı için cemiyet teşkil edenler hakkındaki hükümleri tesbit etmiştir.

Birinci fasıl iki madde halinde düzenlenmiştir : 311 ve 312. maddeler. 311. maddede doğrudan doğruya suç işlemeye tahrik cürmü, 312. maddede ise bu cürmün hafif şekilleri (dolayısiyle tahrik) tedvin edilmiştir.

Bu sıraya göre inceliyelim.

I — Suç İşlemeye Tahrik Cürmü (m. 311)

Türk Ceza Kanununun 311. maddesi, bir suçun işlenmesini aleni olarak tahrik edene, tahrik ettiği cürmün cezasının ağırlık derecesine göre belirli cezalar tesbit eylemiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre suçun unsurlarını gözden geçirelim.

1 — Unsurları :

a — Tahrik konusunun bir (suç) olması.
b — Tahrikin (alenen) vukubulması.
c — Bir (tahrik) in mevcudiyeti.
d — Cürüm kasdı.

a — Tahrik konusunun bir (suç) olması :

311. Maddede yazılı suç işlemeye tahrik cürmünün teşekkülü için, suçlunun bir başkasını veya başkalarını, kanunun suç saydığı bir fiili işlemeye alenen tahrik etmesi gerekir. Faraza, bir mitingde, yakın, yıkın, çalın, talan edin, öldürün şeklinde tahriklerde bulunmak gibi.

Şu halde tahrikin bir (suç) un işlenmesine yönelmiş bulunması gerekir. Kanunun suç saymadığı bir eylemi yapmaya alenen tahrik 311. maddeye dokunmayacağı gibi, bu maddenin uygulanabilmesi için, tahrik konusunun bir (cürüm) olması da gerekmez.

937

Bu Maddedeki tahrik cürmü, başlangıçta 765 sayılı Ceza Kanununda (Bir cürüm ikaına âhari alenen gururunun okşamak suretiyle tahrik) şeklinde idi. O zaman cürüm terimi kullanıldığına göre kabahatları işlemeye tahrik, bu maddedeki cürmü vücuda getirmezdi.

3038 sayılı kanunla (cürüm) yerine maddede (suç) işlemeye tahrik konduğundan, son şekilde kabahatları işlemeye tahrikinde maddenin kapsamı içinde bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir (2).

311. Maddede dikkat edilirse bir suçun (işlenmesi) deyimi yer almıştır. Yüksek Yargıtay bir içtihadında (3), (işlemek) kelimesinin kasdî suçlara münhasır olduğunu belirtmiş ve bir cürmün işlenmesi deyimine yangına sebebiyet (T.C.K.m.383) cürmünün dahil bulunmadığını ifade eylemiş bulunmaktadır. Gerçekten kasıtsız suçların örneğin, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilikle ölüme sebebiyet «T.C.K.m. 455», aynı suretle yaralamaya sebebiyet «T.C.K.m. 459», yangına sebebiyet «m. 383», gibi) işlenmesi bahse konu olamıyacağına göre Yargıtay içtihadında işlemek terimi bulunan 311. madde bakımından da isabet bulunduğu ve hatta aslında kasd aranmayan kabahatların da bu sebeple aynı maddeye girmeyeceği sonucuna varılır. Ancak 311. maddenin yukarıda kısaca işaret ettiğimiz tarihçesinden anlaşılacağı üzere, maddenin ilk metninde (cürüm) kelimesi bulunduğu halde 3038 sayılı kanunla bunun yerine (suç) kelimesinin konmasiyle, kanun koyucunun cürüm ve kabahat her türlü suça (taksirli olsun olmasın) tahriki bu madde ile cezalandırmak istediğini kabul etmek gerekir. Bununla beraber yanlış yorumlara yer kalmaması için, kanunun değişikliğine gidildiği zaman 311. madde metninin (bir kabahat veya cürmü işlemek) şeklinde tertibi daha uygun olacağı fikrindeyiz.

---

(2) Fakat burada garip bir durumla karşılaşmaktayız : Bir kabahatın işlenmesini alenen tahrik eden kimse, 311. madde ile, kabahatın cezasını aşan daha ağır bir ceza ya, cürümlere mahsus cezaya çarptırılmaktadır. Bunun gibi, tahrik konusu suç, kovuşturulması suçtan zarar görenin şikayetine bağlı suçlardan ise şöyle bir durum hasıl olmaktadır : Tahrik konusu suç işlenmiş olsa ve mağduru şikâyette bulunmasa faile ve tahrikçi olan onun şerikine ceza verilemediği halde, tahrik alenen vukubulmuş ve etkisiz kalmışsa yani o suç işlenmemişse buna rağmen tahrikçiye ceza hükmedilmektedir.
Her iki şık için de verilecek cevap şöyle olabilir : Tahrik suçlarında alenilik ve toplum önünde suçun işlenmesi vehameti artırdığı gibi aslında bu suçlar kamu düzenini sarsıcı mahiyette olduğundan o kabil zıt hukukî uygulamalara katlanmak zorunluğundayız.

(3) Yargıtay 4. C. D. nin 4.6.1952 tarihli ve 5995/6042 sayılı ilâmı (Fahrettin Kıyak ve arkadaşları. İçt. İz. ceza Hükümlerini Muhtevî Kanun ve Nizamnameler. Cilt I — Türk Ceza Kanunu Sh : 243 dan alınmıştır).

938

b — Tahrikin (alenen) vukubulması :

Suç işlemye tahrik cürmünün başlıca unsurlarından biri de (alenilik) dir. Tahrik alenen yapılmamışsa, bu maddedeki suç meydana gelmeyecektir.

Tahrikte alenilik yoksa uygulama yapabilmek için tahrikin sonuç verip vermemesine bakılır : aa — Tahrik edilen kimse istenilen suçu işlemişse tahrikçiye, iştirak hükümleri uygulanır. Çünkü alenen işlenmemiştir. Alenilik bulunsa idi 311. maddenin son fıkrası gereğince asıl suçlu ile aynı cezaya çarptırılacaktı. bb — Tahrik etkisiz kalmışsa, alenilik de bulunmadığından, eylemi suç teşkil etmeyecektir.

«Alenilik» suç unsuru veya şiddet sebebi olarak kanunumuzun başka hükümlerinde ve hatta özel kanunlarda da yer almış bir kavramdır. Bu cümleden olarak :

Askerleri kanunlara karşı itaatsizliğe ... V. S. teşvik suçu alenen işlenirse ağırlaşan vasıftan dolayı daha ağır ceza hükmedilir. (T. C. K. m. 153 f. 2)

Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin mânevî şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin mânevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif. (T. C. K. m. 159 f. 1. değişik)

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövmek (T. C. K. m. 159 f. 3 — Değişik)

Meydanlarda ve toplanma yerlerinde ahaliyi alenen 125, 131, 146, 147, 149 ve 156. maddelerdeki cürümlerden birini işlemeye tahrik (T. C. K. m. 172 f. 1)

Din adamlarının vazifesini ifa sırasında Hükûmet idaresini, Devlet kanunlarını ve Hükûmet icraatını alenen takbih ve tezyif etmeleri (T. C. K. m. 241 ve 242 son f.)

Alenen hayasızca vaz'u harekette bulunmak (T. C. K. m. 419)

Alenen hakaret (T. C. K. m. 480 f. 3)

Alenen sövme (T. C. K. m. 482 f. 3)

Atatürkün hatırasına alenen hakaret (Atatürk aleyhinde işlenen suçlar hakkındaki 5816 sa. K. m. 1), hükümlerini sayabiliriz.

Acaba bir suç hangi hallerde alenen işlenmiş sayılır? Ne 311. maddede ve ne de yukarıda zikri geçen ve aleniliği ağırlatıcı sebep veya suç

unsuru kabul eden maddelerde (153, m. hariç) bu soruya bir cevap bulmak mümkündür. Yalnız sözü geçen 153. maddenin 4. fıkrasında hangi hal ve şartlarda fiil işlenirse Ceza Kanununun uygulamasında alenen işlenmiş sayılacağı gösterilmiştir. Bu hükme göre :

1 — Basın vasıtasiyle veya her hangi bir propaganda vasıtasiyle;

2 — Umumî veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda :

3 — Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu veya gayesi itibariyle hususî mahiyeti haiz olmıyan bir içtimada; fiil işlenmiş olursa ceza kanununun tatbikatında aleni olarak işlenmiş sayılır.

İmdi, burada hatıra şu sorular gelmektedir : Acaba, 311. maddedeki aleniliğin tâyin ve târifi için de 153. maddedeki bu tarife gitmek yerinde olur mu? Olmazsa aleniyeti nasıl izah ve târif etmelidir? Tatbikat ne yoldadır? Yargıtay'ın bir kararında (4) «153. maddedeki aleniyeti târif eden fıkra hükmü, ancak bu maddede yazılı suça münhasır olup diğer maddelere şâmil değildir. Maddedeki suçun alenen işlenmesi halinde uygulanacak ceza gösterildikten sonra buradaki aleniyetten maksadın ne olduğu belirtilmek amaciyle maddeye ilâve edilmiştir. Binaenaleyh diğer maddelerdeki aleniyet unsurunun bu fıkraya göre değil, umumî kaide ve prensiplere göre tâyini iktiza eder» denilmiştir.

Fikrimizce 153. madde metni sarihtir. Metinde (CEZA KANUNUNUN TATBİKATIN DA) cümlesinin bulunması bu fıkranın münhasıran 153. maddeye mahsus bir hüküm mahiyetinde olduğunu kabule müsait değildir.

153. maddedeki aleniyeti tarif eden hükmün, Ceza Kanununun genel esasları arasında tedvin edilmediğinden söz ederek ve böyle bir mülâhazaya dayanılarak da sadece 153. maddeye hasrı şu bakımdan hatalıdır. Devlet İdaresi Aleyhinde cürümleri bünyesinde toplayan 3. Babın 12. faslında bulunan 279. maddede ayni şekilde (ceza kanunu tatbikatında) kimlerin memur sayılacağı gösterilmiştir. Bu maddenin yalnız 3. baptaki cürümlere hasredilerek diğer bir bapta bahse konu memur terimine ve bu cümleden olarak 339. uncu maddede yazılı (memur) un tarifine teşmil etmemek mümkün mü? Bunun gibi, 189. maddedeki silâhın târifi, 259. maddedeki «akraba», ve 502. maddede yazılı «gece vakti» kavramları da yalnızca içinde bulundukları fasıldaki veya bap-

. (4) Yargıtay 1. C. D. 25.9.1945 2547/2056 sayılı ilâmı. Fahrettin Kıyak, sözü geçen eser. Sh : 272.

taki suçlara değil ceza Kanununun tamamına uygulanmaktadır. Demekki kanun koyucu yeri geldikçe, Ceza Kanununun tatbikatında târifi gerekli kavramlara bir bir işaret eylemiştir. Kanun tekniği bakımından tasvip edilir bir usul olmamakla beraber realiteyi böyle kabul etmek gerekir.

Bu meselede şöyle de denebilir : Eğer kanun aleniliğin tarifini yalnız 153. maddeye hasretmek isteseydi, nasılki 570. maddede (umuma açık yerler) i tarif ederken yalnız ve yalnız kumar suçlarına müteallik maddelere hasrettiği gibi 153 maddede de böyle hareket eder, ve Ceza kanununun tatbikatında deyimi yerine (fiil şöyle şöyle işlenirse aleni sayılır) demekle iktifa ederdi.

Nitekim Türk Ceza Kanununun yeni baştan revizyonu ve tedvini için hazırlanıp yüksek Bakanlıkça bastırılan 1958 tarihli (Türk Ceza Kanunu) tasarısında 153. maddedeki alenilik hakkında bu görüşümüzü teyit eden şu açıklama mevcuttur :

«Bu maddenin dördüncü fıkrasında (aleniyet tâbirinden) ne kasdedildiğini târif ve izah eden hükümler yalnız bu maddenin bünyesini ilgilendirmemekte umumî ve müşterek bir mahiyet taşımaktadır.

Bu güne kadar tatbikatta sadece mer'i 153. madde hükümlerinin uygulanmasında carî olacağı kabul edilen bu hükmün kanunun muhtelif fasıl ve maddelerinde aleniyete temas eden hükümler mevcut olduğu düşünülerek tarifin hepsini şumulü içine alan müşterek bir hüküm olarak kanunun uygun görülen yerlerinde ifade olunmasının gerektiği neticesine varılmış ve bu sebeple üç bent altında toplanan hükümlerin maddeden tayyı muvafık görülmüştür».

Bu hükümlerin 153. maddeden çıkarılarak kanunun genel esasları arasına konması isabetli olacaktır. Suç işlemeye tahrik cürümünün unsuru bulunan alenilik konusunda Yargıtay içtihadına göre 153. maddeden faydalanmanın mümkün olmadığını kabul ederek bir de genel hukuk esasları bakımından alenilikten ne anlaşıldığına dokunalım :

Genel olarak umumî mahaller ile umuma açık mahallerde işlenen fiillerde alenilik mütalâa edilebileceği gibi hususî bir mahalde de olsa her kesin görüp duyabileceği hal ve şartlar içinde işlenirse yine aleni sayılmak icab eder. Aleniliği tatbikat yönünden tebarüz ettiren bir Genel Kurul kararında (5) :

«Hakaretin mutlak olarak açık bir mahalde işlenmekle alenen vukubulmuş addedilemiyeceğine, aleniyet unsurunun tekevvünü için bu

(5) Yargıtay Ceza G. K. 4.7.1955 E. 2/71 K. 67

941

fiilin umumun gelip geçtiği yollar veya halkın toplandığı, girip çıktığı yahut her zaman toplanması ve girip çıkması mümkün olan yerler gibi umumî mahallede ikaı lâzımgelir»

Ve yine diğer bir Genel Kurul içtihadına göre, alenilik herkesin veya bir çok kimselerin duyup görmüş olmasiyle değil duyulup görülebilmek mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilin işlenmesiyle tahakuk eder (6). (7).

311. maddede alenilik suç unsuru olduğundan, Yargıtay pek yerinde olarak alenilik unsuru bulunmadan 311. madde ile mahkûmiyet kararı verilmesini bozma sebebi saymıştır (8).

c — Bir (tahrik) in mevcudiyeti :

Suça tahrik suçunun tekevvünü için diğer bir unsur da eylemin bir (tahrik) teşkil etmesidir. Tahrik elverişli her türlü vasıta ile mümkündür. Sözle ve yazı ile olabilir : Bir toplulukta veya mitingde vurun, öldürün, vatandaşlar veya arkadaşlar şöyle yapanları öldürün, şunların evlerini yakın, yıkın gibi sözlerle alenen tahrikte bulunulabileceği gibi, tiyatro, sinama, radyo, konferans ve konserlerde dahi tahrik suçunun işlenmesi mümkündür.

311. maddedeki suç işlemeye tahrik cürmünün bu unsuru ile, 65. maddede tesbit olunan fer'i iştirak (suç işlemeye teşvik) in birbirine karıştırılmamasına dikkat gösterilmelidir.

İştirak teşkil eden teşvikte, bir asıl fail vadır. Bu kimse zihninde bir suçu işleme kararını vermiştir. Teşvikçi, onu, esasen kararını vermiş bulunduğu suçu işlemeye sevkeder, sevketmek ister. Prof. Faruk Erem, «teşvik etmek tâbirinde failde mevcut kararı icraya başlamaya sevketmek mânası saklıdır. Bu itibarla bahis mevzuu olan suça teşvik değil, suçluyu teşviktir ... Teşvik edilen kimsede suç işleme kararı teşvikten evvel mevcuttur.«) (9).

Prof. Tahir Taner, suç işlemeye teşvik için «Bu ikinci derecede bir tahrik ve suç işlemek için âdi bir tavsiye mahiyetindedir. Fakat eğer bu teşvik keyfiyeti suçu işlemek hususunda faile karar verdirmek derecesinde müessir olmuşsa, o vakit (azmettirme) vaziyeti husule gelmiş olur.» demektedir. (10)

(6) Yargıtay Ceza G. K. 9.11.1953 E 3/45 K. 55

(7) Alenilik hakkında daha geniş bilgi için bakınız : Fahrettin Kıyakın Ankara Baro Dergisinin 1959 — 4. 5 sayısında yayınlanmış (Ceza Kanunu Tatbikatında «Aleniyet») başlıklı yazısına.

(8) Yargıtay 4. C. D. nin 17.11.1949 tarih vl 13086/14610 sayılı ilâmı.

(9) Faruk Erem. Ceza Hukuku Umumî Kısım. 1954 Sh : 452

(10) Tarih Taner. Ceza Hukuku Umumî Kısım. 1953 Sh : 542, 538

942

Demekki suça iştirak teşkil eden teşvikte, asıl failin suçu işlemek hususunda önceden verilmiş kararı mevcuttur. Halbuki suç işlemeye tahrik cürmünde. hitap ve tahrik edilen şahıs veya kitlenin önceden böyle bir kararı yokken bu, uyandırılmak istenmektedir.

Suça tahrik cürmünde alenilik şart olduğu halde, iştirakte bu kayıt aranmaz.

Birincide tahrikçi ile tahrik edilen veya edilenler arasında şahsî bir ilişki (münasebet) yoktur. O alenen, bir kitleye hitap eder. Halbu ki iştirakte, tahrik ve teşvikte bulunan ile asıl suç faili birbirini önceden bilmekte ve aralarında özlük (şahsî) bir ilgi bulunmaktadır.

6123 sayılı kanundan önceki 311. madde metnine göre, iştirak ile suçu alenen tahrik cürmü arasında diğer bir fark daha vardı: İştirakte teşvik sonucu, istenilen suçun işlenmesi veya icraya başlanıp kalkışma derecesinde kalmış bulunması gerekirken, suç işlemeye tahrik cürmünde ise, tahrikin etkisiz kalması gerekiyordu .Nitekim Yargıtay da bu konudaki bir içtihadında (311. madde, başkasını suç işlemeye tahrik eden ve fakat hiç bir netice husule gelmeyen hadiseler hakkında kabili tatbik bulunduğu) nu belirtmiştir. (11). Halbuki 6123 sayılı kanunla 311. maddeye eklenen son fıkra karşısında bu kabulün bir hükmünün kalmadığı söylenebilir. Fakat Yüksek Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 6123 sayılı kanundan çok sonraki bir kararında aynı içtihat tekrarlanmaktadır. O kararda:

Silâh boşaltmaya azmettirmekten sanık D.Ç. nin mahkûmiyeti hakkındaki hükmün incelenmesinde:

«311. maddenin netice vermemiş tahriklere kabili tatbik bulunduğu düşünülmeden D.Ç. ye bu madde delâletiyle 466. maddeye tevfikan ceza tâyini yolsuzdur.» sonucuna varılmıştır. (Not: hükümde silâh boşaltmaktan daha başka sanıklar da cezaya çarptırılmışlardır.) (11-B)

6123 sayılı kanunla eklenen son fıkra muvacehesinde bu içtihatta isabet mütelaâ edemiyoruz. Zira, sözü geçen fıkra gayet açıktır: Aleni tahrik sonucu olarak istenilen suç işlenirse diğer bir deyimle tahrik netice verirse, tahrikçilere bu fıkra hükmünce asıl suçu işleyen ile aynı derecede ceza hükmedilecektir.

Son fıkra sebebiyle tahrikçilerin durumları, azmettireninkinden daha ağırlaşmıştır. Zira, tahrik azmettirme mahiyetinde olunca 64. mad

(11) Yargıtay 1. C. D. nin 16.4.1949 tarih E. 97 K. 732 sayılı ilâmı
(11-B) Yargıtay 2. C. D. nin 30.12.1957 tarih ve 17297/20702 sayılı ilâmından.

943

denin ikinci fıkrasındaki hafifletici sebepten, fer'i iştirak durumunda ise 65. maddedeki indirmeden tahrikçi faydalanamıyacaktır.

Bu mahzurların önlenmesi için son fıkranın maddeden kaldırılmasının uygun olacağı fikrindeyiz. Nitekim, yukarıda sözünü ettiğimiz yeni tasarıda «suç tahrik neticesinde işlenmişse fail umumî hükümlere göre ceza göreceğinden 6123 sayılı kanunla maddeye ilâve edilmiş olan fıkra lâyihaya alınmamıştır» denilmektedir. (12)

d — Cürüm kasdı :

Bu unsur, genel anlamda, belirli bir suçun işlenmesini tahrik iradesinin mevcudiyetini ifade eden mânevi unsuru teşkil eder.

2 — Ağırlaştırıcı sebepler :

Bir suçun işlenmesini tahrik :

a — Gazete veya mecmua ile,

b — Veya sair tabı aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan ve dağıtılan yazılar ile,

c — Ve umumî yerlerde levha ve ilân asmak suretiyle ika olunursa. tahrikçi hakkında maddenin ilk fıkrasına göre tâyin edilecek ceza ikinci fıkrada gösterilen oranda artırılarak hükmolunur. (m. 311. f. 2)

Bu hallerde cezanın ağırlaştırılmasında isabet bulunduğu şüphesizdir. Basın gibi veya basılmış diğer eserler ve çoğaltılarak yayınlanan levha ve ilânlar gibi, tahrik eyleminin yayılmasına ve etki göstermesine daha çok imkân veren araçların suçta kullanılması gerek suçlunun ahlâkının düşüklüğünü (ahlâki redaetini) gerekse suçun ağırlığını (vehametini) ifade eylemesi bakımından daha ağır ceza sorumluluğunu gerekli kılar. (Bkz. Basın K. m. 2, 3)

Bu fıkrada levha ve ilân asmanın (umumî yerler) kaydına bağlandığını görüyoruz. Her kesin serbestçe girip çıkabileceği yerlerde bu suçun işlenmesinin ağırlığına işaret eylemiştik. Ancak, madde metnine göre, özel (hususi) yerlerde sözü geçen levha ve ilânların asılması bu ağırlaştırıcı sebebi teşkil etmez. O takdirde özel mahallin özelliğine bakılır: Eğer, bu yer, aleniliğe imkân veren nitelikleri haiz ise bu takdirde ilk fıkraya göre tarik suçu vücut bulur. Bu çeşit özel yerler, umumî bir yere komşu olan ve burada bulunan kimselerin nazarlarının kolayca nüfuz edebileceği hususi mahallerle, diğer bir hususi mahalde bulunanların içini görebilecekleri hususî yerlerdir. (13) Aleniliğe imkân vermeyen özel yerlerde tahrik taşıyan levha ve ilânların asılması 311. maddeye dokunmaz.

(12) Sözü geçen tasarı. Sh : 41 m. 306
(13) Hususî mahaller için bakınız : Fahrettin Kıyak. S. g. makale.

944

Bu maddenin üçüncü fıkrası, 2 ve 3 sayılı bentlerde belirtilen hallerde cezanın, tahrik olunan suç için kanunda gösterilen cezanın yukarı haddinden fazla olamıyacağı tesbit edilmiştir. Faraza, gazete ile yapılan bir tahrik dolayısiyle tahrikçiye, ceza bir mislî artırılarak hükmedilirken bunun, işlenmesi istenilen suçun yukarı haddini geçmemesinin elbetteki ceza adaleti bakımından isabeti aşikârdır.

3 — Son fıkra :

311. maddenin son fıkrası, aleni tahrik sonucu istenilen suçun işlenmesi veya teşebbüs derecesinde kalması halinde tahrikçiye, asıl suçu işleyen ile aynı derecede ceza verilmesini emretmektedir. Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere (bakınız : 1-b «bir tahrikin mevcudiyeti»), son fıkra maddeye 6123 sayılı kanunla eklenmiştir. Orada da belirttiğimiz gibi, uygulamada ahenk sağlanması için bu fıkranın maddeden çıkarılması yerinde olacaktır. Esasen, sonuç veren tahrikte alenilik varsa bu son fıkraya göre asıl fail derecesinde tahrikçiye ceza tâyin edilecektir; alenilik yoksa, iştirak hükümlerinin uygulanması gibi bir durumla karşı karşıyayız.

II — Suç işlemeye tahrik (Dolayısiyle tahrik) suçunun özel şekilleri (m. 312)

Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde, suç işlemeye tahrik cürmünün özel şekilleri yer almaktadır. Bunlar üç şekilde göze çarpmaktadır.

1 — Bir cürmü övme suçu.

2 — Halkı kanuna itaatsizliğe tahrik suçu.

3 — Cemiyetin sınıflarını kin ve adavete tahrik suçu.

Bunları bu sıraya göre inceleyelim. Maddenin son fıkrasında bu suçların neşir yolu ile işlenmesi ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Onu da :

4 — Suçun neşir yolu ile işlenmesi, başlığı altında gözden geçirelim.

1 — Bir cürmü övme suçu :

Kanunun (ister genel ister özel kanun olsun), cürüm saydığı bir eylemi açıkça (yâni alenen) öven kimseye bu madde ile ceza tâyin olur. Hakikaten kanunun yasak ettiği bir eylemi alenen, her kesin içinde medhüsena etmek, onları bu cürmü işlemeye bir nevi tahrik mahiyetini taşır. Elbette ceza ile karşılanmalıdır. Övme suçunun bu vasfı dolayısiyledir ki suç işlemeye dolayısiyle tahrik olarak kabul edilmektedir. Cürmü övme suçunun tahrik cürümlerinin bulunduğu fasılda ve maddede tedvin edilmiş olması da bu fikri desteklemektedir. Bir cürmü iyi gördüğünü söylemek de kanun tarafından aynı ağırlıkta kabul olunmuştur.

Bu suçun unsurlarından biri (alenilik) tir. Zira metindeki (açıkça) teriminin başka anlama tefsiri mümkün değildir. (Alenilik h. bkz. m. 311. 1 — b)

415

Diğer bir unsur da, övülen, methedilen, iyi görüldüğü söylenen suçun bir (cürüm) olmasıdır. Eğer cürüm değil. övülme konusu yapılan suç, bir kabahat ise 312. maddedeki suç tekevvün etmez.

Majno bu hususta, kanunun metin ve ibaresine göre cürmü metli fiili, belli bir fiile matuf olmalı, kanunun ruhuna göre de alelitlak bir cürüm ikâına teşvik mahiyetinde buunmalıdır demekte ve mahkûmun şahsını methetmenin bu maddeyi ihlâl etmeyeceğini belirtmektedir. (14)

2 — Halkı kanuna itaatsizliğe tahrik:

Kanundan maksat, Devletin itaatî mecburi kanunları ve o anlamdaki tüzükleridir. Maddenin, talimatname, tamim ve emirlere teşmil edilemiyeceği kanaatındayız.

Kanun koyucu, 312. maddedeki (kanunlara) terimine, hususî hukuk kanunlarının girip girmediğini belirtmediğine göre ve bu hükmün kamu düzenine karşı gelenleri cezalandırdığına bakılırsa alelumum kanunalra itaatsizliğe tahrik anlamına kabulü gerekeceği sonucuna varmaktayız.

Kanunlara itaatsizliğe tahriki, kanunlara sövme (T. C. K. m. 159) ile karıştırmamalıdır. İtaatsizliğe tahrik, kanunları tenkit hududunu da aşan bir eylem olarak dikkate alınmalıdır.

Keza Türk Ceza kanununun 155. maddesinde yazılı (kanunlara karşı gelmeye halkı teşvik ile memleketin emniyetine tehlike iras edecek surette makale neşretmek) suçunu da gözönünden uzak tutmamalıdır. Kanun koyucunun bazı tavsif farkları da olsa, kanunlara halkı itaatsizliğe tahrik ve teşvik suçunu böyle ayrı iki maddede tedvin etmesinde, hele birini Devlet kuvvetleri aleyhinde cürümler diğerini amme nizamı aleyhine cürümler babında tedvin etmesindeki kıstasın ayrılması hakikaten kolayı değildir. Bir hüküm altında toplanmasında fayda mülâhaza etmekteyiz.

3 — Cemiyetin sınıflarını kin ve adavete tahrik :

Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse de 312 madde ile cezalandırılır. Cemiyetin sınıflarından neyi kasdettiğini kanun açıklamamıştır.

Bakıyoruz kanun koyucu, 141 ve 142. maddelerde sosyal sınıflardan bahsetmektedir. Bu itibarla sosyal sınıfların 312. madde bakımından da dikkate alınması tabidir. Fakat aynı dine mensup olanların cemiyetin bir sınıfı olarak kabulüne, sosyal telâkkilerimiz ve hele lâiklik prensibi-

(14) Majno Şerhi. Cilt : 3 No : 1230.

ni benimseyen yeni Anayasamız müsait değildir. Majnonun dediği gibi içtimaî sınıflar yalnız iktisadî bakımlardan ayrılabilir: sermayedar, işveren ve işçi gibi:

Tahrikin kin ve adaveti davet eder tarzda olması ve umumun güvenliği için teblike teşkil etmesi de maddenin unsurlarındandır.

Napoli İstinaf mahkemesi de ... işçinin haklarını ilân etmek üzere yapılacak gösterilere katılmaları için yazı veya sözle yapılan dâvetin bu maddedeki cürmü teşkil etmediğine karar vermiştir. (15)

Kin ve adavete tahrikin fikir tartışması ve propagandası ve kanunlar dairesinde seçim propagandası ile karıştırılmamalıdır. Seçim sırasında, diğer partiler aleyhinde propaganda mahiyetinde sarfedilen sözler, bu maddedeki suça, Majnonun da kabulü veçhile, vücut vermez. Zira burada içtimaî bir tehlike bahse konu değildir. Kin ve adavete tahrikin, genel güvenlik için tehlike teşkil edip etmemesi ve eylemin kin ve adavete tahrik mahiyetinde olup olmadığı mahkemenin tetkik ve takdirine göre halledilecek bir husustur. Cürmü Övme ve kanunlara itaatsizliğe tahrikte olduğu gibi burada da tahrik ve alenilik suç unsurudur. (Tahrik ve alenilik hakkında 311. maddede izahatta bulunmuştuk).

4 — Suçun neşir yolu ile işlenmesi :

312. maddede yazılı tahrik suçunun her üç şekli de neşir yolu ile işlenirse, verilecek ceza bir misli artırılarak tâyin olunur. (m, 312. son f.)

Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması yahut satışa arzı, Basın Kaununun 3. maddesine göre Neşir sayılır. 312. maddedeki neşir yolu ile işlenmesinden de her halde bu anlamda ve Basın yolu ile işlenmesi kasdedilmiş demektir. Burada kanun, 311. maddede olduğu gibi neşir araçlarını saymamış genel olarak neşir yolu ile işlenmekten bahsetmiştir. 312.maddenin son fıkrasındaki neşir yolu ile işlenmeye taallük eden ağırlatıcı sebep, bizi Basın kanunundaki dâva süresine ve kovuşturma usullerini dikkate alamya dâvet etmektedir. Gerçekte, Basın Kanununun 35. maddesine göre, bu kanunda yazılı veya basın yolu ile işlenmiş suçlardan dolayı günlük mevkuteler hakkında üç ay, diğer basılmış eserler hakkında altı ay içinde açılmayan dâvalar dinlenmez. Bu süre suçun işlendiği tirihten yâni 3. maddesi hükmünce neşir tarihinden başlar. Yalnız bu müddetlerin dâva açılması için gereken

(15) Majno. S. g. e. No: 1243

947

mehil olduğunu, dâva zamanaşımının genel hükümlere gâre (T. C. K. m. 102, 104) tâyini icapettiğini de unutmamak faydalı olur.

Not : Not olarak şuna da işaret edelim ki, Devletin şahsiyetine karşı ve Devlet kuvvetleri aleyhine cürümleri işlemeye başkalarını tahrik ve teşvik edenlere kanun koyucu, haklı olarak ayrıca önem vermiş ve bu suçlar hakkında ilgili fasıllarında ayrı müeyyedeler tesbit eylemiştir. Suç işlemeye tahrik cürümlerinin tatbikatında o özel hükümlerin de göz önünde bulundurulması ve böylece tahrikin unsurlarına ve tahrik konusu suçun mahiyetine göre uygulanacak hükmün isabetle teşhisi gerekir.

Ceza kanunumuzun 146. maddesinin 2. fıkrasındaki cürümleri işlemeye teşvik, 147. maddedeki teşvik, 149. maddede yazılı Türkiye ahalisini birbiri aleyhine silâhlandırarak mukateleye teşvik, 153. maddedeki askerleri kanunlara karşı itaatsizliğe teşvik, 155. maddede tesbit edilen halkı kanunlara karşı gelmeye teşvik, 172. maddede zikredilen ve iştirak hükümleri dışında meydanlarda ve toplanma yerlerinde ahaliyi 125, 131, 146, 147, 149 ve 156. maddelerdeki cürümlerden birini işlemeye tahrik suçlarını bu konuda zikredebiliriz.

948

HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA VE SUÇLUNUN TERBİYESİ MESELESİ

Yazan : Dr. Turhan Tufan YÜCE

Plân :

Giriş : Cezanın mahiyeti ve gayesi

I. Hürriyeti bağlayıcı ceza ve terbiye
II. Cezaevinde terbiyenin gayesi ve imkânları
III. Memleketimizde terbiye düşüncesi ve gerçekleşme imkânları

Giriş : Cezanın mahiyeti ve gayesi.

1. Ceza, kanunun, suç saydığı bir fiili işleyen cezaya ehil bir kimseye tatbik ettiği müeyyidedir. Bu müeyyide ile suçlunun bir hakkı elinden alınır. Ölüm cezası suçluyu hayat hakkından, hürrüyeti bağlayıcı ceza hürriyet hakkından, para cezası suçluyu bazı mâmelek haklarından mahrum eder. Bu itibarla ceza bir kötülüktür. Mahiyeti nasıl anlaşılırsa anlaşılan, gayesi ne olursa olsun ceza hiç bir zaman bir kötülük, bir azap olmaktan çıkmaz.

Cezalar, takyid ettikleri hukukî varlıkların mahiyetlerine göre, ölüm cezası, hürrüyeti bağlayıcı ceza, para cezası ve muayyen bir meslek ve sanatı yapmaktan menedilme şeklinde görünen bazı hakları bağlayıcı ceza gibi çeşitlere ayrılırlar.

2. Cezanın gayesi nedir? Ne olmak lâzımdır? Bu soru çeşitli zamanlarda farklı teorilerin ortaya atılmasına sebep olmuş ve bu teorilere göre muhtelif şekillerde cevaplandırılmıştır. Bu teorilerin çıkmaz sokağına girmeden söyliyelim ki bu gün de cezacılar bu konuda bütün tartışmaları bitirmiş, soruya ortak bir cevap bulabilmiş değildirler. Tartışmalar sürüp gitmektedir. Öyle sanıyoruz ki bu karışık münakaşalar içinde çoğunluğun reyini üzerinde toplayan fikir cezanın çok önemli gayelerinden birinin suçu önlemek olduğudur.

Suçu önlemek, ya suç işleyen bir kimsenin bir daha suç işlememesini sağlamak (hususî önleme) ya da toplumda suç işlemek meylini gösterenleri korkutmak ve bu yolla bu gibi kimseleri suç işlemekten alıkoymak (umumî önleme) demektir. Ceza nevilerinin umumî veya hususî önleme tesirleri başka başkadır. Meselâ ölüm cezası, dehşet verici, korkutu-

cu mahiyeti ile suç işlemeye meyilli olan kimseler üzerinde derin bir tesir yapar ve bu bakımdan umumî önleme kuvveti büyüktür. Ölüm cezasının kaldırılmasını hararetle isteyen bir çok müellilfler arasında bile. bu kuvvetli umumî önemle tesiri yüzünden fevkalâde zamanlarda ölüm cezasının tatbik edilmesi gerektiğini kabul edenler vardır. Buna karşılık, mesalâ para cezasının umumî önleme tesiri nisbeten zayıftır. İyi tertip ve tanzim edilmiş hürriyeti bağlayıcı cezanın umumî önleme tesiri de çok mühimdir ve suçlulukla savaşta başarı ile kullanılmaktadır. Fakat kolaylıkla iddia edilebilir ki hürriyeti bağlayıcı cezanın hususî önleme tesiri diğer bütün cezaların hususî önleme tesirinden büyüktür. Hürriyeti bağlayıcı ceza, cezanın her türlü gayesini gerçekleştirmede çok değerli bir vasıtadır. «Hapis müeyyidesi cezaya ait vasıf ve hususiyetleri çok esaslı surette tebellür ettirmeğe müsait mahiyet taşımakta ve cezanın muhtelif gayelerinin elde edilmesi bakımından da uygun hüviyet arzeylemektedir» (1).

Hürriyeti bağlayıcı ceza, suçludan kötüye kullanmş olduğu hürriyeti alarak onu uzun veya kısa bir müddet için infazın tesiri altında tutar; bu, suçlunun terbiyesinde müsait bir fırsattır. İnfazın vazifesi bu fırsattan faydalanmaktır (2).

Esasen biz burada hürriyeti bağlayıcı cezanın umumî önleme tesirini değil, hususî önleme tesirini inceleyeceğiz. Hürriyeti bağlayıcı ceza yolu ile suçluya nasıl telkin ve tesir etmeli ki bir daha suç işlemesin? Başka bir deyişle, hürriyeti bağlayıcı cezadan faydalanılarak suçlu nasıl terbiye edilmelidir?

1. Hürriyeti bağlayıcı ceza ve terbiye

1. Hürriyeti bağlayıcı ceza, suçlunun yalnız hürriyetini elinden alan bir cezadır. Bu itibarla suçlunun hayatına, sıhhatine ve hasiyetine dokunamaz. Hayatına ve sıhhatına normal bir itinanın gösterilmesini istemek ve ceza evi idaresinden âdil ve insanî bir muamele beklemek suçlunun hakkıdır(3).

---

(1) DÖNMEZER S.-ERMAN S. Nazarî ve tatbikî ceza hukuku. Umumî kısım C. 11/1 İstanbul 1959, s. 602

(2) Hans ELLGER, Der Erziehungszweck im Strafvollzug, Halle, 1925, s. 17-18

(3) Turhan Tûfan YÜCE. Die Grundprobleme des türkischen Strafvollzugs im Vergleich mit dem Strafvollzug in Deutscland, Dissetation, Freiburg/ Breisgau. 1956, s. 1-2.

Eski devirlerde olduğu gibi mahkûm malı ve canı ile kayıtsız şartsız devletin tasarrufu altında, hiç bir hukuku tanınmayan bir varlık değildir.

2. Bu gün bütün medenî memleketlerde hâkim anlayışa göre, hürriyeti bağlayıcı ceza mahkûmu terbiye ve islah gayesine bağlıdır. Ceza yolu ile suçluların uslandırılmalarını ve daha iyi bir vatandaş olarak toplu ma katılmalarını sağlamak düşüncesi çok yeni değildir. Eski Yunan filozofu Eflâtun «Kanunlar» adlı meşhur eserinde, kanunun suç fâili üzerinde öyle bir cebir tatbik etmesini ister ki fâil iradî olarak bir daha böyle bir fiil işlemesin veya hiç değilse fâilin suç işleme temayülü ehemniyetli derecede azalsın(4).

Fakat eski yunanistanda da bu münferit fikirlere rağmen, dünyanın o zaman her yerinde olduğu gibi hürriyeti bağlayıcı cezanın terbiye edici gayesi yayılmamış ve benimsenmemişti. Esasen durumları çok kötü olan ceza evleri suçluları düzeltmek yerine bozuyordu. Bu günkü mânâsı ile hürriyeti bağlayıcı ceza yoktu. Ölüm veya işkence cezalarına mahkûm olanların bekleme yeri veya borcunu ödemeyen borçluların baskı altında muhafaza edildiği zindanlar, kalın duvarlarla çevrili ışıksız, havasız, korkunç yerlerdi. Bu yerlerde terbiye edilmenin değil. yaşamanın bile zor olduğunu söylemek fazla sayılabilir.

Uzun ve çok zahmetli bir gelişme sonunda (5) hürriyeti bağlayıcı cezanın bu günkü şeklini ve mânasını 1595 de Amsterdam'da kurulan ve çalıştırma yolu ile suçluları uslandırma gayesini güden meşhur cezaevinde tatbik edilen infaz sistemi ile kazanmağa başladığı umumiyetle kabul edilmektedir(6).

Bu gün artık modern infaz hukukunun karakteri en başta terbiye edici olması ile ifade edilmektedir. Hatta İtalyan insanî mektebi bayrağı altında toplanan düşüncelere göre, cezanın tek gayesi ve tek varlık sebebi terbiyedir. Cezada fenalık unsuru olmamalıdır(7). Modern ceza infazı, doğuştan ve çevreden gelen faktörlerin kötü tesiri altında toplumun icaplarına uymakta güçlük çeken ve bu sebeple suç işleyen insanı düzeltmek, uslandırmak ve onu kanunlara uygun yaşayabilen bir vatandaş olarak topluma iade etmek gayesine yönelmiş bir faaliyettir.

(4) PLATON. Gesetze (Almancaya çev. O. APELT) yeni bası, 2. cilt, Leipzig 1940, s. 365

(5) Bu gelişmenin tarihi hakkında bk. Dönmezer-Erman, 1. g. e. 1. 603 ve son.

(6) Von HİPPEL, Deutsches Strafrecht, 1. Cilt Berlin 1925, s. 242

(7) Nurullah KUNTER, Suçluların terbiye ve islahı, (Birinci kısım), Adliye Ceridesi 1943, Sayı : 6, s. 417; YÜCE, s. g. e. s. 8-9.

II. Ceza evinde terbiyenin gayesi ve imkânları

1. Terbiye, umumî olarak terbiye edilenin karakterine, kanun, gelenek, din gibi sosyal değerlerin icaplarına uyabilecek kabiliyeti vermektir. İnfaz hukukunda terbyenin mânâsını bu kadar geniş tutmak doğru olmaz. Ceza infazı suçluyu meselâ geleneklerin veya dinin icaplarına uyacak şekilde yetiştirmeğe mecbur ve kâdir değildir. «Ceza infazında terbiye mahkûmu hür olduğu zaman kanuna uygun bir hayat için eğitmekle iktifa etmelidir»(8).

Suçlunun karakterinde kökleşmiş kötü duyguları, egoist temayüller derin zararlı alışkanlıkları mahdut bir ceza müddeti içinde kökünden söküp atmak, bu duyguların yerine meselâ ateşli bir fazilet aşkı veya derin bir dinî vecd koymak hemen hemen imkânsızdır. Ceza evi idarelerinin böyle imkânsız derecede zor bir işle uğraşmaları doğru değildir, emek ve zaman israfından başka bir netice vermez(9).

O halde hürriyeti bağlayıcı cezanın infazında terbiyenin gayesi suçluyu, sosyal hayatın hukukî icaplarına zorluk çekmeden uyabilecek derecede ve şekilde yetiştirmekten ibarettir. Buna rağmen ceza infazı suçlunun terbiyesinde daha ileri gitmek imkânını bulursa bu imkândan faydalanmalıdır. Bilhassa genç suçlular üzerinde suçlunun kötü teşekkül etmiş fakat henüz katılaşmamış karakterini büsbütün değiştirip yeniden teşkil etmek yolunda derin ve hayırlı tesirler yapılabilir. Fakat böyle imkânlara ceza infazında sık raslanmaz. Bu sebeple ceza infazı imkânlarını iyi hesap edip emeğini boşuna harcamamak, icabında mütevazı olmak zorundadır.

2. Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazında terbiyenin zorlukları ve kolaylıkları vardır. Suçlunun cezaevi idaresinin eli altında bulunması şahsiyetinin istenildiği gibi incelenebilmesi ve şahsiyetinin hususiyetlerine göre uygun bir terbiye metodunun tatbiki, eski kötü muhitinden uzak olması terbiyeyi kolaylaştıracak sebeplerdir. İnfaz idaresi suçlunun şahsiyetine uygun bir terbiye metodu ile suçlunun karakteri üzerinde işliyebilir. Pratik infazcı bir müellif (10) diyor ki: «Hürriyeti bağlayıcı ceza ferdî hayata öyle esaslı bir müdahaledir ki bunun tesiri ile tesir edilmez olmuş karakter yumuşar, hücrenin sessizliği suçluyu kendine getirir, kalp iyi tesirlere açılır, suçlu en azından kanunla alay edilemiyeceğini anlar ve kanuna hürmet eder» (10).

(8) ELLGER, s. g. e., s. 39
(9) Nurullah KUNTER, Suçluların terbiye ve islahı (ikinci kısım) Adliye Ceridesi 1943 Sayı : 7 s. 525
(10) ELLGER, s. g. e., s. 22

952

Terbiyenin iki metodu vardır(II):

a) Baskıcı metot (Die repressive Methode)

b) Yapıcı metot (Die konstruktive Methode)

a) Baskıcı metot, baskı ve korkutma ile terbiye metodudur. Suçludaki kötü ve zayıf temayülleri zor vasıtaları ile düzeltmek veya yok etmek lâzım geldiğine inanan terbiyeciler bu metodun tatbiki ile infazda başarı sağlanabileceğini ileri sürerler.

Baskıcı terbiye metodu haklı tenkitlere uğramıştır. Bu metod eski bir metotdur. Baskıcı bir terbiyenin suçluyu düzenli bir hayata alıştırmak şöyle dursun, bilakis onu böyle bir hayata büsbütün yabancılaştıracağı ve isyankâr yapacağı iddia edilmiştir. Suçlunun ruhî ve hatta bedenî kötü temayüllerinin derin kaynaklarını araştırıp buna göre çareler bulmak ve tatbik etmek yerine bu temayüllerin sadece dış tezahürlerini önlemek hiç bir müsbet netice vermez. Şiddetli bir disiplin, eli sopalı cezaevi idarecileri suçludaki kötü temayüllerin dışarı vurmalarını ve böylece ceza müddetince suçluların kanuna uygun bir hayat sürmelerini sağlıyabilir, fakat bu, meseleyi esaslı bir şekilde halletmekten uzaktır. Tecrübeli cezaevi hekimi prof. Aschaffenburg diyor ki; Aşırı şiddet ile» her pedagojik düşünceyi ihmal eden disiplinle mezarlığın sükûneti elde edilebilir; fakat külün altında ateş sessizce yanmaktadır, eskiden olduğundan daha tehlikeli bir şekilde ammeyi tehdit eden kıvılcımların yeniden parlaması için hürriyetin nefesi kâfidir. » (12).

b) Yapıcı metot evvelâ suçlu şahsiyetinin esaslı bir incelenmesini şart kılar. Suçlunun şahsiyetinin tetkiki ceza infazında çok önemli bir meseledir. Ve suçlunun uslandırılarak topluma yeniden kazandırılması, önce onun şahsiyetinin iyice tanınması ile mümkün olur (13). Prof. Erem'in dediği gibi, «hukuk şubelerinden hiç biri insanları ceza hukuku ve ceza infaz ilmi kadar tanımak zorunda değildir» (14).

Suçlunun şahsiyetini, şahsiyetinin yoğrulduğu çevreyi, bu çevrenin hususiyetlerini ve daha bu konuda bir çok meseleleri tetkik ettikten sonra suçlunun karakterindeki müsbet ve menfi vasıfları tesbit etmek lâzım

(11) YÜCE, s. g. e., s. 10 ve son.

(12) ASCHAFFENBURG. Das Verbrechen und seine Bekaempfung, 2. Bası Heidelberg 1906, s. 244

(13) PETZİLKA, Persönlichkeitsforschung und Differenzierung im Strafvollzug, Dissertation Hamburk 1930, s. 56

(14) Faruk EREM, Ceza infazının ilmî esasları, Adliye Ceridesi 1941, Sayı : 10

dir. Terbiyeciye bundan sonra düşen vazife, suçlu karakterindeki iyi vasıfları geliştirmek, kötü vasıfları frenlemektir (15).

İnfazdaki gayesinden ve metotlarından bu suretle kısaca bahsettiğimiz terbiye, bazen önemli zorluklarla ve hatta imkânsızlıklarla karşılaşır.

Bu zorlukları şöylece sıralıyabiliriz :

aa) Cezaevine gelen suçluların büyük bir kısmı yetişkin yani yaşlı suçlulardır. Yetişkin suçlu karakterinin yumuşatılması ve yeniden şekillendirilmesi zordur. Çocuk suçlularda infaz bu bakımdan daha kolay ve daha büyük başarı sağlar. Bundan başka cezaevi sâkinlerinin bir takımı da sabıkalıdır, suç işlemek bazılarında alışkanlık hâline gelmiştir. Ceza infazı bu zorlukları yenmeye çalışmalıdır. Ne suçlunun sabıkalarının sayısı, ne de suçunun işleniş şekli ve ağırlığı suçlunun uslanmazlığı hakkında kesin bir delil sayılamaz. Ağır bir suç işlemiş veya tekrar suç işlemiş suçlunun da şahsiyeti tetkik edilmeli, suçunun iç ve dış sebepleri araştırılmalı ve terbiyesine çalışılmalıdır.

bb) İnfazda terbiye faaliyetinin karşılaştığı ikinci zorluk zaman darlığı olabilir. Kısa hürriyeti bağlayıcı cezalar gerçekten suçlu üzerinde maksadı sağlayacak sürekli bir tretman tatbikine imkân vermez. Hele terbiyeci bir infazın icaplarına göre kurulmamış cezaevlerinde kısa hürriyeti bağlayıcı cezalar sık sık belirtildiği gibi fayda yerine zarar verirler. Kısa müddetli bir cezaya çarpıldığına göre, oldukça hafif bir suç işlemiş olan kimse cezaevinin kötü ahlaklı sâkinleri ile temasa gelir ve onlardan kötü tesirler kapabilir.Bunlar doğru olmakla beraber, kısa müddetli ceza mahkûmlarını maksada uygun yapılmış ve teşkilatlandırılmış cezaevlerinde kısa bir zaman için de olsa iyi telkin ve tesirlere tâbi tutmak ve böylece bu suçluları da hiç değilse doğru yolun başlangıcına getirmek ve eğri yolun tehlikelerini göstermek mümkündür.

cc) Cezaevindeki suçluların bir takımı da psikopat suçlulardır. Ceza kanunlarının akıl mâlûliyeti veya akıl hastalığı kavramlarına girmeyen psikopatlık, önemli ve gizli bir suç kaynağıdır. Psikopat suçluların sayısı küçümsenecek kadar az değildir. Psikopat insan, bazı ruh halleri ile normal vasatî insandan ayrılır, akıl hastası sayılmaz fakat topluma uymak zorlukları içinde bocalar, ıstırap çeker ve kolayca suç işler (16).

(15) ELLGER, s. g. e., s. 18

(16) Psikopatlar hakkında fazla bilgi için bk : Kurt SCHNEİDER, Die Psychopathischen Persönlichkeiten, 9. Bası Wien 1950

Psikopat suçluları terbiye etmek zordur, hatta çok zordur. Evvelâ bunlar uzun ve pek dikkatli bir teretmana muhtaçtırlar. Çalıştırma psikopatların ruhu üzerinde hayırlı tesisler yapabilir. Psikoloji ve psikiyatri ilimlernin de yardımı ile psikopat suçluların uslandırılmaları her türlü zorluğa ramen ümid edilmelidir. Esasen hiç bir suçlu önceden «islah edilmez» sayılmamalıdır. 1910 da Vaşingtonda toplanan ceza ve ceza infazı milletlerarası 8. Kongresinde «Modern islah metotlarının esaslı prensipleri» arasında «yaşı ve geçmişi ne olursa olsun hiç bir suçlunun islah edilemez sayılamıyacağı» prensibi de tesbit ve kabul edilmiştir (17). Sözü geçen Kongrenin tarihi oldukça eski olsa bile tesbit ve kabul ettiği bu prensip yeni düşüncelere uygundur. En kötü, en duygusuz sanılan bir insanda bile arandığı takdirde geliştirilebilecek küçük bir iyilik istidadı, elverişli bir havada cimlenebilecek müsbet bir temayül tohumu bulunabilir.

çç) Ceza infazında suçlunun terbiyesi meselesinin karşılaştığı çok önemli bir kaç zorluk da cezaevi binasının terbiye için elverişsizliği, teşkilât eksikliği ve personel yetersizliğidir.

Modren ceza infazının icaplarına göre inşa edilmemiş cezaevi binasında suçluları terbiye etmek imkânsızdır. Cezaevi binasında tecrit hücreleri, muntazam yatakhaneler, yemekhane, dersaneler, revir spor yerleri, iş atölyeleri ve hatta ihtiyaca yetecek bir ibadet yeri olmalıdır. Bu tesisler suçluyu uslandırmak gayesi için çalışan bir ceza infazının tahakkuk zemini olan cezaevinin ayrılmaz parçalarıdır. Bu tesislerde icra edilecek olan çeşitli faaliyetlerin suçlunun terbiyesinde ayrı ayrı yeri ve rolü vardır. Maksada uygun yapılmış ve düzenlenmiş cezaevi binası terbiye düşüncesinin tecelli ve tahakkuk sahasıdır.

Bina durumundan başka cezaevi personeli meselesi de infazda çok önemlidir. Suçluyu islah gibi zor bir gaye güden hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı mutlaka ehil ellere verilmiş olmak icap eder. İnfaz memuru artık eli sopalı zindancı değildir. İnfaz memuru, ceza ve ceza usul hukukunun, psikolojinin ve pedagojinin hiç olmazsa elemanter bilgileri ile mücehhez olmalıdır. İnsan terbiye etmek, hele bilhassa terbiyesi zor ergin insanı doğru yola getirmek iyi bir vatandaş olarak topluma yeniden kazandırmak bilgi ve tecrübe işidir. Bu sebeple infaz memurunun gördüğü işin, cezayı veren hâkimin işinden daha ehemmiyetli olduğu bile iddia edilmiştir (18).

(17) KUNTER, s. g. e. (Birinci kısım), s. 420
(18) ELLGER, s. g. e., s. 18

Cezanın gayelerine uygun şekilde infaz edilip edilmediği meslesinde ceza veren hâkimin kontrolünü sağlamak düşüncesi de ceza infazının sağlam bir bilgi ve tecrübe meselesi olduğu vakıasından doğmuştur. Bu düşünce 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunun 144. Maddesinde yer almış ve bu maddede hâkimin, hürriyeti bağlayıcı cezanın tenfizine nezaret edebilmesi esası kabul edilmiştir (19).

III. Memleketimizde terbiye düşüncesi ve gerçekleşme imkânları.

1. Hürriyeti bağlayıcı cezanın en başta terbiye gayesini gütmesi gerektiği düşüncesi ceza hukuku literatürümüzde iyice benimsenmiştir, denebilir. İnfaz mevzuatımızda da terbiye düşüncesinin tesirleri açıktır. Ceza Kanunumuzun 13. maddesine göre ağır hapis cezası «3 devrede çektirilir. Bu devrelerden ikinci devreden üçüncü devreye geçişin sartı «iyi hal» göstermektir, yani Ceza Kanunumuz daha elverişli bir infaz rejimine geçmeyi suçlunun iyi hal göstermesine bağlı tutmak suretiyle onu uslanmaya teşvik etmek istemiştir. Cezaevlerimizin kuruluş ve işleyişini düzenleyen 16/8/1941 tarihli «Ceza ve tevkif evleri nizamnamesi» bilhassa «Mahkûmların manevî kalkınması» başlıklı 6. Babında, suçluların uslanmaları ve iyi vatandaşlar olarak topluma geri dönmeleri için bir çok tedbirler alımıştır.

Fakat, hukuk edebiyatımızda ve mevzuatımızda geniş bir yer almış olan infazda terbiye düşüncesinin umumî efkârımızca iyi bilindiği ve benimsendiği maalesef iddia edilemez.

2. Terbiye düşüncesinin memleketimizde gerçekleşme imkânları ise çok mahduttur. Evvelâ cezaevlerimizin pek çoğu kötü hem de çok kötü durumdadır. Bu cezaevlerimiz suçluyu uslandırmaya değil, büsbütün azdırmağa elverişlidir. Bilgili ve tecrübeli cezaevi memurlarımız yok denecek kadar azdır. Cezaevi müdürleri çoğu kere mahkeme başkâtipliklerinden tâyin edilirler. Gardiyan olmak hiç bir tahsil ve ehliyet şartına bağlı değildir.

Cezaevlerimizin acıklı durumunu şüphesiz bizden daha iyi bilen prof. Kunter şöyle anlatıyor: «Bu günkü cezaevlerimizin durumunu büyük bir aydın kütlemizin bilmediğine eminiz. Bina derseniz, çoğu elverişsizdir. Cezaevi olarak yapılmamışlardır. handan, hamamdan, kiliseden ve câmiden bozma olanları bir haylidir .Cezaevi olarak yapılanların da bir kısmı ya çok eskidir yahut yeni olmasına rağmen müteahhidin, şunun bu-

(19) Tahir TANER, Ceza Hukuku (Umumî kısım), 3. Bası İstanbul 1953, s. 571 .

956

nun kabahati yüzünden gene elverişsizdir ve gayri sıhhîdir. İnşasından 3-4 ay sonra gezdiğimiz bir cezaevinde zeminden sızan suların istilâsı yüzünden mahkûmların yüksek ökçeli takunyalarla dolaşmağa mecbur kaldıklarını görmüştük. Personele gelince, gayet cüzi maaş veya ücret alan gardiyanlar değil mahkûmlar üzerinde islah edici bir rol oynamak, gardiyanlık yani muhafaza vazifelerini bile çok defa hakkı ile başaramıyacak durumdadır. Mahkûmların hemen hepsi bir aradadır. Büyük küçük, mahkûm ve mevkuf. Gerci kanun büyüklerin küçüklerden, mahkumların mevkuflardan ayrı tutulmasını emreder ama tatbikatta maalesef bunlar ekseriya bir aradadır .....

Cezaevi adeta bir suçluluk mektebidir. Tesadüfî suçlular, tehlikeliliği en az kimseler bile buralara girince en usta suçlu olarak çıkmaktadır. Zira, suçlular hep bir arada koğuş hayatı yaşamakta, islahları için hemen hiç bir şey yapılmamaktadır» (20).

Cezaevlerimizin çoğunun durumu burada tasvir edildiği şekildedir. Bu itibarla memleketimizde suçluları hürriyeti bağlayıcı ceza yolu ile terbiye ve islah etmek imkânları çok mahduttur. Merkez cezaevlerimizin bir kaçı müstesna hiç birinde asgarî ölçüde bile islâh düşüncesinin tatbikini mümkün kılacak tertibat ve tesisat yoktur. İş esası üzerine kurulu cezaevlerimiz ise daha iyi ve daha elverişlidir. İş esası üzerine kurulu cezaevlerimizin başında kıdemi ve şöhreti itibariyle İmralı cezaevi gelir. Edirne ve Dalamanda da açık havada çalışma esasına dayanan cezaevleri vardır. Ankarada, Sıvasta, İspartada ve Değirmisazda bulunan iş esası üzerine kurulu cezaevleri suçluları çalıştırmak ve bu suretle hayata hazırlamakla topluma hayırlı hizmetler ifa etmektedirler. Fakat memleketimizin ihtiyacındaki genişlik gözönüne alınırsa bu bir kaç cezaevi ile Türkiyede modern infaz sistemini yerleştirmenin ve gerçekleştirmenin imkânsızlığı derhal anlaşılır.

(20) Nurullah KUNTER, Cezaevlerimiz, Cumhuriyet (gazete), 7 Aralık 1954

957

CER (RÖMORKAJ) MUKAVELESİ

Yazan : Dr. Erdoğan GÖĞER

1. Römorkaj, bir geminin diğer bir gemiyi çekmek için kuvvet tahsis etmesidir (1). İşbu müteharrik kuvvet römorkör tarafından tahsis edilir

Buhar veya motorlu römorkör, müteharrik kuvveti sağlamasına rağmen çekilen gemi üzerinde mutlak bir hâkimiyete sahip değildir. Römorkör, ancak çekmenin mevzuat ve denizcilik âdetlerine uygun olarak tahakkuk etmesini sağlamak amacını güden hususlarda çektiği gemi üzerinde kontrol yetkisine sahiptir (2). Bu kontrol yetkisi, çemenin selâmeti bakımından römorkörün mutlak asgari hakkıdır.

Kontrol yetkisi yolculuğun selâmetiyle ilgili olduğundan geniş mütalaa edilmelidir. Römorkörün yetkisini kulanmaması mesuliyetini mucip tir. Kontrol yetkisine, çekmenin selâmetle yürütülmesi için talimat verme ve diğer çekme ile ilgili her türlü hususun girdiği içtihatlardan anlaşılmaktadır. Rheinschiffahrtsobergericht, Strassburg 22/2/1956 tarihli bir kararında, çekilen gemiye ait ve çekme halatı olarak, koptuktan sonra geçici surette tamir edilmek suretiyle, kullanılan dümen zincirini kont rol edip onun denizcilik usullerine uygun bir durumda olduğunu anlamadan römorkör kaptanının çekmeye başlamasında işbu kaptanı kusurlu bulmuştur (3). Römorkör kaptanı bu kusurlu durumun giderilmesini sağlamadan yola koyulur ve zincirin yolda tekrar kopması neticesinde vukuu bulan çatmada çekilen geminin yükü hasara uğrar. Mahkeme römorkörü, çekmenin selâmetle ifası için kendisine düşen kontrol vazifesini yerine getirmediğinden dolayı mesul tutmuştur (4).

II. Denizde kazanç elde etmenin yolları genel olarak eşya veya yolcu taşımadır. Nakliyeyi gerektiren sebebin hiç ehemmiyeti yoktur. Nakli taahhüt edilen eşyanın tesellüm, muhafaza ve teslimi, eşyanın sevki ile birlikte bir bütün teşkil eder (5). Müteahhidin taşınacak eşyayı naklet-

(1) Robinson, Handbook of Admiralty Law in the United States, St. Paul. Minn. 1939, s. 664

(2) Bk. Robinson, age, s. 665

(3) 56 Z. BSch. 419 (Zeitschrift für Binnenschiffahrt)

(4) 56 Z. BSch. 419; ayni yerde bu kararın Dr. Wassermeyer tarafından tenkidi.

(5) Wütendörfer, Neuzeitliches SHR, Tübingen 1950, s. 225

mek üzere mahafaza altına alması halinde ticaret kanununun denizde eşya taşıma mukavelesi hükümleri caridir. Yolcu naklinde TK 1119 ve de, tanzim edilen yolcu taşıma mukavelesinden bahsedilir.

Nakliye bir akittir. Denizde nakliye mukavelesi diğer nakliye sözleşmeleri gibi hukuki mahiyeti itibariyle istisna aktidir (6). Nakliye müteahhidin hizmet edası sayesinde gerçekleşmektedir. Gerçekleştirilmek istenen eser eşya veya yolcunun tesbit edilen varış mahalline götürülmesidir. Ambar, kamara tahsisi gibi talî edimler nakliye mukavelesinin hakiki gayesi değildir.

Navlun mukavelesinin ana gayesi olan nakliyenin gerçekleşmesini sağlıyan müteharrik unsurun bir römorkör tarafından temin edildiği hallerde mevcuttur. Kâfi derecede hareket kabiliyeti veya müteharrik kuvveti bulunmayan gemiler römorkörden istifade ederler. Çekilen gemi ile römorkör arasında genel olarak akdi bir münasebet mevcuttur.

Böyle bir akdi münasebetin mevcut olmamasına rağmen çekmenin vukuu bulduğu haller vardır. Akdi münasebete dayanmayan çekme genel olarak yardım ve kurtarma hallerinde bulunur.

Römorkör ile çekilen gemi arasındaki akdi münasebetin daima cer mukavelesi olması gerekmez. Çeken gemi ile çekilen gemi arasındaki akdi münasebetin bir navlun mukavelesinden ibaret olduğu hallerde mevcuttur. Römorkörle çekilen gemi arasındaki mukavelenin cer mukavelesi olmayıp navlun mukavelesi olması, römorkörün (Schlepper, remorqueur, Tug) çektiği gemi ve yük üzerinde muhafaza yetkisine haiz bulunması ile mümkündür (7). Çekilen geminin yükü üzerindeki muhafaza mükellefiyeti römorköre ait olduğu hallerde navlun mukavelesinden bahsedilir (8).

Bu konuyla ilgili içtihatlar mevcuttur. «The Nettie Quill» (District Court of Alabama) Case inde istimbot sahibi «Common Carrier» olarak temin edeceği «barge» la bir lokomotifi taşımayı taahhüt eder (9). konşimento, lokomotifin Nettie Quill istimbotu ile «barge» a «on board» yüklendiğini tasrih etmektedir. Mahkeme, lokomotifi hamil «barge» ın istimbot tarafından çekilmesine rağmen akdi münasebetin bir navlun

(6) Abraham, Das Seerecht, 1956 Berlin, s. 77

(7) Bk. Wüstendörfer, Neuzeitliches SHR, s. 225; Robinson, age. 673—

(8) Robinson, ağe, s. 674, «.....,the tug may have the Tow's cargo in bailment.»

(9) 124 F. 667

mukavelesi olduğunu kabul etmiştir. Böyle bir halde cer mukavelesi asla bahis mevzuu olmayıp navlun mukavelesi mevcuttur. Navlun mukavelesinde Shipowner gemisini veya gemisinin bir kısmını yük veya diğer malları taşımak üzere kiraya verir. Hadisemizde de durum aynı şekilde olduğuna göre mesuliyetin tesbiti bakımından Harter Act hükümleri tatbik edilmelidir (10).

Bir Common Carrier'in teslim alıp muhafaza mükellefiyetini kabullendiği malları mavnalara yükleyip çekmesi mutat cer sözleşmelerinden değildir. Bu halde normal bir navlun mukavelesi mevzuu bahis olduğuna göre TK. 1016 ve de. hükümleri tatbik edilmelidir.

Diğer bir içtihat «Sacramento Navigation Co. v. Salz» ihtilafı dolayısiyle verilen karardır (11). Tanzim edilen konşimento arpa olan yükün «The Sacramento Navigation Company» nin «Tennesee» isimli barge ına on board yüklendiğini göstermektedir. Klozlar kısmında nakliyeciye yükü kısmen veya tamamen diğer istimbot veya mavnalara aktarma ve bir römorkörle ayni zamanda iki veya daha fazla mavna çekme yetkisi tanınmıştır. Çeken geminin kusuru sebebiyle mavna başka bir gemiyle çarpışır ve arpalar hasara uğrar. Yükletenin açtığı dâvaya karşı nakliye şirketi Harter Act ın taşıyana geminin sevkinden doğan zararlardan dolayı tanıdığı ademi mesuliyet hükmünü ileri sürmüştür. (Bk. TK. 1062 f 2). mahkeme mukavelenin navlun mukavelesi olduğunu kabul ile dâvayı reddetmiştir (12).

Alman içtihatları da ayni fikri benimsemişlerdir (13). Çekilecek geminin römorkör işletmesine nakliye maksadiyle teslim edilmesi halinde yük tamamen römorkörün idare, mesuliyet ve muhafazası altındadır. Bu halde de navlun mukavelesi mevcuttur.

III. Geniş manada tefsir edilen TK. 816 ncı maddesindeki denizde kazanç elde etme anlamına römorkaj gibi endirek kazanç usulleri de dahildir. Denizde kazanç elde etme usullerinden birisi olan cer mukavelesi istisna akdi olabildiği gibi hizmet akdi de olabilmektedir. Cer mukavelesinin hukukî mahiyetini tesbit edebilmek için römorkör'ün yapacağı işin mahiyetini bilmek gerekir.

---

(10) 124 F. 667

(11) (1927) 25 Mich. L. Rev. 898

(12) Mahkeme «Here. while there was towage service, the contract actually made with respondent was not to tow a vessel but to transport goods and plainly that contract was a contract of affreightment.» demektedir. Robinson. ağe, s. 675'e atfen. Görüldüğü gibi mukavelenin mahiyetine karar verebilmek mühim olan husustur.

(13) 56 Betr. 547; 56 NJw 1065; 56 VersR 368

960

Çekme, çekilen gemilerin muayyen bir mahalden diğer bir mahalle nakli götürülmesi olabileceği gibi, açık deniz gemilerinin makinelerinin çalışmasına rağmen limana kolayca girip çıkmalarına ve rıhtıma yanaşmalarını sağlamak amacını da güdebilir. Açık deniz gemilerinin makinalarının çalışmasına rağmen limana giriş çıkışı, rıhtıma yanaştırılması ve dar sularda çekilmesi çekme fiilinin hususî bir halini (Bugsieren, Tug ging, halage) meydana getirmektedir (14).

Hukukî mahiyeti itibariyle hizmet akdi olan yedek çekme (15) de çekme gibi kanunla tanzim edilmemiştir. Mutat yedek çekme mukavelelerindeki şartlardan anlaşıldığına göre çekilen gemi römorkörün kusurundan mesuldur (16).

Genel olarak açık deniz gemilerinin çekilmesinde römorkörün talimat ve emir verme selâhiyeti yoktur. Çekilen açık deniz gemisi yedek çekme katarını sevk ve idare eder (17). Şuhalde, işçi durumunda olan römorkör ile iş sahibi açık deniz gemisi arasında akdi olduğu kadar şahsi bir tebaiyyet münasebeti de mevcuttur. Hizmet akdi bulunmasa dahi bu tebaiyet alâkası iş sahibi açık deniz gemisinin mesuliyeti için kâfidir (18). İşbu tebaiyyet alâkası mevcut olmadığı hallerde iş sahibinin BK. 55 den doğan mesuliyetinden bahsedilemez. Netekim istisna akdi olan çekme mukavelesinde çekilen gemiler römorkörün yaptığı zararlardan mesul değillerdir. Demek ki, iş sahibi çekilen açık deniz gemisi römorkörün hizmeti ifa ederken vereceği zararlardan mesuldür. İşçi römorkör taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. (BK. 321)

İş sahibi açık deniz gemisi, bir hasarın doğması için hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu veya dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olunamayacağını ispat ederse bu mesuliyetten kurtulmaktadır. (BK 55). Fransız içtihatları yedek çekilen geminin mesuliyetten kurtulduğu halleri, denizciliğin ihtiyaçlarını nazarı itibare alarak tesbit etmişlerdir. Fransız hukukundaki bu gelişme fiili ihtiyaçlara daha uygundur. Yedek çekilen açık deniz gemisi, Fransız içtihatlarına göre ancak,

(14) Bk. Wüstendörfer, Neuzeitliches, SHR, s. 41; Abraham, age, s. 78

(15) Bk. Abraham, ağe, s. 78; Mukayese ed. 56 VersR 368

(16) 55 Hansa 1311; 58 Hansa 1537

(17) 58 Hansa 1537

(18) Arsebuk, Borçlar Hukuku, Ankara 1950, s. 578—579

961

1) Römorkörün ağır kusuru, (19).

2) Römorkörün techizat ve tesisatının kifayetsizliği veya kusurlu olması sebebiyle denize elverişsizliği, (20).

3) Önceden keşfi kabil olmıyan fevkalâde hallerin doğması (21) karşısında mesuliyetten kurtulmaktadır.

Çekilen geminin bu mesuliyeti çekmenin başlamasından bitimine kadar devam eder. Çekmenin fiilen ne vakit başlıyacağı sualine Cour de Cassation 4. 4. 39 tarihli kararında cevap vermiştir (22). Çekme manevrasına tevessül edilmesiyle çekilen geminin mesuliyeti başlar. Çekme halatının alınması çekme manevrasına dahildir. Yedek çekme mukavelesinde tesbit edilen hizmet ifa edilerek çekme halatının atılmasıyla da çekmenin nihayete erdiği kabul edilmelidir. Cour de Cassation un mezkûr kararı karşısında başka türlü düşünülemez.

Yedek çekmede römorkör çektiği geminin hizmetindedir. Müteharrik kuvveti kısmen de olsa römorkörün temin etmesine mukabil sevk ve idare kuvveti çekilen gemidedir (23). Bu ifade tarzı «Thetug is the servant of the tow» atasözüne uygundur. Yedek çekme halinde römorkör çekilen geminin hakikaten hizmetindedir. Aralarındaki akdi münasebette hizmet aktidir.

IV. Cer mukavelesi esas itibariyle, müteharrik kuvveti veya hareket kabiliyeti bulunmayıp kendi adamlarının muhafazasında olan gemilerin müteahhit römorkör tarafından muayyen bir mahalden diğer bir mahale çekilmeleridir. Böyle bir cer mukavelesinin hukuki mahiyeti hizmet akdi değildir. Römorkörün bedel mukabilinde kendi adamlarının muhafazasında bulunan bir gemiyi muayyen bir mahalden diğer bir mahal veya limana çekerek nakletmesi bir istisna -eser- akdidir. Römorkör müstakil bir müteahhittir (24).

Cer mukavelesinin istisna akdi olduğu hallerde römorkör, kendi adamlarının muhafazası altında bulunan çekilen gemiyi belli bir mahal-

(19) Tribunal de Commerce d'Alger, 56 RDM 291 (Revue du Droit Maritime Français comparê- Paris); Mukayese ed. 58 Hansa 1537

(20) Tribunal de Commerce de Rouen, DMF 561 (Droit Maritime Français)

(21) Tribunal de Commerce d'Alger .56 RDM 289

(22) 39 Revue Dor. 167 ve 58 Hansa 1565

(23) Robinson, age, s. 664; Wüstendörfer, Neuzeitliches SHR. s, 174

(24) Robinson, age, s. 664 «We have in general seen the tug as an independent contractor.»; Abraham, age, s. 78; Wüstendörfer, Neuzeitliches SHR, s, 174

962

den diğer bir mahalle götürmeği taahhüt eder (25). Römorkör cer mukavelesiyle çekilen gemi üzerinde hâkimiyet elde etmez. Çekme akdine dayanarak römorkör, kendi adamlarının muhafazasında bulunduğu halde çekilen gemiye çekmenin selâmetiyle ilgili talimatlar vermekten ileri gidemez. Ayrıca çekilen geminin müdebbir ve dikkatli bir denizci gibi bahrî usullere riayet etmesini beklemek römorkörün hakkıdır (26).

Yük ve çekilen gemi kendi adamlarının muhafazasında bulunduğuna göre taşıyanın yüke karşı olan mesuliyet prensipleri römorköre tatbik edilmez. Stevens v. The White City dâvası bu hususta iyi bir misaldir (27). Çekilen gemi iyi bir vaziyette çekilmeğe başlandığı halde hasara uğramış durumda varış limanına gelmiştir. İlk mahkeme hasarın vukuunda kusursuzluğunu ispat edemeyen römorkörü mesul tutmuştur. Römorkörün hasarı izah edememesi onun kusurlu olduğunun karinesidir. Bu anlayış tamamen navlun mukavelelerindeki taşıyanın mesuliyeti prensiplerine uygundur. TK 1061 deki «teslim alındıkları andan teslim edildikleri âna kadar geçen müddet içinde malların ziyaı veya hasarı yüzünden doğacak zararlardan taşıyan mesuldür; meğer ki, zıya veya hasar, tetbirli bir taşıyanın dikkat ve ihtimamı ile dahi önüne geçilemiyecek sebeplerden ileri gelmiş olsun» hükmü ilk mahkeme tarafından kıyasen cer mukavelesine de tatbik edilmek istenmiştir. Deniz ticaret hukukunun anladığı mânada teslim vukuu bulmamış olmasına rağmen mahkemenin bu yola sapması hatalıdır.

İlk mahkemenin bu görüşü Supreme Court tarafından kabul edilmiyerek cer mukavelesinin hususiyetlerine uygun bir karar alınmıştır (28). Çekilen geminin çekme başladığı anda iyi vaziyette olmasına rağmen varış mahalline hasarlı gelmesi hiçbir zaman römorkörün kusuruna karine teşkil etmez. Aksini düşünmek cer mukavelesinin mahiyeti ile bağdaşamaz. Cer mukavelesinin yerine getirilmesinde römorkör, tedbirli bir denizcinin ayni işin ifası için sarfedeceği makul ihtimam ve bahri mahareti göstermiş olmalıdır. Römorkörün bu ihtimam ve mahareti göstermediğini ispat çekilen gemiye düşer. (29). Çekilen gemi, römorkörün gerekli dikkat ve bahri mahareti göstermediğini ispat ile cer mukavelesinden

(25) 112 RGZ 41; 27 JW 2411; 56 VersR 368 (Versicherungs-Recht)
(26) Ayni istikamette Robinson, age, s, 665; mukayese ed. 9 VRS 193 (Verkehrsrechtssammlung)
(27) 35 F. 2d. 1006
(28) 52 U. S. 351 (Supreme Court)
(29) Bk. Robinson, age, s. 667

963

doğan mükellefiyetini kusurlu yerine getirdiğini ispat edebilir. Römorkör, ancak çekilen geminin bu hususu ispatından sonra mesul olur. Römorkörün mesuliyeti daima kusurundandır (30).

Alman içtihatlarının da aynı istikamette oldukları anlaşılmaktadır (31). Römorkör mâlikinin çekme katarının sevki idaresini bizzat deruhte ettiği bir sırada hasar vukuu bulur. Çekilen geminin iddiası, römorkör malikinin bizzat sevki idaresi sırasında hasarın vukuu bulmuş olmasının mâlikin notik kusuru olduğuna kati olmayan karine teşkil ettiği yolundadır (32). Mahkeme çekme katarının hasara uğramış olmasının hiç bir suretle tek başına römorkör aleyhine karine teşkil etmiyeceğini, aksini düşünmenin hukuk mantığına aykırı düşeceğini kabul etmiştir. Sağlam çekilmeğe başlanan bir geminin çekilme sırasında hasara uğramasının römorkör aleyhine bir karine teşkil edebilmesi için çekilen geminin kaptanına fiilen herhangi bir kusurun atfına imkân bulunmaması lazımdır. Bu hal mesalâ çekilen geminin dümenle idare edilememesinde mevcut olabilir.

Amerikan içtihatlarına göre hasar vukuu bulduğu anda römorkörün normal rotadan sapmış olması onun kusurlu olduğunu gösteren bir delildir (33). Römorkör sapmayı haklı gösterecek kâfi delil getiremezse mesul olur. Normal yoldan sapma sırasında hasarın vukuu bulması römorkörün kusurlu olduğuna dair kati olmıyan karine teşkil eder.

Tatbikatn getirebileceği geniş fiilî hadiselerde römorkör veya çekilen gemilerin arasında mesuliyet durumunu tesbit edebilmek ancak makul veya mutat dikkat ve ihtimamın taraflarca ne dereceye kadar gösterildiğini bilmekle mümkündür. Yani cer mukavelesinde mesuliyeti tâyin eden kıstas makul veya mutat dikkatle denizcilik kaide ve âdetlerine uyulup uyulmadığıdır. Denizcilik usullerinde uyulmayarak kusurlu hareket edildiğini iddia eden taraf bunu ispat ile mükelleftir.

V. Çekme katarına dahil olan römorkör ve gemilerin üçüncü şahıslara karşı mesuliyetleri katar üyelerinin, römorkör dahil, şahsî kusurları nispetindedir. Sırf römorkörün kusuru neticesinde üçüncü şahısla

(30) Robinson, age, s. 667, «.... it has long been settled that suit by the owner of a towagainst her tug to recover for an injury to the tow caused by negligence on the part of the tug is a suitexdelicto and not ex contractu».

(31) Bk. 9 VRS 193 (Verkehrsrechtssammlung); 56 VersR 504

(32) Bunun neticesi olarak römorkör maliki Binnenschiffahrtsgesetz §4, II. 2 ye dayanarak mesul olmaktadır. 9 VRS 193

(33) Bk. Bu konuda Robinson, age, s. 668, 669 ve orada zikredilenler.

vukuu bulan çarpışmada çekilen geminin hasara uğraması halinde çekilen gemi zararının üçüncü şahıs tarafından karşılanmasını talep edemez. Üçüncü gemiyle çarpışan çekilen gemi kusurlu olmadıkça mesul olamaz (34).

Bundesgerichtshof'un bir kararına göre, müşterek istifadeye tahsis edilen umumî su yollarından istifade neticesinde doğacak hak ve mükellefiyetler akdi bir borç münasebetine vücut vermezler (35). Şuhalde, üçüncü şahıslar, römorkörlerinin kusurlarından dolayı çekilen gemileri Alman medeni kanunu (BGB) § 278'e dayanarak mesul tutamazlar.Alman medeni kanunu § 278 metninden (36) serahatle görüldüğü gibi yardımcı şahıs kullananın bu madde hükmüne göre mesuliyeti için zarar gören ile aralarında bir akdi borç münasebetinin mevcudiyeti şarttır (37). Böyle akdi bir münasebet mevcut olmadığına göre römorkörün kusuru neticesinde zarara uğrayan üçüncü şahıslar çekilen gemiyi BGB § 278'e dayanarak mesul tutamazlar. (Mukayese ed. BK 100)

Yardımcı şahısların kusurlarından onları kullanan kimselere mesuliyet akdi borç münasebetleri haricinde de teveccüh edebilir (38). Akdi borç münasebeti haricinde yardımcı şahısların kusurlarından onları kullananların mesuliyeti BGB § 831 ve BK 55'de tanzim edilmiştir. Alman medeni kanunu § 831'e göre yardımcı şahıslar sadece istihdam edenin talimat ve emirlerini dinleyen ve onu ifa ile mükellef olan kimselerdir. İstisna akdi hudutları dahilindeki müstakil bir müteahhit BGB § 831 ve BK 55'in anladığı manada yardımcı şahıs değildir(39). Cer mukaveleside istisna akdi olduğuna göre römorkör tamamen müstakil bir müteahhittir. BK 55 veya BGB § 831'e dayanarak römorkörün kusurundan dolayı çekilen gemiler mesul olamazlar (40). Çekilen gemiler gerçi iş sahibi olarak gidilecek mahalli ve o mahalle varış zamanını tespit etmekte iselerde yolculuk sırasında sevki idareye yetkili römorköre notik talimat vermeğe selâhiyetli değillerdir (41). Şu halde, römorkörün kusuru neticesinde

(34) Robinson, age, s. 679 ve de.
(35) 56 VersR
(36) «Borçlu kanuni mümessilinin ve taahhüdünü yerine getirmek için kullandığı kimselerin kusurundan kendisi kusurlu imiş gibi ve o nispette mesul tutulur. § 276 fıkra 2 tatbik edilmez.» Mukayese ed. BK 100
(37) Bk. Reisoğlu, K. , İstihdam edenlerin mesuliyeti, Ankara-1958. s. 23 ve orada zikredilenler.
(38) 56 VesR 504
(39) Bundesgerichtshof'un bu görüşü için 56 VersR 504
(40) 56 VersR 504
(41) Fazla bilgi için bk. 56 VersR 504

965

üçüncü şahıslara ika edilen zararlardan çekilen gemi mesul değildir. Çekilen gemi ancak kendi kusuru nispetinde mesuliyet yüklenir.

VI. Cer mukavelelerine römorkörler tarafından konulan ademi mesuliyet klozlarının ne derece hüküm ifade ettikleri de dâva konusu olmuştur. Çekme katarının en sonunda bulunan gemi yolculuğun yapıldığı suyun en dar yerinde diğer bir gemiyle çarpışır. Römorkör cer mukavelesindeki«at therisk of master and owner» şartına dayanarak ademi mesuliyet defiinde bulunur (42). Mahkeme römorkörün bu defini kabul etmiyerek, ademi mesuliyet klozunu gayet dar mütalâa etmiştir (43). Ademi mesuliyet şartına rağmen römorkör kendi adamlarının kusuru sebebiyle çekilen geminin batması halinde mesuliyetten kurtulamaz.

VII. Tatbikata yardımcı olabilmek gayesiyle geçen senelerde konu ile ilgili bazı içtihatlara aşağıda kısaca temas edilecektir.

1. Taşıyanın denize elverişli bir gemi tahsis etmesi ona düşen ana mükellefiyetlerdendir. Kusurlu denize elverişsizlik halinde taşıyanı koruyan ademi mesuliyet klozları genel hüsnüniyet kaideleriyle bağdaşımı yacağı gibi hukuken de hükümsüzdür. Navlun mukaveleleri sahasında cari olan bu temel prensip aynen cer mukavelesi klozları hakkında da hüküm ifade eder (44).

2. Çekilen gemi denizcilik usullerine uygun olarak dümen tutmakla beraber römorkörün talimatlarına da riayetle mükelleftir. Çekilen gemi römorkör talimat vermeden kendiliğinden çekme münasebetini çözerek demir atamaz (45). Çekilen gemi ancak tehlike halinde römorkörün talimatını beklemeden gerekli tedbiri alabilir (46).

Çekilen gemi, römorkörün kanun ve nizamlara aykırı talimatlarını dinlemekle mükellef değildir (47).

Verilecek talimatların taraflarca kusursuz anlaşılmış olması lâzımdır. Kusursuz anlamayı sağlamak için şartların gerektirdiği tetbirler alınmalıdır (48).

3. Çekme münasebetinin tesis edilmesi için yapılması gereken manevralar römorköre düşer (49). Çekilecek gemi römorkörün takip ettiği

(42) Bk «The Syracuse» Case'i için Robinson, age, s, 670
(43) Robinson, age. s. 670-671 de fazla bilgi mevcuttur.
(44) 56 Betr. 547 (Der Betrieb)
(45) 56 VersR 104
(46) Bk. bu konuda 56 VersR 104
(47) 58 VersR 560
(48) Mukavese ed. 56 Hansa 631
(49) 56 VersR 693

966

hareket tarzına uymakla vazifelidir. Çekme münasebetinin tesisinde yani çekme halatının alınmasında römorkörle çekilecek gemi çarpışırlarsa çekilecek gemi sadece römorkörün hareket tarzına uymadan dolayı kendine düşecek kusurdan mesuldür. Çarpışmadan sonra çekilen gemi römorkörün kurtulmasını güçleştirecek veya imkânsızlaştıracak herhangi bir harekette bulunmamalıdır.

4. Çekilen gemi ile römorkör arasındaki mesafenin 60 feet olması açık deniz veya geniş sularda çekme için elverişli sayılabilirse de St. Andrew's Dock gibi su yollarında çekmeye elverişli sayılamaz (50). Böyle sularda römorkörün gemiyi kontrol altında bulundurabilmesi için çekme mesafesi ve halatın çok daha kısa olması lâzımdır.

5. Römorkörlerin bordalarında gemi çekmeleri yasaktır (51). Bordada gemi çekme römorkörün manevra kabiliyetini çok azaltacağı gibi denizcilik usullerine de aykırıdır. Bordada gemi çekmek kusurlu kabul edildiğinden mesuliyeti muciptir (52).

6. Römorkör çektiği gemiyi tehlikeye maruz kalmıyacak şekilde emin bir yere götürmekle mükelleftir. Dock tan safrasız boş gelip müşkil durumlarda römorkörün yardımına muhtaç olan gemi, fırtına kuvvetinde olması beklenebilecek rüzgâra rağmen emin bir bağlama mahalline vasıl olmadan yalnız bırakılmamalıdır (53).

(50) Admiralty Division London, 9. 5. 56 tarihli kararı için 19. 5. 56 günlü JoC'ye bakınız (The journal of Commerce, Liverpool-London)

(51) 58 VersR 560

(52) Yanyana iki cyea daha fazla geminin çekilmesiyle ilgili olarak İstanbul Liman Nizamnamesinin 18 inci maddesiyle Rheinschiffahrtsobergericht'ın, Karlsruhe'nin 16. 11. 56 tarihli kararını mukayese ed. Bk. 57 VersR 150

(53) 58 Hansa 1902

967

ACENTENİN KOMİSYON İSTEME HAKKI

(Türk Ticaret Kanununa, Alman Ticaret Kanununa ve İsviçre Borçlar Kanununa göre)

Yazan : Dr. Naci KINACI

Acentelik sözleşmesi iki tarafa vecibe yükleyen, iki taraflı akitlerdendir (1). Başka bir deyimle, acente, bununla müvekkil, işleten tacir adına aracılıkta bulunmayı veya akidler akdetmeyi ve onun menfaatlerini korumayı tekeffül eder. Buna karşı müvekkil ise acenteye komisyon ödemek zorundadır. Bundan böyle acentelik sözleşmesile ilişkin kurallarda komisyon hakkında geniş hükümlere yer verilmiştir. (TK. 128 131, 134/11(2). Bizde burada acentenin alacağı komisyonla ilgili meseleler üzerine eğileceğiz (3).

1 — Komisyon dolayısiyle doğması mümkün olan meseleler

a) Acentenin komisyon isteme hakkı — TK. 129. maddeden de anlaşılacağı gibi, talikî şarta bağlı olarak - muamelenin yerine getirilmesile doğar. Ama bu, yapılan muamelenin acentenin faaliyetleri sonucu meydana gelmesi şartının gerçekleşmesine bağlıdır. (4). Genel olarak acentenin faaliyetlerile birlikte başka tesir ve sebeblerin de müvekkili akdi yapmağa zorlamış olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan, acentenin gayret ve çabasının akdin yapılmasında ağır basmış olmasıdır. Ayrıca, acentenin ilerde akdedilecek muameleler için faaliyet göstermesi illiyet bağının kabul edilmesine yeter bir sebep teşkil edebilir. Komisyon vermekten kaçınan müvekkilin. illiyet bağının bulunmadığını isbat etmesi gerekir (5). Kanunumuzda olmamakla beraber, daha önceki acentenin muamelelerin yapılmasında etkin rol oynaması, sonradan tâyin edilen

---

(1) iki taraflı akitler hakkında geniş bilgi için bak : Arsebük. Esat; Borçlar Hukuk, Ankara 1950 S. 215

(2) Alman Ticaret kanununda (HGB) 87, 87a, 87b, 87c, 89b ve İsviçre Borçlar kanununda 418g, h, i, k, 1. u. maddeler komisyon hakkında geniş hükümleri havidir.

(3) Acentenin alacağı komisyon mikdarı (TK. 130) ve müvekkilin komisyon ödeme zemanı (TK. 131), konumuzu sınrlandırma yönünden, bu incelemenin dışında bırakılmıştır.

(4) Ticaret Kanunumuzda hernekadar illiyet prensibi üzerinde durulmamış ise de, bunu acentelik sözleşmesinin mahiyetinden çıkarmak mümkündür.

(5) Knapp. Jocahim; Handelsvertretergesetz, Frankfurt/M. 1960 S. 23

acentenin komisyon isteme hakkını ortadan kaldırabilir (6). Aynı şekilde kanunumuzda acentenin, kendisi tarafından edinilen müşterilerle, müvekkilin, sözleşmenin devamı esnasında fakat kendisinin yardımı olmaksızın akdettiği akidlerden dolayı da bir komisyon alıp almıyacağı hakkında bir hüküm görülmemiştir (7). Bize göre bu muameleler, acentenin aracılıkta bulunduğu muameleler nev'inden iseler, acente komisyon almağa hak kazanır. Bu takdirde, yapılan akitlerle acentenin faaliyetleri arasında illiyet bağı «var sayılmalı» dır. Ancak würdinger'in de haklı olarak dediği gibi, müvekkil, akdettiği muamelelerin aynı ticaret dalı içine girmediğini isbatla komisyon vermek mükellefiyetinden kurtulur. (8). Bunun gibi bölge acentesinin (Bezirkvertreter), bölgesi içindeki üçüncü kişilerle, müvekkili arasında doğrudan doğruya yapılan ve inhisar dalı içine giren muamelelerde de yukardaki gibi illiyet bağı aramaz. Ve acente bu muamelelerden dolayı komisyon istemek hakkına sahiptir. (TK. 128) Bölge denince, belirli bir sınırla çevrili coğrafî alan akla gelir. Eğer acente böyle bir alanda faaliyet göstermek üzere bölge acentesi olarak tâyin edilmiş ve fakat bölge dışında da müvekkili için aracılık yapmasında akdî bir sakınca yoksa. bölge dışındaki müşterilerin doğrudan doğruya yaptıkları muameleler sebebiyle acente komisyon isteme hakkna sahip olmaz (9). Geçici olarak acentenin bölgesinde bulunan üçüncü kişilerin doğrudan doğruya müvekkile yaptıkları muamelelerden dolayı da müvekkil komisyon ödemek zorunda değildir.

b) Yukarda da işaret ettiğimiz gibi muamelelerin icrasile acente komisyon hak kazanır (TK. 129). Üçüncü kişi edimini, karşı tarafın (müvekkilin) kendisine isnat olunamıyan ahval dolayısile (BK. 117) edimin ifası imkânsız hale gelmesine rağmen yerine getirmişse, acente yine komisyon isteme hakkını elde eder.

Müvekkil (işleten — tacir), edimini daha önce yerine getirdiği takdirde, tâliki şart aynı şekilde hükmünü icra eder; başka deyimle bu halde de acente komisyon isteyebilir. Fakat üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi, kaideten acenteyi komisyondan mahrum kılar. Başkaca, müvekkil edimini yerine getirmezse, acentenin komisyon isteme hakkı artık talikî şarta değil, infisahî şarta bağlı olarak etkisini gösterir. sade-

(6) Bak : Capelle, Karl-Hermann; Zum neuen Handelsvertreterrecht durislenzeitung 1959 S. 726 Bak : HGB. 87/111

(7) Karşılaştır : HGB. 87/1, OR. 418g/1

(8) würdinger, Hans; Handelsgesetzsbuch (kommentar) Berlin 1953 S. 714

(9) würdinger, Hans; a, g, e. S. 715,

Schröder. Georg; Recht der Handelsvertreter, Berlin und Frankfurt/M 1956 S. 109

969

ce müvekkil edimini yerine getirmiş olsa bile, eğer üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesine kendisi sebebiyet vermişse meselâ müvekkil üçüncü kişinin edimini sebebsiz yere kabul etmemiş (10). veya ayıplı mal tesliminden dolayı üçüncü kişi karşı edimden kaçınmışsa, (11) acente komisyon isteme hakını muhafaza eder (TK. 129/Ic. 2, BK. 98). Bazı şart ve ahvalde karşılıklı edimlerin yerine getirilmemesine rağmen, acente komisyon almışsa, aynı ahval ve şartlar içinde ancak komisyon sonradan müvekkil edimini yerine getirdiği takdirde müvekkile geri verilmez (12). Aksi halde müvekkil, acenteden aldığı komisyon haksız iktisap hükümleri uyarınca geri istiyebilir (BK. 61).

Hiçbir sebeb olmaksızın her iki tarafta edimini yerine getirmekten kaçınsa. bile, acente komisyon isteme hakkını kaybetmez, meğerki (BK, 117.) maddenin koyduğu şartlar buluna (13).

Özet olarak şu sonuca varabiliriz: Acente, yalnız üçüncü kişi edimini yerine getirmez veya üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi müvekkile isnat edilemiyecek bir sebebten doğmuşsa, komisyon isteme hakkına sahip olamaz.

2 — Müşteri Tazminatı (Der Ausgleichsanspruch, Die Entschaedigung für die Kundschaft, Indemnitè de clientèle) 14).

Ticaret Kanunumuzun acentenin menfaatlerini koruma eğilimi en çok 134/II. fıkrasında — dar anlamına rağmen — göze çarpmaktadır.

a) Müşteri tazminatı ne sosyal himaye düşüncesile, (15) ne acenteye yardım etmek, ne tazminat olarak (adı tazminat olmakla beraber,) ne müvekkilin haksız zenginleşmesinden dolayı ve ne de acentelik sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için (16) konmamış olup, burada sözleşme münasebetinden doğan bir hak yani bir karşı edim bahis konusudur (17). Ayrıca müşteri tazminatı, Würdinger'in (18). de dediği gibi

(10) Knapp, J; a. g. e. S. 31
(11) Knapp, J; a. g. e. S. 31, Schröder, G; a. g. e. S.125. würdinger, H; a. g. e. S. 724
(12) Capelle, K-H; a. g. e. S. 728
(13) Karş : Capelle, K-H; a. g. e. S. 728
(14) Bu terimi Karayalçın. Yaşar; Ticaret Hukuku Dersleri Ankara 1957 S, 374'te Kullanmış olup, bizde aynen almayı uygun gördük. Arık, Fikret «çıkış tazminatı» terimini (Bak : İsviçre Borçlar Kanununda yeni bir tadil teklifi, Adalet Dergisi, 1948 sayı 4-5 sayfa 325-343 ve 525-544, Göktürk, Hüseyin Avni ise «müşteri tedarükü tazminatı» terimini tercih etmişlerdir (Bak : Borçlar Hukuku — ikinci kısım — Ankara 1951 S. 547).
(15) Würdinger. H; a. g. e. S. 744
(16) Schröder, G; a. g. e. S. 223
(17) Schröder, G; a. g. e. S. 223
(18) Würdinger, H; a. g. e. S. 743-744

970

«acentelik sözleşmesi sona erdiği zaman müvekkilce, ödenen meblağ olup ticarî işletmede görülen kıymet artışının mukabil ivazını teşkil eder» (19).

b) Müşteri tazminatı ödenmesi için, Ticaret Kanunumuza göre« acentenin veya müvekkilin ölümü, iflâsı veya hacir altına alınması dolayısile acentelik sözleşmesi sona ermelidir;» Bize göre feshi ihbar veya acentelik sözleşmesi belirli bir süre ile sınırlı ise bu sürenin dolmasile« sözleşme sona erdiği» takdirde, acenteye müşteri tazminatının verileceğini kabul etmek gerekir (20).

c) Müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden sonra da yapacağı ve sona erinceye kadar yaptığı her türlü muamelelerden dolayı kazanç şansı fazlalaşmalıdır. Buraya aynı zamanda acente tarafından edinilen müşterilerle doğrudan doğruya müvekkilin yaptığı bütün muameleleri katmak gerekir (21).

ç) TK. 134/II, hangi muamelelerden dolayı acenteye müşteri tazminatı ödeneceğini düzenlememiştir. Bize göre acente, aktedilmiş ve gelecekte aktedilecek muamelelerden dolayı da müşteri tazminatı almalı dır.

aa) Acentelik sözleşmesi sona ermeden aktedilen ve fakat sona erdikten sonra icra edilen muamelelerden dolayı, esasen acentenin komisyon isteme hakkı vardır. Çünkü acentenin emeğinin meyvesini toplaması tabii bir şey olup hakkaniyet icabıdır da; meğer ki sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılmış ola.

bb) Müvekkilin, eğer acentelik sözleşmsi sona ermeseydi' acentenin işletmeye kazandırdığı müşterilerle «gelecekte yapacağı muamelelerden» dolayı acenteye ayrıca komisyon adı altında müşteri tazminatını ödemek zorunda olduğunu kanundan çıkarmak mümkün değildir. Fikrimize göre bu muameleler sebebile acenteye müşteri tazminatı ödenmelidir Çünkü acentenin faaliyeti sonucudur ki. müvekkil yeni yeni müşteriler elde etmiş, işletmenin değerinde artışlar olmuştur (22). Ancak güç olan, acenteye müşteri tazminatı olarak ödenecek ücret miktarının ne olacağını tesbittir. Elbette bu, her muameleden yerine getirilmesinden sonra

(19) Karayalçın, Y; a. g. e. S. 374'de müşteri tazminatını acentelik sözleşmesi sona erdikten sonrada yapılacak muamelelerden dolayı acenteye ödeneceğini kabul etmiştir.

(20) Karayalçın Y; a. g. e. S. 374'de aynı fikri savunmuştur. Ayrıca bak : Schröder, g; a. g. e. S. 210. karş : HGB. 89b ve OR. 418u

(21) Bunun için yukarıda 1 (a) bendine bak.

(22) 17 nolu dip nota bak.

27

ödenecek komisyondan ayrıdır. Ayrıca aynı bölge içindeki veya acentece müvekkil'e kazandırılan müşterilerin sonradan dorudan doğruya müvekkille yaptıkları muameleler sebebiyle acenteye ödenen komisyon karşılığı da değildir. Esasen söylenen bu son halde bölge acentesi alacağı komisyonu acentelik sözleşmesinin sona ermesi dolayısile kaybetmektedir. O halde müşteri tazminatı, müvekkilin işletmesinde meydana gelen kıymet artışının bir karşılığıdır. Bundan böyle fikrimize göre acente, sözleşme devam ederken mutad komisyonla birlikte ek komisyon almışsa, müşteri tazminatını isteme hakkını kaybeder (23). Çünkü sözleşme sona erdikten sonra acenteye verilecek her türlü komisyon, böylelikle, «acentenin faaliyetleri dolayısile işletmede ortaya çıkan kıymet artışının mukabil ivazı» olma karakterini kaybeder.

d) Nihayet acenteye veya onun yerine geçenlere «münasip» bir komüsyon verilir. Ne miktar komüsyonun münasip olduğu hakkaniyet esasları göz önünde tutularak (24). İşlerin temamen görülmesi halinde acenteye verlmesi gereken komisyon miktarına nisbetle tâyin olunur. Özellikle komisyon miktarının tesbitinde, acentenin yaşına. genel iktisadî durumuna, derhal aynı nev'iden bir iş bulup bulmadığına (25)' kaç sene müvekkil için çalıştığına ve bu arada ne miktar komisyon aldığına bakmak gerekir (26). Diğer yönden acentenin «sözleşmenin sona ermesinden» dolayı kaybının veya müvekkilin kazancının ne olduğunu tesbit ederken bütün hal ve şartlar üzerinde durmalı ve hakkaniyet esaslarından ayrılmamalıdır. Meselâ eski müşterilerin acentece ihmali, acentelik sözleşmesinin süresi içinde bölge acentesinin aldığı komisyon veya acentenin müvekkile kazandırdığı müşterilerin doğrudan doğruya müvekkille yaptığı muamelelerden aldığı komisyon, durumun acente aleyhine takdirini gerektirdiği halde, acentenin faaliyetleri sonucu müvekkilin yeni müşteriler kazanması müşteri tazminatının artırılmasına bir sebeb teşkil edebilir (27).

Yukardaki açıklamalarımıza rağmen Ticaret Kanunumuz bize müşteri tazminatını tesbit için objektif kıstas vermediği gibi bunun ne kadar müddetle ödeneceği hakkında da bir hüküm öngörmemiştir (28).

(23) Würdinger'de aynı fikirdedir. Bak : Würdinger, H; a. g. e. S. 747

(24) Karş/ HGB. 89b/INr. 3. OR. 418u/I

(25) Von Brunn; Betrieb 53

(26) Capelle, K-H; a. g. e. S. 729

(27) Capelle, K-H; a. g. e. S. 730

(28 Buna karşı OR. 418u/II ve HGB. 89b/II bu mıktarı son beş yıllık ortalama komisyona göre hesap edilecek en çok bir yıllık safi komisyonla tahdit etmiştir.

Aynı şekilde hangi hallerde acentenin bu hakkı kaybedeceğine dair bir kural konmamıştır (29). Ancak kanunun bu boşluğu, ilim adamlarımızın çalışmaları, tatbikatcılarımızın içtihatlarile tamamlanacak ve kanunumuz bu suretle yeni bir anlam kazanacaktır.

(29) OR. 418u/III fıkrası; acentilik sözleşmesinin, acenteye isnat edilebilecek bir sebebten dolayı sona ermiş bulunuyorsa, onun yukarıdaki tazminatı talep hakkının düşeceğini, öngörmüş, HGB. 89b/III'de benzer bir hüküm koymuştur : Acente müvekkile isnat olunamıyacak bir sebebten dolayı sözleşmeyi feshederse. müşteri taminatını isteme hakkını kaybeder. aynı kural, acentelik sözleşmesinin müvekkilce feshi, acentenin kusurlu hareketine binaen mühim sebeblerden dolayı yapıldığı hal için de caridir.

975

TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇLARI

Yazan : Nezih ELPE

Çocuk düşürme veya çocuk düşürtme cürümünün umumî tarifi :cinsî mukarenet mahsulü olan cismin (foetus humain) kadının vücudundan bilerek ve istenerek tahrik edilmek suretiyle vaktinden evvel ihracıdır.

Eğer bu çocuk düşürme mütahassıs bir hekim tarafından kürtaj yapılmak suretiyle vuku bulursa buna ilim lisanında kürtaj denilir ki halk dilinde çocuk düşürme tâbiri kullanılmaktadır.

Şahıs Nedir : Yaşayan ve yaşama şartlarını haiz olarak doğan her insan bir şahıstır. Esaret müessesesinin ilgasından sonra şahsiyet doğumla başlar ve ölümle nihayet bulur; ana rahminde yaşamış olan cenin ölü doğduğu taktirde bir şahıs değildir. Doğumda göbek kordunu bağlanmazsa çocuk muayen bir zamanda ölür, binaanaleyh şahıs olma vasfı göbek kordonunun bağlanmasından sonra başlaması icap eder. Cenin de sağ ve yaşama kabiliyetini haiz olarak doğduğu taktirde medenî haklardan istifade edebilir.

Bitişik olarak doğan kardeşler yaşadıkları müddetce ayrı ayrı birer şahıstırlar.

Bu mevzuda muhtelif fikir ve nazariyeler : Teolojiyenler : evlenmede en büyük gaye insan neslinin bekâsıdır. Bu sebeble çocuk düşürme gayri ahlâkidir, ana rahmine düşen ceninin (foetus) yaşamaya hakkı vardır, bu hakkı ondan nezetmek katildir.

Kanonik Hukuk : Katolik kilise evlenmenin gayesine zıt olduğundan çocuk düşürülmesine tamamen muhaliftir.

Pesimist filozoflar : Bunların fikrine göre dünyaya çocuk getirmek nihayet muayen bir vade ile onu ölüme mahkûm etmek demektir. Arap Alimlerinden Ebulâla, mezarına çocuğu olmaması sebebiyle (ben babamın işlediği günahı işlemedim) şeklinde bir hitabe yazdırmıştır. Hissî bakımdan mütalaa edildiği taktirde tıbbî bir lüzum veya son derece mühim bir sebeb olmaksızın çocuğunu düşüren bir ana veya buna sebebiyet verenlerin vicdan azabı çekmeleri icab eder, belki bu düşürülen çocuk dünyaya gelmiş olsaydı memleketine. belkide beşeriyete büyük

hizmetler edecekti, bunun aksi de düşünülebilir, meselâ daha henüz ana rahminde iken bir ceninin doğunca akıl hastası olarak doğa bileceği evvelden tıbben kati olarak tesbit edilebilseydi, çocuk düşürme mevzuunda kanunlara ayrı maddeler konabilirdi.

İşte, sıkıtı haklı gösterebilecek sebebler geçimsizlik, hastalık, fakirlik). vs. dünyaya gelecek çocuğa mani olmanın vereceği eleme, ana şevkatine ve diğer hissi unsurlara galip geldiği takdirde bu suç işlenecektir. Her iki his arasında bazen korkunç bir bocalama olacak ve nihayet bir taraf galip gelecektir.

Fransız Büyük İktilâlinden sonra hukukcular bu mevzuu metafizik bütün mütalaalardan sıyırmağa muvaffak oldular, çocuk düşürmek, hatte, olmasını önlemek bile islâmiyet telakkilerine de uygun düşmüyordu. hukukun laikleştirilmesi ile çocuk düşürmenin bazı ahvalde tıb ilmi ile son derece alakâlı olması sebebiyle lüzumu kabul edildi.

Çocuk düşürmenin suç olarak kabul edilmemesini isteyen üç temayül mevcuttur, bu hareketin sebebini ve mesuliyetini failde değil onu doğuran sebepte aramak (ekonomik sebep, Malthus kanunu), gayri ahlâklik, çocuk düşürmenin ilerde kadının hayatını tehlikeye sokması bakımından, kısırlık tevlit etmesi, neslin bekası (Milli müdafaa) üçüncüsü kanunun lüzum gördüğü haller müstesna olmak üzere çocuk düşürmeyi kabul etmez.

Tıbbi Müdahale ile çocuk düşürme (avortement medical)

İsviçre hukukuna göre, gebelik hâli. ananın hayatı ve sıhhati için büyük bir tehlike arz ediyorsa ancak tıbbi bir kürtaj yapıldığı takdirde bu tehlikenin geçeceği muhakkaksa, yapılır (1).

Doktorlar bu teşhisi koyduktan sonra kürtaja razı olmayan ananın hayatî tehlikeye girmeden de doğurduğu vâkidir. Kurtaj için gebe kadının rızası şarttır (yazılı şekilde). kanaatimizce kadının rıza göstermesi şahsi bir haktır, temyiz kudretini haiz bulunduktan sonra reşit olmasa dahi bu rızanın alınması şarttır. İsviçre hukukunda temyiz kudretinin yokluğu halinde (Akıl hastası) kanuni mümessilinin müdahalesini kabul etmektedir.

Diğer bir şart ta müdavi hekimin, müdahalenin luzumluluğuna karar vermesidir. Son bir sart olarak da amelivatın lüzumluluğuna kani olan ikinci bir hekimin mütalâası (konfrer değil, konsultasyon için resmen

(1) Cours Elementaire sur le Code Penal Suisse.

375

tayin edilen hekim) işte bütün bu muameleler tamamlandıktan sonra «teröpatik avortement» yapılır.

Mütehassıs ikinci hekimin mütalâası alınması hususunda İsviçrenin muhtelif kantonlarında, karar vermek için meselâ Cenevrede altı hekim, altı yedek mütahassısı (dahiliye, jinekoloji, obstetrik) V. S.

Kanun aynı zamanda hamile olan kadının, operasyon yapılacak kantonda yerleşmiş olması şartını da koyuyor, demek oluyorki bu ameliyatın yapılması için esaslı şart, kadının rızası, hastalığın ağır, ciddi, devamlı ve önüne başka türlü geçilemez olması, müdavi hekimin müdahalenin lüzumlu olduğuna karar vermiş olması, amaliyatın lüzumlu olduğuna kanî olan ikinci hekimin resmen tayin edilmiş ve kadının operasyon yapılacak kantonda yerleşmiş olması şarttır.

Mecburiyet hali : (avortement urgent) Acil vakalarda bunu yapan doktorun ilerde kanunî takibata maruz kalmaması için selâhiyetli makamlara keyfiyeti derhal bildirmesi icab eder, meslekî sırrı öne sürerek bu formaliteden içtinab edemez, acil vakalarda ameliyatı yapan doktor durumu resmi otoritelere derhal bildirecektir.

Raporu 24 saat zarfında göndermesi icab eder ;bu hususa riayet etmez veya raporu amaliyattan bir kaç gün sonra gönderirse ve kasit mevcut değilse, fiil İsviçre Ceza Kanunun 121 nci maddesi gereğince ihmal suçunu teşkil eder(2).

Bu müdahaleyi hekimin yapması lâzımdır hekim bulunmayan ıssız bir yerde amaliyatı bir ebe yapmışsa İsviçre Ceza Kanunun 34/2 nci maddesinden istifade ettirilir, Ceza verilmez.

Bu durumda korku veya vicdan azabı sebebiyle kati şekilde rıza göstermeyen kadına hekim tarafından mecburiyet hali ileri sürülerek kürtaj yapılabilir mi ? meselesine gelince : Bu mecburiyet halindeki kürtaja kadın rıza göstermemişse, amaliyat neticesinde kadının ölmüyeceğini tıb ilmi riyazî bir katiyetle yüzde yüz temin edemez bu ahvalde hekimin suçluluğu kabul edilirse cezanın hafifletici sebeblerinden istifade ettirilir. İsviçre C. K. nun madde 64 (3).

Tıbbî lüzum üzerine yapılan «avortement» a ceza verilmez. Başka sebeblerle yapılan düşürmelerde, eugenisme, içtimaî sebeblerle hamile olan kadının gebeliği daha ağır bir durumla ihlal edilmişse, hâkim cezayı serbestce takdir edebilir, icab ederse hafifletir, gayri meşru bir çocuğun düşürülmesi, fıkaralık gibi.

(2) Code Penal Suisse.
(3) Cours Elementaire sur le Code Penal Suisse.

976

Cinsî Münasebetten sonra «fekonde» olan yumurtayı yok etmek için yapılan enjeksiyon da (ceninin ilk teşekkülü) gene nazarî olarak düşürme mevcuttur, konsepsiyondan itibaren suç sayılabilir.

Mevzuu itibariyle işlenmesi kabil olmayan suç : Hakikatte gebe olmadığı halde gebe imiş gibi bir takım icraatta bulunan şahsın hareketi dle cezayı müstelzimdir.

İsviçre mevzuatına göre, çocuk düşürme suçunun zaman aşımı iki senedir, asliye mevadındandır, ağır cezalı bir suçla içtima ederse ağır ceza mevadına dahil olur, takibi şikayete bağlı suçlardan değildir.

Meşru çocuk ile gayri meşru çocuğun düşürülmesi mevzuunda verilecek cezada hâkim takdir hakkını kullanır. Elverişli vasıta tedarik eden şeriki cürüm, müşevvik, azmettiren İsviçre Ceza Kanunun 119, 24 ve 25. maddeleri gereğince mesuldür. Başkası bu suçun işlenmesine yardım etse dahi mesuldür. Meselâ amaliyatın iktiza ettiği masrafları kabul etmek vermek, maddî ve manevî cihetten yardım etmek gibi, hâkim delillere göre durumu takdir eder.

Kürtajı meslek ittihaz edenler : Bu hususta İsviçre C. K. na ağır hükümler konmuştur. 3 seneden 20 seneye kadar (rêclusion) ağır hapis.

Meslek edinmek nedir ? (faire metier) nedir ? İsviçre Fedaral Mahkemesi içtihatlarına göre, bu işin muayyen bir ücret mukabili kâr ve gelir temin etmek gayesiyle yapılması halidir.

Bu faaliyetin kısa veya uzun sürmesinin ehemmiyeti yoktur, en esaslı unsur muayyen bir ücret kabulüdür. (remüneration) bir kaç kere bunu ücretsiz yapan meslek ittihaz etmiş sayılmaz.

Doğumu müteakip çocuğun öldürülmesi : (İnfanticide) bir de bu suç vardırki, yeni doğan çocuğun katledilmesi suçu, meselâ göbek kordonunu kasten bağlanmaması, kalbi veya beyini iğne ile delinerek öldürülen çocuklar yapılan bu fiiller de adam öldürme suçundan farksızdır.

Halen tıbbî endikasyonlar haricinde çocuk düşürmeyi suç saymayan Devlet yoktur. Sovyet Rusya 1920 senesinden itibaren geniş mikyasta «avortement» müsade ettiği halde bunu bir müddet sonra değiştirmek ve diğer Devletlere uymak mecburiyetini hissetmiştir.

Göbek kordununu hâmil olan çocuk yeni doğmuş olarak kabul edilir, doğum haleti ruhiyesi ve ihtilaçları içerisinde anne bilerek çoçuğunu öldürürse en çok 3 sene «reclusion» ağır hapis veya en az 6 ay hapis cezasıyle tecziye edilir. Bu durumu hâkim, vicdanî kanaatine göre serbestce takdir eder. Bu haleti ruhiye hali «Etat puerperal» haricinde çocuğunu öldüren ana, adam öldürme suçlarına ait maddelerle cezalandırılır.

277

Yeni doğan bir çocuğun muayenesinde : Çocuk 28 haftadan evvel yaşama şartlarını haiz değildir. Bir ceninin, umumî kaide olarak yaşını tayin için, ölçmekle iktifa edilir. Yeni doğan bir çocuğun muayenesinde şu suallerin hatıra gelmesi icab eder : yaşama kudretini haiz miidi; yaşadı mı ?, ölüm sebebi nedir ? ne zaman vukuu buldu ? çocuk yaşamışsa ne kadar zaman yaşadı ? icabında mikroskop muayenesi yapılır. Çocuk doğduktan sonra suçtan kurtulmak maksadiyle,, çocuk ölü doğdu, yaşamadı. bir müddetten sonra tıbbî müdahelelere rağmen öldü şeklinde raporlarla defin ruhsatı alınarak defnedilebilir. Aradan uzun veya kısa bir müddet geçtikten sonra çocuğun kasten öldürüldüğü iddia edilirse ve bunun böyle olduğuna dair elde delil yoksa, çocuğun gömüldüğü veya atıldığı yer belli olduğu takdirde fethi kabir yapılarak ceset mevcutsa veya kemikleri çıkarılır ve bunun üzerinde tıb ilmî gereğince yeniden tetkikat yapılır, kemiklerin teşekkülüne göre çocuğun yaşı tayin edilir ve gerekli inceleme yapılır, fakat çocuğun evvelce yaşayıp yaşamadığını veya kendi haliyle öldüğüne veya kasten öldürüldüğüne dair netice çıkarmak ekseri ahvalde müşküldür (4).

Türk Ceza kanunun «eşhasa karşı cürümler başlığını taşıyan 9 ncu babın ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler» başlığını taşıyan 4 üncü faslı şu cürümleri ihtiva etmektedir :

1 — Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi T. C. K. 468/1

2 — Bir kadının isteyerek çocuğunu düşürmesi T. C. K. nun 469/1

3 — Rızasiyle bir kadının çocuğunun düşürtülmesi T. C. K. 468/2

4 — Vasıta tedariki suretiyle gebe bir kadının çocuk düşürmeğe tahriki C. K. 469/2

5 — Gebe sanılan bir kandının çocuğunu düşürmek için vasıtalar tedariki veya kadın üzerinde bu maksatla bazı fiillerde bulunulması ve bu kadının ölümü veya bedeni bir zarara uğramasını intaç eylemesi T. C. K. 470

6 Çocuk yapmaya mâni fiil ve hareketlerin teşviki ve çocuk yapmaya mâni propağanda T. C. K. 471/2

7 — Rıza ve muvafakatiyle bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin yok edilmesi veya böyle bir fiil ve hareketin yaptırılması T. C. K. 471/1 (5).

(4) Precis de Medecine Legale. Dr. M. H. Thelin
(5) Türk Ceza Kanunu

Çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ait müşterek unsurlar :

Yukarıda izah edildiği şekilde, bu suç «cinsi mukarenet mahsulü olan cismin «foetus humain» kadının vücüdünden bilerek ve istenerek tahrik edilmek suretiyle vakitsiz ihracı dır. Bu cürümlere ait müşterek unsurlar :

1 — Kadının gebe olması

2 — Cinsî mukarenet mahsulü olan cismin ihraç edilmiş bulunması

2 — Çocuğu düşürmek maksadiyle muayen fiil ve hareketlerin icra edilmiş olması.

4 — Cürmî kast.

YARGITAY İKİNCİ CEZA DAİRESİ İLE ALTINCI CEZA DAİRESİNİN AYNI MESELE ÜZERİNDEKİ İÇTİHAT AYRILIĞINA DAİR

Yazan : Nasuh DOBRUCALI

Meselenin Vaz'ı. 6 ncı Ceza Dairesi Kararı

Şahsa ait bir gayrimenkulün hudutları dahilinde blunan ceviz ağacının kendiliğinden meydana gelen kovuğuna girip yerleşen sahipsizarıların mezkûr kovuğun içinde yaptıkları baldan, tarla sahibinin haberi olmaksızın ahar şahısların birlikte yemek için, daha doğrusu menfaatlenmek gayesi ile bir miktar alıp götürdüklerinden ve binnetice mahkemece sirkat fiilini ika ettiklerinden ötürü meznunlar hakkında dâva ikame edilmiş ve mahkemece fiilin unsurlarının tekevvünü ile fiil sabit görülerek maznunların ikiden fazla olmaları dolayısiyle T. C. K. nun 491. maddesinin son fıkrası gereğince tecziyllerine karar verilmiştir.

Mahkemeden sâdır olan bu hüküm maznunlar tarafından temyiz edilmekle Yargıtay 6. Ceza Dairesince incelenmiş ve (maznunlar tarafından mağdura ait arazide bir ağaç kovuğunda bulunarak alınan balın kendisine ait arılar tarafıdan yapılmış olmadığı mağdurun duruşmadaki sarih ifadesinden anlaşılmış olmasına göre maznunların fiilinde hırsızlık suçunun unsurları ne suretle tekevvün eylediği karar yerinde izah olunmadan yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmiş olmasının yolsuzluğundan bahsedilerek) 24/10/959 tarihinde tasdik isteyen tebliğname hilafına hükmün bozulmasına karar verilmiş (1). hükmün bozulmasından sonra da Yargıtay C. Başsavcılığınca (maznunların çaldıkları iddia olunan balı mağdura ait arazideki ağaç kovuğundan çalmış bulundukları dairece de kabul edildiğine nazaran sahipsiz olan arının uzun zaman mezkûr kovukta kaldığı, burada bal yapmaya imkân bulduğu ve Medenî Kanunun 691. 692. maddeleri gereğince mağdurun arıyı ve onun imal ettiği balı ihraz ettiği anlaşıldığından ve bunlara sahip bulunduğundan bu itibarla sehve müstenit bozma kararı kaldırılarak mahal mahkemesi hükmünün tasdikine karar verilmesi) tashihen talep edildiği halde(2) buna rağmen 6. ceza Dairesi (Medenî Kanunun 675. maddesi kanunen men edilmedikçe örf ve adete göre başkasının orman ve merasına girile

(1) Yargıtay 6 ncı ceza dairesi esas 772, karar 885 ve 24/10/959 tarihli kararı.

(2) Yargıtay C. Başsavcılığının 959/1637 sayı ve 11/12/959 tarihli tashihi karar yazısı.

bileceğini ve mantar, ufak tefek yabanî meyvalarında toplanıp temellük edilebileceğini zikretmiş bulunmasına ve mağdur da ağaçlığında bir ceviz ağacı kovuğuna konmuş olan arıların ve yaptıkları bir miktar balın mülkiyetini ihraz ettiğine delâlet edecek bir vaz ve harekette bulunmamış ve bu arıların kendisine ait olmadığını duruşmada sarahaten beyan etmek suretiyle de o ana kadar ihraz kasıt ve niyeti bulunmadığını da tebaruz ettirmiş olmasına göre maznunların bu baldan birer parça alıp yemelerinde hırsızlık suçunun unsurları mevcut görülmemiş ve bu itibarla tashihi karar talebi varit bulunmamış olduğundan bahisle) 15/12/959 tarihinde ittifakla reddine karar verilmiş (3). Bunun üzerine mahalli mahkemece de maznunların beraati cihetine gidilmiştir.

Yargıtay ikinci ceza dairesinin ayni hâdise hakkındaki kararı :

Buna mukabil Yargıtay ikinci ceza dairesinin kararında (4) 6. ceza dairesinin kararına tamamen aykırı bir içtihat vazolunmuş bulunmaktadır. İkinci Ceza Dairesi bu içtihadında (Maznunların sabit olan eylemleri sahipsiz arıların mağdurun tarlası içinde bulunan sakız ağacının kovuğunda yapmış olduğu baldan bir miktarını arıları kaçırmak suretiyle alıp yemekten ibaret bulunduğuna ve mağdurun sahipsiz olan arıları şu suretle ihraz etmekle mülkiyetini iktisap etmiş olduğuna göre suç unsurlarının tekevvün ettiğini kabul etmiş) ve mahkemece verilen hükmü tasdik eylemiştir. Bu suretle Yargıtayın her iki dairesinin ayni mealde bir mesele üzerindeki görüşü hususunda bariz bir ayrılık meydana gelmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce bu ayrılık ihraz müessesesinin farklı şekilde tefsirinden veya manalandırılmasından ileri gelmektedir. Bu sebepten dolayı ihrazın hukukumuzdaki yeri üzerinde durmak faydalı olur kanaatindeyiz.

İhrazın Lügavî Anlamı :

İhraz kelimesinin lügavi anlamı bir şeyi elde etmek ona malik olmak demektir. Türk Hukuk Lûgatında ihraz iki şikka ayrılarak izah edilmiş birinci şıkta bir malı (harz) denilen mahfuz bir mahalle koymak maddî manevî bir şeyi kazanıp elde etmek zafer ve ganayım ihrazı gibi. İkinci şıkda da maliki olmayan eşyayı mubahadan birini ele geçirmek: meselâ hüdayınabit otlar toplamakla ve biçip demet etmekle, denizdeki

(3) Yargıtay 6 ncı ceza Dairesi 4360 esas, 2411 karar nolu ve 15/12/959 tarihli kararı.

(4) Yargıtay ikinci ceza dairesi 6223 esas 6612 karar ve 4/6/959 tarihli kararı.

981

balık avlamak ile ve su bir desti veya sair bir kap içine alınmakla ihraz edilmiş olup mealinde mütalea edilmiştir (5).

Medenî Kanunumuzda zilyetlik ve ihraz :

Medenî Kanunumuz menkul mülkiyetin aslen iktisabını mufassal bir şekilde 691-701. maddelerinde nizamlamış bulunmaktadır. Umumî olarak ihraz temellük niyetiyle sahipsiz bir mal üzerinde zilyetlik tesis ederek mâlik olmaktır. Medenî Kanunun 691. maddesi ihraz ile sahipsiz bir mala mâlik olacağını bildiriyorsa da iktisap tarikini tarif etmemektedir. Sayın Profesör Ferit Hakkı Saymen ve Sayın Doçent Doktor Kemal Elbir tarafından hazırlanan eserde (6) izah edildiği üzere sahipsiz mallardan maksat üzerinde henüz mülkiyet hakkı tesis edilmemiş olan veya tesis edildikten sonra hitama ermiş bulunan ve şahsî temellüke salih olan mallardır. Ezcümle av hayvanları, kırlardan, ormanlardan, denizlerden, göl ve nehirlerden toplanan nebatlar ve yakalanan hayvanlar üzerinde mülkiyet tesis edilmemiş olan menkul mallardır. Halbuki maliki tarafından terk olunan atılan, bırakılan, salıverilen eşya ve hayvanlarda sahipsizdir. Fakat temellük olunduktan sonra mülkiyetin ziyaı ile sahipsiz bir hale gelmiştir. Nitekim Yargıtay içtihatlarına göre açık denizlerde bulunup alınan bir varil mazot da sahipsizdir ve bu eşya ihraz yolu ile iktisap olunur. Fakat bir menkül malın ihraz yolu ile iktisap edinebilmesi için şahsî temellüke salih olması lâzımdır. binaenaleyh Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz mallar umuma tahsis olunan mallar, amme emlakına giren menkul mallar temellüke elverişli olmadığından ihraz ile bunlar üzerinde ferdi mülkiyet tesis edilemez denilmekte ve devamla ihrazda raslanan müşkilat bir eşyanın ne vakit sahipsiz olduğunu tayindir. Bilhassa hayvanların ihraz yolu ile iktisabında tereddütler mevcut olmaktadır. Bu hususta müşterek hukuk, hayvanları üçe taksim etmekte; ehlî hayvanlar, ehlileştirilen hayvanlar ve tutulan hayvanlar diye ayırmaktadır. Kanunumuz arıları ehli hayvan olarak telakki etmektedir. Ancak ağaç kovuğunda yaşıyan hayvanları bu kategoriye sokmamak lâzımdır bunlar vahşidirler denilmektedir. Ehlileştirilen arılar yerlerini terk ederek başkasının kovanına gitmiş olmaları ile sahipsiz olmazlar. sahibi bunları takip edebilir ve aranılıp tutulması için arazi sahibinden müsaade isteyebilir. Şayet arıların (oğulun)

(5) Türk Hukuk Lügatı (Türk Hukuk kurumu tarafından hazırlanan)

(6) Türk eşya hukuku (aynî haklar) İstanbul ünüversitesi Medenî Hukuk ve iş Hukuku Profösörü Ferit Hakkı Saymen ve Medenî Hukuk Doçenti Doktor Kemal Elbir.

982

kaçması gibi sebeplerden mütevellit değilse (meselâ kovanda rahat edememesinden, rütubet veya duman olmasından veya sahibi bunları takip etmemiş ise arıların arı ile meşgul bir kovana girmesi ve kabul olunması halinde oğul sahibinin mülkiyet hakkı kalkar ve yerine kovan sahibinin mülkiyet hakkı kaim olup. M. K. madde 698 son) eski malik oğulunu artık takip edemiyeceği gibi kovan sahibinden tazminat dahi isteyemez bu hüküm haksız iktisap kaidelerine aykırı olarak tezahur ediyorsa da böyle bir kaçmanın arıcıya daima kabili isnat bir kusur veya ihmalden ileri geldiği düşünülürse isabeti kolayca anlaşılır mealinde yerinde ve isabetli bir şekilde müdellel bir surette izah ve mütalâa edilmiştir. Hal böye iken ve ihrazdan maksat temellük niyetiyle sahipsiz bir mal üzerinde zilyetlik tesis ederek mâlik olmak demek olduğuna göre kanun mulak olarak ihraz müessesesinde mal üzerinde zilyetlik tesis ederek mâlik olmak hususunda iktibasın ne şekilde olacağını tarif etmemiştir. Zilyetlik malın haricen gayet sarih bir şekilde ve muayyen tarzda tezahürü ve en geniş manasiyle bir şahsın bir eşya üzerinde doğrudan doğruya mevcut olan harici ve fiili bir tasarrufunu ifade eder. Profösör Ferit Hakkı Saymen'in Türk Eşya Hukuku adlı kitabında zilyetlik menkul ve gayrimenkul bir malı inhisarî bir şekilde elinde bulundurmak, maddî bakımdan onu istimal ve ondan istifade etmekten ibarettir. Fiilî bir tasarruf olarak tarif edilmektedir. Bu tarihten de anlaşıldığı üzere Kanunumuza göre zilyetliğin fiilî hâkimiyet ve irade olmak üzere başlıca iki unsuru mevcüttur. Ancak biz burada bu iki unsurun mahiyet ve izahına gidilmeyip sadece zikretmekle yetineceğiz. Zilyetlik menkullerde aynî hakların iktisabının başlıca şartı olduğuna ve ihrazda mal üzerinde zilyetlik tesis etmek demek bulunduğuna ve zilyetlik için fiili hâkimiyet ve irade esas olup başkaca şart ve unsur aranmadığına göre konumuzu teşkil eden ihraz için de bu esaslardan başka şart veya unsur aramaya mahal yoktur.

İhrazın hadisedeki yeri :

Hukukumuzdaki zilyetlik ve ihraz müessesesine kısaca bir nazar atfettikten sonra yukarıda zikredilen hukuî hadisede ihrazın ne suretle yeri olduğunun mütalâa edilmesi lâzım gelecektir. Sahipsiz arıların gayrimenkul sahibinin hudutları muayyen olan tarlası içindeki ceviz ağacının kovuğuna yerleşerek iki sene gibi bir zamandan beri bal yapmaları ve bu arıların orada yerleşip bal yaptıklarını sahibinin bilmesi ve iki seneden beri de balı almış olması ile artık mezkûr yerdeki balın inhisarını elde etmiş ve maddî bakımdan onu istimal ve ondan istifadeyi sağlamış, daha doğrusu temellük niyetiyle sahipsiz mal üzerinde zilyetlik tesis etmiş, vaki zilyetlik neticesi ile de o bala mâlik olmuş bulunmaktadır. Binaenaleyh Yargıtay 6 ncı Ceza Dairesinin bozma ilâmında zikredilen müştekinin ağaç kovuğundaki arıların ve arılar tarafından yapılan balın

mülkiyetini ihraz ettiğini delâlet edecek bir vaz ve harekette bulunmamış ve bu arıların kendisine ait olmadığını duruşmada sarahaten beyan etmek suretiyle de o ana kadar ihraz kasıt ve niyeti bulunmadığını da tebaruz ettirmiş olmasiyle mülkiyet hükümlerinin teessüs etmediğinin kabulü ve dolayisiyle adı geçen arılar tarafından yapılan balın çalınmasında da hırsızlık suçunun unsurlarının mevcut olmadığı yolundaki mütalaaları arz ettiğimiz mülkiyet ve ihraz hakkındaki izahatımıza binaen kanaatımıza uygun düşmemektedir. Zira ihrazdan maksat temellük niyetiyle sahipsiz bir mal üzerinde zilyetlik tesis ederek mâlik olmak demek olduğuna ve Medenî Kanunumuzun 691. maddesi ihraz ile sahipsiz bir mala malik olunacağını bildirdiğine ve iktisap tariki tarif edilmediğine göre bir malın mülkiyetini ihraz için bir vaz ve harekette bulunmaya ihtiyaç yoktur. Bir vaz ve harekette bulunmaya ihtiyaç olmadığı gibi gayrimenkul sahibinin arıların kendisine ait olmadığını söylemiş olması da esasa müessir değildir. Çünkü ve esasen arıların sahipsiz olmaları ihrazın bizatihi unsurlarındandır. Kanunun maddesinde, sahipsiz bir malı ihraz eden kimse ona malik olur, denmiş olmasına göre malın sahipsiz olmasını şart koşmuştur. Hadisemizde aynen olduğu gibi adı geçen gayrimenkul sahibi sahipsiz arıların tarlası içindeki ceviz ağacının kovuğunda iki seneden beri bal yaptığını bilmesi ve bu balı alıp kullanmış olması ve bu yolda beyanda bulunmuş olması kâfi bir sebeptir. Zira bu yoldaki beyan ve hareketi ile iradesini kullanarak arılar ve bal üzerinde fiili inhisarı teessüs etmiş bulunmaktadır. Kaldıki tarla sahibinin ağaç üzerinde arının yerleşmesi için kovan koymasına veya buna benzer bir yer temin etmesine de ihtiyaç yoktur. Nitekim Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin içtihadında da bu husus böyle izah edilmiş, fiiller arasında tamamen benzerlik olduğu halde 6. Ceza Dairesinin içtihadına uymayan bir içtihat vazedilmiş, sahipsiz arıların mağdurun tarlası içinde bulunan sakız ağacının kovuğunda yapmış olduğu baldan bir miktarını arıları kaçırmak suretiyle alıp yemekten ibaret bulunduğuna ve mağdurun sahipsiz olan arıları şu suretle ihraz etmekle mülkiyetini iktisap etmiş olduğu kabul edilmiş ve adı geçen balın başkaları tarafından alınmış olması halini yerinde bir kararla hırsızlık olarak kabul etmiş, 6 cı ceza Dairesi ise bugibi halde hırsızlık hali bulunmadığına karar vermiştir.

Görülüyorki aynı ve benzer iki hâdisede Yargıtayın İkinci ve altıncı ceza Daireleri arasında içtihat farkı bulunmakta dolayisiyle tatbikatta meselelerin halinde rehber olarak kabul edilen içtihatların o şekilde farklı olmaları mahkemeleri haklı olarak tereddüde sevk etmektedir. Biz Yargıtay İkinci ceza Dairesinin içtihadını yukarıdaki izahatımıza binaen uygun bulmakta ve bu iki dairenin farklı içtihadı hakkında evleviyetle içtihadı birleştirme yoluna gidilmesini temenni etmekteyiz.

984

BORÇLUYA İSNAD OLUNAMAYAN İMKÂNSIZLIK SEBEBİYLE ADEMİ İFA

Yazan : Bilge UMAR

Plân

I — İmkânsızlık unsuru

§ I. Genel olarak imkânsızlık unsuru

§ 2. Imkânsızlığın tehaddüs ettiği zaman

II — «Borçluya isnad olunmamak»unsuru

§ 3. BK m. II7 deki «borçluya isnad olunamayan» tâbirinin mânası

§ 4. Muavin şahsa isnad kabiliyetinin, borçluya isnad kabiliyeti yerine ne dereceye kadar geçebileceği

§ 5. Kusur mefhumu ve akdî kusur

§ 6. İsbat yükü

III — «Borçluya isnad olunamayan haller sebebiyle ademî ifa» faraziyesine terettüp eden hükümler.

§ 7. Alacağın sukutu

§ 8. Akde tevfikan alınan şeylerin iadesi lüzumu

§ 9. Kısmî imkânsızlık durumu

§ 10. BK m. II7 hilafına mukavele yapılıp yapılamıyacağı

§ 11. İstisnaî hükümler

Bibliyoğrafya : ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku, Umumî Esaslar Ankara 1937 ARSLANLI, Halil : Ticarî Bey, 4. Bası, İstanbul 1955 BELGESAY, Mustafa Reşit : Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1940 BİRSEN, Kemâlettin : Borçlar Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1954 FICK. F. Commentaire du Code Fédéral des Obligations (tr. MaX E.Porret) Neuchâtel 1911 FUNK, Fritz (Jr.) : Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumî Hükümler (tr. Hıfzı Veldet-Cemal Hakkı Selek) İstanbul 1938 GÖKTÜRK, Hüseyin Avni : Borçlar Hukuku. Ankara 1946 GÖNENSAY, A. Samim : Borçlar Hukuku, İstanbul 1948 GUHL, Théo : Le droit fédèral des obligations (tr. Renè des Gouttes) Zürich 1947. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, doktora tezi, İstanbul 1959. MAZEAUD, Henri et Léon- TUNC, Andè : Traitè théoriqun et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5 ème èd. Paris (t.l er) 1957 (t.2 ème) 1958. OĞUZMAN, M. Kemal : Türk Borçlar

Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet «İş» Akdinin Feshi, doktora tezi, İstanbul 1955. POSTACIOĞLU, İlhan E. : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1958. POSTACIOĞLU İlhan E. : Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1959. POTTER-ODGERS-MACFALANE-PEREIRA-BLACK-MACATTA-DAVIES-JONES : CHITTY'S Treatise on the Law of Contracts, 19 th ed.. London 1937. ROSSEL, Virgile : Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1920. SAYMEN, Ferit Hakkı-ELBİR, Halit Kemal : Türk Borçlar Hukuku, I, Umumî Hükümler, c. 1-2, İstanbul 1958. TUHR, Andreas von : Borçlar Hukuku (tr. Cevat Edege) İstanbul (c. I) 1952. (c. II) 1953. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet-KAYNAR, Reşat : Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Umumî Hükümle, İstanbul 1955.

Kısaltmalar :

CCFr	Code Civil Français
d. n.	Dipnotu
ibid.	Ayni yer
Postacıoğlu İcra	Postacıoğlu İlhan E. İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1958
Postacıoğlu Usul	Postacıoğlu İlhan E. Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1959

I — İmkânsızlık Unsuru

§ I. Genel olarak imkânsızlık mefhumu.

I. Edanın yerine getirilmesi objektif veya sübjektif sebepler dolayısiyle gayrikaabil bulunduğu takdirde edanın imkânsızlığından bahsedilir Bir fikre göre (I) imkânsızlık aslında felsefi bir mefhum olmakla beraber, felsefenin «menfi zaruret» tarzındaki imkânsızlık telâkkisi hukuka elverişli değildir; filhakika ancak mantikî veya maddî bakımlardan imkânsız olan edimler hukukî manada imkânsız sayılsa idi bu halde borçluya, adalet duygularımızın tahmilini tecviz etmediği edimler yükletilmiş olurdu. Fikrimizce hukukî imkânsızlık mefhumunun, felsefî imkânsızlığın şümûlü dışında bu tarzda taşırılması hukukta güven ve açıklığın lehine değildir. Felsefî imkânsızlıkla hukukî imkânsızlık mefumlarını birbirinden ayrı telakki etmeyişimizin iki neticesi olmaktadır: evvelâ, mantıken

(1) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen, 9. basım, München 1926 ncı 11 s. 250 (Arslanlı s. 175 d. n. 23 den naklen).

imkân dahilinde bulunduğu halde borçludan istenilmesi hüsnüniyet kaidelerinde aykırı olan edimlerin BK m. 117 hükmüne (2) değil, MK m. 2 hükmüne tâbi olmaları (3) icab eder; sâniyen, edimin aynen ifası cebrî icra ile elde edilemiyorsa edimin imkânsızlığından bahsetmek gerekir diyen görüşe (4) iltihak edilemez (5).

II. İmkânsızlığın vasfını ve şümûlünü tâyin eden sebepler değişik olabilir. Bir eda, herkes için yerine getirilemez mahiyette ise veya bu mahiyeti almışsa - imkânsızlık objektiftir (6); ifa edememek durumu herkes için değil fakat borçlu için söz konusu bulunuyorsa sübjektif imkânsızlıktan bahsolunur (7). Bu tefrik araştırmamızın asıl mevzuunu teşkil eden BK m. 117 bakımından asla önemli olmamakla beraber (8) BK m. 20 nin tatbiki cihetinden önem taşır : filhakika akdin in'ikadı anında mevcut bulunan imkânsızlık sübjektif ise borçlu akde göre mes'ul olur (9), fakat imkânsızlık objektifse akit batıldır ve kimseyi ilzam etmez (BK m. 20) (10).

III. Araştırmamızın asıl mevzuu, s o n r a d a n ve b o r ç l u y a k a a b i l i i s n a d o l m a y a n bir hal sebebiyle ortaya çıkmış imkânsızlık faraziyesini nizamlayan BK m. 117 olduğuna nazaran, imkânsızlığın bu nev'i ile alakalı bir probleme şimdiden dokunmamız yerinde olur. Bahsettiğimiz problem, imkânsızlık — mücbir sebep — beklenmiyen hal mefumlarının münasebetidir.

---

(2) Bu görüşte : Staudinger ibidi. Funk s .33 ve Göktürk s. 63. Göktürk bu halde hukukî imkânsızlık görmektedir.

(3) Bu görüşte : Arslanlı s. 182 ve Guhl s. 209. Bu müellifler bahsettiğimiz halde clausua rebus sic stantibus'un tatbiki lehindedir.

(4) Bkz. Oğuzman s. 143-144.

(5) Filhakika borçlunun tamamiyle iktidarı dahilinde bulunan ve onun tarafından arzu edildiği takdirde ifa edilebilen bir edimin imkânsızlığından bahsedilemez. Açıkça bu görüşte : Kocayusufpaşaoğlu s. 165 -166.

(6) Fick buna tabiî imkânsızlık der (s. 58).

(7) von Tuhr s. 268; Arsebük s. 176.

(8) von Tuhr s. 599. Halbuki Guhl (s. 208) ve Göktürk (s. 63) sadece objektif imkansızlığı söz konusu etmektedirler.

(9) von Tuhr s. 268 : Oser Schönenberger c. İ. s. 161; Arsebük s. 176; fArslanlı s. 178; Birşen s. 625; Gönansay s. 80.

(10) Fikrimizce iptidaî imkânsızlıkla akdin mevzudan mahrumiyetini karıştırmamak lâzımdır. Filhakika bir akdin-mevzuundaki imkânsızlık dolayısiyle BK m. 20 mucibince bâtıl olduğu söylenebilmek için o akdin bir mevzuu olmalıdır; akdin mevcudiyeti dâvacı tarafından isbat edildikten sonradır ki dâvalı imkansızlığı isbat etmelidir.

Bu münakaşalı mes'ele hakkında teferruata girmeksizin şu noktaları belirtmekle iktifa edelim:

1. Konumuz bakımından - yâniBK m. 117 bakımından - bu münasebet bir önem taşımaz. Yâni imkânsızlık. mücbir sebep veya beklenmiyen hal sebebiyle ortaya çıkmış olmasa bile BK m. 117 nin tatbik edileceğinde tereddüt olunamaz; zikredilen maddeyi okumak bu hususun münakaşaya dahi tahammülü olmadığını gösterir.

2. Mücbir sebep ve beklenmeyen hal deyimlerinin aynı mefhuma tekabül edip etmediği bilhassa doktrinde (11) münakaşalıdır (12). Bu genel münakaşaya katılmaksızın sadece «borçluya kaabili isnad olmayan imkânsızlık» yönünden mes'ele hakkındaki görüşümüzü açıklamak gerektiğinde diyeceğiz ki, ne suretle tavsif edilirse edilsin bir vakıanın yarattığı imkânsızlık borçluyu borcundan kurtarabilmek için o vâkıa borçlunun serbest iradesine tâbi olmaksızın vâki olan ve vukuu önceden keşfolunamıyan yahut keşfolunup da vukuuna mâni olunamayan ve herhalde alınacak tedbirlerle neticelerinin önüne geçilemiyen bir vâkıa olmak icab eder. Borçlu tarafından önlenemez mahiyette olsa bile, vukuu önceden tahmin edilebilen (13) ve yaratabileceği zararlı netice alınacak tedbirlerle bertaraf edilebilen (14) bir vâkıa, borçlu için mes'uliyetten kurtulma sebebi teşkil edemiyeceği gibi; keza, önceden keşfolunamaz mahiyette olsa

---

(11) Jürisprüdans umumiyetle iki deyimi fark gözetmeden kullanmaktır. (Bkz. Mazeaud-Tunc c 11 s. 545 ve Arslanlı s. 185 de d. n. 50).

(12) Doktrindeki temayül, mücbir sebeb ve beklenmiyen hal deyimlerinin i k i a y r ı k a v r a m ı karşıladığı yö.nündedir. Ezcümle von Tuhr (c11 s. 630). Saymen-Elbir (c 11 s. 730-734), Arslanlı (s. 186), Mommsen, Heusler. Glück (Arslanlı s. 186 dan naklen), Colin, Capitant, de la Morandière (Mareaud-Tunc c11 s. 546 dan naklen). CHITTY'S Treatise müellifleri (s. 142 : kaza veya diğer bir mücbir sebep) bu fikirdedirler.

Buna mukabil Mazeaud-Tunc (c 11 s. 548) ve zikrettikleri Ferrière, Emèrigon, Pothier mücbir sebep ve beklenmeyen hal deyimlerinin a y n i k a v r a m ı karşıladığı görüşündedirler.

Oğuzman «mücbir sebep dışında bir fevkalade hal» den bahsetmek (s. 86) suretiyle birinci fikre iltihak etmekte ise de şâyanı dikkatdir ki zikrettiğimiz yerde incelemekte olduğu kanun maddesi sadece mücbir sebepten bahsettiği halde fevkalade hal'e örnek olarak aldığı bir hâdiseyi dahi ayni madde hükmüne tâbi tutmustur.

İkinci fikri savunan Fransız müelliflerinin, CCFr de (m. 1148) mücbir sebep ve beklenmeyen hal deyimlerinin a y r ı a y r ı zikredilmiş olmasına rağmen bu görüşte olmaları enteresandır.

(13) Şüphe yok ki borcludan ancak MK m. 2 mucibince göstermek mecburiyetinde olduğu ihtimam ve fedekârlık beklenebilir. Maamafih bunun istisnaları vardır, bkz. § 5.

(14) Bkz d. n. 13.

dahi vaki olduğu sırada zararlı neticeleri borçlunun ihtimam ve mukavemeti ile bertaraf edilebilecek (15) bir vâkıa borçlunun BK m. 117 ye istinadına cevaz vermez.

$ 2. — İmkânsızlığın tehaddüs ettiği zaman.

İmkânsızlığın ortaya çıktığı an, ihtilâfa tatbik edilecek kanun hükmünün tâyini bakımından önem taşır. Araştırma konumuzu BK m. 117 teşkil ettiğine göre, imkânsızlığı zuhur ettiği zaman itibariyle inceleyip hangi faraziyelerde BK m. 117 nin tatbik edileceğini tesbite çalışalım (16) :

A. Daimî imkânsızlık halleri.

I. İmkânsızlık akdin in'ikadı anında mevcut idi ise — işaret ettiğimiz üzere (17) sübjektif imkânsızlık faraziyesi hariç — akit mutlak butlan ile malüldür (BK m. 20) (18).

2. İmkânsızlık sonradan ortaya çıkmış ise:

a) İmkânsızlığın zuhurunun borçluya veya muavin şahsına kaabili isnad bulunduğu hallerde, borçlu alacaklının bütün zararınıtazmine mecburdur (BK m. 96 ve 100).

b) İmkânsızlık, borçlunun mes'uliyetini mucip olmayan bir hal sebebiyle ortaya çıkmışsa — hükümlerini ileride tetkik edeceğimiz — BK m. 117 tatbik olunur.

B. Muvakkat imkânsızlık halleri.

1. Akdin in'ikadı anında mevcut muvakkat imkânsızlıklar:

a) İmkânsızlık akdin in'ikadı anında mevcut iken edanın yerine getirilmesi icab eden anda ortadan kalkmış ise, BK m. 20 hükmüne rağmen akdin muteberiyeti kabul edilmelidir (19)

---

(15) Bkz d. n. 13.

(16) Bk m. 117 nin hükümlerini İkinci Kısım'da inceliyeceğiz.

(17) Bkz. d. n. 9.

(18) von Tuhr, mevcut olmayan bir alacağın ivaz mukabilinde temlikini imkânsız bir edaya taalluk etmekle beraber, BK m. 20 hükmünün bir istisnası olarak görür, zira BK m. 169 mucibince temlik eden mes'uldür (von Tuhr s. 268-269). Oser/Schönenberger (c 1 s 163), Becker (Arslanlı s. 174 de zikredilmiş). Arsebük (s. 176). Göktürk (s. 63) de avni kanaattedirler. Bizce bu fikir münakaşa edilmelidir. Zira fikrimizce BK m. 20 ve 117 tasarrufî muamelere tatbik edilemez. Bir tasarrufî muamelede eda ne başta ne de sonra imkânsız olamaz, çünkü tasarrufî muamele kimseye vecibe yüklemez; bunlarda ancak mevzuun yokluğundan bahsolunabilir.

(19) von Tuhr s. 268; Gönansay s. 79.

b) İmkânsızlık akdin in'ikadı anında mevcut iken sonradan zail olmuş, fakat ifa zamanında avdet etmiş bulunuyorsa BK m. 20 tatbik olunacak, yâni imkânsızlığın arada — bir müddet için — ortadan kalkmış olması akde sıhhat kazandırmayacak (20) ve binaenaleyh kimse akitle mülzem olmayacaktır.

c) İmkânsızlık gerek akdin in'ikadı ânında gerek ifa zamanında mevcut bulunmakla beraber, yakın veya uzak bir istikbalde zail olabilecekse — bu keyfiyet âşikar olsa bile — fikrimizce bu ihtimal vaziyeti değiştirmez, akid mutlak butlanla batıldır (BK m. 20). Ancak burada bir istisnaî hal bahis konusu olabilir : eğer taraflar 1 Ocakta — imkânsız olan bir edimin 1 Temmuzda mümkün bulunacağı ümidiyle — akid yapmışlar ise, burada taliki şarta bağlı bir akid karşısında bulunuruz. Yâni eğer edimin behemahal 1 Temmuzda ifası icap etmiyorsa, bilâhare ifa istenebilir. Aksi takdirde yine BK m. 20 hükmü câri olur.

2. Sonradan ortaya çıkan muvakkat imkânsızlıklar:

a) İmkânsızlığın zuhuru borçlunun mes'uliyetini mucip bir hal sebebiyle vâki olmuşsa, alacaklı bütün zararının tazminini borçludan isteyebilir (BK m. 96). Ancak, eğer edimin mutlaka muayyen bir zamanda ifası icab etmiyorsa, alacaklı ilk talep üzerine borç ifa edilmeyince tazminat istemek yolunu ihtiyar etmeksizin imkânsızlığın zâil olacağı anı bekleyip (21) o an gelince aynen ifayı isteyebilir.

b) İmkânsızlığın zuhuru borçluya kaabili isnad değilse.

aa) Edanın mutlaka belli bir zamanda veya belli bir zaman zarfında yapılması icab ediyorsa, BK m. 117 mes'eleyi halleder.

bb) Edanın mutlaka belli bir zamanda veya belli bir zaman zarfında yerine getirilmesi elzem değil ise.

Bu faraziyeyi müteadid tâli tefrikler yapmak üzere müstakilen incelememiz doğru olur.

3. Sonradan ortaya çıkan muvakkat imkânsızlığın hususî bir şıkkı: borçluya kaabili isnad bir sebep olmaksızın irtaya çıkan bu nevi imkânsızlıkların, mutlaka muayyen bir zamanda yapılması icab etmeyen borçlara tesiri.

a) İçtinab borçlarında.

aa) Mütemadi içtinab borçlarında. Borcun mevcut bulunduğu

(20) von Tuhr s. 268 den ayni fikir istidlal edilebilmektedir.

(21) Alacaklı akdi müruruzaman müddetinden sona ermesinden önce borçluyu dâva etmeğe dikkat etmelidir.

bir sırada ortaya çıkan imkânsızlık borcu tamamen düşürmez; imkânsızlık zail olur olmaz içtinab borcu hüküm ifade eder (22).

bb) Fasılalı içtinab borçlarında. Burada da keza, imkânsızlık beher edim için müstakilen mütalâa olunmalıdır (23).

cc) Bir defada ifa edilen içtinab borçlarında. Borcun ifa edilmesi gereken zamanda mevcut kusursuz imkânsızlık, borcu düşürür (BK m. 117).

b) Müsbet borçlarda.

aa) Verme borçlarında.

aaa) Mütemadî verme borcu düşünülemez (24).

bbb) Fasılalı verme borçlarında. İmkânsızlık beher edimiçin müstakilen mütalaa olunur (25).

ccc) Bir defada ifa edilen verme borçlarında (26). Borç düşmez (27).

bb) Yapma borçlarında.

aaa) Netice borçlarında.

aaaa) Mütemadî netice borcu, verme borçları için bahis konusu olan sebepler dolayısiyle (28) düşünülemez.

bbbb) Fasılalı netice borçlarında. İmkânsızlık her edim için müstakilen mütalâa olunur (29).

cccc) Bir defada yerine getirilecek netice borçlarında İmkânsızlığın incelemekte olduğumuz nev'i bu borçları da düşürmez (30).

---

(22) Bkz : Rossel s. 177 «İmkânsızlık sadece muvakkat veya nisbî ise borcun sukutu dahi sadece muvakkat veya nisbîdir, zira borcun sukut nisbeti imkânsızlığın derecesine bağlıdır (bkz almanca metinde soweit)».

(23) Karş. d. n. 22. Burada kısmî imkânsızlık vardır. bkz : § 9.

(24) Filhakika borçlu muayyen veya gayrimuayyen fasılalarla verme edalarında bulunmak zorunda ise ya aslında edaların bütünü bir tek eda savılmak lâzımdır (mal bedelinin taksitlerle tediyesi) yahut da fasılalı bir verme borcu vardır (kira bedeli).

(25) Bkz. d. n. 22.

(26) Hatırlanmalı ki edimin behemehal belli bir zamanda yapılması gerekmiyen halleri inceliyoruz.

(27) «Malın tedarikinde harp sebebiyle doğan geçici imkânsızlık satıcının tamamen beraatini muhik kılmaz. Alıcının ifa talebin, n o r m a l v a z i y e t l e r i n a v d e t i n e k a d a r reddedilmelidir» (weiss-Arslanlı s. 117 d. n. 26 da kaydedilmiş-). Keza karş. d. n. 22.

(28) Bkz. d. n. 24.

(29) Bkz. d. n. 22.

(30) Bkz. d. n. 26 ve 27.

bbb) İhtimam borçlarında.

aaaa) Mütemadî ihtimam borçlarında. Kusursuz muvakkat imkânsızlık, ancak mevcut olduğu zamana taaluk eden borcu düşürür (31).

bbbb) Fasılalı ihtimam borçlarında. İmkânsızlık her kısım için müstakilen mütalaa olunur (32).

cccc) Bir defada yerine getirilecek ihtimam borçlarında. İhtimam borcunun böylesi düşünülemez (33).

Bu izahatımızla, imkânsızlığın zaman itibariyle tetkikini bitirmiş ve hangi zamanlarda zuhur eden imkânsızlıklar için BK. m. 117 nın kaabil tatbik bulunduğunu tesbit etmiş oluyoruz.

II — «Borçluya isnad olunamamak» Unsuru

§ 3. — BK m. 117 deki «borçluya isnat olunamayan» tâbirinin mânâsı.

Fikrimizce BK m. 117; borçluya, mes'uliyetten kurtulabilmek için geniş mânâda bir «isnadın mümkün olmadığını» -yâni illiyet râbıtasının yokluğunu - değil, sadece kusurunun mevcut olmadığını isbat vecibesi yüklemektedir.

BK m. 117 nin lâfzına aykırı gibi görünen bu kanaatimizin gerekçesi

---

(31) Bkz. d. n. 22. Burada kısmî imkansızlık bahis konusudur, bkz. § 9.

(32) Bkz. d. n. 22. Keza burada da imkânsızlık kısmîdir.

(33) İhtimam borcu belli neticenin elde edilmesi veya istenmeyen belli bir neticeden kaçınılması için gerekli dikkat ve itinanın icab ettirdiği m ü s b e t fiilleri yapmak borcudur. Müsbet fiiller diyoruz; filhakika, ihtimam borcu ile elde edilmek istenen neticenin tesadüfen elde edilmiş olması ihtimam borcunun yerine getirilmiş olması demek değildir - Meselâ A'nın gayrimenkulvne hickimseyi bırakmamak üzere taahütte bulunan B(nin mahalle kahvesinde oturması ve bu sırada o gayrimenkule tesadüfen hiç kimsenin girmemesi -. Bu nevi borçlar zarureten mütamadî veya mütamadî - fasılalı'dır; filhakika bir defada yapılacak bir tek fiille ihtimam borcunu yerine getirmek kaabil olsa idi, borcun mevzuu o bir tek fiile yapmak olurdu, halbuki muayyen bir seyi yapmak bir netice borcudur (Mazeaud-Tunc c I s . 129-130). Verdğimiz bekçi misalinin açıklamak ve bunun **bir ictinab borcu değil**, bir ihtimam borcu olduğunu belirtmek için isaret edelim ki, menfi bir neticenin husulü veya daha doğru bir tâbirle belli bazı neticelerin meydana gelmemesi için ihtimam sarfetme borcu bir ictinab borcu değildir, ictinap borcu borçlu için katlanmak zorunda olmadığı bir şeye katlanmayı veya müsaade etmek zorunda olmadığı bir şeye müsaade etmeyi tazammun eder.
bahsalunabilir. Karş. von Tuhr S. 404

992

şudur : mâlum olduğu üzere, borçlu. kendisine hiçbir kusurun isnad edilemiyeceğini isbat etmedikçe borcun ademi ifasından mes'uldür (BK. m. 96). Demek ki ana kaide icabı, borçlu kusurlu olmadığını isbat suretiyle mes'uliyetten kurtulabilmektedir. Kanun vazıının BK m. 117 deki faraziyede borçlunun mes'uliyetini şiddetlendirmeyi arzu etmiş olması için hiçbir mantıkî sebep yoktur.

§ 4. - Muavin şahsa isnat kaabiliyetinin, borçluya isnat kaabiliyeti yerine ne dereceye kadar geçebileceği.

BK m. 100/1 e göre «Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasına kendisi ile baraber yaşıyan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra sırasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldür».

Şüphesiz, borçlunun işi muavin şahsa tevdi etmesi akde veya hal icaplarına aykırı idiyse muavin şahsın kusurlu olup olmadığını aramağa ihtiyaç yoktur,zira ortada borçluya kaabili isnad bir kusur vardır (34). Binaenaleyh bu faraziyede muavin şahıs velev kusuru olmaksızın borcun gereği gibi ifasına mâni — ezcümle imkânsızlığa sebep — olmuşsa, borçlu mes'ul bulunacaktır.

Ancak, boçlunun işi muavin şahsa tevdi etmesi borç münasebetinin ve ahvalin icaplarına uygun bulunduğu takdirde, muavin şahsın k u s u r u b u l u n m a k s ı z ı n borcun gereği gibi ifasına mâni — ezcümle imkânsızlığa sebep — olması halinde, borçlunun mes'ul tutulup tutulamıyacağı münakaşa edilmektedir (35).

Mevzuumuzu ancak dolayısiyle ilgilendiren bu mesele hakkında teferruata girmeksizin şu kadarını söyleyelim : iltihak ettiğimiz fikre göre, muavin şahıs kusurlu değil idiyse borçlu mes'ul olmayacaktır (36). Bu fikrin iki gerekçesi vardır :

(34) Funk S. 160.

(35) Bu münaşaka hakkında toplu bilgi için bkz. Saymen-Elbir 1/2 S. 721.

(36) Von Turh (S. 641), Funk (S. 160) ve Arslanlı (S. 373) bu görüştedirler. Oser/Schönenberger (C. II S. 743), Saymen - Elbir (1/2 S. 722) ve Göktürk (S. 211) aksi reyi iltizam ederler. Birsen bu konuda meskûttur (S. 582-583).

993

1. BK m. 100 de kusurdan bahsedilmediği için muavin şahsın kusurunun aranmıyacağını söylemek ve bu konuda BK m. 100 ün mefhumu muhalifiyle ihticac etmek şu bakımdan doğru değildir ki mefumu muhalif delili ancak umumî prensibi teyid ettiği nisbette muteberdir (37) Borçlunun mes'uliyeti konusunda genel kaide ise k u s u r l u mes'uliyettir (BK m. 96).

2. Borçlunun işi bizzat yapmış olması halinde kusursuzluğunu ileri sürerek mes'uliyetten kurtulması mümkünken sırf işi muavin şahsa tevdi etmiş bulunması hasabiyle — muavin şahsın dahi kusuru bulunmadığı halde — borçluyu mes'ul kılmak gayriâdildir (38) (39).

Demek ki, borçlu borcunun ifasını bir muavin şahsa — borç münasebetinin veya ve ahvalin icabâtına aykırı olmayarak — tevdi etmiş bulunuyorsa, muavin şahsın bir fiili edanın imkansız hale gelmesini mucip olsa bile,o şahıs kusurlu değil idiyse borçlu BK m. 117 ye dayanabilecektir.

Böylece, bu ikinci bölümün ilk iki paragrafında vardığımız neticeler bizi şu hükme sevketmektedir : BK m. 117 de bahsedilen isnad kabiliyeti b o r ç l u n u n v e y a m u a v i n ş a h s ı n k u s u r u n a ihtiyaç gösterir (40). O halde kusur mefhumunu kısaca gözden geçirmemiz icab edecektir.

§ 5. — Kusur mefhumu ve akdî kusur.

I. Umumî olarak kusur.

Kusur, «hukuka aykırı neticeyi istemek (kasd) veya bu neticeyi istememekle beraber, hukuka aykırılıktan içtinab için iradeyi kâfi derece

(37) Postacıoğlu Usul S. 37.
(38) Von Tuhr S. 641.
(39) Saymen-Elbir. bu keyfiyetin gayriâdil olmadığını söyler ve şu mülahazaya dayanırlar : «Borcunu muavin şahıs marifetiyle ifa eden borçlu bundan muhtelif menfaatler elde etmektedir. Borçlunun bu menfaatlere mukabil ... daha şiddetli bir mes'uliyet yüklenmesinde adalet ve hakkaniyete aykırı bir cihet görememekteyiz (1/2 S.722). «Biz bu mülahazaya iştirak edemiyoruz. Zira elde edilecek menfaatin az olması mes'uliyetin tahfifi için bir sebep teşkil edebilmekle beraber (BK m. 98 menfaatin yüksek olması mes'uliyetin bu derecede şiddetle takdir, daha doğrusu teşmil edilmesi için fikrimizce bir sebep teşkil edemez.
(40) Tabiî ki kusursuz ms'uliyet halleri mahfuzdur.

994

ormamak» diye târif olunmuştur (41) 42) (43). Görüldüğü üzere kusurun iki derecesi vardır :

a) Kasd. «Kasd, hukuka aykırı neticeye tevcih edilmiş iradedir 44).» Bir kimsenin kastından bahsedilmek için bu kimsenin, fiili veya çtinabı ile ortaya çıkacak hukuka aykırı neticeyi önceden görmüş e ayrıca da bu neticeyi istemiş olması icab eder. Kasdın bu nev'ine asıtasız kasd denir. Bazan kişi, fiilinin veya içtinabının sonucunu önceden görür; bu sonucun doğumunu istemez, ama buna rağmen, bu sonucu göze alarak hareket eder. Buna ihtimalî kasd denir. Kasdın her iki nev'i ayni hükümlere tâbidir (45) (46).

b) İhmal. «İhmal, hukuka aykırı neticeye tevcih edilmemiş olmakla beraber, ahval ve şeraitin icab ettirdiği dikkati sarfedmiyen, tedbir ıri almayan iradenin halidir (47)».

İhmalin iki nev'i vardır :

aa) Ağır ihmal, «herkesin gördüğü, anladığı, yaptığı şeyi görmemek anlamamak, yapmamak (48) » tir.

bb) Hafif ihmal, «herkesin gösteremiyeceği, fakat dikkatli ve tedbirli bir kimsenin, hukuka aykırı neticenin meydana geleceği düşüncesiyle göstereceği dikkat ve ihtimamı sarfetmemek (49)» tir.

Prensip itibariyle, ihmalin bahis konusu olup olmadığı araştırılırken orta zekâ ve kaabiliyette iyi bir aile babasının hereket tarzı ölçü olarak alınır (50). Bir kimsenin bir fiil veya içtinabının ihmali tazammun elip etmediği tâyin edilirken, o kimsenin kendi işine gösterdiği ihtimamı sırfetmiş olup olmadığı araştırılmaz, meğer ki borç münasebetini tanzim elen hususî bir hüküm buna lûzum göstersin. Bazan fertlerden iyi bir ale babasının göstereceği dikkat ve itinadan daha fazlası istenir : meselâ tâcirlerden, ticarî faaliyetleri sırasında beklenen ihtimamın ölçüsü basiretkâr bir tâcirin ihtimamı dır (TTK m. 20/II).

(41) Saymen-Elbir 1/2 S.392.

(42) Postacıoğlu. «kusur, sureti umumiyede normal bir insanın hareket tarzına uygun hareket etmemektir» der (Postacıoğlu İcra S. 36).

(43) Belgesay'a göre «kusur, bir fiilin bir kimseye isnad olunabilmesidir (Belgesay S. 60). » Bizce bu tarif yanlıştır.

(44) Saymen-Elbir 1/2 S. 393.

(45) Saymen-Elbir 1/2 S. 394.

(46) Fikrimizce hukukî netice önceden görülüp istenmekle beraber, bu neticenin hukuka aykırı olacağı da failce bilinmelidir. Fail hukuka aykırılığı bilmiyorsa kasd yoktur. Fakat bilmek zorunda idi ise ihmalden bahsolunabilir. KARŞ. Von Tuhr s. 404

(47) (48) (49) Saymen-Elbir 1/2 S. 394-395.

(50) Von Tuhr S. 406; Belgesay S. 61.

995

Kusur, her nev'i ile «iradede bir nakise» olduğu cihetle, ancak temyiz kudretine sahip bulunanların kusurundan bahsedilebileceği pek açıktır.

II. Akdî Kusur.

Kusurun — tâbi bulunduğu hükümler ve bilhassa isabet külfeti bakımından — özel bir tezahür tarzı, akdî kusurdur.

Akdin kendisine yüklediği aslî veya fer'i bir vecibeyi kasden veya ihmal suretiyle ihlâl eden borçlunun akdî kusurundan bahsedilir (51). Haksız fiildeki kusurun isbatı müddeiye (alacaklıya) ait iken akdî kusur mevcut olmadığının isbatı dâvalıya (borçluya) düşer (BK m. 96) (52) (53). prensip itibariyle borçlu, akdî kusurun bütün derecelerinde, mes'uldür (BK m. 98/I) (54). Bu prensibi incelemekte olduğumuz mes'eleye tatbik edersek, borçlunun hatta hafif kusuru yüzünden imkânsızlık ortaya çıkmış olsa bile, borçlu BK m. 117 ye istinad edemiyecektir (55); ancak bu takdirde borçlunun mes'uliyeti daha az şiddetle takdir olunabilir (BK m. 98 son fıkra delâletiyle BK m. 43).

Tabiîdir ki borçlunun BK m. 117 ile ihticacına mâni olan kusuru akdî kusur olmak lâzım gelmez, borçlu akitten doğan bütün vecibelere riayet etmekle beraber MK m. 2 den doğan umumî ihtimam borcuna aykırı hareket ederek ifanın imkânsızlığına sebeb olmuşsa BK m. 117 ye dayanamaz (Bkz BK m. 96 : «hiçbir kusur ...»).

---

(51) von Tuhr s. 623; Saymen-Elbir 1/2 s. 714.

(52) Culpa in contrahendo'nun akdî kusur müeyyidelerine tâbi olup olmayacağını tâyin bu cihetten de önem kazanmaktadır. Biz bazı müelliflerin (ezcümle Von Tuhr s. 198, Saymen Elbir 1/2 s. 715 Göktürk s. 120) müdafaa ettikleri görüşe iltihak ve culpa in contrahendo'yu akdî kusura müşabih telâkki edemiyoruz. Müzakerat esnasında işlenen kusur, akit yapılamadığı takdirde ve buna rağmen diğer tarafı izrar itmişse ortada ancak hakkız fiil bulunabilir; akid in'ikad edebilmişse kusurun mahiyeti niçin değişsin? Maamafih bu münakaşa BK m. 117 bakımından önemsizdir. zira bu madde bakımından borçluya kaabili isnad kusurun ne nev'i ne de derecesi önem arzeder.

(53) Bilhassa dikkat etmek gerekir ki BK m. 96 ve müt, sadece akitten doğan borçlara değil, doğmuş ve mevcut bütün borçlara tatbik olunur. BK m. 113 ve müt. için de hal budur (Bab ve fasıl başlıklarını okuyunuz).

(54) Bkz. d. n. 53.

(55) Arslanlı bu kaidevi ifade ederken (s. 175) «ufak bir ihmal, borçluya isnad edilebilen herhangi bir» hal «imkansızlığın kabulüne mânidir» demektedir. Fikrimizce bu hal imkânsızlığın değil, kusursuz imkânsızlığın kabulüne mânidir. Zira imkânsızlık kusurlu da olabilir.

Buraya kadarki izahatımızla «boçluya isnad olunamıyan imkânsızlık sebebiyle ademi ifa» mefhumunun unsurlarını ve böylece BK m. 117 nin tatbik sahasını gözden geçirmiş bulunmaktayız. Ancak, ademi ifa sebebiyle kendi aleyhine açılan dâvada mes'uliyetten kurtulabilmek için borçlu, hadisede bahsettiğimiz unsurların gerçekleştiğini isbat etmek zorundadır. Şu halde, ayrı bir paragraf halinde, meseleyi isbat yükü bakımından inceliyelim.

§ 6. İsbat yükü.

Kusursuzluğun isbatının borçluya düştüğü muhakkaktır (BK m. 96) (56). Borçlu iddiasını şu yollardan birini seçerek isbat edebilir :

1. Doğrudan doğruya kusursuzluğun isbatı. bu, fikrimizce ekseriya imkânsızdır, her «yok» luğun isbatındaki güçlük kendisini burada da gösterecektir (57). Fakat boçlu bir halde, «olamazlık» ı isbatla yokluğu isbat eder : imkânsızlığa kendi fiili sebep olmuşsa, bu fiili ika ettiği sırada temyiz kudretinin bulunmadığını isbat kolay olacaktır. Fakat bu ha-

(56) Ancak bir faraziyede tereddüt gösterilebilir ve şöyle denebilir : dâvacı, BK m. 100 e dayanmakta ise. zarureten borçlunun kusursuzluğunu ikrar etmektedir; filhakika borçlunun kusuru olsa idi dâvasını BK 96 ya dayanarak açardı. O halde borçluya düşen isbat yükü, bu ikrarlabertaraf edilmektedir. Zira isbat yükü hakkında BK m. 96 borçluya k e n d i k u s u r u olmadığını isbat etmekte başka bir mükellefiyet yüklenmemiştir. Bunu ise dâvacı ikrar etmektedir. O halde muavin şahsın kusurunu isbat alacaklıya düşer. Fikrimizce bu düşünce doğru olmaz. BK 96 isbat yükünün kimin omuzuda olduğunu söylemektedir. ve asıl gayesi budur. Yükün muhtevasını tahdidî surette göstermiş değildir. Yâni bu yükün muhtevası bakımından BK m. 96 nın mefhumu muhalifiyle ihticac edilemez (Bkz. d. n. 37). Zira bizzat BK m. 96 dan çıkan umumî kaideye göre, mevcut bir borcun ademi ifası dolayısiyle (bkz d. n. 53) dâvâ açan **alacaklıya isbat yükü terettüb etmez.** Gerek d. n .53 de gerek burada kullandığımız mevcut borç tabirini izah edelim: bununla mevcudiyedi isbat edilmiş borçları kasdediyoruz. Bir haksız fiil borcu dahi, mevcudiveti ilâmla teşbit edildikten sonra, borçlu bunun ademi ifasından dolayı BK m. 96 ve müt. e göre mes'ul tutulabilir ve binaenaleyh ademi ifa keyfiyetinden munzam bir zarar doğmuşsa buzararın tazmini BK 96 ya göre istenir. Eğer borçlu mütemerrit ise temerrüt hükümleri tatbik olunabilir ve geçmiş günler faizi (BK m. 103) istenebilir.

(57) Bkz. Bostancıoğlu Usul s. 359 ve burada zikrolunan 22 Ekim 1940 tarihli Fedaral Mahkeme kararı

997

de dahi, Temyiz kudretinin ziyanının kendi kusuru neticesinde vâki olmadığını ayrıca isbat etmelidir.

2. Borçlu imkânsızlığa haricî bir vakıanın sebep olduğunu isbat eder. Fakat bundan başka şu hususlardan birini de isbat etmelidir :

a) İmkânsızlığa bir üçüncü şahsın fiilinin sebep olduğunu ve bu üçüncü şahsın, fiilleri ile kendisini — borçluya — mes'ul kılan şahıslar kategorisine (ezcümle muris; BK m. 55 ve 100 deki şahıslar; MK m. 320 deki şahıslar) dahil olmadığını (58).

b) İmkânsızlığa sebep olan haricî vakıanın mücbir sebep yahut beklenmedik hal (bu iki tabirin ayni mefhumu karşıladığını söyleyenlere göre — bkz d. n. 13 — sadece mücbir sebep yahut da sadece beklenmeyen hal) mahiyetinde olduğunu (59).

III — «Borçluya isnad olunamayan haller sebebiyle ademi ifa» faraziyesine terettüp eden hükümler

§ 7. — Alacağın sukutu.

Borçluya isnad olunamayan haller sebebiyle eda imkânsız hale gelirse alacak sukut eder (BK m. 117/1) ve alacaklı borçlusundan zarar ve ziyan dahi isteyemez (60). Bu hükümler esasen BK m. 96 da ifadesini bulmuş olan bir prensibin imkânsızlık faraziyesi için ve borçlu yönünden tekrarından ibarettir.

Ancak borçlu, edayı imkânsız kılan vâkıa sebebiyle bir kaim kıymet (surrogat) elde etmişse, veya tazminat taleb etmek hakkı doğmuşsa, alacaklı bu kaim kıymetin kendisine verilmesini veya tazminat istemek hak-

(58) Dâvâ edilen borçlu, bu sıfatı borcun nakli suretile iktisab etmişse, dış borç yüklenmesini tazammun eden akdin in'ikadı anından itibaren selefin fiillerinin yeni borçluyu ilzam etmiyeceğini, fakat bundan evvelki fiillerin ilzam edici olduğunu kabul etmek lâzım gelir (BK m. 174 le kars.).

(56) Bkz. § 1, 111, 2 ve bu kısmın dipnotları.

(60) von Tuhr s. 644.

kının kendisine temlikini istiyebilir (61) (62); tabiî, kendisine mütekabil bir edim terettüb etmekte idiyse bu mütekabil edimi yerine getirmek şartiyle. Maamafih alacaklı asıl eda yerine kaim kıymeti kabule icbar edilemez (63) — zira kaim kıymeti kabul etmediği takdirde kendine düşen mütekabil edayı yerine getirmiyecek, getirmişse haksız iktisaba müstenit bir dâva hakkı bulunacaktır; halbuki belki de asıl edaya nisbetle değeri düşük olan kaim kıymeti alırsa işbu mütekabil edayı yerine getirmesi gerekecek veya esasen yerine getirmiş idiyse bahsettiğimiz dâva hakkı bulunmayacaktır — .

Alacaklı bu yolu seçmiş ve surrogat'nın kendisine naklini istemişse, mütekabil edanın tamamen yerine getirilmesi icab edip etmediği hususu bir mes'ele teşkil eder. Fikrimizce bu suale müsbet cevap verilmelidir. Zira :

a) Kaim kıymet gerek hakkında imkânsızlık vâki olan edimin (yâni davalının edimi) değerini, gerek alacaklının eda yerine getirilmiş olsa idi temin edeceği kârı karşılıyorsa, alacaklı pek tabiî olarak kendi mütekabil edimini tamamen yerine getirmelidir (64).

b) Kaim kıymet, hakkında imkânsızlık vâki olan edanın değerini karşılıyor, fakat alacaklının kaçırdığı kârı tamamen veya hiç karşılıyamıyorsa yine ayni hal tarzı câri olmalıdır (65).

c) Kaim kıymet, hakkında imkânsızlık vâki olan edanın değerini bile karşılamıyor, fakat buna rağmen alacaklı (dâvâcı) bu kaim kıymeti istiyorsa iki ihtimal vardır :

aa) Mütekabil edim (yâni kendi edimi) istediği kaim kıymetten daha az değerlidir -ki mantıken böyle olmak lâzımdır-. Bu takdirde kendi ediminde tenzilât icrasını taleb edemez (66).

---

(61) Von Tuhr (s. 644) bu prensibi 117 nci maddenin ruh ve gayesinden istihrac etmekte; Guhl ise gerekçe vermemektedir (s. 208). Guhl'ün bu prensibi tevid edmek üzere zikrettiği içtihadlar şunlardır. ATF 43 II 255 ve devamı. 234; veya JdT 1917, 459 ve devamı. 466; ATF 51 II 171 veya JdT 1925, 202.

(62) Funk (s.185) «alacaklı dâva hakkının temlikini isteyebilir» demekte, bil'akis «alacaklı... 41 inci ve müteakip maddelere tevfikan doğan dâvâ hakkını kullanabilir» demektedir. Fikrimizce dâvâ hakkı temlik edilmedikce alacaklı kendiliğinden bu yola gidemez, meğer ki özel bir kanun hükmü buna cevaz versin. Zira alacaklının haksız fiil faili üçüncü sahsa karsı dâvacı olmak sıfatı voktur. Postacıoğlu «sıfat» bahsinde doğrudan doğruya bu probleme temas etmemisse de başka vesilelerle bu pek açık keyfiyeti belirtmiştir (Bkz. Postacıoğlu Usul s. 133, 134 ve 136).

(63) Von Tuhr s. 664 d. n. 16; Arsebük s. 441 d. n. 11.

(64) (65) (66) Zira kusursuz imkânsızlığın alacaklıya, akitle temin edebileceğinden fazla menfaat temin etmesi beklenemiyeceği gibi ki bu

bb) Mütekabil edim (kendi edimi) istediği kaim kıymetten daha ziyade değerlidir —dâvâcı, mantığa aykırılığına rağmen, şu veya bu sebep dolayısiyle bu faraziyede dahi kaim kıymeti istemekte olabilir—. Bu takdirde dahi alacaklı kendi ediminde tenzilât icrasını taleb edemez. Zira hiç kimse dâvâcıyı, kendi edimine nisbetle daha az kıymette olan kaim kıymeti istemeğe icbar etmemektedir ve edemez (67).

Alacaklının kaim kıymeti isteyebilmek hakkının doğurduğu bir probleme burada dokunmamız gerekir.

Acaba borçlu B. üçüncü şahıs Ü nün bir haksız fiili neticesinde vâki olan eda imkânsızlığını gereği veçhile alacaklı A'ya bildirmiş (68) ve bundan sonra Ü aleyhine dâvâ açmış, fakat hakkında imkânsızlık vâki olan edanın değerine tekaabül etmiyen bir meblâğ üzerinden sulh olmuş ise, A'nın B'ye karşı bir mütalebe hakkı bulunacak mıdır ?

Evvelemirde belirtmek icab eder ki, Funk'un kasdetmiş olabileceğinin (69) aksine, bu dâvâ hakkı temlik edilmedikçe B'nin uhdesinde kalır, meğer ki istisnaî bir kanun hükmü mevcut ve hâdiseye kaabili tatbik bulunsun.

Şimdi mes'elenin tahliline geçelim.

a) B gerek edanın imkânsızlaştığını ve gerek işbu keyfiyetin Ü'nün bir fiil veya içtinabı ile husule geldiğini A'ya bildirmiş idi ise, mes'ele şöyle halledilmelidir :

aa) İşbu ihbar vâki olduktan sonra A hiçbir harekette bulunmamışsa, fikrimizce B. A'ya karşı yalnız hilesinden veya ağır kusurundan mes'ul olur (HUMK m. 51/11 ye kıyasen (70)).

bb) İhbar vâki olduktan sonra A, dâvâ hakkının kendisine temlikini istemişken B bu temliki icra etmeksizin, veya A nın temlik talebinde bulunmasına zaman vermeksizin dâvâ içinde veya dışında sulh olmuşsa

(67) Bkz. d. n. 63
(68) Borçlunun bu ihbar vecibesi için biraz sonra izahat vereceğiz.
(69) Bkz. d. n. 62.
(70) «kıyaşen» diyoruz; zira bu madde dâvânın ihbarından bahşet mekle beraber mes'elemizdeki ihbarla HUMK m. 49 — 52 deki» dâvanın ihbarı» aynı şey değillerdir.

hal (a) daki faraziye için vârittir — keza kusursuz imkânsızlık sebebiyle akdin ifa edilmemesinden dolayı borçluya mes'uliyet terettüb etmez ve alacaklı kâr kaybını tahammüle mecbur kalır — bkz. d. n. 60 —. Bu gerekçe de (b) ve (c) deki faraziyeler için vârittir.

1000

mücerret bu keyfiyet B hesabına bir kusur (kasd veya hiç değilse ağır ihmal) teşkil eder. B, A'ya karşı mes'ul olur. Bu mes'uliyetin menşeinden az sonra bahsedeceğiz.

b) B imkânsızlığın vâki olduğunu A'ya bildirmiş fakat sebebini bildirmemiş ise.

Mes'eleyi bu yönden cevaplandırabilmek için evvelemirde B'nin A'ya, imkânsızlığın vukuundan başka sebebini dahi bildirmek mecburiyetinde olup olmadığı hususunda bir karara varılmalıdır.

Fikrimizce, B'nin vâki olan imkânsızlığı A'ya ihbar mükellefiyeti (71) şu mülahazaya dayanır : A edimin ifa edilmeyeceğini bilsin ve işlerini buna göre tanzim etsin. B, sadece imkânsızlığın vukuunu A'ya bildirmekle bu neticeyi temin edebilmiştir. Fakat B. kendisinin Ü'ye karşı doğmuş olan tazminat istemek hakkını A taleb ettiği takdirde ona (A'ya) temlik etmekle mükellef bulunduğunu bilmiyebilir ve bilmemesi pek galip bir ihtimaldir. Bu itibarla B, ihbarında sadece imkânsızlığı bildirmekle iktifa etmiş ve bu imkânsızlığın Ü'nün bir haksız fiili veya Ü'nün mes'ul olduğu bir haksız fiil dolayısiyle ortaya çıktığını bildirmekte lâzım ve mânâ görmemiş olabilir. B'yi himayeye lâyık gösteren diğer bir mülahaza da şudur ki, eğer A kendisinin böyle bir hakkı (yâni dava hakkının kendisine temlikini istemek hakkı) bulunduğunu biliyorsa derhal B'den haksız fiil failini sormalıydı; sormamış ise ya bilmesine rağmen ihmal etmiştir ve ihmalinin neticesi kendisine râcidir, ya da bilmiyordu ve A nın bilmediği bir şeyi B nin bilmesi beklenemez.

Fakat B, A'nın bu hakkı (yâni dâvâ hakkının temlikini istemek hakkı) haiz bulunduğunu biliyor idiyse veya bilebilecek vaziyette bulunmuşsa, bu keyfiyet isbat edilmek şartiyle (72) B'nin mes'uliyetine gidilebilecektir.

---

(71) İşbu ihbar mükellefiyeti hüsnüniyet kaidelerinden doğmaktadır, von Tuhr s. 644.

(72) B'nin ihbar vecibesi BK m. 96 ya dayanıyor olsa bile bilmemek gibi menfi bir durumun isbatı imkânsız olduğundan isbat yükü yine A ya terettüb eder. Bkz. Postacıoğlu Usul s. 359 ve burada zikrolunan 22 Ekim 1940 tarihli Fedaral Mahkeme kararı. Binaenaleyh B'nin vukufu A tarafından isbat olunmalıdır. Maamafih bu görüşün münakaşa götürebileceğine şüphe yoktur. Menfi hususların isbatı problemi kakkında bilgi için bkz. Leo Roşenberg. Die Beweislast, 3. Auflage, München und Berlin 1953, § 25.

1001

İmkânsızlığın vukuunu A'ya ihbara mütedair vecibenin B tarafından ihlali halinde B ye terettüb edecek mes'uliyetin tavsifine gelelim. Bu hususta iki fikir ileri sürülebilir. Birinci fikre göre denebilir ki, asıl borç bir akitten doğmuş olsa idi bile kusursuz imkânsızlık borcu sukut ettirir (BK m. 117) (73). İmkânszlığı ihbar borcu ise akitten değil, hüsnüniyet kaidesinden doğar (74); şu hale göre akitle bir ilgisi bulunmadığı muhakkak olan ihbar vecibesinin ihlâli ancak haksız fiil mes'uliyetine yol açabilir.

Benimsemekte olduğumuz ikinci fikre göre, BK nun ikinci ve üçüncü bâbları hangi hukukî kaynaktan doğmuş olursa olsun, doğmuş ve mevcut bütün borçların hükümlerini ve sukut sebeplerini tanzim eder. Binaenaleyh ihbar borcunun ademi ifası halinde tatbik edilecek kaideler kusurlu imkânsızlık (BK m. 96) kusursuz imkânsızlık (BK m. 117) veya temerrüt'ü tanzim eden kaidelerden başkası olmayacaktır (75). Binaenaleyh ihbar vecibesinin ihlali — açıkladığımız mânada anlaşılmak kaydiyle — akdî mes'uliyeti tahrik eder (76).

§ 8. — Akde tevfikan alınan şeylerin iadesi lûzumu.

BK m. 117/II ye göre «Karşılıklı taahhütleri hâvi akitlerde bu suretle berî olan borçlu haksız iktisaplara müteaalik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.»

Alacaklı mütekabil edasını yerine getirmiş bulunuyor idiyse, bu keyfiyet borçlu bakımından bir sebepsiz iktisap teşkil eder ve alacaklının bir condictio ob causam finitam'a (sebebin nihayet bulmasından doğan istirdat dâvâsına) hakkı bulunur. Borçlunun iade mükellefiyetinin şümûlü umumî hükümlere göre belli olacaktır (BK m. 63—64).

Eğer borçlu mütekabil edimi henüz almamış ise bunu istemek hakkını kaybeder, zira birşey vermeyen birşey alamaz.

Ancak bu paragrafta incelediğimiz neticeler hususî hükümlerle mukayyettir ki BK m. 117 nin son cümlesinde mahfuz tutulan bu istisnaî hükümlere ayrı bir paragrafta (§ 11) temas edeceğiz.

(73) Hatta imkânsızlığın münferit borcu değil, akdi sukut ettirdiği firki de müdafaa edilmiştir. Bkz. Oğuzman s. 52 d. n. 48; s. 78 ve bilhassa bu sahifede d. n. 152; s. 79; s. 80; s. 85 de d. n. 184; s. 89, s. 144 d. n. 46. Müellif bu fikri gerek kusurlu gerek kusursuz imkânsızlık için savunmaktadır. (Kusurlu imkânsızlık için s. 144 de d. n. 46, kusursuz imkânsızlık için s.78 de d. n. 152).

(74) Bkz. d. n. 71.

(75) Bkz. d. n. 53 ve 56.

(76) Açıkca aynı fikirde: Von Tuhr s. 644 d. n. 4.

1002

§ 9. — Kısmî imkânsızlık durumu.

İmkânsızlık kısmî ise, bütün bu kaideler imkânsızlığın taallûk ettiği kısım için hüküm ifade eder; borç tamemen sakıt olmaz. Başka bir deyişle, «imkânsızlık ifayı imkânsız hale getirdiği nisbette hüküm ifade eder (77)». Ancak, taraflar veya bunlardan sadece biri akdin in'ikadı anında (78) istikbali görebilmiş olsalardı akdi yapmayacak idi ise. fikrimizce, BK m. 20 nin son cümlesine kıyasen, edanın bütünü hakkında vâki olan imkânsızlık faraziyesine terettüb eden hükümler tatbik olunmalıdır (79), meğer ki kısmî imkânsızlığın zuhuru borçluya kaabili isnad bulunsun. Maamafih alacaklı kısmî edayı kabul etmekte ise borçlu her halükârda ifa ile mükelleftir (80). Bu takdirde alacaklı mütekaabil edanın ayni nisbette tenzilini tabiatiyle isteyebilecektir (81).

§ 10. — BK m. 117 hilâfına mukavele yapılıp yapılamıyacağı.

BK m. 117/II nin hükümleri mukavele ile alacaklı aleyhine bertaraf edilebilir ve alacaklı hasarı tahammüle mecbur kılınabilir (82. Fikrimizce bu hükümler borçlu aleyhine dahi değiştirilebilir ve borçlu, eda kendi kusuru olmaksızın imkânsız hale gelse bile akdin icra edilmemesi dolayısiyle alacaklının düçar olabileceği zararı tazmin taahhüdünde bulunabilir. Bu görüşümüzün gerekçesi akit serbestîsidir (BK m. 19).

§ 11. — İstisnaî Hükümler.

BK m. 117 nin son cümlesinde mahfuz tutulan faraziyelerde alacaklı hasar ve zararı tamamen veya kısmen tahammüle mecbur bulunduğu cihetle, işbu tahammül vecibesinin bahis konusu olduğu nisbette BK m. 117 tatbik edilmez.

Bu dağınık hükümlerden belli başlı birkaçına işaret edelim :

BK m. 183 e göre bey' akdinde hasar müşteriye intikal edeceğinden mebiin teslimi (ve mülkiyetinin devri) imkânsız hale gelmişse buna rağmen müşteri semeni tediyeye mecbur ve eğer semeni tediye etmiş ise geri istemek hakkından mahrum olur (83).

(77) Oser/Schönenberger c 111 845. ayni görüş: Rossel s. 176 ve 177; Arsebük s. 442.

(78) Tabiî bu faraziye borç akitten doğmakta idi ise düşünülebilir. karş. d. n. 53 ve 56.

(79) Bu suretle Funk nu fikrine iltihak etmiş oluyoruz, Funk s. 186.

(80) Oser /Schınenberger c 111 s. 845; Saymen — Eldir 1/5 s. 875; Velidedeoğlu — Kaynar s. 209.

(81) Karş. § 7.

(82) von Tuhr s. 648.

(83) Fikrimizce muhtelif hukuk sistemleri arasında hasarın intikali mevzuundaki hükümleri en gayriâdil neticelere müncer olanı, Türk —

1003

BK m. 232 ye göre bey' hükümleri trampada da tatbik olunacağından aynı hal tarzı câridir.

BK m. 252 ye göre, kiracı kira mevzuu olan maldan, şahsına müteallik mücbir sebep dolayısiyle istifade edememiş bile olsa kiranın tamamını vermekle mükellef olacak ve vermişse iade talebinde bulunamıyacaktır.

BK m. 328 e göre uzun müddet için yapılan hizmet akdinde. işçi kusuru olmaksızın nisbeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret isteyebilir ve eğer ücreti almış bulunuyorsa iade etmez.

BK m. 521/III e göre, âdi şirket şeriklerinden biri şirkete sermaye olarak bir mal veya alacağın intifaını vaz'etmiş veya bir mal mülkiyetinin devrini (ve fikrimizce, buna kıyasen, bir alacağın temlikini) taahhüd etmiş ise ve şerike isnad olunamayan hal sebebiyle bu eda imkânsız hale gelirse, hasarı âdi şirket tahamül eder; daha doğrusu, diğer âkidler BK m. 117 yi ileri sürüp edasını yerine getirmeyen âkidi şirket kârından mahrum edemezler ve vermiş oldukları şeyi geri isteyemezler.

İsviçre borçlar hukuku sistemidir (Diğer sistemler ve umumiyetle hasarın intikali mevzuu için bakınız: Meylan Philippe: Periculum Est Emptoris. explication historique de 1' art. 185 al. 1 C. O. — bu makale Vom Kauf nack schweizerişchem Recht. Festschrift zum 70. Geburtştag von prof. Dr. Theo Guhlzürich 1950 adlı eserde yayınlanmıştır — ;F. de Zulueta: The Roman Law of Sale, Oxford 1945). Bu kanaatimizin iki gerekçesi vardır:

1 — Nazarî esaslara aykırıdır. Zira pek mantikî olan res perit domino kaidesi icaplarına uymamaktadır (Ayni fikir: prosper Rambaud, Explication êlèmentare du droit Romain, t . 2 éme, Paris 1893 s. 227).

2 — Periculum est emptoris kaidesi, alım — satım akdinin iki tarafa borç yükleyen mahiyetine de aykırı düşmektedir (Ayni fikir: Meylan s. 12 — 13; Zulueta s. 34). Zira haşarın akdin in'ikadı anından itibaren alıcıya geçmesi, satıcının, hasara yol açan vâkıada karşı tarafın hiçbir kusuru olmadığı hallerde bile kendi uhdesine düşen vecibeyi ifa etmeksizin semeni isteyebilmesi neticesini doğurur; buna mukabil alıcı. kendi kusuru olmaksızın aciz haline düsse ve semeni tediye kaabiliyetini kaybet se. mebiin teslimini isteyemiyecek, böyle bir talepte bulunduğu takdirde satıcı exceptio non adimpleti contractus ile karşısına dikilecektir. Görüldüğü üzere periculun est emptoris kaidesi, hukukun en önemli bir prensibini, eşitlik perensibini ayaklar altına almaktadır.

Kaldı ki kaide bazı hallerde satıcıya sebepsiz menfaat dahi temin etmektedir. Meselâ aynî şeyi üstüste iki kimseye satmış olan satıcı, kendi kusuru olmaksızın mebie hasar vâki olduğu takdirde iki alıcıdan da semen istiyebilecektir (Zulueta s. 34; P. F. Girard, Précis de droit Romain, 2. cilt, 3. basım, Paris 1882 s. 581 de d. n. 2). Keza, başkasına ait malı satan kimse dein de hal böyledir (Zulueta ibit., Girard ibit.).

1002

İÇTİHATLAR

I — YARGITAY HUKUK KARARLARI

MÜDAFAANIN TEVSİİ

ÖZÜ : Dâvalı vekili, nizalı yerin müvekkillerinin tapulu yeri olduğunu savunmuş olmasına göre. ibraz ettiği tapu yerine başka bir tapu ibraz etmek istemesi ile mülkiyet yolundaki savunması değişmiş olmaz ve müdafaanın tevsiî sayılmaz.

(HUMK m. 202)

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 11/2/961 gün E. 7594 K. 826)

Dâvalılar vekili 20/10/958 tarihli cevap layıhasında ve duruşmada nizalı yerin müvekkillerinin tapulu yeri olduğunu beyanla savunmada bulunmuş ve 306 tarihli tapuya istinat etmiştir. Ve bu tapu kaydını celp ettirmiştir. 27/9/959 tarihli keşifte ise yanlış tapu ibraz ettiklerini beyanla 321 tarih 129 numaralı tapuyu ibraz etmek ve bunu tatbik ettirmek istemiştir. Dâvacının itirazı üzerine mahkeme bu hususu müdafaanın tevsii mahiyetinde görerek dâvalılar vekilinin talebini red etmiştir. Halbuki dâvalılar vekilinin keşifteki müdafaası müdafaayı tevsi mahiyetinde değildir. Çünkü evvelce verdiği mezkûr cevap layıhasında ve duruşmadaki şifahi beyanında nizalı yerin tapu ile müvekkillerinin mülkiyetinde olduğunu savunmuştur. İbraz ettiği tapu yerine başka bir tapu ibraz etmek istemesi ile mülkiyet yolundaki savunması değişmiş olmaz. Son ibraz edilmek istenen tapu kaydı ayni mahiyette savunma delilidir. Bu itibarla dâvalıların tapuları alınarak bu tapu sahibine ittisalleri tesbit edilmek ve mahalline tetbik edilmek ve neticesine göre karar verilmek icabederken müdafaanın tevsi edildiğinden bahsile yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince nakzına ve mümeyyiz vekili için takdir edilen 200 lira mürafaa vekâlet ücretinin mümeyyüzünaleyhten tahsiline ve aşağıda yazılı nakız harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 11/2/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

GAYRİMENKUL DÂVALARINA TAALLÛK EDEN TAVZİH — SELÂHİYETLİ MAHKEME

ÖZÜ : Gayrimenkul dâvaları, gayrimenklün bulunduğu mahal mahkemesinde görülür. Gayrimenkulün bulunduğu yerde sonradan mahkeme teşkilâtı kurulması halinde artık bu gayrimenkulle ilgili hükümleri tavzihe selâhiyetli mahkeme gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesidir.

1005

(HUMK m. 13, 456)

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 19/2/960 gün E. 819 K. 1197)

Hukuk usulü muhakemeleri kanunun 456 ıncı maddesi, tavzih talebinin hükmü veren mahkemeye ita olunacak, arzuhal ile vaki olacağını beyan etmekle selâhiyetli mahkemeyi göstermiştir. Gayrimenkul dâvalarının, gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesinde rüyet edilmesi bir intizamı amme meselesidir. Karataşta mahkeme teşkilât kurulunca, Adana mahkemesinin karataşta bulunan gayrimenkuller üzerinde ki kazaî selâhiyeti mürtefi ve Karataş mahkemesi Adana mahkemesinin yerine kaim olmuş bulunmaktadır. Binaenaleyh hükmün tavzihi talebinin de Karataş mahkemesi tarafından tetkik edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla varit olan bozma dileğinin kabuliyle mümeyyüzünbih hükmün H. U M. kanun 428 inci maddesi gereğince nakzına 19/2/960 tarihinde ittifakla karar verildi.

MÜMEYYİZ OLMAYAN ŞAHSIN TASARRUFU — HAKSIZ İKTİSAP

ÖZÜ : 1 — Medenî Kanun mucibince mümeyyiz olmayan şahsın tasarrufu hüküm ifade etmez.

2 — Muteber olmayan bir sebebe istinaden alınan paranın iadesi için ayrıca dâva açılması icap eder.

(MK m. 15 — BK m. 61 müt.)

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 20/2/960 gün E. 959/5887 K. 960 1205)

Dâva dâvacının satış bedelini yatırmadığından ve bu itibarla dâvaya selâhiyeti gelmediğinden bahsile reddedilmiş olduğuna göre dâvalı aleyhine henüz bir hüküm mevcud bulunmadığı cihetle dâvalının temyiz itirazının reddine; dâvacı vekilinin temyizine gelince : Dâva akıl hastalığı sebebiyle mümeyyiz olmıyan Mehmedin yaptığı gayrimenkul satış aktinin feshiyle kaydın tashihi talebinden ibarettir. Medeni Kanun mucibince mümeyyiz olmıyan şahsın tasarrufu hukukî bir hüküm ifade etmez. Lüzum ifade etmiyen böyle bir tasarruf sebebiyle kaydın tashihi talep edilebilir. Dâvacının satış bedelini vesaireyi peşinen yatırmağa kanunî mecburiyeti yoktur. Muteber olmıyan bir sebebe istinaden alınan paranın iadesi için Borçlar kanununun 61 ve müteakib maddeleri mucibince ayrıca dâva açılması icabeder. Bu cihetler gözönünde tutulmaksızın kanuna uymayan mütalaa ile satış bedeli yatırılmadığından bahsile dâvanın reddi cihetine gidilmesi yolsuz ve dâvacı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci mad-

1006

desi mucibince nakzına ve mümeyyiz vekili için takdir edilen 200 lira mürafaa vekâlet ücretinin karşı taraftan alınmasına ve aşağıda yazılı nakız harcının da ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 20/2/960 tarihinde ittifakla karar verildi.

VAZİFE — İSKÂN KOMİSYONU KARARININ KALDIRILMIŞ OLMASI

ÖZÜ : Tapunun mesnedi olan İskân Komisyonu kararı, aynı komisyon kararı ile tadil ve tashih edilmiş olmasına göre, ortada iptali mucip bir idarî karar kalmamış olduğu gözönünde tutularak dâvanın kabulü gerekir.

(HUMK m. 1, 7)

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 20/2/960 gün E. 1506 K. 1212)

Tapunun mesnedi olan 12/9/933 tarihli iskân komisyonu kararı aynı komisyonun 12/9/958 tarihli kararı ile tadil ve tashih edilerek nizalı evin yarısının Hacı Hasan veresesi olan dâvacılara temlik edilmiş olduğuna göre ortada iptali mucip bir idarî karar kalmamış olduğu gözönünde tutularak dâvanın kabulü gerekli iken yazılı mütalalarla reddine karar verilmesi yolsuz olup hükmün bu sebeple bozulması icabederken zuhulen tasdik edildiği bu kerre yapılan tetkikât neticesinde anlaşıldığından tashihi karar talebinin kabuliyle tasdika mütedair daire kararının kaldırılmasına ve hükmün yukarıda yazılı sebebe binaen H. U. M. K. nun 428 inci maddesi mucebince nakzına ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 20/2/960 tarihinde ittifakla karar verildi.

TAPULU YERİN BİR KISMI ÜZERİNDEKİ ZİLYETLİK — İKTİSAP ZAMAN AŞIMI

ÖZÜ : Nizalı yer, dâvacıların murisi adına kayıtlı tapunun çevrelediği yerin bir kısmı olduğundan iktisap zamanaşımı dâvalılar lehine uygulanamaz.

(MK m. 639/2)

(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 21/9/961 gün E. 3770 K. 4656)

Dâva konusu gayrımenkul Subat 1340 tarihli tapuda dâvacıların murisi adına kayıtlıdır. Mahkemece 30-35 sene evvel dâvacıların murisi tarafından dâvalıların murisine satılıp o zamandanberi dâvalılar ve mu-

risleri ellerinde olduğundan ve dâvacıların dayandığı tapunun hukukî kıymetini kaybettiğinden bahsile dâva ret edilmiştir. Halbuki haricî satış tarihine ve dâvalıların ve murislerinin zilyetlik müddetine göre hadisede dâvalılar lehine 1515 sayılı kanunda yazılı şartlar tahakkuk etmemişdir. Dâvalıların medeni kanunun 639 ıncı maddesinin 2 inci fıkrası mucibince tapu iptali ve tesçil talep ve dâvaları da olmadığı gibi esasen nizalı yer tapunun çevrelediği yerin bir kısmı olduğundan olbaptaki tevhidi içtihat kararı mucibince medeni kanunun mezkür maddesinin dâvalılar lehine uygulanması da mümkün değildir. Bu cihetler gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi mucibice nakzına ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 21/9/961 tarihinde ittifakla karar verildi.

İRTİFAK HAKKI TESİSİ — SU YOLU GEÇİRİLMESİ — GEZİCİ ARAZİ KADOSTRO MAHKEMESİNİN GÖREVSİZLİĞİ

ÖZÜ : Umumî hükümler dairesinde ve kanun maddesinin 668. maddesi uyarınca su yolu geçirmek hakkı iktisap edilmiş olmadıkça olaya 653. maddenin tatbik edilemiyeceği ve 668. maddenin tatbiki gezici arazi kadastrosu mahkemesinin vazifesi haricinde olduğu.

(MK m. 653, 668, 704 — 5602 SK m. 13)

(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 18/5/961 gün E. 5163 K. 4791)

Taraflar arasında tapulama tesbitinden mütevellit dâvadan dolayı verilen hükmün temyizen tetkiki Mehmet aydın vekili Fevzi Aksoy tarafından müddetinde istenilmekle dosyadaki kâğıtlar okunup gereği görüşüldü :

Tapulama tesbiti tapu kayıtlarına istinat ettirilmiştir. Mümeyyiz dâvacı o civarda bulunan değirmenine ait suyu umumî sudan alıp dâvalı tarafın muvafakatı ile nizalı parselden geçirdiğini ileri sürmüş, su arkı üzerinde intifa hakkının tanınmasını istemiştir. Degirmenin ve su harkının inşa tarihi ile tapulama tarihi arasında 20 sene geçmemiş ve esasen nizalı parsele uygulanan tapu muhtevası zilyetlikle iktisaba müsait bulunmamış olması itibariyle olayın kanun maddenin 704. maddesinin son fıkrası ile alakası mevcut değildir. umumî hükümler dairesinde ve kanun medeninin 668. maddesi uyarınca su yolu geçirmek hakkı iktisap edilmiş olmadıkca olaya 653. madde tatbik edilemez. 668. maddenin tatbiki gezici arazi kadastrosu mahkemesinin vazifesi haricindedir. Ancak dâvacı su harkını

1008

dâvalı tarafın muvafakatiyle geçirdiğini iddia etmektedir. Bu cihet sabit olduğu takdirde 5602 sayılı kanunun 13. maddesi zilyet dâvacı lehine tatbık olunabilir. Bu yönden tetkikat yapılmak ,davalı tarafın su harkı geçirilmesine muvafakat edip etmediği araştırılmak, bu hususta taraflardan delilleri sorulmak ve toplanmak deliller takdir edilerek bir karar verilmek gerekirken ihtilâfın mücerret umumi hükümler dairesinde halli cihetine gidilmesi isabetsiz dâvacının temyiz itirazları yerinde olduğundan kabuliyle hümün **bozulmasına** ve 5602 sayılı kanunun 54. maddesi gereğince harç alınmasına mahal olmadığına 18/5/1961 tarihinde ittifakla karar verildi.

ZİLYETLİKTE İNKİTA — ÇAYIN MUVAKKATEN GAYRÎ MENKULÜ İSTİLASI

ÖZÜ : Çayın istilâsı sebebiyle muvakkat zaman için gayrimenkulün kullanılmamış olması zilyetlikte inkitaı tazammun etmez.

(MK m. 639)

(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 23/5/961 gün E. 5354 K. 4946)

Taraflar arasında tapulama tespitinden mütevellit dâvadan dolayı verilen hükmün temyizen tedkiki Maliye Hazinesi tarafından müddetinde istenilmekle dosyadaki kâğıtlar okunup gereği görüşüldü :

Tapuda kayıtlı olmyan ve yüzölçümü 20 dönümü geçmeyen dâva konusu gayrımenkulün çay metrûkâtı olduğundan bahsiyle Hazine namına yapılan tapulama tespitine karşı dâvacı zilyetliğe dayanarak itiraz etmiştir. Nizalı gayri menkulün çay metrûkâtı olmadığı, ötedenberi tarla olarak kullanıldığı, iktisap zamanaşamı süresince ve mâlik gibi dâvacının elinde bulunduğu 3-4 senede bir çayın istilâsına maruz kaldığı keşif ve bilirkişilerin mütalâa ve şehadetleriyle tespit olunmuştur. Çayın istilâsı sebebi ile muvakkat zaman için gayri menkulün kullanılmamış olması zilyetlikte inkıtaı tazammun etmez. İlâmda yazılı sair gerekçelere göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına ve 5602 sayılı kanunun 54. maddesi gereğince harç alınmasına mahal olmadığına 23/5/1961 tarihinde ittifakla karar verildi.

1009

ARAZİ KADASTROSU SIRASINDA VE KADASTRO DÂVALARINDA İLÂN

ÖZÜ : 5602 sayılı kanunun II. maddesi mucibince duruşma günleri ilân edildiği hallerde ayrıca dâvetiye tebliğine lüzum ve zaruret olmadığı

(5602 SK m. 6, 7. 11, 22)

(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 13/7/961 gün E. 6979 K. 6435)

Taraflar arasında tapulama tespitinden mütevellit dâvadan dolayı verilen hükmün temyizen tetkiki dâvacı tarafından müddetinde istenilmekle dosyadaki kâğıtlar okunup gereği görüşüldü :

Zilyetliğe istinatla yapılan tapulama tesbitine, mümeyyiz dâvacı tarafından, miras hissesi bulunduğundan bahsiyle itiraz edilmiştir. 5602 sayılı kanunun 6 ve 7. maddeleri gereğince yapılan ilânın ilgili şahıslara tebliğ hükmünde olduğu 22. maddede tasrih edilmiştir. Dâvacı bu suretle muttali olduğu tapulama tesbitine kanunî müddeti içinde itiraz etmiştir. Sözü geçen kanunun 11. maddesi mucibince duruşma günleri de ilân edilmiş olup ilgililere ayrıca dâvetiye tebliğine lüzum ve zaruret mevcut değildir. Dâvacı dilekçesinde itiraz ettiği Parsellerin numaralarını yazmış ve bu parsellerde miras hissesi bulunduğunu ileri sürmüştür. Tapu vergi kayıtları gibi delillerden bahsetmemiştir. Bu itiraz üzerine resen tahkikat yapılmış nizalı parsele dâvalının iktisap zaman aşımı süresince ve mâlik gibi zilyet bulunduğu şahadetle tesbit edilmiştir. Dâvacı duruşmaya gelmemiş ve mukabil delil göstermemiştir. Bu sebeplere ve ilâmda yazılı sair gerekcelere göre dâvacının temviz itirazları yerinde olmadığından reddiyle hükmün **Onanmasına** ve 5602 sayılı kanunun 54. maddesi gereğince harc alınmasına mahal olmadığına 13/7/1961 tarihinde ittifakla karar verildi.

HÂKİMİN VEFATI — NİHAİ KARARIN İMZA EDİLMEMESİ

ÖZÜ : Son hükmün vazılmasından ve imzalanmasından önce hâkimin vefat etmiş olması takdirinde yapılacak işlem.

(HUMK m. 390)

(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 14/9/961 gün E. 9301 K. 7187)

Taraflar arasında tapulama tespitinden mütevellit dâvadan dolayı verilen hükmün temyizen tetkiki dâvacılar vekili Avukat Suat Akıncı tarafından istenilmekle bittedkik :

Taraflara tefhim olunan hükmün mahiyeti son duruşma zaptında belirtilmemiştir. Dosyada ilâm mevcut değildir. Mahkeme kalemi tarafından tanzim olunan tebelliğ ilmuhaberinde kararın tebelliğ edildiği

1010

yazılıdır. Temyiz arzuhalinde son duruşma celsesini idare eden hâkimin nihai kararı yazıp imza etmeden vefat eylediği ve ortada bir karar bulunmadığı bahis konusu edilmektedir. Sevk müzekkeresinde bu hususta bir açıklama yapılmamıştır. Bu itibarla dosyanın mahalline iadesine, son duruşma celsesini idare eden hâkimin vefat etmiş olup olmadığı, vefatından evvel bu dosya hakkında nihai kararı verip vermediği hususunun mahalli mahkemesinden sorulmasına, nihai karar verilmiş ve imzalanmış ise tasdikli bir suretinin dosya içine konulmasına, bir suretinin taraflara tebliğine, o karar aleyhine temyiz talebi sebkettiği takdirde temyiz tedkikatı yapılmasına, hâkim kararı yazıp imzalamadan evvel vefat etmiş ve ortada verilmiş nihai bir karar mevcut değilse halen salâhiyetli bulunan hâkimin keyfiyeti belirterek dosyayı ele almasına, tarafları davet etmesine, dâvete icabet edenleri dinledikten sonra tahkikat tekemmül etmiş ise duruşmaya nihayet verip tahkikat neticesine uygun şekilde nihai kararı ittihaz ve ilâmı tanzim eylemesine, o ilâmın taraflara tebliğine, hakim tahkikatın tekemmül etmemiş olduğunu görürse noksanları ikmal ettikten sonra nihai kararı vermesine ve 5602 sayılı kanunun 54. maddesi gereğince harç alınmasına mahal olmadığına 14/9/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN İCRA DAİRESİNDE BEYANI — KAYDİYE HARCINDAN İSTİSNAİYET

ÖZÜ : Üçüncü şahsın 89. maddeye müsteniden vaki tebligat üzerine icra dairesine yapacağı beyan kayıt harcına tabi değildir.

(İİK m. 89 — 5887 SK 2 sayılı Tarife sıra no 1)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 18/9/961 gün E. 6985 K. 8063)

Üçüncü şahıs şikâyetçi Burhan Gencel ile diğer taraf alacaklı Ali Haydar Erişkene müteallik olmak üzere (Ayvalık İcra İşleri Tedkik Merciinden verilen ve haciz ihbarnamesi tebliğine karşı ileri sürülen itirazı havi dilekçe kayt harcından ari bulunmuş olduğundan ve yapılan icra memurluğu muamelesinde kanuna aykırı bir cihet görülmediğinden vaki şikâyetin reddine mütedair bulunan 30/5/961 tarih ve 52/45 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tedkiki şikâyetçi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

1011

İcra dairelerine ne gibi işlerde istidaname ile müracaat olunacağı İcra ve İflâs kanununda tahdidi şekilde zikredilmiş olup mezkûr kanunun değişik 89 uncu maddesinde bahsi geçen yazılı beyan istida mahiyetinde değildir. Bu itibarla Harçlar Kanunun 2 sayılı tarifesinin 1 numaralı bendinde yazılı kayıt harcına tabi istidaname mahiyetinde telâkki olunamaz. Üçüncü şahıs 89 uncu maddeye tevfikan tebliğ edilen ihbarnameyi müteakip müddeti içinde icra dairesine verdiği yazılı beyanla gayrimenkûl emlâk Kredi Bankasına ipotekli ve takip mevzuu olduğu için kira paralarını mezkûr bankaya yatırdığını bildirdiğine ve bu beyan kayıt harcına tâbi olmadığına göre şikâyetin kabulü iktiza ederken hilâfına yazılı düşünce ve sebeblerle reddolunması usule aykırı, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden temyiz olunan kararın İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. K. nun 428 inci maddeleri uyarınca bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafların ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 18/9/961 trihinde oy birliğiyle karar verildi.

ÖDEMEME PROTESTOSU SÜRESİNİN GEÇMESİNDEN SONRA CİRO — ALACAĞIN TEMLİKİ — BELGENİN RESMİ MERCİLERCE ZİYAI

ÖZÜ : Emre muharrer senedin veya poliçenin, ödememe protestosu tanzimi için muayyen olan müddetin geçmesinden sonra ciro edilmesi temlik mahiyetindedir.

(TTK m. 602, 626 — BK m. 165 — HUMK m. 294)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 19/9/961 gün E. 6902 K. 8121)

Alacaklı Hakkı Erol ile borçlular Muallâ ve Ali Kesinli'ye müteallik olmak üzere (Kemalpaşa) İcra İşleri Tedkik Merciinden verilen ve borçluların 550 lira hakkındaki itirazlarının refine ve 150 lira ücreti vekâletin borçlulara tahmiline mütedair bulunan 25/11/959 tarih ve 957/17 — 1959/27 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tedkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Hakkı Eroğlu, vadenin ve protesto keşidesi için muktazi müddetin mürurundan sonra yapılan ciroya müsteniden hamildir. Türk Ticaret kanununun 602 inci maddesi mucibince; protestonun tanzimi için muayyen olan müddetin geçmesinden sonra yaplan ciro ancak alacağın temliki hükümlerini meydana getirir. Borçlar Kanununun 165 inci maddesinde, temlik veya temellük eden tarafından alacağın temlik olunduğu kendisine bildirilmezden evvel, evvelki alacaklıya ve mütevali temlikler yapılmışsa alacağı temellük edenlerden tercihi lâzım gelen biri varken diğerine.

1012

iyi niyetle tediyede bulunan borçlunun beri olacağı yazılıdır. Borçlulardan Ali Borcunu asıl alacaklıya ödediğini bildirerek makbuz ibraz etmiş ve taşıdığı imzanın tetkikine karar verilmiş olduğu halde bu muameleler yapılmadan belge dosyadan kaybolmuştur. Belge «resmi merciler de ve borçluya isnad edilebilecek bir kusur olmaksızın zayi edildiğine göre H. U. M. K. nun 294 üncü maddesine tevfikan tediye def'inin» şahitle isbatına imkân vardır. Bu takdirde ihtilâfın halli rüiyeti muhakemeye muhtaç olup mahdut yetkili icra merciinin vazifesi dışında kalır. Bundan başka borçlulardan Mualla senetteki imzayı inkâr ettiğine göre usulen istiktap veya tatbikat yapılması icap ederken ihmâl olunmuştur.

Netice : Borçluların temyiz istekleri yukarıda yazılı sebeblerle varit görüldüğünden merci kararının İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. K. nun 428 inci maddeleri uyarınca Bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafların ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/9/961 gününde oy birliğile karar verildi.

TAKSİTLE ÖDEME — EMRE MUHARRER SENET

ÖZÜ : Taksitle ödeme şartını muhtevi senet emre muharrer senet sayılmaz.

(TTK m. 688, 689 — BK m. 162)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 21/9/961 gün E. 7779 K. 8209)

Alacaklı Ali Yüksel ile borçlu Niyazi Yılmaz'a müteallik olmak üzere (İstanbul) İcra Hakimliğinden verilen ve borçlunun takip tarihinden itibaren % 5 faizle birlikte 465 lira üzerinden itirazının muvakkaten refile «150 lira ücreti vekâletin borçluya tahmiline mütedair bulunan 25/4/961 tarih ve 960/11200 — 961/291 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tedkiki» borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Takip müstenidi olup taksitle ödeme şartını havi senet Türk Ticaret kanunun 688 ve 689 uncu maddeleri muvacehesinde emre muharrer senet sayılamz böyle adi mahiyetli senedin Ticaret kanununa değil Borçlar Kanununun alacağın nakline mütedair hükümlerine göre temliki bahis konusu olabilir. Bu takdirde hiç bir meşruhatı ihtiva etmeyen, mücerret bir imza ile alacağın nakli mümkün değildir. Bu husus gözönünde tutulmadan refi itiraz talebinin kabul edilmesi kanuna aykırı, temyiz isteği yerinde görüldüğünden temyiz edilen kararın İ. İ. K. nun 366 ve H. U. M. K. nun 428 inci maddeleri uyarınca Bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafların ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 21/9/961 gününde oy birliğile karar verildi.

1013

MENKÛL MÜLKİYETİ — TRAFİKTEKİ KAYIT

ÖZÜ : Trafikteki kayıt hakiki mâliki tâyin bakımından tam ve kesin bir delil mahiyetinde kabul olunamaz. Böyle bir kayda rağmen mülkiyet iddia eden kişinin delilleri toplanmak lazımdır.

(MK m. 686, 687, — 232 SK m. 21)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 25/9/961 gün E. 7503 K. 8327)

Dâvacı alacaklı kâmil Babalık ile dâvalı borçlular İbrahim Yiğit ve Bahattin Pehriz ve müstehik Rauf Pehriz'e müteallik olmak üzere (Hadim) icra İşleri Tedkik Merciinden verilen ve mahcuz 70430 plakanumaralı kamyon hakkındaki istihkak iddiası sabit görüldüğünden yediemin olarak Mehmet Köprülüye teslim olunan kamyon üzerindeki haczin kaldırılması ve üçüncü şahıs Rauf Pehriz tarafından ibraz edilen trafik ruhsatnamesinin tasdikli bir sureti dosyaya konarak istediğinde aslının kendisine verilmesine mütedair bulunan 21/6/961 tarih ve 5/5 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tedkiki dâvacı alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Trafik kanununun 21 inci maddesi hükmü Medeni kanunun menkûl mülkiyetine müteallik hükümlerini kara nakil vasıtaları mevzuunda lağvetmiş değildir. Trafik kanunu kara trafiğinin intizam ve selametini emniyet altına almak mülahazasiyle hazırlanmış ve ihlâli halinde kendisine mes'uliyet terettüp edecek şahsın tâyini için de 21 inci madde hükmü konulmuştur. Bu itibarla trafikteki sicil hakiki mâliki tâyin etmek bakımından değil mes'ulu takip etmek bakımından hüküm ifade eder. Tetkik mevzuu hadiseye gelince; davacı mücerret trafik kaydına istiad edip başkaca delil gösterememiştir. Mahcuz otomobilin yarı hissesi 17/7/1958 tarihinde borçlu İbrahim üzerine kayıtlı iken icra takibinden dört ayı mütecaviz bir zaman sonra borçlu ile arasında akrabalık münasebeti bulunan Rauf namına nakledilmiş buna rağmen haciz, kamyon borçlunun elinde iken vaz olunmuştur. Şahit Bekir, Mehmet Altay ve Hasan; Kamyonun yarı hissesinin borçlunun olduğunu açık ve kesin surette söylemişlerdir. Bu delil, karine ve emarelerin red ve tâlil sebepleri gösterilmeksizin mücerret trafik vesikasına müsteniden istihkak dâvasının kabulü usule aykırı, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden merci kararının İcra ve İflas kanununun 366 ve H. U. M. K. nun 428 inci maddeleri uyarınca Bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafların ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 25/9/961 gününde oy birliğile karar verildi.

1014

POLİÇE VE BONODA KISMÎ CİRO — ÖDEMEME PROTESTOSU

Özü : Poliçe ve emre muharrer senetlerin kısmî cirosu batıldır. Birden ziyade lehdarı olan senedin bunlardan münhasıran biri tarafından ciro edilmesi de kısmî ciro mahiyetindedir.

(TTK m. 558, 559. 560, 594, 642)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 26/9/961 gün E. 7216 K. 8440)

Alacaklı T. Garanti Bankası ile borçlular Ahmet Çıkrıkcı ve Mustafa Özkara'ya müteallik olmak üzere (Ankara) İcra Hâkimliğinden verilen ve borçlulardan Ahmet Çıkrıkcının 15000 lira asıl alacak ve 110 lira komisyon ücreti ki cem'an 15110 lira üzerinden itirazının refine diğer borçlu Mustafa Özkara hakkınad vârit görülmeyen refi itiraz talebinin reddine ve 150) lira ücreti vekâletin Ahmet Çıkrıkcıdan alınarak alacaklıya ve 150 lira ücreti vekâletin de alacaklıdan alınarak Mustafa Özkara vekiline verilmesine mütedair bulunan 6/6/961 tarih ve 960/4235 — 1961/2090 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tetkiki borçlulardan Ahmet Çıkrıkçı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Poliçe ve bono gibi ticari senetler kıymetli evraktan mâduttur. Bunlarda mündemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyan edilemiyeceği gibi başkalarına da devir olunamaz. Türk Ticaret kanununun 558, 559 ve 560 ıncı maddelerinde belirtildiği veçhile. mülkiyet veya sair bir aynî hak tesisi maksadiyle evrakın devri için her halde senet üzerindeki zilyedliğin devri ve bu devrin emre yazılı senetlerde ciro, nama yazılı senetlerde ise devir beyanını havi imzalı meşruhata istinad ettirilmesi zaruridir. Bütün hallerde ciro poliçenin cirosu hakkındaki hükümlere göre yapılır, Devir için tam ciro ve senedin teslimi kâfidir. Aynı kanunun 594 üncü maddesinde, «de» cironun kayıtsız ve şartsız olacağı, kısmı. cironun batıl olduğu tebarüz ettirilmiştir. Mahiyeti ve tedavül şekli kıymetli evrakın kısmen cirosuna mani olduğu gibi bu husus yukarıda işaretlenen kanun maddelerinde de tasrih edilmiş bulunmaktadır. kısmî ciro veya devir münhasıran tek şahıs namına veya emrine verilmiş senet bedelinin bir cüz'üne taallûk edebileceği gibi birden ziyade şahıs lehine tanzim edilmiş senedin lehdarlarından yalnız biri tarafından kendi hakkına münhasır olmak üzere yapılması da mümkündür. Her iki halde de senet bedelini kısmen ciro veya devir etmek gibi bir maksat mündemiç bulunduğundan mua mele 594 üncü madde hükmü şümûlüne girer.

Tedkik mevzuu hadiseye gelince; takip müstenidi poliçenin iki lehtarı bulunduğu halde ciro bunlardan yalnız Nihat Acer imzasiyle yapılmış

1015

mumaileyhin diğer lehtar Mustafa Özkara'yı temsil ettiği ve cironun onda şamil bulunduğu tevsik olunamamıştır. Alacaklılar arasında teselsül hükümleri carî olamıyacağından Nihat 'ın yaptığı ciro kendi hakkına münhasır kalıp kısmı ciro mahiyeti arz ettiğinden hükümsüzdür. Böyle hükümsüz bir ciro ile senedi ele geçiren alacaklı bankanın takip yetkisini haiz olmadığının düşünülmemesi ve sureti kabule göre de. Türk Ticaret kanununun 645 inci maddesi mucibince müddetinde ödememe protesto keşide edilip edilmediği araştırılmaksızın keşidecinin mesuliyeti cihetine gidilmesi kanuna aykırı, temyiz talebi yerinde görüldüğünden merci kararının İ. İ. K. nun 366 ve H. U. M. K. nun 428 inci maddeleri uyarınca bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafların ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 26/9/961 gününde oy birligiyle karar verildi.

ÖDMEME PROTESTOSUNUN KEŞİDESİNDE MÜDDET — MÜRACAAT HAKKININ DÜŞMESİ

ÖZÜ : Ödememe protestosunun ödeme gününü takip eden iki iş gününde çekilmesi lâzımdır. Daha evvel veya sonra çekilen protestoların hükmü yoktur.

(TTK m. 622, 642)

(Yargıtay İcra İflâs Dairesi 28/9/961 gün E. 7666 K. 8451)

Alacaklı Akbank ile borçlular Ziya Aksoğan, Yusuf Özdemir ve Yusuf Özdemir Ziya Aksoğan kollektif şirketine müteallik olmak üzere (Adana) İcra hâkimliğinden verilen ve münker imzaların keşideci Yusufla cirantalardan kollektif şirketine ait olduğu bilirkişi tatbikatından anlaşılmakla bunların itirazlarının muvakkaten refile 150 lira ücreti vekâletin keşideci Yusuf ve kollektif şirketine tahmiline ve takip yapan banka takip müstenidi emre muharrer senedi ciranta Ziyanın teminat cirosu ile elinde bulundurduğuna göre teminat veren bu şahıs aleyhine takip yapamıyacağına göre cirantalardan Ziya Aksoğanın itirazının kabulü ile onun hakkındaki takibin durdurulmasına mütedair bulunan 13/6/961 tarih ve 960/620 961/313 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tedkiki borçlular vekileri tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmis olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Muhakeme zabıtnamesiyle mübrez belgeler münderecatına ve hükmün gerekçelerine göre Yusuf Özdemir'in temyiz itirazları yerinde değildir.

Kollektif Şirketin temyiz talebine gelince; bonolar hakknda da tatbiki mümkün Türk Ticaret kanununun 626 ıncı maddesinde gösterildiği

1016

gibi, muayyen bir günde veya keşide gününden veya görüldükten muayyen bir müddet sonra ödeme şartını havi bir ticari senetten dolayı çekilecek ödememe protestosunun ödeme gününü takip eden iki iş günü içinde çekilmesi lâzımdır. Bu müddetten evvel veya sonra çekilmiş protestonun hükmü yoktur. Tedkik mevzuu hadiseye gelince, senedin vadesi 4/7/960 gününde bittiği halde hamil banka yukarda yazılı müddete riayet etmemiş ve bu itibarla adı geçen kanunun 642 inci maddesi mucibince cirantaya karşı olan hakkını kaybetmiştir. Bu cihet düşünülmeksizin ciranta kollektif şirketin itirazının ref edilmesi kanuna aykırı, temyiz isteği yerinde görüldüğünden merci kararının İcra ve İflas kanununun 366 ve H. U. K. nun 428 inci maddeleri uyarınca bozulmasına ve aşağıda yazılı masrafların temyiz isteyenden alınmasına 28/9/961 gününde oy birliğile karar verildi.

TAKSİTLE ÖDEME TAAHHÜDÜNÜ İHLÂL

ÖZÜ : İcra ve İflâs Kanununun 340. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için ya mezkûr kanunun 111. maddesine göre yapılmış bir takside bağlama muamelesi yahutda alacaklının muvafakati ile kararlaştırılmış borcu ödeme taahhüdü bulunmalıdır.

(İİK m. 111, 340)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 28/9/961 gün E. 8067 K. 8465)

Borç ödeme taahhüdünü ihlalden sanık Tahir Özkardeş'in yapılan duruşması sonunda : İ. İ. K. nun 340 ıncı maddesi gereğince 7 gün süre ile hapsine ve 250 kuruş harcın sanıktan alınmasına dair (İskenderun) İcra İşleri Tedkik Merciinden verilen 7/6/961 tarih ve 960/25-961/14 sayılı hükmün müddeti içinde temyizen tetkiki sanık tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya C. Başsavcılığından bozma talebini havi 9/8/961 tarih ve 960/667 sayılı tebliğname ile daireye tevdi edilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

Borcu ödeme şartını ihlal suçunun tekevvünü için taahhüdün ya İ.İ.K. nun 111 inci maddesindeki şartlara uygun olması veyahut da alacaklının muvafakatı ile kararlaştırılmış bulunması lâzımdır. Tedkik mevzuu hadisede. ne 111 inci maddeye uygun ödeme şartı ve ne de alacaklı tarafından kabul edilmiş bir taahhüt bulunmamaktadır. 340 ıncı madde de yazılı suçun tekevvün etmediği düşünülmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi ve kabul suretine göre de hafif hapis yerine hapis cezası tâyin edilmesi kanuna aykırı, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden tebliğname

gibi hükmün İcra ve İflas Kanununun 366 ve C. M. U. K. nun 321 inci maddeleri uyarınca bazulmasına ve aşağıda yazılı harcın ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 28/9/961 gününde oy birliğiyle karar verildi.

MERHUNUN TEMİNATSIZ ALACAKLAR İÇİN SATIŞI

ÖZÜ : Merhun; rüçhanlı alcaklarla paraya çevrilme ve paylaştırma masraflarının üstünde bir bedele artırıldığı takdirde üçüncü şahıslar tarafından sattırılabilir. Merhunun bu şartlar dahilinde teminatsız alacaklar için haczi mümkündür.

(İİK m. 116)

(Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 2/10/961 gün E. 7856 K. 8604)

Şikâyetçi Haymana Tarım Kredi Kooperatifi ile borçlu Bünyamin Sümer ve Alacaklı Mustafa Azmi Sönmez'e müteallik olmak üzere (Haymana) İcra İşleri Tetkik Merciinden verilen ve Azmi Sönmez'in alacağından dolayı borçlu Bünyamin Sümerin elindeki dikiş makinesinin Siüen marka radyo, ceviz sandık, halı ve seccadeye haciz konulduğu anlaşılmakla Kooperatife rehinli olan romorkun haciz ve satışa çıkarıldığı anlaşılmamasına ve böyle bir haciz mevcut olsa dahi vadesi hulül etmemiş bir senetten dolayı haciz ve İcra durdurulmıyacağına binaen şikâyetçinin vaki şikâyetinin reddiyle takibin devamına mütedair bulunan 12/6/961 tarih ve 961/27-40 sayılı kararın müddeti içinde temyizen tedkiki şikâyetçi Kooperatife izafeten Başkan Cafer Ünal tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü :

İ.İ.K. nun değişik 116 ncı maddesinde belirtildiği gibi, merhun ; Rüçhanlı alacaklarla paraya çevrilme ve paylaştırma masraflarının üstünde bir bedele kadar artırıldığı takdirde fazla kısım üzerinden istifayı matlup edilmek üzere satılabilir. Madde hükmü bu şartlar dahilinde merhunun teminatsız alacaklar için haczine cevaz vermektedir. Üzerinde, tarım Kredi Kooperatifinin kanunî rehin hakkı bulunan borçluya ait emvalin bu şartlar dahilinde paraya çevrilmek şartiyle haczi mümkün bulunduğundan yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle neticesi bakımından doğru olan merci kararının İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. K. nun 438 inci maddeleri uyarınca onanmasına ve aşağıda yazılı masrafların temyiz isteyenden alınmasına 2/10/961 gününde oy birliğile karar verildi.

1018

II — YARGITAY CEZA KARARLARI

GÖREV — MEMUR SUÇLARI — AF KANUNU — TATBİK SAHASI

ÖZÜ : 1 — Memurların memurin kanununun 9. maddesindeki fiil ve hareketlerinden dolayı açılan dâvalara bakmak Adli mahkemelerin görevi dahilindedir.

2 — Memurin Kanununun 9. maddesindeki tard cezasını müstelzim fiil ve hareketler 113 ve 134 sayılı Af Kanununun şumulü haricindedir.

(Memurin K. m. 9 — 113 ve 134 SK)

(Yargıtay 3. Ceza Dairesi 19/7/961 gün E. 711 K. 13269)

788 sayılı Memurin kanununa muhalif hareketten maznun Mehmet Namık Kemâl Bengü hakkında yapılan duruşma sonunda : Maznunun Bursa'da nafıa müdürü bulunduğu sırada Demokrat Parti Ocağına müracaatla bu partinin tüzüğünü ve pragramını kanaatine uygun bulduğundan partiye kayıt ve kabulünü isteyerek ve senelik aidatı olan 20 lirayı da peşinen verip bu suretle partinin muhtelif kademelerindeki kongrelere iştirak ederek siyasî beyanatlarda bulunmak suretiyle memurin kanunun 9. maddesine muhalif harekette bulunduğu iddia edilmekte isede maznunun 45 sayılı kanuna dahil memurlardan da olmaması itibariyle ve D. P. ye kayıt tarihinin 27/5/960 tarihinden çok evvel olan 8/11/958 tarihinde vukua gelmesine nazaran maznunun müsnet suçu 113 ve 134 sayılı Af Kanunlarının şumulüne girdiğinden aynı kanunun birinci maddesinin (B) bendi ve T. C. K. nun 97 ve 98. maddeleri gereğince hakkındaki amme dâvasının ortadan kaldırılmasına dair Bursa 1. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 30/11/960 günlü hüküm C. Savcısı tarafından temyiz olumasından dolayı mahallinden gönderilen evrak C. B. Savcılığının 4/1/961 günlü tebliğnamesiyle daireye verilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü.

Memurin kanununun 9. maddesinde, memurların siyasî cemiyet ve kulüplere intisab ve devamları, her nevi intihabata müdahale ve siyasi neşriyatta bulunmaları yasak edilerek bu hareketleri bilmuhakeme sabit olanların tart olacağı yazılı bulunmasına ve maddedeki (bilmuhakeme subûtu halinde) ki kaydından anlaşıldığı üzere, memurların bu hareketlerinden dolayı mahkemeler nezdinde açılan dâva üzerine duruşma yapılması ve neticede fiil sabit olduğu takdirde bu maddedeki müeyyedenin uygulanması adli mahkemenin görevleri meyanında bulunduğuna işaret edilmiş olduğu görülmektedir.

9. Maddedeki (tart) cezası T. C. K. nun 11. ve 20. maddelerinde mahiyet ve şumulleri gösterilen cürümlere mahsus hidamatı ammeden memnuiyet cezasına tekabül etmekte olduğundan, dâvaya bakılmasının adli kaza haricinde bulunduğu noktasına dayanılarak temyiz tetkikatının da dairemize ait bulunmadığı hakkındaki tebliğnamedeki düşünce varit görülmediğinden reddile adli mahkemelerden sadır olan kararların temyizen tetkiki Yargıtayın görevi dahilinde bulunduğu kabul edilerek işin mahiyeti itibariylede dairemizce icra kılınan tetkikat sonunda :

133 sayılı af kanununun birinci maddesnde affa tabi olduğu gösterilen cezalar meyanında kabahatler için mevzu olan cezalardan (bir meslek ve sanatın yapılmamasını istilzam eden fiiller gösterildiği halde hılâfına tasrih edilmemesinden cürümler için mevzu bulunan cezalardan müstakilen (hidamâtı ammeden memnuiyet cezasını) gerektiren fiillerin mahiyetleri itibariyle affın şumülü haricinde bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Binaenaleyh; aslı cezaların affa tâbi bulunması muvacehesinde feri olarak hüküm edilmesi gereken cezalarında affa tabi olduğu madde hükmünden istihraç etmek ve mahkemenin kabulünü benimsemek mümkün değildir. Çünki : Eğer kanun vâzı böyle bir maksadı gütmüş olsaydı kabahatlere mevzu cezalardan bulunan (muayyen bir meslek ve sanatın tatili) cezasını müstelzim fiillerin affa dahil bulunduğunu tasrihe lüzum görmemesi gerekirdi. Kanunun gerek birinci maddesinde ve gerekse diğer maddeleri meyanında fiilin affa tâbi bulunduğunu gösteren bir kayıt ve işaret bulunmadığı halde kanunun derpiş etmediği noktai nazalar ileri sürülmek suretiyle fiilin affa tâbi bulunduğu neticesine varılarak yazılı şekilde düşme kararı verilmesi;

Yolsuz, C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla varit görüldüğünden hükmün bozulmasına 19/7/961 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HIRSIZLIK — MESKEN — OTEL ODASI

ÖZÜ : Otel odası, içinde yatıp kalkanların meskeni olduğuna ve süknadan mâdut bulunduğuna ve oda kapusunun açık bırakılmış olması onun süknalık vasfını değiştiremiyeceğine ve suçların gece işlenmiş olmasına göre sanığın hareketleri 491. maddenin ilk fıkrasına değil. 492/1. maddesine uyar.

(TCK m. 492/1)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 4/5/961 gün E. 1200 K. 1185)

Geceleyin bina dahilinde hırsızlığa tam ve nakıs teşebbüsten sanık Ahmet Yarbas'ın yapılan muhakemesi neticesinde T. C. K. nun 492/1, 61, 522. 525 ve 71 inci maddeleri gereğince içtimaen 8 ay hapis ve bu kadar müddetle emniyeti umumiye nezareti altında bulundurma cezaları ile

1020

mahkûmiyetine dair İSTANBUL 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 7/4/1961 tarihli hükmün adı geçen sanığa isnat olunan suç 22/3/1961 gece yarısından sonra saat iki raddesinde müşteri sıfatiyle kendisine yatak tahsis edilmiş olan beyoğlunda Ali Baba otelinin 88. nolu odasında yatmakta olan Danoyello Moris Lüsyen'in kapısı açık bulunan odasına girerek gardrobunu karıştırırken yakalanmaktan ve yine ayni gece dördüncü katta 87 nolu kapısı açık odaya girip Bekir Kaya'nın 50 lira değerindeki 2 adet gömleğini çalarak kendi odasına yatağın altına sakladığı sırada yakalanmış olmaktan ibaret bulunmasına göre olayın şu oluş ve cereyan şekli muvacehesinde fiilin T. C. K. nun 491/ilk maddesine temas edeceği gözetilmeden suçun geceleyin bina dahilinde hırsızlık suretinde kabuliyle yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet görülmemiş olduğu mütalâasiyle C, M, U ,K, nun 343 üncü maddesi gereğince mezkûr hükmün Bozulması lüzumu Yüksek Adliye Vekâletinin 3/Mayıs/1961 tarih ve 16414 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Başsavcılığının 3/5/1961 tarih ve 285 nolu ihbarnamesiyle istenilmiş ve dosya daireye gönderilmiş olmakla incelendikten sonra gereği düşünülüp konuşuldu :

Otel odası, içinde yatıp kalkanların meskeni olduğuna ve süknadan madud bulunduğuna ve oda kapısının açık bırakılmış olması onun süknalık vasfını değiştiremeyeceğine ve suçların gece işlenmiş olmasına göre yazılı emre atfen ihbarnamede fiilin 491 inci maddenin ilk fıkrasına girdiği yolundaki mütalâa varit görülmemiş olduğundan reddine 4/5/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

PARMAK İZİ

ÖZÜ : Sağ yüzük parmağı izindeki hususiyetlerin başka kimselerde bulunup bulunmuyacağının ve mücerret parmak izinin kesin bir delil teşkil edip etmiyeceğinin tesbiti lâzımdır.

(TCK m. 491)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 12/5/961 gün E. 1295 K. 1258)

Hırsızlıktan Sanık Şevket Akarslan hakkında yapılan duruşma sonunda : T. C. K. nun 491/4 522. 525, maddelerine tevfikan ve neticeten altı ay hapsine ve cezası kadar Emniyeti umumîye nezareti altında bulundurulmasına dair İstanbul 3. üncü Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 10/4/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Baş Savcılığı Yüksek makamından tasdik isteyen 6/5/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

1021

Expertiz raporu münderecatına ve parmak izi mütehassısı İsmail İvedinin duruşmadaki ifadesine göre emniyet Müdürlüğünden diğer mütehassıs Kemâl Oray çağrılıp kendisinden bu hususta izahat alındıktan ve raporda sağ el ve mütahassıs İsmailin duruşmadaki ifadesinde sol el denilmesine göre bu mübayenet de hal ve telif ve sağyüzük parmağı izindeki hususiyetlerin başka kimselerde bulunup bulunmıyacağı ve mücerret parmak izinin kesin bir delil teşkil edip etmiyeceği tesbit edildikten sonra neticesine göre hüküm tesisi lûzumundan zûhul edilmesi.

Bozmayı gerektirmiş ve sanık Şevketin Temyiz itirazları bu itibarla varit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki Tasdik isteminin reddile hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve on lira bozma harcının ileride haksız çıktığı takdirde sanıktan alınmasına 12/5/1961 tarihinde oy birliğile karar verildi.

PARA CEZASI — MİSLİ ARTIRMA

ÖZÜ : 511. Maddenin son fıkrasındaki artırma yalnız hapis cezasına münhasır olup bunun ağır para cezasına şumulü yoktur.

(TCK m. 511)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 23/5/961 gün E. 1401 K. 1346)

Bulunmuş malda temellûk iddiasından sanık Yaşar Yarar hakkında yapılan duruşma sonunda : T. C. K. nun 511/2, 522/1, 55/3. maddelerine tevfikan ve neticeten bir ay onbeş gün hapis ve otuz yedi lira elli kuruş ağır para cezasile mahkûmiyetine dair Enez Sulh Ceza mahkemesinden verilen 24.4.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki üst Edirne C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek makamından hükmün bozulmasını ve bozma sebeplerine, tevkif tarihine göre sanığın tahliyesini istiyen 22.5.1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Hâkim kanunda gösterilen iki had arasında suça ceza tâyininde muhayyer olup asgarî haddin tecavüzü halinde sebep göstermek mecburiyetinde bulunmadığından tebliğnamenin bir numaralı bendindeki mütalâaya iştirak edilmemiştir.Ancak :

1 — Tatbik edilen maddedeki ağır para cezasının 5435 sayılı kanunla misil artırmasına tâbi olmadığının düşünülmemesi.

2 —511. maddenin son fıkrasındaki arttırmanın yalnız hapis cezasına münhasır olduğunun gözetilmemesi.

Bozmayı gerektirmiş ve üst C. Savcısının temyiz itirazları varit bulunmuş olduğundan hükmün mezkûr sebeplerden doayı istem gibi bozulmasına 23.5.961 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

1022

DOLANDIRICILIK — MÜCERRET YALAN

Özü : Mücerret yalan söyleme dolandırıcılık suçunun tekevvünü için kâfi değildir.

(TCK m. 503)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 30/5/961 gün E. 1373 K. 1377)

Dolandırıcılıktan sanık İdris Aydoğdu hakkında yapılan duruşma sonunda : Beraetine dair Yenişehir Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 13.4.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından tastik isteyen 15.5.1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Mücerret yalan söylemenin dolandırıcılık suçunun tekevvününe sebep teşkil edemiyeceği, savunmaya ve kararın dayandığı gerekçeye ve takdire göre mahallî C. Savcısının temyiz itirazları varit görülmemiş olduğundan reddile hükmün tebliğname veçhile Tasdikine. 30.5.1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

İZRAR SUÇUNUN BABAYA KARŞI İŞLENMESİ

ÖZÜ : Sanığın müştekilerin öz oğulları olduğu anlaşılmasına göre, 516. maddenin ilk fıkrasına uyan hareketinden dolayı 524. madde hükmünün nazara alınması gerekir.

(TCK m. 516, 524)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 30/5/961 gün E. 1393 K. 1387)

Muhtelif eşyalarını kırmak suretile Hüseyin ve Habibeyi izrardan sanık ve oğulları olan Ahmet Caner hakkında yapılan duruşma sonunda: T. C. K. nun 516/ilk, 89. maddelerine tevfikan ve neticeten iki gün hapis ve altı yüz altmış kuruş ağır para cezalariyle mahkûmiyetine ve cezasının teciline dair Bodrum Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 14.3.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki üst Muğla ve mahalli C. Savcılıkları tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek makamından bozma isteyen 11/5/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sanık Ahmet'in müştekilerin öz oğulları olduğu kendilerinin beyanı ve nufus kaydile anlaşılmasına ve tatbik olunan madde fıkrasına göre T. C. K. nun 524. maddesinin iki numaralı bendi nazara alınmadan sanığın mahkûmiyeti cihetine gidilmesi,

1023

Bozmayı gerektirmiş ve temyiz itirazları varit görülmüş olduğundan hükmün sair cihetleri incelenmeksizin bu sebepten tebliğname veçhile Bozulmasına, 30/5/1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

SAHTEKÂRLIK — EMRE MUHARRER SENET — RESMÎ EVRAK

ÖZÜ : Sahteliği iddia olunan vesikanın emre muharrer senet olduğu anlaşılmasına göre, bu kabil senetler T. C. Kanununun 6736 sayılı kanunla değişik 349. maddesi veçhile resmî varaka hükmündedir.

(TCK m. 349)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 30/5/961 gün E. 1394 k. 1392)

Müdahil Hiristo Triyandofila namına sahte senet tanzim etmekten sanıklar Ercüment Oktay ve Nazım Topçuoğlu hakkında bozma üzerine yapılan duruşma sonunda : Beraetlerine dair İstanbul 4. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 15/4/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki müdahil vekili tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Baş Savcılığı Yüksek makamından dâvanın ortadan kaldırılmasını istiyen 12/5/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Sahteliği iddia olunan vesikanın emre muharrer senet olduğu anlaşılmasına ve bu kabil senetlerin resmî varaka hükmünde bulunduğu T. C K. nun 6736 sayılı kanunla muaddel 349. maddesinde yazılı bulunmasına göre bu sebeple suçun mezkûr kanunun 342. maddesine temas ettiği ve neticeten vazife ciheti gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş ve müdahil vekillerinin temyiz itirazları bu itibarla varit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki mütalâanın reddile, hükmün bu sebeplerden dolayı Bozulmasına, depo parasının geri verilmesine. 30/5/961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

HIRSIZLIK — MÜŞTEREKEN İŞLENMESİ

ÖZÜ : 491. maddenin son fıkrasının tatbiki için suçun ikiden fazla ceza ehliyeti bulunan kimseler tarafından birlikte işlenmesi kâfi olup resit olmak şart değildir. Ve 65. maddenin uygulanması son fıkranın tatbikine mani teşkil etmez.

(TCK m. 491/son)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 8/6/961 gün E. 1520 K. 1527)

Hüseyin'e ait açık bulunan kümesten bir tavuk ve bir horozunu çalmaktan sanık ve tutuk Mustafa Yapıcıoğlu ve tutuk olmayan Kemâl

Hekimgil ve Mehmet Ali Filiz haklarında yapılan duruşma sonunda : T. C. K. nun 491/ son, 522, 65/3, 55/3, 59. maddelerine tevfikan ve neticeten Mustafa'nın dört ay on üç gün, Kemâl'in bir ay yirmi gün, Mehmet Ali'nin iki ay altı gün hapis cezalariyle mahkûmiyetlerine, Kemâl ve Mehmet'in cezalarının teciline dair Kastamonu Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 14/4/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Savcısı ile Sanık Mustafa Yapıcı tarafından istenilmiş ve sanık tarafından yokluk kağıdı verilmiş olduğundan dâva evrakı C .Baş savcılığı yüksek Makamından bozma isteyen 24/5/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gerği düşünülüp görüşüldü :

491. maddenin son fıkrasının tatbiki için suçun ikiden fazla cezaî ehliyeti bulunan kimseler tarafından birlikte işlenmesi kâfi olup reşit olmak şart olmamasına ve 65. maddenin uygulanması son fıkranın tatbikine mani teşkil etmiyeceğine ve esas hakkındaki iddiadan sonra sanıklara mütemmim mmüdafaa hakkı verilmeş olması müstekar içtihatlara göre C. savcısından tekrar mütalaa sorulmasını icap ettirmiyeceğine göre C. Savcısının temyiz itirazları ve tebliğnamedeki mütalaa ve dosya mün derecatına, toplanıp karar yerinde izah ve münakaşa edilen elverişli delillere. hâkim huzurundaki açık ikrarına, gerekçeye ve takdire göre sanık Mustafa Yapıcıoğlunun temyiz itirazları varit görülmemiş olduğundan reddile hükmün tastikine ve sanık Mustafa'dan onüç lira otuz kuruş temyiz tasdik harcı alınmasına 8/6/1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

TEŞEBBÜS

ÖZÜ : Sanıkların işlemeği kasdeyledikleri hırsızlık suçunu vesaiti mahsusa ile icraya başlayıpta ihtiyarlarında olmayan esbabı maniadan dolayı çürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş olmalarına nazaran haklarında 61. maddenin uygulanması gerekip, beraetlerine karar verilemez.

(TCK m. 61)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 14/6/961 gün E. 1571 K. 1631)

Bina dahilinden hırsızlığa nakısan teşebbüsten sanıklar, Halil Ergen ve arkadaşları haklarında yapılan duruşma sonunda : Müsnet suç Beraetlerine dair Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 28/4/1061 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından Bozma isteyen 3/6/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

1025

Mağdur Tomas Brit'in oturduğu evin balkonuna, aralarında kararlaştırdıkları veçhile hırsızlık yapmak maksadıyla, sanıklardan Halil Ergin'in diğer Sanık Yakup Zorlubileğin omuzuna basarak çıktığı ve diğer Sanık Numan Musanın gözcülük yaptığı ve bu sırada mağdura ait köpeğin havlaması üzerine ihtiyarlarında olmayan sebep hayluletiyle suçlarını tamamlayamıyarak inip kaçtıkları kendilerinin hazırlıktaki ikrarları ve bu ikrarları teyit eden şahadet ve ayrıca sanıklardan Yakup Zorlubileğin duruşmadaki açık ikrar ve itirafı ile anlaşıldığı halde işbu deliller usulen ret ve tahlil edilmeden ve sanıkların işlemeği kasdeyledikleri hırsızlık suçunu vesait mahsusa ile icraya başlayıp ihtiyarlarında olmayan esbabı maniadan dolyı cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş oldukları gösterilmeden, mağdurun hazırlıktaki sarih beyanı nazara alınmadan mani sebep mevcut değilken kendi ihtiyarlariyle vazgeçmiş olduklarından bahisle ve bazı mütelâalarla yazılı şekilde beraet kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı itiraz ve istem gibi Bozulmasına 14/6/1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

HIRSIZLIK — UMUMUN TEKÂFÜLÜ

ÖZÜ : Mezarlıktaki ağaçlar âdet muktazası olduğu gibi tahsis ve iştimalleri bakımından da umumun tekâfülü altındadır.

(TCK m. 491/2)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 19/6/961 gün E. 1691 K. 1680)

Köy mezarlığında yetişmiş ağaç dallarını kesip çalmaktan Sanık Dursun Kibritci ve Zikri Zabun haklarında yapılan duruşma sonunda: T. C. K. nun 491/ilk, 522/1, 525. maddelerine tevfikan ikişer ay hapislelerine ve bu kadar Emniyet Umumîye nezareti altında bulundurulmalarına dair Ulubey sulh ceza mahkemesinden verilen 26/4/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanıklar tarafından istenilmiş ve yokluk kağıdı verilmiş olduğundan dâva evrakı C. Baş Savcılığı yüksek Makamından tasdik isteyen 7/6/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Mezarlıktaki ağaçlar âdet muktezası olduğu gibi tahsis ve iştimalleri bakımdan da umumun tekâfülü altında bulunduğu gözetilmeden maddenin 2 sayılı bendi yerine ilk fıkrasına göre ceza tayinindeki isabetsizlik aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamış. dosya münderecatına, toplanıp karar yerinde izah ve münakaşa edilen elverişli delillere, gerekçeye ve takdire göre sanıkların temyiz itirazları varit gö-

1026

rülmemiş olduğundan reddiyle hükmün tebliğname veçhile tasdikına ve kendilerinden altışar lira temyiz tasdik harçları alınmasına 19.6.1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

RADYO ÜCRETİ — ÖDENMEMESİ

ÖZÜ : Radyo ücreti her yerde P. T. T. Şubelerince kabul edilebilir. Vazife sebebiyle memleket içinde bir yere seyyahat, şekli olan suçun tekevvününe mani bir sebep teşkil etmez.

(3222 SK)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 20/6/961 gün E. 1671 K. 1725)

3222 sayılı kanuna muhalefetten sanık Ekrem Bilgin hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun 38/3 ve T. C. Kanununun 89. maddesi gereğince yüz yirmi beş lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve cezasının teciline dair Tekirdağ Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 24/3/961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek makamından bozma istiyen 7/6/961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle Başkanlar kurulunun 27/1/961 tarihli kararıyle verilen yetkiye binaen dosya okunup incelenerek gereği düşünüldü :

Radyo ücretinin her yerde P. T. T. Şubelerince kabul edilebileceğine, vazife sebebiyle memleket dahilinde bir yere seyyahat şekli olan bu suçun tekevvününe mani bir sebep teşkil edemiyeceğine göre tebliğnamedeki bozma sebebi ve dosya münderecatına, toplanan delillere, gerekçeye ve takdire göre sanık Ekrem Bilginin temyiz itirazları varit görülmemiş olduğundan reddiyle hükmün tasdikına, depo parasının irat kaydına ve sanıktan on iki lira elli kuruş temyiz tadik harcı alınmasına 20/6/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HIRSIZLIK — İADE — ZAMANI

ÖZÜ : İade duruşma esnasında vaki olursa 523/2. madde değil 59. madde uygulanır.

(TCK m. 523/2)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 20/6/961 gün E. 1745 K. 1734)

Hırsızlıktan sanık Sabahat Girgin ve Fatma Girgin haklarında yapılan duruşma sonunda : Türk Ceza Kanununun 491-ilk, 522. 523, 525.

1027

maddelerine tevfikan birer ay onar gün hapislerine ve cezaları kadar emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmalarına dair Tirebolu Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 2/5/961 tarihli hükmün temyizen tetkiki üst ve mahallî C. Savcılıkları tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek makamından bozma istiyen 12/6/961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

İade keyfiyetinin duruşma esnasında vuku bulmuş olmasına ve kabule göre 59. madde yerine 523/2. maddenin tatbiki.

Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı itiraz ve istem gibi bozulmasına 20/6/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ZİLYETLİGE TECAVÜZ — SUÇ UNSURU

ÖZÜ : Sanığın oğlu bulunan müştekinin tarlasındaki su arkına taş doldurup su geçmesine mani olması, gayrimenkulün aynına veya zilyetliğine karşı işlenen tecavüzleri men'e matuf bulunan 5917 sayılı kanunun şumulü dışında kalan bir harekettir.

(5917 SK)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 20/6/961 gün E. 1731 K. 1736)

5917 sayılı kanuna muhalefetten sanık Hüseyn Kök hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanununun 7/1, T. C. K. nun 59 maddesi gereğince bir ay yirmi gün hapsine dair Seben Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 21.4.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve yokluk kağıdı verilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek makamından tasdik istiyen 9.6.1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

5917 sayılı kanununun gariymenkûnlün aynına ve zilyedliğine vaki tecavüzleri men'e matuf olduğu ve sanığın eyleminin oğlu bulunan müştekinin tarlasındaki su arkına taş doldurmaktan ve suyun geçmesine mani olmaktan ibaret bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyeti cihetine gidilmesi.

Bozmayı gerektirmiş ve sanığın temyiz itizarları bu itibarla varit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki tasdik isteminin reddile hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına ve on lira bozma harcının ilerde haksız çıktığı takdirde sanıktan alınmasına, 20.6.1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

1028

ZİLYETLİĞE TECAVÜZ

ÖZÜ : Men kararının usulen infazından sonra tekrar tecavüzle 5917 sayılı kanunda yazılı suç şeklen tekevvün eder. Şikâyetin süresi içinde yapılmış olmadığının ve zilyetlik keyfiyetinin tetkiki mahkemeye ait değildir.

(5917 SK)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 20/6/961 gün E. 1704 K. 1748)

Gayrımenkule tecavüzden sanık Harun Kurt hakkında yapılan duruşma sonunda : beraetine dair İvrindi Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 23/3/961 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahalli C. Savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma istiyen 7/6/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Şikâyetin müddeti içinde yapılmış olup olmadığının ve zilyetlik keyfiyetinin tetkiki mahkemeye ait bulunmadığı ve 14/7/1953 tarihli men kararının 22/7/1953 tarihinde mahallen infazından sonra 9/12/1960 tarihinde şahadete ve zabta göre tekrar tecavüz edildiği ve bu suretle suçun şeklen tekevvün ettiği gözetilmeden bazı mütalaalarla yazılı şekilde beraet kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı itiraz ve istem gibi bozulmasına 20/6/1961 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

ZİLYETLİĞE TECAVÜZ — SUÇ UNSURU

ÖZÜ : 5917 sayılı kanun gayrimenkulün aynına veya zilyetliğine karşı işlenen tecavüzleri Men'e matuf olup başkasının yerine taş veya çırpı atmak bu kanun hükümlerine göre suç teşkil etmez.

(5917 SK)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 20/6/961 gün E. 1647 K. 1764)

5917 sayılı kanuna muhalefetten sanık Kadir Dınmaz hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun 7/1. maddesine tevfikan iki ay hapsine dair Geyve Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 10.4.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma istiyen 7.6.1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

28.8.1960 tarihli men kararının 7.9.1960 tarihinde usulen infazından sonra sanığın tekrar tecavüzde bulunduğu müştekinin 11.11.1960 tarihli dilekçesiyle birdirilmesi üzerine 16.11.9160 tarihinde kararın mahallinde tekrar infaz edilerek atılan taşların kaldırıldığı tahkikat evrakından ve tutanaklardan anlaşılmasına ve şahadete göre tebliğnamedeki bozma sebebi varit değilsede :

5917 sayılı kanun gayrimenkulün aynına ve zilyedliğine karşı vaki tecavüzleri men'e matuf olup sanık Kadir'in müşteki Ümmühan'ın yerine taş ve çırpı atmaktan ibaret bulunan eyleminin bu kanun hükümlerine göre suç teşkil etmiyeceği ve bu hususiaki müstekar içtihat gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyeti cihetine gidilmesi,

Bozmayı gerektirmiş ve sanığın temyiz itirazları bu itibarla varit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve on lira bozma harcının ileride haksız çıktığı takdirde sanıktan alınmasına 20.6.1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

YOL KENARINDAKİ AĞACI KESMEK — İZRAR KASTI

ÖZÜ : Yol kenarındaki akasya ağaçlarını kesmek suçu 1528 sayılı kanunun 27. maddesine uyar ve bu suçun teşekkülünde izrar kastı aranmaz.

(1528 SK m. 27)

Yargıtay 6. Ceza Dairesi 4/7/961 gün E. 1903 K. 1908)

Belediyeye ait umumî caddenin kaldırım kenarına dikilmiş olan ve kendi otobüs yazıhanesinin karşısına isabet eden iki akasya ağacını kesmek suretiyle izrardan sanık Ali Dağbatlı hakkında yapılan duruşma sonunda :Beraetine dair Taşköprü Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 20/2/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallî C. Savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılğı Yüksek Makamından tasdik isteyen 23/6/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

Yabanî ağaçların aşılanması hakkında 1528 sayılı kanunun 27 maddesi hükmü nazara alınmadan yol kenarındaki akasya ağaçlarını kesmede izrar kasdı bulunmadığından bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi,

Bozmayı gerektirmiş ve mahallî C. Savcısının temyiz itirazı bu itibarla varit görülmüş olduğundan tebliğnamedeki tasdik isteminin reddile hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına 4/7/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

1030

TİCARİ SENET — RESMÎ EVRAK

ÖZÜ : Ticaret kanununun 688-689. maddelerindeki şartlardan herhangi birisini ihtiva etmeyen senetler 349. maddede yazılı ticari senetlerden ve neticeten resmî evraktan sayılmaz.

(TCK m. 349)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 12/7/961 gün E. 1191 K. 2084)

Sahte Senet tanzim etmekten Sanık Selâhattin Karaca hakkında yapılan duruşma sonunda : Türk Ceza Kanununun 342/1, 59. maddelerine tevfikan bir sene sekiz ay ağır hapsine dair Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 16/3/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek makamından bozma isteyen 27/4/961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü

Sahteliği iddia olunan senedin Ticaret Kanununun 688-689. maddelerindeki şartlardan ödeme ve tanzim yerleri ile ödeme gününü ihtiva etmediği cihetle bono sayılamıyacağına ve T. C. K. nunun 349. maddesinde yazılı ticarî senetlerden ve neticeten resmî evraktan madut bulunmadığına göre tatbikde bu cihet nazara alınmadan ve hâdisede bu bakımdan 345. maddenin tatbiki gerekip gerekmediği ve bu sebeple fiilin affın şumulüne girip girmediği teemmül edilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,

Bozmayı gerektirmiş ve sanığın temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla varit görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına depo parasının geri verilmesine ve ileride haksız çıktığı takdirde sanıktan on lira bozma harcı alınmasına 12/7/1961 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HIRSIZLIK — İADE

ÖZÜ : 522. Madde de iade, her ne suretle olursa olsun. mağdurun zararının telâfisini istihdaf eder. Suçun nakıs da olsa teşebbüs safhasında kalması iadenin kabulüne mani teşkil etmez.

(TCK m. 522)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 12/7/961 gün E. 2037 K. 2079)

Erol'un Dükkânında bulunan Bisikletin Selesinin üstündeki Çantadan muhtelif cins eşya çalmağa nakısen teşebbüsten Sanık Ergün Koçar hakkında yapılan duruşma sonunda : Türk Ceza Kanununun 491/4, 61, 522, 54, 89. maddelerine tevfikan bir ay hapsine ve cezasının teciline dair Edirne Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 18/5/1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Savcılığı tarafından istenilmiş olduğundan dâva evrakı.

1031

C. Başcavcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 26/6/1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü :

1 — Oluşa, müştekinin beyanına ve sanığın sureti ikrarına göre fiilin tam teşebbüs safhasında bulunduğu gözetilmeden 62. madde yerine 61. maddenin uygulanmasını,

2 — İadenin her ne suretle olursa olsun mağdurun zararının telafisini istihdaf ettiği ve sanığın çaldığı bisiklete ait anahtarları atarak kaçmış bulunduğu ve suçun nakıs da olsa teşşebbüs safhasında kalmasının iadenin kabulüne mani teşkil etmiyeceği ve bu hususiaki müstakar içtihat gözetilmeden bazı mütalâalarla 523. maddenin tatbikına mahal olmadığına karar verilmsei. Bozmayı gerektirmiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı itiraz ve istem gibi bozulmasına 12/7/1961 tarihinde oybirliğile karar verildi.

KARA YOLU — ZABIT VARAKASININ İSPAT KUDRETİ

Özü : Kara yolları Trafik Kanununun 232 sayılı kanunla değişik 2. maddesi hükmüne göre kara yolu. Trafik için umumun faydalanmasına açık olan arazi şeridi ve sahaları olmasına ve suçun kuyu dibi caddesinde işlendiği mezkûr kanunun 63. maddesini son fıkrasında hilafi sabit oluncaya kadar muteber olduğu kabul ve sanık tarafından imza edilen Trafik zabıt varakasında yazılı bulunmasına göre suçun işlendiği yerin kara yolu olup olmadığının tetkikine bu sebeple lüzum ve mahal yoktur.

(6085 SK)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 24/7/961 gün E. 2275 K. 2216)

6085 sayılı kanuna muhalefetten sanık ve tutuk Abdulaziz Alp hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun 24. maddesi delâletiyle 58/B. bendi mucibince on gün hafif hapis ve yüzelli lira hafif para cezasiyle mahkûmiyetine dair Adapazarı Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 15.6.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 15.7.1961 tarihli tebliğname ile daireye verilmekle C.M.U.K.nun 3515 sayılı kanunla değişen 423. maddesinde yazılı tutuklu ve meşhut suçların muhakeme usûlüne dair kanuna uyularak görülmüş bulunan işlere bakmağa yetkili Yargıtay nöbetçi ceza kurulunca okunarak gereği görüşüldü :

Hükmedilen iki nevi ceza tutarına göre yarı harcın noksan tâyinindeki isabetsizlik aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.

1032

Suçun kuyu dibi caddesinde işlendiği sanık tarafından da imza ve münderecatı kabul edilen trafik zabıt varakasında yazılı bulunmasına ve sanık duruşmada bunun hilâfına bir savunmada bulunmamış olmasına göre tebliğnamedeki bozma sebebi ve dosya münderecatına, hükmün dayandığı gerekçeye ve takdire nazaran sanık Abdulaziz Alp'ın temyiz itirazları varit görülmemiş olduğundan reddile hakkındaki usûl ve kanuna uygun bulunan hükmün tasdikine ve fiilin kabahata taalluku hasebiyle temyizi şarta tâbi olmadığından depo parasının geri verilmesine ve sanıktan onaltı lira temyiz tasdik harcı alınmasına, 24.7.1961 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SUÇ TARİHİ — LEHTE OLAN HÜKÜM

Özü : Türk Ceza Kanununun 2. maddesi hükmüne göre sonradan neşrolunan ve temyiz tetkikatı sırasında meriyette olup hükmü lehte bulunan 232 sayılı kanunla değişik madde uyarınca ceza tâyini icap eder

(TCK m. 2)

(Yargıtay 6. Ceza Dairesi 31/7/961 gün E. 2325 K. 2242)

6085 sayılı kanuna muhalefetten sanık Cemâl Çelebi hakkında yapılan duruşma sonunda : Adı geçen kanunun 24. maddesi delâletiyle 59/B. bendi gereğince bir ay hapis ve yüz lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine dair Ordu Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 3.2.1961 tarihli hükmün temyizen tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve yokluk kâğıdı verilmiş olduğundan dâva evrakı C. Başsavcılığı Yüksek Makamından bozma isteyen 22.7.1961 tarihli tebliğname ile daireye gönderilmekle C.M.U.K. nun 3515 sayılı kanunla değişen 423. maddesinde yazılı tutuklu ve meşhut suçların muhakeme usûlüne dair kanuna uyularak görülmüş bulunan işlere bakmağa yetkili yargıtay nöbetçi ceza kurulunca okunarak gereği görüşüldü :

6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki 232 sayılı kanunla muaddel ve tetkikat sırasında hükmü meriyette bulunan 24. maddesi delâletiyle 58/B. maddesinin tatbik olunan madde fıkrasında yazılı cezadan daha hafif cezaları ihtiva etmesine ve T.C.K. nun 2. maddesi hükmüne göre bu yolda tatbikat yapılması gerektiğinden hükmün bu sebepten dolayı tebliğname veçhile bozulmasına ve on lira bozma harcının ileride haksız çıktığı takdirde sanıktan alınmasına 31.7.1961 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

1033

III — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

İRTİFAK HAKKI, TAZMİNAT — MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİ

YAZAN : MUSTAFA KIRAY

İRTİFAK HAKKI, TAZMİNAT — Arsa üzerinden geçiş hakkı; irtifak hakkı çiğnenmek suretiyle mülk sahibi tarafından vaki inşaat; tazminat talebi; talebin kabulü; temyiz; tazminatın hesabında vaki hata sebebiyle nakız.

(İsviçre M. K. 738, 742, 927, 964 son fıkralar ve B. K. 41 ve Tapu Sicil Nizamnamesi 68)

I — Eski hukuktan müntekil bir irtifak hakkının vüs'ati, yeni hukuka göre ancak bu hukukun mer'iyete girmesinden evvel yapılmış bir mukavele ile tâyin ve tahdit edilebilir.

II — Bir irtifak hakkının vüs'ati tarafların anlaşması ile tâyin edilmiş telâkki olunabilmek için, bunların bir hakkın istimâli şeklini teferruatı ile tâyin etmelerine lüzum yoktur; zaman ve mahalle dair geniş ve şümullü ifadelerin kullanılması kâfidir.

III — M. K. nun (İsviçre 742) Türk maddesi sadece irtifak hakkının tahsis olunduğu cihetin değişmesini istihdaf eder; bu madde irtifak hakkının mahiyetini tağyire müsait değildir.

IV — Tahmil edilen gayrimenkul üzerinde vaki inşaattan dolayı irtifak hakkından mahrum kalan istifade eden gayrimenkul sahibi, inşaattan evvelki durumun iadesini talep edebilir. Şayet böyle bir talepte bulunmazsa ve zarar ziyan talebi ile iktifa ederse, tazminat fiili zararı tecavüz edemez; bu ise, evvelki ve sonraki kıymet farklarından ibarettir.

V — İpotekli alacaklıların dahi irtifak hakkının ilgası ile ilgilenmekte hakları vardır.

Hâdise :

A — Albert Gaeng — Burnier Lozanda yedi katlı bir binanın sahibidir. Binanın üç katı toprak seviyesinden aşağıda olup biri Burnier tarafından pastahane ve en alt kat dahi ardiye olarak kullanılmaktadır. Fakat tarzı inşaya göre bu alt katın diğerleri ile irtibatı olmdaığı için kapısı ayrıca bahçeye açılmakta ve buradan iki geçitle her iki sokağa bağlanmaktadır. Bu geçitler meyilli olmasına rağmen Burnier buradan el arabaraları geçirilmak suretiyle de kullanılmaktadır.

1034

Bu geçit, 1898 senesinde, bitişik gayrimenkuller aleyhine ve G. Burnier'nin mülkü lehine müesses ve tapuya kayıtlı bir irtifak hakkının mevzuudur.

B — Sen Loran Emlâk Şirketi buralardaki arsaları satın alarak binalar inşa etmeğe karar verdi. Bu inşaata, irtifak hakkına mevzu olan geçitler de dâhildi. Şirket bir kısım mülk sahipleri ile anlaştı ise de Gaeng — Burner kendisine ait irtifak hakkının iptali ve tapu sicillinden terkini talebini reddetti. Şirket bu muhalefet karşısında plânlarında tadilât yaptı ise de, yeni plânlar yine geçidi kaldırıyordu; ancak kaldırılan irtifak hakkı mevzuu makamına kaim olmak üzere yeni yapılacak bina dâhilinden Burnier için bir koridor geçiriliyordu. Bu koridorun genişliği en fazla bir buçuk metre olacaktı; halbuki eski pasajın genişliği altı metreyi buluyordu; binaenaleyh artık buradan el arabaları ile nakliye imkânı kalmıyordu.

C — Mayıs 944 de Şirket, hiç bir ihbarda bulunmaksızın inşaata ve eski pasajı yıkma işlerine başladı. Pasajı tamamen kaldırdı. İnşaat icabı diğer pasaj da tıkanmış bir hâle geldi.

Burnier, şirketten eski halin iadesini ve müsbet cevap verilmemesi üzerine mahkemeden, inşaatın durdurulmasına ve pasajin olduğu gibi bırakılmasına dair ihtiyatî tedbir kararı istihsâl eyledi.

Bu karar üzerine şirket, Börinyeye, irtifak hakkının ilgasına mukabil 1500 frank ödemeyi veya binası dâhilinde bir merdiven inşasını teklif etti. Fakat Börniye, merdivenden başka, bir yük çıkarma tesisatı da talep ediyordu ki mimara göre bu inşaat tutarı 20900 frank ediyordu.

13/Temmuz/944 de taraflar gayrimenkul lehine müesses hakkı mürurdan doğan bütün hukuku mahfuz kalmak ve irtifak hakkının idamesine veya tahsis olunduğu cihetin tebdiline, yahut mükellefiyet altındaki gayrimenkulün tahliyesine dair açılacak dâvalar neticesine kadar 30000 franklık teminat gösterilmek kaydiyle bir anlaşma imzaladılar ve şirket bu meblâğı mahkeme veznesine depo ettikten sonra inşaatına devam etti.

D — Gaeng — Börniye açtığı dâvasında : «geçit hakkının kaldırılması sebebiyle alt katı kiralamak imkânı kalmadığını, bizzat işlettiği katla eskisi gibi irtibat imkânı da mürtefi olduğunu, sirketin ise üç yerine dört mağaza inşasını temin ve bu suretle 100.000 liradan fazla kâr elde ettiğini, bu itibarla 30.000 liranın tazmini gerektiğini» bildiriyordu.

Dâvalı şirket, zarar iddiasını ret ile mevzuu bahis irtifak hakkının araba ile değil yürüyerek geçmek hakkını ifade ettiğini ve yeniden yap-

1035

tırılan inşaatla dâvacının hukuku tamamen iade edildiğini ve ayrıca, bu inşaatla dâvacıya ait gayrimenkulün kıymetinin de arttığını müdafaaten dermeyan eyledi.

E — Mahkeme, kâr ve zararı tesbit ettirdikten sonra :

1) Şirketten %5 faiz ile birlikte 20.000 frank tazminatın tahsiline;

2) Albert Gaeng — Börniye adına yürüyerek geçmek üzere yeniden bir mürur hakkının tesciline;

3) Mukaddema konulmuş olan irtifak hakkının iptaline karar verdi.

F — Şirket bu kararı, tazminat miktarının 6.000 franktan ibaret olduğu ve geçit hakkının mevzuunu ahar mahalle tebdil etmekle meselenin hallolunabileceği, Börniye ise, zararın 30.000 frank olduğu noktalarından temyiz eylediler.

Federal Mahkeme, kararı bazı noktalardan bozdu.

Bozma kararı ve gerekçe :

1 — Her ne kadar dâvalı şirket bahis mevzuu irtifak hakkını yaya olarak geçmekten ibaret telâkki etmekte ise de, bu müdafaa yersizdir. Filhakika bir irtifak hakkının vüs'ati, yeni hukuka nazaran, ancak bu hukukun meriyete girmesinden evvel mevcut bir hukuki mukavele ile tesbit edilmiş ise hüküm ifade eder. Bu hakkın şekli istimalini tafsilen tesbiti şart değildir. Bahis mevzuu mahal ve zaman için kat'i manâları havi tabirlerle tesbit edilmiş olması kâfidir. Binnetice ötedenberi araba ile vaki geçişin yaya olarak icrası şeklinde bir manâ istihracı için hem hukuk ve hem de teamül müsait değildir.

Binaenaleyh. mahkeme kararının bu kısmında isabetsizlik yoktur. İsviçre M.K. 738/2 maddesi de bu ciheti müeyyiddir.

2 — Dâvalının inşaatının irtifak hakkının mahiyet ve esasını değiştirmiş olmasına mebni dâvacıyı tek taraflı olarak irtifak hakkından mahrum etmiş ve şu hareketi haksız ve kanunsuz bulunmuştur. (İsviçre M. K. 927, Türk M. K. ve B. K. 41)

Binaenaleyh, tahmil edilen gayrımenkul üzerinde vaki inşaattan dolayı irtifak hakkından mahrum kalan müstefit gayrımeukulün sahibi inşaattan evvelki durumun iadesini talep etmekte haklıdır.

3 — Mahkeme dâvacının zararını araba ile geçmek imkânı kalmadığına göre takdir etmiştir, ki bu, irtifak hakkının nakdi kıymetine tekabül

eder. Mahkemenin kanaatına göre bir irtifak hakkı, aynen mülkiyet hakkı gibi nakdi bir kıymeti haizdir.

Federal Mahkeme bu görüşe iştirâk etmemektedir. Bir gayrımenkul mükellefiyeti, bağlı olduğu gayrimenkülden ayrılamaz ve kendi kendine müstâkil bir kıymete mâlik değildir. Ancak istifade eden gayrimenkul için bir kıymet ifade eder. Tazminata gelince, bu filî zarar zıyandır ki irtifak hakkının tağyirinden doğmuştur.

4 — Kararın, eski irtifak hakkının ilgasına ve yaya olarak geçmekten ibaret yenisinin tesciline dair kısmında isabetsizlik yoktur. Ancak, ipotekli alacaklıların gayrımenkul kıymetinin düşmesinde ilgileri mevcuttur.

(Semaine Judiciare 1947 No. 23)

MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİ

İsviçre M. K. Mad. 2, 3, 714/2. 933) (Türk M. K. Mad. 2, 3, 688)

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinde nâkil, kendi nam ve hesabına satar, binnetice satış fiatını arzusuna göre tesbit eder.

Satıcı vazifesini sui istîmâl ederse alıcı, ancak hüsnü niyet sahibi olduğu takdirde malın sahibi olur.

H a d i s e — Bern şehrinde ikamet etmekte olan Şatsman, san'ata dair eşya satıcısı Blendinger'e müracaatla evvelâ ressam Amier'nin iki tablosunu. bir müddet sonra da ressam Hodler'in bir tablosunu satmasını teklif eder. Blendinger bu teklifi kabul ederek şu senedi imzalar :

«Şatsman'dan satmak ve, satılmadığı takdirde iade etmek üzere ressam Hodler'in bir tablosunu aldım. ... Şubat sonuna kadar vaki olabilecek satışı müteakip derhal ödenmek üzere fiatı 10.000 franktır.»

İki gün sonra satıcı Blendinger bu tabloyu, Lucerne şehrinde aynı işi görmekte olan Fişer'e göstererek bu tablonun kendisine ait olmadığını ve fakat 10.000 franka satmağa yetkili bulunduğunu söyler. Fişer buna 5.000 frankdan fazla veremiyeceğini bildirmesi üzerine Blendinger, tablonun sahibi ile görüşeceğini beyan ederek ayrılır. Avdetinde tabloyu 5.000 franka satmağa hazır olduğunu bildirmesi üzerine, bu beklenmedik muvafakatten süphelenen Fişer, ressam Hodler'in eserlerine ait kataloğu tedkik ve mâlik yerinde görünen Şastmana telefon ederek, tablonun hakikaten sahibi olup olmadığını ve Blendinger'in bunu satmağa yetkisi bulunup bulunmadığını sorar. Şastmana, fiattan bahsetmeksizin, müsbet cevap verir ve tablo 5.000 franka satılır ve Blendinger şu senedi imzalar:

«Ressam Hodler'in eseri olup Şastman'a ait bulunan bir tabloyu Fişer'e 5.000 franka sattım. Bu tabloyu bir aylık mehil içinde peşin 5.500 franka tekrar satın almak hakkını muhafaza ederim.»

1037

Bir kaç gün sonra Şastman, tabloyu satın alan Fişer'den, bunun 5.000 franka satıldığını öğrenir ve Blendinger'den bir gûnâ mehuzatta bulunmaksızın, aleyhine cezai takibat icrası için müracaatta bulunur ve Blendinger, Bern ceza mahkemesince dolandırıcılıkdan mahkûm olur.

Bunu müteakip yine Şastman malı alan Fişer aleyhine, tablonun sahibinin kendisi olmakda devam ettiği ve dâvalı Fişer'in bu tablo üzerinde hiç bir ayni hakkı bulunmadığı iddiası ile bir istihkak dâvası açar.

Bu dâvada Şastman'ın istinat ettiği hususlar şunlardır :

« Blendinger ile Fişer arasında tanzim olunan mukavele, bir satiş mukavelesi değil, bir rehin tesisi anlaşmasından ibarettir. Bir mülkiyetin nakili veya komisyoncusu ise. kendisine emanet olunan şeyi rehin etmeğe hak ve sıfatı yoktur. Bu sebeble dâvalı, tablo üzerinde hiç bir aynî hak iktisap etmemiş ve binnetice tablonun mülkiyeti iktisap olunmamıştır. Hatta dâvalı Fişer'in sui niyet sahibi olması hâsebiyle bu rehin hakkı dahi tamamen tessüs edememiştir. »

Dâvalı Fişer, verdiği cevapta, mülkiyet hakkına istinat ile, bu iktisabının hüsnü niyete dayandığını ve tabloyu asla rehin olarak muhafaza etmek niyeti olmadığını, bey'i bilvefa hükmünün, onu yeniden satın almak imkânını muhafaza etmek isteyen Blendinger'i memnun etmeğe matuf olduğunu def'an beyan eder.

Bern Hukuk mahkemesinin kararı, tablonun mülkiyetinin dâvacı Şatsman'a tanınması mahiyetindedir.

Ancak Federal Mahkeme kararı nakzederek, dâvalının münazaalı tablonun sahibi ve mâliki olduğuna ve dâvacının bu tablo üzerinde hiç bir ayni hakkı bulunmadığına karar vermiştir.

Federal Mahkemenin kararı gerekçesi aşağıdadır :

I. Kanton mahkemesinin. dâvalı Fişer'in sui niyetle hareket ettiği yolundaki kararı hilâfına, hadisede dâvalının iktisabı bil'akis hüsnü niyetle vaki olmuştur. Çünki, Blendinger ile Fişer arasında yapılan mukavelenin bir satış akdi değil, bir rehin akdi olduğuna dair Şatsman'ın iddiası bu mukavelenin sarih metni karşısında kabule şayan olmadığı gibi, mehkeme dahi bunun bir mülkiyeti nakil mukavelesi olduğuna karar verdiği halde nedense aynı mahkeme iktisabı hükümsüz saymıştır. Mukavelede bilvefa bey' hükmü, haklı olarak kendi nam ve hesabına satan sıfatı ile hareket eden tacir Blendinger'e sadece bu tabloyu bir aylık mehil içinde geri alma fırsatını elde ettiği takdirde, daha iyi şerait ile tekrar satmak imkânını bahşedecekti. Şayet Blendinger bu imkânı bul-

1038

saydı, Fişer de bir mıktar para kazanmış olacaktı. Fişer'in esasen yapmakta olduğu ticaretin icabı olarak vaki olacak şu kazancının istisnai bir ciheti de yoktur. Binaenaleyh, tamamen hukukî olan bir kaydın mevcudiyeti ile bir şahsın sui niyet sahibi olduğuna hükmetmekte isabet yoktur.

Bundan başka. Fişer'in muhtelif zamanlarda Blendinger ile ticarî münasebetlerde bulunması, dâvaya mevzu olan hadisede dahi işleri icabı kanunî bir muamele yaptıklarını kabule kâfidir.

2. Gerek taraflar ve gerek kanton mahkemesi, Şatsman'la Blendinger arasındaki mukavelenin, bir mülkiyeti muhafaza mukavelesi olduğunu kabul etmiştir. Buna rağmen mahkemenin, tacir Blendinger'in tabloyu yarı fiatına satmasında sui niyet görmesinin sebebi, mülkiyeti nakil mukavelesi ile komisyonculuğu yekdiğerinden ayırmamış olmasındadır.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi ile komisyonculuk arasında şu fark vardır ki, mülkiyeti nakleden komisyoncunun aksine olarak, üçüncü şahıslarla bir mümessil sıfatiyle değil, kendi nam ve hesabına mukavele akdeder; binaenaleyh. akdi icra ve mülkiyeti üçüncü şahıslara naklet-meğer yetkilidir. Komisyoncu ise iş sahibi hesabına ve mümessil olarak hareket eder.

Böylece, mülkiyeti nakleden malı kendi hesabına satacağından binnetice, muameleden mütevellit bütün kâr ve zararı da tehamül eder. Böyle geniş bir iktidara mâlik olan mülkiyetin nakili, malı, sahibine ödeyeceği fiattan dûn bir fiata da satabilir. Binaenaleyh, hadisede Blendinger'in tabloyu dûn bir fiata satmış olması bu sebeble de sui niyete delil sayılamaz.

Mülkiyetin nakıli bu geniş yetkiye malik olmakla beraber, bu hakkını Medeni kanunun 2 ci maddesi hudutları dahilinde kullanmağa mecburdur.

Üçüncü şahsa, yani dâvalıya gelince; her ne kadar M. K. nun 933 714/2 ve 2 ci maddeleri iktisap edenin hüsnü niyetini mefruz addetmekde iselerde, hadisenin hususiyetine binaen dâvalının tabloyu hüsnü niyetle alıp almadığını bilmek zaruridir. Çünki. bahse konu olan maddeler, dâvalıyı kendisine arzolunan tablonun bu satışında cereyan eden hadiselerden satıcı Blendinger'in malı arz ve bey hakkını suiistîmâl ettiğini istihraç edebildiği âna kadar himaye eylemişlerdir.

Halbuki, hadisedeki durum böyle değildir. Profesör ressam von Mandah'ın, bilirkişi sıfatı ile incelemesinden çıkan neticeye göre, ödenen 5.000 frank aynı suretle Blendinger'in Başlangıçta 10.000 ve sonradan

5.000 frank istemesi dahi müddeialeyhin faydalandığı hüsnü niyet karinesini tahrip etmemiştir. Çünki, bu gibi muayyen ve sabit kıymetleri olmayan eşyalarda satıcının talebine ticarette büyük bir kıymet atfolunmayacağı gibi, böyle san'ata ait eşya ticaretinde müstekar fiatlar aranılamaz. Hatta bunların en müsait fiata satılmaları şayanı arzu ve bu husus aynı zamanda teamüldendir. Kaldı ki, istenilen fiatta gayrıtabii bir tenezzül de yoktur. Bundan başka. Blendinger'in teklif olunan fiat üzerinde mal sahibine danışma arzusunu izhar etmesi de dâvalı lehine nazara alınmak lâzımgelen kuvvetli bir delildir.

Diğer taraftan, Blendinger'in şahsiyeti itibariyle de dâvalının durumu şüpheli görülemez; çünki dâvalı, ayrıca telefonla mal sahibine, yalnız tablonun kendisine ait olup olmadığını değil, aynı zamanda Blendinger'in satışa mezun olup olmadığını da sormuş ve aldığı müsbet cevap üzerine muamele ifa etmiştir. Şatzman'dan, tâyin olunan fiatı da sormağa bir mecburiyeti yoktur.

Bu suretle dâvacı, dâvalının hüsnü niyet karinesini bertaraf etmeğe muvaffak olmayınca, an'anenin tekâmül ettirdiği mülkiyetin intikali keyfiyeti hukuken muteberdir. (Fed. Mah. 2. H. D.)

Münakaşa — Yukarıki karar nihai şekli itibariyle tatminkâr isede, gerekçe bakımından o derece kuvvetli sayılamaz.

Mülkiyeti nakil mukavelesinde nâkilin. başkasına ait malı kendi nam ve hesabına satabileceği kabul edildikden sonra Federal Mahkeme, aynı nakilin bu bey' hakkını Medeni kanunun 2 ci maddesi hududları dahilinde istîmâl edebileceğini teemmül etmektedir. Halbuki, birinci kaziyye meselenin halline kâfidir. Başkaca Medeni kanunun 2 ci maddesinden istianeye kanunî bir zaruret yoktur. Bununla beraber, Federal Mahkemenin şu kararı, şüphesiz nazariyata uygundur. Çünki her hangi bir hakkın sui istîmâlinde Medeni kanunun bu maddesinden istianede bulunmakta kanuna aykırılık mevcut değildir. Ancak şu gerekçe, mülkiyeti nakil mukavelesinin mahiyetinden insanı bihakkin şüpheye düşürecek bir muhteva taşımaktadır. Bu itibarla, gerekçenin, kat'i olarak, mülkiyeti muhafaza mukavelesinde nakılin kendi nam ve hesabına hareket edebileceği suretinde kabulü zaruridir.

(Baştarafı 849 uncu sahifede)

İkinci devre : Ayrılık savaşından (1867) sonra gelir ve 1937 yılına kadar 60 yıl sürer.

Bu devrede Yüksek Mahkeme. kanunların Federal anayasaya aykırılığını kontrol hususunda çok cesur davranmış, bir çok karar vermiştir. Bunun menfi sebepleri vardır. Bir kere Ayrılık Savaşından sonra genel olarak merkezî yani Federal hükümetin mahallî hükümetlere nazaran nüfuz ve kuvveti çok artmıştır: aynı suretle Yüksek mahkemenin de nufuzu yükselmiştir. Sonra Amerika anayasasında (14 üncü tadil) adı verilen yeni hükümler yer almıştır. Bu tadilin amacı, Güney devletlerini çeşi-t li adlar altında, zenciler aleyhinde ayırt edici tedbirler almaktan menetmektir. Bu maksatla 14 üncü tadilinde çok müphem ve umumî terimler kullanılmıştır, Yüksek mahkeme de bundan, kanunların anayasaya aykırılığını kontrol bakımından faydalanmıştır; hiç bir devlet bir vatandaşı **«uygun bir hukukî usul»** olmadan hayatından, hürriyetinden veya mülkiyetinden mahrum kılamaz. Yine 14 üncü tadile göre hiç bir Amerikan devleti bir ferde **kanunların eşit himayesini** (equal protection of the lows) sağlamağı reddedemez. Amerikan yüksek mahkemesi uygun hukukî usul (due process of law) kanun önünde eşit himaye gibi genel kavramlara dayanarak murakabesini genişletmiştir. 1884 - 1935 arasında 65 karar vermiştir. Yüksek mahkemenin murakabesi bir taraftan usul bakımından öte yandan esas bakımından genişlemiştir.

Usul (procédure) bakımından genişleme : Yüksek mahkemenin defi yoliyle verdiği karar hukuken ancak hadiseye maksurdur. Yani bu karar nisbî bir tesiri haizdir, ancak Birleşik Amerika'da zamanla yüksek mahkemenin defi suretile verdiği karara fiilen genel bir tesir tanınmıştır. (6). Öyleki yüksek mahkeme bir muayyen dâvada bir kanunun anayasaya aykırlığına defi suretiyle karar verince artık kanun sanki iptal edilmiş, yürürlükten kaldırılmış gibi. artık uygulanmaz olur. Hatta kanunlar sicilinden bile çıkarılır. Sonra defi yolu ile bir kanunun ancak muayyen bir maddesinin anayasaya aykırlığı ileri sürülür, normal olarak yüksek mahkeme de ancak bu madde veya hükmün anayasaya aykırlığını tesbit eder; fakat yine fiiliyatta yüksek mahkeme, söz konusu madde veya hükmün kanununun ayrılmaz bir parçası olduğunu, kanununun bölünmez bir bütün teşkil ettiğini, bu itibarla kanununun bir bütün olarak anayasaya aykırılığına karar verilebilir.

(6) Çünki Anglo-sakson âleminde bir mahkeme kararı umumiyetle kendisini ve benzer hadiselerde diğer mahkemeleri bağlar. Bir sabit hukuk kaidesi olur (settled rule) Çünki bu karar uzun düşünce mahsulüdür. Buna (Stare decisis) doktrini yani içtihat istikrarı denilir (Eski hukukumuzda mevcut içtihat ve bağlılığı esasiyle mukayese).

1041

Defi yolu ile kontrolu kolaylaştıran mevhum dava usulüdür; anayasaya aykırlığı iddia edilen kanun hükmüne aykırı bir hareket yapılır ve bu hareket münasebetiyle açılan davada anayasaya aykırlık ileri sürülür. Yüksek mahkeme bu iddiayı kabul ederse ayni kanuna tâbi bütün hakikî ve hükmî şahıslar bu karardan faydalanır. Fiiliyatta büyük şirketler bir kanun maddesinin anayasaya aykırlığını bir nevi sondaj veya mevhum dava suretiyle tesbit ettirirler. kanunların anayasaya aykırlığını kontrolü sağlayan iki usul daha vardır. Bunlar **tesbit kararı** ve emir **usulüdür.**

Tesbit kararı usulü (declaratory judgements), alelâde bir istişare ile gerekçe bir karar arasında ortalama bir usuldür. Birleşik Amerika'da mahkemelerin istişarî karar vermesi caiz değildir. Ancak bir mahkemeye sadece hukukî durumu tesbit ettirmek, lâkin bu hukukî duruma dayanarak talepte bulunmamak üzere müracaat usulü kabul edilmiştir. Bu usul 1919 dan sonra yayılmağa başlamıştır. 1934 de kongre federal mahkemelerin tesbit kararı vermesini bir kanunla kabul etmiştir.

İnjunetion (kazaî Emir usulün) den maksat mahkemeye müracaatla muayyen bir kimsenin muayyen bir kanuna uygun hareket etmesini emir, kanuna aykırı hareket etmesini men eylemek hususunda karar istihsal etmektir. Şu halde bu usulde bir kimse, kendisine tatbiki muhtemel kanunun anayasaya aykırı olduğunu ve tatbiki halinde mühim ve telâfisi imkânsız zararlar doğacağını, bu itibarla mahkemenin memura bahis konusu kanunu tatbikten imtina emri vermesini talep eder. (Misal : Ekmek satışını düzenleyen bir kanunun ticaret hürriyetine aykırılığı sebebiyle tatbik edilmemesi emri). Buna menfi emir adı verilir. Bazen de memura anayasaya aykırı bir kanun hükmünün tatbikinden doğan neticeyi ortadan kaldırması (Meselâ anayasaya aykırı olarak alınmış vergiyi iade etmesi) emir edilir. Buna da müsbet emir adı verilir. Emir usulüne bilhassa anayasaya aykırı fiat tahdidi, çalışma kanunlarına karşı baş vurulmuştur. Gerek mahallî devlet mahkemeleri, gerek yüksek mahkeme emir «injunction» usuliyle bir çok kanunun anayasaya aykırılığına karar vermiştir.

Esasa müteallik kontrol :

Anayasada hangi **hükümlere** dayanarak, hangi **sebeplerle** kanunların anayasaya aykırılığı kontrol edilmiştir. Daha önce söylediğimiz gibi Ayrılık Savaşından sonra anayasayada yapılan 14 üncü anayasa tâdilinin ihtiva ettiği genel ölçüler kontrole bilhassa imkân vermiştir. Bu ölçüler (Uygun hukukî usul (due process of law). akitlerde bağlayıcı kuvvetinin kanunlarla zayıflatılması, akdî münasebetlerin teşrii tedbirlerle ihlâli, kanunların eşit himayesi kavramlarıdır. Daha sonra müteaddit ye-

rum esası, uygun muvazene, vuzuh prensibi gibi esaslar da kullanılmıştır. Bunların anlamı yüksek mahkemenin anlayışına göre zamanla değişmiştir.

«**Uygun hukukî usul**» den maksat, şahsın hürriyetini, iktisadî serbestisini, bir kelime ile. zamanın iktisadî ve içtimaî icaplarına göre himayesi gereken değerlerden ibarettir. (**Kanunların eşit himayesi**) nden maksat başlangıçta zencilere de beyazlar gibi muamele etmekti; fakat zamanla bu kavram genişletildi, meselâ şehir halkı ile köy halkını ayrı muameleye maruz bırakan belediye kanunları eşit himaye prensibine aykırı sayıldı. Zenginleri daha ağır vergi ödemeğe mecbur eden «progresif» artar vergi sistemi getiren kanunlar da aynı damgayı yemiştir.

Akitlere riayet prensibi de muayyen bir sınıf işçi lehine borçları tediye hususunda moratorium ilân eden kanunu, yahut kâğıt paranın altına çevrilemezliğinin ilânı kanunu hakkında anayasaya aykırılık kararı vermiştir.

(**Mahzurların uygun muvazenesi**) prensibine göre bir kanunun muayyen bir kategori vatandaşa yüklediği külfetler verdiği menfaatlere nazaran makul bir nisbette olmalıdır. (**Akla uygun yorum Prensibi**) de muayyen kanunî muamele farklarının makul ve muayyen sebeplere dayanması şartiyle anayasaya uygun sayılmasını gerektirir.

Netice itibariyle Amerika Yüksek Mahkemesi elinde tuttuğu büyük kontrol salâhiyetini kanunların makul, hak ve adalet uygunluğunu ölçmek için kullanacak derecede genişletmişti. Bu suretle Yüksek Mahkeme ve mahallî devletlerin yüksek mahkemeleri. kanunların yararlığı ve ihtiyaca elverirliği konusunda kendi görüşlerini yasama kuvvetinin görüşü yerine koyacak derece ileri gitmişlerdir. Başka deyimle yüksek mahkeme, bir takım genel ve son derece müphem kavramlara dayanmak suretiyle muayyen bir kanununun iyi veya kötü olduğunu bildirmek selâhiyetini elde etmiştir. Bu büyük yetki karşısında Birleşik Amerika'da hakimlerin hükûmet sürdüğü iddia edilmiştir.

Üçüncü devre : 1935 den sonra başlar. Bu devrede Cumhurbaşkanı «New Deal» adı altında Amerikanın o tarihe kadar tamamiyle liberal olan iktisadî sistem yerine müdahaleci bir sistem getiren bir takım kanunlar çıkarmıştır. Yüksek mahkeme bu kanunların anayasada yazılı hürriyet prensiplerine aykırı olduğunu ilân ve netice itibariyle tatbikten menetmiştir. 1936 yılında yapılan secimler Cumhurbaşkanı ile yüksek mahkeme arasındaki ihtilâfa bir nevi halkın hakemliğini getirmiştir. Rooswelt seçmenlerin % 60 ının oyunu almak suretiyle büyük bir zafer kazanmıştır. Böylece halk, anayasanın yorumunda adeta Rooswelt'e hak

1023

vermiştir. Bu zafer üzerine Rooswelt yüksek mahkemeye kesin bir darbe vurmak istemiş, 70 yaşına giren hakimlerin yanında kendisine birer yedek hâkim tayini yetkisini veren bir kanun teklif etmiştir. Bu teklif Birleşik Amerika'da hoşnutsuzluk uyandırmıştır. Zira yüksek mahkemenin verdiği kararların iyi niyetle, anayasayı korumak için verildiği kanaati hâkimdi ve böyle bir kanunun onun nüfuzunu hiçe indireceği tahmin ediliyordu. Başkanın partisinin çoğunlukta bulunduğu senatoda dahi kanun teklifi reddedilmiş ve kanun çıkmamıştır.

Bu hadiseler ve zamanla değişen hâkimlerin yetişme tarzı ve kendilerinde aranan vasıflar onları daha ihtiyatlı olmağa sevketmişlerdir. Artık anayasaya aykırılık iddialarını kabul ederken yüksek mahkeme daha tedbirli davranmıştır. Meselâ hekimlerin bazı ilâçları satmasını meneden bir kanunun anayasaya aykırılığını iddia eden bir hekim, bu kanun yüzünden üç müşterisine ilâç satamadığını. bunların hayatının bu yüzden tehlikeye girdiğini iddia etmişti. Yüksek mahkeme böyle bir halde doktorun değil, hayatı tehlikeye giren hastaların müracaatta bulunması gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Yine yüksek mahkemeye göre bir kanunun **anayasaya uygun olduğu hususunda bir karine vardır.** New-york devletinde liman klavuzluğu mesleğinin staj şartlarını adeta mevcut pilotların inhisarına veren bir kanunun, diğer vatandaşların kanunların eşit himaye görmesi esasına aykırı olduğu iddiası yüksek mahkemece reddedilmiştir. Çünki kanun önünde eşitlik prensibi **makul bir surette** yorumlanırsa denizcilerin ayrı bir çevre teşkil ettiği, bu çevrenin kendine özel kuralları bulunduğu kabul edilmek icabeder. Söz konusu kanun, pilotlar tayin edilecek çevrenin özel şartları gözönünde tutulunca akla uymaz veya ihtimal dışı bir kanun değildir.

Görülüyor ki Birleşik Amerika'da kanunların anayasaya uygunluğunu kazai murakabesi bugün daha çekingen ve ihtiyatlı olmuştur. Bu kontrol mevcuttur, yalnız mahiyeti itibariyle kanun koyucunun yerine kaim olarak kanunun iyiliğini veya kötülüğünü takdir edecek kadar ileri gitmemekte, «hâkimler hükûmeti» olmaktan çıkmaktadır.

II — Başlıca Avrupa Memleketlerinde Kanunların anayasaya uyunluğunun kazaî murakabesi.

1. İngiltere :

İngiltere'de yazılı ve rigide - yani alelâde kanunlardan ayrı bir usulle yapılan ve değiştirici bir anayasa yoktur. Parlamento anayasa mahiyetindeki kanunları da değiştirebilir. Şu halde İngiltere'de kanunların anayasaya aykırılığının kazaî murakabesi diye özel bir murakabe yoktur.

1024

2. Fransa :

Fransa'da parlamento millî hakimiyeti en iyi temsil eden bir organ sayılmıştır. Bu bakımdan. başka bir otoritenin bu konuda onun faaliyetini murakabe etmesi zıman kabul edilmemiştir. Öte yandan Fransa'da gerek halk, gerek devlet idaresi karşısıda vatandaşın bir takım temel haklara, zaman aşımına uğramaz haklara sahip olduğuna inanmıştır. Netekim Fransız Devlet Şurası tesis ettiği içtihad ile İnsan Hakları Beyannamesine ve daha sonra anayasanın başlangıç kısmına pozitif hukuk değeri tanımış ve bunlara riayeti sağlamıştır.

Fransa'da kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü meselesi Fransız politik sisteminde parlamentonun selâhiyetlerini tahdit bakımından ortaya atılmıştır. Bilindiği gibi Fransa'da III Cumhuriyet zamanında parlamento, diğer organları, bilhassa icra organını ikinci plâna atmıştır (sık sık hükûmet buhranları gibi). De Gaule 1958 de iş başına gelince, siyasî istikrar bakımından parlamentoyu bir taraftan siyasî usullerle (7) öte yandan hukuk tekniği usulleriyle bağlamak arzu edilmiştir.

Hukuk tekniği bakımından parlamentonun selâhiyetini tahdit hususunda en mühim usul, kanuna bırakılan konuların sınırlandırılmış olmasıdır. Artık 1958 Fransız anayasasına göre ancak belli konularda kanun çıkarılabilir (m. 34); bunların dışında kalan konular hükûmetin çıkaracağı kararnameler (Décrets) ile düzenlenir (M 37). Bu suretle bugün Fransa'da kararname artık kanunu tamamlayan bir hukuk kaynağı olmaktan çıkmış, bağımsız bir hukuk kaynağı olmuştur. Hatta kararname denilebilir ki kanundan daha önemli bir yer almıştır. Çünki kanunun düzenleyebileceği alanları anayasa saydığı halde (M. 34) kararname için bu alanların dışında kalan her konuyu düzenleyebilir.

Kanunun tanzim alanını tahdidi, kanunların kontrolünü zarurî kılmıştır. Bu kontrol bir taraftan özel bir organ olan anayasa konseyi (Conseil Constitutionnel), öte yandan umumî mahkemeler tarafından yapılmaktadır.

Anayasa konseyi :

Üye sayısı : Üyelerden üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi Başkanı, üçü de senato başkanı tarafından seçilir. Bunların süresi 9 yıldır. Ancak her üç yılda bir bunların üçte biri yenilenir. Ayrıca eski Cumhur-

(7) Fransa tarihinde kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol için yapılan tecrübeler hiç bir netice vermemiştir. Profesör Châtelain'e göre 1958 anayasasından önce Fransa'da parlamentonun anayasayı ihlâli karşısında kazaî hiç bir murakabe mevcut değildi.

başkanları ömür boyunca tabii üye (membre de droit) dır. Bunlardan Vincent Auriol. hükûmetin umumî politikasına muhalif olduğu için anayasa konseyinden istifa etmiştir. **R.Coty üye** olmakta devam etmektedir.

Anayasa konseyinin **ödevi** sadece yasama kuvvetinin selâhiyetini tahdit etmektir. Yoksa anayasayı korumakla vazifeli değildir. İcra ve kaza kuvvetinin anayasaya aykırı harketleri karşısında bir yetkisi yotur. O' kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol eder (Bu konseyin başka bir takım vazifeleri de vardır).

Konsey murakabe vazifesini üç şekilde yapabilir :

a) Kanun yapılması sırasında murakabe : Anayasa ile kanuna bırakılan alanının dışına çıkan her kanun veya tâdil teklifi karşısında başbakan, mebuslar meclisi başkanına başvurur; Meclis başkanı da teklifin kanun çerçevesi dışına çıktığı fikrinde ise, teklif dikkate alınmaz. Aynı fikirde değilse Başbakan yahut meclis başkanı anayasa konseyine başvurur. Bu konsey kanununun kendisine bırakılan alan dışına çıkıp çıkmadığını kontrol eder.

b) Kanununun tatbikinden önce murakabe (M. 61) : parlamentonun iç tüzükleri mecburî olarak anayasa konseyinin murakabesinden geçer, bundan başka organique (8) kanunlar da mecburi olan aynı murakabeye tabidir. Alelâde kanunlarla milletlerarası andlaşmalar hakkında konseyin mütalaasını almak mecburiyeti yoktur. Bununla beraber başbakan veya iki meclisten birinin başkanı bunları tetkik ile konseye sevk edebilir (konsey radyo televizyon hakkındaki kanunu anayasaya aykırı bulmuştur).

c) Kanunun tatbikinden sonra murakabe : Parlamento, kararname alanına giren bir konuda kanun çıkarırsa hükûmet konseyin mütalâasını alarak bir kararname ile bu kanunu tadil edebilir. Hatta yeni anayasanın kabulünden önce yeni anayasaya göre kararname alanına giren bir konuda kanun çıkarılmış ise, hükûmet konseyin mütalâasını alarak bu konu nu tadil veya ilga eder. Şimdiye kadar hükûmet 9 defa konseye müracaat etmiştir.

Konsey 6 kanunun kararname alanına giren konuları düzenlediğini yani anayasaya aykırı olduğunu tesbit etmiştir.

Umumî Mahkemelerin Anayasaya aykırılık konusunu kontrolü :

Châtelain'e göre 1958 anayasasından önce ne idarî, ne de adlî mahkemeler kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol edemiyordu. İdarî mahkemeler kararnamelerin **kanuna** aykırılığını murakabe edebiliyor

(8) Anayasanın uygulanmasına yarayan kanunlardan Bunların tanzimi, kanunların tanziminden farklıdr. Ezcümle konseyin mütalâası alınmak lâzımdır.

1046

fakat anayasaya aykırılığını murakabe edemiyordu. Zira kararname kanuna dayanıyor, kanuna dayanan kararnamenin anayasaya aykırılığını tetkik, kanunun anayasaya aykırılığını tetkik sayılıyordu. Bununla beraber Devlet Şurası anayasanın başlangıç metninde mevcut prensipleri. Yazılı olmayan kanun savmış ve bunlara aykırı kararnameleri iptal etmiştir.

1958 anayasasından sonra kararname müstakil bir kanun olmuştur Bu bakımdan konsey artık bunları kanuna aykırı olduğundan iptal edemiyor, fakat anayasanın dayandığı umumî prensiplere aykırı olması halinde iptal ediyordu. (bu yolda iki karar vardır). Anayasa ile kanuna bırakılan alanda bir kararnameyi konsey iptal edebilir mi? Châtelain müsbet mütalâadadır.

3 — Federal Almanya'da kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesi :

Batı Almanya, Hitler ve Nasyonal sosyalist istibdadından kurtulmuştur. Fert haklarını çiğneyen, insan haysiyetini ve hürriyetini yok eden bu rejimden kurtulan bir memlekette ilk tabiî tepki şu olacaktır: insanın temel hak ve hürriyetlerini etraflı bir şekilde tesbit etmek, sonra bunların idarece çiğnenmesini önleyecek bir kontrol sistemi kurmak. Almanlar anayasada yazılı hürriyetlerin kanun koyucu tarafından da çiğnenmesini önlmek için anayasa mahkemesini kurmuşlardır.

Almanya Birinci Cihan harbinden sonra Weimar anayasasında da kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol edecek bir sistem kurmak istenmişti. Ancak o tarihte kabul edilen metin böyle bir kontrolün varlığı üzerinde tartışmalara yol açmıştı.

Batı Almanya'da kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü 1949 tarihli Bonn federal anayasasının 39 ve 49 maddelerinde yazılıdır (9). Bu maddelerde bir anayasa mahkemesi ve görevleri ön görülmüştür. 12 Mart 1951 tarihli bir kanun bu mahkemenin teşkilâtını düzenlemiştir.

Alman Anayasa Mahkemesinin teşkilâtı :

Üyeler : Yirmi dört üyesi vardır. Bunlar Alman Millet Meclisi ve Senatosu tarafından 3/4 ve 3/5 çoğunlukla seçilirler. Üyelerden 8 i, yüksek

(9) Almanyada Federal Anayasa Mahkemesinden başka; her federe devletin kendi anayasa mahkemesi vardır. Bu federe devlet anayasa mahkemeleri o devletin kanunlarının kendi iç anayasalarına uygunluğunu kontrol eder.

kazai makamlardan meslek hâkimleri arasından, geri kalan 16 sı ise 40 yaşında, hâkim veya yüksek memur olmak için gerekli vasıfları haiz, âmme hayatından tecrübe sahibi... kimselerdir. Sekiz yıl süre ile seçilir. Yeniden seçilmek caizdir.

Hâkimlerin normal statüsüne tâbidirler, dokunulmazlıktan faydalanırlar, maaşları yüksektir, yemin ederler, hülâsa görevlerinde siyasî iktidardan müstakildir. Hâkimlik ve profesörlük birleşebilir. Alman anayasa mahkemesi iki daire (senatodan) müteşekkildir. 1951 tarihli kanuna göre bu dairelerin vazifeleri tâyin edilmiştir. Ancak bu vazife bölümünün iyi netice vermediği, bir dairede bir yılda görülen dâva sayısı üç bine yaklaşırken ötekinde ancak (10) iş görüldüğü anlaşılmıştır. Bu sebepten son zamanlarda yapılan bir tadil ile dairelerin iş sayısı ayarlanmıştır.

Federal Anayasa Mahkemesinin salâhiyeti :

Anayasa mahkemesi kanunların anayasaya aykırılığını kontrol etmek salâhiyetini haizdir. Bunun yanında, Cumhurbaşkanını ittihamı halinde yargılamak. kendi üyelerini muhakeme etmek, siyasî partilerin faaliyetlerini menetmek, anayasanın temel hükümlerini pek açık şekilde çiğneyeni yurt ve askerî siyasî haklarından ve âmme haklarından mahrum etmek vazifelerini de haizdir.

Kontrol usulleri :

Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasaya uygunluğunu üç ayrı usulle kontrol etmektedir.: Mücerret (Abstrat=Mücerret) kontrol prosedürü, müşahhas (conret=müşahhas) kontrol prosedürü, anayasa şikayeti prosedürü.

---

(10) Federal anayasasının 93 maddesine göre Federal Anayasa Mahkemesinin öteki selâhiyetleri şunlardır : Bu mahkeme,

a) Anayasanın yorumu hakkında, bir yüksek federal organının veya gerek anayasa ile gerek yüksek bir federal organının iç tüzüğü ile kendilerine has haklara sahip kılınmış ilgililerin hak ve vecibelerinin şumûlü dolayısiyle çıkacak anlaşmazlıklarda,

b) Federasyon ve memleketlerinin vecibelerine müteallik fikir ayrılıklarında, bahusus bunlar tarafından federal hukukun tatbiki ve federal kontrolün ifası dolayısiyle fikir ayrılıkları zuhur ettiği takdirde;

e).,Federasyon ile memleketler arasında veya bir memleket içinde bunlar için diğer bir hukuk yolu mevcut olmadığı nisbetinde çıkacak kamu hukuku ihtilâfları hakkında

d) Anayasanın veya federal bir kanununun verdiği işler hakkında da karar verir. (Bak İlhan Lütem Yeni Anayasalar. I 1953 s. 64-65 Türk Hukuk Kurumu yayınlarından).

1028

1 — Mücerret kontrol prosedürü : Bir kanunun anayasaya aykırılığı iddiasiyle anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi talebi karşısında takip edilen bir prosedürdür. Bu usule göre kanun, muayyen bir hadisede tatbik münasebetiyle değil, mücerret anayasa uygunluğu bakımından incelenmektedir.

Mücerret kontrol prosedüründe dâva açmak hakkı ancak mahdut resmî şahıslara veya organlara verilmiştir. Federal devletlerin hükûmetleri, Bundestag (Mebuslar Meclisi) de mebusların üçte birinin talebi üzerine işbu prosedür işler. Dâva kazanıldığı takdirde mahkeme iptal kararı verir. Bu karar kesindir (Kanun mahiyetindedir).

Mücerret kontrol prosedürü azınlığın çoğunluğa karşı bir koruma vasıtasıdır: Anayasaya aykırı bir kanun geçer çoğunluğa karşı azınlık anayasa mahkemesine baş vurur. İptal dâvası (Mücerret kontrol prosedürü) pek çok işlemiştir. Bunun sebebi Almanya'da siyasî hayatın nisbeten sâkin olmasıdır. Almanya'nın batı savunma sistemine katılmasına dair andlaşmaların (Bonn ve Paris andlaşmaları) tatbikine dair kanunun anayasayı tadil mahiyetinde ve anayasaya aykırı olduğunu, zira anayasa tadilleri için parlamento gerekli mevcut çoğunluk tarafından kabul edilmediği muhalefet tarafından iddia edilmiştir. Buna karşılık çoğunluk partisi Atlantik anlaşmalarının normal kanunlar olduğunu mevsuf çoğunluğa lüzum olmadığını iddia etmiştir. Zira dâva kanun çıkmadan önce açılmıştır. Mahkeme, henüz çıkmamış bir kanun üzerinde karar vermek vetkisi olmadığını söylemiştir.

(Kongre) kontrol prosedürü :

Bir mahkemede muayyen bir dâvanın görülmesi sırasında bir kanunun anayasaya aykırılığının iddia edilmesidir. Bu usul, kanunun, defi suretiyle anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi usulüne benzer. Ancak fark şuradadır : Usulde aykırılık bir âmme intizamı meselesidir. Bu itibarla mahkeme önünde taraflar anlaşsalar dahi anayasa mahkemesi işi incelemeğe devam eder ve verdiği karar mahkemeyi bağlar.

Normların kongre kontrol prosedürü (dâva yolu ile murakabe) ile verilen kararların sayısı bir hayli kabarıktır. Alman anayasa mahkemesinin bu içtihadı iki bakımdan dikkate değer görülmektedir. Bir kere bu mahkeme anayasanın yanlız metnini değil, onun metninde yer alan temel prensipleri, meselâ kesin hükme riayet prensibini tatbik edebilir. Hatta bu mahkeme bizzat anayasa metninin bile bu prensiplere uymak zorunda olduğunu, anayasa maddelerinin bile anayasaya aykırılığına karar verebileceğini içtihat etmiştir. Bu cesur içtihada rağmen anayasa mahkemesi tatbikatta ölçülü davranmaktadır. Meselâ kanunların ana-

1029

yasava uygunluğu hususunda bir karine bulunduğunu, bu itibarla bir kanunun ancak anayasayı açıkça ihlâli halinde, aykırılığına karar vermektedir.

Anayasa şikâyeti prosedürü :

Anayasanın sağladığı temel haklardan biri çiğnendi mi gerçek veya tüzel bir kişi anayasa mahkemesine başvurabilir. Buna anayasa şikâyeti usulü denilir. Bu yol bir kanun, idarî veya adlî bir makamın bir kararına karşı açıktır. Ancak daha önce normal müracaat yollarına baş vurulmalıdır. Organik bir kanundan doğan haklar için doğrudan bir yola başvurulabilir.

(Anayasaya aykırılıktan dolayı şikâyet) usulü, 1949 anayasasında değil, anayasa mahkemesinin teşkilât ve vazilelerini tesbit eden 1951 tarihli kanunla kabul edilmiştir. Aynı kanun, şikâyet usulünün kötüye kullanılmasına karşı bir usul bulmuştur: ciddî ve haklı bir sebep olmaksızın sikâyet usulüne başvuranlardan para cezası alınır.

Şikâyet usulü Alman vatandaşlarına geniş, çok geniş bir savunma imkânı vermiştir. Bu usule göre yapılan şikâyetlerin sayısının dört bine yakın olduğu anlaşılıyor. Alman komünist partisi ile mütrit sağcı Alman Sosyal Partisinin menine dair kanunlar hakkında bu kabil şikâyet yoliyle anayasa mahkemesine başvurulmuştur.

4 — İtalya'da Anayasa Mahkemesi :

15 Ocak 1948 tarihinde yürürlüğe giren yeni İtalyan anayasası, (Anayasa teminatı) başlığı altında bir anayasa mahkemesi kurmuştur. (M. 134 - 137)

Anayasa mahkemesi 15 üyeden mürekkeptir. Bunlardan 5 i Devlet Başkanı, 5 i Mebuslar meclisince seçilir (11). Geri kalan 5 üye de Yargıtay, danıştay ve sayıştay gibi yüksek yargı organlarınca seçilir.

İtalya'da da normların mücerret kontrolü (dâva yoliyle kontrol), normların müşahhas kontrolü (defi suretiyle kontrol) usulleri vardır. Fakat anayasaya aykırı kanun, idarî karar veya mahkeme kararına karşı her vatandaşın anayasa şikâyet hakkı yoktur.

İtalya'da **mücerret kontrol usulü** yani dâva usulüne müracaat hakkı vardır. Bu hak ancak Başbakana, bölge hükümetlerine (İtalya'da

(11) İtalyan anayasa mahkemesi ancak 1955 de kurulmuş ve 1956 dan beri faaliyete başlamıştır. Bunun sebebi parlamentoca seçilecek mebusların seçiminde gerekli mevsuf çoğunluğun sağlanamamasıdır. Parlamentoda kuvvetli bir azınlık olan komunistler bir üyenin kendilerinden seçilmesini istiyorlar, çoğunluk muvafakat etmiyordu. 1955 de eski bir komünist seçilmekle zorluk giderilip mahkeme teşekkül etti.

federe devletler yoksa da bir dereceye kadar muhtar vilâyetler yani böl geler vardır) tanınmıştır.

İtalya'da müşahhas kontrol usulü (defi usulü) bir mahkemede görülen bir dâva münasebetiyle ileri sürülür, ancak bir kere iş anayasa mahkemesine gelince anayasaya aykırılık konusu âmme intizamı meselesi haline gelir ve tarafların ve bidayet mahkemesinin hükmüne rağmen anayasaya aykırılık kararı verilir.

İtalyan anayasa mahkemesinin içtihadına gelince, henüz verilen kararların sayısı pek çok değildir. Bu mahkemesinin kurulmasından önce mevcut kanunların anayasaya aykırılığı hususunda bir hüküm yoktur. Bu sebepten incelemekte bu mahkemenin yetkili olup olmadığı meselesi çok münakaşa edilmiştir. 1931 tarihli Faşist Polis Kanununun idareye bir vatandaşı nufusunda kayıtlı olduğu bölgeye göndermek, vatandaşların belli bir saatden sonra dışarı çıkmasını yasak etmek yetkilerini tanıyordu. Bu kanunun anayasaya aykırılığı iddia edildiği zaman anayasa mahkemesinin, kuruluşundan önce mevcut kanunları incelemeyeceği iddiası ileri sürülmüştü. Ancak anayasa mahkemesi bu iddiayı red ederek sözü geçen kanunun kaldırılmasına karar verilmiştir.

Bugün İtalyan anayasa mahkemesinin kendinden bekleneni yaptığı ifade edilmektedir.

Memleketimizde veya başka memleketlerde anayasa mahkemeleri, anayasa hükümlerinin ve hürriyetlerin teminatı olarak mühim bir yenilik getirmiştir. Fakat unutmamak gerekir ki anayasanın ve hürriyetlerin asıl teminatı, yurttaşların anayasa ve hürriyetlere içten bağlılığıdır. Nitekim yeni anayasa kendisini, asıl teminatın vatandaşların gönüllerinde ve iradesinde yer aldığı inancı ile, hürriyete adalete ve fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet etmiştir (12).

(12) Kurucu meclis Bak. 9.7.1961 tarihli Halkoyu (referendum) İle kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti anayasanın başlangıç kısmının sonu.

1052

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

1053

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.

1054