Adliye Cerîdesi

Adliye Vekâleti tarafından ayda bir neşrolunur.

Sene: 9 | Şubat 1931 | Sayı: 103

RESMÎ KISIM

KANUNLAR

Devlet memurları maaşatının tevhit ve teadülü hakkındaki 1452 numaralı kanunun 13 üncü maddesinin tashihine dair kanun

Kanun numarası: 1738
Neşri tarihi: 15 - 1 - 1931

Madde 1 — Devlet memurları maaşatının tevhit ve teadülüne dair olan 1452 numaralı kanunun 13 üncü maddesinde yazılı (12) rakkamı (8) olarak tashih edilmiştir.

Madde 2 — Bu Kanun neşri tarihinden muteberdir.

KÜTÜPHANE-ANKARA-1946-MİLLİ

84

Madde 3 — Bu Kanunun ahkâmını icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

1 - 1 - 1931

* * *

Askerî şahıslar tarafından işlenip askerî mahkemelerce rü'yet ve hükme raptedilen veya henüz görülmekte olan suçların af ve teciline dair kanun

Kanun numarası: 1741
Neşri tarihi: 13 - 1 - 930

Madde 1 — Kabahat ef'alinden maznun veya mahkûm olan askerî şahıslar affedilmiştir.

Madde 2 — Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci babının birinci faslında ve 21 şevval 1289 tarihli mülga askerî ceza kanununun ikinci babının birinci faslında ve 16 teşrinevvel 1330 tarihli mülga (esrarı askeriyeyi ifşa ve hıyaneti harbiye ve casusluk) kanunu muvakkatinde ve 1632 numaralı askerî ceza kanununun üçüncü babının birinci faslında yazılı (vatan aleyhinde) ve Türk Ceza Kanununun mezkûr birinci babının ikinci faslında yazılı (Devlet kuvvetleri aleyhine işlenen) ve mülga askerî ceza kanununun ikinci babının üçüncü faslında ve (200 üncü maddesinin onuncu fıkrasında) ve 1632 numaralı askerî ceza kanununun üçüncü babının beşinci faslında yazılı (askerî itaat ve inkıyadı bozan suçlar) ve Türk Ceza Kanununun sekizinci babının birinci faslında ve mülga askerî ceza kanununun 197 inci maddesinde yazılı (cebren ırza geçmek) ve Türk Ceza Kanununun dokuzuncu babının 455 inci maddesindeki suç hariç olmak üzere (adam öldürmek) ve Türk Ceza Kanununun onuncu babının birinci faslında ve mülga askerî ceza kanununun ikinci babının sekizinci faslında ve 1632 numaralı askerî ceza kanununun sekizinci faslının 131 inci maddesinde yazılı (hırsızlık) ve Türk Ceza Kanununun onuncu babının dördüncü faslında yazılı (emniyeti sui istimal) ve Türk Ceza kanununun altıncı babının üçüncü faslında ve mülga askerî ceza kanununun ikinci babının onuncu faslında yazılı (evrakta ve idarei askeriyede sahtekârlık) ve Türk Ceza Kanununun onuncu babının üçüncü faslında yazılı (dolandırıcılık) ve Türk Ceza

Kanununun üçüncü babının birinci, ikinci, üçüncü ve mülga askerî ceza kanununun ikinci babının onbirinci faslında ve 1632 numaralı askerî ceza kanununun sekizinci faslının 135 inci maddesinde yazılı (zimmete para geçirmek, ihtilâs, irtikâp ve irtişa suçları) ile 30 uncu maddesinin (A) fıkrasının birinci ve ikinci kısımları ve 32 inci maddesinin (A) fıkrasının birinci ve ikinci kısımları mucibince her halde silki askeriden tart veya ihraç ve mülga askerî ceza kanununun 200 üncü maddesi mucibince tekerrüründen dolayı tardı veya tenbellik ve bataeti veya vazifede ihmal ve tekâsülü itiyat ve vazifenin hini tevdiinde veya esnayı ifasında temaruz etmekten veyahut mülkî ve askerî ceza kanunu mucibince altı ay ve daha fazla mahkûmiyetten dolayı silki askeriden tekaüden ihracı müstelzim olan suçlar müstesna olmak üzere diğer askerî cürümlerden maznun veya mahkûm olanlar haklarındaki takibatın icrası ve hükümlerinin infazı tecil olunmuştur.

Firar cürümleri meyanında askerlik mükellefiyeti kanununun 86, 89, 90, 98 ve 106 ıncı maddelerinde zikrolunduğu veçhile cezalı hizmete tâbi bulunanların fiilleri dahi tecile dahildir.

Kanunun her mahalde ve köylerde neşir ve ilân olunduğunu mutazammın o mahallin idare heyetince ve ecnebi memleketlerde bulunanlar için mıntakalarında bulunduğu konsolos veya bunların yerine kaim siyasî memurlarca tutulacak zabıt varakasile tespit olunduğu tarihten itibaren üç ay zarfında dehalet ve sicile kayıt için müracaat edenler dahi tecilden istifade ederler. Bu müddet zarfında dehalet ve müracaat etmeyenlere müddetin inkızasından itibaren geçecek müddet için ahkâmı kanuniye tatbik olunur.

Madde 3 — Tecilden hariç tutulan fiillerin şerik ve müteşebbisleri de tecilden müstesnadır.

Madde 4 — Adam öldürüp te kanunî esbabı muhaffefe ile veya adam öldürmek cürümlerinde şeriki cürüm sayılarak asıl fiillerden daha hafif ceza ile mahkûm olmuş veya ayni sebep ve suretle mahkûm olacaklardan cezalarının üçte birini bitirenlerin geri kalan cezaları tecil olunur.

Madde 5 — Evvelce neşredilmiş olan 1441 numaralı umumî tecil kanunundan istifade edip te tecil müddeti içinde ikinci bir cürüm işleyenlerden, hakkında takibat ve muhakeme icra kılınmakta olanlar veya takibat ve muhakeme yapılarak mahkûm edilenler, bu tecilden istifade edemezler.

Madde 6 — Tecilden istifade edenler, hakkındaki takibat ve muhakematın icrasını talep ederlerse, mevkuf olmıyarak takibat ve muhakemeleri icra olunur. Mahkûm olurlarsa cezaları tecil edilir.

Madde 7 — Mevkuf olmıyan maznunlar bu kanunun neşri tarihin-

89

den ve mevkuf maznunlarla mevkuflar tahliyeleri tarihinden itibaren yaptıkları cürüm veya haklarındaki hükmün tâbi olduğu müruru zaman müddetinin yarısı içinde, ayni neviden veya daha ağır cezayı müstelzim bir cürüm işledikleri takdirde haklarında 1632 numaralı askerî ceza kanununun 43 üncü maddesindeki cürüm ve cezaların içtimaı hakkındaki hükümler tatbik olunur. Yukarıdaki müddetler içinde diğer bir cürüm işlemiyenler. evvelki cürümleri işlememiş sayılır.

Madde 8 — İşbu Kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 9 — İşbu Kanunun hükümlerini icraya Millî Müdafaa Vekili memurdur.

8 - 1 - 1931

* * *

Umumî Hıfzıssıhha kanunu

Kanun numarası: 1593
Neşri tarihi: 6 - 5 - 1930

- Mabaat -

BEŞİNCİ BAP

Gemiler, Demiryolları ve sair nakliyat vasıtaları sıhhî işleri

Madde 139 — Yolcu taşıyan türk gemilerinde hususî kanunda gösterilen şartlar dahilinde istihdam edilecek tabiplerin Türkiyede san'at icrasına mezun ve Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletince tasdik edilmiş olması lâzımdır. Bu tabipler gemi tabipliğine tayin olunmak için bu bapta neşredileeck talimatnameye tevfikan Vekâletçe bir imtihana tâbi tutulurlar ve imtihanda muvaffak olanlara gemi tabipliği vazifesini ifa edebileceklerini mübeyyin bir vesika verilir.

Madde 140 — 139 uncu maddede zikredilen vesikayı hamil olmayan tabiplerin gemi tabipliklerinde istihdamı memnudur.

Madde 141 — Yolcu gemilerinde bulunması lâzım gelen ilâç ve tıbbî levazım ile hasta tedavisi için tefrik edilen mahaller ve bu gemilerin şerait ve yolcu mahallerinin sıhhî vasıfları ve izdihama mâni olacak ve yolcuların selâmet ve emniyetini temin eyleyecek tedbirler Sıhhat ve İçtimai Muavenet ve iktisat Vekâletlerince müştereken bir nizamname ile tesbit olunur.

Madde 142 — Gemi tabipleri, gemi dahilindeki mürettebat ile üçüncü sınıf yolcuları ve deniz tutması, kaza veya sari hastalık vukuunda diğer sınıf yolcuları meccanen tedaviye mecburdur.

Madde 143 — Gemi tabipleri musaddak bir defter tutarak her seferdeki sıhhî vakaları hastalananların esami ve hastalıklarını ve yapılan tedaviyi umumiyetle geminin sıhhî hallerini kayıt ve imza ve kaptana tasdik ettirir. Bu defter seferden mebde limanına avdette orada sahiller sıhhî işlerine nezaretle mukellef memurlara ibraz olunur.

Madde 144 — Gemi tabibi memleketi sari ve salğın hastalıklardan korunmağa matuf tedbirleri teshil ve bu hususta ait olduğu makamlarca verilecek emirler ve talimatın icrası ile mükelleftir.

Madde 145 — Gerek uzun sefer yapan ve gerekse limanlar dahilinde veya kısa mesafeler içinde veya nehirlerde işleyen her nevi merakip sahiller sıhhî işlerine nezaretle mükellef memurlar tarafından mürakabeye tabidir. Gemilerin kaptanları veya reisleri sari ve salgın hastalıkların zuhuruna mani olmak üzere gerek gemilerde ve gerek mürettebata tatbikına bu makamlarca lüzum gösterilecek tedbirlere riayetle mükelleftir.

Madde 146 — Demiryolu, tramvay, otobüs ve omnibüs gibi umumî nakil vasıtaları vagon ve arabalarında sari ve salgın hastalıkların intikal ve sirayetine mani olmak üzere tatbikına sıhhî memurlarca lüzum gösterilecek tedbirlerin ifasına, bu nakil vasıtaları idareleri mecburdurlar. Şahıslara ait ve fakat umumî nakil işlerinde kullanılan vasıtalar sahipleri dahi ayni mecburiyete tâbidirler.

Madde 147 — Sari ve salgın hastalıklara müptelâ şahıslar ancak sıhhat memurlarının müsaadesi ile ve bu hususlaki kaidelere riayet etmek şartile umumî nakil vasıtaları ile naklolunabilir. Müsaadesiz umumî nakil vasıtaları ile sarî hastalık müsaplarının nakli memnudur.

Madde 148 — Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletince görülecek lüzum üzerine sarî ve salgın hastalıkların zuhur ettiği mahallerden gelen

yolcu ve eşyanın muayenesi için şimendifer istasyonlarında muayene mevkileri tesis olunur.

Madde 149 — Şimendifer idarelerince büyük demiryolu istasyonlarında ve yolcu katarlarında kaza ve müstacel hastalık vak'alarında istimal edilecek levazım ve mevaddı tıbbiyenin hazır bulundurulması mecburîdir.

Madde 150 — Gemi süvarileri ve çarkçı ve dümencileri, demiryolu makinistleri, otomobil ve otobüs şoförleri veya lüzum görülecek sair vesaiti nakliye müstahdeminin hizmete duhulden evvel bedenî, aklî, ruhî ve basarî, üznî muayenelerininin icrasına mütaallik olmak üzere hususî hükümler vazedilecek ve bu muayenelere tâbi olmadan hiç bir şahıs bu gibi hizmetlere kabul edilmeyecektir. Bu muayeneler resmî sıhhat müesseseleri tarafından meccanen yapılır.

ALTINCI BAP

Çocuk hıfzıssıhhası

BİRİNCİ FASIL

Çocukluk ve gençlik koruması

Madde 151 — Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâleti küçük çocuk hıfzıssıhhası ve bunlarda görülen vefiyatın azaltılması için lâzım gelen müesseseler açarak idare eder ve çocuk hıfzıssıhhası faydalarının halk arasında intişar ve tatbikını teshil edecek tedbirleri ittihaz eyler.

Madde 152 — İlkaha mâni veya çocuk düşürmeğe vasıta olup Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletince tayin olunacak alât ve levazımın ithal ve satışı memnudur. Bnuların tebabette müstamel envaı Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin tayin edeceği şartlar dairesinde ithal edilir ve eczanelerde reçete ile satılır.

Madde 153 — Devletin resmî müesseselerinde doğum yardımı meccanidir. Sıhhî ahvali daha fazla kalmayı istilzam etmeyen vakayide lohusaların değumdan sonra müesseselerde bir hafta alıkonulması mecburidir.

Madde 154 — Hükûmet ve belediye tabipleri ve ebeleri fakir kadınların doğurmasında meccanen yardıma mecburdurlar.

Madde 155 — Kendisi ve çocuğunun sıhhati için bir zarar husule getirmiyeceği bir tabip tarafından tahriren tasdik edilmedikçe kadınların doğumlarından mukaddem üç hafta ve doğurmasını müteakip yine üç

hafta zarfında fabrika, imalâthane ve umumî ve hususî müesseselerde çalışması ve çalıştırılması memnudur.

Madde 156 — Bu kanunun neşrinden sonra berhayat çocuğu altı veya altıdan fazlaya balığ olan kadınlara Devletçe mükâfatı nakdiye verilmesi için her sene Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâleti bütçesinde bir faslı mahsus açılır. Arzu edenlere nakdî mükâfat yerine ihdas edilecek bir madalya verilir. Bu kanunun neşri tarihinde berhayat altı veya daha ziyade çocuğu olan kadınlara dahi bu madalya verilir.

Madde 157 — Sütninelik edecek kadınlar kendi çocuklarının yedi aylıktan fazla olduğuna dair resmî vesikalar ibraz etmedikleri ve kâfi emzirme kabiliyeti mevcut olmadığı takdirde sütninelik etmelerine müsaade edilmez. Süt annenin çocuğu yedi aylıktan küçük olduğu halde bunun başka kadın tarafından emzirildiği ispat olunmak lâzımdır. Bu vesikalar süt annelerin 125 inci maddede gösterilen muayenesi esnasında talep edilir.

Madde 158 — Yedi yaşından aşağı olan metrûk, öksüz veya babası ve anası hayatta çocukları gerek para ile ve gerek parasız kabul ederek bakan resmî ve hususî bütün müesseseler Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin murakabe ve teftişine bağlıdır. Bu tarzdaki müesseselerin küşadı, sahipleri tarafından Vekâlete ihbar olunur.

Madde 159 — Nezdine yedi yaşından aşağı çocukları para mukabilinde bakmak üzere alan eşhasın evvelâ mahallî belediyesinden müsaadei mahsusa alması mecburidir. Belediye heyeti sıhhiyesince bu gibi eşhasın ikametğahı ve sair şartları muvafık görüldüğü tasdik edilmeden bu müsaade ita edilmez. Bu gibi eşhasın ikametgâhları da 158 inci maddede bahsedilen teftişe tâbidir.

Madde 160 — Kabul ettikleri çocukların sıhhat ve hayatlarını muhafaza için lâzım gelen vasıtalar noksan olur veya çocukların sıhhat ve hayatını duçarı tehlike eden mahzurlar mevcut bulunursa 158 ve 159 uncu maddelerde zikredilen müesseseler ve şahıslar, sıhhat memurlarının tahrirî ihtarlarile bu noksanlar ve mahzurları izaleye mecburdurlar. Bu ihtarları on beş gün zarfında icra ettirmeyenlerin çocukları nezdlerinde bulundurmalarına müsaade edilmez ve müesseselari kapatılır.

Madde 161 — Metrûk çocukları altı yaşını ikmal edinceye kadar mahallî belediyeleri, belediye olmayan yerlerde köy heyeti ihtiyariyeleri himayeye mecburdurlar. Hususî müesseseleri olmayan yerlerde belediyeler bu çocukları icap ederse bir ücret mukabilinde bakılmak ve büyütülmek üzere aileler nezdine verilir. Altı yaşından sonra bu çocukların himayesi ve tahsil ettirilmesi Maarif Vekâletince deruhte olunur.

93

Madde 162 — Nüfusu on binden fazla olan mahallerde belediyeler bir «Süt çocuğu muayene ve müşavere evi» tesis ederler. Bu müesseselerin vasıl ve şartları ve vazifeleri Sıhhat Vekâletince tayin olunur. Nüfusu kırk binden fazla olan mahallerde bunlara merbut olmak üzere bir «Süt damlası» tesis edilir. Nüfusu yüz binden fazla olan mahallerde bu müesseseler ihtiyaca göre tezyit olunur.

Madde 163 — Bilûmum mekteplerin bina ve sıhhî şartları ve sarî salgın hastalıklardan vikayeleri hususları Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletinin murakabesi altındadır. Yalnız talebenin şahıslarına ait sıhhî murakabe bu mekteplerin tâbi oldukları makamlar, cemiyetler veya şahıslar tarafından ifa edilir.

Madde 164 — Alelûmum mekteplerde muayyen fasıllarla talebenin beden, ruh ve göz ve kulaklarına ait muayeneler mekteplerin hususî tabipleri tarafından icra ve her talebeye mahsus ayrı kayit varakalarına tesbit olunur.

Madde 165 — On yasından aşağı çocuğun babası, anası veya öksüz olanlarda sair hısımları tarafından hayat ve sıhhatı ve ahlâkını tehlikeye muruz bırakacak fena muameleye, teşviklere veya cebre duçar olduğu takdirde bunların belediye veya Devlet müesseselerine kabul edilmek üzere nezdinde bulunduğu kimselerden ayrılması caizdir.

Madde 166 — On iki yaşından aşağı çocukların yanlarında ebeveyni veya velileri olduğu halde dahi meyhanelere girmesi ve on sekiz yaşından aşağı gençlere her nevi ispirtolu içki verilmesi veya satılması memnudur.

Madde 167 — On iki yaşından aşağı çocukların, sinema ve tiyatro ve dans salonu ve bar gibi mahallere getirilmesi ve kabul edilmesi memnudur. Altı yaşından yukarı olanların gündüzün terbiyevî veya hususî mahiyette olan sinema veya tiyatrolara getirilmesine müsaade olunabilir.

Madde 168 — Her şehir ve kasaba belediyeleri o şehir ve kasabanın vüs'at ve nüfusunun adedine göre icap eden büyüklükte küçük çocukların temiz hava almasına mahsus bir veya müteaddit bahçeler ve spor meydanları vücuda getirmeğe mecburdurlar.

Madde 169 — Kız liselerinde ve orta tahsilli kız mekteplerinde mektep idarelerince münasıp görülecek sınıflarda talebeye fennî çocuk bakımı usulleri nazarî ve amelî surette öğretilmek üzere haftada lâakal bir saatlik mahsus bir ders küşat olunur,

İKİNCİ FASIL

Süt hakkında

Madde 170 — Her ne şekilde olursa olsun süt ticareti yapanlar veya satılmak üzere süt istihsal edenler mahallî belediyesinden bir müsaade almak mecburiyetindedirler.

Müsaade vermek için belediyelerce memurini sıhhiye vasıtasile süt istihsaline mahsus mahallin şart ve vasıfları veya süt satacakların vasıtaları ve levazımı teftiş ve tetkik olunur.

Hayvanların sağlık zabıtası hakkındaki kanunun 43 üncü maddesi hükmü mahfuzdur.

Madde 171 — Sütlerin nevileri ve vasıfları ve süt mamulâtının istihsaline ve satışına mahsus mahallerin ve levazımın sıhhî şartları Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâleti ile İktisat Vekâletince müştereken tesbit ve belediye emirleri şeklinde neşrolunur,

Madde 172 — 170 inci maddede zikredilen müsaade istihsal mahallerinin emirlere muvafık şartları haiz olmaması veya hatış vasıta ve levazımının noksanı sebebile reddolunacağı gibi verilmiş olan müsaade bu nizamlara muhalif vaziyet hudusunda geri alınabilir.

YEDİNCİ BAP

İşçiler hıfzıssıhhası

Madde 173 — On iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalâthane gibi her türlü sanat müesseselerile maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnudur.

On iki yaş ile on altı arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azamî sekiz saatten fazla çalıştırılamaz.

Madde 174 — On iki yaş ile on altı yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları memnudur.

Madde 175 — Bütün amele için gece hizmetlerile yer altında icrası lâzım gelen işler 24 saatte sekiz saatten fazla devam edemez.

Madde 176 — Mahallî belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur.

95

Madde 177 — Gebe kadınlar doğumlarından evvel üç ay zarfında çocuğunun ve kendisinin sıhhatine zarar veren ağır hizmetlerde kullanılmaz. Doğurduktan sonra 155 inci maddede tayin edilen muayyen müddet istirahatını müteakip işe başliyan emziklı kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir.

Madde 178 — Her nevi san'at müesseseleri ve maden ocakları ve inşaat yerleri dahilinde veya yakınında ispirtolu meşrubat satışı veya umumî evler açılması memnudur.

Madde 179 — Aşağıdaki mevaddı ihtiva eylemek üzere işçilerin sıhhatini korumak için İktisat ve Sıhhat ve İçtimaî Muavenet Vekâletleri tarafından müştereken bir nizamname vapılır.

1 - İş mahallerinin ve bunlara ait ikametgâh ve saire gibi müştemilâtın haiz olması lâzımgelen sıhhî vasıf ve şartlar,

2 - İş mahallerinde kullanılan alât ve edevat, makineler ve iptidaî maddeler yüzünden zuhuru melhuz kaza, sarî veya meslekî hastalıkların zuhuruna mâni tedabir ve vesait,

Kadınlarla 12 den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu İş kanununda tasrih edilecektir.

- Mabaadi var -

VEKÂLETÇE YAPILAN TAMİMLER

Tashihi sin davalarının tabi olacağı muhakeme usulüne dair

Tashihi sin ve kayıt ve sin davalarının hangi usulü muhakemeye tâbi tutulacağı hakkında Temyizce takarrür eden içtihadın bildirilmesi C. Baş M. umumiliğine yazılmış ve 4 üncü hukuk riyasetinden tevdi olunan cevabî tezkerede mezkûr davaların âdi usulü muhakemeye tâbi tutulduğu bildirilmiş olmasına göre keyfiyetin dairei memuriyetleri dahilindeki mehakime tamimen tebliği mütemennadır Efendim.

* * *

Gıyap kararları ihbarnamelerine yapıştırılacak pullar hakkında

Gıyap kararları ihbarnamelerine muhtelif şekillerde tamga pulu ilsak edildiği varit olan teftiş raporlarından anlaşılmaktadır.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 398 inci maddesi hükmüne tevfikan tahkikat hâkimi veya mahkeme tarafından verilmekte olan gıyap kararlarının hazır bulunmuş olan tarafın vaki müracaatı üzerine gaibe tebliğinde Tamga kanununun 11 inci maddesinin 40 numaralı fıkrasına tevfikan 10 kuruşluk pul ilsakı lâzım geleceğinden ona göre muamele ifasının dairei memuriyetleri dahilindeki bilûmum mehakime tamimen tebliği mütemennadır Efendim.

İcra memurlarına takdir edilecek harcirahlara dair

İcra memurlarının haciz için gidecekleri mahalle ait harcirahlarının icra reisleri tarafından takdir edildiği varit olan teftiş raporlarından anlaşılmaktadır.

Gerçi harcirah tarifesinin 59 uncu maddesinin fıkrai mahsusasında icra memurlarının harcirahlarının takdiri mehakim rüesasına ait olduğu yazılı ise de mülga icra kanunu nazara alınarak kabul edilmiş olan bu salâhiyetin yeni İcra kanununa göre tatbiki kabil değildir. Binaenaleyh harcirah noktasından ilk derecede karar ittihazı icra memurlarına ait olup itirazı halinde mercie sevki lâzım geleceğinin dairei memuriyetleri dahilinde bulunan bilûmum icra dairelerine ve mehakime tamimen tebliği.

* * *

Tehiri icra hakkında verilen kefaletnamelerin sureti tasdikına dair

Mahkemei Temyiz Üçüncü hukuk reisliğinin Baş müddei umumilikten gönderilen müzekkeresi aşağıya yazıldı. Memuriyetlerine bağlı bütün Noter ve muavinlerine tebliği tamim olunur.

«Tehiri icra için verilen kefaletnamelerde Noter ve Noter muavinleri yalnız kefilin imzasını tasdik ile iktifa etmektedirler. Halbuki bu hususta mutlaka kefalet kâfi olmayıp kanunen kefaleti kaviye lâzım olmasına nazaran kefilin malî iktidarının dahi tasdiki icabetmekte bulunduğu cihetle bundan dolayı çok defa tehiri icra talebi reddedilerek eshabının takibettiği maksat kaybolmaktadır. Keyfiyetin Vekâleti Celileye arz ve iblâğile bu gibi kefaletnamelerde itibarı malinin dahi tasdiki hususuna dikkat edilmesinin Noter ve Noter muavin-

98

lerine tamimen tebliği muvafık olacağı mütalâası arzolunur Efendim.»

* * *

İcra teşkilâtı olup muhasibi olmıyan yerlerde icra muamelâtının tarzı ifası hakkında

Maliye Vekâletinin İcra teşkilâtı olup ta muhasibi bulunmıyan yerlerde makbuz istimaline dair 12 - 1 - 930 tarih ve 512 numaralı tezkeresi sureti aşağıya yazılmıştır. Tamimen tebliğ olunur.

«İcra teşkilâtı olmayan mahallerde icra muamelâtının sulh hâkimleri tarafından yapılması dolayısile icra tevkifatlarının bu kere yeniden tab'ettirilen makbuzlarla ahz ve tesellümü temin edilmiş ise de icra teşkilâtı olup ta muhasibi olmıyan mahallerde dahi kemafissabık makbuz verilmeksizin icraya ait paralar yalnız memuru âidinin imzasile alındığı ve bu hal ise evrakı müsbite cetveline mugayir bulunduğu gibi mahsup muamelesinin de tehirini mucip olmakta ve vize hususunda Divanı Muhasebatla muvafık kalınmamaktadır. Hususu mezkûrun izalesi ve ihtilâf hadis olmaması için icra teşkilâtı olup ta muhasibi olmıyan mahallerde dahi mezkûr makbuzlardan istimali muvafık görülerek bu mahallere lüzumu miktar makbuz irsali derdest bulunmuş olduğundan İcraya ait tevkifatın işbu makbuzlar mukabilinde alınmasını alâkadarana tebliğ ve neticenin iş'arına müsaade buyurulmasını rica ederim Efendim.»

MÜTALEALAR

CEZAÎ MÜTALEALAR

Hasankale C. M. U. liğine tebliğ edilmiştir.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun (A) maddesinin birinci bendinde müstantiklerce verilecek tevkif kararlarının tasdikle tekemmül etmesi usulü konulmasına nazaran 1609 numaralı kanunun 3 üncü maddesi mucibince verilecek tevkif kararları da tasdika tabidir. Şu kadar ki: Son tahkikatın açılması kararı üzerine maznunun derhal tevkifi ve mahkemede duruşmanın mevkufen icrası mezkûr madde hükmünden bulunmuş olmağla bu gibi hallerde verilecek tevkif kararlarının reis veya hâkim tarafından tasdikı muktezidir.

29 - 11 - 930

* * *

Niksar C. M. U. liğine Tg. T.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 154 üncü maddesinde tasrih edildiği üzere C. müddei umumilerinin şahitlere yemin veremiyeceklerine nazaran kendileri ceza kanununun 286 ıncı maddesinde zikredilen yemin ettirerek şahit istimaına salâhiyettar olan memurlardan sayılmıyacaklarından hazırlık tahkikatı esnasında şahitlerin müddei umumî huzurunda yalan yere beyanatta bulunmaları hali yalan yere şahadet cürmünü teşkil edemez.

Gerçi mezkûr ceza muhakemeleri usulü kanununun 59 uncu maddesinde hazırlık tahkikatı esnasında şahitlere bazı sebepler dolayısile yemin ettirilebileceği yazılı ise de bu yeminin şahide müddei umumî tarafından verilmeyip 155 inci madde mucibince sulh hâkimi vasıtasile yemin verilerek dinlenmesi icap edeceği beyan olunur.

17 - 12 - 930

* * *

Antalya C. M. U. liğine Tg. E.

Postanın şakiler tarafından soyulması yüzünden ziyaa uğradığı bildirilen tahkikat evrakının bulunmadığı takdirde mezkûr evraka müteallik talepname, iddianame, mütalâaname, karar ve sair malûmatı kuyudiye suretlerinin ihracı ve delillerin neden ibaret olduğunun tesbit edilerek son tahkikatın açılması hakkındaki karara müsteniden mahkemeye tevdii ve işin mahkemece icra edilecek son tahkikat dairesinde intacı icap eder.

O dairede muamele ifası

20 - 12 - 930

* * *

Manisa C. M. U. liğine Tg. E.

Müdafaaların şekil ve sureti intihapları hakkında ceza muhakemeleri usulü kanununda bir sarahat mevcut bulunmamasına nazaran hukuk usulü muhakemeleri kanununun 65 inci maddesinde yazılı makamı memur ve heyetler tarafından tanzim ve tasdik edilen vekâletname ile mahkemeye gelmiş olan

101

müdafaaların maddede tasrih edilen mahkemelerce kabul edilmesi icap edeceği beyan olunur.

22 - 12 - 930

* * *

Amasya C. M. U. liğine Tg. E.

Tevkifine karar verilen maznundan alınmakta olan kefaletin ceza muhakemeleri usulü kanununun 122 inci maddesinde gösterildiği üzere tahkikatta hazır bulunması veya hürriyeti tahdit eden bir ceza ile mahkûm olup ta bu cezanın infazından kaçmamasını temin için alınmakta olmasına ve 1441 numaralı kanun mucibince tecile tabi bulunması hasebile merkum Tevfik hakkında halen takibat icra ve hüküm itasının gayri mümkün ve bu suretle kefaletin istenmesi sebep ve hikmetinin mürtefi bulunmasına nazaran kefaletin iadesine mani kanunî bir sebep mevcut bulunmamış olduğundan müruru zaman vukuuna kadar iade edilmesine dair verilen kararda isabet görülemediği ve mezkûr kararın mahiyetine göre keyfiyetin tekrar mahkemece tetkik ve bir karara raptedilebileceği mütalâasile gönderilen evrak leffen iade kılındı.

22 - 12 - 930

* * *

İktisat Vekâleti Celilesine yazılmıştır.

Türk ceza kanununun mevkii meriyete vaz'ına müteallik kanunun 20 inci maddesinin son fıkrası miktarı muayyen bir nisbet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyette bulunan para cezalarını müstelzim fiillerin cürüm addoluna-

cağını tasrih etmiş ve işbu fıkra, mezkûr maddenin diğer fıkralarında yazılı esaslardan ayrı ve müstakil bir hükmü muhtevi bulunmuş olduğundan muayyen bir nisbet dahilinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyette para cezasını müstelzim bulunan Orman nizamnamesinin ikinci babının birinci faslındaki fiillerin cürüm addolunması ve binaenaleyh bu kabil davalardan dolayı mahkemelerce verilecek kararlar aleyhine temyiz vukuunda depo akçesinin tediyesi iktiza edeceği arz olunur.

25 - 12 - 930

* * *

Konya C. M. U. liğine Tg. E.

Eski usulü muhakematı cezaiyede olduğu gibi yeni ceza muhakemeleri usulü kanununun ağır ceza ve asliye mevadı için ayrı ayrı muhakeme usulü kabul etmemiş ve sulh işlerine ait ve teferruata müteallik bazı istisnalardan maada bütün davalar aynı usule tabi bulunmuş olduğundan 289, 294, 360 367 inci maddeleri mucibince temyiz hak ve salâhiyetleri bulunan C. M. U. leri, davacılar ve dahili dava olan kimseler tarafından aleyhe vaki temyiz üzerine beraet kararının bozulması halinde 326 ıncı maddenin sarahati veçhile yeniden muhakeme yapılması icap eder.

Mezkûr 326 ıncı maddenin hükmü, mahkûmiyet kararı yalnız mahkûm tarafından veya onun lehine C. M. U. si veya 291 inci maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmiş ise yeniden verilecek hükmün evvelki hüküm ile tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olmıyacağını beyan ve ifadeden ibaret olup beraet kararlarının bozulması halinde tekrar muhakemenin caiz bulunmadığı manasını mutazammın değildir.

Bozulduktan sonra yeniden tetkikat ve tahkikat yapılamıyacak haller, son fıkrasının hükmü hariç olmak üzere 343 üncü maddesine tevfikan yazılı emir üzerine bozulan karar ve hükümlerden ibarettir.

Keyfiyetin olveçhile ağır ceza riyasetine tebliği.

27 - 12 - 930

103

GAYRİ RESMÎ KISIM

Akitler

Tahrirî şekle tâbi akitlerle senetle isbatı lâzım gelen hukukî muamelelerin farkları

Akitlerin şekli: borçlar kanununun 11 ve 19 uncu maddelerinin ilk fıkraları sarahatine nazaran vazıı kanunumuz gerek şekil ve gerekse mevzu itibarile (serbestii mukavele) esasını kabul etmiştir. kaide olarak diyebiliriz ki kanunda hilâfına sarahat bulunmadıkça bir aktin şekli ve mevzuu hiç bir kayda tâbi değildir, tabiri diğerle bir akit, gerek mevzu ve gerek şekil itibarile vazii kanunun kabul ettiği eşkâli mahsusadan hiç birine temas etmese dahi kanunda hilâfına sarahat yoksa ve borçlar kanununun 11 ve 19 ve 20 inci maddelerinde nehyedilen hususata muhalif değilse tarafeynin karşılıklı ve birbirine uyğun surette rızalarını beyan eylemelerile tamam olur, bazı istisnalardan sarfınazar ukutta eşkâlin ve mevzuun hiç bir tesiri mevcut değildir.

Bununla beraber bazen akitlerin muayyen bir şekilde yapılması lâzım gelir. bu zaruret dahi ya kanundan doğar ve yahut tarafeynin yaptığı bir mukavelenin tahmil ettiği mecburiyetten mütevellit olur.

Kanunun şekli mahsusa tâbi kıldığı ukudat: (1) bir kısım akitler vardır ki kanun bunların tahrirî şekilde yapılmasını emretmiştir. Bu akitlerin in'ikadı için bu şekle riayet mecburidir. Meselâ borçlar kanununun 163 üncü maddesinde alacağın temliki tahrirî yapılmadıkça muteber olmayacağı zikredildiği gibi 195, 213, 238, 316, 318, 350, 400, 484, 508, ve 512 inci maddelerde dahi mevzuubahis ukudatın tahrirî şekilde vücut bulacağı tasrih edilmiştir Bu gibi tahrirî şekilde yapılması lâzım gelen akitler kanunu medenî ve ticaret kanununda dahi mevcuttur.

(2) Bazı akitler vardır ki kanunen vasiyet şeklinde yapılması zarurîdir; meselâ kanunu medeninin 492 inci maddesine nazaran miras mukavelesi resmî ve vasiyet şeklinde yapılmadıkça bir kıymeti olamaz.

(3) Diğer bir kısım akitler de vardır ki vazıı kanun bunların vukuun-

dan evvel ilân edilmesini emretmiştir; meselâ kanunu medeninin 98 inci maddesinde yazılı olduğu üzere evlenme akti böyle bir akittir.

(4) Bazı akitlerin de vukuundan sonra ilân edilmesi mecburidir meselâ kezalik kanunu medeninin 237 inci maddesinde mevzu bahis evlenme mukavelesi bu nevidendir.

(5) Diğer bazı akitlerin de vazıı kanun tarafından resmî bir sicille kaydı emredilmiştir; meselâ kanunu medeninin 633 üncü maddesine nazaran gayri menkulün mülkiyetini iktisap ancak tapu sicilline kayıt ile mümkün olur.

(6) Diğer bir kısım ukudatın da vücut bulması için teslim şart edilmiştir; meselâ kanunu medeninin 870 inci maddesi mucibince senede merbut alacağın rehnedilmesi halinde senedin de teslimi lâzımdır.

(7) Bazı akitlerin senedi resmiye müstenit olması iktiza eder; meselâ kanunu medeninin 256 ıncı maddesinde mevzuu bahis evlât edinme akti senedi resmî ile vücut bulur.

(8) Bir kısım akitler de memuru aidinin beyanile inikat ederler; meselâ evlenme akdi bu suretle vücut bulur.

Bazan da bu şekillerin bir veya bir kaçının ayni akitte içtimaı emredilmiştir; meselâ kanunu medeninin 869 uncu maddesi mucibince alacak rehninde hem senedin teslimi ve hem de aktin tahrirî olması iktiza eder.

İşte hülâsaten kaydettiğimiz şu eşkâl kanundan doğan şekillerdir ve bunların bazısına ademi riayet halinde yapılan tasarrufu hukukînin hiç bir mevcudiyeti olmaz ve tasarruf batıl olur. meselâ borçlar kanununun 163, 195, 213, 238, 315, 318, 400, 508 inci maddelerinde mevzubahis tahrirî şekil bu mahiyettedir, ve diğer bir kısmına ademi riayet halinde ise akit batıl olmaz, fakat o eşkâle riayet edildiği takdirde bazı hususî netayiç tevellüt eder; meselâ evlenme mukavelesi usulü dairesinde yapılır ve ayni zemanda tescil edilirse eşhası saliseye karşı müessir olur, aksi takdirde tarafeyn için muteberdir, kezalik usulüne gayri muvafık surette tanzim edilmiş bir senedi ticarî deyni ispat noktasından yani deynin vücudu noktasından bir kıymeti mevcut bulunursa da ticarî mahiyetini ve binaenaleyh hususî netayicini gaip etmiş olur.

Mukavele ile şekli mahsusa tabi kılınan ukudat: vazıı kanunumuz her ne kadar esas olarak ukudatın muayyen şekle gayritabi olmasını kabul etmiş ise de bunu behemehal bir mecburiyet halinde kabul etmemiştir; netekim borçlar kanununun 16 ıncı maddesinde (iki taraf kanunen hususî bir şekle tâbi olmayan bir akdin hususî bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise akit takarrür eden şekilde yapılmadıkça iki

taraf bununla ilzam olunamaz) diyerek tarafeyni akdin şeklini tayinde tamamen serbest bırakmıştır; bu suretle ve mukavele ile tayin edilen şekli mahsusa riayet edilmedikçe o akit vücut bulmaz yani butlan kaziyei hukukiyesi tecelli eder.

Senetle ıspatı lâzım gelen muamelâtı hukukiye: hukuk usulü muhakemeleri kanununun 588 inci maddesinde (bir hakkı ihtas, nakil ve tahvil, tecdit ikrar itfa ve ıskat maksadile icra edilen bilcümle tasarrufat zamanı vukuundaki miktar veya kıymeti beşbin kuruşu tecavüz ettiği takdirde, senetle ispat olunmalıdır) diyerek bazı muamelâtın sureti ispatını tayin etmektedir, Maddede mezkûr netayici tevlit etmek maksat ve gayesile yapılan muamelâtı hukukiyenin isbatı senedin mevcudiyetine vabestedir; fakat bu netayici tevlit etmek maksadile yapılmayarak binnetice bu netayici hukukiyeyi tevlit etmiş olan muamelâtı hukukiye ile ef'ali maddiye ve muamelâtı filiye bu netayici tevlit etse dahi senetle isbat mecburiyeti yoktur ve şahitle ve kanunen makbul ve muteber herhangi bir beyyine ile isbatına cevazı kanunî mevcuttur.

Mukayese: Biz bu yazımızda bilhassa kanunen tahrirî şekilde yapılması iktiza edip işbu tahrirî şekle ademi riayet halinde batıl olan yani gayri mevcut bulunan ukudat ile hukuk usulü muhakemeleri kanununun 288 inci maddesinde münderiç muamelâtı hukukiye arasında ne gibi farklar olduğunu tesbit etmek istiyoruz.

Yeknazarda her iki muamelei hukukiyenin mademki tahrirî bir vesikaya müstenit olması lâzım geliyor şu halde bu eşkâle iktiran etmeyen her iki muamelei hukukiye arasında bir fark yoktur denilebilirse de hakikatte bu iki muamelei hukukiye arasında tevlit ettikleri netayiç itibariyle ehemmiyetli farklar vardır.

1 - Tahrirî şekilde yapılması emredilip işbu şekle ademi riayet halinde batıl olan akitlerde vücudu şart edilen vesikai tahririye akdin erkânından maduttur; binaenaleyh ademi halinde o akit keenlemyekündür; halbu ki senede raptı lâzımgelen muamelâtta, senet o muamelâtın belki esbabı subutiyesindendir; ademi vücudu akdin sıhhatine müessir olamaz.

2 - Kanunen şekli tahririye tâbi tutulması kanunun ahkâmı amiresinden olan ukudat bu şekilde yapılmadıkça gayri mevcuttur binaenaleyh ikrar dahi edilse bu ikrarın ve yeminden nükûlün bir kıymeti yoktur. halbu ki senetle isbatı lâzım gelen muamelâtı hukukiye, senede raptedilmemiş ise sahihtir. Ancak şahitle, karinei katıa ile isbat edilemez, fakat ikrar ile ve yeminden nükûl ile kesbi sübut edebilir.

3 — Kanunen tahrirî şekilde yapılması lâzım gelen ve aksi takdirde batıl olan ukudat şekli tahririye tâbi kılınmamış işe hâkim bunu resen

106

nazarı dikkate almağa mecburdur; çünkü kanunun bu emri, intizamı ammeye müstenittir ve ahkâmı amiredendir ve bu hususta bütün müellifler müttefiktir; halbuki senetle isbatı lâzım gelen muamelâtta bu kat'iyet yoktur, şöyle ki: Vazıı kanunun bu hususiaki emri iki sebebe müstenit olabilir: (A) ya senede merbut olmayan iddiaların mahkemeye intikaline mani olmak suretile mahkemelerin işini azaltmak (B) veyahut hilâfı hakikat vaki olacak beyanatın yani şehadeti kâzibenin önüne geçmektir. Bazı müellifler vazıı kanunun birinci sebebi takip ettiğini iddia etmektedirler. Bu takdirde meseleyi intizamı amme meselesi addederek bunun hilâfına vaki olacak mukavelenin muteber olmadığını ve hâkimin bunu resen nazarı dikkate alacağını ileri sürmektedirler. Diğer bir kısım müellifler ise daha ziyade vazıı kanunun ikinci sebebi kabul ettiğini ve binaenaleyh tarafeynin hukukunu vikayeten bu kaidenin vazolunduğunu ve bu sebeple mukavele ile bunun aksini şart ettikleri takdirde bu şartın muteber olacağını söylemektedirler. Yani bu kısım müellifler hadiseyi intizamı amme meselesi olarak talâkki etmeyip kanunun bu emrini ahkâmı müfessireden talâkki etmektedirler. Binaenaleyh bu takdirde bu ciheti hâkimin resen nazarı dikkate almaya mecbur olmadığını söylemektedirler.

4 — Tahrirî şekilde yapılması lâzım gelen ukudatın vücudu tahrirî mukaddemei beyyine mevcut olsa dahi şuhudu şahsiye ile isbat edilemez; çünkü tahrirî bir şekle müstenit olmadıkça madumdur, Halbuki senetle isbatı lâzım gelen muamelâtı hukukiye bir beyyinei mütekaddimenin vücudu halinde şahitle isbat olunabilir (hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde: 292)

5 — Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 293 üncü maddesinde tasrih edilen ahvalde senetle isbatı lâzım gelen muamelâtı hukukiye şahitle isbat olunabilir. Halbuki tahrirî bir şekilde in'ikadı zarurî olan ukudatta böyle bir istisnaî hal tasavvur edilemez.

6 — Senede merbut olan her nevi iddialara karşı dermeyan olunacak müdafaalar ile senedin tanziminden evvel veya tanzimi sırasında veya sonra bunun hüküm ve kuvvetini tenkıs edecek tasarrufat ve beyanat beş bin kuruştan az bir meblâğa taallûk etse dahi şahitle isbat olunamaz (hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde: 290) Fakat tahrirî bir şekilde in'ikat etmiş olan bir akitten doğan borcun itfa edildiği iddia edilse bunun gene tahriren isbatı lâzım gelmez; gerçi borçlar kanununun 12 inci maddesinde (kanunen tahrirî olması lâzım olan bir aktin tadili dahi tahrirî olmak lâzımdır) denmekte ise de bu madde akti tadil eden muamelâtı hukukiye hakkında caridir yoksa böyle bir aktin itfa, ibra, ıskat ve iptali bir şekli mahsusa tâbi değildir çünkü arzedildiği veçhile madde sarihtir ve tadil hususunda sebketmiştir.

7 — Senetle isbatı lâzım gelen muamelâtı hukukiyede senedin sahibi

yedinde veyahut her ne suretle olursa olsun alelûsul tevdi olunan resmî memur nezdinde zayi olduğu kanaat bahş delil ve emarelerle isbat edilirse gene şahit istimaına mesağı kanunî vardır (hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde: 294) Fakat tahrirî şekilde yapılması emredilen akitlerin isbatı sadedinde böyle bir iddia dermeyan edilirse gayri mesmudur.

İşte görülüyor ki bu iki meselei hukukiye tamamen yekdiğerinden müstakil şeylerdir ve işaret edebildiğimiz noktalar vazıhan tevlit ettikleri netayici hukukiyeyi göstermektedir.

Çatalca Hukuk Hâkimi
İ. Sünuhi

108

HUKUKU MEDENİYE TETKİKATINDAN:

Babalık Davası

- Mabaat -

Çocuğun kendini besleyip beslemiyeceği meselesi, her hadisede bu hususun ayrı ayrı tetkikile anlaşılır. Yani nafaka borcu rüşt ile beraber (ipso facto) nihayet bulmaz. Ahvali adiye tabiî rüşt nafaka borcunun hududunu irae eder. Bunun haricinde nafaka borcu ancak çocuğun aklî veya cismanî malûliyet sebebile kendine bakabilmesinin mümkün olamıyacağı ahvale maksur kalır. Aksi halde isbat külfeti çocuğa teveccüh eder. Avusturyada mahkemeler bu hususta 14 yaşından 18 yaşına kadar tahavvül eden zamanlarda nafaka borcunun hitama erdiğini kabul ederler.

Tabiî babanın mes'uliyetinin şumulü

Alman kanununun 1709 uncu maddesi birinci fıkrasında babanın nafaka borcundan ana ve çocuğun ana cihetinden olan akrabasından evvel mes'ul olduğunu söylemektedir.

Hayatı kazanmak hususunda Alman kanunu erkeği kadına nazaran daha müsait bir mevkide görmüş olduğundan borcu evvelâ erkeğe tahmil etmiştir. Binaenaleyh baba herkesten evvel ve tamamile bu borçtan mes'uldür. Yani nafakaya iştirak etmesi kâfi değildir; borç tamamile erkeğe teveccüh eder ve bu mes'uliyet kadın veya çocuğun derecei serveti ne olursa olsun tebeddül etmez, Ana ile ana cihetinden olan akrabanın bu borç ile mükellefiyetleri ancak çocuğun babasından bir şey alamamasına veya cüz'î bir şey alabilmesine vabestedir. Bu halde de nafakaya müteallik ahkâmı umumiyenin şumulüne dahil olunmuş olur ve 1601 - 1615 inci maddeler ahkâmı tatbik olunur.

Nafaka alacaklıları taaddüt ederse mesele nasıl hallolunacaktır? Meselâ tabiî babanın karısı, usul veya füruu da nesebi sahih olmayan çocukla birlikte nafaka talebinde bulundukları takdirde ne olacaktır?

109

Burada nesebi sahih olmayan çocuk babanın âdi bir borçlusu gibi diğer davacıları nazarı dikkate alınmaksızın nafaka talebinde bulunacaktır. Baba nesebi sahih olmayan çocuğa nafaka verdikten sonra diğer talipleri de tatmin edip edemiyeceği kat'iyen nazarı itibara alınmaz. Şu halde babanın meşru evlâdı bu şart altında nesebi sahih olmayan çocuktan daha sonra gelecektir. İşte Alman kanununun mantıkan sevkettiği netice budur.

Şayet babanın müteaddit nesebi sahih olmayan çocukları olup ta bunların kâffesi nafaka talep etmekte ve baba bunlardan ancak birine muavenete kadir olduğu takdirde bunların meyanından en evvel tariki icraya tevessül eden nafakasını alır.

Şayet babadan evvel ana veya ana cihetinden bu işle mes'ul olan usulden biri nafaka vermiş ise verdiği mikdarı babadan dava hususunda çocuğa halef olur. (Alman kanunu medenisi Md. 1709 F. 2) Ancak bu hakkın çocuk için mazarrat teşkil edecek bir surette kullanılmasını kanun menetmiştir.

Kanunî bir mecburiyeti olmadığı halde çocuğa masraf yapmış olan üçüncü şahıslara gelince bu şahıslar kanunun bu maddesinden istifade edemezler.

Bu gibi hallerde vekâlet vaya vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarrufa müteallik hükümler tatbik olunabilir.

Avusturya hukuku — Görmüştük ki Avusturya hukukunda ilk evvel baba mes'uldür ve babanın mes'uliyeti babanın nafaka vermeğe kudreti olmadığı hallerde mevzu bahis olur. Kezalik ana servet sahibi olsa dahi babanın bu borcuna iştirak etmez. Ancak (Stubenrauch) baba fakir olup ana da servet sahibi olduğu takdirde muhik bir nisbette ananın nafakaya iştiraki lâzımgeleceğini söylemektedir.

Şayet çocuk ne babasından ne de anasından muavenet görmesse ana cihetinden usule muracaat hakkını haizdir.

Şayet çocuğu iptida anası veya üçüncü bir şahıs infak etmişlerse nafaka bedelini babadan talep hususunda kanunî bir şekilde çocuğa halef olamazlar.

Böyle halefiyet tarikile babaya müracaat olunduğu zaman babanın mes'uliyeti ancak çocuğun infak edildiği zamandaki hal servetile mütenasip olur. Bunun neticesi şudur ki baba ananın veya üçüncü şahsın nafaka verdiği esnada fakir olduğunu isbat ile iade külfetinden kurtulur. Kezalik ana bağışlama kastile çocuğu infak etmiş ise baba gene iade ile mükellef olmaz.

İsviçre hukuku — İsviçre kanunu baba için makul bir nisbet dairesinde iaşeye iştiraki kabul etmiştir. Bu tarz Almanya ve Avusturyanın

kabul ettiği hal şekline tercih olunur. Eğer baba zengin ise masrafın mühim bir kısmını temin eder. Şayet servet ana tarafında ise çocuğun menfaati temin edilmiş olduğundan baba, ancak halin icap ettirdiği şekilde yardım eder. Bu cihetlerin hepsi ana ve babanın servet ve içtimaî vaziyetlerinin hâkim tarafından maddeten tetkiki ile halli lâzım gelen mesaildendir.

Bu hal tarzı adalete muvafıktır. Çünkü müşterek bir günahın tekmil kefaretini yalnız babaya yüklemek doğru olamaz.

Filhakika babanın da hatası mevcut ise de hatanın bütün netayicini yalnız ona tahmil muvafıkı adalet değildir. Lâkin ne de olsa bu gibi ahvalde ekseriya babanın anadan daha ziyade iaşe ve infaka kudreti filen ziyade olduğundan netice gene babanın üstünde kalır.

Kezalik İsviçre kanununda şayet ana davadan evvel çocuğu infak etmişse Alman kanununda olduğu gibi bu bedeli rücuan babadan almağa hakkı yoktur. Kanunun bu hususa müteallik sarih bir hükmü de yoktur. Burada da vekâlete veya vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarrufa müteallik borçlar kanunu umumî hükümlerinin tatbiki icap eder. Kezalik haksız muamelelerden mütevellit mal iktisabı hakkındaki hükümler de tatbik olunur. Üçüncü şahıslar hakkında da aynı hükümler caridir,

Nafaka borcunun miktarı

Hâkim naktî tediyata müteallik borcun miktarını ne veçhile tayin edecektir? Acaba hâkim ana ve babanın veya yalnız ana veya yalnız babanın mevkii içtimaisini nazarı dikkate alacak veyahut bu davada çocuk kendine ancak zarurî olacak miktarda mı nafaka isteyebilecektir?

Alman hukuku. — Alman kanunu medenisinin 1708 inci maddesi mucibince baba ananın mevkii içtimaisile mütenasip olacak bir şekilde çocuğu infak ile mükelleftir. Alman kanunu medenisinin ilk projesinde baba çocuğun yaşayabilmesi için zarurî olacak bir miktar nafaka vermekle mükellefti. (nothdürftiger unterhalt kadri kifaye)

Böyle babanın kadri kifaye nafaka ile mükellef olması babanın herkesten evvel bu borçla mükellef olduğuna müteallik hükmü kanunun mantıkî bir neticesi idi. Fakat kanunun ikinci projesini hazırlayan komisyon bu borcu son şekilde tesbit eyledi. Bu komisyonun noktai nazarına göre nesebi sahih olmayan çocuk nesebi sahih olan bir çocuk gibi anasına veya anasının mensup olduğu ailenin şeraiti içtimaiyesine

uygun olacak bir şekilde infak edilmek lâzım gelir. Ve babanın hayatta para kazanması daha sehil olduğu mülâhazasile bu borcu evvel emirde tamamen babaya tahmil etmiştir. Babanın iaşeye yalnız iştiraki arzu edilmemiştir. Çünkü Alman vazıı kanunu nazarında böyle bir iştirak şekli davaların tezayüdüne ve lüzumsuz zaman ve para sarfına sebep olacaktır.

Bu tarzı hallin insanı tatmin edemiyeceği görülüyor. Çünkü Alman sisteminde babanın herkesten evvel mes'ul olması pek aşikâr adaletsizliklere meydan verir. Bahusus ana ve baba ayrı ayrı şeraiti ictimaiye içinde bulundukları ahvalde bu hal daha bariz bir şekilde kendini gösterir. Buna misal olmak üzere bir mürebbinin tahtı terbiyesinde bulunan bir prensesten doğacak olan çocuğun prensesin şeraiti içtimaiyesine göre iaşesi zaruretini gösterirler, Böyle bir misal üzerinde ısrara lüzum olmaksızın vehamet anlaşılır. Bundan maada bu tarzı mes'uliyetin meşru aileye de zararı vardır. Çünkü dikkat olunursa nesebi sahih olmayan çocuk nesebi sahih olan ve anasının şeraiti içtimaiyesi daha dun olan çocuktan daha ziyade mazharı himaye olmuş oluyor.

Avusturya hukuku. — Avusturya hukukunda nafaka miktarının tayininde miyar ana ve babanın vaziyeti maliyesi olup şeraiti içtimaiyeleri değildir.

Babanın vaziyeti maliyesini tayinde yalnız muvakkat bir surette malik olduğu sermaye veya para kazanabilmek kudreti nazara alınmaz. Bu babanın kendisinin ve iaşeye mecbur olduğu kimselerin malî vaziyetlerinde arızalar husule getirmemek şartile serveti umumiyesi nazarı itibara alınarak takdir olunur.

Avusturya kanununda yazılı olan (Vermögen) kelimesini (Die algemeine Leistungsfähigkeit) umumî kudret manasına almalıdır.

Bazı ahvalde bir kimsenin, başka servet haricinde, yalnız şahsî mesaisile kazanmış olduğu varidat, iaşeyi temine kâfi gelebilir. Bazı ahvalde babanın mesai haricinde mevcut bir sermayesi olur ve fakat bu sermaye hastalık veya çalışmağa kudretsizlik zamanları için konulmuş olursa iaşe mes'uliyeti hatta bertaraf olur.

Hulâsa; Avusturya hukukunda miyar babanın kendi ve iaşesile mükellef olduğu ailesinin ahvalini bozmaksızın verebileceği miktardır.

Avusturya kanununun şekli halli Alman kanununa müreccahtır. Yalnız burada nesebi sahih olmıyan çocuk babasının bir takım manevrelerine maruz kalabilir. Olabilir ki baba borçtan kurtulabilmek için servetinin hakiki vaziyetini gizler.

İsviçre hukuku. — Kanunu medenî bu hususta almanyayı taklit etmemiştir. Gerçi İsviçre kanununda da çocuk ananın vaziyeti içtima-

112

iyesine tâbi olur ve insan ilk bakışta İsviçre kanunu da Alman kanununu takip etmiş zanneder.

Halbuki İsviçre vazıı kanunu böyle bir şeklin taraflardan biri için mütevazin olmıyan neticeler doğurabileceğini düşünerek 319 uncu maddesinde «babalık davasının sübutu halinde, hâkim, ana ve babanın içtimaî vaziyetlerine göre çocuğa bir nafaka bağlanır.» demiştir. Şu halde esbabı mucibe lâyihasının dediği gibi gerek anaun ve gerek babanın ahvali maliyesi hesaba katılarak hükmolunacaktır.

Ana ve babanın servet, irat, vaziyeti iktisadiye, atiyen kendilerine gelebilmesi muhtemel varidatile bunların terbiye ve mevkii içtimaîsi gibi noktalar, hâkimin tetkikini icabettirecek meselelerdir.

Bu tarzı hal adilânedir. Çünkü ne baba nisbetsiz bir şekilde borç altında kalmakta ne de çocuk halin icabettirdiği terbiye ve iaşeden mahrum kalmaktadır.

Nafaka borcunun mevzuu

Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda bu borcun mevzuu hemen hemen aynıdır. Bu kanunlara nazaran baba tamamen veya kudretile mütenasip bir iştirak şeklinde çocuğun bakım, terbiye ve yerleşme masraflarını vermekle mükelleftir.

Bakımdan maksat, hayatî ihtiyaçların teminidir: Gıda, libas, mesken hastalıkların tedavisi gibi, esas nesebi sahih olan çocukların haline tamamen müşabihtir.

Alman ve Avusturya kanunu medenileri babanın «çocuğun bir meslek sahibi olması için lâzım gelen masrafları» vereceğini sarahaten kaydederler. İsviçre hukukunda ise bu borcu terbiye vecibesine ithal etmek lâzım gelir.

Çocuğun cenaze masrafları bakım mesailine dahil olamıyacağından babanın böyle bir masraf vermemesi lâzım gelirse de Avusturya hukukunda bu masraflar da babaya ait addolunmuş ve bu hususta hükümler sadır olmuştur.

İsviçre kanunu medenisi cenaze masrafını irse müteallik borçlardan addettiği cihetle babayı mes'ul etmeyip bu masrafı çocuğun varislerine nakletmiştir.

113

Nafaka borcunun edası şekli

Tabiî baba bu nafakayı aynen veya bedelen vermek şıklarından birini intihap etmekte muhayyer değildir. Kezalik çocuğu beslemek için kendi yanına almağa da mezun değildir. Gerek bakım, gerek terbiye ve gerek bir san'at veya mesleğe hazırlanmanın icabettirdiği masraflar irat şeklinde para vermek suretile ödenir.

Ancak böyle bir eda tarzı kanunda ahkâmı âmireden değildir. Taraflar bu suretle ayrılarak başka bir şekli tediye kabul edebilirler.

Avusturya kanunu edanın tarzını da hâkimin takdirine terketmiştir.

Alman ve İsviçre vazıı kanunları nazarında çocuk ve baba ayrı ayrı yaşayacakları cihetle borcun para ile edası daha münasip görülmüştür.

Borcun verilmesi zamanına gelince: Kaidei umumiye olarak Alman kanununa göre peşinen ve üç aylık birden, Avusturya kanununda peşinen ve bir aylık birden, İsviçre kanununda kezalik peşinen ve hâkimin tayin ettiği müddet için verilir. İsviçre kanunu her hale uygun bir şekli tesviye tayin etmiştir. Orada hâkim senenin altı aylık, üç aylık, bir aylık veya on beş günlük devreler tayin edebilir.

Alman kanununa göre üç aylık devreden ziyadesi için ibtidaen verilen para şayet vaktinden evvel sarfedilmiş olursa babanın zimmeti beri olmaz. Bu hüküm şarihler tarafından bihakkın tenkit edilmiş ve ikinci bir defi vuku bulacak talebin hüsnü niyetten uzak olacağına ve binaenaleyh haksız mal iktisabından mütevellit davaya mevzu teşkil edeceğine vasıl olunmuştur. Maahaza taraflar böyle bir eda ile babanın zimmetinin beri olacağını mukavele edebilirler.

İsviçre hukukunda, (Egger) şayet baba hâkimin tayin ettiği müddetten daha fazla bir müddet için para vermiş olursa kendisinden ikinci bir defa daha talep olunabileceği fikrindedir. Kanunda böyle bir sarahat mevcut olmadığından bu fikri müdafaa müşküldür. Bu hususta da Alman müelliflerinin itirazlarını nazarı itibarda tutmak makul olur.

Vasi, ana ve babanın biribirlerine karşı olan vaziyetleri

Alman hukuku. — Nesebi sahih olmayan çocuk gerçi anasının şeraitini takip eder. Lâkin ana velâyet hakkını haiz değildir. Çocuğun bir vasisi bulunur ve bu vasinin vazifesi çocuğunun mallarının hüsnü idaresidir. Ana çocuğu temsil etmediğinden tabiî baba tarafından veri-

len nafaka bedellerini vasi alır. Ana ile vasi arasında vukubulacak davaları vesayet mahkemesi halleder.

Tabiî baba nafaka bedellerini verince çocuğa karşı olan bütün borçlarından kurtulmuş değildir. Babanın çocuğu iaşe ve terbiye etmek üzere kendi yanına almağa hakkı yoktur. Çocuğa yapılacak ihtimamlara bir veçhile müdahale edemez. Kezalik vermiş olduğu nafaka bedelinin tarzı istimalini kontorola da hakkı yoktur, Bir kısım ulema 1582 inci maddenin ikinci fıkrası mucibince baba ile nesebi sahih olmayan çocuk arasında karabet münasebeti mevcut olduğundan her ikisi arasında hiç bir gûna şahsî münasebet te mevcut olamıyacağını söylerler. Maahaza tabiî babanın vasi olarak tayini pekalâ mümkündür. Böyle bir halde baba vesayetten mütevellit hakları istimal eder.

İsviçre hukuku. — Çocuk doğmasile baba anasına ve ana cihetinden olan akrabasına merbuttur. Kanunu medeninin 311 inci maddesinin ikinci fıkrası (T. K. M. 298) «babalık davası bittiği veya ikamesi için muayyen olan müddet geçtiği takdirde mahkeme, çocuğun ana ve babanın velâyeti altında bırakılmasını faydalı görmezse kayyum yerine bir vasi naspeyler» demektedir.

Şu halde çocuk ana veya baba veya üçüncü bir şahsın vesayeti altında bulunacak demektir. Tabiî baba ancak çocuk babalık davasını muvaffakiyetle intaç etmiş olduğu halde velâyet hakkını haiz olabilecektir. Şayet baba yalnız naktî tediyat hususunda mahkûm olmuşsa böyle velâyet hakkından bahse imkân yoktur; çünkü çocuğa karşı yabancıdır.

Çocuğun nafaka bedeli, vesayet kime tevdi olunmuşsa o kimseye verilir, o da vesayet makamatının kontorolu altında bunu çocuğun ihtiyacatına sarfeder. Baba vasi tayin olunmuşsa bu defa kendisi çocuğun yetişmesile alâkadar olur.

Avusturya hukuku. — Nesebi sahih olmayan çocuklar karabet ve aile hukukuna teferrü eden haklardan müstefit olamazlar. Çocuk ananın ismini taşır ve ananın tabi olduğu belediyeye tâbidir ve ananın şeraitini takip eder, Anaya varis olur.

Geçmiş günlere ait nafaka

Alman hukuku. — Nafakadan maksat nafaka alacaklısının verilen nafaka ile yaşamasını temindir. Yani alacaklının doğrudan doğruya mevcudiyetini temin eder. Bundan şu netice alınabilir ki; nafaka alacaklısı madam ki nafaka verilen güne kadar bu muavenet olmaksızın idamei mevcudiyet etmiştir; O halde geçmiş günler için nafaka talebine hakkı

115

olmamalıdır. Bu prensip aile efradı arasında cari nafaka ahkâmında kabul edilmiştir. Fakat kanunu medenî nesebi sahih olmayan çocukla tabiî babası arasındaki nafaka hususunda bu prensipten inhiraf eylemiştir. Alman kanunu medenisinin 1711 inci maddesi sarahaten geçmiş günler için de nafaka talep olunabileceğini» göstermektedir. Bu kaide nafakanın kabulüne saik olan umumî fikirlere muhaliftir. Fakat nesebi sahih olmayan çocuklar bahsinde nafaka bütün nakatile akraba arasındaki nafaka borcuna müşabehet arzetmez. Ve meselâ buradaki nafaka meselesinde hiç bir zaman çocuğun muhtaç ve zaruret içinde olması şartile takyit olunmamıştır, Binaenaleyh buradaki nafakanın gayesi mutlak surette çocuğun hayatını temin kastına matuf olmayabilir, Hatta baba tarafından verilen nafaka bedeli, çocuğun babadan daha zengin olan anası tarafından, bakılmakta olmasına göre lüzumsuz olduğu ahval bile tasavvur olunabilir. Şu halde geçmiş günler için nafaka talep edebilmek hakkı kabili müdafaa bir şık görünmektedir, Bu sebebe mebni geçmiş günler için nafaka talebi hakkı hiç bir şartla takyit edilmemiştir.

Geçmiş günler için nafaka talebi hakkı belki de nesebi sahih olmıyan çocukların babalarının mirasından mahrumiyetlerinin bir ivazıdır.

Çocukla babası arasında bu geçmiş günlere ait nafaka üzerine yapılacak mukavelelerin vesayet mahkemeleri tarafından tasdikine lüzum yoktur. Geçmiş günlerin nafakasından vazgeçildiğine mütedair mukaveleler muteberdir.

Geçmiş günler için nafaka talebeden ve nesebi sahih olmayan çocuğa karşı babanın varisleri kanunu medeninin 1712 inci maddesinin 2 inci fıkrasında gösterilen ve şayet çocuk meşru olsaydı babasının mirasından mahfuz hissesi ne ise onu vermek suretile nafaka talebine karşı koymaları imkânını bahşeden (abfindungsrecht) denilen hakka da malik değildirler. Kezalik geçmiş günlere ait nafaka talebi çocuğun vefatile zeval bulmaz. Geçmiş günlere ait nafaka ancak hiç alınmamış olduğu takdirde istenebilir. Şayet babanın yerine üçüncü bir şahıs çocuğu beslemiş ise artık geçmiş günler hakkında nafaka talebine imkân kalmamıştır. Geçmiş günlere ait nafaka talebinde müruru zaman caridir ve bu müruru zaman Alman kanununda dört senedir.

Avusturya hukuku. — Nesebi sahih olmayan çocuk geçmiş günlere ait nafaka talebedemez. Fakat çocuğu babası yerine infak eden ana veya üçüncü bir şahıs babaya masrafla rücu hakkını haizdirler.

İsviçre hukuku. — Babalık davası doğumdan nihayet bir sene zarfında açılması lâzım gelen bir dava olup müddei bu müddet geçtikten sonra bütün haklarını kaybedeceğinden İsviçre kanunu medenisi geçmiş günlere ait nafakaya müteallik hiç bir hükmü ihtiva etmemektedir.

116

Nafaka borcunda vukua gelebilen tadilât

Hâkim, nafaka hükmünü verirken çocuğun büyüdükçe artacak olan ihtiyacını da nazarı itibara alır. Hâkim hükmünü verirken mutlaka sabit ve gayri mütebeddil bir miktar tayinine mecbur degildir. Bilâkis muhtelif hayat devrelerine nazaran yükselip azalması mümkün olan ihtiyacatı karşılayacak derecede mütevazin bir hüküm hazırlar.

Evvelce tayin ve hükmedilmiş olan bir nafakanın baba veya ogul tarafından vuku bulacak talep üzerine tadili meselesi ayrı bir meseledir.

Avusturya hukuku. — Nafaka miktarı dava zamanında müddeaaleyhin vaziyeti maliyesi nazarı dikkate alınarak tesbit olunacaktır. Binaenaleyh böyle bir hüküm, esnayı davada mevcut şerait devam ettiği müddetçe muteber olacaktır. Çocun babasının vaziyeti maliyesinde husule gelen refahı işaret ederek yeni bir dava ile nafakanın tezyidini isteyebilir. Buna mukabil olmak üzere malî vaziyetindeki düşkünlük dolayısile baba da nafakanın tenzilini dava edebilir. Huzuru hâkimde uzlaşma neticesi olarak tesbit edilmiş olan nafakalar hakkında da hüküm böyledir.

- Bitmedi -

Yazan
Kemal

11A

Türk Temyiz Mahkemesi Kararları

Boşanma sebepleri

Hükmü veren mahkeme: Gülnar asliye hukuk hâkimliği.

Temyiz edilen hükmün tarihi ve numarası: 5 - 4 - 930 - 235.

Davacı: Hüseyin Oğuz B.

Aleyhine dava olunan: Hatice Hanım.

Temyiz edilen hükmün hülâsası: Hüseyin Oğuz Bey ile karısı Hatçe Hanım arasındaki boşanma davasının icra kılınan muhakemesi neticesinde müddeaaleyhanın yevmi muhakemede bulunmadığı gibi gıyap kararı tebliğ edilmiş olduğu halde yine gelmemiş olmasına binaen müddeinin iddiasını kabul etmiş addolunarak boşanmalarına ve müddeaaleyhanın bir sene evlenmemesine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Hatçe H.

Temyiz kararı

Temyiz istidanamesinin müddeti içinde ita ve kaydedilmiş olduğu görülüp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Temyiz istidası mündericatından mahkemenin salâhiyetine taallûk eden itiraz kanunu medeninin 136 ıncı maddesindeki sarahate ve memurun ikametgâhı yerleşmek niyetinin tahakkukuna binaen memur bulunduğu mahal olmasına göre varit değilse de müddeaaleyha müddei tarafından boşanma sebebi olarak iddia edilen fena muameleyi ve şiddetli geçimsizliği sarahaten inkâr etmiş olduğu ve boşanma hükmü verebilmek için muayyen veya gayri muayyen sebeplerin birini teşkil edecek hadise ve vakaların usulen isbat olunması ve mezkûr kanunun 150 inci maddesi mucibince olbaptaki hadiselerin mevcudiyetlerine vicdanen kanaat hasıl olması lâzım gelirken müddeinin davası hakkında hiç bir tahkikat icra

118

edilmeksizin mücerret müddeaaleyhanın gıyap kararı üzerine gelmemesi sebebile mukir addolunarak yazılı olduğu üzere boşanmalarına karar verilmesi yolsuz olduğundan mümeyyezünbih hüküm zikrolunan sebepten naşi H. U. M. kanununun 428 inci maddesine tevfikan nakzile muhakemenin yeniden rüyet ve hükme raptolunmak üzere bu baptaki evrakın mezkûr usulün 429 uncu maddesi mucibince Gülnar asliye hukuk mahkemesine iadesine ve müfredatı aşağıda yazılı temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 21 - 6 - 930 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi esas No. 2811
2 inci hukuk Da. karar No. 1922

* * *

Usul

Muhakemenin iadesi talebinin reddine mütedair duruşmasız verilen kararların temyiz kabiliyeti yoktur.

Katil maddesinden sureti katiyede onbeş sene ağır hapse mahkûm Hüseyin oğlu Mehmedin iadei muhakeme talebinin reddine dair Bilecik ağır ceza mahkemesinden verilen kararın acele itiraz tarikile tetkiki merkum tarafından talep edilmekle bittetkik itirazatı vakia mukaddema beyan edilmesine ve curüm de ceza muhakemeleri usulü kanununun 327 inci maddesinin 5 inci bendinde muharrer olduğu üzere yeni deliller mevcut olmamasına binaen talebi vakiin reddini mutazammın Eskişehir ağır ceza mahkemesinden verilen 11 - 2 - 930 tarihli kararın temyizen tetkiki merkum tarafından istid'a edilerek dava evrakı Cumhuriyet baş müddei umumiliği memuriyeti aliyesinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okundu.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 335 ve 338 inci maddeleri mucebince duruşmasız olarak muhakemenin iadesi talebinin kabule şayan olmadığına dair verilen kararla talebin kabulünden sonra kezalik duruşmasız olarak iddiaların kat'î derecede teeyyüt etmemesi ve yahut evvel-

119

ce verilmiş olan hükme hiç bir tesiri bulunmaması sebeplerile muhakemenin iadesi talebinin esassız bulunduğuna mütedair ittihaz kılınmış olan mukarreratın kanunî yolu mezkûr usulün 340 ıncı maddesi icabınca acele itiraz yolu olup ancak muhakemenin iadesine ve yeniden duruşmanın icrasına karar verildikten sonra duruşma neticesinde ve esas hakkında verilecek hükümlerin 305 inci maddei usuliye dairesinde kabiliyeti temyiziyeleri bulunmasına ve hadisede ise Bilecik ağır ceza mahkemesinden muhakemenin iadesi talebinin reddini mutazammın duruşmasız verilen karar aleyhine vaki itiraz Eskişehir ağır ceza mahkemesince acele itiraz tarikile duruşmasız tetkik olunarak reddolunmuş ve mezkûr ret kararı da salifüzzikir usulün 303 üncü maddesi mantukunca mukarreratı kat'iyeden olup kabiliyeti temyiziyesi bulunmamış olmasına mebni tebliğname muhteviyatı ile temyiz istidasının reddine ve depo edilen paranın geri verilmesine ve 400 kuruş ilâm harcının müsted'ii temyizden alınmasına 6 - 4 - 930 tarihinde müttefikan karar verildi.

Temyiz mahkemesi esas No. 1389
1 inci Ceza dairesi karar No. 1292

120

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

İş sahibinin mes'uliyeti

İş sahibinin mes'uliyeti - Havaî bir elektirik hattında (teleferique) meşgul olan işçi - Ehemmiyetli bir kaza - Borçlar kanununun 332 ve 58 inci maddelerine müsteniden ikame olunan zararu ziyan davası - 339 uncu madde mucibince tazminatın tenzili

[B. K. 332 - 58]

Kararın hulâsası

1 — İşçi, iş sahibi aleyhine (B. K. 339) uncu maddesi mucibince dava ettiği zaman san'at ve tesisat sahibinin mes'uliyetine mütedair delil getirmek zaittir.

2 — (339) uncu maddeye müstenit mes'uliyet; işçi temyiz kudretinin fıkdanından dolayı tahsisen nezaret altına alınmak icap ettiği zaman tezauf eder. O takdirde iş sahibinin ufak bir müsamahası bir kusur teşkil edebilir.

3 — İşçinin müşterek kusuru; onun kabiliyetlerine nazaran makul bir tarzda istenebilecek dikkatin derecesine göre tazminatın tenziline hak bahşeder.

4 — İş kabiliyetinin tenakusu sebebile husule gelen zarar; kaideten mutazarrır olan kimsenin istikbalde zahiren kazanabileceği miktara göre takdir olunur.

Hadise

1911 tarihinde mütevellit müddei (Yohan Rainhagt) 927 tarihinde (Oberrickenbach) de mukim müddeaaleyh (Stanislaus Ch.) nezdine uşak

121

olarak giriyor. Müddeaaleyh odunların nakline hadim havaî hattın (teleferique) müşterek hissedarıdır. Fikren mahdut ve cür'etkâr görünen müddei nakil esnasında ekseriya ve bilhassa anî bir tevakkuf sırasında hamuleleri tahrik için kabloya yanaşıyor; müddeaaleyhin veya karısının müteaddit defalar vaki itirazlarına rağmen bu suretle harekette devam ediyor. Bununla beraber müddeaaleyh bir defa hadiseyi tetkik eden hâkimin tesbitine nazaran arzdan ancak iki metro mesafede bulunan kablonun ucunda asılı kalan hamuleyi müddeinin tahrik etmesine muhalefet etmemiştir.

3 Ağustos 927 tarihinde bir çalı demeti hamulesi aşağidaki istasyona elli metro mesafede yeniden asılı kaldı. Bunun üzerine müddeaaleyh ile birlikte hattın yukarısındaki istasyonda bulunan müddei diğer istasyona koşuyor ve nakle mahsus arabayı kabloya raptediyor, ve bir iple kendisini bağlayarak elleri ve ayaklarile tevakkuf eden hamuleye doğru tırmanmağa başlıyor.

Bu esnada muzlim kalan bir sebep tahtında 20 metro irtifadan boşluğa düşüyor ve eli kırılıyor. O kadar ki derhal (Staus) deki kantonal hastahaneye nakil mecburiyeti hasıl oluyor. Vaziyet vahimleşiyor ve sol kolunu tamamen kesmek zaruretinde kalınıyor. Müddeinin menşei olon (Kerns) şehri muaveneti içtimaiye makamatı tarafından vaki olan talep üzerine keşf icra eden Doktor (Egger) in raporuna nazaran müddeinin çalışma kabiliyetinin yüzde yetmiş beşini kaybettiği anlaşılıyor.

Müddei, müddeaaleyhten 1136 frank ve beş santim masraf ve (20250) frank ta çalışma kabiliyetinin ziyaından dolayı tazminat talep ediyor.

(Ncuedwald) istinaf mahkemesi 23 mayıs 930 tarihinde tebliğ edilen 3 mayıs 930 tarihli kararile davayı reddediyor.

müddei Federal mahkemeye temyizi dava ediyor.

Temyiz mahkemesi, müracaatı kabul ile müddeaaleyhi 3 ağustos 927 tarihinden itibaren yüzde beş faiz yürütülmek üzere (3000) frank itasına mahkûm ediyor.

Esbabı mucibe

1 — Müddei davasını borçlar kanununun (58 ve 339) uncu maddelerine istinat ettiriyor. Ve müddeaaleyhin çürük ve gayri kabili istimal araba kullandığından dolayı (Fabrika ve san'at sahibi Proprietaire de l'owrage) sıfatile mes'ul olduğunu iddia ediyor. Maamafih dermeyan edilen hadiselerin doğru ve müddeaaleyhin mes'uliyetini mucip olan kazanın tam bir sebep teşkili hususunda kâfi olup olmadığı meselesini

halletmek zarurî değildir. Filhakika kantonal mahkemenin düşündüğü gibi onun mes'uliyeti her şeyden evvel (B. K. 339) uncu maddeden inbias eder. Bu maddeye nazaran iş sahibi, aktin hususî halleri ve işin mahiyetinin makul bir surette icabettirdiği emniyet tedabirini ittihaz ile mükelleftir. Federal mahkemesinin kararlarında ekseriya zikredildiği gibi (R.o II. 45. ve 9 teşrinsani 929 tarihli gayri münteşir bir kararı) Bu hükmü kanunî, işçinin tesisatını yalnız muhafaza alâtını teçhiz vazifesile değil aynı zamanda işçiyi işe müterafık olan tehlikeler hakkında lâyıkile ikaz ve gayri muvafık ve tehlikeli tatbikata girişmekten men ile de mükelleftir. Hadisede; bir kimsenin eşyanın nakline mahsus bir kabloya yanaşması doğru olmayan tehlikeli bir hareket olduğu şüphesizdir. Müddeaaleyh zaten bu noktaya itiraz etmiyor. Ve kendisinin ve karısının müteaddit defalar çocuğu bu kabil usullere müracaattan menetmek suretile ihtar vecibelerini ifa ettiğini iddia ediyor. Bununla beraber bu mülâhazaya ittiba edilemez. Filhakika evrakın tetkikinden anlaşılıyor ki maddei hadise esnasında 16 yaşında bir mürahik olup yalnız fikren mahdut ve cür'etkâr idi. Müdafaalar, müddeaaleyhin tehlikeli bir tesisat olan (télé ferique) de müddeiyi istihdam ederken hassaten müdebbir olmasını istilzam ederdi. Binaenaleyh o vazifesini tamamen ifa etmemiştir. Filhakika gerek kendisi ve gerek karısı müddeiyi kabloya yanaşmaktan menetmişlerdir. Fakat madam ki müddeaaleyh gözü önünde müddeinin eşyayı tahrik için kabloya gitmesine mani olmamıştır. Binaenaleyh bu memnuiyete müddeiyi riayet ettirmek tedbirlerini düşünmemiştir. Bu zamanda ciddî bir tehlike olduğu muhakkaktır. Çünkü evrakı davaya muvafık olan ve hadiseleri tesbit eden rapora nazaran (ki Federal mahkemesini takyit eder) tevakkuf, kablonun arzdan iki metro irtifada olduğu zaman vaki olmuştu. Bununla beraber vaktile verilen emirlere ekseriya itaat etmediği muhakkak olan müddeinin genç yaşı, basateti ve hiffeti nazarı dikkate alınırsa müddeaaleyhin hiç bir istisnaya göz yummaması lâzımdı. Filhakika müddeinin bu zımnî müsaadeyi icabettiren esbabı anlamak için istisnaî ahvali takdir edeceğini müddeaaleyhin farzettiğini düşünmek mümkün değildir. O gün verilen müsaade bizzarure memnuiyetin şumulünü tahfif edecekti. Binaenaleyh müddei hadise günü aşağı istasyona gitmek için müddeaaleyhin yanından ayrıldığı zaman müddeaaleyh ona memnuiyeti hatırlatmak için ciddî sebeplere malikti, hiç bir şey müddeaaleyhin bu vazifeyi yaptığını isbat etmiyor. Esasen kendisi de bunu iddia eylemiyor, müddeaaleyh hamuleyi harekete getirmek için değil, fakat karısına müddeinin yardımile hamuleyi tahrik zımnında haber göndermek için işçisini sevkettiğini iddia ediyor. Bununla beraber bu iddia varit olsa bile onun hareketini menetmek mecburiyetinde idi. Çünkü bu müsaade müddeaaleyhe efendisinin mezkûr işi menedilen tarzda kendisi tarafından yapılmasını arzu ettiği zannını verebilir. Yukarı istasyondan itibaren aşağıki istas-

123

yona kadar hangi mesafede hamulenin durduğunu takdirde müddeaaleyh için mevcut imkânsızlık hadisede haizi ehemmiyet değildir. Çünkü onun bu tevekkufun tehlikesiz mevkide vaki olduğunu def'aten düşünmeğe hakkı yoktur.

2 — Bütün bu esbaba binaen müddeaaleyhin kusuru bulunduğunu ve binnetice ika olunan zarardan mes'ul olduğunu kabul etmek lâzımdır. Bununla beraber bu kusur fevkalâde zaiftir. Bilâkis müddeinin müşterek kusuru ağırdır. Çünkü.. müteaddit defalar vaki olan memnuiyetlerden sarfı nazar edilse bile müddei mahdut fikirli olmasına rağmen cüretkârlığını bilmesi lâzımdı. Çünkü tarzı hareketinin husule getireceği tehlikeler zahir ve bedihi idi.

O bizzarure hareket ettiğini de iddia edemez. Çünkü dosyanın tetkikinden anlaşılıyor ki tevekkuf eden hamuleler bir arabaya rapt ile onu tahmil mevkiine kadar çekebilen bir ip vasıtasile zahmetsizce cerrolunabilirdi.

Bu usul müddeaaleyh ve karısı tarafından istimal olunduğu için kendisince de malûm idi. Eğer müddei müteaddit ihtarlara rağmen kendisini yerden yirmi metredeki kabloya maruz bırakmış ise hiç bir şeyin mazur gösteremiyeceği ağır bir tedbirsizlikte bulunmuş demektir.

3 — Müddei tarafından gösterilen masraflar dosyadaki evrak ile sabittir. Ve tutarına müddeaaleyh tarafından itiraz edilmemektedir. Bilâkis müddeaaleyh kaza dolayısile müddeinin çalışma kabiliyetinin yüzde yetmiş beşini zayi ettiğine itiraz etmekte, müddeinin nihayet yüzde elli kabiliyetini kaybettiği ve bundan başka Doktor (Egger) in ehli vukufluğu müddei tarafından talebedilmesi hasebile keşfin bilâ münakaşe tasdik edilmemesi lâzım geldiğini iddia eylemektedir. Bununla beraber bu noktayı tetkik lüzumsuzdur. Çünkü müddeaaleyh haklı olsa bile müddei tarafından talep olunan zarar (21,000) fıranga baliğ oluyordu. Müddei talebini, 16 yaşında kazandığı senevî 1440 frank ücrete istinat ettiriyor. Binaenaleyh yaşlandıkça müddeinin daha fazla kazanacağını kabul etmek lâzımdır. (B. K. 44) üncü maddesine göre müddeaaleyhin ve müddeinin müşterek ağır kusuru nazarı dikkate alınırsa zarar müddeaaleyh tarafından hafif bir surette tazmin edilmelidir. Binaenaleyh bütün ahval ve şeraite nazaran tazminatı (3000) frank olarak tayin etmek daha muvafıktır.

Terceme eden
İ. H.

eylemelidir. Eğer alâkadarlardan biri imzadan kaçınmış ise bu hareketinin sebepleri de zabıtnameye yazılmalıdır. Madde 181 fıkra 3 de muharrer alâkadar tabiri yalnız maznuna maksur değildir. Bilfarz bir keşif muamelesinde hazır bulunan maznundan başka müdafi ve celbedilmiş olan ehli hibreyi de şamildir. Usulü muhakemenin diğer riayeti lâzım olan esaslı merasimleri aşağıda yazılı maddelerde tasrih edilmiştir.

Madde 47 fıkra 2 «Şahitlikten çekinebilen kimselere dinlenmezden evvel şahitlikten çekinmek hakları olduğu bildirilir.»

Madde 135 fıkra 1 «sorgunun iptidasında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu maznuna bildirilir. Bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur.»

Madde 59 fıkra 2 «hazırlık tahkikatı sırasında şahitlere yemin ettirilmiş ise sebebi zabıt varakasına yazılır.»

Madde 73 fıkra 2 «keşif yapıldığı vakit buna dair tanzim olunacak zabıt varakalarına mevcut olan hal ve vaziyetle hadisenin hususî mahiyetine göre vücudü umulup ta bulunamayan eserlerin ve izlerin yokluğu yazılır.»

Zabıt varakası ne zaman tanzim olunmalıdır. — Madde 181 fıkra 2 ibaresinden zaptın derhal celsede tanzim edilmesi zarureti zahir olur. Fakat keşif raporlarının derhal tanzimi bazı hallerde mümkün olmaz. Bu takdirde hâkim not almakla iktifa eder ve sonra makamına geldiği zaman zabıt varakasını aldığı notlara göre tanzim eder. Bu istisnaî halde dahi yapılmış olan sorgu, dinlenmiş olan şahitlerin ifadesi derhal ve bu kimselerin huzurunda ve usulü dairesinde zaptedilmelidir.

Zabıt varakası nasıl tanzim edilmelidir? — Zabıtnamenin tarzı tanzım ve tahriri hakkında kanunumuzda bir sarahat yoktur; binaenaleyh kanunumuz keyfiyeti hâkimin takdirine bırakmış oluyor. yalnız zabıtnamenin alâkadara okunduğu veya zabıtnamenin tetkikine salâhiyeti olanlar tarafından tetkik edildiği zaman bir sui tefehhüme mahal vermemek için beyanatların şahsı mütekellim ifadesile kaleme alınması şayanı tavsiyedir. Mühim sözler zabta aynen geçirilmelidir ve aynen geçirilmiş sözler kolayca farkedilecek tarzda yazılmalıdır.

Sorulan suallerin de zabıtnameye yazılması ancak çocukların, akıl hastalığına veya akıl zaafına müptelâ olanların isticvabında lâzımdır ve bunların cevapları aynen kelime bekelime kaydolunmalıdır.

Çocuk olmıyan ve aklından bir zoru olmıyan maznunlara sorulan sualleri yazmağa kat'iyen lüzum yoktur, hele evvelâ suali yazdırıp on-

125

dan sonra maznundan cevabını beklemek mahzı hata olur. Çünkü sual yazılıncaya kadar maznun düşünmek imkânını bulur: tecrübe maznunun sözlerinin doğruluğunun düşünülmeden söylenmesi ile mepsuten mütenasip olduğunu öğretmektedir.

Gerçi acele verilen bir cevapta hata bulunmak ihtimalini kimse inkâr etmez. Hâkim sualin mahiyetini, hadisenin cereyan eylemiş olduğu zamanı, maznunun zekâsını nazara alarak maznunun lâzım olan yerlerde düşünmesini ma'kul ve makbul görür ve maznun yanılmış ise yanılması esbabını takdir eder. Fakat sual basit ve sorulan hadise pek yakında cereyan etmiş ise maznunun tereddütleri, cevapta sıkılması ihmal edilemiyecek birer karine teşkil eder.

Hulâsa tahkikata hâkim bulunan hâkim takip edeceği usulleri intihaba da hâkimdir. İster sorduğu sualleri yazdırır ister yazdırmaz; isterse maznuna düşünmeğe vakit vermek için sorduğu suallerin yazılmasına kadar da alacağı cevabı bekletir.

Verilen cevapların, vakit gaip etmemek için ve okuyacaklara merhameten az çok tashih edilmek suretile sebkü raptını yerine getirmek caizdir, yalnız bu tashih bir tahrif mahiyetini almamalıdır. Bazen sarih bir cümle kaçamaklı bir cümlenin yerine kaim olamaz. Manidar bir yanlışlık manayı öldüren bir sarf ve nahiv tashihine uğratılmamalıdır. Kaba kelimelerin mes'uliyetini deruhte etmemek için o kaba ve müstehcen kelimeler yazılır iken yanına «aynen» demek muvafık olur.

Zabıtname maznunun sözlerinden vaki rücuu ve sözlerini değiştirmesi keyfiyetini de izhar etmelidir. Bu maksatla sorulan suallere alınan cevap aynen yazıldıktan sonra mülâhazalara girişilmelidir. Çünkü alınan cevap yazılmadan hâkim maznuna mülâhazalarını bildirir ise aralarında açılan münakaşa muhtelif cephelerden geçtikten sonra maznunun kat'î bir cevabına müncer olan ve zapta bu kat'î cevap yazılacağından zaptın rücuları değiştirmeleri göstermesine imkân kalmaz. Binaenaleyh maznunun ilk yalanı yazıldıktan sonra hâkimin mülâhazaları üzerine maznun başka bir yalan söyler. Zabıtname bu iki yalanı ve hâkimin mülâhazasını kaydetmek suretile maznunun sözlerindeki rücuları ve değiştirmeleri izhar edebilir.

Maznunun müphem bir cevabı yazıldıktan sonra hâkimin mülâhazası üzerine maznunun verdiği sarih cevap yazılmak suretile zabıt maznunun tereddütlerini de gösterebilir.

Maznun mühim bir vak'ayı hatırlamadığını söylemiş olduktan sonra hâkim bu cevabın hadisenin pek yakın olmasile tevafuk eylememekte olduğunu bildirmesi üzerine maznun ya sarih inkâra ya sarih ikrara girer, ikrarın geç verilmiş olmasının da ehemmiyeti vardır.

126

Maznun yalanile tutuluyorsa maznun için tuzak teşkil eden cevabı kelime bekelime geçirilmelidir. Fakat maznunun, tahavvülünü idrak edememiş olduğu gayri vazıh bir cümlesini iğtinam eylemeğe kalkışmak ta doğru olmaz; yalnız maznunun sözleri, hakikaten söylemek istediğini ifade ediyorsa artık diyecek kalmaz.

Zabıtname maznunun tashihlerini de kaydeylemelidir.

Hâkimler zabıt varakasına maznunun tavur ve vaziyetlerini kaydetmekten hemen daima kaçınırlar. Maznunun heyecan, hiddet, elemini kaydetmezler. Fakat bu tavur ve hareket hususî ahvalde, bir manayı mahsusu arzediyorsa kaydolunmalıdır. Uzun bir düşünmeği icap etmeyen cevaplardan evvelki derin sükûtlar ve tereddütler de kaydedilirse iyi olur.

Maznun sarhoş veya alıksa hafızaya ve ifadeye müessir olan bu gayri tabiî hal de zapta kayıt olunmalıdır.

Zabıtnameyi kim yazacaktır. — Zabıtnameyi yazmak işi mutlaka kâtibe ait bir iştir. Hâkim zabıtnameyi imlâ edebilir; fakat eline kalemi alamaz, Harf inkılâbının daha pek yeni olmasından dolayı zabıtlar okunamıyacak derecede fena yazılmaktadır; İnsanın adetâ, «zabıt kâtipleri zabıtların okunmasını istemiyor olacaklar ki bu kadar fena yazıyorlar» iftirasında bulunacağı geliyor. Zabıtların, okunmasını yalnız güzel bir yazı ile yazılmış ve imlâ hatasından muarra olmaları kolaylaştırmaz; tertip tarzı da zaptın okunmasını çok kolaylaştırır. Eski yazı ile yazılan zabıtların yazılarının güzel ve içinde imlâ hataları bulunmamasına rağmen güzel bir tertipten mahrum oldukları için okunmaları çok vakit isterdi binaenaleyh kolay değildi. Filhakika satır başısız olarak, sual ve cevap lar ayrılmıyarak kâğıdın sağ başından başlar ve sol aşağısına kadar yekpare bir parça halinde devam eder giderdi.

Avrupada zabıtnameyi yazmak için usulün esaslı merasiminin yapılmasına ait kısımlar matbu bulunan sâkler kullanılmaktadır. zabıt varakasının altının imzalanması zaptı tevsik eylediğinden böylece matbu kısmında yazılı merasimin de ifa edilmiş olduğuna şehadet edilmiş olur. Fakat matbu kısım el ile yazılmış kısım ile mütenakıs bulunuyorsa veya matbu kısmın bazı kısımları biribirini nakzeyleyorsa hüküm ne olacaktır? Bu suale evvelâ Paris istintak mahkemesi şu tarzda cevap verdi: «Matbu kısmın altında yazı yazmak için açık bırakılmış olan beyaz kısma yazı yazılmamışsa bundan zabıtnameyi tanzim edenlerin matbu yazıyı benimsememiş olduklarını kabul ile matbu kısmı nazara almamak lâzım gelir.» Bilâhare de paris temyiz mahkemesi «bazı matbu kısımların çizilmemiş olması ancak esaslı merasimin yapılmış olduğunu gayri vazıh kıldığı takdirde bir sebebi butlan olur.» İçtihadında bulunmuştur.

Binaenaleyh Fransız içtihadı hulâsa ve toplu bir tarzda ifade edilmek istenilirse denebilir ki gerek benimsenmemiş olmasından gerekse silinmemiş bulunması dolayısile matbu yazılar esaslı merasimin yapılmış olduğunu vazıh kılmıyorsa esaslı muamele yapılmamış addolunur. Alman içtihadı yukarılarda arzeylediğim veçhile mahkemeleri takdirde tamamile serbest bırakıyor.

Zabıtnamenin okunması. — Madde 181 fıkra 3 zabıtnamenin alâkadarlara - tabiî kendilerine taallûk eden cihetinin - okunacağını veya okunmak üzere kendilerine verileceğini sarahaten emrediyor. Zabıtnameyi kâtip te okuyabilir hâkim de okuyabilir. Alâkadar tabirinin hâkimin o celse için huzuruna davet edilmiş olan maznuna, müdafaa, ehli hibreye, şahide ve hatta tercümana şamil olacağını arzetmiştim.

Zaptın okunması esnasında gerek maznun olsun gerek diğer alâkadarlardan biri olsun sözlerini tashih etmek isterlerse tashih edilmek istenilen kelimenin üstünü çizmeksizin kenara çıkıntı ile tashih edilmiş şeklini yazmak muvafık olur. Eğer tashih rücu mahiyetinde veya alâkadarın iddiası doğru değilse hadise zaptın sonunda olduğu gibi kaydedilmelidir.

Zabıtnamenin imzalanması. — Zabıtta yapılan muameleye resmen şehadet eden hâkim ile kâtibin imzalarının bulunması şarttır; hâkimden veya kâtipten birinin veya her ikisinin imzasından mahrum bir zabıt batıldır ve yapılmış olan muameleler keenlemyekündur. Çıkıntıların altının da hâkim ve kâtip tarafından imzalanması münasiptir. Fakat çıkıntıların altı imzalanmamış olursa zabıt batıl olmaz; o çıkıntının sübut kuvvetini davayı rüyet eden mahkeme serbestçe takdir eder.

Madde 181 fıkra 2. alâkadarların da zaptın kendilerine taallûk eden cihetini tasdikan imza eylemelerini amirdir, Fakat alâkadarların zaptı imza etmemiş olmaları zaptı iptal eylemez, yalnız ne için alâkadarın imzadan çekinmiş olduğunun zapta kaydı lâzımdır. Bunun için de tabiîdir ki alâkadara ne için imzadan çekinmekte olduğunu sormak lâzım gelir. Zabıtnamenin her sahifesinin hâkim ve kâtip tarafından imzalanması mutlaka lâzım değildir, fakat hâkim ve kâtip tarafından imzalanması iyi olur.

Zabıtnamenin merbutatı. — Eğer sorgu esnasında bir takım vesaik zapt ve müsadere edilmiş yahut maznun tarafından ihtiyarı ile verilmişse o vesikaları zabıtnameye rapteyler; her vesikanın altı hâkim, kâtip ve maznun tarafından imzalanmalıdır, Zabıtnameye de, yapılan zapt ve müsadere ile, vesikalarının altının imzalanmış olduğu ve zabıtnameye raptedilmiş olduğu kaydedilmelidir.

Sorgu zabıtnamesine davetnamenin, davet edilen kimse tarafından imzalanmış olan nushai saniyesinin de raptedilmesi münasip olur.

128

VI

Sorgunun gizli olması

İlk tahkikatta engizisyon muhakeme usulü cari olmasından hâkim ile maznun gizli olarak muhavere ederler. Bunun içindir ki» madde 185 fıkra 2» «sorgu cümhuriyet müddei umumisi ve maznunun müdafii hazır bulunmaksızın icra olunur» diyor. Yalnız madde 186 fıkra 1 umumî bir kaide olarak bir keşif esnasında cümhuriyet müddei umumisi, maznun ve müdafii bulunabilir diyor II inci fıkrası da duruşmada bulunamıyacak olan şahit ve ehli hibrenin dinlenmesinde dahi müddei umumî, maznun ve müdafiin bulunacağı tasrih ediliyor.

Gizli olan sorgu esnasında kimler bulunabilir?. — Sorgu esnasında mahkeme kâtibinin bulunması (madde 180) hükmü mucibince mecburidir. Bazı hallerde tercümanın muavenetine ihtiyaç olduğundan tercüman da lüzumu halinde bulunabilir. Maznunun tehlikeli olması halinde hâkim huzuruna madde 116 hükmü mucibince eli kelepçeli olarak getirilebileceği gibi sorgusu bir muhafızın daimî muhafazası altında da yapılabilir. Sonra bazen diğer maznunlarla yüzleştirilme halinde fazla takayyüt ve takyit icap edebileceğinden o zamanlarda bir jandarma celbettirilebilir.

Yalnız unutmamalı ki ilk tahkikatın gizli olması asıldır. Bu kaideden ancak zaruret halinde ve zaruret miktarınca inhiraf edilmelidir.

Fransız temyiz mahkemesi, maznunların yüzleştirilmesi esnasında maznunlardan birinin akıl derecesini ve halini müşahede ve muhakeme etmek üzere bir hekimin sorguda bulundurulmuş olmasının sorgunun gizli olması esasına münafi olmadığına ve binaenaleyh yapılmış muameleyi iptale müeddi olamıyacağına içtihat eylemiştir.

Küçük olan maznunun sorgusu esnasında ana ve babasının veli ve vasisinin bulunup bulunamıyacağına gelince bu hal madde 145 fıkra 3 hükmünce müstantiğin takdirine bırakılmış bir keyfiyettir. binaenaleyh tahkikat icabettirip veya çocuk söyleyeceklerini yalnız anasının, babasının yanında söylemek istiyorsa hâkim yukarıda zikredilen kimselerin sorgu esnasında hazır bulunmalarına müsaade edebilir. Bazı hallerde ise sorguda ana ve babanın bulunması çocuğu büsbütün yalan söylemeğe sevk edebileceğinden bu gibi hallerde hâkim kanunî mümessilleri sorgu esnasında bulundurmaktan içtinap eylemelidir, bazen çocuklar adliye makinesinin haşmetinden, heybetinden korkarak bir üçüncü şahs ile yaptıklarını renk ve adet itibarile mübalegalı bir tarzda nakle-

129

derler, bir çocuğun sorgusu ilmi ruh ile uğraşan bir müstantik için tükenmez ve hayret verici bir yalan menbaıdır.

Sorgunun ifşa edilmesi memnudur. — İlk tahkikat gizli olduğundan evrakın tetkik ettirilmesi kaideten memnudur. Fakat istisnaen madde 189, dosyanın müddei umumiye ifşa edilmesine müsaade ediyor. Filhakika mezkûr madde mucibince» müddei umumî tahkikatın cereyanını geriletmemek şartile dosyayı tetkik ederek tahkikatın hal ve vaziyeti hakkında her vakit malûmat alabilir ve münasip gördüğü iddiaları dermeyan edebilir.»

Sonra madde 143 fıkra 3 bu gizliliği müdafi lehine olarak ta ihlâl eyliyor. Filhakika mezkûr madde mucibince «maznunun sorğusunu havi zabıtname ile ehli hibre raporlarını ve maznunun hazır bulunmağa salâhiyeti olduğu sair adlî muamelelere müteallik zabıt varakalarının müdafi tarafından tetkikine hiç bir vakit muhalefet edilemez.»

Tahkikata müteallik diğer evrakın müdafi tarafından tetkik edilebilip edilemiyeceğine gelince madde 143 fıkra 2 bunu, evrakın müdafi tarafından tetkik edilmesinin tahkikatın gayesine halel verip vermiyeceğine bağlı kılıyor ve keyfiyetin takdirini de hâkime bırakıyor yukarıda gizlilikten hasıl olan zaruret nisbetinde inhirafın caiz olacağını arzetmiştik; acaba bundan tahkikatın gizliliği kaidesi mutlak olmadığından hâkim tahkikatın menfaati ve hakikatın zahire ihracını temin için evrakın bir kısmını ehli hibre, zabıtai adliye memurları gibi üçüncü şahıslara da tetkik ettirebilir» hükmü çıkartılabilir mi? Bu suale bilâ tereddüt evet demek icap eder.

İlk tahkikatta gizlilik ilk tahkikatın bitmesine kadar devam eder. madde 143 fıkra I: «ilk tahkikatın neticesinde ve ilk tahkikat yapılmamışsa iddianamenin mahkemeye verilmesinden sonra müdafi her nevi evrak ve vesaiki tetkik etmek hakkını haizdir» diyor. İş son tahkikat safhasına intikal ettikten sonra artık ortada gizlilik kalmaz. Ve mahkeme isterse müstantiği de yaptığı tahkikata müteallik hususlar hakkında dinlenmek üzere şahit olarak duruşmaya celp ve davet edebilir. Almanyada sorguyu yapmış olan sulh hâkiminin yaptığı muamele hakkında maznunun talebi üzere şahit olarak duruşmaya celp ve davet edildiğine bizzat şahit oldum, fakat bu şehadetin cevaz ve hududu hakkında bir karara rast geldiğimi hatırlamıyorum. Hâkim şehadetinin cevazını kaidei umumiye ile istihraca imkân vardır: Kanunumuz bilâ istisna hiç kimse hakkında şehadete ademi ehliyeti kabul etmiyor. Fakat 5 teşrinisani 1903 tarihli bir Fransız temyiz kararı davayı gören mahkemenin müstantiği şahit olarak celp edebilmek hakkını ve bu hakkın hududunu uzun uzadıya tafsil ediyor:

190

«Ceza muhakemeleri usulü kanununun hükümleri mucibince müstantik huzurunda geçen muameleler gizli olmasından ve her ne kadar 8 kânunevvel 1897 tarihli kanun, tanzim ve tansis eylediği şerait dahilinde dosyanın maznuna ve müdafiine bildirilmesini emretmiş ise de ilk tahkikatın gizli olması mahiyeti müddei umumiden başka herkese karşı muhafaza ve idame edilmiştir. Bu kanunî hükümlerden çıkan neticeye göre de müstantik tarafından yapılan muamelelerin sırrını muhafaza eylemeğe mecburdur.

Fakat tahkikatın bitip, maznun, davasını görecek mahkemenin huzuruna çıkıp ta tahkikat mevadı iddia ile müdafaanın serbest münakaşasına arzedilince hakikatın zahire çıkartılması gibi âli bir menfaat zımnında müstantiğin bu tahkikata ait husus hakkında şahit olarak dinlenebileceğini ve bu sıfatla duruşmaya davet edilmiş müstantiğin sorulan suallere cevap vermek mecburiyetinde olduğunu kabul etmek zarureti vardır. Yalnız duruşmanın mevzuu olan tahkikattan gayri bir tahkikat hakkında müstantiğe sual sorulamaz; çünkü müstantik yapılmakta olan duruşmanın mevzuu olmıyan tahkikat hakkında meslekî sırrı muhafaza ile mükelleftir.»

Sorgu sırrını muhafaza etmemek. — Duruşmada hazır olanlar ve dosyayı tetkik edenler tahkikatın sırrını muhafaza etmekle mükelleftirler. Binaenaleyh işittikleri, gördükleri ve okudukları husus hakkında kimseye bir şey söyliyemezler. Binaenaleyh sırrı hâkim, kâtip, müddei umumî avukat ifşa eylerse haklarında yapılacak idarî muameleden başka ceza kanununun malûm hükümleri mucibince cezaî takibata da maruz kalırlar.

Maznunun avukatının tahkikat muamelelerini (matbuata, maznunun ailesine, muhtemel bir şahide, müstantiğin dosyayı tetkike müsaade eylememiş olduğu diğer, maznun şeriklerinin avukatlarına ilâ.) İfşa eylemesi, hakkında ceza kanununun 198 inci maddesi hükmünün tatbik edilmesine sebep olabilir mi? Bu hadisedeki müşkülât ifşa edilen sırların avukata müekkili tarafından tevdi edilmemiş bulunması ve ifşasının da müekkili için mutlaka zararı mucip olmıyacağı noktalarındadır. Fakat ilk tahkikat gizlidir. ve avukat ta o gizli muamelelere - dikkat buyrulsun yalnız müekkilinin sırrına değil, aynı zamanda tahkikatın da sırrına - «resmî mevkii ve sıfatı ve meslek ve san'ati» icabı vakıf oluyor: dosyayı tetkik etmelerine meslek ve san'atları icabı müsaade olunuyor. Binaen aleyh gizli olan ilk tahkikat muameleleri - müstantik ve kâtibe olduğu kadar - onlara da mevdu bir sır değil midir?

Adliye vekâleti tarafından tercüme ettirilen ceza kanunu şerhinde şarih ifşada kastı ızrarın lâzım olup olmadığı cihetlerinin münakaşa

edilmiş olduğunu kaydeyledikten sonra kendisince sırrın ifşası cürmünde ızrar kastının şart olmadığını beyan ile diyor ki: «Yalnız söylemekle de cürüm teşekkül eder. Çünkü madde mevzuu san'at ve meslek dolayısile sırra vakıf olan kimselerin bunları saklamağa mecburiyetlerini göstermekte olduğundan bu mecburiyetin tazammun ettiği saklamak vazifesine muhalif hareket olunması ızrar kastına müstenit olmasa dahi sırrın ifşası cürmünü meydana getirir.» Gerçi kanun ifşada bir zarar melhuz bulunmasını kaydediyor; fakat bu zararın mutlaka bir şahsa müteveccih olması lüzumu iddia edilebilir mi? Denemez mi ki ilk tahkikatı ifşa eden avukat bir şahsı ızrar etmemiş olsa bile heyeti içtimaiyeyi mutazarrır kılmıştır; ilk tahkikatın ifşasında heyeti içtimaiye için bir zarar melhuzdur.

Fakat diğer taraftan ceza kanununun 198 inci maddesinde mevcut «meşru bir sebebe müstenit olmaksızın» kaydına da vasi bir mana vermek icap ettiğini, gene eseri vekâlet tarafından tercüme ettirilen ceza kanunu şarihi dermeyan eyliyor. Binaenaleyh maznunun anasına, babasına, karısına veya kocasına huzur ve itimat vermek için ve heyeti içtimaiyeye bir zarar vermiyecek tarzda ifşaatta bulunan bir avukatın gerek ahlâk itibarile gerekse hukuk noktai nazarından ceza kanununun 198 inci maddesi hükmüne muhalif bir harekette bulunmuş olduğuna kail değiliz.

* * *

VII

Gündelik gazetelerden istifade etmek usulü

Müstantiğin de diğer devlet kuvvetleri ve makamları gibi matbuat denilen o büyük kuvvetin nüfuz ve tesirinden azade kalamıyacağı bedihidir. Binaenaleyh müstantik bu nüfuz karşısında nasıl bir vaziyet almalıdır ve nasıl matbuatı hizmetine alabilmelidir? Bunu tayin etmek lâzımdır.

Müstantik ile matbuatın münasebetleri karşılıklı menfaatlere müstenit bir münasebettir: Müstantik cürme ve cürme taallûk eden her şeye alâkadardır; matbuat ta öyledir; o da cürme ve cürme müteallik her şeye yani müstantiğin alâkadar bulunduğu meselelere alâkadardır. Memleketimizde bir gazete okuyucusu okuduğu gazetede zannımca en ziyade cinayetlerin ve mahkemelerin cereyan tarzını ve safahatını anlatan yazı-

132

ları okumak ister, bu arzu öyle zannederim ki kimin öldüğünü, doğduğunu veya evlendiğini öğrenmek arzusundan daha kuvvetlidir. Bundan sonradır ki günün diğer havadislerini ve sırasile takip ettiği tefrikanın mabaadini haricî haberleri, başmakaleyi ve faideli yazıları arar.

Binaenaleyh halkın cinayetlere, bahusus feci cinayetlere dair neşriyata gösterdiği bu alâka nisbeti gazetenin bu gibi havadisleri yazmaktaki menfaatini ve bu kabil havadislerin gazetenin baş sedirine geçirilmesi sebeplerini gösterir. Bir gazete efkârı umumiyeyi işgal eden bir cinayet havadisini yazmamaktansa bütün makalelerini atmağı tercih eder; fakat müstantik gazetelere tahkikata ait malûmat verirse kanuna muhalefet eylemiş olur. Diğer taraftan gazeteci mutlaka malûmat almağa çalışır ve bunun için de her kapıya baş vurur, her çareye tevessül eyler. Bazen hakikat diye dedi koduları, doğru olmıyan şayiaları kaydetmek ıztırarında kalır. Matbuatın ehemmiyeti ve tesiri çok büyüktür, doğru olmıyan bir şeyi neşretmeleri büyük zararlar tevlit eder. Sonra şu ciheti de nazara almak lâzımdır. Gazetelerin yazacakları işe uzaktan ve yakından alâkadar olacaklar üzerinde mühim bir tesir icra eder. Bilhassa hadise hakkında bir şey görmüş ve işitmiş olanlar gazetelerdeki neşriyata pek fazla alâka gösterirler. Herkes şahsına lüzumundan fazla bir alâka gösterir. İsmini ihtiva eden bir listeye gözü ilişen bir adam nasıl en evvel o listede kendi ismini ararsa bir hadise ile her hangi bir suretle alâka peyda etmiş bir kimse de o hadiseyi fevkalâde mühim talâkki eder. Bu itibarla hadise hakkında gazetelerin yazacaklarını dikkatle okur. Ondan sonra da yazılan şeylerin tesiri altında kalır ve artık tam bir serbestî ile şehadet edemez. Cahil olsun âlim olsun herkes gazetelerde yazılan şeylere az çok itimat eyler. Bu itibarla da gazetede yazılan şeylerin tesirine kapılır. Gazetelerdeki yazıları okuyan bir şahit kendisinden şüphe etmeğe başlar ve şehadet ederken hadiseyi gazetelerin tesiri altında kalmamış bulunsa idi söylemiş olacaklarından büsbütün başka bir tarzda anlatır.

Halk, gazetelerin yazdığına inanması dolayısile hadise hakkında hükmünü mahkemelerden evvel ve gazetelerin yazdığı dairede verir. Mahkemede cereyan eden tahkikatın neticesi artık halkı alâkadar etmez ve mahkemenin hükmü halkın verdiği hükümden başka bir tarzda çıkarsa halk mahkemeleri tenkide başlar. Halkın mahkemelere itimadını sarsan şeylerin tesiratı meş'umesini de zikre lüzum var mıdır?

Bu fenalıkların önüne, ancak müstantiğe tahkikatın esaslı cihetlerini matbuata bildirmek salâhiyetini vermekle geçilir. Buna mukabil gazeteler de, yalnız müstantiğin kendilerine bildireceği şeyleri yazmağa mezun kılınmalıdır.

Bir müstantiğin maharetini matbuata bildireceği şeylerin zamanını

ve tarzını intihap kadar gösterecek hiç bir şey olamaz. Bir müstantiğin bilfarz kararı bir mücrimi aldatmak için bile olsa yanlış ve hilâfı hakikat bir tebliğde bulunması aslâ tecviz edilemez. Fakat her bildiğini söylemesi ve şüphelerini de ifşa eylemesi gene tecviz olunamaz, Müstantik gazetelere vereceği tebliği yazdıktan sonra okumalıdır ve kendisini mücrimin yerine koyarak okumalıdır; sonra kendini şahidin yerine koyarak tekrar okumalıdır tebliğin tesirlerini böylece araştırmalıdır.

Müellif ve müstantik «Gross» der ki: «Mühim cinayetlerde muvaffakiyet münhasiren gazetelerden istifade edebilmesini bilmekle elde edilmiştir. Fakat gazetelerden fena tarzda acemice istifade edilirse istihkara maruz kalınır. Size bu tarzda yapılmış bir hatayı anlatayım: «Hiç bir kimse ile münasebette bulunmıyan ve daima münzevi bir halde yaşayan bir kadın öldürülmüştü, saiki sirkat olan bu katil vak'asında çalınmış eşyaların bir takım tesadüfler ianesile doğruca tarif ve tasvirini elde etmek mümkün olmuştu.»

«Tahkikat ile meşgul olanlar şöyle düşündüler: henüz meçhul olan katil, öldürdüğü kadının kimse ile münasebeti olmadığını biliyordu. Binaenaleyh çaldığı eşyaları kimsenin bilmediğini ve kimsenin tanıyamıyacağını da biliyordu. Bu itibarla çaldığı eşyaları bir an evvel elinden çıkartmaktan ve satmaktan korkmıyacaktır. Bunun önüne geçmek ve dükkâncıları keyfiyetten haberdar etmek için hemen çalınan eşyaları gazetelerle neşrettirmeğe karar verdiler. Cinayet sabah işlenmiş olduğu halde eşyaları akşam gazetelerine cinsleri ve nevileri ile neşrettirdiler. Fakat netice, tahkikat ile meşğul olanların düşündükleri gibi çıkmadı. Sonradan anlaşıldı ki katil akşama kadar hiç bir şey satmamış ve akşam gazetelerini okuduktan sonra çaldığı eşyalardan gazetelerde neşrettirilmemiş olanları hemen satmış.»

«Müstantiğin fazla esrarengiz tavurlar alması da hem gülünç hem muzırdır. Neşrinde mazarrat umulmıyan şeyler neşrettirilmelidir.»

Gazetecileri memnun eden bir müstantik, gazetelerden yardım görür, aradığı şeyleri, tahkikat için öğrenmek istediklerini gazetecilere gazetelerin havadis kısmında neşrettirmek suretile elde edebilir.

Gene müellif ve müstantik «Gross» diyor ki: «Bir kere bir meselenin tahkiki ile meşgul iken pek uzakta bulunan kimselerin bana malûmat verebileceklerini düşündüm. Hemen gazetelere istediğimi havadis şeklinde yazdırdım. Amerika gazeteleri bile bu havadisi naklettiler ve gazeteleri bana gönderdiler hatta Amerikan gazetelerinden biri gazeteyi bana gönderirken Adliyeye ifa ettiği bu hizmetten memnun olduğunu bildiren bir de mektup leffetmişti.»

134

Fakat arzettiğim gibi müstantiğin matbuattan istifade edebilmesi için kanunun müsaadesi olmalı ve müddei umumî tarafından kendisine serbestî bahşedilmiş bulunmalıdır.

VIII

İlk sorgunun hususiyetleri

Kanunumuzun 135 inci maddesi son fıkrası diyor ki: «Maznunun birinci sorgusunda kim olduğu ve şahsî halleri hakkında dahi malûmat alınır.»

Gene 135 inci madde birinci fıkrasında «sorgunun iptidasında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu maznuna bildirilir. Bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur.»

Birinci sorguya bu hususiyetleri dolayısile Fransızlar hususî bir isim vermişlerdir. Ona şekle ait sorgu veya hüviyet sorgusu derler. Kanunumuz (birinci sorgu) diyor.

İmdi, birinci sorguda hâkim madde 135 hükmünce:

a) Maznunun kim olduğunu ve şahsî hallerini tesbit edecek,

b) Kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu maznuna bildirilecek,

c) Maznuna cevap vermek isteyip istemediği sorulacak,

d) Maznun cevap verirse beyanlarını zaptedecek.

Bütün bu merasimin ifa edildiği tabiatile zabıtnamede tesbit olunacaktır. Arzeylediğimiz gibi zabıtta, yapıldıkları zikredilmemiş olan merasim yapılmamış addolunur.

Maznunun hüviyetinin tesbiti. — Maznunun kim olduğu ve şahsî halleri hakkında malûmat almak için hâkim maznuna lüzumlu ve faydalı addeylediği bütün sualleri sorabilir. Bunun için de maznunun ismini, şöhretini, mahâlsını, babasının ismini, nesebini, şahsî hallerini, ikametgâhını, meslek ve san'atini, askerlik vaziyetini, sabıkalı olup olmadığını sorar.

Maznunun kim olduğu ve şahsî halleri hakkındaki malûmatı evvelâ bizzat maznun verir; zaten sorguda hâkim ile maznun baş başa ve yalnız bulunmaktadır. Binaenaleyh hâkim bu hususlar hakkında maznunun cevaplarını o cevapların yalan olduğunu bilse de zabıtnameye geçirir.

135

Hâkim maznunun kim olduğu ve şahsî halleri hakkında başka taraflardan da malûmat alabilir mi? Belki maznunun cevapları evrakta gözüken şahitlerin ifadelerine polisin bildirdiklerine uygun düşmez. Acaba hangisi doğrudur; maznun hâkimden kim olduğunu saklıyor mu? Bu cihetleri hâkim zabıtnamede tasrih eyler.

Maznun kim olduğunu söylemezse 104 üncü madde kim olduğunu isbat edemiyen maznunun tevkifine müsait olmasından maznun tevkif olunur. Bu nadir halde hâkim zabıtnameye maznunun şekli yazılmalıdır ve bir fotoğrafı yapıştırılmalıdır. Ondan sonra da maznunun kim olduğunu öğretebileceklerin şehadetleri alınmalıdır. Fakat maznunun kim olduğunun öğrenilememesi ona kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğunu söylemekten ve bu hususta cevap vermek isteyip istemediğini sormaktan hâkimi vareste kılamaz.

Maznuna isnat edilen suç. — Hâkim ilk sorguda ve maznunun esas hakkındaki her hangi bir ifadesini almadan evvel maznuna hakkındaki takibata sebebiyet veren yani takibatın mevzuu olan fiilleri bildirmelidir.

Kendisine isnat edilen suç maznuna bildirilirken suçun hukukî vasfını ve ceza kanununun suça tevafuk eden maddesini bildirmeğe bir mecburiyet yoktur: Hatta fayda da yoktur.

Zabıtnamede «Kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu maznuna bildirilmiştir.» Diye yazmak bu esaslı merasimin ifa edilmiş olduğunu izhara kâfidir.

Maznuna, cevap vermek isteyip istemediğinin sorulması. — Meşhur İngiliz feylesofu (Bentham) memleketinin maznunların istintakını usulen meneden kaideden bahsederken der ki: «Bütün sınıfların canileri bir arada toplanabilmiş ve bir usulü muhakeme tarzı telif edebilmiş olsalardı kendi emniyetleri için ilk vazedecekleri kaide bu olmaz mı idi ? Masumiyet aslâ bu imtiyazdan istifade etmez. Çünkü masumiyet söylemek hakkını iddia eyler, cinayette susmak imtiyazını ileri sürer.»

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 135 inci madde şerhinde de arz ve izah eylediğimiz veçhile hiç kimse kendi aleyhinde bulunmağa mecbur ve vazifedar kılınamıyacağından maznunun da bizzat kendisinin kendi aleyhinde bir istihbar menbaı kılınması tecviz edilmemiştir.

Fakat maznun vaat ve tehdit gibi vasıtalarla da cevap vermeğe sevk ve teşvik edilemiyeceği gibi sukûta da velev bilvasıta olsun teşvik olunamaz. Bunun için hâkimin maznuna: «Sana şu suç isnat ediliyor. Bu isnada karşı cevap verip vermemekte serbestsin; cevap vermemek hakkındır» diyeceğine kanunun metninde yazılmış olduğu veçhile «sana

136

şu suç isnat ediliyor.. Bu isnada karşı cevap vermek istiyor musun?» demesi daha doğru olur, bu suale karşı maznunun vereceği cevap zabıtnameye yazılır.

Maznuna «cevap vermek isteyip istemediğinin» sorulmaması hakkı müdafaayı ihlâl etmek olur. Kendiliğinden hâkime müracaat eylemiş bir maznuna cevap vermek isteyip istemediğinin sorulmaması sorguyu iptal eylemez, kanaatındayım. kendiliğinden gelmiş bir maznunun fiil ve hareketinden cevap vermek istediği aşikârdır. Bir cinayet işlemiş bir adamın cinayeti müteakip doğru müstantiğe gidip ifade verdiğini farzedersek müstantiğin henüz kimsenin kendisine bir şey isnat eylememiş bulunduğu maznuna suçunu nasıl bildirsin ve ne diye cevap vermek isteyip istemediğini sorsun?.

Maznunun ifadesinin alınması. — Kendisine cevap vermek isteyip istemediği sorulan maznun cevap vereceğini söyler ise esas hakkındaki vereceği izahat zapta alınır. Hâkimin cevap hususundaki sualinden sonra maznunun ifadelerinin yazılması bu sonuncunun cevap vermek istemiş olduğunu kâfi derecede izhar eyleyeceğinden ayrıca «maznunun cevap vermek istemiş olduğunun» yazılması zait olur, fakat maznunun cevap vermeğe muvafakat eylemiş olduğunun zabıtnameye sarahaten yazılmasına da tabiî bir mani yoktur.

Mustantiğin maznunun ifadesini alırken maznuna sual sormasına mani olabilecek hiç bir kanunî hüküm yoktur. Masum bir maznunun tevkiften olsun kurtulmak için kendisine isnat edilen suç hakkında derhal münakaşaya girmek, izahatta bulunmak isteyeceği tabiîdir. Fakat tahkikatın bu masum soçlunun lehine tavazzuh ve tenevvür eyleyebilmesine hâkimin suallerinden daha ziyade yardım edebilecek bir şey tasavvur olunamaz.

Hâkimin Bütün teyakkuzu sorgunun maznunun kendi lehine bulup söyleyeceği delillere mani olmamasına dikkat etmekten ibarettir.

IX

Sorgunun Himayesi

Sorguyu himaye için hâkim devletin müsellâh kuvvetlerine tasarruf edebilir, Tevkifhaneden getirilen maznunlar jandarma kuvvetinin muhafazası altında getirilir. Hâkim her lüzum gözüken hallerde jandarma kuvvetini de talep edebilir.

137

Maznunun müstantik huzuruna madde 116 hükmü mucibince demire vurulmuş vaziyette de çıkartılabilmesine manî hiç bir şey yoktur, çünkü sorgu duruşma değildir.

Sorgunun himayesi için tevessül edilecek muamele ve usulleri izah edebilmek için ne gibi hadiselerin sorgunun himayesini icap ettireceğini tefrik eylemek iktiza eder.

A. — Muamelenin icrasını âdiyen ihlâl eylemek veya inzibatı bozmak.

Madde 157 de mevzu bahsolan salâhiyet evleviyetle müstantikte mevcuttur. Gerçi madde 157 «adliye binası haricinde» ve her hangi bir «memur» tarafından yapılan adlî bir muamelenin bilhassa keşif ve arama muamelelerinin himayesini istihdaf eyliyor. Bazı müelliflerde bahusus Stenglein madde 157 nin hâkimden gayri memurlara ait olduğunu iddia ediyorlar, fakat Md.157 hâkimlerin inzibatî kudretlerini tahdit etmiyor; nihayet hâkimin haiz olduğu bir kudreti hâkim olmıyan memurlara da tefviz eyliyor, 378 ve 379 uncu maddelerle duruşma inzibatı hakkında reise verilmiş olan salâhiyet mahkeme haricinde vazife gören hâkimlerde de bulunduğundan hâkim 157 inci maddenin tatbikını icap ettirecek mahallerde 379 uncu madde mucibince ayrıca bir inzibatî ceza da verebilir. Acaba madde 378 ve 379 «duruşmanın aleniyeti ve inzibatı» unvanını taşıyan bir fasılda ve aleniyeti icap ettirecek bir şekilde yazılmış bulunmasından tatbikleri muamelenin alenî yapılmakta olmasile mukayyet ve meşruttur iddiası dermeyan edilemez mi? Bu fikir ve iddiayı müdafaaya imkân verecek düşüncelere bahusus Fransız müellifi (Garraud) (Garo) nun eserinde tesadüf edilebilir; ve hukuk usulü muhakemeleri kanununun 150 inci maddesi de bu iddiaya kuvvet verebilir. Fakat reise ait olarak yazılmış olan salâhiyetin cezada müstantikten hukukta tahkikat hâkiminden esirgemek bilmem ki doğru olur mu? Müstantiğin odasında yaptığı muamele veya intizam ve sükûnet ihlâl edilmek istenirse müstantik 378 ve 379 uncu maddeler hükmünü tatbik edebilmelidir. Müstantiğin muamelelerini gizli yapmakta olduğu aleyhe bir delil teşkil edemez, müstantik cürmün işlendiği yere gider, orada da alenî bir tarzda tahkikat yapabilir.

Tevkif emri hiç bir şekil ve resme tâbi değildir sadece zabıtnameye yazılır. İnzibatî olduğundan dolayı da müddei umuminin mütalâasını almağa lüzum yoktur.

İntizam ve sükûneti ihlâl eden şeyler müstantiğin odasının dışında umumî bir mahalde bilfarz maznunun getirtildiği sırada da hadis olabilir.

B. — Hâkime karşı münasip olmıyan bir kavl veya fiilde bulunmak.

138

İntizam ve sükûnet hâkime karşı münasip olmıyan bir kavl veya fiil ile ihlâl edilmiş bulunursa ihlâl eden her kimse hakkında müstantiğin 379 uncu madde hükmünü tatbik edebileceğine kaniim. Müstantiğin kendisine karşı münasip olmıyan bir kavl veya fiilde bulunan kimseyi bir karar ile derhal tevkifhaneye gönderebileceğinde ise hiç şüphem yoktur. Ancak 379 uncu maddenin bundan sonraki hükümlerinin tatbiki mucibi münakaşa olabilir. Fakat mevki ve vazifenin şeref ve haysiyetini korumak için o mevki sahibinin kullanması lâzım olan inzibatî cezalar mahkemelerden talep edilemez.

Müstantiğe karşı münasip olmıyan kavl veya fiil kanunun cezalandırmamış olduğu bir kavl veya fiil bulunduğu takdirde buna mücaseret eden kimseyi müstantik 24 saat içinde sorguya çekerek inzibatî mahiyette olmak üzere bir haftaya kadar hafif hapis veya yirmi beş liraya kadar hafif para cezasile cezalandıramazsa bunu mahkemeden nasıl ister? Adaletin vekar ve haysiyeti ne olur?

Müstantiğe karşı münasip olmıyan kavl hakaret ve söğme olabileceği gibi fiilde tokat ve yaralama gibi bir şey olabilir. Bu takdirde kavl ve fiil aynı zamanda birer suçun mevzuu olabilirler, Bu takdirde 379 uncu maddenin tayin eylediği inzibatî ceza ile ceza kanununun tayin eylediği cinaî ceza biribirinden tamamile müstakil olarak tatbik olunabileceğine Alman şarihlerinden Löwe kani'dir kaziyei muhkeme defi yani (iki kere) olmaz (non bis in idem) kaidesi bu hususta kabili tatbik olamaz. Binaenaleyh mahkeme müstantiğin tatbik etmiş olduğu inzibatî cezalarla mukayyet olmıyarak kavil veya filin ceza kanunu mucibince de uğrayacağı cezayı hükmeder.

Hakarete uğrayan bir müstantiğin bizzat kendisinin bu hususta bir zabıt tanzim edebilmesine mani hiç bir hükmü hukukî yoktur. Bunu inkâr etmek, müstantik yalnızken maznunun ona küfür edebilmesine cevaz vermek olur.

C) Diğer suçlar.

Müstantik kendisine karşı münasip olmıyan bir kavl veya fiilden gayri suçları tenkil edebilmek kudretine malik değildir. Bu kudreti 380 inci madde mahkemeye bile vermemiştir. Binaenaleyh müstantiğin huzurunda bilfarz bir sirkat vak'ası yapılırsa veya şahitlerin veya maznunun başına bir şey atılır öldürülmeğe teşebbüs olunur ilâ ise müstantik bu suçları usulü dairesinde tenkil ettirebilir. Tabiidir ki bir zabıt varakası tanzim eder. İcap ederse tevkif te ettirir.

139

Birinci sorğuya ait sâk

..... 193 ...

Hazır bilmeclis

(Filân)

.....

Karşı

Hâkim olarak

.....

Suçundan dolayı

Mahkeme kâtibi olarak

Yapılan ceza takibatında

davet - ihzar - üzerine maznun

gelmişitr.

Kendisine zan altında bulunduğu husus ve aleyhindeki vaziyet ve hallerden haber verilmiştir.

Kim olduğu hakkındaki sorgu atideki neticeyi vermiştir:

C. M. U. K. § 132 - 135

140

isim, şöhret (asıl çağırıldığı ismin altını çiziniz) .....

(kadınlarda babalarının ismi) .....

Babasının isim ve şöhreti .....

san'at ve mesleği .....

Hususî mesleği olmayan kadınlarda kocalarının mesleği .....

Hususî bir mesleği olmıyan küçükler hakkında
- Babasının mesleği .....
- ana babasının ikametgâhı .....
- Vasisinin isim, meslek ve ikametgâhı .....

Doğduğu gün, ay, sene .....
Doğduğu yer .....

(Büyük şehirlerde mahalle ve sokak)

Hangi vilâyet dahilinde olduğu .....
Aile vaziyeti, Bekâr - Evli .....

(Hangisi ise altını çiziniz)

Kendisile evlenmiş olan kimsenin isim, şöhreti .....

Maznun erkek ise karısının aile ismi .....

Maznun kadın ise kocasının san'at ve mesleği .....
Evlenme tarihi: .....

Dul
Boşanmış
Ayrılığa hükmolunmuş
(Hangisi ise altını çizmeli)

Aile münasebetine dair mütemmim malûmat (çocuk ve S.) .....
Maznun vasi midir? .....
Son ikametgâhı .....

(Büyük şehirlerde mahalle ve sokak)

Ecnebi ise memleketi .....
Din ve milliyeti .....

Malî vaziyeti (Hususile emlâk sahibi midir): .....
Askerlik vaziyeti .....

Şimdiye kadar mahkûm olmuş mudur? .....

Kim olduğunu ispat eden kâğıtlar: .....

Maznuna, zan altında bulunduğu hususa taallûk etmek üzere lehine beyanatta bulunmak isteyip istemediği sorulması üzerine evet diyerek berveçhi ati beyanda bulundu:

142

Mütercimin Mukaddimesi

İki senedenberi derin bir zevk ile takip ettiğim Adliye Meslek mektebindeki dersimin, müstantik şubesinin lâğvile, yeni bir istikamet alması zaruret haline gelince talebeye müfit olabilecek yeni bir proğram ihzarını düşündüm. Proğramın esaslı hatlarını çizerken endişe ile gözettiğim gaye talebeye mümkün olduğu kadar hukuk ilminin her şubesi hakkında mücmel malûmat vermekti. Arkadaşım Ankara Hukuk mektebinin yardımcı profesörü Ali Fuat Beyle bu mevzu üzerinde görüşürken «Gaston May» ın «hukuk ilmine methal» isimli bir düsturu hatıra geldi. Kitaba şöylece göz gezdirdim. İçinde yalnız Adliye meslek mektebi talebesinin değil, alî hukuk tahsili gören gençlerin hatta bir çok hukuk müntesiplerinin istifade edebileceği derli toplu malûmata tesadüf ettim. Eserin plânını ders proğramına esas ittihazına elverişli buldum. İçindeki malûmatı tevsi ederek takrir etmek suretile derslerimi hazırlamağa karar verdim. Bu suretle tercümesine başlanan eser gündelik yorucu mesaiden sonra akşamları ikişer saat çalışmak suretile vücude geldi. Türk hukukçularına küçük bir hizmet olur ümidile bunun Adliye Ceridesinde neşrini düşündük. Vaktin müsaadesizliği tekrar tetkikine mani oldu. Görülecek kusurların hüsnü niyetimize bağışlanmasını karilerden rica eder, bu vesile ile Adliye Vekili Yusuf Kemal Beyefendinin, takviye ve tensik edildiği takdirde Adliye makinemizin kâtip sınıfını yetiştirmek hususunda memlekete pek büyük hizmetler vadeden bu müessese üzerine kemali hürmetle nazarı dikkatlerini celbeylemek isterim.

Ankara 4 Kânunevvel 930

Ankara Adliye Meslek mektebi
nazariyatı hukukiye muallimi
Kemal Galip

143

Hukuk İlmine Methal

Birinci Kısım

HUKUK

Hukuk ilminin geniş sahasında gaip olmamak için, evvelâ bunu haricinden teemmül etmeli; bu ilmin muhtelif şubelerini teşkil eden büyük hatların başlama ve birleşme noktasını vücude getiren merkezinde ahzı mevki etmelidir. Filhakika bütün ihtimalâta hâkim ve bütün amelî sureti hallerin şartı olan esas fikir bu noktada bulunur. Bu fikrin öyle bir umumiyet siciyesi vardır ki bu fikir her zaman ve her memlekette gayri mütebeddildir, Hukuk mefhumundan bahsetmek istiyoruz.

Hukuk, filhakika, cemiyet halinde yaşıyan insanın icat ettiği şeydir, Siyasî cemiyetler halinde tecemmü etmiş, müşterek bir hayat geçiren insanların bulunduğu her yerde, bu insanlar kendilerine mahsus ve kendi istimalleri için hukuk, bu hukukun tatbikatı olan hattı hareket kaideleri, hukukî müesseseler denilen ve bu hukuka merbut olan müesseseler vücude getirdiler. Bu hukuk kaideleri, bu müesseseler memlekete göre değişir, cünkü bunlar memleketin âdatından hissetmek ve düşünmek tarzlarından doğan tabiî bir mahsulü, tarihî mukaddematın bir muhassalası ve muhitin hali iktisadisinin bir tâbiidir. Bunun içindir ki her memlekette millî bir hukuk ve millî müessesatı hukukiye vardır.

Lâkin teferruatta ne kadar muhtelif olursa olsun bu millî hukukları, ilham eden fikri esasî, alemşumul ve aynı fikirdir. Ekseriya çok mudil olan ve bir milletin müessesatı hukukiyesi namile tevsim edilen bu makine daima ve alemşumul bir surette aynı olan dahilî bir motörden neş'et eden bir hareketle mücehhezdir. Bu motör hukuk fikridir. Ve bunun içindir ki hukuk «dünyanın hâkimi» dir, dediler.

Her şeyden evvel hukukun neden ibaret olduğunu, faaliyet sahasının ne olduğunu, insana hukuk kaideleri vazetmek fikrinin nereden geldiğini, bu kaideleri kimin neşir ve ilân ettiğini ve hangi vasıtalarla bu kaidelere insanın riayetinin temin edildiğini göstererek hukuk mefhumunu izah ve tenvir etmek lâzımdır.

Bu beş mes'eleyi birer bap halinde tetkik edeceğiz.

BİRİNCİ BAP

Hukuk Mefhumu

Zihayat olan insan sevki tabiî icabı olarak tahaffuz ve inkişaf etmek yollarını arar. Beşeriyetin iptidasından beri insanın mesaisinin gayesi yaşamak, yaşamakta devam etmek, yaşayışını ıslah etmek oldu. İnsanın gayesi hâlâ da budur, daima da bu olacaktır. Bu neticeye varmak için insan, içinde yaşadığı tabiatı tamamen değilse bile bu tabiatın kendisi için istimal ve istihlâki az çok bir faide arzeden parçalarını kudretine râm etmek çaresini taharri etti. Bu maddî parçalara «şey» denir.

Vahşî yahut ehlî hayvanlar, arzın meyva denilen mahsulâtı, bütün varidat ve muhteviyatile birlikte bizzat arz bu şey mefhumuna dahildir: Meskenler, malzeme, her nevi maadin. İlim sayesinde insanın tahtı hükmüne almağa, istifade teminine muvaffak olduğu tabiî kuvvetlerde (akar sular, ruzgârların kuvveti, yer yüzüne dağılmış elektrik, ziya kuvvetleri) bu şey mefhumuna dahildir.

Bütün bu şeyleri insan zaptetmiş, yavaş yavaş bunları iştihasının, bu günkü ve müstakbel ihtiyaçlarının tatminine ve bilâhare manevî ihtiyaçlarının istifadesine hadim kılmıştır. Reisi olduğu aileyi teşkil eden, kendisile birlikte ve kendi sayesinde yaşayan karısı ve çocuklarının mevcudiyetini temin için bu şeylere malik olmak ve bunları muhafaza etmek istemiştir.

Lâkin insan arz üzerinde yalnız ve münferit bir halde değildir. İnsanın her zaman adedi az veya çok insanlarla birlikte cemiyet halinde yaşadığı görülmüştür.

Coğrafî bir saha, muayyen bir arazi üzerinde yan yana yaşayan bu fert kütleleri içtimaî gurupları teşkil ederler; kabileler, aşiretler, milletler içtimailik «Sociabilite» sevki tabiîsi ve zafiyet hissinin tesiri altında insan cemiyet halinde yaşar. Pek çok zaman evvel büyük Yunan fileso-

126

funun dediği gibi insan, siyasî bir hayvandır. Şu halde beşerî cemiyetler, bizzat mevcudiyeti insaniye gibi tabiî, ezelî bir hadisedir.

Fert, mensup olduğu içtimaî gurup içinde yaşamak, hayatını idame etmek ve inkişaf ettirmek arzusunu beslemekte yalnız değildir. Kendisinden başka fertler, kendisile aynı zamanda, aynı ihtiyaçların tesiri altında aynı yollardan giderek aynı gayeyi takip ederler. Bu, hayat rekabetidir; yani ferdî enerjilerin mücadelesi, hayat vasıtalarını kazanmak için gündelik ve bitmez tükenmez bir harptir. Birleştikleri andan itibaren insanlar arasında ferdî hodbinlik, ihtiyaç, bazen de hırs ve kinin tahrik ettiği menfaat müsademeleri zarurî olarak başlar. Beşerî cemiyetlerin iptidasında bu müsademe ekseriya harbe, cebir ve şiddete münkalip olur. O zaman hükmü veren, son sözü söyleyen kuvvettir. Binaenaleyh kuvvetli olan zaifi ezecek, rakibini ortadan kaldıracak yahut onu esir edecek ve kendi hesabına çalıştıracaktır. Bu hususî harp, ferdin ferde harbi rejimi «Bossuet» tarafından çok iyi tasvir edilen anarşi rejimidir: «Herkesin istediğini yapabildiği yerde hiç kimse istediğini yapamaz; efendinin bulunmadığı yerde herkes efendidir, her kesin efendi olduğu yerde herkes esirdir.»

Fakat bu daimî harp hali imtidat edemez. Böyle bir rejimde cemiyet, müntesiplerinin ekseriyetine faideden fazla mazarrat iras eder. Kuvvet kendi tarafından olmayan kimse ezilir, sefil olur, gaip olmağa mahkûmdur. Rejimin devamı zarurî olarak içtimaî gurubun harabisine, infisahına müncer olur. Halbuki insanın cemiyet halinde kalmağa ihtiyacı vardır. Bu, insan için ezelî bir zarurettir. O halde siyasî cemiyeti idame etmeğe, muntazam surette işletmeğe hadim bir vasıta bulmak lâzımdır. Madem, mevcudiyet ve yaşamak vasıtaları için mücadele gayri kabili içtinaptır, o halde bu mücadeleyi muslihane bir tarza dökecek yolu icat etmelidir. İşte bunun içindir ki iptida müphem, karışık bilâhare gittikçe tevazuh eden bir his beşerin fikrinde teşekkül etmiştir. Bazen yoklamalardan, elemli tecrübelerden, bazen şiddetli rücatlerden sonra insan cemiyet halinde yaşamak ve harp rejimi yerine sulh rejimini ikame etmek istediği takdirde faaliyet hürriyetinin bazı tahdidat ile çerçivelenmesine rıza göstermek icap ettiğini anladı: Kendi faaliyet hürriyetinden emin bir surette istifade etmek ve, bilmukabele, diğerlerine aynı şerait içinde kendi faaliyeti hürriyetlerinden istifadeye müsaade etmek.

Demek oluyor ki hürriyetlerin tesadüm ve ihtilâfı ancah hürriyetlerin tehdidi ile tanzim edilebiliyor. Her insan diğerlerinin kendi hürriyetlerinden istifade etmelerine müsaade etmek ve kendisine bırakılan kısmı serbestçe istimal edebilmek için hürriyetinin bir kısmından feragat etmeğe mecburdur. Umumî sulhun menfaatine olarak, herkesin serbest faaliyetine tahmil edilen tahditler her insanın hemcinslerile münasebet-

147

lerinde riayete mecbur olduğu hattı hareket kaideleri şeklinde ifade edilmiştir. İnsanların aralarındaki münasebetlerinde riayet edecekleri bu kaideler hukuku vücuda getirir. O halde hürriyet ve müsavat hukukun esasıdır. Hukuk her ferdin hürriyetile diğerlerinin müsavatının telifidir. cemiyet halinde yaşayan insanların diğer insanla münasebetlerinin kaidesidir.

Cevheri esasisi böylece tahlil ve izah edilen hukuk bize insan gurubu içinde devamlı bir nizam ve daimî surette ihlâl ve münakaşa edilmiyen bir sulh idamesi için en müessir vasıta gibi görünür. Bu nizam «nizamı hukukî» ve bu nizamın tesiri altında müştereken yaşayan insan cemiyetine de «medenî cemiyet» derler. Hukuk, medenî cemiyet içinde nizam hukukunun mevcudiyetinin şartıdır. İşte hukukun içtimaî rolü budur.

Müşahede, nizamı, nizam mefhumunu tabiî hadiseler içinde keşfeder. Bu tabiî hadiseler, Filhakika, nizamı tabiat olan değişmez bir ahengin dairesinde tahassül ediyor gibi tecelli eder. Mevzuu ne olursa olsun tabiî ilimlerin tetkikinde hadiselerin namütenahi tahavvülleri ve mudıliyetleri arasında, irademizin haricinde olan bu nizamın temyizine, tekrar bulunmasına sarfı mesaî edilir. Hukuk bilâkis insanın eseridir, onun şuurlu iradesinin düşünülmüş ve orijinal bir mevlûdudur. Hukuk, içtimaî hayatta zarurî olan nizamın hüküm sürmesini temin için insan tarafından tesis olunmuştur. Demek ki hukuk mecburî surette eşyanın tabiatından doğan bir hadise değildir. Hukuk esasen arzu edilmiştir. Hukuku bize tahmil eden zaruret değildir, biz hukuku kendimize zaruret dolayısile tahmil ediyoruz. Bilâhare hukukun nev'anma sun'î olan bu seciyesine döneceğiz. Maamafih bunu şimdiden işaret etmek faideli idi.

Hukuk; fertlerin serbest faaliyetini tahdide matuf olduğundan fertlerin yekdiğerlerine karşı riayet mecburiyetinde bulundukları hattı hareket kaideleri vazeder. Bu kaideler başkası için bir zarar sebebi, bir sıkıntı, fertlerin vaziyetine, hayatına, servetine, şerefine bir tecavüz gibi talâkki olunan bazı ef'al ve harekâttan içtinap etmek zaruretinden ibaret olabilir. Bu suretle bir kimseyi öldürmekten, yaralamaktan, malını çalmaktan, komşunun mülküne pek yakın bir mesafeye ağaç dikmekten, matbuatta müfteriyane makaleler yazmaktan, şahısları tahkir etmekten ictinap etmek mecburiyeti vardır. Hukuk kaidesinin burada nehyedici bir revşi vardır. Hukuk kaidesi insanı muayyen, şöyle bir fili yapmaktan meneder. Hukuk kaidesi ferde yaşamak, maddî şahsiyetini muhafaza etmek, şerefini kurtarmak için mühtaç olduğu asayişin bu file karşı himaye olunduğunu temin eder. Binaenaleyh hukuk kaidesi ferde teminat hizmetini görür.

Hukuk kaidesi bir başka şekil de alabilir. Bu takdirde hukuk kai-

148

desi muayyen bir ferde yahut fertlerin hey'eti umumiyesine istifade bahşolacak bazı ef'al ve muamelâtın yapılması zaruretinden ibaret olur. Bu suretle çocuklar ihtiyaç halinde bulunan ana, babalarına nafaka tedarik etmeğe mecburdurlar; komşum, benim arsama çok yakın bir mesafeye diktiği ağaçları kal etmekle mükelleftir. Vatandaş devlete, nahiyeye vergi vermeğe mecburdur.

Hukuk kaidesinin burada emredici, cebredici bir revşi vardır. Hukuk kaidesi bazı fertlere yahut içtimaî guruplara gayelerine varmak vasıtasını temine çalışıyor. Eğer hukukun emrettiği işler yapılmaz ise ne; fazla yaşlı oldukları için calışamayan ana, baba yaşayabilecekler, ne içtimaî gurup, devlet, yahut nahiye mevcudiyetini muhafazaya devam, içtimaî vazifesini ifa edebilecektir. Binnetice burada da teminat mefhumu kendini gösteriyor. Kaidenin şekli, nehyedici yahut emredici, ne olursa olsun hukukun vazifesi hayat için kendisinden vaz geçilemez, zarurî gibi talâkki edilen şeyi buna ihtiyacı olanlara temin etmek olduğuna hükmedebiliriz. Bu suretle nazarı mülâhazaya alınınca hukuk bize fertlere hitap eden ve onların serbest faaliyetini tahdit eden ve binnetice tenkis eden bir silsilei evamir gibi görünüyor. Bu emrin, bu hukukî emrin vasfı mümeyyizi umumî olmaktır. İçtinap etmek yahut hareket etmek emri diğer birinden ziyade muayyen bir şahsa karşı değildir. Burada mevzuu bahis olan evvelden evsafı tayin edilmiş ve tarif edilmiş muayyen bir vaziyette bulunan bütün insanlara tatbik olunan alemşumul bir kaidedir. Kezalik emir umumî kaide şeklinde mücerret tarzda neşir ve ilân edilmiştir; şu veya bu muayyen ahval içinde herkes tarafından yapılması veya yapılmaması lâzım geleni ifade eder: Bu kaide hasebile bu halde tatbik edilecek hukuk hangisidir? denir.

Hukuk kelimesi başka bir manaya da gelir. Ferdin hürriyetine bir mania demek olan kaide diğer bir fert için kaide tarafından nazarı teemmüle alınmış fiil veya muamelenin ifasını veya bundan içtinabı talep etmek salâhiyetini ihtiva eder. Komşunun, mülküne pek yakın bir mesafeye ağaç dikmek memnudur; bu memnuiyet hilâfına olarak dikilen ağaçların sökülmesini diğer komşu talep edebilir. İsnada maruz kalan şahıs bunun tamirini talep edebilir. Muhtaç ana, baba nafaka isteyebilirler. Devlet yahut nahiye vatandaştan verginin ödenmesini isteyebilir. Hukuk kaidesinin tesbit ettiği fili yahut içtinabı talep edebilecekler, bunu istemek hakkına maliktirler; ağaçların sökülüp kaldırılmasını talep etmek isnat ve iftiradan dolayı tamire, nafakaya, verginin ödenmesine hakları vardır denir, Bu takdirde hukuk kelimesi herkese tahmil edilmiş bir kaide değil bir salâhiyet, daha evvelce ilân edilmiş bu kaideye tevfikan cemiyet tarafından bir şahsa verilmiş bir imkân ve bu şahsın ister içtinap, ister fiil şeklinde olsun başkasından talep etmek imkânından elde ettiği menfaati ifade eder, Ferdî hukuk denilen şey budur. Bu veçhile her birimiz için ferdî haklar vardır. Bu ferdî haklar-

dan her birinin esası umumî surette neşir ve ilân edilmiş bir kaideye herkese hitap eden mücerret bir hukuk kaidesine yani hukuka istinat eder.

İKİNCİ BAP

Hukukun Sahası

İnsanların ef'alini idare hususunda tesis edilen kaideler yalnız hukuk kaideleri değildir. Oldukça ilerlemiş bir inkişaf derecesine vasıl olduğu andan itibaren beşerî cemiyetler için hukukî esaslarla ihtilât etmeyen başka hattı hareket kaideleri de mevcuttur. Din, ahlâk, âdetler de fertlerin faaliyet serbestîi kâmiline tahdidat teşkil eden bazı kavaide hürmet, bazı hareket tarzlarına riayet etmeyi tahmil eder. Fakat bu tahdidat hukuk şahasındaki tahdidat ile karıştırılmamalıdır, zira hukuk sahası din, ahlâk, âdat sahasından sarih bir surette ayrılmıştır. Binaenaleyh ayrı tutulmalarında bugün tevafuk hasıl olan ve biri diğerine tecavüz etmemesi icap eden bu muhtelif disiplinlerin faaliyet sahasını itina ile tahdit etmek zaruridir.

Bu hudutların tefrikine daima riayet edilmedi. Bu tefrik uzun ve faal bir tekâmülün neticesidir. Hâlâ hukuk, din, ahlâk ve âdetlerin yekdiğerlerinden tefrik ve temyiz edilmediği memleketler mevcuttur. Münhasıren din yahut ahlâkın sahasında talâkki ettiğimiz bir emir hukukun tanzim ettiği cebir altında hukuk tarafından insana tahmil edilmiştir ve ediliyor. Hukuk, din, ahlâk ve âdetlerin mütekabil sahalarının iyi bir surette ayrılması medeniyetin bir tarakkisi, zaferlerinden biri gibi talâkki olunabilen bir tefriktir.

Din insanlara bazen hattı hareket kaideleri, tahmil eder, insanlar bu kaidelerin allahtan sadır olduğunu ve bu kaidelere riayet olunmamasının Allah tarafından emir edilmiş cezaları mucip olacağını kabul ederler. Her şeyden evvel Allah ile insan arasındaki, münasebetlere taallûk eden bu kaideler bu münasebetleri teferruatına kadar tanzim ve tesbit eder, Bu hususta din kaideleri hukuk kaidelerinden esaslı bir surette temayüz eder. Çünkü hukuk kaideleri münhasıran insanların kendi aralarındaki münasebetlere taallûk eder. Fakat din kaidesi itikat ve haricî tatbikatın vazih surette tahdit edilmiş sahasından taşar. Umumiyet itibarile dinin hayatın bütün tezahürlerini ihata etmek isteyen bir temayülü vardır. Ahlâk sahasına dahil olan her şeyi içine alması bundan dolayıdır. Kezalik öldürmek, çalmak, hemcinsine haksızlık etmek

150

gibi aynı zamanda ahlâk kaidesinin menettiği ef'ali nehyeder. Ne kadar az inkişaf etmiş olursa olsun her din filhakika ahlâkîlik gayeleri istihdaf eder. Din tekmil gayesile insanı daha iyi yapmağa çalışır, Aynı suretle bazen dinî kaideler âdetin sahasına dahil bulunan ef'ale taallûk eder. Hafta istirahatine yahut mukaddes bayramlar istirahatine riayet bu kabildendir. Görülüyor ki 'din kaidesi münhasıran Allah ile insan arasındaki münasebetlere taallûk etmiyor, hemcinslerile olan münasebetlerinde de ekseriya bu kaide insana hitap ediyor. Ve bu takdirdedir ki: Dinî kaidenin hukukî kaide ile bir olduğunu mülâhazaya temayül edilebilir. Fakat burada bile bunlar arasında şu esaslı fark mevcuttur. Hukukî kaide sadece insanı insana daha kabili tahammül bir hale getirmeği istihdaf eder, halbuki dinî kaide nihaî gaye olarak insanı Allaha yaklaştırmağa, insanı daha iyi, daha temiz, daha aziz yapmağa çalışır.

İnsana kezalik ahlâk tarafından tahmil edilmiş hattı hareket kaideleri vardır; bu kaideler de hukuk tarafından vazedilmiş kaidelerle karıştırılmamalıdır. Ahlâk kaideleri bir çok noktai nazardan hukuk kaidelerinden farklıdır.

Evvelâ işaret edelim ki: Ahlâkî vazifeler denilen ve ahlâk tarafından vazedilmiş olan kaideler, insanın bizzat kendisine karşı vazifelerini, başkasına karşı vazifelerini, ve, dinden ayrı olarak dinî bir ahlâkın mevcudiyeti kabul edilirse, Allaha karşı vazifelerini aynı zamanda ihtiva eder. Halbuki: Hukuk insanın bizzat kendisine karşı olan vazifelerile meşgul olmaz, zira hukukun vazifesi insanların yekdiğerlerine karşı olan münasebetlerini tanzim etmektir. Hukuk kezalik insanla Allah arasındaki münasebetlerle meşgul olmak mecburiyetinde değildir. Bu ferdî vicdan yahut dinî kaidenin işidir. Geriye insanın insanla münasebetleri kalır. Bu hususta hukuk kaidelerinin ahlâk kaidelerile karıştığı görülür. Filhakika inkişaf etmiş medeniyet devirlerinin ahlâkî insana yalnız başkasının şahsiyetinin inkişafını menetmemeyi, bizzat kendisine yapılmasını istemediği şeyi başkasına yapmamağı değil, bu içtinap vazifesinin yanında, ahlâk, insana faaliyetini başkasının hizmetine amade bulundurmağı, hemcinslerine yardım etmeği, onların vaziyetini ıslah etmeği de emreder, yani müsbet faaliyet vazifeleri tevhideder. Mes'ele bu içtinap ve faaliyet vazifelerini hukukun tamamen kendi kaideleri meyanına kabul etmesi lâzım olup olmadığı, tamamen ahlâk ile teşriki mesaî edip etmemesi ve netice itibarile elinde bulunan icbar vasıtalarını ahlâkın hizmetine verip vermemesi noktasındadır.

Burada tecrübe ve amelî hissi selim bir tefrik yapılmasını âmirdir. Hukuk, faaliyet vazifelerile meşgul olmak, insana hayat mücadelesinde hemcinsine yardım etmeyi müşterek, faaliyeti, sadakati, merhameti emretmek mecburiyetinde değildir. Lâkin başkasının hayatına, emvaline, şerefine hürmet etmeğe taallûk eden ahlâkî vazifede vaziyet başkadır.

Burada hukuk ahlâk ile tev'emdir: Şahsiyeti insaniyeye vaki olacak her tecavüz ahlâk tarafından menedildiği kadar hukuk tarafından da menedilmiştir. Binaenaleyh hukukun tamamen ahlâkı ihtiva etmediğini, fakat kendi sahasında vazettiği kaidelerin ahlâkî kaidelerin mütemmim kısmını teşkil ettiklerini söyleyerek meseleyi halledebiliriz.

Hukuk kaidelerile ahlâk kaideleri arasinda ikinci bir fark tebarüz ettirilmek icap eder. Hukuk kaideleri hemen daima kendilerini bilmek ve tatbik etmeğe müsait sabit bir şekilde ifade edilmiştir. Ahlâk kaideleri bilâkis müphem bir şekilde müşterek vicdanda mevcuttur. Ve her fertte bu kaideler şahsî vicdanın derunî bir hissi ile tezahür eder. O halde şüphesizdir ki: Herkesin kendi kendine edindiği bu derunî kaide müşterek ahlâk kaidesinin sadık bir kopyası olabildiği gibi bu kaide ile mütenakıs bir halde de bulunabilir. Bu son halde gurubun ahlâkile ferdî ahlâk arasında yükselecek ihtilâfı kim halledecek? Şüphesiz hiç kimse böyle bir münakaşa için kimseye hâkimlik salâhiyeti verilmemiştir. Kimsenin bu iki ahlâk kaidesinden hangisinin racih olması lâzım geldiğini söylemeğe hakkı yoktur. Hukuk kaidesi için vaziyet tamamen başkadır.

Eğer, filhakika bir kimse diğer bir şahsa karşı hukukî kaideye riayet etmezse ferdî hakkı ihlâl edilen bu şahıs hâkime müracaat edebilecektir. Bilâhare görüleceği veçhile hâkimin vazifesi hukuk kaidesinin mevcudiyetini aramağa taalluk eder. Bu kaidenin tesbiti nisbeten kolay olur, zira bu kaide ahlâk kaidesinden daha kat'î ve daha az mütemevviç bir şekildedir.

Nihayet hukuk kaidelerile ahlâk kaideleri arasında işaret edilmesi icap eden üçüncü bir fark vardır, ve bu fark o kadar ehemmiyetlidir ki bir çok müellifler bunu en sağlam ve en karakteristik kıstası temyiz gibi talâkki ederler. Müeyyide mevzuu bahistir. Ahlâk kaidesine riayetsizliğin müeyyidesi ancak ferdî vicdanın derunî müeyyidesi yahut efkârı umumiyenin haricî müeyyidesidir.

O halde, ferdin kendi hattı hareketine dair verdiği derunî hüküm zarurî olarak tarafgiranedir. Kendi hâkimi olmak, istihkak kesbettiği takdirde bizzat kendini mahkûm etmek ve kendini zarurî olan tamire mecbur etmek için büyük bir ahlâkî kuvvet lâzımdır. Efkârı umumiyenin müeyyidesine gelince, bu müeyyide şüphesiz tesirden halî olmamakla beraber ahlâka mugayir hareket hakkında efkârı umumiyenin verdiği hüküm daima bitaraf değildir. Bu, mikyası tecavüz edebilir. Ahlâkî kaideyi ihlâl eden müdafaasını dinletemez, her maznunun mücrim de olsa, talep edebileceği himaye edici teminata malik değildir. [1] Hukuk

---

Mütercimin haşiyesi:

[1] Vasfi Raşit Beyefendinin ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun maznuna bahşeylediği teminat eserine müracaat. Adliye Ceridesi No: 96 İlh.

152

müeyyidesi için vaziyet bam başkadır. Bir az sonra bu meseleye avdet edeceğiz. Şimdilik hattı hareketini hukuk kaidesine tevfik etmeyen kimsenin bu kaideye hürmet etmeye cebir olunabileceğini kaydetmek kâfidir. Ferdî hukukun ihlâlinden mutazarrır olan şahıs, filhakika, hukuk kaidesine itaat etmeyen kimseye karşı himaye olunmak için cemiyetten müdahale etmesini ve içtimaî kuvveti emrine âmade bulundurmasını istemeğe salâhiyettardır. Hülâsa, denebilir ki ahlâk kaidesi müeyyideden mahrum değilse de bu müeyyide tanzim edilmemiş ve tatbikatta müessir değildir. Hukukî kaidede hal başkadır.

Adabı muaşeret kaideleri de insanların her günkü münasebetlerinden riayet ettikleri hattı hareket esaslarıdır. Burada mevzuu bahis olan muayyen hususat için toplanıldığı zaman alınması icap eden bazı tavurlar, yapılması lâzım olan bazı hareketler, mükâleme tarzları gibi bazı merasim şekilleridir.

Hukuk kaidesinin bu kaideyi menfaatcu ihtilâfların ve münakaşaların fevkinde tutan sabitlik seciyesi bu adabı muaşeret kaidelerinde mevcut olmadıktan başka bunların ihlâli de aynı ehemmiyeti haiz ve aynı cinsten, aynı ciddiyette müeyyideleri müstelzim değildir. Filhakika itiyadın yahut sadece geçici modaların mahsulü olan merasim ve adabı muaşerete riayeti temin için içtimaî kuvvetin müdahale ettirilmesi mevzuu bahis olamaz. Maamafih adabı muaşeret kaidelerine muhalefet eden kimse bir orijinal yahut bir münakkit talâkki edilir, ve böylece kendisini ammenin ademi tasvibine maruz kılar. Binaenaleyh adiyen riayet edilen kaidelerden fertlerin kurtulmak temayülüne karşı efkârı umumiye korkusu yegâne mümkün olan inzibat vasıtasıdır; başka bir müeyyide için yer yoktur, ve, bu hususta adabı muaşeret kaidesi ahlâk kaidelerine yaklaşır ve hukuk kaidelerinden bariz bir surette ayrılır.

Bununla beraber adabı muaşeret kaideleri kendilerine riayet edildiği takdirde, her dakika, insanlar arasında zuhur edebilen ihtilâfları ortadan kaldırmağı istihdaf etmek itibarile hukuk kaidelerine benzerler. Adabı muaşeret kaidelerinin de hukuk kaideleri gibi içtimaî bir gayesi vardır.

Adabı muaşeret kaidelerinin misali olmak üzere hükümdarın yahut memurlarının ecnebi memleketlerin hükümdarları yahut memurları ile temasları için her memlekette kullanılan diplomasi merasimi zikrolunabilir. Bir sefiri bir hükûmet reisi nezdine memur eden itimatnamelerin takdimi için kabul edilen merasim, bir konferansa yahut bir muahede imzasına iştirak ettikleri vakit devletler mümessillerinin takaddüm sırası, yahut ecnebi bir devletin top menzili mıntakasında seyrettikleri, bu devletin limanlarından birine girmek istedikleri, bu devletin gemilerine açık denizde yahut bir ecnebî limanında rast geldikleri zaman gemiler tarafından riayet edilmesi icap eden bahrî merasim bu kabildendir.

153

Görüldüğü veçhile burada mevzuu bahis olan devletler arasında beynelmilel adabı muaşeret ve cemilekârîdir. Kabul edilen kaidelere memurları riayet etmiyen devlete karşı maddî bir cebir icrası mevzuu bahis olamaz. Bu adabı muaşeret kaidelerinin nazarı itibara alınması lüzumunu ve devletler arasında dostluk münasebetlerini idame etmek yahut hiç olmazsa bunların müşterek hayatını teshil etmek, milletler cemiyetinin uzuvları arasında sulhun bozulmasını bertaraf etmek zaruretinin bu kaidelere riayeti amir bulunmasını menetmez.

Hukuk kaideleri ile karıştırılmamaları icap ettiğini yukarıda gösterdiğimiz bu muhtelif kaideler hakkında nazarı dikkati celbetmek icap eder.

Bunların faaliyetlerinin cereyan ettiği sahalar gayri kabili mürur manialarla yekdiğerinden zarurî surette ayrılmış değildir. Her hangi bir zamanda dinî, ahlâkî yahut adabı muaşeret icabından madut olan bir kaidenin hukuk kaidesi şekline kalp edilmesine hukukan mecburiyürriaye olmasına ve binnetice hukukun tesis ettiği hakikî müeyyidelerle mücehhez bulunmasına mani bir şey yoktur. Muhalefet edenlere karşı ceza tehdidi ile hafta tatili kaidesine riayet edilmesi lûzumuna karar verilebileceği gibi hastalara, malûllere, ihtiyarlara muavenet kaidei ahlâkiyesi bütün vatandaşlara yahut hastalığa, malûliyete duçar olmuş veya yaşının büyüklüğü dolayısile zayıflamış şahısları hizmetlerinde kullanan kimselere tahmil edilmiş bir mecburiyet, bir borç olabilecektir. Aynı veçhile vesaiti nakliye sürücülerinin umumî yollarda sağdan gitmesini isteyen âdet, kazaları menetmek için hukukî bir mecburiyet gibi talâkki ve muhalefet takdirinde cezalarla teyit edilebilir.

ÜÇÜNCÜ BAP

Hukuk kaideleri fikri insana nereden geldi?

Yaptığımız gibi hukuk kaidelerinin tatbik sahasını tahdit ederek ve bu kaidelerin bizzat mütalâasına avdet ile bunları insanın hangi sebeplere binaen vücude getirdiğini, hangi sebeplerin insana kendi hürri yetini tahdit ve kendi ef'alinin muhtariyetine manialar ihdas etmek fikrini ilham ettiğini ve ilham etmekte olduğunu araştırmak mevkiindeyiz. Bu fikir insana birdenbire, bir nevi ilham ile mi yoksa yavaş yavaş düşünme neticesi ve uzun mesainin biribirini takip eden tecrübelerin mahsulü olarak mı gelmiştir? İkinci surette halletmek için meseleyi ortaya koymak kâfidir. Beşerî medeniyetlerin ilk merhalelerini tetkik

154

ve bu medeniyetleri hali hazırile mukayese edenler bilirler ki insan anî olarak hiç bir şey yapmaz, ve her hangi sahada ancak müteaddit ve mükerrer tecrübelerden sonra neticelere vasıl olur.

Burada da iş aynı tarzda cereyan etti. İnsana tahmil edilmiş bir kaide fikrinin insana iptida faide hissi tarafından telkin edilmiş olması pek muhtemeldir, Eğer fert kendi hodbinlik, tahakküm sevki tabiilerini bir nizama raptetmekle réfréver, bir kaideye uymağa razı oldu ise bu, az veya çok sür'atle menfaatının bu tarzda olduğunu, anladığı kaidenin kendi lehine tatbikını, başkalarına tahmil edilmesini talep edebileceği içindir. Lâkin sıkı bir surette faideci ve kuvvetli bir hodbinlik rengi taşıyan bu fikir hissiyatı beşeriye derecatında daha yüksek diğer birini icap ettiriyor. Bu, müsavat fikridir. İnsan filhakika kendi kendine, hürriyetimin bir kısmından razı olduğum feragata diğerlerinin de razı olması benim lehime olarak her halde tahmil etmesi tabiî, münasip ve zaruridir demiştir. Meselâ komşum arsamın hududuna pek yakın diktiğim için ağaçların kesilmesini talebedebilirse, ben de aynı şeyi kendisinden isteyebilirim. Bir kimsenin ferdî hakkı birincisine tamamen müsavi olarak diğerinin hakkı ile beraber tasavvur edilebilir. Bütün insanlar hukuk kaidesi önünde müsavidirler. Hukukun cevheri, özü bundadır, bu müsavat fikri olmaksızın hukuk olmaz. Bundan başka bu fikrin faide fikrinden daha yüksek bir mahiyette olduğunu görmek kolaydır, zira bu fikir şahsiyeti insaniyeye hürmet üzerine müessestir. İnsan yoktur ki diğer bir insandan ayrı surette fevkalbeşer muameleye müstehak olsun, diğer bir insana içtimaî noktai nazardan faik bulunsun.

Bizzat hukukun esası olan bu müsavat fikrini ifade etmek için ekseriya daha az sarih olan adalet kelimesi kullanılıyor. Meselâ eğer komşum benim kendi arsama diktiğim ağaçların kat'ını talep edebiliyorsa benim de ona aynı mecburiyeti tahmil edebilmem adalete muvafıktır, doğrudur denecektir. Hulâsa, hukuk ve adalet tabirleri yekdiğerinin aynı mefhumları ifade ediyor gibi telâkki olunuyor. Hukuk mütecerrit düstur, haddi zatında nazarı dikkate alınmış kaidedir. Adalet mevkii tatbika konmuş kaide, tahakkuk etmiş hukuktur. Hukuk fikri zarurî olarak muamelede müsavat fikrini tazammun ettiği için, ekseriya müsavat ve adalet fikirleri arasında bir teadül, tevazün, müsavat tesis ediliyor. Ve bunun içindir ki adaletin musavver temsillerinde yeni san'atkârlar ona bir elile kefeleri mütevazin bir terazi tutturuyorlar. Bununla beraber bazen adalet ve hukuk biribirinin aynı olmaktan uzak ve biri birine muarız vaziyete getiriliyor, ve bu, hukukun olması lâzım geldiği gibi olmadığı, kabul edilen mükemmeliyet fikrini tamamen tahakkuk ettiremediği vakit yapılıyor.

Burada adalet kelimesi bilâhare izah edileceği veçhile bizim ideal hukuk dediğimiz şeyin muadilidir. Aynı adalet kelimesi demek ki muh-

155

telif manalara geliyor, Bu vuzuhsuzluk şayanı esef karışıklıklara mahal verebilir: Bundan dolayı adalet kelimesini kullanmamak ve onu mümkün olduğu kadar hukuk ıstıllahları arasından çıkarmak şayanı tercihtir.

Yukarıda söylediklerimizden çıkan netice şudur ki yekdiğerile imtizaç eden ve biribirine mütekabilen mesnet olan faide ve müsavat fikirleri hukukun hikmeti vücudunu teşkil ederler. Bu fikirler sayesindedir ki taazzi etmiş beşerî cemiyetler kendilerini muhafaza etmiş, kuvvetlenmiş, inkişaf etmiştir, Bu cemiyetlerin âzası iş şirketlerine spor yahut eylence kulüplerine ihtiyarlarile girmiş fertlerin vaziyetindedirler. Şirketin, kulübün nizamnamesine riayet etmeye mecburdurlar, Ve itaatlerinin sebebi herşeyden evvel menfaatlarını bunda görmeleridir; onlar bu kaidelere riayet etmek şartile şeriklerinden aynı riayeti istemeye salâhiyettar olduklarını ve böylece cemiyetin devam edip müreffeh olacağını ve kendisinden beklenen bütün iyi neticeleri hasıl edeceğini biliyorlar, Meselâ eğer aidatlarını vermekle kendilerini mükellef talâkki ediyorlarsa bunun sebebi şudur: Bu tediye kendilerine diğer âzadan aynı tediyenin yapılmasını talep etmek salâhiyetini verir; tediye etmedikleri takdirde bu âza, aidatın tamamen ödenmesinin herkese temin ettiği menfaatlerden mahrum olacaklardır, Ve bu fayda fikri, hodbin (egoiste) menfaat görülüyor ki bütün şeriklerin müsavatile imtizaç ediyor.

Fakat siyasî cemiyetlerin ticarî, spora müteallik, san'ata dair yahut bir başka gaye takip eden cemiyetlerle mukayesesi bazı kuyudu ihtiraziye ile kabul edilmelidir. Malî, ticarî, sınaî bir şirket için bir şirket akti, bir kulüp için bir nizamname mevcut olduğu gibi, menşeinde siyasî cemiyetlerin âzasını biribirine bağlayan bir itilâf, bir mukavele olacağı ne iddia ne de isbat edilebilir. İptidaen yapılmış bir mukavele, içtimaî bir mukavele fikri, İngilterede Locke, Holanda da Grotius, Almanyada Puffendorf tarafından temsil edilen hukuku tabiiye ve beynelmilel mektebi tarafından 17 inci asırda teklif edilmiş bir faraziye (ipotez) (Hypotese) dir. Bu muharrirlere göre, insan, onların hali tabiî dedikleri vaziyette, yani istiklâli tam içinde, faaliyet hürriyeti hiç bir tazyika maruz olmayarak, hiç bir tahdit kabul etmiyerek, yaşamağa başlamıştı. Bu vaziyette insan kendisine bizzat tabiat tarafından tahmil edilmiş, daha doğrusunu söylemek icap ederse tahaffuz mecburiyetlerinin emrettiği bazı kaidelere riayet ediyordu.

Bu kaideler, bu mektep taraftarlarının tabiat hukuku, tabiî hukuk yahut tabiî kanun dedikleri şeyi teşkil ediyordu. Lâkin insan bu suretle yaşamağa devam edemezdi. Her hangi bir anda biribirlerile birleşmek ve siyasî bir birlik teşkil etmek isteyen münferit fertler arasında bir itilâf, bir mukavele yapılmıştı. Tabiî halin menfaatten ziyade mazarratı olduğunu gören, her birerlerinin karşısına hayatın çıkardığı manialar önünde ferdî mesainin kifayetsizliğini müşahede eden

156

insanlar müttefikan hali tabiiye nihayet vermişlerdi. Bu veçhile cemiyet haline gelinmiş ve cemiyetin şartı, içtimaî mukavelenin esaslı kaydı her ferdin diğer fertlerin her birinin aynı ferağati mukabilinde kendi hürriyetinin bir parçasından vazgeçmesi olmuştu, Medenî cemiyet ve hukuk rejimi böylece vücude gelmiş idi. 18 inci asırda (Rousseau) bu tezi tekrar alarak tamim etti; ekseriya zannedildiği gibi ilk müdafii olmadı; lâkin Rusonun muharrir zekâsının şöhreti bu teze daha ziyade revnak ve itibar verdi. Halihazırda bu tezi çürütmeğe ihtiyaç yok gibidir. İpoteze istinat eden bu tarzı izahı, hatırasını hiç bir millet nezdinde hiç bir an'anenin bize muhafaza etmediği bir hali tabiinin mevcudiyetini reddetmek için herkes müttefik görünüyor. Haddizatında bu mukavele fikri o zamana kadar muteber olan ve medenî cemiyetin teşekkülünü ve içtimaî bağı otorite prensipinden çıkaran sisteme karşı bir aksülâmel düşüncesinden doğmuştur. Otorite, bunu tevarüs etmiş gibi kullanan yahut iradei ilâhiyeden ahzettiklerini iddia eden bazı fertler elinde olduğundan yalnız başına fert bunun karşısında kendini bir hiç ve iktidarsız hissediyordu. Ferde şahsiyetinin zatî kıymetinin hissini iade etmek için insanın tamamen hür olduğu iptidaî bir vaziyet ve ancak aslı muhtariyetinden isteyerek kısmen feragati ile izah edilebilen içtimaî kaideye mutavaat ettiği muharrer bir vaziyet tasavvur etmek muvafıkı maslahat görünmüştu. İçtimaî mukavele tezi taraftarlarından bir çoğunun zaif olduğunu itiraf ettikleri böyle bir izah, hali hazırda doğru olmadığı aşikâr olarak tezahür eden bir görüşten başka bir şey değildir; zira bu tez, menşeinde insanların tecrübe ile bir defa sulh hayatının menfaatlarını izhar ettikten sonra, insanlar cedleri tarafından tesis olunmuş kaidelere, zarurî gördükleri takdirde bunları tadil etmekle beraber, riayetle yaşamağa devam ettiler. Denebilir ki insanlar tıbkı resmî bir itilâfa razı olmuşlar gibi yaşadılar, ve mütemadî tatbikatı kendilerine gittikçe daha vazih bir surette iyiliklerini izhar eden müşterek kaideye hepsini muti kılan zımnî bir mukavele ile iştirak etmiş gibi yaşamağa devam ediyorlar. İşte içtimaî mukavele nazariyesinde mevcut hakikat bundan ibarettir.

Binaenaleyh, ferdî hürriyetle hukuk denen cemiyetin ihtiyaçları arasındaki daimî itilâfın, sulhun menşeini mutasavver bir mukavelede değil, aklı beşerin durmak bilmeyen mesaisinde aramak icabeder. İnsanlar ne kadar fazla makul oldular ve oluyorlarsa o kadar fazla vuzuh ile hukukun ne olduğunu ve ammenin iyiliği için cemiyete ve hususî olarak fertlerin her birine ifayı hizmet edebileceğini tasavvur ettiler ve ediyorlar. Montesquieu'nün şu tarifinde derin bir manayı hakikat vardır; «hukuk, arzın bütün milletlerini idare etmek itibarile aklı beşerdir.»

O halde hukuk, aklın bir icadı, bir kazancıdır. Fakat aklı beşer daima bu gün olduğu gibi değildi. Akıl da insanın bir kazancı, uzun bir tecrübe ve mesaî silsilesinin neticesidir. Akıl da yavaş yavaş tekâmül

157

etti, âciz, mütehavvil, bizzat kendisinden ve icadatından az emin olduğu daha engin bir sıra merhaleden geçti. Ve bundan çıkan netice şudur ki, hukuk fikri daima aynı, hukukun temeli aynı ise de mevkii tatbika vaz'ı hukukun ne olduğu ve ne olması lâzım geldiği mefhumu insanların fikrinde sabit bir hal alıncaya kadar, muhtelif şekiller aldı, anî inhisaflara maruz kaldı, gürültülü muvaffakiyetsizliklere duçar oldu. Hukuk yavaş yavaş diğer hattı hareket kaidelerinden - bu kaidelerle karışmış bir halde idi - ayrıldıktan sonra sahasının kat'ileştiğini, nüfuzunun arttığını gördü. Beşerî cemiyetlerin âzaları arasında sulhü muhafaza etmek için menfaat ihtilâflarına nihayet vermek hususunda hukukun ileri sürülmesi ve tatbiki gittikçe mütezayit bir surette itiyat edildi. Yavaş yavaş medenî insan daha münevver dinî bir akideye, daha yüksek ahlâkî bir vicdana malik olduğu gibi, gittikçe incelen hukukî bir vicdana sahip oldu.

Verilen şu izahattan anlaşıldığı veçhile hukukun menşei ve hukuk fikrinin temeli meselesinin halli mutlak yakin seciyesini haiz değildir. Bu sureti hal farazî mütalâalar üzerine istinat ediyor. Mesele filesofları sosyoloğları ve hukukşinaslardan bununla uğraşmağa razı olanları ihtilâfa düşürmüş ve düşürmeğe devam eden meselelerden biridir. Bu hususta teklif edilen bütün sistemler zarurî olarak ipotezler üzerine kurulmuştur. Bu, medeniyetin menşelerini mevzu bahseden bütün meseleler için olduğu gibi ilk içtimaî toplulukların şekilleri ve iptidai insanların zihniyeti hakkında kat'î malûmattan mahrum olmaktan ileri geliyor. Binaenaleyh bu muhtelefünfih mesele için ortaya konulan muhtelif sureti halleri zikretmek sadet harici değildir. Bu veçhile bunları bizim fikirlerimizle karşılaştırarak diğerleri arasında buna verilmesi lâzım gelen mevki, hakikate yakınlığı derecesi ve kendisine verilmesi münasip olan ehemmiyet hakkında doğru bir fikir edinilebilir. Bu sureti haller başlıca üç guruba tasnif olunabilir: Birinci gurup hukuku şuurlu bir iradenin eseri gibi telâkki, ikinci gurup hukuku tabiatı eşyadan zarurî olarak tevellüt eden bir mahsul telâkki ederler. Üçüncü gurup ise her iki noktai nazarı mezç ve telfik eder.

Birinci guruba dahil bütün sistemler, hukukun ancak fertlerin iradelerine faik bir kudretin iradesi ile kaim ve ferdî iradelere hâkim olduğunu beyan ediyorlar. Bazılarına göre, hukuku yaratan, bazı müntehap kimseler vasıtasile hukuku insanlara izhar, insanlar arasında muhafaza ve emirlerine isyan edenlere karşı hukuku himaye eden bu kudret bizzat kudreti ilâhiyedir. Bu dinî, şüphesiz basit fakat inananlar için doğru bir izahtır. Bu izah derin dindarlık asırlarında kâfi geldi; dine temas eden nasları, ilmî surette tesis elunmuş hakikatler kıymetinde telâkki edenleri halen de memnun edebilir. Diğer bazılarına göre hukuku icat ve tahmil eden kudret, beşerî bir kudrettir. Bu, bir reisin yahut faik şefler sınıfını teşkil eden bir çok fertlerin kuvvetidir. Maddî

158

Bu gibi akitlere iki taraftan birinin mütemerrit addolunabilmesi için diğer tarafın:

A) Ya kendi borcunu ödemiş,

B) Veya ödemek hususunda bir ecile malik bulunmuş,

C) Yahut ödemeğe hazır olduğunu bildirmiş olmak lâzımdır.

Buna göre, teehhür halinde bulunan taraf borçlu mevkiinde, diğer taraf ise alacaklı makamında bulunmaktadır. Alacaklı olan kişi hakkına destires olmak için neyolda hareket etmelidir?

Evvel emirde onun karşı tarafa borcunu ifa için münasip mehil tayin etmesi yahut mahkemece tayin ettirmesi lâzımdır. «107 (T. B. K. 106) inci maddenin birinci fıkrası» Bu ihtarı her hangi şekil ve surette yapmak caizdir. [1] Ancak burada nazarı dikkate alınması lâzım gelen bir incelik vardır. Bahsettiğimiz ihtarın yapılabilmesi için borçlunun temerrüt haline gelmiş olması şarttır. Ondan evvel onu yapmağa bittabi ne mahal ne de imkân vardır. İmdi yukarıda 102 inci maddeden bahsederken borçlunun ne zaman mütemerrit vaziyette bulunacağını gördük.

Gördük ki bir borcun ifası günü taraflarca müttefikan tayin edilmiş veya kendisine bahş ve izafe olunan bir hakka müsteniden iki taraftan biri canibinden ihbarda bulunmak suretile tesbit edilmiş olabilir. Eğer böyle gerek birinci gerek ikinci suretlerden biri ile tarihi eda atiye talik edilmiş bulunuyorsa alacaklı olan şahsın bir kere bu tarihin geçmesini beklemesi ve - borçlu ancak o zaman mütemerrit vaziyette kalacağı için - onu müteakip mukabil tarafı müddet tayini ile borcunu edaya davet eylemesi icabeder.

Fakat diğer taraftan gördük ki böyle ecille meşrut olmıyan yani muaccel mahiyette bulunan borçların hemen ifasını talebetmek alacaklının cümlei hukukundandır ve o bu neticeyi istihsal için karşı tarafa ihtarda bulunmak mecburiyetindedir. Ancak böyle bir ihtarın vukuundan sonradır ki borçlu olan kimse mütemerrit vaziyetine düşer. Şimdi burada bir sual varit oluyor: Muaccel ve iki taraflı borçlarda alacaklının bir kere boçluyu mütemerrit kılmak üzere onu borcunu edaya davet etmiş ve bunu müteakip borcunu ödemek için ona ikinci bir mehil tayin eylemiş olması mı muktezidir?

[1] Federal mahkemesi mukarrerat mecmuası cilt 26, kısım 2, numara 16.

129

İsviçre federal mahkemesinin kanaatince bu iki katlı neticenin istihsali için bir kere ihtarda bulunmak kâfidir. [1]

Mehil alacaklı tarafından tayin edilebileceği gibi onun talebine binaen mahkemece de tesbit olunabilir ve bu şekil daha salimdir.

Mehilin münasip yani ne çok uzun ne de çok kısa olması borçlunun borcunu ödemesine kifayet edecek mertebede bulunması lâzımdır. Maahaza alacaklının menfaatini de burada nazarı dikkatten uzak bulundurmamalıdır. Borcun edası zımnında tesbit edilecek mehlin alacaklının hukukuna mugayir düşmesi ihtimali vardır. Bu gibi hallerde mahkemeye mukaveleyi fesihten başka yapacak bir şey kalmaz. [2]

Mehil tayini zımnında bizzat alacaklıya bahşolunan bu hak oldukça münakaşayı caliptir. Borçlu bu müddetin kısalığını dermeyandan halî kalmayacağı gibi mehil mahkemece tesbit edilmiş olsa bile - bu baptaki karar borçlu istima edilmeksizin verilmiş olacağı cihetle - onun itirazlarına hedef olacaktır.

Alacaklı tarafından verilip mahkemece gayri kâfi addolunan müddet temdit olunur. Fakat bunu yaparken o zamana kadar güzeran olan zamanı hesaba koymak lâzımdır.

Müddet tayininin hükmü nedir.

Bu suretle borçlu, müddetin hitamına kadar borcunu ödeyebilmek salâhiyetini istihsal etmiş olur. Borç bu müddetin inkızasından evvel ödendiği takdirde diğer taraf yani alacaklı da kendi uhtesindeki borcu eda ile mükelleftir; bunu yapmamazlık edemez. Fakat bilâkis müddetin hitamına rağmen borçlu henüz borcunu ifa etmemiş bulunuyorsa bu takdirde alacaklının haklarının sıyaneti için şu üç hareket tarzından birini ihtiyara salâhiyeti olur.

A) Borcun, her ne olursa olsun edasını talep ve teehhür sebebi ile karşı taraf aleyhine zararü ziyan davası ikame eylemek. Alacaklı borcun ödenmesine borçluyu mecbur kılmak için hukuk usulü muhâkemelerinin kaide ve şartlarına riayetle hareket etmek lâzımdır. Fakat ekseri hallerde bu veçhile icra olunan tazyikten bir netice istihsal edilemez. Zira tazyiki doğrudan doğruya borçlunun şahsına yapmağa imkân yoktur.

Tazyik neticesi olarak borçlu borcunu ödemiş olsa dahi bu

[1] Mehakim kararları mecmuası cilt 15, numara 119.

[2] Federal mahkemesi kararları cilt 19 numara 141.

160

onu zararü ziyan tediyesinden vareste kılamaz. Şu şartla ki alacaklı teehhür yüzünden zarara girmiş olsun (Madde, 103)

Teehhürle ifa halinde alacaklının tazminat istemesi zaten yukarıda gördüğümüz 103 (T.B.K. 102) üncü madde muktezasından idi.

B) Akit mevzuunun icrasını talepten feragat ile ademi ifadan dolayı zararü ziyan istemek. Burada alacaklı akitten rücu etmek istiyor değil, belki diğer tarafın kendisine borçlu olduğu şeyi veya işi tazminata kalbetmek arzu ediyordur. Yani mukavele icra edilmiş olduğu takdirde ondan ne menfaat istihsal edecek idi ise bunu paraya tahvil etmiş demektir. buna ta'viz tazminatı *(Dominages - intérêts Compensatoires ou positifs)* denilir.

İzah ettiğimiz veçhile burada mukaveleden rücu edilmiş değildir. Bu sebeple alacaklı da kendi uhtesine terettüp eden şeyi yapmakla mükelleftir ve bu yapacağı şey, tutarı miktarınca, borçlunun kendisine vereceği tazminat ile takas ve mahsup edilir. Misal: Ahmet 200 lira bedel ile Mehmede bir mal satmış, fakat bu malı teslim etmemiştir. Mehmet bu mala vakit ve zamanında vaz'ıyet edebilmiş olsa onu 250 liraya bir başkasına satabilecek idi. Buna nazaran o Ahmetten 250 lira dava edecek, malın bedeli olan 200 lira bu miktardan tenzil olunarak kendisine elli lira verilecektir.

C) Akitten rücu etmek. Bu takdirde mahkemenin müdahalesine lüzum yoktur. Eğer borçlu tarafından itiraz vaki olmaz ise alacaklının bu bapta izhar edeceği niyet mukaveleyi feshe kâfidir. Feshin neticesi işbu akitten doğan borçların zevalidir. Eğer taraflardan hiç biri henüz uhtesindeki borcu edaya teşebbüs etmemiş ise vaziyet olduğu gibi kalır. Yok eğer alacaklı kendi zimmetini ibra eylemiş idi ise verdiğini geri almak için borçluya karşı şahsî bir takip hakkı vardır. Aktin mevzuu mal olup ta elân mevcut bulunuyorsa olduğu gibi, aksi halde, nakten istirdat olunur. Alacaklının uhtesine düşen şey ne bir cismin teslimi ne de naktî bir borç olmayıp ta bir amelden ibaret bulunuyorsa yani o borçlunun menfaatine bir iş yapmış idi ise bu takdirde haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar hakkındaki hükümler tatbik olunur. «109 (T. B. K. 108) inci maddenin birinci fıkrası»

Bundan maada alacaklı aktin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini de isteyebilir. Yani hukukçuların menfi zararü ziyan *(Dommages - intérêts negatifs)* dedikleri şeyi de istemek hakkına maliktir.

Alacaklı, mukaveleden rücu ettiğine nazaran bu mukavelenin kendisine temin eyleyecek olduğu menfaatları dermeyan salâhiyetinden mahrumdur. Buna mukabil onun evvelce vücudüne bihakkın inanmış ve itimat etmiş olduğu bir mukavelenin - mahza öteki tarafça icra edilmemiş olmaktan naşi - feshi neticesinde uğradığı zararı istemesi de muhakkaktır. Bu zarar mukavelenin vücudüne itimaden alacaklının yapmış olduğu masariften ve ihzarattan veya mukavelenin mevcudiyeti düşüncesile kaçırdığı fırsatlardan ibarettir. Meselâ alacaklı kendisine teslim olunacak emtiayı koymak üzere bir depo kiralamış olabilir; yahut birisile faideli bir iş görmesi ihtimali hasıl olmuştur da kendisini diğer tarafa karşı bağlı addeylediği için bu işi reddetmiştir.

Borçlu, kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini isbat edersе menfi zararü ziyan tesviyesinden muaf kalır. Maamafih bu hususun isbatı aktin hükümsüz ilân edilmesine mani olamaz.

Hulâsa: Alacaklı ya aktin icra ve ifasını iltizam eder, yahut ademi ifa dolayısile müsbet veya taviz zararü ziyanı *(Dommages intérêts ou compensatoires)* denilen tazminatı talep eder yahut mukaveleden rücu ile menfi zararü ziyan itasını ister. Eğer borcun behemehal edasını iltizan ediyor ve bunun yerine tazminat ikamesini kabul etmek istemiyorsa birinci hal tarzını, yok eğer borcun edasında bir menfaati kalmamış borcunu edaya kadir bir vaziyette bulunmuş ise ikinci şekli tercih eder ve şayet borçlunun borcunu edaya kudreti meşkûk bulunuyor da alacaklı artık onunla münasebettar kalmağı arzu etmiyorsa ve bilhassa binnefis kendisi, kendi borcunu henüz ödememiş ise bittabi üçüncü şıkkı ihtiyar eder.

Maamafih alacaklının bu vaziyet ve salâhiyetten bilistifade borçlu zararına olarak spekülasyon yapmasına mani olmak icabeder; onun azamî istifade temini için kendisine en münasip düşecek zamanı intihap ve haklarını o zaman kullanmasına mahal bırakmamalıdır. Zira muhtemeldir ki alacaklı kendisine tevdii şart kılınan eşyanın fiatı piyasada tenezzül edince mukaveleden rücuu, bilâkiş tereffü eyleyince mukavelenin icrasını teminde ısrarı iltizam edecektir.

Bu yolda hareketin önüne geçmek için, kanun, alacaklının mukaveleyi icra ettirmekten feragati ve ikinci yahut üçüncü hal tarzını kabul eylemesi takdirinde bu kararını borçluya hemen - yani taahhüdünü ifa için kendisine tayin olunan mehilin hitamı akabinde - bildirmesini şart kılmıştır. Böyle yapmadığı takdirde alacaklının yalnız mukaveleyi cebren icra ettirmeğe ve geçmiş

günler için tazminat istemeğe hakkı olur. «107 (T. B. K. 106) inci maddenin ikinci fıkrası»

Bu hal şekli pek te doğru değildir. Vazıı kanun burada alacaklıyı, mukavelenin icrasını temin şıkkını iltizam eyliyormuş addediyor. Böyle bir faraziye sağlam bir esasa müpteni bulunmamaktadır. Zira alacaklının mukaveleyi icra ettirmek için bir mehil tayin etmesine hiç te lüzum yoktur. Binaenaleyh, o eğer böyle bir mehil tayin etti ise bunu, ademi ifa halinde, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında münderiç hükümlerden istifade edebilmek için yapmıştır.

Kanun, borcun kısmen ödenip kısmen ödenmemesi halinde hüküm ne olacağını derpiş etmiş değildir. Fakat böyle bir vaziyette de yukarıda tadat ettiğimiz kaideleri tatbik etmek kabildir. Çünkü 69 uncu [1] madde muktezasınca, aksi meşrut bulunmadıkça alacaklı kısmen vuku bulan tediyeyi kabulden imtinaa salâhiyettardır. Bu takdirde borçlu borcunu asla ödememiş olduğu zaman bulunacağı vaziyete düşmüş olur.

Eğer alacaklı kısmen tediyeyi kabule muvafakat etmiş ise, mütebakisi için 107 ve 109 (T. B. K. 106 ve 108) inci maddelerde muharrer hukuk ve salâhiyeti kullanır. Eğer borçlunun kısmen ve mütevali bir surette borcunu ödemesi mukavele muktezasından idi ise hüküm gene böyledir; yani borçlu borcun bir kısmını eda eylemiş olduğu halde mütebakisi için teehhür halinde bulunuyorsa alacaklı kendisine karşı bir az evvel zikrettiğimiz iki maddedeki hakları kullanır. Burada bir sual varit oluyor: Borçlu borcunu kısmen ifa ettiği ve mütebakisi için temerrüt eylediği takdirde alacaklının mukaveleyi tamamen feshe hakkı var mıdır?

Tatbikatta ancak, kısmen tediyenin alacaklı için hiç bir faideyi tazammun eylememesi halinde yapılmaktadır. Kanunen alacaklının mukaveleyi baştan aşağı feshetmeğe hakkı olmak icap eder. Fakat böyle olunca kendisi kısmen vaki tediyeyi borçluya iade mecburiyetinde kalacağından onun bu usulü tercihi, başka suretle harekete imkân kalmadığı takdirde vakidir.

Şu uzun izahatı bir cümle ile hulâsa edelim:

Karşılıklı taahhütleri mutazammın olan akitlerde mütemerrit olan tarafa, alacaklının haklarını kullanmağa başlamasından evvel, son bir mühlet vermek lâzımdır.

---

[1] T. B. K. 68 inci madde; «Borcun miktarı muayyen ve tamamı muaccel olduğu takdirde alacaklı kısmen tediyeyi reddedebilir.»

163

Lâkin 108 (T. B. K. 107) inci maddede musarrah hallerde bu kaideyi tatbika lüzum yoktur.

A) Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa. Hal ve vaziyet tabiri kanunun Almanca metnindeki *(Verhalten)* kelimesini pek iyi ifade edemiyor. Burada maksut olan şey, borçlunun hareket tarzı, ve alacaklıya karşı takındığı tavurdur. Borçlu borcunu ödemiyeceğini açıktan açığa ifade eyleyince kendisine taahhüdünü eda için yeni bir mühlet vermeğe bittabi mahal yoktur. Keza borçlu bir malın teslimini taahhüt etmiş olup ta onu kaybettiğini söylüyorsa müddet tayini abes olur.

B) Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faidesiz kalmışsa.

C) Aktin hükümlerine göre borç, tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lâzım geliyorsa.

Almanların *(Fixgeschäfl)* itlak ettikleri bazı işler vardır ki bunlar da edanın vukuu zamanı ve hatta vukuu günü esaslı bir unsur teşkil eder. Burada mevzu bahs olan işte bu nevi işlerdir. Ecille meşrut akitlerin *(Obligation a térme)* cümlesinde hal böyle değildir. Ecilin şüphesiz bir ehemmiyeti vardır. Fakat bu ekseriya ikinci derecede bir unsurdan ibaret kalır. 1 Şubatta edası meşrut bir borç 5 şubatta ifa edilirse bundan alacaklı büyük bir şey kaybetmiş olmaz. Yeter ki borç mukaveleye muvafık bir surette ifa edilmiş olsun. Halbuki *(Fixgeschäfl)* denilen muamelelerde vaziyet büsbütün başkadır. Bir günlük bir tehir bu gibi mukavelelerde ademi ifa mahiyetindedir. Meselâ: Filân gün vuku bulacak bir ziyafette veya resmi kabulde giyilmek üzere bir esvap ısmarlanmış olması bu kabildendir.

Bu ihtimal, 108 inci maddenin ikinci fıkrasında mevcut hüküm ile karıştırılmamalı *(Fixgeschäfl)* in hassai farikası şudur ki burada borçluyu, bilâ tehir, muayyen ve mukarrer olan günde taahhüdünü edaya mecbur kılan şey bizzat mukavelenamedir. Halbuki tediyenin teehhürle vukuu alacaklı için faydasız olması keyfiyeti doğrudan doğruya mukavele ile alâkadar, mukaveleye bağlı bir keyfiyet değildir.

Fakat filiyatta alacaklının bu iki vasıtadan her ikisini de aynı zamanda kullandığı vakidir. Tirene yetişmek için araba ısmarlamış olan adam arabacı ile bir *(Fixgeschäfl)* aktetmiş demektir; ve eğer arabacı vaktinden sonra vasıl olursa taahhüdün icrası tirene yetişe

1 64

cek kimse için artık hiç bir fayda ifade etmez. Mehil tayinine lüzum olmıyan hallere ilâve edilmesi icap eden bir dördüncü hal daha vardır ki o da borçlunun borcunu ifa etmemiş yani mukaveleye muhalif hareket eylemiş olduğunun müşahede edilmesi halidir. Bu takdirde borçlu mütemerrit vaziyetinde değildir. Kendisine isnat olunan şey teehhür halinde bulunması olmayıp yapması icap eden şeyi yapmaması veya fena bir surette yapmış olmasıdır.»

Böyle bir vaziyet karşısında mehil tayininden muaf olan alacaklının hakları nelerdir? Burada alacaklı, tıpkı, borcun ifası zımnında bizzat mühlet tayin etmiş veya ettirmiş olan alacaklının 107 inci madde muktezasınca haiz olduğu salâhiyetlere maliktir. Binaenaleyh yukarıda işaret eylediğimiz yollardan birini ihtiyar edebilir: Borcu cebren ifa ettirmek, ifa edilmemesinden dolayı taviz tazminatı talep eylemek veya mukaveleden rücu etmek.

Bu çarelerden birincisi hemen ekseriya bir faidei ameliyeden mahrumdur. Zira aktin ifası gayri mümkün veya alacaklı için artık faydasız bir hale gelmiş olabilir. O halde ifayı talepte ısrarın manası yoktur. Bununla beraber, şayanı hayrettir ki, alacaklıya - şayet diğer iki tarikten birini tercih edeceğini derakap bildirmedi ise - hakkı ihkak için bırakılan yegâne usul bu birinci usuldür bu vaziyetteki alacaklının elinde hakikat aranırsa, borçluya karşı hiç bir icra vasıtası kalmamış demektir.

Alacaklı mehilin hitamına rağmen taahhüdün ifasına muvafakat gösterirse işin *(Fixgeschafl)* olmadığını kabul etmiş olur.

ÜÇÜNCÜ FASIL

Borçların üçüncü şahıslar hakkındaki tesiri

Aktin yapılmasına iştirak eylememiş olan her adama üçüncü şahıs denilir. Bu itibarla, üçüncü şahıslar, âkit taraflardan ve onların hukukî şahsiyetlerini nefislerinde devam ettiren mirasçılarından gayri kimselerdir.

Umumiyetle, bir adamın iltizam eylediği taahhüt üçüncü şahıslara karşı hiç bir hüküm ifade etmez. Fakat borçlar kanununun istihlâf *(Subrogation)*, başkasının filini taahhüt *(Forte - fore)*, başkası

165

lehine şart vaz'ı *(Stipulation pour autrui)* gibi maddelerinden bâhis olan üçüncü faslının başına «borçların üçüncü şahıslar hakkındaki tesiri serlâvhası» yazılmış bulunmaktadır. Bu noktai nazar oldukça tenkide şayestedir. Maamafih., kanunun Almanca metninde bunun yerine «üçüncü şahıslarla rabıta» tabiri kullanılmıştır.

§ 1 - Alacaklıya halef olmak İstihlâf

Subrogation

İstihlâf bir şahsa ait bulunan hakların başkasına intikaline ıtlak olunur. İstihlâf bazı hallerde kanun muktezası üzere vuku bulur, meselâ alacaklıya alacağını tesviye etmiş olan kefil borçluya karşı onun haiz olduğu hakları iktisap eyler. İstihlâf iki tarafın mukavelesi mahsulü olamaz. Yani bir alacaklı haiz bulunduğu hakları bir başkasına temlik edebilir; lâkin onu işbu hakları kullanmakta kendisine halef kılamaz.

110 (T. B. K. 109) uncu maddeye nazaran iki nevi istihlâf kanunu mevcuttur:

A) Alacaklıya tediyede bulunan şahıs başkasının borcu için rehin edilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde kendisinin mülkiyet hakkı veya diğer aynî bir hakkı mevcut bulunduğu takdirde (irtifak, intifa hakları, rehin gibi)

Bu şartlar dahilinde üçüncü şahıs borçluya karşı alacaklının haklarında alacaklıya kendisinin yaptığı tediye nisbetince halef olur. Bu kaide bilfarz teminat olarak bir gayri menkul veya menkul verilmiş bulunan bir borcu alacaklıya tesviye eden ve bu mal üzerinde kendisinin de rehin hakkı mevcut bulunan diğer bir alacaklı hakkında muteberdir. Meselâ: Ahmedin bir evi, Mehmetten aldığı 7000, Hasandan aldığı 8000 lira borcu teminen bu ikisi lehine rehin edilmiştir. Hasan Mehmede alacağı olan 7000 lirayı tesviye edince haklarını icrada ona halef (yani Ahmede karşı 15000 lira için) alacaklı olur. Diğer bir misal: Ahmet dostlarından birinin borcunu teminen kendisine ait bir tahvilâtı terhin etmiş olur ve tahvilâtı kurtarmak için alacaklıya alacağını verir, Ahmedin bizzat kendisine ait bulunan bir mal üzerinde alacaklının haklarına halef olması nesine yarar! hiç. Meğer ki alacaklı asıl hak-

166

larına zamimeten fer'î diğer bazı teminata da sahip bulunmuş olsun. Zira başkasının borcunu tesviye eden her adam zaten bilâ vekâlet başkası hesabına tasarruf (*Gestion d'affaires)* veya vekâlet *(Mandat)* prensipleri muktezasınca, o şahsa karşı bir dava hakkı ihraz etmiş olur. Ancak bu dava hakkı fer'î hiç bir teminat ile takviye edilmiş değildir.

B) Kanunen halef olmak bizde şu halde kabildir: «Tediyede bulunan kimsenin kendi yerine kaim olacağı borçlu tarafından alacaklıya bildirilmiş ise.»

Borçlunun borcunu ödemeğe mütemayil olan üçüncü şahıs şayet ona karşı alacaklının haiz bulunduğu teminatı muhafaza etmek istiyorsa bunun için yapacağı şey parayı vermekle kendisine halef olacağını borçlu vasıtasile alacaklıya ihbar ettirmektir. [1]

İhbar, tediyeden evvel - isterse tediyeden hemen evvel olsun - yapılmak lâzımdır. Bunun için bizzat alacaklıyı bulmak şart olmayıp onun mümessiline de tebliğatta bulunulabilir. Alacaklı istihlâfa muhalefet edemez.

Alacaklının halefi olacak olan üçüncü şahıs ihbarın vukuunu müsbit vasıtaları tedarik ederse ihtiyatkârlık etmiş olur. Zira kendisi böyle yapmaz ve borçlu iflâs ederse müddeası mesmu olmaz.

İstihlâfın üçüncü şahıs için kıymet ve faidesi ancak borcun cidden teminatı bulunması takdirinde mevcuttur.

§ 2 - Başkasının fi'lini taahhüt

Forte - Fore

Evvelce de gördüğümüz veçhile borçlar kanununun 38 inci maddesine nazaran «bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde bu şahıs işbu akte icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz.»

Lâkin bir üçüncü şahsın bir şey yapacağını başkasına vadeden adam şahsen bir taahhüt altına girmiş olur: O şahsın filinin icrasını temin taahhüdü. Binaenaleyh bu taahhüdün ademi ifası halinde zararü ziyan tediyesi icabeder.

[1] Borçlunun alacaklıya böyle bir ihbarda bulunması behemehal lâzımdır, kendisi ile üçüncü şahıs arasında bu manada bir taahhüdün vücudu istihlâfı tevlide kâfi değildir. (Resmî mecmua cilt 37, kısım 2, numara: 76)

167

Bu zararü ziyan bittabi mev'ut fili icradan istinkâf eden şahsa değil o filin temini icrasını vaat ve taahhüt eden şahsa *(Promettaul)* teveccüh eder.

38 inci madde muhtevasile şimdi mevzuu bahsettiğimiz 111 (T. B. K. 110) inci madde hükümleri arasında esaslı bir fark vardır ki o da şudur.

Üçuncü bir şahsın filini başkasına vadeden kimsenin vermeğe mecbur kılınacağı zararü ziyan müsbet ve tavizî mahiyetteki zararü ziyan *(Dommages intérêts positifs ou compensatoires)* dır; yani o vaatte bulunduğu adama, taahhüdün ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararı ödemekle mükelleftir. Halbuki 38 inci maddede gördüğümüz veçhile «salâhiyeti olmaksızın diğer bir şahıs namına bir akit yapan kimsenin, bu şahıs işbu akte icazet vermediği takdirde» mahkûm olacağı zararü ziyan menfi mahiyetteki *(Dommages intérêts négatifs)* zararü ziyandır.

Üçüncü şahsın bir filini taahhüt eden kimse yalnız bu taahhüdünün o şahıs tarafından takabbül ve tasdikini değil aynı zamanda mevut filin keza aynı şahıs canibinden icra ve ifasını da üstüne almış olur. Lâkin eğer vâit, icra keyfiyetini değil de yalnız taahhüdünün üçüncü şahısça tasdik ve tervicini vadetti ise tasdikin vukuu ile kendisi mes'uliyetten kurtulur.

(Forte - fore) ıtlak olunan bu nevi akti, kefalet *(Cautionnement)* den ayıran hassalar şunlardır:

A) Kefalet asıl olan bir borca munzam ikinci derecede bir taahhüttür.

B) Kefil, borcun tediye edilmemesi halinde tazminat vermeği değil, asıl borçluca icrası lâzım olan taahhüdün ifasını yani borcu ödemeği taahhüt etmiştir.

Diğerinin filini taahhüt mukavelesi ile başka birinin bir fiilde bulunmasını temin için elinden geleni yapmak vadini biribirine karıştırmamalı. Zira bu sonuncu halde vadeden, elinden gelen gayreti sarfettiği halde üçüncü şahsı ikna edemediğini ve bu muvaffakiyetsizliğin sebebi kendisi olmadığını isbat edince mes'uliyetten kurtulabilir. (Madde, 97)

§ 3 - Başkası lehine şart

(Stipulation pour autrui)

Fransızca hukuk lisanında bir tabir vardır ki bunun tam bir surette lisanımıza tercemesi müşküldür: *(stipuler)* bu tabirle

168

kastolunan şey, bir hak istihsali zımnında mukavele akteden yani kendisi lehine bir kimseyi - diğer âkidi - taahhüt altına koyan adamın filidir.

Roma hukukunda alacaklının, bu fili icra ederken, sual şeklinde şu tabiri kullanması mutat idi: *(spondesne?)* taahhüt ediyor musun? Borçlu ise buna *(spondes)* taahhüt ediyorum! cevabını verir ve akit bu suretle tamam olurdu.

Bazen bu taahhüt üçüncü bir şahıs lehine istihsal olunur. O zaman bu file *(Stipulation pour autrui)* başkası lehine şart itlâk olunur. eski roma hukukuna nazaran böyle bir aktin hükmü olamazdı. Çünkü taahhüdü istihsal eden adam tediyeye destires olmak hususunda dava ikamesi hakkından mahrum idi, diğer taraftan lehine taahhüt istihsal edilen kimse de akte iştirak eylememiş olduğu için bir şey yapamazdı.

Fransız kanunu medenisi başkası lehine şart esasını bazı kuyut ve şerait dahilinde muteber addetmektedir. Maamafih gerek mehakim mukarreratı gerek içtihadat bu kuyudu pek vasi bir manada tefsir etmektedir.

İsviçre borçlar kanunu başkası lehine şart hakkındaki hukukî muameleyi kabul ve bu bapta evvelâ vaat ve taahhüdü istihsal eyleyen kimseye ve ledelhace, lehine taahhüt istihsal olunan şahsa dava hakkı bahşeylemiştir.

Başkası lehine şart vaz'ında üç kimse mevcut olmak muktezidir.

I. Taahhüdü istihsal eyleyen kimse yani borçlunun borçlanmak taahhüdünü kendisine karşı yaptığı adam.

II. Taahhüdü yapan yani iltizam eden şahıs.

III. Borç kendisi lehine edinilmiş olan üçüncü şahıs, bu sonuncusu akte iştirak eylememek hasebile üçüncü bir şahıs mevkiinde bulunmakla beraber onun hüküm ve neticelerinden müstefit olur.

Taahhüdü istihsal eyleyen kimse bizzat kendi namına hareket eder. Eğer akitten müstefit olacak üçüncü şahıs namına hareket etmiş olsa idi burada *(Stipulation pour autrui)* dediğimiz hukukî vaziyet hasıl olmıyacak, belki üçüncü şahıs, vadi alan kimse delâletile taahüdü bizzat istihsal eylemiş bulunacak idi.

Burada bazı sualler varit olabilir: Başkası lehine şartta, işbu şartın ifasını temin için davaya kim salâhiyettardır? Borçlar kanunu bu bapta dava hakkını taahhüdü istihsal eyleyen şahsa *(Stipulant)*

veriyor. Şarttan müteneffi olan üçüncü şahıs lehine vaki taahhüdün ifasını o talep edebilir. Fakat üçüncü şahıs lehine yapılan bir taahhüdün ifasına bir kimse nasıl mecbur edilebilir? Bu öyle bir meseledir ki hallini muhakeme usulleri ve teşkilâtı mehakim kanunlarında aramalıyız.

Bundan başka, lehine borç şart edilmiş olan üçüncü şahsın da borçluya karşı dava hakkı vardır, şu şart ile ki akti yapmış olan iki tarafın tesbit ve arzusu böyle olsun yani şartı vazeden tarafın arzusu üçüncü şahsın dahi borçluya karşı takip hakkına malik bulunması olup buna borçlu da muvafakat etmiş bulunsun. Başkası lehine şart *(Stipulation pour autrui)* hukukî muamelesinin tefrik edici vasıfları şudur ki bunda üçüncü şahsa borcun ifasını müstakilen ve kendiliğinden talep edebilmek salâhiyeti bahşolunmuştur. O, şahsen, alacaklı mevkiine girer. Binaenaleyh, borçlunun kendisinden taahhüdü istihsal eyleyen kimseye karşı mevcut bir alacağı ile işbu borcu arasında takas muamelesi yapmağa hakkı yoktur.

Bazı müellifler, ezcümle - *(Hafner)* ve - *(Oser)* üçüncü şahsa dava hakkı verilmediği takdirde - Yani âkitlerin niyetleri böyle olmadığı surette - mevzuu bahs hukukî muameleye *(Stipulation pour autrui)* demek doğru olamıyacağı mülâhazasındadırlar. (Hafner sahife 47, Oser sahife 345) umumiyetle iddia hakkı hem taahhüdü istihsal eyleyene hem de ondan istifade eyleyecek olan üçüncü şahsa verilmektedir. Fakat bunların ikisi müteselsil alacaklı *(Créanciers solidavies)* vaziyetindedirler; zira taahhüdü istihsal eyleyen şahsın dava hakkı ancak üçüncü şahıs lehine kullanılabilir.

Bazen, âkitler dava hakkını münhasiren akitten istifade eyleyen üçüncü şahsa bahşetmiş olabilirler - Meselâ hayat sigortaları poliçelerinde olduğu gibi -

Başkası lehine şartta takip hakkı yalnız üçüncü şahsa verilmiş olmayıp onun haklarına halef olanlara *(Ayants - droit)* da teşmil olunur. (Mirasçılar gibi) binaenaleyh onun vefatı üzerine mirasçıları işbu hakkı kullanabilirler.

Şunu da ilâve edelim ki kanun - yalnız âkitlerin niyeti böyle olduğu takdirde değil - örf ve âdete tevafuk eylediği takdirde dahi üçüncü şahsa veya hukukan ona halef olanlara dava hakkı veriyor.

Fikrimizce «örf ve âdete muvafık olarak» cümlesi zait ve hatta tehlikelidir. İki tarafın niyeti yerine örfün ikamesi doğru olamaz.

Üçüncü şahsın hakları ve davaya salâhiyeti kat'iyet kesbede-

180

bilmek için onun işbu hakkını kullanmak niyetinde olduğunu borçluya bildirmiş olması lâzımdır. Üçüncü şahsa hukukan halef olanlar için de hüküm böyledir. Üçüncü şahsın veya onun halef-lerinin mevzu şart muktezasınca ihraz eyledikleri hak bu ihbarın vukuu anına kadar istirdat olunabilir. Ama istirdat edecek kimdir? (Oser) in kavlince hakkın geri alınabilmesi için borcu edinen adam ile borç taahhüdünü istihsal eyleyen kimse yani alacaklı *(Stipulant)* arasında bir anlaşmaya lüzum vardır. Bu noktai nazar doğrudur; cünkü zaten üçüncü şahsa o hakkı bahşeden şey bu iki âkidin itilâfı değil mi idi? Bununla beraber kanun, görünüşe nazaran, bu fikri terviç etmemektedir. Filhakika 112 (T. B. K. 111) inci maddenin son fıkrasında şöyle deniliyor: «Bu takdirde üçüncü veya onu istihlâf edenler bu hakkı istimal etmek istediklerini borçluya beyan ettiklerinden itibaren alacaklının borçluyu ibraya hakkı kalmaz.» Şu halde borçluyu ibra etmek diğer tabirle üçüncü şahıstan kendisine akit mucibince izafe kılınan hakkı geri almak salâhiyeti münhasıran alacaklıya ait bulunmuş oluyor.

Üçüncü şahıs bu hakları, onu kullanmak arzusunu izhar ettiği zamandan itibaren mi, yoksa aktin borçlu ile alacaklı beyninde in'ikadı anından itibaren mi iktisap eder? Bu suali şu tarzda da irat edebiliriz: Üçüncü şahsın hakkını kullanmak niyetini izhar eylemesi zamanına kadar bu hak, bu alacak alacaklının mevcuduna dahil mi yani onun mirasından mı addedilmek lâzımdır? Eğer böyle ise bundan şu netice husule gelir. Bahsettiği zamandan evvel alacaklı iflâs ettiği takdirde bu alacak ta mevcuda ilâve olunmak lâzım gelir. Maamafih umumiyetle hâkim olan noktai nazar üçüncü şahsın bu hakları akit tamam olduğu andan itibaren ihraz eylediği manasındadır. Vakıa, yukarıda dediğimiz gibi bu hak henüz katiyet kesbetmiş değildir ve alacaklı fikrini değiştirerek onu istirdat ta edebilir. Böyle olmakla beraber, istirdat hakkının vukuuna kadar, gene üçüncü şahsın mevcudu cümlesinden *(Patrimonie)* maduttur.

Her ne kadar bu 112 inci madde bu nazarî meseleyi kat'î surette halletmiş değil ise de vazıı kanunun üçüncü şahsa bu hakkı aktin tamamı zamanından itibaren verdiği anlaşılmaktadır. Çünkü son fıkrada «... üçüncü veya onu istihlâf eden şahıslar, bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya beyan ettiklerinden itibaren ...» diye yazılmıştır. Şu halde üçüncü şahsın haddi zatında bir hakkı mevcuttur. Fakat bu hakkı bir başkası - alacaklı - nez'edebilir. Bununla beraber işbu nezi ve istirdat keyfiyetini imkânsız kılmak

salâhiyeti de gene üçüncü şahsın elindedir: Hakkı kullanmak arzusunu ifade eylemesi bu neticeyi hasıl etmeğe kâfidir.

Bununla beraber itiraf etmeliyiz ki burada üçüncü şahsın hukukî vaziyeti biraz gayri tabiîdir.

«Başkası lehine şart» mukavelesinin en fazla tatbik edildiği yerlerden biri hayat sigortalarıdır.

Bu nevi akitlerde kimler üçüncü şahıs olabilir? Herkes, ve bu üçüncü şahsın behemehal yaşamakta olması icabetmez. Henüz doğmamış da olsa olur. Yeter ki mukavelenin hükmünü hasıl etmeğe başladığı gün, onun vücudünü tayin kabil olabilsin. Henüz ana rahmine düşmemiş bir çocuk menfaatine şart vaz'ı sahip ve müttefiki halen mevcut olmıyan bir hak tesisi demektir, fakat doğum vuku bulur bulmaz bu hakkın sahibi meydana gelmiş olur.

113 (T. K. M. 112) üncü madde bahsımızla doğrudan doğruya değil lâkin bilvasıta alâkadar olan bu meseleyi ihtiva etmektedir ki o da şudur:

Fabrikatör veya bir sınaî teşebbüs sahibi gibi başkalarını istihdam eden bir kimse çalıştırdığı amele ve müstahdemlerden birinin bir kazaya uğramasından dolayı kendisinin tazminat itasına mecbur kalması ihtimalini nazarı dikkate alarak böyle hallerde hukukî mes'uliyetini *(Responsabilité)* örtmek için bazen sigorta kumpanyası ile mukavele akteder. Bu mukavele mucibinc, kendisi amelesine tazminat itasına mecbur kalınca, kumpanyada kendisine - yani istihdam edene - muayyen bir meblâğ tesviyesini taahhüt eyler.

Böyle bir mukavelede sigorta ücretini bizzat amele veya ecir tesviye etmiş idi ise sigortadan doğan hakların da ona ait kalacağı tabiidir. Maamafih vazıı kanun ücretin en aşağı yarısını tediyeye iştirak eylemiş olan amele hakkında da bu hükmü tatbik etmekte yani sigortadan doğan hakları münhasıran ona bahş ve izafe eylemektedir.

Bunun şu faidesi vardır: Şayet amele veya eciri kullanan adam iflâs ederse onların alacaklı sıfatile iflâs masasına müracaatları icabetmeyip doğrudan doğruya sigorta kumpanyasından haklarını istihsal eylemeleri kabil olur. [1]

---

[1] Burada bir noktayi kayde lüzum görüyoruz: (113) üncü maddenin tercemesi olan 112 inci maddemizde «başkasını istihdam eden bir kimse çalıştırdığı ameleye...» deniliyor ve bu maddede amele tabiri iki kere daha tekerrür ediyor. İsviçre kanununun bu mevkide kullandığı tabir amele (Ouvrier) değil, müstahdemin (Employgés) dir ki bu ikincisinin manası birincisine nisbetle çok daha şamildir. Binaenaleyh kanunun metnini göz önüne alarak maddenin taallûk sahasını ameleye hasır ve kasretmek doğru olamaz. (Mütercim)

ÜÇÜNCÜ FASIL

Borçların sukutu

De l'extinction des obligations

§ 1 - Umumî esaslar

Borç hukukî bir rabıtadır ve bu rabıta bazı hallerin hudusile zail olur. Diğer bir borç sukut eder.

Borcun sukutu ona mukabil mevcut olan hakkın zevalile kabildir. Sukutun tabiî bir sebebi tediye olmak lâzım gelirse kanun tediye keyfiyetini borçların sukut bahsından hariç bırakmıştır.

Esas itibarile, asıl borcun sukutu takdirinde ferilerin de onu takip eylemesi icabeder. Kanun şöyle diyor: «Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakit olduğu takdirde kefalet, rehin ve saire de sakit olur.»

Rehnin vücudu alacağın vücuduna bağlıdır. Alacak zail olunca rehin de ortadan kalkar.

Faiz aslın ferilerinden mi maduttur?

Burada işlemiş faizler ile işlememiş olanları biribirinden ayırt etmeli. Henüz işlememiş olan faizler resülmalin ferilerinden addolunur. Binaenaleyh resülmal ile onlar da sukut eder yani artık işlemezler.

Buna mukabil asıl borç sukut etmiş de olsa, işlemiş faizlerin tesviyesi lâzımdır. Yalnız yukarıda dahi gördüğümüz veçhile borçlu kısmen yaptığı tediyeyi resülmale mahsup ettirebilmek için faiz veya masrafları tediyede gecikmemiş olması lâzımdır. Diğer taraf, «faizden veya icar bedeli gibi muayyen zamanlarda ödenmesi lâzım gelen sair borçlardan ihtirazî bir kayit dermeyan etmeksizin bir taksit için makbuz veren alacaklı ondan evvelki taksitleri de tahsil etmiş sayılır.» binaberin alacaklı resülmal için makbuz verir ise güzeşte faizleri de almış addolunur.

114 (T. B. K. 113) üncü madde tediyede de mer'i olan bu usulü borçların sukutunu mucip olan diğer sebeplere teşmil etmiştir; filhakika ikinci fıkrada şöyle yazılıdır: « Asıl borcun sukutundan

173

evvel [1] cereyan eden faizleri talep hakkında mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya halin icabından neş'et eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz.»

Alacaklının, borç tediye edilmiş olmasına rağmen, rehni elân alıkoyması faizlerin tesviye olunmadığını gösteren bir haldir.

§ 2 - İbra

Remise conventionnelle

Akti yapmış olan kimseler, mutabık kaldıkları, takdirde onu tadil veya fesih te edebilirler.

Bu itibarla 115 inci madde şekil meselesini mevzu bahsediyor: «Borcun vücudu için hususî şekillere riayet edilmesi kanun muktezasından veya iki tarafın arzuları icabından da olsa bu borçtan hasıl olan alacağın ibrası yahut «miktarının tenzili işinde hiç bir hususî şekle riayete lüzum yoktur.»

Bazı akitler vardır ki bunların mer'iyeti ancak hususî bir şekle tevfikan yapılmış olmaları ile mukayyettir. Keza bazı akitlerde iki taraf hususî bir şekil vermeği kararlaştırmış olabilirler.

Bu gibi mukavelelerden münbais alacaklar münhasıran şifahî bir anlaşma neticesinde ibra veya tenzil olunabilir. Meselâ 493 üncü maddeye nazaran kefaletin tahriren yapılması lâzımdır. Böyle olmakla beraber, kefaletin ref'i yahut borcun daha az bir kısmına hasrı alacaklının buna şifahen muvafakati ile hasıl olabilir.

115 inci madde [2] «kanunen tahrirî olması lâzım olan bir aktin tadili dahi tahrirî olmak lâzım» bulunduğu mealindeki 12 inci madde ile tezat teşkil etmektedir. Bu iki hükmü şöyle telif edebiliriz.

Mer'iyeti için bazı hususî şekillere tebaiyet muktezi olan bir akitten doğan borçların ya tamamile iptali yahut tenzili mevzubahs ise bu işi doğrudan doğruya o şekle riayet etmeksizin yapmak kabildir.

Bilâkis böyle bir akitten doğan borcu ziyadeleştirmek mevzu bahs ise aktin bu yolda tadili için her halde, in'ikadı emrinde muk-

[1] Bizim 113 üncü maddemizin ikinci fıkrasında cümlenin buraya kadar olan kısmı hazfedilerek «evvelce cereyan eden faizler» denilmekle iktifa olunmuştur. (Mütercim)

[2] Bu madde Türk borçlar kanununa ithal edilmemiştir.

174