# Adliye Cerîdesi

Adliye Vekâleti tarafından ayda bir neşrolunur.

Sene: 9 Haziran 1931 Sayı: 107


# RESMÎ KISIM

## ADLİYE TEVCİHATI

### Karar numarası: 5

40 lira maaşlı Uşak müddei umumiliğine talebile Uşak müddi umumiliğinden müstâfi Nusret.

30 lira maaşlı Uşak müddei umumî muavinliğine talebile Uşak aza mülâzimi Tahsin,

25 lira maaşlı Uşak aza mülâzimliğine kuzzat mezunlarından Ali Rıza,

35 lira maaşlı İçel aza mülâzimliğine tahviline karar verilen mecitözü hukuk hâkimi Salâhattin,

35 lira maaşlı Abana sulh hâkimliğine tahviline karar verilen Osmancık ceza hâkimi Ali Rıza,

35 lira maaşlı Develi hukuk hâkimliğine Garzan hâkimi Abdülfettah,

30 lira maaşlı Garzan hâkimliğine Maraş aza mülâzimi sabıkı Niyazi,



KUTUPHANE-ANKARA 1946

467

30 lira maaşlı Cizre hâkimliğine tahviline karar verilen Sivas aza mülâzimi Mehmet,

35 lira maaşlı Sivas aza mülâzimliğine tahvili karargir olan Emet hâkimi Remzi,

30 lira maaşlı Emet hâkimliğine Kilyos aza mülâzimi Hasan,

30 lira maaşlı Kilyos aza mülâzimliğine tahviline karar verilen İstanbul aza mülâzimlerinden Nuri,

30 lira maaşlı İstanbul aza mülâzimliğine talebile izmir aza mülâzimi Meliha H.

25 lira maaşlı İzmir aza mülâzimliğine Hukuk mezunlarından Hikmet Lûtfi H.

55 lira maaşlı Bursa azalığına tahviline karar verilen İstanbul azasından Kâzım,

55 lira maaşlı İstanbul azalığına talebile Adapazarı reisi Fadıl,

55 lira maaşlı Adapazar reisliğine tahviline karar verilen İstanbul azasından Suzi,

55 lira maaşlı İstanbul azalığına talebile Ankara asliye ceza reisi Kemal,

55 lira maaşlı Ankara asliye ceza reisliğine Ankara ağır ceza azasından Cafer Kâmil.

55 lira maaşlı Ankara ağır ceza azalığına tahviline karar verilen İstanbul azasından Mithat.

55 lira maaşlı İstanbul azalığına talebile Trabzun müddei umumisi Arif,

55 lira maaşlı Trabzun müddei umumiliğine talebile Erzurum müddei umumisi Tahsin,

45 lira maaşlı Erzurum müddei umumiliğine Siirt müddei umumisi Remzi,

55 lira maaşlı İstanbul azalığına talebile İstanbul müddei umumî baş muavini Kemal,

40 lira maaşlı Karaköse azalığına tahviline karar verilen Kırşehir azasından Ziya,

55 lira maaşlı Kırşehir azatığına tahviline karar verilen Kayseri hukuk hâkimi Hamdi,

45 lira maaşlı Kayseri hukuk hâkimliğine Kırklareli azasından Celâl,

40 lira maaşlı Kırklareli azalığına Artuvin azasından Abdullah Şevki,

40 lira maaşlı Artuvin azalığına tahviline karar verilen Bartın azasından Ruhsar,

45 lira maaşlı Bartın azalığına tahviline karar verilen İzmir azasından Hasan Fehmi,

55 lira maaşlı İzmir azalığına tahviline karar verilen İstanbul azasından Hasan,



468

40 lira maaşlı İstanbul azalığına esbak İstanbul sulh hâkimlerinden Sedat.

40 lira maaşlı Cide hâkimliğine derecesini muhafaza etmek üzere Kocaeli azasından tahviline karar verilen Zeki,

45 lira maaşlı Kocaeli azalığına tahviline karar verilen İstanbul azasından Suphi,

45 lira maaşlı İstanbul azalığına zat işleri müdür muavini Salih Esat,

35 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine talebile Tekirdağı azasından Nuri,

45 lira maaşlı Manisa azalığına tahviline karar verilen istanbul azasından Nureddin,

40 lira maaşlı Tekirdağı azalığına tahviline karar verilen Manisa azasından Mesut,

40 lira maaşlı İstanbul azalığına talebile Üsküdar müddei umumî muavini Şükrü,

40 lira maaşlı Üsküdar müddei umumî muavinliğine Kars azasından Zühtü,

40 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine Gedüs hâkimi Sabri,

40 lira maaşlı Gedüs hâkimliğine tahvilne karar verilen İstanbul aza mülâzimi Cemil,

40 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine talebile Ödemiş hukuk hâkimi Mazhar Yaşar.

35 lira maaşlı Ödemiş hukuk hâkimliğine tahviline karar verilen İstanbul sulh hâkimi Mekki,

35 lira maaşlı Edirne sulh hâkimliğine tahviline karar verilen İstanbul sulh hâkimlerinden Yümni,

35 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine talebile Zonguldak müddei umumî muavini Hayrullah,

40 lira maaşlı Zonguldak müddei umumî muavinliğine tahviline karar verilen İstanbul müddei umumî muavinlerinden Ragıp,

40 lira maaşlı Kars azalığına tahviline karar verilen Çorum azasından Nuri,

45 lira maaşlı Çorum azalığına tahviline karar verilen İstanbul sulh hâkimlerinden Kemal Hayri,

45 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine Kocaeli sulh hâkimi Kemal,

40 lira maaşlı Kocaeli sulh hâkimliğine Develi hukuk hâkimliğinden müstafâ Mazhar,

35 lira maaşlı Borçıka sulh hâkimliğine tahviline karar verilen maçka müddei umumisi Osman Nuri

35 lira maaşlı Maçka müddei umumiliğine tahviline karar verilen Görele müddei umumisi Osman,

30 lira maaşlı Ankara müddei umumî muavinliğine hukuk mezunlarından Nazif,



469

30 lira maaşlı Ankara sulh hâkimliğine Ankara aza mülâzımlerinden İsmail Kemal,

25 lıra maaşlı Ankara aza mülâzimliğine hukuk mezunlarından Sabriye H.

25 lira maaşlı Ankara Sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Muammer H,

25 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Suat Hilmi H.

25 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Muazzez Şevket H.

25 lira maaşlı İzmir sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Nimet H.

30 lira maaşlı Gödül sulh hâkimliğine tahviline karar verilen İstanbul aza mülâzimi Arif Zıya,

35 lira maaşlı Geyve müddei umumiliğine tahviline karar verilen İstanbul müddei umumî muavinlerinden Hayrettin.

35 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine talebile Geyve müddei umumisi Sadun,

35 lira maaşlı Saray müddei umumiliğine tahviline karar verilen İstanbul müddei umumî muavinlerinden Rıdvan,

35 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine talebile Saray müddei umumisi Abit,

55 lira maaşlı Gümüşane reisliğine tahviline karar verilen Kocaeli reisi Cemal,

45 lira maaşlı İsparta reisliğine talebile Gümüşane reisi Hüsnü.

55 lira maaşlı Kocaeli reisliğine talebile İsparta reisi Nail

40 lira maaşlı İzmir müstantikliğine Ereğli [Karadeniz] müddei umumisi Hüsamettin,

40 lira maaşlı kayseri azalığına tahviline karar verilen Gelibolu müddei umumisi Mustafa,

45 lira maaşlı Burhaniye müddei umumiliğine tahviline karar verilen İstanbul sulh hâkimlerinden Osman Haydar,

40 lira maaşlı Gelibolu müddei umumiliğine talebile Kilis ceza hâkimi Edip,

45 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine talebile Düzce reisi Senih,

45 lira maaşlı Düzce reisliğine Ilgın hâkimi Hulûsi,

35 lira maaşlı İsparta azalığına tahviline karar verilen Konya sulh hâkimi Mustafa,

40 lira maaşlı Konya sulh hâkimliğine talebile İsparta azasından Ahmet,

55 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine İstanbul müddei umumî muavinlerinden Hikmet,

45 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine İstanbul müddei umumî muavinlerinden Cemil,



48

40 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine İstanbul müddei umumî muavinlerinden Şefik,

30 lira maaşlı Bandırma müştantikliğine Siverek müstantiği Nazif,

25 lira maaşlı Siverek müstantikliğine tahviline karar verilen Yozgat müstantiği Şükrü,

25 lira maaşlı Yozgat müstantikliğine tahviline karar verilen Bandırma müstantiği Esat.

22 lira maaşlı Of müstantikliğine Bayazıt müstantiği Şevki,

22 lira maaşlı Yusufeli müstantikliğine tahviline karar verilen Of müstantiği Eşref,

22 lira maaşlı Babaeski müstantikliğine Yusufeli müstantiği Niyazi,

22 lira maaşlı Viranşehir müstantikliğine tahviline karar verilen Babaeski müstantiği İs nail Hakkı,

30 lira maaşlı Bayazıt müstantikliğine tahviline karar verilen Elâziz müstantiği Abdurrahman Faik,

22 lira maaşlı Zile müstantikliğine Çarşamba müstantiki sabıkı İbrahim Hakkı,

22 lira maaşlı Tavas müstantikliğine tahviline karar verilen Küreinühas müstantiği Ömer,

22 lira maaşlı Küreinühas müstantikliğine tahviline karar verilen Tavas müstantiği Suphi,

22 lira maaşlı Fethiye müstantikliğine tahviline karar verilen Kaş müstantiği Nihat,

22 lira maaşlı Kaş müstantikliğine tahviline karar verilen Fethiye müstantiği Saim,

22 lira maaşlı Adıyaman müstantikliğine tahviline karar verilen Manisa müstantiği Nail,

22 lira maaşlı Manisa müstantikliğine tahviline karar verilen Adıyaman müstantiği Sabri,

25 lira maaşlı Giresun müstantikliğine tahviline karar verilen Çankırı müstantiği İsmail Hakkı,

25 lira maaşlı Çankırı müstantikliğine tahviline karar verilen Giresun müstantiği Bedri,

25 lira maaşlı Gelibolu müstantikliğine tahviline karar verilen Niğde müstantiği Hasan,

22 lira maaşlı Direk müstantikliğine tahviline karar verilen Gelibolu müstantiği Mustafa,

22 lira maaşlı Çanakkale müstantikliğine tahviline karar verilen Direk müstantiği İlmi,

22 lira maaşlı Niğde müstantikliğine Akseki müstantiği İsmail Hakkı,

25 lira maaşlı Akseki müstantikliğine tahviline karar verilen Çanakkale müstantiği Hayri,



L71

22 lira maaşlı Erceyiş müstantikliğine Ayaş müstantiki sabıkı Hayrettin,

22 lira maaşlı Kütahya müstantikliğine Ankara müstantiklerinden Ömer Lûtfi,

22 lira maaşlı Elâziz müstantikliğine Sürüç müstantiği Nedim,

22 lira maaşlı Sürüç müstantikliğine Meslek mektebi mezunlarından Feyzi Cemil,

40 lira maaşlı Ardanuç Sulh hâkimliğine derecesini muhafaza etmek üzere tahviline karar verilen Sürmene hâkimi Servet,

40 lira maaşlı Mecitözü hukuk hâkimliğine Aydın azayı sabıkasından Abdullah Hilmi,

45 lira maaşlı İstanbul ceza azalığına İstanbul ticaret azasından Ertuğrul Sait,

22 lira maaşlı Havza müstantikliğine Arabgir müstantiği Salâhattin,

22 lira maaşlı Arapgir müstantikliğine tahviline karar verilen Havza müstantiği Süleyman,

40lira maaşlı Konur sulh hâkimliğine derecesini muhafaza etmek üzere Çölemerek hâkimi Zühtü,

40 lira maaşlı Doğrul sulh hâkimliğine derecesini muhafaza etmek üzere tahviline karar verilen Niğde azasından Galip,

55 lira maaşlı Kars azalığına tahviline karar verilen Niğde reisi Abdülkadir,

30 lira maaşlı Salihli ceza hâkimliğine talebile harcirahsız Gördüs müddei umumisi Cevat

35 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine İstanbul sulh hâkimlerinden Muhlis

35 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine Menemen müddei umumisi Salâhattin

40 lira maaşlı İstanbul aza mülâzimliğine tahviline karar verilen İstanbul müddei umumî muavinlerinden Abdurrahman Şeref

35 lira maaşlı İstanbul müddei umumî muavinliğine Erzurum müddei umumî muavini Kâşif

30 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine Zonguldak aza mülâzimi Tevfik,

30 lira maaşlı İstanbul aza mülâzimliğine talebile Of müddei umumisi Salih Sabri,

40 lira maaşlı Çölemerek Hâkimliğine tahviline karar verilen Maraş azasından Salâhattin

35 lira maaşlı Maraş azalığına Gülnar hâkimi Ahmet Nesimi

35 lira maaşlı Midyat müddei umumiliğine tahviline karar verilen Saiteli müddei umumisi Lûtfi

45 lira maaşlı Niğde azalığına tahviline karar verilen Meraş reisi Zeki

40 lira maaşlı Baş müddei umumi muavinliğine Devrek müddei umumisi Ahmet

45 lira maaşlı Maraş reisliğine Burdur azasından Ekremn

55 lira maaşlı Burdur azalığına tahviline karar verilen İstanbul müstantik azasından Hasan Fehmi

35 lira maaşlı Zonguldak aza mülâzimliğine talebile Tavşanlı müddei umumisi Salim

40 lira maaşlı Urla ceza hâkimliğine derecesi mahfuz kalmak üzere Bandırma müddei umumisi Tevfik

40 lira maaşlı Kilis ceza hâkimliğine tahviline karar verilen Aksaray müddei umumisi Niyazi

40 lira maaşlı Çorum müddei umumiliğine talebile Gireson azasından Hidayet

45 lira maaşlı Gireson azalığına tahviline karar verilen Çorum müddei umumisi Abdülkadir

30 lira maaşlı Kasaba ceza hâkimliğine Nazilli müddei umumisi Tayyar Şefik

35 lira maaşlı Bafra ceza hâkimliğine tahviline karar verilen Zekeriyya

30 lira maaşlı Nazilli müddei umumiliğine talebile başmüddei umumi muavinlerinden İsmail

30 lira maaşlı Başmüddei umumi muavinliğine talebile Araç müddei umumisi Atıf

45 lira maaşlı Nevşehir müddei umumiliğine tahviline karar verilen Sinop müddei umumisi Mithat

40 lira maaşlı Sinop müddei umumiliğine tahviline karar verilen Nevşehir müddei umumisi Hamdi

40 lira maaşlı Siirt müddei umumiliğine talebile Van azasından Abdülkadir,

45 lira maaşlı Van azalığına tahviline karar verilen İzmir sulh hâkimi Nüsuhi,

35 lira maaşlı İzmir sulh hâkimliğine Kaş hâkimi Hilmi,

35 lira maaşlı Mesudiye hâkimliğine Malatya aza mülâzimi Hasan Halit.

35 lira maaşlı Aksaray müddei umumîliğine Söğüt müddei umumîsi Hasan Rifat,

30 lira maaşlı Osmancık ceza hâkimliğine tahviline karar verilen Bünyan ceza hâkimi Ahmet Hıfzı,

22 lira maaşlı Ankara müstantikliğine meslek mektebi mezunlarından torgut Bahri,

30 lira maaşlı Baklan sulh hâkimliğine talebile Kula aza mülâzimi Hilmi,

35 lira maaşlı Kula aza mülâzimliğine tahviline karar verilen Akseki ceza hâkimi Fahrettin,

25 lira maaşlı Nezip müddei umumîliğine hizmeti mecburiyeye tabi hukuk mezunlarından Necati,



473

30 lira maaşlı Arapgir müddei umumîliğine hizmeti mecburiyeye tâbi hukuk mezunlarından Mehmet kaya,

30 lira maaşlı Bayazit müddei umumîliğine hizmeti mecburiyeye tâbi hukuk mezunlarından Cevat

30 lira maaşlı Genç müddei umumîliğine hizmeti mecburiyeye tâbi hukuk mezunlarından Ahmet Sadık,

25 lira maaşlı Adana müddei umumî muavinliğine hizmeti mecburiyeye tâbi hukuk mezunlarından Hasan Tahsin,

25 lira maaşlı Maalkara müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Alı Sait,

25 lira maaşlı Söğüt müddei umumîliğine hukuk mezunlarından İhsan Şükrü,

25 lira maaşlı Gürele müddei umumiliğine hukuk mezunlarından Mehmet Ali,

25 lira maaşlı Of müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Nezih Reşit

25 lira maaşlı Vakfıkebir müddei umumîliğine nukuk mezunlarından Fehmi,

25 lira maaşlı Saideli müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Salâhaddin Hakkı,

25 lira maaşlı Çubuk müddei umumîliğine talebile harcırahsız Kadirli müddeiumumîsi Ferit,

25 lira maaşlı Kadirli müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Mehmet Nuri,

25 lira maaşlı Menemen müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Rıfat,

25 lira maaşlı Gördes müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Adnan Neşet,

30 lira maaşlı Hekimhan müddei umumiliğine hukuk mezunlarından Gafur,

35 lira maaşlı Akseki ceza hâkimliğine talebile Birecik hâkimi Murat Baha,

35 lira maaşlı Birecik hâkimliğine talebile Kangal müddei umumîsi Feyzi,

45 lira maaşlı Niğde reisliğine tahviline karar verilen Ezine müddei umumîsi Şemi,

35 lira maaşlı Sürmene hâkimliğine Çine müddei umumîsi Kadri Ömer,

35 lira maaşlı Bünyan ceza hâkimliğine Cizre hâkimliğinden müstafâ Ali Rıza,

35 lira maaşlı Ereğli [ Karadeniz ] müddei umumîliğine Tarsus ceza hâkimliğinden müstafâ Necati,

35 lira maaşlı Malatya aza mülâzimliğine İnoz sulh hâkimliğinden müstâfi Şerif

35 lira maaşlı Gülnar hâkimliğine Torbalı müddei umumîsi Abdullah Avni,

35 lira maaşlı Kuruçay müddei umumîliğine Anamur hâkimliğinden müstafâ Mehmet,

30 lira maaşlı Surüç müddei umumîliğine kâhta müddeiumumîliğinden müstafa Cevdet,

30 lira maaşlı Torbalı müddei umumîliğine talebile ve ahvali Sıhhiyesi itibarile Terme müddei umumîsi Rauf,

35 lira maaşlı Ilğın hâkimliğine Hendek hukuk hâkimi sabıkı Ahmet,

40 lira maaşlı Kaş hâkimliğine tahviline karar verilen Kocaeli azasından Mehmet Ali,

40 lira maaşlı Kocaeli azalığına talebile Ankara sulh hâkimlerinden Mustafa,

30 lira maaşlı Ankara, Sulh hâkimliğine hukuk mezunlarından Asım,

30 lira maaşlı Devrek müddei umumîliğine ahvali sıhhiyesi hasebile Mazgirt müddei umumîsi Süleyman Müfit,

40 lira maaşlı İstanbul müstantik azalığına Lüleburğaz hâkimi Ahmet Cevdet,

35 lira maaşlı Lüleburğaz hâkimliğine talebile Terme hâkimi Nevzat,

35 lira maaşlı Terme hâkimliğine Samsun aza mülâzimi Nazif,

40 lira maaşlı Bandırma müddei umumîliğine Urla hukuk hâkimi Saip,

35 lira maaşlı Urla hukuk hâkimliğine ahvali sıhhiyesi hasebile Konya hâkimi Celâl,

35 lira maaşlı Erzurum müddei umumî muavinliğine tahviline karar verilen Elâziz müddei umumî muavini Selâmi,

25 lira maaşlı Çine müddei umumîliğine hukuk mezunlarından Asaf, Salim Beylerin intihaplarına ve Kelkit müddei umumîsi Ahmet Cevdet ve Gümüşhane aza mülâzimi Cemil Beylerin maaşlarile ve Görele müstantiği Suphi ve Kelkit müstantiği Muharrem Azmi Beylerin bilmuvafaka becayişlerine karar verildi. 22 - 5 - 931

## Karar numarası : 4

Münhal bulunan Başmüfettişliğe ehliyet ve kifayeti hasebile birinci sınıf Adliye müfettişi Sadi,

Dördüncü sınıf adliye müfettişliğine hâkimlikte hizmeti mesbuk ve Avrupa hukuk mektebinden mezun Atıf ve Ali Fuat beylerin tayinleri tensibedilmiştir. 23 - 3 - 931

478

# KANUNLAR

*Adliye Vekâleti 1931 malî senesi haziran ve temmuz ayları muvakkat bütçesine yedi yüz elli adet suvari mübaşirlerinin ilâvesi hakkında kanun*

**Kanun numarası: 1829**
**Neşri tarihi 20 - 6 - 1931**

Madde 1 — 1930 malî senesi bütçesine merbut olup 1931 senesi haziran ve temmuz aylarında mer'i olan (D) cetveline, işe başladıkları tarihten itibaren istihkakları tesviye edilmek üzere kırkar lira ücretli yedi yüz elli adet suvari mübaşiri ilâve edilmiştir.

Madde 2 — Bu kanun 1 haziran 1931 tarihinden muteberdir.

Madde 3 — Bu kanunun icrasına Maliye ve Adliye Vekilleri memurdur.

17 - 6 - 1931

* * *

*Tütün inhisarı kanununun 42 inci maddesine müzeyyel kanun*

**Kanun numarası: 1828**
**Neşri tarihi: 20 - 6 - 1931**

Madde 1 — 1701 numaralı kanunun 42 inci maddesine aşağıdaki fıkra tezyil edilmiştir.

Gaziayıntap ve Maraş vilâyetlerinde yetişen Hısnıkeyf tütünlerinden azamî yüzde 45 çöp firesi tenzil edilir.

Madde 2 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 3 — Bu kanun hükümlerini icraya Adliye, Millî Müdafaa, Dahiliye, Maliye ve İktisat Vekilleri memurdur.

17 - 6 - 1931



476

# NİZAMNAMELER

**Rehin üzerine ödünç para verenler hakkında nizamname**

Madde 1 — Rehin üzerine ödünç para vermek san'atı; menkul emval ile kıymetli evrak mukabilinde para vermektir. Banka muamelâtı bundan hariçtir. Emniyet sandığı gibi hususî nizamnameleri olan müesseseler nizamnamelerine tâbidirler.

Maaş cüzdanını teminat olarak kabul ile ödünç para verenler dahi bu nizamnamede gösterilen murakabe hükümlerine tâbidirler..

Madde 2 — İşbu nizamname hükümlerine mugayir olarak tarafeyn arasında yapılacak mukaveleler muteber değildir.

Madde 3 — Beş bin liradan aşağı sermaye ile rehin üzerine ödünç para vermek san'atı yapılamaz.

Madde 4 — Hakikî ve hükmî şahıslar işbu nizamnameye yazılı usul dahilinde İktisat Vekâletinden mezuniyet vesikası almadıkça ödünç para vermek muamelelerini yapamazlar.

Madde 5 — Rehin üzerine ödünç para verenlere üç sene için mezuniyet vesikası verilir. Müddet bitince yenilenmesi caizdir.

Madde 6 — Hakikî ve hükmî şahıslar mezuniyet vesikasını ticaret sicillerine kayıt ve ilân ettirerek ilân tarihinden itibaren muameleye başlar.

Madde 7 — Hırsızlık, kalpazanlık, dolandırıcılık, yağmacılık, yol kesmek, adam kaldırmak, eşyayi cürmiyeyi satın almak ve saklamak emniyeti sui istimal, zimmete para geçirmek, sahtekârlık, ihtikâr ve iflâs ile mahkûm ve hukuku ammeden mahrum olanlara mezuniyet vesikası verilmez.

Madde 8 — Rehnedilen malların ödünç verene satılmış gibi muamele yapılması (faturalandırılması) memnudur.

Madde 9 — Rehnedilen mallar ödünç para alanın izni olmaksızın başkasına rehnedilemez.

## 2 - Mezuniyet talebi ve şartları

Madde 10 — Hakikî ve hükmî şahıslar birinci maddede gösterilen san'atı icra için bir arzuhal ile vilâyete müracaat ederler.

Bu arzuhalde:

1 - Müsted'inin adı, lâkabı

2 - Doğum tarihi, nereli olduğu, ikametgâhı

3 - Rehin işine koyabileceği sermayenin miktarı

4 - Hangi nevi mallar üzerine rehin muamelesi yapılacağı yazılmalıdır ve arzuhale

1 - Ehliyeti ticariye vesikaları.

2 - Rehin işine konulabilen sermayenin beşte biri nisbetinde teminat akçesini havi malsandığı makpuzu veyahut Maliye Vekâletince kabul edilen bankalardan birinin teminat mektubu raptedilmelidir.

Madde 11 — Merbutatile beraber işbu arzuhal üzerine Vilâyet İktisat ve Ticaret Müdürleri ve bu müdürlükler bulunmayan vilâyetlerde İktisat Vekâletine mensup müdür veya memurlar tarafından tetkikatı icra edilir, noksanı varsa ikmal ettirilir. Yedinci maddede muharrer suçlardan birile mahkûm olup olmadığı hakkında ait olduğu dairelerden verilen cevapları da raptedilir. Vilâyet vasıtasile İktisat Vekâletine gönderilir. İktisat Vekâleti işbu evrakı tetkik edip muvafık görürse mezuniyet vesikasını tanzim ederek vilâyete gönderir, İktisat vè Ticaret Müdürlüklerinde ve bunların bulunmadığı vilâyetlerde İktisat Vekâletine mensup müdür veya memurlarca kaydedilerek müstediye verilir.

## 3 - Mükellefiyet ve teminat

Madde 12 — Ödünç para veren müesseselerce ödünç para vermek için konulan meblağ sermaye sayılır ve mezuniyet devam ettiği müddetçe bu sermaye çoğaltılabilir. Fakat çoğaltılan sermayenin beşte biri nisbetinde olarak teminat akçesinin de çoğaltılması lâzımdır.

Madde 13 — Sermayenin çoğaltılması için malsandığı makbuzu ve ya banka teminat mektubu raptolunarak müracaat edilmek, müzeyyel bir mezuniyet vesikası daha almak icap eder.

Madde 14 — Teminat akçesi müessesenin ödünç vermek işlerinden husule gelen zarar ve ziyan mahkûmiyetlerinin veya rehin vermiş olanlar tarafından alınan hükümlerin tenfizine karşılıktır.



476

Madde 15 — Teminat akçesi bütün muamelelerin tasfiyesinden sonra masrafları alâkadarlar tarafından verilmek üzere birer hafta fasıla ile üç defa yapılacak ilândan üç ay senra geri verilecektir.

Madde 16 — İktisat Vekâletinin tayin edeceği esham ve tahvilât borsadaki kıymetlerinin yüzde ellisi nisbetinde teminat akçesi olarak kabul edilir.

Madde 17 — Teminat olarak gösterilecek gayri menkul malların kıymetleri tapu sicilleri nizamnamesinin dördüncü faslı hükümlerine göre tapu idaresince takdir olunur.

## 4 - Rehinin nasıl kabul edileceği

Madde 18 — Ödünç veren alacağı rehinin aslını bozmadan saklayabilmek için icap eden tesisat ve teşkilâtı yapmağa mecburdur. Mücevherler ile altın ve gümüş evani velhasıl rehin edilen mal her ne ise ödünç alanın gözü önünde çinko veya çinkoya benzeyen madenlerden yapılmış zarflar içine konulur ve zarfın üzeri iki tarafın mührile mühürlenir ve imzalanır, Bu zarflar yangından müteessir olmayacak kuvvetli kasalarde saklanılır.

Madde 19 — Ödünç para alan borcunu mukavelesine göre ödemediği zaman ödünç veren bu mühür ve imzayı yalnız icra memurunun gözü önünde açabilir.

Madde 20 — Ödünç para alan zarf üzerine bastığı mühür 24 üncü maddenin tarifatına göre tanzim edilen deftere dahi ayrıca basılacaktır.

Madde 21 — Rehnedilen mallar; halı, kanepe, ev eşyası nevinden olursa asıllarını ve kıymetlerini bozmayacak surette iki taraf ta mühürlerler.

Madde 22 — Ödünç para veren kendisine rehnedilen malları hırsızlığa veya yangına karşı sigorta ettirmeğe mecburdur. Sigorta ücreti ödünç para alana aittir.

Madde 23 — Rehnedilen eşya çalındığı veyahut yangında yandığı vakit ödünç para veren rehnedilen eşyanın defterde ve ödünç senedinde mukayyet kıymetini ödünç para alana ödemeğe mecburdur. Faiz ve masraf ile beraber borçlar işbu paradan mahsup olunur.

## 5 - Tutulacak defterler

Madde 24 — Rehin üzerine ödünç para vermek muamelesi yapanlar Ticaret Kanununun 66 ıncı maddesinde gösterilen defterlerden başka

yaptıkları muamele için sahifeleri numaralanmış ve Ticaret Kanununun 69 uncu maddesine göre noterlikçe tasdik olunmuş ayrıca bir ödünç para vermek defteri dahi tutmağa mecburdurlar. Noter bulunmayan yerlerde bu ödünç para vermek defteri Ticaret ve Sanayi odaları kanununun 9 uncu maddesine göre ticaret odalarınca tasdik olunur.

Ödünç para vermek defterine:

1 - Bir sıra numarası

2 - Ödünç para alanın adı ve sanı ve oturduğu yer

3 - Rehnedilen eşyanın vazıhan tarifi, altundan veya gümüşten yapılmış ise vezninin, mücevher ise cinsi ve şekil ve kıratının, saat gibi fabrika mamulâtından ise fabrikanın adı ve saatin numarası, kıymetli evrak ise numara ve nev'i

4 - Rehnedilen eşyanın muhammen kıymetleri

5 - Ödünç verilen paranın miktarı

6 - Aylık veya yıllık olduğuna göre faiz miktarı

7 - Borcun vadesi

8 - Ödünç paranın hangi tarihte verildiği

9 - Rehnin satıldığı müzayede tarihi ile satılmış ise müzayede bedeli ve bundan tenzil edilen para

10 - Ambara konulması icap eden rehinlerin masrafları

11 - Senedin nama mı veyahut hamiline mi muharrer olarak tanzim edildiği

12 - Ödünç para alanın tatbik mührü veya imzası yazılacaktır ve yazıların hepsi sabit mürekkep ile yazılacaktır. Senet hamiline ait olarak tanzim edildiği halde ödünç para alanın adı sanı yazılmayacaktır.

Madde 25 — Alâkadarlar istenilen kaydı işbu defterden her zaman çıkarmak hakkını haizdirler,

Madde 26 — Rehim verenlere ödünç para vermek imzasını havi ve 24 üncü maddenin 1,2,3,4,5,6,7,8,11,12 numaralarındaki tarifata muvafık bir senet verilecektir.

Madde 27 — Ödünç para alanın talebi takdirinde senedin nama muharrer olarak tanzimi mecburidir.

Madde 28 — Borç ödenmeyince rehin edilen mallar ödünç para verenin alacağı hakkında ne senede ne de mukaveleye şart konamaz, konsa dahi batıldır.



480

## 6 - Faiz ve masraf

Madde 29 — Ödünç para veren, malların nev'ine göre en çok alacağı faizin miktarını gösteren bir levhayi müşterilerinin görebileceği bir mahalle asacaktır.

Madde 30 — Teminat olarak verilen mallar havaleli olduğu veya sureti mahsusada muhafazaya muhtaç bulunduğu takdirde mezkûr malların muhafaza masrafı iki tarafça kararlaştırılarak ödünç senedine yazılır.

Madde 31 — Ödünç para veren ödünç verdiği paranın faizini peşin olarak kesemez.

Madde 32 — Borç verilen paranın ve kanunen ödenmesi lâzımgelen faizlerin ve masrafların ödenmesi üzerine rehin edilen mallar her vakit geri alınabilir.

## 7 - Satış usulü

Madde 33 — Ödünç para veren sekiz günde borcun ödenmesini ve eğer borç ödenmezse icra marifetile merhunun satılacağını noter vasıtasile ödünç para alana resmen ihbar etmeğe mecburdur.

Madde 34 — İhbar müddeti bitmiş iken ödünç para alan borcunu ödememişse rehin edilen mallar İcra Kanununa tevfikan icra dairesinde satılır.

## 8 - Teftiş

Madde 35 — Rehin üzerine ödünç para vermek muamelelerile meşgul olan müesseselerin işbu nizamnamenin umumî hükümleri dahilinde muamele ifa edip etmediklerini İktisat Vekâleti kendi teşkilâtı ile teftiş eder. Bu müesseseler her sene iki kere teftiş edilecektir. Lüzum hasıl olduğu zamanlarda İktısat Vekâleti işbu müesseseleri ayrıca teftişe selâhiyettardır.

Madde 36 — Rehin üzerine ödünç para veren müesseseler her üç ayda bir bilânçolarını iktisat ve ticaret müdürlüklerine göndermeğe mecburdurlar.

Madde 37 — Teftiş rehin üzerine yapılan ödünç para vermek muamelelerinin nizamname hükümlerine uygun olarak yapılıp yapıl-



481

madığını anlamak için yapılır ve işbu nizamname hükümleri hilâfına yapılmış muamele varsa tesbit edilir.

Madde 38 — Şûrayı Devletçe görülmüş olan işbu nizamnamenin icrasına İktisat, Adliye, Dahiliye Vekilleri memurdurlar.

## Muvakkat madde

İşbu nizamnamenin neşredildiği vakit menkul rehin üzerine ikraz muamelesi yapmakta olan müesseseler üç ay içinde mezuniyet vesikası almağa mecburdurlar.

462

# VEKÂLETÇE YAPILAN TAMİMLER

**Tediye emirlerinin doğrudan doğruya muhasiplere gönderilmesi hakkında**

Maliye Vekâleti Celilesinden mevrut 10 - 6 - 931 tarih ve 5270 numaralı tezkerenin bir sureti raptedilmiştir. Tediye emirlerinin badema kazalar üzerine verileceğine nazaran iktizasının ifası beyan olunur Efendim.

«Muhasebei umumiye kanunu mucibince kaza mal sandıkları kabz ve tediyeye müteallik hesabatını evrakı müsbitelerile beraber hazineye göndermekte olmasına ve şu suretle mülhak kazaların kabz ve tediyeye ait hesabatının tanzim ve takibi ile vilâyet mal sandıklarının bir alâkası kalmamasına binaen tevzii muhassasat hususunda Vilâyet mal sandıklarının tavsit edilmesi tatbikat sahasında bir çok mahzurlar tevlit eylemiştir. Bu cümleden olarak devair muhasebelerince tediye emirlerinin vilâyet itibarile kayıt ve takip edilmekte olması hasebile her hanği bir malsandığının tediye emri harici sarfiyatının hangi kazaya ait olduğu anlaşılmıyarak vilâyet mal sandığındaki bakiyei muhassasattan kapanmakta ve sene nihayetlerinde vilâyet mal sandıklarından tanzim edilen tenkis ilmühaberlerinde de sıhhat ve isabet görülemediği gibi düyunatın mahsubu itibarile tesbitine de imkân hasıl olamamakta olduğundan gerek bu aksaklıkların izalesi ve gerek yapılan işlerin tahsisatı dahilinde olup olmadığı ve hazineden verilen mezuniyete müstenit bulunup bulunmadığının tetkik ve mürakabesi ve aynı zamanda mahalli tediye olan muhasiplerin doğrudan doğruya malî muamelâtının en sahih ve salim bir şekilde tayin ve idaresi için tediye emirlerinin gerek hazine ve gerek divanı muhasebata doğruca hesap veren muhasiplere irsali derpiş edilmiş ve keyfiyet malî müşavere encümeninin 7 - 5 - 931 tarihli içtimaında tezekkür ve kabul edilmiştir. Tediye emirlerinin hazirandan itibaren doğruca muhasiplere irsaline müsaade buyrulması rica olunur Efendim.»

* * *

**Orman idarelerine âit dava tebliğatının orman müdürlerine yapılması hakkında**

İktisat Vekâletinden alınan 31 - 3 - 931 tarih ve 18466 numaralı



483

tezkere sureti aşağıda yazıldı. Memuriyetiniz dahilindeki mahkemelere tebliği mütemennadır Efendim.

«Orman müdiriyetleri teşkilâtı itibarile idare avukatları müdiriyet mercilerinde istihdam ve mukaveleleri mucibince müdiriyet merkezlerinde rüyet edilen davaları takip ve intaca memur olup mülhakatta tahaddüs eden hukuk ve mühim ceza davaları malûmatları noksan orman muamelât memurları tarafından lâyık olduğu derecede müdafaa edilmemesinden idare aleyhine karar verilerek gerek hukuk mahkemelerinden sadır olan ilâmlar ile doğrudan doğruya ve gerek mehâkimi cezaiyede müdafaasızlıktan idare aleyhine neticelenen mühim ceza davalarının bilâhare hukuk mahkemelerine intikal etmek suretile bir çok kıymetli Devlet ormanlarının elden çıkmasına sebebiyet vermekte olduğu anlaşılması üzerine müdiriyet merkezlerinde vekâlete merbut devaire ait bilcümle deavi ve bilhassa orman hukuk ve ceza davalarile müdiriyetlere merbut mülhakatta hukuk ve mühim ceza davalarını takip ve intaç etmek üzere bir vekil istihdamı tensip edilerek Hey'eti Vekileye arzedilmiş ve tasdikan 23 - 11 - 930 tarih ve 10276 numaralı karar istihsal edilmiştir. Binaenaleyh mülhakatta idareyi temsil eden orman idareleri aleyhinde ikame edilecek davalarda muamelât memurlarına yapılmakta olan tebliğatın idare vekillerine iblâğ edilinciye kadar bir çok zaman mururuna ve bu da temyiz vesair safahatı muhakemede müddetin inkızasına sebebiyet vermekte olduğundan mezkûr Hey'eti Vekile kararı veçhile muamelât memurlarının işbu davaları takip ve intaç edemiyeceklerine nazaran muktazi tebliğatın doğrudan doğruya yalnız orman müdiriyetlerine yapılmasının icabedenlere emir ve müsaade buyrulması ve neticenin iş'arı rica olunur Efendim.

# ADLÎ ŞÜUN

## Beynelmilel ceza ve hapishaneler kongresinin

# Onuncu Prağ içtimaı [*]

Ceza hukuku ile hapisaneler usul ve idaresinin ıslah ve tekâmülünü gaye ittihaz eden (Beynelmilel ceza ve hapishaneler kongresi) 10 uncu içtimaını 1930 senesi ağustosunda Prağda akteylemiştir. ilk toplanma (Beynelmilel hapishaneler kongresi) (Congres, Penitentiaire international) ismi altında 1872 de Londra'da olmuştur. Muahharen yine bu namı muhafaza ederek sırasile 1878 de İstokholm'de, 1885 de Roma'da 1890 da Sen Petresburg'da 1895 de Paris'te, 1900 de Brüksel'de, 1905 de Budapeşte'de 1910 da Vaşington'da 1925 de tekrar Londra'da içtima etmiştir. Kongrenin maksadı içtimaı sırf hapıshaneler idaresinin ıslahına inhisar etmeyüp ceza hukukuna - gerek suçluların tehzibi ahlâkı ve gerek cemiyetin inzibat ve asayişinin himayesi noktalarından - ithali lâzım gelen meseleler dahi bu toplanmalarda münakaşaya konulmakta olduğu cihetle ismi takip eylediği matuf ve gayeyi vazih surette ifade etmek için (Beynelmilel ceza ve hapishaneler kongresi, - Congres Penal et penikutiaire international) suretine tebdil edilmiş ve sonuncu içtimaını bu nam altında akteylemiştir.

Ağustosun 25 inden 30 zuna kadar devam eden bu toplanmaya iştirak edenlerin adetleri resmî murahhaslarla birlikte hapishaneler veya ceza hukuku ile alâkadar cemiyetler azaları veya meslek itibarile bu meselelerle rabıtaları olan hususî şahıslar olmak üzere 600 ze pek yakın idi. Davete icabet ederek resmî mürahhas göndermiş olan Devletler şunlardır.

Almanya, Arjantin, Avusturya, Belçika, Brezilya, Bulgaristan, Kanada, Şili, Çin, Danimarka, Mısır, İspanya, Estonya, Amerika, Müttehit hükûmetleri, Fenlândiya, Fransa, İngiltere, Macaristan, Hindistan, İrlân-

[1] Türkiye namına kongreye iştirâk eden ceza profesörü Bahattin bey efendi tarafından Adliye vekâletine verilen rapor.



485

da, İtalya, Japonya, Stonya, Litonya, Luksenburğ, Meksiko, Norveç, yeni Zelândiya, Filistin, Holânda, Pero, Lehistan, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre, Çekoslovak, Türkiye, cenubî Afrika Müttehit Hükûmetleri, Venezüella, Yoğuslavya.

Kongrenin toplanma gününe takaddüm eden gece hükûmet tarafından kezalik içtimaın sonuncu gününü takip eden gecede Prağ şehri tarafından mürahhaslar şerefine bir resmi kabul yapılmış ve resmî mürahhaslar ile komisyon azalarına adliye nazırı tarafından ayrıca bir akşam yemeği tertip olunmuştur. Bunlardan başka mürahhaslara Prağın meşhur mebanisi ve müesseseleri gezdirilmiştir.

Parlemento binasında toplanan kongre Adliye nazırının ve kongrenin reisi Prağ Şarl Universitesi ceza pröfesörü Mösyö Miriçkanın nutuklarile açılmıştır. Müzakere listesindeki meseleler dört kısma ayrılmış ve bunların ilk müzakeresini yapup kararlarını heyeti umumiyeye arzetmek üzere dört komisyon teşkil edilmiştir. 1) kanunî mevzuat komisyonu, 2) idare komisyonu, 3) koruyucu tedbirleri ittihaz komisyonu, 4) küçüklük meseleleri komisyonu.

**Kongrenin müzakere fihristindeki meseleler, bunların izahı ve heyeti umumiyenin kararları**

## Birinci kısım kanunî mevzuat

## BİRİNCİ SUAL

A - Mahkûmlar hakkında emniyet tedbirleri alınması, kanunlar tarafından hemen umumiyetle kabul edilmiştir. Bu tedbirler içinde en muvafık olanları hanğileridir? bunları nasıl tasnif eylemeli ve bir sual altına koymalıdır.

**B — (Te'cil) bunlarda tatbik olunmalı mıdır?**

### İZAH

Hemen yarım asra yakın bir zaman evvel meşhur Lombrozonun ceza akideleri meyanında kendisine mühim bir yer ayırdığı (Muhatıralı suçlular) sınıfı esas itibarile, yavaş yavaş bütün cezacılar tarafından kabul edilerek ceza nazariyatı sahasında tamamile yerleşmiş ve bir çeyrek asırdan beri ceza kanunlarile yeni ceza kanunları projelerinde bu sınıfa dahil olan suçlulara münhasır olmak üzere mahiyetleri klâsik ceza müeyyidelerinden ayrı olan fakat onlarla birlikte hükmedilen diğer

bazı tazyikî tedbirlerde, emniyet tedbirleri, (Mesures surîete) ehemmiyetli birer mevki olmağa başlamıştır.

İşte kongrenin müzakere listesine koyduğu ilk madde emniyet tedbirlerinin nelerden ibaret bulunduğu, bu tedbirlerin içinde en muvafıkını hangisi olduğu bunların hangi suçlulara tatbik olunacağı ve bu tedbirlerin ceza mahkûmiyetlerinde olduğu gibi tecile tâbi tutulup tutulamayacağı meseleleridir.

## KARARLAR

A - Cezanın tatbik edilmediği yahut gayri kâfi olduğu yerlerde cemiyetin himaye ve müdafaasını temin için ceza sisteminin, emniyet tedbirleri sistemile ikmal edilmesi elzemdir.

Suçlunun halini ıslâh eylemesi suçluyu cemiyetten ihraç eylemek yahut suçlunun tekrar suç işlemek imkânını ortadan kaldırmak, emniyet tedbirlerinin matufu olmalıdır.

Bu hususta çocuklar hakkında tatbik edilecek tedbirler müstesna olmak üzere aşağıda yazılı emniyet tedbirleri hassatan tavsiye edilir.

### 1 - Serbestiyi ortadan kaldıran tedbirler

1 - cemiyet için tehlike teşkil eden akıl malûliyetine müptelâ ( alienes ) suçlularla gayri tabii yaradılışta olan ( anormaux ) suçluları mümkün olduğu kadar şifayap etmek ve serbest hayata alıştırmak gaye ve maksadile mümkün olduğu kadar muhafaza altında bulundurulmaları.

2 - Alkolik ve Toxicomane (uyuşturucu maddeler kullanan) suçluların tedavisi için muhafaza altında bulundurulmaları.

3 - Kendilerini çalışmaya alıştırmak için dilencilerin ve serserilerin muhafaza altında bulundurulmaları.

4 - Suç işlemeyi itiyat edinmiş olan mahkûmların ıslahı hal eylemeleri hususu da nazardan kaçırılmayarak cemiyetten ihraç ğayesile muhafaza altında bulundurulmaları.

Muhafaza altında bulundurulmak keyfiyeti bu husus için yapılmış olan müesseselerde olur.

### 2 - Serbestinin ref'ine mahal vermeyen TEDBİRLER

Bu sınıfa dahil tedbirlerin en müessirleri patronaj yani suçluları, bu



487

hususa dair teşekkül etmiş olan cemiyetlerin himayesi altına koymak yahut murakabeli serbeti (Liberte surveille) yani suçlulara serbestileri iade olunmakla beraber kendilerini murakabe altında bulundurmaktır.

Hey'eti umumiye, yuharıdaki hallerden başka aşağıdaki tedbirlerinde faideli neticeler vereceğine karar vermiştir.

A - İleride dürüst hareket edeceklerine dair suçlulardan kefil almak.

B - İcra eyledikleri san'atler veya mesleklerde suç işleyen kimseleri işbu san'at ve meslekleri tekrar icradan menetmek.

C - Küullü içkiler satılan mahallere devamdan meneylemek.

Ledelhace bu tedbirler suçluları patronaj altına koymak ile de birleştirilebilir.

### 3 - Diğer tedbirler

Kongre hey'eti umumiyesi, yukarıda sayılan tedbirlerden başka, umumi asayiş için muhataralı olan eşyanın zapt yahut bu kabil eşyanın tehlikesiz bir hale kalbedilmesinin de emniyet tedbirleri meyanında addedilmesine karar vermiştir.

Ecnebi tebeasından olan suçluların bulundukları memleketten tartları, devletler arasındaki tesanüde muhalif olduğu cihetle bu husus devletlerin aralarında akteyleyecekleri muahede veya mukavelelerle tanzim eylemeleri temennisi izhar olunmuştur.

B - Te'cil keyfiyetinin, emniyet tedbirlerine de tatbik edilip edilmiyeceği meselesinde de kongre hey'eti umumiyesi, bazı istisnaî haller hariç olmak üzere emniyet tedbirlerinin tecil edilmemesine karar vermiştir. Kezalik tecil halinde suçluların patronaj cemiyetlerinin himayesi altına koymanın münasip olacağını da kararlaştırmıtşır.

## İKİNCİ SUAL

Ceza hukukunun esaslı prensiplerini birleştirmek şayanı arzu mudur? Eğer şayanı arzu ise bu birleştirmenin nihayet hududu ne olmalıdır? ve birleştirme hangi vasıtalar ile olmalıdır?

### İZAHI

Ceza hukukunun esaslı kaideleri üzerinde devletler arasında ittihat husule getirmek keyfiyeti ile epiyce zamandanberi iştigal edilmektedir.



488

Netekim bu meselenin beynelmilel hukuku cezaya taallûk eden bazı kısımları (ezcümle beyaz kadın ticareti, uyuşturucu maddelerin men'i ticareti, kalpazanlığın men ve tenkili gibi) cemiyeti akvamda müzakere edilmiş ve kararlara bağlanmıştır, Fakat bu meselenin beynelmilel ceza hukukuna taallûk eden bütün kısımlarının umumî surette bir nizam ve kaideye rabıtaları hususu bazı taraflardan mucibi itiraz olmuş idi. Buna rağmen «beynelmilel hukuku ceza cemiyeti -Association int- de « droit penal» ceza hukukunun umumî esaslarının tevhidinin kabil ve faideli olduğu cihetini iltizam eylemiş ve bu cemiyetin teşebbüsü ile 1927 tarihinde varşova'da, 1228 de Roma'da, 1929 da Bükreş'te toplanmış olan kongrelerde ceza hukukunun umumî hükümleri -tevhit noktası gaye ittihaz edilerek müzakereye vazedilmiştir.

Prağ kongresi ise meselenin esasına rücu ederek yukarıda arzeylediğim suali müzakere fihristine ithal eylemiş ve heyeti umumiyece aşağıdaki karar verilmiştir.

## KARAR

1) Ceza hukukunun esaslı kaidelerinin tevhidi şayanı arzudur. Suçlara karşı devletlerin müşterek mücadelesini kolaylaştırmak ve her yerde ceza hukuku ilm'ine tek bir esas vermek için bu birleştirme şayanı arzudur.

2) Her memleketin tarihî inkişafından husule gelen zarurî kuvvetler ile bu inkişafın kalplere attığı derin köklerin vücuda getirdiği elzem kudretleri muhtelif memleketler ceza kanunlarından kaldırmak tehlikesinin başladığı nokta tevhit mesaisinin hudut noktası olmalıdır.

3) Muhtelif memleketler hukukçularile hukuk tatbikatçılarının teşkil eyledikleri beynelmilel cemiyetlerin gayretlerile ceza hukukunun vasi sahalarında fikir karabeti husule gelmiştir. Müşterek mesai. istikbalde de mes'ut neticeler ümit ettirmekte olduğu cihetle ciddi surette himayeye mazhar olmaya lâyıktır. Eğer devletler bir kısım suçlar ile mücadele için kabul eyledikleri birleşme yolunda devam ederlerse ceza hukukunun esaslı kaidelerinin müşterek bir tarzı hallile neticelenmesi de o nisbette ilerliyecektir. Binaenaleyh bazı suçların cezalandırılması hududu haricinde bu suçlara taallûk eden umumî meselelerin müşterek surette halledilmeleri kabil olup olmadığını tetkik için her vesile ve fırsattan istifade edilmek lâzımdır.

## ÜÇÜNCÜ SUAL

Serbestiyi ortadan kaldıran muhtelif cezaları ilga ederek yerine tek bir ceza ikame etmeli midir? Suale tasdik cevabı verildiği takdirde bu tek cezayı nasıl tanzim eylemelidir?



489

## İZAHI

Ceza kanunlarında mevcut muhtelif cezaları ortadan kaldırarak onlara mukabil tek bir ceza kabul eylemek mes'elesi el'an halledilememiştir. Bunu kabule taraftar olanlar, bütün kanunlarda mevcut cezalar arasında farkların yalnız teferruata ve şekle ait olduğunu, maddei asliyeleri itibarile cezaları esaslı farklar ile birbirlerinden ayırmak mümkün olmadığını beyan ederler. Buna aleytar olanlar ise, bütün cezaları tevhit eylemek keyfiyeti ağır suçların pek hafif bir surette ve hafif suçların çok ağır bir tarzda cezalandırılmış olacağı fikrini vereceği cihetle ceza müeyyidesinin ciddiyet ve ehemmiyetine halel getireceği kanaatındadırlar.

## KARAR

Bu sualin komisyonca müzakeresi ikmal edilmemiş ve mes'elenin bundan sonra toplanacak kongrenin müzakere fihristine ithâli takarrur eylemiştir.

## İKİNCİ KISIM

## İDARE

## BİRİNCİ SUAL

Mevcut kanunlar çerçivesi dahilinde olmak ve mahkûmların tasnifi ve ıslahı hali fikrini esas ittihaz eylemek üzere cezaların infazı için ne gibi kaideler konmalıdır?

Aranılan neticeye bilhassa aşağıdaki suretler ile varılamaz mı?

a) Cezaların infazında hususî şahısları teşrik eylemek.

b) Mahkumlara tahmil olunan işlerin intihabı ve bu işler mukabilinde kendilerine bir ücret verilmek.

c) Terbiyetkâr hassaları hasebile ceza mahiyetini tehlikeye sokmayan eğlence vasıtaları.

## İZAHI

Bu meselenin mevzuu ceza müeyyidesinin muhtevalarından azap ve elem unsurunun mümkün mertebe tahdidi ve buna mukabil mahkûmun tehsibi hali ile cemiyete tekrar müfit bir uzuv olarak iadesi unsurunun



490

tekemmülleştirilmesi için cezanın infazı esnasında alınması lâzım gelen tedbirlerin ne olacaklarını teşkil eder.

## KARAR

Cemiyetin himayesini eyice temin için cezanın infazı mahkûmun terbiyesi ve tehzibi ahlâk eylemesi noktasına doğru gitmelidir; ve bunun için pedagojinin zamanımızda gösterdiği bütün vasıtalar kullanılmalıdır. Kezalik cezanın infazı mahkûmların azayı vücudiyesini inkişaf ettirmeli ve Criminobiologique tetkika müracaat ve diğer taraftan bunları terbiyenin üzerlerinde husule getirdiği tesirlere göre- guruplara taksim ederek ahlâkî ve fikrî terbiyelerini göz önünde bulundurmalıdır.

Bundan başka arzu edilen gayeye vusul için şunları da nazarı itibara almalıdır:

a) Yalnız şahsî evsafı haiz olanlar arasından intihap edilmiş hususî kimseleri de cezanın infazına iştirak ettirmek.

b) Mahpusa kabiliyetine muvafık iş gördürmek ve bundan dolayı faaliyetinin ve hüsnü halinin derecesine göre kendisine bir ücret vermek. Bu ücretin münasip bir miktarını, bunların bakılmalarına karşılık olmak üzere hizmet gören kimselere ayırmak,

c) Muhtelif memleketlerin âdet ve usullerine göre eğlenceler tertip eylemek. Bu eylenceler şimdiye kadar muhtelif memleketlerde kabul edilmiş olanlardan daha vasi olmalıdır.

## İKİNCİ SUAL

Hapishaneler idaresi memurlarile mahpusları muhafaza memurlarının (yani gardiyanların) mesleklerine ait ilmî de fennî terbiyelerini nasıl tanzim eylemelidir?

Mümkün olduğu kadar eyi bir intihap elde edebilmek için bunlardan ne gibi teminat aramalı ve bunlara ne gibi faideler bahşeylemelidir.

### İZAHI

Serbestiyi refeden cezalara zamanımızda gayet büyük ehemmiyet verilmektedir. Bu cezaların tatbiki sahasında husule gelen ilmî tarakkiler



491

hapishane memurlarına yeni mecburiyetler tahmil etmektedir. Suçlunun mütehassıslar tarafından cisim, ahlâk ve müfekkire noktalarından ciddi bir surette tetkik edilebilmesi ancak hapishane memurlarının muavenetlerile kabil ve mümkün olacağından, bu memurların idarî malûmattan başka, bugün başlı başına bir fen şeklini almış olan, (usulü hapsiye) ye ve anın yardımcısı olan adlî tebabete, mücrimlerin antropolojisine (Tababeti ruhiye psychistrie) ye, hıfzıssıhhaya dair malûmata az çok vakıf olmaları lâzımdır, Bu malûmata sahip olabilmek için, hapishane memurlarının hususî bir terbiye ve tedrise tâbi tutulmaları zaruridir. İşte ikinci sualin mevzuu bu sahaya taallûk eyler.

## KARAR

Hapishane memurlarının kâffesinin vazifelerini ifa edebilecek surette tedris edilmeleri ve yetiştirilmeleri lâzımdır. Yüksek sınıfta bulunan memurlar ise ilim ve fence yüksek tahsile sahip olmalıdırlar.

Mahpusları muhafaza memurlarının tedrisleri için hususî mektepler ve dersler olmak elzemdir. Bütün memleketlerde hapishaneler idaresine taallûk eden ilimler ile Kriminoloji için bir enstitü tesisi bilhassa zaruridir. Elyevm vazife başında bulunan memurlar için dekorlar tertip edilmiştir. Bunlara içtimaî ve pedagojik bir terbiye vermeği sureti mahsusada nazarı itibara almak lâzımdır.

Hapishane hizmetlerine namzet olanlar vazifelerini ihtimamla ve amelî bir surette yapmağa ehil olduklarını isbat eylemelidirler. Bundan başka âmirlik mevkiine talip olanlar cezaların infazına taallûk eyleyen meselelerin ilmî bir surette halli kabiliyet ve ehliyetini nazarî bir imtihan ve amelî bir hizmetle isbat etmelidirler.

Vazifelerini ifa için vakıf olmaları zaruri olan ilmî ve amelî malûmata sahip olan namzetlerden ancak muayyen bir sitaj devresinde mesleki için alâka göstermek; dürüst bir seciyeye sahip olmak, hem cinsine muhabbet göstermek, insanları tanımak, cismen, dimağen ve ahlâkan gayri tabii olanlara (anormaux) bakmak ehliyetine malik olduklarını isbat eyleyenleri kat'î surette memuriyete almalıdır.

Bu memurların tâbi oldukları guruplara faaliyetleri nazarı itibara alınarak kendilerine iktisadî vaziyetlerile mütenasip bir maaş vermek lâzımdır. Habishane memurları için devlet memurları silsilesi dahilinde hususî bir sınıf teşkil eyleyerek muhtelif memleketlerde bu memurlara tanınmış olan menfaat ve faidelerin onlara da temini şayanı arzudur.

Kadın memurların tedrisleri ve yetiştirilmeleri için kadın mahpusların hususî vaziyetlerini nazarı itibara almak lâzımdır. Kadın mahpuslar ile



492

meşgul olmak için; mümkün ise, papasta dahil olduğu halde kadın memurlar almalıdır.

Bu hükümler çocuk müesseselerine de tatbik edilir.

### Temenni

Hapishaneler idarei merkeziyesine de vazifelerini ehliyetli bir surette ifaya muktedir ve usulü hapis ilmine hasrı vücut eylemiş bulunan kimselerle hapis müesseseleri müdürleri meyanından intihap edilmiş olan zatların muavenetleri temin edilmek lâzımdır.

## ÜÇÜNCÜ SUAL

Zamanımız hapis sisteminde hücrevî hapis rejimi, müşterek hapis rejiminin yanında ne nisbette ve ne suretle istimal olunabilir?

### İZAHI

Hapsi münferit yani mahpusları diğer mahkûmlar ile ihtilât etmiyecek bir tarzda ayrı ayrı hücrelerde bulundurmak sistemi hemen bütün memleketler tarafından kabul edilmiştir. Fakat bu sistemi terk ile (Muhtelit hapis) rejimine avdet fikri de yeniden ehemmiyetli bir cereyan almağa başlamıştır. Bu sebebe mebnidir ki kongre işbu meseleyi müzakere listesine ithal eylemiştir;

### KARAR

1) Hücrevî hapis rejimi, tekâmül «progressif» bir sistemin uzvî bir kısmı olarak nazarı itibara alınmalıdır.

2) Maznunlar için, kaide olarak hücrevi hapis rejimi tatbik edilmelidir.

3) Kısa müddetli hadisler için hücre rejiminin hem faideleri hem de bazı mahzurları vardır. İcabata muvafık tıbbî muavenet ve mahpusların tasnifi sistemile bu rejimin faideleri file çıkarılabilir. Ve mahzurları ortadan kaldırılabilir.

4) Uzun müddetli hapisler için, umumi kaide olark, mahpusların müşterek bir halde bulundurulması rejimi hücre hapsi yerine ikame olun-



493

malıdır. Hangi zamanda ve hangi mahpuslara müşterek hapis rejiminin tatbik olunacağına karar vermek keyfiyeti, ayni zamanda Antropolog ve cezacı olan doktorun mütaleası alındıktan sonra hapishane direktörüne aittir.

5) Eğer mahpus hüsnü hareket sahibi olur ve cismî veya manevi sebeplerden dolayi hususî bir muameleye lâyık bulunur ise kendisinin talebile, mümkün oldukça, münferit hapsin devam eylemesine muvafakat edilebilir.

6) Mahpusları geceleyin bir birinden ayırmak hali zamanımızda kaide olarak usulü hapsiyenin bir unsuru aslisi suretinde telâkki olunmalıdır. Fakat muhtelif memleketlerde, mahpusların geceyi müştereken koğuş halinde bir yerde veya nizama muvafık bir surette nezaret altında bulundurulan odalarda geçirmelerini icap ettiren istisnaî haller de derpiş olunabilir.

## ÜÇÜNÇÜ KISIM

### Koruyucu tedbirler ittihazı

### BİRİNCİ SUAL

Adliye makamatı ve hatta umumiyetle cemiyet için bir ihtiyaç olan muayyen bazı kimselerin geçmişteki hallerine vakıf olmak keyfiyetini bir taraftan mahkûmların iadei itibar eylemeleri fikri ve diğer taraftan serbestilerini iktisap eylemiş olan mahkûmların hayatlarını namuskârane bir surette kazanmak gayretlerini kolaylaştırmağa matuf olan mesai ile nasıl telif eylemelidir?

### İZAHI

İşsizlik bircok hallerde, suç ikaına saik olduğu cihetle heman bütün memleketlerde gerek mahkûmiyet müddetlerini ikmal eyleyenlere ve gerek (Meşruten tahliye) edilmiş olanlara iş bulmak için resmî ve hususî himaye cemiyetleri teşkil edilmiştir. Fakat bu cemiyetlerin mesaisini felce uğratan en büyük müşkülât bir işe yerleştirilmek istenilen kimselerin mahkûmiyetle lekeli olduğunu anlayan iş sahiplerinin, bunları hizmetine almaktan çekinmeleridir. Bir taraftan bu kabil kimselerin işsiz kalmalarından tevellüt edecek mahzurlara mani olmak, diğer taraftan iş sahiplerinin hak ve menfaatlarını siyanet etmek için alınması lâzım gelen tedbirlerin ne olacağını tayin keyfiyeti bu sualin mevzuuna ithal edilmiştir.



4911

KARAR

1) Bu hususta sarfedilecek mesainin matufu olan maksat ve gaye şu olmalıdır: öyle bir rejim tesis edilmelidir ki onda mahkûmların tahliye edilmeleri sarih ve vazih bir metot olarak mahkûmların ıslahı hal eylemeleri keyfiyetinin bir cüzünü teşkil eylesin, kezalik yene öyle bir rejim meydana getirmelidir, ki onda, çalışmağa söz vermiş olan ve salıverilmiş olan bir mahkûmun bir işte meşgul olması hapishanede iken kendisine tatbik edilen ve tehzibi ahlâk eylemesine hadim olan tedbirleri devam ettirsin.

2) Şeraiti hazıraya göre aşağıdaki tedbirleri almak lâzımdır.

A - Serbest bırakılmış olan mahkûmların ahlâklarının ıslahı hususunda efkârı umumiye üzerine tesir hasıl etmek ve umumu bu hususa alâkadar eylemek.

B - İslâhı ahlâk eyleyebilecek haslette olanları tashihi hal eylemez seciyede olanlardan «Meselâ: himaye cemiyetleri tarafından bunları bir tecrübe imtihanı gibi bir usul ile» ayırarak iş müesseselerine yalınız tehzibi ahlâk edecek tabiatte olanları tavsiye etmek.

C - Salıverilmiş olan mahkûma gördürülecek işi intihapta işlediği suçun mahiyetini ve içtimaî vaziyetini nazarı itibara almak ve bu suretle kendisinin göreceği işi şahsiyle mütenasip kılmak.

3) Memnu hakların iadesi hususunu kanunî bir nizam altına almak.

## İKİNCİ SUAL

Cezaların teciline ve meşruten tahliyeye dair olan kanunlar şimdiye kadar tatbiklerinde ne neticeler vermiştir.

Bu müesseseleri ve bunların işlenmesini daha faideli kılmak için bunlarda ne gibi ıslahat yapılmalıdır.

Vaz ve tayin edilmiş şartlara muvafık hareket eylediği takdirde, kanunda yazılı müddetlerin en aşağı haddi hasıl olunca meşruten tahliye edilebileceği itimadını mahkûma verebilecek sistem hangisidir?

Muayyen bir memlekette mahkûm olmuş veya meşruten tahliye edilmiş olupta muahharen diğer bir devlete ait bir mahalle giden kimseler hakkında iki memleket arasında himaye «Patronage» teşkilâtı ne suretle olmalıdır.



495

## İZAHI

Bu sual yekdiğerinden ayrı üç şıkkı ihtiva eyler:

1 - Cezaların teciline ve mahkûmların meşruten tahliyelerine dair olan kanunların şimdiye kadar muhtelif memleketlerde verdikleri neticelerin kendilerinden beklenilen hizmetleri ne dereceye kadar ifa eyledikleri ve bunları daha müfit kılmak için yapılacak tadilâtın ne olduğu.

2 - Şimdiye kadar hemen bütün memleketlerde idare kuvvetini ihtiyarına bırakılmış olan meşruten tahliye usulünü mahkâmiyetlerinin muayyen bir müddetini geçiren ve kendisine tahmil edilmiş olan hizmet ve mükellefiyetleri temamile ifa eyleyen mahkûmlara bir hak olarak tanımak sistemine tebdilinin muvafık olup olmadığı.

3 - Mahkûmiyetlerini ikmal eylemiş yahut meşruten tahliye edilmiş olup diğer bir memlekete gitmek isteyen kimseler ile meşgul olacak himaye cemiyetlerinin ne suretle teşkil edilmesi.

## KARAR

1 - Cezanın tecili ve meşruten tahliye ancak haklarında bu usullerin tatbiki muvafık suçlular sınıfı hakkında cari olmalıdır, bunun için de suçluların şahsiyetini ve cemiyete karşı arzeyledikleri muhatara halini nazarı itibare almalıdır.

2 - Cezaların teciline yahut meşruten tahliyeye karar verecek olan hâkim yahut idare makamları bu hususta karar vermezden evvel, hususî cemiyetlerin memurları yahut resmî makamlar tarafından suçluların cismî, aklî, ahlâkî, maddî evsaf ve şeraitine dair kaleme alınmış raporları tedarik ve istimal eylemelidirler.

3 - Meşruten tahliyenin ve umumî bir kaide olarak ceza tecili hususunun muvaffakiyete iktiranı için bundan istifade eyliyen kimseleri himaye cemiyetlerinin mürakabesi altına koymak elzemdir.

4 - Resmî memurları tarafından ifa edilen tam bir himaye sistemine malik olmıyan devletler, hususî himaye cemiyetlerine «bunların mümkün olduğu kadar ücretli memurlar kullanabilmeleri için» münasip miktarda tahsisat vermeleri lâzımdır. Bu kabil devletler, hususî himaye cemiyetlerinin mesailerini mürakabe için kâfi miktarda memur bulundurmalıdırlar.

Hatta, himayeyi resmî memurları tarafından icra ettiren devletler de bu hizmeti tamamile ihtiyacı tatmin edecek bir tarzda tanzim eylemelidirler.

5 — Himaye cemiyetlerinin vazifelerini hüsnü ifa etmek dördüncü numarada beyan edilmiş olan kimselerin fennî terbiyeleri gerek devletler tarafından kendilerine tahsisat verilen himaye cemiyetleri, gerek bizzat devletler tarafından bir usul altında tanzim edilmiş olmak lâzımdır.

6 — Kanunî veya nizamî şartlara riayet eyledikleri takdirde, kanunda tayin edilmiş olan en aşağı müddet zarfında meşruten tahliyeleri icra edileceğine dair mahkûmlara taahhütte bulunmak keyfiyeti şayanı arzu değildir.

Bununla beraber kendilerini meşruten tahliye eylemek meselesinin kanunda muayyen en aşağı müddet zarfında, bitaraf bir makam tarafından tetkik edileceğine dair taahhütte bulunmak şayanı arzudur.

7 — Bir hükûmet arazisi dahilindeki himaye cemiyetlerinin birleşerek (millî bir merkez) tesis eylemeleri ve müteakiben millî merkezlerin de (beynelmilel bir cemiyet) teşkil etmeleri şayanı arzudur. İşbu beynelmilel cemiyet, kendi memleketlerine gitmelerine müsaade edilmiş olan mahkûmlara ve meşruten tahliye edilmiş olanlara muavenet zımnında nizamnameler hazırlanmalıdır. Bu hususa dair daha ileride devletler arasında muahedeler aktedilmelidir.

## ÜÇÜNCÜ SUAL

Cürümlerde vukua gelen tebeddül ve tahavvül ile bunların sebeplerini mürakabe ve tetkik için beynelmilel teşriki mesaide bulunmak kabilmidir? Ve kabilse bu hal ne surette olmalıdır?

### İZAHI

Suç ikaına ve suçların ziyadeleşmesine veya azalmasına amil olan saikler gibi hadiseleri kendine mevzu ittihaz eden (Suç ilmi - Kriminologie ) ile meşgul olanların müşahede ve tetkikleri - şimdiye kadar - yalnız bulundukları memleketler muhit ve sahasına münhasır kalmıştı. Zamanımız şeraiti içtimaiyesi bütün memleketleri biribirlerine girift ve mütesanit rabıtalar ile bağladığı cihetle gerek bu noktadan ve gerek muhtelif devletler ceza kanunlarının tevhidine dair olan fikirlerin tasavvur hududunu geçip teşebbüs haline intikal eylemeğe başlaması hususundan dolayı Kriminolojiyi alâkadar eyliyen tetkikatın da dar olan millî sahadan çıkarılıp geniş olan beynelmilel sahaya kadar tevsi ettirilmesi lüzumu zarurî bir hal almıştır. İşte bu mevzu hakkında muhtelif memleketler mümessillerinin fikir ve mütalâalarını anlamak ve mevzua



497

müsbet bir surette cevap verildiği takdirde tetkikata esas olacak metodu tayin eylemek için işbu üçüncü sual tertip edilmiştir.

## KARAR

Cürümlerin tebeddül sebeplerini yeknasak bir metot ile ve fennî bir tarzda tetkik için milletler arasında mesainin tevhidi hususu mümkün ve hatta şayanı arzudur.

### Temenni

Suçluların fennî bir surette tetkikleri için yeknasak bir metot hazırlamak arzu edilir bir keyfiyettir.

## Takrir

Kongre, yukarıdaki karar ve temenniyi mevkii tatbika koymak için en iyi vasıta ve tedbirleri aramağa beynelmilel ceza ve hapishaneler komisyonunu davet eyler.

## DÖRDÜNCÜ KISIM

## Küçüklük

## BİRİNCİ SUAL

*Çocuklar mahkemeleri nasıl teşkil edilmelidir?*

Bu mahkemenin yardımcı hizmetleri ne suretle tanzim olunmalıdır.

### İZAHI

Bu sualin birinci kısmı, çocuklar mahkemelerinden beklenilen hizmet ve faidelerin azamî bir surette elde edilebilmesi bu mahkemelerin ne suretle teşkil edilmesi lâzım geleceğini ihtiva eyler bu nevi mahkemeleri müctemi hâkimlerden mi terkip eylemeli? Yoksa bu hususta tek bir hâkim mi kabul eylemeli? Kadınlara da hâkimlik vazifesi verilebilir mi. Bu müessesede doktorların, pedagogların vazifeleri ne olmalıdır?

Sualin ikinci kısmı, çocuklar mahkemelerinin ehemmiyetli bir mütemmimi olan ve vazifelerini ifa için muhtaç oldukları, delekelik, rapor-



498

törlük, çocuk melceleri gibi (yardımcı hizmetler - Services auxiliaires) nelerden ibaret olduğunu birer birer saymak, muavenet hizmetinde bulunacak kimselerin vazifelerini tayin eylemek ve bunların vazifelerini hakkile ifa edebilmeleri için ne suretle teşkil edilmeleri lâzım geldiği hususlarını muhtevidir.

## Karar

Küçükler tarafından işlenmiş olan suçları muhakemeye memur olan makamlar - bu makamlar ister adlî olsun ister olmasın - reşit olan kimseleri muhakeme eyliyecek makamlardan farklı olmalıdır; bundan başka her halde çocuklar mahkemesi hâkimleri de çocuk ruhu hakkında malûmat sahibi kimselerden teşekkül etmelidir. Bu kabil mahkemeler kararlarını da çocukları himaye fikrinden mülhem olarak vermelidir.

Çocuk mahkemeleri, mümkün olduğu kadar, çocukların işledikleri suçlarda mutahassıs olan tek bir hâkimden vahut müctemi hâkimlerden mürekkep olmalıdır; bu sonuncu halde aza olarak doktor, terbiyeci Pedagok, içtimaiyatçı kimseler intihap olunmalıdır, kadınların gerek mahkeme reisi olarak ve gerek aza sıfatile - gayet geniş bir hudut dahilinde - iştirakleri tavsiyeye şayandır.

Çocuk hakkında tatbik edilecek tedbirler hususunda mahkemeyi tenvir için bunların geçmişteki hali, yaşadığı içtimaî muhit ve tabiat ve haslatı ince bir tetkike tâbi tutulmalıdır, işbu tetkik esnasında, mümkün olduğu kadar geniş bir surette tababeti ruhiye - Psychiatrie - ve fennî terbiye mutahassıslarının ve mesaili içtimaiye ile meşgul kimselerin muavenetlerine müracaat etmek lâzımdır.

Çocuk mahkemelerine merbut yardımcı hizmetler, bu meselelere dair sureti mahsusada teknik malûmata sahip ve daimî bir surette bu işe hasrı nefseylemiş olan kimselere tevdi olunmalıdır.

Bu kabil hizmetlerde bulunmak arzusunda olan diğer kimselerin de muavenetleri pek ziyade şayanı tavsiyedir; maamafih idare umurunun, yalnız bu işler ile meşguliyeti kendisine meslek edinmiş olan kimselere tevdii lâzımdır.

İşbu yardımcıların vazifeleri tekrar suç işlemeğe mani olacak tedbirler ile suç işlemiş olanları ıslah ve tehzip edecek tedbirler almaktır. Ve bu tedbirler mahkemenin hükmünden evvel, hüküm esnasında, hükümden sonraki zamanları ihtiva etmek üzere her üç safhayada şamildir.

Çocukların tıbbî ve Fizyoloji - Psikolojik muayenelerini kolaylaştır-

mak için mahkemenin emri altında olmak üzere hususî müşahede müesseseleri ihdası münasip olur.

Bundan başka çocuklara tatbik edilecek terbiye tedbirlerinin icrasını temin için hususî müesseseler teşkili lâzımdır. Bu müesseselerde tatbik edilecek tedbirleri mürakabede ve bu tedbirlerin muvakkaten tadili yahut şarta mua'llâk veya kat'i olarak ref'i gibi bütün tadilâtı icrada mahkeme sahibi kudret olmalıdır.

## İKİNCİ SUAL

Genç yaşındaki suçluları (Ceza ehliyeti noktasından reşit, fakat medenî ehliyet cihetinden gayri reşit kimseler) hususî müesseselerde yahut hapishanenin bunlar için ayrılmış bir kısmına koymak hakkını hukuku adiye mahkemelerine vermek şayanı arzu mudur.

Bu hale tasdik cevabı verildiği takdirde bunların tehzibi ahlâkları hususunda kabul edilecek usul ne olmalıdır ? Terbiye mi ? tecziye mi ?

## İZAHI

Malûm olduğu üzere iyiyi kötüden ayırt etmek hassası, faideli bir akdin zararlı bir akitten tefrik eylemek kudretinden daha evvel başlıyacağı cihetle hemen bütün memleketlerde ceza mes'uliyeti sinni, hukukî ehliyet yaşından daha evvel başlar, buna mukabil suçun işlendiği zaman henüz ceza mes'uliyeti sinnine gelmemiş olan küçüklerin çocuklar mahkemelerine bilâkis bu yaşı doldurmuş olan kimselerin ise umumî mahkemelere tâbi olmaları hemen bilcümle devletler tarafından kabul edilmiştir. Fakat kanunlarca kabul edilmiş olan ceza mes'uliyeti yaşını ikmal etmiş fakat hukukî ehliyet sinnine henüz vasıl olmamış çocukları suç işlemeğe sevkeden amiller ekseriya sinni kemale gelmiş olan kimseleri tahrik eyleyen âmillerin aynı olmadığı cihetle bunlar hakkında da sinni kemalde olan kimselere verilecek cezaları aynen tatbik etmenin ne dereceye kadar doğru olduğu epeyce zamandanberi münakaşaya sebebiyet vermiştir. İşte bu meselede lehdar ve aleyhdarların fikirlerini anlamak ve bu hususta bir karar verilmek için işbu sual kongranın müzakere listesine ithal olunmuştur.

## Karar

Her ne kadar bütün memleketlerde küçüklerin (meselâ on dört yaşındaki çocuklar) suç işlemelerine mani teşkilâtlar ve çocuklar mahke-



500

mesi namile yadolunan müesseseler yani ceza kanunile ceza muhakemeleri usulü kanununun ilk küçüklük safhasında olan kimselere (meselâ on dört on sekiz yaşındakiler) e tetabuk ettirilmesi için hususî mahkemeler bulunması şayanı arzu ise de genç suçluların (meselâ on sekiz yirmi beş yaşındakiler) tâbi olacakları mahkemelerin hususî kanunlar ile tayin ve tanzimi, bu mahkemeler kaza kuvvetinin mutahassıs hâkimler tarafından ifası, hukuku adiye mahkemelerinin bu sınıfta bulunan suçluları hususî bir müesseseye yahut haklarında en geniş manasile terbiye müeyyidesi tatbik edilmek üzere hapısanelerin ayrılmış bir kısmına koymak hususunda ihtiyara sahip olmaları da aynı derecede şayanı arzudur.

Genç suçlular için hususî müesseseler kabul edildiği takdirde bunlara «hapishaneden» başka bir isim verilmesi de arzu olunur.

## ÜÇÜNCÜ SUAL

Hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olan küçüklere gerek ücret ve gerek ikramiye olarak yahut sair bir suretle kendisine ait olan paranın kullanılması, idaresi, mürakabesi ne suretle tanzim olunmalıdır?

Bu paradan mahkeme masrafları alınabilir mi?

### İZAHI

Bu sual, 1925 senesinde Londrada toplanmış olan «beynelmilel hapishaneler» kongırasının müzakerat programına dahil olan umumî bir meselenin ehemmiyetli bir cüz'üdür.

Filvaki mezkûr kongra, bir mahkeme kararile ıslahhaneye konmuş olan suçlu çocukların da, çalıştırılmaları ve bundan husule gelecek paranın ıslahhaneden çıktıktan sonra kendilerine verilmeleri lâzım geldiği hususuna dair bir karar vermiş ise de himaye cemiyetlerine, hususî şahıslara teslim edilmiş olan küçükler hakkında bu meselenin ne suretle tanzim olunacağını müzakere etmemiş ve bu hususun bir karara raptını kendisinden sonra toplanacak kongraya bırakmıştır. İşte bu karar neticesidir ki üçüncü sual müzakere fihristine ilâve olunmuştur.

### Karar

Hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olan her küçük namına ayrı bir hesap açılması şayanı arzudur, bu hesaba, mahkûmların çalıştırılma-



701

larından husule gelen para ile masraflar, ikramiyeler ve hariçten verilmiş olan paralar kaydedilir.

Ayrı Ayrı hesap tutmağı kabul eylemeyen hususî müesseseler küçüklerin muhafazası veya mürakabesi hususları geri alınır.

Mahkûmların çalışmalarından husule gelen paranın idaresi, hale göre hükûmet, hususî müessese veya bir kimse tarafından temin edilir.

Bu paranın ne suretle istimal edileceğinin bir nizam altına alınması lâzımdır. Bu para, istimaline cevaz verilmiş olan küçük miktarda cep masraflarile elbise almağa sarfolunabilir. Mahkeme masraflarile mahkûmun iaşe masrafları mahkûmun ailesine tahmil olunur. Fakat bunun için, ailenin küçüğün suçundan mes'ul tutulmuş olması ve fakir bulunmaması lâzımdır.

Kongranın verdiği kararlar temenni mahiyetinde olduğu cihetle hiç bir vesika imzalanmamıştır.

Hükûmet Murahhası
**Ankara Hukuk Mektebi Ceza Profesörü**
*Bahattin*

502

# MÜTALÂALAR

## HUKUKÎ MÜTALEALAR

### Ceza işleri müdürlüğüne yazılmıştır.

19/5/931 Tarih ve 456 numaralı müzekkereye C ;

İflâs daireleri teşkil edilmiş bulunmadığından - mahkemelerin bu bapta kanunen teayyün etmiş vezaifinden maadasında - İflâs takibatına icra dairesi tarafından bakılacağı 5 / 2 / 931 tarih ve 1315 numaralı umumî tahriratla tebliğ edilmiş ve esasen icra ve iflâs kanununda tasfiye muamelesinin mahkemede rüyetini mümkün kılacak bir hüküm de mevcut bulunmamıştır. İflâs işinde mahkeme ancak iflâsın açılması ve kapanması gibi bazı kazaî safhalarda selâhiyettardır. Kanunun 4 üncü maddesinde «bu vazifeyi mahkemeler de görür» tabirinden bütün iflâs işlerine mahkemece bakılır gibi bir manâ çıkarmak kanunun ne ahkâmı umumiyesine ne de prensip ve ruhuna tevafuk etmez efendim.

* * *

### Kastamonu C. M. U. liğine tebliğ edilmiştir:

11/3/931 Tarih ve 141 numaralı tahrirata C :

Asıl veya musaddak suretlerinin emin bir surette hıfzı iktiza eden vasiyetnamelerin sureti muhafazası hakkında ahkâmı mahsusa vazedilmemiş olduğu gibi sulh mahkemelerinde bunların hıfzı da her taraf için mümkün olamayacağından ve noterler aynı selâhiyeti haiz olmakla beraber tanzim edecekleri vasiyetnameleri hıfzedecek teşkilâta da malik bulunmalarına nazaran vasiyetnamelerin noterlere tanzim ettirilmesi hal ve maslahata muvafık olacağı ve taraflara birer nushası verilecek olan miras mukavelelerinin vasiyetnameler gibi asıl veya suretlerinin hıfzı kanunen mecburî olmadığı mütaleaten beyan olunur efendim.



503

## Vekâleti Celileye takdim edilmiştir.

1 - İstanbul icrasınca haciz hakkında yapılan istinabenin hacze tekaddüm eden ödeme emri itiraz müddeti geçtikten veya itiraz ref edildikten sonra yapıldığı derpiş edilmeyerek borçlunun beyana davet edilmediğinden bahsile vukubulan müracaat üzerine tevkifatın tatil ettirilmesi.

A - İşbu müracaatın itiraz mahiyetinden olmayıp ancak şikâyetten ibaret olacağına ve şikâyet ise icrayi durdurmayacağına,

B - Beyana ademi davet borçlu tarafından bir şikâyet sebebi teşkil edemeyeceğine.

C - İcrayi durdurmağa matuf hadisede rubu maaşın haczine karar veren İstanbul icrası selâhiyettar ve kırklareli icrasının işi ancak hacze dair olan iş'arı defterdarlığa bildirmekten ibaret olmasına göre yolsuzdur.

Keyfiyetin tayini muameleyi mucip olup olmadığının takdiri zımnında Ceza İş. müdürlüğüne tevdii menutu reyi samileridir efendim.

* * *

## Vekâleti celileye Tak. E.

H. usulü muhakemeleri kanununun tedbiri ihtiyatiye dair olan 101 ve 103 üncü maddeleri şeraitine nazaran ihtiyatî tedbir münazaalı olan bir malin aynının muhafazası gibi ahvalde mevzubahs olabilip iddia olunan bir alacağın temini istifası için müracaat olunacak yol ve tedbir ise ihtiyatî haciz usulü olabilir. Hadisede ihtiyatî haciz hakkında icra ve iflâs kanununun tasrih ettiği esbaptan hiç birinin mevcudiyeti tesbit edilmiş değildir. Binaenaleyh yolsuz olan işbu muamelenin hâkim hakkında tayini muameleyi mucip olup olmadığının takdiri zımnında Evrakın Ceza işleri müdürlüğüne tevdii menutu reyi samileridir efendim.

* * *

## Devlet şurası riyaseti celilesine Tak. E.

14/5/931 Tarih ve 18/2526 numaralı tezkereleri C.

Kanunu medenî ve borçlar kanununun mehazı olan İsviçre mevzuatına göre faiz mikdarı hakkında ticarî muamelelerle adi muameleler



Goy

hakkında bir fark gözetilmiş değildir. Yalnız umumiyet itibarile bizim borçlar kanununun 307, 308 inci maddelerine tekabül eden ahkâm dairesinde bir ayrılık görülür, sui istimal derecesinde olan fahiş faizler hakkında ancak borçlar kanununun 21 inci maddesinin natık olduğu hükümlerle kanton ceza kanunlarının (Usure) hakkındaki ahkâmı kabili tatbik olur.

Mevzuatımız noktasından temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesi 29/1/931 tarihinde tevhidi içtihat zımnında (mevadı adiyede faizin haddi azamı mürabaha nizamnamesine tâbi olup mukavele ile serbestce tayin edilmez ise de mevaddı ticariyede faizin mukavele ile serbestce tayin edilip edilmiyeceğine dair temyiz mahkemesi ticaret dairesinde hasıl olan ihtilâf üzerine aşağıdaki kararı ittihaz etmiştir. Ayni günde mevkii meriyete giren borçlar kanununun 72 inci maddesinde mukavele ile faiz mes'elesinde sui istimalin meni hukuku amme kanunlarına mürabaha nizamnamesine tâbi olduğu tasrih edimişken buna muhalif olarak ticaret kanununun 654 üncü maddesinde faiz mıktarı serbestce tayin olunabileceği gösterilerek faizin haddi azamı tahdit kılınmamış olmasına mebni mevat ve muamelâtı ticariyede mukavele ile tayin olunacak faiz mıktarının serbest olup mürabaha nizamnamesine tâbi olmadığını «ekseriyetle» kabul eylemiştir. Bu karara göre faiz, mevadı adiyede azamî mikdarı yüzde dokuz olacak ve mevaddı ticariyede ise serbest olarak tayin olunabilecek demektir.

Rehin ve ikraz müesseselerinde alınacak faizin ticaret kanunundaki hükme mi yoksa hukuku adiyede kabul olunan hadde mi tâbi olacağını tayin için bu müesseselerin iştiğal edecekleri ikrazat işlerinin mahiyetini tesbit etmek icabediyor.

Kanunu medeninin 876-883 üncü maddelerinde mevzubahs olan rehin mukabilinde ikraz müesseselerinin iştiğal edecekleri muameleler hususî hükümlere tâbi tutulmuştur. Bu nevi ikrazlar hakkında kanunu medenî yalnız hukuku adiye noktasından (K. M. 878-882) değil hukuku amme noktasından da (Madde 876-877) bir takım kaideler koymuştur.

Mevzuu gayri menkuller değil ancak ve hem de dar manasiyle maddî haldeki menkul şeyler olan rehin mukabilinde ikrazat için hükûmetçe verilecek izin İsviçre kanunu medenisinin bize tam olarak nakledilmeyen 907 inci maddesi mucibince kantonlar tarafından amme müesseseleriyle menafii ammeye muhtas teşebbüslere hasrolunabilir. Ve bizim 807 inci maddede kabul edildiği üzere hususî müesseselere ancak mahdut bir zaman için verilebilir. Yine İsviçre kanununun mezkûr 907 inci maddesi mucibince bu ikrazat bir resme de tâbi tutulabilir, İsviçrede bu yoldaki ikrazat ufak tefek ikrazattan ibarettir. Netekim bern kantonu bunu yüz fırank daha aşağı ikrazlara hasretmiştir.



505

Bizim ticaret kanunumuzda değıl, alelâde hukukumuzu ihtiva eden kanunu medenide hususî surette mevzubahs olan bu muameleler hükûmetçe verilecek bir izin ve ruhsat ile icra edilebileceğine göre faizi tamamen serbest bırakmak değil tahdit etmek maslahata daha muvafık görülür. Esasen bu müesseselerin iştiğal edecekleri ufak tefek menkul rehinli ikrazatın mahiyeti de böyle bir tahdidi muhik kılar.

İsviçrede bir muamele adi olsun ticarî olsun faiz mıktarı serbest surette mukavele edilebileceği halde rehinli ikraz işlerinde faiz miktarını tahdide kantonlar selâhiyettardır. Ve tahdit te etmektedirler. Bizde bu işlerle iştiğal edecek müesseseler ticarî ve bu muameleler Banka muamelâtı addolunmak suretiyle mezkûr ikrazata ticaret kanununun 21 inci maddesi dairesinde âkitlerin sıfat ve niyetine bakılmaksızın bir ticarî mahiyet verilebilse dahi bu hal mutlaka faizin serbest bırakılmasını icap etmez. Müstakrızın sıfat ve niyetinin nazara alınması aynı müessesenin bir kısım muamelesinde faiz noktasından serbest ve bir kısmında mukayyet olmasını intaç eder. Ve bu surette de ticaret kanununun 757 inci maddesi hükmünün akim bırakılması kolay olabilir.

Binnetice temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesi kararına göre rehin ile ikraz müesseselerinin iştiğal edeceği işler adi addolunduğu takdirde faiz mikdarı yüzde dokuz ve ticarî addolunduğu takdirde serbest olmak lâzım gelecektir. Ancak ticarî addolunması halinde dahi İsviçredeki gibi faiz miktarı tahdit olunabilir. Bu tahdit için esasen İsviçre kanunu medenisinin bize alınmıyan 915 inci maddesi mucibince kantonlara verilmiş bir selâhiyet te vardır efendim.

* * *

## Ceza işleri müdürlüğüne Tğ. E.

İstifsar buyrulan mesele hakkında avukatlık kanununda sarih bir hüküm olmamakla beraber 1220 numaralı muaddel avukatlık kanununun birinci maddesi mucibince baro olmayan yerlerde inzibatı meslekinin temini ve indelhace beşinci maddede mezkûr intibahî cezaların tertibi mutlak surette mahkemeye ait olduğu yazılı olmasından bu kabil mahallerde dava vekilliği veya avukatlık edenler hakkında inzibatı meslekinin temini zımnında mücazat tertibinde mahallî mahkemesinin salâhiyettar olacağı istidlâl olunmaktadır efendim.

* * *



506

## Ceza işleri müdürlüğüne Tğ. E.

20 - 5 - 931 tarih ve 362 numaralı tezkereleri cevabıdır:

İnzibatî mahiyette olsa dahi bilhassa hüküm ve ceza verccek şahsın bitaraf olması umumî bir kaide olarak kabul edilmek lâzımgelir. Gerek baro inzibat meclisi sıfatile olsun gerek onun yerine salâhiyettar kılınan mahkeme heyeti olsun bu adalet teminatından vareste kalamaz. Fakat vukatlık kanununda ret hükmünden ve esbabından sakit kalınması bu umumî kaide ve teminatın terkini tazammun edemez, burada doldurulması lâzım gelen bir boşluk vardır. Fakat bu boşluğun hukuk usulü muhakemeleri kanunu dairesinde doldurulması lâzımgeleceği teemmüle şayandır, Ceza muhakemeleri usulü kanununun ret ahkâmı daha ziyade varidi hatır olur efendim

* * *

## Bafra Cümhuriyet müddei umumiliğine Tğ. E.

9 - 2 - 931 tarih ve 1347 - 110 numaralı tahrirata cevaptır.

Haczolunan mallar Alaçamda olup Alaçam mıntakasında da sulh mahkemesinden başka asliye mahkemesi olmamasına ve ihtiyatî haciz, şeraitine nazaran müstacel bir iş olup bu gibi müstacel olan işlerde salâhiyet en az masrafla ve en çabuk nerede mümkün ise orada tesis edilebileceği hukuk usulü muhakemeleri kanununun 104 üncü maddesinde ihtiyatî tedbir noktasından tasrih edilmiş ve ihtiyatî tedbirle ihtiyatî haczin illeti de aynı bulunmuş ve icra ve iflâs kanununda mahkeme tabiri mutlak söylenerek esas hakkında hüküm verecek mahkeme diye takyit te edilmemiş olmasına göre sulh hâkiminin 400 ve 500 liralık senede merbut alacak için borçlunun emvaline haczi ihtiyatî vaz etmesinde bir yolsuzluk görülemediğinin müstediye tefhimi

* * *

## Balıkesir C. M. U. liğine Tğ. E.

29 - 3 - 931 tarih ve 119 numaralı tahrirat cevabıdır.

Satılığa çıkarılan mala birinci ve ikinci artırmada talip çıkmazsa takip tabiatile düşer. Ancak şüyuun izalesine dair hükümlerin infazında takibe zaten satış safhasından başlanmasına ve bunların infazında



507

ödeme emri tebliğ ve haciz gibi muameleler mevzu bahis olamıyacağına göre alâkadarlardan birinin talebi halinde gene bu safhadan başlanarak muameleye devam edilmesi zarurî görüldüğü mütalâaten beyan olunur, Efendim

* * *

**Adana M. U. liğine Tg. E.**

24 - 3 - 931 tarih ve 148 numaralı tahrirat cevabıdır:

Borçlunun ikametgâhının meçhul olmasından dolayı ilâm veya bu mahiyetteki vesikalara müstenit takip taleplerile diğerleri arasında kanun bir fark yapmamıştır. Ancak ilânen tebliğ cihetine gidilirken borçlunun ikametgâhının meçhul olduğu yolundaki mücerret beyanile iktifa edilmeyip borçlunun evvelki ikametgâhı nerede bulunduğu, bir vekili olup olmadığı ve ikametgâhını ne zaman terkettiği ve nereye gittiği hakkında alacaklı tarafındau tahkikat yapılıp ta akim kaldığına icraca kanaat hasıl edilmesi muvafık olacağı mütalâaten beyan olunur efendim.

508

# GAYRİ RESMÎ KISIM

## Şartı Cezaî

- Mabaat -

II. AKTİN NATAMAM OLARAK İCRASI: — Bu takdirde terettüp edecek hüküm birinci şıkta olduğu gibi aktin icra edilmemesi halinde terettüp edecek hükmün aynıdır. Ancak alacaklı aksine mukavele olmadığı takdirde ya natamam kısmı ret ile şartı cezaiyi veya şartı cezaiden tenzilât icrasını talep edebilir.

III. AKTİN MUAYYEN ZAMANDA VEYA MEŞRUT MAHALDE İCRA EDİLMEMESİ. — Bu takdirde alacaklı hem aktin icrasını hem de şartı cezaiyi talep edebilir. Fakat ihmal vecibesinde ademi ifa bir hataya makrun olmalıdır.

Fakat bu hükmün iki istisnası vardır. (158) inci maddenin ikinci fıkrasına nazaran:

a) Alacaklı sarahaten bu hakkından ferağat etmişse

b) Yahut kaydi ihtirazi dermeyan etmeksizin kabul etmişse

Birinci takdirde bilfarz zaman ve mekân itibarile gayri sahih bir tediyeyi kabulden evvel alacaklı bu hakkından sarahaten ferağat eylemiş veya natamam tediyeden memnun kaldığını beyan eylemişse artık şartı cezaî iddiası bilâhare mesmu olmaz.

İKİNCİ TAKDİRDE — Kaydi ihtirazisiz kabul alacaklının şartı cezaî iddiasını bertaraf eder. Kaydi ihtirazî külfeti, bunu dermeyan icap ettiği takdirde serdedilmelidir. Yapmamak vecibesinde böyle bir kayıt dermeyanı mevzu bahis olamıyacağı için kaydi ihtirazi dermeyan edilmediği de iddia olunamaz. müellif (Şitavp) e göre alacaklı onun natamam olduğundan veyahut mukaveleye muhalif bulunduğundan malûmattar olmasa bile gene kaydi ihtirazî dermeyanı zaruridir. Bilâ kaydi ihtirazi devam eden kabul. Bu kaydin dermeyan tarihinden itibaren tamamı hakkında muteberdir.

Kaydi ihtirazinin dermeyan edilmemesinin neticesi ancak şartı cezaîde tebarüz eder. Şartı cezaiden müstekil olan iddialar baki kalır.



409

Çünkü kaydi ihtirazi ancak edanın kabulü zamanında mevzu bahis ve şartı cezai de bu edayı temin için mevzudur.

Ancak edanın bilâ kaydi ihtirazi kabulü halinde haciz iddiası sakit olur. Kısmî tediyede değil. Binaenaleyh kısım kısım edası lâzım gelen vecibelerde birinci edada veyahut esas edanın ifasında dermeyan olunan kaydi ihtirazî heyeti umumiyesini kurtarır. Bir kül olan para vecibesinin edasındaki gecikmeden dolayı bir şartı cezaî konmuşsa ancak son taksitin esnayı edasında dermeyan edilen kaydi ihtirazi muteberdir. Fakat eğer her taksit başlı başına bir eda ifade ediyorsa her taksitin edasında kaydi ihtirazinin de dermeyanı zaruridir. Meselâ her sene tediyesi lâzim gelen senede senevi taksit bir kül teşkil ettiği için edanın noksan zuhuru takdirde her sene kaydi ihtirazî dermeyan edilmelidir.

CEZANIN MİKTARI — Esas itibarile ceza tarafeyn canibinden serbestçe tayin olunur. Fakat ceza gayri ahlâkî bir mahiyet arzetmemelidir. Ancak vazıı kanun intizamı amme noktai nazarından tarafı diğerin aczini sui istimale matuf fahiş cezaları tenzile hâkime salâhiyet vermiştir. (Borçlar kanunu 161)

İsviçre federal temyiz mahkemesinin 10 mayıs 926 tarihli bir kararı borçlar kanununun (161) inci maddesine güzel bir misal teşkil ediyor. Bu kararda mevzu bahsolan nokta şudur. Hâkim mukavelede tayin olunan cezayı tenzil ve tadile salâhiyettar mıdır? Federal mahkemenin tetkik ettiği hadıse gayri meşru rekabete mütedairdi; ve müddeiden fırınını iştira eden müddeaaleyh on sene müddetle hiç bir suretle müddeiye rekabet etmemeği vadediyor. Aksi takdirde on bin frank tediyesini taahhüt eyliyordu, Mahkeme müddeaaleyhin rekabetinden müddeinin mutazarrır olabileceği gibi hiç bir suretle mutazarrır olmaması ihtimalini de nazarı dikkate alınarak mutlak olan meşrut cezayı biraz fahiş gördü, ve bir teseyyüp olarak cezanın fahiş olup olmadığını tayinde müddeinin rekabeti men şartile mukavelesini esnayı in'ikadında nazarı dikkate aldığı menfaatlar değil belki müddeaaleyhin mukavele ahkâmına muhalefet suretile yaptığı muamelelerden müddeinin ne derece mutazarrır olduğunu tetkik etmek lâzım geldiğini beyan etti, ve şartı cezaî ile zarar arasında sarih ve vazıh bir nisbetsizlik olduğu takdirde esnayi akitte tarafeynin mevzu bahsolan menfaatlarını yanlış takdir ettiklerini farzederek ceza tenzil edilmelidir kaidesini vazetti.

Profesör (Oser) e göre hâkimin cezyı tenzil hususunda ittiba edeceği kaide:

1 — Hâkim cezayı fahiş görürse cezayi tenzil için hakkı ihtiyara sahip değildir. Belki tenzile mecburdur. Bu hususta hâkimin hakkı takdiri mutlaktır. Fakat tayin edeceği miktar tarafeynin mukavelede



٩١٢

tesbit ettikleri miktarı tecavüz edemez. Bilâkis (Ştavp) e göre hâkim cezayı tenzil için talebe intizar etmelidir.

2 — Hâkim için talî bir hudut yoktur. Vecibenin edasında alacaklının hiç bir menfaati yoksa hâkim cezayı büsbütün iskat edebilir.

3 — Hâkimin hakkı takdirine esas olan noktalar şunlardır.

a — Ceza ile itfa edilecek menafi arasındaki münasebet, binaenaleyh hakikatta tahassül eden zarar pek az haizi ehemmiyettir. Burada tehlikeleri de nazarı dikkate almalıdır.

(Staub) a göre menafiden maksat alacaklının iktisadî ve hukukî menfaatleridir. Zararın yalnız rakkam ile ifadeye kabiliyetli olması kâfi değildir. Nazarı dikkate alınacak cihet zararu ziyan ile ceza arasında ehemmiyetli fark olup olmadığıdır.

b) BORÇLUNUN KUSURU. Zararın derecesi. Zararı vücude getiren ahval ve şerait.

c) Tarafların iktisadî vaziyetleri, borçlunun tediye kabiliyeti, ve borçlunun vecibesini nakız surətile istihsal ettiği menfaati.

4 - Borçlu cezanın indelicap tenzilinden feragat edemez.

Ticaret kanunumuzda şartı cezaiye dair sarih bir hükme tesadüf edilmiyor. Ancak dördüncü babın taahhüdatı ticariye hakkında maktu zarar ve ziyandan bahsedilmektedir. (647) inci maddenin bahsettiği zararüziyan şartı cezaiden başka bir şey değildir. (647) inci madde ile borçlar kanununun (158) inci maddesi arasındaki ehemmiyetli fark burada hâkimin hakkı tenzilinin refedilmesinden ibarettir. Filhakika ilk fıkrada vazıı kanun (hini mukavelede maktu zararüziyan olarak tesmiye kılınan meblâğ mütaahhüdünlehin taahhüdün ifası halinde, istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarı tenzil edilemez) demektedir. Ve bu maddenin müşabih hükmünü Alman ticaret kanununun (348) inci maddesinde görmekteyiz. Fakat maalesef bizim kanunumuzda bu maddenin sebebi vazı'ı mühimdir. Alman kanununa göre hakkı takdirini istimalden memnuiyeti ancak bir tüccarın ticaretini ifa esnasında vadettiği şartı cezaide kabili tatbiktir. Ve vadedenin tüccar olması kâfidir Bizde ilk (23) madde ile hukuku medeniye sahasına girebilecek bir çok mevadı sahasına alan ticaret kanunu bu maddesile borçlar kanununun hâkime verdiği hakkı takdiri ehemmiyetli surette bertaraf etmiş oluyor. Binaenaleyh bizde Alman kanununda olduğu gibi şartı cezaiye dair mukavele yalnız tüccarlar hakkında değil 642 inci maddede münderiç olduğu üzere muamele müteaddit kimselerden yalnız biri veya cümlesi hakkında mahiyeti ticariyeyi haiz olduğu takdirde de cümlesi hakkında itlâk üzere muteberdır,



SU

Borçlar kanunile ticaret kanunu arasında bir fark daha görüyoruz. Borçlar kanununun 158 inci maddesinden bahsederken müellif (Ştavp) a göre mütaahhüdünlehin hem aktin icrasını hem de şartı cezaiyi istemesi halinde maruz olan şartı cezainin tercihi olduğunu söylemiştik. Halbuki ticaret kanunu 647 inci maddesinin ikinci fıkrasında asıl olan mütaahhidin aynen ifası olacağı ve hilâfına mukavele olmadığı surette taahhüdün aynen ifası yerine maktuen tesmiye kılınan meblâğı ahzile iktifaya icbar olunamayacağı beyan edilmektedir.

*İ. Hakkı*

512

*(Andreas Von Tuhr) un Borçlar şerhinden:*

# MATLUBUN TEMLİKİ

***Mütercimi: Müderris Esat Muhlis Bf.***

**- Mabaat -**

Borçlunun vaktinde edayideyn etmemesi yüzünden farığın maruz kaldığı hacze mukabil tazminat talebi, (103, 1 inci madde) mefruğunleh için teehhür dolâyısile diğer talepler tanılmasına rağmen baki kalır. Sebepden başka bir matlup tahaddüs eder. Kusur sebebile teahhüdün ifa edilememesinden mütevellit tazminat talebi (madde 97) mefruğun ileyhe intikal eder. Çünkü bu talep taahhüdü icra talebi makamına kaim olur.

Bu taahhüdün ifasındaki imkânsızlık devirden evvel vukua gelmiş ise fariğın menafii sabıkası nisbetinde taahhüdün ifasındaki imkânsızlık devirden sonra vaki olmuş ise mefruğun ileyh malın alacaklısı sıfatile menfaati ifa edilmeyen teahhüt ile tesviye edebilir. Taahhüdün ademi icrası ve tehiri dolayısiyle itası lâzım gelen mukavelesi esas alacak ile birlikte mefruğunlehe intikal ettiği halde teahhüdün gecikmesine mukabil vadedilen ve devirden evvel sukut eden makamın cezası fariğa ait kalır.

Tazminatı adliye ve dava masrafına ait tazminat edası mefruğunlehe intikal eder, bu masraf asıl matluba ilâve edilir.

c) Mefruğunileyhe intikal eden ferî haklar meyanında asıl merbut olan teşkil hisseleri (gestaltungsrecht) bilhassa mütekabil borçlarda alacaklıya ait olan intihap hakkını yani ihbar ile matlubu iskat eden hak, takas hakkını yani 107 inci madde mucibince de borçluya bir mühlet itası hakkı ve muahhar taahhüdattan ferağat hakkını (burada matlubun muhteviyatı tazminata tahavvül eder). Zikredebilir.

Diğer teşkil hisseleri borç ile vasi manasile merbut kalır ve binnetice farığa ait olur.

Mefruğunileyhe intikal eden rüchan hakları meyanında icra ve iflâs kanununun (madde 219) a tevfikan borçlunun hini iflâsında muayyen matluplara şamil olan imtiyazlı ve müstesna vaziyetlerdir. Bu takad-



310

düm rüchan haklarının ekserisi dayinin evsafı şahsiyesine değil esbabı teşekküllerine iptina eder. Ve matlubun devr edildiği kimseye raci olur. Meselâ ücret talebi gibi; müteehhil kadınların hakkı takaddümü için bir istisna mevcuttur. İ. Kanunu medeninin 211 II. inci ve 224 II. inci maddelerine nazaran bu hkakı rüchanın devri muteber değildir. Fakat müteehhilenin kendi hakkı takaddümünü başka bir alacaklıya alacağı mukabilinde devr edememesini imtiyazlı hakkı takaddümü haiz karı emlâk matluplarının gayri kabili devir olduğunu ifade etmez. Yalnız bu matlubun hini devrinde hakkı imtiyaz ve takaddümde sakıt olur. Kanaatıma göre mesele şudur: Mefruğunileyh matlubunu ilâm ettiği vakıt hakkı takaddüm talep edemezken müteehhile tarafından ilâm edilen bir matlubun devrine hakkı takaddüm ve bilhassa eshabı matlubun sırasile kaydı hitam bulduktan sonra mefruğunileyhe intikal eder. İcra ve iflâs kanununun 111 inci maddesinin konkurdato hakkı mefruğunileyhe intikal etmeyen şahsî salâhiyetlerdendir. İflâs hakkı rüçhanı gibi kanunu medeninin 954/60 ıncı maddesi tescil ile kespi takviyet eden matlubun dahi matlubundan gayri kabili fek ve binaenaleyh mefruğunileyhe intikal eden bir vasıf ihdas ediyor. Matluba dair hakkı kazanın hakem mahkemesinin şartı (mukavele) mahsusu ile vukubulan istisnaiyet teşebbüsü dahi böyledir.

III. Devrin şumulü, devr için bahş edilen mukabil taahhüde tâbi olmadan tarafeynin arzusuna göre taayyün ve intikal eder. Mefruğunileyh matlubu bilâ bedel veya kıymeti mevzuasından aşağı bir bedeli iştira ile iktisap etse bile matlup mefruğunileyhe kıymeti mevsuasile intikal eder.

## § 96 - Matlubun devrinde borçlunun vaziyeti

Devir dolayisiyle mefruğunileyh matlubu, matluba ait bütün salâhiyet ve haklarile iktisap eder. Bu andan itibaren borçlu için mefruğunileyhe karşı olan münasebetlerine müteallik itirazat ve defiler vücude gelebilir. Borçlu, borcunu mefruğunileyhe karşı mütekabil matluplarile dahi mahsup edebilir. Diğer taraftan fariğ devir münasebetile alacaklı olmaktan uzaklaşmış olduğundan taahhüdün ifasını artık borçludan talep etmek hakkını haiz değildir: Fakat devri matlup borçlunun ne malûmatı ve ne de arzusiyle hadis olamadığı için alacaklının tebeddülüne merbut olan uyğunsuzluk ve rahatsızlıklardan sarfınazar borçlunun vaziyeti hukukiyesinin tehlikeye girmesi caiz değildir. Borçlunun himayesine matuf mevadı kanuniye işte bu hak ve insaf kaziyesine iptina etmektedir.

I. Evvel emirde eğer borçlu devrin icrasına vakıf olmadığı için malûmattar farığa ifayı taahhüt etmiş ise mefruğunileyhe ifayı taahhüde mecbur olması tehlikesine karşı borçlunun her halde himaye edilmesi



514

lâzımdır. Onun için (borçlu asıl şahısdan gayrisine ifayi taahhüt ettiği vakıt zararı iktiham eder kaidesine muhalif olacaktır.

167 inci madde eğer borçlu mefruğunileyh veya fariğın devri kendisine ihbarından evvel hüsnü niyetle borcunu eski alacaklıya tesviye ettiği takdirde bu eda ile borçlunun borcundan kurtulacağını beyan ediyor.

Kanunun müfadına göre tediyatın kurtarıcı tesiri borçlunun arzusile değil belki hukukuna ve hatta borçlu mefruğunileyhin borçlusu olmak ve tediyatı vakıayı fariğdan talep etmek daha muvafık geldiği takdirde vukua gelir. Mefruğunileyhe borçlunun muteber tediyatının matlubunda tevlit eylediği zarar için ancak fariğa müracaat ve bu hususta hatası olduğu takdirde kendisinden tazminat talep edebilir. Fakat fariğın bir kabahati olmadığı takdirde artık kendisine ait olmayan matlupdan tahsil ettiği mıkdarı iade eder. Mefruğunileyh fariğa yapılan tediyatı kabul etmek istemezse kanunu medeninin üçüncü maddesine tevfikan borçlunun devrin icrasından tamamen malûmattar olduğu veyahut icabı hale göre kendisinden beklenebilecak dikkati gösterdiği takdirde malûmattar olabileceğini isbat etmek suretile borçlunun mefruzolan hüsnü niyetini cerhetmek mecburiyetindedir.

Devir şayet evvelce ilân edilmiş ise hüsnü niyetle yapılan tediyat muteber değildir. İlân; (şifahî veya tahrirî) şekline tâbi olmayan bir ihbardan ibaret olup hukuku adiyeden farklı olarak yalnız mefruğun ileyh tarafından değil bilâkis fariğ tarafındanda (şahsı salis tarafından ancak fariğ veya mefruğunileyh namına) yapabilir,

Tesellüm ilmühaberini istilzam eden ihbaratı misillü ihtar ve ilânlar dahi muvasalatları anında borçlunun malûmat almasına hacet kalmadan lüzum ifade ederler. Onun için borçlu, ilânın muvasalatından sonra hüsnü niyetle fariğa ifayı taahhüt ederse borcundan teberri edemez. Bu madde bazı ahvalde borclu için şiddet ifade eden bir lûzum isede kanun mefruğunileyhe ancak ilân sayesinde borçlunun fariğa ifayı taahhüt etmesini men ve matlubunun kaybolmamasını temin edebilir. Ve bu şekilde ancak mefruğunileyhi himaye eder. Borçlu, ilânın zımmetine şüphe etse ve fariğı halâ kendi alacaklısı olarak telekki etse bile ilânı nazarı dikkate almağa yani eski alacaklı ifayı taahhüt etmemeğe mecburdur. İlânın sıhhatına dair bir delil isteyemez. Borçlu, ilâna rağmen eski alacaklısına taahhüdü ifa ederse bunu kendi tehlike ve zararına yapmış olur ve ilân sahih çıkarsa mefruğunileyhe tekrar tediyat yapmağa mecburdur. İlânın bu hükmü bunu borçluya bildiren kimse tarafından geri alınıncaya kadar bakidir. 167 inci madde ile fariğa hüsnü niyetle yapılacak tediyata hasredilen ahkâm, bu borçlu ile o ana kadar alacağı olan şahıs arasında matlup

etrafında cereyan edecek hukukî işler hakkında aynı suretle tatbik edilmek mecburiyetindedir. Mefruğunileyh adi tediyat misillû fariğın veya borçlunun poliçe tediyatını (ibra ve iskat) mühlet ve vade itası takası misillû hukukî muamelelerini eğer bu muamelât borçlu tarafından hüsnü niyetle vukubulmuş ve buna dair henüz bir ilân yapılmamışsa kendi aleyhine muteber olmasını kabul etmek mecburiyetindedir.

İlânlar (Avis) borçlunun hüsnü niyete müsteniden eski alacaklısına yapmış olduğu tediyattan teberri edememesi gibi menfi bir hükmü haizdir. İlânda mefruğunileyh olarak gösterilen kimseye tediyat yapmak mecburiyeti, ilân ile tesbit edilmez. Eğer borçlunun mefruğunlehe tediyat yapması lâzım ise sahte mefruğunlehin ilânile sebebiyet verilmiş olan devrin esbabı sübutiyesini isteyebilir. Devri matlup şekil hatasından veya başka bir sebepten dolayı muteber değilse fariğin verdiği ilân dahi sahih olmayabilir. Borçlu bilâhare gayri sahih olduğu tezahür eden bir ilâna itimaden sahte mefruğunalehe tediyat yapmış ise bu tediyatile alacaklısına karşı sureti kat'iyede tebriyei zimmet edemez. Ancak gayri sahih olan ilân alacaklı tarafından yapıldığı vakit borçlu borcundan kurtulur. Çünkü gayri sahih ilân alacaklının sahte mefruğunlehe tediyeye değin verdiğini tazammun eder. Hüsnü niyetle ifayı deyn eden borçlunun himayesi 167 inci maddede müteaddit devirlerede tevsi edilmiştir. Eğer alacaklı aynı matlubu evvelâ x. e ve müteakiben J ye devrederse bu iki devrin yalnız birincisi muteberdir

Eğer x e yapılan eski devir borçluya ihbar edilmemiş veya bildirilmemişse ve borçlu hüsnü niyetle (ikinci) mefruğunileyhe (J) ye edayı deyn ederse asıl alacaklıya edayı deyn etmiş gibi x a karşı tebriyei zimmet, etmiştir. Hakkını kaybeden asıl mefruğunileyh x ikinci defa yapılan devri matlup ile kendisini mutazarrır eden fariğ ile kendisine ait olmayan bir matlubu tasarruf eden yeni mefruğunileyhe (J) yi mes'ul eder.

III Fariğ, devri yapmakla alacaklı vaziyetinden çıktığı için borçlu devirden malûmat alır almaz devir kendisine ilân edilmese bile fariğe edayı deyn etmekten imtina edebilir, asıl alacaklının talep ve itirazına karşı borçlu yapılmış olan devre istinat ederse bu devri isbat etmeğe mecburdur.

Mefruğunlehe, yeni alacaklı sıfatile deynin kendisine edasını borçludan talep ederse umumî kaidei esasiyelere tevfikan (T. kanunu medeni 8) hakkın teferru ettiği vekayii yani matlubun vücudunu ve devr ile vukubulan iktisabı isbat etmekle mükelleftir. Bunun için mefruğunileyh usulüne tevfikan bir devir senedini (ilmühaberini) borçluya ibraz etmekle bedelin istifasında 88 inci maddesi müfadına göre hini hacette mevcut olan borç senedini iade ve teslim etmeğe mecburdur.

Borçlu, devrin muteber olmadığını devrin butlanını icap ettiren bütün



516

itirazatını ve bilfarz fariğin ehliyeti ticariyesini ve alacaklının namına devri yapan vekilin vekâleti olmadığını (borçlunun devri kâzip olarak gösterdiği devir bazen emniyet ve itibara müstenit muteber bir devir dahi olabilir ki) alacaklı; devri 31 inci maddeye tevfikan itiraz etmiş olduğu veya itiraz edebildiği takdirde 23, 28 ve 29 uncu maddeler ahkâmına tevfikan rızası olmaması yüzünden devrin muteber olmadığı ve matlubun gayri kabili devir olduğu itirazı 164 üncü maddeye tevfikan gayri mümkün bir hale gelmemişse devrin gayri kabil olduğunu dermeyan etmekle devrin hükümsüz olduğunu isbat edebilir. Bundan başka borçlu, vadeli veya şartlı devirlerde devrin muteber ve müessir olması için lâzım olan vadenin veya şartın henüz hulûl etmediğini beyan ile itiraz edebilir.

Halbuki borçlu, devri matluba esas olan sebebi münasebetlerin muteber olmadığını iddia veya fariğin mefruğunleh ile olan münasebetlerine müteallik iddiasını dermeyan edemez. Bilfarz mefruğunileyhin meselâ matlubu iktisap etmesine sebep olan satış mukavelesi gayri muteber veya 21 inci madde mucibince gabni fahişi muhtevi olması hasebile kabili itiraz veya mefruğunileyhin tediyattaki teehhürden dolayı 214 üncü madde f. III mucibince rücu suretile feshedilmişse fariğ matlubun tekrar devrini talep edebilir fakat bu hal, borçluya, mefruğuehe edayı deynetmekten imtina etmek hakkını bahşetmez

Borçlunun bu hususta fariğ ve mefruğunileyh arasında mevcut ve kendisine yabancı kalan münasebetlere de istinat etmesi şahsı salise ait bir itiraz olması hasebile gayri caiz olurdu, fakat fariğ matlubun iadesine ait talebini borçluya devrederse borçlu mefruğnnileyhe karşı bir hakkı itiraz ihraz etmiş olur.

Mefruğunileyh devrin vücuduna müteallik delâili borçludan yalnız deynin edasını talep ettiği zaman değil belki borçluya karşı bir taraflı bir muamelei hukukiyeye müteferri matlup ve meselâ matlubun ihbarı veya borçlunun mukabil bir matlubile mahsup iddiasını dermeyan ettiği zaman da talep edebilir. Çünkü bu misillû muameleler, gaye ve mevzularına göre vaziyeti hukukiyede nalâyık bir emniyetsizlik husule gelmemek maksadile muamele yapan şahsın sıfatını derhal tevsik edecek seri bir delil istilzam ederler. Bunun için borçlu, mefruğunileyh tarafından bildirilen bir vaade ihbarını veya mahsup muamelesini bu muameleye ait devir vesikası ve senedi ibraz edilmez veya bu ibraz meselesi derakap ifa edilmezse reddedebilir.

IV. Devrin meriyeti, fariğ ile mefruğunileyh arasında münaziünfih olur. Ve borçlu buna vakıf ise borçlu iddiai istihkak eden bu iki talipten hiç birisine emniyetle edayı deyin edemez. Borçlu fariğa veya

mefruğunileyhe edayı deyn ederse bunu 168 II madde mucibince kendi tehlike ve zararına yapmış olur. Tediyatı tahsil eden kimsenin sahih alacaklı olmadığı bilâhare tebeyyün ederse borçlu, borcundan tecerrüt etmez ve sahih alacaklıya tekrar edayı deynetmek mecburiyetinde olur: Taliplerden biri borçlunun aleyhine ikamei dava eder ve ona karşı galebe çalarsa aynı vaziyeti hakikiye varittir.

- Mabadi var -

# Türk Temyiz Mahkemesi Kararları

## AmMe hukuku - Şahsî haklar

Altın kaçakçılığı gibi kanunun münhasıran amme haklarını muhil ad ve o noktai nazardan ahkâmı mahsusa vazetmiş olduğu bir cürüm muvacehesinde gümrük idaresinin şahsî hakkı kabili mülâhaza değildir.

Ecnebi memleketine altın kaçırdığı iddiasiyle maznunaleyh Hakkı ağa hakkında rüsumat idaresinin tanzim kılınan müsadere mazbatası aleyhine vuku bulan itiraz istid'asının [mururu müddetten dolayi reddine dair sadır olan kararın indettemyiz nakzı üzerine cari muhakeme neticesinde muktezayi nakza tebean muhakeme icra ve ikmal kararı mahkeme icabından bulunmasına ve mahkeme zabıtnamesinin 3-3-1927 tarihli celsesinde itiraz istid'asının kabulüne karar verilmiş olması tetkıkatın bir zuhulden neşet eylediği görülmüş olmasına ve binaenâleyh müsadere mazbatası aleyhine tarihi tebliğinden itibaren 15 gün müruurundan sonra itiraz vuku bulduğu bittetkik anlaşılmış olması hasebiyle gümrük kanununun ahkâmı umumiyesine ve 94 üncü maddesinin sarahatına nazaran kespi katiyet etmiş olan müsadere mazbatasının keenlemyekün addine mahal olmadığına dair izmir asliye ceza mahkemesinden sadır olan 25-6-1929 tarihli hükmün temyizen tetkikı mahkûm Hakkı ağa tarafından müddeti zarfında istida ve temyiz şartları ifa olunmasına mebni bu babtaki evrak Cumhuiryet baş müddei umumîliği memuriyeti aliyesinin 11-11-1929 tarihli tebliğnamesiyle daireye tevdi kılınmağla bilkabul tetkikati temyiziye



319

icra ve icabı müzakere olundukta Gümrük kanununun 66 ıncı maddesi esası gümrük kanununun ahkâmı feriyesi, ahkâmı mahsusaya merbut bulunan işler hakkında kabili istinat olacak bir kaideyi mütezammin olmakla ayri ayri takibi caiz ve lâzım olan şahsî haklarada cayi nazar olabilirsede kanunun vazıının amme haklarını muhil addile mücazatı ammeye tabi tutmuş ve takip ve tecziyesini usul ve kavaidi mahsusaya rapt ve o kavait ve usul haricinde muamele ifasını ceza tehdidiyle men ve zecir etmiş olduğu hususatta her hangi bir merci için şahsı hak mülahazası kabil olamiyacağına ve altın kaçakcılığı gibi kanunun münhasiren amme haklarını muhil ad ve o noktai nazardan ahkâmı mahsusa vaz etmiş olduğu bir cürüm muvacehesinde gümrük idaresine terettüp eden şey hak değil belki altın kaçakçılğı kanununun 3 üncü maddesi hükmünce iki nusha zabıt varakası tanzimiyle birini altın hamiline ita ve diğerini amme takibatına esas olmak üzere merciine tevdi etmekten ibaret bir vazife olmasına ve kanunun bahş ve ilzam etmediği hakkın bedûnülkanun iltizamı her hangi taraf bir hakkı müktesep temin edemeyecegine mebni mahkemece hadisenin bu noktai nazardan tetkik ve teemmülü ve maamafi işte her hangi taraf için kabili mülâhaza olacak şahsî bir hak vucudu halinde dahi bu hakkın ancak amme hakları zımnında mülahazası lâzım ve hadisede maznun aleyhine ikame olunan dava ammenin işte cürüm unsuru bulunmaması sebebinden dolayi maznun lehine katiyyen neticelenmesi buna tâbı olan hakkı mefruzun dahi zeval ve ziyaını müstelzim iken bir taraftan maznuna amme takibatına beraeti katiyyet kespetmiş olduğu nazara alınmaksızın diğer taraftan işin esasını şahsî hakka müstenit ve müsadere mazbatasına tâbi usul ile itirazın müddeti geçmiş olmasından dolayi reddi cihetine gidilmesi yolsuz olmakla işbu red kararının bu sebepten dolayi bozulmasına ve temyiz akçesinin geri verilmesine ve 800 kuruş bozma harcının haksız çıkaçak taraftan alınmasına 26 - teşrin sani - 1929 tarihinde ittifakla karar verildi.

***



520

# Tebligatı kanuniye

*Mahkemesi*: *Yozğat Sulh Hukuk hâkimliği.*
*Kararın T. 27-11-929 No: 2408*
*Taraflar*: *Müddei: Fatma Hanım.*
*Müddeaaleyh: Kutbi.*

*Davanın hulâsası*: Noterlikten musaddak bir kıt'a senede müsteniden 50 lira alacağının tahsili istenmiştir.

*Son karar ve müstenidi* : Duruşma için tayin kılınan gün ve vaktı muayyeninde müddeaaleyh mahkemeye gelmemiş olduğundan ve tebliğ kılınan gıyap kararına dahi itirazla icabet etmediğinden bermucibi senet sabit olan 50 liranın bittahsil müddeiye verilmesine dair sadır olan hüküm indettemyiz gıyap kararının tebliği hakkındaki muamele müşevveş ve usulüne gayri muvafık olduğundan bahisle hükmün bozulması üzerine yeniden cari muhakeme ve tetkikat neticesinde mevzuatı usuliye ve kanuniyeye muvafık olarak tebliğatın müddeaaleyhle birlikte ikamet eden zevcesine vukuu anlaşılmış ve tebliğden haberdar olduğunu müddeaaleyh dahi ikrar eylemiş olduğu beyanile eski hükümde ısrar edilmiştir.

*Temyiz eden:* Kutbi.

*Talebi temyiz zabıtnamesinin hulâsası*:

Müddeiye mezbureye 50 lira borcundan 25 lirasını te'diye eylediği cihetle bu cihet hakkında tetkikat yapılmamış ve gıyap kararının Ankarada bulunduğu cihetle zevcesine tebliğ olunmuş ve Ankaradan avdetinde ve yevmi muhakemenin mururundan sonra gıyap kararının tebliğine müttali olduğu beyanile hükmün bozulması istenmiştir.

## TEMYİZ KARARI

Temyiz talebinin müddeti içinde ve hüküm ısrarı mutazammın olmakla hukuk hey'eti umumiyesinde evrakı dava okunup iş anlaşıldıktan sonra görüşülüp düşünüldü:



54

Müddeaaleyh zevcesine tevdi adilen gıyap kararından haberdar olduğunu ahiren ikrar etmiş olmasına mebni temyiz olunan son hüküm esbabı mucibeye müstenit ve usül ve kanuna muvafık ve temyizen dermeyan olunan bilcümle itirazat gayri varit olmakla itirazatı mesrudenin reddiyle hükmü mezkûrun tatbikına ve aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden taraftan alınmasına 11 - 3 - 930 tarihinde ittifakla karar verildi.

***

# Vazife

*Mahkemesi*: *İzmir asliye birinci hukuk dairesi*

*Kararın*: *T. 16-11-929 No; 1461*

*Tarafıar*: *Müddei; Şadiye Hanım, Daim ve Ahmet Tevfik Beyler.*

*Müddeaaleyh*: *Remziye ve Zişan hanımlar.*

*Davanın hülâsası*: Murisleri müteveffa Arif Efendinin ciheti karzdan müddeaaleyhimden ba senet alacağı olan 120 buçuk osmanlı altınından hisselerine isabet eden 95 madenî altın ve 62 buçuk kuruşun faizile birlikte tahsilini talep etmişlerdir.

*Son karar ve müstenidi*: Müddeabihin altın olması itibarile vazife hakkındaki itirazın reddine müddeaaleyhimadan Zişan hanımın vefatiyle Remziye hanıma hasrı dava üzerine mezburenin tahtı ikrar ve it'rafında olan senet mucibince müddeabih 95 madenî lira ile 62 kuruş gümüş paranın mezbureden bittahsil müddeiye itasına dair verilen hüküm indettemyiz: mikdarı müddeabihe nazaran davanın rüyeti mahkemenin vazifesinden hariç iken bu husustaki itirazın reddiyle davanın rüyet ve intacı muhalifi kanun olduğundan nakzen mahalline iade kılınması üzerine icra kılınan muhakeme ve tetkikatı ahire neticesinde hukuk usulü muhakemeleri kanununun yedinci maddesinin son fıkasına tevfikan musip olan evvelki hükümde ısraredilmiştir.

*Temyizeden*: Remziye hanım vekili Bekir Behlûl B.



512

TEMYİZ KARARI

Ait olduğu hukuk hey'eti umumiyesinde bittetkik: ısrarı muhtevi olan hükmü ahirin müddeti içinde temyiz edildiği görüldükten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra görüşülüp düşünüldü:

Esnayı muhakemede dermeyan olunan vazife iddiası reddedilmiş olmasına göre hadise hukuk usulü muhakemeleri kanununun 7 inci maddesinin son fıkrasının dairei şumulünden hariç ve müddeabihin miktarı 300 liradan dun olmakla bozma kararı varit ve ittiba lâzımken yazılı olduğu üzere ısrar edilmesi muhalifi kanun olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi hukuk usulü muhakemeleri kanununun 429 uncu maddesi mucibince bozulmasına ve kanunun hükümlerine göre muamele ifası için evrakın mahalline iadesine ve aşağıda yazılı ilâm harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 11-3-930 tarihinde ittifakla karar verildi

## Vazife ve Salâhiyet

*Mahkemesi*: *Çerkeş hukuk hâkimliği.*

*Karar*: *T. 26-11-929 No: 269*

*Taraflar: Müddei*: *Kadriye ve Ferdinas hanımlar vasisi Mehmet Efendi.*

*Müddeaaleyh; Mehmet İhsan Efendi.*

*Dava*: Halen vasayeti altında bulunan ve mukaddema mezbureden Kadriye ve Ferdinasın vasiyeleri iken aczi hükmen sabit olan Ayşe hanım tarafından istihsal olunan 10 şaban 339 tarih ve 41 numaralı ferağa mezuniyeti havi hüccetin mazmunundan bilistifade hudut ve mevkii malûm değirmen, dükkân , hane ve tarlalardaki hissei muayyenelerini mübadele etmek suretile küçüklerin zararını müeddi olan hüccetin iptalile salifüzzikir



529

karattaki hisselerinin kendilerine iadesi ve tapu kayıtlarının namlarına tashihi ve müddeaaleyh İhsan efendinin şimdiye kadar intifa ettiği bedelâtı icarenin tahsili talep edilmiştir.

*Son karar ve müstenidi* : Mübadele muamelesinin mübrez hüccete istinat ettirildiği anlaşılmakta ise de ehli vukuf tarafından muta rapor münderecatına nazaran mübadelede ivazlar arasında küllî fark olup yetimlerin zararını müeddi olduğu tahakkuk etmesine ve hadisenin tarihi vukuuna göre ahkâmı sabıka ile halli mes'ele edilmesi de kanunu medenînin şekli tatbikı hakkındaki kanunun birinci maddesi iktizasından olmasına ve mezkûr hüccetin müsevveğatı şer'iyeye müstenit bulunmasına mebni arazi kanununun mevaddı mahsusasına tevfikan keenlemyekün addile müddeabih emvali gayri menkuledeki hisselerinin müddeilerin uhdesine tashihan kaydına ve ecri misil olarak takdir edilen 226 lira 67 şer kuruşun müddeaaleyhten bittahsil müddeilere teslimine dair verilen hüküm indettemyiz: evrak arasında mevcut 10 şaban 339 ve 41 numaralı mülga mahkemei şeriyeden verilen hüccet mucibince memuru huzurile alelusul, icrayı ferağ edilmiş olduğundan mütalâatı gayrı kanuniye serdiyle, hücceti mezkûre ahkâmını cerh ve tadile mahkemenin salâhiyeti kanuniyesi olmadığı halde iptal edilerek yazılı olduğu veçhile karar verilmesi muhalifi kanun olduğundan nakzan mahalline iade kılınması üzerine icra kılınan muhakeme ve tetkikatı ahire neticesinde Mehakimi şer'iyeden verilen bu gibi hüccetler hakimin vahidüttaraf muamelâtından olup temyize gayri tâbi ve mazmunu hakikata mutabık ve ahkâmı umumiyeye uygun oldukça muteber olacağına ve hadise ise ferağa izin olup aradaki ivazlar ehli vukufa keşfettirilerek verilecek şahadet raporuna istinat ettirilmesi lâzımgelirken bu merasimi kanuniyenin icra edilmediği hüccet münderecatı ve muahharan verilen ehli vukuf raporile



524

tahakkuk etmesine ve hükkâmın batıli muameleye izin veremeyeceği tarihi hadisede mer'i ahkâmı kanuniye iktizasından olmasına ve ivazlar arasındaki gabinin teberru mahiyetinde olup kasırı temsil eden vasinin bu teberruâ ehil olmadığı ahkâmı salifeden bulunmakla beraber hadisatı mumasilede temyiz mahkemesince tasdik edilmiş bir çok kararlar mevcut olup ezcümle bu davadaki hüccetten daha kuvvetli olan mahkemei şer'iyeden muta talâk ilâmının cerh ve iptaline dair verilen hükmün temyiz mahkemesi ikinci hukuk dairesince tasdik edildiği görülmesine mebni esasatı hukukıyeyi cami olan eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

*Temyizen tetkikini talep eden* : Mehmet İhsan efendi.

*Duruşmaya çağırılmalarını isteyen*: Mehmet efendi.

## TEMYİZ KARARI

Yevmi muayyende Mehmet İhsan efendi namına avukat Necip ve mümeyyezünaleyh Mehmet efendi namına da mübrez vekâletnamesine müsteniden Avukat Tevfik beyler bilvurut ait olduğu hukuk heyeti umumiyesinde izahatı şifahiyeleri dinlendikten ve dosyadaki kâatlar okunup iş anlaşıldıktan sonra görüşülüp düşünüldü:

Cereyanı muhakemeye ve mübrez hüccet münderecatına nazaran dairei hususiyece mukaddema ittihaz edilmiş olan bozma kararı varit ve uymak lâzımgelirken yazılı olduğu üzere ısraredilmesi kanuna muhalif olduğundan H. U. M. K. nun 429 uncu maddesi mucibince temyiz olunan son hükmün dahi bozulmasına ve kanunun hükümlerine göre muamele ifası için evrakın mahkemesine gönderilmesine ve aşağıda yazılı ilâm harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 5-2-930 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

# İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

## Şimendöfer teşebbüsatından mütevellit mes'uliyeti hukukiye

## Teselsülü gayri tam

Şimendöfer kazası - Bir memurun kusuru - Vücutta ika edilen zarar - Mutazarrır olan şahsın kumpanya ve kusurlu memur aleyhine davası - Memurun hukuka ehliyeti olmadığına dair serdettiği defi - Kanton istinaf mahkemesinin davayı reddi - talebin kabulü Müddeaaleyhlerin temyiz taleplerinin reddi..

Mevaddı kanuniye: — Şimendöfer işlerinden mütevellit mes'uliyeti hukukiyeye dair kanunun 1, 3, 18 inci maddelerile borçlar kanununun 41 inci ve müteakip maddeleri.

### Karar hulâsası

1 — Şimendöfer teşebbüsatından mütevellit mes'uliyeti hukukiyeye dair kanun şimendöfer inşası ve işletmesi esnasında vukua gelen ölüm ve cismanî cerihadan dolayı mes'uliyeti münhasıran tayin etmez.

2 — Şömendüfer idaresi memurlarının veya eşhası salisenin şimendöfer inşası esnasında şahsı ahare ika ettikleri zarardan dolayı aleyhlerinde aynı zamanda hem borçlar kanunu hem de şimendüfer kumpanyasının mes'uliyetinin müstenit bulunduğu 28 mart 905 tarihli mes'uliyet kanunu mucibince ikamei dava olunabilir.

3 — Mutazarrır olan şahsın istikbali iktisadîsine tecavüz, çalışma kabiliyetinde kısmî bir ademi ehliyetin kabulü ve bu noktadan kendisine bir zararü ziyan takdiri için kâfidir.



526

4 — Mutazarrır olan şahsa karşı. ne şimendüfer kazasına sebebiyet veren memur, ne de kumpanya üçüncü şahsın aynı zamandaki kusurundan dolayı mesuliyetten kurtulamazlar.

## Hadise

1924 tarihinde mütevellit ( Alfred Fischer ) 19 mayıs 927 tarihinde (Wetzikon) de (Wetzikon - Meilen) tramvayı tarafından yere düşürülüyor. Posta çantalarını tanzim ile meşgul olan kondüktör (Sicher) tramvayın gittiği istikamette raylar arasında yürüyen çocuğu görüyordu. Bu hadiseyi takiben müddeinin büyük ve pek zahir bir bere neticesinde yüzünün şekli değişiyor.

Müddei, müddeaaleyhlerden müteselsilen (10) bin frank tazminat talebediyor.

Müddeaaleyh (Sischer) ancak tramvay kumpanyasının zarardan mes'ul olduğunu iddia ederek husumet itirazı dermeyan ediyor.

Kantonlu mahkeme; 16 mart 929 tarihinde esasa girişmeden evvel bu def'i reddeyliyor.

Dava esnasında kumpanya müddeiye kendisinin mualece masrafını tediye ediyor. Ve (2000) frank teklif ediyor. 28 haziran 930 tarihli karar ile Zurih kanton kahkemesi kumpanyayı müddeiye (3000) frank ve bundan başka evvelce verilmiş olan (2000) frank ile mahkûm odiyor. diğer taraftan müddeaaleyh (Sischer) beş frank tediyesine mahkûm oluyar.

Müddeaaleyhler federal temyiz mahkemesine müracaat ederek esas itibarile müddeilerin taleplerinin (hiç olmazsa kumpanyanın kabul ettiği nisbette) rüyeti ve dolayısile tazminatın tenzilini veyahut davadın esas hadiseyi rü'yet eden hâkime iadesini istiyorlar.

Federal temyiz mahkemesi, temyiz talebini reddederek kantonal mahkemenin müddeinin müddeaaleyh zimmetinde (5000) frank matlubunun emri istifa tekerrür etmemek üzere tahsiline mütedair kararını tasdik ediyor.

## Esbabı mucibe

1 — 16 mart 929 tarihli defi üzerine sadır olan karara karşı federal temyiz mahkemesine karşı vaki olan temyiz kabule şayan değildi. Filhakika müddeaaleyhlerden birine taallûk eden bervehi ati itirazı



SLA

iptidaî muhtelifünfih idi. Bir şimendüfer memuru, kendisinin sebebiyet verdiği bir şimendüfer kazasının muzır netayicinden dolayı mutazarrır olan şahsa karşı mes'ul mudur? Şimdiki halde teşkilâtı adliye kanununun 58 inci maddesi mucibince bidayeten sadır olan bu hüküm, esas hükme takaddüm etmesi itibarile temyiz mahkemesinin salâhiyetine tâbidir.

2 — Şömendüfer taşebbüsatının mes'uluyeti hukukiyelerine dair federal kanunun birinci maddesine göre müddeaaleyh şömendüfer kumpanyası kondüktör (Sischer) in ihmalinden dolayı müddeinin maruz kaldığı zarardan mes'uldür. Fakat bu, mezkûr kanunun 18 inci maddesinin çizdiği hudut dahilinde kumpanyaya karşı mes'ul olabilen memurun müddeiye karşı beri kaldığını ispat etmez. Şüphesiz şömendüfer teşebbüsatının mes'uliyeti hukukiyesine müteaallik kanuna tâbi olarak mahkemeye düşen kimseler mezkûr kanun tarafından tasrih edilmeyen ahvalde borçlar kanunu kaidelerine tevfikan zarar ve ziyana mahkûm edilemezler. Fakat şömendöfer idaresi memurlarını hukuku umumiye kaidelerinin haricine almak için hususî kanunun şömendüfer inşası veya işletmesi esnasında vukua gelen ölüm veya cerihadan mütevellit mes'uliyeti yalnız başına tamamen veya münhasıran tayin ve tesbit ettiğini farze tmek lâzım gelir. Binaenaleyh bu mühtacı isbattır. 1905 tarihli kanunun mutazarrır olan şahsa memurun kusurunu isbat etmeksizin ödemeye kabiliyetli farzolunan şömendüfer idaresi aleyhine zararın tazminine müsaadeden ibaret olan maksadından (ne de daha evvelki 1875 tarihli kanundan) böyle bir şey istihraç olunamaz. Mer'î olan kanuna 1875 tarihli kanun gibi kumpanyanın müracaat ve istirdat hakkına maruz kalan memurların şömendüferin işletmesi esnasında vukua gelen haksız fiillerden dolayı mutazarrır olan şahıslar tarafından aranamıyacağını kastetmiyor. Filhakika şömendüfer memurları daima ufak bir dikkatsizlik ile vaziyeti maliyeleri ile mütenasip olmayacak derecede zarar ika edecek mevkidedirler. Fakat borçlar kanununun 44 - 2, 43 - 1 inci maddeleri bilhassa kusurlu olan memur başka nukatı nazardan hürmet ve saygıya liyakat kesbettiği takdirde (ki hadisede böyle bir şey yoktur) hâkime tazminatın adlî bir nisbette tayini hakkını vermiştir. Bundan başka kumpanyanın eğer muvafık bulursa memurlarını mahkûmiyetlerinden kısmen veya tamamen kurtarması da mümkündür. İşletme esnasında bir memura kabili isnat olan bir haksız fiilden dolayı mutazarrır olan üçüncü şahıs yalnız kumpanya aleyhine ikamei davaya icbar edilemez. Çünkü icabı hale göre aciz haline düşebilir. Tasavvur edilen şu sistem memurlar için âdilanedir. Borçlar kanununa muhalif olarak eğer zarara şömendüferin işletmesi esnasında sebebiyet verilmiş ise haksız bir fiilin faili mutazarrır olan şahsa karşı tazmin ile mükellef olmaz. Fakat ancak kumpanyaya karşı mes'ul olur, tarzında memurlar için bir teşekkülü hukukî tesis etmek zarurî değildir. Mutazarrır olan şahıs tazmin ile mükellef olan kumpanya ken-



528

disinin hakkı müracaatını tayin etmek mevzuu bahsolduğu takdirde tesiratı hariciyeden kurtulmakta zahmet çekecektir. Eğer böyle bir mes'uliyet olsaydı kanun 18 inci maddesinde bunun bir neticei tabiiyesi olan hakkı müracaati tayin etmeğe ihtiyaç hissetmezdi, diye memurların doğrudan doğruya vaki olan mes'uliyetlerini inkâr etmek hatalı olur. Şu hüküm: (idare; kusurlarile kazaya sebebiyet veren memurlar aleyhine hakkı müracaata maliktir) hiç bir zaman münhasıran kumpanyanın mes'uliyetini idame etmiyor. Mezkûr hüküm yalnız şirketin memurları aleyhine değil fakat aynı zamanda mutazarrır olan şahsa karşı doğrudan doğruya mes'uliyetleri şüpheden vareste olan üçüncü şahıslar aleyhine hakkı müracaatı mahfuz bulunduruyor. Diğer taraftan 1905 tarihli kanunun neşrü ilânı esnasında müştereken bir zarar ika eden ve muhtefil sebeplerden dolayı mes'ul olan şahsın hakkı müracaatlarına mütedair bir hüküm mevcut değildi. Binaenaleyh yeni kanunda bu meseleyi sarahaten mevzuu bahsetmek faideli göründü. Eğer bu kanunun bilmukabele şömendüfer idaresi aleyhine hakkı müracaatı derpiş etmediği doğru ise bu, yukardaki mütaleatı cerhetmez. Çünkü kumpanya daima kusurlu memur ile veya üçüncü şahıs ile birlikte hemen daima dava edilecek ve bu müddeaaleyhe davadan ihraç edilmezden evvel tazminatı ödemeden beri kılacaktır. Bunun için vazii kanuna, bu faraziyeyi sarahaten mevzuu bahsetmemiştir, Zaten eğer üçüncü şahıs veya memur mahkûm ise kumpanya aleyhine hakkı müracaatı tasrihe lüzum yoktur. O kendisine terettüp eden mes'uliyet dolayısile borçludur. Şimdi borçlar kanununun 51 inici maddesi memura veya üçüncü şahsa hâkimin tayin edeceği nisbette şömendüfer idaresine müracaat hakkını veriyor. Bu imkânı bertaraf eder gibi görünen bu maddenini ikinci fıkarası hakikatta bir kaide vazı ile iktifa ediyor. Fakat o kaideye bir istisnanın vücuda gelmesine mani değilidir.

3 — Kanton istinaf mahkemesi müddeinin kaza esnasında çehresinin tagayyür ettiği ve bu sebepten intihap edeceği mesleğin tahdit edilmiş olduğu ve hayat mücadelesinde umumî bir nakisaya duçar olmuş bulunduğu için müddeiye bir tazminat itasına mahkûm etti. Bu karar prensip itibarile doğrudur. Kumpanyaya nazaran karar kanunun (3) üncü maddesine istinat ediyor. Birinci mertebedeki hâkimlerle birlikte zahiri hale nazaran yarası dolayısile müddeinin istikbalinin tehlikeye düştüğünü kabul etmek lâzımdı. (Sischer) e gelince, onun mahkûmiyeti borçlar kanununun (46) ıncı maddesine müstenittir. Cismen mütazarrır olan şahsın çalışmasına kısmen arız olan ehliyetsizlik dolayısile bir tazminata istihkak kesbedip etmediğine karar vermek için onun istikbali iktisadisine vaki olan tecavüzü nazarı itibara almak lâzımdır. Tabiri diğerle bu nevi tecavüz çalışmada kısmî bir ehliyetsizliğin vücudünü kabul ettirmeğe kâfidir. Rakkamlara gelince: İktisadî zararın tahakkuk edeceği ana kadar geçen faizlerile çoğaltılmış 1500 frankın



529

çok fazla olduğu iddia edilemez. Binaenaleyh bu noktada kanton istinaf mahkemesinin takdirini tadil etmeğe bir sebep yoktur.

4 — 3500 fırankı bilâ münakaşe kabul etmek muvafık olur. Birinci mertebe hâkimleri bir taraftan (Sischer) tarafından vaki olan ağır kusurdan diğer taraftan müddeinin çektiği cismî iztirablar (çocuk bu noktadan aynı bir reşit gibi tazminata müstahiktir) ve zararın husule getirdiği aciz ve noksanî hislerine mukabil olduğunu, yüzdeki bereleri de nazarı dikkate almak lâzım geldiğini bihakkın mütalâa etmişlerdir.

5 — Müddeinin ana ve babasının çocuklarına mecbur oldukları dikkat ve mürakabelerde ihmal edip etmedikleri meselesini tetkike ihtiyaç yoktur. İhmal ettikleri farzolunsa bile tazminatın tenziline sebep yoktur. Şömendüfer teşebbüsatının mes'uliyeti hukukiyesine dair kanuna nazaran kumpanya üçüncü şahsın kusuruna mukarin olsa bile zarardan gene mes'uldür. Fakat bu kusur zarara yegâne sebep olmamalıdır. Kezalik borçlar kanununa göre üçüncü bir şahsın da haksız bir fiil dolayısile zarardan mes'ul olması halinde mutazarrır olan şahsa karşı zarar failinin mes'uliyeti azalmaz. Haksız fiillerin müştereken değil de yekdiğerinden ayrı olarak ika edilmiş olmaları haizi ehemmiyet değildir. Bir çok kimseleri müteaddit sıfatlarla aynı zarardan fakat hepsinin haksız fiillerden mes'ul oldukları ahvalde faiillerden birini veya diğerini (veya hepsini) tebrie etmek bir çoğunun aynı zamanda muhtelif hukukî sebeplerden mes'ul oldukları ahvalde faillerden biri veya diğerini tebrie etmekten (mukavele veya kanun) daha az haksız olur. Binaenaleyh borçlar kanununun 51 inci maddesi bu son halde zımnen buna muhalefet ediyor. Çünkü aksi takdirde mütekabil müracaat hakları izah olunamazdı.

6 — Müddeaaleyhlerin mes'uliyeti tamamen müteselsil değildir. Fakat (5000) frankın bunlardan biri veya yarısının her biri tarafından tediyesi her ikisinin borcunu itfa eder. Yukarıdakinden bir şey tenkis etmemek için müddeaaleyhlerden her birinin (5000)fırank borçlu olduğunu ve müddeiye takdir olunan tazminatın binnetice (10000) frank bulunduğunu tesbit etmek daha doğrudur.

**Terceme eden**
***İ. Hakkı***

CEZA KANUNU TETKİKATINDAN

# MÜDAFAA HÜRRİYETİ LEHİNE MEVZU

# MASUNİYET

*Ceza Kanununun 486 ıncı*
*Maddesinin İzahı*

İSTANBUL
Cezrî Matbaa
1931

581

CEZA KANUNU TETKİKATINDAN:

# Müdafaa hürriyeti lehine mevzu masuniyet

(Ceza kanununun 486 ıncı maddesinin izahı)

*« Madde 486. - Bir dava esnasında iki taraf ve ya vekilleri canibinden dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden dolayı takibat icra olunmaz. Şu kadar ki mahkeme kanunen muayyen olan inzibatî tedbirlerden maaba bu noktaları havi bulunan evrakın temamen yeya kısmen ortadan kaldırılmasını emir ve mütecavezün aleyhin talebile kendisine tazminat itasına hükmedebilir. »*

Ceza mahkemelerinde cidalin bahası şeref ve haysiyettir, hürriyettir, hayattır. Diğer mahkemelerde ayrılık, boşanma, zina, nesebin reddi, velâyet hakkının nez'i gibi biribirinden daha muhriş duruşmalarda teakup eyliyen aile meseleleri yahut hemen daima gazpa ve zimmete geçirmeğe müncer olan miras ve vasıyet meseleleri veya kiminin mahvı, kiminin mes'uliyeti ve her halde âlemin felâketi olan muamelâtı maliye gibi meseleler tetkik ve rüyet edilir.

Serbest bir müdafaa, dava esnasında mahkeme huzurunda yapılan ifşaatın veya söylenen sözlerin cezasız kalmasını icap ettirir. Tahkirde fazla ifrata kaçıldığı zaman ise ancak evrakın veya irat olunan müdafaatın ortadan kaldırılmasına ve tazminat itasına ve inzibatî cezalara müracaat edilebilir.

İki taraf veya vekilleri tarafından mahkemeler huzurunda yapılan ifşaat ve söylenen sözler ekseriya şeref ve haysiyete bir taaddi teşkil etsede yinede maddenin ikinci fıkrasının hududu dahilinde mazharı müsaade olmalıdır; yoksa işin tenvirine ve adaletin icrasına imkân olmaz. Adaletin önünde doğru olan her şey söylenebilir; eğer hakikatin çır çıplak arzedilmesi nazarları incitebilecekse başka tarzda anlatabilmek imkânı yokm udur? Anlayana sivri sinek sazdır diye bir darbı meselimiz dardır.

Adliye Vekâleti tarafından tercüme ettirilen ceza kanunu şerhinde 486 ıncı maddemizin izahında « tecavüzat ister hasma, ister şuhuda ve hatta hâkime karşı olabilir. » diye yazılmıştır (cilt: 3, sahife 357)

582

Binaenaleyh reddi hâkim isdidasında reddi istenilen hâkim aleyhine münderiç vakıalar müsted'i hakkında hakaretten dolayı takibe esas olamaz, fekat mahkeme istidada serdedilmiş olan dava ile alâkadar görmezse o zaman müstedi aleyhine âmme davası ikame edilebilir.

Ve yine temyiz istidasında hükmü veren hâkim veya mahkeme hakkında veya hasım hakkında elfazı tahkiriye bulunursa bundan dolayı müstedi takip edilmez, istida ortadan kaldırılır. Çünki mahkemelerin hâkimler hakkında elfazı tahkiriyeyi muhtevi lâyihaları 486 ıncı maddenin ikinci fıkrası mucibince ortadan kaldırmağa hakları vardır. [1]

Müddei umumîler de şahısları hakkında elfazı tahkiriyeyi muhtevi lâyıhaların ortadan kaldırılmasını talep edebilirler. Temyize verilmiş bir lâyihada asliye mahkemesi Müddei umumîsi hakkında elfazi tahkıriye bulunursa temyiz müddei umumîsi tarafından takibat icrası emredilebilir. Hatta mahkeme o elfazı tahkiriyeyi kabul etmiş olsa dahi yine de takibat yapılabilir, çünkü müddei umumî bu hususta üçüncü şahıs addedilir. Avukatlar müdafaa için lâzım ve faideli olan her şeyi yalnız şehadet aleyhine değil, şahit aleyhine de olarak söyleyebilirler.

Müdafaa hürriyeti lehine mevzu bu masuniyet yalnız davayı husumet halinde gören mahkemelerde caridir. Sulh, Asliye' Ağır ceza ve Temyiz mahkemeleri ile Divanı Harpler, Şurayı Devlet ve Divanı muhasebat birer husumet mahkemeleridir. Sulh mahkemesi sulh teşebbüsatı celsesinde dahi bir husumet mahkemesidir.

Toulouse mahkemesi 22 temmuz 1885 tarihli ictihadile kazaî mahiyetleri gayri kabili inkâr olan Baro inzibat meclislerinin inzibatî bir muameleye vaz'ıyet eyledikleri zaman husumet mahkemesi halini aldıklarına içtihad etmiştir.

İstinabe olunan hâkim, naibi hâkim, bir müflisin hesabatını tetkik eden komiser hâkim (Jüj komiser) veya iflâs hâkimi hakikî bir kaza ifa eylemektedir (Ceza kanunu şerhi cilt 3, sahife 357 bakınız).

Hükümler mahkeme değildir; ve mürafaatın şifahî olmadığı, aleniyetinin mevcut bulunmadığı ve duruşmanın yapılmadığı kazaî meclisler hakkında madde 486 hükmü cari olamaz.

Fakat şunu da hemen arzedelim ki 486 ıncı madde hükmü duruşmada yapılan cürümlere (Ceza kanunu madde 266-273) şamil değildir.

Davaya müteallik yapılan hakaretler hakkında hüküm vermek salâhiyeti münhasıran hakarete sebebiyet veren davayı gören mahkemeye aittir.

Fakat davaya yabancı bir şahıs elfazı tahkiriyeyi muhtevi bir nu-

[1]Elfazı tahkıriye ceza kanununun 266 ve müteakip maddeleri mucibincede takibe lûzum gösteriyorsa elfazı tahkiriyeyi muhtevi lâyihaları ortadan kaldırmak Ceza Kanununun zikredilen maddeleri mucibince de ikamesi lâzım gelen âmme davasını tabiidir ki iskat eylemez.

539

tuk ırat eder ise 486 ıncı maddenin o şahıs hakkında kab ili tatbik olamayacağı aşikârdır.

Hülâsa mahkeme huzurunda davaya taallûk eden bir hakaret ( ister mevsuf olsun, ister küfür olsun) umumiyetle alelâde bir cürüm teşkil etmez, cezaî bir takibe tutulmaz ve ceza kanunundaki cezalarla cazalandırılmaz.

Demek ki: dava esnasında muhasım iki tarafa hatta üçüncü şahıslara karşı yapılan hakaretler münhasıran davayı görmekte olan mahkeme tarafından verilebilecek nev'i şahsına mahsus hususî bir cezaya tabi olup müstakil bir takibin mevzuu olamaz.

Yalnız şuna dikkat etmeli ki kanun dava esnasında dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyeden dolayi iki tarafı masun bulundurması o elfazı tahkiriyenin davaya taallûk etmesile mukayyet ve meşruttur. Verilen evrak ve irat olunan müdafaattaki bu ifratların müddei umumînin veya hasım, yahut mutazarrır olan üçüncü şahıslar tarafından takibinden müemmen bulunması sebebi bu ifratları davayı görmekte olan mahkemenin derhal takdir edebilmesinden ve icabı halinde hemen mafu veya mayup görebilmesindendir.

Yalnız esaslı şart elfazı tahkiriyeyi muhtevi evrakın mahkemeye verilmiş ve irat edilen müdafaatın mahkeme huzurunda yapılmış olmasıdır. Yalnız yukarıda da arzettiğimiz gibi mahkeme tabirini geniş bir manada almak icap eder. Binaenaleyh mahkeme haricinde irat edilmiş nutuklar ve söylenmiş sözler «müdafaat» talâkki edilemiyeceğinden hakaret davasına mevzu teşkil edebilir. Davaya taallûk etmeyen hakaretler hakkında ayrıca izahat vereceğiz.

486 ıncı madde hükmü duruşma yapılmaksızın yapılan tahkikatlarda cari olamaz. Umumiyetle son tahkikattan gayri tahkikata alenî bir duruşma denemiyeceğinden madde 486 hükmü bu tahkikatlarda cari olamaz. Yalnız şayanı teemmül olan cihet mevkufiyet halinin tetkiki maznunun talebi üzerine duruşma suretile icra edilebilmesindedir. Bu duruşma şifahîdir, fakat alenî değildir. Bununla beraber mevkufiyet sebeplerini mevkufun mutlak bir kudret ve serbestî ile münakaşa edebilmesi de hakkıdır. En namuslu bir adamın bile düşebileceği maznuniyet halini bir cürmü mahsus yapıp sırf tahkikatın selâmeti için istisnaen mevzu tahkikat için mevkufiyeti ceza mevkufiyeti haline getirmek maznunun muhakemesini mevkufen yaptıran kanunlarda bir haysiyeti maneviye olmadığı gibi adaleti iddia ve müdafaanın fevkinde tutamıyan adliye ve hâkimde de bir haysiyeti maneviye yoktur. Enkizisyon muhakeme usulünün farikası her maznunda muhakkak bir cürüm sezmesi ve mücrimin cezasız kalabilmesinden endişe eylemesi idi. Bu korku enkizisyon mu-

hakeme usulünü zalim kılmış ve maznunları işkence altında öldürmeğe kadar varmıştır. Asrî muhakeme usulleri ise her maznunda bir masum tevehhüm eder ve masumun rencide edilmesinden okadar korkar ki bir masumun mahkûm edilmesinden ise bin mücrimin kurtulmasını tercih eder. Çünkü söylenmiş olduğu üzere «mahkûm olan bir mücrim yalnız caniler için ibreti müessire teşkil eder. Fakat rencide edilmiş bir masum bütün iffet erbabını titretir.» Tahkikat için mevzu bir mevkufiyeti ceza mevkufiyeti yapmak masumları haksız ve lüzumsuz yere mevkuf tutmak halkı adliyeden soğutmaz mı?

Ceza asliye mahkemeleri gibi lâyıha teati edilmiyen ve duruşmanın sırfen şifahî olduğu mahkemelerde şahsî davacının, müdahilin veya maznunun tahkikatın hitamından evvel neticei iddia ve müdafaalarına ait verecekleri evraktan başka evrak verilmediğinden bu gibi mahkemelere verilen ve saydığımız evraktan gayri verilecek evrakta elfazı tahkiriyenin bulunması evrakı vereni 486 ıncı madde ile takipten masun kılamaz. Fakat böyle bir evrak verilirse mahkeme muhteviyatını takdir edebilir mi, yoksa iki tarafı da düşündükleri gibi hareket etmekte serbest mi brakmalıdır? her iki tarzı halli de kabul eden mahkeme içtihatları vardır.

## § 1 — Mahkemeye verilen Evrak

Evrak matbu dahi olabilir ve muhakeme usulleri kanunu mucibince teati edilecek lâyihalara maksur kılınamaz, neticei iddia ve müdafaalara ait yazılar, muhtıralar, celse zabıtlarını teshil için verilen duruşma muhtıralarına ilâh.. şamildi.

«Verilen» tabiri geniş bir manada alınmalı ve dosyasına konmak üzere verilmiş evraktan başka, hâkimlere dağıtılmış, hukukta tahkikat hâkimine verilmiş, duruşmada mahkemeye arzedilmiş ve duruşmada kullanılmış evrakın cümlesini şamil olmalıdır. Fakat mahkeme kalemine verilmiş veya gerek hükümden evvel, gerekse hükümden sonra gazetede neşrettirilmiş, yahut gerek duruşmadan evvel, gerekse duruşmada üçüncü şahıslara dağıtılmış evrak mahkemeye verilmiş evrak addedilemez. Binaenaleyh duruşma haricinde ve duruşma ile alâkası olmıyan bir neşir temin etmek için dağıtılmış lâyiha ve müdafaanameler muahharen veya aynı zamanda duruşmada ibraz edilmiş olsa dahi 486 ıncı maddenin te'min ettiği masuniyetten istifade edemez. Yalnız lâyıha veya müdafaanameyi ve davayı gören mahkemenin azalarından gayri hâkimtere ve bar oda mukayyet avukatlara dağıtmanın evrakın mahkeme harici tevzii telâkki edilmemesini müellif Grellet Dumazeau (cilt 2, numara 905) tavsiye etmektedir. Çünkü bir avukatın lâyıhasını bu tarzı tev'zi ve tamiminde hakaretten ziyade hâkimlere ve baro azaları bulunan meslekdaşlarına karşı bir hürmet sezmek daha doğrudur. Meğerki bir

535

takım hususî ahval ve şerait bu tarzı tamimin hürmetten ziyade hakarete mahmul olacağına karine teşkil etmiş bulunsun. Sureti umumiyede mahkeme harici verilmiş olupta davaya başlangıç teşkil etmiyen evrak ve lâyıhalar 486 ıncı maddenin temin ettiği masuniyetten istifade edemez. Meselâ bir ödeme emrine verilen itiraznamede elfazı tahkiriyenin bulunması 486 ıncı madde hükmüne dahil olamaz.

Fakat bütün müellifler ve mahkeme içtihatları mahkemeye verilen evrak ve irat edilen müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkıriye, evrakı veren veya müdafaayı irat edenin fiili ile ve adaleti tenvir kastı olmaksızın mahkeme harici bir neşir ve tamime oğrar ise artık 486 ıncı maddenin temin ettiği masuniyetten istifade edemiyeceğinde müttefikdirler. Çünkü kanun, ancak kendi çizdiği yollar dahilinde hakkı müdafaalarını istimal eden iki tarafı himaye ediyor. Binaenaleyh kanun sakit kalmasını emrettiği yerde söz söylemiş tarafı himaye edemiyeceği gibi gazete ve risale ile neşredilmiş yazıları da himaye edemez; çünkü kanun hâkimlere, kanaatlerini ancak duruşmadan ve oradaki münazaalardan iktibas etmelerini emretmiştir. Alâkadar olmadığı bir duruşmada verilen evrak mahkemede verilmiş değildir. 486 ıncı maddenin hükmünden müstefit olabilmek için iki taraf ve vekilleri mutlaka mahkemede taraf vazıyetinde bulunmalıdır.

Müddei umumî Gauthier işbu nazariyeyi Gunoble mahkemesi huzurunda şu surette hülâsa etmiştir: «Teşkilâtı esasiye kanunumuzla müemmen bulunan aleniyeti mehakim duruşmaların aleniyeti demektir. Duruşma haricindeki aleniyet mehakim aleniyeti değildir, alelâde aleniyettir. Müdafaa lehine mevzu masuniyet ise ancak mehakim aleniyetini korur. Duruşma haricinde davaya ait irat edilmiş sözler için masuniyet olamaz; çünkü bu sözlere verilmiş aleniyet adlî aleniyet değildir. Adlî lâyıhalardaki adlî aleniyet te ancak adlî daire içine sıkışmış ve davanın icap ettirdiği nisbette bir aleniyettir. Adliye dairesi haricindeki aleniyet adî neşir ve ilândır ki müdafaanın icap ettirdiği masuniyete mazhar olamaz. Çünkü bu tarzı neşir ve tamim yalnız hâkimlere hitap etmiyor; âleme hitap ediyor. Bu itibarla da hâkimleri iknaa matuf olarak ifşa edilmiş denemez. Çünkü mahkeme haricinde verilen aleniyet hâkimleri iknadan ziyade halkı kendi tarafına cezbi istihdaf eder. Böyle bir aleniyetin adil ile, adliye ile alâkası yoktur; çünkü mahkeme haricinde bir mahkeme, bir mürafaa ihdas eder. Bu yeni mürafaa ise adliyedeki mürafaanın haklarına mazhar olamaz; çünkü başka vazifeler tahmil eder.»

Fransada bir belediye kararı aleyhine ehaliden biri tarafından Dahiliye Vekâletine vaki müracaata karşı belediyenin vermiş olduğu cevabı belediye reisinin belediye meclisinde okumuş ve halka küşade olan zabıtlara aynen geçirtmiş olmasını Senlis mahkemesi, duruşma harici bir aleniyet telâkkı etmiş ve o veçhile hüküm vermişdir.

586

Binaenaleyh hasımlardan biri diğerine muhakeme vasıtasile olmaksızın elfazı tahkiriyeyi muhtevi bir dava evrakı verir ise muhteviyatı aleniyete çıkmasa dahi hakkında takibatta bulunılması esas olabilir.

## 2 — İrat edilen müdafaat

Tarafların ve avukatların söz kesimleri müdafaa iradı olmadığından haklarında 486 ıncı madde hükmü tatbik olunamaz. İrad edilen müdafaa tabirinden yalnız iki tarafın veya vekillerin kendilerine sorulan suallere verecekleri izahat ile davanın sonunda iddia ve müdafaalarına dair yapacakları teşrihat (Pleduvari) anlaşılmalıdır. Binaenaleyh iki taraftan birinin, hatta avukatının müdafaasını yapmakta olduğu zaman bile reisden söz almadan sarfedeceği elfazı tahkiriye 486 ındı madde hükmünden hariç kalır.

## 3 — Vekillerin masuniyeti

Müteveffa avukat Oscar Falateuf avukatlar içtimaında masuniyetin esbabı mucibesini bu tarzda izah etmişti: « müdafaanın hakları ! bu cümleyi huzurunuzda teleffuz eder iken pek yakında uyandırmış olduğu acı ittihamları unutmuş gibi gözükebilirmiyim? Mahkemede avukatların yeri (La barre) bir cidalin sahnesidir. Binaenaleyh o yerin heyecanları vardır; hiddet ve galeyanları vardır, hatta şiddetleri vardır! kim buna taaccüp edebilir? Fakat avukatın mes'ul olmaksızın tecavüz edemiyeceği bir hudut yokmudur? Aldanmıyorsam ortaya atılan mesele de budur; ne için bu meseleye sarahatla, açık olarak temas etmiyeyim? Hangi adamdırki, - henüz avukattan bahsetmiyorum, alelâde bir adamdan bahsediyorum - evet hangi adamdırki mahkeme haricinde bir dostun hatta lâlettayin bir şahsın menfaatlerini himayeye davet edilmiş olsunda o adam bunu heyecansız, hararetsiz hatta hiddet ve şiddetsiz yapabilsin? Münazaanın kendisini tahrik edemiyeceği adam nerededir; ve kim mukabelenin icap ettirdiği mukabil darbalar altında hasmı bağırtmıyacağına söz verebilir?

Şimdi aynı suali avukat için irat ediyorum: derlerki söz bir silâhtır. Hangi avukattırki bu silâhı kullanırken kimseyi yaralamıyacağı taahhüdüne girebilir? ben derim ki hiç bir avukat böyle bir taahhüt altına giremez.

Mesleğimizin esası istiklâldir; en geniş manasile istiklâldir: Serbestçe ve istiklâli tam ile düşünmek ve öylece de söylemek; işte müdafaanın hukuku budur. Başka türlü olmasına da imkân var mıdır? Biz iddiaların, menfaatların, zıt ihtirasların aksi sadalarıyız. İnikâs kanunu fikre ve kalbe ait şeyler hakkında da doğrudur,

532

Avukatların bar daki vaziyetlerini muhakeme etmeden evvel onları oraya celbeden ihtilâfların mahiyeti düşünülüyor mu? sırf hukuk meselelerinin sakit dairesinde kalabilen ve davalarına bir nakise ve zarar vermeden müekkillerinin isimlerini bile söylemeğe mecbur olmayan veya anları mektepte tasrih edilmiş olduğu veçhile Zeyt, Amr, Hin kelimelelerile ifade edebilen meslekdaşlarımız mes'uttur. Yine beşeriyetin zaaflarına sırlarını dökdürmekten ise mevaddı sınaiyenin tarif ve tahlillerinde fikri beşerin ibdâ ve icaddaki terakkısini arayan meslekdaşlarımız mes'uttur.

Acaba avukatın, elim ve zalim münazaalar ve husumetler hakkında son sözünü söyleyecek olan adalet muvacehesinde yazıhanesini doldurmuş olan göz yaşlarını veya inletmiş olan ittihamları unutması mı isteniyor? Etrafındakiler müteessir olur ve titrerken o lâkayt kalabilir mi? Avukat sahneye çıkan, sözlerini, etvar ve evzaını evvelden tamam olarak hazırlayan bir aktör değildir.

Bir dava kaybetmenin ne olduğunu, netice ve şumulünü yalnız bizim takdir edebileceğimiz bir mağlubiyeti nasıl bir endişe ile ihtimale aldığımızı kimse bilmez. Onun içindir ki cidal esnasında avukattan ne uzlaşma, ne de hesap beklemeyiniz! Dosyasından, tahkikattan, şahadetlerden hasmın şerefsizliğine dair bir emare elde etmiş olduğunu zanneden bir avukatın heyecanına serbestî vermesini bırakınız, o heyecan hasmı yaralıyacak olsa bile bırakınız! çünkü yara lâzım ve muhakkaktır. Adaletin öğrenmesi ve dinlemesi lâzım gelen bir şey hakkında sakit kalabilmeği biz avukatlardan istemesinler. Adaletin her şeyi muhakeme etmeğe hakkı yok mudur? Öyle ise her şeyi bilmeğe hakkı vardır. Bunun içindir ki kanun dava esnasında mahkemeye verilen evrak ve irat edilen müdafaatın hakaret davalarına mevzu teşkil edememelerini tansis eylemiştir.

İşte hatırlatmak istediğim prensipler bunlardır. Bu prensiplere hürmet etmek lâzımdır; çünkü kanuna geçmiştir. Bu prensipleri idame etmek lâzımdır; çünkü herkesin teminatıdır. Müdafaa hakkını tahdit etmek onu pek yakında yok etmek olur.

Fakat avukat kanunun emrine müheyya kıldığı istiklâl ve serbestî hissine şuur peyda ettiği nisbette ef'alini tadil etmeği kendine iş edinmelidir. İstidat kendini kabul ettirtmek için şiddetin yardımına muhtaç değildir. Bir davayı şahsiyata vesile kılmak, kullanılacak kelimeleri, bazen gayri kabili ictinap olan yaraları daha yakıcı kılacak halde kullanmak, tahrişkâr teferruat ile başlı başına bir gaye olmıyan münakaşa ve münazaaları beslemek avukatlık etmek değildir; müdafaa yapmak değildir. Avukatın serbestîi kelânını kin ve intikamın hizmetkârı kılmak demektir.

538

Avukatlardan her hangi biri serbestîi kelâmını kin ve intikamın hizmetine koyacağını bilse böyle bir vazife deruhte etmekten mutlaka içtinap eder. Fakat ne yapmalı ki duruşmaların bazen çok şedit tesirleri oluyor; bazı mizaçlar da tabiaten avukatı kendinden geçiriyor. Böylece bazen ifratlara kaçılmamak mümkün olamıyor»

Şimdi de avukat (Cresson) ı dinleyelim:

« Avukatın büyük hiddetlere, sarsılmaz intikamlara, kinlere maruz kalması yeni bir vak'a değildir. Forum, (Romada memleket siyasetinin müzakere edildiği mahal) kürsüsünün üzerine (Ciceron) un kanlı başının atıldığını ve konduğunu görmüştür. Derler ki katili, Verres ve Catilina yı ittiham etmiş olan bu müddeinin - (Cicron) un - artık susmuş diline iğneler batırtmıştır.

Hakikat yalnız tasvip uyandırmaz. Ve doğruyu söyleyenler ekseriya haksız tecavüzlere uğrar. Bununla beraber bazı müdafaalardaki ifrata karşı ara sıra yapılan tenkitler de çok ciddîdir; bu tenkitler dinlenmelidir. İtidalin icap ettirdiği kaidelere hürmetkâr olalım.

Bir müdafaanın hareketleri daima mutedil olmalıdır. Şüphesiz hatibi hatip yapan heyecandır. Şüphesiz ki heyecan istihraç ve istikralarile bati ve hesaplı olan soğuk mantıktan daha ziyade ikna eyler. Şüphesiz ki kalbin feryatları mukavemetsuzdur. Kendisini asîl bir heyecana kaptırmış olan bir avukat belâgatin sanatlarına iftikar arzetmez.

Ayukat lisanına dehşet vermekten mümkün mertebe içtinap eylemelidir. Mizacının, tabiaatının sevklerine mukavemet eylemelidir. Kendi ağzından çıkınca daha hakaretâmiz gözükecek olan ağır kelimeleri müekkiline menetmiyormu? Bir avukat hakaretten istikrah eder; hakaretin ihanetlerini istihkar eyler Avukatın tecrübesi onu iftiralarla telkine düşmekten korur; iftiralar, ondan istifade edenler yahut eğlencelerini iftiralarda arayanlar tarafından kolayca nakil ve ışaa edilir.

« Bar » da [ sür'ati intikal ve hazır cevaplığın ifadesi olan mehareti beyan mefhumlarının frenk dilinde ifadesi olan ] «fikr» in ictinap etmesi lâzım gelen bir çok şey vardır. Fakat en ziyade « fikir » bizzat kendisinden ictinap eylemelidir. Fikir okşamaktan veya mültefit olmaktan fariğ olur olmaz ekseriya bu hasletlerin zıddına şitap eyler ve o zaman belki gayri kasdî olarak zalim olur.

Fikrin istihzaları, istihfafları, ince ve keskin nükteleri insanı en son ilticagâhında gelir vurur. İşi halledecek olan ağır bir kelime kendiliğinden dudakların ucuna kadar gelir. Acaba o kendiliğinden dudakların ucuna kadar gelen kelime hasmı yahut davaya doğrudan doğruya karışmamış ve binaenaleyh intikam alıcı ve teselli verici olan duruşmanın bu mukabelesine cevap veremeyecek mevkide bulunan üçüncü bir şahsı çok ağır bir tarzda incitecek ise sarfedilmelimidir?

Şunu hatırlamak lâzımdır ki gülünç kılmak çok fecidir fecidir; açdığı ve zehirlediği yaralar gayrı kabili tedavidir. « Rochefoucauld » pek doğru olarak «gülünç olmak şerefsizlik kadar insana şerefzislik verir.« Demiş-

559

tir. Avukat, komedyatın vazifesini deruhte etmeğe hakkı yoktur. Çünkü avukat komediya gibi adet ve taammüllerin münekkidi, güldürerek tashih edicisi değildir.

İtidal şarttır, itidal adlî hatibin kudretini azaltmaz, bilâkis artırır. İtidal müdafaaya esaletini iare eyler; itidal müdafaanın hak ve hüriyetlerini temin ve tevsik eyler.

Müdafaanın bu serbestîsi başka tenkitlere de sebebiyet vermiştir. Fakat bu tenkitler o kadar ciddî ve esaslı değildir. Bu serbestî adalet için lâzım ve zarurî değilmidir? Bu haklar ve serbestîler yalnız bütün insanlara medenî âlem tarafından vadedilmiş şeyler değildir. Her asrın kabul etmiş olduğu şeylerdendir.

Artık müracaatgâh olmayan edvarı kadimeden bahsetmeyelim, misalimizi eski Fransadan alalım. Parlement (bizim eski meclisi istinafiyemize benzeyen divanı adaletler) reisleri (pleduvari) sini yapmak üzere hürmeten başı açık olarak ayağa kalkan avukata: serpuşunuzu geyiniz! derlerdi. Vatan aleyhine yapılmış cürümleri muhakeme etmek için teşekkül etmiş olan Chambre des Pairsler önünde reis avukata; serbestçe söyleyiniz! derdi.

İngilterede, ihtilâl ve inkilâpların eski ve iyi adetleri muhafaza edildiği bu memlekette baronun serbestîsi hudut olarak ancak kanunun menhiyatını kabul eyler. Avukatın sözleri muavinsiz olan hâkimin dikkatine mazhar olur, yalnız avukatın sualleri sakit, dikkatli ve soğuk kanlı olan hâkimin önünde endişeli şahitlerin vicdanlarını araştırır ve karıştırır.

Bir kerre daha arzedelim ki yalnız avukatın serbestîsi davacının serbestîsi demek olur. İtiraf edemiyecekleri sebeplerle hareket eyleyen fakat bu sebepleri anlamak ve keşfetmek için mikroskopun büyütücü camına müracaata hacet yoktur. Evet, itiraf edemiyecekleri ve fakat bizce malûm olan sebeplerle hareket eyliyen bazı ender şahsiyetler istisna edilince kuvvei kazaiye tarafından daima murakabe edilen baro serbestîsinden kim muhik bir tarzda şikâyet edebilir? Dava için lâzım olan şeyleri icap ettirdiği her şey ile birlikte söylemenin avukatlar lehine mevzu bir imtiyaz olduğunu kim iddia edebilecektir? Eğer buna imtiyaz diyebilecek bir kimse çıkarsa deriz ki eğer bu imtiyaz ise mukaddes bir imtiyazdır. Çünkü maznunun imtiyazıdır, çünkü kanuna, hâkime iltica eden zaifin imtiyazıdır. Serbest bir müdahale ancak kurbanlardan rehinlerden esirgenir,

Adalet yalvarıcısı olan müekkile kanun acıları hakkında sakit kalmasını, o acılar hakkında bir şey söylememesini emredemez. Büyük Fransız ihtilâli duruşmaların münakaşa ve münazaalı ve alenî olmasını emretti. Bu münazaa ve aleniyeti mazarratlarına ve hasıl edeceği akislere rağmen hükmün lâzimesi addetti. Çünkü bunlar halka, tahkikatın samimiyeti ve adalet huzurundaki müsavat hakkında emniyet verir. Bunları kaldırabilecek bir vazıı kanun tasavvur edilebilir mi? Şikâyetleri ifade eden sözler, şikâyetlerin sebeplerini anlatan sözler, ittihamdaki şiddet,

540

hakikatı iddiadaki şiddet, hasmın şerefsizliğinin delilleri, şahitlerin ahlâksızlıklarına karşı ısyan, şahitlerin ifadelerinde sık sık tesadüf edilen ve çok tehlikeli olan cür'etlere karşı ısyan ancak mahkemelerin nüfuzları altında icra edilen inzibatî tedbirlerle tahdit edilebilir.

Avukatın teşrihatına karşı vaki itirazların ekseriya nevmidane söylenmiş sözler olduğu çok kere sabit olmuştur. Duruşma yapılmış isnatlardan şikâyet edenlerden şikâyetleri hakkında izahat istenilince bir hasmın muhik şikâyetlerine karşı protesto etmekten başka söyleyecek söz bulamıyorlar. Hasma hücum etsinler, ona cevap versinler. Fakat buna muktedir olamazlar. Çünkü hal ve vaziyeti ile icap ettireceği cevap müdafiin kullandığı fikir ve ifadeyi daha ziyade büyütecektir. Kaç defa hasmın şiddet veya mubalâğa ile ittiham eylediği avukatı müekkilinin de zaaf ile ittiham etmiş olduğunu gördük.

Bazı davalar vardır ki şahsa hakaret teşkil eder; vukar ve şerefine taaddi eyler, ahlâkı hakkında şüpheler verir; namusunu berbat eder hayatının elim sırlarına taallûk eyler. Fakat bu davanın hicabı ve yapacağı ıskandal nasıl avukata isnat ve izafe edilir? Eğer hakaretâmiz şeylerin söylenmesi için lâzım ise o vakıalar binnefis dava değilmidir? Baro bunları nasıl değiştirebilsin ?

Aşifte hayatının ifşası karşısında titriyen kadın; adabı umumiye hakkında yazı yazmak ve söz söylemek cür'etini bulan serseri; binlerce kurban parasile zenginleşmiş murabahacı; her gün iftira ve hakaretler de bulunan, dün oldugu gibi yarın da isnat ve iftiralarında devam edecek olan muharrir; tarih ve vicdanın vatansız dediği ve buna rağmen bize hergün vatana karşı vazifelerimiz hakkında ders vermek küstahlığında bulunan politikacılar; bütün bunlar avukatın aradığı adamlar değildir, fakat bunlar avukatın her gün mahkemede rasladığı kimselerdir ki avukattan sükût lûtfunu istemeğe hakları yoktur. Daima mutedil olan avukat hakikate karşı olan vazifesini de yapabilmek için vicdanının ve davanın menfaatinin icabatına uymağa mecburdur.»

## § 4 — Şahit, ehli hibre ve sendikin masuniyetleri:

Şahitlerin ifadelerindeki, ehlihibre ve sindikin mütalâa ve raporlarındaki ifratı 486 ıncı madde hükmü ile sıyanet ve himaye edebilmeğe imkân yoktur.

Şahidin mazhar olduğu masuniyeti onlara doğrudan doğ ruya sıfatları bahşeyler, çünkü şahitler doğruyu eksik ve artık olmıyarak gönül ve hatıra bakmıyarak doğruca söylemeğe davet edilirler ve doğruyu söyliyeceklerine yemin ederler. Kanun, yalan olarak yapacakları şehadeti ağır cezalarla cezalandırmaktadır (ceza kanunu mdde 286-293)

541

binaenaleyh şahitlerin yaptıkları yemin ve doğruyu söylemek mecburiyetleri kendilerini her türlü takiptensıyanet eyler. Şahadet vazife ve mecburiyeti Ceza muhakemeleri usulü kanununun 63 üncü maddesi ile müeyyittir. Ceza muhakemeleri usulü kanununun şahitlere takip edecekleri hattı hareketi talim eden ( 64—65 ) maddelerinden başka şahitlerin ifadelerini üç murakabe altına vazeyliyen diğer maddeleri de vardır. Birinci murakabe hâkimin mürakabesidir ki şahitten sual sormak suretile şahidi mütemmim izahata ve ifadelerini tashihe veya ifadelerinden rücua sevkedebilir. İkinci mürakabe maznun ve vekiline verilmiştir ki şahide ve beyanatına karşı davanın icap ettirdiği her şeyi - meşru bir müdafaa hududu dahilinde olmap şartile - söyliyebilir. [1] Üçüncü mürakabe ise maznunun haklarına malik olan müddeiumumî tarafından yapılır.

Vazıı kanun şahide böyle ağır mükellefiyetler tahmil edince ve onu hücumlara maruz vaziyetlere koyunca tabiîdir ki şahide de tam bir emniyet bahşetmesi lâzımdır. Vazıı kanun şahidi kimseden korkmaksızın bütün hakikati olduğu gibi söylemeğe mecbur kılmakla ifadesinin neticesinden de korkmamasını temin etmiş oluyor.

Binaenaleyh şahidin ifadesinin muhtevi olabileceği doğru veya yanlış isnatlar, ne üçüncü şahıslar ne de müddei umumî tarafından yapılabilecek bir takibe esas olamadığı gibi inzibatî tetbire bile maruz kalamaz. Şahidin mazhar olduğu masuniyet iki taraf ve vekillerinin mazhar olduğu masuniyetten çok daha geniştir. Fakat şahidin şahadetile bir kastı mahsus takip ettiği, bilfarz ya maznuna irası zarar etmek, yahut diğer bir şahidi hacil kılmak kastini takip ettiği sabit olursa hakkında ceza kanununun icap ettirdiği takibat yapılır.

Fakat şahit yalnız ifadesindeki elfazı tahkiriyeden dolayı takip edilemez. Fakat verdikleri ifadeden sonra yani şahitlik vazifeleri bittikten sonra iki taraftan biri hakkında hakareti mutazammın söyliyecekleri sözlerden dolayı muatep tutulurlar.

Şahitler hakkında söylediklerimiz ehli hibre ve sendikler hakkında da caridir. Çünkü ehli hibrede rey ve mütalâalarını bitarafane vereceklerine dair yemin ederler. Sendike gelince vazifeleri masuniyette kendilerini şahit ve ehli hibreye benzetmeği icap ettirir.

## 5. — Elfazı tahkiriyeyi havi olan evrakın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması; tazminat.

486 ıncı maddenin ikinci fıkrası davayı gören hâkimlerin elfazı tahkiriyeyi havi evrakı ortadan kaldırabileceklerini tansis ediyor. Kanun

(1) "Şuhudun şahadetini cerhetmek maksadile şahitlere karşı söylenen sözler hakkında muafiyet cari olacağına hökmedilmiştir.„ Ceza kanununun Adliye vekâleti tarafından yaptırılan şerhinde Cilt 3 sahife 358

542

yalnız «.. bu lâfızları havi evrakın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasını..» diyor. İrat edilen müdafaatın ortadan kaldırılmasına dair bir şey söylemiyor. Filhakika kanun irat edilmiş müdafaatın da ortadan kaldırılmasından bahsetseydi hayli garip bir şey söylemiş olurdu. Bununla beraber hâkimlerin esas hakkında hüküm verirken irat edilen müdafaatın tıpkı verilmiş evrak gibi ortadan kaldırılmasına da hüküm vermelerinde bir garabet olmaz. Çünkü ortadan kaldırılmasından ancak elfazı tahkiriyeyi izale için bahsedilır.

Mahkemeye verilen bir evrakta bilfarz çok mahrrem mektup sureti dercedilmiş bulunuyorsa mahkeme o mahrrem mektubun evraktan çıkartılmasına hükmetmek için işin esası hakkında hüküm vermek derecesine gelmesini beklemeğe ihtiyacı yoktur. Hatta mahkemeler üçüncü şahıslar, hâkimler, taraflardan biri hakkında yazılmış elfazı tahkiriyeyi re'sen dahi ortadan kaldırabilirler ve tazminata hükmedebilirler; bunun için de elfazı tahkiriyenin davaya müteallik olmaması şart değildir. Hakaretâmiz olması kâfidir. Eğer mahkeme elfazı tahkiriyeyi hüküm esbabı mucibesi olarak almış bulunursa yüksek mahkeme o elfazı ilâm metninden dahi çıkartabilir.

Müddei umumî de elfazı tahkiriyeyi muhtevi evrakın ortadan kadırılmasını talep edebilir. Elfazı tahkiriyeyi muhtevi evrakı ortadan kaldırtmak hakkı mütecavezün aleyh olan taraf ile vekilinde de vardır. Hatta vekiller, haklarında elfazı tahkiriye muhtevi olarak mahkemeye verilmiş olan evrakın ortadan kaldırılmasını şahsen de kendi namlarına olarak temyizde müdahale tarikile talep edebilirler.

Umumiyetle davada taraf olmıyan ve alâkadar bulunmıyan üçüncü şahıslar haklarında elfazı tahkiriyeyi muhtevi olarak mahkemeye verilmiş olan evrakın ortadan kaldırılmasını talep için davaya müdahale edebilirler. Meselâ bir Noter senedinin sahteliği iddia edilirse sahtelik müddeisinin mahkemeye vereceği evrakta o noter hakkında elfazı tahkiriye bulunursa noter o evrakın ortadan kaldırılmasını ve bunun yaptığı maddî ve manevî zararın tazminini talep etmek için davaya müdahâle edebilir.

Mahkeme müdahilin talebini lûzumsuzluğuna binaen reddeder ve fakat müdahilin hakikaten haksız ve şayanı teessüf bir tarzda tecavüze uğramış bulunduğuna kani olursa tazminat mukabilinde müdahalesinin icap ettirdiği mahkeme masrafını lehine olarak hükmedebilir.

Mahkemeye verilmiş evrakta bir avukatın hat ve hareketi tenkit edilmiş bulunuyorsa avukatın müdahaleye hak verdireceği menfaati dolayısile müdahalesi kabul edilir. Müdahil avukat elfazı tahkiriyeyi muhtevi evrakın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasını ve lehine tazminata hükmolunmasını talep edebilir.

Mahkemeler yalnız avukatları huzurlarında bulundukları zaman vazifelerine davet ile mükellef değildirler. Avukatların fiil ve hareketleri

543

haksız yere tenkit edildiği zaman da onların muhik alınganlıklarını tatmin eylemekle mükelleftir.

Yalnız mahkeme tazminata re'sen hükmedemez! mutlaka talep lâzımdır. Tazminat talebi evvel emirde elfazı tahkiriyeyi muhtevi evrakın ortadan kaldırılmasına da muallak kılınamaz.

Hukuk muhakeme usulleri kanununun 185 inci maddesinin 2 numaralı fıkrası mucibince müddei, müddeaaleyhin rızası olmaksızın davasını tevsi edemez. 486 ıncı madde bu asıldan tabiî bir surette inhiraf ederek müddeaaleyh tarafından mahkemeye verilen evrak veya irat edilen müdafaatta hakarete uğrıyan müddeiye davasını tazminat talebile tevsi'e salâhiyet veriyor. Çünkü rüyeti davayi görmekte olan mahkemeye ait olan bir medenî cürmün de tenkili lâzımdır. Bundan başka davayi asliye olmasa idi bu davayi munzamme hadis olamazdı.

Yalnız tazminat hükmü hakaret cürmü medenîsinin failine karşı hükmolunur ve tedbiri inzıbatî de o mücrime karşı ittihaz edilir. Binaenaleyh elfazı tahkiriyeyi avukat söylemiş veya yazmış ise tazminat ile avukat mahkûm olur. Fakat avukatın mahkûm olabileceği tazminat, mütecavezünaleyh hakkının mahfuziyetini kaydettirmiş olsa dahi hususî ve müstakil bir davanın mevzuu olamaz. Buna mukabil avukat ta müekkilinin hasmı tarafından tecavüse uğrarsr o da tazminat talebinde bulunabilir.

Evrakın içindeki elfazı tahkiriye bir hakaret davasına esas olamıyacak derecede olsa dahi kaldırılmasına hükmedildiği takdirde birlikte tazminata da hükmedilebilir. Çünkü elfazı tahkiriye cezaî bir davaya esas olamaz, ancak medenî bir tazminata, medenî bir tamire esas olabilir. Medenî yani hukukî dava ise zararın izalesini yani zarardan tevellüt eden şeyleri tamiri istihdaf eder. Evrakın kaldırılması, hükmün neşri ve tazminat zararın en iyi izale çaresi ve en müessir tamir vasıtası olmak itibarile bu davanın gayesini ve anasırı esasiyesini teşkil eder; hepsi birden bir kül teşkil eder. Tazminata hükmedilmeksizin evrakın ortadan kaldırılmasına dair verilen hüküm bu sebepten nakzedilebilir.

Yalnız cezada hükmün neşri ceza olarak hükmedilebilmek için mutlaka bir sarahatı kanuniyeye lüzum gösterir. Onun içindir ki 486 ıncı maddede hüküm neşrinden bahsedilmemiştir. Fakat hukuk davalarında hükmün neşrine hükmedilebilir.

## § 6 — Mahkemeler evrakın kaldırılmasına ve tazminata ne zaman hükmederler?

Mahkemeler esas hakkında hüküm verirken evrakın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasına ve tazminata hükmedebilirler.

544

Filhakika vâz'ı kanun mahkemeye verilen evrakı veya irat edilen müdafaatı bir nevi meşhut bir cürüm olarak ve elfazı tahkiriyeyi davayı asliyeye müteferri bir fer'î dava telâkki eylemektedir; ve bu sebepten mahkemeye verilen evrakın muhtevi olduğu elfazı tahkiriye hakkında hüküm vermek salâhiyetini elfazı tahkiriyeyi ihtiva eden evrakın verildiği mahkemeye veriyor. Mahkeme birbirine pek sıkı ve samimî surette mürtebit olan bu davaları ayni zamanda hükmetmelidir. Mahkemenin fer'î davayı davayı asliyeden ayırıp ta daha evvel hükme raptetmesi yahut fer'î davanın hallini davayi asliyenin hallinden sonraya bırakması hiç bir veçhile doğru olamaz. Çünkü bir kanun mahkemeye elfazı tahkiriye hakkında hükmetmek kudret ve salâhiyetini vermekle ona davayı asliyeden evvel bu fer'î dava hakkında hüküm vermeği menetmiş oluyor.

Yalnız burada kullanılan «davayi asliye» tabirine dikkat etmek lâzımdır. Elfazı tahkiriyenin yazılmasına veya iradına sebebiyet veren dava demektir. Binaenaleyh sebebiyet veren dava bir davayı hadise de olabilir. Bahusus ki elfazı tahkiriye istimaline en çok sebebiyet veren davalar sahtelik iddiaları olacağına göre elfazı tahkiriye istimaline davayı hadiseler çok sebep olabilir. Binaenaleyh bilfarz hukuk muhakeme usulleri kanununun 222 inci ve muteakip maddeleri hükmünce hasıl olmuş bir hadise hakkında verilen arzuhala cevap olarak verilen lâyihada elfazı tahkiriye istimal edilmiş ise elfazı tahkiriye hakkında verilecek hüküm davayi hadise hakkında verilecek hüküm ile ayni zamanda verilmelidir; davanın nihaî gayesini teşkil eden husumet hakkında verilecek hükme intizar olunmamalıdır. Binaenaleyh elfazı tahkiriye vazife ve salâhiyet meselesinin halli esnasında dermeyan edilmiş bulunuyorsa o elfazı tahkiriyenin ortadan kaldırılmasına ve tazminata salâhiyet meselesine dair verilecek hüküm ile birlikte hükmolunur, hatta mahkeme davanın nihaî gayesini teşkil eden husumeti görmeğe vazifedar veya salâhiyetli olmadığına hükmetse dahi elfazı tahkiriye hakkındaki hükmünü de birlikte verir. (Adliye Vekâleti tarafından terceme ettirilen Ceza Kanunu şerhinin Cilt 3 sahife 360 numara 1807 mukayese ediniz.)

## § 7 — Davaya taallûk etmiyen ve iki tarafa veya üçüncü şahıslara karşı yapılan hakaretler

Kanun 486 ıncı maddesinde «bir dava esnasında ... dava hakkında mahkemeye verilen evrak...» diyor. Fakat Ceza kanununun Adliye Vekâleti tarafından tabettirilen şerhinde (Cilt 3 sahife 358) de «maddenin esası müdafaa maksadından ibaret olduğundan mücerret hasmının namusunu lekedar etmek kastile söylenen sözler hakkında muafiyetin cari olamıyacağına,.. hükmedilmiştir.» denmektedir. Binaenaleyh serbestîi müdafa-

545

ânın mevzuu bahsolamıyacağı yerlerde madde 486 hükmü cari olamaz diyebilir miyiz?

Bu suale cevap verebilmek için çok düşünmek lâzımdır. Duruşmanın heyecanı arasında ağızdan kaçmış bir küfür için nasıl müstakillen cezaî bir takibe esas olabilir diyebiliriz? 486 ıncı madde dairesinde bir tazminat hükmü gayri ihtiyarî sarfedilmiş küfre karşı kâfi bir ceza teşkil etmez mi? Hakaretin davaya taallûk edip etmediğini kim takdir edecektir? Yine ceza kanununun Adliye Vekâleti tarafından tabettirilen şerhinde maddenin meclisi meb'usan encümeni mazbatasındaki beyanat şu surette nakledilmektedir: «... bunların her halde müdafaaya salih ve bu noktadan muktazı olup olmadıkları tetkik edilemez».

486 ıncı maddenin tarzı tahririnden masuniyetin, dava esnasında mahkemeye verilen evrakta ve mahkemede irat edilen müdafaatta münderiç her türlü elfazı tahkiriye hakkında verilmiş olduğunda şüphe yoktur. Madde elfazı tahkiriyenin masuniyetini davaya taallûk etmesile takyit eylemiyor.

Üçüncü şahıslar ancak müdahale tarikile ve 486 ıncı madde hududu dahilinde haklarını arayabilirler.

546

II. Akit muktezası memnuiyet. Burada mevzu bahsolan şey, temliki vücude getiren akittir. Bilfarz kaydi hayat şartile irat mukavelelerinde alacaklının hakkını başkasına temlik etmiyeceğine dair bir madde mevcut olabilir. (Madde 519, T. B. K. 510 uncu madde); Keza anonim bir şirketin nizamnamesinde bazen şahsa muharrer eshamın başkasına devir ve ferağı kabil olmadığına dair hükümler görülmektedir.

Müellifin kavlince bu memnuiyet her nevi alacak hakkında cari olabilip onu aktin husulü esnasında dermeyan etmek kabil olduğu gibi bilâhara - hattâ iptidayi emirde alacağın temlikine mesağ var iken bile - dahi ilâveye imkân vardır.

Alacağın temlikine mani olmak salâhiyeti menkul ve gayri menkul şeyleri temlikten hariç tutan şartları inzibatı ammeye mugayir addeyliyen hukukî kaideler ile mütebayindir. Herhalde âkitlerin bir matlubu gayri kabili haciz olarak ilân etmeleri caiz değildir. Esasen hüsnü niyet sahibi üçüncü şahısları 164 - T. B. K. 162 - inci maddenin ikinci fıkrası himaye ediyor: «Borçlu alacağın temlik edilmemesi şartedilmiş olduğunu, bu şartı ihtiva etmeyen bir (ikrarı bilkitabe) ye istinat ile matlubu temlik eden üçüncü bir şahsa karşı iddia edemez.» Bu suretle gayri kabili temlik ilân edilmiş bir alacağı iktisap eyleyen kimse aşağıdaki şartlar dairesinde, borçluya karşı dava hakkına malik olur.

A ) Temliki yapan kimse kendisine borçlu tarafından verilip temlikin imkânsızlığı hakkında hiç bir kayidî ihtiva etmeyen bir senet ibraz etmiş idi ise. Böyle bir senet ( ikrarı bilkitabe ) mevcut değil ise ücüncü şahıs, hüsnü niyet sahibi de olsa borçluya karşı dava hakkı dermeyan edemez.

Borçlu kendisi tarafından mahza bir senede müsteniden üçüncü şahsın borcu temlik eylemiş olmadığını isbat eylediği takdirde dahi bu hüküm caridir.

B ) Üçüncü şahıs temlik esnasında hüşnü niyet sahibi idi, yani temlik imkânsızlığına gayrı vakıf bulunuyor idi ise.

Bu hüküm 18 inci maddenin 2 inci fıkrasında gördüğümüze müşabihdir.

III. Tabiatı maslahat muktezası memnuiyet. Münhasıran şahsî mahiyette olan - nafaka gibi - alacaklar veya temlik halinde sanati ve gayesi tagayyür edecek alacaklar yahut iki taraflı taahhütleri müstelzim akitlerden doğan matluplar (burada âkitlerin hakları ve borçları yekdiğerine gayet sıkı bir surette merbut olmak ve temlik

halinde yeni bir alacaklı muvacehesinde bulunacak olan borçlunun vaziyeti müşkülleşmiş olmak lâzımdır.) Bu kabildendir.

Matlubun kabili temlik olmadığına dair bulunan şartın müeyyidesi nedir ? böyle bir matlup temlik edilmiş olursa borçlu borcunu eski alacaklıdan gayrısına tediyeden imtina edebilir. Yok eğer matlubu istihsal eden üçüncü şahsa tesviyede bulunursa ozaman temlikteki butlanı dermeyandan feragat etmiş olur·

## § 2 - Temlikin şekli

Matlubu temlik filinin muteber olması hangi şarta vabestedir? 165 - 163 üncü madde «tahrirî şekilde yapılmış olmadıkça matlubun temliki muteber olmaz» diyor, 1881 borçlar. kanunu ise 184 üncü maddesinde matlup temlikinin; bilâkis, hiç bir şekli istilzam etmeksizin muteber olacağını ancak üçücü şahıslara karşı onu dermeyan edebilmek için tahrirî şeklin lâzım bulunduğunu natık idi. Bu ifade nazariyatta fikir ihtilâflarını badî olmuş idi. Maruf bazı muhârrirlere göre şifahî olan akit temliki başlı başına bir mukavele gibi değil iptidaî bir akit Contrat Préparatoire (bactum de cedendo ) suretinde telakkî etmek iktiza ediyor idi. Buna muhalif fikirde bulunan müellifler ise şifahen vaki temliki bir akit olarak kabul ediyor. Fakat onun üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilemeyeceğini söyleyorlardı, ki bu noktai nazar kanunun metnine daha muvafık idi. [1]

165 inci maddedeki sarahat bu nazarî münakaşaya nihayet vermiş oldu. Binaenaleyh temlikin sıhhati tahrirî şekilde yapılmış olmasına vabestedir ve burada temlikin bizzat iki taraf hakkındaki hükmü ile üçüncü şahıslara karşı hükmü arasında tefrik yapmağa hacet yoktur. Bu hal tarzı makuldür. Zira âkitler beyninde merî fakat üçüncü şahıslara karşı dermeyanı kabil olmayan bir temlik filini akıl kabul edemez. Başkası hakkında hükümden sakit bir temlik, hakikat halde, vücudu ve tesiri bulunmayan bir muamele değil midir?

Matlubun temlikine dair vesika, borçlar kanununun 13 ilâ 15 inci maddelerindeki şartlara muvafık olmak lâzımdır. Ezcümle temlik akdile borç altına girmiş olan her şahsın işbu vesikaya imza koymaları meşruttur.

Bu kaide, nazik bir mesele ihdas ediyor. Meselâ, farzedelim ki matlup başkasına bir bedel mukabilinde temlik edilmiş olsun; bunun

[1] Hafner, note â l' article ( 84 p. 78 et s

548

için tahrirî bir vesika hazırlanmış. Fakat bu yalnız matlubu temlik eden adam tarafından imza edilmiş bulunsun. böyle bir varaka muteber midir? iptidyi emirde buna verilecek cevap menfidir. Zira, mukavele yalnız matlubu temlik edene değil onu iktisap eyliyen kimseye de bir taahhüt tahmil etmiştir - bedeli tesviye etmek borcu - . Temlik eden şahıs temlik vesikasını imza etmediği takdirde iki taraf 13 üncü maddenin muktezasına tevfiki hareket eylememişler demektir. Fakat doğru düşünülürse temlik muamelesi ile ona sebep olan beyi muamelesini birbirinden ayırt etmek lâzım gelir.

Kanun yalnız matlubun temlikinde tahrirî şekle lüzum gösteriyor idi. Bu muamelede iltizam eden taraf, temliki yapan alacaklıdır; yani o hakkın kullanılmasını matlubu iktisap eden kimseye bırakmak mecburiyetindedir. Bu beriki ise bedelin tediyesi borcunu, bey' mukavelesi muktezasınca, edinmiştir. Halbuki bey' akdinde kanun, tahrirî şekle lüzûm göstermemektedir.

Bununla beraber ilâve edelim ki temlik akdi mün'akit olabilmek için temlik eben şahıs, muharrer vesikayı imza etmemiş olmakla beraber, her halde bu muameleye müşareket göstermiş ve rızasını ifade etmiş olmak lâzımdır.

Tarih zikri matlup değildir. Borçlar kanununu ihzar eden mütehassıslar meclisinin bu bapta vaki bir teklifi kabul edilmemiş olması şayanı teessüftür.

## § 3 - Matlubun temlikini vaat

Matlubun temlikine dair akdin tahriren yapılması lüzumuna mukabil, temlik vadinin hususî şekli yoktur: Matlubun temliki vadi neden ibarettir ? burada mevzu bahsolan şey, iki tarafın bilâhara kat'î bir akit yapmağı taahhüt eyledikleri mukaveledir ki buna *Paktum de contrahendo* denilir. (22 inci maddeye bakınız )

Ahmet ve Mehmet bir akıt yapmağı ve bu akit muktezasınca Ahmet, Recep zimmetindeki bir alacağını bazı şartlar dahilinde Mehmede temliki kararlaştırır. Bu bapta vaki vadin asıl (matlubu temlik) akdinden farkı, birincisinin üçüncü şahıslara karşı hiç bir hüküm ifade etmemesinde mündemiçtir. Bu misalimizdeki Ahmet, bilahara bu aynı matlubu bilfarz Aliye temlik eylemiş olsa bu muamele muteber olur. Evvelce kendisine vaat yapılan kimse yani Mehmet, Aliye karşı hiç bir hak dermeyan edemez. Keza vaid - yani Ahmet - iflâs edince vaat mevzuu olan matlup iflâs masasına intikal eder.

549

Matlubun temliki hakkında vaki vaat üçüncü şahsa karşı dermeyan olunamamakla beraber iki taraf arasında borç tevlit eder. Vaadini incaz etmeyen zarar ve ziyan tesviyesile mükellef kılınır. Lehine vaatte bulunulan adam da diğerine karşı dava ikamesine mezun olur. Yani vaadin tahriren bir temliki matlup senedi vücude getirmeğe mahkûm edilmesini hâkimden ister, vâit bunu yapmadığı takdirde mahkemeden sadır olacak ilâm işbu senet makamına kaim olur. Fakat bu takdirde bittabi matlubun henuz vâit uhdesinde bulunması lâzımdır.

Vaat, onu yapan kimsenin mirasçılarını da mülzem kılar mı? şüphesiz, zira mirasçılar kanunu medenînin 560 T. K. M. 539 - uncu maddesine göre mirasa dahil borçlardan şahsen borçludurlar.

## § 4 - Kanunî ve kazaî temlik

Matlubun temliki âkitlerin rızasına bağlı, onların aralarından doğan bir muameledir. Maahaza « kazaî ve kanunî » ünvanları altında vâzii kanun iki nevi temlikten daha bahsetmektedir ki bunlar da iki tarafın iradeleri hiç bir rol oynamamaktadır. 166 (T. B. K. 164) üncü madde «kanun ve mahkeme kararı mucibince vaki matlup» temlikinden bahsediyor.

Kanunî temlik istihlâfdan ( *subrogation* ) yani alacaklının haiz bulunduğu hukuk ve dava salâhiyetlerinin borcu kendisine ödeyen kimseye hasbelkanun, intikalinden ibarettir.

Borçlar kanununun muhtelif maddelerinde ( bilhassa 110 T. B. K. 109-149 T. B. K. 147-503- T. B. K. 496- ıncı maddeler) bu hak, borcu ödeyen üçüncü şahısa bahşolunmaktadır: Kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur. Kanun alacaklının hukuk ve salâhiyetlerini maateferruat, kefile nakletmektedir.

İşbu kanunî istihlâfın matlup temlikine benzedilmesi pek de doğru değildir. İki muamele hedef itibarile başka başkadır. İstihlâf alacaklıyı tatmin eden yani başkasının borcunu ödeyen bir üçüncü şahsa teminat vermek arzusile vazolunmuştur. Halbuki matlubun temliki muamelesi, umumiyetle, temliki yapan kimsenin kâr edinmek kastile icra ettiği bir satıştan ibarettir. Binnetice: İstihlâfta alacaklıya borcu ödemiş olan kimse onun borçluya karşı haklarını - ancak kendisince vaki - tediye nisbetinde kullanmağa mezundur. Halbuki matlubu temlikte üçüncü şahsın, diğer tabir ile, temellük edenin borçludan isteyebileceği şey, kendisinin matlubu iktisap için alacaklıya tesviye ettiği bedel değil, fakat matlubun yekûnu-

550

dur. Misal: Ahmedin Mehmetten 100 lira alacağı vardır. Hasan kefildir ve Ahmede 90 lira tesviye ederek kendisinden ibra senedi alır. Hasanın burada Mehmetten isteyebileceği yüz değil doksan liradan ibarettir.

Bilmukabil, faraza, Ahmedin Mehmetten 1000 lira alacağı vardır. Ahmet bu matlubunu 800 lira bedel ile Recebe temlik etmiştir. Recebin burada Mehmetten matlubu 800 olmayıp bin liradır.

Temlik bir mahkeme hükmü ile vuku bulduğu zaman kazaî namını alır. Meselâ taksim halinde hâkim mirasçılardan birine mirasa bağlı bir alacağı temlik etmiş olur.

Kanunî ve kazaî temlikin hassai müşterekesi bunların hiç bir merasime, hatta evvelki alacaklının rızasını izhara mahal olmaksızın üçüncü şahıslar hakkında hüküm ifade etmeleridir.

Bunun bir madde halinde dercine hiç de lüzum yok idi. Bu yoldaki temlik ya kanun yahut mahkeme kararı muktezasınca vuku bulduğuna nazaran bittabi alacaklının rızasını izhar etmesi mevzuu bahsolamaz idi.

## § 5 - Temlikin borçlu hakkında hükümleri

1. (Matlubun temliki) nin borçluya karşı hükmü nedir? Yukarıda söylediğimiz gibi temlik onu yapan ile temellük eden kimse arasında vaki bir akit olup borçlu buna yabancıdır. Diğer taraftan, temlik mukavelesinin gerek âkitler beyninde gerek üçüncü şahıslara karşı müfit olması için tahrirî şekilde yapılmış bulunması kâfidir. Bununla beraber borçluya kendisinin vukufu bulunmıyan bir temlik muamelesini dermeyan etmek ve onu asıl alacaklıya tesviyede bulunmuş iken bir kerre de temellük edene tediyeye mecbur kılmak manasız ve haksız bir iş olur. Bunun için kanun gerek temliki yapan gerek matlubu iktisap eyleyenden biri tarafından temlik muamelesinin vukuu kendisine haber verilmezden evvel borcu hüsnü niyet ile alacaklıya tediye etmiş olan borçluyu borcundan beri kılmaktadır.

Fransız hukukuna göre temlikin borçluya ihbarı bu muamelenin üçüncü şahıslar hakkında muteber olması için bir şarttır (madde, 1690). Borçlar kanunu ise temliki tahrirî şekilde yapılınca diğer şahıslara karşı muteber addetmekle beraber muamelenin vukuuna ittilâ husulûnden evvel borçlunun evvelki alacaklıya yaptığı tediyeyi de, söylediğimiz gibi muteber tutmaktadır. Buna nazaran

551

tatbikatta, temlik üçüncü şahsa yani borçluya karşı dermeyan olunabilmek için kendisine ihbar edilmesi lâzım gelmektedir.

İhbar için hiç bir şekil meşrut değildir. Maamafih borçlunun inkârı takdirinde ihbarın vukuunu ispat, gerek temlik edenin gerek temellük eyliyenin menfeati muktezasından olduğu için bu işi Huissier [*] vasıtasile veya hiç olmazsa taahhütlü bir mektup ile yapmak ihtiyatkârane bir hareket olur.

Tebliği yapan hemen daima temellük eden şahısdır. O temlikin tahrirî bir vesikaya müstenit olduğunu bildirmek mecburiyetindedir. Bunun için işbu vesikanın bir sureti ihbarnameye raptolunur.

Yukarıda ihbarın vukuundan evvel borcu ilk alacaklıya tediye etmiş olan borçlunun borcundan kurtarılması için bu te'diyeyi hüsnü niyet ile yapmış olması kaydi vazolunmuş idi. Hüsnüniyyet tahriren vücude getirilmiş bir temlik mukavelesinin, vucudundan borçlunun gafil olması demektir. Eğer borçlu bu akdin vücuduna vakıf idi ise - temlik eden veya temellük eyleyenden biri tarafından kendisine tebliğat vaki olmamış ta olsa - artık ilk alacaklıya borcunu öderken hüsnüniyet sahibi addolunamaz.

Kanun borçluyu burada kâfi derecede himaye etmeyor görünmektedir. Filhakika, temlikin vücudu kulağına çalınınca o müşkül bir vazıyette kalmış olur. Temellük edene tediye etse bilâhara ilk alacaklının, yolunda yapılmadığı iddiasile, temlikin sıhhatine itiraz eylemesi ihtimali vardır. Alacaklıya te'diyede bulunmuş olsa bunu hüsnüniyet ile yapmadığı ittihamına maruz kalabilir.

Bu gibi ihtilâflara nihayet vermek için, bilcümle ahvalde temlikin borçluya tebliğini şart kılmak faideli olur idi.

II. Buraya kadar biz borcun, borçlu tarafından ilk alacaklıya tesviyesi gibi basit bir ihtimali tetkik ettik.

Fakat diğer bazı haller vardır ki bunlarda, borç te'diyeden gayri bir suretle ( bilfarz takas, bağışlama. Tecdit gibi ) sukut eder. Bu hallerde dahi ayni kaide caridir. Bundan maada, 167 - T. B. K. 165 - inci madde mütevali temliklerin vücudunu derpiş ile bunlarda matlubu temellük edenlerden tercihi lâzım gelen

[1] Bir kimseye gerek mehakim tarafından vaki, gerek bunun haricinde bir diğeri tarafından yaptırılan tebliğatı icra ile mükellef bir sınıf memurini adliyeye (Huissier) ıtlak olunur. Lisanımızdaki mübaşir tabiri Avrupada mevcut (Huissier) teşkilâtına tekabül etmekten uzaktır. Mütercim

bir varken diğerine, hüsnüniyetle « te'diyede bulunan borçlunun » da beri olacağını işaret ediyor.

Bu maddenin tahrir tarzı hatalıdır. Zira kendisine tesviyede bulunulandan gayri birinin ona tercihi lâzım geliyor idi de bu yapılmadı ise te'diye hakka münafi bir surette vuku bulmuş olur. Binaenaleyh muteber addedilmemek icap eder. Maddede ifade edilmek istenilen fikir şudur: borçlunun temellük edene vakı te'diyesi, bu alacak üzerinde hak ihraz edilmiş bir diğer kimse - diğer bir temellük eden - mevcut olsa fakat onun vücudu borçluya malûm bulunmasa yine sahih ve muteber olur. Misal : Mehmetten alacağı olan Ahmet bunu 1 Nisanda Hasana temlik etmiş, Hasan da 15 Nisanda bu ayni matlubu Recebe temlik eylemiştir. Hasana vaki temlik borçluya tebliğ edilmiş fakat Hasanın Recebe yapdığı temlik haber verilmemiştir. Bilfarz 1 Mayısta Hasana te'diyede bulunmuş olan Mehmet borçdan kurtulur. Diğer bir misal : Ahmet alacağını - 1 Nisanda Hasana ve ayni gün müteakiben Aliye temlik eder. Ali borçluya keyfiyeti tebliğ eder. Fakat Hasan etmez. Borçlunun Aliye yapacağı te'diye muteberdir.

III. Usulen kendisine tebliğatta bulunulmuş olan borçlunun borcu temellük edene te'hiye mecburiyetinde olduğunu gördük.

Fakat bazı hallerde ayni matluba istihkak iddiasında bulunan müteaddit kimseler mevcut olabilir. Meselâ temlik akdinin sihhati itiraza uğradığı zaman tahaddüs eden vaziyette olduğu gibi. Böyle hallerde borçluyu yanlış te'diyede bulunmak yahut borcu ödemeğe hazır olmasına rağmen mütemerrit vaziyete düşmek tehlikelerine karşı himaye etmek lâzımdır.

168 - T. B. K. 166 ıncı madde bu ihtimali derpiş ile « aidiyeti münazaalı bulunan bir matlubun borçlusu te'diyeden imtina edebileceğini ve matlubu mahkemeye tevdi ile borcundan beri olacağını » söylüyor.

Tevdi borçlar kanununun 96 ıncı maddesinde muharrer şartlara tevfikan yapılır. Mevdu şeyin hasarı alacaklıya intikal etmesi neticesini hasıl eyler.

Dediğimiz gibi, borçluya kanunun bahşeylediği bu salâhiyet matlubun aidiyeti münazaalı olmak kaydile meşruttur. Böyle olmadığı takdirde borcun mevzuunu mahkemeye tevdi ile borçtan kurtulmağa imkân yoktur.

Diğer taraftan nizaın vucuduna vukufu bulunmasına rağmen, kendisini alacaklı addedenlerden birine borcu te'diye etmiş olan

borçlu bundan hasıl olacak neticeyi takabbül etmiş demektir. Bu takdirde ayni borcu, ledeliktiza, ikinci defa ödemeğe nefsini maruz kılmış olur. Borçlunun vaziyeti, görülüyor ki, az çok nazik dir, Bu sebeple, borçlu matlubun aidiyetini münazaalı addedecek ciddî sebeplere malik olup ta borcun mevzuunu tevdie teşebbüs eylediği zaman mahkeme bu teşebbüsü terviç etmelidiir. Bunun için borçlu ayni matlup üzerinde iki kişinin hakkı iddia eylediğini ispat etmesi lâzımdır.

Borçlunun matlubu mahkemeye tevdie daima mecburiyeti yoktur. Bu hususta, davanın derdesti rüyet olup olmadığı halllerini birbirinden tefrik etmelidir.

Ayni bir alacak hakkında hak dermeyan eden iki veya daha fazla şahıslar arasında dava vuku bulduğunu farzedelim. Bu takdirde iki tarafdan her biri borç mevzuunu (ki bunun behemehal nakitten ibaret olması icap etmez) tevdie borçluyu icbar edebilir. Şu şartla ki borç muaccel olsun.

Ortada derdesti rüyet bir dava bulunmadığı takdirde ise borçlu isterse tevdi eder isterse etmez. Fakat tevdi etmediği zaman borçdan kurtulamıyacağı gibi, tehirden doğan faiz de işlemeğe başlar ve matlubun tehlike ve hasarı kendisine intikal eder.

168 - T. B. K. 166 - ıncı maddenin tahrir tarzından anlaşıldığına göre dava yapılmamış olduğu halde bile matlup münazaalı olabilir. Onun aidiyetinde ihtilâf tahaddüs etmiş, fakat bu ihtilâf henüz mahkemeye arzedilmemiştir.

Matlubun aidiyetinde niza vukuu her zaman temlik muamelesinden neş'et etmez. Buna ekseriya mahal veren hadise biir mirasın açılmasıdır. Bilfarz müteveffanın başkası zimmetindeki bir alacağını da ihtiva eden mirasın aidiyet ciheti münazaalı olur, onaa iki kişi istihkak iddia eder. Böyle hallerde işbu alacak kendi zimmetinde bulunan kimse matlubun temliki maksadile kanuna derc edilmiş olan 168 (T. B. K. 166) inci madde hükümlerinden istifade edebilir mi? Burada kıyas suretile muamele yapmağa bir sebep yoktur. 168 inci madde aidiyeti münazaalı olan her matlup hakkında cari olmak lâzımdır,

## § 6 - Borçlunun dermeyan edebileceği defiiler

«Matlubun temliki borçluya zarar iras etmemek lâzımdır» kaidesinin bir neticesi de borçlunun temlik edene karşı haizz olduğu

554

defileri temellük edene karşı dahi dermeyan eyleyebilmesinde görülür.

Buradaki defiden kast borçlunun talebe karşı koyabileceği her nevi itirazdır. Binaenaleyh rızadaki fesattan, borçlunun ehil olmamasından, akdin diğer tarafca icra edilmemesinden veya borcun sakıt bulunmasından doğan bütün defiler buraya dahildir.

Buna mukabil, borçlu ile temliki yapan alacaklı beynindeki münhasıran şahsî rabıtalardan doğan defi temellük edene karşı dermeyan olunamaz.

Def'in temellük eden kimseye karşı dermeyan edilebilmesi için borçlu temlike ıttıla kesbettiği zaman onu haiz bulunması lâzımdır. Zira bu andan itibarendir ki borçlu temellük edene karşı mülzem olur. Şu halde asıl alacaklıya karşı haiz olduğu defi hakkını temellük edene karşı da dermeyan salâhiyeti borçluya verilmez ise bu kendisi için zararlı bir netice hasıl eder ve hakka mugayir düşer.

Temellük borçluya tebliğ edilmiş olursa onun buna nezaman vukuf kesbettiği kolayca tesbit olunabilir. Fakat borçlu buna başka bir vasıta ve tarikle vakıf oldu ise ıttıla anını tayin güçleşir; ve bu, halli müşkül bir ihtilâfa mahal verebilir.

Borçlunun temlike ıttıla hasıl ettikten sonra temliki yapana karşı ihraz edeceği defiler temellük edene karşı dermeyan olunamaz. Fakat bundan işbu defin dermeyan olunabilmesi için borçlu temlike vakıf olmazdan evvel onu ilk alacaklıya karşı esasen dermeyan etmiş olmalıdır ma'nasını çıkarmamalı, def'in hukukî esasları sebep dermeyanı, vukuf anında mevcut bulunmak husulü maksada kâfidir. Meselâ:

Bayi müşteriden alacağı olan bedeli bir şahsa temlik etmiş ve mebi müşteriden zaptedilmiş olsa bu beriki temellük edene karşı «zapta karşı teminat» mutalebesile defi dermeyan edebilir; bu hak mebi müşterinin temlike vukuf kesbetmesinden daha sonra mebi zaptedilmiş olsa da mevcuttur. Çünkü buradaki def'in esası bayiin teminat vermek borcudur ki bu borç bey'in inikadından itibaren mevcut bulunmakta idi. Binaenaleyh temlike borçlunun -müşterinin- vakıf olduğu anda da mevcuttu.

Borçlunun kendi yüzünden husule gelen defileri de alacaklıya dermeyana mezun olduğunu söylemeğe hacet yoktur: temlikin sıhhatine taallûk eden defiler gibi.

169 uncu maddenin ikinci fıkrası borçlunun temlik edene karşı dermeyan edebilecek olduğu takas talebine müteallikdir. Misal: Ahmet Mehmetten alacaklıdır. Bu alacak 15 kânunu sanide muacceliyet kespedecektir. Mehmet bilmukabil Ahmet zimmetinde bir matluba malik olup borç 25 kânunu sani tarihinde muaccel olacaktır. 1 şubatta Ahmet Mehmetten alacağını Hasana temlik etmiştir. Temlik Mehmede tebliğ edilince o Hasana karşı takas dermeyan eder, zira temlikin vukuundan evvel borcu Ahmedin borcu ile tekabül etmiş ve sukut eylemiştir.

Lâkin, borçlunun temliki yapan alacaklıya karşı mevcut matlubu temlikin kendisine iblâğı tarihinde henüz muacceliyet kespetmemiş ise ne yolda hareket edilecektir?

Borçlar kanununun tadili esnasında 169 uncu maddeye ilâve olunan ikinci fıkra burada iki hali birbirinden ayırıyor.

I. Borçlunun temliki yapana karşı mevcut alacağı temlikin vukuundan evvel muacceliyet kespetmiştir. Bu takdirde takas dermeyan olunabilir.

Ahmedin Mehmetten olan alacağı 1 temmuzda muacceliyet kesp edecektir. Mehmet ise 1 şubatta Ahmedin alacaklısı olur ve bu alacak 1 mayısta muacceliyet kespetmek lâzım gelir.

Martın ilk günü Ahmet matlubunu Hasana temlik eder. Hasanda ayni tarihte Mehmede tebliğatta bulunur. Burada Mehmedin Hasana takas iddiasile defi dermeyan etmesi caizdir.

II. Borçlunun alacağı temlik edilen matluptan sonra muacceliyet kespedecektir.

Bu takdirde takas dermeyanına imkân yoktur,

Ahmedin Mehmetten alacağı 1 temmuzda, Mehmedin ise Ahmetten matlubu 1 ağustosta muaccel olacaktır. Ahmet kendi matlubunu 1 martta Hasana temlik etmiştir. Mehmet burada takas iddiasına mezun değildir.

Bu hal tarzı, temlikin borçluya zarar iras eylememesi esasının tatbikatından başka bir şey değildir.

Eğer borçlunun alacağı temlik olunan matluptan evvel veya onunla aynı zamanda muacceliyet kesbetmiş olsa idi borçlu temliki yapana karşı takas dermeyan edebilecek idi. Binaenaleyh ona bu hakkı temellük edene karşı dahi vermek lâzımdır. Aksi takdirde temliki yapana karşı takas iddiası kabil olamıyacağından temellük eden hakkında da bu iddiada bulunulamaz.

556

## § 7 - Müteferri hakların devri

Temlike mevzu olan şey bir matluptur. Fakat matlubun ekseriya teferruatı da mevcuttur. Bü teferruat dahi temellük edene intikal edecek mi ?

Bu her şeyden evvel filî bir meseledir. Âkitlerin temliki yalnız asıl olan hakka mı kasretmiş yoksa mütemmimata da mı teşmil eylemiş oldukları araştırılır. Şu halde nazarı dikkate alınacak olan şey âkitlerin yaptıkları mukaveledir.

Maahaza mukavelede buna dair bir kayıt mevcut değilse fer'in aslını takip edeceği hakkındaki umumî kaideyi burada dahi tatbik icap eder. 170 T. B. K. 168 inci madde «matlubun temlikinde temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil» olduğu muharrerdir. Rüçhan hakları iki tarafın mukavelesinden mütevellit teminattan ibarettir: Rehin, hapis hakkı (*droit de rétention*) ilâ gibi.

Kefalet te borca müteferri bir haktır. Lâkin müteferri hak tabiri burada bazı müşkülâta mahal veriyor. Mülkiyetin bayi uhtesinde muhafazası *(réserve de propriété)* ile aktin, ifa edilmemek hasebile feshi hakkı bu sınıfa dahil olup olmadığı cayı sual görülmüştür. Fikrimizce bunların hukuku müteferriadan olduğuna şüphe yoktur.

Maahaza bazı haklar vardır ki matlubun teferrüatı cümlesinden olmakla beraber, münhasiren ilk alacaklının menfaatı uğrunda vücut buldukları cihetle, temlikten sonra alacağa merbut kalmazlar. Burada mevzu bahsettiğimiz şey matlubun hakikî ferilerden addedilemiyecek olan teminattır.

Resülmalin faizleri de feriden addolunurlar mı ?

Temlikin yapıldığı zamana kadar işlemiş olan faizler ile ondan sonra işleyecek olanları tefrik etmeli. İleride işleyecek olanlar şüphesiz ki, matluba müteferridir. Temellük eden, hilâfına mukavele olmadıkça, onları da talep hakkını haizdir.

Temlik anına kadar işlemiş olan faize gelince: Bu hususta tereddüde mahal vardır. Zira vazıı kanun faiz alacağını resülmale müteallik alacaktan ayrı bir şey addediyor. Bununla beraber 170 - 168 inci maddenin üçüncü fıkrası «gecikmiş faizlerin asıl matlup ile birlikte temlik edilmiş addolunacağını» ifade etmektedir.

Böyle olmakla beraber faiz alacağına mütedair olan senetler,

557

kuponlar temellük edene asıl borç senedi ile beraber verilmemiş olduğu takdirde bu yolda düşünmeğe mahal kalmaz.

## § 8 - Âkitlerin borçları

Yukarıda da söylediğimiz gibi ekseri hallerde matlubun temliki muamelesi onu yapmağa saik olan sebep ile birleşir ve temlik bir satım akti suretinde tezahür eder. İki tarafın edindikleri borçlar tıpkı satım aktinde satıcı ile müşteriye teveccüh eden taahhütlere benzer. Temliki yapan kimse teslim ve zapta karşı temin vazifeleri ile mükelleftir. Temellük edense - temlik bilâ ivaz yapılmamış olduğu takdirde - bedeli tesviyeye mecburdur.

Matlubun temlikinde teslim ne suretle olur? Borç senedini vermek ile. Alacak bir senetle müeyyet ise alacaklı onu, bu borçluya karşı kullanmak üzere temellük eyleyene verir. Bu senet bizzat temlik muamelesini gösteren vesika olmayıp tek ve temlik edilen hakkın vücudünü gösteren vesikadır.

Bundan maada alacaklı diğer bilcümle sübut sebeplerini ve haklarını kullanmak için lâzım olan malûmatı temellük edene vermekle mükelleftir.

II. Temellük, ivaz mukabili icra edildiği takdirde onu yapan kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini de zamındır.

Temlik zamanından kast, temlik senedinin tahriren tanzimi anıdır. Fakat bu hükmün lafzen tefsiri vazıı kanunun maksadına tevafuk etmez. Alacaklı tediye zamanının hulûlünde mevcut değil ise temlik ne işe yarar? Şu halde alacağın temlik zamanında muaccel olup olmadığı hallerini biribirinden ayırdetmelidir. Birinci halde teminatın taallûk ettiği şey, alacağın temlik esnasında mevcudiyetidir. İkinci halde ise teminat, alacağın tediye zamanında mevcut bulunduğuna müteallikdir.

Temlik eden alacağın mevcudiyetini zamindir. Cümlesi ile vazıı kanun söylemek istediği fikri tamamile ifade etmiş oluyor. Çünkü alacağın yalnız mevcut bulunması temlik edeni taahhüdünden beri kılmak için kâfi değildir. Alacak temlik esnasında ne halde idi ise yine o halde mevcut bulunmak lâzımdır. Matlup kısmen mevcut olduğu veya ona karşı defi dermeyan ettiği, talikî veya infisahî şartlardan biri mukayyet bulunduğu, asıl matlup ile beraber terkedilen müteferruat artık mevcut bulunmadığı hallerin

kâffesine temellük eden, temlik edene karşı dava hakkına sahiptir.

İşbu tazminin şumulü iki tarafın arasındaki mukaveleye nazaran va daha vasi yahut ta daha dar olabilir. Temellük eden kimse hakların bir kısmından veya cümlesinden ferağat ettiği takdirde tazminin şumulü azalmış veya büsbütün ortadan kalkmıştır. Yok eğer temlik eden borçlunun eda kabiliyetini de kefaleti altına almış ise tazminin genişliği ziyadeleşmiş olur.

Temlik eden kimsenin kat'î bir teahhüdü olmadıkça borçlunun aciz halinden dolayı ona rucua imkân yoktur.

Borçlunun eda kabiliyetine müteallik kayıt, dar bir manada tefsir edilmek icap eder. Şüphe halinde, temlik edenin ve borç olduğu takdirde borçlunun temlik esnasındaki eda kabiliyetini tekeffül eylediği kabul olunur.

Borçlunun aşağıdaki eda kabiliyetini tekeffül de caizdir.

Temlik ivaz mukabili vuku bulmamış ise temlik eden matlubun mevcudiyetini bile tazmine mecburdur. Matlup mevcut değil ise temellük eyleyen kimse teminat vermiş idi ise bundan dolayı mes'uldür.

248 ( T. B. K. bizdeki 243 ) üncü maddenin ikinci fıkrasına göre vahip hibe edilen veya alacağın teminini vadetmiş ise bununla mükellef olur.

III. Te'diye makamında da temlik icrası vakidir. Bu alacaklı ile borçlu arasında bir mukavele olup muktezasınca borçlu diğer bir şahıstan olan matlubu kendi alacaklısına temlik eder, o da bu şahıstan filen istihsal edebileceği miktarı borca mahsup eyler, Temellük eden alacaklı da, bilmukabil, lâzım gelen ikdam ve ihtimamda bulunmağı yani borçlunun üçüncü şahıs zimmetindeki alacağı tahsile çalışmağı taahhüt eyler.

Bu nevi temliki farık olan hassa burada bedelin muayyen olmaması yani borçtan tenzil edilecek miktarın musarrah bulunmamasıdır.

Bu manada temlik ne bir satım akti ne de te'diye makamında vaki bir muameledir. Zira alacaklı borçlunun üçüncü şahıs zimmetindeki matlubunu kendi alacağına mukabil kabul ile borçluyu ibra ediyor değildir. Onun bütün taahhüdü kendisine temlik edilen matlubu borçlunun borçlusundan tahsil için elinden geleni yapmak ve alabileceği miktarı kendi matlu-

559

bundan tenzil etmektir. Misal: Ahmedin Hasandan 1000 lira alacağı vardır. Hasan, Ali zimmetindeki 1500 lira alacağını Ahmede temlik eder. Ahmet, Aliden 500 lira alırsa Hasanı bütün borcundan ibra eyler. Bir şey tahsil edemediği takdirde ise 1000 lira matlubu olduğu gibi mevcut kalır. Ancak Ahmet, Aliyi takipte terahi gösterir ve Hasan da böyle hareket etmediği takdirde Ahmedin Aliden matlubu istihsal eyleyebilecek olduğunu isbat eylerse borç sukut eder.

Hususî mahiyeti haiz bulunan bu nevi temliki borçlunun bir bedel mukabilinde alacaklısına yaptığı temlikten ayırdetmeli. Bu sonuncusu hakikî bir temellüktür: Bunda lehine temlik yapılan alacaklı temlikin bedelini borçlusuna borçlanmış olur. Misal: Ahmedin Tahsinden 1000 lira alacağı vardır. Tahsin Veliden olan 1000 lira alacağını Ahmede temlik eder. Ahmedin Tahsinden olan matlubu Tahsinin kendisine karşı temlik neticesinde elde ettiği matlup ile takas edilmiş ve sukut etmiş olur.

Bu nevi temlikte temliki yapan kimse temellük edene karşı matlubun mevcudiyetine kefildir. Fakat hilâfına şart olmadıkça borçlunun eda kabiliyetinden mes'ul olmaz. Halbuki tediye makamına yapılan temlikte temlik eden borçlunun kabiliyetine de kefildir. Zira o (borçludan borcu tahsil edemediği müddetçe) temellük edene karşı borçlu vaziyetinde kalır.

IV. Temlik edenin mükellef bulunduğu tazminin şumulü nedir? Yani teminat ile mükellef olduğu takdirde temellük edene karşı borcu neden ibarettir?

173 (T. B. K. 171) inci maddeye göre:

I. Aldığı para, yani temlikin bedeli. Burada temellük edenin mevkii mebi elinden alınan bir müşterinin mevkiinin aynidir. Yani o, kendisine temlik olunan meblâğı talep edemez. Ancak temliki yapan kimseye vermiş olduğu bedelin iadesini ister. Temliki yapan borçlunun tediyeye kudretini temin etmiş bulunduğu halde dahi bu ayni hüküm tatbik olunur.

Temlik edilen matlup kısmen mevcut olduğu takdirde temellük edenin talep mevzuu ne olmak lâzımdır? Mösyö Ozerin kavlince onun dermeyan edebileceği hak, verdiği parayı tahsil ve istirdat için ilâvesi lâzım gelen miktara müteallikdir. Ozer misal olarak şunu zikrediyor:

1000 Franklık bir matlup beş yüz frank mukabilinde temlik edilmiştir. Matlubun hakikî mikdarı bin değil dörtyüz frank olduğu

takdirde temellük eden temliki yapandan daha yüz frank tisteyebilir.

Bu hal tarzı fikrimizce pek te hakka mutabık değildir. yukarıdaki misali değiştirerek diyelim ki matlubun hakikî miktarı 400 yerine 500 frank olsun, Ozerin usulüne nazaran burada temliki yapandan artık talebe mahal olmamak icap eder. Halbuki o 1000 frank miktarında bir matlubun vücudunu temin etmiş idi. Matlubun hakiki miktarı ise 500 franktır. Burada temellük eden alacağın nısfı miktarını kaybettiği cihetle temliki yapandan istemeğe mezun bulunduğu miktar da ona verdiğinin nısfı derecesinde yani (250) olmak icap ederdi.

İki taraf bu kaide hilâfına mukavele yapabilirler. Yani temellük eden matlubun bir kısmından mahrum kalacak olursa ona daha fazla mikdarda tazminat itasını kararlaştırabilirler.

II. Bedelin tesviyesi günündenberi faizi.

III. Temellükün mucip olduğu ve alacaklının borçluya karşı semeresiz takibatı dolayisile ihtiyar ettiği masraflar.

Hülâsa temellük eden kimsenin isteyeceği şey menfi zarar ve ziyandır. Temlikin netice hasıl etmemesinden doğan zararı tazmin olunur. Fakat temlik hükmünü hasıl ettiği takdirde bundan doğacak olan menafiin mukabili kendisine verilmez.

Bu hüküm, tediye makamına yapılan fakat mahsubu icra edilecek miktarı gayri muayyen bulunan temlikde cari değildir. Temellük eden, borçludan tahsil edebildiği miktarı kendi alacağından indirmek mecburiyetinde olduğuna göre alacağını temamile alamamış ise geri kalan miktar için temlik edene karşı mutalebe hakkı bakidir. Zaten temliki yapmiş olan kimse bedel olarak diğer taraftan hiç bir şey almadığı için kendisine de birşey tesviye etmesine mahal yoktur. 173 üncü maddenin ikinci fıkrası hasbelkanun vaki temlike müteallıktir (166 T. B. K. 164 üncü maddeye müracaat).

Alacaklıya hasbelkanun halef olan kimse ona karşı teminat iddiası dermeyan edemez. Alacaklıya borcu tesviye etmiş olan kefil, borçlunun iddaya kabiliyeti bulunmaması takdirinde alacaklıya rucu edemez. Zira onu borçlunun iddaya kabiliyeti hakkında temin eden gene kendisidir.

Borç mevcut olmasaydı kefil alacaklıya karşı teminat talebinde bulunamıyacak yalnız, vekâletten veya vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf filinden doğan haklara malik olacaktı.

561

174 (T. B. K. 172) inci madde (emre muharrer senetler ile hamiline ait senetler gibi) bazı hakların temlikine müteallik hususî hükümleri mahfuz tutmaktadır.

# İkinci kısım

## Nakli deyn

### § 1 - Nakli deynin evsafı

Her alacakta üç rükün vardır: 1 - alacaklı, 2 - borçlu, 3 - borcun mevzuu, muhtevası.

Eski Roma hukukunda bu üç rükün yekdiğerinden kabili tefrik değildi. Alacaklının değişmesi borcun vücudunu izaleye sebep idi. Alacak temlik edilemezdi. Hali hazır hukukunda matlup temlikinin sıhhatine itiraz eden yoktur. Bu muamele matlubun yeni bir alacaklıya intikali neticesini hasıl etmekte ve işbu hakkın tamamile muhafazasına matuf bulunmaktadır.

Müsbet noktai nazardan icrası kabil olan şey menfi noktai nazardan da kabil olmalıdır. Yani borç sükut etmeksizin bu borçlu değişebilmelidir. Bu netice nakli deyn muamelesi ile istihsal edilebilir.

Borçlunun tebdili suretile yapılan tecdit, borcun zevalini muciptir. Nakli deyn ise bir adamın borcunu başkasının zimmetine nakil neticesini husule getirmektedir.

Nakli deynin hukukî mahiyeti bir çok nazariyelere zemin hazırlamıştır.

Bütün nazariyelerde aranılan şey karşısındaki borçlu değişen alacaklının oynadığı roldür. Alacaklının muvafakati olmaksızın eski borçlu yerine yenisinin ikame edilememesi en basit bir muhakeme mukteziyatındandır. Alacaklı evvelki borçlu ile aynı zamanda nefsini ilzam edecek bir diğer kimseyi kabul edebilirse de evvelki borçluyu borcundan ibraya temayül göstermez.

Alman nazariyatında kuvvetli bir mevki işgal eden bir fikre göre alacaklının buradaki vazifesi mahduttur. Akit eski ve yeni borçlular arasında münakit olup alacaklının rızası onu adeta tasdike matuftur. Bu nazariyeye (muvafakat nazariyesi) itlak olunur.

Diğer bir kanaate göre evvelki ve sonraki borçlular arasındaki

562

anlaşma akit için ihzarî bir muamele mahiyetinde olup asıl akit her iki borçlu tarafından alacaklıya arzolunan müşterek teklifin kabulü üzerine mün'akit olur.

Bazı müellifler ise aktin alacaklı ile yeni borçlu arasında vücuda geldiği ve eski borçlunun buna iştirakine mahal olmadığı mülâhazasını dermeyan etmektedirler: (Akit nazariyesi *Venrags theorie)*

Bu noktai nazar ihtilâfının tatbikat sahasında bir ehemmiyeti yoktur. Maamafih. eda kabiliyetine malik bir borçluya karşı mevcut haklarını muhafazada menfaati bulunan alacaklının rızası lâhik olmaksızın nakli deyn kabil olamıyacağına göre ona işbu muamele de yalnız talî bir vazife tahmil eden nazariyede makbul sayılamaz. Borçlar kanunu ise buna mübayin olan nazariyeyi kabul etmiş görünüyor. Kanun bir taraftan eski ve yeni borçlular arasındaki rabıtaları diğer cihetten müteahhit *(Uberuehmer)* itlak ettiği yeni borçlu ile alacaklının münasebatını tefrik ve tahlil etmektedir.

## 2 - Nakli deynin dahilî safhası

Evvelki ve sonraki borçlular aralarında bir akit yaparlar ki bu nakli deynin dahilî safhasını teşkil eder madde; 175 (T. B. K. 173 üncü madde) müteahhit borçlunun beraetini istihsali iltizam eder. Bu netice ise muhtelif suretlerle elde edilir. Bu vasıtalardan biri ve en tabiisi borcun tediyesidir. Borcun bizzat borçlu tarafından ödenmesinde umumiyetle alacaklının hiç menfaati olmadığı için (68 T. B. K. 67 inci madde) müteahhit borcu ya öder veya diğer suretlerden biri ile ıskat ederse taahhüdünü ifa eylemiş olur. Fakat böyle bir halde ortada asıl manasında bir nakli deyn muamelesi mevcut değildir. Kanun borçluyu zimmetinden tahlis edecek başka bir vasıta bulmuştur: Bu da müteahhidin evvelki borçlu uhtesindeki borcu, alacaklının rızasile kendi üzerine almasıdır. Hulâsa, nakli deyn akti, borçlunun beraetini istihsale müteahhidi mecbur kılar. Onun taahhüdü mevzuu «yapmak fili» dir ki bu da borcu ödemek yahut onu kendi zimmetine almak suretile tecelli eder.

Nakli deyn ya ivaz mukabili yahut bilâ ivaz yapılır. Muamelâtta ekseriya ivaz mukabilidir. Yani müteahhit borçluyu, ancak o kendisine bilmukabil bir şey verdiği veya yaptığı takdirde borcundan kurtarır.

İvaz mukabıli vaki nakli deynin sıhhati hiç bir şeklin vücuduna müteallik değildir. Fakat ivazsız yapıldığı takdirde hibe vaadi makamında olmakla (243 T. B. K. 238 inci madde muktezasınca) tahriren icrası icap eder. Borçlu umumî kaidelere tevfikan, müteahhit aleyhine, taahhüdatını ifa etmesi için dava ikame edebilir.



560

Lâkin akit ivaz mukabili yapılmış ise müteahhit te borçluya karşı kendi borçlarını ifa eylemediği dermeyanile, ledelhace defi dava *(Exceptio non abimpleti contractus)* dermeyan eyliyebilir. Yani borçlu nakli deyn taahhüdüne karşı nakil aktinden doğan borçlarını ifa etmedikçe müteahhit te kendi taahhüdatını ifadan imtina edebilir. madde: 175 «T. B. K. 173» ikinci fıkra). Bu maddenin son fıkrası borçtan beraet etmemiş olan borçluya nakli deyn müteahhidinden teminat istemek hakkını veriyor. Burada derpiş olunan hal alacaklının kendisine vaki teklife muhalefet etmesinden yahut borç henüz tesviyesi lâzım olmamasından dolayı işbu borcundan borçluyu müteahhidin hemen tahlis edememesi halidir. Bu müddet zarfında eski borçlu alacaklı tarafından vukuu melhuz taleplere karşı emin olmağı isteyebilir.

Kanunun borçluya verdiği bu teminat talebi hakkı fazladır. Şüphesiz ki borçlu ile müteahhit nakli deyn için aralarında yaptıkları mukaveleye borçlu lehine teminat itası şartını vaz edebilirler. Bizim anlayamadığımız şey onların bunu yapmamış olmalarına rağmen müteahhidin diğer âkide gene teminat itasına mecbur tutulması keyfiyetidir.

Nakli deyn aktinin bu dahilî safhası alacaklıya müteahhit aleyhinde hiç bir hak bahşetmez. Zira bu akit üçüncü şahıs lehine yapılmış bir akit değildir.

## § 3 - Nakli deynin haricî safhası

I. İlk borçluyu borcundan bera ettirmek için müteahhit alacaklı ile bir akit yapar; bu akit muktezasınca alacaklı onun ilk borçlu yerine kaim olmasına rıza gösterir.

Nakli deynin işbu haricî safhasına her türlü borç mevzu olabilir: Para borcu veya sair borçlar bunların bir veya iki taraflı bir akit mahsulü olmaları ehemmiyeti haiz değildir: Müşteri ile üçüncü bir şahıs arasında vaki nakli deyn akti neticesinde satıcı bedeli teslim hakkındaki taahhüdünden beraet eder. Bu muameleye, ağlebi ihtimal satıcının müşteriye karşı mevcut alacağını üçüncü şahsa temlik eylemesi akti de munzamdır. Bu suretle müşteri teslimi temellük edenden talebe mezun fakat, bilmukabil semeni ona tesviye ile mükellef olur.

Hulâsa nakli deynin haricî safahası müteahhit ile alacaklı arasında vaki bir muamele teşkil eder. Eski borçlu, her ne kadar akit kendi lehine yapılmış - zira borcundan kurtuluyor - ise de buna iştirak eylemiş değildir.

Nakli deyn borçlu ile müteahhit beyninde bilâ ivaz da vuku

564

bulmuş olsa haricî safahasında - yani müteahhit ile alacaklı arasında- hiç bir şekle tâbi olmaksızın dahi sahihtir. Zira bu safahasında akit hibe vaadi makamında değildir.

II. Aktin icap ve kabul ile in'ikadı emrinde kanun bazı teferruattan bahsediyor.

Nakli deyn mukavelesinin akti hususunda icabı kim dermeyan eder? Nazariyatta icabı alacaklının dermeyan etmesi imkânı vardır. Fakat kendisine borçlusunu kaybettirmek neticesini hasıl etmesi itibarile kârlı bir muamele olmıyan bu işte ilk teşebbüsün alacaklıdan süduruna pek te ihtimal verilemez.

İcap umumiyetle müteahhitten sadır olur. İcabın müteahhit ile borçlu tarafından müştereken yapılmış olduğu hakkındaki nazariye *(Theorie der kollektivofierte)* borçlar kanununda yer bulmamıştır. Maahaza, borçlu aktin yapılmasında müteahhitten ziyade menfaattar olduğu için kendisi ile müteahhit beyninde vaki itilâfı diğeri namına ve onun muvafakati ile alacaklıya tebliğ etmesine mani yoktur. «aktin icra edildiği, nakli deyn müteahhidi veya onun müsaadesi ile evvelki borçlu tarafından nakli deyn «mukavelesinin alacaklıya bildirilmesinden istidlâl olunabilir.» ( 176 T. B. K. 174 üncü maddenin ikinci fıkrası).

Aksi sabit oluncıya kadar işbu tebliğ müteahhidin alacaklı ile bir nakli deyn mukavelesi akteylemek niyetinde bulunduğuna delil addolunur. Bu kanunî hükmün faydası pek te anlaşılamıyor. Başkasının borcunu üzerine almağa razı olan kimse borçlu ile müttehiden kaleme aldığı mukaveleyi hiç bir şey söylemeden alacaklıya tevdi ile iktifa edecek değil, şüphesiz, ondan bu işe razı olup olmadığını da sarahaten soracaktır.

İcabın ancak mahdut bir zaman zarfında müessir olacağını natık bulunan 3 - 5 inci maddelerdeki umumî kaideler hilâfına, 177 - T. B. K. 175 - inci maddede icabın alacaklı tarafından her zaman kabul olunabileceği muharrerdir. Bu hususiyetin sebebi aşıkârdır, Alelâde hallerde mucip *(Pollicitant)* yani teklif kendisinden sadır olan kimse onu talâkki eden şahsa karşı nefsini muvakkat bir zaman için bağlamak arzusundadır. Diğeri sür'atle cevap vermezse icabı yapan kimse başkalarına teveccüh edecektir. Nakli deyn maksadile, vaziyet büsbütün başkadır. Mukavele yalnız alacaklı ile akit olunabilecek bir mukaveledir, Alacaklı razı olmayınca borçlu borcundan beraet edemiyecek ve eğer, bilâkis hatta az çok uzun bir zaman geçtikten sonra bile muvafakat eylerse borçlunun ve müteahhidin vasıl olmak istedikleri netice husul bulmuş olacaktır.

Buna rağmen 177 inci maddenin ikinci fıkrası müteahhit ile borçluya «kabul için» bir mehil tayin etmek ve bu mehlin inkıza-

565

sına kadar alacaklının göstereceği sükûtu, vaki icabı ret mahiyetinde addeylemek» hakkını vermiştir. Kanaatımızca bu hükmün hiç bir amelî kıymeti yoktur. Filhakika kanun icabın kabulü zımnında ya müteahhidin yahut eski borçlunun bir mehil tayin edebileceğini farzediyor. Eski borçlunun menfaati alacaklının kendisini borçtan ibra etmesindedir. Onun alacaklıya şöyle diyebilmesinin imkânı var mıdır? İcabı kabul için size altı ay mühlet veriyorum. Şayet siz muvafakatinizi altı değil de yedi ayda bildirirseniz ben borcumdan beraet etmeği artık istemiyeceğim.

Müteahhide gelince onun da vaziyeti hemen hemen aynıdır. Müteahhit mukavelenin dahilî safhası itibarile - borçluya karşı bağlıdır. Binaenaleyh alacaklının velev ki muayyen olan mühletin inkızasından sonra olsun, icabı kabul etmesi onun menfaati dahilindedir.

Müelliflerden bazıları borçlu ile müteahhidin mütehalif mühletler vermiş olmaları ihtimalini derpiş ve münakaşa ediyorlar. Bu meselenin nazarımızda hiç bir kıymeti yoktur. Umumiyetle nazariye yürütmekten tevakki eden İsviçreli vazıı kanun nakli deyn babında itiyadından inhiraf etmiş görünmektedir.

III. 177 inci maddenin son fıkrası ekseriya görülmeyecek olan bir ihtimale müteallik bulunmaktadır ki o da aynı zamanda iki ve daha fazla nakli deyn mukavelesinin yapılmasıdır. Nakli deyn hakkında alacaklıya icap dermeyan edilmiş fakat o henüz cevap vermemiştir. Bu aralık ayni borç için diğer bir nakli deyn muamelesi vuku bulmuş ve onun müteahhidi alacaklıya icap yapmıştır. Bu ikinci icap birinciyi hükümsüz bırakır ve onu dermeyan eylemiş olan ilk müteahhidi alacaklıya karşı teklifinden beri kılar. Bu hükmün ipotek ile takyit edilmiş gayri menkullerin temliki mesalesinde faidesi olacağını müellifler iddia ediyorlar.

Kanunu medeninin 832 - bizdeki 803 - inci maddesinin ikinci fıkrası mucibince ipotek ile takbit edilmiş bir gayri menkulün ahare temlikinde yani malik borcu kabul ettiği takdirde eğer alacaklı hakkını evvelki borçluya karşı muhafaza ettiğini senesi içinde tahriren beyan etmemiş ise, evvelki borçlu borcundan kurtulur.

Birbirine yakın zamanlarda müteakiben satılmış bir gayri menkulü ele alalım. Müşterilerden ikisi borcu üzerlerine almak hususunda ipotekli alacaklıya icap dermeyan etmişlerdir. İkinci müşterinin teklifi vuku bulunca birincisi taahhüdünden beri kalacakdır. Misal:

Ali Muhsinin alacaklısıdır. Alacaklı da Muhsine ait bir gayri menkul ile teminatlıdır. Muhsin bu mülkü Refika satar Refik borcu kendi üzerine almağı düşünerek Aliye teklifte bulunur. Fa-

566

kat bunu müteakip gayri menkulü Recebe ferağ eder. Recep de Aliye ayni şey için icap dermeyan ederse Refik teklifi ile bağlı kalmaktan kurtulur.

VI. Hûlâsa nakli deynin haricî safhasında gördüğümüz rüknü esası alacaklının rızası olup bu da müteahhidin icabını kabul suretile tecelli eder.

Rızanın sarih olmasına lüzum yoktur. İcabı halinden anlaşılır: Alacaklının kaydi ihtirazî dermeyan etmeksizin nakli deyn müteahhidin te'diyatını kabul etmesi veya bunun borçlu sıfatı ile yaptiğı diğer herhangi bir muameley erazı olması nakli deyni kabulüne delil addolunur. (176 - 174 - inci maddenin üçüncü fıkrası)

Bu karineyi kanuniye pek de muhakkak değildir. Alacaklının müteahhit tarafından vaki te'diyeyi kabul etmesi behemehal eski borçluyu ibra ettiğini göstermez ki. Tecdidin icabı halden müstban olmayacağı akıttan vazıh surette anlaşılması lâzım bulunduğu kaidesine müşabih bir kaidenin burada dahi vaz'ı mereccah olur idi.

Alacaklı tarafından vaki muvafakatın makabline şumulü varmıdır. Yani onunla mün'akıt nakli deyn mukavelesinin hükmü müteahhidin borçlu ile akteylediği mukavelenin anı vukuundan itibarenmi hasıldır? bu hususta (Fick) ile (Oser) arasında ihtilâf vardır. Birincisinin bu suale verdiği cevap menfidir. meğerki mukavelede bir şartı vazıh bulunsun mösyö Fick ise bunun aksini düşünüyor. Vaz'ı kanun muvafakat nazariyesini (Genehmigungstheorie) kabul eylememiş olduğuna göre mösyö Ozerin tarzı rüyetii daha doğrudur.

## § 4 - Borçlunun değişmesinin hükmü

Borçlunun değişmesinin hükmü nedir? bu tebdile rağmen borç bizatihi bakidir. Binaen aleyh:

1. Borcun ferağları da baki olmak lâzım gelir.

2. Borçtan mütevellit defilerde eski medyunundan yenisine intikal eder.

Maamafih kat'î bir mahiyette olmayan bu hükümleri yakının dan tetkik lâzımdır. Bu baptaki tefsirleri oldukça büyük müşkülâta mahal vermektedir. Bunlardan birincisi (178 bizdeki 176) ıncı maddenin ilk fıkrasında görüyoruz: «borçlu değişmiş olsa bile borçlunun şahsına has olanlardan maada müteferriğ haklar, bakidir.»

Hukuku müteferriaya mütedair olan bu mefhuma matlubun temliki mebhasinde de tesadüf eylemiş idik (madde 170-168) alacağına müteferrik haklar, bilhassa dayine borçlu tarafından veri-

567

len teminat, rehin ve ipotekdir. Bunlar hapis hakkı Droit de retantion gibi kanun muktezasından da olabilir. Bu haklar asıl olan alacağın ferağlarını teşkil ederler. (Yani dayin ile medyun arasında bir rabıtadan ibaret bulunan borcun menfi değil müsbet kısmına muzafdırlar).

Borçlunun değişmesine rağmen bu hukuku müteferrianın baki kalup kalmıyacağı sualine müspet bir cevap vermek lâzım gelir. Zira nakli deny tecditten farik olan sıfat bilhassa şudur ki nakli dininde alacak ilk borçlu ile dayin arasında mevcut olduğu şekilde ikinci borçlu ile dayin beyninde mevcuttur. Mahaza işbu müteferri haklar mefhumu hususiyle fikrini oldukça kapalı bir tarzda ifade etmiş olan vazıı kanunun noktai nazarı kabul olunursa tayin ve izahı müşkül bir mefhumdur.

Kanun borçlunun değişmesine rağmen ferğı hakların baki kalacağını natıkdır. mösyö Ozer bu hakların yeni borçlunumu yoksa eskisinin mi zimmetinde ber devam olacağı mes'elesinin halledilmemiş olduğunu söylüyor. Biz öyle zannediyoruz ki kanun müteferri hakların baki kalacağını işaret ederken bunların mü teahhit zimmetinde ipkasını iltizam eder,

II. Mesaeleye vuzuh vermek için alacağına müterafık bulunan belli başlı hakları gözden geçirmek ve bunların, borçlunun değişme sine rağmen baki olacak ferağları teşkil edip etmediklerini araştırmak lâzımdır.

Teminatın en mühimlerini teşkil eden rehin ile kefaleti (kanun bunları ahkâmı mahsusaya tâbi kıldığı cihetle) şimdilik bir tarafa bırakıyoruz.

Cezaî şart borcun ifa edilmemesi halinde muayyen bir mıkdar para tesviyesini taahhüt eylemiş olan borçlu alacaklının muvafa kat ve rızası ile borcu üçüncü bir şahsa devretmiş olursa cezaî şart müteahhide karşı da dermeyan olunur. Mösyö Ozer cezaî şartın tesviyesi o zamana kadar lâzım gelmiş bulunduğu takdirde bu nun aksi bir hüküm vermek iktiza edeceği kanaatındadır. Fakat borçlusu hakkında cezaî şart tatbiki iktiza eylemiş olan bir deyni üzerine almak gafletini kim gösterir.

Hapis hakkı borçlunun muvafakati ile ona ait menkul bazı eşya ya vazıülyet olan alacaklı üçüncü bir şahsın borcu üzerine almak hususundaki icabını kabul eder. Bu takdirde alacaklı hapis hakkı nın bekasını sarahaten şart kılaaktır. Böyle yapmasa bile 178 inci madde mucibince hakkı bakidir.

Resülmalin faizleri henüz işlememiş olan faiz nakli deyne dahil dir. Vazıı kanun işlemiş faizleri asıl deyninresülmalinden ayrı bir borç ad ve telâkki eylemekte olduğuna göre burada söylediğimiz hükmü tatbik kabil olamaz. Fakat filiyat sahasında bir alacaklı

568

nakli deyne razı olmazdan evvel, işlemiş faizleri, şüphesiz ki müteahhitten talep edecektir. Böyle olmazsa işbu nevi faizler eski borçlünun zimmetinde kalır.

İcra ve iflâs kanun muktezasınca alacaklının ilk borçluya karşı haiz olabileceği hakkı rüchana nakli deyn muamelesi bir tesir icra eder mi? [*] bu hususta bir ihtilâf zuhurunu tahmin için insanın bir çok düşünmesi lâzım geliyor: Bilfarz maaşı efendisi zimmetinde kalan bir memurun vaziyetini göz önüne gösterelim. Patron işbu borcu üzerine alacak bir meslek bulur; fakat o adam iflâs halindedir. Bu takdirde memurun alacağı mürecahh alacaklardan mı olacaktır? biz böyle olacagını zannetmeyoruz. Zira bu takdirde müteahhidin teminatsiz dayinları bundan mutazarrır olacaklardır. Müteahhit kendi alacaklıların hnkukuna iyrası zarar etmek salâhiyetini haiz değildir.

Borcan teminatını teşkil eden menkul merhunat ile gayri menkuller bilâ şek onun ferilerinden mahtutdur.

Fakat rehinin üçüncü bir şahıs veya bizzat borçlu tarafından tesis edilmiş olması hallerini birbirinden tefrik lâzımdır. Birinci takdirde rehini vermiş olan şahsı salis nakılden sonra dayine karşı taahhüt altında kalmak için, her halde bu muameleye riza göstermiş olmalıdır. (madde; 178 ikinci fıkra).

Nakli deynde borcun yeni borçluya olduğu gibi geçeceği esasına muhalif bulunan şu tarzı hal doğrudur. Çünkü evvelki borçlunun şahsını nazarı itibara alarak teminat vermeğe muvafakat etmiş olan bir adamın bu aynı hizmeti tanımadığı bir diğer kimse - yeni borçluya - da yapmasını istemek ne hakka ne de hüsnü niyete muvafık düşer.

Rehni tesis eden borçlu ise, rehin nakli deynden sonra da fer olarak bakidir. Müteahhit borçtan şahsen mes'ul olacak eski borçlu ise tesis etmiş olduğu rehin ile malen mes'ul tutulacaktır. Yalnız onun müteahhit ile, rehin kendi zimmetinde baki kalmak şartile mukavele aktedeceğine pek te ihtimal verilemez. Zira alacaklıya karşı borcundan tamamile beraet etmediği takdirde kendi yerine diğer bir borçlu ikamesinde bir menfaati olmaz ki.

Borçlu bir gayri menkulü terhin ettikten sonra ahare temlik eylerse rehin nakli deyne rağmen, o mülkün yeni sahibi zimmetine geçer.

Kefalet - kefil ancak nakli deynde razı olduğu takdirde mesuldür. Bu hükmü muhik kılan şey medyun lehine rehin tesis eylemiş olan üçüncü şahıs hakkında dermeyan ettiğimiz esbaptan daha kuvvetli bir mülâhazadır. Rehin vermiş olan üçüncü şahsın veya kefilin muvafakati deynin naklinden evvel ve nihayet o muamelenin

[1] Ozer, sayfa 446 Şorter 239. Fick 225

569

vukuu esnasında vaki olmak lâzım gelir. Aksi takdirde işbu haklar sukut eder. Kanun rızanın itası zımnında şekli mahsusa lûzum gösteriyor.

Hülâsa, borçlunun degişmesine rağmen müteferri hakların bakı kalmalarına mütedair vadenin müteaddit istisnaları vardır.

178 inci madde ihtiva ettigi hükmü bir şart ile takyit ediyor ki o da « bsrçlunun şahsına has olanlardan maada müteferri haklar » cümlesinde mündemiçtir. Bir hak alacaklının şahsına has olabilir. Fakat « borçlunun şahsına has hak » ın ne olacağını, itiraf edelim ki, biz anlamıyoruz. [*]

III. Borçtan mütevellit defilerin, esas itibarile, yeni borçluya intikal edecegini yokarıda söyledik.

Müteahhidin alacaklıya karşı dermeyan eedebileceği defiler hangileridir? bu noktayı 179 - bizdeki 177 - inci madde hallediyor. Bu ahkâmı tetkik etmezden evvel söyleyelim ki burada müteahhit ile alacaklı beynindeki revabıttan doğan defiler unutulmuştur. Mütaahhit dayine karşı borçlu mevkiine girecegi için her borçluya ait olan defileri ona karşı dermeyen etmek hakkına maliktir.

Mütaahhit, dayinden bir alacağı varsa, şeraiti matlube mevcut bulunduğu takdirde takası dermeyan edebilir, Naklideyin aktini yaparken alacaklı mütaahhide te'diye için mühlet vermiş ve buna rağmen mühletin inkızasından evvel parayı talep etmiş ise müteahhidine defi dermeyanına mezundur.

Müteahhidin ilk borçluya ait bulunan defileri dermeyan edip edemiyeceği meselesini halletmek daha güçtür. 179 uncu madde deyinden mütevellit defiler ile şahsî olanları biribirinden ayırıyor. « Nakledilen deyinden mütahassıl defiler eski borçludan yenisine intikal eder.» ( 179, üçüncü fıkra ) madam ki nakil muamelesi borcun te'sis ettiği rabıtayı - borçlunun tebdiline rağmen - baki bırakıyor o halde ikinci medyun birincisinin ayni mikyasta borçlanmak gerektir. İlk medun, Rızayi ifsat eden sebeplerden birini dermeyan edebilecek mevkide idise bu defi müteahhide istimale mezundur: Borçtan doğan bütün defiler hakkında da hüküm böyledir. Bilfarz te'diye, tecdit hasebile borcun sukutu, akdin ifa edilmesi ilâ gibi.

Evvelki medyuna ait ve şahsî mahiyetteki defilere gelince: alacaklı ile hilâfına mukavele edilmiş olmadıkça müteahhit bu defilerde bulunamaz ( 17 9uncu maddenin 2 inci fıkrası ).

Vuzuh itibarile tarzı tahriri pek de yolunda olmayan bu maddeyi anlamak için evvel emirde kanunun « şahsi defi » ile ne demek istediğini, sonra « alacaklı ile mün'akit mükaveleden hilâfı anlaşıl-

[1] Bubapta cereyan eden münakaşatta misal olarak borçlunun iflâsta haiz olduğu hakkı rüçhan (!) ile borçlu sıfatına merbut bulunan diğer haklar (!)zikredilmiştir.

Borçlunun hakkı rüçhani ! itiraf edelim ki gene bukadar yüksek düşünmekten aciziz

570

madıkca» cümlesinden kastı ne olduğunu araştırmak lâzımgeliyor.

Borçlunun şahsına muzaf olan bir defi borçtan mütevellit olmayandır. Bu nevi defiler alacaklı ile eski borçlu arasındaki rabıtaya taallûk etmeyüp borçlunun münhasıran zat ve şahsına ait bir halden neş'et eder. Bu sebeple kendisine nakli deyin neticesinde bir rabıtai hukukiye intikal etmiş olan mütaahhit borcu ifa etmemek için onları dermeyana ehil sayılmaz. Takas borçlunun şahsına ait bir hakkı defidir. Zira sebebi vücudu borçlunun alacaklısına karşı şahsan alacaklı mevkiine girmiş bulunmasıdır. Müteahhit bu hakkı dermeyan edemez. Misal: Ahmedin Süleymandan bir alacağı var. Ali dayının muvafakati ile Süleymanın borcunu üzerine alıyor. Süleyman da nakli deyin muamelesinden evvel Ahmede karşı alacaklı vaziyetine girmiş, fakat takas talebinde bulunmamıştır. Ali burada Ahmet ve Süleymanın mütekabil alacakları beyninde takas yapılmasını isteyemez. Nakilden evvel Süleyman takas talebinde bulunmuş olsa idi iş degişirdi. Çünkü bu talebin vukuu üzerine mütekabil borçlar sukut etmiş olacaktı. ( Madde, 124 )

Şimdi de, alacaklı ile yapılan akitten bunun hılâfı nasıl istitlâl olunacağını araştıralım: Alacaklı matlubunun takas neticesinde miktarı tenezzül ettiğini mukavelede tanımıştır. Misal: Ahmedin Rağıptan bin lira alacağı var. Ragıpta Ahmede karşı 400 liralık bir matlup elde etmiştir. Ali Rağıbın borcunu üzerine alır. Ahmet Ali ile akdettiği nakli deyn mukavelesinde müteahhidin kendisine yalnız 600 lira tesviye edeceğini çünkü mütebakı 400 liranin takas suretile sukut etmiş olduğuna işaret eder.

Ahmet Aliden 600 yerine bin lira talep ederse bn beriki ona karşı takas dermeyanile defi dava edebilir.

Alacaklının birinci borçluyu ibra eylemiş olmasından mütevellit def'i dava mütaahhide intikal eder mi? evet bu defi şahsi değildir, Borç sukut etmiş olduğu için müteahhit bundan mes'ul tutulmaz. Daha doğrusu mütaahhit üzerine hiç bir borç almaz. borçluya ecil verilmiş olması yahut borçlu lehine kaziyei muhkeme bulunması hadiselerine müstenit defilerde iş böyledir.

Evvelce gördük ki alacaklı ve borçlu sıfatları aynı adamın nefsinde içtima edince borç sukut eder. Müteahhit bu sebebe müstenit bir hakkı def'e malik olabilir mi? Böyle bir vaziyet olsa olsa nakil muamelesinden sonra tahaddüs edebilir. Zira aksi takdirde borçlu nun varisi mevkiini alan bir alacaklının yahut alacaklısına tevarüs eden bir borçlunun artık mevcut bulunmıyan bir deyni şahsı ahere pevir eyleyebileceklerini kabul etmek lâzım gelir ki bu abestir.

Fakat bu takdirde aşağıdaki meseleyi nasıl halledebiliriz?

Ahmedin Mehmetten alacağı var. Rıza Mehmedin borçunu da-

yinin muvafakatile üzerine alıyor. Bu mukavelenin aktinden sonra fakat henüz ifası lâzım gelmemiş iken Ahmet vefat ediyor. Mehmet te onun yegâne varisi olarak kalıyor.

Mehmet Rızanın alacaklısı olacak Rıza ise deynin sukutu iddiasında bulunamıyacaktır. Çünkü nakli deyn neticesinde Mehmet Ahmede karşı mevcut borcundan beraet eylemiş olduğu için alacaklı ve borçlu sıfatları aynı şahısta ictima etmiş olmuyor.

IV. 179 uncu maddenin son fıkrasında, borcundan mütevellit defiler ile bunların şahsî olanlarından maada, bir de «nakli deyni tevlit etmiş hadiseler dolayısile yeni borçlunun evvelki borçluya dermeyan edebileceği» defiler mevzuu bahistir. Burada ne denilmek istediğini anlayabilmek için eski ve yeni borçlular arasında münakit nakli deyn aktinin sebebi bir rabıtai hukukiye olduğunu hatırlayalım. Müteahhit bir sebebe binaen borcu deruhte etmeğe razı olmuştur. Bu sebep bazen borçluya hizmet arzusu olabilirse de alelekser ivazlıdır. Müteahhidin borçluyu borcundan kurtarmak istemesi bilfarz ona karşı bizzat kendisinin borçlu mevkiinde bulunmasından ve dayine karşı taahhüt altına girmekle borçluya olan deyninden kendisinin de kurtulacağını bilmesindendir. Mehmedin Ahmede olan borcunu Hasanın üzerine alması bizzat kendisinin Mehmede borçlu olmasından veya bu berikinin buna mukabil bir şey verdiği yahut yapmağı deruhte eylemesindendir. Buna nazaran nakli deynin safhai dahliyesinde esas yeni ve eski borçlular arasında bir rabıtai hukukiyenin vücududur. İmdi bu rabıtanın şu iki şahsiyet arasında ihtilâfa mahal vermesi ve müteahhidin borçluya karşı defi hakkına malik bulunması ihtimali vardır. Meselâ müteahhit borcu diğer tarafın kendisine bir şey yapmak veya vermek vaadine binaen deruhte etmiş fakat bu vaat ya hiç incaz olunmamış veya kısmen ifa edilmiş olabilir. Şu takdirde müteahhit nakli deyne sebep olan hadise dolayısile defi dermeyanına mezundur.

Müteahhit haiz olduğu bu defi hakkını alacaklıya karşı istimal edemez. Ahmedin Mehmetten 500 lira alacağı var. Rıza ile münasebatı ticariyede bulunmakta olan Mehmet kendisi tarafından vaki bir taahhüt mukabilinde bu borcu deruhte etmesini Rızadan talep ve onun muvafakatini istihsal eder. Nakle razı olan dayin vadenin hululünde borcun tesviyesini Rızadan ister. Bu takdirde Rıza Mehmet tarafından iğfal edilmiş dahi olsa deyni ödemek mecburiyetindedir. Rıza Mehmedin hıyleye tevessül etmiş olmasını yahut vaat eylediği şeyi yapmadığını ileri sürerek Ahmede karşı defi dermeyanına kalkışırsa bu sonuncu 179 uncu maddenin fıkrai nihaiyesindeki hükümden istiane eyler.

Müteahhit ile alacaklı arasında vaki nakli deyn mukavelesi mücerret olup müteahhit ve borçlu beynindeki aktin sebebi ile alâkadar değildir. Başlı başına mevcuttur.

## § 5 - Nakli deyn aktinin iptali

Nakil müteahhidi ile alacaklı arasında yapılan mukavele her akit gibi, Rızanın esbabı fesadından birinin haylûleti veya ehliyet sizlik yüzünden, fesholunabilir. Bunun hükmü ne olacağın[ şimdi göreceğiz. Evvel emirde bir noktayı bilmeğe lüzum vardır: Akit iki tarafın muvafakati ile ikale olunabilir mi? Mantıkan ortada buna mani bir şey yoktur. Vazıı kanunun kabul etmiş olduğu *Vértrages theorie* (mukavele nazariyesi) mucibince nakli deyn mukavelesi müteahhit ile alacaklı arasında yapılmış bir akittir. [1] Bağlanmış olan iki taraf, bilitilâf, bu taahhütlerinden nefislerini beri kılmak salâhiyetini haizdirler. ..htimal ki aktin hükmü eski borçluyu deyinden tahlis olduğuna nazaran burada «başkası lehine şart» mevcuttur denilecek. Fakat bu takdirdede şahsı salisin - yani eski borçlunun - hakkını istimal niyetinde olduğunu bildirmesine kadar tarafeynin 112 inci madde mucibince bu hakkı ondan nez edebileceklerini kabul eylemek lâzım gelir. Şurası muhakkak ki bu tarzı hal eski borçlunun yerine bir diğerinin ikamesi gayesini istihdaf eden nakli deyn aktinin ruhuna menafi olurdu. Bundan dolayı, evvelki borçluyu nakli deyn mukavelesinin safhai hariciyesine tamamile bigâne addeden nazariyeyi biz doğru bulmuyoruz.

Bu aktin dahilî ve haricî safhaları biribirine sıkıca merbuttur. Borçlu müteahhitten kendisini borçtan tahlis etmesi vaadini istihsal eylediği için alacaklı ile yapılacak mukavelede diğerinden daha ziyade alâkadar bulunmak gerektir. Burada üç taraf - eski borçlu yeni borçlu, alacaklı - bulunduğu ve aktin birinci borçlu ile müteahhit tarafından vaki müşterek teklif üzerine bu üçü arasında yapıldığını kabul etmek nakli deyn muamelesinin mahiyetine daha muvafık düşer. Binaenaleyh akit bunlardan her üçünün muvafakati alınmadan ikale olunamaz.

II. Mukavelenin feshi halinde tevellüt edecek netayiç nelerdir?

180 - bizdeki 178 - inci maddede «hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara ait haklar baki kalmak üzere evvelki deyn bütün teferruatı ile avdet eder.» Deniliyor. [2] Borçlu nakil muamelesi neti-

( ) Oser sahife 439

[2] Kanunun Fransızca metninde eski borç bütün teferrüatı ile yeniden doğar (yeniden husul bulur) diye yazılıdır. Eserin müellifi bu tarzı ifadeyi tasvip etmiyor. Borç sukut etmemiş idi ki yeniden doğması mevzu bahsolsun diyor. nakli deyni tecditten farik olan hassai mümeyyizenin de bu olduğunu ilâve ediyor. Almanca metninde müsta mel tabir mahiyeti akte daha mutabıktır. Filhakika bu metinde So lebt die Verpflichtung des frühern Schuldners wieder auf yazılıdır ki: Bunu "eski borçlunun taahhüdatı avdet eder» şeklinde terceme edebiltriz.

cesinde borcundan beraet etmişti. Bu muamele iptal edilince medyun gene borçlu vaziyetine girer.

Kanun bu borcun nakilden evvel kendisine merbut olan bilcümle teferrüatı ile avdet edeceğini natıktır.

Bu hükmün şümulünü tasrih için hatırlatalım ki esas itibarile nakli deyn muamelesi alacağın ferilerinden olan hakları - az çok kesir istisnalar bir tarafa bırakılırsa - baki tutar (178 inci madde) bilfarz borçlunun tesis ettiği rehin borçlu değişmiş olmasına rağmen bakidir.

Fakat 178 inci maddeden bahsederken gördük ki fer'î haklardan bazıları nakli deyn neticesinde zail olur. Borçlunun şahsına has olan bu nevi fer'î haklardan - ki bunların imkânı vücuduna biz kail bulunmuyoruz - maada kanun şahsı salis tarafından tesis edilmiş rehni ve kefaleti zikrediyor.

Rızasını vermediği bir nakli deyn muamelesi neticesinde taahhüdünden kurtulan kefil şu halde - yani aktin iptali vukuunda - eski borçlu borcunu ödemezse gene teminat ile mükellef bulunacaktır.

Keza borcu teminen rehin vermiş ve nakil mukavelesine rızası inzimam eylememiş bulunan üçüncü şahıs ta bu mukavelenin iptali takdirinde rehni tekrar tesise mecburdur. Ancak alacaklıya evvelce verilmiş olan teminatın tamamile aynını vermek daima kabil olan bir şey değildir. Evvelce taahhüdünü ifaya muktedir bir halde bulunan kefil şimdi âciz hale gelmiş olabilir. Keza teminat makamında bir menkul veya gayri menkulü rehnetmiş olan üçüncü şahış bu malı nakli deyn muamelesinden sonra ahere satmış veya bir diğeri lehine terhin eylemiş olabilir. Meselâ: Ahmedin Mehmetten 10,000 lira alacağı vardır. Ali emlâkinden birini işbu borcu teminen terhin etmiştir Hasan Mehmedin borcunu üzerine almıştır. Ali buna razı olmadığından taahhüdünden beraet eylemiş ve bu aynı mülkü Recep lehine terhin eylemiştir. Bu aralık nakli deyn akti iptal olunup Mehmet gene borçlu vaziyetine düşmüştür. Şu takdirde rehnin de avdeti lâzım gelirse de buna maddeten imkân yoktur, Zira bu netice ancak Recep lehine tesis olunan rehni geri almak suretile elde edilebilir. Halbuki kanun hüsnü niyet sahibi eşhası salisenin haklarını sarahaten mahfuz tutuyor.

Böyle olunca alacaklı nakilden evvel malın bulunduğu teminatı kaybetmiş ve bu yüzden bir zarara düşmüş olmaz mı? İşte bundan dolayıdır ki kanun ona müteahhitten tazminat talebi hakkını bahşetmiştir; Nakil müteahhidi bu mes'uliyetten ancak aktin iptali ve vaki zarar kendisine isnat olunamıyacağını isbat edince kurtulur.

Müteahhit hakkında kanunun kabul ettiği bu şiddetin hikmeti anlaşılamıyor. Alacaklının şikâyetine sebep nedir? Elinde bulunan

3Ay

teminatı kaybetmiş olmak değil mi? Onu kaybetti ise bundan mesul kimdir? Nakil mukavelesini kabule kim onu icbar etmişti? kendisi muvafakat etmiş kendisi yapmıştır. Meğer ki müteahhidin hıylesi ile iğfal edilmiş olsun.

## ÜÇÜNCÜ FASIL

### Bir mamelekin veya bir teşebbüsün temliki

181 - T. B. K. 179 - uncu madde bir mamelekin veya bir teşebbüsün mevcudu ve borcu ile temlikine ait ahkâmı ihtiva etmektedir.

Mamelek neye itlak olunduğunu kanun tasrih etmiş değildir. Nazariyatta mamelek diye bir şahsın haklarının ve borçlarının heyet mecmuasına denilir.

*(Aubry & Rau)* e göre mamelek insanın üzerlerinde bir hak istimal ettiği veya edebileceği eşvayı hariciye ile münasebeti itibarile şahsiyetini ifade eder. Ferdin yalnız iktisap etmiş olduğu değil iktisap edeceği *in potentia* emval de mameleke dahildir. Bir adamın mameleki mutlak bir surette talâkki olunan kudreti hukukiyesidir.

Mamelek, şahsiyet gibi, bir, nakabili taksim ve ferağdır. Hali hayatta iken insan mamelekinden nefsini tecrit edemez. Binaenaleyh bütün emvalini elinden çikarmiş olan bir adamın bile mameleki vardır. Çünkü ferdin şahsiyeti haklarından lâyünfektir ve bu haklar ancak vefatında zail olur.

Vazıı kanunuu mamelek hakkındaki talâkkisi bundan farklıdır. O mamelekin ferağı kabil olacağını kabul ediyor:

Kaydi hayat şartile bakmak aktinde tarafeynden biri diğerine bir mameleki tefviz eylemeği deruhte eder (521 - T. B. K. 512 inci madde) 181 inci maddede ise bir mamelekin iktisabı mevzu bahs bulunuyor.

Müellif «Fick» mameleki işbu maddenin ruh ve manasına mutabık bir surette şöyle tarif ediyor: Mamelek vahdet teşkil eden şeylerin ve borçların heyeti mecmuasıdır. Kadının şahsî malları, ticarethane ve saire gibi. Şu mamelek - ki bir adamın mameleki ile karıştırılmamalıdır - insanın hali hayatında gayre devir ve tefviz edebileceği haklarının ve borçlarının mecmuudur. Filiyatta bu meyana dahil olan şeyler ekseriya bir teşebbüs, bir ticarethane ve sairedir.

Düyun ve matlubatı olan bir teşebbüsün (müessesenin) temliki muamelesinde yalnız bey ve temlik akitleri bulunmayıp bir de

578

nakli deyn meşhuttur. Yeni malik hem haklara hem de borçlara tevarüs eder. 181 inci maddenin vazettiği kaide budur «bir mameleki veya teşebbüsü düyun ve matlubatı ile birlikte iktisap eden kimse bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerle ilân ettiği tarihten itibaren onlara karşı borçlardan mes'ul olur.

Bizzat akte gelince: Bubapta kanun bir şekli mahsusa lüzum göstermiyorsa da işte matlup temliki mevcut bulunduğuna göre tahrirî şeklin vücudunu muktezi olan 165 inci maddeyi burada dahi tatbik icap eder.

Mameleki veya teşebbüsü iktisap eden kimsenin borçlardan mes'ul olması için temlik keyfiyetinin ya şahsen dayinlere ihbar odilmiş yahut gazetelerde ilân olunmuş bulunması lâzımdır.»

Gazeteler tabiri müphemdir [1] ilân alacaklıların usulen haberdar olmalarına müsait şekilde yapılmalıdır.

Bu ilân tarihinden itibaren, teşebbüsü iktisap eden kimse onun dayinlerine karşı borçlu mevkiine girer ve şayet teşebbüsün taahhüdat borçlarından yalnız bir cüz'ünü üzerine almak istiyorsa bu neticeyi, alacaklılara işbu niyetini ihbar suretile, elde edebilir. (Fick, sahifa 329).

İlânatın ademi vukuu veya gayri kâfi bir halde bulunmasının neticesi şudur ki böyle ahvalde yeni sahip alacaklılara karşı müessesenin borçlarından mes'ul olmaz. Buna nazaran temliki gazetelerle ilânda ve alacaklıların sem'i ıtlaına isalde menfaati bulunan şahıs eski borçludur. Şüphesiz ki o bu suretle borçlarından beraet etmiş olmaz. Nakli deyn mephasında cayegir kavaidi tatbik edersek onun beraet edebilmesi için alacaklıların nakil muamelesine rızaları lâhik olmak lâzım geleceğini görürüz. Mahıza, kanun onun bu mesuliyetini iki sene müddetle tahdit etmiştir. Bu iki sene zarfında eski borçlu da alacaklılara karşı yeni borçlu ile müteselsilen mes'uldür.

Bu müddetin iptidası tarihi, borçların temlikesnasında muaccel olup olmadıklarına göre değişir. Birinci takdirde müddeti ilândan veya ihbar tarihinden başlar. İkinci halde ise borçların muacceliyet iktisap ettikleri andan iptida eyler. Bu suretle alacaklılar, yeni borçluyu evvelkinin yerine kabul etmek istemiyorlarsa, matluplarını evvelkinden isteyebilmek için kâfi zamana malik bulunmaktadırlar.

Alacaklı, bu müddet hitama ermezden evvel dahi, ilk borçluyu deyninden ibraya salâhiyettardır. Eski ve yeni borçlular aralarındaki bir itilâf neticesinde bu iki senenin mesuliyet müddetini tenkis edemezler. Her halde alacaklının eski borçluyu deynden beri addetmek niyetinde olduğuna kolayca hüküm eylememek lâzımdır.

(1) Almanca metninde (in offentlichen Klättern) evrakı resmiye deniliyor.

546

Alacaklının müesseseyi iktisap eden kimseden borca mahsuben bir tediye kabul eylemiş olmasını burada onun eski borçluya karşı istimal hakkından ferağat eylediği manasında talâkki etmemelidir.

181 inci maddenin üçüncü fıkrasında deynlerin bu veçhile nakline müteallik hükümler asıl nakli deyn akti üzerine müterettip hükümlerin aynı olduğu mezkûr bulunmaktadır. Eski borclu da alacaklılara karşı mesul bulunduğu müddetçe 178 ve müteakip maddelerdeki ahkâm tatbik olunamaz. O borçtan tahallüs edince vaziyet değişir. Esas itibarile fer'i haklar bakı kalır ve nakledilen borçtan mütevellit defiler eski borçludan yenisine geçer.

Nakli deyn akti iptal olunursa eski borçlunun borçları avdet eder.

## DÖRDÜNCÜ FASIL

### İki teşebbüsün «müessesenin» yekdiğerile birleşmesi

Yukarıdaki fasılda bir müessese sahibinin ticarethanesini diğer bir şahsa temlik eylemesi halini nazarı tetkikten geçirdik. 182 inci maddede ise iki müessesenin mütekabilen matluplarını ve borçlarını biribirine devretmek suretile birleşmeleri ihtimali mevzu bahistir,

Bir müessesenin temliki ile iki müessesenin birleşmesi arasında esaslı bir fark vardır. İki müessese birleşince eski borçlu deynınden beraet etmiş olmaz. Yalnız her müessesenin alacaklısı ona karşı haklarını muhafa etmekle beraber karşılarına diğer bir takım alacaklılar daha çıktığını görürler ki bu hal onlar için zararlı olabilir. Bununla beraber kanun böyle bir muameleye muhalefet etmek hakkını dayinlere bahşetmemiştir.

Ahmet ve Mehmet müesseseleri yekdiğeri ile birleşmiştir. Bunlardan birincisinin 100 bin lira mevcudu 20,000 lira da borcu vardır. Diğerinin ise mevcudu 50,000 ve borcu 40,000 liradır. Bu takdirde alacaklıların istifayı matlup hususunda müracaat edebilecekleri meblâğ 150,000 liradan, borcun yekûnu ise 60,000 liradan ibarettir.

Alacak ve vereceklerin karşılıklı nakli muamelesi üçüncü şahıslar hakkında dahi hüküm ifade edebilmek için bubapta ilânat yapılmış olması icap eder mi? Mösyö Oserin fikrince evet (sahife 452). Kanunun bu bapta daha sarih olması icap ederdi.

182 ( T. B. K, 180 ) inci maddenin ikinci fıkrası hususî bir müessesenin kollektif veya komandit şirket haline kalbi keyfiyetinden

bahistir. Burada gördüğümüz şey, hakiki manasında, iki müesse senin birleşmesi hadisesi olmayıp bir müessesei ticariye sahibinin bir veya müteaddit şeriki yanına alması keyfiyetidir. Kollektif bir şirket vücuda getirdiği takdirde kendisinden alacaklı olan kimseler ona karşı haklarını muhafaza ettikten başka şirkete ve yeni şerike karşı da hakkı davaya malik olurlar. (564 üncü madde). Komandit şirket yaparsa dayinler mes'uliyetleri mahdut olan şürekâya *Commanditaire* ye karşı kanunda münderiç - bilhassa 602 inci maddede görülen - hakları kullandıktan maada onların şirkete ve eski borçluya karşı takip haklarını muhafaza ederler.

## BEŞİNCİ FASIL

### Bazı nakli deyn muamelâtına müteallik hususî hükümler

183 - T. B. K. 181 - inci madde miras taksiminde ve rehin ile mukayyet gayri menkullerin ferağındaki nakli deynlere mütedair hususî hükümleri baki tutuyor.

Kanunu medeninin 639 (T. K. M.616) ıncı maddesi muktezasınca mirasçılar taksimden sonra dahi terekenin borçlarından müteselsilen mesul tutulurlar. Fakat alacaklılar bu borçların nakline muvafakat edebilirler. Misal: Ahmedin terekeden 10,000 lira alacağı var, mirasçı olan Mehmet ile Hasan ona karşı bu borçtan dolayı müteselsilen mesuldurlar. Lâkin Ahmet razı olursa Mehmet bu borcu üzerine alabilir.

Kanunu medeninin 832 (T. K. M. 803) inci maddesi «ipotekle takyit edilmiş olan bir gayri menkulün ahare temliki, hilâfına mukavele olmadıkça, borçlunun borcunda ve teminatında tahavvül husule getirmiyeceğini natıktıktır. Meselâ, Mehmedin Recepten 20,000 lira alacağı var. Recep bu borç için teminat olmak üzere kendisine ait bir gayri menkulü rehin ile takyit etmiştir. Recep bu gayri menkulü Hasana satarsa Mehmede karşı kendisi şahsen Hasan da satın aldığı şey ile mesul olur. Fakat eğer Hasan borcu üzerine alırsa Recep beraet eder, meğer ki Mehmet kendisine karşı mevcut hakkından ferağat etmiyeceğini, bir sene zarfında, ona tahriren bildirmiş olsun. Nakli deyn muamelesi bu vaziyette hakikî bir faidei ameliyeyi müfittir.

578