ADLİYE

Ceridesi

Sayı: 16 Nisan 1936

CEZAİ ŞART MEFHUMU ETRAFINDA TAHLİLLER

-Kanunu medenî ve ticaret kanununun bu hususlaki hükümleri -

Borçlar Kanununun 158 inci maddesinde (Fıkra: 1) şöyle bir hükme tesadüf ederiz: "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde te'diye edilmek üzere *cezaî şart* kabul edilmiş ise, hilâfına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.„ Bu maddedeki *cezaî şart* tabirinin ifade ettiği fikre medenî kanunumuzda dahi bir başka şekilde temas ediliyor. Filhakika "kanun, imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için dava hakkı vermez ve evlenmekten imtina halinde *tazminat verilmesi şart* [1] kılınmış ise bu şart muteber değildir; madde: 83„. Cezaî şart, esas mukaveleye bağlı bir şeydir. Yani onun fer'idir. Binaenaleyh mukavelenin mukadderatına tâbi olması da zarurîdir: Mukavele batılsa cezaî şart ta bâtıl olur. Mukavelede fesat varsa (Borçlar Kanununun 23 ve müteakip maddeleri) cezaî şartta da fesat vardır. Cezaî şarttan maksat mukavelenin icra edilmemesi halinde borçlunun ağır bir mükellefiyet altına sokulmamasıdır. Bu itibarla cezaî bir mahiyeti de haizdir. Fakat âmme hukukuna ait ceza ile de bir münasebeti yoktur. Çünkü âmme hukuku bakımından olan ceza mefhumunun medenî hukukta artık yeri kalmamıştır [2]. Cezaî şart aynı zamanda alacaklıyı zarar ve ziyanını ispat külfetinden de kurtarır. Borçlar Kanununun

[1] Kanunun bir yerinde *cezaî şart*, diğer yerinde *tazminat verilmesi şartı* gibi aynı manayı anlatan iki tabir kullanılması hiç te doğru değildir. Bu hal hukukçuları daha ziyade şaşırtır. Aynı mefhumlar, aynı tabirlerle ifade edilmelidir.

[2] Vakıâ zilyedlik bahsinde ceza hukukunun medenî hukukun aynı esaslardan mülhem olduğu zihne tebadür edebilir. Filhakika zilyedliğe alet olan kimse ile emin sıfatile zilyet olan kimse arasında zilyedliğin taallûk ettiği mal üze-

MİLLÎ KÜTÜPHANE-ANKARA-1946

439

103 maddesindeki gecikme faizi [3] kanunun tayin ettiği cezaî bir şarttan başka bir şey değildir.

Borçlu taahhüdünü yerine getirmezse zarar ve ziyan vermekle mükelleftir. Bu zarar ve ziyan alacaklının ademi ifa hasebile uğradığı zarardır. Bunun miktarı peşin olarak taraflar arasında tesbit edilebilir. İşte buna *cezaî şart = Clause pénale* diyoruz. Bu bakımdan cezaî şart Borçlar Kanununun 70 inci maddesinde mevzubahs edilen alternatif borçlara benzer. Çünkü borçlu ya taahhüdünü yerine getirmek veya şart edilen cezayi vermek hususlarından birini ihtiyar edebilir. Fakat bu benzeyiş tamamen zahirîdir. Ve aralarında çok ehemmiyetli fark vardır. Filhakika alternatif bir borçta edanın mevzuunu teşkil eden şeylerden birinin teslimi borçlunun kusuru bulunmaksızın imkânsız bir hale girerse borç diğer şey üzerine taalluk eder. Demek ki burada Borçlar Kanununun 96 ıncı maddesinin mefhum muhalifinden çıkan hüküm tatbik olunamaz. Halbuki cezaî şartı ihtiva eden mukavelenin icrası borçluya atfı mümkün olmıyan bir sebeple imkânsız olursa cezaî şart lâzım gelmez.

Cezaî şart, müsbet veya menfi her türlü edalar için konabilir. Meselâ satış müsbet edaları tazammun eden bir mukaveledir. Bayi malı

---

rindeki tasarruf bakımından hasıl olan vaziyet, ceza hukuku esaslarının medenî sahada hâkim olduğu fikrini verebilir Meselâ hizmetçi, evinize getirttiğiniz çamaşırcı hep zilyetliğe alettirler. Bunlar bir malınızı alsa hırsızlık etmiş olurlar. Halbuki hariçte yıkanmak üzere çamaşırlarınızı birine verirseniz bu kimsenin çamaşırlarınızı alması emniyeti suiistimaldir. Böyle bir kimse ise hukukan zilyetliğe alet sayılmaz; belki bilfiil zilyet sayılır. Görüyorsunuz ki burada her iki hukuk arasında bir prensip müşabeheti var. Fakat bu tesadüfî olan bir şeydir. Çünkü medenî hukuk bakımından karının şahsî malları üzerinde mutlak bir tasarruf salâhiyeti yoktur. (Kanunu Medenî 158, 199, 213) Binaenaleyh karı kendisine ait olan ve fakat kocasının zilyetliği altında bulunan mallarını satarsa bu hareketi medenî hukuk bakımından bir sirkat sayılır. Malların kendisine ait olması hareketinin bu vasfını değiştirmez. Demek ki medenî kanuna göre zilyedin herhangi bir menfaatini ihlâl edecek şeklide zilyetliği nez'etmek hırsızlıktır.

Wielkand. Les droits reéels. T. II. page. 420.

[3] Kanunumuz burada intérets moratoires karşılığı olarak "geçmiş günler faizi„ tabirini kullanır. Halbuki faiz zaten sermayenin geçmiş günlerine yani itiraz eden kimsenin o paradan mahrum kaldığı günlere ait bir semeredir. O derecede ki faizinin peşin verildiği hallerde borçlu vadesinden evvel borcunu öderse henüz işlememiş olan müddete ait faizleri haksız mal iktisabı esasına tevfikan istirdat edebilir. Bittabi burada hilâfına mukavele olmadığını kabul ediyoruz. İşte bu sebepten dolayı 103 üncü maddenin ifade etmek istediği mana "geçmiş günler faizi„ tabirile anlatılamaz. Buna gecikme faizi demek daha doğru olur. Esasen "mora„ kelimesi de gecikme manasına gelir.

440

teslime, müşteri semeni edaya mecburdur. Bayiin malı vaktinde teslim etmemesi veya geç teslim etmesi. Müşterinin semeni ödememesi (Borçlar kanunu: 103) veya malı almaktan imtina etmesi (Ticaret kanunu: 712, 713) mukavele hükümlerine göre cezaî şartı icap ettirebilir. Diğer taraftan rekabet memnuiyeti (Borçlar kanunu 348 ve müteakip) menfî bir edadır. Burada borclu, kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışamamasını teahhüt eder. Her iki nevi edalar için cezaî şart koşulması mümkündür. Fakat esas mukavelenin hükümsüzlüğü cezaî şartı da hükümsüz kılar. B. K. 161 fıkra: 2. binaenaleyh kumardan mütevellid bir borcun tediyesini temin için konulan cezaî şart batıldır. Esasen biraz evvel temas ettiğimiz Medenî kanunun 83 üncü maddesi de bu kaideyi teyit ediyor. Demek ki Borçlar kanununun 19 [4] ve 20 inci maddeleriyle Medenî kanunun 23 üncü maddesini ihlâl edici şekildeki mukaveleler ve bunların fer'i olan cezaî şartlar hüküm ifade edemezler. Meselâ filân kadınla evleneceğim veya evlenmiyeceğim, filân dine gireceğim veya girmeyeceğim; herhangi bir siyasî fırkaya intisap edeceğim veya etmiyeceğim tarzındaki teahhütler ve bunlara bağlı olan cezaî şartlar hükümsüzdür. Çünkü kimse medenî haklardan ve onları istimalinden kısmen olsun feragat edemez. K. M. madde: 23.

Halbuki hiç bir dava hakkı bahşetmeyen ahlâkî vecibelerin cezaî şartla teyidi mümkün ve şart muteberdir. Meselâ kanunen nafakası kendisine ait olmıyan bir kimseye karşı yapılan iaşe teahhüdü cezaî şartı ihtiva ederse, o kimsenin iaşe edilmemesi halinde, bu şart hüküm ifade eyler. Esasen Borçlar kanununun 234 üncü maddesinin son fıkrasında tesbit edilen hüküm dahi ahlâkî vazifelerin ifası teahhüdünde bir borç mahiyeti - tabiî borç " obligotion naturelle „ - görüldüğüne bir delil teşkil etmektedir.

Cezaî şart esas borca ilâve edilen veya borcun mikdarını arttıran yeni bir mükellefiyettir. Meselâ faizlerin zamanında ödenmemesi halinde faiz nisbetinin çoğaltılacağı hâkkındaki şart, cezaî bir mahiyeti haizdir. Fakat mukavelenin icra edilmemesi takdirinde borçlunun zararını

---

[4] Bu maddede esaslı ifade yanlışlıkları vardır. Aslına nazaran maddeyi şöyle anlamak lâzım gelir: "Bir mukavelenin muhtevası kanunun çizdiği hudutlar dairesinde serbestçe tayin olunabilir.

"Kanunî hükümlerden uzaklaşan mukavelelerin akdi ancak kanunun emredici hükümlerine taallûk etmediği veyahut kanuna muhalefet ahlâka ve adaba mugayereti intaç veya şahsiyete mütedair hükümleri ihlâl eylemediği hallerde muteberdir.

intaç edecek olan ve mukaveleye evvelce yazılan her şart, cezaî sayılmaz. Meselâ borçlunun hakkı sakit olacağına, ücretin bir mikdar indirileceğine, verilen vadenin hükümsüz sayılacağına, geç teslim edilen malın semeninden tenzilât yapılacağına, mukavelenin feshedileceğine dair olan şartlar bu kabildendir, Bu ve emsali hallerde cezaî şarta müteallik hükümler ve bilhassa Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin son fıkrası tatbik olunamaz.

[Burada mevzua doğrudan doğruya temas etmemekle beraber tetkik etmekte olduğumuz meselenin aydınlatılması için bir noktayı da mevzubahs etmek muvafık olur. Umumî harbin zuhuru yeni bir takım görüşlere meydan verdi. Filhakika karşılıklı taahhütleri ihtiva eden mukavelelerde akde tamamen yabancı olan öyle hâdiseler meydana gelebilir ki artık akdin icrası taraflardan biri için imkânsız bir hale girer. Bu vaziyet alelekser mal kıymetinin fevkalâde yükselmesi veya düşmesinden veyahut semen olarak kabul edilen paranın kıymetinde pek büyük değişiklikler husule gelmesinden tevellüt eder. İşte bu gibi hallerde müellifler ve onları takiben mahkemeler, bil'umum mukavelelerde şöyle bir şartın mevcut farzedildiğini kabul ettiler : *Clausula rebus sic stantibus* [5] filhakika modern hukuk bu suretle "mukavele tarafların kanunudur.„ şeklinde ifade edebileceğimiz objektif hukukun eski bir kaidesine "Pacta sunt servanda„ bağlı kalmaktan kendisini kurtarmış ve taraflara atfı mümkün olmıyan bir sebepten dolayı bir mukavelenin akdine hâkim olan şartların değişmesi halinde o mukavelenin de tahavvüle tâbi tutulması esasını kabul eylemiş oluyor. Fakat son zamanlarda hukukcular arasında yeni bir cereyan baş göstermiştir. Fransız hukukcusu ve Paris hukuk fakültesi profesörü Georges Rıppert "medenî vecibelerde ahlâk kaidesi„ namile bir eser neşretti. Mahkemeler vaziyeti diğer bir bakımdan tahlile başladılar. Bu cereyana göre tarafların mukavelelerine bağlı kalmak mecburiyetleri hüsnüniyet kaidelerinin çizdiği hudutla mukayyettir. Binaenaleyh mukavelenin akdine hâkim olan ölçüler esaslı surette değişir ve mukavelenin icrası mütekabil edaya nazaren ya hiç kıymet ifade etmiyen veya ifade ettiği kıymet diğer tarafın eda mükellefiyeti ile kıyas kabul etmiyecek

[5] Bunun manası şudur : "Mukavelenin devamı müddetince in'iakat esnasındaki vaziyetin devamı lâzımdır„ . Bu esas fıkıhda istishap kaidesi ismi verilen ve "bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır„ şeklinde mecellede tesbit olunan kaidenin aynıdır. Ancak eski hukukumuzda bu kaidenin tatbikat sahası çok mahdut bir çerçeve içinde kalmıştı. Mecelle şerhi, Ali Haydar Efendi, Cilt : 1, S : 42 ve müteakip.

442

derecede ehemmiyetsiz olan bir eda mahiyetini alırsa akdin yerine getirilmesi ve mutazarrır olan tarafın buna mecbur tutulması hüsnüniyet kaidelerine muhalif olur. Görülüyor ki Clausula prensibi yavaş yavaş hüsnüniyet kaidelerine dayanan bir istihaleye tâbi tutuluyor. Bu bahis cezaî şarta taallûk etmez. Fakat fahiş olan cezaî şartlarda nazara alınabilir. Vakıâ Borçlar Kanunumuzda bu yolda bir mülâhaza yürütmeğe lüzum yoktur. Çünki 161 inci maddenin son fıkrasında "hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir„ denilmekle mesele halledilmiştir. Ancak bu mevzuun Ticaret Kanunu bakımından ehemmiyeti vardır, Makalenin sonlarına doğru Ticaret Kanununun 647 inci maddesine temas edeceğim... Oradaki düşüncelerim burada izah ettiğim kayıtlarla mukayyettir.]

Umumiyetle cezaî şart borçlunun alacaklıya karşı yapacağı bir edayı tazammun eder. Fakat bu edanın bir üçüncü şahsa meselâ Kızılaya veya Çocukları Koruma Cemiyetine yapılması da mukavelede tasrih edilebilir. Bu takdirde cezaî şartta mündemiç olan iki unsurdan birisi yani alacaklının uğradığı zarar miktarının tesbiti mevzubahs olmaz. Yalnız diğeri yani borçluyu taahhüdünü yerine getirmeye cebir unsuru mevcuttur.

Akit hiç icra edilmez veya tamamen ifa olunmaz veyahut ta zamanında yapılmazsa cezaî şart lâzımgelir. Burada en ehemmiyetli nokta borcun muacceliyet iktisap ettiği tarihtir. Borçlu o tarihte borcunu ödeyemez ve bu hal kendi kusurundan ileri gelirse (çünkü burada kusur şarttır. B. K. 96 ve 100) cezaî şartı vermiye mecbur olur. Görülüyor ki bu mecburiyet borcun edası lâzımgeldiği anda tahakkuk eder. Eğer borçlu kendisine atfı mümkün olmıyan bir sebepten dolayı borcunu yerine getirememiş ise borç sakıt olur. (B. K. 117, fıkra: 1). Binaenaleyh borçlu ne zarar ve ziyanı ne de hilâfına bir mukavele bulunmadıkça cezaî şartı tesviyeye mecbur tutulmaz. Fakat borçluya atfı mümkün olmıyan bir sebepten dolayı eda imkânsız bir hale gelse bile cezaî şartın ödeneceği mukavelede tasrih edilmiş veya bu şart mukavelenin mahiyetinden istidlâl edilmekte bulunmuş ise cezaî şart mükellefiyeti yine bakidir. Bu iki ihtimalden evvelkisini Borçlar kanunu tasrih ediyor. (116 fıkra: 2). Müellif von Tuhr ikinci ihtimal hakkında şu misali getirir: "Alacaklının mütekabil edası borçlunun giriştiği mes'uliyeti karşılayacak derecede yüksek bir prim mahiyetini haiz olduğu halin icabından istidlâl olunuyorsa bu takdirde taraflar, edanın imkânsızlığına rağmen cezaî şartın tesviyesini kararlaştırmış sayılırlar [6].

[6] Partie générale du code fédéral des obligations T. II. page 667

Esas borçla cezaî şart arasındaki alâka ve irtibat daima değişmez bir mahiyet arzetmez. Burada birtakım tahavvüllere şahit oluruz. Filhakika Borçlar kanununun 158 inci maddesi bu sahada üç türlü tahavvül şekli gösterir.

Cezaî şartın miktarı alacaklının uğradığı zararla değil belki mukavele ile taayyün eder. Hattâ bu cihet ceza şartının Almancası olan Konventionalstvafe (mukayele cezası) tabirinde sarahaten mündemiçtir. Mukavele kısmen icra edilmemiş bulunursa cezaî şartın yine tamamı lâzıngelir. Çünhü cezanın doğumuna sebep olan vakıa, yani borcun tamamen edası tahakkuk etmemiştir. Yalnız hâkim biraz yukarıda temas ettiğimiz 161 inci maddenin son fıkrasını tatbik edebilir.

Alacaklı zarara duçar olmasa da yine ceza lüzum ifade eder (B. K. 159, fıkra : 1). Görülüyor ki cezaî şart mukavelelerin hem teminatı hem de bir tazyik vasıtasıdır. Umumiyetle taraflar cezaî şart miktarını hakikî zarardan fazla tesbit ederler. Fakat zarar cezadan fazla olursa alacaklının bu fazlayı da istemiye hakkı vardır. (B. K. 159, fıkra: 2) Yalnız akdî kusur esasına muhalif olarak - ki bu esas Borçlar kanununun 105 inci maddesinin mefhum muhalifinden çıkar - burada alacaklı, borçlunun kusuru olduğunu ispatla mükelleftir.

Taraflar cezanın miktarını tayinde serbesttirler (B. K. 161, fıkra : 1). Bu serbestî bittâbî Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin 2 inci fıkrasile 20 inci maddesinin ilk fıkrasındaki kayıtlarla çerçevelenmiştir. Çünkü bu hükümler bilûmum mukavelelerde cari olan esasları ihtiva etmektedir. Borçlunun iktisadî varlığını muhtekirane bir şekilde imha eden ve zaif olan tarafın ezilmesini intac eyliyen bir cezaî şart ahlâka mugayirdir. Bu yolda konulan bir şart makul haddi aştığı nisbette batıl sayılır [7].

Fakat bazan taraflar, maruz kalınacak zararın mikdarını tayin etmekte aldanabilirler. Bu, takdirde bir hata olur. Böyle bir hal karşısında cezaî şartın gayrı ahlâkî bir mahiyet arzettiği iddi olunamaz. Meselâ yukarıda mevzua dolayısiyle temasından ötürü iliştiğimiz hâdiseler bu kabildendir. Mal fiatlarının düşmesi gibi. Böyle bir hal karşısında hukuk hakimi, 161 inci maddenin son fıkrasındaki takdir salâhiyetini kullanır.

Burada mühim bir noktaya daha işaret etmek mecburiyetindeyim.

[7] Kanunumuzun kabul ettiği esasa göre makul haddi aşmak keyfiyeti gabin esaslarile ölçülemez. Çünkü ayni ıvazlar arasındaki bir nisbetsizliktir, ve bu nisbetsizlik mutlak butlana vücut vermez. Halbuki cezaî şart akitteki ıvazlardan biri değildir.

Borçlar kanununun 161 inci maddesinin son fıkrasındaki takdir salâhiyeti, hakimin normal vazifeleri haricinde kalan bir şeydir. Çünkü hakim tarafların iradesini tefsir veya ikmal etmeğe ve aradaki hukukî muamelenin muteber olup olmadığını tetkike memurdur. Bununla beraber modern hukuk yalnız burada değil diğer bir çok hallerde dahi hakime bu salâhiyeti veriyor. Bu yolda ilk çığırı açan Alman Medenî kanunudur. Filhakika mezkûr kanunun 343 üncü paragrafında şöyle bir hükme tesadüf ederiz: " Eğer cezaî şart her türlü nisbet haricinde ise boçlunun talebi üzerine hakim cezaî şartı münasip bir mikdara indirir. Münasip mikdarın takdirinde alacaklının yalnız malî menfaati değil; belki bütün meşru menfaatleri nazara alınmak iktiza eder. Cezaî şart ödendikten sonra tenzil hakkı sakit olur.„ Borçlar kanunumuzun 349 ve 409 uncu maddelerinde de aynı esasın hakim olduğunu görüyoruz. Hakimin bu salâhiyeti kullanması için 349 uncu madde de borçlunun talebine ihtiyacı yoktur. Kanunumuz bu noktada Alman Medenî kanunundan ayrılır ve ondan daha ileri gider. Fakat cezaî şart ödenmiş ise tenzilât yapılamaz. Bu cihet Alman kanununda açıkça yazılıdır. Kanunumuzda bu hususta bir sarahat olmamakla beraber aynı hükmün bizde de kabul edilmesi zarurîdir. Çünkü eğer kanun, ödenmiş olan cezaî şartın kısmen istirdadına cevaz vermiş olsaydı bunun için gabin meselesinde olduğu gibi burada da istirdad hakkını bir müddetle takyit etmesi lâzım gelirdi.

Hakim cezaî şartın tenzilinde çok hassas davranmalıdır. Çünkü cezaî şart, haddi zatinde muteber olan bir mukaveledir. Borçlunun mes'uliyetini genişletmek Borçlar kanununun 20 inci maddesinin şumulü sahasına giren bir mevzu sayılmaz çünkü mukavelenin tamam icra edilmemesi veya geç icra edilmesi de cezaî şarta lüzum izafe eden hallerdir. Vakıâ kanunda " hâkim *fahiş gördüğü* cezaları tenkis ile mükelleftir „ deniliyor. Fakat bu mükellefiyete tekaddüm eden bir hal var ki o da *hâkimin fahiş görmesi* yani cezayı o suretle takdir etmesidir. Meseleyi açıkça tahlil edebilmek için şu iki suali karşımıza alalım:

1 — Ceza ne vakit fahiş görülebilir?

2 — Tenzil için elde bulunan ölçüler nelerdir?

Ben öyle zannediyorum ki umumî esaslardan ziyade hâdiselerin hususiyetlerine bağlı bulunan bu gibi meselelerde ana kaideler zikrine imkân yoktur. Çünki bir kere cezanın fahiş görülmesi tamamen nisbî bir telâkkidir. Bir mukavelede fahiş bulduğumuz ceza mikdarını diğer bir mukavelede pek tabiî görebiliriz. Demek ki mukavelenin yapıldığı ve icra edileceği sahalardan tamamen tecerrüt ederek vaziyeti tahlil

edemeyiz. Eğer adalet ve nasafet hisleri ki objektif bir tahlile tâbi tutulamazlar - hâdisenin hususiyetine göre cezaî şarttan tenzilât icrasını hâkime telkin ediyorsa. Hâkim buna tebeiyet edecek ve binnetice cezanın mikdarını indirecektir. [8] Daha açık bir tabirle Medenî Kanunun 4 üncü maddesindeki esas burada da hâkimdir. Bununla beraber federal mahkemenin mukarreratından bazı faydalı hükümler elde edebiliriz. Filhakika :

Evvelâ — Borçlunun tediyesine mecbur tutulduğu ceza ile alacaklının mukavelenin icrasından istihsal edeceği menfaat arasındaki nisbete bakılmak lâzımgelir. Yani şartı cezainin karşıladığı menfaat nedir ? Federal mahkeme bu noktalara temas ediyor. Maddî veya manevî olsun meşru sayılan her menfaat burada hesaba katılır. Çünki taraflar mukavele ile cezaî şartı teyit ettiklerine göre hakimin gözönünde tutacağı nokta alacaklının yalnız mameleki menfaati değildir. Alman medenî kanununda denildiği gibi ekonomik bakımdan bir kıymet ifade etmiyen bütün meşru menfaatleri de gözönünde tutmak zarureti vardır. Bir satış akdinde müşterinin kazanacağı veya kazanmağa hakkı olduğu para meşru menfaat sayılır.

Saniyen — Mukavelenin icra edilmemesi alacaklıyı ne derecede ızrar etmiştir. Bu noktanın da talî derecede olarak aranması tabiidir. Federal mahkemenin 7 Nisan 1911 tarihli bir kararından bahseden müsyü E. Thilo, İsviçrede basılmakta olan Journal de tribunaux'da yazdığı bir makalede kararın şu cümlelerini nakleder: " Cezaî şart miktarının uğratılan zarardan çok fazla olması keyfiyeti cezanın tenkisi meselesine kat'î surette hâkim olmaz. Vakıâ bu halin ehemmiyeti büyüktür. Fakat takdir unsurlarından yalnız birini teşkil eder. Binaenaleyh cezanın aynen ibkasını icap ettiren sebepler mevcut olursa bu

[8] Bundan maksadımız hakimin adalet ve nasafet esaslarını ararken sübjektif talakkilere tâbî olacağını söylemek değildir. Hâkim hiç bir zaman objektif hukukun çizdiği yollardan çıkmaz, Netekim müellif P. Tuor'un aşağıki sözleri de bunu teyit eder :

Hâkimin gerek takdir hakkını kullanırken ve gerekse kendini vazıı kanun yerine koyarak tatbiki icap eden hukuk kaidesini ararken hiç bir zaman sübjektif unsurlara dayanmıyacağı tabiîdir: keyifemayaşa hareket, bir şeye düşkünlük, bir şeye karşı duyduğu nefret ve lâalettayin unsurlara göre muhakeme edemez. O, bu iki halde de objektif " =şey'î „ esaslara ve ölçülere istinaden höküm ve kararı vermek mecburiyetindedir „ .

(P. Tuor, Das schweiz. Zivilgesetzbuch, S. 39)

takdir unsurunun ikinci plâna alınması zarurîdir. Çünkü cezanın tenkis keyfiyeti daima istisnaî bir mahiyette kalmalıdır [9].

Salisen — Borçlunun kusurundaki ağırlık derecesi de burada mühim bir rol oynar. Mukavelenin icra edilmemesinde hiç bir kusuru olmıyan veya ehemmiyetsiz denecek mahiyette bir kusuru bulunan borçlu ile ağır kusurundan dolayı taahhüdünü yerine getiremiyen borçlu aynı muameleye tâbi tutulamaz. Federal mahkame bilhassa bu noktaya fazla ehemmiyet vermektedir.

Görülüyor ki burada kaideten hâdiselerin arzettiği hususiyetler üzerinde durmak icap ediyor. Fakat yukarıdanberi verilen izahata nazaran mukavelenin icrasındaki alacaklının menfaatlerini, mukavelenin arzettiği ehemmiyeti, borçlunun kusurundaki ağırlık derecesini ve pek istisnaî hallerde de iki tarafın malî vaziyetlerini gözönünde tutmak lâzımdır. Tarafların malî vaziyetleri bilhassa iltihakî mukaveleler Contrats d'adhêsion ismini verdiğimiz akitlerde tesirini gösterir [10].

Hakimin fahiş gördüğü cezaları tenkis salâhiyeti kanunun kat'î surette emreylediği hukukî kaidelerden olduğu (B. K. 19 fıkra : 2) ve borçlunun himayesini istihdaf eylediği cihetle borçlunun bidayeten tenzil talebinden feragatıda muteber olmaz. Kanunu medenini sureti mer'iyet ve şekli tatbikı hakkındaki kanunun 2 inci maddesine bakınız.

Şimdi Ticaret kanunumuza geçebiliriz.

Cezaî şart hakkında Ticaret kanunumuz şu hükmü sevkeder. " Hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblâğ müteahhedünlehin ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse bile mahkamece mikdarı tenzil edilemez ; madde : 647, fıkra ; 1„.

Temyiz mahkemesi hukuk hey'eti umumiyesi bu maddeye istinaden ticarî mahiyeti haiz olan mukavelelerde Ticaret kanununun 647 inci maddesine muvafık olan cezaî şartın tenzil edilemiyeceğine karar vermiştir.

Yüksek mahkememizin ittihaz ettiği bu karar fikrimce gayet doğrudur. Filhakika temyiz mahkemesi 647 inci maddeyi cezaî şartın hiç bir suretle tenzil edilemiyeceği manasına almıyor. Ve esasen de alamazdı. Çünkü maddenin bu fıkrası bir kere Borçlar kanununun yukarıda temas ettiğimiz 19 ve 20 inci maddelerile mukayyettir. Mademki cezaî şart bir mukaveledir; o halde bu mukavelenin hüküm ifade etmesi tabiatile *kanunen muteber* olmasına bağlıdır. Çünkü Ticaret kanununun 2 inci maddesi kanunen muteber mukavelâtın hüküm ifade ede-

[9] Journal des tribunaux. année 1933 page : 70.

[10] Les Contrats d'adhésion. Thèse par Jaques Dollat Paris 1905.

647

ceğini söyler. Bundan başka kanunun fıkrası cezaî şartın fahiş olup olmaması keyfiyetinde alacaklının istihsal edeceği menfaatin bir ölçü olamıyacağını söyliyor. Kaldı ki vazı kanunumuz burada âmir bir hüküm sevketmiştir. "Mahkemece miktarı tenzil edilemez„ cümlesini başka türlü anlamıya imkân yoktur. Binaenaleyh Borçlar kanununun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası mucibince buna muhalefet olunamaz.

İstanbul üniversitesi ticaret hukuku Ordinarius profesörü B. Hirsch, Ticaret kanununun temas ettiğimiz fıkrasına Temyiz mahkememizce verilen mânayı yanlış bulduğunu ve Türkiyenin devletçilik cereyanı ile bu kavrayışın telifi mümkün olmadığını Ankarada verdiği bir konferansta söyledi. Bu konferansı ben de dinledim. Fakat henüz neşrolunmadığı için sayın profesörümüzün noktai nazarını burada tahlil ve tenkit etmiyorum. İstinat ettikleri mütaleaları bir kerre daha dikkatle okuduktan sanra belki aynı mevzu'a gelirim. Belki, diyorum, çünkü mahiyetleri itibarile hâdiselerine hususiyetlerine bağlı ve onlarla mukayyet olan cezaî şartın fahiş görülmesi meselesinde hâdiselerden mücerret umumî bir prensip kabulü lâzım geleceği yolunda bir mütalâa hukukan ileri sürülemez.

Profesör
Es. Arsebük

468

PROFÖSÖR HİRSCH'İN KONFERANSI DOLAYISİLE

İstanbul hukuk fakültesi profösörlerinden Hirschin Ankara halk evinde bir konferans verdiğini ve bunda mahkemei temyizin mevaddı ticariyede faizin serbestisi ve bu mevadda maktu zararın tenkis edilmiyeceği hakkındaki kararlarını tenkit ettiğini işitmiştim. Bir hukuk muhip ve müntesibi olmak itibarile profösörün bu mes'elelerdeki fikir ve mütalâalarını öğrenmek isteyordum. Bir iki gün evvel arkadaşlarımdan bir zat İstanbulda intişar eden hukuk gazetesinde müderris Sabri Şakirin bu mevzu etrafında bir makale neşretmiş olduklarını haber verdiler, aynı merakla mecmuayı bularak okudum. Müşarünileyh bu makalelerinde faizin miktarını tayinde tarafların serbest olmadıklarını ; mevaddı ticariyede fahiş maktu zararların tenkis edilemiyeceğine dair bir hüküm bulunmadığını ve ikrarı tecezzi ettirmek doğru olamıyacağını izah etmektedirler.

Evvel emirde söyleyeyim ki : İkrarın tecezzi edip etmemek mes'elesinde esas itibarile kendilerile hem fikrim, diğer mes'elelerde profösör Hirschin aynı mütalâada bulunup bulunmadığını bilmiyorum ; fakat doğrusu bu iki mes'elede muhterem müderrisin istidlâllerini kanunlarımızın metin ve ruhile telif edemedim ve tenviri müddea sadedinde zikredilen misalleri de mevzuun ehemmiyetile mütenasip bulmadım, çünkü : Kendilerinin de beyan ettikleri veçhile kanunu medenî evvel emirde kanunun metin ve ruhile temas ettiği mes'eleleri mer'î kılmağı ve hakkında kanunî bir hüküm bulunmıyan mes'elelerde örfü âdetle amel etmeği ve örfü âdet bulunmadığı surette vazıı kanun gibi hareketi emreylemektedir. Bu halde hâkim her şeyden evvel kanunun sarih hükümlerini ve sarahat olmıyan hususlarda hükümlerin dayandığı esasları ve bununla beraber vazıı kanunun maksat ve gayesini göz önünde bulundurmak mecburiyetindedir. Daha açık ifade ile hâkim ; kanunun metni sarih ve vazıh olduğu vakit o sarahatle, kanunun ibaresi vazıh ve bir hüküm istinbatına müsait olmadığı takdirde kanunların hey'eti umumiyesinin ruhile yürüyecek şu veya bu düşünce ve bahane ile kanunun vuzuh ve ruhunu ihlâl ve ihmal etmiyecektir. İstisnaî kaideler dahi mevritlerine hasredilecek bir mevzudan diğer mevzua teşmil ve tevsi olunmıyacaktır.

Acaba mahkemei temyizin bu mes'elelere ait kararlarında bu asıllara muhalefet varmıdır.

Evvelâ faiz mes'elesini tetkik edelim ve mevzuumuza esas teşkil eden Borçlar ve Ticaret kanunlarının maddelerini şurada gözden geçirelim.

Borçlar Kanununun 20 inci maddesinde bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayrı muhik veyahut ahlâka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip şart lâgvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulundugu takdirde akitler tamamile batıl addolunur.

Ve 72 inci maddesinde bir kimse faiz vermeğe mecbur olup ta miktarı ne mukavele ile ne de kanun ve ne de örfü âdetle muayyen değilse bu faiz senevî yüzde beş hesabile tediye olunur.

Mukavele ile faiz meselesinde suiistimalin men'i hukuku âmme kanunlarına aittir.

Ticaret Kanununun 654 üncü maddesinde ise mevaddı ticariyede faiz miktarı serbestçe takdir olunabilir denmektedir.

Görülüyor ki: Borçlar Kanununun 72 inci maddesinde adî mevadda kanunun tayin ettiği azamî miktardan fazla faiz mukavele edilemiyeceği sarahaten beyan edilmiştir. Binaenaleyh bu mevadda taraflar senevî birden dokuza kadar faiz mukavele edebilirler. Bu miktardan fazla faiz mukavele edilirse ancak yüzde dokuz lâzımgelir. Bu madde hiç şüphe edilmiyecek derece sarihtir. Bu sarahate rağmen mer'iyet itibarile aynı zamana tesadüf eden ve fakat neşir itibarile muahhar olan Ticaret Kanununda faiz miktarı tahdit edilmeyip serbest bırakılmış ve mevaddı ticariyede faizin miktarı serbestçe tayin olunabilir denmiştir.

Bu madde muhterem müderrisin anladıkları gibi mukavele serbestîsini tekrardan ibaret midir, yoksa ticarî maddelere mahsus bir hüküm koymak için midir?

Birinci şıkka ihtimal yoktur. Bir defa buna kanunun ibaresi müsait değildir. Çünkü (serbest) demek gayri mukayyetlik, azadelik demektir. Mürabaha nizamnamesinin tahdidatile azâdelik kabili telif değildir. Bundan başka diğer birçok hususlarda serbestii mukavele esası tekrar edilmediği halde faizde tekrar edilmesi için mukni bir sebep gösterilemez. Tekrar olduğunu farzedelim vazıı kanun Borçlar Kanununda olduğu gibi burada da hukuku âmme kanunlarının hükümlerinin mahfuz olduğunu niçin kaydetmemiştir. Bu maddeyi böyle düşünmiye-

rek bir esasın tekrarından ibarettir deyip geçivermek kanunun ibare ve ruhunu düşünmemek olur.

Son zamanlarda yüzde dokuz faizle kimse borç vermeyor; yüzde yirmi yirmi beş hattâ elli nisbetinde faiz alıyor ve hattâ bankalar bile komisyon gibi namlarla fazla faiz almak çarelerini araştırıyorlardı. Halbuki memleketimizde ticaretin terakki ve inkişafı için sermayeye şiddetle ihtiyaç vardı. Takyidin bu ihtiyacı tazyiktan başka bir faidesi olmadığı da anlaşılmıştı. Bunun için mevaddı ticariyede tahdidatın ref'i düşünülmüş ve madde o maksatla konmuştur.

Madde mevzuun lehinde ve tacirler hakkında tatbik edilirse o kadar korkmağa mahal yoktur. Neticede kâr veya zarar vukua geleceğini takdir etmesi lâzımgelen tüccar için bu bir tehlike teşkil etmez. Maddeyi tamim ve ticarî muamelâttan maduttur diye emre muharrer senetlere kadar teşmil etmeği ben de âmme menfaatine, kanuna muvafık bulmam. İşte tevhidi ictihat kararı bu noktadan şayanı tetkik ve münakaşadır.

Ticarî müdayenede faiz mukavelesinin memnu olmadığı şu suretle sabit olunca memnu mukavele bu muamelede gayri caiz öbür muamelede caiz olamaz gibi mütalâalar varit olamaz.

Kaldı ki tacirler için tehlike teşkil eden faiz mes'elesi değil basiretsiz hareketlerdir.

Bu münasebetle ilâve edeyim ki; eğer ticaret maddelerinde tahdidatı kaldırmak iyi netice vermemiş ve bu kat'iyyen anlaşılmış ise kanun tadil edilir. Kanunun sarahatine aykırı hareketle umumun kanunlara olan itimadını haleldar etmekten bu tarika tevessül etmek daha makul olur.

Cezaî şartın tenkis edilip edilmiyeceği mes'elesine gelelim; Borçlar ve Ticaret kanunlarının bu bahse taallûku olan maddeleri şunlardır:

B. K. Madde 161 — Âkitler cezanın mikdarını tayinde serbesttirler.

Maddenin son fıkrası: Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.

T. K. M. 647 hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblâğı müteahhedünlehin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece mikdarı tenzil edilemez.

Malûm olduğu üzere cezaî şartlar akdin icra edilmemesi veya noksan icra edilmesi halinde borçlu tarafından alacaklıya verilecek zararı tesbit eden bir şarttır ki alacaklı bu suretle akdin icra edilmemesi halinde zararı ispattan vareste kalır.

Maktu zarar akitlerin müeyyidesi mahiyetinde olduğu cihetle bil-

hassa ticarî taahhütlerde ehemmiyeti mahsusayı haizdir. Çünkü ticarî bir taahhüdün ifa edilmemesi ona bağlı işlerin; ona güvenilerek yapılan taahhütlerin velhasıl evvelce yapılan hesapların altüst olmasını mucip olur. Ve bazı kere de dolayısile bir tacirin iflâsını intaç edebilir. Bunun için vazıı kanun adi taahhütlerin ademi ifası halinde hâkimi fahiş gördüğü cezaları tenkis vazifesile mükellef tuttuğu halde ticarî taahhütlerde maktu zarar taahhüdün ifası halinde istihsal olunacak menfaat bedelini tecavüz etse dahi tenzil edilemiyeceğini tasrih ve hâkimi tenkisten menetmiş ve yine Borçlar Kanunu hükmü hilâfına mütaahhedünlehin düçar olduğu zarar bedeli maktuan tesmiye kılınan meblâğdan ziyade olduğu ve hilâfına mukavele olmadığı surette borçluyu bilâkaydü şart ziyadeyi tediyeye mecbur tutmuştur. Halbuki mevaddı adiyede Borçlar Kanununun 159 uncu maddesinde muharrer olduuğu üzere şart olunan ceza mikdarından fazla zarar borçlunun bir kusuru olduğu ispat edilmedikçe istenemez.

Görülüyor ki vazii kanun ticarî işlerde taahhütlerin salim ve emin bir şekilde cereyanını istihdaf etmiş ve akitler arasındaki mukaveleyi hâkime tadil salâhiyeti vermemiştir. Esasen tarafların serbestii mukavele esasına tevfikan tayin ettikleri cezanın miktarını hâkimin tadil salâhiyeti bir az garip görülür. Borçlar Kanununda ağır şartlarda bu vazife hakime istisnaen verilmiştir. Bunun içindir ki İsviçreli şarihler bu müdahalenin akitlerin vaziyeti gözönüne alınarak alacaklının mütefevvik vaziyetini suiistimal ettiği zaman yapılmasını ve bunun itidal ve dikkatle kullanılmasını tavsiye etmektedirler. Bu halde istisnaen kabul edilen bu hükmün mevridine, mevaddı adiyeye kasredilmesi icap etmez mi? Ve bu hükmün ticarî işlere teşmili ile istisnanın tevsii halinde kanunun itlâkı takyit edilmiş olmaz mı? Çünkü ziyadelik bir emri küllîdir mutedil veya fahiş olmak hallerine şamildir.

Kaldı ki: Gerek faiz gerek maktu zararda diğer tarafın müzayakasından veya gafletinden bilistifade yapılan mukavelelerde serbestiî akitlerdeki inzibatı umumî kaidesine tevfikan adalet ve hakkaniyetin yerine getirilmesi mümkün ve bunda hâkimin takdir hakkı derkârdır.

Hulâsaten kanunlarımızın sarahatına nazran ben şahsen şu mütalâadayım:

1 — Garp hukukunun ikrarı tecezzi ettirmemek hususundaki fikri doğrudur. İkrarı tecezzi ettirmek hak ve adalete muvafık olmıyan bir neticeyi mucip olabilir. İslâm hukuku da daima bu neticeyi düşünmüş ve çare olarak hasılı inkârı talim etmişti. Fakat bu çare tatbikatta o

kadar muvaffak olmamıştır. Yalnız bu mevzu işlenmemiştir, üzerinde imali fikredilmek icap eder.

2 — Ticaret Kanunu açıkça faiz mukavelesini serbest bırakmış ve tahdidat koymamıştır. İstihdaf olunan gayeye göre bu hüküm mevaddı ticariyeye ve medyunun tacir olması haline kasredilmelidir. Hele adî muamelelerden neş'et eden borçlara dair verilen emre muharrer senetlere asla teşmil olunmamalıdır.

3 — Adî muamelâtta cezaî şarta ve âkitlerin iradesine hâkimin müdahalesi istisnaen kabul olunmuştur. Bu istisna kanunun müdahale kabul etmediği ticarî taahhülere tatbik edilmemelidir.

Mahkemei temyiz reislerinden
A. Himmet

MİLLÎ KÜTÜPHANE · ANKARA · 1946 ·
4553

HAKEM KARARLARININ TASTİKİ

Yazan: Dr. Hüseyin Avni Göktürk

Girim: Hususî hukuk sahasında tahkimin kabul edilmesi yeni bir şey değildir. Filhakika en eski zamanlarda bile ve hemen dünyanın her memleketinde hususî hukuk sahasındaki ihtilâfların hakemler marifetiyle hallettirildiği vakidir. Hakemler tarafından verilen kararların içrasına girmezden evvel "hakem", "tahkim", "tahkimname" ve "tahkim şartı" mefhumlarını burada kısaca hatırlatalım, Beşeriyetin her devrinde kabul edilmiş olan tahkim usulü bizim hukukumuzca elbette ihmal edilemezdi. Filhakika 18 haziran 1927 tarihli ve 1086 numaralı hukuk usulü muhakemeleri kanununun 516 cı ve müteakip matteleri tahkim usulünü formüllemiştir.

"Hakem" diye: muayyen bir ihtilâfı - ki burada bizi alâkadar eden bir hususî hukuk ihtilâfıdır - halle taraflarca memur edilen ya hususî bir şahıs veya bir devlet memurudur. Bittabî bu şahıs haricinde yani hakem olarak tayin edilen bir şahsa denir. Ortada bir tahkimname mevcut oldukça bunun mevzu olan ihtilâf hakem olarak tayin edilen şahıs haricinde başka kimseye arzolunamaz.

"Tahkim" diye de; bir ihtilâfın halli için kanunen salâhiyettar olan mahkemelerin dairei salâhiyetinden bu ihtilâf taraflarca alınarak hakem denilen ve kendileri tarafından tayin edilen kimselere tevdi edebilmeleri salâhiyetine denir. "Tahkimname" dahi: tarafların hakeme müracaat için aralarında yaptıkları mukaveleye denir. Bundan başka, şayet taraflar aktettikleri bir mukavelenin içrası sırasında çıkacak ihtilâfları hakem vasıtasıyla hallettireceklerine dair bir şart koyarlarsa buna "tahkim şartı" denilir.

Demek ki tahkime tâbî tutulan bir mesele normal mahkemelerin salâhiyetinden çekilip alınıp ve tarafların iradesine ve daha doğrusu kendileri için kanun kuvvetinde olan mukavelelerine tâbî tutulmuş oluyor. İşte biz burada tarafların serbest iradeleriyle seçtikleri hakemler tarafından verilen kararların nasıl ve ne şartlar içinde tastik edileceğini araştıracağız:

Bu meseleye dair hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzda bir tek matte mevcuttur ki bu da 536 cı mattedir. Bu matteye göre: (hakem-

lerin verdiği karar temyiz mütteti geçince mahkeme reisi veya hâkim tarafından tastik olunur.

Tastik keyfiyeti karar zirine ve zaptı mahsusuna yazılır. Hakem kararları ancak bu suretle kabili icradır).

A. Hakemler tarafından her hangi bir ihtilâf hakkında verilmiş olan kararlar bizatihi hiç bir kuvveti haiz değillerdir. [1]

---

1) Burada sadet harici olsa da şu mühim meseleye ilişmeden geçemiyeceğiz. Hâkem kararlarının daha basit ahkâma tâbi tutulması doğru olmazmıydı ? Meselâ hâkem kararları hakkında temyizden hiç olmazsa, yapılacak kanun bakımından *(de lege ferenda)*, vazgeçmek iş münasebetlerinin iktizalarına daha fazla uygun olamazmıydı ? Bu sorulara müspet veya menfî cevap verebilmek için tatbikatta hâkem kararlarının temyizinden veya hattâ tasdikından doğan ihtilâfları ve bunların hal tarzlarına dair zorlukları hatırlamak lâzımdır. Filhakika hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun kabul ettiği tahkim sistemi bilhassa temyiz ve tasdik bakımlarından hiç de sade bir usul yaratmış değildir. Tahkim usulümüze göre, vakıa, alelâde usulü muhakemedeki müttetlerin bir kısmından tasarruf etmek imkânı mevcuttur. Meselâ hukuk usulü muhakemeleri kanununun 519 cu mattesine göre bir nizaın hakemler vasıtasıyla halledilip edilemiyeceği hususunda tevellüt edecek ihtimaller seri usulü muhakemeye tâbi tutulmak iycap eder. Fakat hakem kararları aleyhindeki müracaat yolları usulü tahkimi gine alelâde usulü muhakemedeki kadar yörüyen bir şekle koymağa kâfi geliyor. Her ne kadar mevzuatımızda hakem kararları aleyhine Fransada olduğu gibi istinaf yolu mevcut değil ise de yani bu bakımdan hakem kararları aleyhine bizde müracaat yolları Fransadakinden biraz daha kısa ise de karışık ve üzücü mahiyetini bilhassa bizde daima göstermektedir.

Bunun böyle oluşunun sebeplerini muhtelif âmillerde aramak lazımgelir. Tabiî bunlardan bizce en başta gelen temyiz mahkememizin gayet yüklü olmasından dolayı hâkem kararlarının da tıpkı diğer mahkeme kararları gibi yıllarca temyiz mahkemesinde nöbet beklemesidir. Filhakika temyiz edilmiş olan bir hâkem kararı bazen bir yıl veya daha fazla yıllar mahkemei temyizde nöbet beklerse hâkem ve tahkim müesseselerinin kuruluşundaki hikmet herhalde ortadan kaldırılmış olmazmı ? Çünkü : zaten taraftar bir hakeme müracaatı tercih ediyorlarsa bu, yüzde yüz vakitten kazanmak ve ihtilafı çabucak halledilmiş görmek içindir. İmdi böyle bir hâkem kararı temyiz edildikte temyiz mahkemesindeki diğer mahkeme kararları içine karışmakla sür'at feda edilmiş oluyor. Hâkem kararlarının temyize tâbî tutulmasından doğan bu mahzur belki de bugün temyiz mahkemesinin çok fazla yüklü olmasından ileri geldiği ve binaenaleyh zamanla bertaraf edilebileceği öne sürülebilir. Fakat herhalde hakem kararlarının bizde *de lege ferenda* (= yapılacak kanun bakımından) pek sade bir usule tâbî tutulması lâzımgeldiği kanâatındayız. Meselâ hâkem kararları aleyhine temyize müracaattan sarfınazar olunabilmeyi taraflar mukavele edebilseler ne olurdu ? Ancak bu şekilde ticaretin ve iş münasebetlerinin iktizalarına uygun hareket edilmiş olur.

Hem zaten bu hâkem müessesesinin vücuduna rağmen ona çok nadir bir şekilde müracaat edilmesinin sebebi de iş münasebetlerinin iktizalarına uygun olmayışıdır.

435

Yani yalnız hakemlerin otoriteleri onlara mahkeme kararları gibi içrası lazım bir kaziyeimuhkeme kuvveti bahşetmez.[1] Hakem kararı henuz başka türlü merasim geçirmeden ne bir mahkeme kararına ve nede her hangi bir nizasız kaza aktine benzer. Mahkeme kararına benzemez: çünkü o bütün kudret ve kuvvetini tarafların hususî iradeleri mahsulü olan mukaveleden alır. Nizasız kaza akitlerine, meselâ noter huzurunda yapılmış akitlere de benzemez: çünkü taraflar böyle bir hakem kararına, noter huzurunda yaptıkları gibi istediklerini ilâve edemezler.

Binaenaleyh alelâde hakemlerden sadır olan bu hökümler katileşmiş olsa yani temyiz mütteti geçmiş bulunsa dahi mahkemelerce tastik olunmadıkça içra olunamazlar. Yani salâhiyettar makam hakem kararı hakkında " içrası lâzımgelir „ demedikçe içra edilemezler. Mahkemelerin bu tastikine *exequatur* vermek denilir. Hatta fransız hukukunda ihzarî mahiyette olan hakem kararlarının bile *exequatur*'sız içra edilemiyeceği hususunda sarahat vardır. Bu böyle olunca tabiî muvakkat mahiyette olmak üzre hakemler tarafından verilen ara kararlarının da tastikinden evvel içrasına evleviyetle imkân yoktur. Fakat bu söylediklerimiz bittabiî yalnız ceprî içrayı iycap ettiren hakem kararları hakkında doğrudur. Yoksa hakem kararları hiç *exequatur* almağa lüzum görmeden veyahut iycabında *exequatur*'u sonradan alınmak üzre alâkadarlarca kendi arzularıyla içra edilebilir.

Bu halde hakemler mahkemenin, tastikini almadan masrafları tevzi ve zarar ve ziyan hökmedebilirler. Yahut kefil kabul edebilmek, bir hesabı tevkif ve tasfiye eylemek gibi tahkimin iycabatından olan işleri *exequatur*'u sonradan alınmak üzre, ifa edebilirler. Binaenaleyh hakemler tarafından verilen kararlar alâkadarca isteyerek içra edilmişse, bu kararı içra edenlerce bu içranın mahkemenin tastikine iktiran etmesini sebep gösterilerek iptali istenemez, daha doğrusu bu sebepten dolayı yapılan bir butlan davası dinlenmez.

Mamafi bazı haller mevcut olabilirki burada hakem mahkemesinden çıkan hökmün *exsequatur*'dan önce içrasına imkân mevcut olmayabilir: meselâ, yalnız taraflar arasındaki bir ittifaksızlığı tespit eyleyen bir hakem kararı böyledir.

Bundan başka kanunî bir hipotek kaydının alâkadar mercîlerden (mat. 322, fık. 1) tayin ve tespiti hususunda verilen bir hakem kara-

1) BOITARD, COLMET - DOAGE VE GLASSON, cilt 11 No. 1202 aynı fikirdedirler.

456

rının içrası için de - her ne kadar bu akit tam manada bir içrayi tazammun etmese bile - *exequatur* lâzımdır.

Kanunumuzun yokarda andığımız mattesine göre *exequatur* "mahkeme reisi veya hâkim tarafından„ verilir. Bu *exequatur* mahkeme reisi veya hâkim tarafından tarafların hakeme bilmüracaa ihtilâflarını halleylediklerini ve hakemlerin verdiği karar kat'iyet kespeylediğini hakem kararının altına yazıp tastik eylemek suretiyle verilir. Kanunumuzun 536 ıncı mattesinin son fıkrasına göre tastikın kararın altına yazılması kâfi gelmez. Onun aynı zamanda ayrıca bir de hususî zapta derç edilmesi lâzımdır. Hakem kararına kabiliiçra bir kaziyei muhkeme mahiyetini veren işte bu tastik ve zapt keyfiyetidir. Bu karar artık sahteliği sabit oluncaya kadar höküm ifade eder (mat. 295). Şu halde böyle bir hakem kararının iptali için onun gayrı mevcut olduğunu veyahut hakemlerin eldekinden çok başka türlü veya bambaşka bir şey üzerine karar verdiklerini ittia eylemek lâzımdır. Fakat, yalnız bir hakem kararının içindeki vakıalar rettolunursa bu cihet onun sahteliğini ittia etmek demek değildir. Çünkü: şayet sahtelik ittia edildiği zamana kadar mahiyet itibariyle tamamen aynı olan bir başka hakem kararı ibraz ve tastik ettirilmişse bu cihet hiç bir zaman, hakemlerin şahidi oldukları veya vakıf bulundukları vakıalar hakkında evvelce verdikleri hakem kararında söylediklerinin hakikatının son defa *exequatur* verdikleri hakem kararındakilerin aynı olduklarını tazammun etmez. Burada zabıtnameye derç ile alelâde tevdi arasındaki farkı da tebaruz ettirmek lâzımdır. Çünkü zabıtnameye derç, tastikin mütemmimi ve daha doğrusu muvazisidir ve hakem kararının muhtevasının doğruluğunu temin eyler. Halbuki hakem kararlarının mahkemeye alelâde tevdii böyle bir beyyine ve itimat kuvvetini haiz değildir. Bazı hukukçulara göre, Fransız hukukunda tastikin başka bir ehemmiyeti daha vardır: Ona göre hakem kararı aleyhine istinaf ve temyiz için konulmuş olan kanunî müttetler ancak *exequatur*'un verildiği günden itibaren ceryana başlar. Fakat hakem kararı aleyhindeki müracaatların kabulü için bu merasimin ifa edilmiş bulunmasına asla ihtiyaç yoktur. Çünkü hakem kararı tastik ettirilmeden bile onun aleyhine müracaatta bulunulabilir. Sonra bu kararın, bir akti hukukî sıfatıyla, mevcudiyeti ve muteberliği de tastika asla tâbi değildir. Yani tastikten önce de hakem kararı mevcuttur, ve fakat içrası kabil değildir.

Mamafi Türk hukuku ile Fransız hukuku arasında buralarda bir çok farklar vardır: evvela Türk hukukunda Fransız hukukunun aksine

olarak temyiz mütteti geçmedikçe *exequatur* alınmak imkânı yoktur. Bu cihet tastik mattesi olan yegâne mattemizdir. (yani 536 cı mattede) sarahaten beyan edilmiştir.

Bizim hukukumuzda bu tastikten evvel hakem kararı bir hakem kararı mahiyetinde mevcut değildir. Filhakika hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 532 ci mattesinin son fıkrasında : hakem kararı, iki taraf hakkında ancak bu kararın tebliği tarihinden itibaren mevcut attolunur deniliyor.

Mamafi bilahara tastik kaydı ihtirazisiyle, hakem kararı bizatihi tevdiden önceden mevcuttur ; yalnız bu karar henüz tarafları hakem kararı sıfatıyla ilzam edemez. Çünkü bu sıfatla ilzam edebilmek için lazımgelen formel yani munhasıran kamu düzenini alakadar eyleyen akitler tamam olmuş değildir. Şu halde hakem kararı taraflara tebliğden önce ancak mahtut bir kuvveti haizdir ve bu kuvvet hususî bir senedin haiz olduğu bir kuvvete benzetilebilir. Hakem kararının tevdi ve tebliğden önce haiz olduğu bu kuvvetin vücudu şu inceliğin *(= subtilité)* vücudu ile de teyit edilebilir : taraflar bilittifak hiç bir suretle mahkeme tastiki istemiyeceklerini tahkimnameye derç edebilirler Fakat bu son taktirde hakem kararı artık hususî bir senet mahiyetini asla öteye geçemez. Bununla beraber hususî mahiyeti haiz olan bu senet bir notere tastik veya tesçil ettirilirse daha ziyade kuvvet kazanır ve resmî senet hukuku mahiyetini iktisap eder. Mamafi tarafların, hakem kararının hiç bir mahkeme tastikine arzolunamıyacağı hususundaki mukavelesi hakem kararı verilmezden önce yapılamaz. Çünkü, taraflar henuz hakemler tarafından karar verilmedikçe, kararın ne mahiyette olacağını bilmezler ve onun müstakpel şümulünü ve kendilerine tahmil edeceği vecibeleri kestiremezler. O halde önceden kendileri için bir garanti mahiyetinde bulunan bu tastikten bittabiî sarfınazar edemezler.

B. hakem kararının verilmesini müteakip ne müttet zarfında mahkeme kalemine tevdii lâzımgelir?

Filhakika kanunumuzda hakem kararının tevdie dair olan 532 inci mattede bu tevdiin mütteti tayin ve tespit edilmiş değildir. Buna mukabil tahkim faslının 529 uncu mattesi hökümleri ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında kararlarını vermeğe meçpur tutuyor. Mamafi aynı mattenin hökmüne göre bu altı aylık müttet ya tarafların sarih ve tahrirî muvafakatlarıyla veyahut hakemin hökmüyle uzatılabilir.

İmdi bu mattenin koyduğu, altı ay zarfında karar vermek meçpuriyetinin ne demek olduğu, daha doğrusu hakem kararının ne vakitten itibaren verilmiş sayıldığını araştırmak lâzımdır.

Bu hususta mahkemeler tatpikatı mahkeme kalemine tevdi esas tutuyor. Şu halde kanun nazarında hakem kararının müttetinde verilmiş sayılması için hakemlerin ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hem verilmiş ve hem de mahkeme kalemine tevdi edilmiş olması lazımdır. Aksi halde yapılan bütün muameleler batıl sayılır. Halbuki bu karar taraflara makbuz mukabilinde tebli edilmedikçe, tevdie rağmen, onlar hakkında mevcut farzolunmayor (mat. 532). Bundan başka kanunumuz tahkikat esnasında riayet edilecek şekil ve müttet hakkında direktif veriyor. Filhakika hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 525 ci mattesine göre: "hakemler, hilafına mukavele mevcut olmadıkça tahkikatın şeklini ve müttetlerini tayin ederler „.

Yani hakem mukavelesinde (tahkimnamede) taraflar tahkim sırasında riayet edilmesi lazımgelen müttetleri (meselâ, hakemlerin tahkimnameden itibaren ne müttet zarfında işi tahkik ve mahkemeye başlayacaklarını, azami ne müttet zarfında karar vereceklerini; temyiz müttetini, kararın ne müttet zarfında mahkemeye tevdi edileceğini..... ilh) önceden tespit edebilirler. Çünkü kanunumuzun 529 cu mattesi altı aylık müttetin tarafların tahrirî X mukavelesi ile istenildiği kadar tahtidine imkân veriyor. GARSONNET dahi aynı fikirdedir.

Fakat taraflar mukavele ile bu müttetleri tayin eylememişlerse artık o vakit kanunun koyduğu müttetlere riayet lâzımdır.

Bir kere prensip itibariyle, kanunumuza göre tıpkı Fransız ve Alman kanunlarında olduğu gibi, tahkim sırasında tahattüs eden ihtilaflarda riayet edilecek müttetler alelâde usulü muhakeme müttetlerinden kısadır. Yani nizaların halli sırasında meselâ bir ihtilafın hakemler vasıtasıyla halledilip edilemiyeceği hususunda tevellüt eden bir nizaın hallinde seri usulü muhakemeye riayet olunmak gerektir (mat. 519). Bundan başka mukavelenin sukutu taktirinde meselâ: taraflarca hakemlerin tayini için riayet edilecek müttet hakemi intihaba daveti mutazammın tebligat tarihinden itibaren yedi gündür (mat. 520). Hakemlerin retti mütteti beş gündür (mat. 521).

Eransız hukuk usulü muhakemeleri kanununun 1020 ci mattesi tevdî mütteti üç gün olarak tayin eyler.

C. Tastik için teslim edilen hakem kararı nasıl bir karar olmalıdır? Daha doğrusu ne vakit hakem kararı tevdi edilmiş farzolunur?

Tevdi edilen hakem kararı şunları ihtiva etmedikçe tam bir karar tevdi edilmiş attolunmaz:

Evvelâ: hakem kararında hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 530 cu mattesinde yazılı olan şeyler bulunmak lazımdır.

459

Yani 1) Münazaanın neden ibaret olduğu,

2) Mattî ve hukukî esbabı mucibe,

3) Davanın esası ve masarifi hakkındaki karar ve masarifin miktarı tasrih olunmak lazımdır. Bittabiî burada hukuk usulü muhakemeleri kanununun 417 ci mattesi nazarı itibara alınmak lâzımdır.

İkinci olarak: hakem kararının altına kararın verildiği tarih yazıldıktan sonra hakemler tarafından imza olunur.

Üçüncü olarak: tahkimname hakem kararına raptolunur (mat. 530).

Dördüncü olarak: şayet hakemler kararlarında bazı meselelerin teçrit ile başkaca ikinci derecedeki hakemlere havale etmeği kararlaştırmışlar ve bu ikinci derecedeki hakemin kararını beklemeden kendi kararlarını tevdi etmişlerse de bu sonuncu hakem ile evvelkiler arasında yapılması iycap eden toplanma ve alınması iycap eden kararın mahiyeti ve mevzuu kaydolunacaktır. Veyahut hiç olmazsa hakem kararında bu ikinci hakemlerin gelipte evvelkiler ile halli iycapeden mesele hakkında görüşmesi tespit olunmak lazımdır.

Hakem kararında kararı tasvip edici nihaî taleplerinin ve ne de ilk taleplerinin dercine lüzum yoktur. Nihayet, hakem kararı ikinci bir veya bir kaç hakemden sadır olmuşsa ekaliyette kalan hakemin reyinin de dercine lüzum yoktur.

Ç. Hakem kararı uzun müttet tevdi edilmediği taktirde böyle bir hakem kararının hukuhî akıbeti ne olacaktır? Daha başka bir deyim ile *exequatur* için tevdii lâzımgelen bir kararın tevdi edilmesinin hökmü nedir?

Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanununun 1007 ci mattesine göre: tahkimname muayyen bir tahkim mütteti tayin eylemediği taktirde hakemlerin vazifeleri tahkimnamenin tarihinden itibaren üç ay devam eder. Fakat Fransız hukuku ve Alman hukuku bu tahkim vadesi olan üç aylık müttetle verilmiş olan bir kararın tevdii hakkındaki mürurzaman müttetini birbirinden sureti katiyede ayırır. Fakat yokarda işaret eylediğimiz üzere bizde tatpikat hakem kararının altı ay zarfında hem verilmesini ve hem de tevdiini kabul etmektedir.

Gerek Fransız ve gerek Alman içtihatları ve mattî X hukukları ayrıca bir tevdi mururu zamanı kabul etmektedir. Tevdi mururu zamanı yönünden bizdeki tatpikatta pek isabet olmasa gerektir.

Vakıa bizim hukukumuza göre tastike tâbi bir hakem kararının mururuzamanı bahis mevzuu olmayacağı tatpikatça kabul edilmekle bu vakıanın müdafaasında hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 529 cu mattesi öne sürülüyor. Filhakika bu matteye göre: (hakemler ilk içti-

malarından itibaren altı ay zarfında kararlarını vermeğe meçpurdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup münazaa salâhiyettar mahkemece halledilir. Bu müttet ancak iki tarafın sarih ve tahrirî muvafakatlarıyla veya mahkeme reisinin yahut hakimin kararıyla tahdit olunabilir). Binaenaleyh bu matteye istinaden, diyorlar ki: "zaten altı ay zarfında verilmeyen bir hakem kararı mevcut bile sayılmaz. Şu halde onun tevdi ve tastik mururuzamanı hiç bir suretle mevcut olmaz.„

Fakat yokarda aynen verdiğimiz 529 cu matteden böyle bir netice çıkarılması pek doğru olmasa gerektir. Bu matte münhasıran hakem kararlarının itası hususunda mukaveleyi tamamlayıcı azamî bir müttet koyuyor; başka deyim ile hakemler hakkında, onların kararlarını sürüncemede bırakmalarını temin maksadıyla, ilk içtimalarından itibaren cereyana başlamak üzre altı aylık bir karar verme mühleti bir (*délai péremtoire*) vazediyoruz. Bu müttet zarfında karar vermemenin cezası: hakem mukavelesi de dahil olmak üzre, yapılan her türlü muamelelerin butlanıdır. Hem zaten Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanununun yokarda andığımız 1007 ci mattesi bizim kanunumuzun 529 cu mattesine benzer bir höküm koyduğu yani hakemlerce üç ay zarfında karar verilmesi lüzumu tespit edildiği halde ayrıca bir de tevdi mururuzamanı kabul etmek hususunda fransada hem tatpikat ve hemde içtihatlar müttefiktirler. Binaenaleyh henuz ortada hakemler tarafından verilmiş bir karar mevcut değildirki bu 529 cu matte tevdi ve tastik mururuzamanını bahis mevzuu etsin. Dediğimiz gibi olsa olsa bu matte hakem kararının verilmesini temin hususunda bir zabıtadır. Fakat asıl hakem kararı verildikten sonradırki onun için tevdi ve daha doğrusu tastik mururuzamanı bahis mevzuu olur. Sonra kanunumuzun 532 ci maddesinin sonuncu fıkrasında: hakem kararının taraflar hakkında ancak, mahkemece kararın kendilerine tebliğinden itibaren mevcut attolunduğu şeklindeki höküm de tevdi veya tastik mururuzamanının vücudunu nefyetmez. Çünkü bu höküm taraflara tebliğ edilmedikçe onlarca hakem kararının mevcut sayılmadığını söylerken bu halde onun batıl olduğunu da söylemek istemiyor. Binaenaleyh her ne kadar yokarda B harfi altında mahkemelerimizce kabul edildiğini bildirdiğimiz tatbikatta doktrin bakımından isabet olmadığı kanaatındayız. Binaenaleyh daha uzun bir tastik için mururuzamanı kabul etmek kanunumuza mugayır olmasa gerektir. Eğer kanun, alelâde hukuk akitlerinin tâbi olduğu umumî mururuzaman hökümden hakemlerce verilen kararı istisna etmiş olsaydı onun için şöyle umumî mururuzamandan daha kısa bir mururu-

461

zaman hökmü koymak meçpuriyetinde idi: (usulüne tevfikan verilen hakem kararları..... yılda mururuzamana oğrar). Böyle olmadıkça veyahut taraflarca tahkimnamede bir tevdi mütteti tayin edilmiş bulunmadıkça bir aktihukukî olan hakem kararı - henuz tekemmül etmemiş dahi olsa - gine bu sıfatla bir varlık talakki olunmak ve mururuzamana tâbî olam iycapeder. Hem Fransız kanununun 1020 ci mattesinde 3 günlük tevdi mühleti kabul etmesine rağmen Fransız hukukunda gine 30 yıllık bir tevdi mururu zamanı kabul edilmektedir.

Bizde bu mururuzaman muhtelif ihtimallerle ortaya çıkabilir: meselâ, hakemler, tarafların aralarında akteyledikleri tahkimnameye tamamen riayet ederek kararlarını vermiş olurlar da her nedense bu kararı tastike arzetmeği ihmal edebilirler. Böyle bir halde ne tarafların ve ne de hakemler meselâ, tahkimnamede tespit edilen mühlet zarfında hakem kararını tastik ettirmezlerse bu hakem kararı batılmı attolunacak? Bizce böyle bir kararın batıl sayılması için ortada hiç bir muhik sebep mevcut değildir. Hiç olmazsa böyle bir kararın tastiki için Fransada ve diğer bir çok memleketlerde olduğu gibi bir tastik mururuzamanı tanımak hem hakkaniyetli ve hem de iş münasebetlerinin iktizalarına uygundur.

İşte bu mülâhazaya dayanarak biz böyle hakemler tarafından usulüne tevfikan ittehaz edildiği halde her neden ise tevdi edilmemiş kararlar için borçlar kanununca konmuş olan on senelik mururuzamanı kabul etmek lâzımgeldiği fikrindeyiz.

Vakıa kanunumuzun 532 inci mattesinin en son fıkrasında, hakem kararının ancak tevdiin taraflara tebliğ tarihinden itibaren onlarca mevcut farzolunacağı kaydolunmaktadır. Fakat evvelâ bu höküm hilâfına taraflar daima mukavele yapabilirler. Saniyen bu höküm, hakem kararının doğuş ve muteberliği bakımından konulmuş bir höküm değildir. Bu höküm ancak hakem kararının içrasının teminat altına alınmasına matuf bir hökümdür. Dediğimiz gibi kanunumuzda bu tevdiin hakem kararının itasından ne kadar zaman sonra yapılacağına dair bir sarahat yoktur. Şayet tahkimnamede de buna dair bir irade tevafuku mevcut değilse hakem kararı mururuzaman mütteti olan on sene zarfında her zaman tevdi olunabilir, ve şayet tevdi edilmiş olupta tastiki gecikmiş ise gine on yıl zarfında daima tastik istenebilir. Başka türlü bir deyim ile bu karar bu on senelik mururuzaman zarfında alma hukuken mevcut farzolunur. Böyle bir mururuzaman kabul olunduğu zaman başka mühim bir mesele kendini gösterir ki orada hakem kara-

rının filhakika 529 cu mattesine tevfikan vaktinde verilmiş olup olmadığı meselesidir. Fakat bu da beyyine ile ispatı mümkün olan bir keyiiyettir. Binaenaleyh tevdi ve hatta *exequatur* olsa olsa onu ancak şekil bakımından ikmal ve içrayı temin eyler. Zira taraflar, tevdisiz ve *exequatur*'suz hakem kararını içrada serbestir.

Yani tevdi kanunca butlan tehdidi altında emrolunmuş bir formalite değildir. Hakem kararı zaten bizatihi tevdiden önce de mevcuttur. Binaenaleyh tevdi hakem kararının tamamiyetinin mattî şartı sayılmaz, o ancak formel bir müeyyededir. O halde hakem kararı her zaman muteber bir şekilde tevdi olunabilir. Bu geç tevdi münhasıran ve bilazarure içranın daha geç yapılmasını ve *exequatur*'a bağlı diğer hökümlerin gecikmesini istilzam edebilir. GARSONNET ve BOURBEAU dahi bu fikirdedirler. Hatta BOURBEAU Fransız hukuku bakımından deyor ki "hakemler muayyen olan müttet zarfında hakem kararını vermeğe meçburdurlar. Fakat böylece mütteti zarfında verilemeyen bir hakem kararı tarafları istilzam eder ve onlar için müktesep sayılır. Her ne suretle olursa olsun muayyen olan mütteti zarfında tevdi formalitesinin yapılmaması onun muteberliği ve tarafları ilzam kuvveti üzerinde hiç bir tesir yapmaz„ (cilt VI, s. 658 No. 17).

GARSONNET bu mururuzamanı mütteti fıransız hukuku için otuz yıl kabul etmektedir. Yani tevdii geciken bir hakem kararı (30) yıldan önce her zaman tevdi olunabilir. Bu müttetten sonra tevdi olunan bir hakem kararına karşı diğer taraf Fransız medenî kanununun 2262 inci mattesinin verdiği yıllanma (mururuzaman) defini dermeyan edebilir. Bizim hukukumuzda bu mütteti borçlar kanunumuzca kabul edilen umumî mururuzamandır. Filhakika borçlar kanunumuzun 125 inci mattesine göre: borçlar kanunumuzda başka höküm mevcut olmadığı taktirde "her davanın„ mururuzamanı on senedir. Tabiî bu mururuzaman mahkeme ilamları için de on senedir.

Vakıa içra ve iflas kanununda ayrıca bir de (10) senelik içra mururuzamanı öngörülmüştür. Fakat bu höküm, borçlar kanununun koyduğu yokarda bahis mevzuu olan höküm ile lüzumsuz bir tekrar teşkil eder, *(double emploi)*. Zaten borçlar kanunumuzun yokarıki 125 inci mattesinin aslı olan İsviçre kanununun Almanca metninde bu matte şöyledir: "Federal medenî hukukça başka türlü bir höküm konulmamışsa her türlü istemeler (talepler) on yılda mururuzamana oğrar.) Hele bu metne göre içra ve iflas kanununda ayrıca bir höküm koymağa katiyen lüzum yoktur. Çünkü İsviçre hukukunun bütün şubeleri bu metne girer. Fakat bizim kanunun mattesi her neden ise kendisine daha az şu-

463

mullü olarak terceme edilmiştir; 125 inci mattemizde " bu kanunda „ kaydından sonra "veya diğer kanunlarda„ kaydını ilâve etmek daha doğru olurdu. Bu şekilde aslına daha uygun olmakla kanun heyeti-umumiyesi bakımından da daha ziyade ahenk halinde kalınırdı. Bundan başka bu Almanca metninde bahis mevzuu olan şey Fransızca *(action)* ve Türkçe metindeki dava hakkı değildir. Eğer yalnız dava hakkı olsaydı bahis mevzuu olan hakem kararı bu tabirin şumulüne girmemek iycap ederdi. Halbuki Almanca metindeki istem *(forderung)* daha umumî manada olmakla her türlü talep ve ittiayı kucaklar.

D. *Exequatur* almak için tevdi vazifesi kime terettüp eder ? Tevdii tabiî ve normal bir şekilde hakemler yapmak lazımdır. Hatta Fransız mahkemeler içtehadı bu vazifeyi ihmal eden hakemlere her gecikme günü için muayyen bir cezai naktî tahmil eder. bizim kanunumuzun 532 ci mattesine göre tevdii hakemler yapmağa meçpurdurlar. Tevdiin bizzat hakemler tarafından yapılmasının şu faydası vardır : kararın tevdii iycapeden mahkeme baş katibi hakem tarafından bizzat tevdi edilen bir kararı, onun filhakika bir hakemden sadır olup olmadığını bilmediği ittia ve bahanesiyle, rettedemez. Halbuki tevdi hakem tarafından yapılmayıp da taraflardan birince veya üçüncü bir şahısça yapılırsa bu taktirde mahkeme baş katibi kararın hakikaten bir hakemden sadır olup olmadığını bilmediği bahanesiyle rettedebilir. Kanunumuzun 532 ci mattesine göre tevdi vazifesi hakemlere terettüp eder.

Mamafi taraflar hakemleri tevdi mükellefiyetinden kurtarabilirler ve tevdii yokarda andığımız ret neticelerine katlanmak suretiyle, bizzat yapabilirler. Fakat hakemlerin tevdiden affolunmaları keyfiyeti *exequatur* almak lüzumundan vazgeçileceği manasını asla tazammun etmez. Bu yalnız şunu ifade eder : hakemler kararını verir vermez hiç beklemeğe lüzum görmeden taraflar *exequatur* isteyebilecekleri gibi onu hiç istemeğe lüzum görmeden taraflar hakem kararından mütevellit borçlarını eda edebilirler. Bu son halde hökmü içraya amade olan taraf diğer tarafı celp ve davete lüzum görmeden mahkeme reisine müracaat ederek kararın derhal kaleme tevdiini emreylemesini isteyebilir. Çünkü şayet bu hususta diğer tarafı celp ve davete lüzum gösterseydi bu taktirde bir takım tebligat vadeleri tespitine lüzum hasıl olacaktı ki bu da hem lüzumsuz ve hem de hökmü derhal içra eylemek arzusuyla gayrikabili telif olmakla hiylekarcadır. Hatta, tevdiin kimin tarafından ve ne vakit yapılacağına dair ortada hiç bir mukavele mevcut olmasa veyahut hakemler, tevdî vazifelerini zamanında ifa etmezlerse taraflar bilittifak tevdii yapabilecekleri gibi onlardan daha oyanık

olanı dahi yalnız olarak bu tevdi işini yapabilir, veyahut tarafların bu iş için evvelce intehap eyledikleri vekil tarafından da tevdi yapılabilir.

Buraya kadar verdiğimiz hal tarzları son zamanlara kadar gerek âlimler ve gerekse mahkemeler içtehatlarınca kabul edile gelmiş olan görüşlerin muhassalasıdır. Fakat son zamanlarda gerek tevdiin ve gerekse tevdiin istihtaf eylediği *exequatur'un* mahiyeti hakkında yeni ve esaslı görüşler, bilhassa eskisine muhalif görüşler öne sürülmüştür. Hele Fransız mahkemelerinden bazılarının içtihadına göre gerek tevdi ve gerekse mahkeme reisi tarafından veya hakim tarafından verilen hakem kararının *exequatur'un* tastikine dair olan karar hakem kararının özüne ve cevherine taalluk eyleyen bir karardır ve bu yüzden gerek depo ve gerekse *exequatur* kararı formaliteleri kamu düzeni (intizamıamme) formaliteleridir. Binnetice bu görüş tarzına nazaran *exequatur* alıncaya kadar hakem kararı ancak muvakkat mahiyeti haiz ve henuz tamam olmayan bir vesikadır; şayet bu formalitelerden yüz çevrilirse bu taktirde tahkimname hökümsüz bir hale düşmüş olur.

Bu görüş tarzı âlimler ve mahkemeler içtihadının ekseriyetince rettolunduğu kadar bize de şayanıkabul görünmeyor. Çünkü bu düşünceleri tevsik edecek ve muhik gösterecek sebepler mevcut değildir. Hem zaten, bu hal tarzı iş münasebetlerinin iktizalarıyla da az kabili telif olan çok formalist bir tezdir.

E) Tevdiin tarzı — Fransız hukukunda tevdiin ne tarzda yapılacağına dair sarih bir höküm yoktur. Oradaki âlimler içtihadına göre: tevdi için hiç bir formaliteye lüzum yoktur. Hatta bu iş için mahkeme reisine veya hâkime istida ile müracaat bile iycap etmez. Hem bu hususta istidaya lüzum olmayışı keyfiyeti Fransız hukuku için gayet doğrudur. Çünkü bu nevi şekle ait formalitelerden tevellüt edecek harçları hukuken o formaliteleri yapanların vermesi lâzımdır. Halbuki hakemlerden böyle bir harç istemeğe hukuken lüzum ve imkân yoktur, ve sonra bunun vakit kazanmak kaygusuyla geriletici bir maksada matuf olabilmesi de mümkündür. Bundan başka Fransız hukukunda hakem kararının tevdi olunduğu mahkemenin başkâtibi bu husus için hiç bir musattak vesika ızharına da meçpur değildir; fakat istenildiği taktirde böyle bir vesika ızhar edebilir. Halbuki Türk hukuku tevdi formalitesi bakımından, Fransız hukukundan biraz ayrılır: çünkü, hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 532 ci mattesi bu hususta bize sarih direktifler veriyor. Bu matteye göre: hakem kararı salâhiyettar mahkeme kalemine tevdi olunmak lazımdır. Tatpikatta hakemler kararlarını biri asıl ve diğeri suret olmak üzre tebliğ edilecek kim-

465

selerin adedince tevdi ederler. Karar, mahkeme kalemi mahzen archivinde hıfzolunarak alâkadarlara suretleri verilir. Mahkeme, yani mahkeme baş kâtibi kararın tevdii üzerine keyfiyeti ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa tahriren tebliğ ve bunu mübeyyin bir makbuz alır.

Demekki kanunumuzun tevdi formalitesini oldukça etraflı bir şekilde halletmiştir: fikrimizce bu matteye göre bizce de tevdi için istida ile müracaata lüzum yoktur. Buna mukabil, Fransız hukuku hilafına, bizde mahkeme baş kâtibi kararın tevdiini ve neden ibaret olduğunu mübeyyin zabıt tutmak meçpuriyetindedir. İşte bu zabıt muhtevasını taraflara makbuz mukabilinde tebliğ edecektir.

Hakemler, bir takım masraf ihtiyar eylemek lazımgeldiği halde bu masrafların taraflarca kendilerine verilmediğini bahane ederek hakem kararını tevdiden istinkâf edemezler.

Bu masrafların kimler tarafından ödenmesi lazımgeldiği hususunda vakıa kanunumuzda hiç bir hüküm mevcut değildir. Halbuki Fransız hukukunda hakem kararları için ihtiyarı lazımgelen tevdi, kaydiye vesaire masraflarından dolayı hakemler aleyhine takibat içrası memnudur. Bu masraflar ancak taraflardan istenebilir. Bizim hukukumuzdada bu hal tarzından başkasını kabule imkân yoktur. Binaenaleyh, hakem kararını tevdie meçbur olan hakemlerin artık masraf bahanesiyle kararın tevdiinden istinkâf eylemelerinin bu suretle önü alınmış olur. Hem bütün bu masrafların usulü muhakeme bakımından taraflardan tahsilinde hiç de bir müşkilat yoktur: çünkü nihayet harç tarifesinde, bu masraflar ödenmeden *exequatur* verilmeyeceği inzibat altına alınmak daima mümkündür. Mamafi bizde tatpikat tevdi masraflarını hakemlere tahmil ediyor. Yalnız taraflarca bu masraflar ödenmedikçe kendilerine hakemler kararı tebliğ edilmez.

Hakem kararı taraflara tebliğ olunmak lazımdır. Bizim hukukumuzca mahkemeye tevdii müteakip yapılması lazımgelen bu tebliği Fransız hukukunda bazı ahvalde lüzum yoktur. Meselâ: şayet taraflar hakem kararının muhtevasını ve mahiyetini zaten biliyorlarsa bu tebliğ artık zait sayılır. Bizde bu tebliğin meçpurî oluşu bilhassa kötü niyetli ihtilâfları önlemek içindir.

F. Hangi mahkemenin daireikazasının salahiyetini tevdi ve tastik için kabul etmek lazımdır? *Exequatur* almak için hakem kararının tevdii lazımgelen mahkeme reisi veya hakim veyahut tevdii iycap eden mahkeme baş kâtipliği, iş hakem kararına iktiran etmemiş olsaydı yani ortada bir tahkimname mevcut bulunmasaydı normal bir şekilde

hangi mahkemenin kazasına tâbî olacak idiyse daireikazasının reisi, hâkimi ve baş kâtibi olmak muhakkak lazımgelmez. Yani işin hukuk usulü muhakemeleri kanununca normal bir şekilde salahiyet bakımından tâbî bulunduğu bir mahkemenin gayrı bir mahkeme reisine veya hakimine de tastik için veya baş kâtibine de tevdi için müracaat olunabilir. Fakat hiç bir zaman ne tevdî ve ne de tastik idarî bir mahkeme nezdinde yapılamaz. Çünkü tahkimname ve tahkim usulü esas ve temel bakımından ancak medenî hukuk münasebetleri olup amme hukuku mahkemeleri sayılan idarî mahkemelere bunlar zımnında asla müracaat teçviz olunamaz. Fransız şurayı devletinin bu hususta kararları da vardır (bak: Dall. Rép. Vo. expert, No. 345 ve Vo. Arbittrage No. 1160).

Sulh mahkemesine veya ticaret mahkemesine tevdi ve *exequatur* için müracaat caizmidir?

Fransız içtehat mahakimine göre bu mahkemeler *exequatur* vermeğe asla salâhiyettar değillerdir. GARSONNET bu görüşü şöyle iyzah ediyor: "kendi verdikleri kararların içrası hakkında hiç bir salâhiyete sahip olmayan bu mahkemeler, bizzat kendileri tarafından verilen kararların içrası hakkında karar almağa evleviyetle mezun olmamalıdırlar„. Bundan başka Fransız âlimler içtehadı dahi böyük bir ekseriyetle bu görüşü tasvip eder. Sonra Fransada tarafların ikametgâhının bulunduğu yerin mahkemesi yani tahkimname olmasaydı nizaı halle salâhiyettar bulunacak olan mahkeme veyahut dairei kazası içinde tahkimnamenin imzalandığı yerin bidayet mahkemesi dahi *exequatur* vermeğe mezun değillerdir.

Acaba istisnaî mahkemeler veya fevkalâde mahkemeler (meselâ istiklâl mahkemeleri, divanıharpler, ihtisas mahkemeleri..... ilh) *exequatur* vermeğe mezunmudurlar?

Prensip itibariyle başka memleketlerde ve meselâ Fransada böyle mahkemeler, *exequatur* veremezler. Mamafi Fransız içtihadı mahakiminde bunun hilafına *exequatur* vermek gibi tek tük misaller mefkut değildir. Fransadaki bu tatpikat ve ilmî içtehatlar azçok bir fark ile bizim hukukumuz için de doğrudur. Binaenaleyh bizde istisnaî mahkemeler (istiklal mahkemeleri, divanıharpler, ihtisas mahkemeleri..... ilh) taraflarından *exequatur* verilemez.

Şu halde hangi mahkeme tarafından *exequatur* verilebilir?

Fransada bu mahkeme, hâkem kararının kendi daireikazası içinde verildiği istinaf mahkemesidir. Şayet bir istinaf kararı üzerine tahkimname yapılmışsa bu taktirde, *exequatur* vermeğe salâhiyettar olan mahkeme istinaf kararının verildiği istinaf mahkemesidir. Hatta Fransız

467

hukukuna göre: taraflar bidayet mahkemesinin salahiyeti cümlesine giren bir nizâ üzerine istinaftan sarfınazar eylemek suretiyle tahkimname yaparlarsa bile bu hâkem kararının dahi istinaf mahkemesinde *exequatur*'a tâbî bulunması lazımdır.

Bizim kanunumuzda sarahat olmadığından ve bizde istinaf mahkemeleri mevcut bulunmadığından mesele biraz daha hususî bir mahiyet arzeder: yani bizde hukuk mevattı hakkındaki *exequatur* hâkem kararlarının verildiği yerin tâbî olduğu asliye mahkemesinin reisi veya hâkimi tarafından verilmek lazımdır.

Ticaret mevattı hakkındaki hâkem kararlarının *exequatur*'u ise, bu meselelerin daireikazasında bulunduğu ticaret mahkemelerince verilmek lazımdır. Zaten tatpikat da böyledir. Yani bizde *exequatur* asliye ve ticaret mahkemeleri taraflarından verilmektedir, acaba sulh mahkemelerince *exequatur* verilemezmi? Fikrimizce sulh mahkemelerince, hiç olmazsa, kazaî salahiyetleri içinde bulunan ihtilaflardan dolayı bunu kabul eylemek doktrince yanlış olmaz. Mamafi tatpikat sulh mahkemelerine *exequatur* salahiyeti vermemektedirki bu hal mucibi münakaşadır. Henuz temyiz mahkemesinin bu hususta tanınmış ve muknî esbabı mucibeli içtihadı mevcut olmadığından: biz, Avrupa mahakiminin ve hukukçularının içtehatlarına göre kıyas yoluyla bu teklif ettiğimiz hal tarzlarının hukukumuza uygun olduğu fikrindeyiz.

Burada başka bir mesele dahi ihtilâfi mucip olabilirki şudur: hakem kararının verildiği yer mefhumunu hal ve tespit eylemek lazımdır?

Hakem kararının verildiği yeri tahkimname ekseriya kâfi derecede tayin ve tespit eyler. Bu yer çok vakit hâkemin veya hâkemlerin ikametgâhı olan yerdir. Mamafi başka bir yer meselâ hakemlerin muvakkaten bulundukları bir yer dahi olabilir.

Şayet tahkimname hakem kararının verileceği yeri kâfi derecede tayin etmeyorsa bu taktirde bizzat hakem kararı bu yeri tespit edebilir veyahut hakem kararının verildiği yeri bunlardan karine ile istihraç eylemek mümkündür.

Şayet hakem kararının verildiği yer hakkında ne tahkimnamede ve ne de hakem kararında hiç bir karine mevcut değilse bu taktirde hakem kararının filvaki ve matteden verildiği yeri matlup yer olarak kabul eylemek ve orada tevdi eylemek lâzımdır.

G) Exequatur'un kimin tarafından verileceği?

Fransız hukukuna göre: *exequatur* bidayet mahkemesi tarafından istisnaen verilmek lâzımgeldiği ahvalde onun reisi tarafından istinaf mahkemesi tarafından verilmek lazımgeldikte onun reisi veyahut onla-

rın yerlerine kaim olanlar tarafından verilir. Bilhassa şuna dikkat etmek lâzımdır ki *exequatur* vermek selâhiyeti munhasıran ve şahsen bu saydığımız hâkimlere aittir. Yani mahkemelerin bunu vermeğe bir mahkeme kararı şeklinde vermeğe selâhiyeti yoktur. Çünkü burada bahis mevzuu olan bir mahkeme veya bir karar değildir, ancak formel bir tetpirdir ve bir emirdir, (bir *ordonnance*'dir) Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanununun 1020 ci ve 1021 ci matteleri bu bakımdan terettüt götüremeyeceği gibi Fransız medenî kanununun 2123 cü mattesi de yukarıki matteleri istinzah eyler.

Bizim kanunumuza göre dahi bu hal tarzı doğrudur. Filhakika hukuk usulü muhakemeleri kanununun 536 cı mattesi *exequatur* m a h k e m e r e i s i veya h â k i m i tarafından verileceğini söyliyor. Bu reisin hangi mahkemenin reisi olacağını veya hâkimin hangi hâkim bulunacağını yukarda tedkik eyledik.

Mahkeme reisi veya hâkim *exequatur*'u bizzat vesikanın altına yazar veya yazdırıp imza ederler. Yani bunun için kendi mahkemelerinin kararını almağa veya onu mahkeme kararı şeklinde vermeğe lüzuum ve zaruret yoktur. Çünkü tastik nihayet tebyini bir vesikadır yani bir şekildir. Bu söylediklerimize rağmen şayet *exequatur* bizzat mahkeme reisi veya hâkim tarafından münferiden verilecek yerde mahkeme tarafından toplu olarak veya mahkeme kararı şeklinde verilmişse Bunun hökmü nedir? BIOCHE ismindeki fıransız hukukçusu bunu salâhiyetsizce verilmiş bir karar mahiyetinde talakki ederek hökümsüz attetmek isteyor. Fakat Fransız temyiz mahkemesi böylece bir mahkeme kararı usulünde verilmiş olan *exequatur*'u fikrimizce gayet makul olnrak, muteber attediyor. Bizim hukukumuzda da hal tarzının kabulü iş münasebetlerinin iktizalarına en uygun olmak gerektir. Reis veya hakime vekâlet eden daha doğrusu onun yerini tutan başka bir hakim *exequatur* yazısında asıl hakim veya reisin bir suretle tastiki bizzat yapamadığını yani kendisinin tastiki salahiyettar hakim namına yaptığını söylemeğe meçburiyeti var mıdır?

Fransız içtehat mahakiminin bir kısmı bunu lazım attediyor ve bunun *exequatur* da söylenmemesini butlan sebebi olarak talakki ediyor. Bizim hukukumuza göre böyle bir meselenin amelî kıymeti yoktur.

Hakem kararı bizatihi yalnız hakemlerin eseri olup *exequatur* veren hakimin yapacağı şey ancak o kararın alt tarafını hakem kararının adını ve bu hususiaki formülü mahkeme başkâtibi marifetiyle yazdırıp tasdik eylemekten ibarettir. Eğer *exequatur* hakem kararının mahkeme

469

kaleminde kaydından evvel verilmişse baş kâtip kayıt yapılmadıkça hakem kararının musattak suretlerini kimseye vermez.

Exequatur'un salahiyettar olmayan hakim veya mahkeme reisi tarafından verilmesi bizatihi hakem kararının butlanını iycap etmez. Çünkü nihayet hakem kararı ancak hakemler tarafından verilmiş bir karar olup bunun kendisinin verenlere tamamen yabancı olanların fili yüzünden veya şekle ait teferruat meselelerinin eksikliği yüzünden batıl sayılması hiç de dogru olmasa gerektir. Binaenaleyh olsa olsa bu suretle salahiyetsiz bir kimse tarafından verilen bir *exequatur* usulsüzce verilmiş bir *exequatur* sayılmakla yalnız *exequatur* gayrımuteber sayılır. Binaenaleyh hakem kararının iptali cihetine gidilemez; yalnız *exequatur* kanuna uygun bir hale konulması (=*regularisation*'nu) onu vermeğe [1] salahiyettar olan mahkeme reisi veya hakim nezdinde itiraz yoluyla istenmek lazımdır. Tarafların sükutu vaziyeti ıslah etmez.

H) Hakem kararının tastiki "yani „(*exequatur*) hiç bir hususî şekle tâbî değildir. Fransız hukukunda mahkeme baş kâtibi bir hakem kararının tastiki sırasında hazır bulunmak meçpuriyetindedir. [2])

Fakat fransada dahi mahkeme baş kâtibinin imza atmasına lüzum yoktur. Yalnız, mahkeme reisinin veya salahiyettar hakimin imzası kâfidir.

Bizim hukukumuza göre *exequatur* verilirken mahkeme baş kâtibinin hazır bulunmasına asla lüzum yoktur, kanaatindeyiz. Tabiî tastikin altına reisin veya hakimden başka bir kâtibin imza atmasına evleviyetle lüzum yoktur. *Exequatur* hakem kararı üzerine yazılabileceği gibi şayet bunun için ayrıca istida verilmişse, hakem kararının muhtevası, tarihi ve vazıh hulasası yazılmak suretiyle istida üzerine de yazılabilir.

İ) Mahkeme reisinin veya hâkimin *exequatur* vermek hususundaki salahiyetinin şumulü ona itiraz vaki olup olmadığına göre değişir filhakika reis veya hakimden bir *exequatur* istenilipte bu hususta alâkadarlarca itiraz ve muhalefet vaki olursa reis veya hakim böyle bir *exequatur* vermekten istinkâf edecek ve işi bu halinde salahiyettar

---

1) Hatta Fransız kanunu (mat. 1028) böyle salahiyetsiz verilen bir *exequatur'a* itiraz olunabileceğini tasrih etmiştir.

2) Bak: GARSONNET cilt: 1, No. 236.

mahkemeye havale eyleyecektir. [1] Çünkü hakim, *exequatur* verici hakim sıfatıyla hiç bir nizaı halleylemek salâhiyetini haiz değildir. Bu tastiki yaparken o bir nevi nizasız kaza yapıyor demektir. Fakat bu tastik keyfiyetinin tam manasıyla nizasız kaza mahiyetinde olmadığını da unutmamak lâzımdır.

Fakat ikinci ihtimalden yani *exequatur* talebini müteakip hakim hiç bir itiraza muhatap olmazsa tastiki yapmazdan önce, ibraz olunan hakem kararı hakkında kendiliğinden tetkikat yapmağa meçpurdur. Yani kendisine ibraz olunan hakem kararında esaslı bir noksan olup olmadığını tetkik eylemek meçpuriyetindedir: meselâ, filhakika bir tahkimname imzalanıp imzalanmadığını, tahkim mevzuu olan şeyin tahkim yoluyla kabilihal olup olmadığını, hakemlerin, kendilerine hal için tevdi edilen ihtilâfın ve onun istilzam eylediği salâhiyetin çerçevesi içinde kalıp kalmadığını, kararın muayyen olan zaman içinde verilip verilmediğini, kararda kanuna mugayır bir cihetin tespit edilip edilmediğini araştırmaları lâzımdır. Meselâ hakemler taraflardan birinin borç için hapsine karar vermişse bu son ihtimal karşısında bulunur; yani kanuna mugayır bir hakem kararı verilmiş sayılmak lâzımgelir.

Şu halde şayet hakem kendisine ibraz olunan hakem kararında yokardaki noksanlıklardan birini görürse onu usulünde verilmemiş bir karar talâkki ederek tastikten imtina edebilir.

Fakat hakim tastik için şu cihetleri tastike salahiyettar değildir: hakem kararının mevzuunu teşkil eden meselenin esası hakkında eyi veya kötü bir şekilde karar verilip verilmediğini, yahut tarafların tahkimname tanzimine ehliyeti olup olmadığını, tahkik ve bunları bahane ederek kararın kabili içra olduğunu tastikten imtina edemez. Çünkü aksi takdirde hakem kararının esası üzerine alelâde dava usulü muhakemesini açmış olacaktır ki zaten tarafların tahkim yoluyla içtinap etmek istedikleri cihet de budur. Başka türlü bir deyim ile tahkim usulünün kabulü medenî kanunumuzda (borçlar kanunumuzda) kabul edilmiş olan mukavele serbestisi prensibinin bir neticesidir. Şayet *exequatur* vermeğe memur ve mezun olan hakimi yokarıki meseleler hakkında dava usulü muhakemesi yoluyla esasa girişirse bu serbestî mukavele prensibi haleldar olur.

Bundan başka *exequatur* hakimi tarafların ehliyetini de tahkike

[1] Bu mahkeme ya mahkemei asliyedir veyahut ticaret mahkemesidir. Bu halde hakim karar alırken *exequatur* verici hakim sıfatıyla değil, kaza hakkını kullanıcı hakim sıfatıyla hareket eder.

471

salahiyettar sayılsaydı ona bu şekilde yalnız taraflara ait bulunan ve ancak onlar tarafından dermeyan edilebilen bir takım iptal vasıtaları verilmiş olur. Fransız ve Alman mahakimi ve alimleri içtehadı da ekseriyetle bu fikirdedirler.

Exequatur hakiminin onu vermemesi daha doğrusu onu rettetmesi halinde bu akti aleyhine, tıpkı kazaî bir karar aleyhine yazıldığı gibi, yalnız temyiz olunabilir. Burada ancak temyiz yoluyla müracaat edilebilmesinin esbabı şudur : esbabı iyzah olunarak *exequatur* vermekten imtina olunması halinde münhasıran şekle dair bir akit karşısında bulunulmayor, bilâkis hakikî bir kazaî karar muvacehesinde kalınıyor. Bizde temyizi ilzam eden bu hal tarzı Fransada istinaf yoluyla kabili-istihsaldir. Şayet *exequatur* hakimi onu vermekten istinkâf halinde, yani ret halinde esbabımucibe beyan etmezse o vakit *(déni de justice* = ihkakıhaktan imtina) suçunu işlemiş olur. Bu suç, her ne kadar Fransız medenî kanununun 4 üncü mattesinin aksine olarak bizim medenî kanunumuzda sarahatle zikredilmemiş ise de: fikrimizce medenî kanunumuzun 1 ci mattesinin ruhuna göre Türk hakimi de ihkakı haktan imtina edemez. Çünkü elinde uyulacak hiç bir müspet tutmak bulunmasa bile kendisine kanun kurucu salâhiyeti verilmiş olmakla önüne gelen meselelerin hiç birini esbabı mucibesiz geri çevirmek meçpuriyetinde ve mevkiindedir. Fakat böyle bir suç için kanunlarımızda ceza mevcut olmamakla bu görüşün ancak nazarî ve doktrinci bir kıymeti vardır. Binaenaleyh *exequatur* vermekten esbabı mucibesizce imtina eden bir hakim aleyhinde her türlü ihkakı haktan imtina meselelerinde olduğu gibi, medenî kanunumuzun 1 ci mattesine rağmen ne cezaî ne de hukukî hiç bir müracaat yolu yoktur. Ancak idarî bazı yollar mevcut olabilir ki bu cihetin tetkiki de sedadimizin haricindedir.

Bir hakem kararı üzerine *exequatur* verilir verilmez artık bu kararın mahkemeye tevdii lâzımdır. Mahkeme başkâtipliği diğer mahkeme ilâmlarında olduğu gibi bu kararın dahi suretlerini alâkadarlara vermeğe mezun sayılır.

1 — Eçnebi hakemlerin kararları hakkında lüzum tenfiz kararı alınıp alınmayacağı meselesidir.

Bu hususta türkiyedeki hukukî vaziyeti tespitten önce yabancı memleketlerdeki hal tarzlarına bir göz atalım :

1 — Fransada yabancı hakemler tarafından verilen karar hakkında tıpkı yerli hakemlerden verilen kararlar gibi *exequatur* almak mümkündür. Fransada yerli hakem kararlarının *exequatur*'unda tetkik olunan bütün prensipler ve kaideler tarafların arzularıyla bir meselenin

472

halline memur eyledikleri yabancı bir hakemin Fransada verdiği karar dahi tatpik olunur.

Bundan başka yabancılar tarafından eçnebi bir memlekette eçnebi kanunlarına tevfikan verilmiş olan bir hakem kararı, isterse tarafların serbest iradesiyle tayin ve tesbit olunan hakem tarafından verilmiş olmakla mukavele mahiyetinde görülsün, isterse mahkemeden verilmiş bir ilam mahiyetinde talakki olunsun Fransada kabili içra olabilmesi için muhakkak kabilitenfiz olduğunun salahiyettar mahkeme veya hakimce tastiki lazımdır. Çünkü Fransız medenî kanununun 2128 ci mattesine göre [eçnebi memleketlerde aktolunan mukavelelerle hipotek tesisine imkân yoktur, aynı kanunun 2128 ci mattesiyle Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanununun 546 cı mattesine göre, yabancı memleketlerde istihsal olunan ilamlar *exequatur* almadıkça Fransada kabiliinfaz değildir.

Bundan başka tevziikazaya memur olan Fransız hakimi, yabancı bir hakem tarafından verilmiş olan bir kararı ancak onun mevcudiyeti, tahkimnamenin muteberliği, ve hakemlerin Fransız intizamı ammesine mugayir bir şekilde alabilecekleri kararlar bakımından tetkik edebilir. Fransız hakimi böyle bir hakem tarafından verilmış olan kararı esas noktasından tetkik edemez. Çünkü tarafların bir mukavelesinin mahsulü olan bu karar onu yapan taraflarca muta olmak lazımgeldiği gibi onu icra ile mükellef olan makamlarca da kendisine uyulmak lâzımdır. Fransız hukukuna göre, Fransız hakemler tarafından verilen kararlarla yabancı hakemler tarafından verilen kararlar arasında bir tek fark vardır ki şudur: Fransada Fransız veya eçnebî hakemler tarafından verilen kararların *exeqnatur*'u hâkim tarafından mahkeme kararı şeklinde değil yalnız bir formalite şeklinde ve bir aktı kazaî *(ordonnance)* halinde verilir. Halbuki yabancı memleketlerde yani yabancı hakemler tarafından verilen kararların yalnız hâkim tarafından bir aktı kazaî şeklinde değil mahkeme kararı mahiyetinde verilmesi lâzımdır. Yani tıpkı bizim hukuk usulü muhakemeleri kanununun 537 ci mattesinde eçnebî mahkemelerden verilen ilâmların lüzumu tenfizi için verilmesi lâzımgelen *exequatur* şeklinde verilmelidir.

2 — Alman hukuk usulü muhakemeleri kanununun 1044 cü mattesine göre: eçnebi hakemleri tarafından yabancı memleketlerde eçnebi memleketler kanunlarına göre verilmiş olan hakem kararları, milletler arası mukavelelerinde hilâfı tespit edilmiş olmadıkça, yerli hakemler tarafından verilen kararların tâbî olduğu şerait ve ahkâma tevfikan *exequatur*'a tâbî tutulurlar. Şu halde Alman kanunu eçnebî hakemler

473

tarafından eçnebî kanunlarına tevfikan verilmiş olan kararları tıpkı eçnebi mahkemelerden verilmiş ilâmlar gibi tastike tâbî tutuyor. Fakat Almanya dahilinde eçnebilerin Alman kanununa tevfikan karar vermek üzere hakem tayin olunup olunamayacakları hakkında Alman kanununda bir sarahat yoktur. Alman hukukçularından A. VON STAFF tarafından *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* atlı yedi ciltlik böyük Alman hukuk lügatinin beşinci cildinde (s. 311 gr. de) bu hususta yazılan toplu özlü bir tetkikte hakemlerin vaziyeti inceleştirilmiştir. Böyük bir otorite olan A. VON STAFF bu yazısında hakemin sıfat ve vaziyetini tamamen hakiminkine benzetir. Hatta o, hakem müessesesini Alman hukuku bakımından, artık hususî hukukun her hangi bir kavramı mahiyetinde talâkki etmek istemeyor. Sonra, hakemin gördüğü vazife her nekadar tamamen hakemin gördüğü vazifenin aynı değilse de ona müşabih bir vazifedir„ diyor. VON STAFF bu neticeye varmak için Alman ceza kanununu ve hukuk usulü muhakemeleri kanununu inceden inceye tetkik ediyor. Bundan başka o, zaten uzun zamandan beri hakemlerin tayini hususunda Almanyada yeni yeni takyidat koymağa matuf olan hukukî inkişafı da ehemmiyetle kaydediyor. Bilhassa ticarî münasebetlerden doğan ihtilâfların ve amele ihtilâflarının halli hususunda teşkil edilen hakem mahkemelerinin Almanyada mazhar olduğu yeni teşkilât ve inkişafa işaret ediliyor, ve hakem müessesesi hakkında kamu hukuku bakımından konulan yeni takyitler yapılıyor. Bütün bu görüşlerden VON STAFF şu neticeyi çıkarıyor: hakem tayini meselesi devletin hakimiyet hakkına bir nevi takyit koymak demektir. Yani bir çok nizaları devletin hakimiyet hakkının bir cüzü olan kaza salâhiyeti cümlesinden olduğu halde gine hususî eşhasa hallettirmek imkânını veriyor. Binaenaleyh böylebir takyidi içra edecek insanların layettayin insanlar olmaması ve gayet sıkı kontrol altında bulunması lâzımdır.

İşte bu mülahazalara göre Almanyada yabancıların Alman kanunlarına göre karar vermek üzre hakem tayin edilmeyeceklerini doktrin bakımından kabul etmek icabeder.

3. Buna mukabil meselâ İsviçrenin Nöşatel kantonunun hukuk usulü muhakemeleri kanununun 501 ci mattesi de eçnebi memleketleri ve hakemleri tarafından verilmiş olan hakem kararlarını Nöşetel de lüzumutenfizini kabul eder.

4. Bizim hukukumuzda bu mesele nasıl halledilmiştir? Yani eçnebi hakemler tarafından Türkiye dahilinde ve haricinde verilmiş olan kararlar hakkında bizim hakimimiz *exequatur* vermeğe mezunmudur?

Bu hususlaki kanunî hökümler hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun tahkime dair 8 ci babı (mat. 516) ile eçnebi mahkemelerden verilen ilamların suretitenfizini nizalandıran 537 ci ve onu takip eden mattelerinde bulunmak lazımgelir. Bu mattelerde bu hususta hiç bir hökme rasgelmeyoruz. Mamafi tatbikat, gerek eçnebiler tarafından Türkiye haricinde yabancı memleket kanunlarına ve gerekse dahilinde Türk kanunlarına tevfikan hakem kararlarını tenfize tâbi tutmaktadır.

Fakat bizim kanunumuzun Nöşatel usulü muhakemesi kanunundan alındığından bu iki kanunun bu hususlaki mattelerini karşılaştırınca Nöşatel kanununda hiç olmazsa eçnebi memleketlerde eçnebi hakemler tarafından eçnebi kanunlara tevfikan verilen kararlar hakkında sarahat mevcut olduğunu anlıyoruz. Filhakika kanunumuzun 537 ci mattesine tekabül eden Nöşatel kanununun 501 ci mattesinden dilimize tercemesi sırasında kanun projesini hazırlayan alakadar vekâletçe bu mattedeki " hakem „ tabiri çıkarılmıştır. Yani matte aslında oldğu gibi " eçnebi mahkemeler ve hakemler tarafından hukukumedeniye mevattı hakkındaki nihaî hökümleri mutazammın..... ilh „ şeklinde değilse saddece: " ecnebi mahkemelerin hukuk ve ticaret davalarına dair verilen nihaî höhümleri mutazammın..... ilh „ şeklinde terceme edilmiştir. Bu matte bilahara kanun kurucumuzda da bu şekilde kabul edilerek böylece kanunlaşmıştır. Şu halde yokarda bilmünasebe andığımız üzre bizim kanunumuzda Alman ve Fransız kanunlarında eçnebi memleketlerinde eçnebi hakemler tarafından eçnebi kanunlarına tevfikan verilen kararlar tıpkı ecnebi mahkemeleri tarafında verilen ilamlar gibi *exequatur*'a tâbî tutulduğu halde bizim kanunumuzda "hakem kararları„ tabirinin terceme sırasında kaldırılmasını neye hamletmelidir? Binaenaleyh bizde eçnebi hakemlerin eçnebi memleketlerde verdikleri kararları doğrudan doğruya tenfize tâbî tutmak kanunumuzun ruhuna münafidir ve bu hususlaki mahkeme tatpikatı mucibimünakaşadır. Bizce kanunumuz hakem kararlarını tenfiz bahsinden kaldırılmış olmakla onların tenfizini milletlerarası mukavelelerinin hal ve tanzimine bırakmış demektir. Şu halde Türkiye ile müzaheretiatliye mukavelesi aktetmemiş olan memleketlerin hakem kararlarını Türkiye tenfizinde, kanunumuza göre, meçbur değildir; fakat isterse onları mahkeme kararı talakki ederek tenfize tâbî tutabilir. Bu meselenin bir de ikinci yönü vardır ki şudur: acaba eçnebiler Türkiyede hakemlik edebilirlermi? Tatpikat bunu da kabul etmektedir. Fakat biz, yokarda Almanya hakkında dermiyan edilen mütalaalardan başka, bilhassa Türkiye için eçnebilerin hakemlik edememeleri şıkkını kabul ediyoruz. Bu tezin liberal bakımından müda-

faası güç gibi görünürse de memleketimiz bütüu tarihin imtidadında kapitülasyonlar denilen imtiyazıeçnebiye belalarından ve yabancı müdahalelerinden bağrı yanmış bir memleket için fikrimizce bu çok isabetli bir hal tarzıdır. Çünkü aksi halde kazaî kapitülasyonların dolambaçlı bir yoldan tekrar tesisi imkânını eçnebiler bulabilirler. Filhakika memleketimizde ithalat ve ihracat ticareti ile iştigal eden veya ticaret işlerine tavassut eyleyen bir çok yabancı firmalar mevcuttur. Şayet eçnebi hakemlerin kararların Türkiyede tenfiz eildiği taktirde bu nevi eçnebi ticaret evleri ve hakikî ve hökmî şahısları bir kere kendi aralarındaki ihtilafları muhakkak sistematik bir şekilde ecnebi hakemlere havale edecekler idi ve netekim de öyle yapıyorlar. Bundan başka, zaten öteden beri atliyemiz hakkında itimatsız davrandıklarından Türk tab'asıyla kendi aralarında geçen mukavelelere dahi kendi itimat ettikleri hakemlere müracaatı bir formül halinde mukavelelere dercederek Türk tab'asının alakadar olduğu mukavelelerden doğan her ihtilafı yabancı hakemler huzuruna götürebileceklerdir. Bu hakemlerin yabancı devletlerin Türkiyede konsolosları veya diğer mümessilleri olacağı da kolayca tahmin edilebilir. Görülüyorki kapitülasyonlar dolanbaçlı bir yoldan gayrımektup ticarî teamül halinde yeniden böylece ihya edilecektir. Veyahut hiç olmazsa eçnebi ticaret, sanayi ve ziraat, musiki odalarını veya işçi teşkilatlarını borsa meçlislerini veya diğer meslekî teşekküllerin hakem yapılmak isteneceği muhakkaktı.

Bütün bu mülahazalara binaen gerek memleketimizde yabancılar tarafından verilmiş olan hakem kararlarına infaz kabiliyeti tanımamak ta isabet vardır. Bundan başka devlet muahedat ile eçnebi hakemlerin yabancı memleketlerde eçnebi kanunlarına tevfikan verdikleri kararları Türk hakiminden hiç *exequatur* almadan bile infazı taahhüt eyleyebilir. [1] Mesela Türkiye hökümeti, âkitlerin hendi memleketlerinde verilmiş olan hakem kararlarının infazını temin eden ve Cenevrede aktolunmuş bulunan 24 eylûl 1932 tarihli protokol ile 26 eylûl 1927 tarihli mukavelenameye iştirak ederse hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 537 ci mattesini tadil etmiş olur. O vakit eçnebi hakem kararları da Türkiyede içra kabiliyeti kazanabilir. Fakat bizce böyle bir mukaveleye iştirak bilhassa Türk İstiklâl kazaisi ve belki de iktisadî menfaatları bakımından temenniye şayan değildir.

J. Hakemler tarafından verilen kararların içrası hiç bir hususî formaliteye tâbî değildir. Bilhassa ihtilâf mevzuu olan şey hakemlere tevdi edilmiş bulunuyorsa kararın içrası hiç bir müşkilât arzetmez. Çün-

1) GARSONNET, cilt 8, s. 606 da aynı fikirdedir.

kü hakemler ellerinde bulunan ve ihtilâf mevzuu olan şeyi başka hiç bir türlü formaliteye riayete lüzum görmeden haklı tanıdıkları tarafa tevdi ederler.

Aksi halde ceprî içra kaidelerine uyulmak lâzımdır. Yani içra ve iflâs kanunumuzla ceprî içraya dair konulmuş olan hökümlerine ittiba olunmalıdır.

İçra kanununa göre vazolunmuş olan mühletler, vadeler hakem kararının tebliğinden sonra cereyana başlar.

477

RESMÎ MEMUR ve MÜSTAHDEMLERİ HUKUKÎN MESULİYETLERİNDE MURURU ZAMAN BAHSINA DÖNÜŞ

Adliye ceridesinin 13 üncü sayısında çıkan bir yazımızda, resmî memur ve müstahdemlerin hukukî mesuliyetlerinde mururu zamanın hangi esasa istinat edebileceğini gözden geçirmiş ve bu hususlaki düşüncelerimizi yazarak memur ve müstahdemin hizmet kusurlarından mütevellit mesuliyetlerinde umumî mururu zamanın ceryan etmesini mantık ve adalete daha uygun bulduğumuzu söylemiştik.

Bu gün, Temyiz mahkemesi dördüncü hukuk dairesinin elimize geçen bir kararı münasebetile tekrar aynı mevzua dönüyoruz.

Ceridenin 13 üncü sayısında çıkan yazımızda memurla müstahdemin hizmet kusurlarından doğan mesuliyetlerinde umumî mururu zamanın ceryan etmesi lâzım geleceği düşüncesinin dayandığı sebepler malûm olduğundan onları burada tekrar edecek değiliz. Yalnız yüksek mahkemenin çok yeni olan 30-11-935 T. li bir kararının bu düşüncelerimizi haklı gösterir mahiyette olduğunu izah etmekle iktifa edeceğiz. Okuyucularımız, Temyiz mahkemesinin bu kararını ceridenin, Türk Temyiz mahkemesi kararlarına mahsus kısmında mütalâa edeceklerinden kararı buraya yazmağa lüzum görmiyorum. Karardan yalnız hulâsaten bahsetmek isterim.

Vaktile iaşe anbar memurluğunda bulunmuş olan bir zat aleyhinde zimmetine para geçirdiğinden ve vazifesini suiistimal ettiğinden dolayı ceza takibatı yapılmış, Kastamonu ağır ceza mahkemesinde muhakemesi görülmekte olduğu bir sırada suçlu ölmüştür.

Hazine, ölünün mirasçıları aleyhine hukuk mahkemesine müracaat ederek suçlunun zimmetine geçirdiği para ile vazifesini suiistimal neticesi zayi olan haklarının mirasçılara tazmin ettirilmesini istemiştir.

Kastamonu hukuk hâkimi; suçun vukuu tarihinden itibaren 16-17 sene geçmiş olduğunu ve iddia olunan tazminatın haksız bir fiilden münbeis bulunduğunu beyan ederek Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinde tayin olunan bir ve on senelik müddetler geçmiş olduğundan bahsile mururu zaman noktasından Hazinenin mirasçılar aleyhindeki şahsî hak talebini reddetmiştir.

Asliye hâkiminin, yalnız suçun vukuu tarihile hukuk mahkemesinde dava ikamesi tarihlerini nazarı dikkate alarak arada mururu za-

manı kesen bir müracaat vuku bulup bulmadığını araştırmaksızın 60 ıncı maddedeki (her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mururundan sonra dava istima olunmaz.) ibaresine çok sert ve kat'î bir mana vermiş olduğu da Temyiz kararından anlaşılmaktadır.

Asliye hâkiminin bu kararı bizim, resmî memur ve müstahdemlerin hizmet kusurlarından mütevellit mesuliyetlerinde haksız fiil mururu zamanının değil, umumî mururu zamanın ceryan etmesi lâzım geleceği hakkındaki düşüncelerimizin tamamen aksinedir.

Temyiz mahkemesi dördüncü hukuk dairesi asliye hakiminin kararını şu sebeplerle bozmuştur:

A — Ceza mahkemesinde şahsî hakkın da dava olunup olunmadığı tahkik olunarak neticesine göre mururu zamanın başlangıcını tayin etmek lâzım gelirken buna riayet edilmemiştir. (Kararın bu fıkrasile, mururu zamanı kesen sebepler varsa mücerret filin vukuu tarihine nazaren aradan on sene geçmiş olması davanın dinlenmesine mani olmayacağından buna muhalif olan asliye hakiminin noktai nazarına cevap verilmiş oluyor).

B — Dava, müddeaaleyhin yeddi emanetine tevdi olunup zimmetine geçirdiği bir paranın tazmini talebinden ibaret olmakla zımnî bir akitten neşet etmiş demektir. Binaenaleyh dava, haksız fiillerden doğan tazminat davalarında tatbiki lâzım gelen bir senelik mururu zamana değil, on senelik mururu zamana tâbidir.

Borçlar kanununun 60 ıncı maddesinde, zarar ve ziyan davası ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun zamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsî davaya da o mururu zamanın tatbik olunacağı yazılı olmasına rağmen temyiz mahkemesinin bu hadisede bir suçtan neşet eden tazmin borcuna da bu fıkrayı kabili tatbik görmeyerek doğrudan doğruya umumî mururu zamanın tatbik lüzumunu içtihat ettigi anlaşılmaktadır. Zira hakim olan mülâhaza bu olmasaydı asliye mahkemesi kararının, tazmin borcu zımnî bir akitten neşet etmiş olması dolayısile on senelik mururu zamana tâbi olacağı noktasından değil müteveffaya isnat olunan suçun mahiyetine nazaran o suçun tâbi olduğu mururu zaman müddetinin geçmiş olup olmadığının tahkikinden zuhul edilmesi noktasından bozulması lâzım gelirdi. Bu görüşte yüksek mahkeme ile tamamen beraberiz.

Hukukî kanaatları daha iyi temin ve tatmin edebilmiş olmak için bir misal alalım:

Çırakla kahveci arasında bir hizmet akdi, bir çıraklık mukavelesi mevcuttur. Bu akdin muktezasınca çırak işini yaparken kasıt veya ihmal ve dikkatsizlikle iş sahibine iras edeceği zarardan mesuldur. (B. K. M: 321).

Çırak su bardağını kasten yere atar kırarsa bunun bedelini ödemekle mükelleftir ve bu hususiaki mesuliyeti akten iltizam ettiği borca muhalif hareketinden dolayı on senelik mururu zamana tâbidir. Fakat çırak, bardağı yere atmak suretile değil de ustasının başında kırmışsa ortada bir suç ta vucut bulmuştur diye esası, akdî bir vecibenin - şahsa taarruzla birlikte - ihlâlinden doğan tazmin borcu da bu suçun cezaî akibetine mi bağlanacaktır. Yani bilfarz bu müessir filin cezada mururu zamanı bir veya iki sene ise yere atılarak kırıldığı takdirde kahvecinin on seneye kadar devam edecek olan mütalebe hakkı bir veya iki sene sonra sakit mi olacaktır? Böyle bir netice, taahhüde sadakatsızlığın taşkın ve mütecaviz bir şeklini mükâfatlandırmak olmaz mı?

Suç işlemeksizin yalnız medenî hukuk rabıtasını ihlâl eden failin mesuliyetini daha uzun zamana kadar devam ettirip medenî hukuk kaidelerini bozmakla kalmayarak haksız hareketini daha ileri götürmek suretile suç işleyen faili, işlediği suçun neticelerinden daha az bir zaman evvel tahlis etmek nasıl doğru görülebilir?

Adliye ceridesinin sayfalarına intikal eden bu mevzu münasebetile muhalif fikirleri ve muhtemel itirazları daha mücehhez olarak karşılayabilmek ve münakaşaları daha faydalı bir hale koyabilmek için mahakim içtihatlarında aramalar yaptım. Yukarda bahs ettiğim karara ve bizim düşüncelerimize mübayin aynı dairenin diğer bir kararını da değerli okuyucularımızın tetkik ve tenkit nazarlarına arz etmeliyim.

Hadise, Kastamonudakinin hemen aynıdır. Bazı askerî şahıslar hazineye ait bir parayı ihtilas ettiklerinden dolayı ceza takibatına maruz kalmışlardır. Dava Askerî temyiz mahkemesine kadar intikal etmiş ve nihayet mururu zaman sebebile âmme davasının düşmesine karar verilmiştir.

Hazine şahsî hak talebile hukuk mahkemesine müracaat etmiş isede mahkeme, Borçlar kanununun 60 ıncı maddesine istinat ederek zararı tazmin borcu suçtan neşet ettiği takdirde şahsî hak talebi hakkında da ceza mururu zamanı tatbik edilmek icap edeceğinden ve ciheti cezaiyede mururu zaman vuku bulması sebebile artık şahsî hak talebinde bulunulamayacağından bahsile davayı ret etmiştir.

Temyiz mahkemesi dördüncü hukuk dairesi kararında, hadisede ceza mururu zamanının ceryanı tabii olduğunu söylemiştir ki bu söz yu-

kardaki kararına muhaliftir. Çünkü her ikisinde de hadise yekdiğerine çok benzemektedir Her ikisinde de akdî değilse bile bundan evelki yazımızda izah ettiğimiz veçhile akde çok benzeyen ve her halde Borçlar kanununun 41 ve sonraki maddelerine değil fakat, resmî memur ve müstahdemlerden hizmet akdi münasebetile bahs eden 354 üncü maddesine temas eden bir vaziyet vardır.

Temyiz mahkemesinin düşüncelerimize uymayan bu kararını da ortaya koymakla bu mevzu üzerinde daha şumullü ve etraflı bir tetkik ve tenkide vesile ve fırsat vermek istiyoruz. Mahkemei temyizin daha evvelki bir tarihi taşıyan 21-4-934 T. li bu kararını da okuyucular ceridenin kararlar kısmında göreceklerdir.

Temyiz mahkemesinin bu kararında bilhassa göze çarpan mühim bir nokta da; yüksek mahkemenin suçtan neşet eden tazmin borcunun ceza mururu zamanına tabi olmasını kabul ettiği halde mururu zaman müddetinin hesabında ceza kaidelerinin tatbikini kabul etmemiş olmasıdır.

Karardan anladığımıza göre suçlular hakkındaki mururu zaman, Türk ceza kanununun 105 inci maddesi mucibince tahassul etmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre; (hukuku âmme davasının mururu zamanını kesen sebepler, bu mururu zaman müddetini 102 inci maddede ayrı ayrı tayin edilmiş olan müddetlerin yarısının ilâvesile baliğ olacağı müddetten fazla uzatamaz.)

Binaenaleyh 10 senelik mururu zamana tâbi olan bir suç, velev mütemadi katılar olsa dahi 15 sene sonra artık takip olunamaz. Halbuki hukukta böyle bir kaide yoktur. Ciheti hukukiyede mururu zaman katedilmiş olunca katıdan itibaren yeni bir müddet ceryan etmeğe başlar. (B. K. M. 135) ve her terk ve katı tarihi arasında geçen müddetlerin mecmuu esas müddeti geçse de her terk tarihinden itibaren mururu zaman haddine baliğ olan bir müddet geçmedikçe mururu zaman hasıl olmaz.

O halde; zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neş'et etmiş olursa ceza hukukiyle medenî hukukun biribirine hiç uymıyan bu kaidelerini suçtan neş'et eden şahsî hak davalarında ceza müruru zamanını tatbik ederken nasıl telif edeceğiz ?

Temyiz mahkemesi yukarda bahsettiğimiz kararile, bize böyle bir telif yoluna girmeğe lüzum olmadığını, şahsî davaya ceza müruru zamanı tatbik edilmekle beraber müruru zamanın kat'ı ve tevkifi sebeplerini ceza ve hukukta ayrı ayrı kendi kanunlarına göre mütalâa etmek lâzımgeldiğini söylüyor.

481

Yüksek mahkemenin bu düşüncesini de gayet tabiî buluyoruz. Filhakika müruru zamanın felsefesi medenî hukukla ceza hukukunda biribirinin aynı değildir.

Medenî hukukta müruru zaman ; muayyen bir müddet içinde dava etmeyen alacaklının hakkını almış olaceği yolundaki bir karineye ve çok eski tarihlere raci vak'alar hakkında sübut sebeplerinin kifayetsizlik ve müphemiyetinin doğru hüküm vermeğe müsait olmıyacağı esasına istinat eder.

Halbuki ceza hukukunda mururu zamanın sebepleri daha başkadır. Filvaki cezahukukunda da üzerinden uzun zaman geçmiş olan delillerin asılları ve menşe'leri silinmiş, hiç olmazsa dağılmış olmasının adaletin temininde husule getireceği müşkülât müruru zamanın kabulündeki esaslardan birini teşkil ederse de bundan daha mühim olan sebepler ; aradan uzun bir zaman geçmiş olmasının vukuatı hafızadan silerek adalet mefhumunda mevcut olan terhip hassasının vicdanı içtimaîde uyandırdığı akisleri hafifletmiş ve adaleti cürümden müteessir olan nesil önünde tatbik etmeyerek diğer bir nesle mensup insanlar huzurunda tatbik etmenin mücrimlerin takibindeki gayeyi faidesiz bir hale sokmuş olmasıdır.

Binaenaleyh menşeleri, asılları başka başka olan hukuk ve ceza memuru zamanlarını ve bunlara müteallik kaideleri bir maksat üzerinde telif etmek nasıl kabil olabilir?

Kanun vaziinin ; medenî hukuk noktasından bir senelik müruru zamana tâbi tuttuğu haksız fiilden mütevellit tazmin davasını, tazmin talebi bir suçtan neşet etmiş ve cezayı müstelzim olan bu suç için ceza kanununda daha uzun müddetli bir müruru zaman kabul edilmiş ise suçun müruru zamanına tâbi tutmakla nihayet haksız fiilden dolayısile müteessir olan cemiyet için suçludan davacı olabilmek hakkı devam ettiği müddetçe bizzat zarar görenin de dava ile hakkını arayabilmesindeki mantık ve adaletin icaplarına uymaktan başka birşey yapmamış olduğu şüphesizdir. Fakat bunun hududunu genişletmeğe, başka başka esaslara dayanan ceza ve hukuk müruru zamanlarındaki kaideleri tedahul ettirmiye lüzum yoktur. Bir misalle izah edelim :

Cezada iki senelik müruru zamana tâbi olan bir suç hakkındaki âmme davası, muhtelif tarihlerde yapılan takiplerle müruru zaman kesilmiş olsa bile, 105 inci maddeye göre üç sene sonra behemehal düşecektir. Büyle bir suçtan doğan şahsî hak talebi ceza müruru zamanına tâbi olacağına göre şahsî dava da üç sene sonra düşecek midir ?

bir manada evet, diğer manada hayır.

Evet; eğer üç sene içinde hukukta dava açılmamış veya cezada şahsî hak talebinde bulunulmamış ise.

Hayır; eğer üç sene içinde hukukta dava açılmış veya cezada şahsî hak talebinde bulunulmuş ise.

Bu takdirde üç seneyi ikmal etmiş olması dolayısile hukuku âmme davası düşmüş olsa dahi şahsî dava hakkı devam edecek, mutazarrır, cezada şahsî hak talebinde bulunmuş ise bu taleple hakkını muhafaza etmiş olduğu cihetle cezada âmme davası düştükten sonra hukukta yeniden şahsî hak talebinde bulunabilecek; bu hakkını esasen hukuk mahkemesinde aramış ise cezada âmme davası düşmüş olmasına rağmen hukuktaki davasına devam edebilecektir.

Bunun aksini düşünmeğe imkân yoktur. Aksi hal, bilfarz ceza takibatı devam ederken bu takibatın neticesini beklemeğe lüzum görmeksizin şahsî hakkını hukuk mahkemesinde arayarak dava açmış olan müddeinin takibatına fasıla vermemiş olmasına rağmen günün birinde cezada mururu zaman hasıl olması sebebile hukuktaki davasına artık devam edememesini intaç eder ki böyle bir neticenin mantıksızlığı aşikârdır.

Değerli meslekdaşlarımızın bu mevzu üzerindeki düşüncelerini öğrenmekle çok büyük istifadeler temin edeceğimizi umarım.

Maliye Vekâleti mütehassıs müşaviri
C. Tüzel

*
* *

Yukarıki yazıda adı geçen Temyiz mahkemesi dördüncü hukuk dairesinin iki kararı sureti

Dava : Müddeaaleyhlerin murisi Tevfikin iaşe anbarında memur bulunduğu sırada suiistimalden ve zimmetine para geçirmekten dolayı Kastamonu Ceza mahkemesinde muhakemesi yapılmakta iken vukuu vefatına mebni hukuku âmme davasının sukutuna ve hazinenin hukuku şahsiyesinden dolayı ait olduğu mahkemeye müracaatta muhtariyetine karar verilmiş olduğundan bahs ile müteveffanın zimmetine geçirmiş olduğu üç yüz on altı lira doksan bir kuruşun mirasçıları bulunan müddeaaleyhlerden tahsili talebinden ibarettir.

Karar : Müddeaaleyhlerin murisine isnat olunan suiistimal ve zimmet fiili 332 ve 333 senelerinde ika edilmiş olmasına göre tarihi mezkûrdan dava tarihine kadar 16-17 sene kadar bir müddet mürur etmiş ve halbuki iddia olunan tazminat haksız bir fiilden münbais bulunması

itibarile bir senelik müruru zamana tâbi bulunmuş ve ceza mahkemesinde verilen son karar tarihinden itibaren işbu dava tarihine kadar da aradan bir sene iki ay kadar müddet geçmiş ve Borçlar Konununun altmışıncı maddesinde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurile davanın her halde müruru zamana uğrıyacağı tasrih kılınmış olduğundan müruru zaman noktasından davanın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz edan : Davacı Hazine vekili Nahit.

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup esasa girişildi.

Ceza mahkemesinde şahsî hakkın dava olunup olunmadığı tahkik olunarak neticesine göre müruruzamanın başlangıcının tayini lâzım gelip şahsî dava açılmamışsa mücerred ceza hükmünde hazinenin hukuku şahsiyesinden dolayı ait olduğu mahkemeye müracaat edebileceğinin tasrih edilmesi, müruru zamanın hesabında bu hüküm tarihinin esas tutulması icap ettirmez. Bir de dava; müddeaaleyhin yedi emanetine tevdi olunup zimmetine geçirdiği bir paranın tazmini talebinden ibaret olmakla zımnî bir akidden doğan bu dava, haksız fiillerden doğan tazminat davalarında tatbiki muktazi bir senelik müruru zamana tâbi olmayıp on senelik müruru zamana tâbidir. Binaenaleyh bu noktalar düşünülmeyerek yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi yolsuz olmakla hükmün bu sebeplerle bozulmasına ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 30-11-935 tarihinde ittifakla karar verildi.

*
* *

Dava : Müddeaaleyhlerin hazineye ait paradan (beş bin üç yüz altmış) küsur lira ihtilâs etmiş ve kısmen ihtilâsa sebebiyet vermiş olduklarından bahsile meblâğı mezkûrun kendilerinden maafaiz müteselsilen tahsilini istemiştir.

Karar: Müddeaaleyhlerden ikametgâhı meçhul kalan Hüseyin Avni Efendinin gıyabında icra kılınan muhakeme sonunda: Diğer müddeaalayhler vekilleri müvekkillerine isnat edilen ihtilâs ve ihtilâsa sebebiyet fili hakkındaki hukuku âmme davasının askerî temyiz heyetince müruru zaman noktasından düşmesine karar verildiğini ve fili mezkûrden mütevellit hukuku şahsiyenin de aynı müruru zamana tâbi olacağını ve maahaza mezkûr karar tarihi ile dava tarihi arasında bir sene geçtiğini ve bu itibarla her iki cihetten hâdisede müruru zaman mevcut olduğunu beyanla davanın bu noktadan ademi istimaına karar

verilmesini talep eylemiş ve temyiz heyeti askeriyesinin bu baptaki ilâmı tetkik edilerek müddeaaleyhlere isnat olunan ihtilâs ve ihtilâsa sebebiyet filinden dolayı hukuku âmme davasının müruru zaman noktasından sukutuna karar verildiği anlaşılmış ve asıl fiil cezayı mucip olup müruru zaman sebebile düşmüş olmasına nazaran bunun fer'i olan hukuku şahsiye cihetinden de aynı müruru zamanla düşmesi borçlar kanununun 60 ıncı maddesi iktizasından bulunmuş olmakla davayı kaimenin bu noktadan ademi istimaına karar verilmiştir.

Temyiz eden ; Müddei hazine vekili Akif izahatı şifahiyesinin dinlenmesi suretiyle hükmün temyizen tetkikını istemiştir.

Hâdisenin murafaaya tâbi olduğu anlaşılarak bu baptaki talep kabul edilmiş ve gün tayin edilerek taraflara davetiye gönderilmişti. Muayyen günde mümeyyiz hazine namına vekili avukat Ziya ve mümeyyezünaleyhlerden Ali Durmuş ve vekili Lütfi gelmiş ve diğerleri yapılan tebliğata rağmen gelmemiş olmakla mumaileyhlerin gıyaplarında alenî murafaaya iptidarla hazır bulunan tarafların izahatı şifahiyeleri dinlenildikten ve temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan ve hâdisenin tarihi vukuu mahallinden istilâm edilerek gelen cevap evrakı esasiye ile birleştirildikten sonra karar ittihazı zımnında tayin olunan günde dosyadaki bütün kâğıtlar okunup esasa girişildi.

Hâdisede ceza müruru zamanının cereyanı tabii ise de Divanı temyizi askerî kararında hukuku âmmenin düşmesinde tatbik olunan Ceza Kanununun 105 inci maddesinin hukuku şahsiye davasının müruru zamanında da mabihittatbik olup olmıyacağı ve binaenaleyh bu davanın tâbi olduğu müruru zaman haddine baliğ bir zaman geçip geçmediği tahkik ve tetkik olunarak neticesine göre muamele ifası lâzım gelirken mücerret müruru zaman sebebile hukuku âmmenin düşmesile bunun fer'i mesabesinde olan hakkı şahsî davasının da düşmüş olacağından bahsile davanın reddine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan hükmün bu sebeple (nakzına) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 21-4-934 tarihinde ittifakla karar verildi. 16-3-936

485

YENİ BİR HUKUK MECMUASI

Hukuk kütüphanemiz yeni bir hukuk dergisi ile daha zenginleşti. "Pratik hukuk mecmuası„ adını taşıyan bu mecmua yeni yılın başından itibaren çıkmağa başlıyor. Birinci sayısı elimize geldi. İstanbul üniversitesi ordinaryüs profesörü Bay Mustafa Reşit Belge tarafından, aylık olarak, çıkarılan bu mecmuanın ilk sayısı küçük formada 56 sayfayı ihtiva etmektedir.

Zaten Bay Prof. Mustafa Reşidin hukukumuzun amelî bakımdan işlemek ve yapmak hususundaki hizmeti çok böyüktür. Şimdiye kadar bir çok kitap yazmış olan sayın profesör gerek bu kitaplarile ve gerekse diğer bütün yazılariyle İsviçre hukukundan çıkan yeni huku kumuzu herkesin anlayabileceği şekilde işlemek kususunda ölçülük etmiştir. İsviçreli hukukçu CURTİ FORRER'in şerhini esas tutarak, memleketimizde ilk medenî kanun şerhini o yazmıştır. Onun bu eseri şimdi ikinci basımını idrak etti.

Bundan başka Profesör Mustafa Reşit iki ciltlik bir ticaret kanunu şerhi (bunun da ikinci cildi ikinci defa basılmıştır) ve bir de İcra İflâs kanunu şerhi yazmıştır. Eserleri, prensip itibarile, derin ve çok etraflı (*tiefsinnig*) olmaktan ziyade, herkesin, hukukçu olmayanın bile anlayabileceği kadar sade, veciz, muhtasar olmak karakterini haizdir. Bundan dolayı Mustafa Reşidin kitapları memleketimizde en çok okunan kitaplardandır. Bunlar, hukukçularımıza, bilhassa avukatlarımıza, hâkimlerimize ve hukuk talebemize en çok yardım eden kitaplardandır.

*
* *

Prof. Mustafa Reşidin çıkardığı bu meçmua evvelce açtığı "Hukuk kültürü için mücadele„ yolunda ileriye doğru atılmış diğer bir adım teşkil eder. Onun elimizdeki ilk sayısına okuyucularımızla birlikte bir göz atalım: Meçmuanın çıkış, maksat ve gayesini bildiren bir önsözden sonra ilk yazı olmak üzere "Çocuklarla ana ve babaları arasındaki şahsî münasebetin atliyece tanzimi„ atlı yazıyı buluyoruz.

Bundan sonra sıra ile : "Mahkeme içtihatları„ , "Bibliografi„ , "Yeni kanunlar„ , "Devlet hususî hukukunda atliye„ ve nihayet

"Atliye teşkilatı„ atlı bir kitabın tefrikası gelir. Bu muhtevadan da meçmuanın ne yapmak istediğini istitlal etmek zor değildir.

1932 yılında *Hukuk ansiklopedisi* çıkartmağa başlayan profösör o zaman da bu gaye oğrunda çalışıyor yani hukukumuzu zenginleştirmek ve onun günlük tekamülünü takip etmek istiyordu. Bugün elimizdeki meçmuasıyla aynı hedefe yaklaşmak emelini gütmektedir. Yalnız bu meçmuanın anlayamadığımız bir hususiyeti vardırki bu da müellifin meçmuayı yalnız kendisine hasretmiş olmasıdır.

Filhakika o, önsözünde aynen şöyle diyor: "Bu meçmuada, ansiklopedi gibi, tamamen kendi kalemimden çikacak, kaide olarak, muhtelif müelliflerin yazılarının bir meçmuası olmayacaktır. "Fakat sayın profösör böyle bir prensibi niçin koyuyor? Seçilmiş hukukçularımızın da ilmî yardımını toplamak imkânına da malik olsaydı meçmuası daha etraflı bir şekilde çıkmazmıydı ?

Meçmua "Doktrin„ kısmı altında verdiği bölümde günün en alâka oyandırıcı görülen meselelerini tetkik eder. İlk sayı da bu kısma ait yazı "Çocuklarla velayeti haiz olmayan ana ve babaların şahsî münasebetinin mahkemece tanzimi„ ne dair yazıdır. Bu yazısında sayın profösör medenî kanunumuzun 148 ci mattesini tahlil ediyor. İstanbul asliye mahkemesinin bu hususta verdiği bir kararı fransız temyiz mahkemesinin fransız mahkemelerinin ve âlimler içtihatlarının ışığında salahiyetle tenkit ediyor.

Meçmuanın ikinci bölümünde profösör, yerli ve yabancı mahkemelerin içtihatlarını nakil ve iyzah ediyor, Bu nakil ve iyzahlar her türlü şahsî mütalâalardan âridir. Dediğimiz gibi yalnız objektif iyzahat ve bildirme mahiyetindedir. Profösör bu kararlar hakkında şahsî bir kanaat veya bir not yapmak istediği taktirde bunları sayfaların ayağında not halinde vermeği usul ittehaz etmiştir.

Birinci sayıda temyiz mahkememizin bir tevhidi içtihat kararını, bir Kanada mahkemesi kararını, ve bir Paris istinaf mahkemesi kararını nihayet bir de İsviçre federal mahkemesi kararını tahlil ediyor.

Bundan sonra gelen bölümlerden birincisine profösör bir bibliografya rübriği (kısmı) açmıştır. Bu kısımda son yıllarda yurdumuzda neşrolunan kitaplardan okuyuculara sağlık veriliyor.

Burada da hepsi hukukî olan yedi hukuk kitabı adı ile bir makale bazısı uzunca ve bazısı kısaca notlarla, okuyuculara bildirilyor.

Pratik hukuk meçmuası buraya kadar aldığı sayfa numarasını kesiyor - ki hepsi 20 sayfa tutuyor -, buradan itibaren yeni bir kısım ve

484

yeni bir numaralama " nümerotaj „ başlıyor. Bu yeni bölümde meçmuaya bir ilâve mahiyetinde olan ilk kısım olmak üzre 1936 yılında çıkmış olan kanunlar ve nizamlar bahis mevzuu edilmiştir. Burada, kanunlar ve nizamlar kısa ise, aynen, uzun ise, yalnız unvan ve tarih ve numaralarıyla bildirilmektedir. Bundan sonra diğer yeni bir sıra numarası gine meçmuada ilâve mahiyetinde takip edilmektedir. Bu ilâvenin adı da " Devletler hususî hukukunda atliye „ dir. Sekiz sayfa teşkil eden bu kısımdan sonra üçüncü bir ilâve kısım geliyorki bu da borçlar kanunu üzerine dört sayfalık, kısa, ve çabuk anlanışlı ve tatpikî bir *popularization* eseridir.

Nihayet bu kısımdan sonra da dördüncü ve son bir ilâve daha gelmektedir. Bu ilâvenin adı da " Adliye teşkilatı „ dır. Bu kısımda bilahara başlı başına bir kitap teşkil edecektir. Kitabın ilk kısmını (birinci faslını) " kaza „ mevzuu teşkil etmektedir. Bu kitabın umumî kaidelere tahsis edilmiş olan ilk kısmını zaten müellif ayrıca " Adliye hukuku „ namı altında bir kitap halinde neşretmiştir.

Bu meçmua hukuk hayatımızda çok böyük bir ihtiyacı karşılayor. Hukukçularımızın ondan istifadesi böyük olacaktır; sayın profösörü tebrik ederken okuyucularımıza meçmuasını hararetle tavsiye ederiz.

488

KARARNAMELER

! — Yeniden ihdas olunan 90 lira maaşlı Diyaribekir ceza hâkimliğine almakta olduğu 70 lira maaşla Antalya ihtisas hâkimi Ömer Cemil, Güzey, ve 70 lira maaşlı ceza hâkimliğine almakta olduğu 55 lira maaşla Adana ceza hâkimi Hamdi Ünsalan ve 45 lira maaşlı ceza hâhimliklerine almakta olduğu 45 lira maaşla Kayseri müddeiumumi muavini Mehmet Arıkan ve almakta olduğu 40 lira maaşla Dinar hukuk hâkimi Âşir Aksu ve 80 lira maaşlı hukuk hâkimliğine almakta olduğu 70 lira maaşla temyiz mahkemesi raportörlerinden Ahmet Galib ve 40 lira maaşlı müddei umumi muavinliklerine almakta olduğu 40 lira maaşla Bursa müddei umumi muavini Fahri ve almakta olduğu 35 lira maaşla Kırklareli müddei umumi muavini Cemal ve 30 lira maaşlı müddei umumi muavinliğine hukuk mektebi mezunlarından hâkim namzedi Muhsin ve 30 lira maaşlı müsnantikliğe almakta olduğu 30 lira maaşla Midyat sorgu hâkimi Mehmet Sadık ve 2885 No. lı kanunla kurulan Tunçeli vilâyeti müddei umumiliğine 80 lira maaşla eski Muğla azası Yusuf Hatemi tayin edilmişlerdir. 7/2/936

***

1 — 70 lira maaşlı Adana ceza hâkimliğine Kastamonu müddei umumisi Mustafa, 55 lira maaşlı Artvin reisliğine eski Malatya reisi Ali Kemal, 55 lira maaşlı Kastamonu müddeiumumiliğine Nevşehir müddeiumumisi İlhami, 55 lira maaşlı Antalya müddeiumumiliğine Diyaribekir müddeiumumisi Mehmet Hakkı, 45 lira maaşlı Pertek hâkimliğine eski Dersim azası Mehmet Emin, 45 lira maaşlı Tercan hâkimliğine eski Balıkesir azası Vasıf, 45 lira maaşlı Van azalığına eski hukuk işleri müdür muavini Tahsin, 45 lira maaşlı Kulp hâkimliğine eski Adana azası Şemsettin, 45 lira maaşlı Muş reisliğine Antep müddei umumisi İsmail Hakkı, 45 lira maaşlı Çermik hâkimliğine eski Edirne sulh hâkimi Yümnü, 45 lira maaşlı Çorum sulh hâkimliğine Burhaniye azası Mustafa Sami, 45 lira maaşlı Cebelibereket reisliğine Antalya müddei umumisi Galip, 45 lira maaşlı Diyaribekir müddei umumiliğine Cebelibereket müddei umumisi Mehmet Tevfik, 45 lira

maaşlı Cebelibereket müddei umumiliğine eski Gelibolu müddei umumisi Naci, 40 lira maaşlı Dinar ceza hâkimliğine Babaeski ceza hâkimi Yakup, Şükrü, 40 lira maaşlı Hopa hakimliğine eski Edirne azası Mehmet Şevket, 40 lira maaşlı Midyat hâkimliğine eski Çorum azası Abdulhalim, 40 lira maaşlı Plömer hâkimliğine eski Gebze reisi Ahmet Hamdi, 40 lira maaşlı Keban sulh hakimliğine eski Ezine azası Sadık, 40 lira maaşlı Hınıs hâkimliğine eski Seyitgazi müddei umumisi Enver, 40 lira maaşlı Ergani Osmaniye hakimliğine eski Akdağmadeni müddei umumisi Cengiz, 40 lira maaşlı Bulanık hâkimliğine eski Tirebolu müdnei umumisi Abdullah Cevdet, 40 lira maaşlı Muş azalığına eski Ankara müddei umumi muavini Şükrü, 40 lira maaşlı Iğdır hâkimliğine eski Kula cinayet müddei umumisi İsmail Fehmi, 40 lira maaşlı. Antep müddei umumiliğine İzmir sulh hâkimi Öztunç, 40 lira maaşlı İzmir sulh hâkimliğine İzmir azasından Naci Salim, 40 lira maaşlı Elmalı müddei umumiliğine Akşehir müddei umumisi Nami, 40 lira maaşlı Elbistan müddei umumiliğine Malatya aza muavini Şerif, 40 lira maaşlı Serik hâkimliğine İnebolu hukuk hâkimi Ragıp, 40 lira maaşlı Akseki ceza hâkimliğine Konya Ereğlisi ceza hâkimi Abdurrahman, 40 lira maaşlı Nevşehir müddei umumiliğine Elbistan müddei umumisi Halil, 40 lira maaşlı Babaeski hukuk hâkimliğine Korkuteli ceza hâkimi Mustafa Hikmet, 40 lira maaşlı Mardin ceza hâkimliğine Sultaniye hâkimi Ahmet Rifat, 40 lira maaşlı Keşan hâkimliğine Ezine hukuk hâkimi Osman Bahri, 40 lira maaşlı Bartın azalığına Alaşehir hukuk hâkimi Tahsin, 40 lira maaşlı Burhaniye azalığına Çorum sulh hâkimi Hüseyin, Lütfü, 40 lira maaaşlı Gümüşhane müddei umumiliğine Trabzon müddei umumi muavini Sıtkı, 40 lira maaşlı Avanos ceza hâkimliğine Çarşanba ceza hâkimi Halil, 40 lira maaşlı Yusufeli hâkimliğine eski Manisa sulh hâkimi Abdülkerim, 40 lira maaşlı Doğubayazıt hâkimliğine eski Mudanya müddei umumisi Burhanettin, 35 lira maaşlı Artıkova sulh hâkimliğine Osmancık hukuk kâkimi Abburrahman Hasip, 35 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine İstanbul aza muavinlerinden Ekrem Korkut, 35 lira maaşlı, Sultaniye hâkimliğine Karamürsel müddei umumisi Hüseyin Hüsnü, 35 lira maaşlı Denizli ceza hâkimliğine Diyarıbekir azası Necip Naci, 35 lira maaşlı Ankara hâkimliğine Kırkağaç hâkimi Şerif Dikbaş, 35 lira maaşlı Nezip müddei umumiliğine eski Beyoğlu aza muavini Feyzi, 35 lira maaşlı İzmir azalığına Merzifon müddei umumisi İsmail 35 lira maaşlı Bayramiç müddei umumiliğine Yozgat müddei umumi muavini

Cemal, 35 lira maaşlı Akşehir müddei umumiliğine Çeşme müddei umumisi Rıdvan, 35 lira maaşlı İnebolu hukuk hâkimliğine Araç hukuk hâkimi Mehmet Şevki, 35 lira maaşlı İnegöl ceza hâkimliğine Kalecik müddei umumisi İsmail Hakkı, 35 lira maaşlı Bursa müddei umumi muavinliğine İnegöl ceza hâkimi Ömer Fehmi, 35 lira maaşlı Konya Ereğlisi ceza hâkimliğine Ilgın müddei umumisi Mehmet Emin. 35 lira maaşlı Çal hukuk hâkimliğine Antalya sulh hâkimi Ziya, 35 lira maaşlı Vezirköprü müddei umumiliğine Boyabat ceza hâkimi Servet, 35 lira maaşlı Ödemiş sulh hâkimliğine Kiği hâkimi Sinan 35 lira maaşlı Kayseri müddei umumi muavinliğine Kayseri sulh hâkimi Abdülkadir, 35 lira maaşlı Alaşehir hukuk hâkimliğine Geyve ceza hâkimi Süleyman, 35 lira maaşlı Urla hukuk hâkimliğine Serik hâkimi Şerif, 35 lira maaşlı Çarşamba ceza hâkimliğine Avanus ceza hâkimi Bahri, 30 lira maaşlı Kulp sorgu hâkimliğine eski Siverek müstantiği Tevfik, 30 lira maaşlı Kırklareli sorgu hâkimliğine hukuk mezunlarından Mustafa Sabri, 30 lira maaşlı Kırklareli aza muavinliğine eski Pınarbaşı müddei umumisi Nail, 30 lira maaşlı Pasinler sorgu hâkimliğine hukuk mezunlarından Mehmet Tevfik, 30 lira maaşlı Denizli aza muavinliğine hukuk mezunlarından Ahmet Muhtar, 30 lira maaşlı Karamürsel müddei umumiliğine Milas müddei umumisi Enveri, 30 lira maaşlı Trabzon müddei umumî muavinliğine hukuk mezunlarından Kemal Ergün, 30 lira maaşlı Mersin müddei umumî muavinliğine Kütahya müddei umumî muavini Taki Öğel, 30 lira maaşlı İstanbul sulh hâkimliğine eski Derik müddei umnmisi Ali Ekrem, 30 lira maaşlı Muğla aza muavinliğine Hukuk mezunlarından Baha Bilgin, 30 lira maaşlı Yozgat müddei umumi muavinliğine hukuk mezunlarından Arif Kutlar, 30 lira maaşlı Geyve ceza hâkimliğine Tosya müddei umumisi Fikret. 30 lira maaflı Kağızman müddei umumiliğine Erzincan sulh hâkimi Ahmet Sarım, 30 lira maaşlı Giresun sorgu hâkimliğine hukuk mezunlarından Şahin, 25 lira maaşlı Manavgat sorgu hâkim vekilliğine Kırklareli sorgu hâkim vekili Zeki, 25 lira maaşlı Kozan sorgu hâkim vekilliğine Gaziantep sorgu hâkim vekili Ali Nehri, 25 lira maaşlı Sındırgı sorgu hâkim vekilliğine Giresun sorgu hâkim vekili Abdurrahman Ferit, 22 lira maaşlı Gönen sorgu hâkim vekilliğine Tefenni sorgu hâkim vekili Ahmet Cemalettin, 22 lira maaşlı Trabzon sorgu hâkim vekilliğine Nallıhan sorgu hâkim vekili Şaban, 22 lira maaşlı Karaburun sorgu hâkim vekilliğine Boğazlıyan sorgu hâkim vekili Memduh, 22 lira maaşlı Daday sorgu hâkim vekilliğine Bulanık sorgu

hâkim vekili Cemil Atalay, 22 lira maaşlı Aluçra sorgu hâkim vekilliğine Kemalpaşa sorgu hâkim vekili Nuri, 22 lira maaşlı Çıbık sorgu hâkim vekilliğine Fenike sorgu hâkim vekili Hakkı, 22 lira maaşlı Köyceğiz sorgu hâkim vekilliğine Çıbık sorgu hâkim vekili Ali Rıza tayin edilmişlerdir. 16/2/936

492

VEKİLLİKÇE YAPILAN TAMİMLER

Bazı mahaller adliye encümenlerince verilen inzibatî cezalara ait kararların tatbikı hakkında

Bazı mahaller Adliye encümenlerince hâkimler kanununun 122 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yazılı derece tenzili ve tahvil ile azil kararlarının kesbi katiyet etmeden tatbikı cihetine gidildiği ve bu suretle alâkalıların mağduriyetine sebebiyet verildiği vaki müracaatlardan anlaşılmaktatır.

2556 sayılı hâkimler kanununun inzibatî cezaları tarif ve sureti tatbikını gösteren 122 inci maddesinin üçüncü fıkrasında (derece tenzili ve tahvil ile azil cezaları adliye encümenleri tarafından tatbik olunur. Bu kısım inzibatî kararlar aleyhine alâkalı veya memurun âmiri tarafından on beş gün içinde itiraz olunabilir. Bu halde keyfiyet adliye vekilliği merkez inzibat hey'etince tetkik olunur) denmektedir. Bu madde hükmünce adliye encümenince verilen derece tenzili ve tahvil ile azil kararları vilâyetin tasdikina lüzum olmadan alâkalıya tebliğ olunur alâkalı veya memurun âmiri tarafından mezkûr karar aleyhine tebellûğ tarihinden itibaren on beş gün zarfında bir itiraz vukubulursa itiraz istidası ve bu işe ait evrak vekillik merkez inzibat hey'etine gönderilir. Böyle bir itiraz olmazsa karar kesbi katiyet edeceğinden tatbikı icap eder. Şu hale göre encümence verilen yukarıda mevzuubahs kararların alâkalıya tebliği ve alâkalı memur veya âmiri tarafından on beş gün zarfında bir itiraz vukubulursa itiraznamesinin o işe ait dosya ile birlikte vekillik inzibat hey'etine gönderilmesi ve şayet böyle bir itiraz olmazsa karar kesbi katiyet ettikten sonra tatbik edilmesi istenir.

4933

TAVZİH

Atıf Akgücün (15) sayılı adliye ceridesinde intişar eden (inzibatî hukuk ve ceza hukuku) başlıklı yazısının (12) sayılı ceridedeki (ceza hukukunun hukukî teknik anlamı) yazısının devamı ve (Manzini'nin Trattato di diritto Penalé İtaliano) kitabından tercüme edildiği halde yazısının tercüme olduğuna dair bir işaret konmamış olduğundan bir yanlışlığa mahal kalmamak üzere keyfiyetin tavzihi münasip görülmüştür.

Adliye Ceridesi

Türk idare hukukunun tekâmül safhaları
VE
Bugünkü esasları

Sayın Bayanlar ve Baylar,

Yüksek huzurunuzda söze başlarken, güzel Ankaramızda sayın meslekdaşlarımız arasında bulunmak ve söz söylemek şerefini bana verdiklerinden dolayı kurulumuza ve değerli başkanına şükranlarımı sunmağı bir borç sayıyorum. Hukuk İlmini Yayma Kurulu bu konferanslarile, şimdiye kadar birbirlerinden çok ayrı ve uzak yaşayan hukuk ailesinin muhtelif sahalardaki mensuplarını vakıt vakıt blr araya toplamış ve birbirlerile tanıştırmış oluyor. Bu toplantılar bize meslek hayatımızda, tetkik ve tetebbularımızda gördüklerimizi, düşündüklerimizi söylemek imkânını verecek, her birimizin muhtelif sahalardaki mesaisinden diğerlerimizin de istifadesini temin edecektir. Bilhassa tatbikat sahasında çalışan arkadaşlarımızla, teorilerle uğraşanların gördüklerini ve düşündüklerini karşılaştıracak olan bu toplantıların hukuk ilminin ve millî hukukun inkişafında. inkilâp hukukumuzun büyük esaslarının ve verimli neticelerinin görülmesinde ve canlandırılmasında büyük bir hizmeti olacağına kaniim Bu itibarla kurula ve başkanına, şahsım namına şükranlarımı arzederken fakültemiz namına da, — hukukun inkişafını temin etmek ve millî hukukumuzun esaslarını bulmak ve inkilâp hukukunu yapmak hususunda ki vazifelerimize bu kıymetli yardımından dolayı, — ayrıca teşekkür ederim.

*
* *

Hukuk tarihini, hukukun tekâmül safhalarını tetkik ettiğimiz zaman bugünün âmme hukukunun ve onun günlük hayata en ziyade karışmış bir branşı bulunan idare hukukunun bu tekâmülün son safhalarından birini teşkil ettiğini görüyoruz. Hükûmetlerin hükümdarların emel ve arzularının tahakkuk ve icra vasıtası addedildiği, idarenin hiç bir kaide ve nizama tâbi olmayan ve idare edenlerin keyif ve takdirine kalmış bir idarei maslahatdan ibaret sayıldığı devirlerin kapanarak; hukuk kaidelerine bağlı, maksat ve gayesi ve mevcudiyetinin sebebi umumî menfaatların korunması, millî ideallerin tehakkuku ve âmme hizmetin-

4957

den ibaret bir devlet ve hükûmet sisteminin kurulması; bu hükûmetin faaliyetlerinin verimli olmasını temin edecek kuvvet ve imtiyazlarla, bu kuvvet ve imtiyazlara sahip olan idarenin maksad ve gayesinden uzaklaşmamasını temin edecek vasıtaları bulan ve bu suretle idare ile ferd arasında bir muvazene kuran idare hukukunun doğuşu ve inkişafı ve bugünkü idare hukuku medeniyetin, hukuk aleminin her zaman övünebileceği parlak bir eser, ölmez bir abide olmuştur.

Filhakika umumî menfaatların korunmasını, âmme hizmetlerinin görülmesini üzerine alan ve vazifeleri günden güne çoğalan devletin bu hususlaki faaliyetlerini başaracak olan idare makinesinin kurulmasında ve işlemesinde hukukcular birbirine zıd gibi görünen iki esası telif mecburiyetinde kalmışlardı; 1) Vazifeleri pek çok ve pek çeşitli olan ve bu vazifeleri başarmak için ferdlerin sarfettiği faaliyetten büsbütün başka mahiyette faaliyette bulunan idareye bu hizmetleri başarmasını temin edecek ve faaliyetlerinin mahiyetlerile uygun imkân ve vasıtaları bulmak ve vermek; onu bu mühim işi sür'atle başaracak kuvvet ve kudretle techiz etmek. 2) Bu kuvvetli uzviyetin hedefinden uzaklaşmasına, yani ferde faideli olacak, âmme hizmetlerini görecek yerde ferdi ezecek bir surette hareket etmesine mani olmak ve bunun için kuvvetli görünen idare ile onun karşısında aynı kuvvet ve salâhiyetlerle mücehhez olmayan ferd arasında bir muvazene tesis edecek vasıtaları bulmak. Devletin vazifeleri arttıkca, bu vazifelerin başarılması için idarenin salâhiyetleri çoğaltıldıkca bu iki esasın telifi ve muvazenenin temini daha büyük bir ehemmiyet kesbeder.

Bunun kolay bir iş olmadığını itiraf etmek lâzımdır: İnsan için havayi nesimî kadar zarurî ve tabiî olan cemiyet hayatının temini için umumî menfaatların hususî menfaatlara tercihi, umumî menfaatlar karşısında hususî menfaatların feda edilmesi lâzımdır. Fakat aynı zamanda umumî menfaatlar dediğimiz şeyin de hususî menfaatların bir mecmuu değilse bile ferdlerin hak ve menfaatlarının bir muhassalası olduğunu da unutmamak icap eder. Eğer umumî menfaatlarla ferdin hak ve menfaatları arasındaki muvazeneyi temin edecek kriteriyomu bulamazsak yine umumî menfaatları ihlâl etmiş oluruz. İşte cemiyet hayatında bir nâzım rolünü oynayan hukuk, hakikatte ayni mahiyette ve birbirinin mütemmimi olan bu iki menfaatın birliğini gösterecek, bunların birbirlerile çarpışmaksızın, cemiyet için faideli bir surette işlemesini temin edecek vasıtaları bulmak bunları telif ve tanzim etmek mecburiyetindedir.

Bir az evvel arzettiğim gibi devletlerin hayatında bu ihtiyacın du-

yulması ve hukuk sahasında bu güç işin başarılmasına çalışılması nisbeten yenidir. Uzun zamanlar cemiyette tek hukuk yani hususî hukuk hakim olmuş ve devletin faaliyetleri bu kaidelerin dar çerçevelerine sığdırılamayınca ortaya devletin hukuk kaidelerine tâbi olamıyacağı telâkkisi çıkmıştır. Uzun zaman idarenin kukuku olamıyacağı yani idare edenlerin, bu hususlaki emir ve hareketlerinin bir hukuk kaidesine tâbi olmayıp tamamen takdirî bir mahiyeti haiz olduğu ve bu itibarla hiç bir murakabeye de tâbi olmayacağı telakkisi hüküm sürdükten sonra hukukî devlet telakkisinin doğduğunu ve bir idare hukuku fikrinin ancak bundan sonra inkişaf ettiğini görüyoruz. Haurion meşhur müessese nazariyesini idareye tatbik ederken Fransada idarenin bir müessese mahiyetini almasının pek eski bir şey olmadığını söylüyor. Bu müellife göre idarenin elindeki kuvvet, âmme hizmetlerinin ifası, âmme menfaatlarının temini ve idaresi fikrine değil belki hükümdarın şahşına ve arzularına tâbi olduğu, idare edilenlerin, idarenin keyfî arzularına ve hareketlerine, idare kuvvetinin âmme menfaat ve hizmetlerile alâkadar olmayan sahalarda kullanılmasına mani olacak bir teşkilât ve binaenaleyh bir muvazene mevcut olmadığı devirlerde idare bir müessese sayılamazdı. Bu itibarla idarenin müessese mahiyeti Fransada ancak XIX uncu asrın sonlarında tebarüz edebilmiştir. Bugün idare bir müessesedir, çünkü şahışların hususî keyif ve arzularına değil âmme menfaat ve hizmeti fikrine tabidir. Bu fikri başarabilecek teşkilâtlanmış bir kuvvet mevcuttur. Bu kuvvetin ana fikre yani hizmet fikrine bağlanmasını temin edecek bir şuur ve bir takım müeyyideler vardır.

Bütüu sosyal alimlerde olduğu gibi idare hukukunda de bir çok görüş farkları ve doktrinler mevcuttur. Fakat bu hukukun her kesin kabul ettiği bir takım umumî esasları da vardır. Türk İdare Hukukunada tatbik etmeğe çalışacağımız bu eshsları şu suretle hülâsa edebiliriz:

1 — İdare âmme hizmetleri hukukudur. Âmme hizmetleri idare hukukunun gayesl, idare ve idareye ferdlerden ayrı ve fazla olarak tanıdığımız salâhiyet ve imtiyazlar bu gayenin birer vasıtasıdır. Bu itibarla idarenin kuruluşunda idarenin faaliyetlerine tatbik edilecek istisnaî usulde göz önünde tutulacak tek hedef âmme hizmetlerinin görülmesidir.

2 — Âmmenin menfaatlarının korunması ve âmmeye hizmet için kurulmuş olan idareye halkın iştiraki temin edilmeli ve halkın idareyi geniş bir surette mürakabe etmesinin imkânı vasıtaları da bulunmalıdır.

3 — İdarenin maksad ve gayesinden, uzaklaşmamasını, tâbi olduğu hukuk kaidelerinin dışına çıkmasını menedecek ve bu esaslar haricin-

deki muamelelerini iptâl eyliyecek bir vasıtanın ve bir teşkilâtın mevcud olması icap eder.

4 – Ferdlerin hak ve menfaatlarının muhassalası olan umumî menfaatları kurumak ve temin etmek için kurulan ve çalışan idare şayet hususî hakları ihlâl eder ve ferdleri zarara uğratırsa ferde karşı hukuken mes'ul olmalı ve ferdin zararını tamamen tanzim etmelidir.

Birinci ve ikinci kısımlarda arzettiğim esaslar idare teşkilâtına ve bilhassa mahallî idarelerin organlarının intihablarına ve idare karşısında ferde tanılan haklara, üçüncü esas idarî kaza müessesesine ve nihayet dördüncü prensip de devletin mes'uliyeti netidesine varmıştır.

*
* *

İdare tarihimizin en yakın mazisini, Osmanlı imparatarluğu idaresini tetkik ettiğimiz zamn bizde de idare telâkkisinin garptakine benzer bir tekâmül seyri takip ettiğini ve ancak idare hukuku fikir ve telâkkisinin doğuş ve inkişafının daha fazla geciktiğini görüyoruz. Tarihte büyük roller oynamış, çok parlak ve iyi günlerinin yanında çok acı günler görmüş geçirmış olan Osmanlı İmparatorluğuunun başında da bittâbi bir idare vardı. Fakat bu idarenin tâbi olduğu hukuk kaideleri mevcut değildi, ve bilhassa yukarda dört esasla hülâsa etmeğe çalıştığımız prensipler Osmanlı İmparatorluğunda hiç bir zaman anlaşılamamıştır.

Osmanlı İmparatorluğunun tanzimattan evvelki idare hukuku, Alman müelliflerinin polis - devlet tâbirile ifade ettikleri vaziyete çok benzer. İdarenin iç teşkilâtını tanzim eden bir takım kaideler vardır, Saray teşkilâtına, Yeniçeri teşkilâtına, İlmiye sınıfının teşkilâtına, tımar ve zeamet erbabına müteallik nizamlar bu kabildendir. İdare edenler bu esaslara göre vaki olur. İdare vazifeleri bu sınıflar arasında taksim edilmiştir. Bu vazifelerin icab ettirdiği salâhiyetler de yine bu sınıfların hak ve salâhiyetleri cümlesindendir. Bir sınıfdan diğerine geçmek imkânı olmadığı gibi hariçten de intisap bir çok ağır kaydü şartlara tâbidir. Daha sonraları bu kaidelere riayet edilmemeğe başlanmıştır. Osmanlı tarihi bize bu kaidelerin nasıl bozulduğunu ve bu yüzden ne gibi hâdiselerin, şikâyetlerin çıktığını bir çok misallerle gösteriyor. Osmanlı devletinin inhitata başladığını gören ve bundan çok derin bir acı duyarak bu inhitatın aebeplerini düşünen ve arayan Koçu bey 4 üncü Murada verdiği meşhur risalesinde bu inhitata sebep olarak idarî

teşkilâtın bozulmasını, sınıfların kaide ve nizamlarına riayet edilmemesini, bunların salâhiyet ve imtiyazlarını da kaybetmiş olmalarını gösteriyor.

İdarenin iç teşkilâtı böyle bir takım kaidelerle tanzim edilmiş olmakla beraber faaliyetlerinin ve halkla olan temasının tabi olduğu bir kaide göremiyoruz. Bu noktada Osmanlı idaresinin vaziyeti tamamen polis - devlet telâkkilerine uygundur. Hükümdar ve ondan kuvvet alan idare edenler halkın dünya ve ahirete müteallik selâmetini temin ve tanzim edecek tedbirleri alırlar. Bu hususta büyük bir takdir hakkına maliktirler. Alınan tedbirlerden ve bunların tatbikından dolayı hükümdardan ve adamlarından şikâyet edilecek bir merci ve böyle bir şikâyetin istinat ettirebileceği bir hukuk maddesi mevcut değildir.

Filhakika Osmanlı hükümdarları kendilerini şeriat hükümlerile bağlı görürlerdi; şeriat hükümleri, fıkıh kaideleri, karşısında hükümdarın bir farkı yoktu. "Fıkıh reaya üzerinde tasarruf maslahata menuttur„ kaidesini ihtiva ediyordu. Dinin hükümlerine riayet etmedikleri bahanesile hal'edilmiş birçok hükümdarlar görüyoruz. Fakat İslâm hukukunun hükümdarlara müteallik kaidelerine bakınca bünların gayet geniş birtakım esaslardan ibaret olduğunu ve dünyevî müeyyidelerden mahrum bulunduğunu görüyoruz. Hakikatte İslâm hukuku hükûmetlerin faaliyetlerini muayyen hukuk kaidelerine tâbi tutmamış, idare edenlere geniş takdir salâhiyetleri vermişti. Ceza bile bir kaideye tâbi değildi. Tamamen takdirî mahiyette idi. Fıkhın Kitabül'ukubatı daha ziyade şahsa karşı işlenen suçlarla meşgul olmuştur. Kitabül'ukubat şahsî intikam fikir ve devrinden sonra doğan ve bu intikam fikrinin devlet marifetile veyahut bir tazmin şeklinde tatmin edilmesini istihdaf eden iptidaî ceza hukukuna çok benzer. Asıl cemiyete nizam ve intizamını korumak maksadile tatbik edilecek cezalara gelince, bu husus ne suçlar ve ne de cezalar evvelce tesbit edilmiş değildir. Bu hareketin, hattâ vukuundan sonra suç olup olmadığını ve tatbik edilecek cezaların derecesini tayin etmek hükümdarın salâhiyeti dahilindedir. Hattâ tanzimattan sonra ilk yapılan ceza kanunu ancak bu salâhiyete istinat ettirilmek suretile müteassıplara anlatılmağa ve kabul ettirilmeğe çalışılmıştı. Osmanlı İmparatorluğunun idarî teşkilâtında âmme hizmetleri mefhumu yer bulamamıştır. Bu teşkilât daha ziyade askerî esaslara müstenittir. Geniş bir tevsii mezuniyet esasına davanın bu teşkilâtta mahallî idareler Beylerbeylerile sancak beylerinin yüksek

nezareti altında tımar ve zeamet sahiplerine bırakılmış ve şu suretle idarî teşkilâtla arazi teşkilâtı arasında sıkı bir alâka tesis edilmişti. Devlet vazifeleri ise âmme hizmetlerinden ziyade haricî siyasetin görülmesinden ve askerî hususlardan bir de asayiş ve inzibatın imkân nispeitnde temininden, tımar ve zeamet erbabından devletin beklediği karşılık ta harplere asker hazırlamaktan ibaret idi. İçtimaî yardım işlerinin hattâ Nafıa işlerinin hususî teşebbüslere ve bilhassa vakıflara bırakıldığını, bazı işlerin ise avarızı vergilerile temin edildiğini görüyoruz.

Bu devirde halkın idareye iştiraki fikri hatıra bile gelmiyordu. Tımar ve zaamet erbabı ve merkezin bunlar üzerindeki salâhiyetini kullanan Beylerbeyleri ve Sancak beyleri yalnız hükümdarın arzularını infaz etmek asayiş ve inzibatın temînine çalışmak ve haberlere hazırlanmak ve iştirak eylemekle mükelleftiler. Halkın da hükûmetten bekliyebileceği bir şey yoktu.

İdare üzerinde kazaî bir murakabe de teessüs edemezdi. Çünkü bu murakabenin tesisi için evvelemirde idarenin bir hukuk kaidesine bağlı olması icap ediyordu. Halbuki biraz evvel arzettiğim gibi idare tamamen takdirî ve indî kaidelere tabidi. Aynı zamanda ne kuvvetler ayrılığı ve ne de vazife ve organlar ayrılığı prensipleri mevcut olmadığından idarenin karşısına çıkacak müstakil bir kaza organı da yoktu. Osmanlı İmparatorluğunda bütün salâhiyetler gibi kaza salâhiyeti de esas itibarile hükümdarın mutlak vekili olan Sadrazam da bulunuyordu. Divanı hümayunda bulunan kazaskerler ancak sadrazamdan aldıkları salâhiyetle ve onun havale ettiği davaları görürlerdi. Adeta sadrazamın bir müşaviri vaziyetinde idiler. Merkezin salâhiyetini haiz bulunan ve merkezi temsil eden Beylerbeyleri, Sancakbeyleri gibi rical de ayni vaziyette idi. Filhakika kadıların müstakillen de çalıştıklarını görüyoruz. Fakat Osmanlı kanunnameleri bunların vazifelerini sıkı bir surette tahdit etmiş kendilerine arzedilecek işlerden "nizamı memleket ve hıfzı haraset ve siyasete müteallik umuru hükkâmı seyfü siyaset olan vükelâyi devlete havale etmekle memur„ olduklarını tasrih eylemiştir. Tevkiî Abdurrahman Paşa tarafından 1671 tarihlerinde tedvin edilmiş olan kanunnamelerin bu maddesi de bize Osmanlı İmparatorluğu idaresinin hukuk kaidelerine bağlı olmayıp takdirî esaslara dayandığını ve her türlü hukukî murakabenin dışında kaldığını açık bir surette göstermektedir.

Hukuk kaidelerine bağlı olmayıp ve bir murakabeye tabi bulun-

500

mayan devletin ferde karşı mes'uliyeti de tabiî mevzuubahis değidlir. Ferd idarenin bir muamele ve tedbiri hakkında hiyer arşik şikâyet yolundan başka bir müracaat kakkına ve yoluna malik bulunmadığı gibi bu muameleden dolayı uğradığı bir zararın tazminini de isteyemez.

Ancak yine Polis - Devlet devrinde Almanyada olduğu gibi devlet hazinesinin yani beytülmalin bazı hallerde hukuku hususiye kaideleri dahilinde ferde karşı malî mes'uliyete tâbi tutulduğunu görüyoruz.

Osmanlı imparatorluğunda idare edenlerin bir hukuk kaidesine bağlanması ve hükümdarın da hareketlerini bu kaideye uydurmak mecburiyetinin temini fikri ilk defa olarak İkinci Mahmut devrinde ortaya atılıyor. Merkezin suiistimallerinden ve Üçüncü Selimin öldürülmesile nihayetlenen facialardan müteessir olan ve ürken Alemdar Mustafa Paşa ile beraber İstanbula gelmiş bulunan Rumeli âyanı bir ittifakname tanzim ederek merkeze karşı vaziyetlerini kuvvetlendirmek ve bu ittifaki merkez ricaline ve padişaha imza ettirmek istiyorlar bu suretle merkez derebeylerine karşı bir takım kayıtlar altına giriyor ve kabul ettiği şartlar hilâfına hareket etmemeği taahhüt ediyor ve şu suretle ortaya padişahın ve merkezin âyâna yani derebeylerine bağlayacak ve karşı hareketlerini iki taraflı bir akit mahiyetinde bir hukuk kaidesi çıkmış oluyor. Bu ittifakname ile âyan padişahın iradesini hâkim kılmağı, beytülmalin ve devlet varidatının tanzim, tahsil ve sarfına ve muhafazasına dikkat etmeği taahhüt ediyorlar. Buna mukabil son bir şart olarak ta şöyle diyorlar : "Makamı sadareti uzmadan dahi hilâfı kanun ve muhilli taahhüt irtikâp ve irtişa, gerek taşraya ve gerek umuru dahiliyeye müteallik devleti aliyeye âcilen ve âcilen muzır olacak sair gûna mekârihe iptidar olunur ise cümlemiz davacı olup bilittifak men'ine ikdam eylememiz şart ola ve bana söylediler deyu ol vekili mutlak söyleyenlerden birisine azuü müftereyat ile nefsaniyet edersе anın dahi men'ine ve muhafazasına cümlemiz tarafından taahhüt olunmağın bunlara dahi daima müracaat oluna „ ve bu senet şu suretle nihayetleniyor : "İşbu senedi muteberin havi olduğu şeraiti din ve devleti aliyenin teyit ve ihyası emri ehemmine esas olup aleddevam ve düsturul'amel tutulması vacip olmakla tebeddülü zaman ve zevat ile tağyiri mümkün olmamak için makamı sadaret ve mesnedi fetvayı bundan böyle teşrif edecek zevatın dahi iptidayı nasıp ve mesnetlerine kuutlarında bu senei hatim ve imza edip harfbeharf icrasına ikdam

eyliyeler ve hini tebeddülde meşagile tekarrüble işbu hatmi sened maddesi teehhür kesbetmemek içiu gerek vekâleti mutlaka ve gerek Meşihati İslâmiye tebeddül ettiği gibi derakap beylikçii divanı hümayun bulunanlar asıl senedi kalemden alıp kethüda ve reisülvakıf olanlara ihtar birle vekâleti mutlaka yahut Meşihati İslâmiye mesanidine kuut eden zevata hatim ve imza ettirmek üzere bu nizam dahi divanı hümayun kalemine kayıtla düsturulâmel tutula„.

İkinci Mahmudun hiç hoşa gitmiyen ve ömrü pek az olan bu ittifakname sadrazam ve şeyhulislâmı dolayısile padişahı akdî bir hukuk kaidesine bağlamağı tazammun etmesi itibarile Osmanlı imparatorluğunda ilk âmme hukuku hareketi sayılabilir. Fakat İkinci Mahmudun Alemdar Mustafa Paşadan aldığı acı intikamla neticelenen bu hareket âmme hukuku tarikimizde fazla bir iz bırakmaksızın kaybolmuş gitmiştir.

İdare hukumuzun tekamül safhaları arasında tanzimat devri en dikkate değer devirlerden biridir. Gülhane hattı idarenin keyfilikten çıkarak kanuniliğin esasını koymağa. mal, can' ırz emniyeti tesis etmeğe, fertleri idare edenlerin elinde değersiz ve kedretsiz bir oyuncak olmaktan kurtarmağa çalışıyor, koyduğu prensiplerin bir müeyyidesi olarak ta bir ceza kanunu yapılacağını ve bu kaidelere riayet etmeyenlerin rütbe ve mevkilerine, hatırlarına bakılmaksızın cezalandırılacağını söylğyordu.

Tanzimat devrinin idare hukukumuz bakımından bir plânçosunu yaparsak ortaya birçok prensiplerin atıldığını, nizamnameler çıkarıldığını, yeni müesseselerin ihdas edildiğini ve yıkılan müesselerin yerine konulanlarla Osmanlı İmparatorluğuna bir Avrupa devleti fiziyonomisi verilmeğe çalışıldığını görüyoruz, Cümhuriyete kadar gelen birçok müesseselerin temelleri bu devirde atılmıştır. Bununla beraber tanzimat devrinin yalnız teşkilâtın şeklini değiştirebilmiş olduğu ve fakat kurmak istediği yeni idareye lâzımgelen ruhu hiçbir zaman veremediği kyvvetle iddia edilebilir. Tanzimat hiçbir sahada halkın ruhuna hitap edememiş, kurduğu müesseselerin temellerini halk kitlelerinin şuur ve vicdanlarına istinat ettirememiştir. Tanzimatın doğurduğu yeni müesseseler halk nazarında o fonksiyonun hakiki bir organı sayılmamıştır. Tanzimat müsseseleri kendi îçinde de halk arasında da şuurlu bir istinadgâh bulamamış ayni zamanda cümhuriyete kadar büsbütün kaldırılamıyan ve her adımda önüne çıkan eski müesseselerle çarpışmak mecburiyetinde kalmıştır. Bilhassa adliye ve

maarif sahasında bunun birçok misallerile karşılaşıyoruz. Bu hal Osmanlı imparatorluğundaki birçok krizlerin en mühim sebeplerinden biri ve belki de birincisidir.

Tanzimat devrini de halkın idareye iştiraki ve idareyi mürakabe etmesi temin edilememiştir. Tevsii mezuniyet prensibinin fena kullanılmasının ve son zamanlarda teşekkül eden Derebeylerin tesiri ve korkusu altında bulunan tanzimat şiddetli bir merkeziyet temayülü gösteriyor. Hattâ evvelki avariz vergilerile veya diğer mahallî teşebbüslerle başarılan hükûmet konağı, köprü, kaldırım inşaşı gibi inşaatın masrafları bile merkezden veriliyor ve buna mukabil bütün varidat ta merkezde toplanıyor. Tanzimattan sonra yapılan vilâyet nizamnameleri Türkiyenin mahallî teşkilâtına asrî ve medenî bir sima vermekle beraber mahallî idareler tamamen ihmal edilmiş halkın mahallî âmme hizmetlerini dolayısile mahallî menfaatlerini alâkadar işlerde faal bir rol almalarına imkân bırakmamıştır. Komün idareleri yani belediyeler ve köyler hakkında konulmak istenilen esaslar muvaffakiyetle tatbik edilememiş, esasen bir taklitten veya siyasî düşüncelerden doğan bu temayüller az zamanda sönmüştür.

Tanzimattan sonra idare ile adliyenin ayrılığı ve idarî muamelelerden dolayı ferdin adliyeye müracaat ve şikâyette bulunamıyacağı prensibi muhafaza edildi ve 1284 tarihinde de mevzuata girdi ve şu suretle Türkiyede idarî rejim temayülü bu tarihte mevzuat sahasında görünmüş oldu. Yalnız idare ile adliyenin ayrılmasını icap ettiren sebepler bizde Fransadakinin tamamen aksi bir sebeple ortaya atılmış bulunuyordu : Fransada bu ayrılık idareyi adliyenin tahakküm ve nüfuzundan kurtarmak, idarenin teşebbüslerine kaza uzuvlarının yanlış bir zihinle mani olmalarına meydan vermemek düşüncesile meydana çıkmıştı. Halbuki bizde adliyenin idarenin elinden kurtarılmasına çalışılıyordu. Bu temayülü ortaya atan mevzuat 1284 tarihli Divanı ahkâmı adliye nizamnamesile şurayı devlet nizamnamesidir. Bu nizamnameler ferdle devlet arasında çıkacak her hangi bir ihtilâfın divanı ahkâmı adliyede görülemiyeceğini, bu ihtilâflara ancak şurayı devlette bakılabileceğini tasrih ediyordu.

Bu devir mevzuatında dikkate değer bir nokta da ferde idarenin, memurların idarî filî ve muamelelerinden dolayı hiyeraşi yolundan mada bir müracaat mercii ihdas etmesi ve şu suretle idarenin kazaî mürakabesi esasını, mübhem bir surette meydana koymuş bulunmasıdır : Vilâyetlerde meclisi idareler ahalinin hükûmet memurları aleyhine

vaki olacak şikâyetlerile vergilerin halk arasında sureti taksiminden çıkacak münazaaları ve halkla hükûmet arasında aktedilecek istilzam mukavelelerile buna benzer mukavelelerden çıkacak ihtilâf ve davaları görmek salâhiyetini haizdirler. 1284 tarihli Şurayı Devlet nizamnamesi de, Şurayı Devletin vazifelerini sayarken bu uzvun "hükûmet ile eşhas beyninde olan davayı ruyet etmeğe„ salâhiyeti olduğunu tasrih ediyordu. Şu suretle bir taraftan adlî kaza ile idarî kaza birbirinden sarahaten ayrılıyor. Diğer taraftan da şahıslar ile hükûmet arasında bir ihtilâd ve davanın çıkabilmesi ihtimali kabul ediliyor, ve bu davaları görecek uzuvlar ihdas olunuyordu.

Bununla beraber Şurayı Devletin bu kazaî salâhiyeti çok dar ve mahduttu, çünkü devlet aleyhine sadır olan kararlar sadaretin tasdikına iktiran etmedikce kaziyei muhkeme haline gelmiyor. Tenfiz kabiliyetini de haiz olamıyordu. Binaenaleyh bu kararların faidesi sadaretin dikkat nazarını celbetmekten ibaretti. Bununla beraber ikinci Abdülhamit bu kadarına tahammül edemedi ve 1886 da 1870 nizamnamesinin 3 üncü maddesi tadil edildi. Bu tadil ile zahiren bir encümeni ihtilâf ihdas edilmek suretile idarî rejimin genişlemesine doğru bir adım atılırken hakikatte Şurayı Devletin kazaî vazifc ve salâhiyeti memurin muhakematına hasrolundu. Filhakika 1870 nizamnamesi Şurayı Devlet "Devlet ile eşhas beyninde tehaddüs eden„ davalara bakacağından bahsederken 1886 da bu hüküm yerine konulan madde sadece "memurin vezaifi memuriyelerinden müteallik ahvalden dolayı Şurayı Devlete havale olunan muhakemelerinden„ bahsediyordu. Şu suretle ikinci Abdülhamit idarenin kazaî mürakabesi de bir irtica yapmış oluyordu.

Bir çok kanunların neşredilmesine rağmen Meşrutiyetin idare hukukumuza ilâve ettiği fazla birşey yoktur. Meşrutiyetin en mühim eseri mahallî idareleri ihdas ederek vilâyet idaresine halkın ancak iki dereceli bir intihapla iştirakini temin etmesi olmuştur. Bundan mada hususlarda Meşrutiyetin idare hukukumuz üzerine bir tesiri olmamıştır. Meşrutiyet hükûmetlerinin âmme hizmetleri hakkında tebellür etmiş bir fikri ve görüşü yoktur. Amme hizmetlerinin en tabiî ve basit teşkilâtını ihtiva ve devletin bir nüvesini teşkil eden köyler tamamen ihmâl edilmiştir. Şehirlerde belediye teşkilâtı başarılamamış ve canlandırılamamıştır. İdare üzerinde kazaî bir mürakabe kurulamamış„, Şurayı Devlet ikinci Abdülhamid devrindeki şeklinde idame edilmiştir. İdarî fiil ve muamelelerden dolayı devletin malî mes'uliyeti fikri de nazariyat sahasında bile mevzuubahis edilmemiştir. Binaenaleyh Osmanlı İmpera-

torluğu meşrutiyetinin Türk idare hukukunun inkişafında ciddî bir rolü olmamıştır.

*
* *

Türk idare hukukunun bugünkü vaziyetini tetkik ettiğimiz zaman tanzimattan beri başarılamayan işlerin Cümhuriyet içinde tamamen yapıldığını ve dün pek boş olan bu sahada bugün muntazam bir hukuk abidesinin kurulduğunu görüyoruz. Bugün en ileri bir millete yakışır kuvvetli ve geniş bir idare hukukumuz vardır. Bu idare hukuku dün olduğu gibi sadece idarenin içini tanzim eden teşkilât kaide ve nizamlarından ibaret değildir. Bugünkü idare hukukumuz organik bakımdan en mükemmel bir idare teşkilâtı kurduğu gibi maddî bakımdan da hem idarenin muntazam ve verimli bir surette çalışmasını temin edecek hem de ferdin hak ve menfaatlarını koruyacak, idareyi âmme hizmeti fikrine ve hukuk kaidelerine bağlayacak esasları ihtiva etmektedir.

Cümhuriyet idarî rejimi kabul etmiştir. İngiltere ve Birleşik Amerika gibi bazı devletleri istisna edersek hemen her devletin kabul ettiği bu rejim hem idare hukukumuzun tarihî seyrine hem de bugünkü ihtiyaçlarımıza tamamen uygundur: En geniş manada âmme hizmetlerini üzerine almış olan Türk devleti; her sahada sarfedeceği faaliyetleri başarabilmek için, yukarda arzettiğim bir kaç istisna haricinde hemen bütün devletlerde olduğu gibi, hususî bir teşkilâta, âmme hizmetlerini günü gününe ve muntazam ve verimli bir surette başarabilmek için ferdlerin ayrı imtiyaz ve salâhiyetlere ve hususî hukuk usullerinden ayrı bir usule ve nihayet adlî kaza ve otoriteler karşısında bir hareket serbestisine ve istiklâle muhtaçtır. Bugün tek gayesi halkçılık ve halka hizmet olan, hiç bir sınıf ve zümreye hukukî bir menfaat ve imtiyaz tanımayan Türk Devleti, asırlarca ihmal edilmiş halkın, harap yurdun her ihtiyacına yetişmeğe, başkalarının asırlarda başardıkları işi senelere sıkıştırmağa çalışırken, âmme hizmetlerini tamamen mahallî idarelere ve hususî teşebbüslere bırakan ve bu işlerin hususî hukuk kaidelerile ve diğer teşebbüsler gibi adlî kazanın murakabesi altında görülmesini kabul eden İngiltere gibi idarî rejim dışında kalan memleketlerin sistemini kabul edemezdi. Bu noktada göz önünde tutulacak şay idare kuvvetinin bir fikre, âmmeye hizmet fikir ve gayesine bağlı olmasıdır. Yukarda arzettiğim gibi bir halk hükûmeti olan Türkiyenin halka hizmet gayesinden başka bir hedefi yoktur. Bütün teşkilât, idarenin bu kuvvet, imtiyaz ve salâhiyetleri bu gayeye varmak içindir.

İdare hukukumuzu organik bakımdan tetkik edince de demokrasinin ihtiyaç ve arzularına cevap verdiğini, halkın idareye iştirakini ve idareyi murakabesini temin ettiğini görüyoruz: Cümhuriyetin idare hukuku sahasında bu gayeyi tahakkuk ettirecek iki mühim eserini görüyoruz. Bunlar Belediye kanunu ile köy kanunudur. Bu kanunlar deyletin bir sellülü olan komünlerin Yürkiye Cümhuriyetindeki mevcudiyetini canlandırmış ve işlemesini temin etmiştir. Osmanlı imparatorluğunun kuruluşundanberi takip edilen müfrit tevsii mezuniyet ve tanzimattan sonraki sıkı merkeziyet memlekette kayatı tamamen söndürmüştür. Yunan ve Roma devletlerinin teşekkulünde sitenin oynadığı rolü, orta çağlarda komünlerin gösterdiği hayatiyeti ve faaliyeti görüyoruz. Roma imparatorluğunun çiğnediği ve ortadan kaldırdığı, site, orta çağlarda başka bir şekilde komün ve serbest şehir olarak ortaya çıktı. Filhakika müelliflerin ekserisi komünün, sitenin bir tekrar dirilişi olmadığını söyliyorlar. Bu noktai nazarı kabul etsek te bugünkü devletten evvel doğan ve devletin içinde mevcudiyetini ve faaliyetini kaybetmiyen bu sellüllerin lüzum ve ehemmiyeti inkâr edilemez.

İçindeki bu sellülleri inkâr eden vr onların faaliyetlerinden, yardımlarından istifade etmiyen bir devleti, yalnız bir tek uzvu işleyen meflûç bir vücuda benzetebiliriz. Osmanlı İmparatorluğu idare hayatında köyü ve şehri ihmal etmekle çok büyük bir istinadgâhdan kendisini mahrum bırakmıştı. İdare hukuku nazariyatında merkeziyet, ademi merkeziyet diye klâsik bir mesele vardır. Bütün sosyal meselelerde olduğu gibi bu meseleyi de zaman ve mekândan tecrid ederek tetkik ve halletmek mümkün ve doğru olmaz. Kanaatimce bu sistemlerin tetkikinde şu iki nokta göz önünde tutulmak icap eder: 1) Ayni ihtiyacı duyan ve ayni noktada yaşayanlar tarafından tesis edilmiş olan komünler, köy veya şehir, devletin içinde, hatta ondan evvel teşekkül etmiş olan ve sosyal bir ihtiyacı karşılayan ve kendilerine mahsus fonksiyonları olan birer uzviyettir.

Devlet, teşkilâtını yaparken bunların mevcudiyet ve konsesyonlarını ihmal ederse birçok uzuvların, sallüllerini felce nğratmış olur. 2) Komünlerin haiz olması lâzımgelen ekonomik hudut ve derecesi iyi tayin edilmez, bu uzuvların kendilerine mahsus olan konsesyonların dışında faaliyetlerine müsaade edilirse devlet dağılmak tehlikesine maruz kalacağı gibi bu sellüller de bir birlerine düşerek kendilerini yemeğe başlarlar. Ve bundan bütün cemiyet zarara uğrar. İlk çağlar sitesinin, orta çağlar komününün ilk faideli faaliyetini kaybederek inhitatında en

mühim âmili bunların otonomileri arasında bir muvazane husule getirecek bir kuvvetin olmamasıdır.

Şu halde merkeziyet sistemine temayül etsek te halk ile devlet arasında ilk bağ olan ve halkın devlet hayat ve faaliyetine iştirakinin en tabiî bir sahası bulunan komünü ihmal edemiyeceğimiz gibi ademi merkeziyet sistemine temayül edilse de komünlerin muhtariyeti devleti dayatabilecek bir dereceye vardırılamaz.

Osmanlı imparatorluğunun ihmal ettiği komün hayat ve faaliyetini Cümhuriyet idare hukuk en esaslı bir surette tanzim etmiş ve bununla demokrasinin bir zaruretini ve iyi bir idarenin icaplarını yerine getirmiş oluyor. Bugünkü idare hukukmuzda köy müstakil ve canlı bir mevcudiyet olarak, kendine mahsus hak ve vazifelerle ortaya çıkmıştır. İdare teşkilâtımızın bu ilk ve en basit sellülünde en geniş bir halk idaresi kurulmuştur. Bütün köylüden müteşekkil olan köy derneği köyün en yüksek bir uzvu, köy işlerinin en salâhiyettar bir hakemidir. Hatta kaymakam, köylünün seçtiği muhtarı beğenmezse yine derneğin hakemliğine müracaat etmek mecburiyetindedir. Köy kanunu köye tanıdığı mevcudiyet ve salâhiyetlere mukabil âmme hizmetlerinin bir kısmını da köylüye bir âmme mükellefiyeti olarak tahmil etmiştir. Şu suretle Devlet, âmme hizmetlerinden bir kısmını sellülleri arasında taksim etmiş, aynı zamanda en ufak mıntakadan itibaren bütün halkın idareye iştirakini de temin etmiş oluyor.

Belediye kanunumuz da aynı demokratik esaslara dayanıyor; Belediyeler de köyler gibi müstakil bir mevcudiyet ve şahsiyeti olan teşekküllerdir. Muayyen şartlar altında, yahut halkın inisyatifi ile doğarlar. En yüksek organı halkın bir dereceli intihabla seçtiği Belediye Meclisidir. Bu meclis beldeyi alâkadar eden, vazifesi dahilinde bulunan hususlarda icraî kararlar alır. İcra uzuvları bu kararları tenfiz ve icra etmek mecburiyetindedir.

Görülüyorki Cümhuriyet idare hukuku, devlet uzvunun bu sellülerini ihmâl etmemiş, onları canlandırmış bu suretle bir taraftan halkın idare teşkilâtına iştirakini, diğer taraftan da bir kısım âmme hizmetlerinin en yakın alâkadarlar tarafından görülmesini temin etmiştir.

Fakat yukarda arzettiğim gibi, bu otonomiyi tahdid etmek, merkeziyetin lüzum ve faidelerile telif etmek de lâzımdır. Bilhassa genç komünlerimiz henüz bu rehberliğe muhtacdırlar. Bir taraftan bunların yanlış adımlar atmalarına mani olmak, kendilerine yol göstermek; diğer cihetten de bunların devlet içinde devlet haline gelmelerine,

millî ve siyasî birliği bozmalarına mani olmak icap eder. İdare sistemimizde de idarî rejimi kabul eden Fransa vesair memleketlerde olduğu gibi, idarî vesayetle bu maksadın teminine çalışılmıştır. Komünler doğrudan doğruya merkez teşkilâtına bağlanmamak, merkezle aralarında hiyerarşik bir bağ bulunmamakla beraber, merkezin bu idareler üzerinde bir vesayet hakkı vardır. Medenî kanunumuzdaki kendilerine bir müşavir tayin edilmiş ehliyeti mahdut kimselerin vaziyetine benzeyen köy, belediye ve idarei hususiyeler, salâhiyetleri dahilinde, izhar ettikleri idarelerle hukukî vaziyetler ihdas etmek ve icraî kararlar almakla beraber bu kararlardan bütçe gibi, istikbale muzaf faaliyetler gibi kısımları ancak merkezin tasdiki ile tekemmül ederler. Bir kısmına ise merkez itiraz ederek idarî kafanın tetkik ve murakabesine arzeder. Bu suretle komünlerin faaliyetinin de kanuna tâbi olması, bunların fonksiyonları dışına çıkmaması temin edilmiş ve kuvvetli müeyyideye tâbi kılınmıştır.

Komünler ve idarei hususiyeler üzerinde mevcut olan ve idarî vesayet vasıtasile tahrik edilen bu murakabe, mahiyetine göre mehtelif merciler tarafından icra edilir. Siyasî ve idarî bakımdan olan murakabe dahiliye vekâleti veya işin nevine göre mütehassıs vekâlet veyahut icra vekilleri heyeti tarafından, teknik ve hukukî murakabe ise şûrayı devletçe yapılmaktadır. İdare sistemimizde komünün otonomisini koruyacak müeyyide de konulmuştur. Köyler ve belediyelerle idarei hususiyeler salâhiyetlerine merkez tarafından tecavüz edildiği zaman idarî kazaya müracaat hakkını haizdirler. Hiyerarşi ile bağlı olan organların haiz olmadıkları bu salâhiyet müstakil mevcudiyet ve şahsiyeti haiz olan ve bu itibarla gerek hususî hukuk ve gerekse âmme hukuku sahasında iradesile hukukî vaziyetler ihdas edebilen bu âmme iradelerine tanıtmıştır. İdarenin kanunîliği prensibin en kuvvetli müeyyidesi olan idarî kaza, devletle diğer âmme idareleri arasında bir müvazene unsuru, bitaraf bir hakem vazifesini görmektedir.

*
* *

İdare organik bakımdan ne kadar iyi tanzim edilmiş, göreceği işleri iyi başarabilmesi için nekadar geniş salâhiyetlerle techiz olunmuş olsun, yine idarenin, istenilen bir şekilde işlemesi temin edimiş olmaz. Yukarda arzettiğim gibi, kendisini âmme hizmeti fikrine bağlayacak salâhiyetlerini ferd için tek olmayacak bir şekilde kullanmasını temin edecek tedbirlerin alınmasına, müeyyidelerin kullanılmasına lüzum ve

ihtiyacı vardır. Bir ihtiyacı tatmin etmek bugünün idare hukukunun en esaslı bir vazifesi, en mühim bir iştigal mevzuudur. İdarenin faaliyetleri arttıkça, ferdin teması daha çok ve daha yakından oldukca bu ihtiyaç daha ziyade kendini gösterir.

İdare hukuku bu ihtiyacı karşılamak üzere iki nevi tedbir alıyor : Mani tedbirler, zecrî tedbirler. İdarenin salâhiyetlerini yolunda kullanmasını temin için alınan mani tedbirler, bu organın bütün faaliyetlerinin bir usul ve şekil altında icar edilmesi mecburiyetidir. Bu usul idarî faaliyetlerin mutlaka salâhiyettar bir merci tarafından ve evvelce konulmuş bir objektif hukuk kaidesine muvafık bir surette alınmış icraî bir karara müstenid olması ve ancak salâhiyettar memurlar tarafından ve yine kanunî şekiller ve vasıtalarla tenfiz ve icra edilmesidir.

Bu usul indî ve keyfî hareketlere mani olur. Âmme kudretinin yerinde kullanılıb kullanılmadığını kontrol etmeğe yarar.

Fakat bu tedbir idarenin hukuk kaidelerine tabi kılınmasını temine emrivakilerin ortaya çıkmasına mani değildir. Binaenaleyh yanlış muamele ve fiillerin, haksız emrivakilerin izale ve tamiri için de bir takım tedbirlerin alınması icab eder. Bu da ancak idarenin sıkı bir mürakabeye tabi tutulması ile mümkündür. Bu mürakabe, siyasî, idarî ve kazaî bakımlardan icra edilebilir.

İdare üzerinde, milletin Büyük Millet Meclisi vasıtasile icra ettiği müessir bir mürakabe vardır. Büyük Millet Meclisi muhtelif vesilelerle amme hizmetlerinin birer şefi olan Vekiller üzerindeki siyasî mürakabesile, teşkilâtı esasiye kanununun ferde verdiği istida ve şikâyet hakkı dolayisile bu hizmetlerin cereyanı tarzını, hukuk kaidelerine uygun bir surette icra edilip edilmediğini mürakabe etmiş olur. Teşkilâtı esasiye kanunumuz idarenin bu bakımlardan mürakabesini tam ve iyi bir surette temin etmiştir.

İdarî mürakabenin de iki vasıtası vardır: Hiyerarşi, idarî vesayet. Hiyerarşi, madunun yanlış muamele ve kararlarının mafevk tarafından düzeltilmesini temin eder. Bu mürakabe muamelenin tekemmülünden veya fi'lin ifasından evvel işlemek itibarile bir taraftan da mani tedbirlerden sayılır. İdarî vesayet ise mahallî idarelerin ve komünlerin yanlış muamele ve faaliyetlerini düzeltmiş olur.

Fakat bu idarî mürakabeler idarenin içinde cereyan eden ve yine idarenin organları tarafından icra olunan mürakabelerdir. Bunlar idarenin hukukî vaziyetler ihdas ederken bu vaziyetlerin hukuk kaidelerine en uygun olmasını temin için içerde alınmış tedbirlerdir. Siyasî mürakabe

ise çok yüksekten ve pek umumî bir tarzda vaki olur. İdarenin ihdas ettiği hukukî vaziyetlerin kanuniliği ve eğer bu vaziyetler kanunî değilse bu gayri kanuniliğin neticelerinin neden ibaret olacağı hususu idare edilenlerle idare arasında bir takım ihtilâflar doğurur. Bu ihtilâfların tetkik ve halli, hukukî vaziyetin nasıl olması lâzım geldiğinin izharı maddî bakımdan, yani mahiyeti itibarile devletin teşriî veya icraî ve idarî faaliyetlerine benzemez. Bu tamamen kazaî bir faaliyettir. Filhakika bazı müellifler devletin icraî faaliyetlerile kazaî faaliyetlerinin mahiyet itibarile aynı olduğunu, bu iki nevi faaliyet arasında yalnız organik bir fark bulunduğunu iddia ediyorlar. Biz bu noktadan hukukî bir vaziyetin hukuk kaidelerine uygun olup olmadığı yüzünden çıkan bir ihtilâfı izale ve hukukî olmayan vaziyetin doğurduğu anormal neticeleri tayinden ibaret olan kazaî faaliyetlerin, sade organik bir bakımdan değil mahiyet bakımından da icra faaliyetlerden ayrı olduğu reyini müreccah buluyoruz.

Devletin vazifelerinin ekserisi passif olduğu ve aktif faaliyetlerinin hukuk kaidelerine tâbi sayılmıyarak takdirî addedildiği zamanlarda bu vazifelerin ifası için ihdas edilecek hukukî vaziyetlerin kazaî bir faaliyeti davet etmesi düşünülemezdi. Binaenaleyh, bu devirlerde devletin kazaî faaliyetleri ancak ferdler arasındaki münasebetlerden çıkan ihtilâflara taallûk ederdi. Çünkü ancak bu münasebetler hukuk kaidelerine tâbi olmak lâzım gelirdi. Fakat bugün vaziyet tamamen değişmiş bulunuyor; bir defa devletin bugün vazifesi sadece nizam ve intizamı korumak ve korumaktan ibaret değildir. Bir çok aktif faaliyetleri de vardır. Ve bu faaliyetler de günden güne çoğalmaktadır. Diğer taraftan artık idarî faaliyetlerin takdiri olduğu, bir hukuk kaidesine tâbi olmıyacağı, yani idarenin idarei maslahattan ibaret bulunduğu telâkkisi tamamen ortadan kalkmıştır. Bugün idare hukukunun temeli idarenin kanuniliği, idarî faaliyetlerin hukuk kaidelerine bağlılığı prensiptir. Binaenaleyh, hukuk aleminde dün mevzuubahis olmayan bir keyfiyet yani bu faaliyetlerin ve bunların ihdas ettiği vaziyetlerin hukuk kaidelerine uyğun olmadığı ve bu itibarla anormal olduğu yolundaki ihtilâflar bugün tamamen mevcuttur. Mahiyeti itibarile ferdler arasındaki ihtilaflara benzeyen bu ihtilafların da kendi bünyelerine uygun bir surette yani bitaraf bir hakim tarafından ve bu gibi ihtilâfların hallinde takib edilen usule uygun olarak tetkik ve halledilmesi tâbiri diğerle devletin kazaî faaliyetlerinin icra ve idare sahasında da cereyan etmesi icab etmektedir. İdarenin salâhiyetlerini hukuk kaidelerine uygun bir tarzda kullanmasını, ferdle idare arasında bir muvazene tesisini temin

edecek en müessir mürakabe bu mürakabedir. İdarenin ihdas ettiği vaziyetlerin hukukî olup olmadığı yolunda, bu faaliyetler lehine icra edilmiş ferd tarafından serdedilecek itirazları ve bu yüzden çıkacak ihtilâfları hal çaresini bulmayan bir devlet kazaî faaliyetlerini temamen icra etmiş, aynı zamanda ferdle devlet arasında bir muvazene temin eylemiş olmaz. Bu ihtilâfların ne teşriî organ ve ne de icraî organ tarafından tetkik ve halli mümkün değildir. Çünkü bu organların kuruluş ve işleme tarzları, kendi esas faaliyetlerine benzemeyen kazaî meseleleri halletmeğe kafi gelmez. Büyük Millet Meclisi; ihtilâfları, tâbi oldukları normal usul dairesinde tetkik edemez. Kezalik idarenin de bünyesi ve usulü buna müsaid olmadığı gibi idare memurlarının tâbi olduğu hiyerarşi rabıtası sonu hizmetin en büyük hiyerarşik âmirine yani Vekile dayanan bu ihtilâfı halletmelerine manidir. İdare edilen kendisine empoze edilmek istenilen ve edilen bir vaziyetin hukuk kaidesine uygun olmadığını bitaraf bir uzvun karşısında müsavi şartlar altında dermeyan ve serbestçe münakaşa edebilmelidir. Ferdlerin faaliyet ve münasebetlerinin hukuk kaidelerine uygun olub olmadığı nasıl ancak bu suretle meydana çıkabiliyor ve bu faaliyetlerin hukuk kaidelerine tâbiiyeti temin ediliyorsa idarenin faaliyetlerinin hukukiliği de ayni şekilde münakaşa edilmek icab eder.

İdarenin kazaî mürakabesinin lüzum ve ehemmiyeti meydana çıkınca bu meselenin organik bakımdan tetkiki lâzımdır. Acaba bu vazifeyi bizzat yine idareye mi vermelidir ? Yoksa kazaî faaliyetlerin tâbiî organı olan Adliye mahkemelerine mi bırakmalıdır; yahud hususî mahkemelerini ihdas etmelidir?.

Bu ihtilafların yine idare tarafından görülmesi usulü tecrübe edilmiştir. Fakat böyle bir usulün idarenin kazaî mürakabesi fikrile telif edilemiyeceğini yukarda arza çalıştım. Bu vazifenin Adlî mahkemelere bırakılması ilk bakışta çok doğru ve mümkün görünür. Bu noktai nazarı istinad ettirecek çok kuvvetli sebepler vardır.

1 — Kazaî faaliyetlerin tabiî organları bu mahkemelerdir. Ancak bu mahkemelerin teşkilâtı bu vazifenin ifasına müsaittir. Bunlar ihtilâfların hallinde mütehassıstırlar. 2 - İhtilâfın mevzu ve sebebini teşkil eden vaziyetin ihdasına iştirak etmedikleri, bu vaziyetleri ihdas eden organla hiyerarşik bir alâka ve iştirakleri bulunmadığı için bitaraflık vasfını haizdirler. 3 - Bilhassa kuvvetlerin ayrılığı prensibini kabul edenlere göre kazaî kuvvet sadece bu organlara verilmiştir. Kuvvetlerin ayrılmasından ve bu kuvvetin sadece mahkemelere verilmesinden maksat devletin muhtelif organları arasında bir müvazene ihdas etmek

ve bu suretle ferdin muhtelif organların ifratlarına karşı korunmasını temin eylemektir. 4 - Ve nihayet bu vazifenin adliye mahkemelerine verilmesile, belki adedi az olan bu nevi ihtilâfların halli için ayrıca bir organın ihdasının masraf ve külfetlerinin de önüne geçilmiş olur.

Buna mukabil muhaliflerinde çok kuvvetli itirazları vardır: Bunlardan birinci sebebinin esası, diğerlerinin istinat ettiği esasın aynıdır: Kuvvetler ayrılığı. 1) Kuvvetler ayrılığı prensibi hem idarî kaza taraftarlarının ve hem de aleyhtarlarının en ziyade kuvvetle dayandıkları bir prensiptir. İdarî kaza taraftarlarına göre idarenin kazaen murakabesinin adliye mahkemelerine verilmesi idare kuvvetini kaza organının madunu vaziyetine koyar. İdarei serbestiden mahrum bırakır. İdare artık hakikatte adliye mahkemelerinin direktiflerile hareket eden madun bir organ vaziyetine düşer. Bahusus gördükleri vazifelerin hususiyeti itibarile idare memurlarile hakimlerin ayni zihniyette olmaması hukuk kaidelerini, hâdiselerin neticelerini görüş ve ve anlayıştaki farklar bu iki organın aynı saha üzerinde karşılaşmaları halinde istenilmeyen bir takım neticeler doğurabilir.

2 — Fertler arasındaki ihtilâfların hallinde hâkimin hareket mebdei ile idarî ihtilâfların hallindeki hareket mebdei ayni değildir. Hususî ihtilâflarda birinin diğerine tercihi mümkün ve lâzım olmayan müsavi iki menfaat, iki hak çarpışmaktadır. Hâkim bunlar arasında müvazeneyi bulabilmek için hukuk kaidesini gayet dar bir şekilde tatbik eder. Halbuki idarî bir ihtilâfta ihtilâfın bir tarafını teşkil eden idarenin takip ettiği hususî bir menfaat bir hak mevzuubahis değildir. Bu ihtilâflarda yapılan bir hizmetin, verilen bir salâhiyetin âmme menfaatine ve bunu koruyan hukuk kaidesine uygun bir tarzda yapılması veya kullanılması temin edilmek istenilir. Binaenaleyh idare hakimi meseleyi hallederken, kararını verirken, devletin sübjektif bir hakkını veya hususî bir menfaatın değil, o hizmetin yapılmasını, amme hizmetinin korunmasını düşünecek ferdin hak ve menfaatile hizmet icaplarını temine çalışacaktır. Binaenaleyh, hususî ihtilâfların halline hakim olan zihniyet idarî ihtilâfların halli için kâfi değildir. Fransada imprévition nazariyesinin anlayış ve tatbik tarzı arasında temyiz mahkemesi ile Devlet Şurası arasında beliren görüş farkını bu suretle izah edebiliriz. 3 — İdarî ihtilâfların mevzularile adî ihtilâfların mevzuları da mahiyet bakımından çok farklıdır. İdarî ihtilâflar, idare hukuku kaidelerine tâbi olan ve çok mütenevvi bulunan amme hizmetlerinden doğar, halbuki adî ihtilâflar hususî hukuk kaidelerine tâbi olan ve teknik cihetleri hakimi alâkadar etmeyen ve sırf hukukî bir cephe arzeden hususî münasebetlerden çıkar. İdarî bir ihtilâfı halledecek olan hakim âmme hizmetinin teknik kuruluşunu ve işleyişini bilmek ve yukarda

söylediğim gibi bunu temin etmek mecburiyetindedir. Binaenaleyh hususî ihtilâfları halleden hakim idarî ihtilâfları hal hususunda tam bir salâhiyet ve ihtisasa da malik değildir.

İdarî davalarla hususî davalar arasındaki bu farklar o kadar derindir ki bu davaların teknik bakımından mütehassıs bir heyete hallettirilmesi ve hukukî cihetinin adlî mahkemelere havalesi yolundaki mutavassıt tedbir de kabul edilemez.

Vazii kanunumuz idarenin kazaî mürakabesini, idare hukukumuzun en sağlam bir temeli, en yüksek bir abidesi olarak tesis etmiştir. Teşkilâtı Esasiye Kanununun 51 inci maddesi idarî dava ve ihtilâfların mevcudiyetini kabul etmiş ve en mühim bir vazifesi bu dava ve ihtilâfların hallinden ibaret olan Şurayı Devletin teşkili lâzım geldiğini kabul etmiştir. Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun bu maddesi, vazii kanunumuzun idarî ihtilâfların hususiyeti ve adliye mahkemelerinden ayrı bir mahkemeye tevdii lâzım geldiği yolundaki noktai nazarı kabul ettiğini gösteriyor. Bu sistem İngiltereyi ve birkaç devleti istisna edersek hemen bütün devletlerin kabul ettiği sistemdir. Bu sistem mantıkidir. Çünkü, bu ihtilâfların adliye mahkemelerine verilmesini lâzım gösteren en kuvvetli sebep adliye mahkemelerinin teşkilâtında ve işlemesinde mevcut olan hususiyetin, istiklâlin bir idare organına mevcud bulunmamasıdır. Şu halde organik bakımdan mevcut alan bu farkı, adliye mahkemelerinin tekmil hususiyetlerini haiz bir mahkeme ihdas etmekle kaldırmış oluruz.

Buna mukabil doğrudan doğruya idare hayatını tanıyan mütehassıslardan teşkil edeceğimiz ve kendisine çalıştığı sahanın hususiyetile uygun salâhiyetler vereceğimiz bu mahkemeler âmme hizmetlerniden doğan ihtilâfları daha büyük bir salâhiyetle görecektir.

Vazii kanunumazun Şûrayi devlet teşkilâtında kabul ettiği usul idarî mahkeme hâkimlerine verilen teminat ve istiklâl bu organa kaza organlarının bütün vasıflarını vermiştir. Fazla olarak bu mahkeme umumî prensiplerden mülhem olarak kararlarını verir. Fransada olduğu gibi bizde de Şûrayi Devletin bu vaziyeti Romanın pretörüne, İngilterenin ekite kaidelerini tatbik eden hâkimine benzer. İdarî mahkemeler haiz oldukları bu serbesti sayesinde âmme hizmetlerinin zaruret ve ihtiyaçlarile idare edilen hak ve menfaatlarını en adilâne bir tarzda telif ederler.

İdarî kaza, idarenin kazaî murakabesi rolünü iptal davalarile, kazayi kâmile tabi davalar vasıtasile başarıyor; idarî mahkememizin işleme vasıta ve tarzlarını mevzuumuzun dışında görüyorum. Ancak tanzimat ve onu takip eden devirlerin Şûrayi Devletinin vaziyetile bugün-

kü Şûrayi Devletin vaziyeti arasındaki iki büyük farkı göstermekle iktifa edeceğim:

1) Eski Şûrayi Devlet azaları idare organının bir memuru vaziyetinde idiler; tayin ve azilleri itibarile hâkimlerin haiz olması lâzımgelen teminata malik değillerdi, bugünün Şûrayi Devlet azaları tayin ve azil bakımından hükûmete karşı tamamen müstakil bir vaziyettedir.

2) Dünkü Şûrayi Devlet, devletle fert arasındaki ihtilâflara bakarken, tenfiz ve icra mecburiyetini tazammun eden, kaziyyei muhakeme vasfını haiz kararlar veremezdi. Verdiği kararlar ancak sadaretin tasvibi ve iradenin suduru ile tenfiz mecburiyetini iktisap ederdi. Yani Justice retenue sistemi cari idi. Bugünkü Şûrayı devletin kararları ise birer kaziyyei muhkemedir, tenfiz ve icrası zarurî kararlardır.

Görülüyor ki tanzimatın ihdas ettiği Şûrayi Devletin idarenin kazaî murakabesi bakımından hiçbir ehemmiyeti yoktur. Hukuk kaidelerine uygun olmayan kararları iptâl edemez, haksız vaziyetleri tayin eyliyemez, yalnız müddeaaleyh vaziyetinde olan idarenin nazarıdikkatini celbetmekle iktifa eder. Halbuki bugün kanuna salâhiyet, şekil, esas ve maksat bakımından uymayan kararları kat'î surette iptal eden ve haksız vaziyetlerin tamirine hükmeyleyen Şûrayi Devlet, idarenin kanuniliği prensibinin en kuvvetli bir müeyyidesini teşkil etmektedir.

*
* *

Bugünün hukuku devleti, metafizik bir takım esaslardan, hakimiyeti teokratik telâkkilerden çıkararak maksat ve gayesile izah ediyor: Devlet amme ideal ve menfaatlarını korumak ve tehakkuk ettirmek, amme hizmetlerini ifa eylemek borcunu üzerine alan bir teşekküldür. Faaliyetlerinden amme istifade eder. Bu istifadeyi temin ederken bir tarafdan hukuk kaidelerine riayet etmek diğer tarafdan da ferdlerin haklarını ihlâl etmemek ve onlara zarar vermemekle mükellefdir. Bu mükellefiyet devlete faaliyetleri esnasında dikkatli hareket etmek, kusur işlememek, umumî menfaatları temin ederken bunu hususî hak ve menfaatlarla telif etmek mecburiyetini tahmil eder. Ferdler faaliyetleri esnasında bu esaslara riayet etmezlerse veya başkalarının zararına olarak bir menfaat temin ederlerse zarara uğrayanların zararlarını tazmin ve telâfi etmek mecburiyetindedirler. Acaba devletin bu mecburiyetten istisnası için bir sebeb var mıdır? Devletin kusurundan mütevellid zararlar, başkasının haklarını ihlâl etmek suretile temin ettiği menfaatlar mukabilinde bir borç olmamalı mıdır? Eski müellifler buna olmamalıdır cevabını verirler. Onlara göre hakimiyet fikrile mes'uliyet fikri içtima etmez, hakim olan devlet mes'ul olamaz.

SH

Devleti hakimiyet perdesi altında her türlü mes'uliyetin haricine çıkaran teokratik ve metefizik telâkkilerden arta kalan bu noktai nazarı bugün kabul etmek için bir sebeb olmadığı gibi, bu telâkki bugünkü adalet ve hakkaniyet hislerimize de uymaz. Hukuk kaidesine tâbi olan devlet faaliyetlerini bu kaidelere uydurmamakla bir kusur işlemiş olur. Umumî bir menfaatın korunması için ammeye bir mükellefiyet tahmil edildiği zaman herkesin de bu mükellefiyete ayni derecede tâbi olması lâzımdır. Bir kimse devlet faaliyetinden herkes kadar istifade ettiği halde başkalarından fazla bir külfete tâbi tutulursa bu müsavatsızlıkla âmme menfaatı perdesi altında bir haksızlık işlenmiş bir ferdin hakkı ihlâl edilmiş olur. Şu halde bütün bu hareketlerin devlet için hukukî bir mes'uliyet, bir tazmin borcu doğurması gayet tabiidir.

Hemen her devlet amme hizmetlerini ifa ederken işlediği kusurlardan, başkalarına ika eylediği zararlardan mes'ul tutulmaktadır. Yalnız bu mes'uliyetin mahiyeti ve şümulü de tetkika değer :

Fransada bugün idarenin malî mes'uliyetine hususî hukuk kaidelerinin tatbik edilmiyeceği kanaati mevcuttur. İdarenin âmme hizmetlerini görmek için sarfettigi faaliyetler, medenî hukukun haksız fiillerine benzer bir vaziyet arzedemiyeceği gibi memurun hukukî vaziyeti de devlete istihdam edenlerin mes'uliyeti hakkındaki hükümlerin, memurun filinden dolayı tatbik edilmesine müsaid değildir. Bu esasdan hareket eden Fransız Jürisprüdansı idarenin malî mes'uliyetini medenî kanunun maddelerile değil umumî prensiplere istinad ettirmeğe çalışmaktadır. Binaenaleyh, bu mes'uliyet temamen jürisprüdansiyel mahiyettedir. Almanyada kanunu medenî memurlarında kendilerine tevdi edilen kudreti kullanırken kasden veya ihmal neticesinde üçüncü şahıslara karşı olan idarî vazifelerini ihlâl ederlerse mes'ul olacaklarını kabul etmiştir. 22 Mayıs 1910 tarihli bir kanun bu mes'uliyette devletin memur makamına kaim olacağı esasını koymuştur. Şu suretle âmme hizmetlerini görmekle mükellef memurun idarî vazifelerinden devletin mes'uliyeti esası Almanyada da kabul edilmiştir.

İsviçreye gelince, Federal mahkeme İsviçre Borçlar kanununun bizde iktibas edilmeyen eski 64 ve muaddel 61 inci maddesinde Kantonların haksız fiillerden doğan mes'uliyet bahsındaki hükümler hilâfına memurların mes'uliyeti hakkında hususî hükümler koyabileceğine dair olan hükme istinad ederek kantonların memurların mes'uliyetini genişletecek, daraltacak ve hatta kaldıracak hükümler koymağa salâhiyettar olduklarını ve ancak Kanton kanunları bu hususta bir hükmü ihtiva etmedikleri takdirde Borçlar kanununun haksız fiiller hakkındaki hükümlerinin memurların fiil ve hareketlerine de tatbik edilece-

ğini söyliyor. Fakat bu hükümlerin ancak memurlar şahsan tatbik edilebileceğini, yoksa devletin mes'uliyeti için kanunda sarih bir hükmün mevcudiyeti lâzım geldiğini, Kanton mevzuatında devletin mes'uliyetini tesbit eder bir hüküm yoksa kusur işleyen memurların şahsan mes'uliyetleri icab edeceğini tasrih ediyor. Ancak yine bizde iktibas edilmemiş bulunan bu 61 inci maddenin 2 inci fıkrasına göre Devlet veya diğer âmme idareleri sınaî bir teşebbüse giriştikleri zaman Borçlar kanunu hükümlerine tâbi olurlar. Görülüyor ki İsviçre vazii kanunu da memurun idarî muamelelerden doğan mes'uliyetini de hususî bir mahiyette telâkki etmiş istisnaî hükümlere tâbi tutmuş ve âmme hukuku sahasına bırakmıştır.

Kantonların vaziyetine gelince; bazı kantonlar memurların haksız fiillerinden dolayı devletin doğrudan doğruya mes'uliyeti esasını kabul ederler. Bazıları ise kusurlu memurun tazmin edemediği hallerde devlete ikinci derecede mes'uliyet tanırlar. Bazıları ise Devletin mes'uliyeti için memurun kusurunu şart ittihaz ederler. Fakat memurla devlet arasında bir teselsülü kabul ederler.

Kanunu medenimiz ve Borçlar kanunumuz, vesayet işleri, tapu sicilleri gibi bazı hususlar müstesna olmak üzere memurların ve memurların fiili ve hareketlerinden dolayı devletin malî mes'uliyeti hakkında bir hükmü ihtiva etmediği gibi âmme hizmetlerinden çıkan zararlı neticeler hakkında birtakım hükümleri de ihtiva edemez.

Bundan hukukumuzda devletin idarî muamele ve fiillerinden dolayı mes'ul olmayacağı manasını çıkarmak doğru olmaz, hususî hukuk sahasında bu meselenin mevzuubahis olmaması bu mes'uliyetin arzettiği hususî mahiyetten dolayıdır. Netekim İsviçrede de bu mes'uliyetin tayini kantonlara bırakılmış, bir âmme hukuku meselesi sayılmıştır.

Buna mukabil Şûrayi Devlet kanununun 19 uncu maddesinin A bendinde " idarî muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame edilen davaların Şûrayi Devlete görüleceği tasrih edilmektedir. Bu kısa ve fakat hüküm ve şumulü itibarile çok geniş kanun hükmü üzerinde durmak icap eder: Hukuku muhtel olanlar tarafından, ihlâl edilen haklarının tamir ve tazmini için açılan bu davalarda Şûrayi Devlet ne yapacaktır? Şûrayi Devlet bir hukuk mahkemesi, bahusus yukarda arzettiğim gibi, bir içtihat mahkemesidir. Bu vaziyetteki bir mahkeme, bir ceza mahkemesi gibi kanunun sarih hükümleri olmayan hallerde hüküm vermekten imtina edemez. Bir hukuk hâkimi kendisine arzedilen bir hâdisede hakkın ihkakını behemehal temine mecburdur. Hâdiseleri nispeten metinler içinde görüp halleden hususî hukuk mahkemeleri bile kanunda sarahat olmayan yerlerde kanunun ruhile ve yine olmazsa umumî hukuk prensiplerile hüküm etmek

mecburiyetindedirler. Bir içtihat mahkemesi olan Şûrayi Devlet için bu mecburiyet evleviyetle ve daha kuvvetli bir surette mevcuttur. Yukarda arza çalıştığım gibi idare hukukunun hususî hukuktan ayrıldığı mühim noktalardan birisi biricinin metinlerden ziyade umumî prensiplere ve jürisprüdanslara dayanması, idarî mahkemelerinde en birinci hususiyeti ve meycudiyet sebebi de bunların bir hahkaniyet ve içtihat mahkemesi olmasıdır. Binaenaleyh, ihlâl edilen hakkın aynen iadesi mümkün olmazsa Şûrayi Devletin sarih bir kanun hükmünün mevcut olmamasından dolayı bu davayı reddetmesi ihlâl edilmiş bir hakkı tazmin ve telâfi ettirmemesi hukun ana prensiplerine ve idare mahkemelerinin istinat ettiği esaslara uymaz. Kanunun hakkı ihlâl edilenlere gösterdiği bu merci ihlâl edilen hakkın tamir ve telâfisinden âciz olduğunu söylerse, kanaatimce ihkakı haktan imtina etmiş olur. Kanunu Medenînin istisnaî birkaç hal dışında devletin mes'uliyeti meselesini âmme hukukuna bırakmış olmasının sebebi, bu meselenin arzettiği hususiyet bakımından hususî hukuk hükümlerinin kâfi görülmemesinden başka bir şey değildir. İdarî mukaveleler nazariyesi Fransada ve bizde nasıl içtihatlarla doğmuş ve inkişaf etmiş bir nazariye ise idarenin mes'uliyetini izah edecek hizmet kusuru, hasar nazariyeleri de içtihad mahkemesi olan Devlet Şûrasının 19 uncu maddede kısa ve fakat geniş bir surette gösterilen içtihad salâhiyetinden doğan ve doğacak nazariyelerdir. İdare hukuku idare kanunlarından ibaret olmadığı gibi idarenin mes'uliyetine mütedair hükümleri de pek mahdud olan idare kanunlarında aramak doğru olmaz. Bazı idare kanunlarında mes'uliyete mütedair hükümler bulunabilir. Fakat bu hükümler hiç bir zaman bunların haricinde idarenin mes'ul olmadığını göstermez. Belki bu maddeler bu muayyen hallerdeki mes'uliyet ve tazminin tarzını gösteren hükümlerdir. İdare hukukunun umumî prensiplerini kanunların dışında bulunduğumuz ve idarî mukavelelerde olduğu gibi bir çok idarî hâdiseleri bu prensiplerle hallettiğimiz gibi Şûrayı Devlet kanununun 19 uncu maddesinin A bendini de ayni suretle tatbik etmekliğimiz icab eder. Aksi takdirde idare hukukumuzun en kuvvetli bir esası olan 19 uncu maddenin A bendile konulan kazayi kâmil davaları tatbik sahası ve amelî faidesi olmayan bir süs halinde kalacaktır.

Vazii kanunun böyle geniş bir prensibi koymakla iktifa etmesinin, teferruata girmemesinin sebebi, idare hukukunun diğer meselelerinde olduğu gibi çok tenevvü arzeden idarî hâdiselerden doğacak mes'uliyet: meselelerinin metinlerin dar çerçevelerine girmemesinden dolayıdır. Mahiyetleri itibarile ferdler arasında doğan ve ihlâl edilen bir hakkın tazminine müncer olan adî davalara çok benzeyen kazaî kâmil davalarının içtihad mahkemesi olan Devlet Şûrasının vazifesi dahiline girmesi

aceba başka bir suretle izah edilebilirmi? Bu davalar da iptal davalarında olduğu gibi idarî bir muamelenin kanuna muvafakatinden ziyade bu muamele veya fiilin ferdin şahsı veya patrimuvanı üzerindeki aksi tesitarına bakılır. Bu davalar, tıbkı ferdin ferd aleyhine açtığı tazmin davaları hibi eski vaziyetin yerine getirilmesini, patrimuvandaki boşluğun doldurulmasını istihdaf ederler. Mahiyet bakımında hususî davalarda bu kadar yakın bir benzerlik arzeden bu davaların içtihad mahkemelerinin vazifesi içine alınmasının sebebi bunların geniş ictihat ve prensiplerle halledilmesi lâzım geldiği içindir. Şûrayı Devletin tatbik ettiği idare hukukunun böyle jürisprüdansiyel bir hukuk olmasına göre, kanunî sarahat olmayan hallerde, Şûrayı Devletin ihlâl edilen bir hakkı ana prensiplere, hakkaniyet esaslarına ve âmme hukukunda inkişaf eden hizmet kusuru, hasar, âmme patrimuvanının sebepsiz zenginleşmesi, müsavat, mülkiyet hakkının mahfuziyeti gibi geniş nazariyelere müsteniden tazmin ettirmesi lâzım gelecektir. Şu halde bizde de idarenin malî mes'uliyeti fikri geniş bir tarzda kabul edilmiş demektir.

* * *

Şu suretle cümhuriyet idare hukukumuzun dört büyük prensibini izaha çalışmış oluyorum.

Bugünkü Türk idare hukuku, halkçı ve devletçi Türkiye Cümhuriyetinin ana prensiplerinden doğan âmme hizmetleri fikrine müstenittir.

İdarenin teşkilâtı, salâhiyet ve imtiyazları bu gayeye ve ana fikrin tahakkukuna hizmet içindir.

Türk idare teşkilâtında organların birçoğu doğrudan doğruya halk tarafından ihdas edilmekte ve idarî intihaplar dolayısile idare dolayısile halkın murakabesi altında çalışmaktadır.

İdare en muntazam ve müessir bir kazaî bir murakabeye tâbi tutulmuş ve idarenin hukuk kaideleri haricinde vaziyetler ihdas etmesine ve ferdi izrar etmesine mani olacak bir idarî kaza teşkilâtı yapılmıştır.

İdarî muamele ve fiillerden dolayı devletin mes'uliyeti geniş bir tarzda kabul edilmiştir.

İdare kanunlarımızda bazı teknik noksanlar, tatbikatta acemilikler ve bazı aksaklıklar olabilir. Fakat cümhuriyet vazıı kanunu kısa bir zamanda en kuvvetli ve en modern bir idare hukukunun temellerini atmıştır. Ben bu temellerin tatbikattaki feyizli semerelerile de pek yakında iftihar edeceğimize kaniim. Bugün Türkiye ve onun kalbi olan Ankara, bütün medeniyet ve yenilik âbideleri yanında, meydana çikardığı bu yüksek idare hukuku abidesile de iftihar edebilir.

Sıddık Sami Onar

518

Ticaret serbestisini tahdit edici amillerin hukuk bakımından tetkiki

Yüksek huzurunuzda günün en mühim meselelerinden birisine temas edebilmek fırsatını bana temin eden « Hukuk İlmini Yayma Kurumuna » ve onun muhterem müteşebbüslerine, her şeyden evvel teşekkürlerimi sunmayı şerefli bir vazife telâkki ederim.

Huzurunuzda incelenmesi hisseme düşen mevzu, ticaret serbestisini tahdit eden amillerin hukuk bakımından tetkikidir. Bu mevzu, günün meseleleri arasında önemli bir mevki işgal etmekle beraber yeni değildir. Filhakika, ferdin hürriyet ve serbestisi esasları üzerine kurulan 19 uncu ve 20 inci asır hukuk sistemlerinde, ticarî ve daha geniş manasile bilcümle hukukî münasebetlerde ferdin irade serbestisi hukukun temel bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, binbir ihtiyaçlar karşısında bu serbestinin, hukukî, idarî birçok çephelerden tahdit edildiği en basit bir müşahede gözü ile görülebilecek bir vakıadır.

Ticaret serbestisi, hukuk bakımından mukavele serbestisi ile ifade edilebilir; modern hukuk denilen bu günkü hukuk sistemlerine hakim olan ana prensiplerinden birisi de, hususî akitlerde iradenin serbestisi kaidesidir.

18 inci asır filozoflarının büyük bir belâgatle ortaya koyup müdafaa ettikleri ferdin hürriyet ve istiklâli prensipleri, hukuk alanında, yani hukukî akidler bakımından, 18 inci asır filozoflarından çok daha önce, asırlarca evvel Roma hukukcularının, sadakatle ve derin bir nufuzu nazarla müdafaa ettikleri hukukî kaidelerden birisidir. Roma hukuku, bütün formalist kaidelerine rağmen, hukukî münasebetleri, endividüalist bir anlayış ve kavrayışla, ferdin irade serbestisi (autonomie de la volonté) esaslarına dayanan hükümler ile tanzime çalışıyordu; gerçi ilk kuruluş devirlerinde, mukavele serbestisini, haricî eşkâl bakımından, bir takım merasime tâbi tutmuştu. Fakat tekâmül devirlerinde, şekilperestlik gitgide azalarak, hukukun dahilî ve haricî bünyesinde serbestî esaslarını kabul eyledi.

Roma hukuku, orta çağlarda biraz da Cermen ve kilise hukuku sistemlerile karışarak ruhunu modern hukuka da aşıladı. Bir taraftan

S19

Domat, Pothier gibi yüksek hukukşinasların, diğer taraftan da 18 inci asır hürriyetci ve ferdiyetci filozoflarının tesirlerile, hukukî münasebetlerde ferdî iradelerin serbestisi kaidesi, modern hukukun temeli telâkki edilen bir umde olarak, hukukî düşüncelerimize hakim olmuştur.

Baştanbaşa hürriyet aşkile çoşmuş sosyal bir hareketin ifadesi olan Fransa büyük ihtilâli de, hukuku beşer beyannamesile ferdî hürriyet ve serbestî esaslarını, söz götürmez bir iyman haline getirdi. Bunun neticesi olarak, inkilâbın yarattığı (code civil) ve (code de commerce) gibi büyük kodlar, endividüalist hukuk kavrayışlarının, kanunlaştırılmış birer âbidesi şeklinde dikilip ortaya kondu. Bu suretle, hukuk ilminin en esaslı kaziyeleri Roma hukukcularının, Paul ve Gaius'ün kafalarından, Justinianus'ün digest'lerinden modern hukukun kodlarına kadar akıb nufuz etti.

Fransada, 1791 tarihli bir kanun, ticaret ve sanayi serbestisini iylân ediyordu. Derhal tavzih ve ilâve edelim ki, bu kanunun ortaya koyduğu prensib ticaret yapabilmek serbestîsidir. Yoksa, ticarî akitlerde hukuk bakımından iradenin serbestîsi prensibi değil.

Filhakika, Fransız ihtilâline takaddüm eden devirlerde ve bütün orta çağlarde, ticaret ve sanayi ile iştigal edebilmek serbestîsi, korporasyon teşkilâtları ile tamamen tahdid edilmiş bulunuyordu. Bir kimsenin ticaret veya sanayiin her hangi bir şubesi ile iştigal edebilmesi, korporasyon teşkilâtına girmesine ve çıraklık, kalfalık, ustalık gibi merhaleler geçirmesine vabeste idi. Bizde de buna muadil (Esnaf loncaları) teşkilâtı ve (Gedik) mevzuatı vardı. Fakat bütün bunlar ticaret yapabilmek salâhiyetini tahdid eden âmillerdir ki, hukuk bakımından mukavele serbestisi ve iradenin muhtariyeti prensipleri ile ilgili değildir. O halde 1791 tarihli Fransız kanunu ile ve bunu takib eden code civil ve code de commerce'ler ile irişilmesi istenilen amaçlar, ticaretin gerek haricî bakımdan ve gerek dahilî bünyesi iytibariyle serbestisini temin edebilmekdir.

Roma hukuku esprit'si, 18 inci asır felsefesi ve nihayet Fransız ihtilâli umdeleri.. Politik hayatda olduğu kadar hukuk alanında da endividüalizmi, ferdiyetciliği, bütün serbestî prensibleri ile en esaslı bir hukuk anlamı, hukuk conception'u haline koydu.

Bütün hukuk nazariyeleri bunun üzerine kuruluyordu. Bütün hukuk felsefesinin temelleri bu konsepsiyona dayanıyordu. Jean - Jacques Rousseau, Contrat social nazariyesini ferdin hürriyeti ve iradenin muhtariyeti mefhumlarına istinad ettirdi. Kant, Ruso gibi, ferdin iradesini hukukun esası, temel unsuru telâkki ediyordu. Kant, ferdin hürriyetini

520

tamamlamak için, diğerlerinin hürriyeti ile ahenkdar olmasını ister. Bunun için, fıtrî yalnız bir nevi hakkın mevcudiyetini tanır. Her şahsın insan olmak itibariyle haiz olduğu bu yegâne (hak) « hürriyet » dir. O halde (Kant) a göre hukuku şu suretle tarif etmek iycabeder: « Hukuk, yekdiğeriyle olan mutabakatlarını temin için hürriyetleri tahdid eden şeraitin heyeti mecmuasıdır. »

Hukukda endividüalist konsepsion, ferdiyetcilik zihniyeti bütün 19 uncu asır hukukuna ve bilhassa ticaret kanunlarına hâkim olmuşdur. Kanun vazılarının nazarında asıl olan, ferdin hareket serbestîsidir. Hukuk, ancak bu serbestinin hududlarını çizmekle iktifa eder. Ferdî menfaatlerin tanzimi, bizzat ferdî ve hususî teşebbüslere terkediliyor.

Hukukda ferdiyetci ideoloji 18 inci ve kısmen 19 uncu asır zihniyetine ve ihtiyaçlarına uygun düşüyordu. Fakat sanayiin makineleşmesi, büyük ticaret yollarının açılması, ticaretin arsıulusal geniş bir inkişafa nail olması, şimendüfer, vapur ve sair nakil vasıtalarının baş döndürücü bir sür'atle tekemmül etmesi... VS. VS. Bütün bu gibi âmiller, ticaret serbestisi esaslarına dayanmış yeni bir servet aristokrasisi vücuda getirdi.

Büyük kredi ve sigorta müesseseleri, ferdin tek başına yapamıyacağı büyük sınaî ve ticarî teşebbüeler için tesis edilen anonim şirketler ve diğer tiplerdeki sermaye şirketleri.. Ticaret alanında ferdin, okadar çok takdis edilen hürriyetini bir gölge kadar seyyal ve sönük bir hale getirdi.

Fert, iradesine sahip bir şahsiyet olmaktan ziyade, büyük cereyanların tesirleri altıada akıp giden, iradesiz bir alet gibi çalışmaya mecbur kaldı. Endividüalist hukuk sistemi ticarette de rekabet serbestisini istilzam eylediğinden, rekabet alanında zayıfların mevkilerini kavilere terketmeleri icap ediyordu.

Bu devirlerde, hukuk konsepsiyonları ile içtimaî hayat hareketleri arasında henüz bir mutabakat mevcut idi. Bu mutabakat içtimaî ve iktisadî hayatın normal gidişi ile ifade edilebilir.

Fakat, iktisadî hayat mütemadiyen ilerileyib inkişaf bulduğu ve iktisadî hayat politikasında yeni yeni prensibler ortaya konulduğu halde, hukuk hayatında henuz bir hareket görülemiyordu. 19 uncu asrın ilk yarısını dolduran hukukçular, kanun metinleri, madde şerhleriyle o ka-

dar çok uğraşıyorlarda ki yanlarından akıb giden hayat kafilelerini göremiyecek kadar zafı basara uğradılar. *Ecole de l'exégèse* denilen metincilik ve şerhcilik meslekî kanunları mukaddes bir mabut haline getirdi. Fakat ne mabut tanıyan ne de mabet bilen hayatı hakikiye, hukukun köhne ataletine, muhafazakâr prensiblerine bakmayarak ilerileyib gitti.

Mütefekkir hukukçulardan bir çoklarının hâlâ, Roma hukukunun mumyalamış fikir prensiblerine perestiş ettiklerini, en geniş kavrayışlarında bile ferdiyetçi hukuk zihniyetinin esiri olduklarını görüyoruz; hukuk ilminin yaratıcı kuvvetini buuun kadar durduran, müsbet kukukun yenileşmesine bunun kadar engel olan, hakikî hayat ile hukuk telâkkileri arasında derin uçurumlar açılmasına bunun kadar sebebiyet veren veren bir âmil görülmemiştir.

***

Daha 19 uncu asır iptidalarından beri hukukda ferdiyetciliğe karşı bazı fikir hareketleri baş gösterdi. Bilhassa Almanyada Hegel ve ardısıra gidenler, hukukda devletçilik konsepsiyonunu tedrise başlamışlardı.

Hegel, kendisinden evvel yaşayan Kant ve Fichte'nin tesirleri altında hukuku, yine ferdî iradelerin hürriyet ve serbestîsi esaslarına istinad ettiriyordu. Şu kadar ki hürriyetin hududu, diğerlerin hürriyeti ile tahdid edilmeyib âmmenin zarurî menfaatleriyle tahdid edilebileceğini ifade ediyor. Hatta, hürriyetlerin tahdidi keyfiyetini mücerret ve nazarî bir halde bırakmayıb, daha realist bir neticeye varmak için, bu salâhiyetin devlete ait olduğunu iyzah ediyor. Yani ferdî hürriyetin başkalarının hürriyet hududlarile değil, devlet otoritesiyle tahdid edilebileceği neticesine varıyor.

Hegel, Berlin Üniversitesinde kiderslerinde, devlete, fertlerin fevkinde bir hak ve salâkiyet tanıyan nazariyesini iyzah ederken Almanyada Etatisme akidesini ortaya koymuş bulunuyordu.

Diğer tarafdan, 19 uncu asrın ikinci yarısında yetişen Fransız ve Alman birçok hukukcular, Ecole Scientifique denilen hukuk meslekini öne sürdüler. Bunlara göre hukukcu, metinlere bağlı bir tatbik âleti olmayıb düşünen ve kanunları hayata intibak ettirecek yolları arayıb bulabilen bir fikir adamıdır. Fakat bütün bu fikir cereyanlarına rağmen endividüalist hukuk sistemine dayanan kodlar yaşıyorlar ve yürüyüşüne ayak uydurmadıkları içtimaî ve iktısadî hayatın arkasından sürüklenerek

gidiyorlardı. Bu vaziyet karşısında kanunları, içtimaî ve iktısadî hayatın yeni iycablarına uydurmak için bin bir tefsir yollariyle, jürisprüdans tarikiyle kodların donmuş ve muhafazakâr metinlerini biraz daha genişletmeğe çalışırlarken, kodların önemle muhafaza ettiği mukavele serbestîsi prensibleri, tatbikatta binbir şekilde hükümsüz bir hale düşmüş bulunuyordu.

Bunu bir iki misal ile iyzah etmekliğime müsaadenizi rica edeceğim :

1) Şimendüfer, vapur gibi nakil vasıtalariyle eşyasını nakletmek isteyenler.. bir sigorta şirketi ile mukavele yapanlar.. Bankalar ile muamele yapanlar.. Bilirlerki bu müesseselerin kendi işlerine uygun bir şekilde tanzim ve tabedip hazır bulundurdukları mukaveleleri veya formülleri imza etmekden başka bir çare yoktur.

Contrats d'adhésion denilen bu tip - mukavelelerde bir tarafın arzu ve iradesi diğer tarafa imposé edilmişdir.

Elektrik, havagazı, su tesisatını işleten resmî veya gayri resmî bütün bu gibi büyük müesseselerin ihtiyar ettikleri tarzı hareket müşterilerinin irade serbestîlerini tamamen ortadan kaldırmaktadır.

2) Büyük sınaî müesseselerde iş veren ile iş yapanlar arasındaki hukukî münasebetlerde iş yapanların irade serbestîleri iş veren lehine tamamen ortadan kalkmıştır.

3) Büyük sanayi ve istihsal müessesleri arasında vücuda getirilen anlaşmalar, Kartel ve Tröst teşkilâtları, kredi müesseselerinin yarattıkları Holding sistemleri Vs. Vs. ticaret hayatında zayıf müteşebbisleri büyük sermaye teşkilâtları karşısında âciz bir vaziyete düşürmüştür. Bunun neticesi olarak satış mukaveleleri, fiat prensipleri, sarih veya zımnî bir şekilde yukıarda aşağıya dikte edilen şartlara tâbi tutulmaktadır.

4) Fiatların arz ve taleb kaidesi neticesinde tesbit edildiğini iddia eden iktisatçılara karşı, büyük piyasalarda tetkikat yapan Belçikalı bir iktısatçı ve hukukçu, L. Dechesne, Liyej hallerinde, kabzımalların her sabah bir kahvede toplanarak o günün talep miktarını kiç düşünmeden fiatları aralarında diledikleri gibi tesbit ettiklerini misal olarak zikrediyor.

Şurasını ilâve edebilirim ki adet itibarile olan yukarıki misaller, bütün bir faaliyeti iktisadiyenin hülâsasını ifade eder. Nakil vasıtaları, sigorta ve kredi müessesaleri, sermayeye müstenit büyük sanayi hare-

523

ketleri. Bunlarla münasebeti olmayan en küçük ticarî bir muamele tasavvur edilebilir mi ?..

***

Eski konsepsiyonlar üzerine kurulu ticaret kodlarının ve bütün hukuku hususiye sisteminin iktısadî hayat inkişafını derin bir lâkaydi ile karşılamaları, hayat icaplarile hukuk prensibleri arasında doldurulması güç boşluklar vücuda getirmişdir.

Bu tezadın, bütün milletlerin içtimaî ve siyasî bünyelerinde vücuda getirdiği sarsıntıları tetkik edecek değilim.. burada kısaca kanun vazilerinin fer'î bazı tedbirler ile, sarahatların önüne, ne suretle geçmeğe çalışdıklarını tetkik etmekliğime müsadenizi rica ederim :

Önce şurasını arzedeyim ki, kanun vazıları, eskidenberi, yani Roma hukuku devirlerindenberi, hukukî muamelelerle ferde mutlak bir serbesti tanımamıştır. Fakat bu serbestî, zarurî ve tabiî bir şekilde tahdit edilirken yine ferdin hürriyet ve serbestisini temin edebilmek maksadı güdülüyordu.

Meselâ, umumî ahlâk telâkkilerine uygun düşmeyen, âmmenin intizamını, hareket serbestisini bozan veya bozmaya kabiliyeti bulunan akitler ile, gayrı ızrar maksadile yapılan hareketler.. VS. hiçbir zaman kanunun himayesi altında konulmamıştır.

Ahlâk telâkkilerini, intizamı âmme mefhumunu, hüsnüniyet kaidelerini istediğiniz kadar genişletip darlatınız, kanunun endişeleri, daima ferdin veya fertlerin hareket serbestilerini temin edebilmektedir. Hürriyeti temin için, hürriyeti tahdit prensibinin fikirlere hakim olduğu, kolaylıkla müşahede edilebillr.

Ticaret ve hareket serbestisini tahdit eden daha yeni mevzulardan bir diğerini misal olarak tetkik edebiliriz :

Ticaret serbestisinin bütün genişliği ile kabul edildiği rejimlerde de gayrı meşru vasıtalarla rekabetin önüne geçilmeğe çalışılmıştır ; Almanyada 19 uncu asrın sonlarına doğru, 27 Mayıs 1897 tarihinde, haksız rekabete karşı mücadele için hususî bir kanun neşredildi. 1909 tarihli yeni bir kanun ile tekemmül ettirilen bu mevzuda, kanun vazıı, Ticaret Kanunu ve Kanunu Medenî hükümlerinin kifayetsizliği karşısında himaye görmeyen tüccarları, rekabet alınan da koruyabilme çarelerini temine çalışıyor.

Fransada, bu zeminde hususî bir kanun olmadığından, jürisprüdans, Medenî Kanunun 1382 inci maddesi hükümlerini tefsiren genişleterek, aynı şekilde gayri meşru rekabetin önüne geçmeğe çalışıyor.

Diğer memleketlerin bir kısmı hususî kanunlar ile, bir kısmı da ticaret kanunlarına hükümler ilâvesi suretile — bizde olduğu gibi — veya ahkâmı umumiyeye istinaden, tiçaret hayatında meşru telâkki edilen rekabet yollarından ayrılarak gayrı meşru vasıtalara müracaat edenler aleyhine hükümler ortaya koydular.

Bu tedbirler ile de güdülen hedef ferdin hürriyetini, ticaret serbestisini temin edebilmektir. Bu suretle hukuka düşen rol, fertler arasındaki münasebetlerde zuhura gelecek ihtilâfları, müşterek adalet prensipleri dairesinde halledebilecek kaideleri vazetmek ve bunların tatbikini emretmektedir. Herşey yapmak mubahtır; elverirki kanunuu kabul ettiği esaslarına muhalif olmasın.

Hukuk böylece içtimaî hayatı statik bir vaziyette mülâhaza edip, onun bakası, sükûn ve intizamının idamesi için gerekli tedbirleri almakla iktifa ediyor.

*
* *

Hürriyet şüphesizki insanlar için en cazip bir şeydir. Bu cazibenin sihirli tesirlerine kapılan binlerce ve binlerce insanların, tarihin sonsuz sahifeleri içinde kanlarını dökerek nefislerini feda ettiklerini biliyoruz. Sübjektif bakımdan baha biçilmez bir kıymet ifade eden hürriyet, içtimaî hayatın hakikî sahneleri içinde, hukukî yalanlar sırasında katılıp gitmiştir.

Hürriyet ve müsavat mefhumları Fransa ihtilâlinin idealist demagogları elinde kuvvetli bir silâh olarak kullanılıyordu; bugün, hayat realitelerine, sinirlerimize hakim, sakin bir nazarla bakarsak bu iki mefhumun da güzel hülyaları yaşatmaktan başka bir kıymet olmadığını görürüz.

Hukuk bakımından hürriyet, muayyen içtimaî şartlar içinde kullanılması mümkün olan bir serbestîdir. Ve ancak hak ve vazifelerin karşılıklı münasebetlerini düzenleştiren organize ve ulusal bir devlet teşekkülü için de mevzubahs olabilir. Ulusal bir devlet teşekkülüne bağlanmayan, ferdî menfaatlerini ulusal menfaatlerde aramayan kimseler hürriyetin ruhlara ebediyet hissî veren zevkini anlamak ümidine kapılmasınlar..

İnsanlar arasında müsavatsızlık bir vakıadırki ferdî zekâda, bedenî kuvvetde, verim ve çalışma kabiliyetlerinde daima göze çarpar; bu va-

525

kıalar, insanlar arasında kin ve haset hislerinin doğub büyümesine saik oluyor. Bu hisler karşısında fertler, serbest bir rekabet mücadelesine terkedilince sonsuz ve amansız bir mücadelenin başladığı görülür.

Ulusal bir devletin iç hareketleri bakımından vaziyet böyle olduğu gibi arsıulusal durumlarda mücadele büsbütün vahşiyane bir şekil almaktadır. Zaif milletlerin kaviler karşısında hürriyet ve istiklâllerini bir gün bile muhafaza edemiyeceklerinin söz götürmez bir hakikat olduğunu hepiniz bilir ve takdir edersiniz.

Bütün bu temas ettiğim realiteler karşısında devlet mefhumuna yeni bir mana vermek temayülü, 19 uncu asırdan başlıyarak 20 inci asrın bir çok mütefekkislerinde kolaylıkla sezilebilecek bir hale geldi. Ulusal bir devlet varlığının herşeyden evvel iktisadî kuvvete dayandığını gören iktisatçı ve içtimaiyatcılar bir devletin iktisadî faaliyetlere karşı yabancı kalamayacağını açıkca ifade ettiler. Bu fikir hareketleri, her milletin hususî bünyesine göre az çok başka neticeler tevlit etmiş olmakla beraber son senelerin en mütebariz bir vasfı haline girmiştir.

Biraz evvel arzettiğim veçhile, ne yazık ki hukuk bu cereyanlara karşı gözünü yummaktan başka birşey yapmamışlardı. Eski - klasik kodlar bütün asaleti ile mevcudiyetlerini muhafaza ederken hayat ve hayat telâkkileri durmadan yürüdü. Bu hareketi durdurmak mümkün olmadığı gibi, kodlara dokunmak da bütün hukukcuların itiraz seslerini yükselttiğinden kanun vazıları, müteferrik ve hususî bir çok kanunlar ile devletin iktisadî hayatı düzenleştirmeğe matuf hareketlerini tanzime çalışdı.

Dahilî ticaret bakımından sanayiin inkişafını temin edecek himaye tedbirleri ittihaz ederken gümrük dıvarları ile haricî rekabete karşı dahilî ticareti korumanın çarelerini araşdırdı. Diğer tarafdan millî paranın korunması için gerekli tedbirleri aldı.. Kliring ve kontenjantman sistemleri hep bu prensiplerin bir neticesidir.

İnterventionisme denilen devletin iktisadî faaliyete müdahalesi yani bir şey değildir. Devlet mefhumunun yaşadığı her devirde ve muhitde bir çok mülâhazalar ile Devletin ticarî muamelelere nezaret ve az çok müdahale ettiği muhakkakdır. Bilhassa 16 ıncı, 17 inci asırlarda gerek memleketimizde ve gerek garp memleketlerinde mühim mikdarda eşya fiatları üzerine narh koymak sistemi bu müdahalenin bir neticesidir. Hatta diyebilirimki başdan başa ticaret hukukunun, hukuku medeniye karşısında müstakil bir hukuk şubeci haline girmesinin saiki de iktisadî

526

faaliyet ajanı olmaları itibariyle, gerek tüccarların ve gerek ticarî muamelelerin daha mazbut bir nizam altında çalışabilmelerini temindir.

Devletin her hangi bir şekilde müdahalesi şüphesizki ticaret serbestîsini az çok tehdide matuf bir hareketdir. Fakat devlet müdahalesinden böyle bir mana çıkarabilmek ancak ferdiyetci hukuk konsepsiyonlarının fikirlerimize hakim olmasiyle kaimdir. İşte, bu konsepsiyonların tesiri altında bulunanlardırki devletçiliği bir interventionisme şeklinde ifade ederler. Halbuki devletçiliği, ferdiyetci hukuk prensiplerinden kurtulmuş, ileri bir hukuk prensiplerinden kurtulmuş, ileri bir hukuk sistemi olarak kabul edecek olursak interventionisme mevzubahs bile olmaz.

Çünki devletci bir hukuk sisteminde fert, ancak cemiyetin bir uzvu olarak kıymet ifade eder. Bu sistemde hukukun gayesi ferdin hürriyetini, hareket serbestîsini temin etmek değil, iktisadî organizma içinde ferdî harekete getirmek ve bu suretle ulusal iktisadî faaliyeti teşkilâtlandırmakdır. Binnetice hukuk statik olmakdan çıkarak, dinamik bir mahiyet iktisap ediyor.

Devlet ve hukuk konsepsiyonları, her devre ve her muhite göre değişebilir. Zamanında büyük bir rol oynayan endividüalist hukuk, ticaret serbestisi umdelerini ortaya koymuştur, Bugünün iktisadî ve siyasî vaziyetleri karşısında rekabet serbestisinin bütün genişliği ile hüküm sürmesi ilk safhada bir (iktisadî anarşi) vücude getirdiği gibi ikinci safhada da sermaye organizasyonları neticesinde vücude gelen iktisadî faaliyetlerin büyük malî ve sınaî grupların nüfuzu altında temerküz etmesi bir (iktisadî feodalite) meydana çıkarmış oluyor. Diğer taraftan endividüalist hukuk sistemi içinde yaşayan bir muhitte ferdî teşebbüsler karşısında devletin de şirketler gibi ticarî bir rol der'uhde etmesi, ulusal bünye içinde bir « iktisadî imparatorluk » tesisine kadar gidebilir.

Halbuki devletçi bir hukuk sistemi içinde bütün bu endişeler bertaraf edilmiş olacaktır. Ne ferdin teşebbüs kabiliyeti kırılacak, ne de ulusal menfaatlerin şahsî ihtiraslar karşısında sarsılması mevzubahs edilebilecektir. Ferdî ve millî menfaatler arasında herhangi bir tezadın mevcudiyeti öne sürülemiyecek, ferdî ve millî faaliyetler arasında tam bir ahenk teessüs etmiş bulunacak, hulâsa bütün manasiyle bir (iktisadî demokrasi) kurulmuş bulunacaktır.

*
* *

527

Hukukta dilediğimiz bu inkilâp bütün hukuk acunu bakımından ortaya konulması icap eden bir mesele olduğu kadar Türk ulusal hukuku ve ulusal menfaatleri bakımından da çok büyük bir önemle incelenmesi gerekli bir meseledir.

Çünkü teokratik bir hukuk sisteminin müstahsilleri karşısında ilk adımını atmak mecburiyetinde kalan Türk inkılâbı, en basit hukukî ve medenî iktiyaçları bile tatmine gücü yetmiyen, Arap çöllerinin bilmem kaç asır evvelki aile teşkilâtını 20 inci asır Türk medeniyeti içinde yaşatmaya yeltenen bu hukuk sistemini bir gün bile yaşatamıyacağı tabiî idi. Bu ihtiyaç ve zaruret karşısında Garp memleketlerinin işimize pek uygun olan ana kanunlarını kısmen tercüme ve kısmen de iktibas suretile alıp kabul ettik. Elimizdeki ticaret kanunu da bu arada iktibas edilen ana kanunlardan birisidir. Bu suretle garbın ferdiyetçi hukuk sistemini, bilerek bilmeyerek, isteyerek veya istemiyerek adapte etmiş, memleketimize sokmuş bulunuyoruz. Bunu böyle yapmakta bundan on sene evvelki vaziyete göre bir zaruret vardı. İnkılâbın çabuk akışları ve gidişleri karşısında daha fazla düşünmeğe ve beklemeğe imkân yoktu. Bundan başka altı okun ışıkları henüz bütün vuzuhu ile düşüncelerimizi aydınlatmadığı bir devirde bundan başka türlüsünü yapmak ta mutasavver değildi.

Fakat bugün.. Halkcı ve devletçi bir konsepsiyon içinde inkişaf bulan Türk ulusal devlet ve ekonomi sistemleri karşısında endividüalist bir hukukun yerini devletçi bir hukuk sisteminin işgal etmesi zarureti bütün vuzukile meydana çıkıyor.

Bu ihtiyaç, ticaret hukuku alanında bilhassa kendisini göstermektedir. Çünkü ekonomik münasebetlere hukuk bakımından düzen verebilecek olan hukuk şubesi, ticaret hukukudur. İktısadî ve içtimaî münasebetlerde ferdin menfaatlerini ve hareket serbestîsini topluluk menfaatlerile karşılaştırmak ihtiyacını duymıyan, ticaret hayatında olabildiği kadar geniş bir hukuk serbestîsi tanımak isteyen çağlarda, ticaret hukuku ancak ferdî menfaatleri korumak için çalışan, ticareti kendisine meslek edinenlerin bu sıfatla aralarındaki münasebetleri tanzim eden bir hukuk şubesinden başka bir şey değildir. Ticaret hukuku, ekonomik konsepsiyonlar ile ahenkdar bir tekâmül yolu takibetmek mecburiyetindedir. Şimdiye kadar ticaret hukuku bu hamleyi yapamadığı içindirki, devlet, iktisadî faaliyete müdahale zaruretini hiesetmişdir. Ferdiyetçi hukuk ülküsü üstüne kurulan eski hukuk sistemi, yeni hayatın isteklerini kandıramayacak kadar cılız ve sıska bir hale gelmişdir. Hukuk türclerinin içtimaî hayat iycaplarına karşı aykırı

528

bir vaziyetde kalması sosyal bir düzensizliğin baş göstermesine sebebiyet veriyor. Hedefi, hukukî münasebetlerde ferdin özel menfaatlerini korumak olan bugünkü hukuk sistemi, fertleri kendi varlıkları içinde mücerret bir unsur olarak mütalâa etmektedir. İnsanlığı yalnız kendi menfaatlerini düşünen hasis bir menfaatperest maskesi altında görmek, temiz duygularımıza aykırı düşen, bir görüş tarzını ifadesidir. Münhasıran özel menfaatler bakımından bu hayat ölçülemez. Sosyal ve ulusal hayatın temelleri bundan daha sevimli ülküler üzerine kurulmuşdur. Hayatı bu yönden gören yeni hukukun türelcri içtimaî menfaatleri özel menfaatlere üstün görür.

O halde devlet konsepsiyonlarımızla hukuk konsepsiyonlarımız arasında bir imtizaç teminini en acil bir mesele olarak ortaya koymak ve bunu cesaretle öne sürerek incelemek mecburiyetindeyiz. Liberal bir iktisat sistemine pek uygun düşen endividüalist hukukun, iktisadî devletçilik mefhumu ile mutabakatını kim iddia edebilir.

Hukukun diğer şubeleri içinde pek göze çarpmayan bu tezat ticaret hukuku alânında bütün çıplaklığile meydana çıkmaktadır. Ve bu tezat neticesindedir ki ticaret serbestisinin tahdit edilip edilemiyeceği sorulmaktadır. Halbuki devletci ve cemiyetci bir hukuk sisteminde böyle bir sual varit bile olamaz. Çünki devletçi bir hukuk sistemi karşısında ferdin hürriyet ve serbestisi camia menfaatleri içinde ölçüleceğinden bu serbestinin tehdidi varit görülemez.

O halde hukukun istikbale doğru tekâmül hareketlerinde kanunlarımızın ve bilhassa ticaret kanunumuzun şu veya bu maddesi üzerinde tevakkuf ederek o maddelerin ıslahı ile uğraşmak vakitlerimizin beyhude kaybolmasina sebebiyet verdiği kadar vaziyetin düzelmesine de yardımı olmaz.

Hukuka, devlet konsepsiyonlarına uygun yeni bir istikamet vermek lâzımdır. Hedefi, ulusal varlık organizmasını, ulusal menfaatlere en uygun bir şekilde tanzim edip ferdlere bu varlık içinde kıymet veren bir hukuk sistemi, Türk inkilâbının altı okla bize gösterdiği amaçlardan birisidir.

Köklerini medeniyet tarihinin çok eski devirlerine yerleşmiş bulunan asırlardanberi zekâlara hakim olan.. hisleri ve menfaat alâkalarını kendi nufuzu içine alan hukuk anlamlarına yeni bir istikamet vermenin kolay

olduğunu iddia edecek değilim.. bunu yapabilmek bir (force creatrice), bir yaratıcı kuvvetin vücuduna vabestedir. Başka milletler bu kuvvetten mahrum oldukları için bu inkilâbı yapamıyorlar.

Fakat Türk milleti bu fikir inkilâbını yapabilecek yaratıcı kuvvete maliktir.

Bu yaratıcı kuvvetin adını hepiniz bilirsiniz.. *Atatürk*

530

PROF. Dr. ERNST E. HIRSCH

İstaubul Üniversitesi
Ticaret Hukuku
Ord. Profösörü

Devletçilik ve Ticaret Hukuku

Türkçeye çeviren : ALİ HÜSEYİN

Sayın Bayanlar, Baylar,

Türk ulusunun en yüce ve en değerli elemanlarının kalp ve kafasını, diğer herhangi bir mevzudan fazla ilgilendiren "D e v l e t ç i l i k„ mevzuu üzerinde ilgili dinleyiciler karşısında söz söylemek şerefini çok derin ve büyük bir sevinç ve şükranla karşılamaktayım.

"Devletçilik„ bir ekonomi sistemi değildir. Devletçilik tıpkı liberalizm gibi, ekonomik bir görüş, bir kavrayıştır. Devletle fertlerin, ekonomik bakımdan, rabıta ve münasebetlerini en mütenasip ve mütevazin bir şkilde tesbit eden bir telâkkidir, *bir nazariyedir.*

Bu nazariyeye göre: Devlet, haiz olduğu hukukî kuvvet ve ekonomik maddî vasıtalara dayanarak, ekonomik hayatı bir plân dairesinde şekillendirmelidir.

Muhtelif ekonomik görüş ve kavrayışların, her birinin ayrı ayrı iyi veya fena taraflarını aydınlatarak, devlet veya ferdin refahı bakımından hangisinin daha elverişli olabileceği hakkında nihaî bir karara varabilmek, ancak "ekonomist„ lerden beklenilebilecek bir iştir (1). Bu gibi ekonomik nazariyelere bağlanan meselelerin tahlil ve tetkiki "Hukukçunun„ salâhiyeti dışında kalmaktadır. Onun tetkik ve tesbit edebileceği şey, ancak şu veya bu ekonomik görüşün, kavrayışın, lejislasyonda idarî ve kazaî kararlarda ne surette tescili ve teressüp ettiğidir.

53-1

Yani, onun vazifesi, felsefî ve ekonomik herhangi bir telâkkinin, filiyatta hakikî hâdiselerin hukuk çerçevesi içerisine alınması keyfiyeti üzerine ne dereceye kadar âmil ve ne surette müessir olduğunu tetkik ve tesbit etmektir.

Bugün, üzerime almış olduğum vazife ise, *devletçilik telâkkisinin ticaret hukuku üzerinde ne dereceye kadar ve ne surette müessir olduğunu* kısaca bir tetkikinden ibaret bulunmaktadır.

Biz, hukukçular, devletçilik telâkkisini pratik hayata naklettiğimiz zaman ona *"devlet entervansiyonizmi„* ismini veririz.

Görüşüme göre bu "entervansiyonizm„ üç muhtelif şekilde tecelli etmektedir (2) :

1 — Nizam altına almak şekli - (Reglementation)

2 — İmtiyaz verme şekli - (Concession)

3 — Devletleştirmek şekli - (Etatisation)

Birinci şekil: Devlet, ekonomik hayatta ilgili kimselerin hareket tarzlarını birtakım normlar altına alarak *herhangi bir suiistimalin ve taşkınlığın önüne geçmek için* kanun : Kararname ve nizamnameler yapmak suretile intizamı temin etmekle iktifa eder.

Bu surette hareket eden devlet, *fertlerin mürebbisi* rolünü oynuyor demektir. Tıpkı iyi bir aile babası gibi ailesinin içinde sulh ve sükûnun, intizamın muhafazasına çalışıyor demektir.

Devletin mürebbi rolünü oynaması, normal zamanlarda ne kadar kolaysa anormal zamanlarda da o derece müşkülleşmektedir. Bununla, devletin "nizam altına almak„ için gösterdiği reglemantasyon faaliyetinin zamanların anormalleşmesile gitgide artması kendiliğinden anlaşılmış oluyor.

Bunu daha açıkça ifade edecek olursak, diyebiliriz ki harp ve ihtilâl gibi fevkalâde anormal zamanlarda, devletin reglemantasyon faaliyeti çok defa korkutucu bir surette artmakta ve ancak normal vaziyetin avdetile gerilemektedir. (3)

Kanaatimce, devletin vazettiği reglemanların adedinden ziyade, bunların nasıl *tatbik* edildiğinin veyahut nasıl *tatbiki* istenildiğinin büyük bir ekemmiyeti vardır.

Bu reglemanların, idare makamları ve mahkemeler tarafından tatbik ve tefsirinden, bir memlekette hâkim olan ekonomik telâkkiyi anlamak mümkündür.

532

Devletin teşrii, idarî ve kazaî bütün faaliyetlerinde bu mürebbi ruhunun nasıl tecelli ettiğini ve bu ruhun ticart hukukunun inkişafı üzerindeki tesirlerini bazı misallerle izah etmek isterim.

Büyük Fransız devlet adamı "Colbert„ in bütün eserini ve hayatını kısaca şu sözlerle ifade edebiliriz: "Nizamname yapmaktan daha mühim birşey yoktur.„ (4)

Entervansiyonizmin ilk tezahürü olan " Kolbertizm „ e *ticaret hukukunun* ilk ve toplu *kodifikasyonunu* medyunuz.

1673 te neşredilen meşhur "Ordonnace sur le Commerce„ ve 1681 de onu takip eden "Ordonnace sur la marine„ tarihte rastladığımız ilk ve müstakil ticaret kanunudur. Bu kanunların esbabı mucibelerinde aynen şu ibareye raslıyoruz:

" Des règlements capables d'assurer parmi les negociauts la bonne foi contre la fraude„ (5) Bu nizamnameler tüccarlar arasında hüsnüniyeti hileye karşı koruyacaktır„ denilmektedir.

Bilâhare, kolbertizm nizamnameler içinde saplanıp (6) kaldıktan sonra onu birçok ".... izmle„ ve bu meyanda liberalizm, kapitalizm, takip etmiştir. Fakat kolbertist temayüllerin yine yaşamakta devam ettiğini görüyoruz. Bütün 19 uncu asır ticaret hukukunun kodifikasyonu ile meşguldür. İngiltere ve Amerika müstesna olmak üzere, dünyanın her tarafında bütün devletler hususî ticaret kanunları neşretmektedirler. Bu kanunların yukarda ismini andığımız meşhur ordonanslarla gerek şekil ve gerekse söz itibarile çok büyük bir karabet arzetmekte oldukları reddedilemez bir hakikattir. (7) Metin itibarile de "kolbertizm„ in müessir olmakta devam ettiğine şahit oluyoruz.

Ticaret sicilli, ticaret defterleri, ünvanı ticaret, alâmeti farika, gayri kanunî rekabet, için vazedilen hükümler ticarî muamelelerde doğruluğu ve namusluluğu hâkim kılmak istiyen devletin mürebbilik faaliyetinin doğurduğu entervansiyonist tezahürlerden ibarettir. (8).

Hattâ, liberalizm'in klâsik vatanı olarak anılan İngilterede bile, bütün reglemantasyon düşmanlığına rağmen (9); ticarî muamelelerde, ekonomik alanda, İngilizlerin o meşhur "Fair play„ lerini muhafaza edebilmek için. yukarda isimlerini saydığımız matyerler üzerine bu son otuz sene içinde, fevkalâde geniş ve en ince teferruata varıncaya kadar derin giden kanunlar vaz'ı zarurî görülmüştür. (10).

Bu müteferrik matyetlerin yanında, bir çok ticaret kanunlarında, bu arada kendi ticaret kanunumuzda da muhtelif yerlerde, yine entervansiyonist zihniyetin doğurduğu ve umumî ihtar mahiyetinde bazı

hükümlere tesadüf etmekteyiz. Bunlar genel hukukî birer kaide şeklinde ferde, ticaret hayatında hattı hareketini dikte etmektedirler. Meselâ, Ticaret kanunumuzun muhtelif kısımlarında ticarî teahhüdatın ifasında tüccarın " basiretkâr bir tüccar „ gibi hareket etmesi lâzımgeldiği zikredilmektedir. (11) Gerek bu hususta, gerekse medenî kanunumuzun ikinci maddesinde mevzuubahs edilen " hüsnü niyet „ kaidelerinin veya bir hakkın sırf gayrı izrar eden suiistimalinin himaye edilmiyeceği keyfiyetinin tatbikinde, hakim vazii kanun salâhiyetini haizdir. (12) Demek oluyor ki, medenî kanunumuzun birinci maddesi mucibince, Türk hakimi, burada karar verirken kararını bizzat kendisi vazii kanun imiş gibi hareket ederek bina edecektir.

Ancak, Hakim kanunun boşluklarını doldurmak salâhiyetini haiz olmakla beraber, bu salâhiyeti indı bir surette istimal etmek salâhiyetini haiz değildir. Her vakit gözü önünde bulundurması lâzımgelen bir hakikat vardır. O da, Türk esas yasasının 8 inci maddesi mucibince, kendisinin halk egemenliğine dayanarak ihkakı hak ettiğidir.

Bu demektir ki, kendisinin karğılaştığı vaziyet karşısında, Halk egemenliğini kullanan Kamutay bu hususta bir kanun yapmış olsaydı bunu ne surette yapmış olacağını düşünmesi lâzımdır. (13) Kanunların gerek tatbik gerekse tefsirinde de ayni şekilde, halk egemenliğini kullanan Kamutayın telâkkisini gütmesi gerektir. Bugün ise " Devletcilik „, yeni Türkiyenin esas ve temel prensiplerinden biri olması dolayısile mahkemelerin de bu prensibe dayanarak hakkı ihkak etmeleri böylelikle ticarî muamelelerde, dürüsti ve doğruluğu himaye etmek ve ekonomide fert serbestisinin doğurabileceği suiistimallerin önüne set çekmek hususunda devletin terbiyeci " vazifesine mahkemelerde yardım etmekle müelleftirler. (14)

Bu telâkkiyi kale alacak olursak Ticaret kanunumuzun, Fransız kodsivilinden alınmış olan (15) ve ticarî mesailde kanunen muteber olan mukavelelere tarafeyn için kanun mahiyetini veren hükmün, Ticaret kanununun bu hususlakı hükümlerine tercih edilmesine âmil olan ikinci maddesine bugüne kadar verilmiş olan ehemmiyetten *hem başka bir ehemmiyei verilmesi zaruridir.*

Hukukî münasebetlerde tarafeynin rızasını hakim kılan akit serbestîsi prensibi liberalist ekonomi telâkkisine dayanmaktadır. Bu telâkkiye göre, ferdin bir mukavele aktetmesi, ve bu mukaveleyi hangi şerait dahilinde aktedeceği keyfiyeti, doğrudan doğruya kendi serbest

534

rızasına bırakılmıştır. Liberalist ekonomi telâkkisi tarafeynin ekonomik durumlarını arz ve talep kanunun şümulu dairesine sokmaktadır.

Hudutsuz bir akit serbestîsi ekonomik bakımdan, zaifların istismarı demektir. Bu serbestî umumî bir hukuksuzluğa müncer alabilecektir. Bu sebepten dir ki, liberal zamanı kanunlarında, kâfi olmamakla beraber, yine tahdit edici bazı hükümlere tesadüf etmekteyiz. Ticaret kanunumuzda da tadil ve tahfifi gayrı kabil olan bir çok âmir hükümlere rastlamaktayız. (16) Bu gibi ahvalde Ticaret Kanununun 3 üncü maddesi mucibince ve bu hükümler dolayısile tarafeyn arasında husule gelen her hangi itilâf, kanunî esasat karşısında ikinci saffa geçmektedir.

Ancak, Ticaret Kanunumuzun ikinci maddesinde yazılı olan "kanunen muteber„ ibaresini sırf ticaret kanununa ve ayni kanunun birinci maddesine istinaden de hususî kanunlarına tahdit etmek doğru olamaz. Bilâkis Borçlar Kanununun 19 uncu ferdin serbestisi maddesine istinaden, denilebilir ki, *herhangi bir kanun* bu hususta âmir bir hüküm vaz ettiği veya fertler arasında yapılan itilâfın gerek âmme nizamına muhalif, gerekse ahlâk ve adaba veya şahsî haklara müteallik hükümlere mugayir olduğu zaman hudutlarına kendiliğinden erişmiş bulunmaktadır (17).

Bununla herhangi ticarî bir muamelenin "Ordre public„ i ihlâl veya adap ve ahlâka mugayir olması dolayısile batıl, izrar mahiyetini taşıması dolayısile kabilifesih, yahut kumar ve oyun mahiyeti dolayısile kabili dava olmaması, bir hakkın sarih bir surette suiistimal teşkil etmesi dolayısile hukuki himayeye mazhar olamayacağını tespit ve bu hususta karar ittihazına hakime salâhiyet tanınması olmaktadır. ve bu karar kendisinden beklenilmektedir (18).

Bu salâhiyet bilhassa tarafeyne, kanunen ve sarahaten akit serbestisi bahşedildiği zaman dahi mevcuttur. Meselâ faiz mikdarı veyahut mukavele ile tespit edilmiş olan cezalar hakkında (19).

Şimdi, hiç şüphesiz, hepiniz, Temyiz Mahkemesinin 29-1-1930 tarihli ticarî mesailde faiz miktarının gayri mahdut bir şekilde tespit edilebileceğine dair olan tevhidi ictihat kararile (20),

Hukuk heyeti umumiyesinin 22-4-1931 tarihli, ticarî mesailde mukavelede münderiç şartı cezaî mikdarının tenziline cevaz olmadığına dair, kararını (21),

Hatırlarsınız.

Her iki kararda da, maalesef devletçilik zihniyetini göremiyorum.

535

Yani yukarda arzettiğim gibi bu zihniyetin mevzubahis serbestilere vaz'ını zarurî gördüğü tahdidata tesadüf edemiyorum. (22).

Entervansiyonizmin başka bir yoldan daha yürüyerek ticarî mesailde, mukavele serbestisini daha ehemmiyetli bir surette tahdide gittiğini görüyoruz.

Ticaret hukukunun, çok defa " büyük mikyasta, devamlı bir surette cereyan eden hukukî meseleler hukuku „ diye de tarif edildiğini bilirsiniz (23). Bununla, modern ticarî münasebatın umumiyetle her vakit tekerrür eden ve şahsî, ferdî karakterlerini gittikçe kaybeden tipik ve muayyen bazı eşkâl dairesinde cereyan etmekte olduğu gösterilmek istenilmektedir.

Ticaret Kanunumuzun 20 ve 21 inci maddelerinin ticarî muamele addettiği, şimendifer ve deniz nakliye işleri, telefon, umumî mağaza, sigorta, hava gazi, su ve elektrik istihsal ve tevzii işlerinin, bu işlerle iştigal eden müessesat tarafından tek taraflı olarak tesbit edilmiş ve "umumî şartlar„ ismini taşıyan esasat dairesinde cereyan ettiğini bilirsiniz. Bu "umumî şartlar„ herhangi bir hususî anlaşmayı başından imkânsız kılmaktadır. Bunlarla her cihetçe korunması lâzımgelen halk menafiinden ziyade mevzubahis müessese menafiinin gösterildiğini söylemiye bile lüzum görmiyorum.

Mukvaele metni böylelikle, her defaya mahsus olmak üzere evvelden tesbit edilmiş bulunmaktadır. Ve *mukavele serbestisi* hakikatte burada yalnız bir *akit yapma serbestisine* inkılâp etmiş oluyor (24).

Bu müessesat, ekonomik bakımdan hakikî bir monopola malik oldukları veya böyle bir monopol vaziyetini kartel mukveleleriyle temine çalıştıkları zaman, bu *akit yapma serbestisi* bile ortadan kalkmaktadır. Tarafeyn arasında serbestce kararlaştırılan akdin yerini bir tarafın diğer tarafa *dikte ettiği mukavele* tutmaktadır.

Böyle bir vaziyetten doğabilecek suiistimallerin önüne geçmek için sırf mahkemelerin kuvveti kâfi değildir. Burada teşrii ve idarî kuvvetlerin de müdahalesi zaruridir.

Böylelikle, bu umumî şartlar ya evvelden idarî makamların tasvibine arzedilecektir (25), ve yahut devlet kısaca yapacağı nizamnameleri bunların yerine idame edecektir (26).

Bunun neticesi olarak, bir tarafın diğer tarafa dikte ettiği mukavelenin yerini *devletin dirije ettiği* mukavele almaktadır (27). Dolayisile Ticaret kanununun akit serbestisini temin için vazedilmiş olan hükümlerin bir çoğu da hükümsüz kalıyor demektir. (28)

536

Hatta *akit yapma serbestisi* bile, çok def'a, bazı hayatî ihtiyaçların karşılanması için kurulan monopollerin teşekkülü karşısında, bir *akit yapma mecburiyeti* şeklini almakta ve burada hukukî serbesti tamamen ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. (29)

Bu izahatımdan çıkarılabilecek neticeler sarihtir. Reglemantasyon suretile yapılan entervansiyon devletin en hafif müdahale şekli olmakla beraber, hukukî ve ekonomik münasebatı bir plân dahilinde şekillendirmeyi güden materyel prensibi bakımından ticarî hukukun bütün sahasına tamamen şamil ve en derin giden tesirleri yapan bir entervansiyon şeklidir.

Kanunun haricî şekli baki kalmakla beraber, öz itibarile, bu müdahalenin tesiri altında, *hukukun tamamen değiştiğine* şahit oluyoruz. o kadar ki, bu şerait dahilinde kanunların şekli hukukî tefsiri, devletçilik ekonomi telâkkisile kabili telif olmıyan neticelere varmaktadır.

Devlet entervansiyonizminin *diğer bir şekli* de "devlet tarafından muayyen bazı eşhasa veya müessesata *imtiyaz verilmesi* şeklidir.

Bu gibi imtiyazların verilmesi ya sırf malî bir esasa müstenittir, yani bununla devlet için muayyen bir gelir kaynağı temini mevzuubahistir, veyahut bununla birlikte veya sırf ulusal ekonominin yüksek menafii lehine fertlerin ekonomik faaliyetini muayyen bir istikamete doğru sevketmek, bu faaliyeti teşvik etmek, rentabl bir şekle sokmak veya rentabilitesini muhafaza etmek gayesi güdülmektedir.

Devlet artık, mürebbi rolü ile iktifa etmiyerek, *ekonomik alanda müşevvik ve yardımcı* vazifesini de görmiye başlamıştır. Devletin bu teşvik ve yardımı ya maddî olur, yani devlet bir subvansiyon prim verir. (ki bu cihet hukukçulardan ziyade ekonomistleri alâkadar eden bir keyfiyettir) (30) veya şırf hukukî bir karakteri haizdir, yani, devlet bazı şahıslara veya gruplara hukukî mümtaz bir vaziyet temin eder.

Devletin bahşettiği bu imtiyazların gerek müspet ve gerekse menfî birer cephesi vardır. İmtiyaz, bir taraftan imtiyaz sahibine diğer yurtdaşlar nazaran bir hakkı rüçhan vermektedir. Fakat ayni zamanda, fertlerin ekonomik serbestîsini imtiyaz hudutları içinde kısmen veya tamamen tahdit etmektedir.

Bu vaziyetin ticaret hukuku üzerindeki tesirleri muhteliftir. Meselâ, kabotaj kanununun bir Türk limanından diğer bir Türk limanı arasında yolcu ve yük nakliyatını tamamen Türk bayrağı taşıyan gemilere inhisar ettirmekte olduğunu bilirsiniz. Gemilerin bayrak taşıma hakkı

538

ve bu hakla çok sıkı bir rabıtası olan gemi kütüğüne ait hükümler bugünkü şekillerini entervansiyonist telâkkinin böyle bir imtiyazına medyundurlar. Bu telâkki 1651 de *Gromwell* tarafından ihdas edilen "Navigation Acts„ da en bariz ve en kat'i şeklini bulmuştur. Bu esasat bilâhare, ayni meselenin tahkimi için bütün dünyada bir esas teşkil etmişdir (31).

Hakkı teliflerin ve icatların himayesi de bidayette imtiyaz suretile olmuştur (32). Eserini neşreden müellifin veya icadını ortaya koyan mucidin umumî kültürün inkişafına yardım bakımından himayesini lüzumlu addeden devlet, bunlara eserlerinin ticarî bir surette kıymetlendirilmesi anında mümtaz bir vaziyet vermeği düşünmüştür.

Bu imtiyazlardan: Bilâhara ihtira beraatları hukuku telif hakkı hukuku gibi liberalist telâkkinin ekonomik serbesti ile gayri kabili telif addettiği esasa ortaya çıkmıştır (33).

Bununla beraber, entervansiyonizmin imtiyaz şeklinin en esaslı ve en derin tesirlerini *anonim şirketler* hukukunda müşahede etmekteyiz. Bazı başlangıçlardan sarfınazar edecek olursak, tarihte anonim şirketin 17 inci asırda Holanda, İngiltere ve Fransada kolonilerin istismarı için teşekkül eden ticaret kumpanyaları ile başlamış olduğunu söyliyebiliriz.

İlk teşekküllerdenberi mütemadiyen devlet murakabesi altında bulunmuş olan ve hatta zaman zaman devletçe menedilmiş bulunan anonim şirket, geçirdiği 300 senelik inkişafile zamanımızın her türlü ferdî kapitalist ticarî ve endüstriyel işletmelerinin tipik hukukî şeklini almış bulunmaktadır. Nihayet bugün devletin dahi ekonomik teşebbüslerinde bu şekli tercih ettiğini görüyoruz.

Anonim şirketin teessüsü her yerde devletin müsaadesine vabeste kılınmıştır. Devletin bu müsaadesi ya hususî bir kanunla veyahut idarî bir tasarrufla verilmektedir.

Anonim şirketin teşebbüsünde müessislerin kanunî esasata riayet etmek suretile devletin müsaadesini kanunen talep etmek ve almak salâhiyetini haiz oldukları zaman "normatif teşekkülden„ olmadıkları zaman ise müsaade sisteminden bahsederiz (34).

Memleketin ekonomik kuvvetlerinin ve bunlar arasında bilhassa millî sermayenin, yurdun yüksek ekonomik menafii bakımından ve ulusal inkişaf ve refah için en zarurî ve ehemmiyetli addedilen vazifelere hasredilmesi için, devlete yüksek idare imkânını bahşeden yegâne sisrem "müsaade„ sistemidir.

Bu sebepten, yani anonim şirketin teessüsünde, teessüse müsaadeyi verecek olan devlet makamı olarak yurdun en yüksek ve mes'ul makamının, yani Bankalar Hey'etinin sahibi salâhiyet görülmesini, sırf bir tesadüf eseri olarak telâkki etmek mümkün değildir.

Devletçe verilecek olan bu müsaade, tesisin ekonomik bakımdan şayanı arzu olup olmaması meselesinden ziyade, bu teessüse verilecek privilejla teessüsün hukukî organizasyonu ile alâkadardır.

Şirket esas mukavelesi, şirketin teessüsü bakımından zarurî bir temel teşkil etmekle beraber, ayni zamanda şirketin bilâhara bütün faaliyetini çerçeveliyecek bir çenberdir.

Şirket esas mukavelesi, kısmen kanunun âmir hükümlerile tespit edilmekte, kısmen de müessislerin ve heyeti umumiyenin serbest inisyativine bırakılmış bulunmaktadır. (35)

Bilhassa bu noktayi kale alacak olursak, anonim şirket hukukunun inkişafı üzerinde entervansiyonist telâkkilerin tesirini ne kadar büyültsek yeridir. Çünkü: Devlet tesise müsaade verirken, şirket esas mukavelesinde kanunun âmir hühümleri altına girmeyen kısımların tespitinde, kendi ekonomi siyasasının esaslarının tahakkukunu şart koşabilir.

Yukarıda bahsettiğimiz: *Devlet tarafından dirije edilen mukavele*ye bu suretle *Devlet tarafından dirije edilen anonim şirket esas mukavelesi* iltihak etmiş bulunuyor. Bu kanaldan Devlet, Ticaret kanununda natamam kalmış olan, meselâ, bilânçonun tanzimi, mürakabe ve hesap işlerinin tedviri gibi hususatı daha modern esasata uygun olarak şekillendirebilmek imkânını bulmaktadır. Sâfi kârın sureti istimalini tanzim edebileceği gibi devlet organlarına idare meclisi ve mürakip intihabında, teklif, tasvip veya red hakkını da temin edebilmektedir. Esas mukavelenin herhangi bir surette tadilinin de devletin müsaadesine bağlanması, bu imkânları bir kat daha kuvvetlendirmektedir.

Görüyorsunuz ki, imtiyaz ve müsaade şekli devlet entervansiyonizminin çok kuvvetli bir şeklidir.

Böyle olmakla beraber, rüçhan haklarının verilmesi imkânları haddi zatinde mahduttur, ve mahdut olmalıdır. Çünkü aksi takdirde privilej mahiyeti kaybolmaktadır. Bu sebepten entervansiyonizmin bu şeklinin tesirleri reglemantasyon şeklinin tesirlerine nazaran ticaret hukukunun ancak bazı kısımlarını şamil kalmakta olduğunu görüyoruz.

Entervansiyonizmin *üçüncü bir şeklide* de *etatizasyondur.* Burada devlet mürebbi ve yardımcı rolü ile iktifa etmiyerek bizzat kendisi *müteşebbis* olarak ekonomik hayata iştirak etmektedir. Entervansiyo-

539

nizmin en hâd şeklini teşkil eden etatizasyonun ticaret hukuku üzerindeki tesirleri mahiyet ve ehemmiyet itibarile etatizasyonun derecesine bağlıdır.

Meselâ, *Rusyada* olduğu gibi devlet ulusal ekonomiyi tamamen etatize ettiği takdirde, hususî ticaret hukuku, devlet ticaret hukuku mahiyetini almakta ve âmme hukukunun bir kısmı haline inkılâp etmektedir. *Türkiyede* olduğu gibi, devlet esas itibarile, şahsî ekonomik teşebbüsün ehemmiyet ve kıymetini takdir etmekle beraber ulusun umumî ve yüksek ekonomik mehafil bakımından lüzumlu gördüğü işlerin başarılması için müteşebbis olarak iş hayatına katıldığı takdirde ise, devlet tıpkı fertler gibi, kendisini hususî ticaret hukukunun hükümleri altına sokuyor demektir (36).

Modern ticaret şirketi hukukunun bugün bilfiil, devlet ekonomi siyasasının mübrem ve dahiyane bir surette istimal edilen bir vasıtası şeklini aldığına şahit oluyoruz.

Devlet işletmeleri, şahsî kapitalist finansıman tekniğini bütün inceliklerini bugün kullanmakta bulunuyorlar.

Bu gibi müesseseleri ticarî şirketlerden ayırt eden cihet, devlet tarafından kendilerine verilen monopol mahiyetindeki imtiyazlardır. Bu imtiyazlar, hatta bazan, 17 inci asırda, ticaret kumpanyalarına devlet tarafından bahşedilen hakimiyet hakkını da ihtiva etmekte bulunuyor. (37)

Ticaret kanununda zikredilen şirket şekilleri kâfi gelmediği veya ticaret kanununun âmir hükümleri devletin arzularının tahakkukuna engel teşkil ettiği takdirde, hususî kanunlarla, yeni yeni hukukî şekiller ihdas edilmektedir. Bu şekillere muayyen isimler verilmemekle beraber, bunların anonim şirket tipine çok benzediklerini görüyoruz.

Şimdi, bir sualle karşılaşmaktayız:

Devlet, bütün bu vaziyetler karşısında, kendi işletmeleri için, acap şirket şekilini neden tercih etmektedir? Yani bütün eshamı bir tek sahibin elinde toplu olan, "tek şahıs şirket„ hukuki ucubesine ne sebepten kanuniyet damgasını vurmakta ısrar etmektedir?

Bu sualin cevabı sarihdir: Çünkü, hukuki şahsiyet mahiyetini taşıyan ticaret şirketi ayni zamanda sahibinin anonimliğini temin eden bir kisveyede malik ve bu sahibe mahdut mes'uliyetin menafini de bahşetmektedir. Bidayette hudutsuz ve isimsiz bir şahıs çokluğu için tasavvur edilen şirket kisvesinin arkasında, bugün mahdut mes'uliyetli münferit ve anonim bir tüccarın gizlendiğini görüyoruz. Bu da devlet (38)

1) Ekonominin bu günkü meseleleri (İstanbul üniversitesi hukuk fakültesi iktisat ve ictimaiyat enstitüsü neşriyatı No. 1) bilhassa Röpke piyasa iktisadının kuruluşu ve mekanizması, Muhlis ete: Devletçilik ve plânlı ekonomi. Bu kitaptaki hususî bibliografiyi de tetkik ediniz.

2) IV üncü büyük parti kongresi tarafından kabul edilen C H P programının 5 inci maddesinin (D) fıkrası ve bu hususta Recep Peker tarafından 13 Mayis 1935 tarihinde C H P kongresinde verilen izahat.

3) Bu hususta, harbı umumî esnasında bütün muharip devletler tarafından fazlası ile vazedilen fakat bilâhara mevkii mer'iyetten kalkan kanunlara nazarı dikkatinizi celbederim. Fransada 8-6-1935 tarihli kanunun verdiği istisnaî salâhiyete binaen vazedilen nizamnamelere ve bu meyanda Dalloz, Recueil Périodique et Critique 1935, 5, 6, 8 numaralı mecmualara bakınız. Birleşik Amerika drvletlerindeki iktisadî buhranı azaltmak için reis Frankiin D. Roosevelt' in bir çok kanun ve kararnameler neşretmek suretile yaptığı tecrübe son derecede enteresandır. (New Deal!).

4) Sombart, Der moderne Kapitalismus (5. Aufl.) 1/386.

5) Lyon-Carn et et Renault, Traité de droit Commercial (5e édition) 1/24, 26.

6) « C'est l'époque d'un délire dont ont n'aurait j'amais cru l'esprit humain susceptible » meşhur Ansiklopedi için san'atlar kısmını ihzar eden Roland' ın bir feryadıdır. Manufacture ve Règlement tabirleri altında yukarıda söylenenleri mukayese ediniz.

7) Hirsch, Türk ticaret kanununun esaslarına göre ticaret hukuku cilt 1, sahife 14 v. m.

Hirch ticaret hukuku ilmi (İstanbul üniversitesi hukuk fakültesi mecmuası, yıl 1 sayı 3 sahife 334 ve oradaki bibliografi).

8) Meselâ ticaret kanununun 38, 39, 40, 43, 45, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 69, 74, 75, 114, 115, 116 ıncı maddelerine bakınız.

9) « The English system is based upon the usages of commercial classes. Both courts and legislatures have accepted the theory that bankers and merchants know their own business better than any legislature can know it, and the interests of commerce are best served by leaving them free, as far as possible, to make their own bargains and arrangements». (Edward Grey's instructions to the English Delegates, Mr. Conants Report 384).

541

10) Trade Marks Acts 1905, 1914, 1919. Registration of Business Names Act 1916. Companies Acts 1928, 1930.

11) Ticaret kanununun 644, 691, 832, 855, 1038, 1052, 1100 üncü maddelerine bakınız.

12) Egger, Züricher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (2. Aufl.).

Art. a. Anm. 7. 1221 numaralı kanunun 8 inci maedesine de bakınız.

13) Hirsch, ticaret hukuku, cilt 1 S. 9.

Schneider-Fick,Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht Anm. 8 zu Art. 19: « Bu maddenin tefsiri bu günkü devlet teorisi esasları dahilinde olmalıdır. Dinî veya içtimaî grupların şahsî kanaat ve görüşleri bir rol oynıyamaz ».

14) Fransada entervantionist içtihatları tetkik için De Lagrange' ın yakınlarda neşrettiği « La crise du contrat et le role de juge » (Paris 1935) adlı eserini tetkik ediniz.

Hirsch, ticaret hukuku, cilt 1, § 1 ve § 6 da verilen bibliografiye bakınız.

15) Code civil français art. 1134 § 1: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

16) Misal olarak: TK. nın 109, 142, 170, 172, 174, 183, 286, 298, 302, 356, 365, 485, 489, 506, 513, 531, 535, 537, 551, 558, 613, 616, 618, 689, 763, 769, 906, 939, 941, 942, 943, 946, 949, 953, 954, 970, 1001, 1009 uncu maddeleri.

17) Ticaret kanununun taslağını ihzar eden komisyon, ticaret kanununda hilâfına sarih bir hüküm bulunmadıkca, *hususî hukuk âmir hükümlerinin,* ticarî mesailde de nazarı itibara alması lâzım geleceği kanaatını taşımakta idi. (Ahmet Esat: Ticaret hukuku sahasındaki inkilâp, İstanbul baro mecmuası VII-1933-347.) *âmme hukuku âmir hükümlerinin,* hususî hukuktaki muamelât için bir ehemmiyeti haiz oldukça, sıra itibarile tarafların anlaşmalarına tekaddüm edecekleri, mantıkî bir zaruret neticesidir. Bu mantıkî zaruret, borçlar kanununun 19 uncu maddesinde acık ve kesin ifadesini bulmaktadır. Fakat böyle bir hüküm mevcut olmasaydı gine bu kaide cari olurdu. Meselâ, âmme hukukuna dahil olan sigorta şirketlerinin teftiş ve murakabesine dair 1149 numaralı kanunun 16, 17 ve 18 inci maddelerinin hükümleri, ticaret kanununun 2 inci maddesindeki akit serbestisi kaidesile bertaraf edilemiyeceği gibi akit serbestisi kaidesi bu mukavelelerin butlanını da

542

ortadan kaldıramaz. Zira aksi takdirde vazı kanunun bu normları vaz etmekle güttüğü gayenin hiç bir tesiri kalmaz.

18) Ticaret kanununun 19, 20, 21 ve 504 üncü maddelerile kanunun medenî 2 inci maddesine bakınız.

19) Ticaret kanununun 647 ve 654 üncü maddelerine bakınız.

20) Fuat Sedat : T. C. Temyiz mahkemesi umumî hey'eti tevhidi içtihat kararları, cilt 1, sahife 52, No. 40.

21) T. cil 931 temyiz kararları, hukuk kısmı, cilt 10, sahife 22.

22) Bu tenkidin esbabı mucibesi olarak aşağıdaki mütemmim izahatın verilmesine ihtiyaç hissedilmiştir :

A. Faiz miktarının serbestce taini meselesi :

I. Bir çok hallerde, Türk hâkimi, ticaret kanununun hükümlerini tefsir ederken, kanunu medenî ve borçlar kanununa müracaat etmek zaruretini duyar. Her üç kanunun aynı günde neşredilmiş olması ve mevkii mer'iyete girmesi bu temayülü kolaylaştırır. Bununla beraber her üç kanunun doğuş ve tarihçeleri göz önünden kaçırılmamalıdır. Kanunu medenî ve borçlar kanununun hükümleri birbirine uygundur. Çünkü her iki kanun İsviçre kanunlarının tercümesidirler. Halbuki ticaret kanunu, Türk vazı kanununun uzun bir mesai ve mukayeseli tetkikatı neticesinde, başlı başına vücude getirdiği bir eserdir. İsviçre borçlar kanununun 3 üncü kısmını teşkil eden ticaret hukuku hükümleri tay edilirken, Türk ticaret kanunu. İsviçreden alınan hususî hukuk kanunlarile ahenkleştirilmeliydi. Yazık ki hususî hukuk kanunlarile Türk kanunu hükümleri arasında zarurî olan bu ahengi temin için hiç bir şey yapılmamıştır. Bu ahenksizliğe, birbirinden tamamen ayrı olan terminoloji ve ifadelerde olduğu kadar, maddî hususatta da tesadüf edilmektedir. (Meselâ TK nın 4 ilâ 7 inci maddeleri. Hirsch, Ticaret hukuku, cilt 1, sahife 41, No. 26 11, sahife 129, 130, cilt 2, sahife 35, No. 131 111). Ticaret kanununun bir çok maddeleri lüzumsuzdur, çünkü aynı hükümleri kanunu medenî ve borçlar kanunu ihtiva etmektedirler. Kanunların farklı ifadelerinden vazı kanunun maksadına dair bir takım neticeler çıkarmak doğru ve caiz değildir. Muhtelif kanunlardaki kaidelerin ifadeleri arasındaki farklar birer tesadüf neticesidir. Vazı kanunun bu tesadüfte hiç bir kastı yoktur, Meselâ, borçlar kanununun 72 inci maddesinde, fazla olarak da kere içinde, « faiz meselesinde sui istimalin men'i, hukuku âmme kanunlarına aittir » cümlesi mevcut olduğu halde, buna benzer bir cümlenin ticaret kanununun 654 üncü

maddesinde bulunmamasından, vazıı kanunun ticarî mesailde faiz meselelerinin sui istimal edilebileceği kanaatını çıkarmak, metod bakımından caiz olmadığı gibi hukukan da kabili müdafaa değildir. Ticaret kanununun 654 üncü maddesinin faiz serbestisi prensibini vazetmesi ve âmme hukukunun tahdit edici hükümlerini mahfuz tutmaması yüzünden, ödünç para verme ve mevduata dair 2279 ve 2243 numaralı kanunların hiç bir hüküm ifade edemiyecekleri iddia edilebilir mi ?

II. Borçlar kanununun yukarıda zikredilen 72 inci maddesinin ikinci fikrasında kere içine alınan cümle, İsviçre borçlar kanununun 73 üncü maddesinin 2 inci fıkrasına tekabül etmektedir. Bu normun, tarihçesinin de gösterdiği veçhile, İsviçre hukuku için muzaaf bir ehemmiyeti vardır.

1. Eski borclar kanununun 83 üncü maddesinde, faiz meselelerinde suiistimale karşı hükümler vazetmek salâhiyeti *Kantonlara* terkedilmiştir. Borclar kanununun revisionunda bu hüküm yerine, umumî olarak *âmme hukukundan* bahsedilmiştir. Bununla Federasyonun kanun vazetme salâhiyetinin tevsii istenmiş ve neticede bu salâhiyet de tevsi edilmiştir. Bu tarihten itibaren Federasyon bütün Kantonlara şamil ve bilhassa faiz meselelerinde suiistimalin men'ine dair hükümler vazetmek imkânını bulmuştur. Kanton ve Federasyan arasında kanun vazetme salâhiyetinin taksimine dair bir hükmün ancak İsviçre gibi federatif bir devlette mana ifade edeceğinden, bu hükmün Türk hukukuna alınması lüzumsuz idi. Türk Borclar kanununun 72 inci maddesinin son cümlesi kere içine değil tamamen tay edilmeliydi.

2. İsviçrede, hususî hukukun tedvininde, ayrı bir Ticaret kanununun vazından sarfınazar edilmiştir. Bunun yerine ticarî muamelâtın bilumum vak'aları Borclar kanununda tanzim edilmiştir. Neticede, İsviçrede İsviçre Borclar kanununun 73 üncü maddesinin 2 inci fıkrası yalnız Medenî hukuk için değil, aynı zamanda ve aynı derecede, İsviçrede bir tek kanun dahilinde tedvin edildiği halde, hukukun müstakil bir kısmı olarak kabul olunan Ticaret hukuku içinde, bir ehemmiyeti haizdir.

III. Temyiz mahkemesi, 27 mart 1303 tarihli Murabaha nizamnamesinin Ticaret kanununun 654 üncü maddesile ve aynı kanunun 1013 maddesine uygun olarak iptal edilip edilemiyeceğini tetkik edecekti ve bu tetkikatında aşağıdaki hususları nazarı dikkate alacaktı :

1. Umumî bir prensibe binaen, daha sonra neşredilen kanunun hü-

kümleri daha evvel neşredilmiş olan kanunu hükümlerine tekadüm edenler, yani daha sonra neşredilen kanunun hükümlerine muhalif olan eski kanunun hükümleri tatbik edilemezler. Fakat bu kaidenin istisnası yok değildir. Şayet evvelce neşredilen kanun hususî bir kanun ise ve sonradan neşredilen kanunun yanında hususî bir tatbik sahasına malik ise, meriyette kalır.

2. Bu bakımdan Temyiz mahkemesile birlikte, Murabaha nizamnamesinin ticarî mesailde bir ehemmiyeti kalmadığı neticesine varılabilir. Zira âzami % 9 olan kanunî had Ticaret kanununun daha yeni olan 654 maddesile bertaraf edilmiştir.

3. Eğer bununla tarafların ticarî muamelelerde kanunen tesbit edilen âzami bir hadde tâbi olacakları kabul olunamazsada, Temyiz Mahkemesi faiz bakımından akit serbestîsinin tamamen gayrımahdud olup olmadığını, ahlak ve intizamı âmme esasları bakımından, ticarî mesailde de faiz işlerindeki suiistimalinin önüne geçilmesi lâzım gelip gelmiyeceğini, tetkik etmeliydi. Devlet ekonomisinin sağlamlaşması ve sağlamlığı için iktisadî hayatın plânlı bir surette tanzimini zarurî addeden bir devletin en mühim vazifesi iktisadî ve hukukî serbestînin suiistimaline mani olmaktır. Bilhassa bu son nokta gayetle büyük bir ehemmiyeti haizdir. Hakkın suiistimalinde olduğu gibi, kanunen bahşedilen serbestinin suiistimali de kukukan himaye edilemez.

B. Cezaî şart:

Borclar kanununun 161 inci maddesinin ticarî mesailde tatbiki, Ticaret kanununun 647 inci maddesinin muhalif bir hüküm ihtiva etmesinden ötürü mümkün değildir. Temyiz mahkemesinin vermiş olduğu kararda bu bakımdan isabet vardır. Hakim, demek oluyor ki, fahiş gördüğü şartı cezaiyi *tenkis edemiyecektir*. Fakat hakime, fahiş bir faizin tayininde olduğu gibi, fahiş gördüğü cezai şartları ahlaka, adaba, intizamı âmmeye mugayir addederek veya gabından ötürü iptal etmek veyahut da şartı cezainin mahkemece nazara alınması talebinde bulunulduğu takdirde, hakkın suiistimali bakımından bu talebi reddetmek, imkânı kalıyor. Alman Ticaret kanununun 348 inci maddesi mucibince de hakimin, bir tüccar tarafından kabul olunan cezai şartı tenkis etmek salâhiyeti olmadığı halde Alman Temyiz mahkemesi, 26 mayıs 1914 de vermiş olduğu bir kararda (Resmî kararlar mecmuası, Cilt 85, Sahife 102) iki tüccar beyninde aktedilen bir mukaveleyi, vadedilen cezaî şartın yüksekliğinden

dolayı iptal etmiştir. Türk hukukuna göre ticarî mesailde hakimin tenkis salâhiyeti daha mahduddur. Gerek tüccarlar beyninde cereyan eden muamelelerde, gerekse ticarî mahiyette olan muamelelerde vazedilen cezaî şartları hakim tenkis edemez. Bu bakımdan, Alman Temyiz mahkemesinin vermiş olduğu karar, daha büyük bir ehemmiyet kespetmektedir. Ticarî muameleler mefhumunun Türk hukukundaki vüsatı ekseri hallerde Borclar kanununun 161 inci maddesinin tüccar olmayanlara da tatbikini imkânsız kılacaktır. Bundan ötürü halin icabına göre mahkemeler tayin edilen şartı cezainin veya icrası talebinin ahlâka, adaba, intizamı âmmeye mugayir olup olmadığını veyahut bir hakkın suiistimali derecesine varıp varmadığını, yani devletçilik zihniyetine muhalif bir hareket teşkil edip etmediğini büyük bir ihtimam ile tetkik etmelidirler.

23) MÜLLER - ERZBACH, Das Unpersönliche des Welthamdels (Zeitschrift für Handelsrecht, Band 86, Seite 121.)

HECK Weshalb besteht einvon dem bürgerlichen Recht gesondertes Handelsprivatrecht? (Archiv für die civilistische Praxis Rand 92,438) HİRSCH, Ticaret hukuku ilmi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mecmuası, yıl 1, sayı 3, sahife 334).

Bu mukaveleler Fransada «Contrats d'adhésion» tesmiye edilmektedirler.

SALEİLLES, Déclaration de la volonté (p. 229).

COLİN et CAPİTANT, (11,258)

PLANİOL et RİPERT (VI, No. 122)

DEMOGUE, (11 No. 616 — 631).

NİPPERDEY, Kontrahierungszwang.. und diktierter Vertrag (1920).

MİCHEL, Die Allgemeinen Geschafts bedingungen als Vertragsbestandteilin der Rechtsprehung (1932).

SEBBA, Bedeutung und Wirksamkeit autonome Vertragsbedingungen im Verkenrsrecht (1931).

KOEHLER, Allgemeine Verkaufsbedingungen (1934).

25) Sigorta şirketlerinin teftiş ve murakabesi hakkındaki kanunun 2, 16 ve 17 inci maddelerine bakınız. Muhtelif nakliyat, hava gazı, su ve elektrik şirketlerinin imtiyazlarını ve bu bapta yapılan mukavelelerini tetkik ediniz.

26) Misal olarak: Devlet demiryollarının umumî nakliyat şartları

ve tarifeleri. Denizyolları işletmesinin konşumentolarında vazettiği umumî şartlar.

27) JOSSERAND Le contrat dirigé (DALLOZ Recueil Hebdomadaire 1933, Chronique 89).

28) Misal olarak : Sigortalara dair bilûmum hükümler. Mal ve yolcu taşıma mukaveleleri.

29) Meselâ : Mükerrer sigorta hakkında kanun ve 1173 numaralı sigorta şirketlerinin teftiş ve murakabesi hakkındaki 25 Haziran 1927 tarihli kanuna müzeyyel kanun. Muhtelif nakliyat, hava gazı, su ve elektrik müesseselerinin imtiyaz mukavelelerindeki hükümleri tetkik ediniz.

30) HİRSCH, ticaret hukuku, cilt 1, No. 43, sayfa 71 de verilen misalleri ve izahatı tetkik ediniz.

Manufactures kelimesi altında SAVARY'nin Dictionnaire du Commerce'inde saydığı hâdisele, tarih bakımından gayetle enteresan bir paralel teşkil etmektedirler.

31) İngiliz kabotaj kanunu 1563 tarihinde Kraliçe Elisabeth'in hükümdarlığı zamanında ısdar edilmiştir. Meşhur Navigations Acts mucibince İngiliz bayrağını çekmek hakkı yalnız İngilterede inşa edilen, İngiliz mülkiyetinde bulunan, İngiliz mürettebatı kullanan gemilere münhasırdır. Türk bayrağını çekebilmek için yegâne şart, ticaret kanununun 1459 maddesi mucibince, gemi paylarına malik olanların Türk olmasıdır.

32) İlk ihtira beratı kanunu 1623 tarihli İngiliz Acet of Monopolies'dir.

33) BÖHMERT, Die Erfindungspatente nach volkswirtschaftlichen Grundsatzen (1869).

34) HİRSCH, ticaret hukuku, cilt 2, sahife 137, No. 162 de verilen izahatı tetkik ediniz.

35) HİRSCH, ticaret hukuku, cilt 2, sahife 27, No. 127.

LAUFKE, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht (1931).

36) Ticaret kanununun 12 inci maddesine bakınız.

548

37) HİRSCH, ticaret hukuku, cilt 1, sahife 66 No. 41.

38) Tek şahıs şirketleri Almanya, İtalya, İsviçre ve Birleşik Amerika devletleri mahkeme içtihatları ve müellifleri tarafından kabul olunmakta, İngiltere ve Fransada ise reddedilmektedir. HİRSCH, ticaret hukuku, cilt 2, sahife 20, No. 123, 124, 125, 126/11 ve oradaki bibliyografi.

BASTİAN, Journal des sociétes, Tome 55, 2.

KATZAKOFF, Zeitschrift für Handelsrecht Band 101, Seite 98.

549

89. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *İsmail oğlu Koçi.* — M. A. *Hüseyin karısı Gülseher ve oğlu Ahmet*

[Mahkemesi: Poshof sulh hukuk. Karar tarihi 4-3-935Karar No: 935/28]

Dava: Yedi senelik tarla kirasından (252) liranın tahsili talep edilmiştir.

Karar: Şahadetle sabit olduğundan feragat ettiği (147) liranın bittenzil bakiyye (105) liranın tahsiline dair verilen karar indettemyiz; münazaunfihin tapuda kaydı olmamasına göre hakikî zilyetlik hakkında her iki taraftan ikame edilecek şahitler dinlenmek ve delili ana göre takdir edilmek lâzım gelirken yalnız icar hakkındaki şahadetle iktifa edilmesi ve müddeinin hakikî zilyetliği kabul edildiği surette işgal edilen senelere ait ecri mislin usulen intihap edilecek erbabı vukuf marifetile takdiri lâzım gelirken şahitlerin ifadesile iktifa edilerek karar verilmiş olması kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: Tapuda kayt bulunmadığı ve müddeinin murisi İsmailin zilyet bulunduğu ve icarın devamından dolayı üç sene için senevî (36) liradan ve dört sene için senevî yirmişer liradan tahakkuk eden meblâğa mukabil davacının rızasiyle dava edilenlerin lehine olarak daha az olan senevî on beşer lira kabul edildiği cihetle erbabı vukufla takdire lüzum görülmediğinden bahisle eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müdeaaleyhler.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hâdisede hakikî zilyedin tayini için müddeaaleylerin de göstereceki delillerin dinlenmesi ve ecri mislinde ehli vukuf marifetiyle tayini lâzım ve bu lüzumu mutazammın bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken bazı mütalâa serdiyle ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan H. U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan temyiz olunan son hükmün dahi bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (602) kuruş temyiz ilâm harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16-10-935 tarihinde ekseriyetle karar verildi. 25-10-935

551

90 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

A. *Yazır köyü ahalisi namına vekil avukat Nafız.* — M. M. *Ağın ve Kızık köyleri ahalisi namına vekilleri avukat Zeki ve Bekir Rıza*

[Mahkemesi: Kayseri asliye hukuk. Karar tarihi: 15-12-935 Karar No: 977]

Dava: Sarımsaklı namile Arif Sudan Bayır namile açılan harkdan müvekkili karye ahalisi arazisinin kadimen ve teamülen sulama hakkı olduğu halde mezkûr harka Kızık ve Ağin karyeleri ahalisi tarafından müdahale edilerek müvekkilleri intifadan mahrum bırakıldığından men'i talebinden ibaretti.

Kararın hulâsası: Nakızdan sonra cereyan eden muhakeme sonunda: İstimâ kılınan şahitlerin ve ehli vukufun beyanatını gösterir keşif raporu ile davalı Hark ve Suda inttifa hakkı kadimdenberi davacı Yazır köyüne aidiyeti anlaşılan bu hark ve suda müddeaaleyh köylerin bir suretle intifa hakları mevcut bulunmadığı tahakkuk ettiğinden evsaf ve şeraiti krokide belli bulunan Yazır harkına müddeaaleyh köylerin müdahalelerinin men'ine dair verilen kararında temyizen tetkiki neticesinde: Müddeaaleyh Ağın karyesi muhtarı tarafından ikame olunan şahitler, münazaalı sudan senenin muayyen ayında münhasıran 13 gün davacı Pazar karyesinin ve diğer vekillerde de Pazar karyesile Ağın karyesinin intifa eylediklerine şehadet etmiş oldukları halde mahkemece bu şahadetler nazarı itibara alınmayup bilâkis davacı karyenin iddiasını takviye eylediğinden bahsile müddeaaleyh karyenin mezkûr suya müdahalesinin men'ine hüküm verilmesi kanuna muhalif olduğundan mümeyyezünbih hükmün nakzına karar verilmekle yeniden cereyan eden muhakeme sonunda: İlk defa verilen hükme müddeaaleyhlerden Kızık köyü tarafından temyiz edilmemek suretiyle o köy hakkındaki hükmün kat'ileştiğine ve birinci nakız ilâmında yazılı olduğu üzre tarafların gösterdikleri delâilin hadiseye tatbiki suretiyle takdiri hâkime verildiği ahkâmı kanuniyeden bulunduğuna ve kanunî cevaza binaen şahadetin takdiri suretiyle verilen hüküm kanunî esbabı mucibeyi müstenit bulunduğuna göre eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Akın köy vekilleri Zeki ve B. Rıza.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; gününde temyiz edilen son

hükmün ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyada bulunan kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldu:

Müddeaaleyh karye muhtarının dinlettiği şahit münazaalı Sudan senenin muayyen ayında münhasıran on üç müddei köyün ve diğer vakıtlerde müddeaaleyh karyenin intifa ettiklerine şehadet eylemiş ve keşif raporlarıda bu ciheti teyit eder mahiyette bulunmuş olmasına nazaran dairei hususiyenin bu noktaya matuf bozma kararı varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken mevcut delâil talil ve esbabı reddiyesi gösterilmeksizin bazı mutalâa dermeyaniyle ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (732) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 23-10-935 tarihinde ittifakla karar verildi. 7-11-935

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No: 1-51 Karar No: 55

91 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Hukuku umumiye.* — M. A. *İsmail oğlu Hüseyin namı diğeri Halil Ayşe*

[Mahkemesi: Elâziz asliye hukuk. Karar tarihi: 17-6-935 Karar No: 935/386]

Dava: Adam öldürmekten suçlu ve mevkuf İsmail oğlu Hüseyinin doğum kaydı nasiyei haline uygun olmadığından düzeltilmesi istenilmiştir.

Karar: Maktulün karısı Ayşe vekili Hami Erdemin de talebi üzerine muhakemeye ithalile icra kılınan muhakeme neticesinde: Müddeaaleyh Hüseyinin (18) yaşından aşağı olmadığını natık hükûmet tabibinin raporu münderecatına ve görünüşü de rapor münderecatını müeyyit bulunmasına mebni merkumun (336) doğum kaydının (333) olarak düzeltilmesine dair verilen karar indettemyiz; medarı hüküm ittihaz edilen tabip raporu tahmine müstenit olmakla beraber zahiri hal ile bir iki yaş farkın kat'î surette tayini mümkün olmasına göre müddeaaleyhin şahitleri de dinlenilerek hasıl olacak kanaat veçhile hükmedilmek lâzımgelirken noksanii tahkikata müsteniden yazılı olduğu üzere karar veril-

mesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: Raporda görülen âraza nazaran müddea aleyh on sekizden aşağı ve yirmiden yukarı olmadığı yazılı olmasına ve mezkûr rapor on sekiz yaş hakkında kat'iyet ifade etmesine ve kat'iyet ifade eden rapor ile teyit edilen mahkeme kanaatine müddeaaleyhin ikame edeceği delil ve şahitlerin tesir yapamıyacağı şimdiden meczum bulunmasına binaen evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden; Müddeaaleyh Hüseyin.

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Zahiri hal ile bir iki yaş farkın kat'î surette tayini mümkün olmamasına ve müddeaaleyh indelmuhakeme hakiki doğum tarihinin (335) olduğunu ve sicil kaydının doğru bulunduğunu ve bu ciheti şahitle ispat edeceğini müdafaaten dermeyan eylemiş olmasına nazaran dairei hususiyenin müdde aleyhin göstereceği şahitlerin dinlenmesine ve tahkikatın tamikını tazammun eden bozma kararı varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken raporun (18) yaş hakkında kat'î olduğundan vesaireden bahisle ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve temyiz masrafı olan yüz kuruşluk damga pulunun temyiz edenden alınmasına 6/11/935 tarihinde ittifakla karar verildi. 15/11/935

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No: 2-46 Karar No: 43

---

92 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Abdullah.* — M. A. *Mustafa*

[Mahkemesi: Mudurnu sulh hukuk. Karar tarihi: 16-4-935 Karar No: 77]

Dava: Batapu mutasarrıf olduğu bir bap haneye müddeaaleyhin müdahalesinin men'i talebinden ibarettir.

Fıkrai hükmiye hulâsası: Müddei esnayı muhakemede arsasına müdahale ettiğinden men'ini istemiş ve davasını ıslaha dair talebi sebket-

554

memiş olduğundan ıslah suretile ayrıca davada muhtar olmak üzere işbu davasının reddine dair verilen karar indettemyiz; müddei dava zaptında Mustafa ve Salih ve hacı İsmail hudutlarile mahdut bir bap haneye vaki müdahalenin men'ini iddia eylemiş, esnayı muhakemede de bu hudut ile mahdut arsa olduğu beyan ve izah eylemiş olmasına göre işbu arsa hakkındaki men'i müdahale iddiasının usulen rüyet ve intacı iktiza ederken mücerret evvelce haneye müdahalenin men'i iddia edildiğinden bahsile karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmekle yeniden cereyan eden muhakeme sonunda: Müddei davasının mahiyetini tayin ve hedefini tesbit edememesine ve yekdiğerini münakız iddia ve beyanatı karşısında muhakemece davasının şekil ve mahiyeti taayyün edemediğinden ve ıslahı davada mevcut bulunmadığından hükmü sabıkda ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Abdullah.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; gününde temyiz edilen son hükmün ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyada bulunan kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müddeinin esnayı muhakemede aynı hudut dahilinde bulunan mahallin halen arsa olduğunu beyan ve izah eylemesi mevzuu davayı tebdil ve tağyir mahiyetinde bulunmamış olduğundan davanın usulen rüyet ve intacı lâzım geleceğine mütedair olan bozma kararı varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken gayri kanunî mutalâa serdile ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi H. U. M. Kanununun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 577 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 6-11-935 tarihinde itttfakla karar verildi. 15-11-935

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No: 3-109 Karar No: 110

555

93 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Malmüdürü Kemal* — M. A. *Yüzbaşı Kâmil*

[Mahkemesi : Ünye asliye hukuk. Karar tarihi : 31-12-934 Karar No : 1-93]

Dava : Bedeli mukassatan tediye olunmak üzere kendisine ihale olunan bir bahçeli hanenin taksitlerinden kurtulmak için babasına ait hasarat mazbatasını esas tutarak mezkûr haneyi namına kaydettirdiğinden hilâfı kanun yapılmış olan temlik muamelesinin ve ana müsteniden verilen tapunun iptali talebinden ibarettir.

Kararın hulâsası : Müddei hazinenin davasının reddine dair verilen karar indettemyiz; dosyada mevcut müddeaaleyhin babasına ait bir adet tütün damının Rus işğalinde ihrak ve bir kısmının tahrip edildiği ve verasetinin yalnız müddeaaleyhe münhasır olmayıp diğer vereseleri de bulunduğu ve mezkûr zarardan hissei irsiyesi borçlanma kanunu nazara alındığı takdirde dava olunan hanenin tamamının mumaileyhe meccanen temlikine esasen cevaz olmamakla beraber Ünye kaymakamlığının mezkûr hanenin temamının meccanen mumaileyhe temlik eylediğini havi re'sen yazdığı karar Ordu vilâyetince bittetkik; muayyen müddetle satın aldığı hanenin meccanen temlikine mesağ olmadığı bildirilmiş ve temlik kararı iade edilmiş ve tapu senedinin müstenidünileyhi zikrolunan sebeplerden dolayı hükümsüzlüğü derkâr bulunan bir karardan ibaret bulunmuş iken bu cihetler teemmül edilmiyerek karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade edilmekle yeniden cereyan eden muhakeme sonunda : Hadisenin borçlanma kanunu ile bir alâkası görülmediği gibi temas ettirildiği 1771 numaralı kanunun 5 inci maddesi işğal tahakkuk etmemiş olması halinden bahis olup bu cihet dahi 189 numaralı tefsir ile bertaraf edilerek hadisede aranılması muktazi işğal her ne suretle olursa olsun muteber addedileceği tasrih edilmiş bulunmasına göre her iki noktaya matuf nakız sebepleri varit görülmediğinden eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

Tashihi istenen hey'eti umumiye kararı : Tescile esas olan kaymakamlığın kararı bilâhara vaki şikâyet üzerine vilâyetce ortadan kaldırılmış olmasına ve 1771 numaralı K. nun 5 inci maddesini tefsir eden 189 numaralı tefsiri kanuninin birinci fıkrası, ikinci fıkrada münderiç şart ile takyit edilmesine ve mezkûr ikinci fıkradaki sarahat dairesinde ise müddeaaleyh Kâmilin bu kanundan mukaddem harikzedelik vesikasını

556

hükûmete verdiği tahakkuk etmemiş bulunmasına nazaran nakız ilâmında dermeyan olunan esbab varit ve uymak lâzım iken mezkûr kanunun tefsirine müteallik kanunun ilk fıkrasından bahsile bozulmuş olan hükümde ısrar olunması kanuna aykırı olduğundan temyiz olunan son hükümün dahi nakzına karar verilmiştir.

Tashihi isteyen: Yüzbaşı Kâmil vekili Mahmut Şahin Baş.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; kararın gününde tashihi talep edildiği anlaşıldıktan ve dosyada bulunan kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Münderecatı temyizen dermeyan edilip reddedilen itirazları tekrarden ibaret olan tashihi karar istidanamesi esbabı kanuniyeye müstenit olmadığından Hukuk U. M. K. nun 442 inci maddesi mucibince mezkûr tashihi karar istidanamesinin reddine ve müstedi'i tashihden beş lira para cezası alınarak hazinece irat kaydına ve aşağıda müfredatı yazılı (332) kuruş temyiz ilâmı harcının müstedi'i tashihden alınmasına 23/1/935 T. ittifakla karar verildi. 7/11/935

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No: 1-48 Karar No: 52

94 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Fatma.* — M. A. *Müdafaai milliye vekâletine izafeten hazine vekili Âdem Safi*

[Mahkemesi: İzmir asliye birinci hukuk. Karar tarihi: 1-6-935 Karar No: 35-595]

Dava: Oğlu Hasan bin Mustafanın Filistin cephesinde vefat ettiğine dair mahkemede ilâm aldığı halde maaş alabilmesi için Müdafaai Milliye Vekâleti aleyhine dava ikamesine lüzum gösterilmiş olduğundan bilmuhakeme maaş tahsisine karar verilmesi istenilmiştir.

Karar: Hasanın 334 te Filistinde şehiden vefat ettiği mukaddema sabit olduğundan mumaileyhin şehiden vefat eylediğine ve müddeiyenin o suretle maaşa istihkakı bulunduğuna dair verilen karar indettemyiz; mukaddema davacı Fatmanın müracaatı üzerine nüfus memuru huzurunda cereyan eden muhakeme neticesinde: Mezburenin oğlu Hasanın şehiden vefatına hüküm verilmiş ve Müdafaai Milliye Vekâleti canibinden bu ilâmın hilâfı iddia ile dava açılmamış olmasına göre tekrar muhake-

557

me icrasına mahal ve cevaz yok iken bizzühul ikinci defa davanın rüyetile yazılı olduğu üzere sübutu şahadete karar verilmesi muhalifi kanun ve davacının maaşa istihkakının hüküm altına alınması da vazife harici olduğundan bu sebeplerle hükmün nakzına karar verilmekle yeniden cereyan eden muhakeme sonunda: Askerlik şubesi bu ilâmatın Müdafaai Milliye Vekâleti huzuriyle verilmesi icap edeceğini bildirmesine ve karar hasım muvacehesinde verilmemiş bulunmasına binaen eski hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Hazine vekili. A. Karan.

Huhuk hey'eti umumiyesince bittetkik; gününde temyiz edilen kararın ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyada bulunan kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Mukaddema nüfus memuru huzuriyle cereyan eden muhakeme neticesinde davacının oğlu Hasanın şehiden vefatına hüküm verilmiş ve Millî Müdafaa Vekâleti tarafından bu ilâmın hilâfı iddia olunarak iptali hakkında usulen dava açılmamış olmasına göre tekrar ikinci defa davanın rüyeti gayri caiz olduğu gibi davacının maaşa istihkakının hüküm altına alınması da vazife haricinde olmakla dairei hususiyenin bozma sebepleri varit ve lâzimülittiba iken bazı mütalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi H. U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (772) kuruş temyiz ilâm harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 18-12-935 tarihinde ekseriyetle karar verildi. 6-1-936

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No: 2-53 Karar No: 53

---

95 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Gökgöz oğlu Kadir.* — M. A. *Madam Anita*

[Mahkemesi: Çorum sulh hukuk. Karar tarihi: 5-5-935 Karar No: 541]

Dava: Tahliye ettiği evin müterakim icar bedeli 231 lirayı tediye etmemekte olduğundan maa tazminat tahsili talebine dairdir.

Karar; Mübrez tapu icarı talebedilen haneye şamil bulunmamış ve müddei tarafından ibraz edilen deliller hüküm için kâfi görülmemiş,

husumet noktasından davanın reddine dair verilen karar indettemyiz ; Müddeinin müteveffa Hüseyinin mirasçısı dahi olmasına nazaran müddea aleyhe karşı hakkı dava ve husumeti mevcut iken husumetin ademi teveccühünden bahisle davanın reddine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda : Bedeli icarı talebedilen hane davacının babası olduğu ifade olunan ölü Hasana ait olduğu ve anın tarafından icara verildiği keşfi havi raporla ve mukavelenin tetkikinden anlaşılmasına ve davacının ölü Hasanın mirasçısı olduğuna dair veraset vesikası ibraz etmemesine ve mirasçı sıfatile dava ikame etmeyip nefsine izafe etmek suretile talebi davada bulunmasından vesaireden bahisle eski hükümde ısrara karar verilmiştir,

Temyizeden : Müddei vekili Sami Coşkun

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik : Israrı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

Davacı babası Hasana ait 46 numaralı haneyi 1/Kânunuevvel/928 tarihinden itibaren iki sene müddetle ve mahiye üç buçuk lira bedel mukabilinde müddeaaleyhaya kiraya verdiğini ve bu hususta akdi nefsine izafe edüp bilâhare bidayette bir odadan ibaret olan mecura iki oda ilâvesile bedeli icarın mahiye yedi liraya iblâğ edilerek Ağustos 931 gayesine kadar işgal ve intifa edildiğini iddia etmiş ve dava zaptında da mezkûr 46 numaralı hanenin icarını talep eylemiş ve müddea aleyha dairei icrada yapılan takibat ve haciz esnasında mezkûr hanenin müsteciri kendisi olduğunu ikrarla icar konturatosunu ibraz eylemiş olmasına nazaran dairei hususiyenin husumetin müvecceh olduğuna dair olan bozma sebebi bu itibarla varit ve lâzimülittiba bulunmuş iken ibraz edilen tapu senedinin mecur hanеye taalluku olmadığından bahisle ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi hukuk usulü muhakemeleri kanununun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (602) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 25/12/935 tarihinde ittifakla karar verildi. 6/1/936

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No. 3-146 Karar No. 14

559

96 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Emir oğlu Mehmet.* — M. A. *Konaş oğlu Şaban*

[Mahkemesi: Mes'udiye sulh hukuk. Karar tarihi: 1-6-935 Karar No. 123-166]

Dava: Murisinden müntekil tarladaki şayi hissesine vaki müdahalenin men'i talebine mütedairdir.

Karar: Müddeabih tarlanın müddeiye aidiyeti tapu kaydı ve keşfen sabit olmakla müddeaaleyhin müdahalesinin men'ine dair verilen karar indettemyiz; tapudan gelen kayıtta isimleri yazılı kimselere müddeilerin veçhi münasebeti tayin ve tesbit edilmeksizin muhakemeye devam edilmesi ve icra kılınan keşifte münazaunfih mahallin kime ait olduğunu beyan edemedikleri ve yeniden mahalline bihakkın vakıf kimseler marifetile keşif ve tatbikat icrası muktazi bulunduğu halde ve bu cihet dahi düşünülmeksizin mahkemenin intacile yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan mümeyyezünbih hükmün bozulmasına karar verilmekle yeniden icra kılınan muhakeme sonunda: Birinci sebebi nakza uyularak ihtilâflı tekne tarlanın tapunun Kânunsani 305 tarih ve 42 sayılı kaydında Emir oğlu Ömer, Ahmet, Bekir Hüseyin ve torunu Mehmet namında kayıtlı olmasına ve bunlardan Hüseyinin davacı Mehmedin murisi ve dedesi olduğu mahkemeye verilen 28-4-935 tarih ve 36 sayılı veraset ilâmı ile anlaşılmasına ve esasen müddeaaleyh evvelki mahkemenin birinci celsesinde davacı Emir oğlu Ahmet oğlu Mehmedin, tekne tarlasına müdahale etmiyorum diye davacının Emir oğlu Ahmedin oğlu olduğunu ve tekne tarlanın da bu Ahmede aidiyetini kabul etmesine binaen davacının bu tekne tarlaya sahip olanlardan Hüseyine varis olduğu bu suretle anlaşılmasına ve bozmanın tekrar keşif yapılmasına ait ikinci sebebine gelince taraflara ait tarlayı ve bu tarlayı en iyi bilenleri yine tarafların bile bileceklerine ve bu hususiaki keşifte ihtilâflı yeri en iyi bilen ehlivukufu iki taraf birlikte seçip getirmiş olmalarına ve bu cihetin keşif kâğıdında açıkca yazılmasına ve yine bu keşfi, mahallinde iki taraf kabul ve tasdık etmiş ve mahkemede tekrar okununca deyecekleri olmadığını söylemiş bulunmalarına ve iki tarafın ittifakı ve en iyi bilenleri seçip getirmeleri, onların bildikleri kadar söylemelerile yapılan keşif üzerine ikinci keşif yapılmasının yolu kalmamış olmasına binaen bozma kararının bu ikinci sebebine de uyulmayıp ısrara ve yapılan keşifte davacı Mehmedin murislerine ait tarlanın cenup hududu

Osman olup ihtilâflı yerin bu Osman tarlasının şimaline düştüğünü ve evvelce pırnalık iken bilâhara müddeaaleyh Şaban tarafından söküldüğünü ve bu sökülen yerin Emir oğulları tarafından kullanıldığını görmemişlerse de bu kullanılmama evvelce bu yerin pırnalık olmasından ileri geldiğini ve kime ait olduğunu bilmeyorlarsada hudut itibarile müddeinin murislerine ait tekne tarlanın hududu içine girdiğini ehlivukuf söylemiş olmalarına ve ihtilâflı parçanın cenuben Osman tarlasile hem hudut olan tekne tarlanın parçasından olduğu mahallinde görülerek anlaşılmasına binaen şark yol garp dere şimal Ayazoğlu Ömer cenup Kürüz oğlu Osman hudutlu ve tapunun Kânunsani 305 tarih ve 42 numarasından müddeinin murisi namında kayıtlı tekne tarlanın parçasından olan ihtilâflı yere müddeaaleyhin müdahalesinin men'ine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Şaban.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; gününde temyiz edilen son hükmün kısmen ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Münazaunfih mahal müddeinin ibraz ettiği tapu hududu dahilinde olduğu keşfen tahakkuk etmesine ve hükümde münderiç esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna muvafık olmakla ittiba cihetinin tetkiki zımnında evrakın hususî daireye verilmesine 25-12-935 tarihinde ekseriyetle karar verildi. 7-1-936

Temyiz Mahkemesi Huhuk hey'eti umumiyesi Esas No. 3-152 Karar No. 147

97 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Osman Nuri vekilleri Ali Rıza ve Ziya.* — M. A. *Orman idaresine izafeten vekili Ahmet Hulûsi*

[Mahkemesi: Fethiye asliye hukuk. Karar tarihi: 15-5-935 Karar No: T-13]

Dava: Müddei vekilleri müvekkillerinin üç kıt'a mukavelename ile devlet ormanından müddei muayyenesi zarfında kat ve imal edeceği eşcarı zuhureden harbı umumî dolayısiyle kestirememiş ve makamı aidince de bu müddet harbin hitamına kadar temdit edilmiş olduğu halde orman idaresi mukaveleleri fesih ve kat'iyattan menetmiş olduğundan mezkûr mukaveleler ahkâmının mer'i ve muteber olması hakkında hüküm itası talebinden ibarettir.

561

Karar: Nakza tebaan icra kılınan muhakeme neticesinde: İlâmda muharrer esbaptan dolayı dermeyan olunan mururu zaman iddiasının reddiyle müddeinin mezkûr ormanlardaki bakiyyei istihkaka ait mukavele ahkâmının halen mevcudiyetine ve şerait mucibince kat'iyat icrasına müsaade olunmasına mütedair verilen kararında temyizen tetkiki sonunda: Nakzı vakıa ittibaa karar verildiği gösterilmekte isede esas hakkında tarafların iddia ve müdafaaları tetkik edildikten sonra bazı mütalâat ve sebebi zaideye istinaden hadisede mururu zaman olmadığına hükmedilmiş ve bu hüküm binnetice ısrar mahiyetinde bulunmuş olmasına mebni tetkikatı temyiziye icrası temyiz ticaret dairesinin vazifesi haricinde olduğundan bahsile birinci riyaset dairesine tevdi kılınmakla hukuk heyeti umumiyesinde bittetkik: Dairei hususiyenin nakız kararına ittiba edilerek tetkikat icra edildikten sonra son hüküm verilmiş olduğundan evrakın dairei hususiyeye tevdiine dair verilen karar üzerine temyiz Ticaret dairei aliyesince: Nakza ittiba edildiği halde muktezasına muhalif olarak hüküm verilmiş olması noktasından bozularak tekrar iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: Nakza ittibala yeniden tetkikat icrasına ve tetkikattan sonra başkaca bir karar ittihazına kanaat tahassül etmediğinden bahsile eski hükümde ısrara karar verilmiş ve hukuk heyeti umumiyesince bittetkik: Tarafeyn beyninde akit ve teati olunan mukavelename ahkâmı cari olduğu bir sırada umumî harbin zuhuru gibi fevkalâde bir halin haylûleti nazarı itibara alınarak mülga Ticaret ve Ziraat nezareti ile Şûrayı devlet Maliye ve Nafia dairelerince henüz bakiyyei istihkakları olan Orman müteahhitlerine ait mukavelenameler ahkâmının hitamı harbe kadar ademi feshi zarurî görüldüğüne dair mukarrerat ittihaz edilmiş ve hali harbın hitamı Lozan ahitnamesinin tastikı tarihi olduğu hakkındaki mahalli mahkemesinin noktai nazarı dahi muvafık ve dava tarihine nazaran dermeyan olunan mururu zaman iddiası gayri varit bulunmuş olduğundan esasın tetkiki zımnında evrakın dairei hususiyeye tevdiine karar verilmiş ve dairei müşarünileyhaca tetkik olunarak: Te'cilin bazı şeraite muallak olduğu ve olbapta tebligatı umumiye ahkâmına tevfikan birinci, ikinci senelere ait bedelâtın kâmilen tesviyesi lâzimeden olduğu bildirilmiş olduğu halde mezkûr tebligata müstenit olan müdafaat hakkında hüküm mahallinde bir şey denilmemesi kanuna muhalif olduğundan tekrar bozulmuş ve yeniden yapılan muhakeme sonunda: Müddei harbi umumîden evvel taksitleri veremiyeceğini bildirmiş ve bu suretle mukaveledeki mefsuhiyet şartı ihtimalini kaldırmış ve mülga nazaretçe çıkarılan tebligatı umumiyede kat'î olarak bütün mukaveleler ahkâmını harbı umumî sonuna kadar te'cil ve mefsuhiyeti

rizasiyle kaldırmış olup ormanlarda kat'iyata başlanacağı sırada taksitlerin tediyesini meşrut kılmış ve nazareti müşarünileyhanın bahşettiği bu hakkı tekrar kendiliğinden iade edemiyeceğinden ve saireden bahisle mukavelenin mefsuh olmadığına mütedair evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Ahiren verilen izahata ve dermeyan olunan esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usûl ve kanuna muvafık ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan reddiyle mezkûr hükmün tastikına karar verilmiştir.

Tashih isteyen: Orman idaresine izafeten vekil Ahmet Hulûsi

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik: Tashih kararı talebi istidasının müddetinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Mündericati temyizen dermeyan edilip reddedilen itirazları tekrardan ibaret olan tashihi karar istidanamesi esbabı kanuniyeye müstenit olmadığından Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 442 inci maddesi mucibince tashihi karar talebinin reddine ve müsteniden beş lira para cezası alınarak hazinece irat kaydına ve aşağıda müfredatı yazılı (332) kuruş temyiz ilâmı harcının müstedii tashihten alınmasına 18-12-935 tarihinde ekseriyetle karar verildi. 4-1-936

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No: T-53

---

98 T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

M. *Hatice.* — M. A. *Hasan*

[Mahkemesi · Konya Ereğli A. H. hâkimliği. Karar tarihi: 6-2-935 Karar No.118]

Dava: Müddeaaleyhin karısı olmadığı halde 931 senesi yangınından sonraki tahrirde ikinci karısı olarak kaydettirmiş olduğundan bahisle kaydı mezkûrün terkinini istemiş ve müddeaaleyhte kanunu medeninin neşrinden mukaddem müddeiye ile karı koca olduklarını ve nüfusta mukayyet olduğunu beyan ile davanın reddini istemiştir.

Kararın hulâsası: Tarafların iddia ve müdafaatına nazaran biribirlerile evlendiklerini ikrarla kanunu medeninin neşrinden evvel veya sonra olduğunda ihtilâftan ibaret bulunmuş ve nüfus kaydının tashihine sebep mevcut görülmemiş olduğundan davanın reddine dair verilen karar

S6300

indettemyiz ; müddeaaleyh davacı ile kanunu medeninin mer'iyetinden evvel nikâhları yapılıp olsuretle karı koca olduğunu ve davacı da kanunu medeninin neşrinden sonra karı koca gibi yaşamışlarsa da akit yapılmadığını iddia ve ifade etmiş oldukları cihetle usulen mukakeme icrasile tebeyyün edecek hale göre karar verilmek lâzımgelirken gayri kanunî mütalâa ile yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesi muhalifi kanun olduğundan mümeyyizünbih hükmün nakzına karar verilmekle yeniden icra kılınan muhakeme sonunda : Tafsilâtı evvelki hükümde yazılı olduğu veçhile açılan davaya göre muhakeme icrasile tashihi kayıt iddiasının reddine karar verilmiş ve davada 931 senesindeki yapılan fuzuli nüfus kaydının terkin ve tashihinden ibaret olup bu kayıt yangından sonra tahriri nüfus komisyonunca tescil edilmiş ve müddeiyenin kanunî müddet zarfında tashih veya terkini kaydına işaret olmadığı anlaşılmıştır. Nüfus K. nun 11 ve kanunu medeninin 38-44 üncü maddelerine istinaden açılan bu davaya esnayı muhakemede kanunu medeninin mer'iyetinden evvel veya sonra bir nikâh akdi olup olmadığı olsa bile bâtıl bulunduğu iddia ve müdafaalarının evvelce açılan davaya muhalif halli faslı istenilmiş ise de kanunu medenî ile muayyen hükümler ve kanunun tayin eyledigi istisnalara göre H. U. M. K. nun 74, 75 inci maddelerine uygun görülmemiştir. Nikâh akit veya bâtıl evlenme kanun medenî tatbikatı 9 ve kanunu medeninin 112, 113, 114 ve 124 üncu maddeleri ahkâmına uygun bir surette açılması lâzımgelen davalardan olup terkin veya tashihi kayıt davası merasimi kanuniyesi ayrı olmak itibarile de uygun bulunmamasına ve H. U. M. K. nun 429 uncu maddesi mucibince evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden : Hatice vekili Bahri.

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik ; gününde temyiz edilen son hükmün ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyada bulunan kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

Sicili nüfustaki kaydın terkini davasına karşı müddeaaleyh medenî kanunun meriyetinden evvel akti nikâhın vukuunu iddia etmiş olmasına mebni usulen bu nokta hakkında muhakeme icrasile tebeyyün edecek hale göre bir karar verilmesi lâzım ve bu cihete matuf bozma sebebi varit iken bazı mütalâa serdile israra karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi H. U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (769) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/10/935 T. ittifakla karar verildi. 28/10/935

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi Esas No. 2-37 Karar No. 40

564

99 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. H. D.

Çarşıkapıda İplikçi hanında Kayserili Arifin Samatyada şimendüfer köprüsü yanında altı ve sekiz No. lu dükkânda bakkal Abdülhalim zimmetinde bir kıt'a senetle alacağı olan yüz altmış liranın tahsili ve haczi ihtiyatinin tasdiki davasından dolayı yapılan muhakeme sonunda: Münker imzanın müddeaaleyhe aidiyeti ehli vukuf raporu ile sabit olmakla müddeabih yüz altmış liranın masarifi muhakeme ile beraber müddeaaleyhten tahsiline ve haczin tasdikına dair Fatih ikinci sulh hukuk hâkimliğinden sadır olan 7/9/934 tarih ve 404 No. lu ilâmın temyizen tetkiki müddeaaleyh vekili tarafından müddeti içinde ba arzıhal istenilmiş olmakla mezkûr ilâmla temyiz lâyihası ve dosyadaki sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Medarı tatbik ittihaz edilen evraktaki imzalar müddeaaleyh tarafından inkâr edilmiş olmasına ve mezkûr evrak H. US. M. Ka. nun 309 uncu maddesinin son fıkrasında tatbika esas ittihaz olunacağı zikredilen evraktan olmamasına ve ehli hibre huzurunda yazdırılan yazının da münker senetteki imzaya mutabık olup olmadığına dair raporda açık ve kat'î bir ifade görülmemesine mebni mahkemece münker imzanın tatbikına esas olabilecek resmî bir sened veya mahkeme huzurunda davacının el yazısıyle yazılmış yazı ve imzası mevcud olmadığı takdirde kendisi ehli hibre tarafından istiktab edilerek münker imzanın tatbiki ile mutabakat ve ademi mutabakatı hakkında kat'î bir rapor verilmesi icabederken mahkemece bu suretle muamele ifasından zühul ile kanunen tatbika esas olmayan evraktaki imzaların tatbiki cihetine gidilmesi ve yazdırılan yazı hakkında sarihbir rey ve mütalâayı ihtiva etmiyen rapora istinaden karar verilmesi muhalifi kanun bulunmuş ve nakız talebi bu sebeblerle varid görülmüş olduğundan H. US. M. Ka. nun 428 inci maddesine tevfikan mümeyyezünbih hükmün işbu sebeplerden dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve altı yüz kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 30/Kânunevvel/935 tarihinde itifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi I inci hukuk dairesi Esas No. 4314 Karar No. 2370

585

100 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. H. D.

Bursada İsmetpaşa caddesinde Hilâl lokantacısı Hikmetin Bursada millî sinema müste'ciri Şaban oğlu İsmail ve İstanbulda Bahçekapıda mukim Ekrem zimmetlerinde bir kıt'a senedle alacağı olan altmış üç lira yirmi beş kuruşun tahsili hakkında ikame eylediği davadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde: davacı müddeaaleyhlerden Ekrem hakkındaki davasından feragatle yalnız İsmaile davasını hasretmiş ve davacının davası mübrez senetle sabit olmuş olduğundan meblâğı müddeabihin müddeaaleyh İsmailden tahsiliyle müddeiye itasına ve ismailin diğer medyunlara müracaat hakkı olmasına dair Bursa sulh hukuk hâkimliğinden sadır olan 8/7/934 tarih ve 1410 No. lu ilâmın temyizen tetkiki müddeaaleyh İsmail tarafından müddeti içinde ba arzıhal istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ile temyiz lâyihası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı düşünüldü.

Temyiz müstedisinin kendisi asıl borçlu olmayup bu borca kefil olduğuna dair dermeyan eylediği itiraz sened münderecatına göre varid değilsede mahkemece tatbik edilen borçlar kanununun 69 uncu maddesinde birden ziyade olan borçluların borç her biri hakkında kabili taksim değil ise bunlar borcun tamamını vermekle mükellef oldukları zikredilmiş olub aksi takdirde yani borç kabili taksim ise borçluların adediae göre her birine isabet eden nisbet mikdardan mes'ul olmaları lâzımgelmiş ve hâdisede borcun taksimi kabil bulunmuş olduğu halde ilâmda yazılı olduğu üzere hüküm verilmesi muhalifi kanun bulunmuş ve nakız talebi bu sebeble varid görülmüş olduğundan H. U. M. K. nun 428 inci maddesine tevfikan mümeyyezünbih hükmün işbu sebebten dolayı nakzına ve evrakın mahalline iadesine ve 600 kurus temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafdan alınmasına 24/Kânunuevvel/935 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi I inci hukuk dairesi Esas No. 4267 Karar No. 2340

566

100 T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Memleket içinde seyahat eden ecnebiler 24 saat içinde keyfiyetten zabıtaya haber vermeğe mecburdurlar.

Samsundan İstanbula gelişini zabıtaya bildirmemekten suçlu Ispanya tebeasından Yosa hakkında yapılan duruşma sonunda ecnebilerin seyyahat ve ikametleri hakkındaki kanunun ikinci maddesinde zabıtaya ne müddet zarfında müracaat edilmesi lâzım geldiği hakkında bir kayıt mevcut olmayıp 29-4-935 tarihinde İstanbula gelüp 11-5-935 tarihinde polise müracaat ettiği anlaşıldığından beraetine dair Sultanahmet Sulh ceza hakimliğinden verilüp kat'îleşen 20-5-935 tarihli karar yazılı emir üzerine 3 üncü ceza dairesince tetkik olunarak suçlu kendiliğinden zabıtaya müracaat etmiş ve filin temas ettiği müddette müracaat müddeti gösterilmemiş olmasına ve mevcut kanuna dayanmayan talimatname takanun hükmünü takyit edemiyeceğine göre yerinde bulunan hükme karşı tebliğname dileği varit görülmediğinden reddine dair verilen karar aleyhine Baş M. U. liğin yüksek adliye vekâletinin yazılı emirlerinde bildirildiği üzere ecnebilerin seyahat ve ikametleri hakkındaki kanunun 3 üncü maddesinde yerlerini değiştiren ecnebilerin zabıtaya haber vermeye mecbur oldukları hakkında müddet tayin edilmemiş ise de bu kanunun tatbikına dair olan talimatnamenin 5 inci maddesinde ikamet ve seyahat tezkerelerinin mahallî zabıtasına iraesine dair olan mecburiyetin tarihi muvasalattan itibaren 48 saat zarfında ifa edileceği sarahaten mukarrer olup işbu talimatnamenin mevzuu bahsolan kanuna müstenit olduğu derkâr bulunmuşken aksine mütalea ile yazılı emrin reddedilmesinde kanunî isabet görülememiş olduğundan temyiz kararının ref'ile tebliğname veçhile mahallî kararının bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 2/11/935 tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle Umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Ecnebilerin seyahat ve ikametleri hakkındaki kanunun tatbikına mütedair olan talimatnamenin beşinci maddesi sarahatına nazaran itirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve mahallî hükmünün ceza muhakemeleri usulü kanununun

564

343 üncü maddesine tevfikan ve tekriri muhakeme edilmek üzere bozulmasına 16/12/935 tarihinde oy birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi ceza hey'eti umumiyesi Esas No : 154 Karar No : 151 İtirazname No : 117

101 T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Tedrisatı iptidaiye kanununun 33 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında yazılı cezaların tayini idarî mercilere değil mahkemelere aittir.

Mükerreren ceza gördükleri halde çocuklarını mektebe göndermemekten suçlu Hasan ve saire haklarında hapis cezası tatbiki işinde Ayancık idare heyeti ile karar hâkimliği arasında çıkan icabî ihtilâfın halli için gönderilen bu baptaki evrak B. M. U. lik yüksek memuriyetinin : Tedrisatı iptidaiye kanununun 38 inci maddesinin son fıkrasındaki hapis veya para cezalarının tatbiki mahkemelere ait olmadığına dair kanunî bir sarahat mevcut olmadığına ve bilâkis işbu maddenin ilk fıkralarında mahdut idarî salâhiyetlerin suçlular aleyhine tefsirile son fıkrasındaki cezaî hükümlere teşmil olunamıyacağına göre idare heyetinin yerinde görülmeyen kararının kaldırılması talebini natık 21/5/935 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle ceza heyeti umumiyesince okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

İlk tedrisat kanununun 38 ci maddesinin birinci fıkrasında yazılı para cezasının idare meclislerince hükmedileceği sarahati mevcut olmasına göre sarahati mezkûre hilâfına ikinci fıkrasındaki hapis cesasının dahi idare meclislerince hükme kalkışılması esasatı cezaiye ile gayri kabili telif bulunmasına binaen yerinde görülmeyen idare heyeti kararının kaldırılmasına 27/5/935 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz. mahkemesi U. ceza dairesi Esas No : 26 Karar No : 83 Tebliğname No : 1183-4

102 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Kız kaçırmak suçunun tekevvünü için kanun mesafeye ehemmiyet vermiş değildir. Emniyeti mahallînin ihlâlile suç tamamlanmış olur.

Şerifeyi cebren kaçırmaktan suçlu Ali oğlu Necibin ceza kanununun 431 inci maddesi mucibince bir sene hapse konulmasına ve 2000 kuruş masarifi muhakeme alınmasına dair İstanbul ağır ceza mahkemesinden verilen 5-10-934 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlu tarafından istida ve yokluk kâğıdı ita edilerek dava dosyası C. Baş müddei umumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu:

Tayin olunan ceza mikdarına göre muhakeme harcının eksik olarak tayin edilmesi âmme namına dava temyiz edilmediğinden aleyhe bozma sebebi yapılmamıştır.

Kaçırmak suçunun tamam olması için kanun, mesafeye bir kıymet ve ehemmiyet vermiş değildir. Suçun tekevvün unsuru emniyeti mahallînin ihlâl edilip edilmediğinin tahakkukuna bağlı olduğuna ve yapılan duruşmadan elde edilen neticelere bakarak mahkeme suçun tam olduğunu takdir ve kabul ettiğine ve hüküm kanunî delillere müstenit bulunduğuna göre temyiz itirazlariyle tebliğname mündericatı varit görülmediğinden reddiyle suçlu Necip hakkındaki hükmün tasdikına ve 2200 kuruş ilâm harcının kendisinden alınmasına 30-3-935 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi I inci ceza dairesi Esas No. 1012 Karar No. 1005 Tebliğname No. 3822

---

103 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Ceza kanununun 104 üncü maddesinde hükümlerin müruru zamanı kesmesinin hukukî mahiyetile muamelelerin müruru zamanı kesmesinin hukukî mahiyeti birbirinden ayrıdır.

Adiyen zimmetine para geçirmekten suçlu Mecdi oğlu Ankara inhisarlar baş müdürlüğü sabık tütün inhisar müdürü Fehminin ceza kanununun 102 inci maddesinde gösterilen müruru zaman müddetinin yarısından fazlası geçmiş olduğundan mezkûr kanunun 105 inci maddesi mucibince suçlu hakkındaki hukuku âmme davasının sukutuna ve hukuku şahsiye hakkında alâkadarın hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine dair Ankara ağır ceza mahkemesinden ahiren verilen 18-9-934 tarihli kararın C. Müddei umumiliğiyle davacı inhisarlar idaresi vekili taraflarından temyizen tetkiki istida kılınmasına mebni dava evrakı C. Baş

müddei umumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu:

Ceza kanununun 404 üncü maddesinde hükümlerin müruru zamanı kesmesinin hukukî mahiyeti ile muamelelerin müruru zamanı kesmesinin hukukî mahiyeti birbirinden ayrılmış ve bu suretle hükümlerin müruru zamanı kesmesi halinde evvelce geçen terk müddetlerinin hesaba katılmıyarak kat tarihinden itibaren yeniden müruru zaman müddetinin hesabı iktiza etmiş olmasına ve bu davaya ait ilk hüküm 3-3-931 ve müteakip hükümlerin 20-3-932 ve 18-9-934 tarihlerinde verilmesine göre hâdisede müruru zaman haddine baliğ müddet geçmediği nazara alınmaksızın yazılı olduğu üzere karar verilmesi.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan tasdiki mutazammın olan tebliğnamenin reddiyle temyiz olunan kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine gönderilmesine ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 17-1-935 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi I inci ceza dairesi Esas No: 329 Karar No: 107 Tebliğname No: 3625

---

104 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Koca, karının kanunî mümessili olmadığından ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesi mucibince şahsî dava yoluyla takip edilen suçlarda suçtan zarar gören karıyı temsilen kocası tarafından dava açılamaz.

Ömriyeyi cebren kaçırmağa tam derecede teşebbüsten ve korkutmak için silâh atmaktan suçlu Mustafa oğlu Rıza ve kaçırmağa teşebbüs fiiline iştirakten ve Ayşe ve Zelihayı dövmekten suçlu kardeşi Hamidin bilmuhakeme fiillerinin sübutuna ve Rıza hakkında takdirî şiddet sebebi bulunmasına ve Zeliha ile Ayşenin kocalarının temsilen şahsî dava açmak hakları olmasına mebni ceza kanununun 431/1 62. 466. 55. 65. 456. 69. 424. 467 ve borçlar kanununun 45 ve 47 inci maddelerine tevfikan Rızanın altı ay yedi gün ve Hamidin dokuz ay hapse konulmalarına ve Ömriye için yüz lira ve Zeliha ve Ayşe için ellişer lira manevî tazminat alınarak davacılara verilmesine ve 1700 kuruş masarifi muhakemenin suç-

lulardan müştereken ve müteselsilen alınmasına dair Bilecik ağır ceza mahkemesinden verilen 9-10-934 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlular tarafından istida ve fakirlik kâğıdı ita edilmesine mebni dava dosyası C. Baş müddei umumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu:

Dava evrakı ve zabıtname mündericatına ve duruşmada toplanıp karar yerinde gösterilen delillere göre zorla kız kaçırmağa teşebbüsten dolayı suçluların temyiz itirazları tebliğname veçhile varit değildir, ancak:

1 — Ceza muhakemeleri usulü kanununun 344 üncü maddesi sarahati ve koca, karısının kanunî mümessili olmadığı ve Ayşe ve Zelihanın usulü veçhile şahsî hak davasında bulunmadıkları nazara alınmaksızın bu cihetten dolayı da duruşma icrasiyle yazılı olduğu üzere karar verilmesi.

2 — Şahsî dava yoluyla takip olunan işlerin ağır ceza işlerini gören mahkemede takip olunan cürümle birleştirilemiyeceği hakkındaki ceza muhakemeleri usulü kanununun 353 üncü maddesi hükmüne muhalefet edilmesi.

3 — Kız kaçırmaktan tayin olunan muhakeme harcının suçlulara paylaştırılmamış olması.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit bulunduğundan tasdiki mutazammın olan tebliğnamenin reddiyle hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine gönderilmesine ve 500 kuruş bozma harcının ileride haksız çıkacak tarattan alınmasına 14-2-935 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi I inci ceza dairesi Esas No: 726 Karar No: 457 Tebliğname No: 4012

---

105 T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. C. D.

Pasaportsuz olarak millî hudut haricine çıkmak pasaport kanununa göre cezayı müstelzim değildir.

Pasaportsuz ulusal hudut haricine çıkmaktan suçlu Seydo ve arkadaşlarının ceza kanununun 526 ncı maddesi mucibince birer gün hafif hapislerine dair Elbistan sulh ceza hâkimliğinden verilip kat'ileşen 13/10/934 tarihli kararın kanuna uygun görülmediğinden temyizen bittetkik:

Mezkûr fiile pasaport kanununda bir ceza tertip edilmemiş olduğu kabul edildiğine göre bu hususta salâhiyetli merciden kanun ve usul

371

dairesinde verilmiş bir emir mevcut bulunup bulunmadığı tesbit edilmeksizin ve fiilin 526 ncı maddede yazılı anasırı ihtiva etmediği düşünülmeksizin yazılı olduğu şekilde muhakûmiyet kararı verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif görüldüğünden ceza muhakemeleri usulü kanununun 343cü maddesi mucibince bozulması lüzumu yüksek adliye vekâletinin 6/4/935 gün ve 619/476 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş M. U. liği makamından ihbar ve dava evrakı tebliğname ile daireye tevdi edilmekle icabı düşünüldü :

Yüksek adliye vekilliğinin yazılı emrine atfen ihbarnamede gösterilen sebep evrak mündericatına göre yerinde olduğundan ceza M. U. K. 343 ncü maddesine tevfikan hükmün bozulmasına ve suçlular hakkında verilen cezaların çektirilmemesine 13/4/935 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi II inci ceza dairesi Esas No : 3631 Karar No : 3898 Tebliğname No : 362

---

106 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Ticaret odası tarafından 655 sayılı kanunun 5 inci maddesine göre verilen kararlar sulh hâkimliğince itirazen tetkika tâbi değildir.

Kendir muayenesi hitam bulmadan Kendir satın almak suretile talimatnamesine ve teamüle muhalif hareketinden dolayı Kastamonu ticaret odası heyetince 25 lira para cezasına mahkûm edilen İsmail Hakkının itirazı üzerine mezkûr kararın iptali ile muterizin beraetine dair Kastamonu S. C. H. den verilen 19/6/934 tarihli kararın :

Ticaret odası tarafından 655 numaralı kanunun 5 inci maddesine istinaden verilmiş olan mezkûr hükmün itirazen tetkikine S. mahkemesinin salâhiyeti olup olmadığı düşünülmeksizin itirazın kabulü ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif görüldüğünden Ceza M. U. K. nun 343 ncü maddesi mucibince bozulması Adliye Vekâleti Celilesinin 7/2/935 gün ve 255 - 202 sayılı yazılı emrile talep ve bu baptaki evrak C. Baş M. U. liği Yüksek memuriyetinin 10/2/935 günlü tebliğnamesile daireye tevdi kılınmakla tetkik ve icabı müzakere olundukta :

572

Tebliğnamede yazılı emre dayanarak haber verilen sebep bozmayı gereklendiren kanunî sebeplerden olmakla sözü geçen 19/6/934 günlü hükmün Ceza M. U. K. nun 343 ncü maddesi hükmünce ve aleyhe müessir olmamak üzere bozulmasına 4/5/935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No : 1616 Karar No : 2167 Tebliğname No : 142.

---

107 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Umumî evler hafta tatili kanununun birinci maddesinde yazılı (ticarî bilûmum müessesat) tâbirinin şumulüne dahildir.

Hafta tatili kanununa muhalif olarak müsteciri bulunduğu fuhuş evini cuma günü açarak işletmekten suçlu Muazzezin beraetine dair Beyoğlu S. C. hâkimliğinden verilen 3/11/934 tarihli kararın fuhuş evleri ticaret maksadiyle açılmış müesseselerden bulunmasına mebni hafta tatili kanununun birinci maddesinde yazılı ticarî bilûmum müessesat tabirinin şumulüne girdiği halde mezkûr kanunda umumî fuhuş evi sarahaten yazılmış bulunmadığından bahisle beraet kararı verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif bulunduğundan Ceza M. U. K. nun 343 ncü maddesi mucibince bozulması Adliye Vekâleti Celilesinin 7/2/935 tarih ve 254 - 201 numaralı yazılı emrile talep ve bu baptaki evrak C. Baş Müddeiumumiliği yüksek memuriyetinin 10/2/935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu.

Tebliğnamede yazılı emre atfile haber verilen sebep bozmayı gereklendiren kanunî sebeplerden olmakla sözü geçen 3/11/934 tarihli kararın C. M. U. kanununun 343 ncü maddesi hükmünce aleyhe tesir etmemek üzere bozulmasına 12-6-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III. üncü ceza dairesi Esas No : 1605 Karar No : 2389 Tebliğname No : 143

573

108 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Hususî şekilde kullanılan ayarsız ölçülerden dolayı alâkadarlara ceza tayin edilemez.

Ölçüler kanununa muhalefetten suçlu Bilâl ile Recebin 1782 numaralı kanunun 24 ncü maddesine tevfikan onar lira ağır para cezasile mahkûmiyetlerine ve ikişer yüz kuruş harcın kendilerinden alınmasına dair Beypazarı asliye ceza hâkimliğinden verilen 4/2/935 tarihli kararın; iki kardeş olan suçluların babalarından miras kalmış olan tiftikleri hususî surette aralarında paylaşmakta olmalarına göre, hareketlerinin 1782 numaralı kanunun 24 ncü maddesine ne şekilde uyduğunun gösterilmemesinde isabet bulunmadığı gibi hükmedilen para cezasının ağır olarak tavsifi ve harcın tayininde 2503 sayılı kanunun 49 ve 52 nci maddesi hükümlerinin gözönünde bulundurulmaması da yolsuz görüldüğünden ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 ncü maddesi mucibince bozulması Adliye Vekâleti celilesinin 18-6-935 gün ve 1118-846 sayılı yazılı emrile talep ve bu baptaki evrak C. Baş müddei umumiliği yüksek memuriyetinin 20-6-935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünüldü.

Tebliğnamede haber verilen sebep hükmün bozulmasını gereklendiren sebeplerden olmakla sözü geçen hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 ncü maddesine tevfikan bozulmasına ve cezanın çektirilmemesine ve harcın da alınmamasına 9-7-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No: 4816 Karar No: 3744 Tebliğname No: 626

109 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Sürgün cezasına mahkûm olan kimsenin bulunduğu yerden sürgün mahalline gidinceye kadar yolda geçirdiği günlerin ceza kanununun 40 ıncı maddesinde yazılı nisbet dairesinde cezasından indirilmesi lâzımdır.

Muğla ihtisas mahkemesinden kaçakcılıktan bir sene hapis ve bir

sene sürgün cezasına mahkûm edilen molla Abdi hakkındaki sürgün cezasının infazı için yolda geçirdiği 59 gün için bir güne mukabil sürgün cezasından üç gününün mahsup edilmesi talebinin reddine dair Yozgat ağır ceza mahkemesince verilen 26-1-935 tarihli kat'îleşen kararın:

Mahkûm molla Abdinin Muğladan Yozgata kadar hürriyeti tahdit edilerek jandarma muhafazası altında sevkedilmiş olmasına nazaran yolda geçirdiği 59 günün ceza kanununun 40 ıncı maddesinde yazılı nisbet dairesinde sürgün müddetine mahsubu lâzım gelirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesinde kanunî isabet görülmediğinden ceza M. U. K. 343 üncü maddesi mucibince bozulması adliye vekilliğinin 8-11-935 tarih ve 2169 1413 numaralı yazılı emriyle talep ve bu baptaki evrak C. B. M. U. liğinin 13-11-935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle gereği düşünüldü.

tebliğnamede haber verilen bozma dileği istinat ettiği sebebe göre yerinde görüldüğünden sözü geçen kararın C. M. U. Kanununun 943 üncü maddesinin son fıkrası hükmünce kaldırılmasına 15-11-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No: 7581 Karar No: 5113 Tebliğname No: 1009

---

110 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Mahkûmiyet ilâmında ismin yanlış yazılması cezanın infazına mâni olmaz. Bu yanlışlığın ceza M. U. K. 402 inci maddesine göre mahkemeden alınacak bir kararla düzeltilmesi icabeder.

Kaçak tütün kullanmasından ötürü 20 lira para cezasile mahkûm edilen Mehmedin vaki itirazı üzerine heyeti mahsusa kararının tasdikine dair Trabzon S. C. H. den verilen 6-2-935 tarihli kararın:

Suçlu olarak gösterilen Mehmet nam şahsın 329 senesi içinde öldüğü nüfus memurluğunun evrak arasına konan 27-3-935 günlü yazısı ile diğer yazılarından anlaşılmasına ve fiilin ölen Mehmedin kardeşi Ahmet tarafından işlendiği meydana çıkmış olmasına göre C. M. U. K. nun 243 ncü maddesi mucibince bozulması Adliye Vekâleti C. sinin 28-4-935 gün ve 794 - 615 sayılı emirle talep ve bu baptaki evrak C. B. M. U. liği yüksek M. tinin 1-5-935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü.

5783

Tebliğnamede dayanılan usulün 343 üncü maddesi hâkim ve mahkemelerden verilip temyizce tetkik edilmeksizin katileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet vukuu haline muhtastır.

Halbuki dosya içindeki kâğıtlardan anlaşılacağı üzere bu işte kendine Mehmet adını verdiği iddia olunan suçludan zabıt varakası yapıldığı gün inhisar memurlarınca alınan 9 temmuz 934 tarihli ikametgâh senedi altına köy muhtarı senedi verenin Mehmet olduğunu ve verdiği adresin doğru bulunduğunu şahsî ve resmî mühürü ile tasdik etmiş ve 29 agustos 934 tarihli celpname altındaki parmak izi olduğunu da yine resmî ve açıkça bildirmiş olduğu gibi duruşmada şahit olarak dinlenilen jandarma Mustafa ve Fehmi ve takip memuru Kadir dahi duruşmada hazır bulunan suçlu Mehmedi tanıdıklarını beyan etmiş ve suçlunun 25 yaşında olduğu da mahkemece tesbit olunmuş olmasına göre takibatın başından hükme kadar geçen safhalarında bu muhakemeye bu bakımdan atfı kabil ve hükmün bozulmasını müstelzim bir kanunsuzluk görülmemiştir.

Diğer taraftan hüküm verildikten sonra müddei umumîliğin sorması üzerine nüfus memurlarından gönderildiği anlaşılan dosya içindeki nüfus kâğıdile 27 mart 935 günlü müzekkeresinde ayni evde kayıtlı aileden asıl Mehmed adını taşıyan kimsenin 13 nisan 326 tarihinde doğup bir mayıs 1329 tarihinde öldüğü ve kardeşi Ahmedin ise bunun ölümünden iki ay sonra yani 15 Temmuz 1329 tarihinde doğduğu bildirilmesine ve Anadolunun bazı köylerinde yeni doğan çocuğunun ölmüş olan kardeşi adı ile anılması vaki hallerden bulunmasına göre kardeşinin ölümünden iki ay sonra doğan suçlunun âdete uyularak kendi köyünde Mehmet adı ile anılması ihtimali olduğu gibi nüfusa kaydile verilen köy ilmühaberinde asıl ölenin adı Ahmet iken yanlışlıkla Mehmet ve doğanın Mehmet Ahmet gösterilmesi ihtimali de melhuz ve nihayet bunların hiç biri olmaksızın suçlunun da muhtarın da mercii iğfal kastile hakikat hilâfına beyanda bulunmuş olmaları dahi muhtemeldir.

Böyle olunca hükümden sonra hasıl olan bu vaziyet karşısında M. umumilik tarafından ilk önce tahkikat yapılarak bu üç ihtimalden birincisinin kuvvet bulması halinde suçlunun bir resminin ve diğeri mahallî iki ad taşıdığı sabit olmuş olacağı cihetle hüküm ilâmında bu adlardan yalnız birinin zikredilmiş olması hakikati halde hükmü infazdan alakoyacak bir sebep olmamakla infazı cihetine gidilmesi ve ölenle doğanın adlarında nüfus kaydına esas olan ilmühaberde yanlışlık yapılması şıkkının tahakkuku halinde ise usulen nüfus kaydının tashihi cihetine gidilmesi ve üçüncü ihtimalin tahakkuku halinde de icabedenler hakkında âmme davası açmak suretile kanun yoluna gidilerek bu dava-

nın vereceği neticeye göre usulün 902 nci maddesi hükmüne tevessül olunması lâzımgelir.

Bundan dolayı tebliğnamede yazılı emre dayanarak haber verilen bozma dileği yerinde görülemediğinden reddine 14-5-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No: 3501 Karar No: 2429 Tebliğname No: 440

---

111 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Avukatlık kanununun 5 inci maddesinde yazılı inzibat cezalarının tayininde bu maddedeki sıranın takibine lüzum olmayıp fiilin meslek haysiyet ve şerefini ihlâl derecesi takdir edilerek inzibatî ceza verilmesi icabeder.

Müvekkili aleyhine verilen bir mahkûmiyet kararının tefhimini müteakip diğer bir duruşmaya başlamak üzere hali içtimada bulunan bir hey'eti hâkimenin bulunduğu salona girerek hoş görülmesine imkân bulunmıyan bir tavrı mahsusla zabıt kâtibine şimdi kararı verilen dosyayı veriniz tetkik edip temyiz edeceğim demek; tekerrür eden bu kabil halleri itiyat edinmek, dava vekili ruhsatnamesini haiz olduğu halde yazıhanesine avukat unvanı ile levha asmak, namına tanzim edilen vekâletnamelerde avukat unvanını kullanmak ve bu unvandan istifade ederek temyiz mahkemesi birinci ceza dairesinde bir duruşmaya girmek suretile halkı ve devairi iğfal etmek yazıhanesindeki avukat levhası indirildiği halde dava vekili sıfatını saklamak için levha asmamak temyiz lâyiha ve istidalarında meslek âdabına yakışmıyan lisan ve tâbir kullanmak ve bu sebeple bizzat imzadan çekinerek yazılarını müvekkiline imza ettirmek, kendi el yazısile yazılan vekâletnamelere hâkimin reddi salâhiyetini dercetmemek ve hususî maksatlarla yaptığı red taleplerini müvekkillerine imza ettirip onların binnetice para cezalariyle mahkûmiyetlerine sebebiyet vermek suretile meslek haysiyet ve şerefine uymıyacak şekilde hareket ettiği anlaşılan dava vekili İbrahimin avukatlık kanununun 5 inci maddesi mucibince bir sene müddetle dava vekilliğinden men'ine dair Bilecik As. C. mahkemesinden verilen 20-7-935 tarihli karar aleyhine mahkûm tarafından yapılan itiraz üzerine bu hareketlerinden dolayı evvelce verilmiş bir ceza bulunmadığı

ve avukatlık kanununda yazılı inzibatî cezaların ihtardan başladığı cihetle mutarızın hareketinin bu sebeple ihtarı müstelzim bulunmasına rağmen daha ağır olan vekâletten men cezasının son kertesinin tatbikının kanuna mugayir olduğundan bahsile sözü geçen kararın kaldırılmasına dair Eskişehir ağır ceza mahkemesinden verilen 4-10-935 tarihli kararın:

Avukatlık kanununun beşinci maddesi bu maddede sayılan inzibat cezalarından önce yazılan tatbik edilmedikçe andan sonra gelen cezanın verilemiyeceği hükmünü çıkarmağa müsait bulunmayıp işlenen fiilin mahiyetine göre derece gözetilmeksizin bunlardan her hangi birini tayine mahkemenin salâhiyetli bulunması ve kararda tafsilen gösterilmiş olan yolsuz hareketlerin meslek haysiyet ve şerefini ihlâl derecesi takdir edilerek olsuretle ceza tayin edilmiş olması hasebile kararın kaldırılmasında isabet görülmemekle beraber bu hallerin inzibat cezasını müstelzim bulunduğu merci tarafından da kabul edildiği halde yalnız Bilecik mahkemesinden verilmiş olan kararın kaldırılması ile iktifa olunarak tatbiki icabeden cezanın gösterilmemesi de yolsuz bulunduğundan ceza M. U. K. nun 343 üncü maddesi mucibince kararın bozulması Adliye vekâletinin 21-11-935 gün ve 2261/1443 sayılı yazılı emriyle talep ve bu baptaki evrak C. Baş M. U. liğinin 23-11-935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu ve gereği düşünüldü.

Tebliğnamede haber verilen bozma dileği, dayandığı sebeplere ve dosya mündericatına göre yerinde görüldüğünden sözü geçen 4-1-935 günlü kararın ceza M. U. K. nun 443 üncü maddesi hükmünce ve aleyhe tesir etmemek üzere bozulmasına 10-12-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No: 7916 Karar No: 5533 Tebliğname No: 1029

---

112 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

İcra ve iflâs kanununun 368 inci maddesile icar ve âkar nizamnamesinin yalnız mecurun tahliyesine mütedair hükümleri ilga edilmiş olup diğer hükümleri bakîdir.

Âkarını konturatosuz icara verdiğinden ötürü Derviş oğlu Alinin belediye encümenince 756 kuruş para cezasile mahkûmiyetine dair verilen karara vaki itirazın kabulüne ve encümen kararının iptaline dair

Düzce sulh ceza mahkemesinden verilen 12-2-935 tarihli kararın 2004 sayılı icra ve iflâs kanununun 368 inci maddesi icar ve âkar nizamnamesile buna müzeyyel kanunun yalnız mecurun tahliyesine mütedair hükümlerini ilga edip diğer ahkâmı mer'î bulunduğu halde bu cihet düşünülmeksizin yazılı olduğu şekilde karar verilmesinde kanunî isabet görülemediğinden ceza M. U. kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması yüksek Adliye vekilliğinin 23-9-935 gün ve 1877/1391 sayılı yazılı emrile talep ve bu baptaki evrak C. B. M. Umumiliğinin 25-9-935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü :

Yazılı emre dayanan ihbarnamede gösterilen bozma sebebi yerinde görülmüş olduğundan ceza M. U. kanununun 343 üncü maddesi mucibince aleyhe tesir etmemek üzere bozulmasına 30-12-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No : 6292 Karar No : 5851 Tebliğname No : 952

113 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Orman nizamnamesi 33 üncü maddesi ağaç itlakına kabiliyeti olacak surette yetişmiş olan şeylerin kesilmesini nazara almıştır. Çalı çırpı gibi maddelerin kesilmesi nizamnamenin 18 inci maddesi delâletile 35 inci maddesinin tatbikını müstelzimdir.

Devlet ormanından izinsiz ağaç kesmekten suçlu Rıza oğlu İbrahimin yapılan duruşması sonunda : Sübutu filine mebni hareketine uyan orman nizamnamesinin 33 ve 36 ıncı maddelerine tevfikan 800 kuruş para cezası ve 2000 kuruş tazminat ve 680 numaralı kanun mucibince bir hafta hapisle mahkûmiyetine dair Tavas S. C. hâkimliğinden verilen 25/12/934 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından istida ve bu baptaki evrak C. Baş M. U. liği yüksek M. tinin 23/1/935 tarihli tebliğnamesile daireye tevdi olunmakla temyizen tetkikat icra ve icabı müzakere olundukta :

Orman nizamnamesinin 33 üncü maddesi ağaç ıtlakına kabiliyeti olacak surette yetişmiş olan şeylerin kesilmesini nazara almakta olduğu halde bu davaya mevzu olan şeylerin çalı çırpı halinde pırnaldan ibaret bulunduğu kabul edilmesine göre hâdisede yaş ve kuru her nevi yaprakların vesairenin ormandan çıkarılmasını meneden 18 inci madde delâletile

525

35 inci madde hükmünün tatbiki lâzımgelirken 33 ve 36 ıncı maddelere göre ceza verilmesi doğru olmadığından tebliğnamedeki tasdik dileğinin reddile temyiz olunan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına ve 500 kuruş temyiz ilâmı harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 2-4-935 gününde ittifakla karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No : 1262 Karar No : 1427 Tebliğname No : 185-1

---

114 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Hey'eti mahsusa kararile kendi aleyhine ceza tayin edildiğine muttali olan kimsenin bu kararın tebliğinden evvel yaptığı itirazın kabul edilmesi lâzımdır.

Üzerinde beş gram kıyılmış kaçak tütünle 24 yaprak kopya kâğıdı yakalandığından dolayı heyeti mahsusa tarafından 1918 sayılı kanunun 25 inci maddesine tevfikan 40 lira hafif para cezasına mahkûm edilen İbrahimin itirazının, ceza kararının tebliğinden evvel yapılmış olduğundan bahisle reddine dair Gönen S. C. H. den verilen 23-9-935 günlü kararın :

Gıyabî kararlarda tebliğin gayesi ittihaz edilmiş olan karardan suçlunun haberdar edilerek müdafaa hakkını kullanması ve bu cümleden olarak kanun yoluna gidebilmesi için kendisine imkân vermekten ibaret olmasına ve kanun yoluna müracaat hakkının muayyen bir günle takyid ve tahdidi ise kanun yoluna gitmiyen suçlular hakkındaki kararların katileşmesi imkânını temine matuf bulunmasına göre 1701 sayılı kanunun 69 uncu maddesinde yazılı ve itirazın tebliğinden itibaren 15 gün zarfında yapılabileceğini tazammun eden hüküm ancak bu müddetin geçmesinden sonra yapılacak itirazların hükmü olmayıp bu takdirde kararın katileşmesini temin için konulmuş bir esas ise de resmen tebliğinden evvel her hangi bir suretle karara muttali olan mahkûmun kendisine tebliğinden evvel kanun yoluna gitmesi halinde bu müracaatının hükümsüz sayılacağı neticesini çıkarmağa müsait bulunmakla beraber heyeti mahsusa tarafından 40 lira hafif para cezasına mahkûm edilmiş olduğunu kendisine tebliğ olunan ihbarnameden anladığını söyleyerek 19-6-933

tarihli istida ile S. hâkimliğine müracaatla itiraz etmiş olan suçlunun kendisine tebliğ olunduğunu söylediği heyet kararının bir suretini de buna iliştirmiş olmasına nazaran haddi zatında 18-6-934 tarihinde tebliğ edildiği halde 6 ile 9 rakamlarının yazılışta biribirine az çok benzemesi yüzünden ilmühaberdeki kurşun kalemle atılmış 18-9-934 tarihinde bir yazı hatası bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın ve kimin tarafından nerede tebliğ edildiği hakkında bir kaydı ihtiva etmiyen mezkûr ilmühaberin kanunî bir kıymeti bulunup bulunmadığı düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere itirazın bilâ tetkik reddedilmesinde isabet görülemediğinden C. M. U. K. nun 343 üncü maddesi hükmünce bozulması Adliye Vekilliğinin 6-12-935 gün ve 2311 - 1538 sayılı yazılı emriyle talep ve bu baptaki evrak C. M. U. liğinin 9-12-935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu ve gereği düşünüldü :

Tebliğnamede haber verilen bozma dileği, dayandığı sebeplere göre yerinde görüldüğünden sözü geçen 23-9-935 günlü hükmün Ceza M. U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve bozulan hükmün şekil ve suretine göre, cezanın çektirilmemesine 17-12-935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No : 8354 Karar No : 5639.

---

115 T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. C. D.

Biletsiz seyahat kabahattir. Müruru zaman noktasından kabahat hükümlerine tâbidir.

Biletsiz seyahatten suçlu Hasan oğlu Rızadan 104 kuruş para cezası alınmasına dair Karaman S. C. H. den verilen 8/4/936 tarihli kararın :

Biletsiz seyahat suçu 11/1/934 tarihinde işlenmiş olmasına ve istilzam ettiği para cezası mütezayit nispete tâbi olmayıp bilet esmanının iki misli gibi malûm ve muayyen bir ceza olmasına ve memleketimizde bulunan demiryolları işletme tarifelerine nazaran bu cezanın hiçbir zaman iki yüz lirayı tecavüz edecek kabiliyette bulunmamasına binaen

581

bu suçun kabahat nevinden addi zarurî olup suçluya verilen ceza miktarına nazaran ceza kanununun 102 inci maddesinin 6 ıncı bendindeki müruru zaman işlemiş bulunmasına göre âmme davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi muktezi iken yazılı olduğu üzere mahkûmiyet kararı verilmesinde kanunî isabet görülmediğinden ceza mahkemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince bozulması Adliye Bakanlığının 20/11/935 gün ve 2243/143 sayılı yazılı emrile talep ve bu baptaki evrak C. Baş M. U. liğinin 22/11/935 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okundu:

Tebliğnamede haber verilen bozma dileği dayandığı sebep ve dosya mündericatına göre yerinde görüldüğünden sözü geçen hükmün Ceza M. U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve cezanın çektirilmemesine 26/11/935 gününde söz birliğile karar verildi.

Temyiz mahkemesi III üncü ceza dairesi Esas No: 7884 Karar No: 5314 Tebliğname No: 1019

Hacir.

1. Hacir ilân edilmediği müddetçe mahçur ile hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar arasında yapılan mukaveleler, kanunî mümessilin muvafakati bulunmasa bile, muteberdir (işbu mukaveleler gerek borçlar hukukundan ve gerek aynî haklardan ileri gelmiş olsun fark yoktur)

2. Hacir kararının ilânından sonra, kanunî mümessilin muvafakatı olmaksızın mahçur ile mukavele yapan kimse, mutlak surette suiiniyetle zilyettir. Binaenaleyh malı iade ve zararı tazmine borçludur. Mahçurların himayesi için konulmuş olan bu kaide, istisnaî bir surette, ondan istifade edebilecek olan üçüncü şahıs hakkında dahi tatpik olunur.

3. Bir mahçur tarafından tesis olunan ve bir taahhüdü teminata bağlayan rehin hukukan höküm ifade etmez. Bir haktan vazgeçmeyi de tazammun etmediği gibi.

4. Federal mahkeme, davanın esasını rettedince, masarifi muhakeme hakkındaki tadile salâhiyettar değildir.

K. 114, S. 613

Hakkın suiistimali

K. 108, S. 582

Haksız fiillerden doğan mesuliyet.

1. Bir ceza ilamının tesirleri kanton usulü muhakemesince tayin olunur. Bilhassa bir ceza ilamının diğer bir mahkeme için ne nisbette lüzum ifade edeceğini tespit eden kanton usulü muhakemesidir (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2. Hukuk hakiminin, kusur olup olmadığına dair karar vermek için ceza hukukunun mesuliyetine dair hükümlerile bağlı olmadığı gibi kusurun taktirine ve zararın miktarını tayine müteferri ceza ilamiyle de mukayyet bulunmadığına mütedair olan borçlar kanununun 5 inci mattesi, hukuk hakiminin ceza ilamıyla müsbet vakıalarla ve filin haksızlığı ile bağlı olduğu manasına gelmez [1].

Borçlar kanununun 53 üncü mattesinin istihtaf ettiği, gaye, hukuku maddiyenin siyanetine lüzum olan hallerde hukuk hakimine taktir serbestisi temin eylemiştir (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

3. Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri taktirde o zararı müteselsilen tazmin ederler (borçlar kanunu, matte : 50 .)

Bu teselsül, borcun tamamı içindir. Binaenaleyh hâkim zararı yapan kimselerden her birine isabet eden kusur miktarını tesbite mecbur değildir.

K. 59, S. 339.

Haksız fiilerden doğan mesuliyet.

1. Devletin ve komünlerin hastakanelerinde, hastaların tedavisi keyfiyeti hukuku âmme sahasına taalluk eder; hasta ile hastahane ve memurlar arasındaki hukukî alâkalar, hukuku idarenin kaidelerine tabidir.

2. Bir kanton hastahanesinin baş dokotoru, maiyetinde müstahtem olanların « iş sahibi » değildir.

Binaenaleyh borçlar kanununun 55 inci mattesi hökmünce müstahteminin ef'alinden mesul olmaz.

K. 65, S. 329-330

---

[1] Bu kararın sonundaki mülahazatın (2) numaralı kısmına bakınız.

583

Haksız fiillerden doğan mes'uliyet. Müruru zaman. Müteselsil mes'uliyet.

1. Federal hukuk, bir hakkın talebi için bir müttet tayin etmiş bulunursa, dava ikamesi, federal hukukun hükümlerine tabi olur.

Bir dava açılmasından şu mana anlaşılmalıdır: İlk defa olarak ve muayyen bir şekil dairesinde alacağını ihkak için hakimin himayesi talebini ihtiva eden her istida davadır.

2. Haksız fiillerden doğan mes'uliyette «tam bir teselsül» vardır denilir, eğer müddeaaleyhlerin birlikte hareket etmeğe kastları bulunur ve zarar beraberce işlenen bir kusur neticesinde husule gelirse.

«Nakıs bir teselsül» veya «harekette iştirak» vardır denilir, eğer aynı fiilden suçlu olan müddeaaleyhler yektiğerinden ayrı ve müstakil olarak mesul edilir ve aralarında iştirak kastı bulunmaksızın zarar hasıl olursa. Bu taktirde kusuru daha az olan müddeaaleyh, müddeiye karşı, diğer müddeaaleyhin mesul olması iycap edeceğini ita edebilir.

3. Müteselsil borçlulardan biri hakkında kastedilmiş olan müruru zamanın diğer müteselsil borçlu hakkında da kat edilmiş sayılacağına dair olan kanun hükümleri, ancak «tam bir teselsül» cari olan hallerde tatbik olunur.

K. 26, S. 150

Haksız muamelelerden doğan borçlar.

1. Emniyetle kamyon sevkedemiyecek derecede yorgun olan bir şöför yola çıkmakla bir kusur işlemiş olur; bu gibi halde patronunun kendisine verebileceği her hangi bir işi yapmaktan imtina etmelidir (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2. Başkalarını istiham eden kimse kendi kusuru bulunmasa dahi, işçinin iş gördüğü bir sırada yaptığı bir zarardan dolayı mesuldür. Bu mesuliyetten ancak borçlar kanununun 55 inci mattesinde yazılan delili getirmek suretile kurtulabilir (2 numaralı fıkra).

3. Şöförün bütün gün kamyonda çalıştığını ve bu iytibarla kamyonu emniyetle sevk ve idare edemiyecek kadar yorgun ve asabî bir hale düştüğünü bilen iş sahibi, şöförünü kamyonla birlikte yeni bir işe sevkederse kusur işlememiş olur (aynı fıkra).

4. Sahip olduğu kamyonun frenlerindeki bozukluktan dolayı istihtam eden sıfatıyla (matte: 55) mesul tutulamayan kimse borçlar kanununun 58 inci mattesi hökmünce değil belki 41 inci mattesi hökmünce mes'ul tutulur (aynı fıkra).

5. Çocuklara karşı nezaret vazifesini yerine getirmeyen ana ve babanın kusuru, ana ve babaya karşı dermeyan olunabilirse de haklarını isteyen çocuklara karşı dermeyan olunamaz. Hatta ana ve baba çocuklarının kanunî mümessili gibi hareket etmiş olsalar bile hüküm böyledir (3 numaralı fıkra).

6. Küçü bir çocuğu ezen bir otomobil,çocuğun seyrisefer nizamlarına muhalefet ettiği bahisle onun da müterafik kusuru bulunduğunu ittia edemez.

Onunla beraber çocuğun bu yoldaki hareketi, borçlar kanununun 43 cü mattesi hökmünce tayin olu-

nacak tanzimatın şumulünde nazara alınabilir (4 numaralı fıkra).

7. Kaideten, ana ve babasının müstakbelde yardımcısı attolunur. Binaenaleyh küçük bir çocuğun ölümü, ana ve babanın lehine, yardımcıdan mahrum kalmış olmaktan doğan bir tazminata yol açabilir (6 numaralı fıkra).

8. Müstakbel yardımcısı olmak sıfatıyla ana ve baba lehine çocuklarının ölümünden dolayı tazminat hökmolunduğu taktirde, işbu tazminat miktarından, çocuk yaşamış olsaydı onun tahsil ve iaşesi için sarf edecekleri para mıktarı indirilemez. (7 numaralı fıkra).

Haksız muamelelerden doğan borçlar.

K. 92, S. 497-8

1. Aşağıdaki yazılı şekillerde avlanan avcı, haksız bir muumele yapmış olur :

a) mal sahibinin izni olmaksızın başkasının arazisinde avlanırsa ;

b) evlerin cıvaanda avlanırsa ;

c) kanunun menettiği hayvanları avlarsa ;

2. Bir hadisenin meydana gelmesine gerek doğrudan doğruya ve gerek dolayısıyla sebep olan şeyler « illet » teşkil eder.

3. Meşru olan menfaatlerin himayesi için makul haddin tecavuz edilmesi haksız bir muameledir.

4. Bir zararı tazmin mükellefiyeti, o zarara sebebiyet verenlerin kusurlarındaki ağırlık derecesiyle mütenasiptir.

5. Dava dosyasındaki evrakın verdiği malûmat nispetinde federal mahkeme, kanton mahkemelerinin vakılara dair yaptığı tespitleri ikmal veya ıslah edebilir.

K. 120, S. 644

Haksız muameleden doğan mes'uliyet. Teselsül.

1. Kast unsuru, borçlar kanununun 50 ci mattesindeki iştirakin tahakkuku için şart değildir. Bu iştirak ihmal veya tetbirsizlikten de ileri gelebilir (esbabı mucibenin 5 numaralı fıkrası).

2. Aynı mattedeki teselsül, zararın mattî kısımlarına olduğu kadar manevî kısımlarına da şamil olur. (esbabı mucibenin 5 numaralı fıkrası).

3. Birden ziyade kimselerin mesul tutulması esası haksız muameleye iştirak etmiş olanların hepsi hakkında caridir. Eğer bu muameleye iştirak edenler, yaptıkları işin tehlikeli bir mahiyet arzettiğini bilmiş veya bilmeleri lâzım gelmişe, iştirak edenlerden bazısının bu neticeyi kastetmemiş veya görmemiş olmaları onları muamele neticesindeki mesuliyetten knrtaramaz. Aslı failler, fer'an zimethal olanlar ve müşeviklerin hepsi aralarındaki suç farkına bakılmaksızın zararı tazmine borçludurlar. Birbirilerine karşı rücu hakları bittabî mahfuztur (esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası).

4. Bir işçinin greve iştirak etmemiş bulunması, grevcileri tahrik mahiyetinde sayılmaz. Bir grevin uzun sürmesi ve fikirlerin galeyanı ; şittetli hareketlere geçen grevcilerin kusurlarını hafifletici sebeplerden değildir (esbabı mucibenin 5 numaralı fıkrası).

5. Bir işçi kâtibi tarafından ameleleri şittetli hareketlere teşvik etmek, o kâtibin mesuliyetini iycap ettirir. Hattâ teşvik eden o kadar ileri gidilmesini istememiş olsa bile hökûm gine böyledir. Şu kadar ki bu yapılan teşvik ile içra edilen tecavüz aynı grevin devam ettiği bir müttet içinde vukua gelmiş bulunsun

(esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası).

K. 115, S. 617

Haksız muamelelerden doğan mesuliyet. Boykot. Haksız rekabet. Şahsî menfaatlere tecavüz.

1. Taraflar ıslah yoluyla davayı temyiz ettikleri taktirde, federal mahkeme huzurunda yeni vakıalar dermeyan edemezler. Yeni vakıalardan yalnız hökümden sonra hadis olan vakıalar değil, belki hökümden evvel hadis olupta tarafların sonradan öğrendikleri vakıalar anlaşılmalıdır. (Esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası).

2. Boykot menfaatlerin çarpışmasından yeni bir şekli olmasına göre haksız rekabet prensiplerine göre değil; belki haksız muameleler, adaba uygunsuzluk ve şahsî menfaatlere tecavuz esaslarına göre hökmolunmalıdır, (Esbabı mucibenin 3 numaralı fıkrası).

3. Zararına satmış olsa dahi bir tacirin mallarını kendi rakiplerinden ucuz satması haksız rekabet sayılamaz (esbabı mucibenin 3 numaralı fıkrası).

4. Haddızatında meşru olan boykot, kanunsuz bir mahiyet iktisap edebilir; eğer kullanılan vasıtalar haksız muamelelerden ibaret olursa.

Kendisine karşı boykot yapılan kimseyi, hususî zabıta marifetiyle evinin etrafında nezaret altında bulundurmak, kendisine ait malları tevkif ederek onu ticaretini yapmaktan mahrum etmek, doğru olmadığı halde açıktan açığa onu haksız rekabet yapmakla ittiham etmek, haksız muamelelerdendir (esbabı mucibenin 5 numaralı fıkrası).

K. 112, S. 594 - 5

Haksız muameleden mütevellit mesuliyet.

1· Önünde bir yük arabası ile bunu takip eden bir bisiklet bulunan otomobilci, bisiklet arabanın önüne geçmeğe teşebbüs ettiği anda sur'atini tenkis etmeyerek yoluna devam ettiği taktirde bir kusur işlemiş olur.

Bu tarzda hareket etmekle otomobilci, iki böyük nakil vasıtası arasında bulunan ve bir terettüt ile yolundan çıkabilecek olan bisikiet için muhakkak surette tehlikeli bir vaziyet ihdas etmiştir.

2. 40 kilometre sür'ati tecavuz eden, yani yolun önünde biribirini müteakip bir bisiklet ve yük arabası yürümekte iken derhal durabilmesine müsait olmayan bir sür'atle giden otomobilci bir kusur işlemiş olur.

3. Arkasından bir otomobil gelmekte olduğunu bilen bir bisiklet rakibi o anda yolun sol kenarını takip etmek için sola geçmekle bir kusur işlemiş olur.

4. Zarar ve ziyan müddeisinin müterafik bir kusur işlemiş olması, eğer müddeaaleyhin kusurunun neticesi olan zararın ağırlığını muhik gösteriyorsa, kendisi lehine hâkimin bir zararı manevî hökmetmesine mâni teşkil etmez·

Bilakis tazminat miktarının tayininde müterafik kusur nazarı iytibara alınabilir.

5. Müddeinin arzu halinde hökmün yeniden tetkiki salahiyetinin mahfuz tutulması talep edilmişse, zararı ağırlaştırabilecek vakıalar iki senelik mehilin inkızasından evvel tahaddüs edemiyecek gibi görünselerde, hâkim bu salahiyeti mahfuz tutmağa mecburdur.

K. 105, S. 563

586

Haksız muamelelerden doğan mes'uliyet. Müterafık kusur. Manevî tazminat.

1. Hatti zatinde tehlikeli olan bir gezintiye sebebiyet veren kimse, bundan doğan zararı kısmen tahammüle berçludur.

2. Motörlü bir araba ile gezinti yapmak için vaki olan bir teklifi kabul eden ve bunun neticesinde zarar gören kimsenin zarar ve ziyanı, eğer kazaya sebebiyet verenin bir kusuru yoksa, tenzil edilmek lâzım gelir.

3. Hattâ haksız muameleye sebep olan kimse ağır bir kusur işlemiş olsa bile, manevî tazminat talebi mutazarrıra (veya varislerine) karşı rettolunabilir ; eğer mutazarrırın dahi az çok ağır sayılabilecek müterafik bir kusuru varsa.

4. Hâkim, adam ölümünden dolayı istenen manevî tazminat miktarını indirebilir ; eğer bu tazminattan istifade edecek olanlar müteveffanın ne karısı, ne çocukları ne de ana ve babası değil iseler.

K. 20, S. 122

Haksız muamelelerden doğan mes'uliyet. Islah yoluyla temyiz. Ölüm çağı cetveli.

1. Islah yoluyla yapılacak temyiz mütteti içinde temyiz eden tarafın, yalnız temyize müracaat edeceğini bildirmesi değil, layihalarını da vermesi lâzımgelir. Bu müttetin mürurundan sonra verilen veya tadil edilen layihalar, temyiz mütteti zarfında yapılmış olsa bile nazara alınamaz.

2. Kanton mahkemesi, ileri sürülen ve esas müessir gibi görünen bazı delilleri bertaraf ederse, federal mahkeme alakadarın talebi olmasa dahi, bu delillere göre dosyayı ikmal etmek için davayı mahkemeye iade edebilir;

3. İstatistik ve hayatın tecrübelerine ibtina ettirilen ölüm çağı cetvelleri, vasatî hayat ihtimallerini gösterir, bir şahsın kaç yaşına kadar yaşıyacağı ihtimali üzerine zararın tesbit edilmesi halinde bu cetvelleri esas ittihaz etmek en doğru bir hareket olur.

Ancak ahvali istisnaiyede, ölüm çağı cetvellerinden inhiraf edebilmeli ve hatta edilmelidir, eğer hadisenin bazı hususiyetleri bu inhirafı haklı gösteriyorsa terettüt halinde, ölüm çağı cetvellerinden inhiraf edilip edilmemesi meselesi tahtitî bir tarzda hallolunmalıdır.

K. 9, S. 61

Haksız muameleden doğan mes'uliyet. Şimendifer işletme işinin hukukî mes'uliyeti.

Bir trenle bir kamyon arasındaki müsademe, bekçisiz bir şimendifer yolunda olursa, şimendifer mesul sayılamaz ; eğer kamyon şöförü her türlü ihtiyat tetbirlerini ihmal ederek yolu geçmek suretile ağır bir kusur işlemişse.

Frenleri fena işleyen ve kondüktörün bulunduğu mahallin etrafı bezle kapalı olduğundan dolayı serbestçe yanlarını görmeyen bir şöför bekçisiz bir şimendifer yolunu, sür'atini kesmeksizin geçerse tetbirsizlik etmiş olur.

K. 62, S. 358

Haksız muamelelerden doğan mes'uliyet. Aile reisinin mes'uliyeti.

1. Kanunu medeninin 333 «320» ci maddesinin tahmil ettiği nezaret vazifesini ev reisinin yapıp yapmadığı hususunu araştırırken teammülleri, yaşı, seciyesi ve kullanılan

582

vasıtaları göz önünde tutmak ve bu kabil şeraiti hususiyenin yardımıyla mes'eleyi halletmek lâzım gelir.

2. Arkadaşları üzerine ok atmaktan küçük oğlunu açıkca menetmemiş olan baba diğer sebeplerden, meselâ yaralanan çocuğun tetbirsizliğinden tevellüt eden zarardan mes'ul olamaz. Esas prensibin halli mahfuzdur.

3. Çocuklar yaradılışları iytibarile, tetbirsizdirler. Binaenaleyh ev reisinden mutlak surette her türlü tetbirsizliklerin önüne geçmesi ve bunun için çocuğuna nasihatta bulunması istenemez.

4. Sekiz yaşındaki oğlunun arkadaşlarıyla kendileri tarafından yapılan yaylarla ok atmak oyunu oynamasına müsamaha eden bir baba iycabı halin istilzam ettirdiği nezaret vazifesini ihmal etmiş sayılamaz.

K. 11, S. 78

Haksız muameleden doğan mes'uliyet.

1. Binanın fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı bina sahibinin mes'ul olduğu hakkındaki kaide, amme binaları malikleri hakkında da carîdir.

2. Deniz banyosu için, deniz kenarında yapılan tesisat, borçlar kanununun 58 ci maddesinin tayin ettiği manada binadır.

3. Borçlar kanununun 5 ci maddesinin, tayin ettiği manada bina addolunan bu gibi tesisat, kendisinden tabiî bir surette istifade edilmek için mevcudiyeti iycap eden alât ve edevata malik değilse veya bu alât ve edevat natamam veya kusurlu ise, iyi idare edilmemiş demektir.

Eyi idare edilip edilmemek keyfiyetinin, hâkim objektif bir tarzda bizzat taktir eder.

4. Deniz banyosu için yapılan tesisat, bekçi olarak yüzme bilmeyen birini ikame eden kimse, mes'uliyeti mucip bir kusur işlemiş olur.

K. 102, S. 552

Haksız muamelelerden doğan mes'uliyet.

1. Biri bir malûmat isteyen, diğeri istenen malûmatı (bir mecburiyet olmaksızın meccanen) veren iki kimse arasındaki hukukî alâka bir vekâlet değil, belki akitten hariç bir münasebettir.

2. Kanunun hiç bir yerinde doğru söylemek mecburiyeti yazılı değildir; fakat istenilen her hangi bir malûmatı doğruca vermek kanunî mahiyeti haiz bir borçtur. Bu malûmat, isteyen adam için neticeleri iytibarile ehemmiyetli bir tesiri olursa mes'ele daha citti nazara alınmak lâzımgelir.

Eğer kendisinden malûmat istenen adam kasten veya ihmal dolayısıyla doğru olmayan bir malûmatı verirse kendisinin mes'uliyetini mucip haksız bir hareket yapmış olur.

3. Doğru malûmat vermemiş olan kimse eğer bu malûmatı mecbur olmaksızın bir nezaket eseri olarak vermiş bulunursa bu hareketi şedit bir noktai nazardan muhakeme etmek lâzımgelir.

K. 13, S. 87

Haksız muahedelerden doğan mes'uliyet. Yardımcıdan mahrum kalmak.

1. Evinde ve indelhace ticaretinde çalışmak suretiyle kocasına filî bir yardımda bulunan karı, yaptığı yardım nisbetinde kocasının yardımcısı sayılır.

2. Analarını kaybeden çocuklar, babaları hayatta olsa ve kendi başına onlara bakacak bir iktidarda bulunsa adi yardımdan mahrum kaldıklarından dolayı tazminata istihkak kesbedebilirler.

3. Karısının ölümünden dolayı kocaya verilmesi lâzım tazminatın taktirinde şu noktanın göz önünde tutulması lâzımdır; kocanın çalışma kabiliyeti azaldığı taktirde karı, kocasının faaliyetini ne dereceye kadar telafi edebilir?

4. Bir adam, bir kimseye tamamen ve müstakilen baktığı zaman değil; belki maddî muavenetle veya mesaisiyle de olsa kısmen iştirak ettiği surette dahi o adam, o kimsenin yardımcısı addolunur.

5. Yardımdan mahrum kalmak vakıasının tahakkuku için, istifade eden kimsenin halen ve yanen yamasına muktazi hayatî vasıtalardan mahrum kalması icap etmez. Mevkiine ve şeraiti hayatisine uygun olan varlığının sarsılması kâfi gelir.

6. İcabı halinde çocukların 18 yaşına kadar değil belki reşit oluncaya kadar bakılmalarına lüzum olduğu kabul edilir.

K. 5, S. 39

Haksız rakabet.

K. 112, S. 594-5

Haksız rekabet.

1. Ticarî maksatlar için birbirine rakip olan mallar arasında mukayese yapılabilir. Fakat bu mukayesenin objektif olması ve hakikî esaslara dayanması lâzımdır. Mukayese eksik yapılmış veya muvakkat bir netice verilmiş olsa dahi işaa edilebilir, şu şartla ki mukayesenin henuz tamamlanmadığı alâkadarlarca anlaşılabilsin (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2. İki mal, aynı zamanda ehli vukufun tetkikatına arzolunur ve bir çok bakımdan yapılan tetkikler neticesinde ayrı ayrı neticeler elde edilerek şahadetnameler alınırsa taraflardan birinin bu şahadetnamelerden yalnız lehine olanı reklam diye kullanması hüsniniyet kaidelerine muhalif bir harekettir (aynı fıkra).

3. Borçlar kanununun 48 ci maddesi, haksız rekabete nihayet verdirmek için müşterinin azaldığının ispatına lüzum göstermez. Bu cihet yalnız zarar ve ziyanın taktirinde aranır (esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası).

4. Haksız rekabete nihayet verilmesi, borçlar kanununun 55 ci maddesine kıyasen iş sahibinden de istenebilir. Eğer iş sahibi hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu ispat ederse borçlar kanununun 48 ci maddesindeki tazminattan kurtulur.

K. 121, S. 649

Haksız rekabet.

1. Umuma ait olan bir şeyin taklit edilmesi haddi zatında haksız rekabet sayılamaz.

2. Ancak taklit olunan şeyin satılmasıdır ki haksız rekabeti teşkil eder. Hususiyle taklidi meydana getiren adam, imal eylediği şeyi, onun kullanılmasına mani olmaya-

589

cak tarzda değiştirmek suretile diğerinden ayrılmasını temin edebilir idiyse, bunu ihmal etmiş bulunması haksız rekabete meydan verir.

K. 123, S. 656

Haksız rekabet.

İlan olunan istihsalatın evsafile, rakip istihsalatın evsafı arasında mukayese yapmaktan ibaret olan bir reklam vasıtası, mukayese tamamen objektif olduğu ve hakikî esaslara istinat ettiği taktirde haksız rekabet adadına dahil olmaz.

Rakip istihsalatı kıymetten düşürmek veya rakibini tamamen ezmek gayesini açık bir surette istihtaf eden bir reklam vasıtası ayni mahiyette telakki olunamaz.

K. 100, S. 542

Haksız rekabet. Rekabet memnuiyeti.

1. Rekabet memnuiyeti serbestîî mukavelenin bir takyitidir. Bu takyit, serbest meslekler sahasında yapılmış olsa bile borçlar kanununun 20 ci maddesi hükmünce batıl değildir; fakat kanunu medeninin 27 «23» cü maddesinin 2 ci fıkrası mucibince kanuna veya adabı umumiyeye mugayir olduğu surette, bu mugayereti nisbetinde iptal edebilir.

2. Şahsî kabiliyet ve vasıfların mühim bir tesir gösterdiği serbest mesleklerde, işçinin müşterileri tanıması, kendisine hiç bir fayda temin edemez. Binaenaleyh işlerin mahrem olan hususiyetlerini tanıması, kendine hiç bir fayda temin edemez. Binaenaleyh işlerin mahrem olan hususiyetlerini bilmeyen işçinin, rekabet memnuiyeti şartıyla bağlı bulunması kabul edilemez. Çünkü bu şart hakikî bir menfaatin himayesine matuf değildir.

3. İş sahibini terkeden ve meslekî faaliyeti için münasebatı olan kimseleri celbeden işçi borçlar kanununun 48 ci maddesi hükmü dairesinde haksız rekabette bulunmuş sayılmaz: Eğer manasız bir tarzda eski patronunun kadrini tenzil etmek suretile tefahürde bulunmaz ve aralarında mutebar bir rekabet memnuiyeti şartı mevcut olamazsa.

K. 15, S. 101

Haksız rekabet. Rekabet hareketlerinin haksızlığının tesbiti davası.

1. Kendi muamelâtıyla rakip ticaret evlerinin muamelâtı arasında her iki cins malların vasıflarını objektif bir şekilde mukayese ederek mamulâtını halka tavsiye etmek meşrudur. Hatta kendi mamulâtının diğerlerinden çok üstün olduğu bariz bir şekilde görünse bile yine cevaz vardır, şu şartlaki yapılan mukayese hakikate tamamen uygun olsun.

Bilakis rakip müessiseler mamulâtını halk nazarında düşürmeği istihtaf eden ve bilhassa mamulâtın vasıfları hakkında yanlış beyanatı ihtiva eyleyen ilanlar meşru addolunamaz.

2. Aynı cinsten olan mamulâtını, rakip bir ticarethaneye mahsus şişeler içinde satmak o ticarethanenin menfaatlerine haksız bir tecavüz olur. Bu suretle muhtu olan tarafın bu gayrı meşru hareketi bizzat yapması veya kendi satıcılarına yaptırması neticeyi değiştirmez. Müşterinin, diğer bir ticarethane imaline mahsus olan şişeler içindeki malın, rakip ticaret evine ait olma-

dığını bilmesi ve buna rağmen yine satın alması bu hareketteki uygunsuzluğu gideremez. Eğer bunu yapan müşteri, şişeleri kullanılan rakip ticaret evi aleyhine olarak kendi lehine bir menfaat temin etmek istiyorsa.

3. Zarar gören ticaret evinin, bu taarruza mukabele için makul hattı geçmiyerek şekilde müdafaata tevessül etmesi gayrı meşru sayılamaz.

4. Hükmî şahışlar, kendi adamlarının yaptığı veya vukuuna meydan verdiği haksız rekabetlerden mesul oldukları gibi, kendi verdikleri emri çok tecavüz etmiş olsalar bile, acenteleri tarafından kenki muvafakatlariyle yaptıkları hareketten de mes'uldürler.

5. Rekabet filinin haksız olduğunu tespit için ikame olunan dava kabule şayandır.

K. 22, S. 131

Halefiyet.

K. 98, S. 533

Hâmile muharrer senet.

K. 51, S. 296.

Hata.

K. 32, S. 184

K. 76, S. 416.

Henüz açılmamış miraslar hakkındaki mukavele.

1. Henüz açılmamış bir miras hakkında yapılacak mukavele, ancak terekesi mukavele mevzuu teşkil eden kimsenin iştirak ve muvafakati halinde muteberdir.

Bu iki şarttan biri veya diğeri (iştirak ve muvafakat) bulunmazsa mukavele sureti mutlaka batıldır ve müstakbel terekenin maliki bu mukaveleyi artık tasdik edemez(esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası.)

2. Terekesi mukavele mevzuunu teşkil eden kimsenin iştirak ve muvafakatile henüz açılmamış bir miras hakkında yapılan mukavelenin tahrirî şekilde olması lâzım gelir.

Müstakbel tereke, gayrı menkulleri ihtiva etse dahi tahrirî şekil kifayet eder.

3 Tereke maliki tarafından atideki mirasın taksimi hakkındaki mukaveleye verilen muvafakattan rücu olunamaz,

K. 19, S. 116

Hibe.

Kanun, ancak elden hibe yapıldığı zaman hibe olunan malın, hibe edilen kimseye teslimini emreder; hibe vadinde teslimin ne şekilde yapılacağı hakkında bir şart kanunda yoktur. Şu halde hibenin muteber olması mutlaka zilyetliğin hibe edilen kimseye geçmesine bağlı değildir. Hibe edilen kimsenin velevki dolayısile olsun zilyet bulunması kâfi gelir.

K. 109, S. 586

Hile itirazı.

K. 21, S. 126

Hizmet akdi.

1. İşçi tarafından iş sırasında yapılan ihtarlar ya kendi iş vazifelerine dahil hususlara aittir veya bunların haricindedir. Eğer işçinin iş vazifesine dahil hususlara ait ise bu keşif, derhal iş sahibinin malı olur. Şayet iş sahibi ayrıca yapılacak keşiflerden dolayı bir şey vadetmiş ise bunun için para vermeğe mecbur değildir (esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası.)

2. Eğer yapılan keşif işçinin, iş vazifelerine giren hususlara dahil değilse, bu keşif, prensip itibarile

591

ihtira eden kimseye yani işçiye ait olur. Bununla beraber iş sahibi mukaveleye koyduğu sarih bir şartla keşfi almak hakkını haizdir. Bu takdirde keşif, iktisadî bir ehemmiyeti haizse, iş sahibi işçiye - hilâfına bir mukavele yapılmış bulunsa dahi - makûl bir bedel vermeğe borçludur (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası.)

K. 107, S. 577

Hukuku medeniyeye müsteniden yapılan müracaat.

K. 16, S. 105.

Hukuku medeniyeye müsteniden temyiz talebi.

K. 45, S. 255.

Hululü vade şartı.

K. 17, S. 108

Hükümsüzlük.

K. 71, S. 398

Hüsnü niyetle iktisap.

K. 65, S. 373

K. 42, S. 239

İ

İade.

K. 96, S. 20

İadeyi mücrimin.

1. Bir cürümde mahiyeti siyasiyenin hâkim olabilmesi için illetin ve kullanılan vesaitin siyasî olması kâfi gelmez ; burlardan mada hattızatında siyasî olan saiklerin şahsî haklara vaki olan taarruzları meşru olması bile mazur gösterilmesi iycap eder. (1).

2. Sadece muhtemel bir hareketi siyasiyeyi kolaylaştımak için yapılan tethiş İsviçreye iltica eden muharriklerini, iade etmemeğe sebep teşkil etmez.

3. Bir devlette efkârı tethiş için mevaddı infilâkiye kullanmak cürmü siyasî mahiyet iktisap eder ; eğer bu cürüm az çok bir zamanda o devletin siyasî teşekkülünde bir değişiklik getirecek mahiyette olursa.

K 53, S. 313

İcra edilmeyiş.

K. 90, S. 487

daresi altında bir hayvan bulunan kimsenin mes'uliyeti.

Muhafazasiyle mükellef olduğu yere giren adamları veya hayvanları oradan çıkaran terbiyeli bir çoban köpeğinin sahibi, köpeğini bu gibi hareketlerden men etmek için tedbir almamış bulunması, mezkûr sahibin dikkat ve itinada bulunmadığı ma'nasına gelmez.

K. 122 :S. 654

İfanın mümkün olması.

K. 110, S. 589

İhtiyatî haciz.

1. Federal mahkeme. yalnız federal teşkilâtı esasiye kanununun dördüncü maddesi sahasında değil, icra ve iflâs kanununa müsteniden ecnebî bir devlet aleyhine konulan ihtiyatî haciz hâdisesinde dahi salâhiyet meselesini tam bir serbesti ile tetkik ve hükmedebilir.

2. Kazaî ve ilmî içtihatların hali hazırı, ecnebî bir devleti diğer bir

memleketin kanunlariyle muayyen icraî tedbirlere tâbi tutan bir hukuku âmme prensibinin kabulüne müsait değildir. Ecnebî devlet, ya mukavele ile veya hukuku hususiyeye müteallik vecibelerini ifa zımnında giriştiği taahhütlere icraya teşebbüs olunan mahalde bir borç altına girmemiş olursa o devlet aleyhine, ikametgâhı bulunmıyan bir borçlunun mallarını ihtiyaten haciz yoluna tevessül edilemez.

K. 44, S. 246-47

İhkakı haktan istinkâf.

K. 34, S. 199

İhkakı haktan istinkâf. Gayri menkul teminatı.

Bir kanton teşkilâtı esasiyede yazılı mülkiyet teminatını ihlâl etmeksizin, bir kanunla yeraltındaki suların bundan böyle âmmeye ait olduğunu tesbit edebilir.

Yeraltındaki sulara malik olanlar veya o sular üzerinde bir hakları bulunanlar, bu haklarına karşı yapılan tekayyüdattan dolayı tazminat istemeğe salâhiyetleri olamaz, eğer kanundan evvel bu suları ihraz edebilmek için bazı tesisat vücuda getirmemişler ise.

K. 14, S. 96

İhtira beratı satışı. Hükümsüzlük.

1. Bir ihtira beratı, yalnız hâkim tarafından butlanına açıkça hükmolunduğu zaman değil; belki hükmün esbabı mucibesinden onun butlanı istidlâl olunduğu zaman dahi bâtıl sayılır.

2. Satılan bir ihtira beratının hâkim tarafından bâtıl olduğuna hükmedilirse müşteri, mebiin ayıptan salim olması esasına değil belki satılan şeyin zaptedilmiş bulunması prensibine tevfikan dava açılmalıdır.

K. 71, S. 389

İhtira beratları. Hile itirazı.

Bir ihtira beratını bir kimseye devreden adam, o kimsenin berattan serbestçe istifadesini tekeffül etmiş olur, binaenaleyh o kimse aleyhine beratın butlanını iddia edemez.

Kezalik. bir kollektif şirket, şeriklerinden birinin devretmiş olduğu ihtira beratının iptalini, devrolunan kimseden isteyemez.

Nihayet hile iddiası bir üçüncü şahsa karşı da dermeyan olunabilir, eğer bu şahıs beratın eski sahibi olup devreden kimse hesabına hareket ettiği sabit olursa.

K. 21, S. 126

İktisabî müruru zaman. Tatbik edilmesi icap eden kanun.

1. Bir hâdisede İsviçre veya ecnebi hukukundan hangisinin tatbiki lâzımgeleceği meselesi hâkim tarafından re'sen tetkik edilmelidir. Bu iki hukuktan biri veya diğerinin tatbikını intaç edecek olan şeraiti maddiye tarafından iddialarına uygun bir şekilde tesbit olunmak lâzımdır.

2 Âdî müruru zamanla fevkalâde müruru zamana dair olan 661 ve 662 « 638 ve 639 » uncu maddelerin mamulünbih olması için federal tapu sicilinin tatbik edilmekte bulunması şart değildir.

3. Müddei, mülkiyetini iddia ettiği gayri menkulün İsviçre arazisi dahilinde olduğunu iddia ederse, bu mesele İsviçre hâkimi tarafından görülür.

4. Bir delil ikamesinin hakikaten

593

imkânsız olmasından mütevellit müşkülât, İsviçre hâkimine müracaatı imkânsız kılmaz, bu vak'a borçlar kanununun 134 « 132 » inci maddesinin 6 nvmaralı bendi hükmünce müruru zamanın cereyanına manidir.

K. 38, S. 222

İngiliz nazariyesi

K. 2, S. 22

İlliyeti tamme

K. 85, S. 457

K. 89, S. 478

K. 88, S. 474

İnşaat sahibinin hüsnüniyeti

K. 65, S. 373

İpotekli borç senedi.

Bir ipotekli borç senedini iktisap eden kimse, alacağın miktarı hakkında yalnız senette gösterilen meblağa istinat edemez. Bu senedin tekmil münderecatını öğrenmeğe ve bilhassa senette muayyen zamanlarda ödenecek itfa taksitleri meşrutsa, bu taksitlerin ödendiği hakkında senette veya tapu sicilinde bir kayıt ve sarahat olmasa bile, bunların ödeneceğini farzetmeğe mecburdur.

Kanunu medeninin 874 cü mattesinin 3 cü ve 862 ci mattesinin 1 ci fıkrnlarındaki manada senevı taksit tâbirinden faizden ayrı olan itfa taksitleri anlaşıldığı gibi senette nazarı iytibara alınmış olması şartile faize merbut olarak ödenen taksitler de anlaşılır.

Kanunu medeninin 862 ci mattesinin 2 ci fıkrasındaki manada resülmalin kısmen tediyesi tâbirinden münhasıran senette mevzu bahsolmadığı resülmale mukabil verilen taksitler anlaşılır.

Senelik taksit tâbirinden bir seneden fazla fasılalarla ödenecek resülmal tediyeleri de anlaşılırmı? (Federal mahkeme tarafından mahfuz tutulan mesele).

K. 93, S. 508

İpotekli borç senedi.

1. Karı koca arasında mal ortaklığı cari bulunduğu hallerde bir senedin yalnız kocaya tevdii, mezkûr senet mülkiyetinin karı kocaya beraberce intikalini iycap ettirir (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2. Medenî haklarını kullanmak salâhiyetinden mahrum olmak ve ipotekli borç senedi tesis edememek medenî kanununun 872 « 841 » ci maddesi hükmüne giren ve « senede teferrü eden » defilerdendir. (Esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası).

3. Evlenme keytiyeti, bir karıyı ipotekli borç senedi tesis etmek kutretinden hiç bir zaman mahrum etmez. Evli bir kadının tasarruflarında kanunun koyduğu tahtit ancak kocası menfaatine üzerine aldığı borçlarda ve giriştiği vecibelerdedir; karı tarafından tesis olunan ipotekli borç senedine karşı vesayet makamının müsadesi bulunmadığına istinat eden bir defin alacaklıya dermeyan edilebilmesi ancak işbu senedin karı tarafından kocası lehine tesis olunduğu hususuna alacaklının vakıf olması veya vukufu iycap etmesi halinde mümkündür. Alacaklı bu ciheti bilmeyor veya bilmesi iycap etmeyorsa işbu defi kendisine karşı dermeyan adilemez (aynı fıkra).

K. 125, S. 665

İpotek. Hüsnü niyetle iktisap.

1. Kanunu medeninin 973 «931» ci mattesinde mevzuubahs edilen aynî haklar iktisabı ipotek için de kabili tatbiktir.

594

2. Esas iytibarıyla iktisap eden kimse tapu sicilindeki kayıtlara itimat edebilir; vesaiki subutiyesini tetkike mecbur değildir.

K. 42, S. 239.

İstihtam edenin mesuliyeti.

1. İstihtaf eden kimse, infilâk tehlikesini bertaraf etmek için bir taraftan tesisatında himayeye ait tetbirleri almağa diğer taraftan da yanında çalıştırdığı kimseleri yapılan işin tehlikesinden haberdar etmeğe ve bu suretle onların ve tehlikeli hareketlerine mani olmağa mecburdur (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2. Diğerlerinin emniyetini tehlikeye sokacak bir vaziyet ihdas eden kimse, bir zarar husule gelmemesi için, iycabı halin lüzum gösterdiği himaye ve tahaffuz tetbirlerini almak mecburiyetindedir (esbabı mucibenin aynı fıkrası).

K. 18, S. 111

İstihtam edenlerin mes'uliyeti.

1. İstihtam edenlerin mes'uliyeti kusur esasına müstenit değildir. Binaenaleyh istihtam edenle istihtam olunanın hiç bir kusur işlmemiş olsa bile, bu mes'uliyet varit olabilir (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2, Esas iytibarile, işini yaparken istihtam olunan kimse bir zarar ika ederse bundan istihtam eden mes'ul olur.

İstihtam eden kimse zararın olmaması için « hal ve maslahatın iycap ettirdiği bütün dikkat ve itinade » bulunduğunu ispat etmedikçe mes'uliyetten kurtulamaz.

« Hal ve maslahatın iycap ettirdiği itina» dan yalnız vazifesine muvafık surette hareket değil belki hadisede objektif noktai nazardan ittihazı iycap eden tetbirlerin umumu yapılmak lâzımgeleceği anlaşılmalıdır.

İstihtam eden bir kusuru olmaksızın tedabiri lâzimenin ittihazında ihmal edilmiş bulunması keyfiyeti, kendisini mes'uliyetten kurtarmaz (esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası)

K. 79, S. 429

İşçinin yaptığı kusur

K. 61, S. 355

İş mukavelesi

K. 86, S. 468

İş sahibinin temerrüdü. İşçinin yaptığı kusur.

İş sahibi haklı sebepler olmaksızın işçisine hemen yol verirse, bu hale yani mukavelenin vaktinden evvel feshine kısmen işçi sebebiyet vermiş bulunsa dahi işçi borçlar kanununun 332 «325» inci maddesinin hududu dahilinde ücretini alabilir. Fakat bu takdirde borçlar kanununun 44 üncü maddesinin ilk fıkrasına kıyasen hâkim ücret miktarını indirebilir.

K. 61, S. 355

İş sahibinin mes'uliyeti. Bir şeye malik olan kimsenin mesuliyeti.

1. Borçlar kanununun 339 «332» ci maddesine istinaden işçinin, iş sahibi aleyhine dava açabileceği ahvalde, o şeye malik olan kimsenin mes'ul bulunduğuna iptina eden delile lüzum yoyoktur.

2. İşçinin temyiz kudretindeki noksanından dolayı hususî bir ihtimam ile nezaret altında bulunması lâzımgeliyorsa 339 «332» inci maddeye istinat eden bu mes'uliyet ağırlaşır. Bu takdirde iş sahibinin

595

en küçük bir ihmalini kusur addetmek mümkündür.

3. Kabiliyetlerine nazaran kendisinden aklen beklenilen ihtimamı göstermemiş olan işçinin müterafik kusuru tazminatın tenzilini muhik kılar.

4. Çalışma kabiliyetinin azalmasından tevellüt eden zarar, kaideten, mutazarrırın beşerî görüşlere nazaran istikbaldeki kazancı ihtimaline göre takdir edilir.

K. 43, S. 242

Iycar mukavelesi. Butlan.

1. Bir iycar mukavelesi, yalnız, sene, ay gibi zaman ölçmeleriyle hitamı önceden tesbit edilebildiği vakit «muayyen bir müttetle» yapılmış sayılmaz; belki mukavelenin sonu muayyen bir hadisenin tahakkukuna bağlı ise yine muayyen bir müttetle yapılmış demektir, şu şartla ki mezkûr hadisenin çok uzak olmayan bir zamanda tahakkuku meşkuk olmasın.

Taraflardan birinin hayatı müttetince yapılan iycar mukavelesi muayyen müttetle yapılmış bir mukaveledir: Çünkü hitamı, meşkûk olmayan bir hadisenin (yani ölümün) tahakkukuna bağlıdır.

2. Sureti umumiyede taraflardan birinin hayatı müttetince yapılan bir mukavele, İsviçre hukukuna nazaran, ne gayrı muhik ne de ahlaka mugayirdir.

K. 36, S. 208

Islahat yolile müracaat

K. 74, S. 411

K. 78, S. 425

K. 16, S. 105

K. 9, S. 61

K. 37: S. 214

K

Kanunsuz ceza olmaz.

K. 113, S. 605

Karı koca arasında hukukî tasarruflar.

1. Karı koca malları hakkındaki sicilde kaydı bulunmak yalnız aleniyeti temin etmez, tescil aynı zamanda da üçüncü şahıslara karşı tesis hükmünü tevlit eder.

Binaenaleyh karı tarafından kocasına yapılan bir temlik karı koca malları hakkındaki sicile kaydedilmeçe işbu temlike vakıf olan üçüncü şahsın dahi bu temlik keyfiyetine isnat etmeğe hakkı yoktur.

2. İsviçre mahkemesinden sadır olan bir ilâm ile bir ecnebî memleket ilâmı arasında bir tenakuz bulunursa ecnebî memleket ilâmının tercih etmek âmme intizamınamuhilaf bir hareket olur.

K. 126, S. 668

Kârın taksimi.

K. 124, S. 660

Kaynağın kesilmesi.

K. 6, S. 44

Kayyım.

1. Vasi, hayyım veya müşavir nasbı, her ne kadar kanun yalnız vesayet makamından bahsetmekte ise de, mahcurun mukim bulunduğu yerdeki muhtelif vesayet makamlarının selâhiyeti cümlesindendir. Nezaret makamı ile bu makama merbut

olan vesayet makamının selâhiyetlerini tayin kanton hukukuna aittir.

2. Mahcur hakkında ittihaz olunan bir tedbirin tadili yani vasi kayyım veya kanunî müşavirlerden birinin yerine diğerinin ikamesi halinde mahcurun bir kere daha istimaına lüzum yoktur; eğer sadece değişmiyen vaziyete, muvafık bir sureti hal bulmak için bu tadil icra edilmişse.

K. 57, S. 333

Kefalet. Hata.

1. Kefil, kefalet senedini imza ettiği zaman değil; belki bu senedin alacaklıya teslim edildiği zaman taahhüt altına girmiş olur.

2. Borçlu, kefalet mukavelesinin akti sırasında, kefilin mümessili gibi hareket edebilir.

3. Bir şahsın, diğer birinin mümessili sıfatıyla hareket edip etmediği meselesi, hukukî bir meseledir. Yani vakıaların hukukî bir surette taktirine taalluk eder.

Bir avukat, ücreti başka biri tarafından tesviye edilmiş bulunsa dahi, bir şahsın mümessili sıfatıyla hareket edebilir.

4. Bir aktin lüzumlu unsurlarındaki hatanın esaslı olabilmesi için hataya düştüğünü itta eden tarafın yalnız vakıaları ticarî doğruluk dairesinde objektif noktai nazardan aktin zarurî esası olarak görmüş olması kifayet etmez; belki buna ilaveten sübjektif noktai nazardan dahi böyle telakki edilmiş bulunması lâzımdır.

K. 32, S. 184

Kefalet. Komandit şirket.

1. Federal mahkeme dairelerinden birisi, meseleyi umumî heyete arzetmeksizin, diğer bir dairenin içtihadına muhalefet edemez. Fakat daire, yalnız evvelki hükümlerinin suvari halliyesi ile mukayyet olup esbabı mucibesile bağlı değildir.

İşte bundan dolayı, federal mahkemenin bir dairesi, kollektif şeriklerin şirkete kefaletini batıl gören diğer bir daire kararına bağlı kalarak komandit şirket lehine komanditerlerin de kefil olamıyacağına hüküm vermeğe mecbur değildir. Hatta bu butlan kollektif şirketin, netekim komandit de dahi böyledir bir şahsî hükmü olmadığı esasına iptina ettirilirse bile bu bu mecburiyet yoktur.

2. Komanditerlerin komandit şirket lehine olan kefaletleri muteberdir.

3. Kefile kefil olan kimselerin kefaletleri muteber olup adî kefalete inkılâp eder; eğer kefillerin kefaleti batıl veya hükümsüz olur ve bu kefillerin diğer bir sebepten dolayı (şerik veya komandit olmak gibi) mes'uliyetleri bakî bulunursa.

K. 73, S. 405

Kesilen kaynak.

K. 6, S. 44

Keşif.

K. 89, S. 478

Kira akti, ifanın mümkün olmaması.

1. Bir taahhüdün icrasını imkânsız sayabilmek için, imkânsızlığın nisbî olması kâfidir. Nisbî imkânsızlıktan anlaşılmak lâzımgelen mana şudur: Borçlu taahhüdünü o kadar büyük fedakârlıklarla yerine getirebilmelidir ki işlerin mutat cereyanı, borçluya böyle bir fedakârlık tahmil etmez.

2. Kaideten, mukavelenin akti

597

sırasında borçlunun tabiî bir halde göremiyeceği imkânsızlıklardan dolayı borçlu mes'ul tutulamaz.

3. Bir borçludan makul bir şekilde istenebilecek fedakârlıklar, sıhhatı bozuk olan ve takriben 60 yaşına giren bir kadını imtihana mecbur tutmak derecesine kadar gidemez ; bilhassa ki imtihandan sonra diş doktorluğu yapamıyacaktır. Yalnız diş imalâthanesinde çalışabilecekti. Halbuki kendisine evvelc verilen diploma, diş doktorluğu yapabilmek salâhiyetini vermekte idi.

K. 110, S. 589

Komandit şirket

K. 73, S. 405

Komşu hakkı.

1. Balık avına dair olan bir kanunda yazılı olan hukuku âmmeye müteallik hökümler, balık avlama hakkını haiz bulunan kimseler ; içinde balık yetişen suların temiz tutulması için diğerlerini cebretmeğe hukuku medeniyeye müstenit bir salâhiyet bahşetmez.

2. Nehre atılan çöpler, nehrin alt kısmında sudan istifade eden kimseye zarar vermekte ise bu zaraza sebebiyet veren kimse - aynı duman ve kurum çıkartan kimse gibi - milkini taşkınlıkla kullanmış olur.

3. Yalnız birine bitişik olan gayrı menkul sahipleri değil, belki bir nehir suyunu sınaî işlerinde kullanan ve suyun geldiği taraftaki malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı zarara oğrayan kimseler dahi kanunu medeninin «684» «661» ci mattesindeki komşu mefhumuna dahildirler.

4. Bir malikin, milkini istimalde taşkınlık yapıp yapmadığı meselesi, tarafların yektiğerine zıt olan menfaatlerinin mukayesesinde yani komşulardan birini gerek taşkınlık sayılabilecek kullanış tarzını idame etmek ve gerek bu istimale nihayet vermek gibi bir mukayeseden istitlal olunamaz.

Eğer komşunun menfaatlerine zarar veren hareket, basit tedbirlerle ve hasıl olan zarara az masraflarla bertaraf edilebiliyorsa burada taşkınlık vardır.

5. Hakim yalnız zarar veren harekete nihayet vermek için lâzımgelen tetbirleri de ittiza mecburdur.

K. 24, Ş. 142

1. Komşu hakkı. Rahatsızlık veren şeylerin yapılması.

1. Ziraî bir kasabadaki domuzhaneden rahatsızlık veren kokular çıkartılması taşkınlık sayılır ; eğer bu kokular alelâde bir çiftlik hayatının icabatı ise. (Esbabı mucibenin 2 numaralı fıkrası)

2. Yalnız hastalık tevlit edebilecek kokuların değil ; belki insanların ciddî bir surette neş'esini kaçıracak, onları manevî bir sıkıntıya sokacak iştiha ile yemek zekinden mahrum edecek, muntazaman ve muayyen zamanlarda temiz hava teneffüsüne mani olacah makiyetteki kokuların dahi zarar verici sayılması lâzımgelir. (Esbabı mucibenin 3 numaralı fıkrası)

3. Bir domuz ahırından intişar etmekte olan kokulardan şikâyet eyleyen kimseye, işbu ahırın yapılacağına muttali olduğü zaman, atiyen bu ahırdan çıkacak kokuların kesafetini neden dolayı nazarı dikkate almadığı ve niçin itiraz etmediği sorulamaz. (Esbabı mucibenin 4 numaralı fıkrası)

598